



انفقه و ار

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹
زمستان ۱۴۰۳



عناوین مقالات

- بررسی مبانی تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ
احمد ادیبی - دکتر محمدمهدی الشریف - دکتر علیرضا آرش پور
- وضعیت بناسازی بر قبور در فقه مقارن
صادق پیشداد - دکتر سعید مولوی وردجانی - دکتر محسن فهیم
- تأملی در اعتبار یا عدم اعتبار تقدیم سوگند تکمیلی بر ادای شهادت
دکتر صدیقه حائمی - دکتر طاهر علی محمدی
- تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران
دکتر حمیدرضا دانش‌ناری - محمداصادق محمدی قهفرخی
- امکان‌سنجی فقهی سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم
دکتر اسمعیل رحیمی‌نژاد
- وضعیت معاملات شخص مست در مراتب مختلف مستی؛ سامان‌دهی نظریه عدم‌نفوذ برخی معاملات شخص مست
دکتر امیرعباس عسکری - علی یاری‌نژاد
- ارزیابی فقهی تصرف در نفقه حج و سلب استطاعت مستطیع
محمدباقر کرمانچعب - دکتر حمید مؤذنی بیستگانی
- درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی
دکتر محمدرضا کیخا - دکتر علیرضا آیین
- گونه‌شناسی اعراض فقیهان از اخبار با تکیه بر جنبه کاسریت
البرز محقق‌گرفمی
- بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد شهری
دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر جواد ایروانی

استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فنوائی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است.

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

صفحه آرا: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: مینا ملائی

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

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

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و

فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

راهنمای نویسندگان نشریه فقه و اصول

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد.

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

۳. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه طبق الگوی صفحه‌آرایی مجله و یا ۸۵۰۰ کلمه در محیط ورد بیشتر باشد.

۴. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و یافته‌های تحقیق) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (۱۰۰ تا ۲۰۰ واژه) ضمیمه شود و واژگان کلیدی (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.

۵. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع و موقعیت سازمانی به دو زبان فارسی و انگلیسی درج شود، ترتیب نویسندگان و نویسنده مسئول تعیین شود و همراه با نشانی پستی، 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 پرانتز و گیومه « » () با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.

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

۴.۱. شماره ارجاع پاورقی (عدد 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 پانویس با ویرگول و اجزای اصلی در فهرست منابع با نقطه جدا می‌شود.

کتاب:

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

مقاله:

- ✓ در پانویس: 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: 67, *Davis, Meaning Expression and Thought*

✓ 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»، تولید شده 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

صفحه	عنوان
۱۱	بررسی مبانی تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ احمد ادیبی - دکتر محمدمهدی الشریف - دکتر علیرضا آرشپور
۳۷	وضعیت بناسازی بر قبور در فقه مقارن صادق پیشداد - دکتر سعید مولوی وردجانی - دکتر محسن فهیم
۶۷	تأملی در اعتبار یا عدم اعتبار تقدیم سوگند تکمیلی بر ادای شهادت (موضوع تبصره ماده ۲۰۹ ق.م.ا و قسمت اخیر بند ب ماده ۲۳۰ و تبصره ماده ۲۷۷ ق.ا.د.م) دکتر صدیقه حاتمی - دکتر طاهر علی محمدی
۸۹	تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران دکتر حمیدرضا دانش‌ناری - محمدصادق محمدی قهفرخی
۱۲۱	امکان سنجی فقهی سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم دکتر اسمعیل رحیمی‌نژاد
۱۴۹	وضعیت معاملات شخص مست در مراتب مختلف مستی؛ سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ برخی معاملات شخص مست دکتر امیرعباس عسکری - علی یاری‌نژاد
۱۶۹	ارزیابی فقهی تصرف در نفقه حج و سلب استطاعت مستطیع محمدباقر کرملایچ - دکتر حمید مؤذنی بیستگانی
۱۹۷	درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی دکتر محمدرضا کیخا - دکتر علیرضا آیین
۲۲۷	گونه‌شناسی اعراض فقیهان از اخبار با تکیه بر جنبه کاسریت البرز محقق‌گرفمی
۲۵۹	بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد شهری دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی



