



سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸
پاییز ۱۴۰۳

فاعده فقهی لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه «معروف»

دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی

تحلیل انتقادی حجیت مذاق شریعت در استنباط احکام شرعی

دکتر سعید احمدی فرد - محمد باقری شاهرودی

واکاوی و کالت سفیه در امور مالی با تأکید بر ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران

دکتر محمد امین فرد - ماندانا میرزائی

نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت

دکتر رضا پورصدقی - معصومه نفیسی راد

نگرش فازی به مفهوم جنون و آثار آن

دکتر رضا پورمحمدی - محمد مهدی یوسفی

امکان سنجی تمسک به فاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع جهت اثبات شمول حد اکثری شریعت

مسعود جهان دوست دالنجان - دکتر عابدین مؤمنی

رهیافت های مواجهه با چالش های اخلاقی احکام کیفری اسلام

دکتر ناصر ذاکر شوشتری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمد تقی فخلعی

حکم مستثنیات دین اشخاص حقوقی از منظر فقه و حقوق

دکتر محمد رضا علمی سولا - زینت پهلوان مارشک

نظریه «استغلال» در حقوق کشورهای عربی و سنجش آن با نهادهای مشابه در فقه اسلامی

مهدی مفتخری - دکتر مجتبی زاهدیان - دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

واکاوی تحلیلی تأثیر قواعد منطقی در گزاره های اصولی

دکتر علیرضا نوروزی - دکتر مرتضی نوروزی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز 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 فتواتی

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

شاپا چاپی: ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی: ۳۸۹۲-۲۵۳۸

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/>

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، شماره تلفن 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 انتشاریافته 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.

^۱ <http://www.samimnoor.ir/view/fa/default>

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.

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 اهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

۱.۱. نشانه‌های . ، : ... ؟ ! با قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.

۲.۱. نشانه‌های دربرگیر مانند پراتنز و گیومه « » () با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.

۳.۱. برای درج نشانه‌های احترام، پراتنز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).

۴.۱. شماره ارجاع پاورقی (عدد تک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.

۵.۱. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (ک، و، ـ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیر ملفوظ (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؛ عَرْضَه/عَرْضَه؛ حَرْف/حَرْف.

۶.۱. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.

۷.۱. استفاده از گیومه غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «» است).

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/>

۸.۱. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصرأً از کلیدهای 2+shift+ctrl استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با shift+ sppac آن را درج کرد.

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 حتی‌المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد، بایستی از صورت تیترا درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به‌طور 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. عناوین و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در حالت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری شود.
- ۲.۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده شود. به‌طور 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 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 خُرد (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 (ایرانیکی) 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 پانویست با ویرگول و اجزای اصلی در فهرست منابع با نقطه جدا می‌شود.

کتاب:

- ✓ در پانویست: 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، ۱۴۱۳ ق.

مقاله:

- ✓ در پانویست: مصطفوی فرد، «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۷ تا ۱۴۰۰»
- ✓ در فهرست منابع: مصطفوی فرد، حامد. «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۷ تا ۱۴۰۰». فقه و اصول. دوره ۵۰، ش ۱۱۳، پاییز ۱۳۹۷، ۱۳۵ تا ۱۵۹.

سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

۱. 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:** قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور. حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول. تهران: سمت، ۱۳۷۹.

۲. 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 پانویشت نام مقرر لازم نیست افزوده شود.

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

نمونه:

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

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

۴. 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/۱۰۶۱۳۴> (دسترسی در ۱۴۰۲/۲/۲۰)

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

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

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

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

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

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

۱۱. 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.

۱۲. 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.

۱۳. 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.

۱۴. برای مقاله‌های منتشر شده که DOI دارند، آوردن DOI در پایان هر منبع الزامی است. DOI با آدرس دقیق ذکر شود.

۱۵. 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 ذکر شده 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>
۱۱	قاعده فقهی لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه «معروف» دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی
۳۹	تحلیل انتقادی حجیت مذاق شریعت در استنباط احکام شرعی دکتر سعید احمدی فرد - محمد باقری شاهرودی
۶۱	واکاوی وکالت سفیه در امور مالی با تأکید بر ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران دکتر محمد امین فرد - ماندانا میرزائی
۸۳	نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت دکتر رضا پورصدقی - معصومه نفیسی راد
۱۰۹	نگرش فازی به مفهوم جنون و آثار آن دکتر رضا پورمحمدی - محمد مهدی یوسفی
۱۳۵	امکان سنجی تمسک به قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع جهت اثبات شمول حداکثری شریعت مسعود جهان دوست دالتجان - دکتر عابدین مؤمنی
۱۵۹	رهیافت های مواجهه با چالش های اخلاقی احکام کیفری اسلام دکتر ناصر ذاکر شوشتری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۸۹	حکم مستثنیات دین اشخاص حقوقی از منظر فقه و حقوق دکتر محمدرضا علمی سولا - زینت پهلوان مارشک
۲۱۱	نظریه «استغلال» در حقوق کشورهای عربی و سنجش آن با نهادهای مشابه در فقه اسلامی مهدی مفتخری - دکتر مجتبی زاهدیان - دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان
۲۳۹	واکاوی تحلیلی تأثیر قواعد منطقی در گزاره های اصولی دکتر علیرضا نوروزی - دکتر مرتضی نوروزی



The Jurisprudential Principle of Necessity of Establishing Family Rules based on “Good Custom” (*Ma'rūf*)

Dr. Bibi Rahimeh Ebrahimi 

Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, Faculty of Humanities, Shahid Motahari University (Women's Campus, Mashhad)

Email: Ebrahimi_40728@yahoo.com

Abstract

In the attempt to clarify Islamic rulings, rights, and responsibilities of spouses, the best approach is to determine the fundamental principles and rules. This will enable us to solving many of the conflicts and issue rulings for emerging recent problems. According to the verses of the Quran, especially the holy verse of “*Lahunna mithlu al-ladhi 'alayhinna bi-l-ma'rūf*”, God has provided Muslims with the criterion of “good custom” (*Ma'rūf*), so that they can establish necessary rules accordingly. “Good customs” as a term in the context of family corresponds to four elements: “reason”, “law”, “ethics”, and “custom”. The element of custom alone is sufficient if it does not face serious opposition from other elements. The present study employs the descriptive-analytical method and the documentary approach. In doing so, after a close analysis of the meaning of the term “good custom” and uncovering its terminological meaning in the field of family, the study elucidates the contents of the principle, its documentations, its scope, and the normative or personal nature of the criterion of good custom (*Ma'rūf*).

Keywords: jurisprudential principle, the definition of “good custom” (*Ma'rūf*), the criterion of “good custom” (*Ma'rūf*), family rules.



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



سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۳۸ - ۱۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78371.1428

قاعده فقهی لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه «معروف»

دکتر بی بی رحیمه ابراهیمی ¹⁰

استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری (واحد خواهران مشهد)

Email: Ebrahimi_40728@yahoo.com

چکیده

در تلاش برای تبیین احکام، حقوق و تکالیف زوجین، بهترین مسیر، تعیین اصل و قاعده است و حل بسیاری از مسائل اختلافی و صدور احکام برای مسائل جدید با تأسیس قاعده ممکن خواهد شد. براساس آیات قرآن، به ویژه آیه شریفه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» خداوند معیار «معروف» را در اختیار قرار داده است تا مسلمانان باتوجه به آن قوانین مورد نیاز را تصویب کنند. معنای اصطلاحی معروف در حوزه خانواده مطابقت با چهار عنصر «عقل»، «شرع»، «اخلاق» و «عرف» است و وجود عنصر «عرف» به تنهایی، چنانچه با مخالفت جدی سایر عناصر مواجه نباشد، کافی است. این نوشته با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی و به شیوه اسنادی پس از بررسی دقیق معنای معروف و کشف معنای اصطلاحی آن در حوزه خانواده، به تبیین مفاد قاعده، مستندات، گستره قلمرو و نوعی یا شخصی بودن معیار معروف پرداخته است.

واژگان کلیدی: قاعده فقهی، معنای معروف، معیار معروف، قوانین خانواده.

مقدمه

در حوزه فقه خانواده مسائل متعددی وجود دارد که یا بی پاسخ مانده یا پاسخ شایسته‌ای دریافت نکرده است. بهترین روش برای حلّ این معضلات، استنباط اصول کلی و قواعد فقهی است. وجود قاعده فقهی به معنای در اختیارداشتن حکم کلی فقهی است که مصادیق متعدد را می‌توان بر آن تطبیق و مسائل جزئی بسیاری را حل کرد. خوشبختانه در منابع فقه خصوصاً در آیات قرآن، احکام کلی خانواده رصدشدنی است، به گونه‌ای که به نظر می‌رسد بتوان معیار کلی و قاعده فقهی از آن استخراج کرد.

موضوع اصلی نوشتار حاضر، ارائه «معیار و ملاک برای تصویب قوانین خانواده» است. نوشته‌های مرتبط با این موضوع را می‌توان در دو دسته مشاهده کرد: در دسته نخست به ارزیابی قوانین موجود پرداخته شده و مثلاً در امور مالی به این نتیجه رسیده است که «بین بالارفتن آمار طلاق و دادن حقوق اقتصادی به زنان رابطه‌ای وجود ندارد.»^۲ این نوع نوشته‌ها معمولاً به صورت موردی، مشکلات قوانین موجود را یادآوری کرده است.

دسته دوم به ارائه قاعده همت کرده و عموماً قاعده «معاشرت به معروف» را براساس آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» مطرح کرده‌اند. در این دسته نیز برخی آن را «قاعده‌ای اخلاقی» دانسته‌اند،^۳ برخی به بیان «مصادیق» فقهی و حقوقی آن پرداخته^۴ و برخی «لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر» را به مثابه قاعده فقهی مطرح کرده‌اند.^۵ از این حیث، مورد اخیر تشابهی به نوشته حاضر دارد، اما تفاوت‌های بنیادینی در روش، مسائل مورد بحث، مستندات و نتیجه دارد. در این نوشته، تمرکز بر «عرف» و «لجام‌زدن بر اختیارات نامتعارف زوج» است. حال آنکه مقاله پیش‌رو در تبیین معروف تکیه بر عرف نکرده، بلکه با تتبع در آیات قرآن، واژه معروف را برخوردار از یک معنای عام، یک معنای اصطلاحی باب امر به معروف و نهی از منکر و یک معنای اصطلاحی در باب خانواده دانسته است. افزون بر آن، باتوجه به شمول موضوع نسبت به هر دو طرف زوجیت، حقوق و وظایف هر دو را صرفاً مبتنی بر معیار «معروف» مقرر می‌داند. در نوشته یادشده مفاد قاعده «معاشرت به معروف» به این صورت تبیین شده است: «رفتار متقابل زن و شوهر باید هماهنگ با عرف روزآمد جامعه مسلمانان باشد.» در حالی که مفاد قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف»، عبارت است از اینکه: «تمامی حقوق و تکالیف الزامی زوجین و تمامی احکام در

۲. هدایت‌نیا، «ارزیابی قوانین خانواده»، سراسر اثر.

۳. احمدیه، «معاشرت به معروف»، سراسر اثر.

۴. شریفی، «نقش مصادیق فقهی و حقوقی معاشرت به معروف در تحکیم خانواده»، سراسر اثر.

۵. نوبهار، حسینی، «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر»، سراسر اثر.

عرصه‌های مختلف فقه و حقوق خانواده باید براساس ملاک «معروف» مقرر شود. این مفاد متفاوت، به دلیل مستند اصلی متفاوت است. مهم‌ترین مستند قاعده «معاشرت به معروف»، آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» معرفی و در بندی کوتاه بیان شده است. اما مستند اصلی قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف»، آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» دانسته می‌شود که معنای مثلیت و قید معروف و نحوه استنباط قاعده از آن با تعمق فقهی بررسی شده است.

فقه‌پژوهان و حقوق‌دانانی که درباره قاعده «معاشرت به معروف» سخن گفته‌اند به دلیل استناد به آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» با چالش‌هایی مواجه‌اند؛ چراکه اولاً لفظ «معاشرت» به دلیل وسعت معنایی، علاوه بر افعال اختیاری، اعمال جوانحی همچون عشق‌ورزی و صمیمت و... را نیز در بر می‌گیرد و همین نکته سبب شده تا در وجوب معاشرت به معروف و وجود ضمانت اجرا برای آن تردید کنند. از طرفی، وجود صیغه امر «عاشروهن» سبب اختلافاتی در ظهور آن در وجوب، استحباب یا گزاره اخلاقی شده است، افزون بر آنکه این آیه صرفاً وظیفه مردان را بیان کرده است. درحالی که استناد به آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» به دلیل استفاده از لفظ «لهن و علیهن» تنها حقوق و تکالیف را شامل است و لزوم را با جمله‌ای خبری افاده کرده و ازاین‌رو، اختلافات صیغه امر را ندارد و نیز حقوق و تکالیف هر دو طرف زوجیت را بیان می‌کند.

بررسی دقیق معنای «معروف» و تلاش برای ارائه معنای اصطلاحی از آن در باب خانواده، تمرکز بر بیان مستندات و موکول کردن تطبیق مصادیق به نوشته‌های مجزا، ارائه معیار شخصی و نوعی از معروف، رفع شبهات احتمالی و تعمیق فقهی از ویژگی‌های اختصاصی نوشتار حاضر است.

۱. مفاد قاعده لزوم تصویب قوانین بر پایه معروف

«قاعده» در لغت به معنای اساس و ریشه است.^۶ تهانوی «قاعده فقهی» را این‌گونه تعریف کرده است: «هی تطلق علی معان ترادف الأصل و القانون و المسألة و الضابط و المقصد و عرفت بأنها أمر کلی منطبق علی جمیع جزئیاته عند تعرف أحكامها منه.»^۷ می‌توان گفت: تقریباً اختلاف جدی در تعریف مشاهده نمی‌شود. در برخی معاجم فقهی نیز نظیر همین تعبیر آمده است: «فهی قضیة کلیة منطبقة علی جمیع جزئیاتها.»^۸

۶. ابن منظور، لسان العرب، ۳/ ۳۶۱.

۷. تهانوی، کشف اصطلاحات الفنون، ۵/ ۱۱۷۷ و ۱۱۷۶.

۸. عبدالمنعم، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۶۱/۳.

با این توضیحات می‌توان سه ویژگی را برای قاعده فقهی برشمرد: حکم فقهی بودن، کلیت داشتن و تطبیق بر جزئیات. قواعد در یک تقسیم‌بندی به منصوص و اصطیادی تقسیم می‌شوند. منظور از قواعد منصوص، قواعدی است که عبارت آن در یکی از منابع سه‌گانه قرآن و سنت نبوی و سنت اهل بیت (ع) وارد شده باشد، درحالی‌که قواعد اصطیادی را فقیهان از مجموعه‌هایی از روایات یا احکام برگرفته‌اند.

قواعد فقهی در دسته‌بندی دیگر دو قسم‌اند: دسته اول، قواعدی که حکم شارع به‌عنوان واقعی شیء کلی و عام تعلق گرفته است، بدون آنکه جهل به واقع در موضوع لحاظ شده باشد؛ مانند اتلاف و ضمان ید. این دسته، قواعد فقهی واقعی هستند که دلیل اثبات آن‌ها دلیل اجتهادی است. دسته دوم قواعدی هستند که حکم شارع به شیء عام و کلی تعلق گرفته اما آن شیء به‌عنوان شیء مجهول‌الحکم، موضوع و متعلق حکم شارع است؛ مانند اصل طهارت و برائت.^۹

همچنین برخی از قواعد فقهی عام هستند و در تمامی ابواب فقه کاربرد دارند؛ مانند قاعده لاضرر و برخی از قواعد، ویژه باب خاصی هستند، مانند قاعده طهارت.

مفاد قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف» براساس مستنداتی که ارائه خواهد شد عبارت است از اینکه: «واجب است تمامی حقوق و تکالیف الزامی زوجین و تمامی احکام در عرصه‌های مختلف فقه و حقوق خانواده براساس ملاک معروف مقرر شود.» همچنین می‌توان این قاعده را ازجمله قواعد اصطیادی و در زمره قواعد فقهی واقعی و مخصوص باب خانواده دانست. آنچه در این عبارت کلی ابهام دارد صرفاً واژه مهم و کلیدی «معروف» است.

۲. معنای معروف

با استفاده از کتاب‌های لغوی نمی‌توان به معنای معروف و ویژگی‌های آن دست یافت. ذیل ماده «عرف» در کتاب‌هایی مانند العین، المحيط فی اللغة، الصحاح و... یا اصلاً واژه معروف وجود ندارد یا به بیان ضد منکر بسنده شده است. این قضیه نشان‌دهنده وضوح معنای لغوی کلمه معروف است؛ یعنی آنچه نزد مردم به‌خوبی شناخته شده است و منکر و ناپسند نیست. در خود واژه بیش از این معنا نمی‌توان یافت، اما اینکه خداوند متعال در بیان این واژه چه معانی یا مصادیقی را اراده کرده، درخور بررسی است. کلمه معروف در مباحث خانواده تقریباً در روایات استفاده نشده اما در قرآن کریم ۳۶ بار استعمال شده است. از آنجاکه ملاک معروف در حیطه خانواده مدنظر است، معنای معروف در همین حوزه باید تبیین شود. اما شناخت معنای این واژه در سایر آیات برای رسیدن به فهم بهتر مفید خواهد بود. تتبع در منابع تفسیری ذیل

۹. محقق داماد، قواعد فقه، ۲/۲۸.

آیات مشتمل بر واژه معروف در غیر از آیات مربوط به خانواده نشان‌دهنده وجود یک معنای عام و یک معنای اختصاصی باب امر به معروف و نهی از منکر است.

۱.۲. معنای معروف در غیر آیات مربوط به خانواده

۱.۱.۲. معنای عام

در معنای عام صرفاً به دو نمونه اشاره می‌شود: نمونه اول، آیه ۱۸۷ سوره بقره است. در این شریفه پس از آنکه حق قصاص برای قاتل تشریع می‌شود، به الزامی نبودن آن اشاره و امکان بخشش قاتل با اخذ دیه یا بدون اخذ دیه مطرح می‌شود. شارع هم‌زمان که در مسیر تعدیل زیاده‌روی‌های عصر جاهلیت در این زمینه گام بر می‌دارد، به اعتلای فرهنگ نیز اهتمام دارد و می‌فرماید: «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَ آدَاءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ»؛ به این معنا که ولی دم در مطالبه دیه روش معروفی در پیش بگیرد و قاتل نیز دیه را به ولی دم با احسان و خوبی بپردازد و امروز و فردا نکند.^{۱۰} مفسران در اینجا در معنای معروف تردید نکرده و به بیان معنای خوب و شایسته بسنده کرده‌اند. در برخی تفاسیر آمده: «در گرفتن خون‌بها زیاده‌روی نکنید و خون‌بها را به طرز شایسته با توجه به مبلغ عادلانه‌ای که اسلام قرار داده و در اقساطی که طرف قدرت پرداخت آن را دارد از او بگیرید.»^{۱۱}

ملاحظه می‌شود هر توضیحی بیش از معنای شایسته صرفاً نمونه‌هایی از مصادیق رفتاری معروف در این زمینه است. از این رو، می‌توان در توضیح آیه نکات دیگری افزود؛ برای مثال، یادآوری مکرر عفو صورت گرفته، منت گذاشتن، سروصدا و بدزبانی کردن در صورت تأخیر در پرداخت قسط‌ها از سوی ولی دم، بدقولی کردن و غیر محترمانه پرداخت کردن از سوی طرف مقابل، همه این‌ها مخالف معنای معروف است.

نمونه دوم، آیه ۱۸۰ سوره بقره است که وصیت کردن اموال برای والدین و نزدیکان مقید به معروف شده است. مفسران گفته‌اند: تقیید به معروف بدان منظور است که وصیت از هر جهت موافق عقل باشد؛ زیرا معنای معروف، پسندیده نزد عقل است. از این رو، واجب است وصیت در میزان و در نسبت توزیع معقول باشد، نه اینکه تبعیض‌های ناروا صورت بگیرد یا منجر به نزاع و انحراف از اصول حق و عدالت باشد.^{۱۲} چنان‌که مشهود است معنای خاصی از معروف مد نظر نیست، بلکه همان معنای شایستگی و خوب بودن در نظر است و توضیحات مفسران، تنها بیان مصادیق است.

۱۰. طباطبایی، المیزان، ۴۳۳/۱.

۱۱. طبرسی، مجمع البیان، ۴۸۰/۱؛ مکارم شیرازی، الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۵۰۲/۱.

۱۲. طبرسی، مجمع البیان، ۴۸۳/۱.

۲.۱.۲. معنای اصطلاحی امر به معروف و نهی از منکر

توضیح معنای معروف ذیل آیات امر به معروف و نهی از منکر، در بیشتر موارد ارشاد به همان معنای عام معروف است. برای مثال، گفته شده: «معروف هر چیز شناخته شده و منکر هر چیز ناشناخته است؛ به این ترتیب، اعمال صالح و نیک، امور معروف و کارهای ناشایست و قبیح، امور منکر هستند؛ زیرا فطرت پاک انسانی دسته اول را می شناسد و دسته دوم را نمی شناسد.»^{۱۳} و همانند آنچه در معنای عام گذشت، در برخی موارد به دلیل مناسبت های قبل و بعد آیه، نمونه هایی از معروف و منکر بیان شده است.^{۱۴}

ولی در برخی تفاسیر، معنای معروف به اصطلاح فقهی نزدیکتر می شود. از باب نمونه گفته شده: هر آنچه خدا و رسول به آن امر کنند و در تعبیری، «طاعت پروردگار» معروف است و هر آنچه از آن نهی کنند و به تعبیر دیگر، «معصیت پروردگار» منکر است.^{۱۵} حتی در مواردی آمده است: «امر به معروف بسته به آنچه به آن امر می شود واجب یا مستحب است و نهی از منکر به صورت کلی واجب است؛ زیرا همه آنچه شریعت آن را انکار کرده، حرام است.»^{۱۶} این معنایی است که در منابع فقهی به آن اشاره می شود.^{۱۷} در کتاب های فقهی آمده است: «المعروف هو کلّ فعل حسن اختصّ بوصف زائد علی حسنه إذا عرف فاعله ذلك أو دلّ علیه و المنکر کلّ فعل قبیح عرف فاعله قبحه أو دلّ علیه.»^{۱۸} شهید ثانی در شرح این معنا نگاشته است: منظور از فعل حسن در اینجا، جایز بالمعنی الأعم است و شامل واجب و مندوب و مباح و مکروه می شود و در تعریف آن گفته اند: آن کاری که اگر کسی توان و علم نسبت به آن داشته باشد بتواند آن را انجام دهد یا کاری که دارای صفتی نباشد که آن را مستحق مذمت کند.^{۱۹}

صاحب جواهر که این تعریف را از منتهی و تحریر و تذکره نقل می کند، حسن را به معنای جایز و به منزله جنس می داند و اختصاص به وصف زائد را به منزله فصلی می داند که مباح را خارج می کند؛ زیرا در مباح، وصف زایدی وجود ندارد و به دنبال آن مکروه هم هر چند در تعریف از حسن داخل است، به طریق اولی خارج می شود یا چون مکروه وصف زائد بر حسن به معنای جواز ندارد، خارج می شود. البته این سخن بر این مبناست که مقصود از زیاده در حسن بودن، مانند ندبیت و وجوب است؛ لذا مرجوحیت در

۱۳. مکارم شیرازی، الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۶۳۰/۲.

۱۴. طبری، جامع البیان، ۲۶/۴.

۱۵. طبرسی، مجمع البیان، ۸۰۷/۲؛ سیوطی، الدر المنثور، ۶۲/۲.

۱۶. بیضاوی، انوار التنزیل و اسرار التأویل، ۳۲/۲.

۱۷. ابن براج، المذهب، ۳۴۰/۱؛ ابن حمزه، الوسيلة، ۲۰۷.

۱۸. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۳۱۰/۱.

۱۹. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۹۹/۳.

فعل در آن داخل نمی‌شود.^{۲۰}

در جمع‌بندی معنای معروف از منابع تفسیری که عمدتاً ناظر به معنای عام هستند و معنای اصطلاحی فقهی که صرفاً واجبات شرعی و نهایتاً مستحبات شرعی را شامل می‌شود، می‌توان به این واقعیت دست یافت که اگرچه معروف معنای عامی دارد؛ آنجا که امر به آن، حکم و جوب می‌یابد و به حیطه دانش فقه راه می‌یابد باید در معنای آن ضوابط و چهارچوب‌های فقهی را نیز مراعات کرد. رعایت این نکات، به معروف معنایی اصطلاحی می‌بخشد، لذا وقتی گفته شود امر به معروف واجب است، آن معروفی به ذهن می‌آید که واجد احکام و شرایطی است؛ مانند مراحل امر، شرایط امر، شناخت موارد وجوب و استحباب، کفایی یا عینی بودن وجوب و... البته مخفی نیست فقیهانی که قائل به وجوب امر به معروف هستند مهم‌ترین مستند خود را همین آیات دانسته‌اند^{۲۱} و تعریف خود از معروف را براساس ظواهر و قراین موجود در آیات ارائه داده اند، به همین جهت است که معانی ارائه‌شده از سوی برخی مفسران هماهنگی کاملی با اصطلاح فقهی دارد. تنها نکته اصطلاح‌شدن واژه معروف در این باب آن است که فقیهان مصادیق مدّ نظر از معروف را براساس ضوابط فقهی تعیین کرده و به کلیت آن و تشخیص مکلف اکتفا نکرده‌اند.

۲.۲. معنای معروف در آیات مربوط به خانواده

در میان آیات مربوط به خانواده که واژه معروف در آن‌ها استعمال شده، بیشتر مفسران در ذیل آیه ۱۹ سورة نساء «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» به تعریف این واژه پرداخته‌اند و در سایر آیات یا متعرض معنای آن نشده اند یا بیان اجمالی دارند.

۲.۲.۱. شیوه‌های بیان معنای معروف در آیات خانواده

در آیه شریفه پس از تحریم دو رفتار جاهلی ارث‌بردن از زنان با ایجاد ناراحتی و کراهت ایشان و بدرفتاری با آنان برای منصرف‌شدن از مهر گفته شده است که باید با زنان معاشرت به معروف داشت. اینکه منظور از معاشرت به معروف تنها توجه به دو مسئله پیش گفته باشد، چندان مورد استقبال مفسران نبوده است. اما در بیان معنای مقصود از آن، دو شیوه متفاوت اتخاذ شده است: شمارش مصادیق و بیان عبارات کلی.

برخی که شیوه اول را انتخاب کرده، معتقدند در آیه شریفه ادای حقوق واجب؛ مانند نفقه، کسوه، سکنی، احسان کردن به زنان و... اراده شده است.^{۲۲} برخی نیکو سخن گفتن و رفتار پسندیده‌داشتن را هم به

۲۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۵۶/۲۱.

۲۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۵۸/۲۱.

۲۲. طوسی، التبیان، ۱۵۰/۳؛ طبرسی، مجمع البیان، ۷/۳.

عنوان توضیح اضافه کرده‌اند.^{۲۳} برخی دیگر در شمارش این موارد، به ترک اذیت زن با درشت سخن گفتن، روی گرداندن از او، میل پیدا کردن به دیگری یا آشکار کردن میل و رغبت به دیگری اشاره کرده‌اند.^{۲۴} از میان گروهی که شیوه دوم را برگزیده‌اند، برخی نگاشته‌اند: معروف هر چیزی است که مورد پسند عقل، شرع و عرف باشد.^{۲۵} برخی افزوده‌اند: منظور از معروف، معروف در آن زمان و مکان است؛^{۲۶} با این بیان که پس از تعیین چهارچوب ارزشی مبتنی بر رسالت، در مقام تشریع به نظام حاصل از آن اعتماد شده و در معاشرت با زوجه و حقوق او برای تعیین حدود معاشرت سالم به عرف تکیه شده است.^{۲۷} در بیانی دیگر آمده است: زندگی با زنان باید به گونه‌ای که بین افراد جامعه متعارف است صورت بگیرد. خداوند متعال کیفیت آن را بیان نکرده تا عرفی که در هر عصر و زمان شایع است، مورد توجه و اعتماد قرار بگیرد.^{۲۸} در این آیه شریفه، معاشرت به معروف با زوجه با صیغه امر به مخاطبان القا شده است، به علاوه در برخی احکام جزئی خانواده به عنوان قیدی به آن اشاره شده است، از این رو به حوزه فقه راه می‌یابد. اکنون پرسش آن است که آیا معروف در مسائل خانواده، مانند مسئله امر به معروف اصطلاحی فقهی است یا در کاربرد آن به همان معنای عام و لغوی اکتفا می‌شود.

۲.۲.۲. معنای اصطلاحی معروف در حوزه فقه خانواده

از میان معدود مفسرانی که معروف را به حقوق واجب زوجه؛ یعنی نفقه و قسم تعریف کرده‌اند تقریباً همگی به دنبال آن، مواردی مانند انصاف در عملکرد، زیبایی در کلام، احسان به وی یا ترک اذیت و... را مطرح کرده‌اند. از این رو، نمی‌توان معروف را در چهارچوب «حقوق واجب زوجه» به عنوان اصطلاح فقهی ارائه داد، بلکه به نظر می‌رسد فهم مشترک مفسران معنای عام‌تری است. با توجه به تعاریف و مصادیق بیان شده از سوی آنان می‌توان به تعریف جامعی دست یافت که علامه طباطبایی آن را به این صورت بیان کرده است: «معروف چیزی است که مطابق حکم عقل، شرع، فضایل اخلاقی و آداب و سنن اجتماعی باشد».^{۲۹}

تعریف پیشنهادی برای «معنای اصطلاحی معروف در حوزه فقه خانواده»، همین تعریف جامع و مانع

۲۳. شاه عبدالعظیمی، تفسیر اثنا عشری، ۳۸۲/۲؛ فیض کاشانی، تفسیر الصافی، ۴۳۴/۱؛ شبر، الجوهر الثمین، ۲۶/۲.

۲۴. جصاص، احکام القرآن، ۴۷/۳.

۲۵. طباطبایی، المیزان، ۲۵۵ تا ۲۵۶؛ خسروانی، تفسیر خسروی، ۱۷۰/۲.

۲۶. آل‌سعدی، تیسیر الکریم الرحمن، ۱۸۰.

۲۷. مدرسی، نموذج فی الفقه الجعفری، ۴۴/۲.

۲۸. سبزواری، مهذب الأحکام، ۳۹۹/۷.

۲۹. طباطبایی، المیزان، ۲۳۲/۲.

علامه طباطبایی است. این بیان، شایسته‌ترین تعریف است؛ چراکه در آن همه عناصری که می‌توان برای خوب بودن چیزی در نظر گرفت، آمده است: موافقت عقل، شرع، اخلاق و عرف. اگر این چهار عنصر در روابط میان زوجین با هم جمع باشد حتماً آن امر، خوب و معروف است ولی وجود یک عنصر به تنهایی برای «معروف بودن» تنها زمانی می‌تواند کافی باشد که با مخالفت جدی دیگر عناصر مواجه نباشد. برای مثال، ممکن است امری که مورد توصیه اخلاق نیست جزء آداب و رسوم مکانی خاص باشد، مادام که اخلاق نقد جدی بر آن امر نداشته باشد یا عقل و شرع نهی‌ای از آن نکند می‌تواند معروف تلقی شود.

۳. مدارک قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف»

۳.۱. آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

چنان‌که اشاره شد آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» مهم‌ترین مستند قاعده یادشده است و دلالت آن بر تمامی ابعاد قاعده تمام است. در این آیه، تنها ضمایر مؤنث (لهن و علیهن) آمده و معنای آیه چنین است که: برای زنان حقوقی است، همان‌طور که برعهده آنان تکالیفی است. اما از آنجا که حق و تکلیف، طرفینی است و این آیه مربوط به مباحث خانواده است، می‌توان متوجه شد که حقوق زنان، تکالیفی برای ازدواج آنان و تکالیفی که برعهده زنان است، حقوقی برای ازدواجشان است. با پذیرش آنکه زن و شوهر حقوق متقابلی دارند، دانسته می‌شود: اولاً، این حقوق و تکالیف مثل هم است؛ ثانیاً، حقوق و تکالیف به‌صورت معروف مقرر است، نه آنکه باید به‌صورت معروف ادا شود؛ ثالثاً، رعایت معروف هم در اصل حکم و هم در جزئیات حکم ضروری است. در ذیل به‌ترتیب این امور بررسی خواهد شد.

۳.۱.۱. مماثلت حقوق و تکالیف زوجین

در این شریفه حقوق زنان برعهده مردان «مثل» تکالیف زنان برای مردان، معروف دانسته شده است. در معنای مماثلت، اختلافاتی میان مفسران مشاهده می‌شود، آرای شکل‌گرفته در این زمینه را در پنج دسته می‌توان ارائه داد:

أ. مماثلت در وجوب و استحقاق مطالبه: برخی مثلث را صرفاً در وجوب و استحقاق مطالبه می‌دانند؛^{۳۰} یعنی همان‌گونه که زن حقوق و تکالیفی دارد، مرد هم حقوق و تکالیفی دارد و همان‌طور که مرد استحقاق مطالبه حقوق خودش را دارد، برای زن هم استحقاق مطالبه حقوق خودش هست.

ب. اختصاص مماثلت به مسئله عده: برخی باتوجه به صدر آیه معتقدند: «مماثلت در این آیه مخصوص عده است؛ یعنی حق مرد بر زوجه عده نگاه‌داشتن و راست‌گویی در اخبار از آن است و حق زن

۳۰. قمی مشهدی، تفسیر کنز الدقائق، ۳۴۴/۲؛ فیض کاشانی، تفسیر الصافی، ۲۵۷/۱؛ زمخشری، الکشاف، ۲۷۲/۱.

آن است که مرد از رجوع به او قصد اصلاح، نه اضرار و حسن صحبت، نه سوء برخورد داشته باشد.^{۳۱}

ج. **مماثلت مشیر به حقوق مشترک:** راوندی از ابن عباس نقل می‌کند: منظور آن است که زنان بر شوهران خود حق خودآرایی و نیکی کردن دارند، همان‌طور که برای مردان این حق وجود دارد و از طبری نقل می‌کند همان‌طور که بر شوهران ترک ضرر رساندن به زنان واجب است، بر زنان نیز ترک ضرر رساندن به شوهران واجب است.^{۳۲}

د. **مماثلت به معنای متبادل و متکافی بودن حقوق:** برخی معتقدند: «منظور از مماثلت آن است که حقوق بین آنان متبادل و متکافی است. هیچ عملی نیست که زن برای مرد انجام می‌دهد الا اینکه در مقابل، مرد عملی برای زن انجام می‌دهد. بنابراین آنان در حقوق و اعمال مساوی‌اند، همان‌طور که در شعور و احساس و عقل مساوی‌اند. این از عدالت و مصلحت نیست که یکی از آن دو بر دیگری تحکم کند و او را خوار نماید؛ زیرا زندگی مشترک بین آنان به سعادت نخواهد رسید، مگر با احترام هر دو طرف و قیام به حقوق یکدیگر».^{۳۳}

ه. **مماثلت به معنای مساوات به صورت معروف یا مساوات در میزان عدالت:** بسیاری از مفسران معاصر؛ مانند علامه طباطبایی،^{۳۴} مکارم شیرازی و دیگران^{۳۵} به این رأی تمایل دارند. در الفرقان آمده است: «مقصود از مماثلت حقوق بین زوجین، تماثل در ماده و صورت نیست، بلکه تماثل در میزان عدالت است که با وظایف، قابلیت‌ها و فاعلیت‌های هریک متناسب باشد».^{۳۶}

از میان آرای یادشده، دیدگاه اخیر اولی و ارجح است. در بیان اول به یک معنای حداقلی اکتفا شده است، به گونه‌ای که ذکر یا عدم ذکر آن چندان تفاوتی نمی‌کند. به عبارت دیگر، این معنای حداقلی جزء بدیهیات است؛ اینکه هریک از زوجین حقوق و تکالیفی نسبت به یکدیگر و حق مطالبه آن را دارند، نکته درخور ذکری نیست. دیدگاه دوم و سوم اطلاق آیه را مقید کرده، درحالی‌که دلیل صالحی برای این تقيید ارائه نداده است. دیدگاه چهارم اگرچه شباهتی به دیدگاه پنجم دارد و قصد بیان وجود عدالت در میان حقوق و تکالیف زوجین را دارد، لکن مشتمل بر ادعایی است که اثبات آن دشوار است. اینکه در مقابل هر عملی که زن برای مرد انجام می‌دهد، مرد عملی برای زن انجام خواهد داد به سادگی اثبات نمی‌شود. لازمه

۳۱. مغنیه، تفسیر الکاشف، ۳۴۳/۱؛ قطب، فی ظلال القرآن، ۲۴۶/۱.

۳۲. قطب راوندی، فقه القرآن، ۱۸۷/۲.

۳۳. مراغی، تفسیر المراغی، ۱۶۷/۲.

۳۴. طباطبایی، المیزان، ۲۳۲/۲.

۳۵. مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۵۸/۲.

۳۶. صادقی، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، ۴۰/۴.

اجرای عدالت هم این نیست که دقیقاً در مقابل عمل هریک از زوجین عملی قرار بگیرد، چه بسا ممکن باشد در برابر عملی سنگین و خطیر مرد در مدت زمانی کوتاه، چندین عمل سبک‌تر اما در زمان طولانی برعهده زن قرار بگیرد.

با تقویت دیدگاه پنجم می‌توان معتقد شد معنای «مماثلت» حقوق زن و شوهر در حیطه خانواده، «هماندی» از حیث برقراری عدالت میان حقوق و تکالیف آنان یا «تشابه» از جهت معروف بودن حقوق و تکالیف مقرر بر هریک است. این معنا افزون بر آنکه با واقعیت احکام فقهی موجود سازگارتر است می‌تواند به عنوان سیاست کلی در قانونگذاری‌های مربوط به خانواده مدّ نظر قرار بگیرد. در این دیدگاه اعتقاد بر آن است که حقوق و تکالیفی عادلانه و معروف برای مردان مقرر است که دقیقاً به همین صورت معروف و عادلانه، حقوق و تکالیفی برای زنان مقرر است.

آیه شریفه، ادامه‌ای به صورت «وَلِلرَّجَالِ عَلَىٰ هُنَّ دَرَجَةٌ» دارد. این عبارت، نه تنها نقضی بر گفته‌های سابق نیست، بلکه تأییدی بر آن است؛ چراکه گفته شد در تشریع حقوق و تکالیف، اصل معروفیت باید لحاظ شود. یکی از میزان‌هایی که در سنجش معروف بودن حاضر می‌شود، ترازوی عدالت است؛ یعنی توجه می‌شود که هر چیزی متناسب با اقتضائات، امکانات، توانایی‌ها و... مقرر شود. از این رو، درجه‌ای که مرد نسبت به زن در برخی امور دارد باید در احکام له و علیه او حتماً لحاظ شود. به این ترتیب، درجه مردان در درون معروفیت است و استثنایی بر آن تلقی نمی‌شود؛ زیرا اصل معروفیت و عدالت به گونه‌ای است که استثنا بر نمی‌دارد. نمی‌توان گفت همه جا عدالت و خوبی مطلوب است، در حقوق زوجین مطلوب نیست و باید خلاف اقتضای عدالت، درجه‌ای برای مردان قائل بود! به تعبیر دیگر، درجه در حقوق نیست، بلکه درجه در مرحله توانمندی‌هاست. خداوند متعال به وجود این درجه تصریح می‌کند، به دلیل آنکه ممکن است کلمه «مثل»، توهم مشابهت حقوق و تکالیف و عدم توجه به توانایی‌های متفاوت را در تشریع حقوق ایجاد کند؛ لذا خداوند متعال تذکر می‌دهد که توانایی‌های برتر مرد در برخی زمینه‌ها را از یاد نبرید.

۳. ۱. ۲. معروف، قید ثبوت حقوق و تکالیف، نه قید اجرای آن‌ها

قاعده مزبور صرفاً با پذیرش این احتمال که معروف قید «ثبوت حکم» باشد ممکن خواهد شد؛ چراکه قاعده درصدد است احکام الزامی برای زوجین مقرر کند و اگر این آیه صرفاً برای بیان اجرای احکام از پیش ثابت به شیوه معروف باشد، توانایی اثبات حق جدید و در نتیجه، قاعده‌مندی را نخواهد داشت.

از میان دیدگاه‌های مطرح در معنای مماثلت، براساس معنای اول که مماثلت را صرفاً در استحقاق مطالبه می‌دانست، ادای حقوق باید به شکل شایسته و معروف باشد؛ چراکه مطابق این دیدگاه، حقوق و

تکالیف از پیش ثابت شده‌ای وجود دارد و زوجین باید آن‌ها را به شیوه معروف به جا آورند و هریک نسبت به دیگری حق مطالبه دارد. اما می‌توان گفت چهار دیدگاه بعدی، ثبوت احکام را مقید به معروف می‌داند. اعتقاد به اختصاص آیه به عده، ثبوت حق هریک از زوجین در این زمینه را معروف می‌داند، لذا این حق را ثابت می‌داند. باور به اشاره آیه به حقوق مشترک، به علت معروف بودن وجود چنین حقوقی اشاره می‌کند. دیدگاه متبادل و متکافئ بودن حقوق و نیز دیدگاه مساوات به صورت معروف یا در میزان عدالت، مماثلت را در پیوند با معروف تفسیر کرده و توضیح داده است: «تماثل، در میزان عدالت است، به گونه‌ای که با وظایف، قابلیت‌ها و فاعلیت‌های هریک متناسب باشد.»^{۳۷} علامه طباطبایی نگاشته است: اسلام احکامی را که به نفع زن است با آنچه علیه اوست مساوی ساخته، در عین حال وزن زن در زندگی اجتماعی و تأثیرش در زندگی زناشویی و بقای نسل را در نظر گرفته است.^{۳۸}

مراغی نیز می‌نویسد: «حقوق و تکالیف زوجین موکول است به توافق عموم مردم در تعاملاتشان و آنچه عرف بین آنان بر آن جاری است و تابع شرایع، آداب و عاداتشان است.» سید عبدالاعلی سبزواری نیز معتقد است: این آیه در مقام بیان اصل حقیقت است، اما کیفیت و کمیت حقوق را خداوند متعال به متعارف میان مردم واگذار کرده است.^{۳۹} مطابق این سخنان می‌توان دانست که خداوند متعال معیار معروف را در اختیار جامعه قرار داده است تا در حیطه خانواده، قانونگذاری‌هایی بر آن پایه داشته باشد.

علاوه بر اینکه احتمال دوم قائلان بیشتری دارد، معنای ظاهرتی نیز به نظر می‌رسد. خداوند متعال در کوتاه‌ترین عبارت، ویژگی حقوق و تکالیف له و علیه زوجین را «مثل هم بودن» و معیار آن را «معروف بودن» دانسته است. عبارت «لهن» و «علیهن»؛ یعنی «آنچه له و علیه زنان ثابت و محقق است»، بدون اینکه اشاره‌ای به زمان «ثابت بودن» یا «ثابت شدن» یا «مرجع ثابت کننده» داشته باشد، «بالمعروف» هم یعنی «حقوق و تکالیف مقرر برای زنان، معروف است.» در اینجا نیاز به قید اضافه‌ای نیست، زیرا تحقق و ثبوت در خود کلمات «لهن» و «علیهن» وجود دارد؛ به تعبیر ادبی، این هر دو جارو مجرور متعلق به محذوف عامی با معنای وجود و استقرار است. جارو مجرور «بالمعروف» هم متعلق به محذوف عام دانسته شده است.^{۴۰} در این صورت خود «بالمعروف» هم دلالت بر وجود و استقرار حقوق و تکالیف معروف در واقع دارد. اما اگر «بالمعروف» قید اجرای حقوق و تکالیف دانسته شود باید چیزی در تقدیر

۳۷. صادقی، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، ۴/۴۰.

۳۸. طباطبایی، المیزان، ۲/۲۳۲.

۳۹. سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۹۶/۲۵.

۴۰. صافی، الجدول فی اعراب القرآن، ۲/۴۷۲.

گرفته شود؛ یعنی در ترجمه آیه گفته شود زوجین حقوق و تکالیفی دارند که «اجرای آن‌ها» باید به صورت معروف باشد. حال آنکه، اصل بر عدم تقدیر است.

با بیانی که گذشت می توان دلالت این آیه را بر لزوم تشریع و تصویب حقوق و تکالیف معروف برای زوجین و وجوب پابندی آن دو به آن‌ها را اثبات کرد. معنای وجوب معروف بودن حقوق و تکالیف در این شریفه از صیغه امر گرفته نشده است تا با اختلافاتی مواجه شود، بلکه بیان آیه جمله‌ای خبری است که از واقع و نفس الامر خبر می‌دهد. این نحوه بیان، دلالتی بس قوی‌تر بر وجوب حقوق و تکالیف معروف دارد.

۳.۱.۳. معروف قید اصل حکم و جزئیات حکم

گفته شد با استفاده از آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» می‌توان معتقد شد: خداوند متعال حقوق و تکالیفی را جعل کرده است که حق یا تکلیف بودنش معروف باشد. بنابراین، ثبوت اصل حکم منوط به اثبات معروف بودن است. اکنون گفته می‌شود از آنجاکه جزئیات هر حکمی تابع اصل حکم است، هرگاه درباره وجود شرط یا جزئی معروف برای یک حکم ثابت شرعی تردید شود، می‌توان با استناد به این قاعده آن شرط یا جزء معروف را ثابت دانست.

در میان نصوص هم مشاهده می‌شود که گاه در مرتبه بعد از ثبوت اصل حکم، ویژگی‌ها یا جزئیات آن مقید به معروف می‌شود. برای مثال، در آیه‌ای که دلالت بر وجوب پرداخت مهرالمته می‌کند، میزان اوصاف کالای پرداختی مقید به معروف شده است. خداوند متعال در آیه ۲۳۶ بقره فرمود: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَتَعَوُّهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»، در این آیه ابتدا با کلمه «تَعَوُّهُنَّ» که صیغه امر است، وجوب پرداخت متعه اعلام شده و سپس در بیان کیفیت متاعی که برای بهره‌مند شدن مطلقه باید پرداخت شود قید معروف آمده است.

همچنین در آیه ۶ سوره طلاق فرموده: «أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِبَنِيكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَمَسْرُوعٌ لَهُ الْآخِرُ»؛ خداوند متعال پس از سفارش‌هایی که به مردان درباره محل سکونت و نفقه و شیردادن زنان مطلقه می‌کند دستور می‌دهد که راجع به امور فرزندان، هردو با هم مشورت کنند. اصل حکم مشورت بر این اساس است که مشورت در امور فرزندان، معروف و پسندیده است اما نحوه مشورت و کیفیت آن نیز به طور خاص مقید به معروف بودن می‌شود.

فقها نیز در خصوص جزئیات مربوط به نفقه که حکمی ثابت شرعی است مکرر به آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» استناد می‌کنند. این مسئله نشان‌دهنده آن است که تمام مسائل مربوط به احکام خانواده نیز باید

معروف باشد.

با توضیحات ارائه شده معلوم می شود که براساس آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» لازم است حقوق و تکالیف همسران به صورت عادلانه با رعایت ظرفیت ها و امکانات هریک، در اصل حکم و جزئیات آن بر پایه معروف؛ یعنی موافقت با عقل، شرع، اخلاق و عرف مقرر شود. اکنون به مدارک دیگری به منظور تأیید این مفاد اشاره می شود.

۲.۳. قاعده منصوص «امساک به معروف یا تسریح به احسان»

«امساک به معروف یا تسریح به احسان» یک حکم کلی فقهی است که در عبارت برخی از فقها به عنوان قاعده از آن یاد شده است.^{۴۱} در سه آیه از قرآن کریم^{۴۲} تصریح شده که زندگی زوجین باید براساس معروف باشد و اگر امکان ندارد باید جدایی صورت بگیرد. صورت اول، «امساک به معروف» و صورت دوم، «تسریح به احسان یا مفارقت به معروف» عنوان گرفته است. این مضمون بیانگر آن است که تنها روابط خانوادگی مبتنی بر معروف از نظر فقهی پذیرفته است و چنانچه به هر دلیلی وظایف معروف مقرر اجراشدنی نباشد، ادامه آن صحیح نیست و باید جدایی معروف اتفاق افتد؛ زیرا جدایی، خود یکی از احکام مربوط به خانواده است که صرفاً نوع معروف آن مورد تأیید فقه است.

در آیه ۲۲۹ بقره آمده است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...» خداوند متعال در این آیه ابتدا روش معروف جدایی را بیان می کند که طلاق دوبار است و پس از آن یا بازگشت به زندگی با رعایت حقوق و تکالیف معروف است (امساک به معروف) یا جدایی و طلاق نهایی که آن هم باید به شیوه معروف باشد (تسریح به احسان). سپس یک روش غیر معروف جدایی را نهی می کند و می فرماید: «برای شما حلال نیست چیزی از آنچه که به آنان داده اید را بازپس بگیرید الا...» این آیه می تواند مؤیدی باشد بر آنکه تأکید به معروف بودن، در حیطه حقوق و تکالیف و از الزامات فقهی است، نه آنکه صرفاً توصیه ای اخلاقی باشد.

در آیه ۲۳۱ بقره می فرماید: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا...» مطابق ظاهر آیه شریفه، یکی از این دو عمل به صورت وجوب تخییری واجب است: امساک به معروف یا تسریح به احسان. دلیل بر وجوب تخییری آن است که اولاً، هر دو مورد به صیغه امر آمده؛ ثانیاً، با کلمه «أو» به هم عطف شده اند؛ ثالثاً، در تعریف واجب، قید منع از نقیض وجود دارد، این قید در ادامه با عبارت

۴۱. حلی، بحوث فقهیه، ۱۸۶؛ سند، سند العروة الوثقی، ۳۳۲/۲.

۴۲. بقره: ۲۲۹ و ۲۳۱؛ طلاق: ۲.

«وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا» مشاهده می‌شود و از آنجاکه در خارج به هر حال یا امساک یا تسریع اتفاق می‌افتد و صورت سومی متصور نیست، دانسته می‌شود که شیوه نگاه داشتن یا رها کردن که همان قید معروف باشد، مورد امر قرار گرفته است. به این ترتیب، نگاه داشتن صرفاً اگر به شکل معروف ممکن باشد، جایز است اما اگر قصد معروف در میان نباشد یا توان و امکان نگاهداری به طرز معروف عملاً ممکن نباشد، نگاه داشتن جایز نیست و حتماً باید رها کردن به معروف صورت بگیرد.

در ادامه و پس از نهی از نگاه داشتن زن به قصد اضرار و ظلم و تعدی که یکی از شیوه‌های امساک غیر معروف است، با دو فقره دیگر آن را تأکید می‌کند: اول آنکه می‌فرماید: «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ»؛ ممکن است این جمله معانی متعددی داشته باشد اما یک معنایش آن است که فردی که هدفش از رجوع، ضرر زدن به زن بوده است، در واقع ضرر به زندگی خودش وارد کرده است. دوم آنکه فرمود: «وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا» که در آن عدم توجه به این امر الهی به منزله استهزای آیات الهی دانسته شده است. تعبیری رساتر از این عبارت در نهی وجود ندارد.

۳.۳. عموم آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

«عاشروهن» صیغه امر در ماده عشرت به معنای زیستن است. بسیاری از اصولیان معتقدند: صیغه امر ظهور در وجوب دارد.^{۴۳} برخی معتقدند: هیئت امر برای نسبت طلبی وضع شده، در همان معنا استعمال می‌شود و دلالت آن بر وجوب به حکم عقل است.^{۴۴} براساس ظهور بدوی این امر، واجب است زندگی مردان با زنان مطابق معروف باشد. اما برداشت فقها از این آیه باتوجه به معنایی که از معروف در نظر داشته اند متفاوت شده است.

گروهی که امر «عاشروهن» را دال بر وجوب دانسته‌اند همیشه پس از ذکر یکی از مصادیق واجب به این آیه استناد کرده‌اند. برای مثال، شهید ثانی هنگام شمردن دلایل وجوب قسم بین زوجات می‌نویسد: «وَلَقَوْلُهُ تَعَالَى وَاعِشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَالْأَمْرُ لِلْوَجُوبِ».^{۴۵}

برخی امر موجود را دال بر استحباب دانسته‌اند؛ فاضل لنکرانی در فرضی که مرد تنها یک زوجه داشته باشد، نظر مشهور را که «برای این زن یک شب از چهار شب است» مردود می‌داند، فتوای موجود در متن تحریر الوسیله را مبنی بر اینکه برای وی یک شب از چهار شب نیست، بلکه زوج فقط موظف است او را همچون معلقه رها نکند تقویت می‌کند و دلیل این مطلب را روایات زیادی عنوان می‌کند که دلالت بر

۴۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۷۲؛ نانینی، فوائد الأصول، ۱/۱۲۹.

۴۴. مظفر، اصول الفقه، ۶۵/۱.

۴۵. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۱۱/۸.

حصر حقوق زوجه در غیر این مورد دارد و می‌فرماید: «لا دلالة لأدلة القسمة على وجوبها في هذا الفرض حتى مثل قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ الَّذِي لَا بَدَّ مِنْ الْحَمْلِ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ لَوْ أُريدَ بِالْمَعْرُوفِ كُلِّ مَعْرُوفٍ».^{۴۶}

در نهایت، سید محسن حکیم با عبارت «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» فهو ناظر الى الجهات الأخلاقية لا غيرها»، صراحتاً امر آیه را ارشادی معرفی می‌کند.^{۴۷}

یک احتمال قوی درباره ظهور صیغه امر آن است که ظهور در وجوب دارد اما وضعی نیست، بلکه وجوب از حکم عقل به لزوم اطاعت امر مولا مادام که خود اذن به ترک نداده، استفاده می‌شود. در این بیان، صیغه امر صرفاً «نسبت طلبی» است. از این رو، آیاتی مشاهده می‌شود که در آن‌ها بین واجبات و مستحبات با یک صیغه یا با یک اسلوب جمع شده است، مانند: «سَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ» که مراد از مغفرت، سبب مغفرت است و سبب مغفرت، هم واجبات و هم مستحبات است.^{۴۸}

همین توضیح در آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» کارآمد است، زیرا می‌توان معتقد شد: شارع، معروف به معنای «امور مطابق با عقل، شرع، عرف، آداب و اخلاق» را واجب کرده است. هر موردی که استحباب آن با دلایل دیگر به اثبات رسید از تحت این آیه خارج خواهد شد و هر مصداقی که مورد تردید بود، با استعانت از حکم عقل به لزوم اطاعت از مولا، حکم وجوب برایش اثبات خواهد شد.

برخی از فقیهان نیز چنین استفاده‌ای از آیه دارند. برای مثال، فیض کاشانی آنگاه که در باب خادم‌گرفتن برای زوجه سخن می‌رود، اخدام را بر شوهر هرچند معسر باشد واجب می‌شمارد و دلیل آن را «معاشرت به معروف» می‌داند و آن جایی که درباره موضوعاتی از نفقه؛ مانند میوه فصلی یا طعام ویژه اعیاد سخن می‌رود، آن‌ها را از باب معاشرت به معروف مستحب می‌داند.^{۴۹}

درباره گستره موضوع به نظر می‌رسد این شریفه، تنها وظیفه مردان را مقرر کرده است. برخی از کلمه «عاشروهن» چنین استفاده کرده‌اند که چون این فعل از باب مفاعله است و معنای اصلی آن باب «مشارکت» است و دلالت بر طرفینی بودن فعل دارد، معاشرت به معروف بر هریک از زن و مرد واجب است و این حکم اختصاصی به مردان ندارد.^{۵۰}

این استفاده صحیح نیست؛ زیرا هرچند معنای اصلی باب مفاعله مشارکت است، همیشه در این معنا

۴۶. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۴۶۹.

۴۷. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۳۰۲/۱۲.

۴۸. مظفر، اصول الفقه، ۶۶/۱.

۴۹. فیض کاشانی، مفتاح الشرائع، ۸۸/۱.

۵۰. رضا، تفسیر المنار، ۴۵۶/۴.

استعمال نمی‌شود. شیخ الشریعه اصفهانی دلالت باب مفاعله بر مشارکت را نفی می‌کند و می‌گوید: من در تمام قرآن کریم تتبع کردم، استعمال باب مفاعله را در معنای مشارکت نیافتم.^{۵۱} صرف نظر از صحت یا سقم این بیان، تعیین معنای باب مفاعله باید به کمک قراین صورت بگیرد. در آیه شریفه، امر «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» خطاب به مردان صورت گرفته و از آنان خواسته شده تا با زنان که به صورت ضمیر مفعولی «هن» آمده است، به شیوه معروف معاشرت کنند. شأن نزول، ظاهر و سیاق آیه همین معنا را تقویت می‌کند. تقریباً تمامی مفسران^{۵۲} نیز همین معنا را فهم کرده‌اند. فقها نیز صرفاً برای وظایفی که مرد نسبت به زن دارد؛ مانند پرداخت نفقه و رعایت قسم به این آیه استناد کرده و هیچ‌گاه در باب وظایف زوجه به این شریفه استناد نکرده‌اند.

باتوجه به اینکه در آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»، لفظ معاشرت آمده است و انحصاری در بیان «حقوق و تکالیف زوجین» ندارد و از طرفی، خطاب آیه به مردان است و ناظر به طرفین زوجیت نیست، دلالت آن بر قاعده مورد بحث به صورت موجبه جزئیه خواهد بود.

۳.۴. استقرا در نصوص

از جمله روش‌های استخراج قاعده فقهی، استقرا در نصوص است. استقراي نصوص قرآنی نشان می‌دهد مسئله تراضی در ازدواج،^{۵۳} نفقه،^{۵۴} متعه پرداختی به زوجه مطلقه،^{۵۵} مهریه^{۵۶} و مشورت با زوجه در امور فرزندان^{۵۷} مقید به معروف است. برای نمونه، «... تراضی در خواستگاری باید به گونه‌ای باشد که در شرع و عادات مردم معروف باشد؛ یعنی علاوه بر اینکه نباید کار حرامی صورت بگیرد، همچنین نباید چیزی که محل معروف بوده، سبب عار و ننگ برای زن یا خانواده‌اش می‌شود صورت بگیرد.»^{۵۸} متعه پرداختی به زوجه مطلقه باید «هدیه‌ای شایسته، دور از اسراف و بخل و مناسب حال دهنده و گیرنده» باشد.^{۵۹} در این باره علاوه بر مقتضای قاعده، مستفاد از آیات و روایات، لزوم اعتبار حال زوج و زوجه با هم

۵۱. نک: ایروانی، درس تمهیدی، ۱/۱۱۶.

۵۲. طبرسی، جوامع الجامع، ۱/۲۴۵؛ طیب، اطیب البیان، ۴/۴۰؛ قرشی بنابی، تفسیر احسن الحدیث، ۲/۳۳۰ و...

۵۳. بقره: ۲۳۲.

۵۴. بقره: ۲۳۳.

۵۵. بقره: ۲۳۶ و ۲۴۱.

۵۶. نساء: ۲۵.

۵۷. طلاق: ۶.

۵۸. مراغی، تفسیر المراغی، ۲/۱۸۱.

۵۹. مکارم شیرازی، الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ۲/۱۸۹.

مجموعه این نصوص که در موارد جزئی و مصادیق معینی به کار رفته است می تواند بیانگر یک حکم کلی فقهی باشد و آن اینکه، احکام مربوط به خانواده و روابط میان زوجین باید به صورت معروف مقرر شود.

۴. معیار معروف

باتوجه به معنای معروف به نظر می رسد «معروف» معیاری نوعی است، اما گاه مشاهده می شود که معیار نوعی کافی نیست و ضرورت توجه به معیارهای شخصی نمایان می شود.

۴. ۱. معیار شخصی؛ ملاک عمل در حوزه فردی

در حوزه وظایف فردی، لحاظ معیار شخصی موجه تر است. برای این ادعا به سه دلیل می توان اشاره کرد:

دلیل اول آنکه، مناسبت حکم و موضوع، اقتضای توجه به معیار شخصی را دارد؛ به این معنا که وجوب تصویب قوانین معروف (حکم) برای هریک از زوجین (موضوع) با دیگری مناسبت دارد با اینکه طرف مقابل، این معروف بودن و اخلاقی بودن و خوشایند بودن را احساس کند. چنانچه معیارهای شخصی رعایت شود، مطلوبیت هم احساس می شود، ولی توجه صرف به معیارهای نوعی گاهی این احساس را ایجاد نخواهد کرد. اگر در زندگی عادی همسران در یک خانه و زیر یک سقف که هریک باید در تلاش برای استحکام بنیان های همان خانواده باشند، نیازها و خواسته های فردی مد نظر قرار نگیرد و هریک از ایشان خود را فقط در محدوده ایفای وظیفه نوعی مکلف بدانند، گویا اصلاً حکم «به معروف زندگی کردن» جاری نشده است؛ زیرا غرض از این حکم ایجاد احساس رضایت از زندگی و درک نیکو بودن احکام الهی در حیطه خانواده است. رعایت معیار نوعی در این موارد خصوصاً آن زمان که با معیارهای شخصی تفاوت دارد، نه تنها ایجاد احساس دل پسندی و نیکویی نخواهد کرد، بلکه برعکس احکام الهی را مانعی در این جهت نشان خواهد داد.

دوم آنکه، توجه به اجزای تعریف معروف، اقتضای رعایت ملاک های شخصی را دارد؛ زیرا امری موافق فضایل اخلاقی است که همه شرایط شخصی فرد را نیز در نظر داشته باشد، اگر مسئله ای مانند به مسافرت رفتن یا گردش در برخی تفرجگاه ها به دلیل ایجاد روحیه نشاط و تمدد اعصاب، اخلاقی به شمار می رود، در خصوص زنی که از مسافرت و مانند آن لذتی نمی برد، اخلاقی به شمار نمی رود. عقل و شرع نیز از

شرایط و اوضاع و احوال شخصی غفلت نمی‌کنند.

سوم آنکه، گاه صرف توجه به معیارهای نوعی نتیجه عکس می‌دهد؛ لذا معقول نیست. معقول نبودن اعمال معیار نوعی در بحث قاعده نفی عسرو حرج نیز مشاهده می‌شود. مکارم شیرازی نگاشته است: ممکن است روزه در گرمای تابستان برای بعضی یا غالب مردم عسرو حرج داشته باشد اما برخی می‌توانند روزه بگیرند، نمی‌توان گفت: عسرو حرج نوعی است و حتی آنکه می‌تواند روزه بگیرد برایش افطار جایز است، بلکه ظاهراً عسرو حرج شخصی است.^{۶۱} در تصویب احکام و قوانین معروف هم نمی‌توان در همه موارد نسخه یکسان پیچید و مسئله‌ای را به دلیل متعارف بودن بر کسی که نسبت به او معروف نیست اعمال کرد. در انوار البهیة نیز درباره شخصی بودن حرج آمده است: «معیار در قاعده، حرج شخصی است، همان طور که در تمام قضایای حقیقیه همان است. اینکه ملاک امر نوعی باشد، خلاف ظاهر است و نیاز به دلیل خاص و قرینه دارد.»^{۶۲}

۴. ۲. معیار نوعی، ملاک عمل در قانونگذاری و در موارد نزاع

در مقابل، افراد یک خانواده موظف به حفظ و تحکیم بنیان‌های همان خانواده هستند، لذا باید برای ایجاد رضایت در همان تک‌واحد تلاش کنند. در مرحله اجتماعی، مسئولان و متولیان امر در تلاش‌اند تا آرامش نسبی در همه خانواده‌ها برقرار کنند و لذا در قانونگذاری‌ها و رسیدگی به شکایات خانوادگی نمی‌توانند به معیارهای شخصی که به طور یکسان در همه خانواده‌ها اجراشدنی نیست، تکیه کنند. افزون‌بر این، در مرحله اجتماعی توجه به معیار شخصی با اشکال ابهام یا سوءاستفاده مواجه خواهد شد. قانونگذاران مکلف‌اند براساس آنچه شرعی است و نوعاً اخلاقی و عرفی به شمار می‌رود، حقوق و وظایف زوجین را مقرر کنند. به علاوه، برای حل خصومات باید اندازه‌ها، مقادیر و کیفیات مطالبه‌شدنی را براساس معیار نوعی، تبیین و به جامعه ارائه دهند.

شبیری زنجان‌ی در مسئله حق زن در مسائل جنسی به میزان هر چهار ماه یکبار، با اینکه ایجاد حرج را شخصی می‌داند، می‌نویسد: «گرچه معمولاً اختیار تطبیق احکام و قوانین بر مصادیق آن‌ها برعهده مکلفان است؛ همان‌گونه که روش متعارف در تدوین قوانین دنیایی است و نظم و نظام جامعه نیز مقتضی آن است، در مواردی که لازمه چنین اختیاری این باشد که سوءاستفاده یا اشتباه در مورد آن‌ها زیاد گردد، رعایت حال اکثریت مکلفان را معیار قرار داده، بر آن اساس قانون می‌گذرانند تا حتی المقدور از این پیامدها پیشگیری

۶۱. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳۴/۱.

۶۲. طباطبایی قمی، الأنوار البهیة، ۱۶۶.

بنابراین می‌توان گفت: آنجا که تکلیف میان زن و شوهر است باید معیار شخصی رعایت شود، از این رو در مسئله حق مقاربه زوجه «برخی در مقابل قول مشهور که ترک مقاربه بیش از چهار ماه را بر زوج جایز نمی‌دانند، معتقد می‌شوند اقوی لزوم معاشرت به معروف است.»^{۶۴} این بدان معناست که باید به نیازهای آن زن توجه کرد و در نظر گرفت چه میزان مقاربت با او معاشرت خوب و پسندیده با وی را شکل خواهد داد که همان میزان بر مرد واجب خواهد شد. اما آنجا که تبدیل به نزاع شد و احتمال اینکه هریک کتمان حق یا تلاش می‌کند واقعیت را مطابق عملکرد خود نشان دهد، چاره‌ای غیر از ارائه معیارهایی براساس متعارف نخواهد بود. برای مثال، در بحث نفقه رعایت نیازهای شخصی زوجه اگر معروف به شمار رود لازم است، اما اگر امر بین زوجین به اختلاف و درگیری کشیده شود، برای رفع خصومت صرفاً به عادت امثال زوجه ارجاع داده می‌شود. براین اساس باید گفت: مقادیری که در روایات یا عبارات فقیهان مشاهده می‌شود به منظور فیصله‌دادن به نزاع است، نه بیان تمام وظیفه شوهر در جایی که زندگی عادی و معمولی در جریان است.

البته می‌توان گفت حتی در موارد نزاع نیز چنانچه ادعای حقوقی بشود که با معیار شخصی سازگار باشد، مطالبه‌شدنی است و فقط بار اثبات آن برعهده مدعی قرار خواهد گرفت. برای مثال، در مسئله نشوز برخی معتقدند: خروج زن از منزل بدون اذن همسر یا عدم تمکین در برابر درخواست‌های جنسی وی سبب نشوز خواهد شد. در این موارد، اثبات اینکه خروج از منزل به دلیل ضرورت‌های شخصی بوده یا عدم تمکین به دلایلی صورت گرفته که از نظر عرف قبول‌شدنی است و وی را معذور می‌کند، برعهده زوجه خواهد بود.

باتوجه به آنچه تاکنون در مرحله اجتماعی و قانونگذاری گفته شد، به عنوان جمع‌بندی نهایی می‌توان گفت: با آنکه «معروف» امر شناخته‌شده‌ای است و از این رو کمتر اختلاف نظر بر می‌دارد، اما گاه نیز تشخیص آن با دشواری روبه‌رو می‌شود. به همین دلیل و برای ایجاد راه حل نهایی و فصل الخطابی که مشکل را پایان ببخشد، علاوه بر تقنین براساس معیارهای نوعی، در مواردی هم نیاز است که تأسیس اصل شود. البته تأکید می‌شود رجوع به اصل فقط برای زمانی است که تشخیص معروف با چالش‌های جدی مواجه شده باشد. در غیر این صورت، وظیفه عمل به معروف خواهد بود. این اصول، از آیات و روایات استخراج‌شدنی است؛ مثلاً اصل اباحه تعدد زوجات، اصل قوامیت مرد، اصل لزوم تمکین از زوج در

۶۳. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۱۴۱۰/۵.

۶۴. حسینی شیرازی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۱۳.

استمناعات، اصل لزوم پرداخت نفقه به میزان شأن زوج، اصل عدم وجوب کارهای منزل بر زن و... .

۵. تطبیق و تضمین

براساس معیار قرارداد معروف در تصویب حقوق و تکالیف، برخی از احکام مشهور در باب خانواده تغییر خواهد کرد. برای مثال، حق فرزندخواهی منحصر به زوج یا زوجة نخواهد بود، چنانکه فتوای مراجع تقلید در این دو دسته قرار دارد، بلکه بر پایه ملاک معروف، حق طرفی است که طالب فرزند باشد.^{۶۵} کارهای داخل منزل، از قبیل شستن ظرف و لباس و جاروکردن و... وظیفه زوجة خواهد بود.^{۶۶} میزان اطاعت زوجة از زوج در اموری همچون لزوم اذن برای خروج از منزل و تمکین واجب در موضوع استمناعات زوج، مطلق نیست و به میزان متعارف، محدود خواهد شد.^{۶۷} و اموری؛ همچون اختیار مطلق زوج در طلاق، میزان حق زن در بهره‌مندی جنسی، وظیفه زن در امور اقتصادی منزل (برخلاف ماده ۳۰ قانون حمایت خانواده که تمامی وظایف اقتصادی را برعهده زوج می‌داند) با این معیار درخور بازنگری خواهد بود.

تاکنون قانونگذاران برای حمایت از خانواده گام‌های خوبی برداشته‌اند. برای مثال، فصل دوم قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۲ به مراکز مشاوره خانوادگی اختصاص یافته است. در مواد ۱۶ تا ۱۸ این قانون، قوه قضائیه موظف شده است مراکز مشاوره خانواده را در کنار دادگاه‌های خانواده ایجاد کند. اعضای این مراکز از کارشناسان رشته‌های مختلف؛ مانند مطالعات خانواده، مشاوره، روان‌پزشکی، روان‌شناسی، مددکاری اجتماعی، حقوق و فقه و مبانی حقوق اسلامی انتخاب می‌شوند و حداقل نصف اعضای هر مرکز باید از بانوان متأهل واجد شرایط باشند. به دادگاه خانواده اجازه داده شده است در صورت لزوم با مشخص کردن موضوع اختلاف و تعیین مهلت، نظر این مراکز را در خصوص امور و دعاوی خانوادگی خواستار شود.

به نظر می‌رسد این مواد قانونی ظرفیت بسیار بالایی برای تأمین ضمانت اجرای تکالیف برآمده از قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف» را ایجاد کرده است. تشکیل مراکزی با ترکیب جمعیت دانشی یادشده می‌تواند در تشخیص معروف باتوجه به معیارهای نوعی و شخصی، بازوی تقویتی مؤثری باشد و به اختلافات شکل گرفته در معروفیت امری فیصله دهد.

۶۵. ابراهیمی، «حق فرزندخواهی زوجین از یکدیگر از منظر فقه امامیه»، سراسر اثر.

۶۶. ابراهیمی، «حکم تکلیفی انجام کارهای منزل توسط زوجة از منظر فقه امامیه»، سراسر اثر.

۶۷. ابراهیمی، «دیدگاه اطاعت زوجة بر اساس معیار معروف از منظر فقه امامیه»، سراسر اثر.

نتیجه‌گیری

بررسی ادله نشان می‌دهد قاعده «لزوم تصویب قوانین خانواده بر پایه معروف» از منابع فقهی اصطیادشدنی است و مفاد آن «وجوب تصویب حقوق و تکالیف الزامی زوجین و احکام عرصه‌های مختلف حقوق خانواده» براساس معیار معروف است.

نتیجه تتبع در آیات بیانگر معروف آن است که معروف در این قاعده، نه به معنای عام و نه به معنای اختصاصی باب امر به معروف و نهی از منکر است، بلکه معنای اصطلاحی خود را در حوزه خانواده یافته است. معروف مصطلح باب خانواده امری است که با چهار شاخصه عقل، شرع، فضایل اخلاقی و عرف موافقت داشته باشد.

مهم‌ترین مدرک قاعده یادشده، آیه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» است که در آن حقوق و تکالیف زوجین «مثل هم» و «به وجه معروف» مقرر دانسته شده است. اما آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» بر قاعده مورد بحث به صورت موجبه جزئیة دلالت دارد.

«معیار نوعی» ملاک عمل در حیطه قانونگذاری و در موارد نزاع است، اما لحاظ «معیار شخصی» به دلیل مناسبت حکم و موضوع، توجه به اجزای معروف و معقول نبودن اعمال معیار نوعی در برخی موارد، در حوزه روابط خانوادگی میان زوجین موجه‌تر است.

منابع

قرآن کریم

قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۲

آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. بی‌جا: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.

آل‌سعدی، عبدالرحمن. تیسیر الکریم الرحمن. بیروت: مکتبة النهضة العربية. ۱۴۰۸ق.

ابراهیمی، بی‌بی رحیمه. «حق فرزندخواهی زوجین از یکدیگر از منظر فقه امامیه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۵۳، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ۲۴ تا ۷.

[۲۰۲۰/۳۰۷۱۶۳/۶۶۸۹۷۸/jzfil.۱۰/۲۲۰۵۹](https://doi.org/10.22059/2020/307163/668978/jzfil)

ابراهیمی، بی‌بی رحیمه. «حکم تکلیفی انجام کارهای منزل توسط زوجه از منظر فقه امامیه»، جستارهای فقهی و اصولی. س ۸، ش ۲۹، زمستان ۱۴۰۱، ۱۳۵ تا ۱۶۰.

[۲۰/۱۰۰۱/۲۴۷۶۷۵۶۵/۱۴۰۱/۸/۴/۵/۹](https://doi.org/10.22059/2020/307163/668978/jzfil.۱۰/۲۲۰۵۹)

ابراهیمی، بی‌بی رحیمه. «دیدگاه اطاعت زوجه براساس معیار معروف از منظر فقه امامیه»، پژوهش‌های فقهی. دوره ۱۵، ش ۴، زمستان ۱۳۹۸، ۶۶ تا ۷۶.

- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر. المذهب. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- احمدیه، مریم. «معاشرت به معروف»، مطالعات راهبردی زنان. ش ۵۲، تابستان ۱۳۹۰، ۱۸۵ تا ۲۲۴.
- ۲۰/۱۰۰۱/۱/۲۰۰۸۲۸۲۷/۱۳۹۰/۱۳/۵۲/۶/۷
- ایروانی، باقر. دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری. قم: بی نا. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- بیضاوی، عبدالله بن عمر. انوار التنزیل و اسرار التأویل. به تحقیق محمد مرعشی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۱۸ق.
- تهانوی، محمد بن علی. کشف اصطلاحات الفنون. لبنان: مکتبه لبنان. بی تا.
- جصاص، احمد بن علی. احکام القرآن. به تحقیق محمد صادق قمحاوی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۵ق.
- حسینی شیرازی، محمد. منتخب المسائل الإسلامية. بی جا: بی نا. بی تا.
- حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۴۱۶ق.
- حلی، حسین. بحوث فقهیه. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.
- خسروانی، علی رضا. تفسیر خسروی. به تحقیق محمد باقر بهبودی. تهران: اسلامیة. ۱۳۹۰ق.
- رضا، محمد رشید. تفسیر المنار. بی جا: هیئت المصرية العامة للكتاب. ۱۹۹۰م.
- زمخشري، محمود بن عمر. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل. بیروت: دار الکتاب العربی. چاپ سوم، ۱۴۰۷ق.
- سبزواری، عبدالأعلى. مذهب الأحكام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سند، محمد. سند العروة الوثقی؛ کتاب النکاح. قم: فدک. ۱۴۲۹ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. الدر المنثور فی تفسیر المأثور. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. ۱۴۰۴ق.
- شاه عبدالعظیمی، حسین. تفسیر اثنا عشری. تهران: میقات. ۱۳۶۳.
- شبر، عبدالله. الجوهر الثمین فی تفسیر الکتاب المبین. کویت: الألفین. ۱۴۰۷ق.
- شیرازی زنجانی، موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز. ۱۴۱۹ق.
- شریفی، عنایت. «نقش مصادیق فقهی و حقوقی معاشرت به معروف در تحکیم خانواده»، پژوهش نامه معارف قرآنی؛ آفاق دین. س ۱۲، ش ۴۶، پاییز ۱۴۰۰، ۸۱ تا ۱۰۶.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- صادقی، محمد. الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن. قم: انتشارات فرهنگ اسلامی. چاپ دوم، ۱۳۶۵.

- صافی، محمود. الجدول فی اعراب القرآن. بیروت: دار الرشید مؤسسة الإیمان. چاپ چهارم، ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، محمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی قمی، تقی. الأنوار البهیة فی القواعد الفقهية. قم: محلاتی، ۱۴۲۳ق.
- طبرسی، فضل بن حسن. تفسیر جوامع الجامع. تهران: دانشگاه تهران. ۱۳۷۷.
- طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصر خسرو. ۱۳۷۲.
- طبری، محمد بن جریر. جامع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة. ۱۴۱۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن. التبیان فی تفسیر القرآن. به تحقیق احمد قصیر عاملی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- طیب، عبدالحسین. اطبیب البیان فی تفسیر القرآن. تهران: اسلام. ۱۳۷۸.
- عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان. معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. بی تا. بی جا: بی تا. بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة؛ النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار. ۱۴۲۱ق.
- فیض کاشانی، ملا محسن. تفسیر الصافی. به تحقیق حسین اعلمی. تهران: صدر. چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
- قرشی بنابی، علی اکبر. تفسیر احسن الحدیث. تهران: بنیاد بعثت. ۱۳۷۷.
- قطب، سید. فی ظلال القرآن. بیروت: دار الشروق. چاپ هفدهم، ۱۴۱۲ق.
- قطب راوندی، سعید بن هبة الله. فقه القرآن. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- قمی مشهدی، محمد بن محمد رضا. تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب. به تحقیق حسین درگاهی. تهران: وزارت ارشاد اسلامی. ۱۳۶۸.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مدرسی، عباس. نموذج فی الفقه الجعفری. قم: کتاب فروشی داورى. ۱۴۱۰ق.
- مراغی، احمد مصطفی. تفسیر المراغی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- مظفر، محمد رضا. اصول الفقه. لبنان: اعلمی. بی تا.
- مغنیه، محمد جواد. تفسیر الکاشف. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۲۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. ۱۴۲۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۳۷۴.
- نائینی، محمد حسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۴۱۷ق.
- نوبهار، حیم، سیده ام البنین حسینی. «قاعدة لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر»، خانواده پژوهی.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm

‘Abd al-Mun‘im, Maḥmūd ‘Abd al-Raḥmān. *Mu‘jam Muṣṭalahāt wa al-Alfāz al-Fiqhiya*. s.l. s.n. s.d.

Aḥmadiyah, Maryam. “Mu‘āshirat bi Ma‘rūf”, *Muṭālī‘āt Rāḥburdī Zanān*. no. 52, summer 2012/1390, 185-224.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. s.l.: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.

Āl Sa‘dī, ‘Abd al-Raḥmān. *Taysīr al- Karīm al-Raḥmān*. Beirut: Maktaba al-Nahḍa al-‘Arabiya. 1988/1408.

Bayḍāwī, ‘Abd Allah ibn ‘Umar. *Anwār al-Tanzīl wa Asrār al-Ta‘wīl*. researched by Muḥammad Mar‘ashlī. Beirut:

Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1997/1418.

Fayḍ Kāshānī, Mulā Muḥsin. *Tafsīr al-Ṣāfi*. researched by Ḥusayn A‘lamī. Tehran: Ṣadr. Chāp-i Duwwum, 1994/1415.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla; al-Nikāḥ*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A‘imah al-Aṭhār, 2000/1421.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr, 1995/1416.

Hidayatniya, Faraj Allāh. “Arzyābī Qawānīn Khānivādah”, *Muṭālī‘āt Rāḥburdī Zanān*. no. 25, 2004/1383, 11-45.

Ḥillī, Ḥusayn. *Buḥūth al-Fiqhiyah*. Qum: al-Minār, Chāp-i Chāhārum, 1995/1415.

Ḥusaynī Shirāzī, Muḥammad. *Muntakhab al-Masā’il al-Islāmiya*. s.l. s.n. s.d.

Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī.

Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1993/1414.

Ibrāḥīmī, Bibi Raḥīmah. “Didgāh-i Itā‘at Zawjah bar Asās Mi’yār Ma‘rūf az Manẓar Fiqh Imāmiyah”, *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*, Durīh-yi 15, no. 4, winter 2020/1398, 641-667.

Ibrāḥīmī, Bibi Raḥīmah. “Ḥaq Farzandkhāhī Zūjiyn az Yikdigar az Manẓar Fiqh Imāmiyah”, *Fiqh va Mabānī Ḥuqūq Islāmī*. yr. 53, no. 1, spring and summer, 2021/1399, 7-24.

Ibrāḥīmī, Bibi Raḥīmah. “Ḥukm-i Taklifi Anjām Kārḥā-yi Manzil Tawassuṭ Zawjah az Manẓar Fiqh Imāmiyah”, *Justār-hā-yi Fiqhī va Uṣūlī*. yr. 8, no. 29, 2023/1401, 135-160.

Īrawānī, Bāqir. *Durus Tamhīdiyyah fi al-Fiqh al-Istidlālī ‘alā al-Mazḥab al-Ja‘farī*. Qum: s.n. Chāp-i Duwwum,

2006/1427.

Jaṣṣāṣ, Aḥmad ibn ‘Alī. *Aḥkām al-Qurān*. researched by Muḥammad Ṣādiq Qamḥāwī. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1985/1405.

Khusravānī, ‘Alī Rizā. *Tafsīr Khusravī*. researched by Muḥammad Bāqir Bihbūdī. Tehran: Slāmiyyah. 1970/1390.

Maghniyah, Muḥammad Javād. *Tafsīr-i al-Kāshif*. Tehran: Dār al-Kitāb al-Islāmiyya, 2003/1424.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Amthal fī Tafsīr Kitāb Allāh al-Munzal*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib, 2001/1421.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib. 2003/1424.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Tafsīr-i Numūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1996/1374.

Marāghī, Aḥmad Muṣṭafā. *Tafsīr-i al-Marāghī*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī, s.d.

Mudarrisi, ‘Abbās. *Namūdhaj fī al-Fiḥ al-Ja‘farī*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī, 1990/1410.

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

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

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiḥ*. Lubnān: : al-A‘lamī. s.d.

Nā’ini, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā’id al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.

Nūbahār, Raḥīm, Sayyidah Um al-Banīn Ḥusaynī. “Qā’idih-yi Luzūm Mu‘āshirat bi Ma‘rūf dar Ravābiṭ Zan va Shūhar”, *Khānivādahpazhūhī*. Durīh-yi 11, no. 41, 2016/1394, 53-72.

Qānūn Ḥimāyat az Khānivādah Muṣavvab-i 2014/1392.

Qumī Mashhadī, Muḥammad ibn Muḥammad Rizā. *Tafsīr Kanz al-Daqa’iq wa Baḥr al-Gharā’ib*. researched by Ḥusayn Dargāhī. Tehran: Vizārat Irshād Islāmī. 1990/1368.

Qurashī Bunābī, ‘Alī Akbar. *Tafsīr Aḥsan al-Ḥadīth*. Tehran: Bunyād-i Bī’tḥat. 1999/1377.

Qutb Rāwandī, Sa‘īd ibn Haba Allāh. *Fiḥ al-Qurān*. Qum: Kitābkānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Qutb, Sayyid. *fī Zālāl al-Qurān*. Beirut: Dār al-Shurūq. Chāp-i Hiftahum, 1992/1412.

Riḍā, Muḥammad Rashīd. *Tafsīr-i al-Minār*. s.l. al- Hiya’t al-Miṣriya al-‘Āmma li-l-Kitāb. 1990/1410.

Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām*. Qum: al-Minār. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

- Şadiqi, Muḥammad. *al-Furqān fi Tafsīr al-Qurān bi- al-Qurān*. Qum: Intishārāt-i Farhang Islāmī, 1987/1365.
- Şafi, Maḥmūd. *al-Jadwal fi l'rāb al-Qurān*. Beirut: Dār al-Rashīd Mū'assisa al-Imān. Chāp-i Chāhārum, 1997/1418.
- Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.
- Sanad, Muḥammad. *Sanad al-'Urwa al-Wuthqā; Kitāb al-Nikāḥ*. Qum: Fadak. 2008/1429.
- Shāh 'Abd al-'Azīmī, Ḥusayn. *Tafsīr Asnā 'Ashari*. Tehran: Miqāt. 1944/1363.
- Shahid Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. 1993/1413.
- Sharifi, 'Ināyat. "Naqsh Maşādiq Fiqhī va Huquqī Mu'ashirat bi Ma'rūf dar Taḥkim Khānivādah", *Pazhūhishnāmah-yi Ma'ārif Qurānī; Āfāq Dīn*. yr. 12, no. 46, autumn 2022/1400, 81-106.
- Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra'ypardāz. 1998/1419.
- Shubbar, 'Abd Allāh. *al-Jawhar al-Thamīn fi Tafsīr Kitāb al-Mubīn*. Kuwait: al-Alfayn, 1987/1407.
- Suyūṭī, 'Abd al-Raḥmān ibn abī bakr. *al-Durr al-Manthūr fi al-Tafsīr al-Ma'thūr*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī, 1984/1404.
- Ṭabarī, Muḥammad ibn Jarīr. *Jāmi' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Dār al-Ma'rifa, 1992/1412.
- Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāşir Khusrū. 1994/1372.
- Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Tafsīr Jawāmi' al-Jāmi'*. Tehran: University of Tehran. 1998/1377.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Anwār al-Bahiya fi al-Qawā'id al-Fiqhiya*. Qum: Maḥalātī. 2002/1423.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.
- Tahānawī, Muḥammad ibn 'Alī. *Kashshāf Iṣṭilāḥāt al-Funūn*. Lubnān: Maktaba Lubnān. S.d.
- Ṭayyib, 'Abd al-Ḥusayn. *Atyab al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Islām. 2000/1378.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Tibyān fi Tafsīr al-Qurān*. researched by Aḥmad Qaşir 'Āmili. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.
- Zamaksharī, Maḥmūd ibn 'Umar. *al-Kashāf 'an Ḥaqā'iq Ghawāmiq al-Tanzil*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī, 1987/1407.



A Critical Analysis of the Validity of the Savor of Divine Law (*Mazāq-i Shari'at*) in Deducing Islamic Rulings

Dr. Saeid Ahmadi Fard (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Email: S.ahmadi@umz.ac.ir

Mohammad Bagheri Shahrudi

Foreign teacher of jurisprudence and principles of Qom seminary

Abstract

The present study aims at critiquing the validity of the Savor of Divine Law (*Mazāq-i Shari'at*) in deducing Islamic rulings. It is conducted using the descriptive-analytical method with a critical approach, and information and data have been collected through library research.

The Savor of Divine Law (*Mazāq-i Shari'at*) is an intermediary between jurisprudential and *ijtihadī* reasons; meaning that when the jurist cannot find a general or specific reason for jurisprudential issues, he turns to this rule before deducing from various sources across legal branches. By relying on this as a speculative proof (*'amāra-yi zannī*) in different issues, the jurist discovers the corresponding ruling. This study illustrates that various arguments have been cited to assert the validity of this rule as a source for deducing Islamic rulings. These include *Sira-yi 'uqalā'* (life of the wise), *'itmīnān* (assuredness), *milāk-i ḥujjiyat-i khabar-i vāḥid* (the validity of single information), *istishmām az rivāyāt*, and referring to deduction (*istiqrā'*). Analysis shows that all the aforementioned arguments are subject to critique and rejection, and the validity of *Mazāq-i Shari'at* is disputable as a source for deducing Islamic rulings. Therefore, it is ruled as invalid.

Keywords: validity of Savor of Divine Law (*Mazāq-i shari'at*), Savor of Divine Law and deducing Islamic rulings, speculative proof (*'amāra-yi zannī*)





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۶۰ - ۳۹

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۱/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.81075.1535>

نوع مقاله: پژوهشی

تحلیل انتقادی حجیت مذاق شریعت

در استنباط احکام شرعی

دکتر سعید احمدی فرد (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

Email: S.ahmadi@umz.ac.ir

محمد باقری شاهرودی

مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم

چکیده

نوشتار حاضر به هدف نقد حجیت مذاق شریعت در استنباط حکم شرعی، به روش توصیفی تحلیلی و رویکردی انتقادی و گردآوری اطلاعات و داده‌ها به شیوه کتابخانه‌ای نگاشته شده است.

مذاق شریعت واسطه میان ادله اجتهادی و فقه‌ای است. بدین معنا که هرگاه دست فقیه از دلیل عام یا خاص در فرع فقهی تهی گشت قبل از مراجعه به ادله فقه‌ای با استکشاف مذاق شریعت از ادله مختلف، در فروعات مختلف و استناد به آن به عنوان یک اماره ظنی، حکم فرع مزبور را کشف می‌کند. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که برای اثبات حجیت مذاق شریعت به عنوان منبع استنباط حکم، دلالتی از جمله «سیره عقلا»، «اطمینان»، «حق الطاعة»، «ملاک حجیت خیر واحد»، «استشمام از روایات» و «استناد به استقرا» ذکر شده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد تمامی دلایل مذکور قابل نقد و ردند و حجیت مذاق شریعت به عنوان منبع و مصدر استنباط حکم شرعی مناقشه‌پذیر است و در نتیجه حکم به عدم حجیت آن داده می‌شود.

واژگان کلیدی: حجیت مذاق شریعت، مذاق شریعت و استنباط احکام شرعی، اماره ظنی.

مقدمه

عمده فعالیت فقیه در عملیات استنباط، استظهار حکم از کتاب و سنت است. فقها در استناد و استظهار از کتاب و سنت دو روش دارند:

در روش اول، استناد و استظهار تنها به یک یا چند آیه یا روایت است که متفق المضمون است اما در روش دوم، استناد و استظهار از آیات و روایاتی است که ظاهراً مختلف المضمون و بی ارتباط با هم هستند اما فقیه با تجارب فقهی خویش با کنارهم نهادن آن‌ها میانشان ارتباط ایجاد و از آن‌ها استظهار جدیدی تحصیل می‌کند. این تمسک به مجموعه ادله، به دو صورت در فقه دیده می‌شود.

ا. گاهی فقیه ادله و مستندات را در مرئی و مسموع مخاطبان خود قرار می‌دهد.

ب. گاهی بدون بیان آن ادله و مستندات، حکم فقهی بیان می‌شود که این عمل در عصر میرزای قمی و قریب به آن تحت عنوان «مجموع الادله» بیان می‌شد،^۲ اما بعدها با گذشت زمان در لسان برخی فقها؛ همچون کاشف الغطاء، صاحب مفتاح الکرامه و صاحب جواهر از تعبیر جدیدی به نام «مذاق شریعت»، «ذوق فقهی» و «ذوق شارع» استفاده شد.^۳

فقها به دو صورت از مذاق شریعت بهره می‌برند: «منبع حکم» یا «ابزار» و «آلت». در حالت اول، فقیه به مذاق به مثابه یک منبع و مصدر استنباط حکم شرعی می‌نگرد، همچون اعتقادی که خوئی راجع به ذکر عقل، عدالت و ایمان به عنوان شرایط زعامت و مرجعیت دینی دارد که منبع استنباط و استخراج این شروط را مذاق شریعت می‌داند^۴ یا دیدگاه سبزواری که برای «اثبات شرطیت طهارت اعضای وضو» به مذاق شریعت استناد کرده است^۵ و نیز نظر امام خمینی در بحث «ثبوت خیار غبن در جایی که تفاوت فاحشی در میان باشد» که این حکم را نیز برگرفته و مستنبط از مذاق شریعت ذکر می‌کنند.^۶

حالت دوم که در آن علما به مذاق به عنوان سندی برای استنباط حکم شرعی نظر نمی‌کنند، بلکه سند را همان آیات و روایات دانسته و از مذاق برای تحلیل، تقیید یا تخصیص آن اسناد بهره برده‌اند. این حالت دوم که مذاق ابزار است، انواع و حالاتی دارد؛ اعم از ابزاری برای تحلیل موضوع،^۷ ابزاری برای تعیین یکی از

۲. میرزای قمی، غنائم الاثام، ۱۹۲/۴.

۳. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۵۰۶/۱۷ تا ۵۰۷؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۹۹/۸ تا ۴۰۵.

۴. خوئی، التنقیح فی شرح العروة، ۲۲۳.

۵. سبزواری، مهذب الأحکام، ۴۰۴/۲.

۶. خمینی، کتاب البیع، ۴۴۳/۴.

۷. خوئی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۵۸ تا ۳۵۷/۳۲.

محتملات در معنا،^۸ وسیله‌ای برای تشخیص اهم در متزاحمین،^۹ استفاده از مذاق شریعت برای رفع تعارض،^{۱۰} وسیله‌ای به منظور ظهورسازی برای الفاظ،^{۱۱} ابزاری برای تشکیل قیاس اولویت،^{۱۲} وسیله‌ای برای تقیید اطلاعات،^{۱۳} ابزاری برای تخصیص عمومات،^{۱۴} وسیله‌ای برای حصول اطمینان در اخذ به عمومات و اطلاعات.^{۱۵}

این نوشتار در پی پاسخ‌گویی به این سؤال اصلی است که حجیت استناد به مذاق شریعت در استنباط احکام شرعی چگونه است؟

در خصوص ضرورت و اهمیت پژوهش باید گفت: علی‌رغم استناد به مذاق شریعت در کتب فقهی، بحث مستقلی راجع به آن در کتب اصولی مطرح نشده است، نه از حیث بیان حقیقت و ماهیت آن و نه به‌عنوان امری که می‌تواند یکی از راه‌های استنباط احکام شرعی باشد. همین امر موجب شد تا درباره این مسئله بحث و بررسی کنیم تا اعتبار یا عدم اعتبار مذاق شریعت برای استنباط حکم شرعی روشن شود که اگر اعتبار آن ثابت شود از مراجعه زود هنگام به اصول عملیه در فرعی که خالی از ادله عام و خاص باشد جلوگیری می‌شود و مسیری جدید پیش‌روی فقها قرار می‌گیرد.

از جمله مقالاتی که در خصوص مذاق شریعت نگاشته شده است، عبارت‌اند از: «مذاق شریعت» نوشته محمود حکمت‌نیا، «مقایسه مفهوم مذاق شریعت با مصلحت و مقاصد شریعت» به قلم ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی، «چیستی و کارکردهای مذاق شریعت» از ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی و حسین ناصری مقدم، «عناصر و مصادیق مذاق شرع در فقه» تلاشی از محمدصادق بابایی علویق و رحیم وکیل زاده، «مذاق شریعت و کارکردهای آن با تأکید بر فقه جزایی امامیه» نوشته عادل ساریخانی و مسعود نیک‌پرور، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد» از ابوالقاسم علیدوست و محمد عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن» به‌همت محمد عشایری منفرد، «استنادپذیری مذاق شریعت؛ تأملات و پرتوها» از حمید ستوده و... .

نقطه تمایز پژوهش حاضر نسبت به مکتوبات قبلی این است که تقریباً تمامی تلاش‌های سابق به منظور

۸. بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۲۷۹/۳.

۹. عراقی، نه‌ایة الافکار، ۴۳۴/۲؛ مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامه، ۵۰۶؛ خمینی، کتاب البیع، ۷۲۵/۲؛ آملی، مصباح الهدی، ۳۳۱/۳.

۱۰. سبزواری، مهذب الأحکام، ۳۹۵/۱.