Analyzing the Foundations of the Continuation of Ownership Capacity Postmortem

Ahmad Adibi, PhD Candidate, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Dr. Mohammad Mahdi Al-Sharif  (**Corresponding Author**), Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Email: M.alsharif@ase.ui.ac.ir

Dr. Alireza Arashpour, Associate, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Abstract

Many legal scholars view death as the termination of a person's legal capacity based on the verbal generality of Article 956 of the Civil Code, therefore considering the deceased as lacking legal capacity. Undoubtedly, "the capacity to exercise rights" (*'Ahliyyat-i-istisfā'*) and "the part of legal capacity to enjoy rights" (*'Ahliyyat-i tamattu'*), which inherently cannot survive after death (such as the rights arising from marriage) cease upon death. However, "the right to own property" and "the capacity to acquire property" (*'Ahliyyat-i tamalluk'*) as one of the aspects of competence to acquire rights (*'Ahliyyat-i tamattu'*) can survive and are continued limitedly after death. Generally, Islamic Law does not deem the capacity for ownership (*'Ahliyyat-i tamalluk'*) to be exclusive to the living, allowing entities such as religious funds (*Vujūhāt-i Shar'iyah*) and endowments (*waqf*) to possess the capacity for ownership. The present study, conducted through the descriptive-analytical method, concludes that the generalization on Article 956 of the Civil Code is unreliable, and that the possibility of the continuation of ownership after death, as well as new acquisitions following death, are accepted in specific cases. The prime example of the first case is found in the continuity of "the estate of a debt owned" (*mātarak mawḍū' dayn mustaghraq*) in the ownership of the deceased person and its non-transfer to the heirs. Examples of new ownership after death include: "the ownership of the deceased over the blood money for murder", "*mālikiyyat-i taqdīr* on the blood money of murder", "the return of ownership of the property to the deceased in the case of the heirs' cancellation", and the "ownership of the deceased over items that he caused before death", such as fish caught after the fisherman's death, which ends up in the fishing net.

Keywords: ownership capacity after death, ownership of the deceased, continuity of ownership after death, new ownership after death, ownership capacity of the deceased.





سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۳۶ - ۱۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۴/۱۷
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.80889.1531

بررسی مبانی تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ

احمد ادیبی

دانشجوی دکتری گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

دکتر محمد مهدی الشریف (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

Email: M.alsharif@ase.ui.ac.ir

دکتر علیرضا آرشپور

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

چکیده

بسیاری از حقوق دانان به تاسی از اطلاق ماده ۹۵۶ قانون مدنی، مرگ را پایان بخشی اهلیت انسان دانسته و متوفا را فاقد اهلیت قلمداد کرده اند. شکی نیست که «اهلیت استیفا» و «آن بخش از اهلیت تمتع»، که ذاتاً قابلیت بقای بعد از فوت را ندارد؛ همانند حقوق ناشی از زوجیت، با مرگ از بین می رود؛ اما «حق داشتن ملک» و «اهلیت تملک» به عنوان یکی از جلوه های اهلیت تمتع، بعد از مرگ، به صورت محدود امکان بقا و تداوم دارد. اصولاً شریعت اسلام اهلیت تملک را مختص به انسان زنده ندانسته و برای نهادهایی نظیر «وجوهات شرعی» و «وقف»، اهلیت تملک در نظر گرفته است. براساس نتایج این پژوهش، که به روش توصیفی تحلیلی انجام پذیرفته، دانسته می شود که اطلاق ماده ۹۵۶ قانون مدنی قابل اتکا نبوده و امکان تداوم مالکیت پس از مرگ و حتی تملک جدید پس از فوت، در موارد خاص پذیرفته شده است. مصداق بارز مورد اول را باید در بقای «ماترک موضوع دین مُستغرق» در مالکیت شخص متوفا و عدم انتقال آن به وراثت جست و مصادیق مالکیت جدید پس از مرگ نیز عبارت اند از: «مالکیت متوفا بر دیه ناشی از جنایت بر میت»، «مالکیت تقدیری بر دیه قتل»، «عودت مالکیت مبیع به متوفا در صورت فسخ ورثه» و «مالکیت متوفا بر اشیایی که قبل از فوت سبب آن ها را ایجاد کرده است؛ همچون صیدی که بعد از مرگ صیاد در تور ماهیگیری می افتد.»

واژگان کلیدی: اهلیت تملک پس از مرگ، اهلیت متوفا، بقای مالکیت پس از مرگ، تملک جدید پس از مرگ، اهلیت تمتع میت.

مقدمه

«اهلیت» عبارت است از: صلاحیت و شایستگی فرد برای دارا شدن و اجرای حقوق و تکالیف^۱ که به دو دسته تقسیم می‌شود: اهلیت تمتع و اهلیت استیفا. اهلیت تمتع که در بسیاری از کتب فقهی از آن تحت عنوان «اهلیة الوجوب» یاد می‌شود، قابلیت است که فرد به اعتبار آن می‌تواند صاحب حق شود. اهلیت استیفا نیز که در عربی با نام «اهلیة الاداء» به کار می‌رود، عبارت است از: قابلیت که افراد بتوانند نسبت به اجرای حقوق خود اقدام کنند.^۲

همچنان‌که در ماده ۹۵۸ قانونی مدنی نیز ذکر شده، پرواضح است که برای داشتن اهلیت استیفا، وجود شرایط عامه؛ یعنی عقل و بلوغ و رشد ضروری است،^۳ لذا تصور تداوم اهلیت استیفا بعد از مرگ پذیرفتنی نیست.

اهلیت تمتع عبارت است از: شایستگی داشتن حق و برعهده گرفتن تکالیف. قدر متیقن تعریف‌های ارائه شده از اهلیت تمتع، همانا «شایستگی داشتن حقوق» است که یکی از فروع آن، حق داشتن مالکیت و اهلیت تملک است.^۴ با توجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۹۵۸ بیان می‌دارد: «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود»؛ بسیاری از تعاریف ارائه شده، اهلیت تمتع را مختص به انسان دانسته و آن را بر واژه انسان اطلاق کرده‌اند.^۵

در برخی دیگر از تعاریف نیز اهلیت تمتع از لوازم ذاتی حیات انسان در نظر گرفته شده و شرط برخورداری از اهلیت تمتع را زنده بودن انگاشته‌اند.^۶ حال آنکه، تلقی مالکیت برای مواردی غیر از انسان زنده، سابقه تاریخی داشته^۷ و در فقه غنی اسلامی نیز در بحث وصیت و وقف بر جهات و مساجد و مدارس؛ برای جهت تعیین شده، اهلیت تمتع و تملک قائل شده‌اند و در صورت وقف بر مساجد، مال موقوفه را داخل در مالکیت خود مسجد می‌دانند^۸ و ثابت می‌کنند که در فقه، اهلیت تملک و تمتع،

۱. شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۲۴۶.

۲. هدایت‌نیا، حقوق غیرایرانیان در جمهوری اسلامی ایران، ۷۰؛ تفتازانی، صدرالشریعه الثانی، شرح التلویح علی التوضیح لمعن التنقیح فی اصول الفقه، ۳۳۷؛ مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، ۵۱/۳.

۳. داوودی و همکاران، نقش فقهای شیعه در حل مسائل مستحدثه، ۱۱۷؛ اعرافی، فقه تربیتی، ۱۶۸/۱۷؛ حسنی، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، ۵۶.

۴. عمران، الأسس العامة فی القانون، ۱۴۱؛ حکیم و همکاران، الضمان فی الفقه الإسلامی، ۲۵۴.

۵. انصاری، فاضل لنکرانی، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ۲۳۸/۴۰؛ لطفی، مبادی فقه، ۵۰؛ اعرافی، فقه تربیتی، ۱۲۷/۱۷، ۱۲۸، ۱۳۰.

۶. رضوانی، بررسی تحلیلی و تطبیقی جرائم قذف، افتراء و توهین، ۱۵۷.

۷. موسوی بجنوردی، مقتدایی، «دمه از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی (س)»، ۲۶.

۸. شهید ثانی، حاشیه الارشاد، ۴۲۷/۲؛ ابن ادریس، السرائر، ۱۵۶/۳؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ۱۴۱/۲؛ امامی خراسانی، الحاشیة الأولى علی المکاسب، ۱۱۶؛ ابن سعید، الجامع للشرائع، ۳۷۰؛ ساکت، دیباجة ای بر دانش حقوق، ۸۸.