۱۱. خمینی، کتاب البیع، ۶۰۷/۳.

۱۲. خونی، موسوعة الإمام الخونی، ۸۱ تا ۸۰/۱۲.

۱۳. مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیلة، ۲۷۷/۲؛ خونی، التنقیح فی شرح العروة، ۲۲۶.

۱۴. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۱۷/۲۷؛ اراکی، المکاسب المحرمة، ۵۹.

۱۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۱۰/۳۰.

اثبات حجیت مذاق شریعت و کارکرد آن در فقه اسلامی است، درحالی که این پژوهش علاوه بر تجمیع تمامی استدلال‌های موجود در باب حجیت مذاق شریعت، به نقد آنان پرداخته و با رویکردی انتقادی در مقام رد حجیت مذاق شریعت است. قبل از ورود به بحث اصلی لازم است مفهوم‌شناسی واژگان مهم در این مقاله انجام گیرد.

۱. مفهوم‌شناسی

أ. مذاق: مذاق در لغت، مصدر به معنای چشیدن و به دست آوردن طعم خوراکی‌ها و نوشیدنی‌هاست که محصول آن، علم و آگاهی پیدا کردن بر وقایع پنهان است،^{۱۶} از این رو در برخی کتب لغت، از مذاق به قوة مدرکه لطافت‌های پنهان تعبیر شده است،^{۱۷} گرچه برخی کتب لغت صرفاً به همان آگاهی و علم معنا کرده‌اند.^{۱۸}

ب. شریعت: شریعت در لغت عبارت است از: آبشخور، جایگاهی که می‌توان بدون طناب آب نوشید.^{۱۹} البته با تتبع در کتب لغت درباره این واژه دو معنا به دست می‌آید: نخست، آداب و سنن دینی^{۲۰} و دیگری، راهی روشن و مستقیم که ضلالت ندارد.^{۲۱}

شریعت در اصطلاح به مجموعه مسائل دینی، اعم از عقاید و اخلاق و احکام گویند. البته در اصطلاح فقها و کتب فقهی از تعبیراتی نظیر «شرایع الأحکام» خصوص احکام فرعی عملی اراده می‌شود که در این صورت کاملاً مرادف با معنای اصطلاحی فقه است.^{۲۲}

ج. مذاق شریعت: با تحلیل و نظر به معنای لغوی مذاق که با حواس باطنی مثل ذائقه اطلاع بر امر پنهان در مأكولات و مشروبات حاصل می‌شود، فقیه هم با اتکا به حواس و وجدان بتواند اطلاع و علم بر روش شارع در جعل احکام یابد.

با تحلیل اصطلاحی و نظر به کلام کاشف‌الغطاء که معتقد است: «مذاق شریعت، درک و فهمی است که فقیه با تلاش در مجموع ادله با ذوق سلیم به آن دست می‌یابد که در اعتبار چنین امری نیز تردیدی

۱۶. ابن منظور، لسان العرب، ۱۱/۱۰.

۱۷. طریخی، مجمع البحرین، ۱۰۳/۶ تا ۵.

۱۸. فراهیدی، کتاب العین، ۲۰۱/۵؛ جوهری، الصحاح تاج اللغة، ۱۴۸/۴.

۱۹. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲۶۲/۳.

۲۰. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۲۳۷/۱۱.

۲۱. طریخی، مجمع البحرین، ۵۳۴/۴ تا ۳.

۲۲. مکارم شیرازی، دایرة الفقه المقارن، ۴۳.

نیست، چون از دایره آیات و روایات خارج نیست»^{۲۳} می‌توان گفت: مذاق شریعت دستیابی فقیه به روش شارع در جعل احکام شرعی است تا با استناد به آن در مواردی که در فرعی فقهی، دلیل به‌خصوص یا عموماً برای استنباط حکم وجود ندارد بتواند با نظر به مجموع ادله در ابواب و فروعاً مختلف فقهی باتوجه به اشراف و احاطه‌ای که دارد مذاق و روش شارع در جعل حکم را تحصیل کند و با تکیه بر آن در فرع مدّ نظر فتوا صادر کند.

۲. طرح بحث

گاهی فرع فقهی‌ای که فقیه درصدد استنباط حکم شرعی آن است عاری از هر نوع دلیل، اعم از عام و خاص است. قاعده این است زمانی که ادله اجتهادی در میان نیست باید به سراغ ادله فقاهتی رفت، لکن برخی فقها با نبود دلیل عام و خاص قبل از رجوع به اصول عملیه با لحاظ و کنار هم قراردادن مجموع ادله مختلف در ابواب مختلف فقهی مذاق شارع را استکشاف و با استناد به آن به‌عنوان اماره‌ای ظنی فتوا صادر می‌کند. برای مثال مرجعیت بانوان، که آیت‌الله خوئی با کنار هم قراردادن مجموعه‌ای از احکام مختلف در خصوص زنان - مثل عدم جواز امام جماعت بودن آن‌ها و روایاتی که دالّ بر ارجحیت امور خانه‌داری و شوهرداری و روایاتی که وجوب تکالیفی که مشارکت عمومی را به دنبال دارد، مثل حضور در نماز جمعه را از زنان برداشته است و... - به مذاق شریعت در زمینه مرجعیت زنان دست یافت که شارع راضی به زعامت دینی برای زنان نیست؛ چراکه این زعامت مخالف با مذاق شارع مبنی بر تحجّب و تسرّ زنان است.^{۲۴} حال برخی محققان قائل به حجیت آن هستند و طبعاً از آنجا که از طرفی بحث در مذاق شریعت به‌عنوان اماره‌ای ظنی است (چراکه مذاق شریعت مشکوک که لاحجت است؛ حجیت شک بی‌معناست، مذاق شریعت مقطوع هم گرچه حجت است لکن حجیت آن به سبب خود قطع است که حجیت ذاتیه دارد، لذا ارتباطی با مذاق ندارد، بلکه از هر راهی حاصل شود حجت است) و از طرفی هم اصل اولیه در باب ظنون، حرمت عمل به ظن است،^{۲۵} باید ادله‌ای بر حجیت مذاق شریعت ارائه کرد تا آن را از تحت اصل اولیه خارج کند و ظن خاص شود (مگر اینکه همچون میرزای قمی از باب دلیل انسداد قائل به حجیت مطلق ظن باشیم).^{۲۶}

۲۳. کاشف‌الغطاء، کشف الغطاء، ۱/۱۸۸.

۲۴. خوئی، التنقیح فی شرح العروة، ۲۲۶-۲۲۴.

۲۵. انصاری، فراند الأصول، ۱/۱۲۵.

۲۶. میرزای قمی، قوانین الأصول، ۳۷۴.

۳. بیان ادله قائلان به حجیت مذاق شریعت

۳.۱. سیره عقلا بر حجیت ظهورات

بیان اول: اصل سیره عقلا بر حجیت اخذ به ظهورات، امری مسلّم است^{۲۷} و مستدل مدعی است مصب این سیره، عام است و تفاوتی میان ظهور ناشی از حس برآمده از یک دلیل لفظی با استظهار ناشی از حدس برآمده از مجموع ادله با لحاظ مجموع بما هو مجموع وجود ندارد، هرچند ادله هرکدام به تنهایی دلالت بر مطلب نداشته باشد و درخور مناقشه باشد، مثلاً طبیعی بدون ذکر علت، بیمار را از انواعی از میوه‌های ترش منع می‌کند. عرف در موارد مشابه میوه‌های مذکور، حکم منع را استظهار می‌کند بدون آنکه علت ممنوعیت بیان شده باشد.^{۲۸}

بیان دوم: مذاق شریعت از باب ظهورات، حجت است و حجیت ظهور هم امری مسلّم است، لذا فقها با استناد به مذاق برای روایات ظهورسازی می‌کنند؛ مثلاً امام خمینی در روایت حلبی «...فإنه یکره أن یحتکر الطعام...»^{۲۹} فرمود: حتی اگر از حمل «یکره» به معنای لغوی چشم‌پوشی کنیم باز هم حمل بر کراهت مصطلح نمی‌شود، بلکه ظهور در حرمت احتکار دارد؛ زیرا جایز و مکروه دانستن احتکاری که سبب رهاکردن مردم بدون غذا و خوراک می‌شود با مذاق شریعت سازگار نیست.^{۳۰}

نقد دلیل اول: اولاً، اینکه مذاق شریعت صغرای ظهور محسوب شود محل مناقشه است؛ چون ظهور، مدلول لفظی است که یا مدلول مطابقی یا مدلول التزامی کلام است و استظهار برآمده از مذاق نه منطوق است و نه مفهوم؛ چراکه هر مدلول التزامی، مفهوم نیست؛ بلکه دو شرط دارد: تلازم ذهنی و لزوم بین بالمعنی الأخص بودن و دلالات برآمده از مذاق از نوع لزوم غیربین یا بین بالمعنی الأعم هستند که دلالت سیاقیه از نوع دلالت اشاره نام دارند و از ظهورات محسوب نمی‌شوند.^{۳۱}

ثانیاً، با فرض پذیرش این ادعا و کشف روش شارع در جعل حکم یا مناط حکم به واسطه استظهار از مجموع ادله، همان بودن روش جعل حکم توسط شارع در همین فرع خاص، قطعی و مشخص نیست و ممکن است مصلحت یا مفسده اقوی در میان باشد که موجب شود برخلاف آن روش حکم صادر کند، مگر اینکه فقیه قاطع به روش و مناط مستکشف باشد که در این صورت از محل بحث ما خارج است؛ چراکه در اینجا قطع وجود دارد که حجت است و ارتباطی با مذاق به عنوان اماره ظنی ندارد.

۲۷. مظفر، اصول الفقه، ۱۵۲/۳.

۲۸. همدانی ستوده، «مذاق شریعت جستاری در اعتبار و کارآمدی»، ۱۲۵.

۲۹. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۴۲۴/۱۷.

۳۰. خمینی، کتاب البیع، ۶۰۸/۳.

۳۱. نائینی، فوائد الأصول، ۴۷۷/۲؛ مظفر، اصول الفقه، ۱۸۴/۱؛ نائینی، اجود التقریرات، ۴۱۴/۱.

ثالثاً، مثال طبیب، قیاس مع الفارق است؛ چون در این مثال، خطابات متعدد در موضوع واحد داریم که می‌شود با تنقیح مناط به جامعی دست یافت اما در مذاق شریعت فرض این است که در فرع فقهی و موضوع واحد اصلاً دلیل و خطابی وجود ندارد.

رابعاً، میان مذاق استظهارشده ناشی از حدس برآمده از مجموع ادله و ظهور حسی ناشی از ادله واحد تفاوت وجود دارد؛ زیرا ظهور ناشی از حس، یا مدلول مطابقی است یا مدلول التزامی بین بالمعنی الأخص که در شاخه ظهورات داخل است، اما استظهار حدسی ظهور محسوب نمی‌شود. افزون‌بر اینکه اگر هم ظهور باشد، بایستی بررسی شود «حدس فی الحس» ضروری است که ظهور نوعی ایجاد کند یا «حدس فی الحس» اتفاقی است که ناشی از خوش‌بینی و سهل‌اندیشی است که ارزشی ندارد و چون روشن نیست از کدام نوع است، درخور استناد نیست.

نقد دیدگاه دوم: علاوه بر ورود نقدهای فوق، خلط میان ظهور و منشأ ظهور وجود دارد. در مثالی که به دیدگاه امام خمینی نسبت به روایت حلبی بیان شده است، مذاق هم مانع و هم منشأ برای ظهور دانسته شده است و حال آنکه ادعا این بود که مذاق، ظهور است.

۲.۳. استناد به علم عرفی یا اطمینان

اعتبار استناد به مذاق، از باب افاده قطع است؛^{۳۲} چراکه علما در موارد استناد به مذاق شریعت، مدعی علم هستند^{۳۳} و این قطع‌ها عمدتاً قطع و علم عرفی یا همان اطمینان است، چون دستیابی به قطع منطقی به‌طوری که احتمال خلاف داده نشود به‌ندرت در این موارد اتفاق می‌افتد و علم؛ اعم از علم منطقی که اعتقاد جازم است و احتمال خلاف ندارد و علم عرفی (اطمینان) که احتمال خلاف در آن عرفاً و عادتاً منتفی است، هر دو حجت‌اند با این تفاوت که، اولی حجت ذاتیه دارد و دومی از باب بنای عقلاً حجت است.^{۳۴}

نقد دلیل دوم: اولاً با این استدلال، حجیت مذاق علی‌المبنا می‌شود؛ چراکه در باب حجیت علم عرفی یا اطمینان مبانی مختلف است. برخی همچون آفاضلیاء و آیت‌الله مددی آن را حجت نمی‌دانند و مشمول نهی از عمل به غیر علم می‌دانند.^{۳۵}

مشهور نیز که علم عرفی یا اطمینان را حجت می‌دانند، در سعه و ضیق آن اختلاف دارند. علمایی مثل

۳۲. همدانی ستوده، «مذاق شریعت جستاری در اعتبار و کارآمدی»، ۱۲۵.

۳۳. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۹۶/۱۵ و ۳۸۷/۴۰ و ۳۱۰/۳۰.

۳۴. خونی، مصباح الأصول، ۵۷۳/۱.

۳۵. یزدی، عروة الوثقی المحشی، ۱۹۰/۳؛ مددی، درس خارج اصول، جلسه ۴۶، ۹۶/۹/۲۵.

شهید صدر و خویی مطلقاً حجت می‌دانند.^{۳۶} سبزواری بین علم عرفی و غیرعرفی تفصیل داده است^{۳۷} که مراد ایشان یا حجیت اطمینان ناشی از امر عرفی است یا مرادشان از عرفی، نوعی است و اطمینان نوعی مدّ نظر ایشان است. آیت‌الله سیستانی هم تفصیل میان اطمینان حاصل از حساب احتمالات و غیر آن دادند که در واقع، ایشان اطمینان نوعی عرفی را حجت می‌دانند و اطمینان شخصی یا غیرعرفی را حجت نمی‌دانند.^{۳۸} سیدیزدی نیز بین اطمینان عالم و اطمینان عوام تفصیل داده است که ظاهراً مرادش همان اطمینان عرفی یا نوعی است.^{۳۹} توجه به اینکه جز خویی دیگران بر کلام ایشان تعلیقه نزدند، ظاهراً باقی علما تفصیل ایشان را قبول دارند. از این رو، مدعی حجیت بایستی در بحث حجیت اطمینان تعیین مبنا کند. اگر همانند خویی معتقد به حجیت علی‌الاطلاق است، ابتدا ادله قائلان به عدم حجیت اطمینان را نقد و حجیت اطمینان را ثابت کند تا از آن رهگذر حجیت مذاق را اثبات کند. اگر «مبنا» و «حجیت اطمینان» را نیز ثابت کند باز هم مدعا را ثابت نکرده است؛ چراکه مدعا اثبات حجیت مذاق شریعت بما هو هو، نه بما هو مقطوع، به عنوان یک اماره است و استناد به حجیت قطع برای حجیت مذاق شریعت مفید نیست، زیرا حاصل این است که قطع و اطمینان حجت می‌شود - از هر راهی حاصل شود - نه مذاق و اگر قائل به عدم حجیت اطمینان باشیم دیگر مذاق به اعتبار اطمینان حجیت پیدا نمی‌کند. در حالت سوم اگر اهل تفصیل باشیم از آنجاکه عمده فقها اطمینان عرفی و نوعی را حجت و مشمول سیره می‌دانند نمی‌توان حکمی کلی مبنی بر حجیت مذاق شریعت از باب افاده اطمینان صادر کرد، بلکه باید مصداقاً تک‌تک موارد استناد به مذاق بررسی شود؛ بدان معنا که بایستی فروعاً مختلفی را که فقها در آن به مذاق استناد کردند جداگانه بررسی کرد تا روشن شود مفید اطمینان نوعی و عرفی است که مشمول سیره باشد یا خیر. پس صدور یک حکم واحد کلی برای مذاق شریعت مبنی بر حجیت مذاق از باب افاده اطمینان کفایت نمی‌کند، بلکه باید در هر فرع، مستندات فقیه در همان فرع بررسی شود.

افزون بر اینکه، چون مذاق شریعت یک عنوان کلی و استناد به مجموع ادله بدون بیان آن‌هاست، توالی فاسدی همچون «تکیه فقیه بر ادله مرتکز در ذهن و حدوث یک مطلب بدوی بدون تحقیق و بررسی» بر آن مترتب است، لذا از آنجاکه حجیت اطمینان، غیرذاتی و با تکیه بر بنای عقلاست ممکن است ادعا کنیم سیره عقلاً اصلاً شامل آن نمی‌شود. این همان دلیلی است که مانع روشن شدن مرز میان مذاق و توهّم مذاق

۳۶. صدر، دروس، ۲۸۲/۱؛ خونی، موسوعة الإمام الخوئی، ۱۷۰/۲.

۳۷. سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۴۰/۸.

۳۸. حسینی سیستانی، الرافد فی علم الاصول، ۱۳۱.

۳۹. یزدی، عروة الوثقی المحشی، ۱۹۰/۳.

می‌شود، همچنان‌که برخی آیت‌الله خوئی را در مسئله اعتبار رجولیت در مرجعیت، متهم به توهّم مذاق کرده‌اند،^{۴۰} مخصوصاً که فقها در استناد به مذاق شریعت از مفهوم مصطلح (دستیابی به مذاق با بررسی مجموع ادله) خارج شده و از مذاق شریعت در مذاق‌های برآمده، از «اولویت»^{۴۱} «ارتکاز مشرعه»^{۴۲} «بنای عقلا»^{۴۳} پیامدها و لوازم مترتب بر حکم^{۴۴} بهره‌جسته‌اند که این، خروج از مفهوم مصطلح مذاق است.

بنابراین اگر قصد ما بر این باشد که از راه «اطمینان» به مذاق شریعت لباس حجیت بپوشانیم و بگوییم مذاق شریعت از آن جهت که مفید اطمینان است، حجت است؛ حتی اگر برطبق مسلک مشهور که قائل به حجیت اطمینان هستند عمل کنیم - اعم از اینکه مبنای آیت‌الله خوئی و شهید صدر را داشته باشیم که اطمینان را مطلقاً حجت می‌دانند یا بر طبق مبنای اکثر علما که اطمینان نوعی عرفی را مطرح می‌فرمایند - اشکال عمده آن این است که محل بحث ما استدلال بر حجیت مذاق شریعت به‌عنوان اماره‌ای ظنی است. به این صورت که، آیا مذاق شریعت فی‌نفسه - قطع‌نظر از حصول اطمینان - به‌عنوان اماره‌ای ظنی حجت است یا خیر؟ اشکال دوم نیز اینکه استناد به افاده اطمینان برای اثبات حجیت مذاق، خروج از محل بحث است؛ چراکه در این صورت نقطه اتکا و ثقل بحث، مذاق شریعت مفید اطمینان است. به‌دیگر معنا، آنچه حجت است اطمینان است، نه خصوص مذاق شریعت؛ بلکه هر چیزی که مفید اطمینان باشد حجت خواهد بود و اگر در موردی فقیه مدعی مذاق، به مذاق استناد کرده، آنچه که حجت است اطمینان حاصل از این مذاق است، نه خود مذاق شریعت بماهوهو.

۳.۳. اتحاد مناط مذاق شریعت با خبر واحد

در علم اصول ثابت شد خبر واحد ثقة حجت است، لکن مدعی این موضوع معتقد است مراد، وثوق به صدور روایت است، لذا می‌فرماید: هر جا وثوق به صدور روایت بود آن خبر حجت است و هر جا نبود حتی اگر زوات ثقة باشند آن خبر حجیت ندارد. پس مناط حجیت، وثوق و اطمینان به صدور است.^{۴۵} همین مناط در مذاق نیز موجود است و برای فقیه از همین مذاق اطمینان حاصل می‌شود و چه‌بسا، این

۴۰. نک: عشایری، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، ۱۵.

۴۱. خوئی، موسوعة الإمام الخوئی، ۱/۱۸۵.

۴۲. صدر، مباحث الأصول، ۱/۴۷۷.

۴۳. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۹/۳۲۲.

۴۴. خمینی، کتاب البیع، ۴/۴۴۳.

۴۵. خمینی، تحریرات فی الأصول، ۶/۲۳ تا ۲۴.

اطمینان قوی تر از اطمینان برخاسته از خبر واحد باشد و حال که وحدت مناط دارد باید حجت باشد.^{۴۶}

نقد دلیل سوم: اولاً، باتوجه به چهار طایفه روایی؛ «روایات علاجیه»^{۴۷} و روایات دالّ بر «ارجاع به برخی اصحاب»^{۴۸} روایات دالّ بر «ارجاع به برخی عناوین»^{۴۹} و روایاتی که به «حفظ و نقل اخبار» ترغیب کرده اند^{۵۰} که خبر ثقه را علی الاطلاق -چه مفید اطمینان به صدور باشد چه نباشد- حجت کرد، می توان گفت: مناط حجیت ثقه، مخبری است، نه موثوق الصدوری و اطمینان به صدور، افزون بر اینکه سیره عقلاً هم بین امور تکوینی که نظام تکوین و احراز واقع است و امور تشریعی که نظام بین عبد و مولاست تفاوت قائل است. در اولی به صرف خبر واحد، مادامی که اطمینان به صدور و احراز واقع نرسد عمل نکند، اما در دومی از آنجایی که آنچه مهم است «احتجاج» است و وصول واقع مهم نیست و بودن یک حجت عقلایی در میان، کفایت گر احتجاج است و خبر ثقه حجت می شود و با اعتذار به اینکه اطمینان به صدور نیست، ترک آن جایز نیست.

ثانیاً، مناط زمانی حجیت دارد و درخور استناد است که قطعی باشد، وگرنه مناط ظنی همان قیاس باطل است. اینکه گفته شود مناط حجیت خبر واحد وثوق خبری یا اطمینان به صدور است، نیاز به اثبات دارد؛ چراکه این امکان نیز وجود دارد که مناط حجیت خبر واحد، «تعبدی» یا از باب «اغلب المطابقه بودن با واقع» باشد، بنابراین مناط ارائه شده مناطی ظنی و همان قیاس باطل است و ادله ای که بر وثوق خبری ارائه شد این احتمال را تقویت می کند.

ثالثاً، بر فرض درستی ادعا و واقع شدن اطمینان به عنوان مناط حجیت خبر واحد، مدعای شما اثبات نمی شود. مدعای حجیت مذاق شریعت بما هو هو به عنوان اماره ای ظنیه بود، درحالی که اکنون حجیت اطمینان -چه از راه مذاق چه غیر آن- ثابت شده است.

۴.۳. حق الطاعة

مشهور فقها پیرو مسلک «قیح عقاب بلا بیان» هستند. در این میان، شهید صدر طرفدار مسلک «حق الطاعة» است و بین موالی عرفی و مولای تکوینی؛ یعنی خداوند متعال تفاوت قائل و معتقد است: میزان حق الطاعة مولا به سعه و ضیق مولویت اوست؛ لذا خداوند که مولویت موسع بر مخلوقان دارد دایره حق الطاعة او نیز گسترده است، برخلاف موالی عرفی که در حیطه تکالیف معلوم حق الطاعة دارند. شارع

۴۶. علیشاهی، «حجیت مذاق شریعت و چالش های پیش روی آن»، ۹۸.

۴۷. نوری، مستدرک الوسائل، ۳۰۳/۱۷.

۴۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۴۳/۲۷.

۴۹. حر عاملی، وسائل الشیعة ۳۸/۱.

۵۰. حر عاملی و وسائل الشیعة، ۸۹/۲۷.

حتی نسبت به تکالیف محتمله هم حق الطاعه دارد؛ یعنی حتی در جایی که احتمال تکلیف هم داده شود واجب‌الاتیان است، مگر تریخی از نزد خود شارع وارد شود.^{۵۱} مدعی حجیت مذاق شریعت با استناد به این مبنا عنوان می‌دارد پیرامون مذاق، فقیه نه تنها احتمال، بلکه اطمینان به تکلیف دارد و لذا از باب حق الطاعه که عقل حاکم به حسن احتیاط و اتیان به تکلیف محتمله است، حکم به حجیت مذاق و لزوم اتیان به آن می‌کنیم.^{۵۲}

نقد دلیل چهارم: ۱. اصل نظریه حق الطاعه با ادله متعدد محل مناقشه است، از جمله: ا. شهید صدر هیچ دلیلی بر این نظریه ارائه نکرده و صرفاً آن را از بدیهیات عقلی دانسته است که برهان‌پذیر نیست و حدود و سعه این حق را بدیهی دانسته که نیاز به برهان ندارد.^{۵۳} این در حالی است که خود شهید در مقام نقد بر قاعده قبح عقاب بالاییان فرمود: نمی‌شود در خصوص قبح عقاب بالاییان ادعای بداهت و وجدانی بودن را کرد؛ زیرا چطور وجدانی است درحالی که تا زمان وحید بهبهانی به آن اشاره نشده است.^{۵۴} ازاین‌رو، این اشکال به ایشان نیز وارد است. افزون‌بر اینکه صرف بدیهی بودن مستلزم تعرض آن نیست و ملازمه‌ای با طرح آن ندارد. آنچه به ذهن می‌رسد این است که قدما چون ادله نقلی فراوان بر براءت داشتند و براءت شرعی کاملاً بر ایشان روشن بوده نیازی به براءت عقلی نداشتند.

ب. شما در شبهات بدویّه و جوبیه یا تحریمیه به اقتضای حق الطاعه‌ای که مولا دارد ادعا می‌کنید بایستی جانب تکلیف را رعایت کرد. در احکام و جوبیه، اتیان و در احکام تحریمیه، ترک فعل کرد. همین حق الطاعه در جایی که احتمال اباحه واقعیّه که یکی از احکام خمسّه است داده شود، اقتضا می‌کند جانب اباحه واقعیّه رعایت شود و به مقتضای آن عمل کنیم. پس عقل در شبهات بدویّه و به مقتضای حق الطاعه، هم رعایت جانب تکلیف و جوبی یا تحریمی را و هم رعایت مقتضای اباحه واقعی را اقتضا می‌کند و هیچ‌یک از این دو بر دیگری ترجیح ندارد و از طرفی، جمع بین هر دو نیز ممکن نیست.

ج. موضوع حق الطاعه، عنوان «انه شارع و مقنن» است و همین تشریع و تقنین است که وجوب امثال تکالیف را می‌آورد، نه عنوان مالکیت و خالقیت؛ این در حالی است که خداوند نسبت به حیوانات و صبیان نیز مالکیت و خالقیت دارد، اما وجوب امثال به دلیل نبودن تقنین و تشریع وجود ندارد. این مسئله کاشف است که موضوع حق الطاعه به ملاک تقنین و تشریع است، نه منعم و خالق بودن و در موارد تشریع و تقنین،

۵۱. صدر، دروس، ۱/۱۳۲ تا ۱۳۳.

۵۲. علیشاهی، «حجیت مذاق شریعت و چالش‌های پیش‌روی آن»، ۹۷.

۵۳. صدر، دروس، ۲/۳۲۱ تا ۳۲۰.

۵۴. صدر، مباحث الأصول، ۳/۶۹.

عقلاً تکلیف و اصل را لازم می‌دانند، نه محتمل‌التکلیف را. افزون‌بر اینکه در صورت نبودن تشریع، مخالفت خدا و ظلم به ذات او بی‌معنا می‌شد و اصل بحث خروج از ذی‌عبودیت جایی است که عبد بخواهد تشریعی را مخالفت کند، لذا اگر از اول مالک حقیقی و منعم واقعی تشریعی نداشته باشد، عقل هیچ‌گاه لزوم امتثال را به ملاک منعیت و خالقیت مطرح نمی‌کند؛ چراکه اصلاً موضوعی برای امتثال وجود ندارد و چیزی به نام اطاعت وجود نخواهد داشت.

د. گاهی ممکن است مولا غرضی الزامی داشته باشد اما امری نکرده باشد ولی عدم امر او نه به سبب فقدان مقتضی و غرض، بلکه به دلیل وجود مانع است. حال در چنین موردی اگر احتمال غرض الزامی بدهیم، طبق حق الطاعة باید آن را اتیان کنیم، هر چند قطعاً امری وجود نداشته باشد؛ چرا که غرض از حق الطاعة این است که احترام مولا به تمام معنا رعایت شود و وجود امر، شرط این احترام نیست و دایره احترام به مولا از موارد امر نیز فراتر خواهد رفت، بلکه دایره احترام به مولا از موارد غرض ذاتی هم فراتر می‌رود و در مثل انقیاد و تجری هم ثابت است و حال آنکه، در این موارد نه حکمی وجود دارد و نه غرضی.

۲. بر فرض تمام بودن نظریه حق الطاعة، ربطی به اثبات حجیت مذاق شریعت ندارد؛ چرا که حق الطاعة نهایتاً حکم به احتیاط در امتثال محتمل‌الوجوب و الحرمة می‌دهد اما تمسک به مذاق شریعت را اثبات نمی‌کند، بلکه صرفاً عنوان می‌دارد راه احتیاط را پیش گیرید و چه بسا، اصلاً فقیه درباره مذاق باتوجه به مصلحت تسهیل و... به حکمی مخالف با احتیاط برسد.

افزون‌بر اینکه، بحث حق الطاعة در خصوص شبهات بدویه است، اما مذاق شریعت را فقیه در موارد شبهات بدویه و هم شبهات مقرون به علم اجمالی می‌تواند به کار گیرد، لذا دلیل اخص از مدعا می‌شود.

۳. نظریه حق الطاعة، بحث مقتضای حکم عقل و حسن احتیاط عقلی به فرض نبود ترخیص شارع است. لذا طرف‌داران این مسلک در جایی که خطاب شرعی و ترخیص شارع باشد به خطاب ترخیص عمل می‌کنند و حال آنکه بحث ما در مذاق شریعت، بحث از مقتضای حکم عقل نیست؛ بلکه استناد به خطابات شرعی است.

۴. در بحث مذاق گرچه ادله عام و خاص در فرع فقهی مورد بحث وجود ندارد اما فقیه می‌خواهد باتوجه به ممارستی که در فقه دارد با تمسک به مجموعه اسناد در همه ابواب فقهی و با یافتن مناط حکم، مورد مذاق را به دست آورد، از این رو در این فرض گویی دست فقیه از ادله خالی نیست تا نوبت به بحث از اصل عملی برائت (قبیح عقاب بلا بیان) یا احتیاط (حق الطاعة) برسد.^{۵۵}

۳. ۵. استشمام مذاق شریعت از روایات

از حضرت صادق سؤال شد اگر وکیل معزول بدون اطلاع از عزل، موکله خود را به نکاح کسی در آورد حکم چیست؟ بعد از آنکه دیدگاه اهل سنت مبنی بر بطلان فضولی در نکاح و وکالت و صحت آن در سایر معاملات به حضرت عرض شد، فرمودند: حکم ظالمانه و فاسدی است. نکاح اولی به احتیاط است، چراکه موضوع نسب است.^{۵۶} مدعیان حجیت مذاق شریعت معتقدند روایت علاوه بر دلالت بر عدم صدور فتوا و حکم منافی با عدالت، ظهور در عدم ملازمه میان امور مورد اهتمام شارع با سخت گیری دارد، همچنان که شارع در نکاح که از فروج و مورد اهتمام است، بنا بر تساهل در حکم به صحت دارد. لذا حضرت فرمود: در نکاح اولی به صحت است. این خود دلالت دارد بر اینکه مذاق شارع در نکاح بر تساهل است.^{۵۷}

نقد دلیل پنجم: اولاً، نظر به استدلال به سنت که به معنای قول و فعل و تقریر معصوم است، ظاهراً مستدل با این روایت در صدد استناد به فعل امام در مقام استنباط حکم شرعی از همین بستر استناد به مذاق است، لکن این روایت حاکی از چنین فعلی از امام نیست؛ بلکه امام از باب عدم انطباق فتوای اهل سنت با یکی از مقاصد شریعت (عدالت) آن را نفی کردند اما به وسیله آن استنباط حکم شرعی نکردند، به طوری که بتوان گفت: اگر در جایی دستمان از ادله کوتاه بود، همین مؤلفه؛ یعنی روش شارع را مدنظر قرار داده و صرفاً با استناد به آن حکم صادر کرد. علاوه بر این، اگر امام با استناد به مذاق حکمی را صادر کند که فعل امام نیز باشد، حداقل جای این بحث را دارد که این عمل برای غیرایشان از فقها جایز است؟ زیرا در صدد خطا در استناد به مذاق شریعت بالاست و ممکن است فقیه دچار توهم مذاق شود اما امام، معصوم از خطا و اشتباه است.

ثانیاً، روایت ضعیف سندی نیز دارد؛ چراکه صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه آن را به «علاء بن سیابه» اسناد داده است.^{۵۸} البته در آخر کتاب، سلسله سند منتهی به علاء را نقل کرده است، لذا صدوق به علاء بن سیابه سند دارد.^{۵۹} اما خود علاء بن سیابه توثیق ندارد، گرچه اگر توثیق عام را بپذیریم می توان روایت را از حیث سند تمام دانست، چون ابان بن عثمان از اصحاب اجماع است، همچنان که خوئی در حالی که اقرار بر عدم توثیق علاء بن سیابه کرده، می نویسد: چون در اسناد تفسیر، علی بن ابراهیم آمده است

۵۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۶۳/۱۹.

۵۷. علیشاهی، ناصری مقدم، «چستی و کارکردهای مذاق شریعت»، ۱۷۷.

۵۸. ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۲/۱.

۵۹. ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۵۱۵/۴.

کافی است.^{۶۰}

لازم به ذکر است فرایند مذاق شریعت، همان استقرای مجموعه ادله یا نتیجه استقرای ادله و اخذ قدر جامع میان آنهاست که از آن تعبیر به مذاق شارع می شود و می گویند: رویه شارع و مناط جعل حکم در شریعت بر مدار این قدر جامع می گردد، از این رو گفته می شود باوجود آن امور نیازی به مذاق شریعت به عنوان امری جدید نیست. حداقل این استقرا مقدمه حصول مذاق است. بنابراین باید ابتدا از حجیت آن سخن گفته شود که آیا اصلاً استقرا حجت است یا خیر؟! چون همان طور که صدر فرموده است: استقرای مستقیم (استقرای در احکام) عبارت است از اینکه: موارد فراوانی از احکام شرعی را بررسی کنیم و آنها را در جهت گیری و ملاک واحدی مشترک می یابیم و لذا قاعده ای کلی در شریعت اسلامی را از این طریق کشف می کنیم.^{۶۱} همچنین استقرا به عنوان دلیلی بر حجیت مذاق شریعت قرار داده شده و ادعا شده استقرایی که ظن نزدیک به یقین یا همان اطمینان را ایجاد می کند هرچند علم به شمار نمی آید اما حجت است، گرچه این استقرا ناقص است اما از استقرای ضعیف نیست؛ بلکه تفحص افراد گسترده است و احتمال خلاف، اندک است تا جایی که عاقلان به آن اعتنا نمی کنند. تکیه بر اطمینان، از سیره عاقلان است که از آن نهی نشده است. این استقرا حجت و از ظن های منهی بیرون است، لذا استقرای کامل و استقرای ظنی نزدیک به یقین می توانند مستندی بر مذاق شریعت به شمار آیند.^{۶۲}

گرچه این استدلال هم مثبت مدعای ما - یعنی حجیت مذاق شریعت بما هو هو باشد - نیست و فی الواقع این اطمینان است که حجت است، لکن به عنوان شاهی برای ماست که ثابت می کند روند مذاق شریعت همان روند استقراست. البته شواهد متعددی داریم که فقیه از همین استقرا استفاده و از آن تعبیر به مذاق کرده است.^{۶۳}

۶.۳. استناد به استقرا

برخی برای اثبات حجیت مذاق شریعت به استقرا تمسک کردند،^{۶۴} بدین صورت که زمانی که فقیه در فرعی خاص، دلیلی بالخصوص یا عموماتی ندارد، از طریق «استقرای در مجموع ادله» در فروع مختلف حرکت می کند و توسط آن مذاق شریعت را استکشاف و از آن رهگذر، حکم فرع فقهی را صادر می کند. همان طور که خویی با استقرای احکام بانوان، از جمله عدم جواز امام جماعت شدن، از حجیت

۶۰. خونی، معجم رجال الحديث، ۱۸۹/۱۲.

۶۱. صدر، المعالم الجديدة، ۲۰۳/۱.

۶۲. علیشاهی، «حجیت مذاق شریعت و چالش های پیش روی آن»، ۱۹.

۶۳. منتظری، دراسات فی ولایت الفقیه، ۱/۵۹۵ تا ۶۱۸؛ خونی، موسوعة الإمام الخونی، ۸۰/۱۲.

۶۴. نک: علیشاهی، «حجیت مذاق شریعت و چالش های پیش روی آن»، ۱۹.

خانه‌داری و شوهرداری زنان و عدم لزوم شرکت در نماز جمعه، مرجعیت بانوان را خلاف مذاق شارع در جعل احکام برای بانوان تشخیص داده است؛ چراکه با حفظ تستر منافات دارد.^{۶۵} علیشاهی در نهایت نتیجه می‌گیرد استقرایی که ظن نزدیک به یقین یا همان اطمینان را به دست دهد هرچند علم به شمار نمی‌آید، اما حجت است. این استقرا ناقص است، اما از جمله استقرای ضعیف نیست؛ بلکه تفحص افراد گسترده است و احتمال خلاف، اندک است تا جایی که عاقلان به آن اعتنا نمی‌کنند. درعین حال، تکیه بر اطمینان از سیره عاقلان است که از آن نهی نشده‌اند. این استقرا حجت و از ظن‌های منهی بیرون است، لذا استقرای کامل و استقرای ظنی نزدیک به یقین می‌توانند مستندی بر مذاق شریعت به شمار آیند.

نقد دلیل ششم: اولاً، استقرا یعنی «بررسی مجموع ادله»^{۶۶} و از جمله ادله، ادله دال بر «مقاصد شریعت» است. بنابراین بایستی مقاصد شریعت نیز ولو به صورت جزء العله بررسی شوند و این مبتنی بر پذیرش استناد به مقاصد شریعت در استنباط حکم شرعی است و بحثی جداگانه را مبتنی بر اثبات حجیت مقاصد شریعت می‌طلبد.

ثانیاً، در این صورت بازگشت مذاق شریعت به همان مقاصد شریعت خواهد بود. به اعتقاد ابن عاشور مقاصد شریعت غایاتی است که شارع به سبب رعایت مصالح عباد در تشریع احکام لحاظ می‌کند و مقاصد به دو دسته اصلی (حفظ دین، جان، عقل، ...) و فرعی (حب اولاد، آرامش در نکاح و...) تقسیم می‌شود.^{۶۷} حال، زمانی که دست فقیه از ادله خالی شد، از راه استقرا مقاصد اصلی یا فرعی شارع را تشخیص می‌دهد و سعی می‌کند مناسب با آن مقاصد جعل حکم کند، در صورتی که مذاق نیز چیزی غیر از این نیست؛ چراکه در مذاق نیز با استقرای مجموع ادله آن، مقاصد اصلی یا فرعی را تشخیص دادیم و تلاش داریم در جعل حکم، مقاصد را رعایت کنیم. به عبارت دیگر، فقیه در مقاصد شریعت، با استقرای مجموع ادله در پی یافتن مناطات احکام است؛ مانند حکم اصفهانی که معتقد است: اگر بعد از معامله غبنی، غابن به دلیل فرار از معامله غبنی کالا را به مدت طولانی اجاره دهد، مغبون می‌تواند اعمال خیار کند. ایشان می‌نویسد: با استقرای مجموع ادله تشخیص دادیم یکی از مناطات و مقاصد شریعت، رعایت عدالت است و این حکم مناسب با آن مقصد و نیز موافق با مذاق شریعت است،^{۶۸} بنابراین در مذاق، همان حرکت مقاصد را انجام می‌دهیم.

۶۵. خونی، التفتیح فی شرح العروة، ۲۲۶.

۶۶. علیشاهی، همان.

۶۷. ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۲۷/۳.

۶۸. عشایری، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بونه نقد»، ۱۸.

ثالثاً، مشهور علما استقرا را حجت نمی‌دانند.^{۶۹}

رابعاً، اگر با حساب احتمال و تراکم ظنون، مذاق شریعت را مفید اطمینان بدانند، این اطمینان است که حجت خواهد بود.

خامساً، فقیه به واژه مبهمی به نام مذاق استناد کرده و مستندات خود را نقل نکرده است که این مذاق نه درخور دفاع است و نه نقدشدنی.

نتیجه‌گیری

مذاق شریعت به معنای دستیابی فقیه به روش شارع در جعل احکام شرعی است تا فقیه با استناد به آن در مواردی که در فرعی فقهی دلیل بالخصوص یا عموماتی برای استنباط حکم وجود ندارد بتواند با نظر به مجموع ادله در ابواب و فروع مختلف فقهی با توجه به اشراف و احاطه‌ای که دارد مذاق و روش شارع در جعل حکم را تحصیل و با تکیه بر آن در فرع مدّ نظر فتوا صادر کند. مشهور فقها بر حجیت مذاق شریعت هم‌نظر هستند. اهم دلایل ایشان برای اثبات حجیت مذاق شریعت عبارت است از: سیره عقلی بر حجیت ظهورات، استشمام مذاق شریعت از روایات، استناد به علم عرفی یا اطمینان، حق الطاعة، اتحاد مناط مذاق شریعت با خبر واحد و استناد به استقرا.

هرکدام از این دلایل، جداگانه تحلیل و نقد شد. هیچ‌یک از ادله مذکور بر اعتبار مذاق شریعت به‌عنوان اماره‌ای معتبر دلالت نداشتند تا بتواند مذاق شریعت را از تحت اصل اولیه حرمت عمل به غیر علم خارج کند.

منابع

- آملی، محمدتقی. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. تهران: مؤلف. چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. به تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر. مقاصد الشریعة الاسلامیة. قطر: وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیة. ۱۴۲۵ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. به تحقیق و تصحیح عبدالسلام محمد هارون. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

- اراکى، محمدعلی. المكاسب المحرمه. قم: مؤسسة در راه حق. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ نهم، ۱۴۲۸ق.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. بلغة الفقيه. تهران: مكتبة الصادق. چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة. بیروت: دار العلم. ۱۴۱۰ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حسینی سیستانی، علی. الرافد فی علم الأصول. قم: لیتوگرافی حمید. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. به تحقیق و تصحیح محمد باقر خالصی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، مصطفی. تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۴۲۱ق.
- خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. به تقریر جمعی از بزرگان و اساتید. به تحقیق و تصحیح پژوهشگران مؤسسة احیاء آثار آیت الله العظمی خوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار الإمام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة؛ الإجتهد و التقليد. قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی. ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. قم: مؤسسة احیاء آثار امام خوئی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- خوئی، ابوالقاسم. معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال. نرم افزار فقه نور.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار- دفتر آیت الله سید سبزواری. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد باقر. المعالم الجديدة للأصول. قم: کنگره شهید صدر. چاپ دوم، ۱۳۷۹.
- صدر، محمد باقر. دروس فی علم الاصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۸ق.
- صدر، محمد باقر. مباحث الأصول. قم: مطبعة المركز النشر مکتب الاعلام الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرین. به تحقیق احمد حسینی. بی جا: مؤسسة التاریخ العربی. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- عراقی، ضیاء الدین. نهاية الأفكار. به تقریر محمد تقی بروجردی نجفی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، بی تا.
- عشایری، علی دوست. «استناد فقهی به مذاق شریعت در بونه نقد»، حقوقی اسلامی. ش ۲۲، پاییز ۱۳۸۸، ۳۶ تا ۷۳.
- علیشاهی، ابوالفضل. «حجیت مذاق شریعت و چالش های پیش روی آن»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی.

ش ۲۰، تابستان ۱۳۸۹، ۹۱ تا ۱۱۴.

علیشاهی، ابوالفضل، حسین ناصری مقدم. «چیستی و کارکردهای مذاق شریعت»، فقه و اصول. ش ۸۶/۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ۱۹۳ تا ۱۵۷.

فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. کشف الغطاء عن خفیات مبهمات شریعة الغراء. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

مددی، محمود. درس خارج اصول. جلسه ۴۶. تاریخ ۹۶/۹/۲۵.

https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/madadi_mahmoud/osool/96/960925

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. به تحقیق و تصحیح علی هلالی و علی سیری. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.

مکارم شیرازی، ناصر. بحوث فقهیه هامه. مدرسه امام علی بن ابیطالب. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

مکارم شیرازی، ناصر. دایرة الفقه المقارن. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب. چاپ اول، ۱۴۲۷ق.

منتظری، حسینعلی. دراسات فی ولایت الفقیه. قم: فکر. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

مؤمن قمی، محمد. مبانی تحریر الوسیله؛ کتاب حدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۴۲۲ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. غنائم الايام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. قوانین الأصول. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه. چاپ دوم، ۱۳۷۸ق.

نائینی، محمد حسین. اجود التقريرات. به تقریر ابوالقاسم خونی. قم: عرفان. چاپ اول، ۱۳۵۲.

نائینی، محمد حسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۳.

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

همدانی ستوده، عندلیب. «مذاق شریعت جستاری در اعتبار و کارآمدی»، فقه اهل بیت. دوره ۱۸، ش ۷۰ و ۷۱، تابستان و پاییز ۱۳۹۱، ۱۰۶ تا ۱۴۱.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. عروة الوثقی المحشی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

Transliterated Bibliography

'Alī Shāhī, Abū al-Faḥr, Ḥusayn Nāshir muqadam. "Chīstī va Kārkird-hā-yi Mazāq-i Sharī'at". *Fiqh va Uṣūl*. no. 86/1, spring and summer 2012/1390, 157-193.

'Alī Shāhī, Abū al-Faḥr. "Ḥujjiyat-i Mazāq-i Sharī'at va Chālish-hā-yi Pīshirūy ān", *Pazhūhish-hā-yi Fiqh va Ḥuqūq*

Islāmī. No. 20, summer 2010/1389, 91-114.

‘Āmulī, Muḥammad Taqī. *Miṣbāḥ al-Hudā fi Sharḥ-i al-‘Urwa al-Wuthqā*. Tehran: Mu’allif. Chāp-i Awwal, 1961/1380.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-‘Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Nuhum, 2007/1428.

Arākī, Muḥammad ‘Alī. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū’assisah-yi dar Rāḥ Ḥaqq. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

‘Ashāyri, ‘Alīdūst. “Istinād Fiqhī bi Mazāq-i Shari‘at dar Būtiḥ Naqd”, *Ḥuqūqī Islāmī*. No. 22, autumn 2010/1388, 7-36.

Bahr al-‘Ulūm, Muḥammad ibn Muḥammad Taqī. *Bulghat al-Faqīh*. Tehran: Maktaba al-Ṣādiq. Chāp-i Chāhārum, 1983/1403.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Duwwūm, 1990/1410.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Hamadānī Sūtūdiḥ, ‘Andalīb. “Mazāq-i Shari‘at, Justārī dar l’tibār va Kārāmadi”, *Fiqh Āl Bayt*. Durīh-yi 18, no. 70-71, spring and summer 1971/1391, 106-141.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shi‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ḥusaynī Sistānī, ‘Alī. *al-Rāfiḍ fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Litūgrāfi Ḥamid. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā’id ‘Allāma*. researched and Edited by Muḥammad Bāqir Khāliṣī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Ibn ‘Āshūr, Muḥammad Ṭāḥir. *Maqāṣid al-Shari‘a al-Islāmiya*. Qatar: Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shu‘ūn al-Islāmiya. 2004/1425.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh. researched and Edited by ‘Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Duwwum, 1993/1413.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu‘jam Maqāyis al-Lughā*. researched and Edited by ‘Abd al-Salām Muḥammad Hārūn. Qum: Maktab al-‘Ālām al-Islāmī, 1984/1404.

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1993/1414.

‘Irāqī, Ḍiyā’ al-Dīn. *Nihāya al-Aḥkār*. Taqrīr Muḥammad Taqī Burūjirdī Najafī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, s.d.

Jawhari, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ Taj al-Lughā*. Beirut: Dār al-‘Ilm, 1990/1410.

Kāshif al-Ghiṭā’, Ja‘far ibn Khaḍir. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Khafiyāt Mubhamāt Shari‘a al-Gharā’*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīh fi Sharḥ al-'Urwa; al-Ijtihād wa Taqlīd*. Qum: Taḥt-i Ishrāf Jināb Āqāy Lutfī. 1997/1418.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mawsū'at al-Imām al-Khū'i*. Muqarr Jam'i az Buzurgān va Asātīd. researched and Edited by Pazhūhishgarān Mū'assisah-yi Ihya' Āṣār Āyat Allāh al-'Uzmā Khū'i. Qum: Mū'assisa Ihya' Āṣār al-Imām al-Khū'i. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Ihya' Āṣār Imām Khū'i. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mu'jam Rijāl al-Ḥadīth wa Tafṣīl Tabaqāt al-Rijāl*. Narm Afzār Fiqh Nūr.

Khumaynī, Muṣṭafā. *Tahrīrāt fi al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal. 1997/1418.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām. 2000/1421.

Madadī, Maḥmūd. *Dars-i Khārij Uṣūl*. Jalasīh-yi 46. Tārīkh 2017/12/16; 1396/09/25.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Buḥūth al-Fiqhiyah Hāma*. Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Dāyra al-Fiqh al-Muqārīn*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Ghanā'im al-Ayyām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Qawānīn al-Uṣūl*. Tehran: al-Maktaba al-'Ilmiyya al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwūm, 1959/1378.

Mu'īn Qumī, Muḥammad. *Mabānī Tahrīr al-Wasīlah; Kitāb-i Hudūd*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2001/1422.

Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. *Dirāsāt fi Walāya al-Faqīh*. Qum: fikr. Chāp-i Duwwūm, 1989/1409.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. researched and Edited by 'Alī Hilālī va 'Alī Sirī. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 1993/1414.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 2009/1430.

Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Muqarr Abū al-Qāsim Khū'i. Qum: 'Irfān, Chāp-i Awwal, 1973/1352.

Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1373.

Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbat al-Masā'il*. Beirut: Āl al-Bayt. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār- Daftar Āyat Allāh Sayyid Sabzawārī. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *al-Ma‘ālīm al-Jadīda li-al-Uṣūl*. Qum: *Kungirah-yi Shahīd Şadr. Chāp-i Duwwum, 1960/1379.*

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Panjum, 1997/1418.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Maṭba‘a al-Markaz al-Nashr Maktab al-A‘lām al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Baḥrayn*. researched by Aḥmad Ḥusaynī. S.I. Mū‘assisa al-Tārīkh al-‘Arabī. Chāp-i Duwwum, 2008/1429.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn ‘Abd al-‘Azīm. *al-Urwa al-Wuthqā al-Muḥashshī*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1999/1419.



Exploring the Representation of an Imbecile in Financial Matters with an Emphasis on Article 667 of the Iranian Civil Code

Dr. Mohammad Amin Fard  (Corresponding Author)

Associate Professor, department of jurisprudence and fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Email: aminfard11@gmail.com

Mandana Mirzaei

PhD Student, department of jurisprudence and fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Abstract

Imāmi jurisprudence and Iranian Law hold that an imbecile (*safih*) is a person who lacks the capacity to preserve his/her own wealth and does not utilize the assets in an appropriate manner. As so, the imbecile is legally restricted only in financial matters and in cases where he/she has to compensate for the assets. According to this view, the imbecile is prohibited from appointing a lawyer in financial matters or matters with financial implications, on the grounds that he/she lacks the legal capacity in matters that are not allowed for themselves. This is despite the fact that the imbecile can still receive a lawyer in financial matters or matters with financial implications. This view is not devoid of errors, since the imbecile is still deprived of strong awareness in the matter while receiving a lawyer. On the other hand, considering that "the lawyer must act in the constituent's best interest" as articulated in Article 667, the representation of an imbecile is not problematic. The present study aims at clarifying the validity of this type of representation using the descriptive-analytical method and by citing library resources. It appears that the representation of an imbecile is not valid, because the criterion for this person's inability to appoint a lawyer also applies to receiving a lawyer. Therefore, the requirements of Article 667 of the Civil Code are not fulfilled and receiving a lawyer is not allowed.

Keywords: imbecile, appointing a lawyer, receiving a lawyer, constituent's best interest, Article 667 of the Civil Code, financial possession



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



فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۸۲ - ۶۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۲	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۹/۱۸
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78177.1422

واکاوی وکالت سفیه در امور مالی با تأکید بر ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران

دکتر محمد امین فرد (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Email: aminfard11@gmail.com

ماندانا میرزائی

دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

چکیده

در فقه امامیه و حقوق ایران، سفیه به کسی گفته می‌شود که فاقد حالتی است که وی را به حفظ مال و امرار و او مال را در جای خود مصرف نمی‌کند. به همین دلیل صرفاً در امور مالی یا متضمن مال محجور است. بر مبنای این دیدگاه، سفیه از تعیین وکیل در امور مالی و دارای جنبه مالی ممنوع شده است؛ زیرا وی در امری که خود امکان تصرف ندارد نمی‌تواند وکیل انتخاب کند. این در حالی است که وکالت‌پذیری او در امور مالی یا دارای جنبه مالی پذیرفته شده است. دیدگاه فوق خالی از اشکال نیست؛ زیرا سفیه در حین وکالت نیز فاقد قوای تشخیص مصلحت در امور مذکور است، ازسویی باتوجه به اینکه «رعایت مصلحت موکل» به موجب ماده ۶۶۷ قانون مدنی الزامی است، وکالت وی خالی از اشکال نیست. در پژوهش حاضر سعی شده است با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی و استناد به منابع کتابخانه‌ای، مبنای صحت و یا عدم صحت این نوع وکالت تبیین شود. به نظر می‌رسد باتوجه به اینکه معیار عدم جواز توکیل توسط سفیه، در وکالت‌پذیری نیز موجود است و تحقق مفاد ماده ۶۶۷ قانون مدنی نیز درباره او ممکن نیست، وکالت‌پذیری وی نیز صحیح نباشد.

واژگان کلیدی: سفیه، توکیل، وکالت‌پذیری، مصلحت موکل، ماده ۶۶۷ قانون مدنی، تصرفات مالی.

مقدمه

مفهوم ارائه شده از سفیه در فقه امامیه ناظر بر حجر و ممنوعیت وی در تصرفات مالی است. حجر سفیه در امور مالی سبب شده است تا وی امکان انتخاب وکیل برای اموری که ممنوع از انجام آن‌هاست را نداشته باشد؛ زیرا وی سلطه بر آن امور را ندارد تا بتواند آن را به دیگری توکیل کند.

به موازات این دیدگاه، وکالت سفیه در مطلق امور، مورد پذیرش فقیهان امامیه و به تبع آن‌ها، مورد پذیرش قانون مدنی ایران واقع شده؛ چراکه قانون مذکور به موجب ماده ۶۷۸ سفاهت را یکی از اسباب انحلال وکالت تلقی نکرده است. بنابراین می‌توان گفت: وکالت سفیه، صحیح قلمداد شده است و این امر با حجر سفیه در امور مالی که معلول نقصان ذاتی عقل وی است، تنافی و تعارض دارد؛ زیرا عامل اصلی حجر سفیه در امور مالی این است که وی توان تشخیص مصلحت خود را در امور مالی و معاملات مربوط به مال ندارد و اینکه گفته شده است سفیه کسی است که توان تشخیص مصلحت خود در اموال متعلق به خود را ندارد و نه در خصوص اموال سایرین، خالی از اشکال نیست؛ چراکه ضعف و آشفتگی سفیه در مواجهه با تصرفات مالی به سبب نقصان ذاتی عقل وی است و این نقصان ذاتی وی، در حین عهده‌دار شدن وکالت نیز پابرجاست، لذا تصرفات سفیه در مواجهه با هرگونه مالی؛ چه متعلق به خود و چه متعلق به دیگری، عقلایی نیست و شایسته است که وکالت وی در خصوص امور مالی معتبر محسوب نشود. این بطلان با لحاظ مفاد ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران از وضوح بیشتری برخوردار می‌شود. «رعایت مصلحت موکل» مؤلفه‌ای است که تحقق آن شرط صحت وکالت تلقی شده است. بنابراین سفیه در وهله اول باید بتواند در معاملات مالی و تصرفات مربوط به اموال، عقلایی رفتار کند و در وهله دوم نیز بتواند مصلحت موکل خود را تشخیص دهد و در راستای حفظ و مراعات آن گام بردارد. آنچه که در ظاهر این گزاره‌ها به چشم می‌خورد، صرف نظر از دیدگاه مشهور فقها این است که آیا شخص سفیه که در مفهوم آن گفته شده است کسی است که توان رفتار عقلایی نسبت به اموال را دارا نیست، هنگامی که در جایگاه وکیل قرار می‌گیرد چگونه می‌تواند رفتاری عقلایی با اموال موکل خود داشته باشد و نیز چگونه می‌تواند در راستای تشخیص و رعایت مصلحت موکل خود اقدام و تصرف کند؟

به همین منظور، در تحقیق پیش‌رو سعی شده است تا با توجه به مفاهیم سفیه و مصلحت، وکالت سفیه بررسی شود.

در خصوص پیشینه بحث باید گفت: پژوهش مستقلی راجع به وکالت سفیه صورت نگرفته است و شاید بتوان این مهم را معلول پذیرش نظر غالب فقیهان در فقه امامیه و نیز دیدگاه قانونگذار در نظام حقوقی ایران دانست که همگی بر این باورند تصرفات سفیه صرفاً در امور مالی مربوط و متعلق به خود غیرنافذ یا

باطل است، درحالی که می تواند در همان تصرفات مالی، وکیل دیگری قرار گیرد. بااین حال، سعی شده است تا به عمده پژوهش های صورت گرفته مرتبط با محور تحقیق حاضر اشاره شود. برخی از تحقیقات صورت گرفته صرفاً به این مباحث پرداخته اند: حجر، رشد و حدود تصرفات و اقدامات سفیه محدود به موارد و مباحث معمول و مطرح در فقه امامیه و حقوق ایران، از جمله: نکاح سفیه، اقدامات و تصرفات سفیه و... برخی دیگر نیز رعایت مصلحت موکل را به صورت مجزا و فارغ از مبحث وکالت سفیه، که محور تحقیق حاضر است، بررسی کرده اند. در ذیل به برخی از این موارد اشاره می شود:

«بررسی وضعیت وکالت صغیر ممیز و سفیه»، به قلم غفار محمدی و توران محمدی؛ در این مقاله، وکالت صغیر ممیز و سفیه بررسی شده است و نتیجه آن، موافقت با قول مشهور؛ یعنی صحت وکالت سفیه است که اغلب ادله موافقان صحت وکالت سفیه بیان شده و ادله مخالفان آن بیان نشده است.

«ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت»، نوشته بیژن حاجی عزیزی؛ باتوجه به اینکه رعایت مصلحت موکل در ماده ۶۶۷ قانون مدنی ذکر شده و بااین حال، ضمانت اجرای عدم رعایت این مصلحت دارای ابهام است، سعی دارد تا منشأ اثربودن یا بطلان این اقدامات وکیل را ارزیابی کند.

«عدم رعایت مصلحت موکل در انتقال مال ازسوی وکیل»، به قلم عباس زمانی؛ چنان که از عنوان نوشتار بر می آید صرفاً ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت موکل نسبت به فرایند انتقال مال بررسی شده است؛ بدین صورت که، انتقال مال بدون توجه به مصالح موکل صرفاً مسئولیت وکیل را به دنبال خواهد داشت یا اینکه انتقال صورت گرفته غیرنافذ محسوب می شود؟

«احکام و حدود حجر سفیه در امور مالی و غیرمالی»، نوشته جواد نوری؛ در این نوشتار، حدود حجر سفیه و نیز احکام مختلف مربوط به اقدامات وی بررسی شده است.

«نکاح سفیه از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران»، به قلم افتخار دانشپور و پگاه بابائی است. در این مقاله، اقدام استقلالی سفیه برای انعقاد عقد نکاح با تکیه بر دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی ارزیابی شده است.

۱. مفاهیم

۱.۱. سفیه

«سفه» در لغت به معنای ضد حلم آمده است و به شخص جاهل گفته می شود.^۲ در مفهوم اصطلاحی سفیه میان فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد. غالب فقیهان سفیه را این گونه تعریف کرده اند: سفیه کسی

۲. ابن منظور، لسان العرب، ۱۳/ ۴۹۷.

است که اموال خود را در غیر اغراض صحیح و موافق با اغراض عقلاً خرج می‌کند. بنابراین اگر در این حالت چیزی بفروشد، بیع وی نافذ نخواهد بود؛ زیرا او از تصرفات مالی ممنوع است، هر چند که این تصرفات با افعال عقلاً تناسب داشته باشد.^۳ علت حجر سفیه این است که اقدامات و تصرفات مالی وی نوعاً غیر عقلایی است، هر چند که ممکن است یک یا چند مورد از تصرفات وی عقلایی باشد اما این امر، در رفع حجر وی نقشی نخواهد داشت. اما تصرفات وی در غیر مال؛ مانند طلاق، ظهار، خلع، اقرار به حد، قصاص و نسب صحیح است، ولی عوض خلع به او داده نمی‌شود و می‌تواند وکیل دیگری در بیع و هبه و سایر امور شود و در صورت اجازه، بیعش از سوی ولی صحیح خواهد بود.^۴

در مقابل دیدگاه فوق، برخی دیگر از فقیهان فساد عقل را تنها منحصر به جنون نمی‌دانند و معتقدند که فساد عقل همان‌گونه که می‌تواند ناشی از جنون باشد، می‌تواند نشأت گرفته از سفاهت نیز باشد، از جمله صاحب ریاض که بر فساد عقل از روی سفاهت تصریح کرده است: «ولایت پدر و جد پدری بر بالغ در صورت فساد عقل وی به سبب سفاهت یا جنون مطلقاً ثابت می‌شود؛ چه آن بالغ مرد باشد یا زن، در صورتی که این فساد عقل متصل به صغر باشد.»^۵

علاوه بر آن، ظاهراً شیخ یوسف بحرانی نیز سفیه را با فساد العقل یکسان دانسته است؛ چراکه در بحث اولیای محجورین می‌گوید: «من بلغ سفیهاً...» و در توضیح ذکر شده در دو سطر بعد می‌گوید: «من بلغ فاسد العقل...»^۶

علامه در قواعد و فاضل هندی در کشف اللثام نیز سفیه و مجنون را قسیم یکدیگر می‌دانند و فساد عقل را ناشی از سفاهت یا جنون می‌دانند؛ بدین توضیح که، ولایت حاکم در نکاح مختص به موردی است که مورد ولایت این‌گونه باشد: شخص بالغی که به سبب جنون یا سفیه فساد العقل شده یا شخصی که بعد از بلوغ فساد العقل شده یا کسی که بعد از بلوغ مجنون یا سفیه شده است؛ خواه مرد باشد یا زن.^۷

نوشتار حاضر بر مبنای نظر مشهور خواهد بود؛ چراکه مطابق با دیدگاه دوم، سفیه همانند مجنون از فساد عقل در تمام امور؛ اعم از امور مالی و غیر مالی برخوردار است، لذا وکالت وی نیز تحت عموم حجر ثابت شده قرار می‌گیرد و همچون شخص مجنون که فاقد قوه ادراک است، وکالت وی صحیح نیست. مسئله اصلی، ناشی از دیدگاه مشهور فقیهان است که وی را نسبت به انجام امور مالی محجور می‌دانند و

۳. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۸۶/۲.

۴. علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۳۹۶/۱.

۵. طباطبائی، ریاض المسائل، ۷۸/۲.

۶. بحرانی، الحدائق الناطقة، ۲۳۹/۲۳.

۷. فاضل هندی، کشف اللثام، ۶۱/۷؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۲/۳.

مبتنی بر همین دیدگاه معتقدند که سفیه در امور مالی قادر به تعیین وکیل نیست، جز با اذن ولی و تحت نظارت وی و درعین حال، بر این باورند که سفیه می‌تواند در امور مالی برای دیگری وکیل قرار گیرد. به همین منظور صرفاً وکالت سفیه مطابق با دیدگاه مشهور بررسی می‌شود.

۲.۱. مصلحت

مصلحت در لغت از ریشه (ص ل ح)، در مقابل مفسده و فساد^۸ و به معنای خوبی، نیکی، خیر و صواب است. راغب در تعریف فساد می‌گوید: فساد، ضد صلاح است و به معنای خروج چیزی از حد اعتدال است؛ خواه این خروج اندک باشد یا زیاد.^۹ بنابراین هر چیزی که مانع از فساد و تباهی و خروج شیء از حالت اعتدال شود، به صلاح یا مصلحت خواهد بود.

مصلحت در فقه شیعه به دو معنا به کار رفته است: ۱. مصلحت تشریعی که به معنای جلب منفعت و تأمین هدف شارع از راه فتوا و تعیین حکم است؛ ۲. مصلحت اجرائیه که به معنای آن چیزی است که حکم و فتوای آن معین است، اما در مقام اجرا به شکلی که موجب جلب منفعت و دفع ضرر باشد، به انجام می‌رسد.^{۱۰}

فقیهان و حقوق‌دانان در خصوص مصلحت مطرح‌شده در باب وکالت، که شرط نفوذ یا صحت اقدامات وکیل است و همچنین موضوع ماده ۶۶۷ قانون مدنی نیز قرار گرفته است، مفاهیم مشابهی ارائه داده‌اند.

برخی از ایشان بر این باورند که هر چیزی که موجب خیر و صلاح، نفع و آسایش موکل می‌شود، مصلحت نامیده می‌شود.^{۱۱}

عده‌ای دیگر از فقیهان معتقدند که در معنای «مصلحت ملزمه» مطرح‌شده در باب وکالت ابهام وجود دارد؛ بدین توضیح که، مراد از آن طبق احتمالی مصلحت واقعی موکل است؛ یعنی عقد وکالت انصراف به مصلحت واقعی موکل دارد و وکیل موظف است در راستای صلاح واقعی موکل گام بردارد، ولو اینکه موکل از انجام اقدام او مطلع یا راضی بر آن نباشد، که به نظر می‌رسد چنین چیزی در عقد وکالت که استثنای تصرف است، منظور نباشد؛ چراکه رعایت مصلحت واقعی فرد متناسب با مقوله ولایت است، نه وکالت که استثنای تصرف است. احتمال دیگر این است که وکیل مصلحت موکل را به تشخیص خود موکل

۸. راغب اصفهانی، المفردات، ۶۳۶/۱؛ ابن منظور، لسان العرب، ۵۱۷/۲.

۹. راغب اصفهانی، المفردات، ۶۳۶/۱.

۱۰. ایازی، ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن، ۳۱۵.

۱۱. سنهوری، وکالت، ۷۲.

رعایت کند. به عبارتی، همان خصوصیتی که در نظر موکل مطلوب است، وکیل انجام دهد. گویا موکل می‌گوید: اگر قرار بود خودم انجام دهم، همان‌گونه که من انجام می‌دادم تو انجام بده و ظاهر وکالت منصرف به این احتمال است. به عبارتی، صحیح‌تر آن است که وکیل را متعهد به رعایت آن چیزی بدانیم که موکل مصلحت خود می‌داند (که ممکن است متفاوت از صلاح واقعی وی باشد)، بنابراین وکیل باید به گونه‌ای عمل کند که اگر موکل قصد داشت اصالتاً اقدام کند، آن‌طور عمل می‌کرد.^{۱۲} البته این موارد، حالتی را که موکل امور خود را به صلاح‌دید وکیل وا می‌گذارد، در بر نمی‌گیرد.^{۱۳}

در واقع، به‌طورکلی اعطای نمایندگی به سه صورت محقق می‌شود که رعایت مصلحت، تنها به برخی از این صور اختصاص دارد.^{۱۴}

ا. در صورتی که توکیل بر طبق اطلاق باشد، مانند اینکه وکیل بگوید: «وکالتک فی بیع داری» و جوب مراعات مصلحت موکل، منحصر به این نوع از وکالت است.

ب. اگر توکیل وکیل به‌صورت عموم باشد، مثلاً موکل بگوید: «وکالتک فی بیع داری بای ثمن ترید...» اگر وکیل بخواهد که منزل را به ده تومان بفروشد و به همین قیمتی که قصد کرده است بیع کند، بیع او صحیح است؛ زیرا که در صورت دلالت عموم یا تصریح به فردی تفاهم عرفی برخلاف آن راه ندارد و اجماعی هم در این صورت نیست، بلکه ظاهراً اجماع برخلاف است و اصل هم در این صورت به ادله نفوذ عمل وکیل در «ما وکل فیه» مندرفع است. بله، صورت تعمیم و تخصیص نیز بر دو قسم است: یکی به‌گونه‌ای که مذکور شد که مقید به مصلحت نباشد؛ دوم اینکه مقید به مصلحت باشد، مثل اینکه بگوید: وکیل هستی در فروختن خانه من به هر قیمتی که فلان کس بگوید اگر مصلحت دانی یا وکیل هستی در فروختن آن به ده تومان اگر صلاح دانی یا در فروختن به یک تومان تا صد تومان هرچه صلاح دانی و این قسم نیز مثل صورت اطلاق است که ملاحظه مصلحت در آن لازم است و بدون مراعات این عمل، غیر ممضاست. در صورتی که موکل به وکیل بگوید که در مباحه و مصالحه یا هبه، هریک را که صلاح بدانی انجام بده، اختیار یکی از آن‌ها مقید به مصلحت است اما نسبت به کیفیت هریک از آن‌ها مطلق است و چنان‌که پیش‌تر گفته شد، در صورتی که توکیل به‌طور مطلق باشد، رعایت مصلحت ضروری و لازم است، لذا در خصوص کیفیت موردی که توسط وکیل انتخاب می‌شود نیز رعایت مصلحت موکل بر وکیل الزامی است.

۱۲. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۴۳۸۱/۱۲.

۱۳. حاجی عزیزی، اعتماد، «ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در وکالت»، ۵۸.

۱۴. نراقی، رسائل و مسائل، ۳۱۷/۱.

ج. در صورتی که وکالت به نوع یا کیفیت خاصی از معامله تعلق گرفته باشد؛ مثلاً اینکه موکل بگوید: «وکالتک فی بیع داری بعشرة توأمين» در این صورت، هرگاه خواهد به ده تومان بفروشد و حال اینکه صد تومان گنجایش داشته باشد، بیع صحیح است.

نکته بسیار مهمی که در تشخیص مصلحت مطرح می شود این است که تشخیص مصلحت موکل توسط وکیل، با در نظر گرفتن جمیع اطراف و ابعاد موضوع وکالت است و هرآنچه که با ملاحظه جمیع اطراف عمل، موافق مصلحت موکل تشخیص داده شود، الزامی و واجب می شود. لذا گاهی اوقات امری نسبت به شخصی مصلحت است و نسبت به دیگری مصلحت نیست؛ مانند اینکه کسی ادعایی بر شخصی دارد که این ادعا منجر به قسم می شود و وکیل آن را به ده تومان مصالحه می کند که پرداخت ده تومان برای مصالحه نسبت به برخی اشخاص، اصلح از سوگند یادکردن است و نسبت به برخی دیگر چنین نیست یا اینکه برای مثال، فروختن منزل به ده تومان در زمانی مصلحت باشد و در زمان دیگر به مصلحت نباشد و مانند این موارد.^{۱۵} به طور کلی، تشخیص اینکه چه چیزی به مصلحت موکل است، باید با در نظر گرفتن تمام ابعاد مورد وکالت باشد و این مهم، برعهده وکیل است. حال، اینکه سفیه در جایگاه وکیل توان چنین تشخیصی را دارد یا خیر، متعاقباً اشاره می شود.

۲. دیدگاه صحت وکالت سفیه و ادله آن

فقیهان امامیه بر این باورند که سفیه در خصوص اموری که ممنوع از تصرف است، امکان تعیین وکیل را ندارد و در عین حال می تواند وکیل دیگری در همان امور قرار گیرد. ایشان، تنها کمال عقل به سبب بلوغ و رفع حجر به سبب جنون را شرط صحت وکالت دانسته و بر این باورند که تنها وکالت صغیر و مجنون صحیح نیست.^{۱۶}

مبانی فقهی فقیهان امامیه در خصوص صحت وکالت سفیه از رویه واحدی تبعیت می کند و اغلب آن ها ضمن مقایسه سفیه با مجنون و صغیر، مسلوب العبارة نبودن سفیه را نتیجه گرفته اند. بنابراین عمده دلایل ارائه شده از سوی آن ها برای صحت وکالت سفیه در امور مالی این است که عبارات سفیه صحیح است و مانند اطفال و مجانین، مسلوب العبارة نیست تا وکالت او باطل تلقی شود.

برخی از فقیهان علاوه بر معتبر دانستن عبارات سفیه به این نکته اشاره کرده اند که: اجرای عقود، تصرف

۱۵. تراقی، رسائل و مسائل، ۱/۳۱۸ تا ۳۱۹.

۱۶. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۴/۳۲۲؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۵/۲۲۶؛ علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۱/۴۱۶؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۱/۱۴۵؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۵/۲۸۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۴۳.

امین فرد، میرزائی؛ واکاوی وکالت سفیه در امور مالی با تأکید بر ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران/۶۹

مالی محسوب نمی‌شود؛ چه در موردی که عقد را ازسوی خود واقع ساخته یا به‌عنوان وکیل ازسوی دیگری متصدی اجرای آن باشد. بله، سفیه صرفاً در اموری که مقتضی تصرف در مال خویش است، ممنوع و محجور است.^{۱۷} بالاین حال، امام خمینی وکالت وی را نه تنها در اجرای صیغه عقد، که در اصل معامله نیز جایز دانسته است.^{۱۸}

برخی دیگر نیز برای اثبات جواز وکالت سفیه در امور مالی به ادله‌ای مراجعه کرده‌اند که خالی از اشکال نیست، ازجمله این ادله، تمسک به عمومات ادله وکالت است. به عبارتی، چیزی که قابلیت مانع بودن برای وکالت سفیه را داشته باشد، وجود ندارد و حجر اجمالی سفیه و ممنوعیت او از تصرف در اموالش مستلزم این نیست تا از تصرف در مال غیر نیز ممنوع باشد، چه بسا سفیه رعایت و ملاحظه مال مردم را بکند ولی نسبت به مال خودش چنین نباشد! اصل نیز بر عدم دلیل است و این نبود دلیل، خود دلیل است تا اینکه منع ثابت شود و این مؤیدی است که تصرف سفیه معتبر است و مانند مجنون و صغیر قابلیت وکالت از او سلب نشده است.^{۱۹}

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد باتوجه به اینکه قانون مدنی ایران برگرفته از فقه امامیه است، به تبع آن قانونگذار نیز وکالت سفیه را جایز و نافذ دانسته است. البته در مواردی باتوجه به مفاد ماده ۶۸۲ قانون مدنی، صحت عقد وکالت را منوط به این دانسته که سفیه را متعهد و مدیون دیگری نگردانند.^{۲۰} ذکر این نکته ضروری است که برخی از اندیشمندان با دیدگاه صحت وکالت سفیه مخالف بوده و بر این باورند که وی توانایی لازم برای عهده‌دار شدن وکالت را ندارد. دیدگاه این گروه متعاقباً به تفصیل بیان خواهد شد.

قائلان به صحت وکالت سفیه، در راستای توجیه آن به بررسی مواد قانون مدنی پرداخته و صحت وکالت سفیه در امور مالی را از آن نتیجه گرفته‌اند.^{۲۱} ازجمله ادله‌ای که دراین باره مطرح شده است، عبارت‌اند از:

أ. از میان شرایط لازم برای تشکیل اعمال حقوقی آنچه که بسیار ضروری است و به‌نوعی عنصر سازنده محسوب می‌شود، اراده انشایی عقد است. همان‌طور که ماده ۱۹۰ قانون مدنی بر این مهم اشعار دارد، آنچه که لازمه انعقاد عقد و به عبارتی شرط صحت آن است، قصد انشاست، برخلاف رضا که شرط نفوذ

۱۷. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۰۵/۴؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۹۹/۸.

۱۸. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۸/۲.

۱۹. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۵۰۹/۹.

۲۰. امامی، حقوق مدنی، ۲۱۸/۲.

۲۱. محمدی، غفار؛ محمدی، توران، «بررسی وضعیت وکالت صغیر ممیز و سفیه»، ۴۲۵ تا ۴۲۷.

عقد است. بنابراین وقتی که سفیه به موجب عقد وکالت، عقود را برای موکل خود منعقد می‌کند، قصد انشا که لازمه صحت عقد است را داراست و رضایت به عقد نیز که تنفیذکننده آن است ازسوی موکل محقق می‌شود.

ب. معامله‌ای که توسط وکیل انجام می‌شود، برای خودش نیست؛ بلکه وی آن را در چهارچوب و حدود تعریف‌شده عقد وکالت انجام می‌دهد، لذا نیاز به اذن ولی او محلی از اعراب ندارد تا گفته شود اقدامات او در وکالت نافذ نیست.

ج. وکالت سفیه برای دیگری مال نیست تا از آن ممنوع شود؛ به عبارتی، اعمال انسان برای او مال محسوب نمی‌شوند.

د. ماده ۶۶۲ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد، وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد»، توسط ماده ۶۸۲ این قانون تبیین شده است: «محجوریت موکل سبب بطلان وکالت می‌شود، مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آن‌ها نیست و همچنین است محجوریت وکیل، مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد.» بنابراین سفیه نیز برای عهده‌دار شدن وکالت دارای اهلیت لازم است. در واقع ماده ۶۸۲ قانون مدنی، حجر وکیل به موجب سفیه را از موضوع ماده ۶۶۲ این قانون خارج کرده است.

۳. دیدگاه عدم صحت وکالت سفیه و ادله آن

پس از تبیین دیدگاه پذیرفته شده نزد فقیهان و به تبع آن قانون مدنی ایران، ذکر این نکته ضروری است که در فقه امامیه دیدگاهی مخالف با دیدگاه مذکور وجود ندارد و نظریه بطلان وکالت سفیه در امور مالی، مورد پذیرش ایشان واقع نشده است. اما با ملاحظه ماده ۶۶۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحة به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار او است تجاوز نکند»، اشکالات بیان شده در مسئله همچنان متوجه وکالت سفیه است و به نظر می‌رسد کسانی که با تکیه بر مواد قانون مدنی سعی بر توجیه وکالت سفیه در امور مالی دارند، از مفاد این ماده غفلت کرده‌اند. لذا این سؤال مطرح است که رعایت مصلحت موکل توسط سفیه چگونه امکان‌پذیر است، به ویژه در عقود که موکل امر را به صلاح‌دید وکیل واگذار می‌کند، بیش از پیش وکالت سفیه را مخدوش می‌کند.

عمده دلایلی که می‌توان برای عدم صحت وکالت سفیه در امور مالی بیان کرد، عبارت‌اند از:

۱.۳. حمایتی بودن حجر سفیه

چنان‌که در تبیین مفهوم سفیه گذشت، وی از قوای دماغی لازم برای مدیریت و تصرفات عقلایی در امور مالی و متضمن مال برخوردار نیست. به همین منظور قانونگذار برای حمایت از او تمامی تصرفات مالی را ممنوع یا منوط به تنفیذ ولی یا قیم وی کرده است. چنان‌که ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی بر آن تصریح کرده است: «معاملات و تصرفات غیررشید در اموال خود نافذ نیست، مگر با اجازه ولی یا قیم او؛ اعم از اینکه این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. معذک، تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد، بدون اجازه هم نافذ است.»

ممکن است در وهله اول این تلقی ایجاد شود که حجر سفیه تنها مربوط به اموال اوست و در خصوص اموال دیگران می‌تواند تصرفاتی داشته باشد، چنان‌که برخی چنین تصور کرده‌اند.^{۲۲} از نظر ایشان مبنای حجر سفیها حمایت از آنهاست و در وکیل قرارگرفتن آنها ضرری وجود ندارد^{۲۳} تا اینکه از آن منع شوند. اما نکته حائز اهمیتی که باید بدان توجه کرد این است که مبنای قانونگذار برای محجورداستن سفیه چیست و چرا وی سفیه را از تصرفات مالی منع کرده است؟ چه ویژگی و خصیصه‌ای در سفیه موجب شده است تا چنین احکامی برای او ثابت شود و مورد حمایت قانونگذار قرار گیرد؟ پاسخی که می‌توان به صورت اجمالی به این سؤال داد این است که علت اصلی حمایت قانونگذار از سفیه، فقدان قوای دماغی لازم برای تصرفات عقلایی در اموال است. بنابراین ملاک مذکور در هرجا که قرار داشته باشد محجوریت سفیه را در پی خواهد داشت، لذا سفیه در مواجهه با اموال، از تصرفات عقلایی ناتوان خواهد بود؛ خواه آن مال متعلق به خودش باشد یا دیگری. حمایتی بودن حجر سفیه، نه تنها مثبت صحت وکالت وی در امور مالی نیست؛ بلکه تأکیدی است بر عدم توانایی او در عهده‌دارشدن وکالت ازسوی دیگری در امور مالی.

در مقابل کسانی که وکالت سفیه را در امور مالی صحیح می‌دانند، وی را برخی از حقوق‌دانان معاصر دارای اهلیت لازم ندانسته و بر این امر تصریح کرده‌اند. ایشان با تکیه بر ماده ۶۶۲ قانون مدنی، ضابطه اهلیت را برای وکیل و موکل یکسان دیده‌اند و معتقدند: باتوجه به اینکه سفیه در امور مالی اهلیت ندارد، وکالت انجام معامله را نیز نمی‌تواند بپذیرد. همچنین، ذیل ماده ۶۸۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می‌شود، مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمی‌باشد و همچنین است محجوریت وکیل، مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد»، حکایت از این دارد که قانونگذار نخواسته است وکالت محجور (سفیه) را خارج از حدود صلاحیت او برای تصرف در

۲۲. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۵۰۹/۹.

۲۳. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۴۰.

اموال خودش بپذیرد.^{۲۴}

توجه و در نظر گرفتن مبنای حجر سفیه، اهلیت وی را برای وکالت مخدوش می‌سازد. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یکی از ادله قائلان به صحت وکالت سفیه این است که وکالت وی مشمول عموم ادله وکالت می‌شود و مانعی هم در میان نیست که صلاحیت، مانعیت داشته باشد. در پاسخ باید گفت: به‌طور کلی، اهلیتی که توسط حقوق دانان در عقد وکالت لازم دانسته شده است، دو قسم است: قسمی، اهلیت تحقق قصد انشا و دیگری، اهلیت لازم برای تصرفات حقوقی است.^{۲۵} قائلان به صحت وکالت سفیه در امور مالی بر این نظرند که سفیه از اهلیت لازم برای انشای عقد برخوردار است؛ زیرا آنچه که برای انشای عقد لازم دانسته شده این است که طرفین عقد عاقل و بالغ باشند و بدین جهت، قانون، عبارت و قصد انشای صغیر غیر ممیز و مجنون را که خالی از اعمال دماغی است؛ چه جنون اطباقی باشد و چه ادواری، مفید ندانسته است. اما صغیر ممیز و سفیه چنان‌که در ذیل ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی مقرر شده است می‌توانند تملک بلاعوض و حیات مباحات کنند، اگرچه ولی یا قیم آن‌ها اجازه چنین تملکی را ندهند و از طرفی، قائل باشیم به اینکه قبول به وسیله قصد انشا محقق می‌شود و این دو نیز قصد انشا دارند. مگر آنکه گفته شود قبول فقط به‌وسیله رضایت به ایجاب محقق می‌شود و احتیاج به قصد انشا ندارد.

قسم دیگر اهلیت، از حیث جواز تصرف در امور مالی است.^{۲۶} چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، غالب حقوق دانان مطابق با لزوم برخورداری این نوع اهلیت نیز وکالت سفیه را جایز و صحیح دانسته‌اند، درحالی که وی باتوجه به اینکه در امور مالی خود فاقد صلاحیت لازم برای تصرفات حقوقی است، در وکالت از سوی دیگری نیز فاقد چنین اهلیتی است، به‌ویژه اینکه کلمه «امری» در ماده ۶۶۲ قانون مدنی ناظر بر تصرفات حقوقی نیز است و همچنین بنابر دیدگاهی که معتقد است ماده مذکور صرفاً ظهور در تصرفات حقوقی دارد.^{۲۷}

اگرچه فقیهان بر صحت وکالت سفیه و اهل بودن وی برای وکالت تصریح کرده‌اند، اما برخی از آن‌ها در بیان شروط وکیل معیارهایی ارائه کرده‌اند که با اهلیت او برای وکالت تنافی دارد، از جمله کاشف‌الغطاء که می‌گوید: وکیل باید قادر بر اجرای مورد وکالت باشد. بنابراین اگر شخصی، دیگری را برای محاسبه دستمزد عمال و کارگران خود تعیین کند درحالی که وی حساب نمی‌داند، وکالت او صحیح نیست.^{۲۸}

۲۴. کاتوزیان، عقود معین حقوق مدنی، ۶۷/۴.

۲۵. امامی، حقوق مدنی، ۳۲۶/۲.

۲۶. امامی، حقوق مدنی، ۲۳۷ تا ۲۳۶/۲.

۲۷. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۵۸/۲؛ پرچین سلفی، «ماهیت وکالت و قلمرو موضوعی آن در حقوق ایران»، ۴.

۲۸. کاشف‌الغطاء، تحریر المجلة، ۵۶/۴.

۲.۳. جایگاه آزادی اراده موکل در تعیین وکیل سفیه

مسئله مهمی که دیدگاه صحت وکالت سفیه در امور مالی به آن استناد می‌کنند این است که وکالت سفیه تحت عمومیت مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و مشمول اصل حاکمیت اراده خواهد بود و چیزی که بتواند اراده وی را محدود و مقید کند در میان نیست.

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

در حقوق موضوعه، مرز حاکمیت اراده به موارد مذکور محدود شده است: ۱. نظم عمومی و اخلاق حسنه؛ ۲. عقود که قانون از قبل مشخصات آن‌ها را بیان کرده است، مانند شرکت‌های تجاری و اجاره خدمات در حدود قوانین کار؛ ۳. عقود شکلی، که در این عقود، تشریفات قانونی در حقیقت قیود اراده محسوب می‌شوند.^{۲۹} در خصوص اقدام موکل بر اعطای وکالت به سفیه باید گفت: هنگامی که سفیه به دلیل نقصان ذاتی و فقدان ملکه اصلاح مال، از اهلیت لازم برای عهده‌دار شدن وکالت برخوردار نیست، مشمول سومین مورد از موارد تحدید اصل آزادی اراده می‌شود. بنابراین کسی که نسبت به وکیل قراردادن سفیه اقدام می‌کند، از تشریفات عقود تعیین شده در قانون تبعیت نکرده است.

۳.۳. تعارض وکالت سفیه با مفاد ماده ۶۶۲ قانون مدنی

چنان‌که ضمن تبیین ادله صحت وکالت گذشت، قائلان این دیدگاه ماده ۶۸۲ را مفسر ماده ۶۶۲ قانون مدنی دانسته و از این طریق، سفیه را برای عهده‌دار شدن وکالت دارای اهلیت لازم دانسته‌اند. اما چیزی که مورد غفلت ایشان قرار گرفته است، مفاد ماده ۶۶۷ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات کند و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست، تجاوز نکند.» در فقه امامیه نیز «رعایت مصلحت موکل» امری ضروری و به عبارتی، شرط صحت تصرفات وکیل دانسته شده است^{۳۰} و بنابر گفته برخی از فقها، شرط نفوذ وکالت سفیه است.^{۳۱}

مشهور و قانونگذار، وکالت سفیه را بدین سبب صحیح دانسته‌اند که تصرفات او در اموال دیگران با اذن آن‌ها صورت می‌گیرد، لذا از این امر به عنوان مصحح تصرفات سفیه استفاده شده است، در حالی که این‌گونه نیست تا اینکه در تمامی مصادیق عقد وکالت، سفیه صرفاً وکیل در اجرای عقود یا تصرفاتی باشد که نیاز به

۲۹. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۲۹.

۳۰. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۵۲۳/۹ تا ۵۲۴؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۷/۲۲.

۳۱. فاضل لنکرانی، قاعدة میسور، ۳۹۸.

اراده وی ندارند؛ بلکه سفیه در برخی از انواع عقد وکالت، وکیل در اصل معامله قرار می‌گیرد، به طوری که نیازمند اراده وکیل و همچنین تخصص لازم است و او باید با در نظر گرفتن تمام اطراف و ابعاد موضوع وکالت، نسبت به رعایت مصلحت موکل توجه و دقت لازم را داشته باشد، لذا در این موارد، سفیه به مثابه آلتی و ابزار انعقاد عقد نیست تا گفته شود با اذن موکل و حدود تعیین شده توسط وی، تصرفات سفیه صحیح است. چنان که برخی از حقوق دانان که معتقدند اهل دانستن سفیه برای وکالت خلاف ظاهر ماده ۶۶۲ قانون مدنی است و وکالت وی را تنها در مواردی که اراده وی نقشی در موضوع وکالت ندارد، صحیح دانسته و بر این باورند: در مواردی که وکیل تنها مأمور ابلاغ یا امضای سند و رساندن پیام است و اراده او نقشی در انعقاد قرارداد موضوع وکالت ندارد، نظری که وکالت را درست می‌شمارد خالی از قوت نیست.^{۳۲} علاوه بر آن، باتوجه به اینکه در عقد وکالت، اعطای نیابت صورت می‌گیرد و به موجب آن، موکل اقدام وکیل را در انجام دادن اعمال حقوقی به منزله اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی انجام دهد،^{۳۳} ضرورت برخورداری وکیل از اهلیت لازم برای تصرفات مذکور بیش از پیش نمایان می‌شود.

اعمال سفیه، مانند صغیر ممیز به سه دسته تقسیم‌شدنی است: ۱. اعمال صرفاً مضر؛ حتی با اجازه یا اذن ولی یا قیم، باطل و بلا اثر است، زیرا حجر سفیه که مبتنی بر مصلحت اوست، بطلان این گونه اعمال و عدم اختیار ولی را در این مورد اقتضا می‌کند؛ ۲. اعمال صرفاً نافع؛ به اذن یا اجازه نیازی ندارند و بدون اذن نیز نافذ و معتبرند، زیرا سفیه دارای اراده حقوقی است و می‌تواند این گونه اعمال را انجام دهد. بند آخر ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی بیان می‌کند: مع ذلک، تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد، بدون اجازه هم نافذ است، مثل هبه غیر معوض؛ ۳. اعمالی که احتمال نفع و ضرر دارد: حکم عدم نفوذ، مخصوص اعمال این دسته است که بیشترین معاملات سفیه را تشکیل می‌دهد. البته تنفیذ ولی یا قیم در این موارد باید با رعایت مصلحت سفیه باشد، مستفاد از مواد ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ قانون مدنی.^{۳۴}

از برخی عبارات فقیهان نیز می‌توان اهل دانستن سفیه را تنها در آن دسته از اموری که حق تصرف در آن ها را دارد، استنباط کرد. برای مثال، امام خمینی ضمن بیان شروط وکیل و موکل می‌گوید: «در وکیل شرط است که تمکن عقلی و شرعی داشته باشد که خودش در آنچه که وکالت پیدا کرده انجام دهد، پس وکیل شدن محرم در آنچه که برای محرم جایز نیست، صحیح نمی‌باشد؛ مانند خریدن شکار و نگاهداری آن و

۳۲. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۴۰.

۳۳. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۵۷/۲.

۳۴. صفایی، قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، ۲۷۲ تا ۲۷۳.

واقع ساختن عقد نکاح.^{۳۵} عدم توانایی سفیه در تصرفات حقوقی و مالی با حفظ مصلحت موکل، حاکی از عدم تمکن عقلی اوست. چنین شخصی که از نقصان ذاتی برخوردار است، عقلاً نمی‌تواند این تصرفات را به‌نماینده‌گی از شخص دیگری محقق سازد.

در واقع، همان مؤلفه‌ای که فقدان آن در تصرفات وکیل موجب می‌شود تا اقدامات و تصرفات او باطل یا غیرنافذ تلقی شود، در وکالت سفیه، به‌طور کامل و مستمر مفقود است؛ چراکه مبنای اصلی وکالت و اعطای نمایندگی این است که موکل در بسیاری از امور فرصت آن را نمی‌یابد تا درباره همه جزئیات کار وکالت تعلیم لازم را بدهد یا ضرورتی نسبت به تعلیم آن نمی‌بیند، لذا چگونگی اجرای وکالت را به امانت و کاردانی و مراقبت وکیل وا می‌گذارد. در این هنگام، اذن موکل مقید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد،^{۳۶} درحالی‌که نه تنها عدم کاردانی سفیه امری محرز و مسلّم است؛ بلکه حتی عدم صلاحیت او در حفظ و نگهداری اموال که مرحله‌ای بسیار پایین‌تر از مهارت و کاردانی و تخصص در مسائل مربوط به اموال است، ثابت شده است و کاردانی در مرحله‌ای فراتر از توانمندی‌های معمول و متعارف در حفظ و نگهداری اموال است. بنابراین سفیهی که از نگهداری اموال خود و معاملات معمول منع شده است، به‌طریق اولی نمی‌تواند در معاملات پیچیده‌تر و نیازمند تخصص و کاردانی وکیل قرار گیرد و این توجیه که سفیه برخلاف مجنون و صغیر مسلوب‌العبارۀ نیست، نمی‌تواند مصحح وکالت وی در اموری شود که در آن‌ها فاقد قوه تشخیص مصالح و مفاسد است.

علاوه بر این‌ها، سفیه (وکیل) به‌موجب عقد وکالت ملزم به رعایت مصلحت موکل می‌شود و این شرط، اشکال وکالت سفیه را دوجندان می‌کند؛ مصلحتی مربوط به اموال و حفظ آن‌ها از تبذیر و اسراف و صرف آن‌ها در راه‌های عقلایی است و مصلحت دیگر مربوط به شخص موکل و اموال و معاملات او بسته به شرایط و موقعیت وی است، زیرا سفیه کسی است که اموال خود را در غیر از راه‌های عقلایی صرف می‌کند و سفاقت نوعی سبکی عقل و نقصان آن و عدم کمال عقل نسبت به مسائل اقتصادی و اجتماعی است؛ یعنی عقل سفیه در امور اقتصادی و مسائل مربوط به معاملات و معاش و برخورد با دیگران دچار کاستی و نقصان است و در واقع، می‌توان گفت که سفاقت وی به جهت برخورداری از ضعف قوای فکری و عدم قدرت بر قضاوت صحیح و استدلال مطلوب و همچنین نیاز به راهنمایی و سرپرستی و نظارت دیگران در مواقع فشار اقتصادی و اجتماعی است و اینکه به‌تنهایی قادر به تشخیص راه از چاه نخواهند بود.^{۳۷} از

۳۵. خمینی، تحریر الوسیله، ۴۳/۲.

۳۶. کاتوزیان، عقود معین حقوق مدنی، ۱۸۱ تا ۱۸۰.

۳۷. میرخلیلی، جعفری خسروآبادی، زارع، «حمایت حقوقی از عقب‌ماندگان ذهنی از منظر حقوق پزشکی و رویه قضایی ایران»، ۹۵ تا ۹۶.

طرفی، موکل برخلاف سفیه فردی است دارای سلامت کامل قوای دماغی، لذا سفیه که از نقصان ذاتی برخوردار است چگونه می‌تواند تشخیص دهد که موکل که فردی است جائزالتصرف، اگر معامله می‌کرد چگونه معامله می‌کرد؟ به‌ویژه اینکه، برخی مصلحت ملزومه در عقد وکالت را چیزی فراتر از مصلحت عرفی و در درجه‌ای بالاتر از حد متعارف می‌دانند و بر این باورند که وکیل نه تنها موظف است به مثابه انسانی عادی رفتار کند، بلکه موظف است مصلحت خاص موکل خود را رعایت کند؛^{۳۸} زیرا اگر سفیه از چنین توان تشخیصی برخوردار می‌بود در اموال خود آن‌گونه که به صلاح و مصلحت و مطابق با عملکرد انسانی عادی و سالم بود رفتار می‌کرد. در واقع، میان ممنوعیت سفیه در تصرفات مالی متعلق به خود و ممنوعیت وی در تصرفات مالی متعلق به دیگری ملازمه برقرار است؛ زیرا محجوریت سفیه به دلیل نقصان ذاتی عقل وی در اقدامات و تصرفات مالی است، فارغ از اینکه آن اموال متعلق به چه کسی باشد. علاوه بر آن، یکی از علل حجر سفیه در امور مالی، حفظ منافع سفیه و جلوگیری از ورود ضرر احتمالی به وی است، درحالی‌که در وکالت او، نه تنها چنین ضرری متوجه شخص سفیه است؛ بلکه زمینه ورود ضرر به موکل و تفویت منافع وی نیز فراهم آمده است.

واقعیت این است که عدم توانایی سفیه در عهده‌دارشدن وکالت، در تمامی اقسام عقد وکالت متصور است؛ چه در خصوص وکالتی که به صورت مطلق صورت می‌گیرد که پیش‌تر و ضمن تبیین مفهوم مصلحت گفته شد که در این قسم از وکالت رعایت مصلحت موکل الزامی است و چه در وکالتی که تمام مصادیق موضوع وکالت توسط موکل تعیین شده است و به عبارتی، وکالت به طور خاص محقق شده و وکیل موظف است برحسب محدوده تعیین شده عمل کند و چه در وکالتی که موضوع وکالت مقید به صلاح‌حدید موکل شده است. در فرض اخیر، به طریق اولی وکالت سفیه فاقد اعتبار است.

فقیهان بر این نظرند که اگر موکل، وکیل را برای فروش متاعی وکیل کرده باشد و درعین حال، عقد به صورت مطلق باشد؛ یعنی معین نکند که متاع را به چه قیمتی بفروشد، اطلاق مقتضی است که وکیل آن را به ثمن المثل بفروشد؛ یعنی وکیل حق ندارد آن را به کمتر از ثمن المثل بفروشد، مگر اندک نقصانی که عادتاً از مثل آن چشم‌پوشی شده و در آن تسامح می‌کنند؛ مثل یک درهم در ضمن صد درهم و نیز مورد دیگری استثنا شده است، یعنی باید گفت: اگر وکیل متاع را به ثمن المثل بفروشد اشکالی ندارد، بلکه در این مورد لازم است فروش به آن را ترک کند و به ثمن دیگری بفروشد و آن موردی است که شخص متاع را بیشتر از ثمن المثل می‌خرد که در اینجا همان‌طوری که گفتیم بر وکیل جایز نیست که بر ثمن اکتفا کند،

۳۸. ره‌پیک، حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها، ۹۷.

بلکه به ثمنی که باذل بذل می‌کند باید بفروشد.^{۳۹} در واقع، فروش مبیع به ثمن المثل در صورت اطلاق عقد وکالت و نیز فروش آن به بیش از ثمن المثل در فرضی که باذل نسبت به چنین کاری اقدام می‌کند، به سبب حفظ و مراعات مصلحت موکل است.

در صورتی که عقد وکالت مقید و برای امر خاصی منعقد شود و موکل در موردی خاص و با حدود تعیین شده به وکیل اعطای نمایندگی کند؛ مثلاً به او وکالت می‌دهد تا خانه او را بفروشد یا اجاره دهد، در این صورت وکیل نمی‌تواند غیر از امور معین، اعمال دیگری را انجام دهد.^{۴۰} در این فرض نیز وکالت سفیه با اشکال روبه‌روست؛ زیرا در این فرض از وکالت، وکیل می‌بایست براساس حدود تعیین شده رفتار کند و عدم تجاوز از اذن موکل بر مبنای تشخیص عرف و عادت و شهادت به دخول آن بخش نیز نسبت به امور مالی از عهده سفیه خارج است؛ زیرا فرض بر این است که شخص سفیه در امور مالی قادر به تشخیص مصالح و مفاسد نیست و اموال را در راه‌هایی به مصرف می‌رساند که موجب اسراف و تبذیر آن‌ها می‌شود و این مهم نیز به سبب ضعف و نقصان ذاتی وی است و در حین وکالت نیز این نقصان همچنان پابرجاست؛ چراکه مطابق با ماده ۶۷۱ قانون مدنی: «وکالت در هر امر، مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست، مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.» بنابراین هرگاه به کسی وکالت در فروش خانه داده شود، وکالت مزبور شامل تنظیم سند و امضای دفاتر رسمی نیز هست و بالعکس، طبق ماده ۶۶۵ قانون مدنی: «وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست، مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند؛» زیرا بیع بدون قبض ثمن از مشتری ممکن است و بیع مستلزم اخذ ثمن و نیز از مقدمات آن نیست، ولی هرگاه قرینه قطعی دلالت کند که وکالت در بیع شئی وکالت در اخذ ثمن آن نیز هست، چنان‌که هرگاه کسی به دیگری وکالت دهد که در بازار مکاره فلان شهر مال التجاره‌ای را بفروشد، ناچار باید بر آن بود که وکیل مزبور وکالت در اخذ ثمن نیز داشته باشد؛ زیرا بازار مکاره، محل تجمع خریداران ناشناس است که از نقاط دور به آنجا آمده‌اند که هرگاه وکیل ثمن مال التجاره را دریافت نکند ممکن است دیگر به خریدار دسترسی پیدا نشود یا وصول ثمن دچار اشکال شود، بلکه در چنین موردی هرگاه فروشنده به استناد عدم وکالت در اخذ ثمن آن را دریافت ندارد، عرف او را تخطئه می‌کند و همچنین وکالت در خرید، وکالت در اخذ و قبض مبیع نیست، مگر آنکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند.^{۴۱}

در موردی نیز که موکل موضوع وکالت را مقید به صلاح‌دید وکیل می‌کند و به او می‌گوید: «هرچه که

۳۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۳۷۱.

۴۰. امامی، حقوق مدنی، ۲/۲۲۰.

۴۱. امامی، حقوق مدنی، ۲/۲۲۱ تا ۲۲۰.

خودت مصلحت می‌دانی»، این عدم‌توانایی سفیه در تشخیص مصلحت، از شدت و قوت بیشتری برخوردار است. در این صورت، اگر موضوع وکالت راجع به مسائل مالی و تصرفات مربوط به مال باشد، فرض مسلّم این است که اصلاح مال و تصرفات عقلایی از عهده سفیه خارج است و در حقیقت، سفیه به دلیل همین نقصان و ضعف در اصلاح مال و تصرفات عقلایی مربوط به معاملات و اموال است که سفیه نامیده شده است. لذا در این فرض که موکل به‌نوعی اختیار تام به وکیل اعطا می‌کند، در صورتی که وکیل او از سفاهت و نقصان ذاتی برخوردار باشد، به‌مثابه کسی است که اموال خود را به سفیه سپرده است و بنابراین، اگر سفیه تصرفی در این اموال کند که موجب اتلاف و تبذیر آن‌ها شود، بر تلف اموال خود اقدام کرده است و باتوجه به اینکه از سفاهت وکیل مطلع بوده و باین حال اختیار اموال و معاملات خود را به او واگذار کرد، ضمانی متوجه سفیه نیست؛ چراکه موکل مطابق با قاعده اقدام در خصوص اتلاف اموال خود اقدام کرده است. در واقع، واگذاری تصرفات مربوط به موضوع وکالت به سفیه، در مواردی که امور مالی موضوع واقع می‌شود، با تعریف ارائه‌شده از سفیه همخوانی و مطابقت ندارد. به‌عبارتی، وقتی که به سفیه گفته می‌شود مطابق با صلاحدید خودت عمل کن، در این هنگام سفیه عیناً با اموال موکل همان رفتاری را خواهد داشت که با اموال خود بروز می‌دارد. گرچه در سایر اقسام وکالت نیز این مهم محقق است، اما در فرض کنونی، عملکرد سفیهانه سفیه با اموال موکل، ظاهرتر و آشکارتر از سایر موارد است.

نتیجه‌گیری

برخلاف قول مشهور فقیهان، حجر سفیه، تنها به تصرفات مالی مربوط به خود اختصاص ندارد؛ بلکه وی به علت ضعف ذاتی و نقصان در قوای دماغی، در تصرفات مالی مربوط به دیگری نیز توان تصرفات عقلایی را ندارد. لذا همان‌طور که برخی از اندیشمندان معاصر تصریح کرده‌اند، وکالت وی تنها در اموری که جایزالتصرف است صحیح و منشأ اثر خواهد بود؛ از قبیل هبه بدون عوض و امثال آن. اما وکالت وی در امور مالی نمی‌تواند منشأ اثر باشد؛ زیرا سفیه در این قبیل تصرفات، محجور و از منع قانونی برخوردار است و این مهم، اهلیت وی را که به موجب ماده ۶۶۲ قانون مدنی شرط صحت وکالت دانسته شده است، مورد خدشه قرار می‌دهد. ناگفته نماند که حمایتی بودن حجر سفیه تأکیدی است بر عدم اهلیت او نسبت به وکالت در امور مالی؛ بدین جهت که مبنا و علت حمایت قانونگذار، همان نقصان ذاتی او و عدم تشخیص مصلحت اموال است و این مهم در سفیه محقق است، هم در زمان مواجهه او با اموال شخصی‌اش و هم در رویارویی با اموال دیگران.

همچنین باتوجه به اینکه مطابق با ماده ۶۶۷ قانون مدنی، رعایت مصلحت موکل بر وکیل امری الزامی

تلقى شده است، به طوری که در صورت فوت آن، تصرفات سفیه غیر نافذ یا باطل محسوب شده است، بنابراین شایسته است تا وکالت وی محدود به تصرفات غیر مالی باشد و در امور مالی نمی توان قائل به صحت وکالت او شد؛ چرا که رعایت «مصلحت موکل» امری است که مبتنی بر خرد و کاردانی وکیل نسبت به موضوع وکالت و همچنین موقعیت و شرایط وکیل و اشراف کامل بر واقعه است، که این مهم با توجه به نقصان سفیه در تشخیص منافع و نتایج مربوط به تصرفات مالی، در خصوص تصرفات حقوقی و مالی امری است خارج از توان سفیه.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الصادر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة. ۱۳۸۴.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة. چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۱.
- ایازی، محمد علی. ملاکات احکام و شیوه های استکشاف آن. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۸۹.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.
- پرچین سلفی، محمد فرید. «ماهیت وکالت و قلمرو موضوعی آن در حقوق ایران»، دومین کنفرانس علمی پژوهشی رهیافت های نوین در علوم انسانی ایران. ۱۳۹۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش. ۱۳۸۵.
- حاجی عزیزی، بیژن، سیده مریم اعتماد. «ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در وکالت»، فقه و اصول. س ۴۷، ش ۱۰۰، بهار ۱۳۹۴، ۳۷ تا ۵۵. 10.22067/fiqh.v47i20.22474
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). ۱۳۹۲.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. المفردات فی غریب القرآن. بیروت: دار العلم. ۱۴۱۲ق.
- روپیک، حسن. حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها. تهران: خرسندی. ۱۳۸۷.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الأحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری. ۱۴۱۳ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. وکالت. تهران: آریان. ۱۳۸۳.
- شیرازی زنجانی، موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة. ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر

مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۱ق.

صفایی، حسین، مرتضی قاسم‌زاده. حقوق مدنی اشخاص و محجورین. تهران: سمت. ۱۳۸۸.

طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۴ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۰ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۳ق.

فاضل لنکرانی، محمدجواد. قاعدة میسور. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). ۱۳۹۶.

فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۶ق.

قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸.

کاتوزیان، ناصر. دورة مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین. تهران: کتابخانه گنج دانش. ۱۳۷۷.

کاتوزیان، ناصر. عقود معین حقوق مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان. چاپ سی و نهم، ۱۳۹۲.

کاشف‌الغطاء، محمدحسین. تحریر المجلة. قم: مجمع‌العالمی لتقريب المذاهب الإسلامية. ۱۴۲۲ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.

محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۱۴ق.

محمدی، غفار، توران محمدی. «بررسی وضعیت وکالت صغیر ممیز و سفیه»، مطالعات حقوق شهروندی. ش ۲۳، شهریور ۱۴۰۰، ۴۳۲ تا ۴۱۵.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. بی‌تا.
میرخلیلی، سیداحمد، نصراله جعفری خسروآبادی، زینب زارع. «حمایت حقوقی از عقب‌ماندگان ذهنی از منظر حقوق پزشکی و رویه قضایی ایران»، فصلنامه حقوق پزشکی. دوره ۱۳، ش ۵۰، پاییز ۱۳۹۸، ۸۰ تا ۱۰۷.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. رسائل و مسائل. قم: کنگره بزرگداشت محققان ملامهدی و ملااحمد نراقی. ۱۳۸۰.

Transliterated Bibliography

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhḥān ilā Ahkām al-Īmān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Ahkām fi Ma’rifā al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.

Ayāzī, Muḥammad ‘Alī. *Milākāt Ahkām va Shīvīh-hā-yi Istikshāf ān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1970/1389.

Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā’iq al-Nāḍira fi Ahkām al-’Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.

Faḍīl Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā’id al-Ahkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-

Islāmī. 1995/1416.

Fāzil Lankarānī. Muḥammad Javād. *Qā'idah-yi Maysūr*. Qum: Markaz-i Fiqhī A'imah Athār(AS). 2017/1396.

Ḥājī 'Azīzī, Bizhan, Sayyidah Maryam I'timād. "Ḍimānat Ijrāy 'Adam Ra'āyt Maṣliḥat dar Vikālat", *Fiqh va Uṣūl*. yr. 47, no. 100, Spring 2016/1394, 37-55.

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id 'Allāma*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār al-Ṣādir. Chāp-i Sivum, 1994/1414.

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Kitābfurūshī Islāmīyah. 2005/1384.

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Kitābfurūshī Islāmīyah. Chāp-i Bist va Panjum, 2013/1391.

Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Taṣīr Irādih dar Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2007/1385.

Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad Ḥusayn. *Tahrīr al-Majāla*. Qum: Majma' al-'Ālamī li-Taqrīb al-Madhāhib al-Islāmiya. 2001/1422.

Kātūziyān, Nāṣir. *Davrah-yi Muqadamātī Ḥuqūq Madanī: Dars-hā-yī az 'Uqūd-i Mu'ayyan*. Kitābkhānah Ganj-i Dānish. 1998/1377.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qānūn Madanī dar Naẓm Ḥuqūqī Kunūnī*. Tehran: Mizān. Chāp-i Si va Nuhum, 2014/1392.

Kātūziyān, Nāṣir. *'Uqūd-i Mu'ayyan Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār. Chāp-i Panjum, 2007/1385.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 1972/1392.

Mīr Khalīlī, Sayyid Aḥmad; Naṣr Allāh Ja'farī Khusrū Ābādī, Zaynab Zārī. "Ḥimāyat Ḥuqūqī az 'Aqabmāndigān-i Zihni az Manẓar-i Ḥuqūq-i Pizishki va Ravīyih-yi Qazāyī Irān", *Faṣlnāmih-yi Ḥuqūq-i Pizishki*. Durīh-yi13, no. 50, autumn 2020/1398, 80-107.

Muḥammadī, Ghafār, Tūrān Muḥammadī. "Barrisi Vẓ'iyyat Vikālat Ṣaghīr Mumayiz va Safīh", *Muṭālī'āt Ḥuqūq Shahrivandī*. No. 23, Shahrivar 2022/1400, 415-432.

Muḥaqqiq Hillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā'īliyyān. 1988/1408.

Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā'id*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Muqaddas Ardabili, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'idā wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *al-Rasā'il wa Masā'il*. Qum: Kungirah-yi Buzurgdāsht Muḥaqqiqān Mulā Mahdī

va Mulā Aḥmad Narāqī. 2002/1380.

Parchīn Salafī, Muḥammad Farīd. "Māhiyat Vikālat va Qalamrū Mawḍū'ī ān dar Ḥuqūq-i Irān", *Duvvumīn Kunfirāns 'Ilmī Pazhūhish Rahyāft-hā-yi Nuvīn dar 'Ulūm Insānī Irān*. 2019/1397.

Qānūn-i Madanī, Muṣavvab-i 1928/05/08; 1307/02/18.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt fi Gharīb al-Qurān*. Beirut: Dār al-'Ilm. 1992/1412.

Rahpiyk, Ḥasan. *Ḥuqūq Mas'ūliyat-i Madanī va Jubrān-hā*. Tehran: Khursandī. 2009/1387.

Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *Muhadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Sayyid 'Abd al-A'lā Sabzawārī. 1993/1413.

Şafāyī, Ḥusayn, Murtaḍā Qāsimzādah. *Ḥuqūq Madanī Ashkhāṣ va Mahjūrīn*. Tehran: Samt. 2010/1388.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Qum: Mū'assisa Dāyira al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2000/1421.

Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. *Vikālat*. Tehran: Āriyān. 2004/1383.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqiyah*. Qum: Dāwarī. 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-Islāmiya. 1993/1413.

Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra'ypardāz. S.d.

Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ Masā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1984/1404.



The Role of Possibility of Recovery from Hardship (*Jubrān-i Ḥaraj*) with an Analytical Approach to Article 56 of the Law of Population

Dr. Reza PourSedghi  (Corresponding Author)

Researcher, Research Center for Jurisprudential Studies, Legal Medicine Research Center

Email: rezapoorsedghi@gmail.com

Ma'soumeh Nafisi Rad

PhD Candidate, Women's Studies, Family Law, University of Religions and Denominations; fourth level Seminary Student, Family Jurisprudence, Jam'iyyat al-Zahra, Qom, Iran

Abstract

Article 56 of the Law of Population has banned abortion on the basis of recovery from hardship (*Jubrān-i Ḥaraj*). Current literature falls short of addressing the condition of recovery from hardship within jurisprudence, and further studies are needed to align the law with *Sharī'a* in this regard. The prevalence of the issue in the society, and the significance of child abortion necessitate special research into topics related to therapeutic abortion. The present research uses an analytical-critical approach and illustrates that due to the possibility of recovery in how customary judgment assesses the cases of hardship, the condition cannot be overlooked altogether. However, its applicability across all instances of hardship is debatable, because given the correlation between the ruling and the subject in this case, and also due to the absence of hardship in certain cases, the reasoning for eliminating hardship (*nafy-i al-ḥaraj*) does not align. For instance, when the mother is experiencing physical hardship due to lack of medical and caregiving resources and recovery measures can eliminate the hardship. However, in the case of non-physical (psychological) hardships, recovery measures do not necessarily lead to the elimination of hardship, and hardship persists in these cases. Therefore, the application of Article 56 in the condition of possibility of recovery is debatable.

Keywords: hardship (*ḥaraj*), possibility of recovery, *mandūḥa*, abortion, malformed fetus, Article 56 of the Law of Population



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



نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت

دکتر رضا پورصدقی (نویسنده مسئول)

پژوهشگر مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی و عضو گروه اصول مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)

Email: rezapoorsedghi@gmail.com

معصومه نفیسی راد

دانشجوی دکتری رشته مطالعات زنان، گرایش حقوق خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران

طلبة سطح چهار فقه خانواده، جامعه الزهرا (س)، قم، ایران

چکیده

ماده ۵۶ قانون جمعیت در فرض جبران حرج، سقط جنین را ممنوع اعلام کرده است. در مورد شرط امکان جبران حرج در فقه، تحقیق در خوری دیده نمی‌شود و تطبیق قانون با شرع در این زمینه نیازمند پژوهش است. ابتلای بخشی از جامعه و همچنین اهمیت موضوع سقط جنین، به تحقیق ویژه‌ای در موضوعات مربوط به سقط درمانی ضرورت بخشیده است. پژوهش حاضر با نگاه تحلیلی انتقادی نشان می‌دهد به دلیل تأثیر امکان جبران در نحوه قضاوت عرف نسبت به موارد حرج، به‌طور کلی نمی‌توان چنین شرطی را نادیده گرفت، ولی عمومیت آن نسبت به همه موارد حرج محل تأمل است؛ چراکه با توجه به تناسب حکم و موضوع در این مسئله و همچنین عدم صدق عنوان حرج، ادله نفی حرج در موارد شایان توجهی تطبیق‌یافتنی نیست؛ از آن جمله مواردی است که مادر به دلیل نبود امکانات پزشکی و نگهداری، مشمول حرج جسمی است و با اقدامات جبرانی رفع حرج ممکن است. ولی در فرض حرج روحی اقدامات جبرانی نوعاً موجب رفع حرج نیست و در این موارد عنوان حرج همچنان صادق است. بنابراین اطلاق ماده ۵۶ در شرط امکان جبران، محل تأمل است.

واژگان کلیدی: حرج، امکان جبران، مندوحه، سقط جنین، جنین ناقص‌الخلقه، ماده ۵۶ قانون جمعیت.

مقدمه

قاعده نفی عسرو حرج، از جمله قواعد فقهی است که در تمام ابواب فقه و موضوعات فردی و اجتماعی محل استناد است. از نظر برخی فقها، عسرو حرج آن است که مستلزم مشقت شدیدی باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند^۲ و به معنای سقوط تکلیف شاق تحمل‌نشدنی برحسب عادت است.^۳

سقط جنین به استناد آیات قرآن و روایات حرام است، ولی قانون باتوجه به استفتائات و نظرات اخذشده از مقام معظم رهبری^۴ و سایر مراجع معظم، سقط را در فرض حرج مادر با لحاظ شرایطی مجاز دانسته است. مطابق ماده ۵۶ قانون جمعیت و ماده واحده سقط درمانی در فرض حرج، به سبب ناقص الخلقه بودن جنین و نگهداری از جنین فرزندی پس از تولد برای مادر و جامعه، اسقاط جنین مجاز است. مطابق ماده ۵۶ قانون جمعیت، از موارد جواز سقط جنین پس از اخذ اظهارات ولی، وجود حرج مشقت شدید تحمل‌نشدنی برای مادر و فقدان امکان جبران و جایگزینی برای حرج مادر است.

حرج حاصل از نگهداری از فرزند ناقص، بر خانواده به‌ویژه مادر و جامعه و خود فرزند وارد می‌شود. داشتن فرزند ناقص اگرچه در اغلب موارد جان مادر را در معرض خطر فوری قرار نمی‌دهد، اما می‌تواند سبب کوتاهی عمر یا آسیب روانی و جسمی بر مادر شود. ازسوی دیگر، هزینه‌های سنگین مراقبت و نگهداری از فرزند ناقص از بُعد درمانی و اجتماعی نیز سبب حرج خانواده می‌شود. در برخی از ناهنجاری‌های جنینی، جنین از نظر فیزیکی دارای نقص است، اما از نظر ذهنی سالم است و پس از به دنیا آمدن توان زندگی دارد، مانند: کری، کوری، فقدان دست یا پا و... در برخی دیگر از ناهنجاری‌های جنینی، جنین پس از به دنیا آمدن دارای یک نقص درمان‌ناپذیر ذهنی و فیزیکی است، مانند سندروم داون. این نوزادان در صورت توجهات لازم می‌توانند به زندگی خود ادامه دهند. اما برخی دیگر از ناهنجاری‌های جنینی به گونه‌ای هستند که نوزاد پس از به دنیا آمدن، در طی چند ماه یا چند سال به علت نقایص خاص ژنتیکی و ناهنجاری‌های شدید از دنیا خواهد رفت.^۵ جواز سقط در ماده واحده سقط درمانی مطلق بوده، ولی در ماده ۵۶ قانون جمعیت مقید به قید امکان جبران شده است. پرسشی که وجود دارد این است که آیا امکان جبران شرعاً مانع از جریان قاعده نفی حرج در موارد حرج مادر و خانواده است؟

۲. مکرم شیرازی، القواعد الفقهية، ۱۶۰/۱؛ رضایی، کاربرد قواعد فقهی در روابط زوجین، ۱۷۱.

۳. رضایی، کاربرد قواعد فقهی در روابط زوجین، ۱۷۱.

۴. آیت الله خامنه‌ای در پاسخ به استفتائی در خصوص سقط جنین‌هایی که مبتلا به بیماری‌های شدید باشند، به طوری که از بدو تولد تا پایان عمر دائماً در وضع مشقت‌باری به سر برند، بنابر قاعده عسرو حرج بیان می‌دارد: «اگر تشخیص بیماری در جنین قطعی است و داشتن و نگهداری چنین فرزندی موجب حرج باشد، در این صورت جایز است قبل از دمیده شدن روح، جنین را سقط کنند» (خامنه‌ای، اجوبة الاستفتائات، ۶۶/۲).

۵. آسمانی و همکاران، «چالش‌های اجرایی قواعد نفی عسرو حرج، لاضرر و اضطرار در سقط درمانی»، ۶۰.

در نگهداری از فرزند ناقص و عدم اسقاط آن، دو دیدگاه می‌توان مطرح کرد: ۱. تولد فرزند ناقص، ابتلا و امتحانی الهی است و در صورت امکان باید سختی و مشقت آن را به جان خرید، مگر اینکه به حرج و مشقت بسیار شدید که نزد نوع مردم تحمل نمی‌شود، منتهی شود؛ ۲. تولد فرزند ناقص و معلول، حرجی جبران‌نشدنی برای خانواده و جامعه است و باید با سقط جنین زمینه باروری دوباره برای تولد فرزند سالم را ایجاد کرد؛ چراکه تولد فرزند ناقص، حرجی بر خانواده و جامعه است و افزایش نسل و رفع بحران جمعیت با استفاده از فرزندان معلول، آسیب بیشتری دارد. بر مبنای دیدگاه دوم، امکان جبران بی‌معناست و براساس دیدگاه نخست، این ادعا مطرح‌شدنی است که امکان جبران بتواند رافع حرج باشد؛ به این معنا که، بخشی از حرج و مشقت تحمل‌نشدنی توسط خانواده و به‌ویژه مادر به صورت‌های مختلف، از جمله سازمان‌های حمایتی تدارک و جبران شود. قانون جمعیت این دیدگاه را دنبال کرده و به صورت کلی، عدم امکان جبران را از شرایط سقط جنین ناقص قرار داده است. مشروع بودن چنین قیدی و همچنین حدود و ثغور آن از ابهامات در مسئله است که در پژوهش پیش‌رو بدان می‌پردازیم.

لازم به ذکر است که درباره سقط درمانی^۶ و قاعده نفی حرج^۷ تحقیقات زیادی صورت گرفته است، اما در خصوص نقش امکان جبران در رفع حرج هیچ پژوهشی یافت نشد.

باتوجه به اینکه سیره اسلام و قانون، اصل سهولت و رفع حرج به منظور تأمین منافع دنیوی و اخروی انسان‌هاست، لذا بررسی مسئله پیش‌رو از جنبه‌های مختلف دارای ضرورت است: اولاً، بررسی بخشی از حدود و ثغور سقط درمانی است که به دلیل اهمیت حرمت سقط، این موضوع اهمیت پیدا می‌کند؛ ثانیاً، این مسئله، بحث از حقوق مادر است و رعایت حق مادر مسئله مهمی است، بنابراین از این جنبه نیز مسئله دارای اهمیت است؛ ثالثاً، مسئله از باب مبتلا به بودن و کثرت مراجعات به پزشکی قانونی نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

تحقیق پیش‌رو با استفاده از روش تحلیلی انتقادی پس از تبیین مفهوم جبران و مفهوم امکان جبران و قاعده نفی حرج، به تأثیر آن در رفع حرج نگهداری از فرزند ناقص از نظر قانونی و فقهی می‌پردازد.

۱. حرج

نکات مختلفی در مفهوم‌شناسی حرج درخور طرح است که به موارد مورد نیاز در مسئله می‌پردازیم.

۶. سجادی امین، «تبیین مبانی فقهی مؤثر در تطبیق قاعده نفی عسر و حرج بر مسائل فقهی خانواده»، ۳۶؛ رشید پورایی و همکاران، «بررسی قوانین و مقررات سقط جنین در ایران و اروپا در همه‌گیری کووید ۱۹»، ۶۸۹.

۷. اکرمی و همکاران، «بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده»، ۵۰۸؛ ستوده، مقیمی حاجی، «سقط درمانی؛ تأملات فقهی و سیاست‌گذاری تقنینی»، ۹۹.

۱.۱. مفهوم حرج در لغت

با مراجعه به کتب لغت، حرج در سه معنای «تنگی و دشواری»^۸، «معصیت و گناه»^۹ و «حرام»^{۱۰} استعمال شده است و یکی از حالات نفس است.^{۱۱} خداوند متعال فرموده: «وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ»^{۱۲} که منظور از حرج در اینجا گناه است، نه مشقت. برخی گفته‌اند: «حرج» در اصل به معنای اجتماع و انبوه شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود.^{۱۳} به عبارت دیگر، حرج آن مشقتی است که انسان به صورت عادی نمی‌تواند آن را تحمل کند. در عرف نیز حرج به معنای تنگ‌ترین تنگی است.^{۱۴}

۲.۱. مفهوم حرج در اصطلاح

در فقه، «حرج» مشقت و زحمتی است که در اجرای دستور شرع، مکلف با آن روبه‌رو می‌شود. با وجود حرج، حکم خداوند ممکن است تغییر یابد.^{۱۵} منظور از تکلیف حرجی؛ یعنی هرآنچه که در آن عسر و مشقت و سختی برای مکلف دارد.^{۱۶} حرج در اصطلاح شرعی، آنچه از قول فقها می‌توان نتیجه گرفت عبارت است از: «هر چیزی که موجب عسر و حرج زیاد در جسم و جان یا مال شود، حالاً یا مالاً».^{۱۷} در واقع، حرج به این معناست که شارع مقدس تو را بر آنچه از انجام آن ناتوانی تکلیف نمی‌کند.^{۱۸} صاحب‌جواهر حرج را مشقتی معنا کرده که عادتاً تحمل نمی‌شود، اگرچه کمتر از طاقت باشد.^{۱۹} این تعریفی است که مشهور از آن پیروی کرده و معنای رایج حرج در بین فقهاست. کلیدواژه تعریف فقها از حرج، «عدم تحمل عادتاً» است و غالب فقها حرج را با همین عبارت تعریف کرده‌اند.^{۲۰}

۳.۱. حرج جسمی و معنوی

۸. دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ۱۰۱۴/۱: فراهیدی، کتاب العین، ۷۶/۳؛ معلوف، المنجد فی اللغة العربیة، ۱۲۵.

۹. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۶۱/۱: مروج، اصطلاحات فقهی، ۱۸۵.

۱۰. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۶۱/۱.

۱۱. مکارم‌شیرازی، القواعد الفقهیة، ۲۰۹/۱.

۱۲. نور، ۶۱.

۱۳. راغب اصفهانی، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن با تفسیر لغوی و ادبی قرآن، ذیل واژه حرج، ۴۶۷/۱؛ حسینی‌خواه، قاعدة لاجرح، ۲۵.

۱۴. مروج، اصطلاحات فقهی، ۱۸۵.

۱۵. مروج، اصطلاحات فقهی، ۱۸۵.

۱۶. عاملی، الإصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملية، ۶۷.

۱۷. حماد، معجم المصطلحات المالیه، ۱۷۴.

۱۸. غدیری، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهیة، ۱۲۸.

۱۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۹۸/۵.

۲۰. نک: انصاری، کتاب الحج، ۷۷؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۳۲۵/۴؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۱۴۵/۶؛ هاشمی‌شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۸۶/۱؛ سیستانی، قاعدة لاضرر و لاضرار، ۳۳۵.

در بحث حرج، دو نوع حرج را می‌توان در نظر گرفت:

أ. **حرج جسمی:** حرج جسمی، به معنای ایجاد مشقت و حرج در ناحیه جسم و بدن فرد است، به گونه‌ای که عادتاً آن سختی برای جسم تحمل‌شدنی نباشد. در خصوص تولد فرزندان ناقص‌الخلقه و معلول که ممکن است برای مادر عسر و حرج داشته باشد، گروهی که قاعده لاجرج را به عنوان دلیل حکم ثانوی می‌پذیرند، قبل از ولوج روح، فتوا به جواز اسقاط جنین داده‌اند.^{۲۱} قانون نیز با این گروه هم‌عقیده است. در حرج جسمی، امکان جبران و رفع حرج با استفاده از امکانات و امور حمایتی تحقق‌یافتنی است؛ زیرا در این نوع حرج در بحث‌های مالی، پزشکی و جسمی با فراهم کردن زیرساخت‌ها و تدابیر لازم می‌توان حرج و مشقت موجود را جبران و رفع کرد.

ب. **حرج روانی:** فرض دیگر در بحث حرج این است که ضرر یا حرجی که برای مادر یا فرزند متصور می‌شود، جسمی و مادی نیست؛ بلکه حرج روانی است. حرج روانی، آن دسته از سختی‌ها و مشقت‌هایی است که مربوط به جسم و بدن شخص نباشد و شامل حرج‌های مالی، روانی، حیثیتی و اجتماعی است؛^{۲۲} به این صورت که، فرزند نامشروع باشد یا اینکه نگهداری از فرزند ناقص‌الخلقه حرج روانی برای مادر، خانواده، جامعه و حتی خود فرزند در آینده ایجاد می‌کند. در حرج معنوی ممکن است خانواده از نظر اقتصادی و مادی توان نگهداری از چنین فرزندی را داشته باشد اما بر مادر فشارهای روحی و روانی زیادی وارد می‌شود، به طوری که مادر در برخی موارد دست به خودکشی می‌زند.

در سخنان فقها، عباراتی وجود دارد که به طور صریح بر حرج روانی دلالت دارد. در کلمات فقها، اطلاق لفظ حرج؛ اعم از حرج جاری بر جوارح و حرج جسمی و حرج جاری بر جوانح و حرج روانی است.^{۲۳} در آیات قرآن نیز حرج جاری بر جوانح بیان شده است. خداوند متعال می‌فرماید: «لَکَیْ لَا یَکُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِیْنَ حَرْجٌ فِیْ أَزْوَاجٍ أَدْعِیَانِهِمْ»،^{۲۴} همچنین «فَلَا وَرَبِّکَ لَا یُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ یُحَکِّمُوا فِیْمَا شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لَا یَجِدُوا فِیْ أَنْفُسِهِمْ حَرْجاً مِّمَّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً»،^{۲۵} «کِتَابٌ أَنْزَلَ إِلَیْکَ فَلَا یَکُنْ فِی صَدْرِکَ حَرْجٌ مِنْهُ»^{۲۶} و آیات دیگری در این زمینه که به حرج روحی و روانی اشاره دارد.

اما اگر معیار حرج معنوی نیز سختی و مشقتی باشد که عادتاً تحمل‌شدنی نباشد، مثل حرج مادی

۲۱. خامنه‌ای، اجوبة الاستفتائات، ۳۶/۲؛ مکارم شیرازی، بحوث فقهیة، ۲۹۴؛ فیاض، تعالیک مبسوطه علی العروة الوثقی، ۴۴۰/۳.

۲۲. شاهین‌فرد و همکاران، «شمول‌پذیری قاعده لاجرج نسبت به حرج‌های غیر جسمانی و پیامدهای فقهی آن»، ۲۴۷.

۲۳. روحانی، القواعد الفقهیة: منتقى الأصول، ۴۶۹/۵؛ خوانساری نجفی، رسالة فی قاعدة نفی الضرر، ۲۲۴؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ۱۰۴ تا ۱۰۵.

۲۴. احزاب: ۳۷.

۲۵. نساء: ۶۵.

۲۶. اعراف: ۲.

پورصدقی، نفیسی‌راد؛ نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت/۸۹

می‌شود. در واقع، می‌توان گفت که حرج به دو صورت است: جسمی و معنوی غیرجسمی. همان‌گونه که مکلف در حرج جسمی به قاعده لاحرج تمسک و حرج و مشقت را از خود رفع می‌کند، در حرج غیرجسمانی و تألمات روحی، روانی، اقتصادی و اجتماعی نیز با استناد به این قاعده و شمول‌پذیری آن نسبت به این نوع حرج می‌توان رفع حرج کرد.^{۲۷}

۲. مفهوم جبران مندوحه

اساساً از مفهوم جبران در این پژوهش، همان معنای لغوی و عرفی مراد است، نه معنای اصطلاحی که در حقوق به معنای تدارک و ضمان از آن استفاده می‌شود. منظور از جبران؛ یعنی تدارک وسیله و امکان، به‌گونه‌ای که حرج مادر را برطرف سازد.

اصطلاحی که در فقه برای راه‌گزین از حرج به کار برده می‌شود، مندوحه است.^{۲۸} واژه مندوحه از «ندح»، به معنای «وسعت» و «سعه» است.^{۲۹} مندوحه، به معنای وسعت و راه‌گزین است. در قاموس بیان کرده: مندوحه به معنای قدرت بر فرار است. مندوحه در کار و امر، به معنای وجود راه‌گزین در انجام امر است.^{۳۰} منظور از مندوحه به این معناست که آن عملی که مورد ابتلا قرار گرفته است، دارای بدلی است که شخص را از تنگنا خارج می‌سازد؛^{۳۱} مانند اینکه فرد می‌تواند در غیرمکان غصبی هم نماز بخواند و امر امثال می‌شود، بدون اینکه مخالفتی با نهی شده باشد. اما گاهی فقط یک مکان برای نماز هست که غصبی است، در این موارد مندوحه وجود ندارد.^{۳۲}

منظور از جبران و به تعبیر فقهی مندوحه در این بحث، راه‌گزین از حرج است که حرج و مشقت مادر را منتفی می‌سازد. البته واضح است راه‌گزینی غیر از سقط منظور است. برای مثال، مشکلات ناشی از درمان، عدم دسترسی به مراکز درمانی دارو، عدم وجود امکانات خاص نگهداری و... می‌تواند منشأ حرج برای مادر و خانواده باشد که مراکزی مانند سازمان بهزیستی یا مراکز خیریه یا افراد خیر می‌توانند برای هریک از این مشکلات چاره‌اندیشی کنند و حرج ناشی از این مشکلات را برطرف سازند.

۲۷. شاهین‌فرد و همکاران، «شمول‌پذیری قاعده لاحرج نسبت به حرج‌های غیرجسمانی و پیامدهای فقهی آن»، ۲۴۰.

۲۸. برای نمونه: سبحانی تیریزی، المصنوع فی علم الأصول، ۲۳۲/۲.

۲۹. مددی، درس خارج اصول، www.eshia.ir/feqh؛ موسوی جزایری، درس خارج اصول: اجتماع امر و نهی، خصوصیات قید مندوحه؛ مصطفوی، درس خارج اصول: قاعده اشتغال یا بحث شبهات.

۳۰. غدیری، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، ۵۶۰؛ مرعی، القاموس الفقهي، ۲۰۵؛ سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، ۲۴۲/۱؛ عاملی، الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية، ۲۰۸؛ سیداشرفی، نهاية الإیصال، ۷۹۴/۳.

۳۱. مصطفوی، درس خارج اصول: اجتماع امر و نهی، www.eshia.ir/feqh.

۳۲. اعرافی، درس خارج اصول: اجتهاد و تقلید، www.eshia.ir/feqh.

۳. امکان جبران حرج در قوانین موضوعه

قانون جمعیت مصوب سال ۱۴۰۰ در ماده ۵۶، به نوعی اسقاط جنین ناقص الخلقه را محدودتر می‌سازد. هدف اصلی طرح قانون جمعیت و حمایت از خانواده در چهارچوب رهنمودهای مقام معظم رهبری، ارتقای کمی و کیفی جمعیت کشور بوده است. در این ماده قانونی، از موارد دارای مجوز سقط، ناهنجاری جنین قرار داده شده که برای آن شرایطی از این قبیل مقرر شده است: ا. رضایت مادر، ب. وجود حرج مشقت شدید غیرقابل تحمل برای مادر، ج. وجود قطعی ناهنجاری‌های جنینی غیرقابل درمان در مواردی که حرج مربوط به بیماری یا نقص در جنین است، د. فقدان امکان جبران و جایگزینی برای حرج مادر، ه. فقدان نشانه‌ها و امارات ولوج روح، و. کمتر از چهارماه بودن سن جنین.

در این قانون، مطلق حرج مجوزی برای سقط نیست و صرف حرج، جواز سقط را به همراه ندارد؛ زیرا سقط مشروط به این شده که برای حرج امکان جبرانی وجود نداشته باشد. امکان جبران و جایگزین برای حرج به صورت مطلق در این ماده مطرح شده و مشروع بودن چنین قیدی و حدود و ثغور آن مورد ابهام است.

۴. ادله تأثیر امکان جبران در جریان قاعده

طبق این دیدگاه، امکان جبران در جریان قاعده نفی حرج در فرض مندوحه و راه‌گزین جاری نیست و حکم الزامی که در ظاهر حرج‌آور است، باید عمل شود. از جمله ادله‌ای که برای اثبات و تمسک به قاعده لاجرح استفاده می‌شود عبارت‌اند از: قرآن، روایت، عقل و اجماع که در ادامه به بررسی این ادله در تأثیر امکان جبران در رفع حرج می‌پردازیم.

۴.۱. آیات خشیه املاق

ا. اطلاق آیه ۳۱ سوره اسرا که می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»؛ و فرزندان خود را به دلیل ترس از فقر نکشید، ما، شما و آن‌ها را روزی می‌دهیم. به یقین کشتن آنان گناه بزرگی است.

خداوند در این آیه از مردم می‌خواهد که به علت مسائل اقتصادی و از ترس فقر و نداری فرزندان خود را نکشند و بیان می‌کند که وضع اقتصادی اعراب جاهلی آنقدر سخت و ناراحت‌کننده بوده که حتی گاهی فرزندان دل‌بند خود را؛ اعم از پسر و دختر، از ترس عدم توانایی اقتصادی به قتل می‌رساندند.

البته همین جنایت در شکل دیگری در عصر ما و حتی به اصطلاح در مرفقی‌ترین جوامع انجام می‌گیرد و آن اقدام به سقط جنین در مقیاس بسیار وسیع به سبب جلوگیری از افزایش جمعیت و کمبودهای اقتصادی

است.^{۳۳}

ب. اطلاق آیه ۱۵۱ سوره انعام که می‌فرماید: «قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ...»؛ بگو: بیایید آنچه را پروردگارتان بر شما حرام کرده است برایتان بخوانم: اینکه چیزی را شریک خدا قرار ندهید! و به پدر و مادر نیکی کنید! و فرزندان را از ترس فقر نکشید! ما شما و آن‌ها را روزی می‌دهیم...»

در این آیه به بیان اصول محرّمات در اسلام اشاره می‌کند و مهم‌ترین گناهان کبیره را بیان می‌کند. همچنین از مردم دعوت می‌کند که حرام‌های واقعی الهی را بشنوند و تحریم‌های دروغین را کنار بگذارند. در ضمن، این آیه بیان می‌دارد که به سبب فقر و تنگ‌دستی، فرزندان خود را نکشند و روزی آنان و فرزندان‌شان به دست خداست.^{۳۴}

نحوه استدلال به این دو آیه برای عدم جواز سقط در فرض امکان جبران بدین صورت است که شارع مقدس در فرض تنگ‌دستی اجازه سقط نداده و این تنگ‌دستی، اعم از حرج و غیر از حرج است. بنابراین شخص حتی در فرض حرج ناشی از تنگ‌دستی نیز نمی‌تواند اقدام به سقط کند. در نتیجه، در فرض امکان جبران از مسائل اقتصادی، به طریق اولویت سقط جایز نخواهد بود و از آنجاکه مشکلات اقتصادی از باب نمونه است و دارای خصوصیت خاصی نیست، لذا سایر معضلات عطف به مشکلات اقتصادی می‌شود و در فرض امکان جبران، قاعده لاجرح منتفی خواهد بود.

۲.۴. عدم صدق حرج در فرض امکان جبران

برخی از فقها امکان جبران را رافع عنوان حرج دانسته و قائل‌اند که در فرض امکان جبران، حرج صدق نمی‌کند؛ چراکه باوجود راه گریز، تنگنا و حرج معنا ندارد و صدق نمی‌کند. شبر می‌نویسد: «معلوم انتفاء الحرج و الضرر مع وجود المندوحة».^{۳۵} در کلام برخی دیگر از فقها چنین دیدگاهی دیده می‌شود.^{۳۶} اساساً تشخیص صدق و عدم صدق حرج در فرض مندوحة مسئله‌ای عرفی است و عرفاً باوجود راه فرار، صدق وجود تنگنا برای شخص منتفی است.

۳.۴. تناسب حکم و موضوع

اسلام دین رشد، کمال، رحمت و یسر است و دین جمود و ثقل، ضیق و عسر و مشقت و سختی

۳۳. مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۰۲/۱۲.

۳۴. مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳۴/۱۲.

۳۵. شبر حسینی، العمل الاخی فی شرح العروة الوثقی، ۱۶۹/۲.

۳۶. خویی، موسوعه، ۵۸/۲۲؛ انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ۱۷۲/۱۰.

نیست. ازاین رو، خداوند متعال احکام و تکالیف حرجی و مشقت آور را رفع کرده است.^{۳۷} بنابراین قاعده لاجرح از قواعد امتنانیه است که سبب توسعه و آسانی برای مکلفان و عدم الزام آن‌ها به تکالیفی است که سبب ضیق و مشقت است.^{۳۸}

باتوجه به اینکه غرض شارع از این قاعده، نفی مشقت ناشی از الزام حکم است، بنابراین در فرض وجود مندوحه برای شخص اساساً حکمت نفی حکم الزامی که به سختی افتادن بیش از مورد مکلف است، وجود ندارد و عرف چنین قاعده‌ای را شامل فرضی نمی‌داند که شخص امکان جستن راهی برای رفع مشقت از خود را دارد و درعین حال می‌تواند حکم شرعی را امتثال کند. بنابراین باتوجه به حکمت نفی حرج و موضوع مسئله می‌توان ادعا کرد که نفی حرمت در فرض مندوحه از سقط جنین قطعاً از شمول قاعده نفی حرج خارج است.

۴.۴. انصراف ادله

علمای اصول، انصراف را مانع انعقاد اطلاق دانسته و گفته‌اند: مشهور است که انصراف ذهن از لفظ به برخی از مصادیق یا بعضی از اقسام آن مانع از انعقاد اطلاق است، حتی اگر مقدمات حکمت کامل باشد؛ همانند انصراف کلمه مسح در دو آیه تیمم و وضو که در اثر کثرت استعمال منصرف است به مسح با کف دست. شهید صدر در تعریف انصراف بیان می‌دارد: «توجه و انس ذهن به حصه معینی از حصص، معنایی وضع شده برای لفظ.»^{۳۹} البته انصراف بر دو قسم است: ۱. انصراف بدوی؛ ۲. انصراف ناشی از کثرت استعمال. انصراف بدوی مانع انعقاد اطلاق نیست، برخلاف انصراف در اثر کثرت استعمال که مانع انعقاد اطلاق است.^{۴۰}

اطلاق ادله قاعده لاجرح که ظاهر آن شامل هرگونه حرجی است، انصراف دارد از مواردی که راه گریزی از حرج وجود دارد؛ زیرا عرف مواردی را مشمول این قاعده می‌داند که شخص در مضیقه و مشقت قرار گرفته است و مواردی که شخص امکان فرار و خلاصی از مشقت دارد از دید عرف در مشقت و گرفتاری نیست تا مشمول این ادله قرار گیرد. به بیان دیگر، اگر مواردی از حرج که امکان جبران و راه گریز وجود دارد به عرف ارائه شود، عرف یا به صورت قطع، شمول ادله حرج را انکار یا در آن تردید می‌کند و احتمال انصراف در آن می‌دهد. بزرگان بسیاری احتمال انصراف را نیز مانع اطلاق می‌دانند. حائری

۳۷. سیفی، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقّهیه الأساسیه، ۷۳/۴.

۳۸. انصاری، الموسوعة الفقّهیه المیسرة، ۲۶۸/۱.

۳۹. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۴۳۱/۳.

۴۰. ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، ۱۲۶؛ ملکی اصفهانی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ۱۸۸/۱؛ حسینی، الدلیل الفقّهی تطبیقات فقّهیه لمصطلحات علم الأصول، ۸۹.

می‌نویسد: احتمال درخور توجه انصراف، مانع از اخذ اطلاق است، به دلیل عدم انعقاد ظهور و عدم احراز مقام بیان متکلم.^{۴۱}

۵. نقد ادله تأثیر

شایسته است هریک از ادله بیان شده در اثبات تأثیر امکان جبران در جریان قاعده، به صورت جداگانه نقد و ارزیابی شود.

۵. ۱. نقد استدلال به آیات خشية املاق

استدلال بر آیات خشية املاق از جهاتی مردود است؛ زیرا اولاً، این آیات ناظر به متعارف سقط در زمان‌های گذشته است. مواردی که والدین به سبب مشکلاتی درصدد از بین بردن جنین سالم بوده‌اند و تردیدی نیست چنین امری به حکم شرع و همچنین نزد عقلا مردود است و این در حالی است که موضوع گفت‌وگو در مواردی است که ناهنجاری جنین به صورت قطعی پیش‌بینی شده است.

ثانیاً، این دلیل بر فرض پذیرش فقط نسبت به تنگنای اقتصادی استنادشده است و اصطلاحاً اخص از مدعاست و توسعه آن نسبت به سایر مشکلات؛ مانند ناهنجاری جنین و معضل نگهداری آن بی‌وجه است. الغای خصوصیت از تنگنای اقتصادی نیز به دلیل وجود احتمال خصوصیت که در خود آیه به آن اشاره شده، مبنی بر اینکه رزق در دست خداست، با تکلف همراه است.

از سوی دیگر، قتلی که در آیات مذکور خشية املاق ذکر شده، آیا بر سقط جنین دلالت دارد؟ برخی قائل‌اند که در خصوص حرمت سقط جنین نمی‌توان از این آیات استفاده کرد؛ زیرا موضوع این آیات «حرمت قتل اولاد» است، نه سقط جنین و قتل اولاد هم غیر از سقط جنین است؛ چراکه اولاد که جمع «ولد» است از ماده ولادت است. بنابراین به فرزند انسان مادامی که در رحم است، حقیقتاً ولد گفته نمی‌شود؛ زیرا هنوز ولادت و زایمان صورت نگرفته است و لذا بعد از ولادت و زایمان، به آن ولد گفته می‌شود و سلب حیات او قتل است، ولی سلب حیات از جنین تا زمانی که در رحم است، سقط و اسقاط و اجهاض است، نه قتل.^{۴۲}

۵. ۲. نقد صدق حرج

باتوجه به اقسام حرج، حرج روانی با امکان جبران برطرف نمی‌شود و اساساً راه‌های متعارف جبران حرج، امکان برطرف کردن حرج روحی روانی را ندارند. بنابراین منتفی بودن صدق حرج در موارد وجود راه

۴۱. برای نمونه: حائری، مبانی الأحکام فی اصول شرائع الإسلام، ۶۶۹/۱.

۴۲. آهوران، «بررسی ادله جواز و حرمت سقط جنین»، جلیلی، «سقط جنین از دیدگاه فقه شیعه»، pajooesh.howzatehran.com.

گریز، به صورت کلی محل تأمل است؛ چراکه امکان جبران حرج معمولاً در خصوص حرج مادی و جسمی امکان پذیر است، ولی راجع به حرج معنوی که بیشتر مربوط به مسائل روحی و روانی است، چندان مؤثر نیست. بنابراین باید موارد از نظر عرف بررسی شود و نمی توان به صورت کلی راجع به صدق و عدم صدق حرج در موارد جبران متعارف که در اذهان متبلور است، اظهار نظر کرد. بله، در مواردی که امکان جبران حرج منجر به عدم صدق حرج می شود، امکان تمسک به این قاعده سلب می شود. بنابراین عدم صدق، موردی است.

۵.۳. نقد مناسبات حکم و موضوع

همان گونه که قبلاً اشاره شد در بسیاری از موارد، امکان جبران از معضل و تنگنا در فرض ناهنجاری چنین سبب رفع حرج روحی و روانی مادر نمی شود. بنابراین اساساً طرح تناسب حکم و موضوع در این موارد بی دلیل خواهد بود؛ چراکه عدم جریان قاعده لاجرح در فرضی که شخص عملاً در حالت حرج فعلی است، بی معناست. در مواردی که با وجود مندوحه، عنوان حرج منتفی است، استناد به این دلیل مردود است؛ زیرا موضوع تخصصاً از ذیل قاعده لاجرح خارج است و موضوعی برای تناسب باقی نمی ماند. بنابراین تمسک به چنین دلیلی به صورت کلی مخدوش است.

۵.۴. نقد دلیل انصراف ادله

به نظر می رسد ادعای انصراف ادله در این مسئله محل خدشه است؛ زیرا صدق عنوان حرج در این مسئله از دو حال خارج نیست: یا امکان جبران، سبب رفع عنوان حرج می شود که در این صورت، موضوعی برای جریان ادله لاجرح وجود ندارد تا نوبت به انصراف ادله برسد یا امکان جبران حرج، موجب رفع عنوان حرج نیست و مادر همچنان احساس حرج در خود دارد که در این صورت، قاعده لاجرح شامل او می شود و ادعای انصراف، بی دلیل است.

۶. ادله عدم تأثیر امکان جبران در جریان قاعده

برخی قائل اند که امکان جبران، رافع حرج نیست؛ به این صورت که، رافعیّت حکم حرج وابسته به تحقق موضوع است و امکان جبران که امری خارج از موضوع است، نمی تواند موضوع حرجی را نفی کند.^{۴۳} در نتیجه، بنابر اطلاق قاعده، موارد حرج دارای مندوحه را نیز شامل می شود. لذا در مواردی که نگهداری از فرزند ناقص سبب حرج برای مادر و جامعه می شود، با فراهم کردن زمینه جبران نمی توان عنوان حرج را رفع کرد و همچنان قاعده نفی حرج باقی است، پس تا قبل از ولوج روح نیز مادر حق سقط جنین را

۴۳. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۲.

دارد. در این قسمت، ادله این نظریه را دنبال می‌کنیم.

۶. ۱. اطلاق ادله حرج

ادله نفی حرج، قیدی مبنی بر عدم وجود راه گریز از حرج و امکان جبران را بیان نکرده‌اند. طبق این ادله، به مجرد تحقق حرج حکم رفع می‌شود. در اثبات قاعده لاجرج به آیات، روایات، عقل و اجماع تمسک می‌شود. در اثبات قاعده لاجرج به ادله اربعه تمسک جسته‌اند اما با وجود آیات و روایات صریحه در این زمینه، مجالی برای پرداختن به ادله عقلیه و اجماع نیست؛ چراکه از نظر عقل، مانعی از تشریع احکام حرجی و الزام به امور سخت و شدید نیست و شاهد برای آن، وجود تکالیف حرجیه در شرعیات و عرفیات است. در خصوص اجماع نیز ادعای اجماع در همه موارد و نواحی این قاعده دشوار است و تنها می‌توان در برخی مواضع آن ادعای اجماع کرد.^{۴۴} برخی از ادله این قاعده عبارت‌اند از:

أ. آیات: از جمله آیات استنادشده در اثبات قاعده لاجرج عبارت‌اند از:

۱. «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ»^{۴۵}؛ باتوجه به سیاق این آیه و آیات قبل، نفی حرج مندرج در آیه، ناظر به احکامی است که در این آیه و آیات مقدم بر آن در ابتدای سوره مائده آمده است و به علاوه، به علت عمومیت و اطلاقی که دارد همه احکام شرع را در بر می‌گیرد و شامل همه مقررات اسلامی می‌شود.^{۴۶}

۲. «وَ جَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...»^{۴۷}؛ این آیه از مهم‌ترین آیاتی است که به عنوان دلیل قاعده عسرو حرج استناد می‌شود. منظور این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسرو حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود. این آیه در اثبات قاعده نفی حرج، اطلاق و عمومیت دارد.^{۴۸}

۳. «... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...»^{۴۹}؛ این آیه نیز اراده شارع را در تسهیل و گشایش امور مردم بیان می‌کند؛ زیرا وجوب و تعیین روزه را که از احکام مسلم اولیه است در روزهای بیماری و سفر از بیمار و مسافر نفی کرده و رخصت داده است که به این تکلیف پس از پایان این دوران عمل شود. افزون‌بر آن، چون در این آیه نفی عسر به صورت علت کلی حکمی جزئی بیان شده و عام است و از لحاظ ثبوتی

۴۴. مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۱/۱۶۲.

۴۵. مانده: ۶.

۴۶. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۳.

۴۷. حج: ۷۸.

۴۸. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۲.

۴۹. بقره: ۱۸۵.

همه احکام را شامل می‌شود.^{۵۰}

۴. «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...»؛^{۵۱} این آیه شریفه نیز با توجه به بیان واژه «اصر»، به معنای فشار، سنگینی، گناه و حبس همراه فشار است و مراد از آن، احکام ضیق‌آور و مشقت‌بار است و اطلاق و عمومیت نسبت به همه احکام مشقت‌آور را داراست.

در مجموع، این آیات شریفه دلالت واضح بر این امر دارد که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریع نکرده است^{۵۲} و از ناحیه هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت لازم آید، این حکم به دستور این آیات شریفه، منفی و از صفحه تشریع، مرفوع است.^{۵۳} دلالت این آیات بر نفی حکم حرجی، کامل و تمام است.^{۵۴}

همان‌گونه که مشهود است هیچ‌یک از آیات، قیدی دال بر این نبود و مندوحه در فرض حرج را شرط جریان حرج مطرح نساخته است.

ب. روایات: روایت‌های متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسرو حرج قرار گرفته است.^{۵۵}

۱. روایت عبدالاعلی مولى آل‌سام که در کتاب‌های کافی و تهذیب و استبصار نقل شده است. در این روایت، راوی به امام صادق (ع) می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد؟ امام (ع) می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند فرموده است که در دین، بر شما حرجی قرار داده نشده است، پس بر آن مسح کن.^{۵۶}

۲. روایت ابوبصیر که در کتاب تهذیب نقل شده است. در این روایت، سؤال درباره شخص جنبی است که انگشت خود را داخل ظرف آبی، مانند کوزه یا مشک کرده است و حضرت در پاسخ فرموده است: اگر دستش نجس است، آب را بریزد و اگر نجاستی به دستش نرسیده، می‌تواند با آب ظرف خودش را بشوید؛ زیرا این از جمله چیزهایی است که خداوند فرموده است: در دین، بر شما سختی و مشقتی قرار

۵۰. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۳.

۵۱. بقره: ۲۸۵.

۵۲. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۲۵۰/۱.

۵۳. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۳۶۶/۱.

۵۴. مصطفوی، القواعد الفقهية، ۲۹۷/۱.

۵۵. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۴.

۵۶. کلینی، الکافی، ۳۳/۳.

روایات دیگری، همچون روایت محمدبن میسر، موثقه ابوبصیر و روایت حنان بن سدير که در تهذيب و استبصار نقل شده، صحیحه بنظری، روایت زراره، حدیث مشهور نبوی «بعثت بالحنيفية السمحة السهلة»؛ یعنی مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان.^{۵۸} همچنین برخی دیگر از روایات که به همین مضمون وارد شده است که از ذکر آن‌ها برای پرهیز از زیاده‌گویی خودداری می‌شود. در مجموع، به‌طور صریح یا ضمنی بر نفی حرج به‌عنوان یک اصل و قاعده کلی قابل اعمال در همه ابواب حقوق اسلامی دلالت دارد و مبنای فقهی مسلمی برای این قاعده به شمار می‌رود و بر اطلاق و عمومیت آن دلالت دارند.^{۵۹}

در این روایات نیز شرطی دال بر عدم وجود مندوحة برای جبران حرج مطرح نشد.

۲.۶. تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص

از قواعد مهم استنباط در فقه، امکان تمسک به دلیل عام در فرض وجود شبهه در دلیل خاص است.^{۶۰} براساس این قاعده، در مفهومی که مشخص نیست ذیل عنوان دلیل عام قرار می‌گیرد یا دلیل خاص، امکان استناد به دلیل عام وجود دارد. این قاعده در بحث امکان جبران در حرج نگهداری از فرزند ناقص تطبیق دادنی است، به این صورت که دلیل حرج به‌عنوان دلیل مخصص یا دلیل حاکم بر دلایل اولیه احکام شمرده می‌شود و چون دایره شمول آن نسبت به حرج در فرض امکان جبران مشخص نیست، مانع از تمسک به دلیل عنوان اولیه نیست.^{۶۱}

توضیح مطلب، بنابر دلیل حرمت سقط، به‌صورت کلی سقط حرام است و ازسوی دیگر، قاعده حرج رافع تکلیف است. در وضعیت امکان جبران، مکلف با این ابهام روبه‌روست که با فرض امکان جبران، حرج نگهداری از فرزند ناقص رفع می‌شود و حرمت سقط جنین منتفی می‌شود یا اینکه فرض امکان جبران، رافع حرج نیست و حرمت سقط جنین باقی می‌ماند؟ چنین تردیدی می‌تواند مانع از تمسک به دلیل خاص یعنی قاعده لا حرج شود. در این وضعیت می‌توان با تمسک به دلیل عنوان اولیه، شخص را ملزم به امتثال آن دانست.

طبق این استدلال اگرچه به قاعده لا حرج در فرض امکان جبران تمسک نمی‌شود و به تعبیری، امکان

۵۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۲۹/۱.

۵۸. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۱۳/۱.

۵۹. محقق داماد، قواعد فقه، ۸۸؛ بجنوردی، القواعد الفقهية، ۳۶۸/۱؛ مصطفوی، القواعد الفقهية، ۱۴۵/۲؛ آشتیانی، الرسائل التسع، ۲۱۷؛ زارعی سبزواری،

القواعد الفقهية فی فقه الامامیه، ۲۲۹/۸.

۶۰. میرزای قمی، غنائم الأيام، ۶۶/۴؛ میرزای قمی، غنائم الأيام، ۱۱۹/۲؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳۰۱/۴.

۶۱. پورصدقی، «اعتبارسنجی خوف حرج در جواز سقط درمانی»، ۸۱.

جبران در جریان قاعده تأثیرگذار است، ولی آنچه در این بحث از اهمیت بیشتری برخوردار است، تعیین تکلیف حرمت سقط است که آیا شخص ملزم به رعایت این حکم است یا خیر؟ طبق این استدلال، ادله حرمت سقط در موضوع مسئله به قوت خود باقی است. بنابراین، این استدلال از ادله عدم تأثیر به شمار می‌آید.

۶. ۲. استصحاب حرمت سقط

در موارد کشف نقصان جنین می‌توان چنین ادعا کرد که در مراحل ابتدایی شکل‌گیری جنین و عدم وجود اختلال در آن، سقط حرام است و سپس با شکل‌گیری اختلال به‌صورتی که موجب حرج مادر شود و همچنین وجود امکان جبران، این شک به وجود می‌آید که آیا حرمت ابتدایی از بین رفت یا همچنان باقی است. در این حالت می‌توان به اصل عملی استصحاب تمسک جست. صاحب کفایه در تعریف استصحاب بیان می‌دارد: «استصحاب، حکم شارع است که هرگاه در باقی بودن حکم به قوت قبلی شک داشته باشند، لازم است به باقی بودن آن حکم کنند و آثار باقی بودن را بر آن مشکوک بار کنند و به‌طور خلاصه، «استصحاب» حکم به بقای چیزی و ترتیب دادن آثار بقای آن چیز است در جایی که ثبوت آن قطعی و بقای آن مشکوک باشد.»^{۶۲} حالت ابتدایی، عدم نقص جنین و حرمت سقط است. حالت جدید و لاحق که شک در آن رخ داده،^{۶۳} ایجاد نقص در جنین و شکل‌گیری حرج برای مادر با فرض مندوحه است. بنابراین، می‌توان استصحاب حرمت سقط و عدم حرج را جاری کرد.

۷. نقد ادله عدم تأثیر

در این قسمت به نقد ادله عدم تأثیر امکان جبران در رفع حرج نگهداری از فرزند ناقص می‌پردازیم.

۷. ۱. نقد اطلاق ادله

اطلاق ادله، نیازمند وجود مقدمات حکمت است. اساساً گوینده باید به نسبت قید مورد سؤال، در مقام بیان باشد تا بتوان از کلام وی اطلاق‌گیری کرد. بنابراین برای استدلال به اطلاق در این مسئله باید دید آیات و روایاتی که ادله قاعده محسوب می‌شوند، در مقام بیان نکته امکان جبران بوده‌اند یا خیر؟ بررسی ادله قاعده لاجرح و اطلاق آن‌ها، به‌وضوح نمایانگر در مقام بیان بودن از باب امکان جبران حرج نیست و همان‌گونه که بیان شد این ادله در خصوص فرض وجود امکان جبران منصرف‌اند یا لااقل در آن‌ها احتمال انصراف وجود دارد.

۶۲. قلی‌زاده، واژه‌شناسی اصطلاحات اصول فقه، ۲۶.

۶۳. حسینی، معجم المصطلحات الاصولیة، ۲۱؛ بدری، معجم مفردات اصول الفقه المقارن، ۵۴؛ رفاعی، محاضرات فی اصول الفقه، ۲۷۹/۲.

۲.۷. نقد تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص

امکان تمسک به عام در شبهه مفهومی، محل اختلاف و نزاع فقهاست. البته نظر مشهور فقها این است که می‌توان به عام تمسک کرد؛ زیرا اجمال خاص به عام سرایت نمی‌کند.^{۶۴} ممکن است این پاسخ با این اشکال روبه‌رو شود که تمسک به عام در شبهه مفهومی حاکم، محل تردید جدی است و نزد بسیاری محل اشکال است.^{۶۵} و ازسوی دیگر، رابطه قاعده لاجرح با سایر احکام شرعی حکومت است؛ قاعده لاجرح، حاکم و حکم شرعی دیگر، محکوم.^{۶۶} در نتیجه، با شبهه موجود در ناحیه قاعده لاجرح، استناد به دلیل حرمت سقط با اشکال جدی روبه‌رو خواهد بود. ولی به نظر می‌رسد ایراد مشهور، به تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص در بین حاکم و محکوم نیز جاری است و ابهام و اجمال در حاکم که موجب خدشه در حجیت بخشی از مدلول آن می‌شود، نمی‌تواند مانع از ظهور محکوم شود. در نتیجه، حجیت ظهور محکوم درخور تمسک است. این استدلال ازسوی بسیاری از بزرگان مطرح شده و تمسک به عمومیت محکوم ازسوی آن‌ها پذیرفته شده است.^{۶۷}

۳.۷. نقد استصحاب حرمت سقط

استصحاب حرمت سقط در مسئله دارای ایراداتی است:

ایراد اول اینکه، حالت سابقه یقینی درباره این استصحاب محل تردید است؛ زیرا بعید نیست ناهنجاری از ابتدای شکل‌گیری نطفه با جنین همراه بوده است، اگرچه در ظاهر برای مادر احراز نشده بود. بنابراین حرمت سقط در مراحل اولیه، ناشی از عدم اطلاع مادر از ناهنجاری بوده است، نه حرمت واقعی. به بیان دیگر، از ابتدا راجع به جنین جنینی حرمت سقط وجود نداشته است تا مورد استصحاب قرار گیرد. این پاسخ ممکن است با این خدشه روبه‌رو شود که حرمت ظاهری در حق مادر استصحاب‌شدنی است و دلیلی بر انحصار استصحاب در حرمت واقعی وجود ندارد.

پاسخ اینکه، حرمت ظاهری به دلیل ناتمام‌بودن ارکان استصحاب، استصحاب‌شدنی نیست؛ زیرا یقیناً حرمت ظاهری در حق مادر به دلیل آگاهی از وضعیت ناهنجار مادر از بین رفته است و در این حالت، مادر به دنبال حرمت واقعی است و همچنین از باب تغییر موضوع نیز استصحاب با مانع همراه است؛ چراکه حرمت ظاهری در حق مادری است که اطلاع از ناهنجاری جنین ندارد و پس از اطلاع وی، احراز بقای

۶۴. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۲۰؛ خویی، مصباح الأصول، ۳۶۹/۲.

۶۵. برای نمونه: سبزواری، تهذیب الأصول، ۱۶۸/۱؛ تبریزی، فراند الأصول، ۶۶/۳؛ شیرازی، عمدة الوسائل، ۲۵۳/۳.

۶۶. نک: نائینی، اجود التفریحات، ۱۰/۲؛ عراقی، بدائع الأفكار، ۲۷۹؛ صدر، جواهر الأصول، ۱۳۵.

۶۷. برای نمونه: شیرازی، تعلیقة علی فراند الأصول، ۲۶۲؛ حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۷۰/۶؛ مروچی، تمهید الوسائل، ۳۴۳/۱۱.

موضوع استصحابی در هاله‌ای از ابهام است.

ایراد دوم اینکه، با فرض اینکه استصحاب حرمت سقط از نظر ارکان تمام باشد نیز خدشه‌پذیر است؛ زیرا رجوع به اصل عملی با وجود ادله اجتهادی در مسئله از درجه اعتبار کافی برخوردار نیست و باتوجه به ادله مطرح شده در ذیل نظریه تأثیر امکان جبران در قاعده لاجرح، نوبت به اصل عملی استصحاب نمی‌رسد.

نتیجه‌گیری

به‌طور کلی، حاصل تحقیق دو دیدگاه است: ۱. برخی قائل به عدم تأثیر امکان جبران و در نتیجه، عدم رافعیت حرج هستند. این گروه، از اطلاق ادله و تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص و استصحاب حرمت عام برای بیان خود بهره جسته‌اند؛ ۲. گروهی دیگر، قائل به تأثیر امکان جبران و رافعیت حرج هستند. ادله این گروه، شامل اطلاق آیات مربوط به قاعده لاجرح، عدم صدق حرج، تناسبات حکم و موضوع و انصراف ادله است. ثمره این دو دیدگاه چنین است که در فرض تأثیر امکان جبران و رافعیت حرج، سقط جنین ناقص جایز نیست و دیگر نمی‌توان برای حکم به جواز سقط جنین به قاعده لاجرح استناد کرد. اما در فرض عدم تأثیر امکان جبران و عدم رافعیت حرج، حکم سقط جنین با در نظر گرفتن شرایط لازم باقی است.

بررسی این دو دیدگاه نشان می‌دهد که باتوجه به ادله لاجرح، امکان جبران و مندوحه در رفع حرج در موارد شایان توجهی مؤثر است و حکم به سقط جنین ناقص در فرض حرج نگهداری از آن جایز نیست. این موارد، بیشتر شامل مواردی است که حرج ناشی از کمبود امکانات است و مادر را بیشتر دچار حرج جسمی می‌کند. ولی در مواردی که مادر دچار حرج روحی و روانی است، عوامل جبرانی نوعاً امکان رفع حرج را ندارند. بنابراین نمی‌توان به‌صورت کلی برای سقط درمانی عوامل جبران حرج را شرط گذاشت و باید باتوجه به مورد پیش آمده و وضعیت روحی و روانی مادر، تحقق حرج بررسی شود. در نتیجه، از نظر فقهی اطلاق ماده ۵۶ قانون جمعیت در شرط امکان جبران محل خدشه است.

منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن محمدحسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
آسمانی، امید و همکاران. «چالش‌های اجرایی قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر و اضطرار در سقط درمانی»، فقه پزشکی. دوره ۴، ش ۲۳، پاییز ۱۳۸۹، ۶۹ تا ۳۹.

پورصدقی، نفیسی‌راد؛ نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت/۱۰۱

۳۵۷۲۱۲/mfj.v10/۲۲۰۳۷-۳-۴

آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. الرسائل التسع «الفقهية و الأصولية» رسالة قاعدة نفی العسروالحرج. قم: کنگره علامه آشتیانی (ره). ۱۳۸۳.

آهوران، نوشین. «بررسی ادله جواز و حرمت سقط جنین»، حوراء. ش ۲۵. بی تا،

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الصادر. ۱۴۱۴ق.

اعرافــــــــی، علیرضــــــــا. درس خــــــــارج فقــــــــه: اجتهــــــــاد و تقلیدــــــــد. <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/ejtihad/94/940714>. ۱۳۹۴.

اکرمی، سیدمحمد و همکاران. «بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده»، حقوق پزشکی. دوره ۱۵، ش ۵۶، بهار ۱۴۰۰، ۵۰۵ تا ۵۱۶.

انصاری، محمدعلی. الموسوعة الفقهية الميسرة و يليها الملحق الاصولي. قم: مجمع الفكر الإسلامي. ۱۴۱۵ق.

انصاری، مرتضی بن محمدامین. کتاب الحج. قم: مجمع الفكر الإسلامي. ۱۴۲۵ق.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. ۱۳۷۷.

بدری، تحسین. معجم مفردات اصول الفقه المقارن. تهران: المشرق. ۱۴۲۸ق.

پورصدقی، رضا. «اعتبارسنجی خوف حرج در جواز سقط درمانی»، فقه. دوره ۲۹، ش ۱۱۰، تیر ۱۴۰۱، ۷۴ تا ۹۶.

<https://doi.org/10.22081/jf.2022.63177.2447>

تبریزی، میرزاموسی. فرائد الأصول مع حواشی أوثق الوسائل. قم: سماء قلم. ۱۳۸۸.

جلیلی، مجید. «سقط جنین از دیدگاه فقه شیعه»، نشریات مدارس، فصلنامه مشکلات معرفت. س ۱، تابستان ۱۳۹۳،

حائری، مرتضی. مبانی الأحكام فی أصول شرائع الإسلام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۲۴ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۶ق.

حسینی، محمد. الدلیل الفقھی تطبیقات فقهیة لمصطلحات علم الأصول. دمشق: مرکز ابن ادریس الحلی للدارسات الفقهیة. ۲۰۰۷م.

حسینی، محمد. معجم المصطلحات الاصولية. بیروت: مؤسسة العارف. ۱۴۱۵ق.

حسینی‌خواه، سیدجواد. قاعدة لاجرج: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). ۱۳۸۵.

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

حکیم، محمدسعید. المحکم فی اصول الفقه. قم: بی تا. ۱۴۱۴ق.

حماد، نزیه. معجم المصطلحات المالية و الاقتصادية فی لغة الفقهاء. دمشق: دار القلم. ۱۴۲۹ق.

- خامنه‌ای، سیدعلی. اجوبة الإستفتائات. کویت: دار النبأ. ۱۴۱۵ق.
- خوانساری نجفی، موسی. رسالة فی قاعدة نفی الضرر. تهران: المكتبة المحمدية. ۱۳۷۳ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الأصول؛ مباحث الفاظ. قم: داوری. ۱۴۱۳ق.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۱۸ق.
- دهخدا، علی اکبر. لغت‌نامه دهخدا. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۷۷.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن با تفسیر لغوی و ادبی قرآن. ترجمه غلامرضا خسروی حسینی. تهران: مرتضوی. ۱۳۷۴.
- رشید پورایی، رؤیا و همکاران. «بررسی قوانین و مقررات سقط جنین در ایران و اروپا در همه‌گیری کووید ۱۹»، مجله دانشگاه علوم پزشکی اراک. دوره ۲۳، ش ۵، آذر و دی ۱۳۹۹، ۶۹۷ تا ۶۸۶.
- <http://dx.doi.org/10.23091/COV.23/JAMS.10.3259>
- رضایی، مهدیه. کاربرد قواعد فقهی در روابط زوجین. قم: جامعة الزهراء. ۱۴۰۰.
- رفاعی، عبدالجبار. محاضرات فی اصول الفقه؛ شرح الحلقة الثانية. قم: مؤسسة دار الكتاب الإسلامی. ۱۴۲۱ق.
- روحانی، محمدصادق. القواعد الفقهية: منتقى الأصول. قم: چاپخانه امیر. ۱۴۱۳ق.
- زارعی سبزواری، عباسعلی. القواعد الفقهية فی فقه الامامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۳۰ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. الرسائل الأربع. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۱۵ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. المحصول فی علم الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۱۴ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. تهذیب الأصول. قم: المنار. بی تا.
- ستوده، حمید، ابوالقاسم مقیمی حاجی. «سقط درمانی؛ تأملات فقهی و سیاست‌گذاری تقنینی»، مطالعات راهبردی زنان. دوره ۲۲، ش ۸۸، تابستان ۱۳۹۹، ۱۱۹ تا ۷۹.
- <https://doi.org/10.22095/jwss.10.2473/248482>
- سجادی امین، مهدی. «تبیین مبانی فقهی مؤثر در تطبیق قاعدة نفی عسر و حرج بر مسائل فقهی خانواده»، مطالعات جنسیت و خانواده. س ۳، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ۶۱ تا ۳۳.
- <https://dorl.net/dor/10.22095/jwss.10.2473/248482>
- سرور، ابراهیم حسین. المعجم الشامل للمصطلحات العلمية و الدينية. بیروت: دار الهادی. ۱۴۲۹ق.
- سیداشرفی، حسن. نهاية الإیصال: شرح فارسی اصول الفقه. قم: قدس. ۱۳۸۵.
- سیستانی، علی. قاعدة لا ضرر و لا ضرار. قم: دفتر آیت الله سیستانی. ۱۴۱۴ق.
- سیفی، علی اکبر. مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهية الأساسية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۲۵ق.
- شاهین فرد، خاطره و همکاران. «شمول پذیری قاعدة لا حرج نسبت به حرج‌های غیر جسمانی و پیامدهای فقهی آن»،

پورصدقی، نفیسی‌راد؛ نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت/۱۰۳

فصلنامه فقه پزشکی. دوره ۸، ش ۲۶ و ۲۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ۲۵۵ تا ۲۵۵.

<https://doi.org/10.22034/mfj.v10i8.15349> / ۲۶-۲۷

شیرازی، علی بن محمد. العمل الأبقى فی شرح العروة الوثقی. نجف: مطبعة النجف. ۱۳۸۳ق.
شیرازی، عبدالله. عمدة الوسائل فی الحاشیة علی الرسائل. مشهد: مؤسسة امیرالمؤمنین للشتون العلمیة و الخیریة.
۱۴۲۷ق.

شیرازی، علی. تعلیقة علی فرائد الأصول. قم: مؤلف. ۱۳۲۸ق.
صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۴۰۴ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامی. ۱۴۱۷ق.
صدر، محمدباقر. جواهر الأصول. بیروت: دار التعارف. ۱۴۱۵ق.
طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۳۶۵.
عاملی، یاسین عیسی. الإصطلاحات الفقھیة فی الرسائل العملیة. بیروت: دار البلاغة. ۱۴۱۳ق.
عراقی، ضیاء‌الدین. بدائع الافکار فی الأصول. نجف: المطبعة العلمیة. ۱۳۷۰ق.
غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. القاموس الجامع للمصطلحات الفقھیة. بیروت: دار الرسول الاکرم(ص). ۱۴۱۸ق.
فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: نشر. ۱۴۱۰ق.
فیاض، محمداسحاق. تعالیق مبسوطة علی العروة الوثقی. قم: محلاتی. بی تا.
قلی‌زاده، احمد. واژه‌شناسی اصطلاحات اصول فقه. تهران: بنیاد پژوهش‌های علمی فرهنگ‌ی نور الاصفیاء. ۱۳۷۹.
کلینی، محمدبن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. ۱۴۰۷ق.
محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه: بخش مدنی. تهران: سمت. ۱۳۸۱.
مددی موسوی، سید محمود. درس خارج اصول. <https://bayanbox.ir/view/5070482974978448950>.
۱۳۹۴.

مرعی، حسین عبدالله. القاموس الفقھی. بیروت: دار المجتبى. ۱۴۱۳ق.
مروج، حسین. اصطلاحات فقھی. قم: بخشایش. ۱۳۷۹.
مروجی، علی. تمهید الوسائل فی شرح الرسائل. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع). ۱۴۱۰ق.
مصطفوی، سید کاظم. درس خارج اصول: اجتماع امرونها. <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mostafavi/osool/92/930303>. ۱۳۹۳.
مصطفوی، سید کاظم. درس خارج اصول: قاعده اشتغال یا بحث شبهات. <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mostafavi/osool/95/951109>. ۱۳۹۵.

- مصطفوی، محمدکاظم. القواعد الفقهية. قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامية. ۱۳۸۴.
- معلوف، لويس. المنجد فی اللغة العربية. تهران: ذوی القربی. ۱۳۸۰.
- مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهية (مکارم)، قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، اول، ۱۳۸۰.
- مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهية. قم: مدرسة الامام علی ابن ابی طالب (ع). ۱۳۷۰.
- مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۳۵۳.
- ملکی اصفهانی، مجتبی. فرهنگ اصطلاحات اصول. قم: عالمه. ۱۳۷۹.
- موسوی جزایری، سیدمحمدعلی. درس خارج اصول، اجتماع امر ونهی؛ خصوصیات قید مندوحه. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. غنائم الأيام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۷ق.
- نائینی، محمدحسین. اجود التقریرات. به تصحیح سیدابوالقاسم خویی. قم: کتاب فروشی مصطفوی. ۱۳۵۲.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۵ق.
- ولایی، عیسی. فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. تهران: نی. ۱۳۸۷.
- هاشمی شاهرودی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۳۸۲ق.
- همدانی، رضابن محمد هادی. مصباح الفقیه. قم: مؤسسة الجعفریة لاحیاء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.

Transliterated Bibliography

- Āhūrān, Nūshīn. "Barrīsī Adillāh-yi Jawāz va Ḥurmat Siqt-i Janīn", *Hawrā*. no. 25, s.d.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Muḥammad Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.
- Akrāmī, Sayyid Muḥammad et al. "Barrīsī Ḥuqūqī Gharbālgarī Salāmat Janīn va Siqt Darmānī dar Tarḥ-i Javānī Jam'iyat va Ḥimāyat az Khānivādah", *Ḥuqūq Pizishki*. Durīh-yi 15, no. 56, spring 2022/1400, 505-516.
- ‘Āmilī, Yāsīn ‘Īsā. *al-Iṣṭilāḥāt al-Fiqhiyah fī al-Rasā'il al-'Ilmiyya*. Beirut: Dār al-Balāghah. 1993/1413.
- Anṣārī, Muḥammad ‘Alī. *Mawsū'a al-Fiqhiya al-Muyassara wa Yalīhā al-Mulḥaq al-Uṣūlī*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. 1995/1415.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Ḥajj*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. 2004/1425.
- A'rāfi, 'Alī Rizā, Dars Khārij Fiqh: Ijtihād va Taqlīd. 2015/1394.

Āshtiyānī, Muḥammad Hasan ibn Ja‘far. *al-Rasā’il al-Tis‘ ‘al-Fiqhiya wa Uṣūliya” Risālah Qā’ida Nafy al-‘Uṣr wa al-Ḥaraj*. Qum: Kungirah-yi al-‘Allāmah Āshtiyānī. 2004/1383.

Āsimānī, Umīd va et al. “Chālīsh-hā-yi Ijrāyī Qawā’id Nafy ‘Uṣr va Ḥaraj, laḍarar va Iqtirār dar Siqt Darmānī”, *Fiqh Pizishki*. Durīh-yi 4, no. 23, autumn 2011/1389, 39-69.

Badrī, Taḥsīn. *Muḥjam Mufradāt Uṣūl al-Fiqh al-Muqārīn*. Tehran: al-Mashriq. 2007/1428.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. 1958/1377.

Dihkhudā, ‘Alī Akbar. *Lughat Nāmīh Dihkhudā*, Tehran: Mū’assisah-yi Chāp va Intishārāt University of Tehran, 1999/1377.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Nashr. 1990/1410.

Fayyād, Muḥammad Ishāq. *Ta‘ālīq Mabsūṭa ‘alā al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Maḥalātī. s.d.

Ghadīrī, ‘Abd Allāh ‘Iṣā Ibrāhīm. *al-Qāmūs al-Jāmi‘ li-l-Muṣṭalahāt al-Fiqhiya*. Beirut: Dār al-Rasūl al-Akram(pbuh), 1997/1418.

Ḥā’irī, Murtaḍā. *Mabānī al-Aḥkām fi Uṣūl Sharā’i’ al-Islām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 2003/1424.

Ḥakīm, Muḥammad Sa‘īd. *al-Muḥkam fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: s.n. 1994/1414.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr, 1995/1416.

Hamadānī, Rizā ibn Muḥammad Hādī. *Misbāḥ al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Ja‘fariya li-lḥya’ al-Tūrāth wa Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1996/1416.

Ḥammād, Nazīh. *Muḥjam Muṣṭalahāt al-Māliya wa al-Iqtisādiya fi Lugha al-Fuqahā*. Dimashq: Dār al-Qalam. 2008/1429.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Mazḥab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazḥab-i Ahl-i Bayt(AS). 2004/1382.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shi‘a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Shari‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1995/1416.

Ḥusaynī khvāh , Sayyid Javād. *Qā’idah-yi lā-Ḥaraj: Taqrīrāt Durus Ustād Mu‘azzam Ḥājj Shaykh Muḥammad Javād Faḥzīl Lankarānī*. Qum: Markaz-i Fiqhī A‘imāh Aṭḥār(AS). 1966/1385.

Ḥusaynī, Muḥammad. *al-Dalīl al-Fiqhī Taṭbīqāt Fiqhiyah li-Muṣṭalahāt ‘Ilm Uṣūl*. Dimashq: Markaz Ibn Idrīs al-Ḥillī li-l-Dārisāt al-Fiqhiyah. 2007/1428.

Ḥusaynī, Muḥammad. *Muḥjam Muṣṭalahāt al-Uṣūliya*. Beirut: Mū’assisa al-‘Ārif. 1995/1415.

- Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār Ṣādir. 1993/1414.
- ‘Irāqī, Ṣiyā’ al-Dīn. *al-Badā’i’ al-Afkār fī al-Uṣūl*. Najaf: al-Maṭba‘a al-‘Ilmiyya. 1951/1370.
- Jalīlī, Majīd. “Siqt-i Janīn az Dīdgāh Fiqh-i Shī‘ah”, *Nashriyāt-i Madāris, Faṣḥnāmih-yi Mishkāt Ma‘rifat*. yr. 1, summer 2015/1393.
- Khāminah-i, Sayyid ‘Alī. *Ajwibat Istiftā‘āt*. Kuwait: Dār al-Naba’. 1995/1415.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū‘ī*. Qum: Mū‘assisa Ihyā’ ‘Āsār al-Imām al-Khū‘ī, 1997/1418.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl; Mabāḥith Alfāz*. Qum: Dāvarī. 1993/ 1413.
- Khawānsārī Najafī, Mūsā. *Risālah fī Qā‘ida Nafy al-Zarar*. Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiyya, 1954/1373.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth. 1987/1407.
- Madadī Mūsawī, Sayyid Maḥmūd. *Dars-i Khārij Uṣūl*. 2015/1394.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: Madrisa al-Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 1951/1370.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Buḥūth al-Fiqhiyah (Makārim)*, Qum: Intishārāt Madrisa al-Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), Chāp-i Awwal, 2002/1380.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Tafsīr-i Numūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1975/1353.
- Malikī Isfahānī, Muḥtabā. *Farhang Iṣṭilāḥāt Uṣūl*. Qum: ‘Ālamah, 2001/1379.
- Ma‘lūf, Luwīs. *al-Munjid fī al-Lughah al-‘Arabiyya*. Tehran: Dhawil al-Qurbā. 1961/1380.
- Mar‘ī, Ḥusayn ‘Abd Allāh. *al-Qāmūs al-Fiqhī*. Beirut: Dār al-Muḥtabā. 1993/1413.
- Marūjī, ‘Alī. *Tamhīd al-Wasā’il fī Sharḥ al-Rasā’il*. Qum: Madrisa al-Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 1990/1410.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Ghanā‘im al-Ayyām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.
- Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Qawā‘id Fiqh: Bakh Madanī*. Tehran: Samt. 2002/1380.
- Murawij, Ḥusayn. *Iṣṭilāḥāt Fiqhī*. Qum: Bakhshāyish. 1960/1379.
- Mūsawī, Jazāyri, Sayyid Muḥammad ‘Alī. *Dars-i Khārij Uṣūl, Ijtimā‘ Amr va Nahy, Khuṣūṣiyāt-i Qiyyd Mandūḥa*. 2019/1397.
- Muṣṭafāvi, Muḥammad Kāzīm. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Markaz al-‘Ālamī li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya. 2005/1384.
- Muṣṭafāvi, Sayyid Kāzīm. *Dars-i Khārij Uṣūl: Ijtimā‘ Amr va Nahy*. 2014/1393.
- Muṣṭafāvi, Sayyid Kāzīm. *Dars-i Khārij Uṣūl: Qawā‘id-yi Ishtighāl yā Baḥth Shubahāt*. 2017/1395.
- Nā‘inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Ed. Sayyid Abū al-Qāsim Khū‘ī. Qum: Kitābfurūshī Muṣṭafāvi,

1973/1352.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fi Ahkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1995/1415.

Pürşidqī, Rizā. "I'tibārsanjī Khūf Ḥaraj dar Jawāz Siqt Darmāni", *Fiqh*. Durih-yi 29, no. 110, Tīr 2023/1401, 74-96.

Qulizādah, Aḥmad. *Vāzhahshināsi Iṣṭilāḥāt Uṣūl Fiqh*. Tehran: Bunyād-i Pazhūhish-hā-yi 'Ilmī Farhangī Nūr al-Aṣfiyā'.

2001/1379.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Tarjumah wa Taḥqīq Mufradāt al-Allāz Qurān bā Tafsīr Lughawī wa Adabī Qurān*. Translated by Ghulām Rizā Khusravī Ḥusaynī. Tehran: Murtaẓawī. 1996/1374.

Rashidpūrāyī, Rū'ya et al. "Barrisi Qavāniyn va Muqararāt Siqt-i Janīn dar Irān va Urūpā dar Hamihgiri Covid 19", *Majallih-yi Arak University of Medical Sciences*. Durih-yi 23, no.5, Āzar va Diy 2021/1399, 697-686.

Rifā'i, 'Abd Jabār. *Muḥāḍarāt fi Uṣūl al-Fiqh; Sharḥ al-Ḥalqa al-Thāniya*. Qum: Mū'assisa Dār al-Kitāb al-Islāmī, 2000/1421.

Rizāyī, Mahdiyih. *Kārburd Qawā'id Fiqhi dar Ravābiṭ Zūjiyn*. Qum: Jāmi'ah al-Zahrā. 2022/1400.

Rūhānī, Muḥammad Šādiq. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah: Muntaqā al-Uṣūl*. Qum: Čāpkhānah-yi Amīr, 1993/1413.

Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *Tahdhib al-Uṣūl*. Qum: al-Minār. S.d.

Šadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i al-Fiqh-i al-Islāmī. 1996/1417.

Šadr, Muḥammad Bāqir. *Jawāhir al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Ta'āruf. 1995/1415.

Šāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī, 1984/1404.

Sajjādī Amin, Mahdī. "Tabiyīn Mabānī Fiqhī Mū'athir dar Taṭbiq Qā'idah-yi Nafy 'Usr va Ḥaraj bar Masā'il Fiqhī Khānivādah", *Muṭālī'āt Jinsiyat va Khānivādih*. Yr. 3, no. 2, autumn and winter 2020/1399, 33-61.

Sayfī, 'Alī Akbar. *Mabānī al-Fiqh al-Fa'al fi al-Qawā'id al-Fiqhiyah al-Asāsiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2004/1425.

Sayyid Ashrafī, Ḥasan. *Nihāya al-Ayṣāl: Sharḥ Fārsi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Quds. 2007/1385.

Shāhinfard, Khātirah et al. "Shumūlpazīrī Qā'idah-yi lā-Ḥaraj Nasbat bi Ḥaraj-hā-yi Ghiyr Jismānī va Payāmad-hā-yi Fiqhī ān", *Faṣlnāmih-yi Fiqh Pizishki*. Durih-yi 8, no. 26-27, spring and summer 2017/1395, 225-255.

Shirāzī, 'Abd Allāh. *al-'Umda al-Wasā'il fi al-Ḥasiyah 'alā al-Rasā'il*. Mashhad: Mū'assisa Amīr al-Mu'minin li-l-Shu'ūn al-'Ilmiyya wa al-Khiyriyya. 2006/1427.

Shirāzī, 'Alī. *Ta'liqa 'alā Farā'id al-Uṣūl*. Qum: Mu'allif. 1950/1328.

Shubbar Husaynī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-‘Amal al-‘Abqā fī Sharḥ al-‘Urwa al-Wuthqā*. Najaf: Maṭba‘a al-Najaf. 1964/1383.

Sistānī, ‘Alī. *Qā‘idah lā Zarar wa lā Zirār*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sistānī. 1994/1414.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mu‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 1994/1414.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *al-Rasā‘il al-Arba‘*. Qum: Mu‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 1995/1415.

Surūr, Ibrāhīm Husayn. *al-Mu‘jam al-Shāmil li-Muṣṭalahāt al-‘Ilmīyya wa Dīniyyah*. Beirut: Dār al-Hādī. 2008/1429.

Sutūdh, Ḥamīd, Abū al-Qāsim Muqīmī Ḥājī. “ Siqṭ Darmānī; Ta‘amulāt Fiqhī va Siyāsatguzārī Taqnīnī”, *Muṭālī‘āt Rāhburdī Zanān*. Durīh-yi 22, no. 88, summer 2021/1399, 79-119.

Tabrizī, Mīrzā Mūsā. *Farā‘id al-Uṣūl ma‘a Ḥawāshī Awthaq al-Wasā‘il*. Qum: Samā‘ Qalam. 1968/1388.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni‘a*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya, 1986/1365.

Vilāyī, ‘Īsā. *Farhang Tashriḥī Iṣṭilāḥāt Uṣūl*. Tehran: Niy. 2009/1387.

Zārī f Sabzawārī, ‘Abbās ‘Alī. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyyah fī Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Mu‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 2009/1430.



A Comparative Approach to the Concept of Insanity and its Implications

Dr. Reza PourMohammadi  (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Women and Family Research Institute, Qom, Iran

Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

Dr. Mohammad Mahdi Yousefi

Resident Researcher, Department of Psychology, Woman and Family Research Institute, Qom, Iran

Abstract

Is insanity defined similarly in civil and criminal contexts? Is the type of insanity that leads to the exemption from criminal responsibility the same (in nature and severity) as the insanity that grants a wife the right to annul a marriage or that leads to the invalidation of transactions? In common literature of *Imāmī* jurisprudence and Iranian law, insanity has a single meaning in all rulings and regulations. In this approach, insanity is absolutely between being and not being; that is, a person is either insane and therefore subject to all specific rulings; or not insane, in which case none of the specific rulings are applied to him/her. The present study primarily aims at highlighting the necessity for setting aside absolutism regarding the issue of insanity, and to consider the concept of insanity as a relative and comparative concept in all its dimensions. It is possible that the insane person is only devoid of awareness in committing certain types of crimes, and yet performs the rest of his actions willingly and fully consciously. Similarly, personal transactions made by someone suffering from the most severe types of mental illness can be entirely valid and effective. The authors primarily aim at clarifying a theory titled "Comparative Approach to the Concept of Insanity", and then providing possible foundations for it within *Imāmī* jurisprudence. Finally, the authors have explored the following four topics: "relative application of responsibility", "the multiplicity of defenses related to insanity", "the distinction between family law, criminal law, and contract law", and "distinction between the identification criteria for insanity". These are discussed as the four-fold implications of accepting the comparative approach. In the end, the study concludes with recommendations for further studies in research and judicial practices.

Keywords: insanity (*'atah*), insane person, mental disorder, marriage (*nikāh*), Law in England



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



افق

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۱۳۴ - ۱۰۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۵

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78530.1437>

نوع مقاله: پژوهشی

نگرش فازی به مفهوم جنون و آثار آن

دکتر رضا پورمحمدی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده زن و خانواده، قم، ایران

Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

محمد مهدی یوسفی

پژوهشگر مقیم گروه روانشناسی، پژوهشکده زن و خانواده، قم، ایران

چکیده

آیا جنون در امور مدنی و کیفری به یک معناست؟ آیا جنونی که رافع مسئولیت کیفری در قتل است از نظر ماهیت و شدت، همان جنونی است که برای زوجه در نکاح حق فسخ می‌آورد یا به بطلان معاملات منجر می‌شود؟ در ادبیات رایج فقه امامیه و حقوق ایران، جنون در همه احکام و قوانین به معنای واحد است. در این رویکرد جنون مقوله‌ای بین نفی و اثبات است که یا شخص بدان دچار است، پس همه احکام خاص بر آن مترتب می‌شود و یا مبتلا نیست، پس هیچ‌یک از احکام خاص را نخواهد داشت. فرضیه اصلی مقاله حاضر این است که باید این مطلق‌گرایی را کنار گذاشت و مفهوم جنون را در تمامی ابعاد آن نسبی و فازی قلمداد نمود. چه بسا مجنون صرفاً در ارتکاب نوع خاصی از جرائم بی‌اختیار و بی‌اراده بوده و برخی دیگر را با اراده و هوشیاری تمام انجام دهد. همان‌طور که ممکن است معاملات شخصی که دچار حادثه‌ترین گونه‌های اختلال ذهنی است کاملاً صحیح و مؤثر باشد. نویسندگان در وهله اول درصدد تبیین نظریه‌ای با عنوان «نگرش فازی به مفهوم جنون» و سپس ارائه مبانی احتمالی آن در فقه امامیه برآمده‌اند و دست آخر «سرایت نسبیت به مسئولیت»، «تعدد دفاع‌های وابسته به جنون»، «تمایز میان حوزه‌های حقوق خانواده، کیفری و قراردادی» و «تمایز در ضوابط شناسایی جنون» را به عنوان آثار چهارگانه پذیرش نگرش فازی به جنون به بحث گذاشته‌اند. در پایان نیز پیشنهاداتی در حوزه‌های پژوهشی و قضایی مطرح شده است.

واژگان کلیدی: عته، دیوانه، اختلال روانی، نکاح، حقوق انگستان.

مقدمه

در استفتایی از سیدصادق روحانی، فقیه معاصر شیعه پرسیده شده است: «آیا جنون در امور مدنی و کیفری کارکرد یکسانی داشته و از نظر تأثیر تفاوتی با یکدیگر ندارند و یا تأثیر جنون در امور کیفری و حقوق (مدنی) با یکدیگر متفاوت است؟... جنون در حال ارتکاب جرم (مثل قتل یا زنا) به هر درجه که باشد، رافع مسئولیت کیفری است. حال، در امور مدنی مثل نکاح یا معاملات نیز تأثیر آن به همین گونه است و به هر درجه‌ای که باشد، موجب فسخ نکاح یا بطلان معامله می‌شود؟»^۲ صدر و ذیل استفتا نشان می‌دهد که سؤال‌کننده به احکام و قوانین جنون به خوبی آگاه بوده است. با این وجود، روحانی در پاسخ، به بیان کلیات احکام جنون بسنده می‌کند.^۳ پرسشی که احتمالاً در ذهن سؤال‌کننده بوده و در این استفتا بی‌پاسخ مانده این است که: «آیا مفهوم جنون در امور کیفری و مدنی به یک معناست؟» البته این احتمال وجود دارد که روحانی با نپرداختن به تفاوت مفهوم جنون در امور کیفری و حقوقی می‌خواسته به عدم وجود چنین تفاوتی اشاره کند؛ زیرا او مانند بسیاری از فقیهان امامیه باور دارد که «هر قسمی از جنون که محقق شود، احکام [اختصاصی] بر آن مترتب می‌شود.»^۴

اگر استفتای پیش‌گفته به اشتباه برای نویسندگان این مقاله ارسال می‌شد، پاسخی متفاوت با آنچه روحانی به آن داده است می‌دادیم. احتمالاً پاسخ ما این می‌بود که: «آری، جنون در امور کیفری و حقوقی با یکدیگر متفاوت اند، حتی ممکن است ادعا کنیم جنون در ابواب مختلف کیفری و حقوقی نیز معنایی متفاوت دارد.» ادعای اصلی مقاله حاضر نیز همین است. در اینجا استدلال می‌کنیم که جنون در تمامی ابعاد خود مفهومی نسبی و فازی قلمداد می‌شود و نباید به آن نگاهی صفر و یکی داشت. هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که جنون در قوانین خانواده دقیقاً همان مفهومی باشد که مدّ نظر قانونگذار در حقوق کیفری یا حقوق قراردادها بوده است، همان‌طور که ممکن است درجه‌ای از جنون صرفاً در برخی جرائم و نه همه آن‌ها رافع مسئولیت کیفری باشد. برای مثال، در اختلال کلپتومانیا (جنون دزدی)،^۵ شخص بدون وجود هرگونه انگیزه مالی تمایلی بهارناپذیر به سرقت اقلام کم‌ارزش و ارزان‌قیمت دارد. در این اختلال

۲. روحانی، استفتانات، ۱۳۹/۶.

۳. پاسخ استفتا: باسمه جلت اسمانه. جنون در قتل موجب رفع مسئولیت از خود اوست، اما دیه بر عاقله ثابت می‌شود و اگر عاقله نپردازد، از اموال خود او داده می‌شود و اگر مالی نداشته باشد، از بیت‌المال داده می‌شود و اما در زنا جماعت قائل شدند به اجرای حد بر مجنون، ولی به نظر ما حد از او ساقط است و در معاملات غیر از نکاح، جنون اگر عارض شود تأثیر در بقای صحت و لزوم معامله ندارد و اما در نکاح، محل خلاف و به نظر ما، خيار فسخ نکاح بر زن ثابت است (روحانی، استفتانات، ۱۳۹/۶).

۴. روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ۶۵/۲۲.

5. Kleptomania.

افراد معمولاً به سرقت اقلام ارزان قیمتی، همچون خودکار، کلوچه یا نوارچسب اقدام می‌کنند، درحالی‌که نیازی به کالای سرقت‌شده ندارند. این رفتار عمدتاً تکانشی است؛ به این معنا که بدون تفکر و برنامه‌ریزی قبلی صورت می‌گیرد، معمولاً در پاسخ به یک احساس تنش درونی رخ داده و با هدف ساکت کردن اضطراب شدیدی که در فرد شکل گرفته است، انجام می‌پذیرد.^۶ به یک معنا می‌توان چنین گفت که این فرد احتمالاً با اراده تام آن را انجام نداده است. اما این اختلال نمی‌تواند محلّ به اراده در جرائمی، همچون آدم ربایی یا قتل باشد؛ همان‌گونه که ممکن است در زندگی مشترک مشکلی ایجاد نکند یا قوای شناختی موردنیاز در انعقاد قرارداد را تحت الشعاع قرار ندهد.

باور داریم که باید به مقوله جنون نگرشی فازی داشت. به بیان ساده، نگرش فازی^۷ خود را در برابر نگرش باینری^۸ معرفی می‌کند که همه چیز را به صورت صفر و یکی می‌دید. در رویکرد باینری، عضویت یک فرد در یک مجموعه مبتنی بر یک نظام دو مقداری باینری مشخص می‌شود؛ به این معنا که فرد یا عضو یک مجموعه هست یا نیست. اما در نگرش فازی افراد می‌توانند دارای درجاتی از عضویت باشند. پروفیسور لطفی‌زاده، نظریه پرداز منطق فازی آن را این چنین تعریف می‌کند: «گروهی از موضوعات که بر روی پیوستاری از درجات عضویت قرار دارند.» به این ترتیب، به جای مدل قاطعانه و مصمم صفر و یکی سنتی که با دسته‌بندی‌هایی همچون «آری یا خیر» و «درست یا غلط» سروکار دارد، منطق فازی حالات میانه متضمن «شاید»، «احتمالاً»، «تقریباً»، «بله، اگر...» یا «خیر، در صورتی که...» را نیز به گزینه‌های پیشین می‌افزاید. به این ترتیب، خروجی نیز متأثر از سطوح احتمال پدیده‌های مدّ نظر، غیرقطعی و محتمل خواهد شد.^۹

بسیاری از پژوهش‌های انجام‌شده تاکنون با مطالعه لغت‌نامه‌ها و منابع فقهی درصددِ دستیابی به مفهوم جنون در روایات بوده‌اند، اما هدف اصلی این نوشتار به‌روش توصیفی تحلیلی امکان‌سنجی پذیرش نظریه نگرش فازی به مفهوم جنون در ادبیات فقه امامیه و بالتبع حقوق ایران است؛ یعنی ادعای اصلی این است که مفهوم جنون - هرچه که باشد - معنایی نسبی و فازی دارد. این پژوهش در سه بخش تنظیم شده است: در بخش اول می‌کوشیم مفهوم جنون را در ادبیات فقه امامیه و حقوق ایران شناسایی کنیم. در بخش دوم، به شناسایی و ارائه مستندات نظریه فازی بودن مفهوم جنون از منظر فقه و ارائه مستندات آن می‌پردازیم. در

6. See., Sadock, Sadock, and MD, *Kaplan and Sadock's Synopsis of Psychiatry*.

7 Fuzzy

8 Binary

۹. اسلامی، منطق فازی و کاربردهای آن منطق فازی و کاربردهای آن، ۹-۱۲؛ Mukaidono, Fuzzy Logic For Beginners, 27-29; Chattopadhyay, A Neuro-fuzzy Approach For the Aiagnosis of Depression.

بخش سوم به صورت عمل گرایانه نشان می دهیم آثار پذیرش نظریه در مواجهه فقها و حقوق دانان با احکام و قوانین مرتبط با جنون چه خواهد بود.

۱. مفهوم جنون در فقه امامیه و حقوق ایران

نزد لغت دانان، «جنون» از ریشه «ج ن ن» و به معنای پوشاندن و پنهان کردن است^{۱۰} و مجنون کسی است که عقلش پوشانده شده^{۱۱} یا میان نفس و عقلش پوششی وجود دارد.^{۱۲} در ادامه، به تبیین مفهوم جنون در فقه امامیه و حقوق ایران می پردازیم:

۱.۱. مفهوم جنون در فقه امامیه

به نظر می رسد در ادبیات فقهی تعریف ویژه ای از مفهوم جنون وجود ندارد و هریک از فقها برداشت خود را از مفهوم جنون در عرف به عنوان تعریف ارائه داده اند. برای نمونه، شیخ طوسی جنون را به «زوال العقل» تعریف می کند.^{۱۳} محقق حلی، علامه حلی و شهید ثانی بر معنای «فساد العقل» تأکید دارند.^{۱۴} برخی دیگر از تعاریف رایج از جنون عبارت اند از: «اختلال العقل»،^{۱۵} «المغلوب علی عقله».^{۱۶} درباره حدود و ثغور مفهوم این واژه از سوی فقها بحث های مفصلی مطرح شده است. برخی گفته اند که این اختلال نباید ناشی از بیماری خاصی^{۱۷} یا سریع الزوال باشد^{۱۸} و برخی دیگر گفته اند: «بأی وجه اتفق»^{۱۹} و اجد آثار است.^{۲۰} در این نوشتار انگیزه ای برای جمع آوری همه تعاریف ارائه شده از سوی فقها و نشان دادن اختلافات آنان نداریم، بلکه سعی می کنیم به بیان نتایجی که مقبول مشهور فقیهان امامیه است، بسنده کنیم. آن نتایج عبارت اند از:

۱۰. فراهیدی، العین، ۲/۶؛ ابن منظور، لسان العرب، ۱۳/۹۲؛ مقرئ، المصباح المنیر، ۲/۱۱۲؛ جوهری، الصحاح، ۵/۲۰۹۳؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۲۱/۱.

۱۱. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۲۲/۱.

۱۲. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۲۰۲.

۱۳. طوسی، المبسوط، ۱/۱۲۸.

۱۴. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲/۲۶۳؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳/۵۳۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۷/۱۷۲؛ نک: فاضل مقداد، التنقیح الرابع، ۳/۱۷۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۲/۲۸؛ محقق سبزواری، کفایة الفقه، ۲/۲۰۱؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۱/۲۰۱؛ نراقی، عوائد الأيام، ۵۱۴.

۱۵. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۳/۶۵.

۱۶. کلینی، الکافی، ۷/۲۶۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۸/۷۳؛ ۱۰/۵۰.

۱۷. طباطبایی، ریاض المسائل، ۲/۱۳۴.

۱۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰/۳۱۸.

۱۹. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۳/۲۱۸؛ نک: شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵/۳۸۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۸/۱۰۲؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۴/۳۳۶؛ نراقی، عوائد الأيام، ۵۱۴.

۲۰. نک: علمی، قبادی، «گستره جنون در فقه و حقوق» علمی، قبادی، «موضوع شناسی عته»؛ رفیعی هنر، «بررسی تطبیقی جنون در فقه و روانشناسی».

ا. در نگاه فقها، جنون عنوانی برای یک بیماری مشخصی نیست؛ بلکه طیف گسترده‌ای از اختلالات ذهنی را در بر می‌گیرد،^{۲۱} ازاین‌رو بسیاری از فقها گفته‌اند: «الجنون ذو فنون»؛ یعنی جنون گونه‌های مختلفی دارد.^{۲۲} باور عمومی فقیهان بر این است که هر درجه از گونه‌های جنون محقق شود، همه آثار حقوقی بر آن مترتب می‌شود. برای نمونه، نراقی می‌نویسد: «همانا بر همه گونه‌های جنون، آثار رفع تکلیف شرعی، بدنی، مالی و عدم صحت اقرارها و عقود و ایقاعات مترتب است و این مسئله به اجماع، ضرورت، کتاب و سنت ثابت شده.»^{۲۳} وی در ادامه بیان می‌دارد: «جنون، مراتب مختلفی دارد... ولی با اختلاف آن تکالیف عمومی [واجب بر همه مسلمین] و احکام شرعی واجب بر همه اختلاف پیدا نخواهد کرد؛ زیرا مناط در آن‌ها ثبوت اصل عقل است... هر چند به نسبت بعضی آن عقل ضعیف و ناقص محسوب شود.»^{۲۴} روحانی نیز تصریح می‌کند که: «هر قسمی از آن (جنون) محقق شود، احکام جنون بر آن مترتب می‌شود.»^{۲۵}

ب. جنون و مفاهیم مشابه با آن در ادبیات فقهی فاقد حقیقت شرعی است و در همان معنای عرفی خود به کار رفته‌اند. به همین دلیل است که برخی فقها گفته‌اند: «العقل و الجنون موضوعان معروفان؛ عقل و جنون از مفاهیم شناخته‌شده هستند.»^{۲۶} روحانی نیز در این باره می‌نویسد: «جنون گونه‌های متعددی دارد و مفهوم آن نزد عرف روشن است و هر قسمی از آن محقق شود، احکام جنون بر آن مترتب می‌گردد.»^{۲۷}

ج. باتوجه به عرفی بودن مفهوم جنون، در تطبیق آن بر مصادیق خارجی باید به عرف و فهم عرفی مراجعه کرد. همان‌طور که برخی به درستی گفته‌اند: تعریف و ضابطه مشخصی راجع به جنون در روایات وجود ندارد و صرفاً به عرف واگذار شده است.^{۲۸} ظاهر کلمات بسیاری از فقیهان نیز بر همین دیدگاه استوار است.^{۲۹} حتی چنین گفته شده است که معیار در شناسایی جنون عبد به فهم مولای عبد است، زیرا

۲۱. نراقی، عوائد الایام، ۵۱۶.

۲۲. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۱۸/۳۰؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲۱۸/۱۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۰۲/۸؛ نراقی، عوائد الایام، ۵۱۳؛

نراقی، مستند الشیعة، ۳۴۰/۱۰.

۲۳. نراقی، عوائد الایام، ۵۱۸: «ثم إن فساد العقل بجميع فنونه يترتب عليه رفع قلم التكليف الشرعي البدني والمالي، وعدم صحة الأقارير والعقود و

الإيقاعات بالإجماع، والضرورة، و الكتاب، و السنة.»

۲۴. نراقی، عوائد الایام، ۵۱۹.

۲۵. روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ۶۵/۲۲.

۲۶. حسینی مراغی، العناوین الفقہیة، ۷۳۲/۲.

۲۷. روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ۶۵/۲۲.

۲۸. محسنی، الفقه و مسائل طبیة، ۷۲/۲.

۲۹. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۶۴۶/۳؛ شهید اول، الدروس الشرعیة، ۲۴۱/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۳۱۶/۵؛ شهید ثانی، تمهید القواعد، ۲۹۲.

«لَا تَهْ أَعْرَفُ؛ مولای عبد، اعرف به حال عبد است.»^{۳۰} سپس گفته‌اند که منظور از عرف، جمعی از مردم و اهل دقت هستند که گفتار و اعمال شخص را در نظر می‌گیرند و براساس ملاک‌های عرفی، به جنون یا عدم جنون حکم می‌کنند.^{۳۱}

۲.۱. مفهوم جنون در حقوق ایران

قانونگذار ایرانی تاکنون ۲۶ مرتبه از واژه جنون و ۴۳ مرتبه از مجنون و ۲ مرتبه از دیوانه استفاده کرده است، باین وجود «در قوانین حقوقی و جزایی ایران، جنون در هیچ ماده‌ای تعریف نشده است»^{۳۲} یا حداقل به صورت دقیق تعریف نشده است. برای مثال، ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است.» همان‌طور که ماده ۱۱۲۱ همان قانون بیان می‌دارد: «جنون هریک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.»^{۳۳} در قوانین جزایی نیز اوضاع از همین قرار است. در ماده ۳۶ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ بیان شده است: «هرگاه محرز شود مرتکب جرم حین ارتکاب، به علل مادرزادی یا عارضی فاقد شعور بوده یا به اختلال تام قوه تمیز یا اراده دچار باشد، مجرم محسوب نخواهد شد...» بعد از انقلاب، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ در ماده ۲۷ مقرر داشته: «جنون حین ارتکاب جرم به هر درجه که باشد، موجب رفع مسئولیت کیفری است.» قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ نیز بیان می‌دارد: «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه‌ای که باشد، رافع مسئولیت کیفری است.» در تبیین رویکرد قانونگذار ایرانی راجع به مفهوم جنون چند مسئله ضروری به نظر می‌رسد:

أ. برای قانونگذار ایرانی نیز -همانند فقیهان امامیه- این پیش فرض وجود داشته است که مفهوم جنون واضح است و نیازی به تعریف ندارد. برخی نویسندگان حقوقی نیز به این پیش فرض تصریح کرده‌اند. برای مثال، طاهری می‌نویسد: «اصولاً جنون در عرف برای مردم شناخته شده است و تفاوت آن با امراض دیگر بر توده مردم واضح و روشن می‌باشد.»^{۳۴} شاه‌باغ^{۳۵} نیز معنای جنون را بدیهی و بی‌نیاز از تعریف دانسته است. البته در بسیاری از نظام‌های حقوقی، از جمله انگلستان نظیر این مواجهه را شاهدیم.^{۳۶}

۳۰. شهید اول، الدروس الشرعية، ۲/۲۴۱.

۳۱. محسنی، الفقه و مسائل طهیه، ۲/۶۷.

۳۲. زراعت، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ۱۷۱.

۳۳. همچنین مواد ۱۱۲۵ و ۱۱۷۰ بدون اشاره به تعریف جنون، نوعی نگاه صفر و یکی به جنون دارند.

۳۴. طاهری، حقوق مدنی، ۲۳۲/۳.

۳۵. حانری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، ۱/۱۷۴ تا ۱۷۵.

ب. ظاهراً قانونگذار ایرانی نیز مفهوم جنون را مطلق می‌پنداشته است. وجود عباراتی؛ مانند «به هر درجه‌ای که باشد» در قوانین به‌خوبی نشان‌دهنده این مطلق‌گرایی است. امامی در این باره می‌نویسد: «جنون دارای درجات مختلف است، بعضی از آن‌ها چندان شدید می‌باشد که مجنون به بدن خود زخم‌های عمیقی می‌زند و گاه انتحار می‌کند و یا به دیگران آزار و اذیت می‌رساند و گاه مرتکب جنحه و جنایت می‌گردد و هیچ توجهی به دارایی خود ندارد و بعضی از آن‌ها چندان خفیف است که با معاشرت ساده معلوم نمی‌گردد و گاه جنون شخص در نوع عمل خاصی است، چنان‌که فقط دیوانگی او در آن است که تصور می‌نماید دسته مخصوصی با او دشمنی دارند و مترصد سوء قصد او هستند و همیشه هراسان و بیمناک می‌باشد و یا خود را دانشمندترین اشخاص و برتر از دیگران می‌داند، ولی اموال خود را کاملاً نگهداری می‌کند و در معاملات خود رعایت مصلحت خود را می‌نماید. قانون مدنی چنان‌که ماده بالا تصریح می‌کند فرقی بین درجات جنون نگذاشته و به هر درجه که جنون در شخص یافت شود، آن را موجب حجر می‌داند.»^{۳۷}

در این میان، قانونگذار ایرانی در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ دقت بیشتری داشته و تاحدودی به نگرش فازی به مفهوم جنون نزدیک شده است، آنجا که بیان می‌دارد: «هرگاه مرتکب، در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده، به‌نحوی که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد، مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد.» این ماده نیز هرچند صریحاً نگرش فازی را تأیید نمی‌کند، اما به کمک آن برخی اهداف نگرش فازی - حداقل در حوزه حقوق کیفری - تأمین می‌شود.^{۳۸}

در مجموع، دو ادعا را می‌توان مطرح کرد: اولاً، نه در ادبیات فقهی و نه در ادبیات حقوقی ما تعریف دقیق و مشخصی از مفهوم جنون وجود ندارد؛ ثانیاً، اینکه نوعی مطلق‌گرایی به مفهوم جنون در هر دو نظام را شاهدیم، گویی جنون در همه احکام و قوانین به معنایی واحد و واجد مفهومی باینری است.

۲. مبانی نظریه نگرش فازی به جنون

به نظر می‌رسد نگرش فازی به مفهوم جنون در کلمات فقها پیشینه‌ای ندارد، با این وجود می‌توان در منابع فقهی برای آن مبانی و مستندات ارائه داد. پیش از آن باید توجه کرد که از جمله مسائل مهم و تعیین کننده در این بحث، شناخت احکام جنون از حیث امضایی یا تأسیسی بودن آن‌هاست. حکم شرعی باتوجه

۳۷. امامی، حقوق مدنی، ۲۶۱ تا ۲۶۰/۵.

۳۸. نک: ابوذر، کاربرد منطق فازی در حقوق کیفری ایران؛ نبی‌پور، درجه‌بندی‌سازی عنصر روانی در قتل.

به منشأ آن به تأسیسی و امضایی تقسیم می‌شود.^{۳۹} آیا احکام خاص مجانین -مانند رفع مسئولیت کیفری- از تأسیسات شارع اسلام است یا اینکه کلیت آن‌ها در میان عقلا وجود داشته و شارع اسلام صرفاً آن‌ها را امضا کرده است؟ پاسخ به این پرسش از آن‌رو اهمیت دارد که در صورت امضایی دانستن، در تعیین حدود و ثغور حکم -ازجمله اینکه آیا به صورت فازی در نظر گرفته شده است یا باینری- باید به عرف و سیره عقلا رجوع کرد و مراجعه به منابع شرعی صرفاً از باب کاشفیت احتمالی آن‌ها نسبت به سیره عقلاست؛ اما در صورتی که احکام جنون را تأسیسی دانستیم، دیگر آیات و روایات اند که فازی یا باینری بودن مفهوم آن را تعیین می‌کنند.^{۴۰} در ادامه، مبانی نگرش فازی را براساس هر دو احتمال (امضایی یا تأسیسی بودن احکام جنون) بررسی خواهیم کرد.

۲. ۱. پذیرش نظریه در صورت امضایی دانستن احکام جنون

ازجمله روش‌های رایج برای پی‌بردن به امضایی یا تأسیسی بودن حکم، ردیابی آن در سایر نظام‌های عقلایی غیرمتأثر از اسلام است. براین اساس، در صورت وجود کلیت آن حکم در سایر نظام‌های حقوقی می‌توان آن حکم را امضایی تلقی کرد. نگارندگان مدعی هستند با تکیه بر مطالعات تاریخی و تطبیقی می‌توان ادعای امضایی بودن کلیت احکام جنون را پذیرفت. در صورت اثبات این ادعای مقدماتی، تأیید نظریه نگرش فازی به مفهوم جنون چندان دشوار نیست. مطالعات تاریخی نشان می‌دهد که مقوله «معافیت مجانین از مسئولیت کیفری» از دوران یونان و روم باستان وجود داشته است، به گونه‌ای که در آرای افلاطون و ارسطو نیز قابل رهگیری است.^{۴۱} در مجموعه قوانین ژوستینین^{۴۲} در قرن سوم میلادی چنین آمده است: «اگر یک دیوانه مرتکب قتل شود، مشمول مجازات و عواقب قانونی نیست، زیرا او به دلیل بدبختی سرنوشتش معذور است.»^{۴۳} در جاهای دیگر همان قانون می‌بینیم که در توجیه این حکم آمده است: «او به اندازه کافی با جنون خود مجازات شده است» یا «او [در زمان ارتکاب جرم] هیچ اراده‌ای نداشته است.»^{۴۴} ازسوی دیگر، در همان دوران کلیسای انگلستان مدت‌ها قبل از اینکه فتوحات نورمن قوانین روم را وارد انگلستان کند، به مدارا در برابر دیوانگان دستور داده است. در دست‌نوشته‌ای منسوب به اگبرت،^{۴۵}

۳۹. نک: محقق داماد، حسینی‌نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۹۹/۱.

۴۰. نک: محقق داماد، حسینی‌نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۱۰۰/۱.

41. Walker, "The Insanity Defense before 1800," 26.

42. Justinian's Digest

43. See the Digest 821.1 1.

44. Ibid.

Egbert 45.

اسقف اعظم قرن هشتم که کارکرد قانون در آن دوران داشته، آمده است: «اگر مردی عقل خود را از دست بدهد و... یک نفر را بکشد، اجازه دهید نزدیکان او هزینه قربانی را بپردازند و قاتل را در برابر هر چیز دیگری از این نوع حفظ کنند... و کسانی که آن مجنون را بکشند باید بهای او را به خویشاوندانش بپردازند.»^{۴۶} قوانین قرن دهم در انگلستان نیز که ظاهراً توسط یک اسقف اعظم تهیه شده، نظیر این حکم را بیان می‌دارد.^{۴۷}

امروزه همه نظام‌های حقوقی با همه اختلاف‌نظرهایی که گاهی در بنیادی‌ترین مسائل دارند، در این خصوص متفق‌اند که مجانین از مسئولیت کیفری معاف‌اند. تمامی کشورها، به‌استثنای سوئد^{۴۸} مجانین را از مسئولیت کیفری معاف می‌دانند. برای نمونه، می‌توان به کشورهای استرالیا،^{۴۹} کانادا،^{۵۰} دانمارک،^{۵۱} فنلاند،^{۵۲} آلمان،^{۵۳} ژاپن،^{۵۴} نروژ،^{۵۵} لهستان،^{۵۶} روسیه،^{۵۷} انگلستان^{۵۸} و آمریکا^{۵۹} مثال زد. آنچه درخور

46. Thorpe, *Ancient Laws and Institutes of England*.

47. Robertson, *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I*.

48. See., Lernestedt, "Insanity and the 'Gap' in the Law: Swedish Criminal Law Rides Again," 80-81.

49. See., The Criminal Code Compilation Act (1935) " 27. Insanity (1) A person is not criminally responsible for an act or omission on account of unsoundness of mind if at the time of doing the act or making the omission he is in such a state of mental impairment as to deprive him of capacity to understand what he is doing, or of capacity to control his actions, or of capacity to know that he ought not to do the act or make the omission. See also., *Bratty v Attorney-General for Northern Ireland* [1961] UKHL 3, [1963] AC 386 (3 October 1961), House of Lords (UK). *Daniel M Naghten's case* [1843] UKHL J16, (1843) 8 Eng Rep 718; [1843] ALL ER Rep 229 (19 June 1843), House of Lords (UK).

50. See., Criminal Code (1985) "16 (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong."

51. Sparr, "Personality Disorders and Criminal Law," 168-81.

The Danish Criminal Code (2005); "Chapter 3, Section 16: Persons who, at the time of the act, were irresponsible on account of mental illness or a state of affairs comparable to mental illness, or who are severely mentally defective, are not punishable. Provided that the accused was temporarily in a condition of mental illness or a state of affairs comparable to mental illness on account of the consumption of alcohol or other intoxicants, he may in special circumstances be punished."

52. The Penal Code of Finland (1889) "Section 3 (1) An act of an insane person and an act by a person who is mentally deficient due to senility or another similar reason is not punishable".

53. The German Criminal Code, Section 20 Incapacity to Act Due to Mental Disorders "Anyone who, at the time of committing the act, is incapable of recognizing the wrongfulness of the act or acting on the basis of this insight because of a pathological mental disorder, a profound disturbance of consciousness, an intellectual disability or another serious mental disorder acts without guilt".

54. Penal Code of Japan (1907) "Article 39 (1) Actions due to insanity is not subject to punishment."

55. Norway General Civil Penal Code (1902) "a person who at the time of the crime was insane or unconscious is not punished."

56. The Polish Penal Code (1997) "Article 31. § 1. Whoever, at the time of the commission of a prohibited act, was incapable

توجه است، عبارت است از اینکه در قوانین همه کشورهای پیش گفته نسبتاً با متنی واحد مواجه هستیم که جنبه عقلایی بودن را تأیید می‌کند. برای مثال، قانون مجازات در ایالات متحده مقرر می‌دارد: «شخص، مسئول رفتار مجرمانه نیست اگر در زمان ارتکاب جرم [چنین] رفتاری در نتیجه بیماری یا نقص روانی بوده است، به صورتی که یا درک قابل توجهی از جرم و [نادرستی] رفتار خود نداشته یا رفتار خود را با الزامات قانون مطابقت داده است...»^{۶۰} نظیر این عبارت پردازی در قوانین سایر کشورها با تغییراتی جزئی نیز ملاحظه می‌شود.

از سوی دیگر، در بسیاری از نظام‌های حقوقی یکی از موارد فسخ^{۶۱} یا جواز طلاق هنگامی است که زوج یا زوجه مجنون شود. برای مثال، قانون قدیم خانواده در انگلستان بخش ۱۰ تا ۲۹ مقرر می‌دارد: «طلاق، پس از اثبات موارد ذیل صادر می‌شود: ۱. زنا، لواط، وطی بهائم؛ ۲. ناتوانی برقراری رابطه جنسی موجود در شروع ازدواج؛ ۳. ترک زندگی مشترک توسط یکی از زوجین به مدت یک سال مستمر قبل از مراجعه ترک‌شده به دادگاه؛ ۴. ظلم؛ ۵. جنون.»^{۶۲} پرواضح است که کلیت این قانون همسو با احکام فسخ نکاح در شریعت اسلامی است.

از دیگر مؤیدات امضایی بودن احکام جنون می‌توان به رفتار برخی فقها در ارائه ضوابط شناسایی مجانین اشاره کرد. براساس برخی روایات، مجنون کسی است که «لَا يَعْرِفُ أَوْقَاتَ الصَّلَاةِ؛ قادر بر

of recognising its significance or controlling his conduct because of a mental disease, mental deficiency or other mental disturbance, shall not commit an offence."

57 The Criminal Code Of The Russian Federation (1996) "Article 21. (1) A person who, at the time of the committing of a socially dangerous act, was insane, that is, was unable to understand the actual character or social danger of his actions (inaction) or to govern them as a result of a chronic or temporary mental derangement, mental deficiency or any other mental condition, shall not be subject to criminal liability."

58 Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act (1991) "Powers to deal with persons not guilty by reason of insanity or unfit to plead etc."

59 Crimes and Criminal Procedure (1948) "(a) Affirmative Defense.—It is an affirmative defense to a prosecution under any Federal statute that, at the time of the commission of the acts constituting the offense, the defendant, as a result of a severe mental disease or defect, was unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of his acts. Mental disease or defect does not otherwise constitute a defense."

60 "A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either..." Model Penal Code § 4.01(1) (Proposed Official Draft 1962).

61 a vinculo matrimonii.

62 See., Wadlington, "A Case of Insanity and Divorce"; Burnett, "Cruelty and Insanity in Divorce"; Gordon, "Insanity and Divorce"; Lewis, "Insanity As A Plea For Divorce"; McCurdy, "Insanity as a Ground for Annulment or Divorce in English and American Law"; Stone, "Divorce (Insanity and Desertion) Act, 1958"; Trist, "Insanity As A Ground For Divorce"; Wadlington, "A Case of Insanity and Divorce."

شناسایی اوقات نماز نیست»^{۶۳} و عده‌ای بر این حکم ادعای اجماع کرده‌اند.^{۶۴} علی‌رغم تصریح به ضابطه جنون در روایت، فقها بدان محدود نشده و آن ضابطه را ارشادی و ناظر به گونه خاصی از جنون دانسته‌اند؛ چه بسا در فقدان شعور شخصی هیچ تردیدی نباشد، بااین‌وجود از باب عادت بتواند اوقات نماز را تشخیص دهد. بنابراین، برخی فقها ضوابط دیگری برای شناسایی مجانین ارائه داده‌اند: برخی مجنون را به‌صورت مطلق به مردانی تعریف کرده‌اند که رغبتی به زنان ندارند^{۶۵} یا کسی که به خود و دیگران آسیب می‌رساند و موجب وحشت آنان می‌شود^{۶۶} یا لباس خود را پاره می‌کند و به دیگران آسیب می‌رساند و حتی ممکن است مرتکب قتل شود.^{۶۷} گویی این دسته از فقها مقوله جنون را تاحدی غیرتأسیسی و غیرتعبدی می‌دانسته‌اند که به خود اجازه ارائه ضوابط شناسایی آن را داده‌اند، وگرنه نظیر این مواجهه را در امور تمام تعبدی ملاحظه نمی‌کنیم. افزون‌بر این، نکته حائز اهمیت در موارد مذکور این است که این موارد در بهترین حالت صرفاً بیان مصادیق رفتاری بسته‌وگریخته‌ای برای جنون هستند و هیچ‌کدام نمی‌توانند در قامت ملاک و مناطی قاطع برای احراز جنون سر برآورند؛ چراکه در بسیاری از موارد قطعی جنون، ملاک‌های گفته‌شده صادق نیستند. پراکندگی و فقدان ارتباط منطقی بین این موارد اماره‌ای بر فازی‌بودن مفهوم جنون است.

باتوجه به مطالب گفته‌شده نمی‌توان وجود چنین حکمی در فقه اسلامی را تأسیسی دانست. لازمه پذیرش این ادعای مقدماتی، باور به نظریه فازی‌بودن جنون است؛ یعنی اگر پیش‌تر پذیرفته‌ایم که: ۱. اصل و اساس احکام جنون در نظام‌های عقلایی وجود داشته و اسلام صرفاً آن را امضا کرده است؛ ۲. در تعیین حدود و ثغور احکام امضایی باید به فهم عرفی و عقلایی از موضوع مراجعه کرد؛ باور به نظریه نگرش فازی چندان دشوار نیست، زیرا امروزه عقلاً جنون^{۶۸} یا اختلال روانی^{۶۹} را به هر میزان که محلّ به قوه فهم و اراده شخص باشد، رافع مسئولیت کیفری یا مؤثر در نکاح و معاملات می‌دانند و نه بیشتر.

۲.۲. پذیرش نظریه درصورت تأسیسی دانستن احکام جنون

درصورت پیشین، استدلال بر این پایه استوار بود که احکام جنون از احکام امضایی در اسلام قلمداد

۶۳. علی‌بن‌موسی (ع)، فقه الرضا علیه السلام، ۲۳۷؛ ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۵۲۲/۳: «لَا یَعْرِفُ أَوْقَاتَ الصَّلَاةِ».

۶۴. طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۳۲/۲؛ جامع المدارک، ۳۵۸/۴.

۶۵. قطب راوندی، فقه القرآن، ۱۲۹/۲: «هو الذی... لا حاجة له فی النساء».

۶۶. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۶۰۷/۲: «ان المجنون یعرض للناس و یخافونه».

۶۷. طوسی، المبسوط، ۳۲۸/۴: «و الجنون... یمکن فیہ تخریق ثیاب و وثوب و ضرب و قتل».

68. Insanity

69. Mental Disorder

می‌شود. در این بخش مدعی هستیم که حتی در صورت باور به تأسیسی بودن احکام جنون می‌توان با تکیه بر برخی روایات و تأملات تفسیری، نگرش فازی به مفهوم جنون را پذیرفت. اصلی‌ترین مستندات در این خصوص عبارت‌اند از:

۱. در روایتی، ابان بن تغلب از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند: «اگر مرد مجنون یا کم‌فهم زنا کند، از باب حد شلاق زده می‌شود و اگر زنای او محصنه باشد، سنگسار می‌شود.» سپس راوی از امام (ع) می‌پرسد چه تفاوتی میان مجنون و مجنونه وجود دارد که در مرد مجنون مجازات را ثابت می‌دانید اما در مجنونه قائل به رفع مسئولیت کیفری هستید؟ امام (ع) می‌فرماید: «همانا مجنونه به‌سوی او آمده می‌شود اما مجنون [خود به‌سوی دیگری] می‌رود. همانا مجنون زنا می‌کند؛ چون می‌فهمد که لذت از این راه به دست می‌آید، درحالی‌که در مجنونه [چنین نیست؛ چراکه] بر زنا مجبور و مفعول واقع می‌شود و نمی‌فهمد که با او چه می‌شود.»^{۷۰} در این روایت، امام صادق (ع) علی‌رغم پذیرش این واقعیت که مرد مجنون است، درجه‌ای از فهم و شعور برای او در نظر می‌گیرند و با توجه به همان درجه از فهم و شعور او را مستحق حد می‌دانند. براین اساس، ممکن است شخصی در عین اینکه عرفاً مجنون شناخته می‌شود، دارای درجه‌ای از مسئولیت کیفری باشد. اگر همین شخص مرتکب قتل می‌شد، چه‌بسا او را از قصاص معاف می‌دانستیم اما طبق مفاد روایت، جنون او به‌گونه‌ای درجه‌ای است که در ارتکاب زنا واجد اراده بوده است.^{۷۱}

موضوع دیگر این است که وصف جنون با سایر متغیرها تعامل دارد؛ به این معنا که وجود ویژگی جنون برای ثبوت حکم کافی نیست و در کنار آن می‌بایست سایر ویژگی‌ها یا متغیرهای مرتبط را نیز در نظر گرفت. در همین روایت برهم‌کنش دو ویژگی جنسیت و جنون تفاوتی جدی را رقم می‌زند، به‌گونه‌ای که مجنون دارای مسئولیت و مجنونه فاقد مسئولیت دانسته می‌شود. در سطحی بالاتر می‌توان گفت که جنسیت نیز به‌خودی‌خود عامل ممیزه نیست، بلکه عاملیت‌داشتن یا منفعل بودن وابسته به جنسیت به تفاوت در مسئولیت می‌انجامد. در نتیجه، استفاده ساده و غیرتعاملی از جنون بدون در نظر گرفتن تأثیر متقابل آن با سایر ویژگی‌ها ره به بی‌بیراهه خواهد برد.

۲. یکی از اصول نسبتاً پذیرفته‌شده در تفسیر فقهی، رعایت مناسبت حکم و موضوع در تفسیر است.^{۷۲} این نوع از مناسبت، نوعی قرینه عرفی به شمار می‌رود و کارکردهای متعددی دارد؛^{۷۳} یکی از آن کارکردها

۷۰. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۱۸/۲۸: «إِذَا زَنَى الْمَجْنُونُ أَوْ الْمَعْتُوهُ جُلِدَ الْحَدَّ وَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ قُلْتُ وَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ وَالْمَعْتُوهُ فَقَالَ الْمَرْأَةُ إِنَّمَا تُزْنَى وَالرَّجُلُ يَأْتِي وَإِنَّمَا يَزْنِي إِذَا عَقَلَ كَيْفَ يَأْتِي اللَّذَّةُ وَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِنَّمَا تُشْتَكِرُهُ وَ يُفْعَلُ بِهَا وَ هِيَ لَا تَعْقِلُ مَا يُفْعَلُ بِهَا.»

۷۱. نک: علامه حلی، مختلف الشیعه، ۱۶۱/۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۳۳/۱۴؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۶/۱۳؛ منتظری، کتاب الحدود، ۲۰.

۷۲. نک: قطب راوندی، فقه القرآن، ۱۹۲/۲.

۷۳. اسلامی، جایگاه قواعد استظهار، ۳۰۸ تا ۳۱۷؛ اسلامی، قرینه مناسبت حکم و موضوع، ۲۷ تا ۸۹.

تبیین اجمال در حکم است. برای مثال، اگر گفته می‌شود: «دانشجوی متقلب باید مجازات شود»، حکم (مجازات شود) اطلاق دارد و گونه‌های مختلف مجازات؛ از جمله اعدام و تبعید و محرومیت از ادامه تحصیل را شامل می‌شود، اما عرف با در نظر گرفتن قرینه مناسبت حکم و موضوع اساساً مجازات را شامل اعدام و تبعید نمی‌داند. این روش، از جمله رایج‌ترین روش‌های تفسیری است که حتی مفسران ظاهرگرا نیز آن را می‌پذیرند.^{۷۴} در روایات مرتبط با جنون نیز قضیه از همین قرار است. برای نمونه، هرچند در برخی روایات گفته شده: مجنون تکلیف ندارد یا از او رفع قلم شده است، اما عرف به روشنی درک می‌کند که باید میان حکم و موضوع مناسبت وجود داشته باشد؛ یعنی اگر از مجنونی که مرتکب زنا می‌شود مسئولیت کیفری رفع شده، باید میان درجه جنون او و رفع مسئولیت کیفری مناسبت باشد. به عبارت دیگر، باید بین جنون و رفع مسئولیت، بطلان معاملات و حق فسخ در نکاح یک رابطه منطقی وجود برقرار باشد. برای مثال، اگر شخصی دچار اختلال هذیانی نوع اروتومانیک^{۷۵} باشد، به گونه‌ای که خیال می‌کند افراد معروفی -مانند بازیگران- عاشق او شده‌اند، بدون شک دچار درجه‌ای از جنون است، باین وجود نمی‌توان او را در ارتکاب قتل یا تجاوز فاقد اراده تلقی کرد.

۳. در بحث حاضر ما با دو دسته دلیل مواجه هستیم: ۱. عموماتی، مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ» که دلالت بر ثبوت احکام بر همه انسان‌ها دارند؛ ۲. ادله‌ای، مانند «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ... الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفْقِدَ» که مجانین را از عمومات دسته اول استثنا می‌کنند. برخی از نمونه‌های حاد اختلال ذهنی، مانند سایکوتیک^{۷۶} بدون شک به سبب دسته دوم از ذیل عمومات خارج شده‌اند. اما با توجه به اجمالی که در مفهوم جنون برای ما وجود دارد، نمی‌دانیم که آیا مثلاً شخص مبتلا به اختلال کلیتومانیا (جنون دزدی) نیز از ذیل عمومات خارج شده است یا خیر؟ به عبارت فنی‌تر، در اینجا اجمال از سنخ اجمال در مخصص منفصل و دوران بین مفهوم اقل و اکثر است و به‌باور مشهور فقها در چنین مواردی حکم عام نسبت به موارد مورد تردید ثابت خواهد بود.^{۷۷}

با در نظر گرفتن مجموع آنچه در این بخش بیان داشتیم، احتمالاً می‌توان نگرش فازی به جنون در ادبیات فقهی را پذیرفت. استفتای نگارندگان از دفتر استفتائات مقام معظم رهبری، آیت الله سیستانی و مکارم نیز

۷۴. نک: محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۱۰۰/۱؛ محقق داماد، پورمحمدی، مکاتب تفسیری در فقه امامیه، ۲۱۳. ۷۵. اختلال هذیانی نوع اروتومانیک یا شهوانی، اختلالی است که در آن فرد مبتلا باور هذیانی راسخ دارد مبنی بر اینکه شخص دیگری، که معمولاً فردی مشهور است، عاشق وی شده و برای وی پیام‌ها و نشانه‌هایی از علاقه و عشق خود می‌فرستد.

76 Psychotic

۷۷. نک: آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۲۰؛ خونی، اجود التقریرات، ۴۵۵/۱؛ روحانی، زیدة الأصول، ۳۱۹/۳؛ فیاض، محاضرات فی اصول الفقه، ۴۹۹/۱؛ محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۴۶۰/۱.

این نظریه را تأیید می‌کند. در متن استفتا آمده بود: «شخصی دچار اختلال ذهنی و جنون است. جنون این شخص صرفاً موجب اخلال در رفتارهای مرتبط با زندگی مشترک این شخص شده و همسر او نیز به استناد به نظر پزشک قانونی مبنی بر جنون وی نکاح را فسخ کرده است. اما این جنون به دیگر ابعاد زندگی او لطمه ای وارد نکرده و در حال حاضر، وی استاد دانشگاه و مالک شرکتی با حدود صد کارمند است. آیا جنونی که مخّل به زندگی مشترک بود، سبب بطلان معاملات یا رفع مسئولیت کیفری شخص نیز می‌شود یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا جنون می‌تواند نسبی در نظر گرفته شود؟» پاسخ دریافت‌شده از دفاتر مراجع نسبتاً یکی است:

دفتر مقام معظم رهبری: «چنین شخصی می‌تواند در اموالش تصرف کند. بیع و شراء او صحیح است.»

دفتر آیت‌الله سیستانی: «جنون، مفهومی نسبی است. ممکن است شخص در مورد خاصی حساسیت‌هایی پیدا کرده و حالت غیرعادی داشته باشد، آن را نباید به دیگر موارد تسری داد. در دیگر موارد اگر به صورت معقول زندگی می‌کند و با افراد ارتباط متعارف دارد، معاملاتش درست است.»

۳. آثار نظریه نگرش فازی به جنون

در این بخش قصد داریم تا آثار پذیرش نگرش فازی به مفهوم جنون در فقه و حقوق را شناسایی کنیم؛ یعنی به این سؤال پاسخ دهیم که تفاوت مواجهه فقیه یا حقوق‌دانی که مفهوم جنون را فازی می‌داند با مطلق‌گرایان چیست؟ به نظر می‌رسد پذیرش نگرش فازی در چند حوزه بر مواجهه با احکام جنون تأثیرگذار است:

۳.۱. سرایت نسبیت به مسئولیت

اولین پیامد پذیرش نگرش فازی به مفهوم جنون، سرایت این نگرش به مفهوم حقوقی و بنیادین مسئولیت است. چنانچه بپذیریم که به‌پیروی از مراتب کم‌وبیش ظرفیت ارادی و توانش شناختی، جنون نیز می‌تواند سطوح مختلفی داشته باشد، به‌ناچار مسئولیت نیز دارای درجات و طبقات خواهد بود. وجود مقوله‌ای به نام مسئولیت نقصان‌یافته^{۷۸} از لوازم پذیرش این رویکرد است. اگرچه قانونگذار ایرانی تاکنون توجهی به این نوع از مسئولیت نکرده و آن را به رسمیت نشناخته است، در سایر نظام‌های حقوقی سابقه‌ای دیرین دارد. برای نمونه، در آلمان پس از سلسله گفت‌و شنودها و مجادلاتی شصت‌ساله، در سال ۱۹۳۰ به

طور رسمی برای بیماران روان‌پزشکی به کار گرفته شد.^{۷۹} باید در نظر داشت که مسئولیت کیفری نقصان یافته حد وسط بین مسئولیت و عدم مسئولیت نیست، بلکه درحقیقت گونه‌ای از مسئولیت به شمار می‌رود. برخی مواد قانونی، از جمله ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی در بین عوامل مخففه به مواردی همچون کهولت و بیماری اشاره می‌کند که به گونه‌ای با اختلالات روان‌پزشکی، چون دمانس^{۸۰} انطباق پذیرند. اما اولاً، این ماده قانونی نمی‌تواند بار اختلالات روان‌پزشکی و پیچیدگی‌های مربوط به آن را به دوش بکشد و ثانیاً، این تخفیف صرفاً به جرایم تعزیری منحصر است و در خصوص حدود و قصاص کاربردی ندارد.

۲.۳. تعدد دفاع‌های وابسته به جنون

یکی دیگر از آثار پذیرش نگرش فازی به جنون، پذیرش تکثر سازوکارهای حقوقی نظیر دفاع جنون است. برای نمونه، در نظام حقوقی کیفری کشورهای دیگر، دفاع‌های متعدد وابسته به جنون تعریف شده است؛ مواردی همچون دفاع اتوماتیسم^{۸۱} یا دفاع‌های PTSD. اگرچه این دفاع‌ها چندان استفاده نمی‌شوند و در صورت استناد، به ندرت به نتیجه می‌رسند؛^{۸۲} اما راه‌های متفاوت برای مواجهه با صنوف و اشکال گوناگون جنون، عارضه اجتناب‌ناپذیر پذیرش نگرش فازی در جنون است.

۳.۳. تمایز میان حوزه‌های حقوق خانواده، کیفری و قراردادی

از دیگر آثار نگرش فازی به جنون، اختلاف و تفاوت مفهومی و مصداقی آن نسبت به حیطه‌های مختلف حقوقی است. ارتباط بین اختلال روانی و رفتار در بافت حقوق کیفری و قراردادی شفاف‌تر از حقوق خانواده است. چنان‌که اشاره شد یکی از اصول حاکم بر مبحث جنون و آثار حقوقی آن، مناسبت حکم و موضوع است. به صورت کلی، رابطه بین علائم اختلال روانی و رفتار دارای چهار وضعیت است: ا. ارتباط مستقیم؛^{۸۳} مثل فردی که در نتیجه هذیان‌های بدبینانه تصور می‌کند همسرش با فرد دیگری ارتباط دارد.

ب. تقریباً ناشی از نشانه‌ها؛^{۸۴} مثل فرد مبتلا به اختلال دوقطبی^{۸۵} که همسایه‌اش را مورد ضرب و شتم

79 Kröber and Lau, "Bad or Mad?," 679-90.

80 Dementia

81 Automatism

82 Borders, "Veterans Imprisoned by the Violent Shadows of Military War Time," 96.

83 direct relationship

84 mostly influenced by symptoms

85 bipolar disorder

قرار داده است، درحالی که شواهدی دال بر ایجاد مزاحمت ازسوی فرد مضروب وجود دارد.

- ج. تقریباً نامرتب با نشانه‌ها:^{۸۶} مثل دزدی برنامه‌ریزی شده توسط فردی که مبتلابه اختلال سلوک^{۸۷} است، ولی شواهد حاکی از ارتباط بسیار اندک بین اختلال و جرم مرتکب است.
- د. نامرتب:^{۸۸} مثل دیگرگشی توسط فرد مبتلابه فوبیا.^{۸۹}

از میان این چهار حالت متصور، تکلیف دو وضعیت الف و دال روشن‌تر است اما دو وضعیت میانی مبهم و غیرشفاف‌اند؛ چراکه نه به لحاظ پدیدارشناختی و علّی و نه از حیث تشخیص و ارزیابی روشن نیستند. باوجود تمام این موارد، این ابهام در حوزه حقوق خانواده بیشتر است و نمی‌توان نتیجه‌گیری حالات چهارگانه فوق را عیناً از حقوق کیفری به حقوق خانواده تسری داد. همچنین این موضوع می‌تواند ناشی از حساسیت کمتر مسئله جنون در حقوق خانواده نسبت به حقوق جزا و نیز سهولت بیشتر در برقراری مصالحه در دعوای خانوادگی باشد، ازاین‌رو حقوق‌دانان انگیزه کمتری برای پرداختن به آن داشته‌اند.

۳. ۴. تمایز در ضوابط شناسایی جنون

به‌طورکلی، تشخیص جنون در گرو رابطه بین جنون و رفتار فرد است. اما پرواضح است که اراده و قوه تمیز که در حقوق کیفری مبنای عمل است نمی‌تواند در تشخیص جنون زوج یا زوجه عامل تعیین‌کننده باشد. با در نظر گرفتن این نکته که عسرو حرج ملاکی متفاوت از جنون در فسخ نکاح است، این پرسش جدی سر بر خواهد آورد که معیار تشخیص‌گذاری جنون در این زمینه چیست؟ به این ترتیب، فردی ممکن است از نظر کیفری مجنون به شمار رود ولی این جنون مجوزی برای فسخ نکاح توسط همسر وی نباشد و بالعکس. در نتیجه، فازی بودن جنون علاوه بر ذات خود، در بافت‌های متفاوت جریان دارد؛ به این معنا که فرد می‌تواند در یک زمینه حقوقی بر حسب تشخیصی را دریافت کند، درحالی که در زمینه حقوقی دیگری ملاک‌های جنون را احراز نکند. وجود عنصر معنوی^{۹۰} در تحقق جرم، نقش اراده و نیت مجرمانه را آن‌چنان برجسته می‌سازد که ملاک اراده را حتمی و بایسته می‌سازد.^{۹۱} اما سؤال کلیدی این است که آیا اراده یا نیت در احراز جنون در حقوق خانواده نیز معیاری ضروری یا اصلاً معنادار است؟ به نظر می‌رسد اراده و نیت

86 mostly unrelated to symptoms

87 conduct disorder

88 independent relationship

89 Peterson et al., "How Often and How Consistently Do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior among Offenders with Mental Illness?," 439.

90 Mens rea

۹۱. میرسعیدی، مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان، ۳۲/۱.

فرد در این زمینه هیچ موضوعیتی ندارد؛ چراکه فعل و کنش فرد به خودی خود نقشی در استقرار و اتصاف به وصف جنون به عنوان یکی از موارد موجد فسخ نکاح ندارد.

نتیجه‌گیری

«ری بردبری»^{۹۲} نویسنده معروف آمریکایی و برنده نشان ملی هنر، زمانی در تعریف جنون نوشت: «جنون نسبی است. بستگی به این دارد که چه کسی، چه کسی را در چه قفسی حبس کرده است.»^{۹۳} این بیان فارغ از استعاره و شاعرانه بودن، پرده از حقیقتی بر می‌دارد که بسیاری از فقها و حقوق‌دانان از آن چشم پوشیده‌اند. همان‌طور که در بخش اول توضیح دادیم، فقهای امامیه و بسیاری از حقوق‌دانان ایرانی در مواجهه با جنون، مطلق‌گرایی پیشه کرده و بر همه مراتب آن حکمی واحد رانده‌اند: شخص یا مبتلا به جنون است، پس همه آثار حقوقی و کیفری خاص بر آن مترتب می‌شود یا دچار جنون نیست، پس هیچ‌یک از احکام جنون را نخواهد داشت. تلاش این نوشتار حرکت به سمت شکل‌دهی نگرشی است که آن را «نگرش فازی به جنون» می‌نامیم. شاید نتیجه پژوهش حاضر چندان نوآورانه و بدیع نباشد، اما واقعیت این است که ازسوی بخش شایان توجهی از نویسندگان فقهی و حقوقی مورد غفلت عمومی و مسامحه‌ای زیان‌بار قرار گرفته است. در انتها چند مطلب بیان می‌شود:

اولاً، اهتمام این مقاله صرف امکان‌سنجی نگرش فازی به مفهوم جنون شد. پس از پذیرش این مدعا، پژوهش بعدی می‌تواند به ارائه ضابطه‌های کاربردی برای شناسایی درجه‌های مختلف از جنون بپردازد. به عبارت دیگر، در فضای فعلی اینکه مجنون دچار چه نوع جنون و چه درجه‌ای از آن است، اهمیت چندانی ندارد؛ زیرا هر درجه‌ای از آن که محقق شود آثار حقوقی مترتب می‌شود. اما با پذیرش نگرش فازی، نیاز جدی به ضابطه‌های کاربردی برای شناسایی نوع و درجه جنون پدید خواهد آمد. در حال حاضر، شناسایی جنون به عرف و فهم عرفی واگذار شده است. باتوجه به عدم ضابطه‌مند بودن مقوله عرف و همچنین سلیقه‌ای بودن آن -در عمل و در محاکم قضایی- آنچه «بردبری» مدعی بود، اتفاق می‌افتد.^{۹۴}

ثانیاً، علی‌رغم اینکه پیوستاری بودن اختلالات در هر اختلال و در درون هر طبقه (و حتی بین طبقات)

92 Ray Bradbury

93 "Insanity is relative. It depends on who has who locked in what cage."

۹۴. برای نمونه، در پرونده‌ای در سال ۱۳۹۱ دادخواست زوج مبنی بر فسخ نکاح با وجود اختلال افسردگی اساسی راجعه در زوجه با علانمی، همچون کندن مو، پرخاشگری کلامی شامل فحاشی و توهین، پرخاشگری فیزیکی از قبیل حمله فیزیکی به شوهر، داشتن توهم، گریه زیاد، رفتارهای خودآسیب‌رسان و خودزنی، مردود دانسته و رد شد. این دادخواست در دادگاه بدوی و تجدیدنظر رد شده و مرجع قضایی ابتلای به اختلال افسردگی اساسی را در زمره عیوب موجهه فسخ نکاح تشخیص نداده است. درحالی‌که در پرونده دیگر، قاضی تصریح می‌کند که مشخص نیست چه درجه‌ای از افسردگی ایجاد حق فسخ می‌کند.

امری نسبتاً بدیهی و روشن است، نظام قضایی به سبب میل همیشگی اش به قطعیت، به سادگی در برابر آن سر فرو نخواهد آورد. وجود ملاک‌ها و ابزارهای متعددی؛ همچون مک‌ناتن، دورهام،^{۹۵} آزمون‌های اراده^{۹۶} و آزمون تکانه مقاومت‌ناپذیر^{۹۷} حکایت از همین میل برای قطعیت و حتمیت دارد.^{۹۸} از این رو، رسالت جدی پژوهش‌های بعدی، اقناع مخاطب حقوقی برای دست کشیدن از جزم‌گرایی نسبت به مقولاتی مانند جنون است.

ثالثاً، هرچند استفاده از واژه جنون و معادل‌های انگلیسی آن (madness و insanity) حتی تا یک قرن پیش در متون قانونی رایج بود، اما امروزه این واژه در علوم پزشکی و علوم رفتاری - و بالتبع متون قانونی مدرن - واژه‌ای منسوخ و مطرود است. علاوه بر غیراختصاصی بودن، مشکل دیگر در استفاده از این واژه این است که جنون بار معنایی منفی دارد و همچون داغی^{۹۹} ننگین بر پیشانی افراد، زندگی آنان را تحت الشعاع قرار می‌دهد. واژه «اختلال روانی»^{۱۰۰} که در متن قانون، از جمله قانون مجازات اسلامی نیز به رسمیت شناخته شده است، جایگزین پذیرفته شده‌ای برای جنون است، اما از آنجاکه از لحاظ مفهومی و مصداقی اعم از آن است، نیازمند تحدید مفهومی و تعیین مصداقی است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل‌البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- اسلامی، اسفندیار. منطق فازی و کاربردهای آن منطق فازی و کاربردهای آن. کرمان: دانشگاه باهنر. چاپ اول، ۱۳۹۱.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۳.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مرکز النشر. ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. بی تا.
- ابوذری، مهرنوش. کاربرد منطق فازی در حقوق کیفری ایران. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۹۶.
- اسلامی، رضا. «قرینه مناسب حکم و موضوع و کارایی آن در استنباط احکام»، فقه. دوره ۸۹، ش ۲۴، پاییز ۱۳۹۶،

The Durham Test^{۹۵}

Volitional Tests ^{۹۶}

Irresistible Impulse Test ^{۹۷}

Meynen, *Legal Insanity*, 40.^{۹۸}

Stigma^{۹۹}

Mental disorder^{۱۰۰}

اسلامی، رضا. جایگاه قواعد استظهار در حل مسائل مستحدثه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۸.

امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیه. چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۶.
بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
حائری شاه باغ، علی. شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش. چاپ سوم، ۱۳۷۶.
حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین الفقهیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. قم: مکتبة الصدوق. ۱۳۵۵.
خوئی، ابوالقاسم. اجود التقریرات. قم: عرفان. ۱۳۵۲.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار الشامیة. چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
رفیعی هنر، حمید. «بررسی تطبیقی جنون در فقه و روانشناسی»، پژوهشهای فقهی تا اجتهاد. دوره ۳، ش ۲، پاییز ۱۳۹۷، ۷۷ تا ۱۰۰.

روحانی، محمدصادق. استفتانات. تهران: حدیث دل. چاپ اول، ۱۳۸۳.
روحانی، محمدصادق. زبدة الأصول. تهران: حدیث دل. چاپ اول، ۱۳۸۲.
روحانی، محمدصادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: آیین دانش. چاپ اول، ۱۴۳۵ ق.
زراعت، عباس. قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی. تهران: قفئوس. چاپ اول، ۱۳۸۹.
شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. تمهید القواعد. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: المعارف الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. قم: دائرة معارف الفقه الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۰.
طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المرتضویة. ۱۳۸۷.
- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام. قم: آل البيت (ع). ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). ۱۳۸۸.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۳۷۴.
- علمی، محمدرضا، کاوه قبادی. «گستره جنون در فقه و حقوق». مجله علمی پژوهش های فقهی، دوره دهم شماره ۴، ۱۳۹۳، ۸۵۲-۸۲۳. <https://doi.org/10.22059/jorr.2014.53582>
- علی بن موسی (ع)، امام هشتم. الفقه المنسوب للإمام الرضا علیه السلام. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۶ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی (ره). ۱۴۰۴ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن. کشف اللثام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. العین. قم: هجرت. ۱۴۰۹ق.
- فیاض، محمد اسحاق. محاضرات فی اصول الفقه. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۲۲ق.
- قبادی، کاوه، محمدرضا علمی. «موضوع شناسی عته»، فقه و اصول. دوره ۴۷، ش ۴، زمستان ۱۳۹۴، ۹۵ تا ۱۱۷. <https://doi.org/10.22067/fiqh.v47i23.32855>
- قطب راوندی، سعید بن هبة الله. فقه القرآن. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی. ۱۴۰۵ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۳۶۳.
- محسنی، محمد آصف. الفقه و مسائل طبیة. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۳۸۲.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، سید مصطفی حسینی نسب، رضا پورمحمدی. اصول فقه تحلیلی: دفتر اول تفسیر فقهی. قم: بوستان کتاب. ۱۴۰۱ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، پورمحمدی، رضا. مکاتب تفسیری در فقه امامیة. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. کفاية الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۳۸۱.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۴ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۳۶۲.
- مقری، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الهجرة. ۱۴۱۴ق.

- منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود. قم: دار الفکر. چاپ اول، بی تا.
- میرسعیدی، سیدمنصور. مسئولیت کیفری: قلمرو و ارکان. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۸۳.
- نائینی، محمدحسین. فوائد الاصول. به تحریر محمدعلی کاظمی خراسانی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۳۷۶.
- نبی پور، محمد. درجه بندی سازی عنصر روانی در قتل؛ نظریه ای ملهم از منطق فازی. تهران: مجد. چاپ اول، ۱۳۹۴.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. عوائد الایام. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۳۷۵.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۵ ق.
- Borders, Brooke. "Veterans Imprisoned by the Violent Shadows of Military War Time: The Expansion of the Insanity Defense to Include Post-Traumatic Stress Disorder." *The Journal of Legal Medicine* 36, no. 1 (2015): 73–99. <https://doi.org/10.1080/01947648.2015.1049923>.
- Burnett, H. W. "Cruelty and Insanity in Divorce." *The Modern Law Review* 24, no. 3 (1961): 382–85.
- Gordon, Alfred. "Insanity and Divorce." *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 5, no. 4 (1914): 544–54. <https://doi.org/10.2307/1132594>.
- Kröber, H. L., and S. Lau. "Bad or Mad? Personality Disorders and Legal Responsibility-the German Situation." *Behavioral Sciences & the Law* 18, no. 5 (2000): 679–90. <https://doi.org/10.1002/1099-0798>
- Chattopadhyay, Subhagata. "A Neuro-fuzzy Approach For the Diagnosis of Depression." *Applied Computing and Informatics*, 13(1), 10–18 (2017). <https://doi.org/10.1016/j.aci.2014.01.001>
- Lernestedt, Claes. "Insanity and the 'Gap' in the Law: Swedish Criminal Law Rides Again." *Scandinavian Studies In Law* 54 (2009): 80–106.
- Lewis, William Bevan. "Insanity As A Plea For Divorce." *The British Medical Journal* 2, no. 1651 (1892): 411–12.
- McCurdy, William E. "Insanity as a Ground for Annulment or Divorce in English and American Law." *Virginia Law Review* 29, no. 6 (1943): 771–810. <https://doi.org/10.2307/1068528>
- Meynen, Gerben. *Legal Insanity: Explorations in Psychiatry, Law, and Ethics*. 1st ed. 2016 edition. Springer, 2016.
- Leiebermann, Felix. *Die Gesetze Der Angelsachsen*. Niemayer, 1989.
- Mukaidono, Masao.. *Fuzzy Logic For Beginners*. Wspc, 2001.
- Peterson, Jillian K., Jennifer Skeem, Patrick Kennealy, Beth Bray, and Andrea Zvonkovic. "How Often and How Consistently Do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior among Offenders with Mental Illness?" *Law and Human Behavior* 38, no. 5 (2014): 439–49. <https://doi.org/10.1037/lhb0000075>

Robertson, Agnes. *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I*. Cambridge University Press, 1925.

Sadock, Benjamin J., Virginia A. Sadock, and Dr Pedro Ruiz MD. *Kaplan and Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry*. Eleventh edition. Philadelphia: LWW, 2014.

Sparr, Landy F. "Personality Disorders and Criminal Law: An International Perspective." *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online* 37, no. 2 (June 1, 2009): 168–81.

Stone, O. M. "Divorce (Insanity and Desertion) Act, 1958." *The Modern Law Review* 22, no. 1 (1959): 61–64.

Thorpe, Benjamin. *Ancient Laws and Institutes of England: Comprising Laws Enacted under the Anglo-Saxon Kings from Aethelbirht to Cnut, ... Also Monumenta Ecclesiastica Anglicana, ...* Eyre & Spottiswoode, 1840.

Trist, J. R. R. "Insanity As A Ground For Divorce." *The British Medical Journal* 2, no. 2709 (1912): 1579–1579⁹

Wadlington, Walter. "A Case of Insanity and Divorce." *Virginia Law Review* 56, no. 1 (1970): 12–36.

<https://doi.org/10.2307/1071681>

Walker, Nigel. "The Insanity Defense before 1800." *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 477 (1985): 25–30.

Transliterated Bibliography

Abūzārī, Mihrnūsh. *Kārburd Mantīq Fāzi dar Ḥuqūq-i Kiyfārī Irān*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 2018/1396.

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

‘Alī ibn Mūsā(AS), Imām Hashtum. *al-Fiqh al-Mansūb li-al-Imām Riḍā(AS)*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1986/1406.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī‘a fī al-Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1374.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā‘id al-Aḥkām*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1969/1388.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 2000/1420.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā‘iq al-Nāḍira fī Aḥkām al-‘Itira Ṭāhira*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Faḍīl Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ‘an Qawā‘id al-Aḥkām*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1416.

Faḍīl Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā‘i li-Mukhtaṣar al-Sharā‘i*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh al-

‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī. 1984/1404.

- Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. 1989/1409.
- Fayyād, Muḥammad Ishāq. *Muḥāḍarāt fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū’assisa Ihya’-Āsār al-Imām al-Khū’ī. 2001/1422.
- Ḥā’iri Shāhbāgh, ‘Alī. *Sharḥ Qānūn-i Madanī*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Sivum, 1998/1376.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shi’a ilā Tahṣīl Masā’il al-Shari’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1995/1416.
- Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-‘Anāvin al-Fiqhiyah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1363.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu’jam Maqāyīs al-Lughah*. Qum: Markaz al-Nashr. 1984/1404.
- Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. s.d.
- ‘Ilmī, Muḥammad Riḍā, Kāviḥ Qubādī. “Gustariḥ-yi Junūn dar Fiqh va Ḥuqūq”. *Majallih-yi ‘Ilmī Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*, Durīh-yi 10, no. 4, 2014/1393, 823-852.
- Imāmī, Ḥasan. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmīyyah. Chāp-i Bist va Haftum, 2008/1386.
- Islāmī, Isfandiār. *Manṭiq Fāzi va Kārburd-hā-yi ān*. Kirmān: Bahonar University. Chāp-i Awwal, 2013/1391.
- Islāmī, Riḍā. “Qarīnih-yi Munāsibat Ḥukm va Mawḍū’ va Kārāyī ān dar Istinbāt Aḥkām”, *Fiqh*. Durīh-yi 89, no. 24, autumn 2018/1396, 7-26.
- Islāmī, Riḍā. Jāyghāh-i Qavā’id Istizhār dar Ḥall-i Masā’il Mustahḍaṣah. Qum: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2020/1398.
- Jawhari, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ*. Beirut: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: ‘Irfān. 1973/1352.
- Khvānsārī, Aḥmad. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Maktaba al-Ṣadūq. 1977/1355.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya. 1984/1363.
- Mīr Sa‘īdī, Sayyid Manṣūr. *Mas’ūliyat-i Kayfārī. Qalamrū va Arkān*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 2004/1383.
- Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu‘min. *Kitāyah al-Fiqh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1962/1381.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā, Pürmuḥammadī, Riḍā. *Makātib Tafsīrī dar Fiqh Imāmīyah*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm Islāmī.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā, Sayyid Muṣṭafā Ḥusayninasab, Riḍā Pürmuḥammadi. *Uṣūl Fiqh Taḥlīlī: Daftar-i Avval Tafsīr Fiqhī*. Qum: Büstān-i Kitāb. 1981/1401.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā‘il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘īliyan, 1988/1408.

Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā‘id*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Muḥsinī, Muḥammad Āṣif. *al-Fiqh va Masā‘il Ṭibbiyah*. Qum: Büstān-i Kitāb. Chāp-i Awwal, 2004/1382.

Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Kitāb-i al-Hudūd*. Qum: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, s.d.

Muqaddas Ardabili, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1984/1362.

Muqri, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munir fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabir li-l-Rāfi‘i*. Qum: Dār al-Hijrah, 1994/1414.

Nabīpūr, Muḥammad. *Darajih Bandisāzi ‘Unṣur Ravānī dar Qatl; Nazariyah-i Mulham az Mantiq Fāzi*. Tehran: Majd. Chāp-i Awwal, 2016/1394.

Nā‘inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā‘id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad ‘Alī Kāzimi Khurāsānī. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1376.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *‘Awā‘id al-Ayām*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1997/1375.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi‘a fī Ahkām al-Shari‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1995/1415.

Qubādī, Kāvih, Muḥammad Riḍā ‘Ilmī. “Mawḍū‘ shīnāsī ‘Atah”, *Fiqh va Uṣūl*. Durīh-yi 47, no. 4, winter 2015/1394, 95-117.

Qutb Rāwandī, Sa‘īd ibn Haba Allāh. *Fiqh al-Qurān*. Qum: Kitābkhānah-yi ‘Umūmī Ḥaẓrat Āyat Allāh al-‘Uẓmā Mar‘ashī Najafī. 1985/1405.

Rafī‘i Hunar, Ḥamid. “Barrisi Taṭbiqī Junūn dar Fiqh va Ravānshīnāsī”, *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī tā Ijtihād*. Durīh-yi 3, no. 2, autumn 2019/1397, 77-100.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Allāz al-Qurān*. Beirut: Dār al-Shāmiya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: Āyīn Dānish. Chāp-i Awwal, 2014/1435.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Istiftā‘āt*. Tehran: Ḥadith Dil. Chāp-i Awwal, 2004/1383.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Zubda al-Uṣūl*. Tehran: Ḥadith Dil. Chāp-i Awwal, 2003/1382.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Qum: Dāyrah Ma‘ārif al-Fiqh

al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Sharʿiyyah fī Fiqh al-Imāmīya*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī.

Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lumʿa al-Dimashqīya*. Qum: Dāwarī. Chāp-i

Awwal, 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qum: al-Maʿarif al-Islāmīya. Chāp-i

Awwal, 1993/1413.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Tamhīd al-Qawāʿid*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Ṭabāṭabāyī, ʿAlī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Masāʾil fī Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalāʾil*. Qum: li-Iḥyāʾ al-Tūrāth. Chāp-i

Awwal, 1997/1418.

Ṭāhirī, Ḥabīb Allāh. *Ḥuqūq-i Madanī*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1951/1370.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīya*. Tehran: al-Murtaẓawīya. 1968/1387.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya, 1987/1407.

Zirāʾat, ʿAbbās. *Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī dar Naẓm Ḥuqūq-i Kunūnī*. Tehran: Quqnūs. Chāp-i Awwal, 2011/1389.



The Possibility of Using the Principle of Inherency (*Mulāzama*) Between Rational Rule and Legal Rule to Assert the Maximum Inclusivity of *Sharī'a*

Mas'oud Jahandoost Dalenjan (Corresponding Author)

PhD Candidate, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: jahandoost.s@gmail.com

Dr. Abedin Mo'meni

Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Modern social systems have brought about significant changes in the personal and social life of Muslims. The direct reflection of these changes on the "actions" of the man on one hand, and the mission of Islamic jurisprudence in clarifying the Islamic rulings of "actions" on the other hand, raises a question: What is the relationship between Islamic jurisprudence and these novel subjects? The question is whether *Fiqh* has provided Islamic rulings for all of these issues, or maybe some of them are not provided for by any Islamic ruling? The majority of Islamic, as well as *Sharī'a* jurists contend that no event is devoid of an Islamic ruling. Therefore, the maximum inclusivity of *sharī'a* can be confirmed. The present study seeks to analyze the primary rationale behind this theory, according to which the principle of Inherency (*Mulāzama*) between rational rule and legal rule can verify the existence of a ruling for every single event. The study has been conducted using the descriptive-analytical method, and concludes that neither form of the principle of Inherency (*Mulāzama*) – whether between Islamic ruling and intrinsic benevolence or evil, or between Islamic ruling and real interests and harms – can verify the maximum inclusivity of *sharī'a*.

Keywords: Will of the law-giver (*shāri'*), maximum inclusivity, the principle of inherency (*mulāzama*), scope of *sharī'a*, negation of absence of ruling (*naf-yi khuluv az hukm*)



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



امکان سنجی تمسک به قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع جهت اثبات شمول حداکثری شریعت^۱

مسعود جهان دوست دالنجان (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Email: jahandoost.s@gmail.com

دکتر عابدین مؤمنی

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

چکیده

نظامات اجتماعی مدرن تغییرات محسوسی در زندگی فردی و اجتماعی مسلمانان ایجاد نموده است. انعکاس مستقیم این تغییرات در «افعال» انسان از یکسو و رسالت علم فقه در بیان حکم شرعی «افعال» از سوی دیگر، پرسش از چیستی نسبت علم فقه با این مسائل نوپیدا را فراروی ما قرار می‌دهد. سؤال این است که آیا فقه، حکم شرعی تمامی این مسائل نوپیدا را بیان کرده است و یا اینکه ممکن است برخی از این مسائل دارای هیچ حکم شرعی نباشند؟ مطابق نظر اکثریت فقه‌های مذاهب اسلامی و نیز فقه‌های امامیه، هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی نیست لذا می‌توان به شمولیت حداکثری شریعت حکم نمود. پژوهش حاضر سعی دارد مهم‌ترین دلیل این نظریه را که عقلی است مورد نقد و بررسی قرار دهد. براساس این دلیل، قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع می‌تواند اثبات‌کننده وجود حکم برای هر واقعه باشد. یافته‌های این پژوهش که به‌روش توصیفی تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد هر دو شکل از قاعده ملازمه؛ یعنی ملازمه بین حکم شرعی و حسن و قبح ذاتی و نیز ملازمه بین حکم شرعی و مصالح و مفساد واقعی نمی‌توانند بر شمولیت حداکثری شریعت دلالت نمایند.

واژگان کلیدی: اراده شارع، شمولیت حداکثری، قاعده ملازمه، گستره شریعت، نفی خلّو از حکم.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری مسعود جهان دوست دالنجان با عنوان «گستره استنباط احکام فقهی در مسائل اجتماعی نوپدید» در دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران می‌باشد.

مقدمه

زندگی فردی و اجتماعی مسلمانان در مواجهه با نظامات اجتماعی مدرن دچار تغییرات اساسی شده است. از آنجاکه این تغییرات مرتبط با افعال مسلمانان بوده و از طرف دیگر، رسالت علم فقه بیان حکم شرعی افعال است؛ لذا نسبت علم فقه با این مسائل نوپیدا از جمله ضروری‌ترین مسائل در این خصوص است. سؤال این است که آیا دانش فقه می‌بایست حکم شرعی تمام این مسائل نوپیدا را بیان کند یا اینکه ممکن است برخی از مسائل دارای هیچ حکم شرعی نباشند؟

مراجعه به کتب فقها نشان می‌دهد بیشترین اهتمام ایشان اختصاص به اصل پاسخ‌گویی راجع به حکم مسائل نوپدید داشته است و بحث از گستره شریعت و اینکه آیا علم فقه باید پاسخ‌گوی مسائل جدید باشد، بررسی نشده و به نوعی به عنوان اصلی موضوعی و به صورت پیش فرض در نظر گرفته شده است. از این رو، بررسی ادله رویکرد شمول‌گرایانه از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ زیرا عدم اعتقاد به شمولیت حداکثری شریعت تأثیرات فراوانی را در دو علم فقه و اصول از خود به جای خواهد گذاشت. به عبارت دیگر، فقه حاضر کاملاً از زاویه شمول‌گرایانه به مسائل نوپدید نگریسته و اموری؛ نظیر تمسک بیش از اندازه به اصول عملیه، عدم امکان نظام‌سازی با فقه حاصل از اصول عملیه و تشکیک در چگونگی استفاده از عموماً و اطلاعات راجع به اموری که هیچ سابقه‌ای در عصر صدور نص نداشته‌اند، از مهم‌ترین چالش‌های این نگاه به شمار می‌رود. این در حالی است که براساس رویکرد کمینه‌گرا، چالش‌های فوق از اساس مرتفع می‌شود. از این رو، فروگذار کردن مسئله گستره شریعت، به نوعی صحه گذاشتن بر چالش‌های مذکور به شمار می‌آید.

باتوجه به این مطلب، پژوهش حاضر سعی دارد مهم‌ترین دلیل عقلی، بلکه دلیل نظریه شمولیت حداکثری شریعت را بررسی کند و به روایی یا عدم‌روایی آن پردازد. براساس این دلیل، قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع می‌تواند اثبات‌کننده وجود حکم برای هر واقعه باشد. با دقت در کتب اصولیان می‌توان به وجود دو شکل از این قانون دست یافت. در شکل نخست، از ملازمه میان حسن و قبح ذاتی اشیا با حکم شرعی صحبت به میان آمده و در شکل دوم، وجود ملازمه میان مصالح و مفاسد واقعی امور با حکم شرعی، دلیلی بر شمولیت حداکثری شریعت دانسته شده است. این پژوهش، متعرض نقد و بررسی هر دو شکل از این قاعده خواهد شد.

راجع به پیشینه پژوهش باید گفت: اکثریت قریب به اتفاق فقها و اصولیان، به شمولیت حداکثری شریعت باور دارند. این تسالم در رأی سبب آن شده است که ایشان به این نظریه نپرداخته و ادله آن را نقد و بررسی نکردند. با این حال، در کتب اصولی انگشت‌شماری، قاعده نفی خلو و قایع از احکام بررسی

اجمالی شده است که از بین آن‌ها می‌توان به القوانین،^۳ ضوابط الأصول،^۴ نتایج الأفكار،^۵ الفصول الغرویه،^۶ مطارح الأنظار^۷ و خزائن الأحکام^۸ اشاره کرد. با عبور از این دوره، دیگر هیچ پژوهش درخورِ ذکرِی در این باره یافت نشده و تنها در دوره اخیر، مقاله «قاعدة نفی الخلو»^۹ به این مسئله پرداخته است. باید گفت: اصولیان مذکور عمدتاً به ادله‌ای، همچون اجماع و برخی از روایات پرداخته‌اند و ادله عقلی این مسئله را فروگذار کرده‌اند، در حالی که می‌دانیم درباره مسئله گستره شریعت، ادله روایی در مقام مقایسه با ادله عقلی هیچ جایگاهی ندارند؛ زیرا همان‌گونه که از کلام برخی از اصولیان استفاده می‌شود، مسئله گستره شریعت مسئله‌ای واقعی است و نه مسئله‌ای تعبدی محض؛ از این رو تمسک به اخبار آحاد برای اثبات گستره حداکثری شریعت راه به جایی نخواهد برد.^{۱۰} بنابراین هیچ شکی در ضرورت بحث از قاعده ملازمه به عنوان مهم‌ترین دلیل عقلی بر نظریه گستره حداکثری شریعت وجود ندارد. در خصوص مقاله «قاعدة نفی الخلو» نیز باید گفت: هر چند این مقاله به ادله عقلی گستره حداکثری شریعت پرداخته و آن را به اثبات رسانیده است، لکن نویسندگان در پژوهش حاضر سعی دارند به امکان‌سنجی تمسک به این ادله، به منظور اثبات شمولیت حداکثری شریعت بپردازند و آن‌ها را مورد نقد جدی قرار دهند.

۱. مفهوم شمول حداکثری شریعت (تحریر محل نزاع)

از آنجاکه هدف اصلی این پژوهش بررسی انتقادی مهم‌ترین دلیل عقلی بر نظریه شمولیت حداکثری شریعت است، لذا پیش از هر چیز ضروری است به مفهوم «شمولیت حداکثری شریعت» و بررسی زوایای آن بپردازیم تا از این راه به مقصود اصلی قائلان به این نظریه نائل آییم و در مسیر نقد دچار خطا نشویم. در تاریخ فقه اسلامی از این نظریه با الفاظ گوناگونی تعبیر شده است: از یک‌سو، برخی از «جامعیت شریعت» و «شمولیت شریعت» صحبت به میان آورده و برخی دیگر، از تعبیر «قاعدة نفی خلو» استفاده کرده‌اند؛ به این معنا که هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی نیست. از آنجاکه تعبیر اخیر رایج‌ترین آن‌هاست، لذا لازم است منظور قائلان به این نظریه از واژه‌های ذیل به درستی تبیین شود.

۳. میرزای قمی، القوانین، ۳/۳۶ تا ۳۴۳.

۴. قزوینی، ضوابط الأصول، ۳۵۹ تا ۳۵۸.

۵. قزوینی، نتایج الأفكار، ۱۵۹ تا ۱۵۷.

۶. حائری اصفهانی، الفصول الغرویه، ۳۶۳ تا ۳۶۶.

۷. انصاری، مطارح الأنظار، ۲/۴۳۹ تا ۴۰۲.

۸. دربندی، خزائن الأحکام، ۱۱/۲.

۹. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلو»، ۱۶۱ تا ۲۰۸.

۱۰. نک: رشتی، بدائع الأفكار، ۳۸۶.

۱.۱. مفهوم حکم

اهل لغت معانی گوناگونی از واژه حکم ارائه داده‌اند؛ مانند بازداشتن از فساد،^{۱۱} قضاوت کردن،^{۱۲} فقه، حکومت، حکمت و امر جزمی و قطعی.^{۱۳} بالاین حال، اگر به استعمالات واژه در معانی فوق بنگریم خواهیم یافت که قدر جامع آن‌ها «منع کردن» و «اتقان» است، همان‌گونه که از کلام برخی از اهل لغت چنین مطلبی استفاده می‌شود.^{۱۴}

با عبور از معنای لغوی، در اصطلاح اصولیان نیز دو معنا برای این واژه ارائه شده است. در رایج‌ترین تعریف، حکم اعتبار یا جعل صادرشده از سوی مولاست که از حیث اقتضا یا تخییر به افعال مکلفان تعلق می‌گیرد و انشا، ابرازکننده آن است،^{۱۵} لکن براساس نظر سیدمحمدباقر صدر، «حکم» قانون صادرشده از سوی خداوند متعال به منظور تنظیم زندگی انسان و راهنمایی اوست.^{۱۶}

در کلام اصولیان، حکم دارای اقسام مختلف و نیز مراتب گوناگون است، لذا می‌بایست هریک به تفکیک بررسی شود تا از رهگذر آن به این مطلب نائل آییم که آیا مراد قائلان به شمولیت حداکثری شریعت، خالی نبودن وقایع از تمامی اقسام و مراتب حکم است یا اینکه برخی از آن‌ها از محل نزاع خارج هستند.

أ. حکم از حیث انواع: براساس دیدگاه شمولیت حداکثری شریعت، هیچ واقعه‌ای از حکم شرعی خالی نیست. نظر به وجود اقسام و انواع گوناگون حکم سؤال این است که مراد قائلان به این دیدگاه، کدام‌یک از اقسام حکم است؟ بدین منظور، هریک به صورت مجزا بحث می‌شود.

یک. حکم از حیث تکلیفی و وضعی بودن: در تراث فقهی امامیه، داخل بودن حکم تکلیفی در محل نزاع، امری یقینی است؛^{۱۷} به این معنا که قائلان به شمولیت حداکثری معتقدند: هیچ واقعه یا فعلی خالی از حکم تکلیفی نیست و بی‌گمان، محکوم به یکی از احکام خمسۀ تکلیفیه است، لکن مخالفان معتقدند: برخی از وقایع دارای هیچ حکم تکلیفی نیستند. ازاین‌رو، شکی در داخل بودن حکم تکلیفی در محل نزاع وجود ندارد. عبارت شهید صدر در توضیح نظریۀ منطقة الفراغ نیز گویای همین مطلب است؛ چراکه وی

۱۱. فراهیدی، کتاب العین، ۳/ ۶۷.

۱۲. جوهری، الصحاح، ۵/ ۱۹۰.

۱۳. مقرئ، المصباح المنیر، ۲/ ۱۴۵؛ طریخی، مجمع البحرین، ۶/ ۴۵.

۱۴. فراهیدی، کتاب العین، ۳/ ۶۷؛ ابن فارس، معجم مقانیس اللغة، ۲/ ۹۱.

۱۵. نائینی، فوائد الأصول، ۴/ ۳۸۴.

۱۶. صدر، دروس، ۱/ ۱۶۲.

۱۷. صدر، ما وراء الفقه، ۷/ ۳۹.

دایره ولایت ولی امر به منظور قانونگذاری را به حوزه مباحات بالمعنی الأعم منحصر می‌داند،^{۱۸} در حالی که اگر قائل به وجود حوزه خالی از حکم شرعی تکلیفی می‌بود، هر آینه می‌بایست دایره ولایت را به این حوزه نیز تعمیم می‌داد.

در ذیل بحث از حکم تکلیفی، ذکر نکته‌ای الزامی است: براساس نظر اصولیان، اباحه به دو قسم است: اباحه اقتضائیه و اباحه غیراقتضائیه.^{۱۹} باتوجه به این مطلب، مطابق نظر برخی اگر قائل به این مطلب باشیم که اباحه به صورت کلی حکمی شرعی نیست، بلکه تعبیر دیگری از عدم حکم است یا اینکه لااقل این مطلب را در خصوص اباحه غیراقتضائیه صحیح بدانیم، در این صورت می‌توانیم راجع به صحیح نبودن نظریه شمولیت حداکثری شریعت یقین حاصل کنیم؛ چراکه بدون شک، وقایع بسیاری مباح است و بنابر نظریه فوق اباحه، حکم شرعی نیست و تعبیر دیگری از عدم حکم است.^{۲۰} لکن باید گفت: این مطلب علی‌رغم وجهاتی که دارد، به نوعی تقلیل دادن و مضیق کردن دایره بحث از شمولیت شریعت است؛ توضیح آنکه، هدف اصلی از بیان مسئله گستره شریعت آن است که بدانیم آیا خداوند متعال برای تمامی جوانب زندگی انسان قانونی را صادر کرده است، به گونه‌ای که به قانونگذاری دیگری محتاج نباشیم یا این گونه نیست؟ به عبارت بهتر، قائلان به شمولیت حداکثری معتقدند: خداوند تمامی قوانین لازم برای رسیدن به سعادت دنیوی و اخروی را تنظیم کرده است و مباح دانستن حکم حوزه‌ای از شریعت به این معناست که آن حوزه احتیاجی به قانون ندارد، بنابراین به قانونگذاری بشری نیز در آن حوزه احتیاجی نیست؛ چراکه اگر در آن حوزه به قانونگذاری دیگری محتاج باشیم، این امر با مفروض ما مبنی بر شمولیت حداکثری شریعت در تنافی است. باتوجه به این مطلب، اگر اباحه را حکم شرعی نپنداریم و آن را عدم حکم بنامیم، این امر مساوی با نفی شمولیت حداکثری نیست، زیرا حکم نبودن اباحه با شمولیت حداکثری جمع شدنی است؛ چراکه این امر به معنای آن است که زندگانی بشر تنها محتاج آن است که با وضع احکام چهارگانه و جوب، حرمت، استحباب و کراهت پر شود و این امر به معنای نفی مرجعیت هر قانونگذاری دیگر در حوزه‌ای است که از احکام چهارگانه مزبور خالی است و این همان شمولیت حداکثری شریعت است. شاهد بر این مطلب، عبارت شهید صدر در ذیل قاعده لاضرر است. براساس نظر وی، آنچه از ادله قاعده عدم خلّو وقایع از احکام برداشت می‌شود آن است که شریعت ناقص نیست و برخی از وقایع را مهمل باقی نگذاشته است

۱۸. نک: صدر، الإسلام يقود الحياة، ۱۹.

۱۹. خمینی، کتاب البیع، ۲۶۵/۶؛ مشکینی، اصطلاحات الأصول، ۱۲۱؛ صدر، دروس، ۱۶۴/۱.

۲۰. لاریجانی، «قاعده نفی الخلّو»، ۱۶۱.

و واضح است که این امر، اعم از الزام و ترخیص به معنای عدم حکم است.^{۲۱} این عبارت به خوبی نشان می‌دهد که شهید صدر عدم حکم نامیدن ترخیص یا اباحه را مساوی با نفی شمولیت حداکثری نمی‌داند.

با گذر از حکم تکلیفی به سراغ حکم وضعی می‌رویم. سؤال این است که آیا تمام وقایع، دارای حکم وضعی هستند یا اینکه برخی از وقایع از هرگونه حکم وضعی خالی است؟ شاید در بدو امر چنین گمان شود که این مسئله‌ای کاملاً مبنایی است و ارتباط مستقیمی با مسئله ماهیت حکم وضعی دارد؛ زیرا اگر قائل باشیم که همه احکام وضعی، منتزع از احکام تکلیفی است، بحث فوق بی معنا می‌شود؛ چراکه تصور حکم وضعی بدون تصور منشأ انتزاعش - که حکم تکلیفی باشد - محال است. لکن باید گفت: این کلام صحیح نیست؛ زیرا براساس این مبنا، هرچند حکم وضعی با حکم تکلیفی تلازم دارد و ملازمه آن از نوع ملازمه منتزع با منشأ انتزاعش است، اما این ملازمه طرفینی نیست و ملازمه صرفاً از یک طرف برقرار است؛ چراکه هرچند حکم وضعی از حکم تکلیفی منتزع می‌شود، لکن این امر به معنای آن نیست که از هر حکم تکلیفی حکمی وضعی منتزع می‌شود. از این رو، می‌توان گفت: بحث کردن از حکم تکلیفی ما را بی‌نیاز از بحث از حکم وضعی نمی‌کند.^{۲۲}

با این وجود به نظر می‌رسد پرداختن به حکم وضعی و بحث از وجود آن برای هر واقعه دارای ثمره چندانی نیست؛ زیرا هدف ما از بحث گستره شریعت آن است که بدانیم آیا خداوند برای هر واقعه حکمی در نظر گرفته است یا خیر، بدون آنکه به وضعی بودن یا تکلیفی بودن آن حکم نظری داشته باشیم. تتبع در کلام فقها و نگاه اجمالی به ادله نیز گویای آن است که حکم وضعی یقیناً محل بحث آن‌ها نبوده است.

دو. حکم از حیث واقعی و ظاهری بودن: حکم در یک تقسیم به حکم واقعی و حکم ظاهری منقسم می‌شود. سؤال این است که مراد قائلان به شمولیت حداکثری شریعت از عدم خلوّ وقایع از احکام، کدام یک از دو قسم حکم است؟ در پاسخ به این سؤال سه وجه متصور است: خالی نبودن وقایع از حکم واقعی، خالی نبودن از حکم ظاهری و خالی نبودن از یکی از احکام واقعی یا ظاهری.

باید گفت: علی‌رغم امکان تصور این وجوه سه‌گانه، آنچه که محل نظر فقها از مسئله گستره شریعت بوده، صرفاً حکم واقعی است و این مهم به روشنی از کلمات برخی از آن‌ها^{۲۳} و نیز از برخی از ادله،^{۲۴} درخور استفاده است.

۲۱. صدر، بحوث، ۴۹۳/۵.

۲۲. لاریجانی، «قاعده نفی الخلوّ»، ۱۶۴.

۲۳. نک: ایوان کیفی، هدایة المسترشدين، ۸۵/۱؛ حائری اصفهانی، الفصول الغرویة، ۳۴۱؛ آشتیانی، بحر الفوائد، ۳۳۳/۱؛ آخوند خراسانی، فوائد الأصول، ۱۳۲.

۲۴. برقی، المحاسن، ۲۷۳/۱؛ کلینی، الکافی، ۲۴۱/۱.

با این وجود، برخی از معاصران در مقام بحث از نقش زمان و مکان در اجتهاد اشاره کرده‌اند که شمولیت شریعت، به معنای خالی نبودن وقایع از حکم است، هر چند آن حکم ظاهری باشد.^{۲۵} بر این اساس، از آنجاکه اصول عملیه جزء احکام ظاهریه به شمار می‌روند و از طرف دیگر مطابق نظر شیخ انصاری تقسیم چهارگانه اصول عملیه تقسیمی حصری و عقلی است،^{۲۶} بی‌گمان در هنگام عدم دسترسی به حکم واقعی می‌توان به یکی از اصول عملیه چهارگانه مراجعه کرد؛ از این رو هیچ واقعه‌ای از حکم خالی نخواهد بود. این فهم از شمولیت شریعت از ناحیه عملی نیز با شیوه رایج اجتهاد تطابق کامل دارد.

لکن باید گفت: داخل دانستن حکم ظاهری در محل نزاع و فهم شمولیت حداکثری در سایه احکام ظاهریه چند اشکال دارد:

اشکال اول: بر اساس برخی از نظریات اصول عملیه، حکم شرعی را نتیجه نمی‌دهند؛ بلکه صرفاً وظیفه عملیه مکلف را مشخص می‌کنند.

اشکال دوم: برخی از اصول عملیه؛ مانند احتیاط و تخیر، احکام عقلی‌اند و مجعولات شرعی به شمار نمی‌روند. اگر اشکال شود که به واسطه قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع می‌توان به شرعی بودن آن‌ها حکم کرد، خواهیم گفت که: در مبحث اصلی این پژوهش به بررسی انتقادی این مطلب می‌پردازیم و نشان می‌دهیم که امکان چنین برداشتی فراهم نیست.

اشکال سوم: ادله‌ای که برای اثبات نظریه شمولیت حداکثری شریعت توسط صاحبان آن ذکر شده، غالباً اختصاص به احکام واقعی دارد. برای مثال، موجود بودن حکم همه امور حتی ارش خدش در کتاب و سنت^{۲۷} به خوبی نشان می‌دهد که محل نزاع صرفاً احکام واقعی است.

اشکال چهارم: تمسک به اصول عملیه، به منظور اثبات شمولیت حداکثری مبتنی بر آن است که قبل از آن اثبات شود که برای هر واقعه، حکمی واقعی وجود دارد. به عبارت بهتر، پیش فرض رجوع به اصول عملیه به منظور اثبات حکم ظاهری برای وقایع آن است که همه وقایع دارای حکم واقعی باشند.^{۲۸}

ب. حکم از حیث مراتب: در ابتدای امر، حکم از یکی از مراتب چهارگانه ذیل خارج نیست:^{۲۹}

۲۵. فاضل لنگرانی، «دور الزمان و المكان فی علم الفقه»، ۱۶۵ تا ۱۶۴.

۲۶. نک: انصاری، فوائد الأصول، ۲۶ تا ۲۵/۱.

۲۷. نک: برقی، المحاسن، ۲۷۳/۱؛ کلینی، الکافی، ۲۴۱/۱.

۲۸. جهان‌دوست دالنجان و همکاران، «نگاهی به آثار نظریات غیرشمول‌گرایانه نسبت به گستره احکام شریعت در دو حوزه فقه و اصول»، ۵۰ تا ۵۰۸.

۲۹. ناگفته پیداست که بدون بررسی مراتب حکم، فهم مراد قائلان به شمولیت حداکثری شریعت ممکن نیست. لکن از آنجاکه نگارندگان در این بخش از پژوهش، سعی در نقد دیدگاه نویسنده مقاله «قاعدة نفی الخلو» دارند، لذا «مراتب حکم» از دیدگاه ایشان طرح شده است، وگرنه شکی نیست که تفاوت‌هایی بین این دیدگاه با دیدگاه آخوند خراسانی - به عنوان مبتکر این بحث - و سایر اصولیان وجود دارد (نک: آخوند خراسانی، در الفوائد، ۷۰؛ قوچانی، تعلیقه، ۱۰/۲؛ مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۲۱۵ تا ۲۱۴/۲). نویسنده مقاله مذکور نیز به این تفاوت‌ها آگاه بوده و دلایل خود را برای عدول از دیدگاه آخوند خراسانی

مرتبه اراده: این مرحله به منزله روح حکم و عبارت است از: اراده مولا برای تحقق مصلحت نهفته در فعل از خلال امثال آن فعل توسط مکلف.

مرحله انشا عبارت است از: مرحله انشای حکم به داعی جعل داعی.

مرحله فعلیت: مراد از فعلیت آن است که تمامی شرایط و قیود موضوعی حکم محقق شود.

مرحله تنجز: مراد آن است که حکم، موضوع این حکم عقل قرار گیرد که در صورت مخالفت با آن، فرد مستحق عقاب است. بی شک، این مرحله با مرحله فعلیت متفاوت است؛ چراکه ممکن است تمامی قیود موضوعی حکمی محقق شود، لکن برای مثال به علت عدم علم مکلف به آن، حکم تنجز پیدا نکرده و مکلف به دلیل عدم امثال، مستحق عقاب نباشد.

باتوجه به این مطالب می‌گوییم: براساس نظر برخی، تمامی این مراتب چهارگانه در محل نزاع داخل نیستند. از این میان، تنها مرتبه اول و دوم داخل در بحث گستره شریعت است و مرتبه سوم و چهارم از موضوع بحث خارج‌اند. خارج بودن مرتبه فعلیت بدان جهت است که بسیاری از احکام به سبب فعلی نبودن موضوعات آن‌ها به فعلیت نمی‌رسند؛ مانند فعلیت نیافتن وجوب حج نسبت به فرد غیر مستطیع. این در حالی است که وجوب حج در مرتبه انشا ثابت است. در خصوص مرتبه تنجز نیز مسئله به همین منوال است؛ زیرا بسیاری از احکام به سبب عدم علم مکلفان به آن‌ها به مرتبه تنجز نمی‌رسند. باتوجه به این مطالب، ادعای خالی بودن بسیاری از وقایع از حکم فعلی و تنجیزی انکارشدنی است.^{۳۰}

باین وجود به نظر می‌رسد ادعای فوق صحیح نیست. از یک سو، مرتبه اراده نمی‌تواند به تنهایی محل نزاع قرار گیرد؛ زیرا مراد از این مرتبه، اراده خداوند به صدور فعل از مکلف است. براین اساس، اگر از طریق به خصوصی برای ما منکشف شود که خداوند انجام این فعل توسط ما را اراده کرده، در این صورت امکان بحث از گستره شریعت از این حیث وجود دارد. لکن باید گفت: این تنها یک فرض است؛ چراکه اگر اراده مزبور از خلال ارسال انبیا و شریعت برای انسان‌ها منکشف نشود، امکان شناسایی نفس اراده وجود ندارد. بنابراین «انکشاف» عنصر اساسی در قضیه است. ازاین رو، باید گفت: امکان تصور بحث در مرتبه اراده، بدون در نظر گرفتن عنصر کشف ممکن نیست.

باتوجه به مطلب فوق، تکلیف مرتبه انشا نیز مشخص می‌شود؛ زیرا اگر خداوند حکمی را جعل کند اما آن را برای بندگان ابراز نکند، نمی‌توان در اینجا به شمولیت حداکثری شریعت حکم کرد؛ چراکه نزاع در بحث گستره شریعت، وجود حکم در افق اعتبار الهی نیست، بلکه باید این جعل برای بندگان منکشف

ذکر کرده است (نک: لاریجانی، «قاعده نفی الخلو»، ۱۶۷). گفتنی است داوری میان این دو دیدگاه از مقصود اصلی این پژوهش خارج است.

۳۰. لاریجانی، «قاعده نفی الخلو»، ۱۶۸.

شود. برای تقریب ذهن اگر تصور کنیم که خداوند قبل از خلقت انسان شریعت خویش را جعل کند اما پس از خلقت انسان هیچ رسولی را برای آگاهی مردم به آن شریعت فرو نفرستد، در آن هنگام نمی‌توانیم بگوییم که شریعت الهی، شریعت شامل و حداکثری است. باتوجه به این مطلب می‌توان دریافت که ملاک آن است که بدانیم رسولان الهی حکم تمامی وقایع را برای بندگان بیان کرده‌اند.^{۳۱}

ازسوی دیگر، خارج بودن مرتبه فعلیت از محل نزاع صحیح نیست، زیرا قائلان به شمولیت حداکثری بر این عقیده‌اند که برای واقعه در ظرف خویش، یک حکم فعلی وجود دارد، نه اینکه ادعا کنند تمامی احکام، فعلی هستند. برای مثال، حکم فعلی حج برای شخص مستطیع، وجوب و حکم فعلی حج برای شخص غیر مستطیع، عدم وجوب است.

۲.۱. مفهوم واقعه

آن چیزی که از نظریه شمولیت حداکثری شریعت به ذهن متبادر می‌شود آن است که تمامی افعال انسان دارای حکم شرعی است. براساس این تصور، مراد از واقعه در قاعده «منع خلّو وقایع از احکام»، افعال انسان است. این تصور با ادبیات فقهایی که متذکر قاعده مذکور شده‌اند نیز هم‌خوانی دارد. بالاین حال، آن چیزی که در مقام عمل و اجتهاد مشاهده می‌کنیم برخلاف تصور فوق است؛ چراکه قائلان به شمولیت حداکثری سعی دارند برای هر پیشامدی حکم فقهی مشخص کنند حتی اگر آن پیشامد از جنس فعل انسانی نباشد. برای مثال، در دوران معاصر برخی از پژوهشگران با مطرح کردن ترکیب فقه الاقتصاد یا فقه اقتصادی سعی کرده‌اند حکم شرعی اموری همچون تورم را مشخص کنند؛ امری که از جنس فعل انسانی نیست، بلکه به صورت غیرمستقیم بر افعال انسان از حیث شرعی تأثیر می‌گذارد. در مثالی دیگر، مسئله فتوای معیار در قانونگذاری یک فعل نیست اما محل بحث پژوهشگران عرصه فقه قرار گرفته است. باتوجه به این مطالب ممکن است این سؤال در ذهن شکل گیرد که مراد از واقعه در قاعده مزبور چیست؟ به نظر می‌رسد واقعه به معنای رویداد یا پیشامدی است که در ظرف زمانی، مکانی و افرادی معینی وجود پیدا کرده و شریعت موضع خود را در خصوص آن رویداد یا پیشامد مشخص کرده است، به گونه‌ای که اگر بشر از آن موضع پیروی کند با مشکلی نسبت به آن مواجه نخواهد شد. این تفسیر از واژه واقعه هرچند با برخی از روایات^{۳۲} همخوانی دارد و در مقام اجتهاد نیز توسط فقها پیگیری می‌شود، اما پاسخ‌گو بودن فقه نسبت به

۳۱. شریعت در اصطلاح آن دستوراتی است که خداوند متعال برای بندگان وضع کرده و در لوح محفوظ ثابت است. در مقابل، فقه دانشی است که به وسیله آن شریعت شناخته می‌شود. با این توضیح و با اندکی تسامح می‌توان فقه را شریعت مستنبط نامید. اما باید اشاره کرد که مراد از «شریعت» در عبارت «گستره شریعت» و به طور کلی در این پژوهش، دستورات ثابت در لوح محفوظ نیست؛ بلکه مراد از آن، دستوراتی است که ازسوی خداوند و به وسیله رسولان برای بندگان فرو فرستاده شده است.

۳۲. نک: کلینی، الکافی، ۲/۲۴۶؛ طبرسی، الاحتجاج، ۲/۴۷۰.

همه امور اقتصادی، سیاسی و فرهنگی را طلب می‌کند؛ امری که از لحاظ امکان، بسیار بعید و محل اشکال همیشگی قانونان به نظریات غیرشمول‌گرایانه بوده است.

۲. قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع و اثبات شمول حداکثری

با دقت در کتب اصولیان می‌توان به وجود دو شکل از این قانون دست پیدا کرد که هریک به صورت مجزا بحث می‌شود.

۲. ۱. شکل اول: ملازمه بین حکم شرعی و حسن وقیح ذاتی

أ. صورت استدلال: نخستین دلیل برای اثبات شمولیت حداکثری شریعت، ادعای وجود ملازمه بین حسن وقیح ذاتی اشیا با حکم شرعی است. براساس این دلیل، اگر عقل حسن فعلی را کشف کند، بی‌گمان در خصوص آن شوق پیدا می‌کند، همان‌گونه که اگر قبیح فعل را تشخیص دهد، از آن کراهت و انزجار پیدا می‌کند. باتوجه به این مطلب، حکم عقل براساس کشف تمام الماک است و شارع نیز به تمام الماک و حسن وقیح اشیا آگاهی دارد، لذا در جایی که عقل نسبت به انجام فعلی شوق پیدا می‌کند و آن را اراده می‌کند، شارع نیز عیناً آن را اراده خواهد کرد و در جایی که عقل نسبت به انجام فعلی منزجر می‌شود و از آن کراهت پیدا می‌کند، شارع نیز عیناً از آن کراهت پیدا خواهد کرد. براین اساس می‌توان گفت: هیچ واقعه‌ای خالی از اراده و کراهت شارع نیست. باتوجه به این مطلب، روح و لب حکم شرعی، اراده و کراهت است؛ لذا می‌توان حکم به خالی نبودن تمام وقایع از حکم شرعی کرد.

ب. اشکالات استدلال: راجع به این استدلال، پنج اشکال مطرح است که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

یک. عدم وجود ملازمه بین علم به حسن وقیح با اراده و کراهت نزد عقلا: صرف علم پیدا کردن به حسن وقیح امور منجر به اراده نزد عقلا نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، هیچ ضرورتی بین اراده یک فعل یا کراهت از آن با علم به حسن وقیح آن فعل وجود ندارد؛ زیرا گاه عقلا حسن برخی از افعال را درک می‌کنند اما آن را اراده نمی‌کنند و اغراض دیگری را نیز در اراده خود دخالت می‌دهند. بر این مطلب دو دلیل وجود دارد: نخست، شهادت وجدان است. برای مثال، ما انسان‌ها بعضاً نسبت به احسان کردن به برخی از اشخاص کراهت داریم، درحالی که اگر به آن اشخاص احسان کنیم از منظر عقلا مستحق تحسین هستیم. دلیل دوم نیز گسترده بودن انجام افعال قبیح و ترک افعال حسن از سوی عقلاست و این امر دلالت دارد بر اینکه بین علم به حسن وقیح با اراده و کراهت ملازمه‌ای وجود ندارد.^{۳۳}

ناگفته پیداست که این دو دلیل زمانی می‌توانند به‌عنوان نقضی بر استدلال محسوب شوند که امر دیگری نیز به آن‌ها ضمیمه شود و آن اینکه هر زمان و هر کجا که امکان تعلق اراده تکوینی به فعل قبیح وجود دارد، قطعاً امکان تعلق اراده تشریعی نیز به آن وجود دارد، زیرا تفاوت این دو صرفاً در متعلق است و اراده تکوینی به فعل نفس و اراده تشریعی به فعل غیر تعلق می‌گیرد.

باین حال، به نظر می‌رسد اشکال فوق وارد نباشد: اولاً، آنچه باعث می‌شود عقلاً به انجام فعل حسن و ترک فعل قبیح همت نگمارند تبعیت از هوس و فساد و خواسته‌های پلید نفسانی است، درحالی‌که این امر درباره خداوند متعال مستحیل است. ثانیاً، با قطع نظر از مطلب فوق باید دانست که قوای فاعلی انسان مختلف است و مراد قائلان به ملازمه، وجود ملازمه بین حسن و قبح عقلی با اراده و کراهت عقلی است، درحالی‌که کلام آخوند خراسانی اساساً از موضع بحث خارج است؛ زیرا عاقلی که مرتکب فعل قبیح می‌شود «فاعل بما هو عاقل» نیست، بلکه «فاعل بما هو ظالم» یا «فاعل بما هو متخیل» و مانند آن است.^{۳۴} جالب اینجاست که آخوند خراسانی در مقام بیان چیستی حسن و قبح، آن‌ها را دو فعل قلمداد می‌کند که یکی ملانم با قوه عاقله است و دیگری منافر با آن؛ به‌گونه‌ای که امر حسن، رضایت و استعجاب قوه عاقله را در پی دارد و امر قبیح، سخط و استغراب را^{۳۵} و می‌دانیم رضایت و سخط، چیزی جز اراده و کراهت نیست.

دو. توجه صرف به حسن و قبح افعال و عدم توجه به مصلحت و مفسده نفس بعث و زجر: صرف آگاهی خداوند متعال به حسن و قبح افعال موجب اراده و بعث بندگان به سمت مراد نمی‌شود؛ زیرا ممکن است موانع عقلی برای بعث و زجر وجود داشته باشد، مانند جایی که میان حسن یک فعل و حسن فعل دیگر تراحم وجود داشته باشد؛ چراکه می‌دانیم در این حالت صرفاً بعث به‌سوی امر اهم، دارای مصلحت است اما بعث به‌سوی امر مهم دارای مصلحت نیست، هرچند امر مهم فی الواقع حسن باشد. برای مثال، بعث شخص قریب‌العهد به اسلام یا صبی به انجام افعال حسن یا ترک افعال قبیح، دارای مفسده است؛ زیرا مصلحت اهمی برای عدم بعث ایشان وجود دارد. به عبارت بهتر، بعث و زجر منحصرماً دایرمدار حسن یا قبح متعلق افعال نیست، بلکه باید به مصلحت و مفسده نفس بعث و زجر نیز توجه کرد. براین اساس می‌توان به دست آورد که امکان خالی بودن برخی از وقایع از حکم انشائی به‌دعای بعث و زجر و بلکه خالی بودن آن‌ها از اراده و کراهت کاملاً متصور است.^{۳۶}

۳۴. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلو»، ۱۸۲.

۳۵. آخوند خراسانی، فوائد الأصول، ۱۲۴.

۳۶. آخوند خراسانی، فوائد الأصول، ۱۳۰ تا ۱۳۱.

لکن برخی اشکال فوق را وارد ندانسته و دو پاسخ برای آن ذکر کرده‌اند:

پاسخ اول: مراد و مقصود قائلان به ملازمه بین حسن فعل و اراده، صرفاً حُسنی است که پس از کسروانکسار مصالح و مفاسد و تمامی عناصر دخیل صورت می‌گیرد و هیچ ملازمه‌ای بین حسن ثابت در فعل قبل از ملاحظه عناوین و جهات ثانویه با اراده وجود ندارد. ازاین‌رو، نقض‌های واردشده، در کلام مستشکل وارد نیست؛ زیرا بعد از ملاحظه تنفر بندگان یا وجود مصلحت مزاحم اهم یا مصلحت تسهیل درباره صبی، حُسنی در اراده و بعث وجود نخواهد داشت.^{۳۷}

پاسخ دوم: گاه، بحث درباره ملازمه بین حسن و قبح عقلی با اراده و کراهت است و گاه، بحث درباره ملازمه آن دو با بعث و زجر یا مرحله خطاب است. محل کلام در اینجا ملازمه بین حسن و قبح با اراده و کراهت است، همان‌گونه که مستشکل در تحریر محل نزاع به آن تصریح کرده است.^{۳۸} باین حال، کلام مستشکل در اینجا اختصاص به صورت دوم دارد، درحالی که می‌دانیم حسب اعتراف وی روح حکم، همان اراده و کراهت است و مستشکل درباره آن اشکالی مطرح نکرده است. بنابراین، یک فعل می‌تواند عقلاً حسن باشد و اراده در خصوص آن وجود داشته باشد اما مانعی در اصدار خطاب صورت گیرد.^{۳۹}

باین حال، به نظر می‌رسد این دو پاسخ به دو دلیل وارد نباشند:

دلیل اول: همان‌گونه که در مبحث مراتب حکم اشاره شد، صرف توجه به مرحله روح حکم؛ یعنی مرحله اراده بدون در نظر گرفتن عنصر انکشاف و جعل صحیح نیست و تا زمانی که بر وفق اراده، جعلی توسط مولا صورت نگیرد، هیچ ثمره‌ای نسبت به بحث از وجود اراده یا عدم آن درباره وقایع وجود ندارد. این در حالی است که پاسخ دوم مبین حالتی است که اراده‌ای در کار باشد اما به سبب وجود مانع، هیچ حکمی توسط مولا جعل نشود. براین اساس می‌توان اشکال کرد که چه دلیلی وجود دارد که اراده فوق در اعتبار وجود حکم شرعی کافی باشد؟ به عبارت بهتر، اراده مادامی که براساس آن جعلی صورت نگیرد، نمی‌توان آن را به منزله روح حکم محسوب کرد. باتوجه به این مطلب می‌توان به روابودن بحث از بعث و زجر در کلام مستشکل پی برد و آن را ناشی از درک صحیح محل نزاع دانست.

دلیل دوم: موضع بحث در اینجا ملازمه بین حکم شرعی و حسن و قبح ذاتی است، نه ملازمه بین حکم شرعی با مصلحت و مفسده. این در حالی است که در پاسخ اول، صحبت از حسن و قبح پس از کسروانکسار به میان آمده است و می‌دانیم حسن و قبح در فعل، ذاتی است و کسروانکسار در جایی است که

۳۷. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلو»، ۱۸۲.

۳۸. آخوند خراسانی، فوائد الأصول، ۱۲۹.

۳۹. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلو»، ۱۸۲.

یک عنوان عارضی ملحق به آن شود و در این حالت با مصلحت و مفسده تناسب بیشتری دارد. بنابراین می‌توان گفت: کلام مستشکل صحیح است؛ زیرا فعل پس از کسروانکسار همچنان حسن است اما مزاحمت، مانع حصول اراده می‌شود.

سه. فقدان اراده به‌هنگام غیرلزومی بودن حسن: امر حسن، گاه لزومی و گاه ندبی و غیرلزومی است. بر همین منوال، امر قبیح نیز همین‌گونه است. لکن «اراده» این‌گونه نیست و صرفاً لزومیه است. باتوجه‌به این مطلب، حسن غیرلزومی، اراده لزومیه در نفس آمر را در پی ندارد؛ بنابراین برخی از وقایع از اراده خالی‌اند. چهار پاسخ به این اشکال وجود دارد:

پاسخ اول: براساس نظر برخی از اصولیان، حسن وقیح غیرلزومی وجود ندارد؛ چراکه تمامی محاسن و قبیاح عقلی به یک حکم عقلی واحد باز می‌گردند و آن حسن عدل و قبیح ظلم است^{۴۰} و این دو، حسن وقیح لزومی است. باید گفت: هرچند این نظریه مورد خدشه برخی از اصولیان و پژوهشگران^{۴۱} قرار گرفته و به موارد نقضی همچون حسن ایثار و حسن طلب کمال به‌عنوان امور حسن غیرلزومی اشاره شده است اما از آنجاکه این اشکال، اشکالی مبنایی است و نه بنایی، به بررسی صحت آن نمی‌پردازیم.

پاسخ دوم: هیچ دلیلی بر منحصر بودن اراده در اراده لزومیه وجود ندارد؛ زیرا گاه اراده، مقتضی تحرکی است که موجب داعی غیراکید در نفس عبد می‌شود و این همان اراده غیرلزومیه است. از این‌رو، کلام کسانی که تقسیم اراده را به اراده شدید و ضعیف انکار می‌کنند،^{۴۲} صحیح نیست.^{۴۳} گفتنی است این اشکال نیز اشکالی مبنایی است و لذا محل بررسی قرار نمی‌گیرد.

پاسخ سوم: این اشکال بر این پایه استوار است که اراده تشریعی با اراده تکوینیه موازنه دارد و هر دو از یک سنخ هستند اما به نظر می‌رسد قیاس اراده تشریعی با اراده تکوینیه صحیح نیست؛ زیرا اراده تکوینیه مستلزم تحریک عضلات است اما اراده تشریعی چیزی را در پی ندارد؛ چراکه حقیقت اراده تشریعی چیزی جز امری نفسانی در آمر نیست.^{۴۴}

پاسخ چهارم: اگر از هر سه پاسخ فوق نیز دست بکشیم، خواهیم گفت: حسن غیرلزومی نیز می‌تواند اراده لزومیه را در پی داشته باشد؛ زیرا عاقل بما هو عاقل به‌سوی حسن غیرلزومی نیز تحرک پیدا می‌کند و اگر از آن منبعث نشود این عدم‌انبعاث ناشی از وجود مانع یا مزاحم، مانند وهم و خیال است، وگرنه عاقل

۴۰. اصفهانی، نهاية الدراية، ۳/۳۱ و ۴/۸۴.

۴۱. نک: صدر، بحوث، ۳۱۸/۲ تا ۳۱۹؛ لاریجانی، «قاعدة نفی الخلوة»، ۱۸۵؛ ابروانی، الحلقة الثالثة، ۵۸/۳.

۴۲. نک: نائینی، فوائد الأصول، ۱/۱۳۵ تا ۱۳۶.

۴۳. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلوة»، ۱۸۵.

۴۴. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلوة»، ۱۸۵ تا ۱۸۶.

بما هو عاقل امر راجح را ترک نمی‌کند. براین اساس، اراده تشریعی نیز همین‌گونه است و عاقل اگر حسن غیرلزومی فعلی را درک کند، نسبت به صدور آن از دیگری شوق و اراده پیدا می‌کند.^{۴۵}

چهار. عدم انحصار امور در حسن و قبیح: زمانی می‌توان به ملازمه مزبور برای اثبات وجود اراده در خصوص تمامی وقایع تمسک کرد که امور منحصر در حسن و قبیح باشند و واقعه‌ای که نه متصف به حسن شود و نه متصف به قبیح وجود نداشته باشد، درحالی که می‌دانیم تالی این استدلال باطل است؛ زیرا اگر مراد ما عدم خلّو امور از حسن و قبیح ولو به واسطه عناوین ثانوی باشد، هیچ برهانی برای آن وجود ندارد و اگر مراد ما عدم خلّو نسبت به عناوین اولیه و ذوات اشیا باشد، خلاف وجدان است؛^{۴۶} چراکه بی‌گمان عقلا اموری را نه دارای حسن می‌دانند و نه دارای قبیح. براین اساس، ملازمه فوق نسبت به این امور شکل نگرفته و درباره آن‌ها هیچ اراده‌ای وجود ندارد. بنابراین، برخی از وقایع خالی از اراده هستند و این همان خالی بودن برخی از وقایع از حکم شرعی است.

پنج. ابتنای ملازمه بر نظریه شمولیت حداکثری شریعت: شاید در بدو امر چنین به نظر برسد که قاعده ملازمه بین حکم شرعی با حسن و قبیح عقلی دلیلی بر شمولیت حداکثری شریعت است، لکن با دقت در می‌یابیم که مسئله کاملاً برعکس است و پیش‌فرض اساسی قاعده ملازمه آن است که سابقاً به شمولیت حداکثری شریعت معتقد باشیم. اگر هیچ پیش‌فرضی نسبت به گستره شریعت نداشته باشیم، در جایی که عقل حسن فعلی را ادراک می‌کند، ممکن است شارع درباره آن فعل سکوت کرده و هیچ حکمی نداشته باشد؛ زیرا چه‌بسا این استعداد را در انسان‌ها مشاهده می‌کند که در خصوص امور مشخصی، خود به قانونگذاری بپردازند و امور خود را به وسیله عقول خویش یا سایر راه‌های متصور اداره کنند. بنابراین، نهایت چیزی که می‌توان از سکوت شارع به دست آورد آن است که خداوند حکمی برخلاف حکم عقل ندارد اما وجود حکم شرعی موافق با حکم عقل اثبات‌شدنی نیست.

ناگفته پیداست که سیدالعقلادانستن شارع و در ادامه اثبات هم‌صدابودن شارع با عقلا و حکم وی به حکم آن‌ها، چیزی جز مصادره به مطلوب نیست؛ زیرا پیش از هر چیز باید احراز کنیم که همه عقلا قوانینی مطابق مدرك عقل عملی جعل کرده‌اند و صرف ادراک وجود حسن و قبیح یا مصلحت و مفسده در متعلق کافی نیست؛ زیرا ممکن است برخی از عقلا، مانند شارع - به سببی که بر ما پوشیده است - قوانینی مطابق ادراک عقلا وضع نکرده باشند. علاوه بر آن، انبعاث عقلا برای جعل قانون به اعتبار وقوع آن در زمره مصالح آن‌ها و به منظور تنظیم امورشان است، درحالی که خداوند متعال از دایره این مصالح خارج است و هیچ

۴۵. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلّو»، ۱۸۶.

۴۶. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلّو»، ۱۸۸.

الزامی برای حکم کردن به حکم عقلا ندارد.^{۴۷}

۲.۲. شکل دوم: ملازمه بین حکم شرعی و مصالح و مفسد واقعی

أ. صورت استدلال: دومین دلیل برای اثبات شمولیت حداکثری شریعت، ادعای وجود ملازمه بین مصالح و مفسد واقعیة افعال با حکم شرعی است. هیچ فعلی از افعال، خالی از مصلحت یا مفسده نیست و از طرف دیگر، خداوند به تمامی مصالح و مفسد امور آگاهی دارد، لذا راجع به برخی از آن‌ها اراده و از مابقی کراهت پیدا می‌کند. از این رو، می‌توان به این نتیجه دست یافت که تمامی وقایع از اراده و کراهت - که لب حکم شرعی اند - خالی نیستند.

ب. اشکالات استدلال: این استدلال با دو اشکال روبه‌روست که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

یک. خالی بودن مباحات غیراقتضایی از مصلحت و مفسده: مهم‌ترین پایه استدلال فوق، خالی نبودن هیچ واقعه‌ای از مصلحت یا مفسده است، در حالی که نه تنها هیچ دلیلی برای اثبات این مطلب وجود ندارد، بلکه دلیلی برخلاف آن نیز موجود است؛ زیرا اگر واقعه از هرگونه اقتضا خالی باشد و برای جعل اباحه نیز هیچ مصلحتی وجود نداشته باشد، آن واقعه می‌بایست از هرگونه حکم شرعی خالی باشد.^{۴۸} به عبارت بهتر، هیچ شکی وجود ندارد که در ورای امور واجب، مستحب، حرام و مکروه، مصلحت یا مفسده‌ای نهفته است. همچنین در خصوص مباحات اقتضایی نیز مصلحتی مبنی بر جعل اباحه وجود دارد. اما راجع به مباحات غیراقتضایی مسئله به شکل دیگری است و این امور، خالی از هرگونه مصلحت و مفسده است. از این رو، درباره این امور هیچ اراده و کراهتی وجود ندارد و لذا اباحه غیراقتضایی، اباحه‌ای عقلی صرف است.

بالین حال، برخی اشکال فوق را وارد ندانسته و دو پاسخ برای آن مطرح کرده‌اند:

پاسخ اول: فرض وجود یک فعل خالی از هرگونه مصلحت و مفسده حتی با وجود عناوین ثانویه بسیار بعید است. به عبارت دیگر، هر فعلی از افعال یا بنفسه دارای مصلحت یا مفسده است یا لااقل به سبب عروض عناوین ثانویه، دارای مصلحت یا مفسده می‌شود و مهم‌ترین دلیل بر این مطلب، وجدان است.^{۴۹}

پاسخ دوم: اباحه منحصر در اباحه اقتضاییه است و فرض وجود اباحه غیراقتضاییه ممکن نیست؛ زیرا در جایی که فعل هیچ‌گونه ملاکی ندارد یا - در صورت وجود هم‌زمان مصلحت و مفسده - هیچ‌یک از دو ملاک بر دیگری ترجیح ندارد. برای جعل اباحه به خصوص مصلحتی متصور است و آن مصلحت

۴۷. صدر، بحث، ۱۳۸/۴ تا ۱۳۹.

۴۸. خمینی، مناهج الأصول، ۱۹/۲ تا ۱۹/۱؛ آملی، مجمع الأفكار، ۳۲۲/۱.

۴۹. لاریجانی، «قاعدة نفی الخلوة»، ۱۹۰.

«تسهیل» یا «مطلق العنان» بودن مکلفان است؛ به این معنا که، مکلفان در مقام عمل دارای تریخیص هستند و احساس ضیق و کلفتی از ناحیه شریعت احساس نکنند. باوجود این مصلحت، اراده شارع به جعل اباحه نیز اثبات‌شدنی است و لذا می‌توان به خالی نبودن تمام وقایع از اراده -به‌عنوان لب حکم شرعی- دست یافت. علاوه بر این، حتی اگر مصلحت تسهیل را به‌تنهایی مقتضی جعل اباحه ندانیم، می‌توانیم از وجود مصلحت دیگری نیز خبر دهیم و آن تمکن مکلفان از نسبت دادن فعل و ترک به مولاست؛ زیرا همان‌گونه که مکلفان به‌هنگام امثال واجبات، آن‌ها را به وجوب الهی نسبت می‌دهند، درباره مباحات نیز همین‌گونه است و می‌توان در این‌گونه موارد، اباحه را به خداوند متعال نسبت داد.^{۵۰}

هرچند انکار وجود مباح غیراقتضایی برخلاف نظر مشهور اصولیان است،^{۵۱} اما فارغ از این مطلب، این دو پاسخ به استناد ادله دیگری نیز وارد نیستند:

دلیل اول: نمی‌توان اطمینان حاصل کرد که جعل تمامی مباحات بر پایه مصلحت تسهیل و مطلق‌العنان بودن مکلفان است؛ زیرا در صورت نظر به قانونگذاری عرفی خواهیم یافت که در برخی از موارد قانونگذار هیچ دلیلی برای مطلق‌العنان گذاشتن مردم یا مقیدکردن آن‌ها پیدا نمی‌کند اما باین حال هیچ مقرره‌ای وضع نمی‌کند. این عدم‌وضع مقرر به دلیل آن نیست که برای مطلق‌العنان گذاشتن آن‌ها مصلحتی وجود دارد، بلکه به این دلیل است که مصلحتی برای مقیدکردن مردم یافت نشده است. ناگفته پیداست که صرف وجود این احتمال برای متزلزل کردن پایه‌های اشکال مستشکل کافی است.

دلیل دوم: با فرض وجود مصلحت تسهیل در تمامی مباحات، سؤال اصلی آن است که آیا بین وجود این مصلحت و جعل شرعی اباحه، ملازمه‌ای انحصاری وجود دارد؟ به نظر می‌رسد در اینجا تفاوتی بین اباحه با سایر احکام تکلیفیه وجود دارد. در خصوص احکام غیرمباح؛ مانند وجوب، اراده خداوند برای وصول مکلف به مصلحت جز از طریق جعل حکم وجوب محقق نمی‌شود اما در خصوص مصلحت تسهیل، اراده از دو طریق تحقق‌یافتنی است: نخست آنکه، خداوند به جعل حکم اباحه مبادرت ورزد و دیگر آنکه، هیچ حکمی را جعل نکند. طریق اول بر طریق دوم هیچ ترجیحی ندارد، لذا ملازمه مذکور ملازمه‌ای انحصاری نیست و علی‌رغم آنکه بین وجود مصلحت و اراده تلازم وجود دارد، لکن اراده مباح مستلزم جعل شرعی حکم اباحه نخواهد بود. باتوجه به این مطلب و آنچه در تحریر محل نزاع گذشت، آنچه مهم است جعل شرعی است و صرف اثبات وجود اراده مقنن، شمولیت حداکثری شریعت را نتیجه نمی‌دهد.

۵۰. لاریجانی، «قاعده نفی الخلو»، ۱۹۱ تا ۱۹۲.

۵۱. نک: خمینی، کتاب البیع، ۲۶۵/۶؛ مشکینی، اصطلاحات الأصول، ۱۲۱؛ صدر، دروس، ۱۶۴/۱.

البته باید اشاره کرد که این اشکال تنها بر شکل رایج نظریه شمولیت حداکثری شریعت - یعنی قاعده «ما من واقعه إلا و لها حکم» - وارد است اما بر شکل مختار این پژوهش وارد نیست؛ زیرا همان گونه که در تحریر محل نزاع گذشت حتی اگر اباحه را عدم حکم بنامیم و آن را قسمی از اقسام احکام محسوب نکنیم، باز هم این مطلب مساوی با نفی شمولیت حداکثری نیست و این دو با هم جمع شدنی است.

دلیل سوم: باتوجه به صورت استدلال خواهیم یافت که مستدل در مقام بیان ملازمه بین مصلحت و مفسده «افعال» با اراده خداوند است. این در حالی است که در اینجا از مصلحت «نسبت دادن فعل به خداوند» صحبت به میان آمده است و خبری از مصلحت ذات فعل مباح نیست؛ بنابراین ملازمه ای بین مصلحت فعل با اراده محقق نشده است. با صرف نظر از این اشکال، صدق عنوان مصلحت بر «انتساب فعل به خداوند متعال» نیز اثبات شدنی نیست و از منظر عقل، مصلحتی برای نسبت دادن فعل به خداوند متصور نیست.

دو. کافی نبودن اثبات وجود اراده و لزوم اثبات جعل حکم در خصوص تمام وقایع: با قطع نظر از اشکال پیشین باید گفت: نهایت چیزی که به سبب این استدلال اثبات شدنی است، وجود اراده خداوند در خصوص تمام وقایع است، اما همان طور که در تحریر محل نزاع گذشت صرف وجود اراده موجب اثبات شمولیت حداکثری شریعت نمی شود، زیرا ممکن است خداوند متعال به سبب وجود مصالح مزاحم اهم، جعل حکم در خصوص یک حوزه خصوصاً مباحات را ترک کند. بنابراین، مهم اثبات جعل حکم درباره تمام وقایع است و این مطلب با استفاده از قاعده ملازمه بین اراده خداوند و مصالح و مفسدات واقعیه اثبات شدنی نیست.

نتیجه گیری

قریب به اتفاق فقهای امامیه دانش فقه را پاسخ گوی تمامی مسائل نوپیدا می دانند و به نوعی قائل به شمولیت حداکثری شریعت هستند. براساس این گرایش رایج، هیچ واقعه و حوزه ای خالی از حکم شرعی نیست و وظیفه فقیه استخراج حکم شرعی این امور از منابع اربعه است. این رویکرد شمول گرایانه بر ادله مختلفی بنا شده است اما مهم ترین دلیل عقلی و بلکه مهم ترین دلیل آن، قاعده ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع است.

با دقت در کتب اصولیان می توان به وجود دو شکل از این قانون دست یافت: در شکل نخست، از ملازمه میان حسن و قبح ذاتی اشیا با حکم شرعی صحبت به میان آمده و در شکل دوم، وجود ملازمه میان مصالح و مفسدات واقعی امور با حکم شرعی، دلیلی بر شمولیت حداکثری شریعت دانسته شده است.

با این حال، به نظر می‌رسد هر دو شکل نمی‌توانند وجود حکم شرعی برای هر واقعه را به اثبات برسانند؛ چراکه مورد شکل نخست، اولاً بعث و زجر دایر مدار حسن یا قبیح متعلق افعال نیست، بلکه باید به مصلحت و مفسده نفس بعث و زجر نیز توجه کرد. عدم مصلحت در بعث شخص قریب‌العهد به اسلام برای انجام امور حسن، نمونه‌ای از این مسئله است. ثانیاً، هیچ دلیلی بر انحصار امور در حسن و قبیح یافت نمی‌شود؛ بنابراین برخی از وقایع می‌توانند خالی از هرگونه اراده باشند. ثالثاً، ملازمه بین حسن و قبیح عقلی با حکم شرعی نه تنها نمی‌تواند اثبات‌کننده وجود حکم برای هر واقعه باشد، بلکه با دقت در این دلیل می‌توان دریافت که وجود حکم برای هر واقعه پیش‌فرض اصلی قاعده ملازمه است.

درباره شکل دوم نیز باید گفت: اولاً، مباحات غیراقتضایی، خالی از هرگونه مصلحت و مفسده هستند؛ از این رو نمی‌توان از طریق این ملازمه به وجود حکم شرعی برای هر واقعه دست یافت. از طرف دیگر، انکار وجود مباحات غیراقتضایی نیز ره به جایی نخواهد برد؛ زیرا اراده شارع بر دستیابی به مصلحت تسهیل از طریق عدم جعل حکم نیز محقق می‌شود و لزومی در جعل اباحه وجود ندارد. ثانیاً، اثبات وجود اراده برای هر واقعه مساوی با وجود حکم برای هر واقعه نیست؛ زیرا ممکن است خداوند به سبب وجود مصالح مزاحم اهم، جعل حکم راجع به یک حوزه، خصوصاً مباحات را ترک کند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد. تهران: مؤسسه الطبع و النشر التابعة لوزارة الثقافة و الإرشاد الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. فوائد الأصول. تهران: وزارت ارشاد. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- آشتیانی، محمدحسن. بحر الفوائد فی شرح الفرائد. بیروت: مؤسسة التاريخ العربی. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- آملی، هاشم. مجمع الأفكار و مطرح الأنظار. به‌تقریر محمدعلی اسماعیل پور. قم: المطبعة العلمیة. چاپ اول، ۱۳۹۵ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقانیس اللغة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- اصفهان‌ی، محمدحسین. نهاية الدراية فی شرح الکفاية. بیروت: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ نهم، ۱۴۲۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مطرح الأنظار. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- ایروانی، باقر. الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني. تهران: قلم. چاپ اول، ۲۰۰۷م.
- ایوان کبفی، محمدتقی بن عبدالرحیم. هداية المسترشدين. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- برقی، احمد بن محمد. المحاسن. قم: دار الكتب الإسلامية. چاپ دوم، ۱۳۷۱ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
جهاندوست دالنجان، مسعود و همکاران. «نگاهی به آثار نظریات غیر شمول گرایانه نسبت به گستره احکام شریعت
در دو حوزه فقه و اصول»، پژوهش نامه فقه اجتماعی. س ۱۱، ش ۲۱، ۱۴۰۱، ۴۱ تا ۶۰.

10.30497/IRJ.2022.76394

حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. الفصول الغروية فی الأصول الفقهية. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
خمینی، روح الله. مناهج الوصول إلى علم الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول،
۱۴۱۵ق.

دربندی، آقابن عابد. خزائن الأحكام. قم: بی نا. چاپ اول، بی تا.
رشتی، حبیب الله. بدائع الأفكار. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، بی تا.
صدر، محمد. ماوراء الفقه. بیروت: دار الأنواء. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
صدر، محمدباقر. الإسلام يقود الحياة. قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر. چاپ دوم،
۱۴۳۶ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه
اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۸ق.
طبرسی، احمد بن علی. الاحتجاج. مشهد: مرتضی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی. چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
فاضل لنکرانی، محمدجواد. «دور الزمان و المكان فی علم الفقه»، فقه اهل البيت عليهم السلام. س ۱۴، ش ۵۳،
۱۴۲۹ تا ۱۷.

فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
قزوینی، ابراهیم بن محمدباقر. ضوابط الأصول. قم: بی نا. ۱۳۷۱ق.
قزوینی، ابراهیم بن محمدباقر. نتائج الأفكار. بمبئی: بی نا. ۱۲۵۸ق.
قوچانی، علی. تعلیقة القوچانی علی کفایة الأصول. قم: بی نا. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
لاریجانی، صادق. «قاعدة نفی الخلق»، دراسات اصولية. س ۳، ش ۹، ۱۴۲۸ق، ۲۰۸ تا ۲۱۶.
مشکینی، علی. اصطلاحات الأصول و معظم ابحاثها. قم: الهادی. چاپ ششم، ۱۳۷۴.

جهان دوست، مؤمنی؛ امکان سنجی تمسک به قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع جهت اثبات ... / ۱۵۵

مقری، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الرضی. چاپ اول، بی تا.
مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. به تقریر احمد قدسی. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحکمة فی الأصول المتقنة. قم: احیاء الكتب الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.

نائینی، محمد حسین. فوائد الأصول. به تقریر محمد علی کاظمی خراسانی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.

Transliterated Bibliography

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *al-Farā'id al-'Uṣūl*. Tehran: Vizārat-i Irshād. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Durar al-Fawā'id fī al-Hāsiyah 'alā al-Farā'id*. Tehran: Mū'assisa al-Ṭab'a wa al-Nashr al-Ṭabī'a li-Vizārat al-Thaqāfa wa al-Irshād al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Āmulī, Hāshim. *Majma' al-Afkār wa Maṭrah al-Anzār*. bi Taqrīr Muḥammad 'Alī Ismā'ilpūr. Qum: al-Maṭba'a al-'Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1975/1395.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Farā'id al-'Uṣūl*. Qum: Majm' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Nuhum, 2007/1428.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Maṭāriḥ al-Anzār*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Āshtiyānī, Muḥammad Hasan. *Baḥr al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. Beirut: Mū'assisa al-Tārikh al-'Arabī. Chāp-i Awwal, 2008/1429.

Barqī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Mahāsīn*. Qum: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 1952/1371.

Darbandī, Āqā ibn 'Ābid. *Khazā'in al-Aḥkām*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, s.d.

Farāhidī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-'Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Duwūm, 1990/1410.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad Javād. "Dawr al-Zamān wa al-Makān fī 'Ilm al-Fiqh", *Fiqh Ahl-i Bayt(AS)*, yr. 14, no. 53, 129-174.

Ḥā'irī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn ibn 'Abd al-Raḥīm. *al-Fuṣūl al-Gharawiyah fī al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Ihyā' al-'Ulūm al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Īrawānī, Bāqir. *al-Ḥalqa al-Thālitha fī Uslūbihā al-Thānī*. Tehran: Qalam. Chāp-i Awwal, 2007/1385.

Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihyā' al-Tūrāth. Chāp-i

Duwwum, 2008/1429.

Īwān Kiyfī, Muḥammad Taqī ibn ‘Abd al-Raḥīm. *Hidāya al-Mustarshidin*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2008/1429.

Jahāndūst Dālinijān, Mas‘ūd et al. “Nigāhī bi Āṣār Nazariyāt Ghiyr-i Shumūlgirāyānih Nisbat bi Gustariḥ Aḥkām Shari‘at dar dū Ḥawzah Fiqh va Uṣūl”, *Pazhūhishnāmah-yi Fiqh Ijtimā‘ī* yr. 11, no. 21, 2023/1401, 41-60.

Jawhari, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabiyya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay‘*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Manāḥij al-Wuṣūl ilā ‘Ilm Uṣūl*. Qum: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

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

Lārijānī, Ṣādiq. “Qā‘ida Nafy al-Khulūw”, *Dirāsāt Uṣūliyya*. Yr. 3, no. 9, 2007/1428, 161-208.

Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Taqrīr Aḥmad Qudsi. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl al-Mutqanah*. Qum: Ihya’ al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Mishkinī, ‘Alī. *Iṣtilāḥāt al-Uṣūl wa Mu‘āzam Abḥāthihā*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Shishum, 1996/1374.

Muqri, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munir fi Gharib al-Sharḥ al-Kabir li-l-Rāfi‘ī*. Qum: Dār al-Raḍī. Chāp-i Awwal, s.d.

Nā‘īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā’id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad ‘Alī Kāzimi Khurāsānī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.

Qazwīnī, Ibrāhīm ibn Muḥammad Bāqir. *Dawābiṭ al-Uṣūl*. Qum: s.n. 1952/1371.

Qazwīnī, Ibrāhīm ibn Muḥammad Bāqir. *Natā’ij al-Afkār*. Bamba: s.n. 1842/1258.

Qūchānī, ‘Alī. *Ta’liqa al-Qūchānī ‘alā Kitāba al-Uṣūl*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Rashti, Ḥabīb Allāh. *Al-Badā‘i‘ al-Afkār*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *al-Islām Yaqūd al-Ḥayāt*. Qum: Markaz al-Ibḥāth wa al-Dirāsāt al-Takhaṣṣiyya li-l-Shahīd al-Ṣadr. Chāp-i Duwwum, 2015/1436.

جهاندوست، مؤمنی؛ امکان سنجی تمسک به قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع جهت اثبات ... / ۱۵۷

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr Sayyid Maḥmūd Ḥāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū’assisa Dāyira al-Ma’ārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Sivum, 1996/1417.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Panjum, 1997/1418.

Şadr, Muḥammad. *Māwar’ al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Aḍwā’. Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Ṭabarsī, Aḥmad ibn ‘Alī. *al-Iḥtijāj*. Mashhad: Murtaḍā. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Baḥrayn*. Tehran: Kitābfurūshī Murtaẓavī. Chāp-i Sivum, 1995/1416.



Approaches to Respond to Ethical Challenges of Islamic Criminal Laws (*Aḥkām*)

Dr. Naser Zaker Shushtari

PhD graduate, department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Hossein Naseri Moghadam  (Corresponding Author)

Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Email: naseri1962@um.ac.ir

Dr. Mohammad Taqi Fakhlaei

Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

Criminal laws (*aḥkām-i jazāʾī*) constitute a part of the body of Islamic *Sharʿa*. In the modern world, some claim that some of these rulings, such as the execution of apostates, harsh punishment methods, *lūth* and *qasāma*, retaliation punishment (*qisās*) against the mother, etc. go against ethical criteria. Three main approaches can be identified regarding this issue: defensive and justificatory, critical and reformist, and ethical/rationalist. The first group entirely denies the existence of any challenges and considers religious rulings to align with religious ethics. The second group acknowledges the existence of the challenge and seeks reform regarding the issue. The rational approach, however, emphasizes the necessity for *sharʿa* to align with ethical norms and propositions. Therefore, the third group supports fundamental changes to the foundations of criminal laws. The present essay employs a critical-analytical approach and seeks to offer practical solutions to resolve the discrepancy between criminal laws and ethical standards, aiming to make them more socially acceptable. The authors contend that when a criminal law goes against collective reason and conscience, ethical proposition should take precedence. Therefore, it is necessary to Review some of the criminal rulings in light of ethical and rational principles.

Keywords: normative ethics, Islamic criminal system, criminal laws, criminal justice, philosophy of criminal jurisprudence



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



افشور

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۱۸۸ - ۱۵۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۸

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.73853.1234>

نوع مقاله: پژوهشی

رهیافت‌های مواجهه با چالش‌های اخلاقی احکام کیفری اسلام

دکتر ناصر ذاکر شوشتری

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر حسین ناصری مقدم (نویسنده مسئول)

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

Email: naseri1962@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

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

چکیده

احکام جزایی بخشی از پیکره شریعت اسلامی را تشکیل می‌دهند. در دنیای جدید برخی مدعی‌اند بعضی از این احکام از قبیل اعدام مرتد، شیوه‌های خشن مجازات، لوٹ و قسامه، قصاص مادر و... با معیارهای اخلاقی مغایر هستند. در مواجهه با این مسئله، سه رویکرد اصلی را شاهدیم: مدافعه‌جو و توجیه‌گرا؛ منتقد و اصلاح‌گرا؛ اخلاق/عقل‌گرا. دسته نخست اساساً منکر وجود هرگونه چالشی است و احکام شرعی را منطبق بر اخلاق دینی می‌داند. گروه دوم با قبول اصل چالش، اصلاحاتی در این موارد به عمل می‌آورد. اما رویکرد اخلاق‌گرا ضمن تأکید بر لزوم انطباق شریعت با گزاره‌ها و هنجارهای اخلاقی، به ایجاد تغییرات اساسی در مبانی احکام جزایی باور دارد. این جستار با به‌کارگیری روش تحلیلی انتقادی درصدد ارائه راه‌حلی عملی جهت رفع تغایر میان برخی از احکام جزایی با معیارهای اخلاقی و جامعه‌پذیرترکردن آن‌هاست. باور نگارندگان آن است در مواردی که حکمی جزایی با عقلانیت و وجدان جمعی در تغایر باشد، گزاره اخلاقی مقدم می‌شود؛ ازاین‌رو ضروری است پاره‌ای از احکام جزایی در پرتو اصول اخلاقی و عقلانی مورد بازخوانی واقع شود.

واژگان کلیدی: اخلاق هنجاری، نظام کیفری اسلام، احکام جزایی، عدالت کیفری، فلسفه فقه جزایی.

مقدمه

بخش بزرگی از احکام فقهی مربوط به جزائیات و امور کیفری است. امروزه که نگاه‌های بیرونی و از منظر علوم مختلف به آموزه‌های اسلامی شدت گرفته است، این احکام در ترازوی داوری عقل و عرف و اخلاق سنجیده می‌شوند. از جمله چالش‌های مهم در روزگار ما راجع به تضاد (ولو در ظاهر) برخی از احکام جزایی اسلام با معیارها و گزاره‌های اخلاقی است. برای نمونه، سنگسارکردن زانی محصن و محصنه، تصلیب محارب، قصاص مادر در قتل فرزندش، اعدام مرتد و امثال آن، با کرامت انسانی و اصل عدالت اخلاقی سنجیده می‌شود.

این مقاله می‌کوشد ضمن بیان برخی از احکام کیفری اسلام که از منظر اخلاقی نابایسته به نظر می‌رسند، به بررسی رهیافت‌هایی که در برابر این چالش‌ها وجود دارد بپردازد. بدون تردید، تحکیم مبانی شریعت اسلامی و جامعه‌پذیرکردن آن‌ها مرهون چنین تلاش‌هایی است.

روش این تحقیق با توجه به میان‌رشته‌ای بودن و نگاه بیرونی، تحلیلی انتقادی است. درون‌مایه اصلی مباحث، با فلسفه فقه و حقوق، فلسفه اخلاق و معرفت‌شناسی در ارتباط است.

برای تحلیل و تنقیح پرسش تحقیق بایسته است مطالبی چند روشن شود و از آنجاکه هدف غایی این نوشتار راه کارهای تبیین و پاسخ‌گویی به این‌گونه چالش‌هاست، فقط به چند موضوعی که در پی می‌آید، به صورت مجمل می‌پردازیم.

۱. چیستی اخلاق

اخلاق به مثابه یک علم، شناخت ملکات و فضایل در برابر رذایل نفسانی است^۲ اما اخلاقی که در این نوشتار بر آن تأکید می‌ورزیم، هنجارها و ارزش‌هایی است که راهنمای رفتارند. به این اخلاق، «اخلاق هنجاری» می‌گویند^۳ و حاکم به این اخلاق، عقل و عرف خردمندان است. گرچه امروزه در فلسفه اخلاق غربی سه رویکرد عمده وجود دارد: وظیفه‌گرایی یا اخلاق وظیفه‌کانت، نتیجه‌گرایی یا غایت‌گرایی جان استوارت میل و اخلاق فضیلت مکین‌تایر،^۴ اما در بسیاری از مصادیق چالشی مدّ نظر ما، از منظر این خوانش‌ها دارای حکم واحدی هستند. میزان حکم اخلاقی در این رویکرد، عرف عام خردمندان است.

۲. ابن‌مسکویه، تهذیب الاخلاق، ۵۱؛ غزالی، میزان العمل، ۶۶؛ فیض کاشانی، المحجة البیضاء، ۹۵/۵.

۳. ژکس، فلسفه اخلاق، ۱۰.

۴. مرداک، مقدمه سیطره خیر، ۲۸؛ طالقانی، سیطره خیر، ۱۲ تا ۸.

۲. ذکر نمونه‌هایی از مصادیق چالشی

پیش از هر بحثی لازم است نمونه‌هایی از احکام جزایی اسلام که ادعا شده با موازین و معیارهای اخلاقی مغایرت دارند ذکر شود تا بستر بحث‌های آتی فراهم آید. مراد از مباحثی که در این قسمت ذکر می‌شود، تنها بیان نمونه‌هایی است که به نظر می‌رسد با گزاره‌های اخلاقی مغایر باشند و مقصود آن نیست که این مصادیق مورد تحلیل استنباطی و واکاوی تفصیلی فقهی قرار گیرد و همه جوانب، اقوال و ادله آن‌ها بحث و بررسی شود. تغایر این احکام با اخلاق، گاهی در ناحیه جرم‌انگاری و گاهی در ناحیه نوع و کیفیت مجازات است. از میان چندین مصداق، تنها به تعدادی اشاره می‌شود: ا. اجرای مجازات‌های خشن (رجم، تصلیب، قطع دست، تازیانه و...)، ب. پذیرفته‌نشدن توبه مرتد فطری و اعدام او، ج. قصاص مادر در قتل فرزند و عدم قصاص در خصوص پدر، د. تنصیف دیه زن، ه. شرطیت تساوی در دین در قصاص، و. مخیربودن اولیای دم در قتل و استرقاق ذمی و سه نمونه دیگر.

اینک هریک از این موارد را به اختصار توضیح می‌دهیم:

ا. مجازات‌های خشن (رجم، تصلیب و...): از دیرباز مفهوم مجازات توأم با درد، رنج و آسیب‌های جسمی و روحی بوده است. سوزاندن، تکه‌تکه‌کردن، پرتاب از بلندی، خراب‌کردن دیوار، به دار آویختن، به صلیب کشیدن و امثال آن‌ها نمونه‌هایی از این گونه کیفرها بوده است. اسلام برخی از این مجازات‌ها را که قبل از خودش نیز وجود داشت تقریر کرد؛ مثلاً تصلیب که به تصریح قرآن کریم در اُمم قبلی هم بوده، تأیید شد.^۵ همچنین قطع دست و پا به صورت متخالف نیز موروث پیش از اسلام است.^۶ رجم نیز بنا بر ادعای برخی، در امت یهود رواج داشته است.^۷ به باور بعضی، در دوران جدید عقلانیت و عرف بشری با انجام مجازات‌های خشن و سخت میانه‌خوشی ندارند و این گونه اعمال را غیراخلاقی تلقی می‌کنند.^۸ به نظر می‌رسد در گذشته‌های دور کیفرهای سخت براساس مبانی مکتب سزادهی، امری عادی و انسانی و اخلاقی به حساب می‌آمده‌اند، ولی امروزه با تحولات فردی و اجتماعی و تغییراتی که در بینش و نگرش و گونه زندگی بشر ایجاد شده است، نگاه عمومی راجع به این نوع کیفرها دستخوش تغییر شده است.

ب. پذیرفته‌نشدن توبه مرتد فطری و اعدام او: ارتداد، به معنای تغییر دین و نوکشی است. مسلمانی که از اسلام خارج شود؛ خواه اساساً بی‌دین شود یا یکی از ادیان توحیدی یا غیرتوحیدی را بپذیرد، مرتد

۵. طه: ۷۱.

۶. اعراف: ۱۲۴؛ شعراء: ۴۹.

۷. جناتی، «بررسی مبانی فقهی رجم»، ۱۳۹.

۸. نوبهار، «به سوی مجازات‌های هرچه انسانی‌تر»، ۳۲۷.

شمرده می‌شود. احکام سنگینی برای مرتد، به‌ویژه مرتد فطری مرد تشریع شده است. مستند این احکام، روایاتی است که در این باب وارد شده است^۹ و فقیهان براساس آن‌ها فتوا داده‌اند.^{۱۰} در رهیافت اخلاقی، تغییر دین و آیین درخور بحث و نقد است که در مباحث آتی اشاره می‌شود.

ج. قصاص مادر در کشتن فرزند: تفاوت حکم قصاص مادر در قتل فرزندش نسبت به عدم حکم قصاص پدر در قتل فرزندش از منظر عدالت اخلاقی مورد چالش است؛ چراکه دیدگاه اغلب فقیهان در خصوص کشتن فرزند توسط مادر، حکم به قصاص مادر است^{۱۱} و سایر فقیهان امامیه نیز حکم به قصاص مادر در فرض مذکور داده‌اند و حتی ابوالصلاح حلبی که در سرقت مادر از اموال فرزند قائل به عدم جواز قطع دست است، در قتل حکم به قصاص مادر داده است.^{۱۲} تنها، معدودی از فقیهان معتقد به عدم قصاص مادر هستند،^{۱۳} اما برخی از فقیهان اهل سنت به جنبه اخلاقی موضوع نیز تمسک جسته‌اند. ابن‌قدامة در نفی قصاص از مادر به سبب قتل فرزندش، وجوب برّ بر مادر را اولی از پدر دانسته است.^{۱۴}

د. تصفیه دینه زن در اعضا: ازجمله موضوعات چالشی در باب قصاص، تصفیه دینه زن است در صورتی که به یک سوم دینه برسد؛ به این معنا که، اگر مردی به زنی جراحی وارد کرد و به مقدار یک سوم دینه کامل برسد، دینه زن نصف می‌شود. صاحب‌جواهر دلیل این حکم را روایات مستفیضه می‌داند.^{۱۵} این حکم از زمان صدور تاکنون محل بحث بوده است تا اندازه‌ای که خود راوی؛ یعنی ابان بن تغلب به آن اعتراض می‌کند.^{۱۶} به هر روی، برخی بر دلالت این روایت از جهت مخالفت با معیارهای عقلی و اخلاقی خدشه وارد و آن را طرد کرده‌اند.^{۱۷}

ه. عدم شرطیت تساوی در دین در قصاص: ازجمله شروط جریان قصاص، تساوی جانی و مجنی‌علیه در دین است و براین اساس، چنانچه مسلمان عادت به کشتن کفار نداشته باشد، در صورت

۹. کلینی، الکافی، ۲۵۷ تا ۲۵۶/۷؛ ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۴۹/۳؛ طوسی، تهذیب، ۱۳۶/۱۰؛ طوسی، الإستهصار، ۲۵۳/۴؛ حر عاملی، وسائل، ۳۲۴/۲۸.

۱۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۶۰۴ تا ۶۰۳/۴۱.

۱۱. طوسی، نهایی، ۷۳۹؛ محقق حلبی، شرایع، ۹۸۸/۴؛ علامه حلبی، قواعد، ۶۰۸/۳؛ شهید ثانی، الروضة، ۶۴/۱۰؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۹۷/۱۱؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۱۷۰/۴۲.

۱۲. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۸۶.

۱۳. ابن‌جنید اسکافی، مجموعه فتاوی، ۳۶۹؛ حسینی شیرازی، الفقه، ۱۷۵/۸۹.

۱۴. ابن‌قدامة، المغنی، ۳۶۰/۹.

۱۵. حر عاملی، وسائل، ۱۶۳/۲۹ و ۳۵۲.

۱۶. حر عاملی، وسائل، ۳۵۲/۲۹.

۱۷. صانعی، فقه الثقلین، ۲۰۸.

کشتن آنان قصاص نمی‌شود و البته گویا در این موضوع فرقی میان کافر ذمی و مستأمن و حربی نیست.^{۱۸} در این میان، برخی مانند صدوق با این حکم مخالف بوده‌اند.^{۱۹} مستند این حکم، روایات است.^{۲۰} از منظر معیارهای اخلاقی، این حکم درخور تأمل است؛ چنانچه ملاک و مناط در قصاص انسان بودن باشد، نه مسلمانی. براین اساس، اختصاص آن به مسلمان با عدالت ناسازگار می‌نماید. مؤید این مطلب آن است که خطاب آیه ۱۷۹ بقره «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ»، خردمندان است و قصاص را حکمی موافق و متناسب با عقلانیت انسان می‌داند.^{۲۱}

و. مخیربودن اولیای دم در قتل یا استرقاق ذمی: ازجمله موضوعاتی که در قصاص محل اشکال اخلاقی واقع شده، عبارت است از: چنانچه کافر ذمی مسلمانی را بکشد، او و اموالش را به اولیای مسلمان داده و آن‌ها نیز میان کشتن یا استرقاق او مخیرند. محقق حلی در استرقاق فرزندان ذمی تردید می‌کند.^{۲۲} صاحب‌جواهر نیز معتقد است این حکم، مشهور و بلکه براساس کتاب‌های انتصار، سرائر، نکت و روضه، اجماعی است.^{۲۳} مستند این حکم هم صحیحہ ضریس از امام باقر(ع) است.^{۲۴} البته محقق اردبیلی پس از پذیرفتن اصل حکم، در اینکه فرزندان ذمی برای استرقاق به اولیای مقتول داده شوند، خدشه وارد می‌کند.^{۲۵} این حکم هم جدای از مخالفت با اصول و قواعد باب قصاص و احترام مال غیر، با معیارهای اخلاقی و عقلایی در تضاد است.^{۲۶} مغایرت چنین حکمی با قاعده عقلانی اخلاقی و زر، که هماهنگ با اصل شخصی بودن مجازات در حقوق جزای نوین است، نیز آشکارا معلوم است.

ز. تصغیر پرداخت‌کننده جزیه: غالب فقیهان و مفسران براساس ظاهر قرآن کریم^{۲۷} و روایات^{۲۸} درباره اهل ذمه‌ای که اقدام به پرداخت جزیه می‌کند، به تصغیر و کوچک کردن او نظر داده‌اند.^{۲۹} اگر این حکم را نوعی مجازات تلقی کنیم، امروزه با وجدان اخلاقی ناسازگار به نظر می‌رسد و با کرامت انسانی

۱۸. صاحب‌جواهر، جواهر، ۱۵۰/۴۲؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۵۱۹/۲.

۱۹. ابن‌بابویه، المقنع، ۵۳۴.

۲۰. حر عاملی، وسائل، ۱۰۷/۲۹.

۲۱. صانعی، فقه الثقلین، ۲۴۳.

۲۲. محقق حلی، سرائر، ۹۸۶/۴.

۲۳. صاحب‌جواهر، جواهر، ۱۵۶/۴۲؛ علم‌الهدی، الانتصار، ۵۴۷؛ ابن‌ادریس حلی، السرائر، ۳۵۱/۳؛ محقق حلی، النهایه و نکته، ۳۸۸/۳؛ شهید ثانی، الروضة، ۶۱/۱۰.

۲۴. حر عاملی، وسائل، ۱۱۰/۲۹.

۲۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۳۰/۱۴.

۲۶. صانعی، فقه الثقلین، ۲۵۸.

۲۷. توبه: ۲۹.

۲۸. حر عاملی، وسائل، ۱۴۹/۱۵.

۲۹. فاضل مقداد، کنز العرفان، ۳۶۱/۱؛ طباطبائی، المیزان، ۲۴۲/۲.

تعارض دارد. به همين سبب، عده‌اي صاغرون را به معنای ملتزمون می‌دانند؛ يعنی به قوانين کشور تعهد داشته باشد.^{۳۱۳۰}

افزون بر موارد يادشده می‌توان از اين سه موضوع هم برای طرح چالش اخلاقي یاد کرد: لزوم ديه بر عاقله؛ يعنی خويشاوندان قاتل از ناحیه پدری^{۳۲} که اجماعی است،^{۳۳} اثبات قتل و قصاص توسط قسامه^{۳۴} که باوجود لوٲ^{۳۵} ثابت می‌شود و برخی آن را خلاف اصل می‌دانند،^{۳۶} كيفر باغيان دارای فئه در جرم بغی^{۳۷} که گفته شده اسيرانشان کشته و فراريان نیز تعقيب و معدوم می‌شوند.^{۳۸}

اين‌ها تنها چند نمونه از مواردی بود که می‌توان برای اثبات وجود تغاير (ولو ظاهري) میان برخی احكام كيفري با معيارهاي اخلاقي و عقلانی ذکر کرد. اما مهم آن است که معلوم شود اندیشمندان حوزه علوم اسلامی با اين چالش‌ها چگونه مواجه شده‌اند و مناسب‌ترین اين رهيافت‌ها چیست؟ در قسمت دوم مقاله، به رهيافت‌هاي اتخاذشده در برابر اين ابهامات (شبهات) می‌پردازيم.

۳. رهيافت‌هاي مواجهه با احكام جزايي مغاير با معيارهاي اخلاقي

در مواجهه با چالش‌هاي يادشده در خصوص تغاير برخی احكام كيفري اسلام با معيارهاي اخلاقي، سه رهيافت و رویکرد مشاهده می‌شود: مدافعه‌جو/توجيه‌گرا، اصلاح‌گرا، عقل/اخلاق‌گرا.

لازم به ذکر است که هریک از اين رهيافت‌ها فراورده مکتبی فکری و نگرشی هستند که نتايج و پیامدهای آن در تمامی عرصه‌هاي فقهی مشاهده می‌شود. رهيافت مدافعه‌جو مولود فقه سنتی کلاسیک است و رهيافت اصلاح‌گرا زاده فقه پويا (حکومتی) و رهيافت اخلاق‌گرا برخاسته از دامن روشن‌اندیشی دینی است. اينک به توضيح هریک از اين سه رهيافت در برابر چالش‌هاي يادشده می‌پردازيم:

۳.۱. رهيافت توجيه‌گرا و مدافعه‌جو

۳۰. ايازی، اصل کرامت انسان، ۱۴۹.

۳۱. ضمن آنکه اصل پيمان ذمه در روزگار معاصر، مورد نقد و نفي برخی از محققان قرار گرفته است. نک: غوث، ناصري مقدم، مهریزی ثانی، «تحول‌پذیری قرارداد ذمه با پیدایش حقوق شهروندی مدرن»، ۱۳۹۵.

۳۲. طریحی، مجمع البحرين، ۲/۲۲۵.

۳۳. ابوالصلاح حلبی، الکافي فی الفقه، ۳۹۶؛ طوسی، الخلاف، ۵/۲۶۹؛ ابن‌حمزه، الوسيلة، ۴۳۰؛ علامه حلبی، ارشاد الأذهان، ۲/۲۲۹؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۱۸۸/۴۲؛ خوئی، مبانی تکمله، ۲/۱۹۵.

۳۴. ابن‌بابویه، المقنع، ۳۰۶؛ طوسی، النهایه، ۷۴۰؛ خوانساری، جامع المدارک، ۷/۲۵۸.

۳۵. مقرئ، المصباح المنیر، ۲/۵۶۰؛ فیروزآبادی، القاموس المحيط، ۱/۲۳۷.

۳۶. صیمری، غایة المرام، ۴/۳۹۴.

۳۷. طوسی، الخلاف، ۵/۳۳۵؛ طباطبائی، ریاض، ۷/۴۵۶؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱۰/۵۲.

۳۸. ابن‌براج، جواهر الفقه، ۳۲۵؛ کلینی، الکافي، ۵/۳۳.

این رهیافت که غالب فقیهان و فقه‌پژوهان سنتی و طرف‌دار روش رایج استنباط فقهی را در بر می‌گیرد، به دنبال بیان دفاع و جانب‌داری از این گونه احکام است و اصولاً مشکل و چالشی در این موارد نمی‌بیند. اینان در برابر این گونه موضوعات/شبهات، طریق توجیه و دفاع را اختیار کرده و در مواردی هم که تبیین و توجیهی برای حکمی نداشته‌اند، آن را به تعبد و توقیفی بودن حکم واگذار کرده‌اند.^{۳۹} اینک به چند نمونه از این دست از توجیه‌ها در جرایم ارتداد و اجرای مجازات‌های خشن اشاره می‌شود:

أ. **توجیه مجازات مرتد:** مدافعان حکم مرتد در ضمن دفاع از این حکم، آن را عقلانی و اخلاقی می‌دانند. محمدجواد فاضل لنکرانی، از فقیهان معاصر در پاسخ اشکالات یکی از روشنفکران به حکم مرتد، ضمن آنکه مجازات مرتد را منصوص قرآن کریم و اجماعی می‌داند بر این باور است که حکم مرتد با رحمت الهی سازگار است (اخلاقی است)، اعدام مرتد سبب وهن دین نمی‌شود، روایات باب مرتد آحاد نیستند؛ بلکه متواتر اجمالی یا معنوی هستند، اجرای حکم مرتد سبب رواج بی‌قانونی و هرج و مرج نمی‌شود و اجرای حدود نیز متوقف بر حضور معصوم (ع) نیست.^{۴۰}

ب. **توجیه مجازات‌های خشن:** رهیافت توجیه‌گرا در ضمن تأکید بر لزوم اجرای مجازات‌ها به‌ویژه حدود، آن را مایه حیات جامعه می‌داند.^{۴۱} یکی از فقیهان معاصر، از اجرای تصلیب توسط آیت‌الله شیخ عبدالکریم حائری یزدی در اراک ابراز خرسندی می‌کند.^{۴۲} فقیه دیگری در اثبات اهمیت و بایستگی اجرای حدود سخت روایتی از پیامبر (ص) نقل می‌کند که روشن‌گر بحث ماست.^{۴۳} غالب طرفداران این رویکرد، کفرهای اسلامی را مناسب با رحمت و رأفت الهی،^{۴۴} پاک و طاهر ساختن مجرمان،^{۴۵} سزادهی و جلوگیری از تکرار جرم در آینده و ایجاد ضمانت‌های اجرایی برای احکام می‌دانند.^{۴۶} مدافعان این رهیافت معتقدند: خداوند متعال در تعلیل جرم‌انگاری جرایم جنسی مستوجب حد، از شیوه ارجاع به فطرت و طبیعت انسان بهره جسته است.^{۴۷}

۳۹. برای نمونه، در خصوص کودکی که سرقت کرده روایاتی وارد شده است که در مرتبه سوم یا چهارم انگشتانش به‌سان سارق بالغ قطع می‌شود (حر عاملی، وسائل، ۲۸/۲۹۴). برخی از فقیهان که به این روایات عمل کرده‌اند در برابر مخالفت این حکم با عمومات و قواعد باب مجازات‌ها، به تعبدی بودن حکم اشاره کرده‌اند (مقدس نجفی، گلیپگانی، تقریرات الحدود و القصاص، ۳۴۸ تا ۳۴۲/۱).

۴۰. نک: فاضل لنکرانی، «پاسخ به شبهات پیرامون ارتداد»، <https://fazellankarani.com/persian/articles/4975>.

۴۱. میرخلیلی، «خشونت و مجازات»، ۱۲۷.

۴۲. گلیپگانی، الدر المنضود، ۱۶/۱: «و لکنهم قد وقفوا لذلك و صلب المجرم اللعین علی رؤس الاشهاد خذله الله».

۴۳. موسوی اردبیلی، فقه الحدود، ۶/۱.

۴۴. صادقی تهرانی، الفرقان، ۳۴۹/۶.

۴۵. زحیلی، تفسیر المنیر، ۱۲۹/۱۸.

۴۶. عودة، الشریع الجنائی، ۶۰۹/۱.

۴۷. نوبهار، «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی»، ۱۴۶.

ج. رهیافت اصلاح‌گرا: در دهه‌های اخیر در میان فقیهان مسلمان تلاشی آغاز شده است تا چهره معقول و منطقی‌تری از شریعت اسلامی ارائه دهند. این رهیافت که اصلاح‌گرا یا منتقد نامیده می‌شود در ضمن پایبندی به اصول و قواعد و مبانی احکام اسلامی در موارد تعارض آشکار میان احکام با معیارهای حقوق بشری و عقلانیت مدرن، متمسک به پاره‌ای اصلاحات و تأویلات و چاره‌جویی‌ها شده است. به چند مورد از مواجهه این رهیافت با چالش‌های اخلاقی در فقه جزایی اشاره می‌شود.

د. بازخوانی مجازات ارتداد: بسیاری از فقه‌پژوهان معاصر تلاش کرده‌اند مجازات مرتد را امروزه منتفی بدانند. از نگاه آنان هرچند حکم مرتد مستندات قوی و نصوص محکمی دارد، اما به دلایلی کاربست آن‌ها در روزگار ما یا منتفی است یا اختصاص به موارد بسیار نادری دارد؛ مثلاً مجازات ارتداد را مشروط به فاش ساختن ارتداد و ترویج و تبلیغ آن می‌کنند. «إعمال مجازات ارتداد مشروط به علنی کردن آن است؛ یعنی مجازات ارتداد زمانی در مورد شخص مرتد اعمال می‌شود که وی ارتداد خود را علنی کرده و به تبلیغ و ترویج آن پردازد.»^{۴۸} همچنین گفته شده که مجازات ارتداد متعلق به صدر اسلام بوده که برخی از منافقان در ظاهر اسلام می‌آوردند و پس از مدتی برای تضعیف جبهه مسلمانان، از دین خارج می‌شدند و آیه ۷۲ سوره آل عمران در همین خصوص نازل شده است^{۴۹} یا با استناد به قاعده درأ الحد تغییر کیش‌هایی را که ناشی از عروض شبهات فکری و عقیدتی در این زمان است، از موضوع ارتداد خارج کرده یا مجازات ارتداد را در این مورد ساقط دانسته‌اند.^{۵۰} یکی دیگر از پژوهشگران در این باره می‌نویسد: «باتوجه به مطالبی که در حد یا تعزیر بودن احکام ارتداد بیان داشتیم و حکم حکومتی بودن آن را محتمل دانستیم که کلیت و شمول و ثبات در آن منتفی است و حاکم باتوجه به: ۱. پیشرفت علم ارتباطات و شبهات اینترنتی و ماهواره‌ای که با ایجاد شبهات گوناگون سبب روی‌گردانی بعضی از اسلام می‌شود؛ ۲. عملکرد زشت برخی از حاملان و حامیان دین در پوشش دین؛ ۳. ارائه چهره‌خشن، غیرمنطقی و تنفرآور از دین؛ ۴. ملاحظات جهانی؛ ۵. پرهیز از تبلیغات مسموم‌کننده علیه اسلام و نظام اسلامی، از ابراز و اجرای احکام ارتداد صرف‌نظر کند.»^{۵۱}

ه. مجازات رجم: موضوع رجم تا آن اندازه چالش‌آفرین شده که نه تنها محاکم قضایی ما از اجرای آن منع شده‌اند، که برخی از فقیهان نیز اساساً آن را از ریشه انکار کرده‌اند. محمدابراهیم جناتی در مقاله‌ای

۴۸. نصیری، «حق آزادی عقیده»، ۹۵.

۴۹. نصیری، «حق آزادی عقیده»، ۹۴.

۵۰. ساداتی، «شرایط اعمال قاعده درأ»، ۱۴۰ تا ۱۴۱.

۵۱. ولایی، ارتداد در اسلام، ۲۷۰ تا ۲۶۹.

ضمن تشکیک در روایات رجم، این حکم را مخالف با کتاب می‌داند.^{۵۲} همان‌گونه که مشاهده می‌شود این فقیه نواندیش در ضمن پاسداشت میراث کهن، به اصلاح و نقد آن همت می‌گمارد بدون آنکه بخواهد از پیش‌فرض‌های جهان مدرن یاری جوید. البته نقد درون‌سنتی این فقیه گرچه چندان موجه به نظر نمی‌رسد، اما برای نشان‌دادن رهیافت اصلاح‌گرا قابلیت دارد.^{۵۳} از برخی فقها نیز نقل شده است که اجرای مجازات رجم در شرایط فعلی جامعه بشری به مصلحت نیست، بلکه حرام است؛ چون سبب وهن اسلام می‌شود.^{۵۴}

۲.۳. رهیافت عقل/اخلاق‌گرا

این رهیافت که در دهه‌های اخیر متأثر از تحولات فکری در مغرب‌زمین ظهور کرده است، خوانش جدیدی از دین، شریعت، اخلاق و رابطه انسان با خداوند عرضه کرده است. این تفکر معتقد است که با اصلاحات موردی و هر از چندگاهی نمی‌توان چالش‌ها را حل کرد. چیزی که مشکل را از اساس ریشه‌کن می‌کند، اصلاح در بنیان‌های نگرش دینی است. اینان معتقدند که احکام جزایی اسلام به‌شدت تحت‌تأثیر مناسبات حاکم بر عرب سرزمین حجاز، ادیان پیشین و مقاصد اصلی شارع بوده است و مهم آن است که بتوان مقاصد اصلی را از عرضیات دین باز شناخت. ازجمله بهترین تقریرات برای این موضوع نوشته آقای مجتهد شبستری است: «مداخلات کتاب و سنت در روابط حقوقی خانواده، اجتماع و حکومت و قضاوت و مانند اینها که در حجاز وجود داشت، از این خاستگاه نبود که برای آن مردم در این زمینه‌ها قانون وضع کنند... آن مداخلات از این خاستگاه بود که آنچه برخلاف اخلاق و کرامت انسانی و عدالت تلقی می‌شد، بیان شود...»^{۵۵}

اینک به بررسی یک نمونه از مواجهه رهیافت اخلاق‌گرا با احکام غیراخلاقی می‌پردازیم:

نفی مجازات ارتداد: ازجمله چالش‌های حکم ارتداد آن است که اولاً، فردی که باور خویش به اسلام را از دست داده است، اخلاقاً و عقلاً نمی‌تواند محکوم به مجازات شود؛ زیرا تحقق باور، عملی اختیاری نیست و طی فرایندی طولانی شکل می‌گیرد، هرچند ممکن است مقدمات آن در اختیار شخص باشد؛^{۵۶} ثانیاً، این موضوع را می‌توانیم از منظر عدالت اخلاقی نیز مدّ نظر قرار دهیم. آیا مجازات فردی که در اثر اسباب مختلف کیشی تازه را پذیرفته است، امری اخلاقی تلقی می‌شود؟ اعدام این فرد، امری مستحسن و

۵۲. جناتی، «بررسی مبانی فقهی رجم»، ۱۴۲ تا ۱۴۳.

۵۳. برای مشاهده نقد این مقاله بنگرید: گلباغی ماسوله، علی جبار، ناصری مقدم، «رجم در ترازو؛ ...»، ۱۸۳ تا ۲۰۱.

۵۴. احمدی ابهری، نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان، ۱۵۹.

۵۵. مجتهد شبستری، «سه‌گونه دانش در سه قلمرو»، ۲۹۷ تا ۲۹۸.

۵۶. انصاری، فرائد الأصول، ۲۹/۱.

شایسته به شمار می‌آید یا عملی زشت و غیراخلاقی؟ به‌ویژه آنکه می‌بینیم استتابه و توبه مرتد فطری مرد پذیرفته نمی‌شود؛ یعنی حتی اگر او ضمن پذیرش خطای خود اظهار ندامت و پشیمانی کند و عزم خود را بر عدم بازگشت به کفر اعلام کند نیز پذیرفته نمی‌شود و حکم اعدام درباره‌اش اجرا می‌شود. بر همین اساس، برخی از نواندیشان دینی به نقد جدی مجازات مرتد پرداخته‌اند.^{۵۷} افزون بر ارتداد، این نحله فکری در بسیاری دیگر از مصادیق جرایم و مجازات‌ها در ابواب حدود، تعزیرات، قصاص و دیات نیز چالش‌هایی را مطرح کرده‌اند.

۴. رهیافت برگزیده

پس از تبیین سه نوع مواجهه با چالش‌های اخلاقی، رهیافتی که ما آن را مقرون به صواب می‌دانیم، رهیافتی میانه است. این نگاه، به‌طور مطلق احکام شریعت را زمان‌مند و اقتضایی نمی‌داند و بر این باور است که بسیاری از احکام جزایی، ثابت و مطلق‌اند. ازسوی دیگر، بر این باور نیست که هر گزاره اخلاقی مورد ادعا مطلق و فرادینی باشد، اما اعتراف می‌کند برخی از احکام جزایی اسلام، که در تضاد و تغایری آشکار با معیارها و ارزش‌های اخلاقی هستند، در زمره احکام ثابت اسلام نیستند و بایسته بازخوانی و دگرگونی هستند. این مدعا مبتنی بر پذیرش چند مقدمه است که به آن‌ها اشاره می‌شود:

أ. توجه مقاصد شرع و اصول اخلاقی در حقوق کیفری اسلام: «مقاصد شریعت، اهداف و اسراری است که شارع در هنگام وضع هر حکمی از احکامش قرار داده است.»^{۵۸} «مقاصد شریعت دربردارنده مصلحت عامه و اصول و ارزش‌هایی است که شریعت اسلام بر آن تکیه دارد. ارزش‌هایی؛ مانند عدل، کرامت انسان، حق انتخاب آزاد، تسامح، سهولت و هم‌بستگی و تعهد اجتماعی.»^{۵۹} جرایم شرعی؛ یعنی افعال و تروکی که در شرع اسلامی جرم‌انگاری شده و برای آن‌ها مجازات وضع شده است، همه براساس نقض یکی از مصالح و مقاصد عالیه است.^{۶۰}

مراد از «مبانی اخلاقی»، اصول و قواعدی اخلاقی است که شارع در مقام تشریع احکام جزایی مورد ملاحظه قرار داده است؛ به این معنا که، هر حکمی را براساس آن مبانی مقرر فرموده است. در حوزه تشریع، اصول و قواعد کلی حقوق جزایی اسلام که در جعل و تشریع احکام جزایی مدّ نظر شارع قرار گرفته‌اند، چهار اصل است: اصل کرامت، اصل عدالت، اصل بزه‌پوشی و اصل توبه.

۵۷. کدیور، حق الناس، ۱۸۸ تا ۱۹۳.

۵۸. فاسی، مقاصد الشریعة، ۷؛ ریسونی، نظریة المقاصد، ۷.

۵۹. الهی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۷۵.

۶۰. غزالی، المستصفی، ۱۷۴؛ غزالی، شفاء الغلیل، ۱۶۰؛ شهید اول، القواعد والفوائد، ۳۸/۱؛ شهید ثانی، الروضة، ۱۳۸/۳.

اصل کرامت: کرامت ذاتی انسان، خاستگاه قرآنی دارد^{۶۱} و در تشریع بسیاری از احکام، مدّ نظر شارع قرار گرفته است و بایسته کاربست در حوزه استنباط احکام توسط فقیهان است.^{۶۲} براساس قاعده کرامت انسان باید به این استلزامات پایبند شد: حرمت اذلال نفس، حرمت هتک و نقض کرامت دیگران، ممنوعیت شکنجه، لزوم حفظ حیات خود و دیگران، پاسداشت آزادی انسان‌ها، رعایت حریم خصوصی افراد.^{۶۳} نکته‌ای که در ارتباط با کرامت ذاتی انسان مهم است، نسبی بودن آن است. «از آنجاکه مفهوم کرامت و اهانت و واژه‌های مشابه، از مفاهیم اعتباری هستند، طبیعتاً از دو ویژگی برخوردار خواهند بود: نسبی و متغیّر بودن. این بدان معناست که امری ممکن است در زمانی و مکانی خاص، مصداق تکریم و بزرگداشت تلقی شود و همان امر، در جایی و زمانی دیگر یا مصداق تکریم نباشد و یا مصداق اهانت به شمار آید.»^{۶۴} محقق دیگری از همین مضمون به «نوعی بودن» تعبیر می‌کند. «کرامت از اموری است که هر چند در اصل خود ذاتی است، اما مشخص کردن و تعیین مصادیق آن، به عرف زمان و درک عقلا وابسته است.»^{۶۵}

اصل عدالت: عدل را در لغت به معنای رفتار میانه، قراردادن هر چیزی در جای خودش، ضد جور و ظلم و امثال آن معنا کرده‌اند.^{۶۶} عدالت گاهی به عنوان وصفی از اوصاف خداوند مورد بحث قرار می‌گیرد. بحث از عدالت خداوند و حسن و قبح عقلی اخلاقی، پیوند وثیقی با موضوع این مقاله دارد. توضیح مطلب از این قرار است که زمانی می‌توان احکام الهی را در ترازوی عدالت اخلاقی سنجید که اولاً، افعال الهی از خاستگاه عدالت صادر شده باشند و ثانیاً، عقل انسانی توانایی درک مفهوم و مصادیق عدالت را داشته باشد. عدالت به مثابه قاعده فقهی امروزه در کانون توجه محققان قرار گرفته است.^{۶۷} شهید صدر بر این باور است که عنصر عدالت از جمله مقاصد و اهداف کلان شریعت است. او در باب علم اقتصاد اسلامی چنین می‌نگارد: «عدالت به عنوان یکی از اهداف کلان شریعت، چهارچوب علم اقتصاد اسلامی است.»^{۶۸} افزون بر کرامت و عدالت، دو اصل بزه‌پوشی و توبه نیز به عنوان اصول کلی سیاست کیفری اسلام

۶۱. اسراء: ۷۰.

۶۲. جوادی آملی، کرامت انسان در قرآن، ۶۵.

۶۳. ناصری مقدم، سلطانی، کرامت انسانی و فقه، ۲۹۷.

۶۴. ناصری مقدم، سلطانی، کرامت انسانی و فقه، ۲۸۰.

۶۵. ایازی، اصل کرامت انسان، ۱۱۷.

۶۶. فراهیدی، کتاب العین، ۳۹/۲.

۶۷. ایازی، اصل کرامت انسان، ۱۹۷ تا ۱۸۴.

۶۸. الهی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۲۳.

به‌ویژه در قضا و دادرسی معرفی شده‌اند؛ چه در قالب قاعده، مانند «درء الحد»^{۶۹} و چه در شکل «توبه» در اسقاط مجازات‌های حدی^{۷۰} که نشان از نگاه اخلاقی شریعت به مقوله جرم و مجازات است. این قواعد و اصول اخلاقی که مبانی احکام جزایی اسلام هستند باید همواره در سنجش احکام جزایی مدنظر قرار گیرند. عدم‌التفات به این مبانی، نتیجه‌ای جز تهی‌شدن جان‌مایه احکام از حقیقت و جوهر خود و بی‌ثمرشدن اجرای احکام مزبور به‌دنبال نخواهد داشت.

۵. پیش‌فرض‌های نظریه مختار

مدعای این نوشتار مبنی بر لزوم التفات به معیارهای اخلاقی در استنباط احکام جزایی، مبتنی بر چند انگاره است که به اختصار اشاره می‌شود:

أ. لزوم درنظرداشت فواید اجرای مجازات‌های شرعی: اقتضای ایمان و باور به شریعت و وجود مصالح کامنه در احکام، پذیرش احکام جزایی خالی از معارض اخلاقی و عقلی است. بنابراین مدعای نگارندگان، عقلانی‌ساختن همه احکام جزایی نیست؛ چراکه اساساً بسیاری از جزائیات هیچ تعارضی با عقل و اخلاق ندارند. احکام شریعت در باب مجازات‌ها مبتنی بر مقاصدی خاص هستند.^{۷۱}

ب. عدم تعارض ماهوی میان اصول اخلاقی با احکام قطعی: ممکن است چنین گفته شود که اصولی مانند کرامت، در برابر احکام قطعی مانند قصاص و دیه نابرابر و رجم، توان رویارویی ندارند. اما به نظر می‌رسد اصولی مانند کرامت و عدالت در سطحی از اتقان هستند که با قطعیات قرآن کریم تعارض ندارند. غالب موارد تعارض، مبتنی بر روایات آحاد یا متطافر است؛ مانند رجم، تفاوت دیه، اعدام مرتد و امثال آن‌ها که فقهی اگر بر استواری و اهمیت اصول اخلاقی یادشده به قطع رسید، حجت بر او تمام است و چنین نمونه‌هایی در فقه ما اندک نیست.^{۷۲}

ج. امکان تبدل مجازات‌های خشن: نکته مهم دیگر این است که در پاره‌ای موارد می‌توان به جای تعطیلی کامل یک مجازات، آن را به سبب ناهمخوانی با وجدان و اخلاق عمومی به مجازات دیگری تغییر داد. شاید این دیدگاه را بتوان با دیدگاه عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت امام(ع) مشابه دانست؛^{۷۳} چراکه معنای تعطیلی حدود در این دوران، به معنای وانهادن کلی آن‌ها نیست؛ بلکه مراد، تبدل آن‌ها با

۶۹. ابن‌براج، جواهر الفقه، ۱۰۹؛ طباطبایی یزدی، العروة، ۷۰۹/۶.

۷۰. فخرالمحققین، ایضاح، ۴۹۴/۴؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۴۶۰/۲.

۷۱. احمدی ابهری، نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان، ۲۴۲ تا ۲۳۳.

۷۲. ایازی، اصل کرامت انسان، ۱۱۰ تا ۱۰۸.

۷۳. محقق حلی، شرایع، ۳۱۲/۱؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۳۹۵/۱.

مجازات‌های جایگزین است.^{۷۴}

د. لزوم توجه به بسترهای فرهنگی اجتماعی عصر نزول: یکی از مفروضات ما در این بحث، پذیرش وجود تفاوت‌های عمیق و پردامنه میان دنیای جدید و دنیای قدیم است. تشریع در خلأ اتفاق نیفتاد، بلکه مظروفی بود که در ظرف زمان و مکان ویژه‌ای که محیط شبه جزیره بود واقع شد. باید توجه داشت که پذیرش وجود تفاوت، به معنای تسلیم‌شدن و خودباختگی نیست؛ بلکه صرفاً مواجهه با واقعیتی خارجی است. دنیای جدید، دنیای عقلانیت است. این عقلانیت در حوزه‌های مختلف رخ داده است. انسان قدیم در شناخت خود بیشتر متأثر از عالم بالا بود و در تفسیر پدیده‌ها تعبد و غیب را دخالت می‌داد. «یکی از مهم‌ترین تفاوت‌های دنیای جدید و دنیای قدیم را در تغییر نگاه آدمیان به عالم باید جست‌وجو کرد. اولاً، نگاه او به عالم ابزاری شده و ثانیاً، نظم موجود را بهترین نظم ممکن در نظر نمی‌گیرد.»^{۷۵} در جهان جدید، سوگیری رفتارهای اجتماعی و فردی، عقلانی‌تر شده است و نظم اجتماعی براساس عقلانیت پی‌ریزی می‌شود. بزرگترین ویژگی مدرنیته، عقلانیت است که مرادف با استدلالی بودن است.^{۷۶} ماکس وبر معتقد است: تنها، جریان‌های سکولار در عقلانی‌شدن نظم اجتماعی تأثیرگذار نبوده‌اند، بلکه ادیان نیز نقش مهمی داشته‌اند. او بر این باور است که یکی از اهداف اساسی پیامبران، عقلانی‌کردن زندگی مردم است اما هرچه بشر به سوی تجدد گام برداشت، از عقلانیت دینی فاصله گرفت.^{۷۷} عقلانی‌شدن نگاه انسان، نتایج و پیامدهایی نیز در پی داشت. مهم‌ترین و گسترده‌ترین پیامد آن، افسون‌زدایی از جهان است.^{۷۸} به نظر می‌رسد عدم التفات به بافت فرهنگی، اقلیمی و فضای موجود در عصر صدور سبب پررنگ‌شدن چالش‌های اخلاقی در جزئیات اسلام است. ابراهیم فوزی بر این باور است که اصولاً درک و شناخت صحیح احکام اسلامی بدون درک عادات و رسوم پیش از اسلام ناممکن است.^{۷۹} بی‌جهت نیست که برخی از احکام جزایی با واقعیت‌های جامعه مسلمانان امروز نامتجانس می‌نماید. بعید نیست که احکام مربوط به عاقله، لوث و قسامه، رجم، قطع دست و پا و امثال آن‌ها، مولود اقتضائات و نیازهای جامعه خاص جزیره العرب بوده باشند.^{۸۰} همان‌طور که در مبادی بحث گفته شد مجازات در دنیای قدیم بیشتر

۷۴. نجف‌آبادی، آیتی، «تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی»، ۹۳.

۷۵. سروش، دین و دنیای جدید، ۳۱.

۷۶. ملکیان، معنویت گوهر ادیان، ۲۷۴.

۷۷. وبر، روش‌شناسی علوم اجتماعی، ۳۷۴.

۷۸. فصیحی، «معضلات دنیای مدرن»، ۱۵۳ تا ۱۷۲.

۷۹. فوزی، احکام الاسرة فی الجاهلیة، ۴۰.

۸۰. فلاحی‌فرد، «بررسی سیر تحولات منصب قاضی»، ۶۲.

جنبه تعذیب داشت و با نگره سزادهی و اجرای عدالت اجرا می‌شد،^{۸۱} اما به تدریج این دیدگاه مورد نقد اندیشمندان بعدی قرار گرفت و در مکاتب بعدی جای خود را به نظرات دیگر داد.

ه. توجه به هزینه و فایده مجازات: اجرای مجازات بدون هزینه نیست. افزون بر هزینه‌های مادی کیفردهی، تبعات انسانی و معنوی آن نیز کم نیست. فیلسوفان و اندیشمندان حقوق جزا معتقدند در طریق سیستم کیفردهی باید فایده و هزینه مجازات را در ترازو مورد سنجش قرار داد. بسیاری از اوقات هزینه‌های بسیار مادی و معنوی اجرای مجازات، فواید آن را در محاق فرو می‌برد.^{۸۲}

و. توجه به نقش محیط و توارث در شخصیت مجرم: دانشمندان حقوق جزا در قرن بیستم دریافتند که مجرم در فرایندی درازمدت دست به ارتکاب جرم می‌زند. نقش محیطی که او در آن رشد کرده است و نیز وراثت که از خانواده به او منتقل می‌شود، در بروز رفتار مجرمانه بسیار حائز اهمیت است.^{۸۳} بزرگان مکتب تحقیقی؛ یعنی لمبروز، فری و گاروفالو بر این اعتقاد بودند که بزه‌کار تحت تأثیر عوامل درونی و اجتماعی وادار به ارتکاب جرم می‌شود و نمی‌توان او را مسئول دانست.^{۸۴} آنان مجرم را مانند میکروبی می‌دانستند که باید برای حفظ جامعه با او مقابله کرد و حالت خطرناکش را از بین برد^{۸۵} و بیشتر بر اقدامات تأمینی و احتیاطی تأکید می‌کردند.^{۸۶}

ز. توجه به حرکت‌های اصلاحی اسلام در خصوص مجازات‌ها: اینکه گفته شد احکام جزایی اسلام با تأثیر از ظرفیت‌ها و بسترهای موجود در عصر نزول تشریع شده است، به این معنا نیست که اسلام هیچ تغییر و تحولی ایجاد نکرده و هیچ طرح نویی در نینداخته است؛ بلکه برعکس، در امتداد ایجاد عدالت جزایی در ادیان ابراهیمی، اسلام نیز در شرایط و نحوه اجرا تغییرات بسیار مهمی محقق ساخت. شناخت دقیق و واقع‌بینانه محیطی که اسلام در آن پدید آمد به درک بهتر عدالت‌گرایی در کیفرهای اسلامی کمک خواهد کرد. برخی از این اصلاحات از این قرار است:

۱. تشریع شروط سخت و دشوار در اثبات جرایم حدی: قبل از اسلام در جزیره العرب کیفرهایی نظیر رجم و قطع دست بسیار مرسوم و رایج بود^{۸۷} اما شریعت ضمن تحدید دامنه آن‌ها شروط دشواری برای

۸۱. اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ۸۰.

۸۲. یزدیان جعفری، «تأملی بر نظام هزینه فائده»، ۱۲۲.

۸۳. شامبیانی، حقوق جزای عمومی، ۱۷۳/۱.

۸۴. صانعی، حقوق جزای عمومی، ۱۱۶.

۸۵. اشرف دلفانی، مبانی مسئولیت کیفری، ۱۰۶.

۸۶. صلاحی، کیفرشناسی، ۴۴.

۸۷. علی، المفصل، ۶۰۸/۵.

آن‌ها قرار داد؛ مانند شروط سرقت نیاز به چهار گواه و لزوم تکرار اقرار در برخی جرایم حدی و امثال آن‌ها.^{۸۸}

۲. رعایت اصل شخصی بودن مجازات: تأکید بر اصل شخصی بودن مجازات، از جمله اقدام‌های اسلام در عدالت کیفری است. در منطق قرآن کریم، مسئولیت انسان بر رفتار و اعمالش، شخصی و فردی است. این موضوع، در کتب قواعد فقه و تفسیر تحت عنوان قاعدة «وزر» آمده است.^{۸۹} جالب است که طبرسی قاعدة وزر را مفهومی اخلاقی و نهایت عدالت می‌داند.^{۹۰}

۳. سفارش به عفو: در کنار امضای قصاص به عنوان کیفر قتل عمد، تأکید بر عفو و بخشش از سوی مجنی علیه یا اولیای مقتول نیز برگ زرین دیگری از انسانی کردن باب کیفر در اسلام است.^{۹۱} برخی از مفسران بر این باورند که زبان قرآن در ارتباط با قصاص بر عفو تأکید دارد.^{۹۲}

۴. تأکید بر تقلیل درجه تحقیر مجرم: تقلیل میزان تحقیر و خوارکردن مجرم نیز به مثابه اصلی فراگیر در احکام جزایی اسلام به چشم می‌خورد. نهی از تمثیل مجرم، ممنوعیت باقی ماندن مصلوب بیش از سه روز، ممنوعیت اجرای بیش از اندازه مجازات و امثال آن‌ها تنها گوشه‌ای از رعایت اصل کرامت انسانی در مجازات‌هاست. فقها و مفسران در ذیل آیه شریفه سورة نور^{۹۳} حضور سه یا حتی یک نفر را در اجرای علنی کافی می‌دانند.^{۹۴}

۵. تأسیس قاعدة درأ: همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد قاعدة درأ که اصلی عقلی نیز هست در نصوص آمده است^{۹۵} و فقها براساس آن فتوا داده‌اند.^{۹۶} بر مبنای آن، مجازات برطرف می‌شود از کسی که راجع به استناد عمل مجرمانه به او یا تحقق مسئولیت کیفری او شک وجود دارد. همچنین اگر متهم عملی مجرمانه را از روی شبهه یا جهل انجام داده باشد باز هم مجازات ساقط می‌شود. نتیجه حاصل از این بخش عبارت است از: روند اصلاحات اسلام در باب مجازات‌ها با توجه به

۸۸. ابن بابویه، المقنع، ۴۵۰ تا ۴۴۴؛ ابن براج، جواهر الفقه، ۵۴۲ تا ۵۳۷/۲؛ سلا، المراسم العلویة، ۲۵۴؛ ابن حمزه، الوسيلة، ۴۱۰؛ ابن ادریس، السرائر، ۴۲۹/۳؛ علامه حلی، تحریر، ۳۰۸/۵؛ فخرالمحققین، ایضاح، ۶۰۳/۴؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۵۷۳ تا ۳۷۵/۴۱؛ خونی، میانی تکمله، ۳۱۶ تا ۳۷۹/۱.

۸۹. عمید زنجانی، قواعد فقه، ۷۸/۲.

۹۰. طبرسی، مجمع البیان، ۱۰/۹.

۹۱. بقره: ۱۷۸.

۹۲. طباطبائی، المیزان، ۱۹۰/۱.

۹۳. نور: ۲.

۹۴. طبرسی، مجمع البیان، ۱۲۴/۷.

۹۵. حر عاملی، وسائل، ۱۳۰/۲۸.

۹۶. فاضل مقداد، کنز العرفان، ۳۳۲/۴.

پیش‌زمینه‌های آن نباید متوقف شود، بلکه باید با همان نگرش توحیدی که بر کرامت و ارزشمندی انسان تأکید می‌کند و هدف غایی مجازات را اصلاح فرد و جامعه می‌داند، به همسان‌سازی مجازات‌ها با انسان امروز همت گمارد.

۶. سخن آخر

در انتهای سخن بر این نکته تأکید می‌شود که برای تداوم‌بخشیدن به تحولات فقه جزایی، دو موضوع شایسته‌النفات فزون‌تر است:

أ. لزوم بازخوانی نقش و سهم اخلاق در احکام: شریعت در مقام ثبوت، با معیارها و گزاره‌های اخلاقی سازگاری دارند، ولی فهم فقها از شریعت ممکن است در پاره‌ای موارد با معیارهای اخلاقی در ستیز قرار گیرد. واجبات و محرمات شرعی، چه از مصالح و مفاسد غیبی سرچشمه بگیرند و چه از منشأ دیگری، هنجارها و ارزش‌های اخلاقی را نقض نمی‌کنند و شناخت آن‌ها و عمل به آن‌ها مؤمنان را از شناخت واجبات و محرمات اخلاقی و واجبات و محرمات عرفی بی‌نیاز نخواهد کرد. بنابراین علم فقه نمی‌تواند جایگزین علم اخلاق و حقوق شود. اوصاف اخلاقی شارع و کمال علم و حکمت او اقتضا می‌کند که او در مقام تشریع احکام خود، ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی را نقض نکند. اوامر و نواهی شارع در طول ارزش‌های اخلاقی‌اند؛ یعنی با این ارزش‌ها سازگارند. بنابراین ملازمه بین حکم عقل و شرع، سلبی است، نه ایجابی. نتیجه اینکه، بین اخلاق و فقه ارتباط تولیدی و استنتاجی برقرار نیست؛ یعنی از طریق ارزش‌های اخلاقی نمی‌توان حکمی شرعی را توجیه یا اثبات کرد و با ترکیب و انضمام مقدمات اخلاقی نمی‌توان به نتیجه‌ای فقهی رسید. اما اگر نصوص دینی حاوی حکمی ناسازگار با ارزش‌های اخلاقی باشند، اعتبار خود را از دست خواهند داد و سند یا دلالت آن‌ها از حجیت ساقط می‌شود. بنابراین فتاوی فقهی که عبارت است از فهم و برداشت و استنباط فقیهان از نصوص بیانگر احکام شرع، اخلاقاً ابطال‌پذیرند و حجیت و اعتبار آن‌ها مشروط به سازگاری آن‌ها با ارزش‌ها و الزامات اخلاقی است.^{۹۷} بر همین اساس، بسیاری از فقیهان معاصر با در نظر داشت اصول اخلاقی، مقاصد و اهداف شرع، توجه به الزامات زمانی، دیدگاه‌های تازه‌ای در برخی احکام جزایی ارائه داده‌اند.^{۹۸}

ب. کاربست ظرفیت‌های تحول در استنباط: نکته بعدی رسالتی است که برعهده فقه‌هاست تا با استفاده از ظرفیت‌های استنباط، به حل این چالش‌ها همت کنند. از یک قرن قبل، بسیاری از اندیشمندان

۹۷. فتاوی، دین در ترازوی اخلاق، ۱۳۲ تا ۱۴۳.

۹۸. سبحانی، حسن و فتح عقلی، ۴۵۱؛ به نقل از ولایی، ارتداد در اسلام، ۲۷۰.

مسلمان برای انطباق‌پذیری احکام اسلامی با جهان جدید سازوکارهایی ارائه دادند. علامه طباطبایی با نظریه «ثابت و متغیر»^{۱۰۹} شهید مطهری با نظریه اسلام و مقتضیات زمان،^{۱۱} شهید صدر با دیدگاه منطقه الفراغ^{۱۱۲} و امام خمینی نیز با نظریه «نقش زمان و مکان»^{۱۱۳} گام‌های درخشانی را در این راه برداشتند. براساس دیدگاه امام، فهم صحیح از احکام اسلام مبتنی بر درک اقتضائات زمانی و مکانی و محدودیت‌های عصر تشریع است. فقیه زمانی می‌تواند به کشف اراده تشریعی خداوند نائل آید که احکام را با نگرش اخلاقی محک بزند.^{۱۱۴} براین اساس، اگر در احکام فقه حکمی دیده شود که با ارزش‌های اخلاقی در تضاد باشد، باید به یکی از سه امر معتقد شد: یا این متن اصالت ندارد و جعلی است. در صورت اصالت متن و سند، این حکم از بیرون بر دین تحمیل شده است یا چنانچه در روزگار تشریع با ارزش‌های اخلاقی سازگار بوده است، هم‌اینک با آن‌ها ناسازگار است و معلوم می‌شود موقتی بوده است.^{۱۱۵}

نتیجه‌گیری

ما بر این باور هستیم که احکام شرعی مسبوق به مصالح و مفاسد واقعی است و ادراک همه احکام، به‌ویژه در حوزه عبادات در توان عقل نیست، اما فقیه در باب استنباط احکام خصوصاً در ابواب معاملات بالمعنی‌الاعم و امور جزایی باید به مقاصد و اهداف والای شرع نظر داشته باشد و آن‌ها را در فتاوی خود مد نظر قرار دهد. گزاره‌های اخلاقی مبتنی بر عقل، که در کلام و اصول فقه در مباحث مستقلات و قضایای محموده ریشه دارد و اصول برگرفته از آن‌ها، مانند اصل عدالت و کرامت انسان بر احکام اولی جزایی حکومت دارند.

در جهان معاصر، پذیرش برخی از احکام جزایی اسلام از منظر تغایر با ارزش‌های اخلاقی با چالش و اشکال روبه‌روست؛ به این معنا که، عقلانیت بشری و نگاه اخلاقی، این‌گونه احکام را با معیارها و موازین عقلی و اخلاقی ناسازگار می‌بیند. مراد ما از اخلاق، هنجارها و ارزش‌هایی هستند که عقلاً راهنمای رفتار و

۹۹. طباطبایی، فراهانی از اسلام، ۶۸ تا ۷۷.

۱۰۰. این دیدگاه بعداً توسط یکی از نواندیشان دینی در چهره «ذاتی و عرضی» رخ نمود: سروش، «ذاتی و عرضی در دین»، ۴ تا ۱۶؛ البته برخی با مدعای نویسنده در این مقاله به مخالفت برخاسته‌اند: طابایی، «نقدی بر مقاله ذاتی و عرضی در دین».

۱۰۱. مطهری، اسلام و مقتضیات زمان، ۳۵/۱.

۱۰۲. صدر، اقتصادنا، ۴۴۴.

۱۰۳. خمینی، صحیفه امام، ۲۸۸/۲۱.

۱۰۴. فنایی، اخلاق دین‌شناسی، ۵۰۳.

۱۰۵. فنایی، اخلاق دین‌شناسی، ۵۰۳.

عمل به شمار می‌آیند و صفت نیک یا درست بر آن‌ها صادق است. براین اساس، احکامی مانند اجرای مجازات‌های خشن مانند رجم، تصلیب، قطع دست و پا و... رفتاری غیراخلاقی محسوب می‌شوند. البته کسانی که اخلاق را فراورده‌ای کاملاً دینی و نقلی می‌دانند، این امور را اخلاقی (دینی) می‌پندارند.

در مواجهه با چالش‌های پیش‌گفته، سه رهیافت کلان وجود دارد: توجیه‌گرا، اصلاح‌گرا و اخلاق‌گرا. رهیافت توجیه‌گرا ضمن تأکید بر درستی این احکام، به توجیه و گاه اظهار ناتوانی عقل بشری در درک مصالح نفس‌الامری آن‌ها پناه می‌برد. رهیافت اصلاح‌گرا که کمی با اقتضائات جهان جدید آشناست، ضمن پذیرش وجود اشکال در این موارد، راه‌کارهایی مطرح می‌کند که عمدتاً درون‌فقهی است. رهیافت اخلاق/عقل‌گرا بر این باور است که فهم صحیح احکام اسلام مبتنی بر درک اقتضائات و محدودیت‌های عصر تشریع است. فقیه زمانی می‌تواند به کشف اراده تشریعی خداوند نائل آید که احکام را با نگرش اخلاقی محک بزند. براین اساس، اگر در احکام فقه حکمی دیده شود که با ارزش‌های اخلاقی در تضاد باشد، باید به یکی از سه امر معتقد شد: یا این متن اصالت ندارد و جعلی است. در صورت اصالت متن و سند، این حکم از بیرون بر دین تحمیل شده است یا چنانچه در روزگار تشریع با ارزش‌های اخلاقی سازگار بوده است، هم‌اینک با آن‌ها ناسازگار است و معلوم می‌شود موقتی بوده است.

نظر برگزیده نگارندگان، تفصیل در مسئله است؛ به این معنا که، شریعت از منظر ما برخوردار از حجیت است و احکام الهی مسبوق به مصالح و مفاسد نفس‌الامری هستند. باین وجود، این اعتقاد نباید سبب شود فقه بر اخلاق به لحاظ وجودشناسی و معرفت‌شناسی و زبان‌شناسی تقدم یابد. حاصل آنکه، در مواردی که اخلاق و عقل حکمی در باب احکام جزایی ندارند یا آن‌ها را اخلاقی و عقلی تلقی می‌کنند، باید تابع محض احکام بود. اما در مواردی که برخی از احکام، ناقض ارزش‌های اخلاقی جهان‌شمول هستند، بایسته است کفه ترازو را به سود اخلاق سنگین کرد. این ترجیح، نه تنها نفی شریعت و دین نیست؛ بلکه تأیید آن است. شریعتی که بر پایه عدالت خداوند، کرامت انسان، مقاصد عالیه و اخلاق ذاتی بنیان نهاده شده است.

منابع

قرآن کریم.

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. المقنع. قم: امام‌هادی(ع). ۱۴۱۵ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

- ابن براج، عبدالعزیز بن تحریر. جواهر الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. مجموعه فتاوی ابن جنید. گردآوری علی پناه اشتیاردی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: مكتبة آية الله المرعشی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن قدامة، عبدالله بن احمد. المغنی. بیروت: دار الكتب العربی. بی تا.
- ابن مسکویه، احمد بن محمد. تهذیب الاخلاق و تطهیر الاعراق. قم: بیدار. بی تا.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. به تحقیق رضا استادی. اصفهان: مكتبة الامام امیرالمؤمنین (ع). بی تا.
- احمدی ابهری، سید محمد علی. نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان بر سیاست کیفری اسلام. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ اول، ۱۳۹۵.
- اردبیلی، محمد علی. حقوق جزای عمومی. تهران: میزان. چاپ هجدهم، ۱۳۸۶.
- اشرف دلفانی، علی. مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه. قم: بوستان کتاب. ۱۳۸۲.
- الهی، علی. جستارهایی در مقاصد شریعت. تهران: نگاه معاصر. ۱۳۹۹.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- ایازی، سید محمد علی. اصل کرامت انسان به مثابه قاعده ای فقهی. تهران: سرایی. چاپ اول، ۱۴۰۰.
- جناتی، محمد ابراهیم. «بررسی مبانی فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً»، مجله فقه. دوره ۱۷. ش ۶۵ تا ۶۶، ۱۳۸۹، ۱۲۳ تا ۱۴۲.
- جوادی آملی، عبدالله. کرامت انسان در قرآن. تهران: رجا. ۱۳۶۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- حسینی شیرازی، محمد. الفقه. قم: مؤسسة الفکر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.
- خمینی، روح الله. صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). بی تا.
- خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: علمیه. بی تا.
- ریسونی، احمد. نظریة المقاصد عند الامام الشاطبی. بی جا: المعهد العالمی للفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- زحیلی، وهبه. تفسیر المنیر فی العقیدة و الشریعة و المنهج. دمشق: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- ژکس، برن. فلسفه اخلاق؛ حکمت عملی. ترجمه ابوالقاسم پورحسینی. تهران: کتاب های سیمرغ وابسته به انتشارات

امیرکبیر. چاپ اول، ۱۳۵۵.

ساداتی، سیدمحمد مهدی. «شرایط اعمال قاعده در آراء فقہ امامیه و قانون مجازات اسلامی»، مطالعات فقہ و حقوق اسلامی. س. ۸، ش. ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ۱۱۳ تا ۱۴۶. <https://doi.org/10.22075/feqh.2017.1950>
سبحانی، جعفر. حسن و قبح عقلی یا پایه‌های اخلاق جاودان. تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی. ۱۳۷۷.

سروش، عبدالکریم. دین و دنیای جدید، سنت و سکولاریسم. تهران: صراط. ۱۳۸۱.
سلار، حمزه بن عبدالعزیز. المراسم العلویة فی النبوة. معاونت فرهنگی مجمع جهانی اهل بیت (ع). ۱۴۱۴ق.
شامبیاتی، هوشنگ. حقوق جزای عمومی. تهران: پاژنگ. ۱۳۷۱.
شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. قم: مکتبه المفید. بی تا.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ دوم، ۱۳۶۳.

صادقی تهرانی، محمد. الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنة. بیروت: اعلمی. چاپ دوم، ۱۴۳۲ق.
صانعی، پرویز. حقوق جزای عمومی. تهران: گنج دانش. چاپ ششم، ۱۳۷۴.
صانعی، یوسف. فقہ الثقلین: کتاب القصاص. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ دوم، ۱۴۲۴ق.
صدر، محمد باقر. اقتصادنا. به تحقیق المؤتمر العالمی للامام الشہید الصدر. قم: پژوهشگاه علمی تخصصی شهید صدر. ۱۴۲۴ق.

صلاحی، جاوید. کیفرشناسی. تهران: آرش. ۱۳۵۲.
صیمری، مفلح بن حسن. غایة المرام فی شرح شرایع الإسلام. قم: دار الهادی (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
طالبی، محمد حسین. «نقدی بر مقاله ذاتی و عرضی در دین». فصلنامه معرفت. ش. ۳۲، ۱۳۸۹، ۸۳ تا ۹۳.
طالقانی، شیرین. سيطرة خیر. تهران: شور. چاپ اول، ۱۳۸۷.
طباطبایی یزدی، محمد کاظم. العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

طباطبایی، محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: چاپ دوم، ۱۳۹۰م.
طباطبایی، محمد حسین. فراهایی از اسلام. تهران: جهان آرا. ۱۳۵۹.
طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۳۷۹ق.
طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرين و مطلع النیرین. قم: مرکز نشر فرهنگ اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

- طوسی، محمدبن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- طوسی، محمدبن حسن. الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. قم: قدس محمدی. بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ سوم، ۱۳۶۴.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الأذهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه. بی جا: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- علم الهدی، علی بن حسین. الانتصار. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۵ق.
- علی، جواد. المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. بیروت: دار العلم. چاپ دوم، ۱۹۷۸م.
- عمید زنجانی، عباسعلی. قواعد فقه؛ بخش جزایی. تهران: سمت. چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- عودة، عبد القادر. التشریح الجنایی الاسلامی. بیروت: دار الکتب العربی. بی تا.
- غزالی، محمدبن محمد. میزان العمل. بیروت: الهلال. ۱۹۹۵م.
- غزالی، محمدبن محمد. المستصفی. به تحقیق دکتر محمد عبدالسلام عبدالشافی. بی جا: دار الکتب العلمیه. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- غزالی، محمدبن محمد. شفاء الغلیل فی بیان الشبه و المنخیل و مسالك التعلیل. بغداد: الإرشاد. ۱۳۹۰ق.
- غوث، حسن، حسین ناصری مقدم، محمد مهریزی ثانی. «تحويل پذیرى قرارداد ذمه با پیدایش حقوق شهروندی مدرن»، فقه و اصول. ش ۱۰۵، تابستان ۱۳۹۵، ۸۹ تا ۱۱۵. 10.22067/fiqh.v48i25.14082.
- فاسی، علال. مقاصد الشریعة الاسلامیه و مکارمها. رباط: دار الغرب الاسلامی. چاپ پنجم، ۱۹۹۳م.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد. «پاسخ به شبهات پیرامون ارتداد». سایت آیت الله محمد لنکرانی. <http://www.lankarani.com>. ۱۳۹۰.
- فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله. کنز العرفان فی فقه القرآن. تهران: مرتضوی. ۱۳۶۹.
- فاضل هندی، محمدبن حسن. کشف اللثام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۹ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: دار الهجرة. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- فصیحی، امان الله. «معضلات دنیای مدرن از نظر ماکس وبر»، نشریه معرفت فوہنگی اجتماعی. ش ۶، بهار ۱۳۹۰، ۱۷۲ تا ۱۵۳.

ذاکر شوشتری و دیگران؛ رهیافت‌های مواجهه با چالش‌های اخلاقی احکام کیفری اسلام / ۱۸۱

فلاحی فرد، مهرداد، مسعود بهرامیان. «بررسی سیر تحولات منصب قاضی از عصر جاهلیت تا سال چهلیم»، خردادنامه. ش ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ۶۴ تا ۷۵.

فناپی، ابوالقاسم. اخلاق دین‌شناسی. تهران: معاصر. ۱۳۹۲.

فناپی، ابوالقاسم. دین در ترازوی اخلاق. تهران: صراط. چاپ اول، ۱۳۸۴.

فوزی، ابراهیم. احکام الأسرة فی الجاهلیة و الإسلام. بیروت: دار الكلمة. چاپ سوم، ۱۹۸۳ م.

فیروزآبادی، محمدبن یعقوب. القاموس المحيط. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۴۱۵ ق.

فیض کاشانی، محسن. المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.

کدیور، محسن. حق الناس: اسلام و حقوق بشر. تهران: کویر. ۱۳۸۶.

کلینی، محمدبن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

گل‌باغی ماسوله، سیدعلی جبار، حسین ناصری مقدم. «ارجح در ترازو؛ درنگی در نظریه نفی مشروعیت رجم ثبوتاً و اثباتاً»، فقه و اصول. ش ۹۸. پاییز ۱۳۹۳، ۱۸۳ تا ۲۰۰.

گلپایگانی، محمدرضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

مجتهد شبستری، محمد. «سه گونه دانش در سه قلمرو»، مجله نقد و نظر. دوره ۲. ش ۵، ۱۳۷۴، ۲۹۶ تا ۳۰۰.

محقق حلی، جعفرین حسن. النهایة و نکتها. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۲ ق.

محقق حلی، جعفرین حسن. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال. چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مرداک، آبریس. مقدمة سيطرة خیر. ترجمه شیرین طالقانی. تهران: شور. چاپ اول، ۱۳۸۷.

مطهری، مرتضی. اسلام و مقتضیات زمان. بی جا: کتابخانه مدرسه فقهات. بی تا.

مقدس اردبیلی، احمدبن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.

مقدس نجفی، محمدهادی، محمدرضا گلپایگانی. تقریرات الحدود و القصاص. نرم افزار کتابخانه اهل بیت (ع).

مقری، احمدبن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: دار الهجرة. چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

ملکیان، مصطفی. معنویت گوهر ادیان؛ سنت و سکولاریسم. تهران: صراط. ۱۳۸۱.

موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: دانشگاه مفید. چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.

مهریزی، مهدی. «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر. ش ۱۰ و ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶، ۱۸۴ تا ۱۹۷.

میرخلیلی، سید محمود. «خسوت و مجازات»، کتاب نقد. ش ۱۴ و ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۷۹، ۱۲۴ تا ۱۵۳.

میرزای قمی، ابوالقاسم. جامع الشتات فی اجوبة السؤالات. تهران: کیهان. ۱۳۷۱.

ناصری مقدم، حسین، عباسعلی سلطانی. کرامت انسانی و فقه؛ پیش نیازها. ظرفیت‌ها و چالش‌ها. مشهد: دانشگاه

فردوسی مشهد، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی. چاپ اول، ۱۳۹۹.

نجف‌آبادی، هادی، سیدمحمدرضا آیتی. «تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با

- مقتضیات زمان»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. س ۱۳، ش ۴۶، زمستان ۱۳۹۵، ۸۹ تا ۱۱۲.
- نصیری، علی. «حق آزادی عقیده و نقد شبهه تنافی حکم ارتداد با آن»، نشریه سیاست متعالیه. دوره ۴، ش ۱۲، ۱۳۹۵، ۸۳ تا ۱۰۰.
- نوبهار، رحیم. «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام»، نامه مفید. ش ۲۳، پاییز ۱۳۷۹، ۱۳۳ تا ۱۶۲.
- نوبهار، رحیم. «به سوی مجازات‌های هرچه انسانی‌تر». مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق بشر و گفت‌وگوی تمدن‌ها. قم: دانشگاه مفید. ۱۳۸۰.
- وبر، ماکس. روش‌شناسی علوم اجتماعی. ترجمه حسن چاوشیان. تهران: مرکز. ۱۳۸۲.
- ولایی، عیسی. ارتداد در اسلام. نی. چاپ‌اول، ۱۳۸۰.
- یزدیان جعفری، جعفر. «تأملی بر نظام هزینه-فایده در حقوق کیفری»، فقه و حقوق. س ۵، ش ۲۰، بهار ۱۳۸۸، ۱۲۱ تا ۱۳۶.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fi al-Fiqh*. researched by Rizā Ustādī, Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minīn(AS), s.d.

Aḥmadi Abhari, Sayyid Muḥammad 'Alī. *Nagsh-i Maqāṣid Shari'at dar Ta'thir Muqtaḍiyāt Zamām bar Siyāsāt Kayfari Islām*. Tehran: Pazhūhishgāh Hawzah va Dānishgāh. Chāp-i Awwal, 2017/1395.

'Alam al-Hudā, 'Alī ibn Ḥusayn. *al-Intiṣār*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1415.

'Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhḥān ilā Ahkām al-Īmān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

'Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Ahkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

'Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrir al-Ahkām al-Shari'ah 'alā Mazhab al-Imāmiya*. S.I. Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

'Amīd Zanjanī, 'Abbās 'Alī. *Qawā'id Fiqh; Bakhsh-i Jazā'ī*. Tehran: Samt, Chāp-i Sivum, 2009/1387.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Farā'id al-'Uṣūl*. Qum: Majm' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Ardabili, Muḥammad 'Alī. *Huquq Jazāy 'Umūmī*. Tehran: Mizān, Chāp-i Hijdahum, 2008/1386.

Ashraf Dīlfānī, 'Alī. *Mabānī Mas'ūliyat Kayfari dar Huquq Islām va Farānsah*. Qum: Būstān-i Kitāb, 2004/1382.

‘Awdah, ‘Abd al-Qādir. *al-Tashrī‘ al-Jinā‘ī al-Islāmī*. Beirut: Dār Kutub al-‘Arabī. s.d.

Ayāzī, Sayyid Muḥammad ‘Alī. *Aṣl Kirāmat Insān bi Muṣābih-yi Qā‘idih-yi Fiqhī*. Tehran: Sarāyī. Chāp-i Awwal, 2022/1400.

Faḍīl Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ‘an Qawā‘id al-Aḥkām*. Qum: Mu‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2003/1424.

Faḍīl Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *Kanz al-‘Irfān fi Fiqh al-Qurān*. Tehran: Murtaẓawī. 1991/369.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ al-Fawā‘id fi Sharḥ Ishkālāt al-Qawā‘id*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Awwal, 1970/1389.

Falāḥifard, Mihrdād, Mas‘ūd Bahrāmīyān. “Barrisī Siyr Taḥavulāt-i Maṣṣab Qāzi az ‘Aṣr Jahliyat tā Sāl-i Chihilum”, *Khurdādnāmah*. No. 13, autumn and winter 2015/1393, 45-64.

Fanāyī, Abū al-Qāsim. *Akhlaq Dinshināsī*. Tehran: Mu‘āṣir. 2014/1392.

Fanāyī, Abū al-Qāsim. *Dīn dar Tarāzū-yi Akhlāq*. Tehran: Shirāt. Chāp-i Awwal, 2005/1384.

Farāhidī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Dār al-Hijra. Chāp-i Duwūm, 1989/1409.

Fāsi, ‘Alāl. *Maqāṣid al-Shari‘a al-Islāmiya wa Makārimhā*. Ribāt: Dār al-Gharb al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 1993/1413.

Faṣīḥī, Amān Allāh. “Mu‘zalat Dunyā-yi Mudirīn az Naẓar Max Weber”, *Nashriyeh-yi Ma‘rifāt Farhangī Ijtima‘ī*. no. 6, spring 2012/1390, 153-172.

Fawzi, Ibrāhīm. *Aḥkām al-Usrah fi al-Jāhiliya wa al-Islām*. Beirut: Dār al-Kalama, Chāp-i Sivum, 1983/ 1403.

Fayḍ Kāshānī, Muḥsin. *al-Mahjja al-Bayḍā‘ fi Tahdhib al-Ihyā’*. Qum: Mu‘assisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.

Fāzil Lankarānī. Muḥammad Javād. “Pāsukh bi Shubahāt Pirāmūn Irtidād”. Sāyt-i Āyat Allāh Muḥammad Lankarānī. 2012/1390.

Firūzabādī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. Beirut: Dār Kutub al-‘Ilmiyya. 1995/1415.

Ghawth, Ḥasan, Ḥusayn Nāṣirīmuqadam, Muḥammad Mihrizīṣānī. “Taḥavulpazīrī Qarārdād Zimmah bā Piydaysh Ḥuqūq Shahrvandī Mudirīn”, *Fiqh va Uṣūl*. no. 105, summer 2017/1395, 89-115.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā*. researched by Duktur Muḥammad ‘Abd al-Salām ‘Abd al-Shāfi. S.I. Dār Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Mizān al-‘Amal*. Beirut: al-Hilāl. 1995/1415.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Shi‘ā’ al-Ghalīl fi Bayān al-Shabah wa al-Mukhīl wa Masālik al-Ta‘īl*. Baghdād: al-Irshād. 1970/1390.

- Gulbāghī Māsūlah, Sayyid ‘Alī. Jabbār, Ḥusayn Nāsīrīmuqadam. “Rajm dar Tarāzū; Dirangī dar Nazariyah-yi Nafy Mashrū‘iyat Rajm Thubūtan wa Ithbātan”, *Fiqh va Uṣūl*. no. 98. autumn 2015/1393, 183-200.
- Gulpāygānī, Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḍūd fi Ahkām al-Ḥudūd*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shi’a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Shari’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1994/1414.
- Ḥusaynī Shirāzi. Muḥammad. *al-Fiqh*. Qum: Mū’assisa al-Fikr al-Islāmī. 1987/1407.
- Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-Mar’ashī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.
- Ibn Qudāmāh, ‘Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Arabī. s.d.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Muqni’*. Qum: Imām Ḥādī(AS). 1995/1415.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.
- Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Aziz ibn Niḥrīr. *Jawāhir al-Fiqh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1991/1411.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Ibn Junayd Iskāfī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Majmū’ah Fatāwā Ibn Junayd*. Girdāvari ‘Alī Panāh Ishtihārdī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Ibn Miskawayh, Aḥmad ibn Muḥammad. *Tahdhīb al-Akhlaq wa Taṭhīr al-A’rāq*. Qum: Bīdār. S.d.
- Ilāhī, ‘Alī. *Justār-hā-yi dar Maqāsid Shari’at*. Tehran: Nigāh Mu’āshir. 2021/1399.
- Jannāti, Muḥammad Ibrāhīm. “Barrisi Mabānī Fiqhī Rajm (Sangsār) Thubūtan wa Ithbātan”, *Majallah-yi Fiqh*. Durīh-yi 17. no. 65-66, 2011/1389, 123-142.
- Javādī Āmulī, ‘Abd Allāh. *Kirāmat Insān dar Qurān*. Tehran: Rajā. 1990/1368.
- Jawād ‘Alī. *al-Mufaṣṣal fi Tārīkh al-‘Arab Qabla Islām*. Beirut: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Duwwum, 1978/1398.
- Kadivar, Muḥsin. *Ḥaqiq al-Nās: Islām va Huqūq-i Bashār*. Tehran: Kavīr. 2008/1386.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: ‘Ilmiyya. s.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Ṣaḥīfah-yi Imām*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. S.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, s.d.

- Khvānsārī, Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Ismā'īlīyān. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum. 1987/1407.
- Malikiyān, Muṣṭafā. *Ma'naviyat Gühar-i Adyān; Sunnat va Sikūlārism*. Tehran: Širāt. 2003/1381.
- Mihrizi, *Mahdī*. “Adālat bi Masābah-yi Qā'idih-yi Fiqhi”, *Naqd va Nazar*. no. 10-11, spring and summer 1998/1376, 184-197.
- Mīr Khalīlī, Sayyid Maḥmūd. “Khushūnat va Mujāzāt”, *Kitāb Naqd*. No. 14-15, spring and summer 2000/1379, 124-153.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim. *Jāmi' al-Shitāt fi Ajvibat al-Su'ālāt*. Tehran: Kiyhān. 1992/1371.
- Muḥaqqiq Ḥillī, Ja'far ibn Ḥasan. *al-Nihāya wa Nukathā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1992/1412.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharāy' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Istiqlāl. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.
- Mujtahid Shabistari, Muḥammad. “Sih Gūnih Dānish dar sih Qalamrū”, *Majallah-yi Naqd va Nazar*. Durīh-yi 2, no. 5, 1996/1374, 296-300.
- Muqaddas Ardabili, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'idā wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.
- Muqaddas Najafi, Muḥammad Ḥādī, Muḥammad Riḍā Gulpāygānī. *Taqrīrāt al-Hudūd wa al-Qaṣās*. Narm Afzār Kitābkhānah-yi Ahl-i Bayt(AS).
- Muqri, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Misbāḥ al-Munīr fi Gharīb al-Sharḥ al-Kabir*. Qum :Dār al-Hijrah, Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Murdoch, Iris. *Muqaddamah-yi Saytarih-yi Khayr*. Translated by Shīrīn Ṭāliqānī. Tehran: Shūr. Chāp-i Awwal. 2009/1387.
- Mūsawī Ardabili, Sayyid 'Abd Karīm. *Fiqh al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Mufid university. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.
- Muṭaharī, Murtaḍā. *Islām va Muqtaḍiyāt Zamān*. S.l.: Kitābkhānah-yi Madrisah-yi Faqāhat. s.d.
- Najafābādī, Ḥādī, Sayyid Muḥammad Riḍā Āyatī. “Tabdīl va Jāyguzinī Mujāzāt-hā-yi Islāmī (Hudūd wa al-Ta'zīrāt) Mutināsib bā Muqtaḍiyāt Zamān”, *Pazhūhish-hā-yi Fiqh va Huqūq Islāmī*. yr. 13, no. 46, winter 2017/1395, 89-112.
- Našīrī, 'Alī. “Ḥaqq Āzādī 'Aqīdih va Naqd Shubhi-yi Tanāfi Ḥukm Irtidād bā ān”, *Nashriyeh-yi Siyāsāt Muti'āliyah*. Durīh-yi 4, no. 12, 2017/1395, 83-100.

- Nāširimuqadam, Ḥusayn, ‘Abbās ‘Alī Sulṭānī. *Kirāmat Insānī va Fiqh; Pishniyāz-hā, Zarfiyat-hā va Chālīsh-hā*. Mashhad: Ferdowsi University of Mashhad. Pazhūhishkadih-yi Muṭālī‘āt Islāmī dar ‘Ulūm Insānī. Chāp-i Awwal, 2021/1399.
- Nūbahār, Raḥīm. “Aḥdāf Mujaẓāt-hā dar Jarāym Jinsī Mustawjib Ḥad dar Ḥuqūq-i Kayfarī Islām”. *Nāmah-yi Mufid*. No. 23, autumn 2000/1379, 133-162.
- Nūbahār, Raḥīm. “bi Süy Mujaẓāt-hā-yi Har chih Insānītar”. *Majmū‘ah Maqālāt Hamāyish-i bayn al-Millālī Ḥuqūq Bashar va Guftugū-yi Tamadun-hā*. Qum: Mufid university. 2002/1380.
- Raysūnī, Aḥmad. *Nazarīya al-Maqāsid ‘inda al-Imām al-Shāṭibī*. S.I. al-Ma‘had al-‘Ālimī li-l-Fikr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Ṣādātī, Sayyid Muḥammad Mahdī. “Sharāyt I‘māl Qā‘idih-yi Dara’ dar Fiqh Imāmiyya va Qānūn Mujaẓāt Islāmī”, *Muṭālī‘āt Fiqh-i va Ḥuqūq Islāmī*, yr. 8, no. 14, spring and summer 2017/1395, 113-146.
- Ṣādiqī Tihirānī, Muḥammad. *al-Furqān fī Tafsīr al-Qurān bi- al-Qurān wa al-Sunna*. Beirut: A‘lami, Chāp-i Duwum, 2011/1432.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. researched by al-Mu‘tamar al-‘Ālamī li-l-Imām al-Shahīd al-Ṣadr. Qum: Pazhūhishgāh ‘Ilmi Takhaṣuṣī Shahīd Ṣadr. 2004/1424.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Duwum, 1985/1363.
- Ṣalāḥī, Jāvid. *Kayfarshināsī*. Tehran: Ārash. 1973/1352.
- Salār, Ḥamza ibn ‘Abd ‘Azīz. *Al-Marāsīm al-‘Alawīya fī al-Nabawīya*. Mu‘āvinat Farhangī Majma‘ Jahānī Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.
- Ṣānī‘ī, Parvīz. *Ḥuqūq-i Jazā-yi ‘Umūmī*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Shishum, 1996/1374.
- Ṣānī‘ī, Yūsuf. *Fiqh al-Thaqalayn: Kitāb al-Qiṣāṣ*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Duwum, 2003/1424.
- Ṣaymarī, Muflīḥ ibn Ḥasan. *Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Qum: Dār al-Hādī(AS) Chāp-i Awwal. 1999/1420.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Qawā‘id wa al-Fawā‘id*. Qum: Maktaba al-Mufid, s.d.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Bahīya fī Sharḥ al-Lum‘ah al-Dimashqīyah*. Qum: al-Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shāmbayāti, Hūshang. *Huqūq Jazā-yi 'Umūmī*. Tehran: Pāzhang. 1992/1371.

Subhānī, Ja'far. *Husn va Qubh 'Aqlī yā Pāyih-hā-yi Akhlāq Jāvidān*. Tehran: Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i 'Ulūm Insānī va Muṭālī'āt Farhangī. 1998/1377.

Surtūsh, 'Abd al-Karīm. *Dīn va Dunyā-yi Jadīd, Sunnat va Sikulārism*. Tehran: Shirāt. 2003/1381.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. 1960/1379.

Ṭabāṭabāyī Yazdī, Muḥammad Kāzim. *al-Urwa al-Wuthqā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal. 2002/1423.

Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ Masā'il fī Tahqīq al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Chāp-i Duwum. 1970/1390.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Farāz-hā-yi az Islām*. Tehran: Jahānārā. 1980/1359.

Ṭālibī, Muḥammad Ḥusayn. “Naqdi bar Maqālah-yi Zāti va 'Araẓi dar Dīn”. *Faṣṣnāmih-yi Ma'rifat*. no. 32, 2011/1389, 83-93.

Ṭāliqānī, Shīrīn. *Sayfariy-yi Khayr*. Tehran: Shūr. Chāp-i Awwal. 2009/1387.

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma' al-Baḥrayn wa Maṭla' al-Nayyirayn*. Qum: Markaz-i Nashr-i Farhang-i Islāmī. Chāp-i Duwum, 1988/1408.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fī mā Ikhtalafā min al-Akhhbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Chāhārum, 1985/1363.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Qum: Quds Muḥammadī, s.d.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'a*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Sivum, 1985/1364.

Valā'i, 'Isā. *Irtidād dar Islām*. Tehran: Niy. Chāp-i Awwal, 2002/1380.

Weber, Max. *Ravishshināsi 'Ulūm Ijtimā'i*. Translated by Ḥasan Chāvushiyān. Tehran: Markaz. 2003/1382.

Yazdiyān Ja'fari, Ja'far. “Ta'inuli bar Nizām Hazīnih-Fāydh dar Huqūq-i Kayfari”, *Fiqh-i va Huqūq*. yr. 5, no. 20, spring 2010/1388, 121-136.

Zhiks, Biran. *Falsafah-yi Akhlāq; Hikmat 'Amali*. Translated by Abū Qāsim Pūrḥusaynī. Tehran: Kitāb-hā-yi Sīmurgh Vābastih bi Intishārāt Amīr Kabīr. Chāp-i Awwal, 1977/1355.

Zuhayli, Wahbah. *al-Tafsir al-Munir fi al-'Aqida wa al-Shari'a wa al-Manhaj*. Dimashq: Dār al-Fikr, Chāp-i Awwal, 1991/1411.



The Ruling on Exemptions from Debt (*Mustasnīyāt-i Dayn*) for Legal Entities from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law

Dr. Mohammad Reza Elmi Sola

Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundaments of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Zinat Pahlavan Mareskh  (Corresponding Author)

Master's Graduate, Department of Private Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, Meybod University, Meybod, Iran

Email: Zinat.pahlavan95@gmail.com

Abstract

The development of a legal system based on *Shī'a* Jurisprudence has led to the incorporation of several jurisprudential opinions in the field of legislation. However, the comprehensive nature of legal rulings and therefore the formation and development of legal entities has led to the fact that social and economic transformations and demands do not welcome some traditional jurisprudential opinions, such as debt exemptions for natural persons. Principles such as *lā zarar* (No Harm for Anyon), *Mafī 'Usr va Haraaj* (No Difficulty and No Hardship), *Banā-yi 'Uqalā* (Concept of Rational People), and legal principles like the principle of equality of individuals before the law can be considered as factors that enable the dynamics of jurisprudence. The analysis shows that since transactions are not absolute divine orders and are understood based on rational custom (*'urf-i 'uqalā*), it is possible to establish debt exemptions for legal entities through the method of common reasoning from jurists' opinions. In the end, all of these rules and principles work towards two main goals: being fair and improving human morality and elevated interests. To reach these goals, it is necessary that the legislator support legal entities and aid them in starting anew after dissolution.

Keywords: debt exemptions (*Mustasnīyāt-i Dayn*), personality, legal entity, natural person, dissolution



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



حکم مستثنیات دین اشخاص حقوقی از منظر فقه و حقوق

دکتر محمدرضا علمی سولا

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

زینت پهلوان مارشک (نویسنده مسئول)

دانش آموخته کارشناسی ارشد گروه حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مشهد، مشهد، ایران.

Email: Zinat.pahlavan95@gmail.com

چکیده

شکل‌گیری نظام حقوقی مبتنی بر فقه امامیه، سبب راه‌یابی بسیاری از آرای فقها به عرصه قانونگذاری شده است؛ درحالی‌که فراگیر بودن قوانین حقوقی و به تبع آن، شکل‌گیری و توسعه اشخاص حقوقی، سبب شده که تحولات و مطالبات اجتماعی و اقتصادی، برخی از نظرات فقه سنتی، نظیر اختصاص مستثنیات دین برای اشخاص طبیعی را نپذیرد. قواعدی از جمله: لاضرر، نفی عسرو حرج، بنای عقلا و اصول حقوقی مانند اصل تساوی اشخاص در برابر قانون را می‌توان از مواردی برشمرد که امکان پویایی فقه را فراهم کرده است. بررسی‌های صورت گرفته نظر بر این دارد از آنجاکه معاملات امور توقیفی نیستند و ملاک فهم آن عرف عقلاست، می‌توان به شیوه اتحاد طریق و اخذ وحدت ملاک از نظرات فقها، مستثنیات دین اشخاص حقوقی را اثبات کرد. در نهایت، همه این اصول و قواعد، در مسیر دو هدف رعایت انصاف و رشد مصالح اخلاقی و متعالی انسان گام بر می‌دارند و ضرورت دارد قانونگذار برای پیشبرد این مقاصد، به حمایت از اشخاص حقوقی و کمک به این اشخاص برای شروع دوباره پس از انحلال، اهتمام ورزد.

واژگان کلیدی: مستثنیات دین، شخصیت، شخص حقوقی، شخص حقیقی، انحلال.

مقدمه

روابط و مناسبات میان افراد، منجر به گسترش اشخاص حقوقی برای رفع نیازمندی‌های جامعه مدرن شده است. این گروه‌های انسانی برای دستیابی راحت‌تر به مقاصد خود نیازمند دارایی مستقل و فعالیت‌هایی؛ مانند اعمال حقوقی، اقامه دعوی و کارهایی از این قبیل هستند لیکن در شرایط کنونی، افزایش تورم و نوسانات قیمت‌ها بسیاری از اشخاص حقوقی را در آستانه ورشکستگی و توقف از دیون قرار می‌دهد و یکی از مواردی که به انحلال شخص حقوقی منجر می‌شود، ناتوانی از پرداخت دیون و به تبع آن فروش تمام اموال شخص حقوقی در جهت توقیف است.

هدف از وضع قوانین مربوط به مستثنیات دین این است که اموال ضروری مدیون از فروش مصون بماند و در راستای حفظ حقوق بنیادین بشری و حق کرامت و شرافت انسانی او توقیف برخی از اموال که لازمه زندگی است ممنوع شده است. در همین راستا، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ به عنوان آخرین اراده قانونگذار، صراحتاً این حق را تنها مختص به اشخاص حقیقی می‌داند.

در همین رابطه، اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی و انسانی برای ادامه حیات نیازمند ابزار و وسایلی هستند که بتوانند در مسیر اهداف خود پیش روند. علاوه بر این، نیازمندی‌های جامعه امروزی نیز اقتضای همین را دارد و با توسعه روابط و مبادلات اقتصادی، اشخاص حقوقی تأثیر بسزایی در این مبادلات دارند و از طرفی، دولت‌ها موظف‌اند علاوه بر حمایت از منافع فردی، از منافع گروه‌ها و اجتماعات بشری که برای دستیابی به اهداف مشترک تشکیل شده‌اند نیز حمایت کنند. پرسشی که در این باره وجود دارد این است که مبنای مستثنیات دین چیست؟ چگونه و با چه شرایطی می‌توان این نهاد را برای اشخاص حقوقی در نظر گرفت؟ در خصوص پیشینه تحقیق، مقاله یا کتابی با این موضوع یافت نمی‌شود، لیکن درباره مستثنیات دین و ماهیت آن مقالات بسیاری وجود دارد، از جمله: «مستثنیات دین در حقوق و فقه امامیه» از محمدرضا قنبری که نگارنده در این مقاله، ماهیت و مبانی مستثنیات دین را از نظر فقهی و حقوقی تشریح کرده است. همچنین «بررسی فقهی و حقوقی مستثنیات دین» نوشته محمد روشن که مستثنیات دین از منظر فقه و حقوق بررسی شده است یا «مبانی فقهی مستثنیات دین» از همایون مافی و سیدکمال حسینی که نگارندگان در این مقاله به مبانی مستثنیات از نظر فقه پرداخته‌اند. البته کتابی به صورت خاص در خصوص مستثنیات دین اشخاص حقوقی موجود نیست و صرفاً می‌توان به صورت کلی ردپایی از مستثنیات دین را جست‌وجو کرد؛ برای مثال، کتاب اجرای احکام مدنی از عارفه مدنی کرمانی یا کتاب اجرای احکام مدنی از دکتر عبدالله شمس و اجرای احکام مدنی در نظم حقوق کنونی از دکتر علی‌عباس حیاتی که در این کتاب‌ها به مستثنیات دین اشاره شده است.

در این پژوهش بر آنیم که برای رسیدن به نتایج مطلوب در این زمینه علاوه بر مبانی فقهی مستثنیات دین، نحوه تشکیل، انحلال، حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی را از منظر قانونی و به شیوه کتابخانه‌ای بررسی کنیم تا با شناسایی این مبانی، مستثنیات دین را برای اشخاص حقوقی معتبر گردانیم و این امر نیازمند بررسی عمیق در این مسئله است.

۱. مفهوم شناسی شخصیت

واژه شخصیت، مصدر جعلی و از شخص گرفته شده و شخص به معنای انسان است^۲ و شخصیت، نوعی شایستگی و خصوصیت برای داراشدن حقوق و تکالیف معنا شده^۳ که تنها درباره انسان زنده‌ای که از حق حیات مستقل برخوردار است مصداق می‌یابد و آن چنان همراه اوست که خود او هم نمی‌تواند آن را سلب کند.^۴ بنابراین تفاوت آن با شخصیت حقوقی، در ذات اوست؛ زیرا شخص حقوقی نهادی است که قانونگذار یا عقلاً برای وجودش شخصیت مستقل اعتبار کرده‌اند.^۵

باین حال، شخص ازجمله مباحث مهم حقوق مدنی و به معنای کسی است که موضوع حق قرار می‌گیرد و به کسی شخص گفته می‌شود که دارای شخصیت است و منظور از شخصیت، اوصافی است که سبب می‌شود دارنده آن، طرف حق و تکلیف قرار گیرد و در نتیجه، شخص و شخصیت در تلازم هم هستند.

۲. اقسام اشخاص

اشخاص به دو گروه، شخص حقیقی و شخص حقوقی تقسیم می‌شود:

۱. ۲. شخص حقیقی

شخص حقیقی عبارت است از: شخص طبیعی یا فرد انسانی دارای وجود که به دو حد تولد و موت محدود می‌شود.^۶ در ماده ۹۵۶ قانون مدنی آمده است که اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده، متولد شدن انسان شروع می‌شود و با مرگ او تمام می‌شود و پایان زندگی شخص حقیقی با مرگ صورت می‌گیرد. البته در نظر برخی، جنین یا حمل نیز می‌تواند واجد شخصیت باشد،^۷ لیکن از نظر حقوقی و ماده ۹۵۷ قانون مدنی جنین تا زنده به دنیا نیامده است اصولاً نمی‌تواند دارنده حق و تکلیف باشد.

۲. معین، فرهنگ فارسی، ۲۳۲.

۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۳۷۸.

۴. صفار، شخصیت حقوقی، ۸۱ تا ۸۰.

۵. ساکت، شخصیت و اهلیت در قانون مدنی، ۱۶۰.

۶. رسایی‌نیا، کلیات حقوق بازرگانی تجاری، ۱۱۸.

۷. موسی‌زاده، حقوق اداری، ۷۰.

هر شخص طبیعی دارای ویژگی‌هایی از قبیل نام، اقامتگاه و اسناد ثبت احوال است که از نظر حقوقی سبب تمایز او از موجودات و اشخاص دیگر شده است.

۲.۲. شخص حقوقی

شخص حقوقی عبارت است از: دسته‌ای از افراد که منافع و فعالیت مشترک دارند یا دارای اموال مشترک هستند که به موضوع خاصی اختصاص داده‌اند و قانون برای آن‌ها شخصیت مستقل اعتبار کرده است.

شخصیت حقوقی در اصطلاح موجودی است که حق و تکلیف دارد و دارای زندگی حقوقی است و با اعمال حقوقی و انجام دادن تکالیف خود ایفای نقش می‌کند و علی‌رغم اینکه موجودات طبیعی نیستند، اما دارایی و منافع مخصوص به خود را دارند.^۸ به طور کلی، دو عنصر منافع و اموال در کنار هم شخص حقوقی را تشکیل می‌دهد^۹ و تمام مسائلی که راجع به اشخاص حقوقی ایجاد می‌شود، ذیل همین دو عنصر می‌گنجد.

همان‌گونه که بیان شد شخصیت، نوعی وصف و شایستگی برای داراشدن حقوق و تکالیف است و این وصف و قابلیت اگر ذاتی و ملازم با شخص باشد، صلاحیت مزبور را که قانون مدنی از آن به اهلیت تعبیر می‌کند می‌توان به شخصیت حقیقی تعبیر کرد و دارنده آن را شخص حقیقی نامید.^{۱۰} اگر ذاتی نباشد، بلکه قانونگذار یا عقلا آن را برای موجودی اعتبار کرده باشند و قابلیت سلب را داشته باشد، در این صورت چنین شخصیتی را شخصیت حقوقی و دارنده آن را شخص حقوقی می‌نامند.

راجع به ماهیت شخص حقوقی اختلاف نظرات بسیاری وجود دارد. در نظر برخی، شخص حقوقی، موجودی مستقل و مجزا از شخص حقیقی است؛^{۱۱} یعنی مبتنی بر جعل یا فرض شارع نیست، بلکه در عین واقعیت خود را بر قانونگذار تحمیل می‌کند. در نظر برخی دیگر از حقوقدانان، قواعد حقوقی دارای اوامر و نواهی است که متوجه اشخاص دارای قصد و اراده می‌شود. بنابراین شخص حقوقی؛ اعم از اشخاص حقیقی است، حال آنکه تنها افراد انسانی دارای قصد و شعور و تابع اوامر و نواهی هستند و آنچه به نام اراده اشخاص حقوقی نامیده می‌شود در واقع، اراده تشکیلات و ارکان است که گروه برای خود مشخص می‌کند.^{۱۲}

۸. صفایی، حقوق مدنی؛ اشخاص و اموال، ۳۹/۱.

۹. امامی، حقوق مدنی، ۲۵۸/۴؛ فخلعی، حائری، قاسمی، «تحلیل فقهی شخصیت حقوقی»، ۴.

۱۰. رسایی‌نیا، کلیات حقوق بازرگانی تجاری، ۱۲۰.

۱۱. صفار، شخصیت حقوقی، ۸۱ تا ۸۰.

۱۲. مؤتمنی طباطبایی، تحولات حقوق خصوصی، ۲۸۲ تا ۲۷۹.

در نظر برخی هم می‌توان برای اشخاص حقوقی وجودی فرضی و مجازی قائل شد؛ بدین معنا شخصیت حقوقی، مفهومی اعتباری دارد و نوعی تأسیس حقوقی است که بر اثر پیشرفت جوامع به وجود آمده است^{۱۳} و باتوجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت، این اشخاص از تمام حقوق و تکالیفی که برای اشخاص طبیعی مقرر شده برخوردار هستند، مگر حقوق و تکالیفی که صرفاً برای افراد انسانی پدید آمده است؛ مانند ابوت و نبوت و....

در واقع، این گروه شخصیت واقعی را مختص انسان می‌دانند و لفظ شخص در رابطه با موجودات دیگر مجازی است. براساس این نظر، جمعیت‌ها و گروه‌ها از اعضای خود جدا نیستند و نمی‌توانند واجد شخص مستقل باشند، بلکه تابع و وابسته اعضای خود هستند. باتوجه به اجماع نظرات، شخص حقوقی وجودی مجازی و اعتباری دارد و همان‌گونه که وجود آن بسته به نظر قانونگذار معتبر واقع شده، صلاحیت و اهلیت آن نیز وابسته به نظر مقنن و دولت است.

به نظر می‌رسد اعتباری بودن شخصیت و اهلیت اشخاص حقوقی سبب شده تا اهلیت این اشخاص دستخوش محدودیت شود؛ به عبارت دیگر، مالکیت اشخاص منوط به تصمیمات هیئت مدیره است و باتوجه به ماده ۵۸۹ قانون تجارت، تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود و اهلیت نیز در محدوده تخصص جای دارد و باید درخور موضوع این اشخاص باشد که بدان هدف تشکیل شده‌اند، درحالی که اشخاص طبیعی اهلیت گسترده‌تری دارند و اصل بر اهلیت در تمام امور مالی است، مگر اینکه قانونگذار منع کرده باشد؛ مثلاً اشخاص دارای تابعیت خارجی حق برداشتن اموال غیر منقول را ندارند، برخلاف اشخاص حقوقی که اهلیت آن‌ها در برخی موارد خاص و با اجازه قانونگذار است.

۲.۲.۱. شخص حقوقی در فقه

در منابع فقهی، اصطلاح شخصیت حقوقی مانند امروزه به کار نرفته و چندان هم رایج نبوده است؛ بنابراین تعریفی دقیق از آن ارائه نشده، لیکن مهم‌ترین خصوصیتی که برای موضوعی غیر از انسان به کار برده شده، اهلیت تملک است و پذیرش این اهلیت، حقوق و تکالیفی را در پی دارد.

أ. مالکیت: از منظر فقه، مالکیت، وجودی اعتباری دارد و بر همین اساس، مالک و مملوک نیز اموری اعتباری هستند؛ مانند بیع سلم. همچنین در موضوعاتی که مربوط به اشخاص انسانی نیست؛ مانند مسجد، فقرا و منصب امامت، مالکیت اعتباری وجود دارد و در اصطلاح، شخص حقوقی گفته می‌شود.^{۱۴}

۱۳. صانعی، حقوق جزای عمومی، ۲/۲۱.

۱۴. فخلعی، حائری، قاسمی، «تحلیل فقهی شخصیت حقوقی»، ۸.

خوانساری در باب اقرار و لزوم اهلیت این گونه بیان می کند: «از آنجاکه ملکیت جهت منعی ندارد، اقرار برای آن هم صحیح است؛ چراکه عقلا مالکیت آن را معتبر می دانند، مانند اینکه اگر عین دارای منفعتی را برای مسجد وقف نماید، مسجد مالک این منفعت می شود.»^{۱۵}

به نظر می رسد پذیرش مالکیت برای اشخاص حقوقی، به معنای در نظر گرفتن اهلیت برای موضوعات غیرانسانی و صلاحیت داراشدن حقوق و تکالیف ویژه انسان است.

ب. ذمه: در منابع فقهی، ذمه در موارد متعددی مطرح شده و برخی از فقها به طور مستقل بدان اشاره کرده اند. ذمه در نظر اهل لغت، به معنای عهد و پیمان و ضمان بیان شده است.^{۱۶} در نظری دیگر، ذمه معنایی است که در مکلف مفروض گرفته می شود و مقابل الزام و التزام است.^{۱۷} باتوجه به این معنا، ذمه به معنای قابلیت و صلاحیت پذیرش حق و تکلیف است.

در همین راستا، برخی از فقها برای ذمه امری اعتباری قائل شده اند؛ بدین معنا که در نظر عقلا ذمه برای اموالی که وجود خارجی ندارند و به صورت دینی هستند فرض شده تا برای این اموال مکانی به صورت رمز اختصاص یابد تا در هنگام وجود خارجی، بدان تطبیق کند.^{۱۸}

با این وجود، در موضوعات غیرانسانی هر چیزی که بتواند مسئولیت بپذیرد و به امری ملزم شود دارای ذمه است و به تبع آن، شخصیت مستقل می یابد. بنابراین چنانچه اهلیت تملک که ویژه انسان است برای اشخاص حقوقی در نظر بگیریم و تکالیفی را مقرر کنیم، این تکالیف آثاری دارد که در برگیرنده حقوقی به مثابه انسان است.

۲.۲.۲. شخص حقوقی در قانون

از منظر قانونی، اشخاص حقوقی به دو دسته تقسیم می شوند:

أ. اشخاص دارای ماهیت عمومی: اشخاص حقوق عمومی در اکثر موارد به فعالیت های عمومی اشتغال می یابند؛ یعنی متصدی امور عمومی هستند و نیز دارای صلاحیت عام و گسترده ای هستند، مانند صلاحیت و فعالیت دولت، کشور و... در این خصوص، به دلیل ماهیت و ویژگی اموال عمومی، اموال مزبور توقیف شدنی نخواهد بود؛ زیرا منجر به تزلزل اموال عمومی و توقف در ارائه خدمات عمومی می شود و این امر باعث عسرو حرج در جامعه و خدشه به منافع عمومی می شود.^{۱۹}

۱۵. خوانساری، جامع المدارک، ۳۹.

۱۶. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۲۶۴/۱۶.

۱۷. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۳۵/۲.

۱۸. جواهری، بحوث الفقه المعاصر، ۱۵۴/۱.

۱۹. نیسی، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مسائل مدنی، ۲۶/۱.

می‌توان گفت: چنانچه برای اشخاص طبیعی مستثنیات دین را به رسمیت شناسیم و از طرفی هم اموال دولتی توقیف‌نشده‌ای باشد و درعین حال اشخاص حقوقی در اجرای حکم از هیچ حقوق و امتیازی برخوردار نباشند، مخالف انصاف و عدالت می‌نماید و با اصول کلی حقوقی نیز مغایرت دارد.

ب. اشخاص دارای ماهیت خصوصی: براساس ماده‌ده قانون تجارت، اشخاص حقوقی حقوق خصوصی دو دسته‌اند: ۱. شرکت‌های تجاری؛ ۲. مؤسسات غیرتجاری.^{۲۰} این اشخاص تابع قواعد حقوق خصوصی هستند،^{۲۱} مگر در مواردی خاص که قانونگذار برخی از این اشخاص را بنا بر دلایلی از امتیازات حقوق عمومی برخوردار کرده باشد.

در قانون برای ایجاد و تشکیل شخص حقوقی، زمان مشخصی تعیین شده است. برای مثال، مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجاری تأسیس می‌شوند از تاریخ ثبت در دفتر ثبت تشکیل‌شده محسوب می‌شوند. مطابق با ماده ۵۸۷ قانون تجارت، مؤسسات دولتی به محض ایجاد و بدون نیاز به ثبت و با توجه به ماده ۱۷ لایحه اصلاح قانون قسمتی از قانون تجارت، شرکت‌های سهامی پس از قبول سمت مدیران و بازرسان تشکیل‌شده محسوب می‌شوند و پایان اشخاص حقوقی حقوق خصوصی (غیر از وقف) با انحلال و پایان تصفیه صورت می‌گیرد.

۳. مستثنیات دین

دین، به معنای وام قرض و دیون، جمع آن است و در معنای دیگر، دین به فتح دال، به معنای وام، قرض، مقروض شدن و وام‌گرفتن است.^{۲۲}

در معنای اصطلاحی، مستثنیات دین به آن میزان از مال مدیون گفته می‌شود که نمی‌توان برای پرداخت دین توقیف کرد یا به فروش رسانید.^{۲۳}

بنابراین به موجب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، هرگاه محکوم‌علیه در موعده‌ای که برای اجرای حکم مقرر شده است از پرداخت محکوم به خودداری کند یا شخص مدیون از ایفاء دین خود امتناع ورزد، دادگاه صادرکننده حکم قطعی، قرار توقیف اموال محکوم‌علیه یا مدیون را صادر می‌کند، به غیر از اموالی که در ردیف مستثنیات دین قرار می‌گیرد.

۲۰. راستین، حقوق بازرگانی، ۳۸.

۲۱. موسی‌زاده، حقوق اداری، ۹۶.

۲۲. جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ۲۱۱۴.

۲۳. راغب اصفهانی، المفردات، ۱۷۵.

۴. ماهیت مستثنیات دین

پرسشی که در خصوص ماهیت مستثنیات دین وجود دارد این است که آیا مستثنیات دین از مقوله حکم است که نتوان برخلاف آن تراضی کرد یا حقی است تکمیلی که صاحب آن بتواند از حق خود صرف نظر کند یا شرط خلاف آن را بگنجاند؟

در اقوال فقها اشاره به فتوایی در خصوص مستثنیات دین بدین صورت شده است: «اذا اشترط دائنٌ علی مدین فی عقد القرضِ او فی عقدِ آخرَ بیعِ المستثنیاتِ او بعضها لوفاءِ الدَّینِ صحَّ الشرطُ وَجَبَ العملُ علیه؛ هرگاه طلبکار بر بدهکار در عقد قرض یا عقد دیگر شرط کند که تمام یا بعضی از مستثنیات در مقام ایفای تعهد فروخته شود، شرط صحیح و لازم الوفاست.»^{۲۴} این فتوا به نظر بیانگر تکمیلی بودن قواعد مستثنیات دین است.

در همین رابطه، برخی از حقوق دانان از قوانین امری و تکمیلی برای بیان آن استفاده کرده اند.^{۲۵} با این دیدگاه مسئله ای که به میان می آید این است که عدم رعایت مستثنیات دین برای اشخاص حقوقی آیا برای مصلحت عمومی است یا مصلحت شخص حقوقی؟ به طور بدیهی، در خصوص نظم عمومی در صورت بهره مندی اشخاص حقوقی از مستثنیات دین، مصلحت افراد هم لحاظ می شود؛ زیرا اهمیت اشخاص حقوقی و مزایای آن برای جامعه بر هیچ کس پوشیده نیست.

در خصوص نظم عمومی در حقوق داخلی، این امر مهم تلقی شده و یکی از اهداف قانونگذاری، عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه عنوان شده است، لذا با توجه به موردی که اشاره شد توقیف تمامی اموال شخص حقوقی، مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه است؛ زیرا از نظر اخلاقی پسندیده نیست تا افرادی با مشقت فراوان شخص حقوقی را با اهداف توسعه یافته تشکیل دهند و به دلیل عدم توانایی پرداخت دین، فروش تمامی اموال و امکانات خود را بپذیرند.

از نظر برخی، در خصوص تعیین مصادیق مستثنیات دین باید با توجه به عرف زمان و مکان و شرایط اقتصادی جامعه عمل کرد. در واقع، بررسی فتوای فقها در خصوص مصادیق مستثنیات دین نشان می دهد که در مقام بیان تمام مصادیق آن نبودند، بلکه این عرف است که مصادیق مستثنیات دین را به شیوه تمثیلی و نه حصری مشخص می کند.^{۲۶}

در حالت کلی می توان گفت: برای تشخیص مستثنیات دین اشخاص حقیقی، عرف ملاک

۲۴. حکیم، اصول العامه للفقهاء، ۲/۲۰۳.

۲۵. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۲۴۳ تا ۲۱۶.

۲۶. مافی، حسینی، «مبانی فقهی مستثنیات دین»، ۱۵۷.

تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد و باید براساس ضوابط نوعی توجه شود. بنابراین می‌توان عدم‌لحاظ مستثنیات دین اشخاص حقوقی را در ماهیت این اشخاص جست‌وجو کرد که آیا در نگاه عرفی و عقلایی برابر با اشخاص حقیقی هستند یا خیر؟

۴. ۱. مبانی فقهی مستثنیات دین اشخاص حقوقی

در منابع و فتاوی فقهی، لاضرر و نفی عسرو حرج به‌عنوان مهم‌ترین ادله مستثنیات دین برای توسعه مصادیق آن به‌غیر از موارد منصوصه از سوی فقها مطرح شده است که ضمن بررسی این مبانی و امکان‌سنجی آن برای اشخاص حقوقی، به مبانی استنباطی دیگری؛ مانند بنای عقلا و ترجیح اهم بر مهم و تنقیح مناط به‌منظور اثبات و تقویت این مورد می‌پردازیم:

أ. روایات: در منابع فقهی روایات بسیاری در باب مستثنیات دین اشاره شده که با دقت در برخی از این روایات می‌توان نکات مهمی را استخراج و استنباط کرد:

۱. روایت ابن‌ابی‌عمیر از امام صادق(ع): ابن‌ابی‌عمیر از امام صادق نقل می‌کند که فرموده: شخص مدیون را به‌سبب عدم‌توانایی در پرداخت دینش نمی‌توان از محل سکونتش بیرون کرد.

۲. روایت حلبی از امام صادق(ع): حلبی نقل کرده که امام صادق فرمودند: نمی‌توان منزل مدیون را برای پرداخت دیون وی به فروش رسانید؛ زیرا منزل مسکونی از ضروریات زندگی فرد محسوب می‌شود.^{۲۷} همان‌طور که بیان شد در فقه مصادیق مستثنیات دین را عرفی دانسته‌اند و در باب روایات، تصریحی به وجود مستثنیات دین برای اشخاص انسانی نشده است؛ بدین‌صورت که با دقت در روایات در می‌یابیم که این روایات نوعی اخلاق و انصاف در اوضاع و احوال مال‌باخته را توجیه می‌کند و بیش از آنکه حکم باشد، نوعی رأفت اسلامی به حال مؤمنان است.

ب. لاضرر: یکی از مبانی مستثنیات دین، لاضرر عنوان شده که دلیل و منشأ بسیاری از احکام فقهی و حقوقی را شامل می‌شود و از میان تمام ادله بیان‌شده، حدیث لاضرر رایج‌تر است: «لاضرر و لاضرار فی الإسلام». معنای این عبارت این‌چنین است که در اسلام هر زیانی که به اشخاص می‌رسد، اعم از مادی و معنوی نفی شده است. در نظر شیخ انصاری، بر مبنای این حدیث، حکم ضرری تعطیل می‌شود^{۲۸} و در نظر آخوند خراسانی، ضرر به معنای نفی حکم به لسان نفی موضوع ضرری است.^{۲۹} برخی معتقدند: قاعده

۲۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۹۸/۶.

۲۸. انصاری، فوائد الأصول، ۱۷۲.

۲۹. آخوند خراسانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲۶۷/۲.

لاضرر براساس احکام حکومتی تفسیر می‌شود^{۳۰} و بر احکام عمومی حکومت دارد؛ به این معنا هم نفی وجود و هم نفی اثبات می‌کند. در نظر برخی دیگر می‌توان برای اثبات حکم نیز به قاعده لاضرر استناد کرد؛^{۳۱} یعنی اگر حکم نبود سبب ضرر می‌شد.

در همین راستا، به نظر برخی از فقهای امامیه در صورت عدم رعایت مستثنیات دین، شخص مدیون مجبور به فروش اموالی می‌شود که برای حداقل معاش وی ضروری است و منجر به ضرر وی می‌شود که باید به واسطه لاضرر مرتفع شود؛^{۳۲} حال آنکه در نظر برخی دیگر، مستثنیات دین را نمی‌توان بر مبنای لاضرر بنا نهاد؛ زیرا لاضرر قاعده‌ای امتنانی است و در صورتی که لاضرر منجر به وقوع ضرر برای دیگری باشد، خلاف امتنان است و در صورت تعارض دو لاضرر، هر دو ساقط و به اصل تسلیط (سلطه مالک بر اموال) عمل می‌شود.^{۳۳}

به نظر می‌رسد اسقاط دو لاضرر و ترجیح اصل تسلیط در صورتی است که دو ضرر، مساوی و در یک سو باشند، لیکن از جهات عقلی، ضرر مدیون در فروش تمامی اموال و دارایی خود برای پرداخت بدهی، بر ضرر دائن برای رسیدن به تمام بدهی خود ترجیح دارد.

ج. نفی عسرو حرج: مطابق با قاعده نفی عسرو حرج هرگاه انجام تکلیفی دشوار و مشقت‌بار باشد از عهده مکلف ساقط خواهد شد؛^{۳۴} زیرا در صورت فروش اموال مدیون در وضعیت مدیون و خانواده وی حرج ایجاد می‌شود و برای جلوگیری از عسرو حرج مدیون، شارع برخی از اموال را از فروش مستثنا کرده است. بر مبنای این قاعده چنانچه تکلیفی سبب مشقت باشد نمی‌توان آن را به دیگران تحمیل کرد،^{۳۵} باین وجود می‌توان گفت: وجوب ادای دین که از احکام الزام نسبت به شخص حقوقی است هرگاه سبب عسرو حرج شود به مقتضای قاعده مرتفع می‌شود.

د. ترجیح منافع جامعه بر منافع افراد بر مبنای قاعده تقدم اهم بر مهم: قاعده اهم بر مهم به معنای تقدم و اولویت حکم مهم‌تر در جایی است که بین اجرای دو حکم، تراحم وجود دارد و بنابر قاعده عقلی، حکم اهم بر مهم مقدم می‌شود. در این خصوص، ولی فقیه با لحاظ منافع و مصالح مردم و با رعایت

۳۰. خمینی، کتاب الرسائل، ۵۰/۱.

۳۱. انصاری، مکاسب، ۲۸۰/۴.

۳۲. بروجردی، جامع الأحادیث الشیعه، ۳۷۶/۲۳.

۳۳. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲۴۳.

۳۴. محمدی، قواعد الفقه، ۱۸۴.

۳۵. حسینی شیرازی، الفقه، ۱۱۵/۵.

شرایط جامعه، حکم به تقدیم یکی (اهم) بر دیگری (مهم) می‌کند.^{۳۶} این حکم کاربرد بسیاری در حوزه فقه و حقوق و قانونگذاری دارد.

در همین راستا و باتوجه به ضرورت رفع نیازمندی‌های جامعه و رجوع به قاعده عقلی ترجیح منافع جامعه بر منافع فردی، حمایت از متصدیان اشخاص حقوقی برای اهداف اجتماعی و اقتصادی متناسب با موضوع این اشخاص ضرورت دارد و نمی‌توان این امر را نادیده انگاشت. لذا به‌طور بدیهی، در صورت توقیف اموال اشخاص حقوقی علاوه بر حرج‌گردانندگان و پدیدآورندگان آن سبب بروز مسائلی خواهد شد که بر منافع جامعه تأثیر غیرمستقیم خواهد گذاشت و این امر مستلزم این است که قانونگذار در بسیاری موارد از جمله مستثنیات دین، توجه ویژه‌ای به این اشخاص داشته باشد.

ه. **بنای عقلا:** بنای عقلا رفتار معینی است که همه خردمندان در برخورد با یک واقعه از خود نشان می‌دهند، بدون آنکه اختلاف زمان، مکان، فرهنگ، دین و مذهب آنان تأثیری در بروز این رفتار داشته باشد.^{۳۷} تمامی معاملات و روابط اجتماعی افراد از این دسته‌اند که اسلام آن را تشریع و وضع نکرده و فقط امضا کرده است. بنابراین، آنچه از قوانین و احکام که به معاوضات، مبادلات و... مرتبط است، با گذشت زمان به یک شکل باقی نمی‌ماند و بدیهی است که به مرور زمان دچار تحولاتی می‌شود.^{۳۸} باتوجه به موارد تشریح شده، برخی از مصادیق شخص حقوقی در زمان معصوم وجود داشته و عقلا با آن‌ها تعامل داشته‌اند و به مثابه شخص حقیقی با آن‌ها رفتار می‌کردند؛ مثل بیت المال، وقف و... علاوه بر آن، از لحاظ عقلی نیز فروش تمام اموال شخص حقوقی منجر به مشقت و ضرر می‌شود، زیرا شخص حقوقی از نظر قانونی امکان تشکیل مجدد را دارد و برای شروع دوباره، دسترسی به برخی از اموال ضروری لازم می‌نماید.

و. **تنقیح مناط:** تنقیح مناط در صورتی حجت است که برگرفته از دلیل قطعی باشد، لیکن مستثنیات دین از امور غیرتوقیفی است و نزد عرف و عقلا اعتبار می‌یابد و دلیل آن را هم در نظر عرف، رهایی از رنج و مشقت مدیون توصیف کرده‌اند که این امر در اشخاص حقوقی نیز درک‌شدنی می‌نماید. اتحاد طریق نیز در اقوال اصولیان ذیل عنوان قیاس بحث شده و اصطلاحی است که شهید ثانی در کتاب شرح لمعه به کار برده^{۳۹} و منظور از آن عبارت است از: نصی درباره حکمی داشته باشیم که علت حکم از آن استفاده شود و همین علت در مورد دیگری که حکمش مسکوت مانده، موجود باشد.

۳۶. قافی، شریعتی، اصول فقه کاربردی، ۱۲۹.

۳۷. حکیم، اصول العامه للفقهاء، ۱۹۷.

۳۸. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۰.

۳۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۱۳.

عمده‌ترین مثال استعمال‌شده در کتاب‌های اصولی بدین صورت است که می‌دانیم در دعوی بر میت، مدعی باید قسم یاد کند و حدیثی در این مورد استفاده می‌شود که چون شخص مرده قادر به دفاع از خود نیست، مدعی باید برای راستی ادعای او سوگند یاد کند، به همین علت در خصوص دعوی بر دیوانه و کودک همین علت وجود دارد؛ پس حکم این مورد، همان حکم اول است. در نظر برخی، این قیاس از نوع قیاس جلی و معتبر است.^{۴۰} در خصوص مستثنیات دین اشخاص، روایات زیادی در منابع فقهی وجود دارد که به‌صراحت از فروش اموال ضروری مدیون منع کرده و این ممنوعیت نزد عرف و عقلا به‌سبب رعایت وضعیت بدهکار و جلوگیری از مشقت است که همین علت برای اشخاص حقوقی در عصر حاضر نیز وجود دارد، در نتیجه می‌توان با کمک اتحاد طریق و وحدت ملاک که در واقع ارفاقی است که شارع بر مکلفان قائل شده و همین ملاک برای اشخاص حقوقی نیز وجود دارد، این حکم را برای این اشخاص به رسمیت شناخت.

در همین رابطه، در نظر برخی از فقها چنانچه هدف از تأسیس مستثنیات، ادامه حیات و دوری از مشقت باشد، باید در خصوص همین دو مورد مستثنا شود. برای مثال، منزل مسکونی نیز تحت‌شمول مستثنیات قرار دارد، درحالی‌که منزلی مستثنا می‌شود که درخور شأن مدیون باشد، هرچند در وضعیت عادی گران هم باشد اما از توقیف مصون است.^{۴۱} براساس این دلیل برخی از محققان چنین عقیده دارند که هدف از تأسیس نهاد مستثنیات دین، توجه به جنبه‌های اجتماعی آن است؛ یعنی شارع مقدس لگدمال‌شدن شأن اجتماعی مدیون را در قبال پرداخت بدهی اراده نکرده است.^{۴۲}

باین‌وجود، آیا می‌توان اذعان داشت که شخص حقوقی، فاقد شأن و جایگاه اجتماعی است؟ چه‌بسا در واقعیت، بسیاری از اشخاص حقوقی دارای اعتبار و امتیازاتی بیش از اشخاص طبیعی در جامعه هستند، درحالی‌که با توقف از دیون ناچار به فروش تمام دارایی و امکانات خود می‌شوند که جایگاه آنان را بیش‌ازپیش دچار تزلزل می‌گرداند. گذشته از آن، باتوجه‌به اصل جبران خسارت دائن، تمامی اموال مدیون برای تأدیه دین به فروش گذاشته می‌شود، مگر اموال ضروری که برای ادامه حیات وی از توقیف ممنوع می‌شود. چنانچه مستثنیات دین را استثنا بر این اصل بدانیم، نتیجه بر این می‌شود که در خصوص اشخاص حقوقی اکتفا به قدرمیتقن می‌شود، لذا این حق به اشخاص حقوقی تسری نمی‌یابد، حال‌آنکه در نظر برخی از فقها مستثنیات دین برای حفظ حیات و کرامت انسانی گماشته شده و با این حساب دائن می‌تواند با

۴۰. محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ۱۰۱.

۴۱. حسینی شیرازی، الفقه، ۱۱۲/۵.

۴۲. میرداداشی، «تأملی در مستثنیات دین»، ۱۷۵.

فروش تمام اموال مدیون به طلب خود دست یابد اما حتی بر جسم و حیات و کرامت انسانی او ندارد. در واقع، در اینجا با دو قاعده مواجه می‌شویم: اصل بر فروش تمامی اموال مدیون برای تأدیه طلب دائن و اصل عدم تعرض بر شخصیت اشخاص؛ بنابراین اصل جبران ضرر و مستثنیات دین دو مفهوم مجزا هستند و مدعیان اختصاص مستثنیات دین به اشخاص طبیعی بایستی برای ادعای خود اقامه دلیل کنند، حال آنکه در سابقه فقهی، چنین دلیلی یافت نمی‌شود و ذکر مستثنیات براساس تفاسیر، متفاوت از روایات بیان شده است و حتی در ماهیت آن نیز اختلافات بسیاری وجود دارد.

۴. ۲. امکان سنجی مستثنیات دین اشخاص حقوقی از نظر قانون

مستثنیات دین در نظام حقوقی ایران بر مبنای عرف به کار می‌رود و آخرین قانونی که قوانین دیگر را در این رابطه نسخ ضمنی کرده، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ است. باتوجه به ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مستثنیات دین شامل موارد زیر است:

ا. منزل مسکونی که عرفاً در شأن محکوم‌علیه در حالت اعسار او باشد.

ب. اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوایج ضروری محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی لازم است.

ج. آذوقه موجود به قدر حاجت محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل و برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود.

د. کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آن‌ها.

ه. وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاص که برای امرار معاش ضروری آن‌ها و افراد تحت تکفلشان لازم است.

و. تلفن مورد نیاز محکوم.

ز. مبلغی که ضمن عقد اجاره به موجر پرداخت می‌شود، مشروط بر اینکه پرداخت اجاره بها بدون آن موجب عسرو حرج شود و عین مستاجر مورد نیاز مدیون باشد و بالاتر از شأن او نباشد.

در ماده ۵۲۶ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی این گونه مقرر شده: «مستثنیات دین تا زمان حیات محکوم‌علیه جاری است»، در نتیجه مقررات راجع به مستثنیات دین ناظر بر اشخاص حقیقی است. بنابراین از نظر حقوقی مهم‌ترین دلیل مستثنیات دین لزوم حفظ حیات به دلیل کرامت انسانی عنوان شده است، در حالی که اشخاص حقوقی فاقد آن هستند. لازم به ذکر است که اشخاص حقوقی با انحلال پایان می‌یابند و پس از انحلال، اموال باقیمانده آن میان شرکا تقسیم می‌شود.

ماده ۲۰۸ لایحه قانونی اصلاح، قسمتی از قانون تجارت در خصوص شرکت‌های سهامی این گونه بیان می‌کند: «تا خاتمه امر تصفیه، شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام امور مربوط به تصفیه باقی خواهد

ماند.» لیکن در نظر برخی از حقوق دانان، انحلال شرکت، نوعی مرگ و پایان شخصیت حقوقی است و باتوجه به لزوم رعایت تشریفات ختم تصفیه، شخصیت حقوقی شرکت تا پایان ختم تصفیه پایان می یابد، لذا اعاده پس از انحلال وجود ندارد و این ماده، به معنای شخصیت حقوقی ناقص شرکت است که صرفاً به امور مربوط به تصفیه اختصاص یافته است و نتایج خاصی، از قبیل نام شرکت، نشانی و اهلیت شرکت را در بردارد. همچنین صلاحیت تصمیم گیری مجمع عمومی فقط در امور مربوط به تصفیه باقی خواهد ماند.^{۴۳}

این عده معتقدند که ماده ۲۰۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، بقا و شخصیت حقوقی شرکت را پس از انحلال صرفاً از جهت انجام امور مربوط به تصفیه و خاتمه دادن کارهای جاری و انجام تعهدات آن تأیید کرده، وگرنه از جنبه فعالیت های تجاری، شخصیت شرکت دیگر منتفی شده است و لذا برای احیای شرکت، نیاز به سازوکار قانونی برای حمایت از طلبکاران و سهام داران اقلیت پیش بینی شده است و اجازه احیای شرکت با تصمیم مجمع عمومی فوق العاده یا همه سهام داران سبب تضییع حقوق اشخاص می شود و راه اندازی شرکت منحل شده، جز با تشکیل مجدد آن برابر مقررات قانونی ممکن نیست. همچنین استناد به اختیارات مجامع عمومی در زمان انحلال درخور تأمل است. برای مثال، مجمع عمومی فوق العاده در زمان حیات شرکت می تواند نسبت به افزایش یا کاهش سرمایه اقدام کند، لیکن همین مجمع در زمان تصفیه، دیگر نمی تواند راجع به این امور تصمیم گیری کند.

۴. ۲. ۱. نظر نگارانگان

به نظر می رسد همان طور که ایجاد شرکت و عنوان شخصیت حقوقی برای اشخاص غیرانسان اعتباری است، حیات و موت اشخاص حقوقی نیز به اعتبار قانون نمود یافته و قیاس شخص حقیقی پس از فوت با شخص حقوقی پس از انحلال، قیاسی مع الفارق است. علاوه بر آن، وجود اشخاص حقوقی، وابسته به اشخاص طبیعی (شرکا) است، حال آنکه وجود شخص طبیعی ملازمه با وجود شخص حقوقی ندارد و به موجب ماده ۵۵۸ قانون تجارت شخص حقوقی می تواند دارای تمامی حقوق و تکالیف شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که طبیعتاً فقط انسان می تواند دارای آن باشد؛ مانند حقوق و وظایف ابوت و بنوت و امثال آن. باتوجه به این ماده قانونی، اهلیت برای اشخاص حقوقی، لازمه بلوغ و عقل و جواز تصرف است و شخص حقوقی که مالک مال است گرچه خودش توان انجام این اعمال را ندارد، ولی هیئت مدیره به نمایندگی از شخص حقوقی برای سرمایه شخص حقوقی تصمیم گیری می کند.

۴۳. فرحناکیان، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، ۱۳۹.

با این حال، شخص حقوقی برای ادامه حیات وابسته به اشخاص انسانی است؛ به بیان دیگر، اشخاص حقوقی مطلقاً مستقل از شرکا نیستند و حق بر مستثنیات، به معنای مراعات اوضاع و احوال پدیدآورندگان است.

از طرفی دیگر، هرچند اشخاص حقوقی دارای شخصیت و دارایی مستقل هستند و ورشکستگی این اشخاص لزوماً موجبی برای ورشکستگی شرکا نیست و با توجه به ماده ۱۲۸ قانون تجارت که ورشکستگی شرکا را ملازمه قانونی با ورشکستگی شرکت یا بالعکس نمی‌داند، اما به طور قطعی هم این چنین نیست؛ به عبارت دیگر، در برخی موارد ممکن است ورشکستگی یا انحلال شخص حقوقی منجر به ورشکستگی شرکا شود، زیرا رابطه شرکا با اشخاص حقوقی تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم بر دارایی‌ها خواهد گذاشت و در برخی موارد خاص، به خصوص در شرکت‌های تضامنی که مسئولیت گسترده‌تری نسبت به دیگر شرکت‌ها دارند، این مهم بر کسی پوشیده نیست که عدم تکافوی سرمایه شرکت بر دارایی شرکا تأثیر خواهد گذاشت و با توجه به ماده ۱۱۶ قانون تجارت، هریک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. به طور بدیهی، تشکیل شرکت جدید نیازمند صرف هزینه و زمان زیادی است؛ زیرا با تأسیس شرکت جدید همه چیز از نو آغاز می‌شود، هرچند ممکن است بنابر دلایلی شرکت مجدد تشکیل نشود اما باید حق داشتن مستثنیات را به رسمیت شناخت؛ مانند جنین دارای نقص عضوی که شاید والدین آن تصمیم به پایان زندگی او بدهند اما از نظر قانون جنین، حق بر ارث دارد و تا زمانی که مرگ قطعی آن مشخص نیست، ورثه موظف‌اند سهم ارث او را کنار بگذارند. درباره شخص حقوقی هم همین طور شاید شرکا تمایلی به تأسیس آن نداشته باشند، اما شخص حقوقی تا زمانی که به صورت کامل منحل نشده و در حال حیات ولو متزلزل باشد، حق بر مستثنیات دارد.

با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، وسایل و ابزار کار پیشه‌وران در ردیف مستثنیات دین قرار گرفته است. هرچند پیشه‌ور شخص حقیقی است، اما وسایل او برای ادامه پیشه او ضرورت دارد و لذا از توقیف مستثنا می‌شود. همان طور که گفته شد وابستگی اشخاص حقوقی به شرکا این امکان را فراهم می‌آورد در قالب شخص حقوقی به فعالیت بپردازند و از نظر قانونی شرکتی که منحل می‌شود، منع صریحی وجود ندارد تا مجدداً مشابه شرکت سابق و در حیطه قوانین و مقررات تشکیل شود و چنین شخصی طبیعتاً به اموال ضروری خود احتیاج دارد. همان طور که گفته شد در نظر عده‌ای از علمای حقوق، وجود و اهلیت اشخاص حقوقی به اعتبار قانونی است و چنانچه قائل بر این دیدگاه باشیم، مستثنیات دین نیز که از آثار این اهلیت است به طریق اولی اعتبار می‌یابد و در نگاه عرف معتبر واقع می‌شود و از نظر عقلی دائن مستحق طلب است، لیکن اختصاص برخی از اموال مدیون برای ادامه حیات به جهت ارتکاز عرفی دوری از مشقت

بنا شده است و مصادیق آن نیز در طول زمان و مکان یکسان نیست؛ مثلاً براساس قانون، تلفن نیز در شمار مستثنیات دین آمده، حال آنکه این امر بدیهی است که تلفن در زمان شارع نه تنها رایج نبوده، بلکه وجودی خارجی نیز نداشته است.

۴.۲.۲. مستثنیات دین اشخاص حقوقی بر مبنای انصاف

«انصاف» مترادف با عدالت فرض شده و همیشه در کنار عدالت به کار می‌رود. انصاف و عدالت پیوند نزدیک و ناگسستگی با هم دارند، به طوری که مردم قوانینی را با انصاف و عدالت منطبق ندانند با میل اجرا نمی‌کنند و برای گریز از آن به حیل‌های متفاوت متوسل می‌شوند.^{۴۴}

در این راستا و در شریعت اسلامی، آیات بسیاری درباره عدالت و انصاف وجود دارد. برای مثال، آیه ۸ سورة مائده می‌فرماید: «خداوند شما را به عدل و انصاف دستور می‌دهد.» برخی، عدالت را در این آیه به انصاف و مساوات معنا کرده‌اند.^{۴۵}

باتوجه به موارد گفته شده، از جمله آثار انصاف، رعایت و برقراری مساوات است و مساوات به معنای ایجاد امکانات برابر و بدون ترجیح برای همه اشخاص است.^{۴۶}

لازم به ذکر است که از اساسی‌ترین اصول پذیرفته شده در همه نظامات حقوقی، اصل تساوی اشخاص در برابر قانون است و از این رو، قانون اجرای احکام مدنی بدون تمایز محکوم علیه باید اجرا شود. همچنین بر مبنای اصول قانون اساسی، اصل برابری همه اشخاص در برابر قانون استنباط شدنی است و عدم بهره‌مندی اشخاص حقوقی از مستثنیات دین، برخلاف انصاف و عدالت حقوقی و موجب نادیده‌گیری اصل مساوات است؛ زیرا از نظر قانون، اشخاص حقوقی در حقوق و تکالیف با اشخاص حقیقی برابرند.

۴.۲.۳. مستثنیات دین اشخاص حقوقی بر مبنای مصالح اخلاقی

شریعت اسلام علاوه بر حمایت از حق حیات و جسم انسان، مصالح و رشد اخلاقی او را، که تنها یکی از مصالح معنوی وجود انسان به شمار می‌رود، نیز مد نظر قرار داده است و مطابق با این تعریف، مصالح اخلاقی؛ اعم از رشد اخلاقی است و موضوعات آن در حیطه اموال و سایر متعلقات مادی انسان قرار می‌گیرد. مواردی مانند بالندگی علمی، صیانت از باورهای اعتقادی، رشد ظرفیت‌ها و استعدادهای فردی، حمایت از ظرفیت‌های تولیدی برای اهداف مشخص و... را شامل می‌شود.^{۴۷} به نظر می‌رسد یکی از این

۴۴. وکیل‌زاده، صغیری، دهقان، «انصاف و عدالت از دیدگاه فقهی»، ۱۰۰.

۴۵. عابدینی مطلق، مجموعه کبیر، ۸۵۲.

۴۶. مطهری، بیست گفتار، ۹۷.

۴۷. موحد، در هوای حق و عدالت، ۶۰.

مصالح اخلاقی، حمایت از مصالح گروه‌ها و اجتماعات به منظور دستیابی به اهداف مشخص است. به طور کلی، حق حیات و آزادی انسان سلب‌شدنی نیست، اما شخص حقوقی تبلوردهنده حیات جامعه است و علاوه بر جسم انسان باید به بینش و تفکر انسان؛ یعنی به چیزی که از این تفکر ناشی می‌شود احترام گذاشت. شخص حقوقی، برآمده از فکر و ذهن اشخاص حقیقی برای اهداف مشخص است و نمی‌توان این سرچشمه را با فروش لوازم ضروری آن خاموش کرد.

لازم به ذکر است کتاب برای اشخاص اهل مطالعه نیز در قلمرو مستثنیات دین آمده است، پس در می‌یابیم حفظ حیات اشخاص محدود به امور مادی و جسمانی نیست؛ بلکه شخصیت معنوی وی را نیز شامل می‌شود. در همین رابطه، حفظ منافع اشخاص و گروه‌ها در قالب شخص حقوقی نیز اهداف و مصالح معنوی و مادی این اشخاص را تأمین می‌کند.

نتیجه‌گیری

اصل بر جبران خسارت دائن از طریق فروش تمام اموال مدیون است، مگر اموالی که برای ادامه حیات وی ضرورت داشته باشد. مستثنیات دین و مصادیق آن از امور تمثیلی و عرفی است، بنابراین از امور عبادی متمایز است و برای فهم آن باید به عرف زمان و مکان و آنچه نزد عقلا درک‌شدنی است، تکیه کرد. به طور بدیهی، «اشخاص حقوقی» وجودی اعتباری دارند و در راستای تحقق اهداف اشخاص حقیقی شکل گرفته و ادامه آن وابسته به عملکرد و تصمیمات شرکاست. از جمله موجبات اعتباریافتن مستثنیات دین برای اشخاص حقوقی عبارت‌اند از: توجه یافتن به قواعد فقهی چون نفی عسرو حرج و بنای عقلا، اصول حقوقی همچون اصل تساوی اشخاص در برابر قانون، اتکا به مقاصد اخلاقی و عقلانی شریعت، باور به عدم صدور حکمی از سوی شارع مقدس که منجر به عسرو حرج شود و نیز استناد به تنقیح مناط با دلیل عرفی و عقلایی در امور غیرتوقیفی که به منظور رفع مشقت در جهت کرامت انسانی اشخاص وضع شده است. گذشته از آن، حمایت دولت از منافع اشخاص و گروه‌های انسانی با اعتبار مستثنیات دین برای اشخاص حقوقی به منظور توسعه مصالح اخلاقی و برقراری انصاف و عدالت اجتماعی، امری مهم تلقی می‌شود.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. حاشیه کتاب المکاسب. تهران: وزارت ارشاد اسلامی. ۱۴۰۶ق.

امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه. چاپ ششم، ۱۳۷۳.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فوائد الأصول. قم: مجمع تفکر اسلامی. ۱۴۲۲ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مکاسب. تحقیق: سید محمد کلانتر. قم: مؤسسه دار الکتاب. چاپ هفتم، ۱۳۹۴.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. بی جا: هادی. چاپ اول، بی تا.
- بروجردی، حسین. جامع الأحادیث الشیعه. بی جا: بی نا. ۱۴۰۲ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دانشنامه حقوقی. تهران: امیرکبیر. ۱۳۷۴.
- جواهری، حسن. بحوث الفقه المعاصر. بیروت: دار الذخائر. ۱۴۱۹ق.
- حسینی شیرازی، محمد. الفقه. بیروت: دار العلوم. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، محمدتقی. اصول العامة للفقه المقارن. بیروت: آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۹۷۹م.
- خمینی، روح الله. کتاب الرسائل. قم: اسماعیلیان. ۱۳۸۵.
- خوانساری، احمد. جامع المدارک. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- راستین، منصور. حقوق بازرگانی. بی جا: نشر دانش. ۱۳۸۱.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. المفردات. بی جا: نشر الکتاب. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- رسایی نیا، ناصر. کلیات حقوق بازرگانی تجاری. بی جا: پیام. ۱۳۷۷.
- ساکت، محمدحسین. شخصیت و اهلیت در قانون مدنی. بی جا: البرز. ۱۳۸۲.
- شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. قم: مکتبه المفید. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. روضة البهیة فی الشرح للমেة الدمشقية. قم: کتاب فروشی طوس. ۱۴۱۰ق.
- صانعی، پرویز. حقوق جزای عمومی. تهران: گنج دانش. چاپ نهم، ۱۳۷۲.
- صفار، محمدجواد. شخصیت حقوقی. تهران: میزان. ۱۳۷۳.
- صفایی، حسین. حقوق مدنی؛ اشخاص و اموال. تهران: میزان. چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام. به تحقیق سید حسن موسوی خراسانی. بی جا: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۳۶۴.
- عابدینی مطلق، کاظم. مجموعه کبیر؛ متن کامل نهج الفصاحه، نهج البلاغه، صحیفه سجادیه، صحیفه مهدیه. قم: توسعه قلم. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- فخلعی، محمدتقی، محمدحسین حائری، محمدعلی قاسمی. «تحلیل فقهی شخصیت حقوقی»، آموزه های فقه مدنی. دوره ۶، ش ۹، خرداد ۱۳۹۳، ۳۰ تا ۳.
- فرحناکیان، فرشید. قانون تجارت در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان. ۱۳۹۲.
- قافی، حسین، سعید شریعتی. اصول فقه کاربردی. تهران: مؤسسه مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی. ۱۳۸۵.

مافی، همایون، سیدکمال حسینی. «مبانی فقهی مستثنیات دین»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۷، ش ۲۴، تابستان ۱۳۹۰، ۱۴۷ تا ۱۷۳.

محمدی، ابوالحسن. قواعد فقه. تهران: میزان. ۱۳۸۷.

محمدی، ابوالحسن. مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۷۵.

مرتضی زبیدی، محمدبن محمد. تاج العروس. بیروت: دار الفکر. ۱۴۱۴ق.

مطهری، مرتضی. بیست گفتار. تهران: صدرا. چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۴.

معین، محمد. فرهنگ فارسی. تهران: امیرکبیر. چاپ هشتم، ۱۳۸۱.

مؤتمنی طباطبایی، منوچهر. تحولات حقوق خصوصی؛ مقاله شخصیت حقوقی. تهران: دانشگاه تهران. ۱۳۷۲.

موحد، محمدعلی. در هوای حق و عدالت. تهران: کارنامه. ۱۳۸۴.

موسی زاده، رضا. حقوق اداری. تهران: میزان. ۱۳۷۲.

میرداداشی، سیدمهدی. «تأملی در مستثنیات دین»، نشریه فقه و اجتهاد. دوره ۱، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، ۱۵۱ تا ۱۹۴.

نیسی، سعید. مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مسائل مدنی. بی جا: بهنامی. چاپ اول، ۱۳۸۵.
وکیل زاده، رحیم، اسماعیل صغیری، رمضان دهقان. «انصاف و عدالت از دیدگاه فقهی»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۲، ش ۵، پاییز ۱۳۸۹، ۹۸ تا ۱۱۸.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm

‘Ābidīnī Muṭlaq, Kāzīm. *Majmū‘ah-yi Kabīr; Matn-i Kāmil-i Nahj al-Faṣāḥah, Nahj al-Balāghah, Ṣaḥīfah-yi Sajjādiyyah, Ṣaḥīfah-yi Mahdiyyah*. Qum: Tūsi‘ih-yi Qalam. Chāp-i Awwal, 2009/1387.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Ḥāshiyah Kitāb al-Makāsib*. Tehran: Vizārat-i Irshād Islāmī. 1986/1406.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Fawā‘id al-Uṣūl*. Qum: Majma‘ Tafakur al-Islāmī. 2001/1422.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Makāsib*. researched by Sayyid Muḥammad Kalāntar. Qum: Mū‘assisa Dār al-Kitāb. Chāp-i Haftum, 2016/1394.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. S.I. Hādī. Chāp-i Awwal, s.d.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Jāmi‘ Ahādith al-Shī‘a*. s.I. s.n. 1982/1402.

Fakhla‘ī, Muḥammad Taqī, Muḥammad Ḥusayn Ḥā‘irī, Muḥammad ‘Alī Qāsimī. “Tahlīl Fiqhī Shakhṣiyat Ḥuquqī”, *Āmūzih-hā-yi Fiqh-i Madanī*. Durīh-yi 6, no. 9, Khurdād 2015/1393, 3-30.

Farahnakiyān, Farshīd. *Qānūn-i Tijārat dar Nazm-i Huqūqī Kunūnī*. Tehran: Mīzān. 2014/1392.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *Uṣūl al-ʿĀmah li-l-Fiqh al-Muqārin*. Beirut: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1979/ 1399.

Ḥusaynī Shirāzi. Muḥammad. *al-Fiqh*. Beirut: Dār ʿUlūm. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Kitābfurūshī Islāmīyah. Chāp-i Shishum, 1995/1373.

Jaʿfarī Langirūdī, Muḥammad Jaʿfar. *Dānishnāmih-yi Huqūqī*. Tehran: Amīr Kabīr. 1996/1374.

Jaʿfarī Langirūdī, Muḥammad Jaʿfar. *Tirmīnūlūzhi Huqūq*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Sizdahum, 2003/1382.

Jawāhirī, Ḥasan. *Buḥūth al-Fiqh al-Muʿāṣir*. Beirut: Dār al-Dhakhāʾir. 1998/1419.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb al-Rasāʾil*. Qum: Ismāʿīliyān. 2007/1385.

Khwānsārī, Aḥmad. *Jāmiʿ al-Madārik*. Qum: Ismāʿīliyān, Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Māfi, Humāyūn, Sayyid Kamāl Ḥusaynī. “Mabānī Fiqhī Mustāṣnayāt Dīn”, *Faṣḥnāmah -yi Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 7, no. 24, summer 2012/1390, 147-173.

Mīrdādāshī, Sayyid Mahdī. “Taʾmilī dar Mustāṣnayāt Dīn”, *Nashriyih-yi Fiqh va Ijtihād*. Durīh-yi 1, no. 1, spring and summer 2015/1393, 151-194.

Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. *Mabānī Istīnbat Huqūq Islāmī*. Tehran: Mūʾassisah-yi Intishārāt-i University of Tehran. 1997/1375.

Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. *Qawāʾid Fiqh*. Tehran: Mīzān. 2009/1387.

Muʿīn, Muḥammad. *Farhang Fārsī*. Tehran: Amīr Kabīr. Chāp-i Hashtum, 2003/1381.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-ʿArūs*. Beirut: Dār al-Fikr. 1994/1414.

Mūsāzādah, Rizā. *Huqūq-i Idārī*. Tehran: Mīzān. 1993/1372.

Muṭaharī, Murtaḍā. *Bist Guftār*. Tehran: Šadrā. Chāp-i Bist va Duwwum, 2005/1384.

Mu tamīnī Ṭabāṭabāyī, Manūchīhr. *Taḥavulāt-i Huqūq Khuṣūṣī; Maqālīh-yi Shakḥīyat Huqūqī*. Tehran: University of Tehran. 1994/1372.

Muvahhīd, Muḥammad ʿAlī. *Dar Havā-yi Haqq va ʿAdālat*. Tehran: Kārnāmah. 2005/1384.

Niysi, Saʿīd. *Majmūʿah Naẓariyāt-i Mashvarati Idārah-yi Huqūqī Dādḡustarī dar Masāʾil Madanī*. S.I. Bihnamī. Chāp-i Awwal, 2007/1385.

Qāfī, Ḥusayn, Saʿīd Sharīʿatī. *Uṣūl Fiqh Kārburdī*. Tehran: Mūʾassisah-yi Muṭālīʿah va Tadvīn Kutub ʿUlūm Insānī. 2007/1385.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *al-Mufradāt*. S.I. Nashr-i al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

- Rasāyīniyā, Nāšir. *Kuliyāt Huqūq-i Bāzargānī Tijārī*. S.I. Payām. 1998/1377.
- Rāstīn, Manšūr. *Huqūq-i Bāzargānī*. S.I. Nashr-i Dānish. 2003/1381.
- Şafār, Muḥammad Javād. *Shakhsīyat Huqūqī*. Tehran: Mīzān. 1995/1373.
- Şafāyī, Ḥusayn. *Huqūq Madanī; Ashkhāş va Amvāl*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Chāhārum, 2005/1383.
- Sākit, Muḥammad Ḥusayn. *Shakhsīyat va Ahliyat dar Huqūq-i Madanī*. S.I. Alburz, 2003/1382.
- Şānī'ī, Parvīz. *Huqūq-i Jazā-yi 'Umūmī*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Nuhum, 1993/1372.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id*. Qum: Maktaba al-Mufid. s.d.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahīya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqīya*. Qum: Kitābforūshī Tūs. 1990/1410.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. researched by Sayyid Ḥasan Mūsawī Khurāsānī. S.I. Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Chāhārum, 1986/1364.
- Vakilzādah, Raḥīm, Ismā'īl Şaghīrī, Ramaḍān Dihqān. "Inşāf va 'Adālat az Dīdgāh-i Fiqhī", *Faşlnāmah-yi 'Ilmī Pazhūhīsh Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 2, no. 5, autumn 2011/1389, 98-118.



The Theory of Misuse of Faulty Intent (*'Istighlāl*) in the Laws of Arabic Countries and Analyzing it in Comparison with Similar Institutions in Islamic Jurisprudence

Mahdi Moftakhari

PhD Student, Department of Private Law, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran

Dr. Mojtaba Zahedian  (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran

Email: zahedian.mojtaba@yahoo.com

Dr. Seyed Mohammad Mahdi Ghabooli Dorafshan

Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

A theory known as "*'istighlāl*" or Misuse of Faulty Intent is mentioned in contemporary legal texts of Arab countries, under the topic of contract elements and within the discussion of defects in consent. In these texts, the examples of defects of will include ignorance (*jahl*), mistake (*ghalat*), fraud (*tadlis*), coercion (*'ikrah*), and misuse of faulty intent (*'istighlāl*). Misuse of faulty intent in the context of transactions refers to a situation where an individual's will is compromised to the point that the other party exploits it, whether this weakness has internal roots, such as a father's authority over a child, or a husband's over his wife, or an employer's over a worker; or material roots, such as financial need. In any case, this faltering or defect in will throws the contract out of balance and equity, and based on this issue, no proportionality would remain between the responsibilities of the stronger and the weaker party. In Arabic countries the Law has provided particular measures for misuse of faulty intent, but in jurisprudence and therefore in our legal system the absence of such an institute can be felt, although similar concepts exist within the current system. In doing so, it seems possible to draw on specific justifications, such as *bay'-'i najash*, *talaqqī rukbān*, and *bay'-'i 'istirsāl*. It is also possible to draw on general principles such as the principles of justice, fairness, and the principle of prohibition of exploitation (*'ijhāf*) to establish this institution in our jurisprudence and law.

Keywords: theory of Misuse of Faulty Intent (*'istighlāl*), unfair terms (*ta'assufī*), *Bay'-'i Muẓtar*, inequity (*ghabn*) in contracts, *najash*, *Bay'-'i 'istirsāl*



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



افشور

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۲۳۸ - ۲۱۱

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۳

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.79096.1457>

نوع مقاله: پژوهشی

نظریه «استغلال» در حقوق کشورهای عربی و سنجش آن با نهادهای مشابه در فقه اسلامی

مهدی مفتخری

دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

دکتر مجتبی زاهدیان (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

Email: zahedian.mojtaba@yahoo.com

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

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

چکیده

در کتب حقوقی معاصر کشورهای عربی نظریه‌ای تحت عنوان «استغلال» در ذیل مبحث ارکان عقد و در ضمن عیوب تراضی ذکر می‌شود. در این نوشته‌ها مصادیق عیوب اراده در جهل، غلط، تدلیس، اکراه و استغلال منحصر می‌شود. مراد از استغلال در باب معاملات آن است که اراده فرد به هنگام معامله آن چنان معیوب باشد که طرف دیگر از آن سوء استفاده کند، اعم از آنکه این ضعف از حالتی درونی مانند سلطه پدر بر فرزند یا زوج بر زوجه یا کارفرما بر کارگر یا سببی مادی مانند نیاز به پول ناشی شده باشد. به هر حال، این ضعف یا عیب در اراده، عقد را از تعادل و هم‌وزنی خارج می‌سازد و بر این اساس، تناسبی میان التزامات طرف قوی و ضعیف وجود نخواهد داشت. در حقوق کشورهای عربی تدابیر خاصی برای استغلال پیش‌بینی شده است ولی در فقه و به تبع حقوق ما گرچه مفاهیمی نزدیک به استغلال وجود دارد، ولی جای چنین نهادی خالی است. به نظر می‌رسد بتوان از ادله خاص مانند بیع نجش، تلقی رکبان، بیع استرسال و قواعد عمومی مانند قاعده عدالت، انصاف و قاعده ممنوعیت اجحاف برای تأسیس این نهاد در فقه و حقوق ما بهره برد.

واژگان کلیدی: نظریه استغلال، شروط تعسفی، بیع مضطر، غبن در قرارداد، نجش، بیع استرسال

مقدمه

تعامل فقهی و حقوقی مذاهب اسلامی و ممالک مسلمان در گرو تحقق فهم مشترک و زبان مفاهمه است. امروزه در ادبیات حقوقی معاصر عربی، به ویژه کشورهای مسلمان مفاهیمی پا به عرصه گذاشته‌اند که در نظام فقهی و حقوقی ما چندان آشنا نیستند. شناخت و تحلیل این مفاهیم می‌تواند به غنای اندیشه فقهی و حقوقی ما کمک شایانی کند. مفاهیمی، چون نظریه استغلال، شرط تعسفی (غیرمنصفانه)، عقد اذعان (الحاقی) و شرط آحادیة الجانب از این جمله‌اند که تبیین دقیق معنای هریک نیازمند نوشتاری جداست. وجه اشتراک همه این مفاهیم، فقدان تعادل قراردادی و اجحاف به طرف ضعیف قرارداد است. ازجمله این مفاهیم، «استغلال» است که حدود نیم قرن در کتب حقوقی حقوق‌دانان بزرگ عرب، به مثابه یک نظریه به کار گرفته می‌شود. این نوشتار، ضمن چستی‌شناسی استغلال به مثابه یک نظریه یا قاعده حقوقی، آن را در سنجه فقه اسلامی محک می‌زند تا از این رهگذر برای امکان‌سنجی ایجاد نهادی مشابه در فقه و حقوق اسلامی گامی برداشته شود. در حقوق کشورهای عربی مقالات متعددی درباره استغلال به رشته تحریر درآمده^۲ و در حقوق ایران نیز در برخی مقالات به صورت جزئی اشاره به مفهوم استغلال شده است،^۳ لکن طرح موضوع به عنوان نظریه و تبیین احکام و آثار آن، به صورت تطبیقی و کارکرد آن در فقه و حقوق ایران واکاوی نشده است.

در خصوص نوآوری نوشتار باید گفت: ماهیت نظریه استغلال، شروط و آثار آن و نیز نسبت‌سنجی آن با نهادهای مشابه، در حوزه ادبیات حقوقی کشورمان امری کاملاً بدیع است و حتی یک مقاله در این زمینه نگاشته نشده و تنها در چند مقاله اشاراتی به اصل آن شده است.

۱. مفهوم استغلال در لغت

استغلال در لغت از ماده «غَلَّه»؛ یعنی دانه‌های خوراکی، نظیر گندم و جو گرفته شده و به معنای طلب محصول کردن است^۴ و در همین معنا در کتب فقهی پیشینیان به کار رفته است.^۵ شهید صدر بیشترین استفاده را از این واژه در کتاب گرانسنگ اقتصادنا انجام داده است و آن را معادل «بهره‌برداری»، به طور کلی به کار برده است^۶ و گاهی که آن را در معنای «استفاده ناصحیح» به کار برده که همراه فعل بوده است؛

۲. بنگرید: بورکبه، «نظریة الغین بین الشریعة والقانون»، ۲۵۰ تا ۲۱۷؛ شوری، «بحث الاستغلال» ۵۹ تا ۵۷.

۳. رحیمی، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی»، ۱۱۹ و ۱۲۰؛ قافی، «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی»، ۷۶.

۴. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۵۵۳/۱۵.

۵. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۹۱/۱۳.

۶. صدر، اقتصادنا، ۲۴۴.

مانند «سوء بهره‌برداری کرد»^۷ بر این اساس، بار معنایی استغلال در لغت، مثبت است. در کتب فقهی اهل سنت نیز وضع بر همین منوال است؛ یعنی استغلال به معنای بهره‌برداری و به کارگیری به کار رفته است؛ مانند بهره‌برداری از زمین یا بنده و...^۸ حتی در شروح مجله الاحکام، که قانون مدنی عثمانی بوده است و نسبتاً معاصر به شمار می‌آید، استغلال به همین معنا به کار رفته است. بلکه، در جایی از آن از «بیع استغلال» نام برده شده که نوعی از «بیع وفاء» است (ماده ۱۱۹). بیع وفاء آن است که بائع مالی را به دیگری می‌فروشد و شرط می‌کند هرگاه ثمن را پس داد، او هم مبیع را برگرداند. اما بیع استغلال به این صورت است که بائع بر مشتری شرط می‌کند که مبیع را از او اجاره کند؛ یعنی در حقیقت، مرگب از بیع وفاء و عقد اجاره است. در قوانین مدون کشورهای عربی نیز غالباً استغلال به همین معنای بهره‌برداری و استعمال آمده است؛ مثلاً در موادی از قانون مدنی کشور مصر (۸۲، ۱۱۵، ۶۱۱).

۲. مفهوم استغلال در اصطلاح حقوق معاصر عربی

استغلال در دایرة المعارف‌های قانونی و حقوقی ممالک عربی معاصر مانند مصر و الجزایر دارای مفهومی منفی و به معنای بهره‌کشی، به کارگیری ناعادلانه و برخوردارى غیر منصفانه است. دقیقاً همانند واژه «استثمار» که در لغت به معنای جمع‌آوری میوه است ولی در فرهنگ لغات سیاسی، در مفهوم بهره‌کشی ناعادلانه از یک ملت به کار می‌رود. به نظر می‌رسد این معنا با یک حذف و اضافه توأم بوده است؛ به این صورت که، نخست گفته می‌شده: در بهره‌برداری و استفاده، سوء استفاده کرد؛ مثلاً در ماده ۱۱۰۶ ق.م.مصر در مبحث رهن چنین آمده است: «بستانکار در حق اداره مال مرهون، سوء استفاده کند»، سپس در اثر کثرت استعمال، واژه «استغلال» به تنهایی، به معنای سوء استفاده از حق و بهره‌برداری ظالمانه و ناعادلانه از حق به کار رفته است.

در ماده ۱۲۹ ق.م.مصر چنین آمده که: «چنانچه تعهدات یکی از متعاقدان با سود و منافعی که این طرف در قرارداد با تعهداتی که طرف دیگر به دست آورده، اصلاً برابر و متعادل نباشد و معلوم گردد که طرف متضرر، قرارداد را در نتیجه سوء استفاده (استغلال) از بی‌تدبیری و تمایل بسیار او (به قرارداد) منعقد کرده است، قاضی می‌تواند بنا به درخواست طرف متعاقد مغبون، عقد را باطل کند یا تعهدات او را کاهش دهد»^۹.

۷. صدر، اقتصادنا، ۶۴۳.

۸. ابن‌نجیم، البحر الرائق شرح کتّ الدقائق، ۳۷۱/۱۴.

۹. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۲۲۸.

در کتب حقوقی معاصر ممالک عربی غالباً بحث «استغلال» در ذیل مباحث ارکان عقد و در رکن نخست آن؛ یعنی «تراضی» و در عیوب تراضی ذکر می‌شود. در این نوشته‌ها، مصادیق عیوب اراده را در جهل، غلط، تدلیس، اکراه و استغلال منحصر می‌کنند. سنهوری اولین مدخل بحث خود را در خصوص استغلال، با عنوان استغلال و غبن آغاز می‌کند.^{۱۰} مراد از استغلال در باب معاملات آن است که اراده فرد به‌هنگام معامله معیوب باشد؛ به این صورت که، یکی از متعاملان در حالت ضعف قرار دارد؛ اعم از آنکه این ضعف از حالتی درونی ناشی شده باشد، مانند سلطه پدر بر فرزند یا زوج بر زوجه یا کارفرما بر کارگر یا به‌دلیل سببی مادی باشد، مانند نیاز به پول. به‌هرحال، این ضعف یا عیب در اراده، عقد را از تکافو و توازن خارج می‌سازد و تناسبی میان التزامات طرف قوی و ضعیف وجود نخواهد داشت.

۳. عناصر استغلال

غالب قوانین موضوعه، استغلال را همراه غبن به‌عنوان یکی از عیوب اراده در نظر گرفته‌اند، مانند ماده ۱۲۹ قانون مدنی مصر، ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق، ماده ۱۳۸ قانون موجبات و عقود لبنان و ماده ۱۵۹ قانون مدنی کویت. قانون اخیرالذکر، حالات استغلال را در پنج امر بر می‌شمارد که ذکر این حالات، بر سبیل تمثیل است، نه انحصار؛ زیرا حالات استغلال بسیار بیشتر از این موارد است. ازاین‌رو، شایسته‌تر است که موضوع، تحت‌عنوان «نظریه استغلال» مطرح شود تا معیارهای عامی برای تحقق استغلال تعیین شود و نیازی به برشماری یک‌یک آن‌ها نباشد.^{۱۱}

از منظر قانونی، استغلال زمانی محلّ به اراده است که واجد دو عنصر اساسی باشد: عنصر مادی و عنصر روانی (نفسی).

أ. **عنصر مادی:** این عنصر از حالت غبنی که ناشی از حالت استغلال است حکایت می‌کند، همان حالتی که گفته شد با فقدان تعادل آشکار میان التزامات ناشی از عقد تجلی می‌یابد. بنابراین چنانچه اختلالی خفیف یا غبنی اندک در این قرارداد حاصل شود، استغلال محقق نشده است.

باید توجه داشت که اندیشه استغلال با وصف مذکور، تنها در عقود معاوضی که امکان وجود تغابن در یک طرف ممکن است تحقق می‌یابد، برخلاف عقود احتمالی که اساساً بر غبن محتمل بنا شده‌اند؛ مانند قرارداد بیمه که یکی از دو طرف عقد ناگزیر باید آن را تحمل کند. استغلال در عقود تبرعی نیز ممکن نیست؛ زیرا در این عقود، متبرع در برابر چیزی که می‌دهد چیزی نمی‌ستاند و به همین سبب، در قوانین

۱۰. سنهوری، الوسيط، ۳۵۵.

۱۱. مظفر، نظرية العقد، ۱۵۱ تا ۱۵۰.

فوق نامی از آن‌ها نیامده است. البته قانون کویت و مواد ۲۱۳ و ۲۱۴ قانون موجبات و عقود لبنان، استغلال غبنی را در برخی از عقود تبرع نیز ممکن شمرده‌اند، مانند اینکه شخصی از علاقه دیگری نسبت به خودش برای صرف نظر کردن از بعضی حقوقش سوء استفاده کند. ماده ۱۶۰ قانون مدنی کویت چنین مقرر می‌دارد: در عقود تبرعی، (مانند هبه) که ناشی از استغلال (سوء استفاده) است، قاضی به درخواست متبرع حق دارد عقد را فسخ کند یا برحسب اوضاع و احوال از وجه اهدایی کم کند.

ب. **عنصر روانی (نفسی):** این عنصر با سوء استفاده کردن یکی از طرفین عقد از نقاط ضعفی که بر طرف دیگر مستولی شده است، تحقق می‌یابد. ضعفی که سبب می‌شود شخص مستغل، او را بر انعقاد قرارداد به صورت غیر عادلانه وادار کند.^{۱۲}

۴. شروط استغلال

از مجموعه قوانین کشورهای عربی چنین بر می‌آید که برای تحقق استغلال سه شرط لازم است:

أ. **اختلال تعادل و توازن میان دریافت‌ها و پرداخت‌های مبتنی بر قرارداد یا فقدان کامل تعادل به هنگام عدم وجود مقابل:** ماده ۱۲۹/۱ قانون مدنی مصر و لیبی، ماده ۳۰/۱ قانون مدنی سوریه و ماده ۱۲۶/۱ قانون تجارت کویت که اشاره به عدم تعادل التزامات طرفین می‌کند یا ماده ۲۱۴ موجبات و عقود لبنان که مقرر می‌دارد: اگر غبن فاحش و خلاف عادت باشد یا ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق که مقرر می‌دارد: اگر به یکی از متعاقدان، غبن فاحشی برسد... یا ماده ۱۱۵ قانون مدنی سودان که می‌گوید: هرگاه التزامات متعاقدان نامتوازن باشد...^{۱۳}

نکته مهم آن است که اختلاف تعادل، تنها از جنبه مادی نیست؛ بلکه ارزش شخصی آن از منظر متعاقد اهمیت دارد؛ مثلاً قطعه زمینی که در بازار دو هزار واحد پولی ارزش دارد، اما در نظر عاقد به سه هزار واحد می‌ارزد؛ چراکه با ملک او هم جوار است. مقتضای محاسبه، قیمت شخصی (نه سوقی) آن است که براساس آن، تفاوت دریافت و پرداخت متقابل سنجیده شود و بدین جهت است که موضوع به بررسی و نظر قاضی وابسته می‌شود. بار اثبات این اختلال هم بر دوش عاقد مغبون است. هر شرطی که بیهوده بر دوش متعاقد تحمیل می‌شود، حتی اگر این بار متضمن انجامی نباشد که باید به طرف مقابل داده شود، باید در محدوده ارزیابی قرار گیرد؛ مثلاً چنانچه شخصی قطعه‌ای زمین بخرد و در عقد ملتزم شود در آن بنایی نسازد، این التزام هم باید در اندازه‌گیری منفعتی که به او باز می‌گردد به شمار آید. در حقیقت، خریدار

۱۲. مظفر، نظریة العقد، ۱۵۱.

۱۳. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۲۹۳ تا ۲۹۷.

با التزام به این شرط، زمین را به قیمت بیشتری خریداری کرده است. چنین اختلالی ممکن است در همه انواع تصرفات رخ دهد، هرچند غالباً در عقود معاوضی اتفاق می‌افتد؛ چراکه در این عقود، عدم تعادل میان دریافت و پرداخت، بیشتر نمایان است. همان‌طور که ممکن است اختلال در عقود احتمالی پدید آید (ماده ۱۲۴ موجبات و عقود لبنان)؛ زیرا علی‌رغم اینکه عقود احتمالی مبتنی بر احتمال سودوزیان بیان نهاده شده‌اند، اما این سبب عدم جریان استغلال در آن‌ها نمی‌شود. البته این در جایی است که فاصله فراوانی میان احتمال سود با زیان باشد؛ مانند عقد بیع ملکی با ارزش بالا در قبال حقوقی مادام‌العمر برای پیرمردی مریض که جز مدت کوتاهی از او انتظار زنده ماندن نمی‌رود. اختلال تعادل در تبرعات نیز واقع می‌شود؛ اعم از اینکه عقد باشند یا تصرفات انفرادی مانند وصیت. مواد ۱۲۹/۳ مصر و لیبی، ۱۳۰/۳ سوریه و ۱۲۶ کویت، به‌طور ضمنی بر جریان استغلال در تبرعات دلالت دارند.

ب. وجود سوءاستفاده از ضعف خاص در عاقد مغبون: قوانین کشورهای عربی از جهت حالت‌های وضعی که مورد سوءاستفاده در عاقد مغبون می‌شود با هم تفاوت دارند. نخست، قوانین مصر، سوریه، لیبی و کویت قرار دارند. در این قوانین، استغلال زمانی تحقق می‌یابد که از ضعف مغبون به‌صورت بی‌پروا یا هوس‌لجام‌گسیخته بهره‌برداری شود (مواد ۱۲۹ مصر، ۱۳۰ سوریه، ۱۲۶ کویت و ۱۲۹ لیبی). در حقیقت، غابن از نیاز، بی‌احتیاطی، بی‌تجربگی یا ناآگاهی مغبون سوءاستفاده کرده باشد، به‌گونه‌ای که از هر گزینه‌ای روشن شود که رضایتش از روی اختیار کافی صادر نشده است، ولی برخی شرط کرده‌اند که بی‌پروایی و بی‌توجهی مغبون باید آشکار باشد. دوم، قانون لبنان است که در ماده ۲۱۴ نسبت به قوانین گروه نخست، قدری در مفهوم استغلال توسعه قائل شده است ولی نسبت به قانون عراق، اذیق است. در این ماده آمده است: چنانچه طرف بهره‌بردار با قصد استثمار فردی تنگ‌دست، بی‌خیال یا ناآگاه، اقدام به قرارداد کند... سوم، قانون عراق است که همانند قوانین مصر و لیبی است؛ با این تفاوت که «ضعف ادراک» را به صفات مغبون افزوده است.

ج. سببیت استغلال: به این معنا که، استغلال و سوءاستفاده طرف قوی باعث شده تا او در برابر طرف ضعیف اقدام به معامله کند.^{۱۴}

۵. سازوکارهای مواجهه با استغلال در حقوق عربی معاصر

در قوانین کشورهای عربی در مواجهه با استغلال اختلاف نظر وجود دارد. سه رویافت کلی در این زمینه به چشم می‌خورد: ابطال عقد یا کاستن میزان تعهد، ابطال عقد، برطرف ساختن معقول غبن در عقود

۱۴. فرج الصده، مصادر الالتزام، ۲۸۶ تا ۳۰۸.

معاوضی.

ا. ابطال عقد/شرط یا انقاص (کاستن میزان تعهد طرف ضعیف): در قوانین کشورهای مصر، سوریه، لیبی و سودان، شاهد این رویکرد هستیم. براین اساس، عاقد مغبون می تواند ابطال عقد را مطالبه کند و قاضی نیز در صورتی که در یابد که اراده مغبون تا آن اندازه دچار ضعف شده که وادار به معامله شده است، می تواند این درخواست را اجابت کند. همان طور که می تواند در صورتی که در یابد اراده مغبون در حدی نبوده که سبب ابطال قرارداد شود، حکم به کاستن تعهدات مغبون دهد. اما براساس قوانین مصر (ماده ۱۲۹)، سوریه (ماده ۱۳۰) و لیبی (ماده ۱۲۹)، طرف مغبون در عقود معاوضی چنانچه قاضی آن را کافی بداند، می تواند دعوای ابطال اقامه کند. اما در قانون سودان (ماده ۱۱۵) طرف مغبون در همه حال (عقود معاوضی و تبرعی) می تواند دعوای ابطال اقامه کند.^{۱۵} معظم قوانین جدید به این موضوع تصریح کرده اند، اگرچه قانون عراق حق مغبون را در عقود معاوضی در درخواست معقول رفع غبن منحصر کرده است و در عقود تبرعی به درخواست نقض آن ویژه ساخته است (ماده ۱۲۵). اما قانون موجبات لبنان حق مغبون در عقود معاوضی را تنها به درخواست ابطال قرارداد ناشی از استغلال منحصر کرده است.^{۱۶} همچنین علی رغم اینکه قانون مصر قاضی را از تسلط پیرامون فسخ منع کرده است، در برخی مواد قانون مصر فسخ قرارداد براساس تعسف پیش بینی شده است.^{۱۷} نظریه استغلال مندرج در ماده ۹۰ قانون مدنی الجزایر، از جمله ابزارهای حمایت از یکی از طرفین قرارداد به شمار می رود، زیرا به فرد مورد سوء استفاده قرارگرفته حق بطلان عقد را می دهد و قاضی در قبول مطالبه وی یا کاهش تعهدات او اختیار دارد. عقود استهلاك (قرارداد مصرف) معمولاً در معرض سوء استفاده طرف حرفه ای است و حمایت از مصرف کننده به دلیل دشواری اثبات عنصر روانی غالباً دشوار است؛ زیرا او نمی تواند ثابت کند که طرف مقابل در اکثر موارد از بی پروایی و اشتیاق افسارگسیخته اش سوء استفاده کرده است. بنابراین، اگر یک شرط تعسفی توسط حرفه ای در قرارداد گنجانده شود، فرض چنین گرفته می شود که نتیجه سوء نیت اوست.

ب. عاقد مغبون می تواند به جای درخواست ابطال قرارداد، دعوای کاستن از تعهدات گزاف خویش را اقامه کند. گاهی او درخواست ابطال می کند، ولی قاضی اکتفای بر کاستن از تعهدات او را ترجیح می دهد. به هر حال، قاضی می تواند تعهدات مغبون را تا اندازه ای که غبن فاحش او مرتفع شود بکاهد و این به معنای کم کردن مقدار مبيع در حد برابری با ثمن نیست. باید توجه داشت که برعکس آنچه در بحث ابطال پیشی

۱۵. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۱۱ تا ۳۱۰.

۱۶. مظفر، نظرية العقد، ۱۵۲.

۱۷. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۱۲ تا ۳۱۰.

گرفت، چنانچه مغبون درخواست کاستن دهد، قاضی نمی تواند حکم به ابطال قرارداد کند؛ زیرا برخلاف قواعد باب مرافعات رفتار کرده است. همان طور که قاضی حق ندارد به جای کاستن از تعهدات مغبون، بر میزان تعهدات طرف قوی بیفزاید، مانند اینکه بر مبلغ ثمن اضافه کند. باید توجه داشت که انقاص و کاستن نیز همانند ابطال، در تبرعات نیز جریان می یابد و قاضی می تواند تعهدات متبرع مغبون را تاحدی که صلاح می داند بکاهد. اما قانون لبنان میان استغلال و عیوب دیگر اراده تفاوتی قائل نشده و در همه موارد، ابطال عقد را در نظر گرفته است،^{۱۸} ولی ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق میان تصرف معاوضی و تبرعی فرق گذارده است.^{۱۹}

در عقود اذعان، آنان که در عقد بودن این عقود به سبب فقدان اراده آزاد تردید دارند، بر بطلان این گونه قراردادها تأکید می ورزند، اما کسانی که این عقود را مشروع و برخوردار از ماهیت عقدی می دانند، قاضی را تنها در موارد سوءاستفاده مسئول تعدیل این قراردادها معرفی می کنند. ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر مقرر می دارد: قاضی می تواند این شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را نسبت به آن ها غیر ملتزم نماید و این کار باید براساس مقتضای عدالت و انصاف صورت پذیرد و هر توافقی برخلاف آن باطل است.^{۲۰} ماده ۱۰۰ قانون مدنی جدید مصر مقرر می دارد: «قبول در عقود اذعان با مجرد پذیرش شروطی که موجب گذارده است محقق می شود و مناقشه ای پذیرفته نمی گردد.» در قوانین مربوط به بیمه در ممالک عربی که از عقود اذعان (الحاقی) به شمار می رود، موادی به منظور حمایت از طرف ضعیف پیش بینی شده است؛ مانند ماده ۶۲۲ قانون مدنی الجزائر، ماده ۷۵۰ قانون مدنی مصر، ماده ۹۷۳ قانون موجبات و عقود لبنان، ماده ۳۵ از قانون بیمه مغرب.^{۲۱}

ج. در ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق، در صورتی که قرارداد معاوضی باشد، طرف مغبون می تواند در حد معقولی درخواست رفع غبن دهد. او می تواند از تعهدات خود بکاهد یا افزایش تعهدات طرف غابن را بخواهد. قاضی نیز با نظر به شرایط دعوا خواسته مغبون را اجابت می کند. اما اگر معامله تبرعی بوده باشد، مغبون فقط می تواند نقض آن را مطالبه کند.^{۲۲}

۱۸. غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ۱۴۴.

۱۹. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۱۳.

۲۰. مظفر، نظرية العقد، ۲۴۳ تا ۲۴۴.

۲۱. دربال، «حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد التأمين، دراسة مقارنة»، ۲۸۰ تا ۲۸۴.

۲۲. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۱۳ تا ۳۱۴.

۶. نسبت استغلال با نهادهای مشابه

مفهوم استغلال با تعدادی از مفاهیم تازه در فقه و حقوق کشورهای عربی قرابت دارد. همه این مفاهیم، به نوعی بر «فقدان توازن و تعادل قراردادی»^{۲۳} دلالت دارند.

۶. ۱. نسبت استغلال با غبن

«غبن» مشکلی اجتماعی است که قانون تاکنون نتوانسته به شکل رضایتمندی آن را حل کند. این مشکل با امور اقتصادی و اجتماعی متغیری مرتبط است. هرگاه مذهب فردگرایی و اراده فردی قدرت داشته است، قانون جایگاهی برای غبن در نظر نگرفته است و هر زمان که مذهب فردی و اقتدار اراده به ضعف گراییده است، قانون برای منع غبن ورود کرده است. نظریه ماتریالیستی غبن به نظریه روان‌شناختی استغلال تبدیل شده که توسط اکثر قوانین مدرن پذیرفته شده است و تفاوت این دو نظریه را می‌توان در دو چیز خلاصه کرد: اول اینکه، در نظریه اول به ارزش یک چیز با دید مادی نگریسته می‌شود، نه نگاه شخصی. آنچه اهمیت دارد ارزش خود آن چیز است و این ارزش طبق قوانین اقتصادی تعیین می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها قانون عرضه و تقاضاست. در خصوص نظریه دیگر، آنچه اهمیت دارد ارزش شخصی است که از نظر طرف قرارداد، ارزش آن چیز است؛ زیرا ممکن است چیز کم‌ارزش به خودی خود از نظر کسانی که می‌خواهند به آن دست یابند، به دلیل ملاحظات عالی باشد که مربوط به شرایط شخصی آن‌هاست. بر نظریه مادی قیمت این چنین مترتب می‌شود که اگر تعادل در عقد از نظر قیمت مختل شود، غبن محقق شده است، حتی اگر تعادل از نظر قیمت شخصی مختل نشده باشد؛ چراکه گاهی یکی از متعاقدان با اینکه قیمت را می‌داند ولی بدون آنکه مضطر یا فریب خورده باشد، آن را به ثمن بالاتر می‌خرد؛ زیرا قیمت شخصی آن شیء، برابر ثمنی است که او بذل می‌کند. اینجا براساس نظریه مادی، او مغبون واقع شده است. بنابراین طبق نظریه مادی، «غبن» عیبی مستقل و قائم به ذاتش است. در حقیقت، این عیب در عقد واقع می‌شود، نه در رضا. اما براساس نظریه شخصی برای قیمت شیء چیزی که مترتب می‌شود آن است که نباید غبنی در معامله وجود داشته باشد، مگر هنگامی که متعاقد راضی باشد که ثمنی بسیار بیشتر از این قیمت شخصی پردازد و چنین چیزی اتفاق نمی‌افتد، مگر آنکه متعاقد دچار غلط، تدلیس یا اکراه واقع شده باشد. بنابراین غبن در نظریه شخصی، عیبی مستقل و قائم به ذات در عقد نیست؛ بلکه مظهري از عیوب رضا به شمار می‌آید. گرچه مفهوم غبن در فقه اسلامی پریشینه است، اما غبنی که در استغلال مدنظر است

۲۳. این اصطلاح در دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا تحت عنوان *significant imbalance* استعمال شده است و در حقوق فرانسه معادل آن عبارت *desequilibre significatif* به کار می‌رود که دارای پیچیدگی مفهومی خاصی است و به معنای نابرابری معنادار یا اساسی یا عدم تعادل شایان توجه ترجمه شده است.

دقیقاً به معنای غبن اصطلاحی با غبن حادث نیست. به نظر می‌رسد از منظر اندیشمندان حقوق عربی، میان استغلال و غبن تفاوت وجود دارد. مراد آنان از غبن، عدم تعادل است میان آنچه که عاقد می‌گیرد و می‌دهد. براین اساس، «غبن» نمودی مادی محض دارد، برخلاف استغلال که منظور از آن سوءاستفاده یکی از متعاقدان از ضعف ذهنی و روحی دیگری است. معمولاً قاعده آن است که غبن همیشه سبب ابطال عقد نمی‌شود، ولی استغلال چون از عیوب اراده است سبب ابطال عقد می‌شود. سنهوری نیز بر این نکته تأکید می‌ورزد: «باید دانست که میان استغلال و غبن تفاوت است. غبن، نمود مادی و فیزیکی استغلال است. غبن را می‌توان عدم تعادل بین آنچه طرف قرارداد می‌دهد و آنچه می‌گیرد تعریف کرد. از این تعریف می‌توان نتیجه گرفت که: اولاً، غبن را فقط در قراردادهای معاوضی غیراحتمالی می‌توان تصور کرد. در خصوص عقود معاوضی احتمالی^{۲۴} و عقود تبرعی، غبن متصور نیست، زیرا اولی ذاتاً مستلزم ورود غبن و ضرر به یکی از متعاقدين است و دومی به این دلیل است که چنانچه یکی از متعاقدان چیزی بدهد ولی در برابرش چیزی نستاند، سخنی در عدم تعادل میان آنچه می‌دهد و می‌ستاند نخواهد بود. ثانیاً، غبن در زمان اتمام قرارداد برآورد می‌شود، بنابراین تعادل در این زمان سنجیده می‌شود و پس از آن هیچ اعتباری به تغییر قیمت‌ها نیست. ثالثاً، احتراز کامل از غبن ممکن نیست، بنابراین باید در برابر غبن جزئی مدارا و در غبن فاحش درنگ کرد.»^{۲۵} ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق چنین مقرر می‌دارد: «چنانچه یکی از متعاقدان از سر نیاز، بی احتیاطی، هواهوس، بی تجربه‌ای یا ضعف آگاهی، مورد بهره‌برداری دیگری قرار گیرد و بدین سبب زیان فاحشی به او رسد، تا یک سال از هنگام عقد می‌تواند در حد معقولی درخواست رفع زیان کند. اما اگر تصرف او تبرعی بوده است، در این مدت حق فسخ معامله را دارد.»^{۲۶} این قانون بر ورود استغلال در عقود تبرعی تصریح دارد.^{۲۷} همان‌طور که ماده ۱۱۵ قانون سودان نیز چنین است، طرفی که مورد بهره‌برداری قرار گرفته است، در همه حالات (یعنی عقود معاوضی و تبرعی) می‌تواند در صورتی که قاضی آن را برای رفع غبن کافی ببیند، درخواست ابطال عقد بدهد.^{۲۸} همچنین در قانون مصر، سودان و لیبی، طرف مورد سوءاستفاده قرارگرفته در عقود معاوضی می‌تواند در صورتی که قاضی آن را برای رفع غبن کافی بداند،

۲۴. عقود احتمالی، در مقابل عقود محدد قرار دارند و مراد از عقد احتمالی در حقوق عربی عقدی است که به‌هنگام عقد، به‌صورت منضبط و مشخص، مقدار قیمت و سود و زیان معلوم نیست و بر امری که در آینده اتفاق می‌افتد، معلق است و همین سبب می‌شود تا میزان التزام طرفین عقد یا یک طرف، قابل افزایش یا کاهش باشد؛ مانند عقد بیمه عمر (سنهوری، نظریة العقد، ۱/۱۴۴؛ مظفر، نظریة العقد، ۵۱).

۲۵. سنهوری، الوسيط، ۱۲۲/۶.

۲۶. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۲۹۶.

۲۷. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۲۹۷.

۲۸. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۰۶.

درخواست ابطال معامله را بدهد، ولی این به معنای تعادل میان ثمن و قیمت مبیع نیست؛ بلکه مقصود آن است که زیادی در ثمن برای از بین بردن غبن فاحش کفایت می‌کند. در ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان، به طور مطلق حکم به بطلان این معامله شده و قانون لبنان نیز از این حکم تبعیت کرده است. اما در سوئیس، فرانسه و ایتالیا، میان ابطال و ارش قائل به تخییر شده است و قوانین مصر، سودان، لیبی و سوریه آن را برگزیده‌اند.^{۲۹} در قانون جدید مصر، نظریه نقسی در استغلال پذیرفته شده و در ماده ۱۲۹ آمده است: «چنانچه تعهدات یکی از متعاقدان با سود و منافعی که این طرف در قرارداد با تعهداتی که طرف دیگر به دست آورده، اصلاً برابر و متعادل نباشد و معلوم گردد که طرف متضرر، قرارداد را در نتیجه سوءاستفاده (استغلال) از بی‌تدبیری و تمایل بسیار او منعقد کرده است، قاضی می‌تواند بنا به درخواست طرف متعاقد مغبون، عقد را باطل کند یا تعهدات او را کاهش دهد. البته در حقوق معاصر، منع و ردع غبن گسترش یافته و آن را در همه عقود جریان می‌دهد.»^{۳۰} ملاحظه می‌شود که در ماده فوق‌الذکر، به «سوءاستفاده کرد» تعبیر شده است؛ یعنی سوءاستفاده از وضعیت خاص طرف دیگر قرارداد.

۲.۶. نسبت استغلال با شروط^{۳۱} تعسفی

واژه «تعسّف» در لغت عرب به معنای بیراهه‌روی، انجام کاری بدون تدبیر و راهنمایی و طی کردن مسیری بدون هدف و غرض است. عسوف؛ یعنی ظالم^{۳۲} و عسّف، به معنای ظلم هم آمده است.^{۳۳} گاهی در متون کهن فقهی اهل سنت طلاق تعسفی، به معنای طلاق است که بدون هیچ سبب مشروعی و از روی ظلم انجام شود.^{۳۴}

معنایی که از این کلمه اراده می‌شود، مرادف «ناعادلانه»، «غیرمنصفانه»، «ظالمانه» است. تنها برخی قوانین، مانند بند پنجم ماده سه قانون فعالیت‌های تجاری الجزایر به تعریف آن پرداخته‌اند.^{۳۵} با مراجعه به همین ماده متوجه می‌شویم که قانونگذار شرطی را تعسفی می‌انگارد که یک طرف عقد، فعال اقتصادی یا تاجر حرفه‌ای (محترف/مهنی) است و طرف دیگر، یک مصرف‌کننده (مستهلك) است. بنابراین برای

۲۹. فرج الصدة، مصادر الالتزام، ۳۱۵ تا ۲۸۷؛ حکیم، الکافی فی شرح القانون المدنی الأردنی، ۴۵۵ تا ۴۷۹؛ سلطان، مصادر الالتزام فی القانون المدنی الأردنی، ۸۶ تا ۸۴؛ فرج، العدوی، النظرية العامة للالتزام، ۹۴.

۳۰. سنهوری، نظرية العقد، ۴۴۷/۱ تا ۴۴۹.

۳۱. معنای «شرط» روشن است؛ جعل شیء در ضمن جعل دیگر، اما نه به صورت تعلیق یا تنقید؛ بلکه به صورت ظرف و مظلوف (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۷۶ تا ۵۲/۱).

۳۲. فراهیدی، کتاب العین، ۳۳۹/۱؛ جوهری، تاج اللغة و صحاح العربية، ۱۴۰۳/۴.

۳۳. ابن اثیر، النهاية فی غریب الحديث، ۲۵۳/۳.

۳۴. محمد براج، «الطلاق التعسفی و مدى مطابقتها لاحکام الشرعة»، ۱۱۷ تا ۱۱۵.

۳۵. عواطف، «احکام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدی»، ۱۵.

تحقق شرط تعسفی، وجود سه عنصر لازم است: ۱. در قراردادهای استهلاک (مصرف) باشد؛ ۲. مکتوب (سفارش، فاکتور، ضمانت نامه، رسید تحویل، اوراق قرضه یا هر سند دیگری) باشد؛ ۳. هدف یا نتیجه آن عدم تعادل در خور توجه حقوق و تعهدات طرفین باشد.^{۳۶}

اما برخی از حقوق دانان عرب، شرط تعسفی را این گونه تعریف کرده اند:

۱. شرطی است که از پیش توسط طرف حرفه ای (محترف) نگاشته شده و به او امتیازی محدود عطا کرده، به گونه ای که منجر به عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد شده است.^{۳۷} آنچه در این تعریف به چشم می خورد این است که شرط تعسفی را به عقود مصرف (عقود الاستهلاك) مرتبط ساخته است.

۲. شرطی از پیش تعیین شده است که طرف حرفه ای قرارداد بر مصرف کننده با استفاده از نفوذ اقتصادی خود به صورتی که منجر به کسب امتیازی فاحش و عدم تعادل قراردادی شود، اعمال می کند و نقش مصرف کننده در آن، محدود به پذیرش یا رد است. البته این امتیاز فاحش ممکن است به موضوع عقد یا یکی از آثار آن مرتبط باشد.^{۳۸} آنچه در این تعریف به آن اشاره می شود این است که همان دو معیار امتیاز فاحش و فقدان تعادل قراردادی را به طور هم زمان تکرار می کند که از این تعریف چنین بر می آید که شروط تعسفی را در عقود اذعان منحصر می کند.^{۳۹}

۳. نظر دیگری از شرط تعسفی وجود دارد که آن را با نگاه به شیوه تحمیل (فرض) آن تعریف می کند؛ به این صورت که، هر شرطی که در عقد یا ملحقات آن مندرج شود و به سبب آن اضرائی به مصالح مصرف کننده ای که مورد حمایت قانون است ولی از خبرویت و آگاهی کافی برخوردار نیست، وارد آید و توازن عقدی به سود طرف حرفه ای بر هم بخورد، شرط تعسفی است.^{۴۰}

روشن است که در قراردادهایی که شروط تعسفی وجود دارد، مفهوم استغلال نیز رخ می نماید. در حقیقت، فرد قوی در معامله با قراردادن شرط تعسفی در صدد استغلال و بهره جویی ظالمانه از طرف ضعیف بر آمده است.

۳.۶. نسبت استغلال با عقود اذعان

به نظر می رسد یکی از مظاهر بارز استغلال، عقود اذعان (الحاقی) هستند. اذعان در لغت، به معنای

۳۶. عواطف، «احکام الشروط التعسفية لحماية المستهلك وإعادة للتوازن العقدی»، ۱۵؛ بودالی، حماية المستهلك في القانون المقارن، ۲۴۰.

۳۷. سی الطیب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ۹۵.

۳۸. محمد رفاعی، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدی، ۲۱۵.

۳۹. سی الطیب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ۹۷.

۴۰. ابوعمر، موجز احکام قانون حماية المستهلك، ۱۷۱.

انقیاد و تسلیم و اقرارکردن است.^{۴۱} اما در اصطلاح حقوق عربی معاصر، عقد اذعان به عقدی گفته می‌شود که قبول ازسوی قابل، تنها اذعان و پذیرش چیزی است که موجب آن را املا می‌کند. این گونه عقد در شرکت‌های بیمه، قرارداد ترافیک، شرکت‌های گاز و آب و پست و... جریان دارد. به این عقد در فرانسه، عقد انضمام گفته می‌شود.^{۴۲} ماده ۱۰۰ قانون مدنی جدید مصر مقرر می‌دارد: «قبول در عقود اذعان با مجرد پذیرش شروطی که موجب گذارده است، محقق می‌شود و مناقشه‌ای پذیرفته نمی‌گردد.»^{۴۳}

۷. امکان‌سنجی مواجهه با استغلال از طریق مبانی فقهی

همان‌گونه که در طلعه سخن گفته شد، در ادبیات فقهی سنتی (اعم از شیعه و سنی) هیچ‌جا از استغلال، نظریه یا قاعده استغلال به معنای امروزی آن اثری دیده نمی‌شود، اما می‌توان مبانی آن را در قواعد و اصول کلی دیگر پی‌جست. «علی‌رغم اینکه گاهی گفته می‌شود استغلال به مثابه عیبی از عیوب اراده در اصل، یک دیدگاه حقوقی نوپدید است که ریشه، تحول و وضع احکامش همه در سایه قانون وضعی معاصر است، لکن می‌توانیم اصول و پایه‌های آن را در فقه اسلامی بیابیم، البته نه به مثابه یک نظریه عمومی؛ بلکه از خلال بعضی تطبیقات و صور جزئی آن، مانند تلقی رکبان، بیع مضطر، استرسال و امثال آن‌ها.»^{۴۴} البته فقه اسلامی دارای چنین ظرفیتی هست که با گردآوری و انباشت صور خاص، قاعده و حتی نظریه‌ای عمومی را در باب استغلال پی‌ریزی کند.

روشن است چنانچه قرارداد، مصداق غبن فاحش، تدلیس یا غرر باشد، حکم آن از منظر فقه اسلامی معلوم است. اما سخن جایی است که قرارداد، مصداق هیچ‌یک از این عناوین نیست و فرد ضعیف صرفاً به سبب میل شدید، نیاز و امثال آن‌ها اقدام به رضایت و انجام معامله کرده است. دقیقاً همین‌جاست که مفهوم استغلال و بهره‌جویی ازسوی طرف قوی معنادار می‌شود.

۸. اصل عدالت و انصاف

از جمله قواعدی که در کتب قواعد آمده است، «قاعده عدل و انصاف» است. مفاد قاعده انصاف که گاهی عدل و انصاف نیز خوانده می‌شود آن است که حقوق و اموال مشتبه، به‌طور منصفه میان مدعیان توزیع شود؛ مانند اینکه مالی میان اینکه از آن زید است یا عمرو مشتبه شده و علم اجمالی وجود دارد که

۴۱. فراهیدی، کتاب العین، ۱۰۰/۲؛ ابن‌منظور، لسان العرب، ۱۷۲/۱۳.

۴۲. جواهری، «عقود الاذعان»، ۱۴۹.

۴۳. سنهوری، الوسیط، ۲۲۹/۱.

۴۴. مظفر، نظریة العقد، ۱۵۲.

مال متعلق به یکی از آن دو است، ولی اماره‌ای بر تعیین وجود ندارد. در چنین مواردی مال میان دو نفر تقسیم و تنصیف می‌شود. مدرک این قاعده افزون بر جمع بین حقیقین،^{۴۵} روایات بسیاری است که در ابواب مختلف وارد شده است. البته نباید قاعده انصاف را با قاعده‌ای که اخیراً به قاعده عدالت اشتباه یافته است اشتباه کرد.^{۴۶} ظاهراً مراد دانشیان حقوق ممالک عربی، معنای دوم قاعده، عدالت است. در برخی قوانین و شروح آن‌ها در کشورهای عربی، به صورت صریح یا ضمنی برای بطلان یا لزوم تعدیل این گونه عقود ذکر شده است که مقتضای اصل عدالت و انصاف است. بودالی در تعریف شرط تعسفی یادآور می‌شود که طرف قوی در زمان انعقاد قرارداد می‌توانسته به مراجعه به اوضاع و احوال و موضوع قرارداد و شرایط دو طرف با توجه به آنچه مقتضای عدالت است، عمل کند.^{۴۷} ماده ۱۱۰ قانون مدنی الجزایر نیز «عدالت عقدی» را به مثابه معیاری برای ارزیابی تحقق تعسف در صورت بروز نزاع میان طرفین در عقود اذعانی که دارای شروط تعسفی هستند، در نظر گرفته است. سنهوری هم بر این باور است که شروط تعسفی چنان‌که یک قانون تفسیر می‌شود باید به بوته تفسیر گذارده شوند و در اجرای آن‌ها، الزامات عدالت و حسن نیت لحاظ شود.^{۴۸} در ماده ۱۴۹ قانون جدید مصر در خصوص شروط تعسفی مقرر می‌دارد: قاضی می‌تواند این شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را نسبت به آن‌ها غیر ملتزم کند و این کار باید براساس مقتضای عدالت و انصاف صورت پذیرد و هر توافقی برخلاف آن باطل است.^{۴۹} عموم و اطلاق این مواد، ابزار نیرومندی در دست قضات مصری به منظور حمایت مصرف‌کننده در برابر شروط تعسفی‌ای است که از سوی شرکت‌های انحصاری بر او اعمال می‌شوند. چنانچه قاضی شرطی تعسفی را در قرارداد اذعانی مشاهده کند، می‌تواند آن را به گونه‌ای که اثر تعسف را از بین ببرد تعدیل کند یا اساساً آن را الغا کند و طرف ضعیف را غیر ملتزم سازد و قانون حدودمرزی، جز رعایت عدالت برای او ترسیم نکرده است. در ماده ۱۴۸ قانون مدنی مصر آمده است: عقد، تنها بر آنچه در آن ذکر شده است متعاقدان را الزام نمی‌کند، بلکه هرآنچه که از مستلزمات عقد است را نیز براساس قانون، عرف و عدالت، به طبیعت التزام در بر می‌گیرد. در ماده ۶۸۶ ق.م مصر نیز مقرر شده است: قاضی حق دارد برای تعیین قلمرو عقد به قواعد عدالت متوسل شود. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مبنای رعایت تعدیل در شروط تعسفی توسط شارحان قانون، به مبنای

۴۵. اخذ به یکی از دو طرف تنازع، ترجیح بلامرجح است و با انصاف و عدالت ناسازگار است. ترک دو طرف نیز بی‌وجه و سبب هدر رفتن حقوق است، بنابراین مقتضای جمع بیان دو طرف شبهه، تنصیف است.

۴۶. برای اطلاع بیشتر در خصوص قاعده عدالت، نک: مهریزی، «عدالت به مثابه قاعده فقهی».

۴۷. بودالی، حماية المستهلك فی القانون المقارن، ۷۷.

۴۸. سنهوری، الوسيط، ۲۳۰.

۴۹. سنهوری، الوسيط، ۲۳۲ تا ۲۳۵.

عدالت مستند شده است. علت آن است که به طور صریح در نصوص دینی، نامی از شروط تعسفی برده نشده است. آنچه درباره شرط آمده، یا لزوم مطابقت آن با کتاب و سنت^{۵۰} است یا لزوم متابعت شروط.^{۵۱} البته می توان با توجیهاتی، سازوکار مقابله با شرط تعسفی (غیر منصفانه) را به کتاب و سنت هم باز گرداند، همان طور که شارحان قانون مصر این توجیه را معمول داشتند و این شرط را به مفهوم عدالت بازگرداندند.

۹. بیع نجش

«نجش» به نون مفتوح و جیم ساکن یا مفتوح، به معنای رم دادن صید است و همچنین در بیع، زمانی که شخص حاجتی به مبیع ندارد، در قیمت آن بیفزاید تا قیمتش افزایش یابد و دیگری آن را با قیمت بالا بخرد.^{۵۲} علامه می نویسد: «نجش حرام است و آن عبارت است از اینکه کسی که رغبتی در کالا ندارد، بر قیمت آن بیفزاید با قصد اینکه قیمت کالا افزایش یابد.»^{۵۳} شهید نیز همین گونه معنا کرده است.^{۵۴} محقق خوئی دو معنا برای نجش ذکر کرده اند: یکی، همان که از علامه و شهید نقل شد و دیگری، آنکه کالای دیگری را مذمت کند تا دیگری در آن رغبت نکند و بتواند آن را به قیمت کمتر بخرد.^{۵۵}

درباره حکم «نجش» اقوال متفاوتی ابراز شده است:^{۵۶} دسته ای بر این باورند که نجش ازسوی بایع، سبب بطلان بیع است و چنانچه از دیگری است، باید خسارات وارده را به مشتری بپردازد.^{۵۷} ابن براج معتقد است چون نجش نوعی تدلیس است، مستلزم خیار است.^{۵۸} شیخ در خلاف گفته چون نجش موجب عیب است، خیار محقق می شود.^{۵۹} شیخ در مبسوط معتقد است چنانچه نجش بدون تبانی یا امر بایع صورت گرفته باشد، موجب خیار نیست و اگر با تبانی و امر بایع انجام گرفته باشد، در این صورت دو قول است: قول اول اینکه، به دلیل تدلیس، متضرر خیار دارد و قول دوم اینکه خیار ندارد، ولی قول اول اقواست.^{۶۰} علامه حلی بر این باور است که اگر نجش متضمن غبنی بر مشتری باشد، مشتری براساس خیار غبن حق

۵۰. الشرط جائز بین المسلمین ما لم يمنع منه کتاب ولا سنة؛ المسلمون عند شروطهم إلا کل شرط خالف کتاب اللّٰه عزوجل فلا یجوز؛ «فإنَّ المُسْلِمِینَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شُرُوطًا حَرَّمَ حَرَامًا أَوْ أَخْلَ حَرَامًا».

۵۱. ابن زهره، غنیة الزووع، ۲۱۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۶۸/۷؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۵۳/۱۲.

۵۲. جوهری، تاج اللغة و صحاح العربیة، ۱۰۲۱/۳.

۵۳. علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۰۰۴/۲.

۵۴. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۱۸۷/۳.

۵۵. خوئی، مصباح الفقاهه، ۶۶۰/۱.

۵۶. شافعیه قائل به حق خیار در بیع نجش نیستند (خطیب شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ۳۷/۲).

۵۷. ابن جنید، به نقل از علامه، مختلف الشیعة، ۴/۵.

۵۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷۸/۳.

۵۹. به نقل از علامه حلی، مختلف الشیعة، ۴۵/۵.

۶۰. طوسی، المبسوط، ۱۶۰/۲.

فسخ دارد، ولی اگر متضمن ضرری بر مشتری نباشد، حق فسخ ندارد.^{۶۱} براساس این نظر، نجش تنها در صورتی ضمانت اجرای حقوقی دارد که غبن صورت گرفته باشد و آن هم تنها به علت خیار غبن موجود در این معامله، نه به علت حرمتی که در نجش وجود دارد. شهید اول در دروس،^{۶۲} محقق نراقی در مستند الشیعه^{۶۳} و محقق سیستانی در منهاج الصالحین نجش را حرام می دانند. محقق سیستانی در کتاب منهاج الصالحین تأکید می کند حتی اگر نجش موجب تغیر نباشد هم حرام است، هرچند تبانی بین ناجش و بایع هم نباشد.^{۶۴} اما گروهی از معاصران معتقدند: چنانچه نجش متضمن حرام دیگری مانند کذب یا فریب مؤمن باشد، حرام است، ولی نجش «بما هو نجش» حرمتی ندارد.^{۶۵} به نظر می رسد قول به حرمت طرف دار بیشتری در میان فقیهان دارد و اصولاً کذب و فریب، در ذات و مفهوم نجش داخل است. شیخ انصاری پس از تفسیر لغوی نجش می نویسد: نجش حرام است.^{۶۶} اما صاحب جواهر در خصوص نجش می نویسد: بیع نجش صحیح و لازم است، مگر توأم با غبن فاحش باشد اگرچه که نفس آن به سبب نهی و لعن فاعلش حرام است.

تحلیل: اما آیا می توان از حرمت نجش و حکم به بطلان معامله نجشی، حرمت استغلال و بطلان آن را استنتاج کرد؟ در پاسخ باید گفت: با تنقیح مناط قطعی، امکان سریان حکم نجش به بیع استغلال وجود دارد. روشن است که ممنوعیت ناجش و منجوش عنه، به سبب اضرار و پایمال کردن حق مشتری است؛ زیرا او به سبب اغفال که از تواطی بایع و ناجش حاصل شده است، رغبتی بیش از حد لازم در خرید کالای مدّ نظر پیدا می کند و از این رهگذر دچار خسارت و غبن می شود. مشکلی که در استناد به نهاد نجش وجود دارد، عدم اتفاق فقیهان در حکم آن است. همان گونه که گفته شد شیخ جواهری، تحریم نجش و بطلان معامله نجشی را بدون دلیل انگاشت. روشن است که حتی اگر نتوانیم اجماعی بر حرمت نجش گرد آوریم، اما با قواعد عمومی فقه معاملات و دلیل عقل و سیره عقلا می توان چنین عملی را ممنوع اعلام کرد و از این رهگذر، در مصادیق استغلال نیز حکم به ممنوعیت داد. براساس نظریه استغلال نیز چنانچه فرد قوی از ضعف طرف مقابل سوء استفاده کند و او را در قراردادی ناعادلانه مغبون سازد، فرد ضعیف حق مطالبه و اعاده حق خود را خواهد داشت.

۶۱. مختلف، ۴/۴۵.

۶۲. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۳/۱۷۸.

۶۳. نراقی، مستند الشیعة، ۱۴/۴۳.

۶۴. سیستانی، منهاج الصالحین، ۲/۱۲.

۶۵. خوئی، مصباح الفقاهة، ۱/۶۶۲؛ روحانی، منهاج الصالحین، ۱۴/۴۶۶.

۶۶. انصاری، المکاسب، ۲/۵۹.

۱۰. تلقی رکبان

ما را از تلقی رکبان آن است که کسی با قصد سوء استفاده از ناآگاهی افرادی که برای خرید به‌سوی شهری عازم هستند، به پیشواز آنان رود و کالای خود را به قیمت بیشتر به آن‌ها بفروشد.^{۶۷} صاحب‌جواهر در خصوص تلقی رکبان می‌نویسد: «تلقی رکبان بنابر مشهور، بلکه مجمع‌علیه اصحاب امامیه مکروه است. رکبان کسانی هستند که برای خرید، عازم شهری شده‌اند. براین اساس، نهی‌هایی که در این خصوص وارد شده است حمل بر کراهت می‌شوند. علت این حمل بر کراهت به سبب قصور سند آن‌ها از حمل بر حرمت است، خصوصاً که با فتوای مشهور نیز نا سازگار هستند.»^{۶۸} براین اساس، حکم تلقی رکبان دارای چند شرط است: اول، قصد فروش به رکبان؛ دوم، تحقق مسمای خروج از بلد؛ سوم، اعتبار مادون چهار فرسخ؛ چهارم، چهل رکبان به قیمت بلد؛ پنجم، تلقی به سبب بیع یا شرا باشد نه عقود دیگر، مانند اجاره و صلح. صاحب‌جواهر حکمت این حکم را تنها مراعات حال رکبان نمی‌داند، بلکه اعم از حال آنان و مردم بلد می‌شمارد؛ زیرا در این گونه معاملات سود فقط عاید بایع می‌شود و رکبان و مردم شهر همه متضرر می‌شوند.^{۶۹}

تحلیل: اما در تطبیق موضوع تلقی رکبان بر بیع استغلال باید گفت: «بیعی که از طریق تلقی رکبان جاری می‌شود مقصود نیست، مگر به لحاظ استغلال حالت ضعفی که در طرف معامله وجود دارد؛ مانند ضعف ادراکی، جهل و عدم خبرویت نسبت به بازار و امثال آن و از همین جنبه است که به‌باور ما حکم تلقی رکبان به اندیشه استغلال نزدیک‌تر از اندیشه تدلیس است. البته عقد در چنین صورتی باطل یا قابل ابطال تلقی نمی‌شود، مگر غبن فاحشی از آن ناشی گردد. ماده (۴۰۸) مجله الاحکام الشرعیة مقرر می‌دارد: خیار غبن برای رکبان زمانی حاصل می‌آید که شخص حاضر (محلّی) با غبن فاحشی بخرد یا بفروشد.»^{۷۰}

۱۱. بیع شهرنشین برای بادیه‌نشین

از جمله منهیات وارد شده در روایات، بیع حاضر برای بادی است. مستند آن روایاتی است بدین

۶۷. حنابله از اهل سنت در تلقی رکبان و نجش و استرسال، به طرف مغبون حق فسخ می‌دهند که البته در غیرنجش، قول شافعی نیز هست (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ۲۰۴/۵).

۶۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۷۰/۲۲ تا ۴۷۴.

۶۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۷۰/۲۲ تا ۴۷۴.

۷۰. مظفر، نظریة العقد، ۱۵۳.

مضمون که: «لا بیع حاضر لباد»^{۷۱}، مراد آن است که شخص شهری نباید وکیل روستایی در فروش مالش شود. از این رو، برخی به «لا یتوکل حاضر لباد» تعبیر کرده‌اند.^{۷۲} ابن‌ادریس حلی از اینکه برخی به‌طور مطلق فروش مال بادی را ازسوی شهری ممنوع کرده‌اند، اظهار شگفتی می‌کند و آن را نادرست می‌داند. او بر این باور است که مراد آن است که شهری به‌عنوان سمسار یا وکیل، مال روستایی را به فروش رساند و در این کار از روی تحکم و تغلب و اکراه رفتار کند.^{۷۳} او معتقد است چنین بیعی علی‌رغم حرمت، صحیح است.^{۷۴} شهید ثانی حمل بر تحریم را در صورت صحت حدیث، نیکو می‌شمارد، وگرنه کراهت را به‌دلیل تسامح در ادله سنن اولی می‌داند.^{۷۵}

تحلیل: از نهی چنین بیعی می‌توان در موضوع استغلال بهره گرفت. روشن است که ممنوعیت (الزامی یا غیرالزامی) فروش مال روستایی توسط شهری، ملاکی جز جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی نمی‌تواند داشته باشد؛ چراکه شهری به‌سبب آگاهی از قیمت، کمیت و کیفیت کالاها، از غلبه و سلطنت بیشتری نسبت به روستایی فاقد خبرویت برخوردار است.

۱۲. بیع اضطرار

اضطرار از ریشه «ض ر ر» است و به‌معنای ناچار و درمانده‌بودن و محتاج و مجبوربودن به کار رفته است.^{۷۶} از منظر اصطلاحی، اضطرار حالتی است که فرد بر اثر فشارهای ناشی از آن حالت، وادار به انجام رفتاری خاص می‌شود. اضطرار برخلاف اکراه، ناشی از تهدیدات خارجی نیست و بیشتر مبتنی بر اوضاع و احوال درونی است که سبب می‌شود شخص علی‌رغم میلش دست به انجام عملی بزند.^{۷۷} اضطرار ممکن است در پی تهدید و اکراه حاصل شود. یکی از اقسام اضطرار جایی است که فردی دیگری را وادار به پرداخت مبلغی کند و آن شخص راهی جز فروش ملکش پیش‌رو نداشته باشد. این معامله به‌سبب اضطرار شخص واقع شده است،^{۷۸} هرچند نراقی این قسم از اضطرار را داخل در اکراه می‌داند.^{۷۹} فقیهان معامله

۷۱. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۴/۱۷.

۷۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۹۶/۳.

۷۳. ابن‌ادریس، السرائر، ۲۳۶/۲.

۷۴. ابن‌ادریس، السرائر، ۲۳۶/۲.

۷۵. ابن‌ادریس، السرائر، ۲۳۶/۲.

۷۶. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۵/۸.

۷۷. جعفری لنگرودی، الفارق، ۸۱/۱.

۷۸. طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۲/۲.

۷۹. نراقی، مستند الشیعة، ۲۷/۱۴.

مضطر را صحیح می‌دانند. امام خمینی در تفاوت‌گذاری میان اکراه و اضطرار در حدیث رفع می‌نویسد: «نسبت میان این دو به لحاظ مفهوم، تباین است؛ زیرا اکراهی که صفت اکراه‌کننده است، فعلی از افعال اوست ولی اضطرار صفتی از صفات مضطر است و مفهوماً ربطی به هم ندارند، همان‌گونه که بر مورد واحد نیز انطباق نمی‌یابند؛ اعم از اینکه اضطرار از اکراه مکروه ناشی شده باشد یا به حسب نیازهای او تحقق یافته باشد... و اضطراری که از حوایج شخص ناشی شده باشد، موجب بطلان معاملات او نمی‌گردد، زیرا دلیل اضطرار از آن انصراف دارد؛ چراکه منع معاملات او سبب تضییق و حرج او می‌شود، درحالی‌که حدیث رفع برای توسعه و امتنان وارد شده است. بنابراین، بطلان معاملات مضطر مطلقاً ارتباطی به اضطرار ندارد، مگر در بعضی موارد خاص.»^{۸۰}

تحلیل: شاید بتوان بیع مضطر را نزدیک‌ترین مفهوم به استغلال دانست، زیرا همان‌گونه که در تعریف استغلال گفته شد، طرف قوی به سبب نقطه‌ضعفی که در طرف ضعیف وجود دارد، قرارداد یا شروطی ناعادلانه را بر او تحمیل می‌کند و او نیز مجبور به پذیرش است؛ خواه این شرایط خاص، درونی باشد یا از بیرون به او تحمیل شده باشد. «از مفاهیمی که بر اندیشه استغلال قابل تطبیق است، مسئله بیع مضطر است؛ چراکه مضطری که کالای خویش را با قیمتی بسیار پایین نسبت به قیمت حقیقی آن می‌فروشد، در فشار نیاز دست به این کار می‌زند که خود یکی از حالات استغلال است.»^{۸۱} چیزی که در کلام فقیهان مشهود است عدم اشاره به سوءاستفاده از معاملات مضطر است، مفهومی که در بیع استغلال، بنیادی است.

۱۳. بیع استرسال

استرسال در لغت به معنای رهاکردن و بلندکردن مو و اعتمادکردن به دیگری در آنچه می‌گوید آمده است.^{۸۲} و در اصطلاح فقهی، سوءاستفاده از اعتماد فرد و فریفتن او در معامله است. در برخی روایات از استرسال، به معنای فریب‌دادن کسی که در معامله به او اعتماد کرده، نهی شده است.^{۸۳} اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند که: «غبن المسترسل سُحت»؛ یعنی فریب‌دادن فردی که در معامله به تو اعتماد

۸۰. خمینی، کتاب البیع، ۹۲/۲.

۸۱. مظفر، نظریة العقد، ۱۵۳.

۸۲. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۳/۵.

۸۳. مالکیه از اهل سنت هر سه بیع تلقی رکیان و نجش و استرسال را در عین حرمت، صحیح می‌دانند و در بیع نجش، برای مشتری حق خیار فسخ قائل هستند (درذریع، الشرح الکبیر، ۶۷/۳).

کرده است، حرام است.^{۸۴} در روایت دیگری به جای سحت، حرام آمده است^{۸۵} و در حدیث دیگری چنین وارد شده است: «لا تغبن المسترسل فان غبنه لا یحل»؛ یعنی کسی را که به تو اطمینان کرده است فریب نده، زیرا فریفتن او حلال نیست.^{۸۶} بعضی فقیهان از نهی واردشده در این روایات، حرمت را استفاده کرده اند و بیع را در صورتی که عین غبن و خدیعه باشد باطل دانسته اند،^{۸۷} در حالی که برخی نیز کراهت را استنباط کرده اند.^{۸۸}

تحلیل: با دقت در کلمات فقیهان امامی روشن می شود که آن ها بیع استرسال را در ذیل مبحث خیار غبن در معامله مطرح کرده اند، ولی به نظر می رسد بتوان باب ویژه ای برای آن گشود همان گونه که در حقوق عربی معاصر، موضوع استرسال از غبن متمایز شده است. دکتر محمود مظفر در این خصوص می نویسد: «همچنین مسئله بیع استرسال را می توان بر نظریه استغلال تطبیق کرد؛ زیرا این نوع از بیع ها در اساس خود بر عدم خبرویت و درایت طرف مستغل بنیان نهاده شده است. مقصود از بیع استرسال آن است که فردی که آگاهی و خبریاتی نسبت به وضعیت بازار ندارد، کالایش را به طرفی که کاملاً آگاه است براساس قیمت بازار عرضه کند و طرف آگاه با دروغ، فروشنده ای را که ناآگاه به قیمت است وادار به فروش کالایش کند. اینجا دروغ خریدار به عنوان تدلیس، نوعی استغلال به شمار می آید؛ زیرا طرف ناآگاه مورد سوءاستفاده قرار گرفته است و شرعاً خیار رد دارد. ماده (۴۰۹) از مجله الاحکام الشرعیه چنین تصریح می کند: خیار غبن برای شخص مسترسلی که قیمت را نمی داند و از چانه زنی سر در نمی آورد ثابت است؛ خواه فروشنده باشد، خواه خریدار.»^{۸۹}

نتیجه گیری

واژه «استغلال»، به معنای امروزی آن در هیچ یک از کتب رایج فقهی شیعه و سنی مطرح نشده است. اگر جایی هم دیده شود، به معنای «طلب غله کردن»، «بهره برداری» و امثال معانی لغوی آن است. این واژه در ادبیات حقوقی معاصر جهان عرب در معنای سلبی و منفی به کار گرفته شده است و برابر نهاد آن، سوءاستفاده، بهره کشی و موقعیت غیرعادلانه در قرارداد است.

۸۴. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۱/۱۸.

۸۵. ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۳۷۹/۲.

۸۶. کلینی، الکافی، ۱۷۱/۵.

۸۷. نراقی، مستند الشیعة، ۳۹۶/۱۴.

۸۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۲۳.

۸۹. مظفر، نظریة العقد، ۱۵۴ تا ۱۵۳.

استغلال در معنای یادشده، از جمله سازوکارهای تعدیل در نظام قضایی کشورهای مصر به شمار می‌آید.

با دقت در قوانین این کشورها، مانند ماده ۱۲۹ ق.م.مصر می‌توان دریافت که استغلال به مثابه یکی از موانع نفوذ قرارداد نیز پذیرفته شده است (یعنی تنها در مرحله دادرسی کاربرد ندارد). باید توجه کرد که میان نظریه استغلال با نظریه «الحوادث الطارئة» تفاوت وجود دارد؛ زیرا در موضوع استغلال، تنها عدم توازن تعهدات کافی نیست و علاوه بر آن می‌بایست این عدم توازن به سبب سوءاستفاده غابن، از عدم بصیرت مغبون نشأت گرفته باشد.

در ادبیات حقوقی مذکور، میان غبن و استغلال تمایز وجود دارد. غبن جنبه مادی استغلال است. به دیگر بیان، عدم تعادل عوضین اگر از منظر روانی و ناآگاهی مغبون ملاحظه شود، استغلال نام می‌گیرد و اگر از منظر خارجی و مادی مدنظر واقع شود، غبن نامیده می‌شود.

نظریه غبن در فقه اسلامی و به ویژه فقه شیعه کاملاً شناخته شده است. غبن در لغت به معنای خدیه است، ولی در اصطلاح فقهی به معنای تملیک مال به بیشتر از قیمتش در صورت جهل طرف دیگر است. به تملیک کننده، غابن و به طرف دیگر، مغبون گفته می‌شود. غبن، موجب تحقق خیار غبن برای مغبون می‌شود. اما باید یادآور شد که نظریه استغلال در حقوقی عربی معاصر دقیقاً منطبق بر نظریه غبن نیست. مهم ترین تفاوت آن، در آگاهی مغبون به غبنش در نظریه استغلال است.

فقه اسلامی با توسل به مفاهیمی؛ چون قاعده عدالت و انصاف، ممنوعیت اجحاف، بیع نجش، بیع اضطرار، بیع استرسال و امثال آن‌ها می‌تواند در مواجهه و قانونگذاری مناسب با پدیده استغلال در قراردادها گامی سودمند و اساسی بردارد.

منابع

- قرآن کریم. ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- قانون مدنی عراق.
- قانون مدنی مصر.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية فی غریب الحديث. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۶۴.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی. غنیة النزوع فی علمي الفروع و الأصول. قم: مؤسسة امام صادق (ع). ۱۴۱۷ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۰۷ق.

- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. قم: ادب حوزة. ۱۴۰۵ق.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. البحر الرائق شرح کنز الدقائق. بی جا: دار الکتب الإسلامی. بی تا.
- ابوعمر، مصطفی احمد. موجز احکام قانون حماية المستهلك. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الاولى، ۲۰۱۱م.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المکاسب. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- بودالی، محمد. حماية المستهلك في القانون المقارن؛ دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي. الجزائر: دار الكتاب الحديث. ۲۰۰۶م.
- بورکبه، سعید. «نظرية الغبن بين الشريعة والقانون». دار الحديث الحسنية. سنة ۱۴۰۴ق. شماره ۴، ۲۱۷ تا ۲۵۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. الفارق. تهران: گنج دانش. چاپ سوم، ۱۳۹۵.
- جواهری، حسن. «عقود الاذعان»، فقه اهل بیت (ع). ش ۳۴، ۱۴۲۵ق، ۱۸۲ تا ۱۴۹.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. بی جا: چاپ اسلامیه. چاپ پنجم، ۱۴۰۳ق.
- حکیم، عبدالمجید. الکافی فی شرح القانون المدني الأردني و العراقي والیمنی فی الإنزامات و الحقوق الشخصية. عمان: الشركة الجديدة للطباعة. ۱۹۹۳م.
- حماد، اسماعیل، الدرة، محمد ظاهر. الإستغلال في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة مع القانون المدني العراقي. اردن: كلية القانون. ۲۰۱۵م.
- خطیب شرینی، محمد بن احمد. مغنی المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج. بیروت: دار الذخائر. ۱۹۹۰م.
- خمینی، روح الله. کتاب البیع. قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (ره). ۱۳۷۹.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. به قلم محمد علی توحیدی. قم: داوری. بی تا.
- دربال، آمال. «حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد التأمين، دراسة مقارنة»، نشرية الدراسات. الجزائر، ۲۰۱۶م، ۲۷۹ تا ۲۸۷.
- دردیر، احمد بن محمد. الشرح الكبير. نرم افزار المكتبة الشاملة الكبرى.
- رحیمی، حبیب الله، محمود زاده، خسرو. «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)». پژوهش های حقوق تطبیقی. سال هجدهم. شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳. ۱۰۳ تا ۱۲۶.
- روحانی، محمد صادق. منهاج الصالحین. قم: الفین. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- زحیلی، وهبه. الفقه الاسلامی و ادلته. دمشق: دار الفکر. چاپ چهارم، بی تا.
- سلطان، انور. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. اردن: دار الثقافة. ۲۰۰۷م.

- سنهري، عبدالرزاق احمد. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. بيروت: دار احياء التراث العربي. بی تا.
- سنهري، عبدالرزاق احمد. نظرية العقد. تهران: خرسندی. چاپ اول، ١٣٩١.
- سی الطیب، محمدمین. الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص. تلمسان: كلية الحقوق، جامعة ابي بكر. ٢٠٠٨ م.
- سیستانی، علی. منهاج الصالحين. قم: مكتب آيت الله العظمی سیستانی. چاپ اول، ١٤١٤ ق.
- شعبان، الفة حشيشة. عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية: دراسة مقارنة. تونس: الهيئة الوطنية للمحامين. ٢٠١١ م.
- شوری، احمد سالم. «بحث الاستغلال»، نشرية المحاماه. اکتوبر ١٩٥٤، العدد ٢، ٥٧ تا ٥٩.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری. چاپ اول، ١٤١٠ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام في شرح شرايع الإسلام. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ دوم، ١٣٦٣.
- صدر، محمد باقر. اقتصادنا. قم: مرکز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامی. ١٤٢٥ ق.
- طباطبای، علی بن محمد. رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ١٤١٢ ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرين. قم: مكتب نشر الثقافة الإسلامية. چاپ دوم، ١٤٠٨ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط في فقه الامامية. تهران: مكتبة مرتضوية. ١٣٨٧ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذيب الأحكام. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ چهارم، ١٣٦٥.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. بی جا: آل البيت (ع). ١٤١٤ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة في احکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ١٣٧٤.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب. مشهد: مرکز پژوهش های آستان قدس. چاپ اول، ١٤١٢ ق.
- عواطف، محی الدین. «احکام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدی»، مجلة القانون العام الجزئى والمقارن. المجلد الرابع، العدد الأول، جانفی ٢٠١٨ م، ٢٥ تا ١١.
- غانم، اسماعیل. النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام. بی جا: مكتبة عبد الله وهبة. بی تا.
- فراهدی، خلیل بن احمد. كتاب العين. بی جا: دار الهجرة. چاپ دوم، ١٤٠٩ ق.
- فرج الصدة، عبد المنعم. مصادر الالتزام. بی جا: دار النهضة العربية. ١٩٩٤ م.
- فرج الصدة، عبد المنعم. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. بيروت: دار النهضة العربية. ١٩٧٤ م.
- فرج، توفیق حسن، عدوی، جلال علی. النظرية العامة للالتزام. بيروت: منشورات حلبية الحقوقية. چاپ دوم، ٢٠٠٢ م.

مفتخری و دیگران؛ نظریه «استغلال» در حقوق کشورهای عربی و سنجش آن با نهادهای مشابه ۲۳۵/...

قافی، حسین. «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی». پرتال جامع علوم اسلامی، بدون ذکر شماره صفحه. نشریه فقه و حقوق. شماره ۲، ۱۳۸۳.

کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ سوم، ۱۳۸۸ق.

مجلة الاحکام الشرعیة. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. نشر نور محمد، کارخانه تجارت کتب، آرام باغ، کراچی. ۱۴۳۱ق.

محقق داماد، مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. بی جا: مرکز نشر علوم انسانی. چاپ پنجم، ۱۳۹۸.

محمد برّاج، جمعه. «الطلاق التعسفی و مدى مطابقته للاحكام الشرعية»، نشرية الثقافة الاسلامية. ش ۶، ۲۰۰۶م، ۱۲۴ تا ۹۴.

محمد رفاعی، احمد. الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدی. مصر: دار النهضة. ۱۹۹۴م.

مرتضى زبيدي، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. بيروت: دار الفكر. ۱۴۱۴ق.

مظفر، محمود. نظرية العقد: دراسة قانونية مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية. جدة: دار حافظ. ۱۴۲۲ق.

مهريزي، مهدي. «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر. ش ۳ و ۲، ۱۳۷۶، ۱۸۴ تا ۱۹۷.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشيعة في احكام الشريعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī.

Abū 'Amru, Muṣṭafā Aḥmad. *Mūjaz Ahkām Qānūn Hīmāyat al-Mustahlik*. Lubnān: Manshūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqiya.

Al-Ṭab ā al-Ulā, 2011/1389.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī'a fī al-Ahkām al-Sharī'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1374.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab*. Mashhad: Markaz Pazhūhish-hā-yi Astān-i Quds. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. S.l.: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Majmū' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

'Awāṭif, Muḥy al-Dīn. "Ahkām al-Shurūṭ al-Ta'assufiya Hīmāyat li-l-Mustahlik wa l'āda li-l-Tawāzun al-'Aqdī", *Majalla al-Qānūn al-Ām al-Jaz'irī wa al-Muqārīn*. vol. 4, no. 1, 2018/1396, 11-25.

Būdālī, Muḥammad. *Hīmāyat al-Mustahlik fī Qānūn al-Muqārīn; Dirāsa Muqārana Ma'a al-Qānūn al-Firansī*. Aljazā'ir: Dār al-Kitāb al-Ḥadīth. 2006/1427.

- Burkabah, Sa'īd. "Nazāriya al-Ghabn Biyn al-Sharī'a wa al-Qānūn". *Dār al-Ḥadīth al-Ḥasanīya*. Sina 1984/1404. No. 4, 217-250.
- Darbāl, Āmāl. "Ḥimāya al-Ṭaraf al-Ḍa'if min al-Shurūt al-Ta'assufiyya fi 'Aqd al-Ta'mīn, Dirāsa Muqārana", *Nashriyah Dirāsāt*. Aljazā'ir: 2016/1394. 279-287.
- Dardir, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Sharḥ al-Kabīr*. Narm Afzār al-Maktaba al-Shāmilah al-Kubrā.
- Farāhidī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-'Ayn*. S.I.: Dār al-Hijra. Chāp-i Duwwūm, 1989/1409.
- Faraj al-Ṣadda, 'Abd al-Mun'im. *Maṣādir al-Itizām*. s.l. Dār al-Nahḍa al-'Arabiyya. 1994/1414.
- Faraj al-Ṣadda, 'Abd al-Mun'im. *Nazāriya al-'Aqd fi Qawānīn al-Bilād al-'Arabiyya*. Beirut: Dār al-Nahḍa al-'Arabiyya. 1974/1394.
- Faraj, Tawfiq Ḥasan, 'Adawī, Jalāl 'Alī. *al-Nazāriya al-'Āmma li-l-Itizām*. Beirut: Manshūrāt Ḥalabīya al-Ḥuqūqiyya. Chāp-i Duwwūm, 2002/1423.
- Ghānim, Ismā'il. *Nazāriya al-'Āmma li-l-Itizāmāt, Maṣādir al-Itizām*. s.l. al-Maktaba 'Abd Allāh Wahba. s.d.
- Ḥakīm, 'Abd al-Majīd. *al-Kāfi fi Sharḥ al-Qānūn al-Madani al-Urdunī wa al-'Irāq wa al-Yamani fi al-Itizāmāt wa al-Ḥuqūq al-Shakhṣiyya*. 'Umān: al-Shirka al-Jadīda li-l-Ṭabā'a. 1993/1413.
- Ḥammād, Ismā'il, al-Dara, Muḥammad Zāhir. *al-Istighlāl fi al-Qānūn al-Madani al-Urdunī: Dirāsa Muqārana Ma'a al-Qānūn al-Madani al-'Irāq*. Urdun: Kuliya al-Qānūn. 2015/1394.
- Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā'il al-Shi'a ilā Tahṣīl Masā'il al-Sharī'a*. s.l.: Chāp-i Islāmīyah, Chāp-i Panjum, 1983/1403.
- Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fi Gharīb al-Ḥadīth*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Chāhārūm, 1986/1364.
- Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muḥadhdhab al-Bārī fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1987/1407.
- Ibn Idris, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwūm, 1990/1410.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Qum: Adab-i Ḥawzah. 1985/1405.
- Ibn Najīm, Zayn al-Dīn ibn Ibrāhīm. *al-Baḥr al-Rā'iq Sharḥ Kanz al-Daqā'iq*. S.I.: Dār al-Kutub al-Islāmī. s.d.
- Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn 'Alī. *Ghunya al-Nuzū' fi 'Ilmī al-Furū' wa al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq (AS). 1997/1417.
- Ja'farī Langirūtī, Muḥammad Ja'far. *al-Fāriq*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Sivum, 2017/1395.

Jawāhiri, Hasan. "Uqūd al-Idh'ān", *Fiqh Āl Bayt(AS)*. no, 34, 2004/1425, 149-182.

Jawhari, Ismā'īl ibn Ḥammād. *Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-'Arabīya*. Beirut: Dār al-'Ilm, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Khaṭīb Shīrbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'rifa Alfāz Minhāj*. Beirut Dār al-Dhakhā'ir. 1990/1410.

Khū'ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. bi Qalam Muḥammad 'Alī Tawhīdī, Qum: Dāwarī. s.d.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2001/1379.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Sivum. 1969/1388.

Majalla al-Aḥkām al-Shar'īya. al-Lajna Mukawwana min 'idda 'Ulamā' wa Fuqahā' fi al-Khilāfa al-'Uthmāniya. Nashr Nūr Muḥammad, Kārkhānah Tijārat Kutub, Ārām Bāgh, Karāchī. 2010/1431.

Mihrizī, Mahdī. "Adālat bi Maṣābah-yi Qā'idih-yi Fiqhī", *Naqd va Nazar*. no. 2-3, 1998/1376, 184-197.

Muḥammad Barrāj, Jum'ah. "al-Talāq al-Ta'assufi wa Mada Muṭābiqatuhu li-al-Aḥkām al-Sharī'a", *Nashriya al-Thaqāfa al-Islāmiya*. no. 6, 2006/1427, 94-124.

Muḥammad Rifā'i, Aḥmad. *al-Ḥimāya al-Madaniya li-l-Mustahlik Izā' al-Maḍmūn al-'Aqdī*, Miṣr: Dār al-Nahḍa. 1994/1414.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Nazariyah-yi 'Umūmī Shurūṭ va Itizāmāt dar Ḥuqūq-i Islāmī*. s.l.: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Insānī. Chāp-i Panjum, 2020/1398.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr. 1993/1414.

Muzaḥḥar, Maḥmūd. *Nazariya al-'Aqd: Dirāsa Qānūniya Muqāranah bi-Aḥkām al-Sharī'a al-Islāmiya*. Jadda: Dār Ḥāfiẓ. 2001/1422.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fi al-Aḥkām al-Sharī'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Qāfī, Ḥusayn. "Māhiyat va Mizān I'tibār Qarārdād Ilḥāqī". Pūrtāl Jāmi' 'Ulūm-i Islāmī, Bidūn Zikr-i Shumārih-yi Ṣafḥah. *Nashriyah-yi Fiqh va Ḥuqūq*. no. 2, 2005/1383.

Qānūn-i Madanī 'Irāq.

Qānūn-i Madanī Miṣr.

Raḥīmī, Ḥabīb Allāh, Maḥmūdẓādih, Khusrū. "Mabānī Nazariyah I'tibār 'Aqd Iḥtimālī (Muṭālī'ih-yi Taṭbiqī dar Ḥuqūq Irān va Miṣr)". *Pazhūhish-hā-yi Ḥuqūq Taṭbiqī*. yr. 18, no. 2, summer 2014/1393. 103-126.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Alfin. Chāp-i Duwum, 1994/1414.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. Qum: Markaz al-Nashr al-Tābi'a li-Maktab al-I'lām al-Islāmī. 2004/1425.
- Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Duwwum, 1985/1363.
- Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. *al-Wasīf fi Sharḥ al-Qānūn al-Madani al-Jadid*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.
- Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. *Nazarīya al-'Aqd*. Tehran: Khursandī. Chāp-i Awwal, 2013/1391.
- Sha'bān, Alafa Ḥashīsha. *'Aqūd al-Istighlāl, Taḥt al-Tasmiya al-Ashya: Dirāsa Muqārana*. Tūnis: al-Hay'a al-Waṭaniya li-l-Muḥāmin, 2011/1389.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Durūs al-Shar'iyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiya*. Qum: Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- Shūrā, Aḥmad Sālīm. "Baḥth al-Istighlāl", *Nashriya al-Muḥāmāh*. October 1954/Mihr 1333, no. 2, 57-59.
- Sī al-Ṭib, Muḥammad Amīn. *al-Shurūṭ al-Ta'assufiya fi 'Aqūd al-Istihlāk, Dirāsa Muqārana. Mudhakara Mājastir fi al-Qānūn al-Khāṣ*. Tilimsān: Kulliya al-Qānūn, Jāmi'ah Abī bakr. 2008/1429.
- Sistānī, 'Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥin*. Qum: Maktab Āyat Allāh al-'Uzmā Sistānī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- Sulṭān, Anwar. *Maṣādir al-Iltizām fi al-Qānūn al-Madani al-Urdunī*. Urdun: Dār al-Thaqāfa. 2007/1428.
- Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ Masā'il fi Bayān Ahkām al-Shar' bi al-Dalā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma' al-Baḥrayn*. Qum: Maktab Nashr-i al-Thaqāfa al-Islāmiya. Chāp-i Duvvum, 1988/1408.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiya*. Tehran: Maktaba Murtaẓawiya, 1968/1387.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Ahkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1365.
- Zuhayli, Wahbah. *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*. Dimashq: Dār al-Fikr, Chāp-i Chāhārum s.d.



An Analytical Investigation of the Impact of Logical Principles on Propositions of Principles of Jurisprudence

Dr. Alireza Norouzi (Corresponding Author)

Advanced-level Instructor, Mashhad Seminary, Mashhad, Iran

Email: a.norouzi@mail.um.ac.ir

Dr. Morteza Norouzi

Advanced-level and Kharij 'Uṣūl Instructor, Mashhad Seminary; faculty member, Jamia al-Mustafa al-Alamiyah Khorasan Mashhad, Iran

Abstract

The significant impact of logical principles and issues on the propositions of principles of jurisprudence, and on the process of deducing legal rulings is apparent to everyone, to the extent that logical discussions are considered as foundational elements in the knowledge of principles of jurisprudence ('*Uṣūl*') and in '*Ijtihād*'.

Many '*Uṣūlīs*' have acknowledged the impact of using logical principles in the process of deducing rulings, either explicitly or by practically employing logical principles in their deductions. Conversely, some have denied the usage of this field in deducing rulings, and some have considered it as an instance of conflating reality and credibility.

The present study aims at reinforcing the role of reason in '*ijtihād*'. In doing so, first, the relationship between the science of logic and '*Uṣūl al-fiqh*' is clarified, and the historical background of the overlap between the two is explored using the descriptive-analytical approach. After presenting the logical foundations of '*Uṣūl al-fiqh*', we analyze the opinions of '*Uṣūlīs*' regarding the status of the science of logic as one of the foundations of '*ijtihād*'. In addition to resolving some doubts, we prove that the process of '*ijtihād*' requires a mastery of the majority of principles and the technical terminology of the science of logic. This is done using some examples of the application of logical discussions and principles in propositions of principles of jurisprudence and the process of deducing jurisprudential rulings.

Keywords: logical principles, propositions of principles of jurisprudence, foundations of '*ijtihād*', logical foundations, impact of logic on principles of jurisprudence





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۶ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۸ - پاییز ۱۴۰۳، ص ۲۶۹ - ۲۳۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۳

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78145.1421>

نوع مقاله: پژوهشی

واکاوی تحلیلی تأثیر قواعد منطقی

در گزاره‌های اصولی

دکتر علیرضا نوروزی (نویسنده مسئول)

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد و مدرس سطوح عالیه حوزه علمیه مشهد

Email: a.norouzi@mail.um.ac.ir

دکتر مرتضی نوروزی

مدرس سطوح عالیه و خارج اصول حوزه علمیه مشهد و عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه خراسان

چکیده

تأثیر بسزای مسائل و قواعد منطقی در گزاره‌های اصولی و عملیات استنباط احکام شرعی پوشیده نیست تا آنجا که مباحث منطقی از مبادی علم اصول و از مبادی اجتهاد شمرده شده است.

بسیاری از اصولیان با تصریح خود و یا با بهره‌گیری عملی از قواعد منطقی در استدلال‌های خود، عملاً به تأثیر استفاده از دانش منطق در استنباط احکام تن داده و در مقابل، عده‌ای نیز منکر کاربرد این علم در مسیر استنباط احکام بوده و برخی آن را از مصادیق خلط حقیقت و اعتبار دانسته‌اند.

در این نوشتار به هدف تقویت جایگاه عقل در اجتهاد، ابتدا رابطه علم منطق با اصول فقه را تبیین نموده و با رویکرد توصیفی تحلیلی به پیشینه تاریخی تداخل مسائل علم منطق با علم اصول فقه پرداخته و پس از بیان مبادی منطقی علم اصول، دیدگاه اصولیان را در خصوص جایگاه دانش منطق به عنوان یکی از مبادی اجتهاد مورد واکاوی قرار داده‌ایم و ضمن پاسخ‌گویی به شبهات، با اشاره به نمونه‌هایی از کاربرد مباحث و قواعد منطقی در گزاره‌های اصولی و عملیات استنباط احکام فقهی، توقف اجتهاد بر فراگیری اکثر قواعد و مصطلحات علم منطق را اثبات نموده‌ایم.

واژگان کلیدی: قواعد منطقی، گزاره‌های اصولی، مبادی اجتهاد، مبادی منطقی، تأثیر منطق در اصول.

مقدمه

دانش منطق، قانون صحیح فکرکردن را به ما یاد می‌دهد. به همین سبب در تعریف آن گفته‌اند: منطق، ابزاری است از نوع قاعده و قانون که رعایت آن قواعد، ذهن انسان را از خطای در تفکر باز می‌دارد^۲ و از آن جهت که منطق خادم‌العلوم است، قواعد منطقی در همه علوم دارای کاربرد است. در علم اصول فقه که عبارت است از: علم به قواعدی که برای استنباط احکام شرعی فرعی مهیا شده است،^۳ از جهت تحقق استدلال و فکر صحیح برای استنباط نیاز به علم منطق داریم، به خصوص که براساس برخی دیدگاه‌ها مسائل علم اصول مسائلی است که می‌تواند کبرای قیاس استنباط قرار گیرد؛ یعنی کبرای قیاسی که اگر صغرای مناسب ضمیمه آن شود، نتیجه آن حکم کلی شرعی فرعی خواهد بود؛ مثل حجت‌بودن یا حجت‌نبودن خبر واحد. بنابراین مسائل علم اصول در قالب استدلال منطقی برای استنباط حکم شرعی استفاده می‌شود.^۴

بررسی ماهوی دو علم منطق و اصول فقه و وجوه اشتراک و افتراق این دو علم با یکدیگر به ما کمک می‌کند تا نسبت و رابطه این دو علم با یکدیگر را بهتر تصور کنیم.

وجه شباهت علم منطق و علم اصول، آلی و مقدمی‌بودن آن دو است؛ با این تفاوت که علم اصول مقدمه علم فقه اما علم منطق مقدمه علم فلسفه بوده و بعد به علوم دیگر نقل داده شده است.^۵ البته علم اصول نسبت به فقه مانند منطق است نسبت به علوم نظری دیگر و چنانچه برخی بزرگان فرموده‌اند: «علم اصول فقه، علم استنباط یا منطق فقه است.»^۶ با این تفاوت که در منطق غالباً بحث از صورت قیاس (استدلال) است و به ماده آن کار ندارد اما در علم اصول از ماده قیاس فقهی بحث می‌شود.

به لحاظ شباهت مسائل دو علم، دو بحث مهم «مباحث الفاظ» و «مباحث استدلال و حجت» نیز باوجود حیثیت‌های متفاوت، در هر دو علم موجود است، اما موضوع، مسائل، غایت، ماهیت و جنس علم منطق و اصول فقه متفاوت است.

دانش منطق از آن جهت که از قواعد موجود در عالم حقیقت بحث می‌کند، از قبیل علوم حقیقی عقلی است اما دانش اصول فقه از آن جهت که مبتنی بر اعتبارات شارع و عرف یا عقلاست، از قبیل علوم اعتباری

۲. سبزواری، شرح منظومه، ۵.

۳. میرزای قمی، القوانين المحکمة فی الأصول، ۳۳؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۹.

۴. گرجی، ادوار اصول الفقه، ۲۴۴.

۵. حارثی، علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، ۱۴۵.

۶. خویی، دراسات فی علم الأصول، ۶.

نقلی یا عقلایی است^۷ و براساس برخی نظریات، مسائل آن آمیخته‌ای از امور اعتباری و حقیقی است.^۸ براین اساس، ماهیت این دو علم متفاوت است و نسبت این دو با یکدیگر نسبت علم حقیقی با اعتباری است.

برخی اصولیان اهل سنت در این زمینه معتقدند که: دانش منطق ریشه عقلی و فلسفی دارد اما اصول فقه، اصل و ریشه‌اش لغوی و شرعی و مبتنی بر نقل است^۹ و نیز بر این باورند که: منطق و اصول از حیث ادله و مدلول با هم متفاوت‌اند؛ زیرا ادله علم منطق برحسب استقرار عقلی سه چیز است: استقرا و تمثیل و قیاس، اما اصول فقه عمده ادله‌اش از شرع گرفته شده است.^{۱۰}

همچنین گفته‌اند: از حیث فایده عملی و ثمره تطبیقی نیز با هم متفاوت‌اند؛ زیرا اکثر بحث‌های منطقی، مرتبط با عالم ذهن و مفاهیم و کلیات است و ثمره تطبیقی در خارج ندارد اما مباحث اصولی چون مرتبط با فقه است، ثمره عملی و تطبیقی در خارج دارد.^{۱۱}

البته به نظر می‌رسد در برخی از این عبارات مناقشه وجود دارد؛ زیرا اولاً، مباحث عقلیه در علم اصول فراوان داریم، مثل مستقلات عقلیه که هم ملازمه و هم مقدماتش همگی عقلی است؛ ثانیاً، عقل و قواعد عقلی به عنوان یکی از ادله اربعه استنباط در بسیاری از موارد مد نظر اصولیان قرار گرفته است؛ ثالثاً، علت تفاوت غایی این دو علم آن است که در علم منطق، موضوع، معقولات ثانیه منطقی است؛ یعنی مفاهیمی که عارض بر موضوعات ذهنی و کلیات موجود در ذهن می‌شود و از این رو، ارتباطی با خارج ندارد اما در علم اصول، موضوع و عناصر و ادله مشترکه استنباط احکام فرعیه کلیه است؛ یعنی قواعدی که با کمک آن‌ها می‌توان احکام کلیه شرعیه عدیده‌ای را استخراج کرد و چون احکام فرعیه عارض بر افعال مکلفان می‌شوند و این افعال در ظرف خارج از ذهن تحقق پیدا می‌کنند، پس با عالم خارج ارتباط پیدا می‌کنند.

دکتر عبدالهادی الفضلی در کتاب اصولی خود درباره ارتباط و شباهت علم اصول با علوم دیگر، مانند منطق آورده است: علم منطق به تعریف و استدلال می‌پردازد و در علم اصول، اصطلاحات و مفاهیمی وجود دارد که ناگزیر از تعریف آن‌ها هستیم و قضایایی وجود دارد که صحت و حجیت آن‌ها نیازمند استدلال است و از آنجاکه راه‌های تعریف و معیار و ضابطه آن و همچنین راه‌ها و معیار استدلال در علم منطق مطرح می‌شود، سبب پیوند و ارتباط علم منطق با علم اصول می‌شود. علاوه بر این، موضوع علم

۷. طباطبائی، حاشیه الکفایه، ۱/۱۴؛ مددی، «علوم اعتباری و روش‌های واقع‌گرایانه»، ۵۱/۲ تا ۸۴.

۸. خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۱/۱۸؛ اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳/۵۶؛ عراقی، نه‌ایة الافکار، ۴/۸۹.

۹. حارثی، علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، ۱۴۳ و ۱۶۸.

۱۰. حارثی، علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، ۱۴۶.

۱۱. حارثی، علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، ۱۵۳.

اصول دلالت است که از مباحث علم منطق می‌باشد و از آنجا به علم اصول آمده است.^{۱۲} در توضیحی راجع به کلام ایشان مناسب است به این نکته اشاره شود که دلالت به صورت مطلق موضوع علم اصول نیست؛ چون ادله دخیل در استنباط، بر دو نوع ادله مختص به حکمی معین و ادله مشترک بین احکام شرعیة عدیده تقسیم می‌شود؛ مثلاً معنای واژه خاص یا ثقه بودن راوی معین و مانند این‌ها به عنوان عنصر خاص و دلیلی مخصوص در استنباط حکم معین شرعی دخالت دارد. اما علم اصول عهده‌دار این ادله خاصه نیست، بلکه علوم دیگری؛ مانند علم لغت، علم رجال و مانند این‌ها متکفل ادله خاصه هستند و نیز ادله مشترک استنباط احکام عدیده؛ مانند حجیت ظهور، حجیت خبر ثقه و مانند آن موضوع علم اصول را تشکیل می‌دهد. پس فقط دلالت در حیطة ادله مشترک، محور و موضوع علم اصول محسوب می‌شود.

حال که رابطه این دو علم و تفاوت‌های ماهوی آن دو روشن شد، مناسب است برای روشن شدن تأثیر علم منطق در گزاره‌های اصولی، ابتدا سیر تاریخی تأثیر علم منطق در علم اصول و مبانی منطقی علم اصول را بررسی کنیم و سپس دیدگاه‌های اصولیان درباره جایگاه علم منطق در اجتهاد را همراه با بیان مصادیقی از به‌کارگیری قواعد منطقی در گزاره‌های اصولی بحث و بررسی کنیم.

قبل از شروع بحث یادآوری می‌شود موضوع این نوشتار در برخی کتب و مقاله‌ها و پایان‌نامه‌ها بررسی شده که مهم‌ترین نگاشته‌ها در این خصوص عبارت است از: کتاب زبدة الأصول، تألیف شیخ بهایی، کتاب علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، تألیف وائل بن سلطان حارثی، مقاله «تأثیر منطق در علم اصول»، نوشته ابوالقاسم گرجی و پایان‌نامه «کاربرد اصطلاحات و قواعد منطقی اصول فقه» که از سوی نگارنده در حوزه علمیه مشهد دفاع شده است. با این وجود، بحث مبنایی و تحلیلی و کاربردی در این موضوع در آثار مذکور کمتر واکاوی شده است.

۱. تأثیر علم منطق در علم اصول فقه

۱.۱. پیشینه تاریخی تأثیرپذیری علم اصول فقه از دانش منطق

اصول فقه شیعه و عامه دوره‌های مختلفی را سپری کرده است که اقوال متعددی در تعداد ادوار آن مطرح است. اما در خصوص ورود مباحث منطقی به علم اصول می‌توان مراحل را بیان کرد که چون اهل سنت در این زمینه پیش‌گام بوده‌اند، ابتدا این مراحل را طبق دیدگاه عامه پیگیری می‌کنیم. در خصوص تأثیر منطق در اصول فقه اهل سنت و ورود مباحث منطقی به تصنیفات اصولی آنان، برخی

۱۲. فضلی، دروس فی اصول الفقه الإمامیة، ۱/۱۱۷.

متأخران سه مرحله ذکر کرده‌اند^{۱۳} که به نظر ما مرحله چهارمی نیز وجود دارد. این مراحل عبارت‌اند از:
أ. مرحله اختلاط معارف منطقی و کلامی و اصولی: این امر در نیمه دوم قرن چهارم هجری واقع شده است و کتاب «العمد»، از قاضی عبدالجبار و همچنین کتاب «المعتمد»، از شاگردش ابوالحسن بصری، شاهی بر وجود مصطلحات منطقی مثل علم، ظن، حد، تناقض و قیاس شرطی در کتب اصولی آن دوره است.^{۱۴}

در این دوره، افرادی مانند ابن حزم راجع به مشروعیت علم منطق و صحت مسائل آن انتقاد داشتند^{۱۵} اما باین وجود، راجع به منفعت علم منطق برای طرق استنباط هم معتقد بودند که فقیه مجتهد بی‌نیاز از دانش منطق نیست.^{۱۶}

ب. مرحله تطوّر و تعمّق ارتباط علم اصول و منطق: در این دوره در قرن پنجم هجری، ابوحامد محمد غزالی نقش بسزایی ایفا و کتاب ارزنده المستصفی من علم الاصول را تألیف کرد و از مبادی منطقی علم اصول نام برد. به تبع ایشان، بسیاری دیگر نیز در آثار خود از مبادی منطقی علم اصول نام بردند.^{۱۷} در این مرحله، توسعه مباحث منطقی به آنجا رسید که علمای اصولی در تعاریف خود براساس ضوابط منطقی حرکت می‌کردند و بسیاری از علمای اسلامی، تعلیم منطق را واجب کفایی می‌دانستند.^{۱۸}

ج. مرحله مزج، ادراج و اختلاط مباحث منطقی: در این دوره، مسائل و قواعد منطقی در ضمن مباحث اصول فقه مزج و ادراج شد؛ مثلاً فخر رازی در قرن ششم در کتاب المحصول فی علم اصول الفقه، اقسام دلالت‌های مطابقی، تضمنی و التزامی و نیز تقسیم لفظ به کلی و جزئی و ذاتی و عرضی را مطرح کرد و متعرض بحث کلیات خمس شد^{۱۹} و بسیاری دیگر، همچون ابن حاجب نیز در ضمن مباحث اصولی خود به طرح مباحث منطقی پرداختند.^{۲۰}

د. مرحله افول اصول فقه اهل سنت و تضعیف معارف عقلی: در این مرحله، از قرن ششم به بعد با ظهور افرادی؛ مثل ابن الصلاح، ابن تیمیه و طرفداران او که فراگیری علومی مانند منطق و فلسفه را حرام

۱۳. حارثی، علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق، ۳۷۰ تا ۳۳۰.

۱۴. بصری، المعتمد فی اصول الفقه، ۷/۱.

۱۵. ابن حزم، التقریب لحدّ المنطق، ۴/۱۰۰ تا ۲۳۲.

۱۶. ابن حزم، الفصل فی الملل و الاهواء و التحل، ۲/۲۳۷.

۱۷. فرید الأنصاری، المصطلح الأصولی عند الشاطبی، ۱۳۵ تا ۱۳۹؛ ابن عقیل الحنبلی، الواضح فی اصول الفقه، ۴۷۶ تا ۳۲۸/۱.

۱۸. انصاری، المصطلح الأصولی عند الشاطبی، ۱۷۹؛ نشار، مناهج البحث عند مفکری الإسلام، ۱۸۰.

۱۹. فخر رازی، المحصول فی علم اصول الفقه، ۱/۲۱۹ تا ۲۲۴.

۲۰. ارموی هندی، الفائق فی اصول الفقه، ۱/۱۸۳ تا ۱۹۰؛ زرکشی، البحر المحیط، ۹/۶؛ ابن قدامة، روضة الناظر، ۱/۱۴۳ تا ۶۴/۱.

می‌دانستند، بسیاری از مباحث عقلی و منطقی از اصول، حذف و اصول فقه اهل سنت دچار رکود شد.^{۲۱} ابن‌الصلاح در فتاوی مشهور خود مبنی بر حرمت تعلیم منطق گفته بود: «به‌کارگیری اصطلاحات منطقی در مباحث احکام شرعی، از امور منکر و ناپسند است و [یادگیری] احکام شرعی هیچ نیازی به علم منطق ندارد.»^{۲۲}

ابن تیمیه نیز کتابی با عنوان «الردّ علی المنطقیین» یا «نصيحة اهل الايمان في الردّ علی منطق اليونان» تألیف کرد و در فتاوی خود تصریح به فساد مباحث منطقی کرد. او از غزالی مذمت کرده و به تعریض، در کتابش نوشته است: «اولین کسی که منطق را با اصول مسلمین مخلوط کرد، ابوحامد غزالی بود.»^{۲۳} شخصیت‌هایی مانند ابن‌قیم جوزیه، شاگرد ابن تیمیه با نگارش کتاب مفتاح دار السعادة و جلال‌الدین سیوطی با کتاب صون المنطق و الکلام عن فتن المنطق و الکلام نیز در این دوره در رد فلسفه و منطق تلاش‌هایی کردند.^{۲۴}

تقلید و اقتدا به ائمه چهارگانه و پذیرش دیدگاه انسداد باب اجتهاد توسط اهل سنت بر این رکود علمی افزود و در دوره‌های بعد تا زمان معاصر ادامه یافت. اگرچه برخی کوشیدند تا این دیدگاه را منسوخ کنند، اما توفیق چندانی نداشتند. آثار اصولی عامه در دوره‌های اخیر نیز فاقد ابداعات و نظریات جدید است و تنها شرح و توضیح آثار قدیمی اهل سنت است.^{۲۵}

اصول فقه شیعه نیز دوره‌های مختلفی را از حیث تأثیر منطق در اصول گذرانده است که می‌توان آن را در سه مرحله خلاصه کرد:^{۲۶}

أ. مرحله اختلاط مباحث منطقی با اصول فقه: در این مرحله، که از قرن هشتم تا قرن یازدهم را شامل می‌شود، علامه حلی در تهذیب الوصول مباحث منطقی را در علم اصول مطرح کرد^{۲۷} و شیخ بهائی نیز با تألیف زبدة الأصول و طرح بحث مبادی منطقی در آن، نقش بسزایی در توسعه مباحث منطقی ایفا کرد.

ب. مرحله تضعیف مباحث عقلی در اصول فقه: در این مرحله، که از اوایل قرن یازدهم تا اواخر

۲۱. نشر، مناهج البحث عند مفکری الإسلام، ۱۷۹ تا ۲۹۰.

۲۲. ابن‌الصلاح، فتاوی و مسائل ابن‌الصلاح، ۲۱۱/۱.

۲۳. ابن تیمیه، الردّ علی المنطقیین، ۵۶ و ۲۳۸.

۲۴. سیوطی، صون المنطق و الکلام عن فن المنطق و الکلام، ۱۳.

۲۵. علی‌پور، درآمدی به تاریخ علم اصول، ۲۰۰، ۲۶۹، ۳۳۹، ۴۸۵ و ۴۸۶؛ گرجی، نگاهی به تحول علم اصول، ۲۵.

۲۶. علی‌پور، درآمدی به تاریخ علم اصول، ۲۰۳ تا ۴۲۹؛ گرجی، تاریخ فقه و فقهها، ۳۱۳ تا ۳۴۳.

۲۷. علامه حلی، تهذیب الوصول، ۲۹۶ و ۲۹۷.

قرن دوازدهم به طول انجامید، اخباریان نقش ارزنده‌ای در کم‌رنگ کردن معارف عقلی ایفا کردند و منکر حجیت عقل در استنباط حکم شرعی شدند و در نتیجه، بحث‌های منطقی و عقلی در مباحث اصولی کم‌رنگ شد.

ج. مرحله رونق و توسعه مباحث عقلی در اصول فقه: در این مرحله پس از افول اخباری‌گری و در قرن سیزدهم و چهاردهم، مباحث اصولی توسعه بسیاری یافت و جدای از مباحث منطقی، مباحث فلسفی و کلامی نیز به‌طور گسترده‌ای داخل علم اصول شد و برخلاف اصول فقه اهل سنت، ژرف‌نگری و تعمق در آثار اصولیان شیعه بیشتر شد.

توسعه مباحث منطقی و فلسفی در علم اصول از دوره آقا حسین خوانساری، شیخ انصاری، آخوند خراسانی و شاگردان ایشان، مانند شیخ محمدحسین غروی اصفهانی به‌خوبی مشاهده می‌شود. در دوران معاصر نیز تقریباً این رویه و نگرش ادامه دارد و همچنان علم اصول از دانش منطق و فلسفه متأثر است.^{۲۸} اگرچه به‌مرور زمان بسیاری از مسائل منطقی در علم اصول معنای جدیدی پیدا کرده، اما همچنان بسیاری از مصطلحات و قواعد منطقی به همان معنای اصلی خودش در علم اصول استفاده می‌شود.

۲.۱. مبادی منطقی علم اصول

هر علمی به معنای مجموعه مسائل منسجم و مرتبط با هم حداقل دارای سه جزء است که عبارت‌اند از: موضوع، مسائل و مبادی. مبادی عبارت است از: تعریف موضوعات، اجزا و اعراض آن و مقدمات بدیهی یا مأخوذی که قیاس‌های علم بر آن مبتنی می‌شود.^{۲۹}

مبادی در منطق و اصول در تقسیمی اولیه به دو قسم تصویری و تصدیقی تقسیم شده است.^{۳۰} محقق اصفهانی در توضیح اقسام مبادی می‌فرماید: مبادی تصویری به تعریف اطراف قضیه (موضوع و محمول) می‌پردازد و مبادی تصدیقی عبارت است از: آنچه که موجب تصدیق به ثبوت قضایای علم (ثبوت محمول برای موضوع) می‌شود.^{۳۱}

مبادی علم اصول (با دو قسم مبادی تصویری و تصدیقی) در تقسیمی ثانویه نیز از حیث موضوع مبادی، به چهار قسم مبادی احکامیه، مبادی لغویه، مبادی کلامیه و مبادی منطقیه تقسیم شده است. ابوحامد محمد غزالی شاید اولین عالمی است که در کتاب اصولی خود به تبیین مبادی منطقی علم

۲۸. گرجی، تاریخ فقه و فقه، ۳۴۳ تا ۳۱۳.

۲۹. یزدی، الحاشیه علی تهذیب المنطق، ۱۱۴ و ۱۱۵.

۳۰. قطب‌الدین رازی، تحریر القواعد المنطقية فی شرح الرسالة الشمسية، ۴۶۹.

۳۱. اصفهانی، بحوث فی الأصول، ۱۷/۱.

اصول پرداخت^{۳۲} و تصریح کرد: «کسی که احاطه‌ای به علم منطق ندارد، هیچ اطمینانی به علومش نیست.»^{۳۳}

نخستین بار در میان امامیه نیز مبادی منطقی از سوی شیخ بهایی با نگارش زبدة الأصول مطرح شد. ایشان مبادی دانش اصول را به طور کامل از مسائل آن تفکیک کرد و به ارائه تعریف، توسعه و طبقه‌بندی روشمند و ابتکاری مبادی اصول پرداخت. از میان متأخران امامیه، شخصیت‌هایی مانند علامه سیدعبدالله شبّر در الاصول الاصلیه و پس از ایشان، محقق اصفهانی در بحوث فی الأصول و علامه شعرانی در کتاب المدخل الی عذب المنهل فی اصول الفقه از روش شیخ بهایی پیروی کرده و بحث مبادی علم اصول و به خصوص مبادی منطقی را بحث و بررسی کرده‌اند.^{۳۴}

مبادی منطقی اصول فقه، به معنای مسائل منطقی‌ای است که دانستن آن‌ها برای فراگیری اصول فقه ضروری است؛ همانند مبحث دلالت که در مباحث الفاظ اصول کاربرد دارد یا مانند دانستن شکل‌های مختلف قیاس منطقی که برای استنباط حکم شرعی مورد نیاز است.

غزالی در کتاب خود مباحث ذیل را به عنوان مبادی منطقی مطرح کرده است: تقسیم قضیه به معینه، مهمله و محصوره، قضیه شرطیه، تناقض و شروط آن، برهان و اشکال اربعه آن، قیاس استثنائی، قیاس شرطی متصل و منفصل، استقرا، تمثیل، تقسیم برهان به برهان علة و دلالة، ماده قضیه و تقسیم مدارک یقین به اولیات، مشاهدات باطنی، محسوسات ظاهری، تجربیات، متواترات، وهمیات و مشهورات.^{۳۵}

فخر رازی از دیگر شخصیت‌های برجسته اهل سنت نیز مباحثی را به عنوان مبادی منطقی ذکر کرده است؛ مانند تصور، تصدیق، علم و ظن، وضع و واضح، تقسیم الفاظ، احکام ترادف، اشتراک، حقیقت و مجاز، مرتجل، منقول، دلالت مطابقی، تضمنی و التزامی، مفرد و مرکب، کلی و جزئی، ذاتی و عرضی، جنس، نوع، فصل، جنس الاجناس، نوع الانواع، عرض عام و خاص، اسم، فعل، حرف، متواطی و مشکک.^{۳۶}

شیخ بهایی از دانشمندان برجسته شیعه نیز در زبدة الاصول مبادی را به سه قسم منطقیه، لغویه و احکامیه تقسیم کرده و این مسائل منطقی را به عنوان مبادی علم اصول آورده است: علم، تصور و تصدیق، کلی و جزئی، نسب اربع، ذاتی و عرضی، جنس، فصل، نوع، عرضی لازم و مفارق، لازم ماهیت و لازم

۳۲. غزالی، المستصفی من علم الأصول، ۱/۱۰.

۳۳. نشر، مناهج البحث عند مفکری الاسلام، ۱۸۰.

۳۴. رشاد، «بررسی انتقادی مبادی پژوهی اصولیون»، ۴۶ تا ۵۵.

۳۵. غزالی، المستصفی من علم الأصول، ۵۵ تا ۴۵/۱.

۳۶. فخر رازی، المحصول فی علم اصول الفقه، ۱/۸۳ و ۱۷۳ تا ۲۹۴.

وجود، حد و رسم، قضیه: حملیه و شرطیه، شخصییه، طبیعیه، محصوره، مهمله، متصله، منفصله، متصله لزومیه و اتفاقیه، منفصله حقیقیه، مانعة الجمع و مانعة الخلو، برهان، قیاس اقترانی و استثنائی، اقترانی حملی و شرطی، اجزای قیاس، نقیض، عکس مستوی و عکس نقیض، اشکال اربع و...^{۳۷}. پس از شیخ بهایی، توجه به مبادی منطقی علم اصول در میان آثار اصولی کم و بیش مشاهده می شود. محقق نراقی در کتاب خود دانش منطق را از قبیل مبادی تصدیقی علم اصول بیان کرده و فرموده است: «مبادی تصدیقی برای علم اصول، گروهی از مسائل علم کلام، ادبیات عرب و منطق است و وجه توقف علم اصول بر این علوم روشن است».^{۳۸}

آیت الله میرزاحسین الله رشتی نیز ضمن تقسیم مبادی علم اصول به مبادی چهارگانه لغوی، احکامی، کلامی و منطقی تصریح می کند که هریک از این مبادی می تواند تصویری یا تصدیقی باشد.^{۳۹} لازم به ذکر است در دوران متأخر با اختلاط مباحث کلامی و منطقی در علم اصول فقه، به تدریج مصطلحات و قواعد فلسفی نیز به علم اصول وارد شد. اگرچه مخالفت با فلسفه در میان امامیه و اهل سنت ریشه طولانی دارد، اما با ظهور حکمت متعالیه و پالایش نسبی مباحث فلسفی، نگاه بزرگان شیعه به فلسفه و منطق متعادل شد و بسیاری از قواعد فلسفی به علم اصول وارد شد.

۲. بررسی دیدگاه اصولیان در خصوص نقش منطق در اجتهاد

بسیاری از اصولیان در بحث اجتهاد و تقلید از علم منطق به عنوان یکی از مبادی اجتهاد و یکی از علوم می که مجتهد باید به آن مسلط باشد نام برده اند. در خصوص جایگاه علم منطق در اجتهاد، از جمع بندی دیدگاه های بزرگان به سه نظریه می توان دست یافت:

أ. توقف اجتهاد بر علم منطق: این دیدگاه را می توان به مشهور اصولیان نسبت داد. شخصیت هایی این دیدگاه را قبول دارند، مانند ابن ابی جمهور احسائی، حسن بن زین الدین (صاحب معالم)، میرزای قمی (صاحب قوانین)، ملاعبدالله تونی، وحید بهبهانی، محقق نراقی، سید جمال الدین گلپایگانی، شیخ علی کاشف الغطاء، میرزاهاشم آملی و علامه محمدرضا مظفر.^{۴۰}

۳۷. شیخ بهایی، زبدة الأصول، ۵۸ تا ۲۶.

۳۸. نراقی، انیس المجتهدین، ۳۶/۱.

۳۹. رشتی، بدائع الأفكار، ۳.

۴۰. ابن ابی جمهور، کاشفة الحال عن احوال الاستدلال، ۶۵؛ میرزای قمی، القوانين المحکمة فی الأصول، ۴۶۳/۴؛ تونی، الوافیة فی اصول الفقه، ۲۵۲؛ کاشف الغطاء، النور الساطع، ۸۹/۱؛ آملی، مجمع الأفكار، ۱۸/۵؛ موسوی قزوینی، تعلیقة علی معالم الأصول، ۲۶۷/۷؛ بهبهانی، الرسائل الأصولیة، ۱۱۱.

برای نمونه، آیت‌الله سیدجمال‌الدین گلپایگانی در کتاب اصولی خود تأکید می‌کند: «سزاوار است که علم منطق از اموری قرار داده شود که نفس اجتهاد بر آن متوقف باشد؛ یعنی در عرض علم اصول باشد. به سبب آنچه که گفتیم، که اجتهاد قدرت بر ضمیمه کردن صغریات و تشکیل قیاس است [و در این صورت، منطق و اصول نسبت به فقه در یک جایگاه قرار می‌گیرند]، برخلاف سایر علوم ادبی که از مبادی علم اصول هستند.»^{۴۱}

کاشف‌الغطاء نیز در بحث مبادی اجتهاد به یکی از موارد تطبیق قاعدة عکس نقیض در مقام استنباط اشاره می‌کند و می‌نویسد: «استنباط بعضی احکام شرعیه متوقف است بر بعضی قواعد علم منطق، مانند استنباط طهارت غساله در صورتی که در دلیلی ثابت شود: «هر نجسی، ملاقی اش نیز نجس می‌شود» که مبتنی بر قاعدة عکس نقیض است.»^{۴۲} [زیرا عکس نقیض این دلیل می‌شود: اگر ملاقی چیزی نجس نباشد، آن چیز نجس نیست، پس غساله طاهر است.]

ب. توقف اجتهاد بر برخی مسائل علم منطق: این نظریه از آثار امام خمینی، آیت‌الله سبحانی و استاد محمود شهابی استفاده می‌شود.^{۴۳}

امام خمینی در باب شرایط اجتهاد می‌نویسد: «از جمله مقدمات اجتهاد، یادگیری علم منطق است، آن هم در حد تشخیص قیاس‌ها، ترتیب اجزای آن، تنظیم اشکال قیاس اقترانی و غیراقترانی و تشخیص قیاس منتج از غیرمنتج و مباحث منطقی که استعمال آن در عرف رایج است؛ تا اینکه انسان به سبب اهمال در برخی قواعد‌ها دچار خطا و اشتباه نشود، اما تفصیلات قواعد منطقی و مسائل دقیق آن که کاربرد چندانی ندارد، لازم نیست و در مقام استنباط، احتیاجی به این امور نیست.»^{۴۴}

ج. عدم توقف اجتهاد بر علم منطق: این نظریه از آثار آیت‌الله خوئی، علامه طباطبایی و آیت‌الله مکارم شیرازی استفاده می‌شود.^{۴۵}

آیت‌الله خوئی در بحث اجتهاد و تقلید در شرح عروة الوثقی آورده است: «اجتهاد، بر شناخت لغت عربی و مباحث ادبیات عرب متوقف است...، اما اجتهاد هیچ توقفی بر علم منطق ندارد؛ زیرا آنچه در منطق مهم است، امور مربوط به استدلال است؛ مثل قیاس‌ها و اشکال آن و [شرایط آن]، مثل معتبر بودن

نراقی، تجرید الأصول، ۲۳۴؛ مظفر، اصول الفقه، ۵/۱؛ حکیم، المدخل الى علم الأصول، ۳۶.

۴۱. موسوی گلپایگانی، رسائل، ۳.

۴۲. کاشف‌الغطاء، النور الساطع، ۸۹/۱.

۴۳. شهابی، تقریرات اصول، ۱۳۷؛ سبحانی، الرسائل الأربع، ۷۱/۳.

۴۴. خمینی، الرسائل، ۹۷/۲.

۴۵. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۵۵۴/۳ تا ۵۶۰؛ کجوری شیرازی، الاجتهاد و التقليد، ۱۰۲.

کلی بودن کبرا و موجب بودن صغرا در شکل اول؛ درحالی که این مباحثی که در استدلال و نتیجه گیری مدخلیت دارد، اموری است که هر انسان عاقلی حتی کودکان آن‌ها را می‌شناسند... به هر حال، منطق فقط مشتمل بر اصطلاحات علمی است که مجتهد هیچ نیازی به آن ندارد؛ زیرا فراگیری این‌ها هیچ ارتباطی به اجتهاد ندارد... و عمده علمی که اجتهاد بر آن‌ها متوقف است، علاوه بر ادبیات عرب، یکی علم اصول است و یکی علم رجال.^{۴۶}

علامه طباطبایی نیز چون خلط حقایق و اعتباریات را دارای اشکال می‌داند، اساساً با به کارگیری قواعد منطقی که امور حقیقی است، در علم اصول که علمی اعتباری است مخالف است و براین اساس، منطق را از علوم مقدماتی اجتهاد نمی‌داند. ایشان در کتب مختلفش؛ مانند تفسیر المیزان و حاشیه بر کفایه به اشکال خلط حقایق و اعتباریات و عدم جریان ضوابط منطقی و قواعد عقلی، مانند مباحث علت و معلول، برهان، اجتماع ضدین، اجتماع مثلین و قاعدة الواحد در علوم اعتباری، مانند اصول و فقه تصریح کرده است.^{۴۷}

ایشان در جایی تأکید کرده است: «علما در به کارگیری تعاریف حقیقی و قواعد حقیقی در مفاهیم اعتباری دچار خطا شده‌اند و برهان را در امور اعتباری جاری کردند، درحالی که باید از قیاس جدلی استفاده کرد.»^{۴۸}

آیت الله مطهری نیز به پیروی از استادش معتقد است: «عدم تمیز و تفکیک اعتباریات از حقایق، از لحاظ منطقی فوق العاده خطرناک و زیان‌آور است و استدلال‌هایی که در آن‌ها رعایت نکات بالا نشود فاقد ارزش منطقی است...؛ مانند معظم استدلالاتی که معمولاً در فن اصول به کار برده می‌شود.»^{۴۹}

ایشان در استدلال بر نظریه استاد خود اظهار می‌دارد: در ادراکات حقیقی، ذهن انسان در عملیات تفکر، روابط واقعی بین مفاهیمی را ادراک می‌کند که بین موضوعات و محمولاتشان رابطه واقعی برقرار است. اما میان مفاهیم واقعی و مفاهیمی که از اعتباریات گرفته شده‌اند، هیچ ارتباط واقعی وجود ندارد. در خود قضایای اعتباری نیز میان موضوعات و محمولات آن‌ها ارتباط واقعی وجود ندارد و روابط میان آن‌ها وضعی و قراردادی و فرضی است. همچنین ادراکات اعتباری چون ماهیتی ندارند، حد منطقی نیز ندارند و هرچه فاقد حد منطقی باشد، فاقد برهان خواهد بود. بنابراین، ادراکات اعتباری برهان‌پذیر نیستند و لذا

۴۶. خویی، التفتیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۴/۱ و ۲۵.

۴۷. طباطبایی، المیزان، ۱۴۹/۳؛ طباطبایی، حاشیه الكفایة، ۱۳۰/۱ و ۱۳۵ و ۱۹۳/۲.

۴۸. طباطبایی، المیزان، ۲۸۰/۵.

۴۹. طباطبایی، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ۲۹۲/۲.

استنتاج منطقی بین امور حقیقی و امور اعتباری برقرار نمی‌شود. همچنین شرایط سه‌گانه برهان در امور اعتباری وجود ندارد و از این جهت هم برهان تحقق نمی‌یابد.^{۵۰} براین اساس از نظر ایشان و علامه، قواعد علوم حقیقی در اعتباریات جاری نمی‌شود.

آیت‌الله مکارم شیرازی هم در این خصوص می‌فرماید: «مباحث تشریعیات از اقسام امور اعتباری هستند که مسائل فقه (یا حقوق) از اقسام آن‌هاست. مباحث اصول فقه نیز همچنین است. پس قواعد منطقی و فلسفی که در خصوص حقایق خارجی جاری می‌شوند، راهی به تشریعیات ندارند؛ مثل قاعده الواحد یا احکام عرض و معروض که مثلاً این‌طور بگوییم: نماز، معروض و وجوب، عرض است یا استحاله اجتماع ضدین که مثلاً گفته شود: اجتماع امرونی محال است، به دلیل استحاله اجتماع ضدین، البته اجتماع ضدین و نظایر آن در امور اعتباری باطل اند، اما نه از باب استحاله؛ بلکه از این باب که اعتبار آن‌ها لغو است و لغوبودن، یک چیز است و استحاله، چیز دیگر.»^{۵۱}

به این نظریه سوم، اشکالات نقضی و حلی وارد شده است و گفته‌اند: اولاً، بسیاری از مباحث علم اصول از قبیل اجتماع امرونی، بحث دلالت‌ها و مقدمه واجب، ارتباطی به اعتبارات عقلایی ندارد و نمی‌توان ادعا کرد همه مباحث علم اصول اعتباری است، بلکه بسیاری از مباحث علم اصول از امور حقیقی است که ادعای خلط حقیقت و اعتبار در آن‌ها ناتمام است.^{۵۲}

ثانیاً، استدلال شهید مطهری خلاف ارتکاز اهل استدلال است. استنتاج منطقی و به خصوص قیاس شکل اول همان‌طور که در قضایای حقیقی نتیجه‌بخش است، در قضایای اعتباری نیز بدیهی‌الانتاج است. ایشان بین برهان و دیگر استدلال‌های منطقی خلط کرده است، زیرا استدلال‌های منطقی منحصر در برهان نیست و وجود ارتباط نفس‌الامری میان مفاهیم فقط در برهان لازم است، نه در هر استدلال منطقی‌ای. بخش عمده‌ای از مباحث علم منطق مربوط به منطق صوری است و به ما کمک می‌کند تا ساختار استدلال‌مان صحیح باشد و این مطلب هم در حقایق کاربرد دارد و هم در اعتباریات؛ زیرا در استدلال‌های منطقی تصدیق یا الزام بالفعل به نتیجه لازم نیست و می‌تواند نتیجه، تابع اعتبار در مقدمات باشد و از امور حقیقی و واقعی و بالفعل نباشد.^{۵۳}

براین اساس، به نظر نگارنده دیدگاه مشهور و دیدگاه تفصیلی امام خمینی و برخی بزرگان در این بحث

۵۰. طباطبایی، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ۲/ ۲۹۵ تا ۲۸۸.

۵۱. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۲۰/۱.

۵۲. لاریجانی، فلسفه علم اصول، ۱/ ۳۵۰ تا ۳۴۱ و ۳۵۸.

۵۳. لاریجانی، فلسفه علم اصول، ۵/ ۱۸۵ تا ۱۸۳ و ۱۹۴.

تمام است. وقتی ثابت کنیم که در علم اصول به مبادی و مقدمات منطقی نیاز داریم، بالتبع در عملیات اجتهاد نیز به علم منطق نیازمند خواهیم بود؛ زیرا منطق در علم اصول کاربرد دارد و مقدمه آن است و علم اصول نیز مقدمه اجتهاد است، پس منطق در اجتهاد تأثیرگذار است. براین اساس، ابتدای علم اصول و اجتهاد بر علم منطق و مسائل و قواعد آن را می توان نتیجه گرفت. اگرچه آیت الله خوئی ممکن است منکر کاربرد گزاره های منطقی در علم اصول نباشد، اما ابتدای اجتهاد بر علم منطق را قبول ندارد.

اما در خصوص دایره نیازمندی به مباحث منطق، دیدگاه امام خمینی دقیق به نظر می رسد؛ یعنی تفصیلات و مباحث دقیق و غیرکاربردی منطق تأثیری در اجتهاد ندارد، مگر اینکه گفته شود همه مباحث منطقی در اجتهاد دخالت دارد، اما برخی مباحث مستقیماً کاربرد دارد و برخی دیگر با یک یا چندین واسطه و بالتبع استفاده می شود.

در این میان، دیدگاه آیت الله خوئی و پیروان ایشان به دلیلی که در تأیید دو نظریه اول ذکر شد، مقبول نیست. ایشان صراحتاً تأکید می کنند که منطق به طور کلی هیچ نقشی در اجتهاد ندارد، درحالی که بدون شناخت قواعد منطقی، استدلال صحیح و منتج میسر نخواهد بود. ایشان می فرماید: شرایط نتیجه گیری در استدلال های منطقی برای همه، حتی اطفال روشن و بدیهی است، درحالی که این کلام بسیار مبالغه آمیز است؛ زیرا بدون توجه به ضروب منتج در قیاس ها، گاهی تشویش و اختلاف به وجود می آید؛ چراکه شرایط منتج بودن روشن نیست. براهینی که در منطق برای اثبات ضروب منتج اشکال اربعه آورده می شود شاهی بر این مدعاست که مسئله به طور بدیهی ادراک شدنی نیست.

مؤید نظریه مختار، کلام میرزای قمی، صاحب قوانین است. ایشان اجتهاد را متوقف بر شناخت منطق دانسته و علت آن را چنین بیان کرده است: «زیرا استنباط مسائل از منابع آن احتیاج به استدلال دارد و این امر تمام نیست، مگر با استفاده از علم منطق و باوجود اینکه استدلال به وسیله شکل اول و قیاس استثنایی امری بدیهی است و نتایج آن به طور طبیعی به دست خواهد آمد، اما باز هم احتیاج به علم منطق وجود دارد؛ زیرا در مواردی که ذهن انسان به خطا رود و به سبب شبهات غافل شود، کاربرد دارد.»^{۵۴}

آیت الله خوئی در پایان استدلال خود فرموده است که: مجتهد هیچ نیازی به مصطلحات منطقی ندارد. در پاسخ به این سخن نیز باید گفت: اگر بسیاری از مصطلحات منطقی؛ مثل کلی، جزئی، ذاتی، عرضی و... درست ادراک نشود، در تصور مباحث اصولی و اجتهاد نیز به مشکل بر می خوریم. وجود مصطلحات منطقی در کتب فقهی و اصولی نیز ایجاب می کند که مجتهد باید بر قواعد و مصطلحات علم

۳. نمونه‌هایی از به‌کارگیری قواعد منطقی در گزاره‌های اصولی و استنباط احکام فقهی

در اینجا به‌عنوان تأیید نظریهٔ مختار به نمونه‌هایی از کاربرد قواعد منطقی در گزاره‌های اصولی و در استنباط احکام فقهی اشاره می‌کنیم:

۱. بحث دلالت در منطق و تقسیم آن به دلالت عقلیه و دلالت‌های وضعیهٔ لفظیهٔ التزامیه، مطابقیه و تضمینیه، در بسیاری از مباحث اصولی دارای کاربرد و ثمره است، از جمله مهم‌ترین موارد آن در باب ملازمات عقلیه در بحث غیرمستقلات عقلیه (ثبوت ملازمة عقلیه بین حکم عقل و حکم شرع)، مانند مقدمه واجب، مسئلهٔ ضدّ، اجزا و دلالت نهی بر فساد است. در بحث اوامر نیز ظهور مادهٔ امر و صیغهٔ امر در وجوب و در بحث نواهی ظهور ماده و صیغهٔ نهی در حرمت به دلالت عقلیه است؛ زیرا عقل به‌لحاظ ارتباط عبد و مولا حکم به وجوب یا حرمت می‌کند. دلالت صیغهٔ نهی بر دوام و تکرار یا فور و تراخی، دلالت امر به امر بر وجوب یا دلالت سیره بر مشروعیت فعل و همچنین دلالت فعل و تقریر معصوم بر اباحهٔ فعل از دیگر اموری است که به دلالت عقلیه یا التزامیه ثابت می‌شود.^{۵۵}

بحث مدلولات التزامی در اصول دامنهٔ کاربردی بسیار وسیعی دارد؛ مثلاً در بحث تعارض در بسیاری از مواقع دلالت التزامی منشأ تعارض است، زیرا در جایی که رابطهٔ دلیلین عموم و خصوص من وجه باشد، دو دلیل یکدیگر را تکاذب می‌کنند؛ چراکه مدلول التزامی هر دلیل، نافی دلیل دیگر است.^{۵۶}

برخی بزرگان در بحث تعادل و ترجیح به این نکته و به این قاعدهٔ منطقی که «دلالت التزامی، فرع دلالت مطابقی است»، اشاره کرده و فرموده‌اند: «دو خبر متعارض اگرچه مدلول مطابقی‌شان به‌جهت تعارض ساقط می‌شود، اما می‌توانند در مدلول التزامی مثلاً در نفی ثالثی حجت باشند و کسی توهم نکند که چون دلالت التزامی فرع دلالت مطابقی است و در اینجا هم دلالت مطابقی ساقط است، پس دلالت التزامی هم باید ساقط باشد؛ زیرا دلالت التزامی، فرع دلالت مطابقی است در وجود، نه در حجیت.»^{۵۷} این استدلال از سوی دیگر اصولیان نیز مطرح شده است.^{۵۸}

۵۵. حیدری، اصول الاستنباط، ۸؛ مظفر، اصول الفقه، ۶۱/۱ و ۳۴۶.

۵۶. حلی، اصول الفقه، ۳۷۷/۴ و ۳۷۸.

۵۷. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۴۷۳/۳.

۵۸. خمینی، تنقیح الأصول، ۵۱۹/۴؛ فاضل لنگرانی، دراسات فی الأصول، ۴۲۷/۴؛ سلطان‌العلماء، تعلیقه علی حاشیه الأستاذ علی الفرائد، ۵۵/۲؛ شیرازی، عمدة الوسائل، ۲۹۰/۳.

۲. بحث مفهوم کلی و جزئی و تقسیمات آن؛ مانند کلی متواطی و مشکک، کلی ذاتی و عرضی، کلی طبیعی، منطقی و عقلی و همچنین بحث کلیات خمس (جنس، نوع، فصل و عرضی خاص و عام) و بحث صنف در موارد متعددی در علم اصول به کار گرفته شده است.

بحث‌های اصولی مفهوم و مصداق، عنوان و معنوی، سرایت حکم از طبیعت به فرد، وضع و موضوع‌له الفاظ، اطلاق لفظ و اراده نوع یا صنف یا مثل یا شخص آن، عام و خاص، مطلق و مقید، استصحاب کلی، نسخ و جوب یا برخی عناوین مانند شبهه مفهومی و شبهه مصداقیه مبتنی بر مباحث کلی در منطق است.^{۵۹} در بحث رابطه کلی طبیعی و فرد، بین منطق‌یون اختلافی وجود دارد که سبب اختلاف آرای اصولیان در به‌کارگیری این مسئله منطقی در اصول و در استنباط فقهی شده است.

برخی اهل منطق معتقدند: نسبت کلی طبیعی به افراد، نسبت آبا به اُناس است و هر فردی یک کلی طبیعی است و کلی در ضمن هر فردی با کلی در ضمن فرد دیگر متفاوت است و در مقابل، برخی معتقدند: نسبت کلی طبیعی به افراد، نسبت اب واحد به اُناس است و کلی طبیعی با وجود اولین فرد موجود می‌شود و تا زمانی که جمیع افراد آن منعدم شود باقی می‌ماند؛ زیرا کلی طبیعی در ضمن همه افراد واحد است.^{۶۰} براساس نظریه اول، استصحاب کلی قسم سوم در مواردی که کلی در ضمن فردی محقق شده و آن فرد از بین رفته است اما احتمال بدهیم فرد دیگری جایگزین فرد قبلی شده باشد، صحیح نیست؛ زیرا ارکان استصحاب تمام نیست، چون کلی در ضمن فرد اول با کلی در ضمن فرد دوم متفاوت است و وحدت قضیه متیقنه و مشکوک رعایت نشده است. اما براساس نظریه دوم، استصحاب کلی قسم سوم صحیح است. بسیاری از اصولیان از نظریه اول پیروی کردند^{۶۱} و برخی قائل به نظریه دوم شدند.^{۶۲}

ثمره فقهی این بحث، در بحث ولایت بر صغیر روشن می‌شود. فرض کنید صغیری به سن بلوغ رسیده و ولایت پدرش از این جهت از بین رفته است اما احتمال دارد به سبب جنون مقارن با بلوغ، ولایت او باقی مانده باشد. در اینجا طبق نظریه اول، استصحاب کلی ولایت پدر که از نوع استصحاب کلی قسم سوم است جاری نمی‌شود اما طبق نظریه دوم، استصحاب جاری می‌شود.^{۶۳}

۳. بحث حمل و تقسیمات آن؛ از قبیل حمل طبعی و وضعی، حمل موافات و اشتقاق، حمل اولی

۵۹. مظفر، اصول الفقه، ۳۳۲/۲ تا ۳۳۶؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۱، ۱۴ و ۱۶۰؛ حائری اصفهانی، الفصول الغریبه، ۱۶؛ گرجی، ادوار اصول الفقه، ۲۴۹.

۶۰. یزدی، الحاشیه علی تهذیب المنطق، ۸۸.

۶۱. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۴۰۶؛ خویی، مصباح الأصول، ۱۲۷/۳.

۶۲. انصاری، فرائد الأصول، ۶۴۰/۲.

۶۳. محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ۳۳۳.

ذاتی و شایع صناعی، حمل بسیط و مرکب و حمل ذاتی و عرضی کاربردهای فراوانی در علم اصول دارد. اصولیان از چند جهت باید با حمل و اقسام آن آشنایی داشته باشند: اولاً برای شناخت و تصور صحیح از هر قضیه‌ای باید نوع حمل در آن قضیه را کشف کرد؛ ثانیاً، اصولی‌ها در استدلال‌ها و مناقشات خود از قواعد و مصطلحات حمل و اقسام آن استفاده کرده‌اند؛ مثلاً حمل اولی ذاتی و شایع صناعی در اصول در مسئله «صحت حمل و عدم صحت سلب» به‌عنوان یکی از راه‌های شناخت معنای حقیقی از معنای مجازی معرفی شده است.^{۶۴} یا در بحث مفاهیم در خصوص مفهوم حصر گفته شده است: در جایی که مسندالیه معرّف به لام و حمل آن بر مسند از نوع حمل اولی ذاتی است، حصر فهمیده می‌شود. اما در جایی که مسندالیه، معرّف به لام و حمل مسند بر آن شایع صناعی باشد، حصر فهمیده نمی‌شود.^{۶۵}

۴. بحث نسب اربعه (تساوی، تباین، عموم و خصوص مطلق و عموم و خصوص من وجه) در اصول فقه کاربرد فراوانی دارد و در بحث‌هایی از این قبیل به کار گرفته شده است: عام و خاص، مطلق و مقید، اجتماع امر و نهی، باب تعارض و تزاحم، انقلاب نسبت، دوران بین متباینین و... .

برای نمونه گفته شده است که اگر رابطه بین دو دلیل تباین باشد؛ مانند اکرم العلماء و لاتکرم العلماء، بحث تعارض پیش می‌آید و اگر رابطه دو دلیل عموم و خصوص من وجه باشد؛ مانند اکرم العلماء و لاتکرم الفسّاق ممکن است بحث تعارض یا تزاحم یا اجتماع امر و نهی پیش بیاید. اما اگر رابطه دو دلیل عموم و خصوص مطلق باشد؛ مانند اکرم العلماء و لاتکرم الفسّاق من العلماء، هیچ تنافی بین دو دلیل نیست؛ بلکه بحث تخصیص یا تقیید پیش می‌آید که مرتبط با مبحث عام و خاص یا مطلق و مقید است.^{۶۶}

۵. قضیه و تقسیم آن به قضیه حملیه، شرطیه شخصیه، مهمله، محصوره، خارجیه و حقیقیه ثمرات فراوانی در علم اصول دارد. از موارد کاربرد جعل حکم به صورت قضیه حقیقیه و خارجیه در بحث‌هایی از این نوع است: مانند مشتق، واجب معلق و مشروط، مراتب حکم، تمسک به عام در شبهات مصداقیه، تخصیص اکثر مستهجن، تخصیص انواعی و افرادی، شرط متأخر، اخذ علم به حکم، امر آمر با علمش به انتفاء شرط، نسخ و استصحاب احکام شرایع سابقه، خطابات شفاهیه و حجیت خبرهای واحد با واسطه. مباحث مفصلی در این خصوص در تقریرات میرزای نائینی آمده است.^{۶۷}

تفاوت بین قضیه سالبه محصله‌المحمول و قضیه موجبه معدوله‌المحمول نیز در بحث‌های اصولی

۶۴. سبحانی، الموجز فی اصول الفقه، ۱۶.

۶۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۱۲؛ صالحی مازندرانی، شرح کفایة الأصول، ۴۵۵/۳.

۶۶. مظفر، اصول الفقه، ۳۲۲/۱ تا ۳۲۵.

۶۷. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۴۱۳؛ نائینی، فوائد الأصول، ۱۷۰/۱، ۱۷۴، ۵۱۴، ۵۵۰؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۲۵۷/۱.

به خصوص در تنبیهات استصحاب و در مباحثی، مانند استصحاب عدم اذلی و اصاله تأخر حادث ثمره دارد.^{۶۸}

۶. بحث تناقض و تضاد از احکام قضایا و قاعده‌های استحاله اجتماع نقیضین و اجتماع ضدین در استنباط احکام فقهی نقش ارزنده‌ای دارد؛ مثلاً برخی بزرگان در باب بیع فضولی اشکال کردند که در اینجا طبق مبنای کاشفیت اجازه، اشکال اجتماع ضدین به وجود می‌آید و در نتیجه، بیع فضولی باطل است. اگر بایع فضول کالایی را برای مالک به مشتری بفروشد و مالک پس از مدتی آن عقد فضولی را اجازه دهد، اگر قائل به کاشفیت اجازه شویم معنایش آن است که عقد از ابتدا برای مشتری صحیح است و مشتری مالک بوده است. در این صورت در هنگام اجازه، مالک نسبت به مبیع مالکیت دارد؛ زیرا صحت اجازه متوقف بر ملکیت است و در همین زمان طبق مبنای کاشفیت (کشف حقیقی)، مشتری هم نسبت به آن مالکیت دارد و اجتماع دو مالک بر ملک واحد در زمان واحد می‌شود که از قبیل اجتماع ضدین یا متناقضین است؛ زیرا لازمه‌اش آن است که هنگام اجازه، مالک اصلی هم مالک باشد و هم نباشد، مشتری نیز هم مالک باشد و هم نباشد.

محقق تستری در پاسخ به این اشکال در عقد فضولی متعارف می‌فرماید: بین عقد و اجازه تفاوت وجود دارد؛ زیرا صحت عقد متوقف بر ملکیت واقعی است اما در باب اجازه، ملکیت ظاهریه کفایت می‌کند، هر چند بر حسب واقع، مالک، شخص مشتری باشد؛ پس اجتماع مالکین بر ملک واحد نمی‌شود. اما شیخ انصاری اشکال می‌کند که اجازه مثل عقد است و دلیل بر کفایت ملکیت ظاهریه نداریم. بنابراین، تنها راه حل پاسخ به اشکال آن است که معنای کاشفیت را درست تفسیر کنیم؛ بدین صورت که بگوییم معنای اجازه طبق مبنای کاشفیت آن است که اجازه مؤلّد ملکیت برای مشتری است از زمانی که ملکیت ممکن باشد و در اینجا از زمان اجازه است و در این صورت، کاشفیت همان معنای ناقلیت را دارد.^{۶۹}

همچنین در باب میراث غرق و مهدوم‌علیهم جماعتی از بزرگان گفته‌اند که: اگر شرایط توارث بین آن‌ها برقرار باشد، از یکدیگر در اصل اموالشان ارث می‌برند، اما از آنچه که از شخص دیگری که با او غرق شده است به او منتقل می‌شود ارث نمی‌برند؛ زیرا اگر در این اموال هم ارث ببرند محال لازم می‌آید و سبب می‌شود در زمان واحد، میت حیّ فرض شود و این اجتماع نقیضین است؛ چراکه اگر اولی از دومی ارث ببرد و دومی از همان اموال، اولی که از دومی به ارث برده نیز ارث ببرد لازمه‌اش موت و عدم موت اولی

۶۸. خویی، مصباح‌الاصول، ۱۸۲/۲.

۶۹. انصاری، کتاب‌المکاسب، ۴۴۰/۳.

است که محال است.^{۷۰}

در علم اصول در باب تعارض ادله، عام و خاص، اجتماع امرونی، مقدمه واجب و مسئله ضد، نمونه‌هایی از کاربرد این احکام را مشاهده می‌کنیم؛ مثلاً قائلان به امتناع اجتماع امرونی به ادله عقلی تمسک کرده و فرموده‌اند: اجتماع امرونی در مصداق واحد موجب اجتماع نقیضین یا اجتماع ضدین می‌شود که محال است^{۷۱} یا در بحث حجیت قطع گفته‌اند: حجیت از لوازم ذاتی قطع است و همان‌طور که جعل آن به جعل تألیفی یا بسیط ممکن نیست، منع قطع از حجیت نیز ممکن نیست؛ زیرا رفع قطع از حجیت مستلزم اجتماع ضدین در اعتقاد قاطع است.^{۷۲}

۷. بحث عکس مستوی، عکس نقیض و قواعد آن‌ها در بسیاری از مباحث مورد استدلال اصولیان قرار گرفته است؛ مثلاً در بحث صحیح و اعم برخی به عکس مستوی تمسک کرده^{۷۳} و برخی نیز از عکس نقیض استفاده کرده‌اند. برای نمونه، صحیحی‌ها به ادله‌ای مثل ظواهر آیات و روایات استناد کرده و فرموده‌اند: برای طبیعت نماز فضایل و آثاری مانند ناهی از فحشا و منکر و قربان کل تقی بودن ذکر شده است که نماز فاسد این آثار را ندارد. بنابراین با استناد به قاعده عکس نقیض مخالف می‌توان نتیجه گرفت: نماز فاسد، نماز نیست و نماز برای صحیح وضع شده است.^{۷۴}

بسیاری از علما در بحث دوران امر بین تخصیص و تخصص و تقدیم تخصص نیز از قاعده عکس نقیض استفاده کرده‌اند؛^{۷۵} به این صورت که مثلاً در دلیل عام آمده: «کل عالم یجب اکرامه» و در دلیل خاص آمده است: «زید لیس بواجب الاکرام» و بعد شک می‌کنیم که آیا زید عالم است و اکرامش واجب نیست؛ یعنی تخصیصاً زید از تحت عام خارج است یا اینکه زید اصلاً عالم نیست و در نتیجه، تخصصاً از تحت دلیل عام خارج است. در اینجا برخی علما به سبب عکس نقیض، تخصص را مقدم می‌کنند و می‌گویند: عکس نقیض دلیل عام می‌شود: «من لایجب اکرامه فلیس بعالم» و بعد قیاس شکل اولی تشکیل می‌شود که نتیجه‌اش همان تخصص می‌شود. به این صورت که: «زید لایجب اکرامه» (صغرا) [دلیل خاص] و «من لایجب اکرامه فلیس بعالم» (کبرا) [عکس نقیض دلیل عام]: «زید لیس بعالم» (نتیجه)؛ یعنی زید از باب تخصص از تحت عام خارج است.

۷۰. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۲۷۸/۴.

۷۱. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۵۳.

۷۲. انصاری، فرائد الأصول، ۴/۱.

۷۳. شیرازی، تعلیقات الفصول فی الأصول، ۴۸/۳.

۷۴. رشتی، بدائع الأفكار، ۱۴۶.

۷۵. خمینی، تحریرات فی الأصول، ۲۷۷/۵؛ صدر، بحوث فی علم الأصول، ۳۵۴/۳ و ۳۵۵.

در علم فقه نیز از قاعده عکس نقیض برای استنباط استفاده شده است. برای نمونه، کاشف الغطاء در بحث مبادی اجتهاد به یکی از موارد تطبیق قاعده عکس نقیض در فقه اشاره می‌کند و می‌فرماید: استنباط بعضی احکام شرعیه متوقف است بر بعضی قواعد علم منطق؛ مانند استنباط طهارت غساله در صورتی که در دلیلی ثابت شود: «هر نجسی ملاقی‌اش نیز نجس می‌شود» که مبتنی بر قاعده عکس نقیض است، زیرا عکس نقیض این دلیل می‌شود: اگر ملاقی چیزی نجس نباشد، آن چیز نجس نیست (پس غساله طاهر است).^{۷۶}

همچنین در باب نکاح در این مسئله که اگر مهریه ازدواج دو مسلمان خمر یا خوک باشد، چند دیدگاه وجود دارد: برخی قائل اند عقد باطل است و برخی گفته‌اند عقد صحیح است و پس از دخول، مهرالمثل ثابت می‌شود. شهید ثانی در خصوص وجه بطلان عقد به عکس نقیض یک روایت تمسک کرده و گفته است: عقد باید مقرون به رضایت طرفین به مهریه باشد و در اینجا بر امر باطل رضایت واقع شده است که اثری ندارد و مهرالمثل هم که چون مورد رضایت طرفین نبوده، ثابت نمی‌شود؛ زیرا در روایت از امام باقر(ع) آمده است: «المهر ما تراضی علیه الزوجان» و عکس نقیض آن؛ یعنی «ما لا یتراضیان علیه لا یکون مهراً». در نتیجه، مهرالمثل که مورد رضایت طرفین نبوده، مهریه واقع نمی‌شود، بنابراین عقد باطل است.^{۷۷}

۸. بحث قیاس و اقسام آن، مانند قیاس اقترانی حملی و شرطی و اشکال اربعه آن، قیاس استثنایی، قیاس خلف و قیاسات مرکبه در موارد بسیاری در اصول فقه به کار رفته است.

بحث ملازمات عقلیه و تقسیم حکم عقل به مستقلات و غیرمستقلات عقلیه از مهم‌ترین موارد کاربرد قیاس است.^{۷۸} و کاربرد قیاس به گونه‌ای است که در اکثر استدلال‌های اصولیان معمولاً به یکی از اشکال اربعه تمسک شده است. برای مثال، برای استفاده وجوب نماز از آیه «أَقِمْوُا الصَّلَاةَ»،^{۷۹} دانستن شکل و قیاس منطقی برای انتاج وجوب شرعی از این آیه ضروری است؛ به این بیان که، «اقیموا» فعل امر است (صغرا)؛ هر فعل امری در وجوب ظهور دارد (کبرا)؛ «اقیموا» در وجوب ظهور دارد (نتیجه) و از این قیاس اول، قیاس دیگری تشکیل می‌شود: «اقیموا» در وجوب ظهور دارد (صغرا)؛ ظواهر قرآن حجت است (کبرا)؛ ظهور «اقیموا» در وجوب، حجت است (نتیجه).

۷۶. کاشف الغطاء، النور الساطع، ۸۹/۱.

۷۷. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۶۲/۸.

۷۸. مظفر، اصول الفقه، ۲۰۸/۱.

۷۹. بقره: ۴۳.

شیخ انصاری در موارد مختلفی از قیاس استثنائی استفاده کرده است؛ مثلاً در بحث «إصالة الصحة في الاعتقادات» ایشان می‌فرماید: اصلی نداریم که اعتقادات مسلم مطابق با واقع است، بلکه دلیل برخلاف آن داریم و آن قیاسی استثنائی است که اگر حجیت اعتقاد به معنای مطابقت آن با واقع ثابت شود، لازمه‌اش آن است که حجیت خبر هر مسلمانی هم ثابت شود (صغرا) و لکن اللازم باطل (کبرا) فالملزوم مثله (نتیجه).^{۸۰}

قیاسات مرکبه نیز مورد استفاده فراوان قرار گرفته است. برای نمونه، استدلال قائلان به نهی از ضد خاص در مسلک تلازم، براساس قیاس مرکب است.^{۸۱}

۹. بحث استقرا و تمثیل که دو قسم دیگر از اقسام حجت هستند، در علم اصول گاهی به‌عنوان یکی از ادله استفاده شده است و حتی در برخی موارد، مدرک اجماع‌های ادعاشده نیز استقرای تام یا ناقص است؛ مثلاً شیخ انصاری در بحث استصحاب، یکی از ادله حجیت استصحاب را استقرا بیان می‌کند.^{۸۲} یا آخوند خراسانی در بحث تراحم بین امر و نهی، یکی از ادله ترجیح و تقدیم نهی را استقرا می‌داند.^{۸۳} اما تمثیل منطقی، همان قیاس در فقه و اصول است که شیعه منکر حجیت آن است و اهل سنت آن را از ادله به حساب می‌آورند. البته قیاس منصوص‌العله با شرایطی از سوی اصولیان معتبر دانسته شده و مورد استفاده قرار گرفته است. برخی در این خصوص گفته‌اند: عمل به قیاس منصوص‌العله، در واقع عمل به سنت است نه به قیاس؛ زیرا شارع هنگام تعلیل، ضابطه کلی را بیان کرده که بر موارد مختلفی تطبیق می‌شود.^{۸۴}

۱۰. بحث تعریف و تقسیم که بخشی از موضوع علم منطق را تشکیل می‌دهد، حائز اهمیت است. در منطق برای تعریف و تقسیم، ضوابط، شرایط، اصول و اقسامی بیان شده است که این قواعد در همه علوم، از جمله فقه و اصول دارای فایده است؛ زیرا تعریف و تقسیم اشیا برای استدلال و استنباط مورد نیاز است. همچنین در بسیاری از موارد، تعریف اصطلاحات و قواعد اصولی در ابواب مختلف ارائه و نقد و بررسی می‌شود که به همین دلیل، آشنایی با اقسام تعریف و دقت در آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد.

به‌طورکلی، استفاده از مصطلحات و قواعد منطقی برای فهم کلام اصولیان و برای حل بسیاری از مسائل اصولی مورد نیاز است که تتبع در آثار فقیهان و اصولیان ما را به این نکته رهنمون می‌سازد.

۸۰. انصاری، فرائد الأصول، ۷۳۲/۲.

۸۱. مظفر، اصول الفقه، ۲۹۹/۱.

۸۲. انصاری، فرائد الأصول، ۵۶۳/۲.

۸۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۷۸.

۸۴. سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ۶۹/۲.

براین اساس، از آنجاکه علم اصول نیز مقدمه اجتهاد است، فراگیری علم منطق برای اجتهاد لازم و ضروری است.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار، تأثیر علم منطق و رابطه آن با علم اصول و کاربرد آن در گزاره‌های اصولی و عملیات استنباط احکام شرعی بررسی تطبیقی شد.

مهم‌ترین نتایج حاصل شده عبارت است از:

ا. فراگیری علم منطق برای استنباط احکام شرعی و استفاده در علم اصول و فقه امری ضروری است که باید مدّ نظر همه دانش‌پژوهان علوم دینی قرار بگیرد؛ زیرا تمامی مباحث علم منطق به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در علم اصول کاربرد دارد و این پندار که تنها برخی از قواعد منطقی مورد نیاز است، غلط و دور از واقع است.

ب. دانش منطق و اصول فقه در عین شباهت برخی مسائل دو علم، دارای تفاوت‌های بنیادین به‌لحاظ موضوع، مسائل، غایت، ماهیت و جنس این دو علم هستند.

ج. در خصوص جایگاه علم منطق در اجتهاد سه نظریه وجود دارد که نظریه مختار، توقف اجتهاد بر علم منطق است؛ زیرا قواعد منطقی هم تأثیر در علم اصول و هم تأثیر مستقیم در فقه و استنباط احکام شرعی دارد. البته در خصوص دایره نیازمندی به مباحث منطق دیدگاه امام خمینی دقیق به نظر می‌رسد؛ یعنی تفصیلات و مباحث دقیق و غیرکاربردی منطق تأثیری در اجتهاد ندارد، مگر اینکه گفته شود همه مباحث منطقی در اجتهاد دخالت دارد، اما برخی مباحث مستقیماً کاربرد دارد و برخی دیگر با یک یا چندین واسطه و بالتبع استفاده می‌شود.

د. اصول فقه شیعه دوره‌های مختلفی را از حیث تأثیر منطق در اصول گذرانده است که می‌توان آن را در سه مرحله خلاصه کرد: مرحله اختلاط مباحث منطقی در اصول فقه، مرحله تضعیف مباحث عقلی در اصول فقه و مرحله رونق و توسعه مباحث عقلی در اصول فقه.

ه. مبادی منطقیه اصول فقه، شامل تمامی مقدمات منطقی؛ اعم از اصطلاحات و قواعد منطقی است که دانستن آن‌ها برای فراگیری اصول فقه ضروری است و یکی از مبادی اجتهاد محسوب می‌شود.

و. مهم‌ترین اصطلاحات و قواعد کاربردی علم منطق در علم اصول و در استنباط احکام فقهی عبارت‌اند از: تصور و تصدیق، دلالت مطابقی، تضمنی و التزامی، لفظ مشترک، منقول و حقیقت و مجاز، اقسام تقابل، مفهوم و مصداق، مفهوم کلی و جزئی، ذاتی (جنس، فصل و نوع) و عرضی، کلی طبیعی و

منطقی، حمل اولی و شایع، نسب اربع، انواع تعریف و تقسیم، قضیه، قضیه‌های حقیقیه، خارجیّه، محصوره، شخصیّه، شرطیه متصله و منفصله، تناقض، تضاد، عکس، حجت، قیاس، استقراء، تمثیل، حد وسط، برهان لمّی و اتّی، یقینیات، مظنونات، مشهورات، مسلّمات، مقبولات، علت تامه و ناقصه، ذاتی و اولی، مغالطه، مصادره به مطلوب و... .

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آملی، هاشم. مجمع الأفكار و مطرح الأنظار. قم: المطبعة العلمية. چاپ اول، ۱۳۹۵ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین. کاشفة الحال عن احوال الاستدلال. بیروت: ام القرى. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. الردّ علی المنطقیین. بیروت: الریان. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- ابن حزم، علی بن احمد. الفصل فی الملل و الاهواء و النحل. بیروت: دار الجیل. چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.
- ابن صلاح، عثمان بن عبد الرحمن. فتاوی و مسائل ابن الصلاح فی التفسیر و الحدیث و الأصول و الفقه و معه ادب المفتی و المستفتی. بیروت: دار المعرفة. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن قدامة، عبد الله بن احمد. روضة الناظر و جنة المناظر فی اصول الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل. ریاض: رشد. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- ابن حزم، علی بن محمد. التقریب لحدّ المنطق ذیل رسائل ابن حزم الاندلسی. به تحقیق احسان عباس. بیروت: المؤسسة العربية. چاپ دوم، ۱۹۸۷م.
- ارموی هندی، محمد بن عبد الرحیم. الفائق فی اصول الفقه. به تحقیق علی عمیرینی. ۱۴۱۵ق.
- اصفهانى، محمد حسین. نهاية الدراية فی شرح الكفاية. قم: سيد الشهداء (ع). چاپ اول، ۱۳۷۴.
- اصفهانى، محمد حسین. بحوث فی الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.
- انصارى، فريد. المصطلح الأصولی عند الشاطبی. القاهرة: دار السلام. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. فرائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۶ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. كتاب المكاسب. قم: كنز جہانی بزرگداشت شیخ اعظم انصارى. ۱۴۱۵ق.
- بصری، محمد بن علی. المعتمد فی اصول الفقه. دمشق: المعهد العلمی الفرنسى. ۱۳۸۴ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. الرسائل الأصولية. قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- تونی، عبد الله بن محمد. الواقیة فی اصول الفقه. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.

حارثی، وائل بن سلطان. علاقة علم اصول الفقه بعلم المنطق. بیروت: مركز نماء للبحوث و الدراسات. چاپ اول، ٢٠١٢م.

حانری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. الفصول الغروية فی الأصول الفقهية. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه. چاپ اول، ١٤٠٤ق.

حکیم، محمدکاظم. المدخل الى علم الأصول دروس فی مبادئ علم الأصول. قم: دار الفقه. چاپ اول، ١٤٢١ق.

حلی، حسین. اصول الفقه. قم: مکتبه الفقه و الأصول المختصه. چاپ اول، ١٤٣٢ق.

حیدری، علی نقی. اصول الاستنباط. قم: لجنة ادارة الحوزة العلمیه. چاپ اول، ١٤١٢ق.

خمینی، روح الله. الرسائل. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ١٤١٠ق.

خمینی، روح الله. تنقیح الأصول. به تقریر حسین تقوی اشتهاردی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ١٤١٨ق.

خمینی، مصطفی. تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ١٤١٨ق.

خویی، ابوالقاسم. دراسات فی علم الأصول. به تقریر سیدعلی هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ١٤١٩ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. به تقریر محمدرور واعظ حسینی بهسودی. قم: داورى. چاپ اول، ١٤٢٢ق.

خویی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: زیر نظر جناب آقای لطفی. چاپ اول، ١٤١٨ق.

خویی، ابوالقاسم. محاضرات فی اصول الفقه. به تقریر محمداسحاق فیاض. قم: انصاریان. چاپ چهارم، بی تا.

رشاد، علی اکبر. «بررسی انتقادی مبادئ پژوهی اصولیون؛ مطالعه موردی «مفهوم شناسی» و «جایگاه شناسی» مبادئ علم»، فصلنامه کتاب نقد. س ١٢، ش ٥٥٥ تا ٥٦٥، تابستان و پاییز ١٣٨٩، ٧١ تا ١٣٠.

رشتی، حبیب الله بن محمدعلی. بدائع الأفكار. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، بی تا.

زرکشی، محمد بن بهادر. البحر المحيط فی اصول الفقه. کویت: دار الصفوة. چاپ دوم، ١٤٢٣ق.

سبحانی، جعفر. الرسائل الأربع: قواعد اصولیه و فقهیه. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ١٤١٥ق.

سبحانی، جعفر. الموجز فی اصول الفقه. قم: امام صادق (ع). ١٤٢٨ق.

سبحانی، جعفر. الوسیط فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ چهارم، ١٣٨٨.

سبزواری، هادی بن مهدی. شرح منظومه. قم: علامه. ١٣٦١.

سلطان العلماء، حسین بن محمد. تعلیقه علی حاشیه الأستاذ علی الفرائد. اراک: مطبعة الموسویه. چاپ اول، بی تا.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. صون المنطق و الکلام عن فن المنطق و الکلام. بیروت: دار الکتب العلمیه. چاپ اول، ١٤٢٧ق.

شعرانی، ابوالحسن. المدخل الى عذب المنهل فی اصول الفقه. قم: الهادی (ع). چاپ اول، ١٣٧٣.

شهابی، محمود. تقریرات اصول. تهران: چاپخانه حاج محمدعلی علمی. ۱۳۲۱.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

شیخ بهایی، محمد بن حسین. زیادة الأصول. قم: شریعت. چاپ اول، ۱۳۸۳.
شیرازی، احمد. تعلیقات الفصول فی الأصول. نجف اشرف: مطبعة الآداب. چاپ اول، ۱۳۸۶.
شیرازی، سید عبدالله. عمدة الوسائل فی الحاشیة علی الرسائل. مشهد: مؤسسة امیرالمؤمنین (ع) للشتون العلمیة و الخیریة. چاپ چهارم، ۱۴۲۷ق.

صالحی مازندرانی، اسماعیل. شرح کفایة الأصول. قم: صالحان. چاپ اول، ۱۳۸۲.
صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی. بیروت: دار الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. بیروت: دار المنتظر. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
طباطبایی، محمدحسین. اصول فلسفه و روش رئالیسم. با مقدمه و پاورقی مرتضی مطهری. تهران: مؤسسه چاپ و صحافی شرکت افست سهامی عام، بی تا.

طباطبایی، محمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، بی تا.
طباطبایی، محمدحسین. حاشیة الکفایة. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی. چاپ اول، بی تا.
طباطبایی، محمدحسین. رسائل سبعة. قم: بنیاد علمی و فکری استاد علامه محمدحسین طباطبائی، بی تا.
عراقی، ضیاء الدین. نهاية الأفكار. به تقریر محمدتقی بروجردی نجفی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تهذیب الوصول الی علم الأصول. لندن: مؤسسة الامام علی علیه السلام. چاپ اول، ۱۳۸۰.

علی پور، مهدی. درآمدی به تاریخ علم اصول. قم: مرکز جهانی علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۲.
غزالی، محمد بن محمد. المستصفی من علم الأصول. مصر: دار الصادر. چاپ اول، ۱۳۲۲ق.
فاضل لنکرانی، محمد. دراسات فی الاصول. قم: مرکز فقهی الاثمة الاطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
فخر رازی، محمد بن عمر. المحصول فی علم اصول الفقه. بیروت: الرسالة. چاپ سوم، ۱۴۱۸ق.
فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان. ۱۳۸۷.
فضلی، عبدالهادی. دروس فی اصول الفقه الإمامیة. بیروت: المركز الغدیر للدراسات الإسلامیة. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
قطب الدین رازی، محمد بن محمد. تحریر القواعد المنطقیة فی شرح الرسالة الشمسیة. قم: بیدار. چاپ دوم، ۱۳۸۴.
کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا. النور الساطع فی الفقه النافع. نجف: الآداب. چاپ اول، ۱۳۸۱ق.

- کجوری شیرازی، محمد مهدی. الاجتهاد و التقليد. قم: نهاوندی. چاپ اول، ۱۳۸۰.
- گرجی، ابوالقاسم. «تأثیر منطق در علم اصول»، فصلنامه حوزه. ش ۷، آذر و دی ۱۳۶۳، ۵۲ تا ۳۴.
- گرجی، ابوالقاسم. ادوار اصول الفقه. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۸۵.
- گرجی، ابوالقاسم. تاریخ فقه و فقها. تهران: سمت. چاپ سوم، ۱۴۲۱ق.
- گرجی، ابوالقاسم. نگاهی به تحول علم اصول. تهران: بنیاد بعثت واحد تحقیقات اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۱.
- لاریجانی، صادق. فلسفه علم اصول. قم: مدرسه علمیه ولی عصر (عج). چاپ اول، بی تا.
- محمدی، ابوالحسن. مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران. چاپ پانزدهم، ۱۳۸۱.
- علی پور، مهدی و حسینی، حمیدرضا. «علوم اعتباری و روش های واقع گرایانه». جایگاه شناسی علم اصول؛ گامی به سوی تحول. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم. ۱۳۸۵.
- مظفر، محمد رضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. به تقریر احمد قدسی. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- موسوی قزوینی، علی. تعلیقه علی معالم الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۷ق.
- موسوی گلپایگانی، جمال الدین. رسائل. نجف: مطبعة الحیدریه. چاپ اول، ۱۳۷۰ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحکمة فی الأصول. قم: مؤسسة احیاء الکتب الإسلامیه. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- نائینی، محمد حسین. فوائد الأصول. به تقریر محمد علی کاظمینی خراسانی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.
- نراقی، مهدی بن ابی ذر. انیس المجتهدين فی علم الأصول. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- نراقی، مهدی بن ابی ذر. تجرید الأصول. قم: نشر سید مرتضی. چاپ اول، ۱۳۸۴.
- نشار، علی سامی. مناهج البحث عند مفکرى الاسلام و اكتشاف المنهج العلمی فی العالم الإسلامی. بیروت: دار النهضة العربیة. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- یزدی، ملا عبدالله بن حسین. الحاشیة علی تهذیب المنطق. قم: دار التفسیر. ۱۴۳۲ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm

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

‘Alīpūr, Mahdī va Ḥasanī, Ḥamid Riḍā. “‘Ulūm I’tibārī va Ravish-hā-yi Vāqī’girāyānīh”. *Jāyghashināst ‘Ilm Uṣūl; Gāmi*

bi Sūy Taḥavul. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-yi ‘Ilmiyah Qum. 2007/1385.

- ‘Alipūr, Mahdī. *Darāmadī bi Tārikh ‘Ilm Uṣūl*. Qum: Markaz-i Jahānī ‘Ulūm-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2004/1382.
- ‘Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahdhib al-Wūṣūl ilā ‘Ilm al-Uṣūl*. Landan: Mū’assisa Imām ‘Alī(AS). Chāp-i Awwal, 1961/1380.
- ‘Amulī, Hashim. *Majma‘ al-Afkār wa Maṭrah al-Anzār*. Qum: al-Maṭba‘a al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1975/1395.
- Anṣārī, Farid. *al-Muṣṭalah al-Uṣūlī ‘ind al-Shāṭibī*. Cairo: Dār al-Salām. Chāp-i Awwal, 2003/1424.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 1995/1416.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A’zam Anṣārī. 1995/1415.
- Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *al-Rasā’il Uṣūliyya*. Qum: Mū’assisa al-‘Allāmah al-Mujaddid al-Wahīd al-Bahbahānī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Baṣrī, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Mu‘tamad fi Uṣūl al-Fiqh*. Dimashq: al-Ma’had al-‘Ilmī al-Firansī. 1965/1384.
- Faḍli, ‘Abd al-Hādī. *Durus fi Uṣūl al-Fiqh al-Imāmiyya*. Beirut: al-Markaz al-Ghadir li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.
- Fakhr al-Muḥaqqiqin, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ al-Fawā’id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā’id*. Qum: Ismā‘iliyān. 1967/1387.
- Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *al-Maḥṣūl fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Sivum, 1997/1418.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Dirāsāt fi al-Uṣūl*. Qum: Markaz Fiqhī al-A’imah al-Aṭṭhār(AS). Chāp-i Awwal, 2009/1430.
- Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā min ‘Ilm al-Uṣūl*. Miṣr: Dār al-Ṣādir. Chāp-i Awwal, 1904/1322.
- Gurji, Abū al-Qāsim. “Taṣīr Mantīq dar ‘Ilm Uṣūl”, *Faṣṣṭah-yi Hawzah*. no. 7, Āzar va Diy 1985/1363, 34-52.
- Gurji, Abū al-Qāsim. *Adwār Uṣūl al-Fiqh*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 2007/1385.
- Gurji, Abū al-Qāsim. *Nigāhī bi Tahavul ‘Ilm Uṣūl*. Tehran: Bunyād-i Bi’tḥat Vāḥid Taḥqīqāt Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1361.
- Gurji, Abū al-Qāsim. *Tārikh Fiqh va Fuqahā*. Tehran: Samt. Chāp-i Sivum, 2000/1421.
- Ḥā’irī Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn ibn ‘Abd al-Raḥīm. *al-Fuṣūl al-Gharawiyah fi al-Uṣūl al-Fiqhiyyah*. Qum: Dār Ihyā’ al-‘Ulūm al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Ḥakīm, Muḥammad Kāzīm. *Al-Madkhal ilā ‘Ilm al-Uṣūl Durūs fi Mabādī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Fiqh. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

- Ḥārithī, Wā'il ibn Suḥān. *Alāqa 'Ilm Uṣūl al-Fiqh bi-'Ilm al-Mantiq*. Beirut: Markaz Namā'li-l-Buḥūth wa al-Dirāsāt. Chāp-i Awwal, 2012/1390.
- Ḥillī, Ḥusayn. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Maktaba al-Fiqh wa al-Uṣūl al-Mukhtaṣah. Chāp-i Awwal, 2011/1432.
- Ḥydari, 'Alī Naqī. *Uṣūl al-Istinbāt*. Qum: Lajnat Idāra Ḥawzah-yi 'Ilmiyah. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ibn Qudāmāh, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Rawḍa al-Nāzir wa janna al-Manāzir fi Uṣūl al-Fiqh 'alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Riyāḍ: al-Rushd. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Ibn Taymīyah, Aḥmad ibn 'Abd al-Ḥalīm. *al-Rad 'alā al-Mantiqiyin*. Beirut: al-Rayyān. Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Ibn Abi Jumhūr. Muḥammad ibn Zayn al-Dīn. *Kāshifā al-Ḥāl 'an Aḥwāl al-Istidlāl*. Beirut: Um al-Qurā. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Ibn Ḥazm, 'Alī ibn Aḥmad. *al-Fiṣal fi al-Milal wa al-Hawā' wa al-Niḥal*. Beirut: Dār al-Jil. Chāp-i Duwwum, 1995/1416.
- Ibn Ḥazm, 'Alī ibn Muḥammad. *al-Taqrīb li-Hadd al-Mantiq dhil Rasā'il Ibn Ḥazm al-Andalusī*. researched by Iḥsān 'Abbās. Beirut: Mū'assisa al-'Arabiya. Chāp-i Duwwum, 1987/1365.
- Ibn Ṣalāḥ, 'Uthmān ibn 'Abd al-Raḥmān. *al-Fatāwī wa Masā'il Ibn Ṣalāḥ fi al-Tafsīr wa Ḥadīth wa al-Uṣūl wa al-Fiqh wa ma'ah Adab al-Muftī wa al-Mustaftī*. Beirut: Dār al-Ma'rifa. Chāp-i Awwal, 1986/1406.
- 'Iraḳī, Ziyā' al-Dīn. *Nahāya al-Afkār*. Muqarr Muḥammad Taqī Burūjirdi Najafi. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.
- Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Buḥūth fi al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Duwwum. 1995/1416.
- Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fi Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). Chāp-i Awwal, 1996/1374.
- Kajūrī Shirāzī, Muḥammad Mahdī. *al-Ijtihād wa Taqlid*. Qum: Nahāvandī, Chāp-i Awwal, 2002/1380.
- Kāshif al-Ghiṭā', 'Alī ibn Muḥammad Riḍā. *al-Nūr al-Sāṭi' fi al-Fiqh al-Nāfi'*. Najaf: al-Ādāb. Chāp-i Awwal, 1962/1381.
- Khū'tī, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīḥ fi Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Taht-i Ishrāf Jināb Āqāy Lutfī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Khū'tī, Abū al-Qāsim. *Dirāsāt fi 'Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Sayyid 'Alī Ḥāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Khū'tī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad Surūr Wā'iz Ḥusaynī Biḥsūdī. Qum: Dāvarī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Khū'tī, Abū al-Qāsim. *Muḥāḍarāt fi Uṣūl al-Fiqh*. Muqarr Muḥammad Ishāq Fayyāḍ, Qum: Anṣariyān. Chāp-i

Chāhārūm, s.d.

Khumaynī, Muṣṭafā. *Tahrīrāt fi al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal. 1997/1418.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Rasā'il*. Qum: Ismā'īliyyān. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tanqīḥ al-Uṣūl*. Taqrīr Ḥusayn Taqawī Ishtihārdī. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Lārījānī, Šādiq. *Falsafah-yi 'Ilm Uṣūl*. Qum: Madrisah-yi 'Ilmiyyah-yi Vali 'Aṣr. Chāp-i Awwal, s.d.

Makārim Širāzī, Nāšir. *Anwār al-Uṣūl*. Taqrīr Aḥmad Qudsi. Qum: Madrisah al-Imām 'Alī ibn Abi Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Ihya' al-Kutub al-'Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. *Mabānī Istīnbat Ḥuqūq Islāmī*. Tehran: University of Tehran. Chāp-i Pānzdahum, 2003/1381.

Mūsawī Gulpāyḡānī, Jamāl al-Dīn. *al-Rasā'il*. Najaf: Maṭba'a al-Ḥydariyya. Chāp-i Awwal, 1951/1370.

Mūsawī Qazwīnī, 'Alī. *Ta'liqa 'alā Ma'ālim al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiḥ*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 2009/1430.

Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad 'Alī Kāzimīnī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.

Narāqī, Mahdī ibn Abīzar. *Anīs al-Mujtahidīn fi 'Ilm Uṣūl*. Qum: Būstān-i Kitāb. Chāp-i Avval, 1969/1388.

Narāqī, Mahdī ibn Abīzar. *Tajrid al-Uṣūl*. Qum: Nashr Sayyid Murtaẓā. Chāp-i Awwal, 1965/1384.

Nashshār, 'Alī Sāmī. *Manāḥij al-Baḥṭh 'inda Mufakkiray al-Islām wa Iktishāf al-Manhaj al-'Ilmī fi al-'Ālam al-Islāmī*. Beirut: Dār al-Nahḍa al-'Arabiyya. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Quṭb al-Dīn Rāzī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tahrīr al-Qawā'id al-Mantiqiyyīn fi Sharḥ al-Risāla al-Shamsiyah*. Qum: Bidār. Chāp-i Duwwum, 2005/1384.

Rashd, 'Alī Akbar. "Barrisi Intiqādi Manānīpazhūhī Uṣūliyyūn; Muṭālī'ih-yi Mūrīdī "Maḥmūshināsi" va "Jāyḡahshināsi Mabādi 'Ilm", *Faṣlnāmah-yi Kitāb-i Naqd*. yr. 12, no. 55-56, spring and summer 2011/1389, 13-71.

Rashtī, Ḥabīb Allāh ibn Muḥammad 'Alī. *Al-Badā'i' al-Atkār*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.

Sabzavāri, Mulā Hādī ibn Mahdī. *Sharḥ Manzūmah*. Qum: 'Allāmah. 1983/1361.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Taqrir Sayyid Maḥmūd. Ḥāshimī Shāhrūdī. Beirut: Dār al-Islāmiya. Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fi 'Ilm al-Uṣūl*. Beirut: Dār Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Şāliḥi Māzandarānī, Ismā'īl. *Sharḥ Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Şāliḥān. Chāp-i Awwal, 2004/1382.
- Shahābī, Maḥmūd. *Taqrīrāt Uṣūl*. Tehran: Chāpkhānah-yi Ḥāj Muḥammad 'Alī 'Ilmī. 1903/1321.
- 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.
- Sha'rānī, Abū Ḥasan. *Al-Madkhal ilā 'Adhab al-Minhal fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: al-Ḥādī(AS) Chāp-i Awwal. 1954/1373.
- Shaykh Bahāyī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Zubda al-Uṣūl*. Qum: Sharī'at. Chāp-i Awwal, 2005/1383.
- Shirāzī, Sayyid 'Abd Allāh. *al-'Umda al-Wasā'il fi al-Ḥāsiyah 'alā al-Rasā'il*. Mashhad: Mū'assisa Amīr al-Mu'minīn li-l-Shu'ūn al-'Ilmiyya wa al-Khiyriyya. Chāp-i Chāhārum, 2006/1427.
- Shirāzī. Aḥmad. *Ta'liqāt al-Fuṣūl fi al-Uṣūl*. Najaf Ashraf: al-Maṭba'a al-Ādāb. Chāp-i Awwal, 2008/1386.
- Subḥānī, Ja'far. *al-Mūjaz fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). 2007/1428.
- Subḥānī, Ja'far. *al-Rasā'il al-Arba': Qawā'id Uṣūliyya wa al-Fiqhiyyah*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Subḥānī, Ja'far. *al-Wasīṭ fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Chāhārum, 2010/1388.
- Sulṭān al-'Ulamā', Ḥusayn ibn Muḥammad. *Ta'liqa 'alā Ḥāshiya al-Ustād 'alā Farā'id*. Arāk: Maktaba al-Musawiya. Chāp-i Awwal, s.d.
- Suyūtī, 'Abd al-Raḥmān ibn abī bakr. *Şawn al-Mantiq wa al-Kalām 'an Fann al-Mantiq wa al-Kalām*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 2006/1427.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Ḥāsiyah al-Kifāyah*. Qum: Bunyād 'Ilmī Fikrī 'Allāmah Ṭabāṭabāyī, Chāp-i Awwal, s.d.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, s.d.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Rasā'il Sab'a*. Qum: Bunyād 'Ilmī Fikrī Ustād 'Allāmah Muḥammad Ḥusayn Ṭabāṭabāyī, s.d.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Uṣūl Falsafah va Ravish Ri'ālism*. bā Muqaddamah va Pāvaraḡī Murtaḡā Muṭaharī, Tehran: Mū'assisah-yi Chāp va Şahāfi Shirkat Ufsit Sahāmī 'Ām, s.d.
- Tūnī, 'Abd Allāh ibn Muḥammad. *al-Wafīya fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1995/1415.

Urmawī Hindī, Muḥammad ibn ‘Abd al-Raḥīm. *al-Fā’iq fī Uṣūl al-Fiqh*. researched by ‘Alī ‘Umayrīnī. 1995/1415.

Yazdī, Mulā ‘Abd Allāh ibn Ḥusayn. *al-Ḥāsiyah ‘alā Tahdhīb al-Mantiq*. Qum: Dār al-Tafsīr. 2011/1432.

Zarkashī, Muḥammad ibn Bahādūr. *al-Baḥr al-Muḥīṭ fī Uṣūl al-Fiqh*. Kuwait: Dār al-Ṣafwa. Chāp-i Duwwum, 2002/1423.

Table of Contents

The Jurisprudential Principle of Necessity of Establishing Family Rules based on “Good Custom” (Ma’rūf)	11
Dr. Bibi Rahimeh Ebrahimi	
A Critical Analysis of the Validity of the Savor of Divine Law (Mazāq-i Sharīʿat) in Deducing Islamic Rulings	39
Dr. Saeid Ahmadi Fard - Mohammad Bagheri Shahroudi	
Exploring the Representation of an Imbecile in Financial Matters with an Emphasis on Article 667 of the Iranian Civil Code	61
Dr. Mohammad Amin Fard - Mandana Mirzaei	
The Role of Possibility of Recovery from Hardship (Jubrān-i Ḥaraj) with an Analytical Approach to Article 56 of the Law of Population	83
Dr. Reza PourSedghi - Ma’soumeh Nafisi Rad	
A Comparative Approach to the Concept of Insanity and its Implications	109
Dr. Reza PourMohammadi - Dr. Mohammad Mahdi Yousefi	
The Possibility of Using the Principle of Inherency (Mulāzama) Between Rational Rule and Legal Rule to Assert the Maximum Inclusivity of Sharīʿa	135
Mas’oud Jahandoost Dalenjan - Dr. Abedin Mo’meni	
Approaches to Respond to Ethical Challenges of Islamic Criminal Laws (Aḥkām)	159
Dr. Naser Zaker Shushtari - Dr. Hossein Naseri Moghadam - Dr. Mohammad Taqi Fakhlaei	
The Ruling on Exemptions from Debt (Mustasnīyāt-i Dayn) for Legal Entities from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law	189
Dr. Mohammad Reza Elmi Sola - Zinat Pahlavan Marshk	
The Theory of Misuse of Faulty Intent (ʿIstighlāl) in the Laws of Arabic Countries and Analyzing it in Comparison with Similar Institutions in Islamic Jurisprudence	211
Mahdi Moftakhari - Dr. Mojtaba Zahedian - Dr. Seyed Mohammad Mahdi Ghabouli Dorafshan	
An Analytical Investigation of the Impact of Logical Principles on Propositions of Principles of Jurisprudence	239
Dr. Alireza Norouzi - Dr. Morteza Norouzi	



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 56, No. 3: Issue 138, Autumn 2024

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Journal Expert: Shahsaman Shahrokh Shahian

Page Designer: Hussein Zekavatizadeh

Translation of Abstracts: Mina Mollaie

Editor: Sayeda Marzieh Khaleghi Miran

Transliterator: Maryam Oraee

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

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. 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

In the Name of Allah



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. 3: Issue 138, Autumn 2024

Contents

The Jurisprudential Principle of Necessity of Establishing Family Rules based on “Good Custom” (Ma‘rūf)

Dr. Bibi Rahimeh Ebrahimi

A Critical Analysis of the Validity of the Savor of Divine Law (Mazāq-i Sharī‘at) in Deducing Islamic Rulings

Dr. Saeid Ahmadi Fard - Mohammad Bagheri Shahrودي

Exploring the Representation of an Imbecile in Financial Matters with an Emphasis on Article 667 of the Iranian Civil Code

Dr. Mohammad Amin Fard - Mandana Mirzaei

The Role of Possibility of Recovery from Hardship (Jubrān-i Ḥaraj) with an Analytical Approach to Article 56 of the Law of Population

Dr. Reza PourSedghi - Ma’soumeh Nafisi Rad

A Comparative Approach to the Concept of Insanity and its Implications

Dr. Reza PourMohammadi - Dr. Mohammad Mahdi Yousefi

The Possibility of Using the Principle of Inherency (Mulāzama) Between Rational Rule and Legal Rule to Assert the Maximum Inclusivity of Sharī‘a

Mas’oud Jahandoost Dalenjan - Dr. Abedin Mo’meni

Approaches to Respond to Ethical Challenges of Islamic Criminal Laws (Aḥkām)

Dr. Naser Zaker Shushtari - Dr. Hossein Naseri Moghadam - Dr. Mohammad Taqi Fakhlaei

The Ruling on Exemptions from Debt (Mustasnīyāt-i Dayn) for Legal Entities from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law

Dr. Mohammad Reza Elmi Sola - Zinat Pahlavan Marshk

The Theory of Misuse of Faulty Intent (‘Istighlāl) in the Laws of Arabic Countries and Analyzing it in Comparison with Similar Institutions in Islamic Jurisprudence

Mahdi Moftakhari - Dr. Mojtaba Zahedian - Dr. Seyed Mohammad Mahdi Ghabouli Dorafshan

An Analytical Investigation of the Impact of Logical Principles on Propositions of Principles of Jurisprudence

Dr. Alireza Norouzi - Dr. Morteza Norouzi