مخصوص انسان زنده نیست. «الملک بسبب الوقف و شبهه، کالمسجد و المدرسة و غیرهما، فکل ما یوقف علیهما فهو ملک لهما...» و «کذا نماءات الموقوف علی المسجد فهي ملک طلق للمسجد لا یجوز فیها سائر التصرفات الناقلة.»^۹ در نظر گرفتن مالکیت برای اشیا یا مفاهیم انتزاعی، در بدو امر ممکن است عجیب به نظر برسد اما واقعیت آن است که بنای عقلا، بر امکان اعتبار مالکیت برای غیرانسان است و اصولاً مالکیت پدیده‌ای است اعتباری که مستلزم وجود فیزیکی و خارجی نیست و ممکن است برای اموری که در عالم اعتبار نیز وجود دارد، تعیین مالکیت شود.^{۱۰} براین اساس است که در فقه می‌توان شاهد مفاهیم و ساختارهایی، نظیر اهلیت و صلاحیت اعتباری باشیم^{۱۱} که برای موضوعاتی مانند حکومت، حاکم، موقوفات، بیت المال، وجوهات شرعی و اماکن مقدسه نظیر مسجد، کعبه، کلیسا در نظر گرفته شده است.^{۱۲}

با مرگ اصولاً ملکیت شخص قطع می‌شود، مگر اینکه دلیلی بر ترتب و بقای آثار مالکیت موجود باشد.^{۱۳} باتوجه به ادله قاطع و متعددی که در این مقاله بدان اشاره و بررسی شده است، به وضوح در فقه می‌توان شاهد احکامی بود که به صورت ضمنی برای مردگان اهلیت تملک در نظر گرفته شده است.^{۱۴} به کار بردن مکرر واژه‌هایی نظیر ملک المیت،^{۱۵} حق المیت^{۱۶} و مال المیت^{۱۷} در متون فقهی که حتی در روایات نیز می‌توان شاهد آن بود،^{۱۸} دلالتی واضح بر امکان بقای مالکیت متوفا بر ماترک دارد.^{۱۹} جمع بین آیات نیز اقتضای آن دارد که ماترک بعد از تصفیه دیون و وصایا، انتقال دانی به وراث باشد و در صورت استیعاب دیون بر ترکه، چیزی به وراث نرسد^{۲۰} و اساساً ماترک متوفا بعد از اخراج دیون است که قابلیت مسماً به «ارث» را پیدا خواهد کرد.^{۲۱} افزون بر اینکه، مقتضای اصل استصحاب نیز بقای مالکیت پس

۹. مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة، ۳۴۸.

۱۰. روحانی، منهاج الفقاهة، ۳۷۶/۶؛ محسنی، القواعد الأصولية والفقهية في المستمسک، ۳۵۱.

۱۱. قنبری رباطی، فلاح، «ماهیت شخصیت حقوقی در فقه و حقوق اسلامی»، ۴۲.

۱۲. علوی قزوینی، «وضعیت حقوقی ترکه مدیون در دوران تصفیه»، ۱۱۴؛ آقائطری، «بررسی فقهی حقوقی شخصیت حقوقی»، ۱۱۸؛ آقامهدوی، حبیبیان،

«بررسی اهلیت شخص حقوقی در فقه و حقوق»، ۲۷.

۱۳. کرباسی، الارث فی الفقه الجعفری، ۵۴/۳.

۱۴. امین، «درآمدی بر نظریه شخصیت حقوقی در فقه امامیه»، ۵۴۵.

۱۵. اراکی، رسالة فی الارث، ۳۰، ۳۳، ۳۴، ۳۸؛ صیمری، غایة المرام، ۳۰۴/۳.

۱۶. آخوند خراسانی، حاشیه المکاسب، ۱۱۸.

۱۷. طباطبایی قمی، سیلوی، مصباح الناسک، ۱۳۷/۱؛ علوی گرگانی، منهج الناسکین، ۳۶؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۷۶/۴.

۱۸. حر عاملی، تفصیل وسائل الشریعة، ۴۲۳/۱۰.

۱۹. ترحینی عاملی، الزبده الفقهیة، ۲۹۲/۳.

۲۰. گلپایگانی، القضاء و الشهادات، ۴۰۰/۱.

۲۱. ترحینی عاملی، الزبده الفقهیة، ۳۹۲/۳.

از مرگ است، مگر اینکه تصور شود که عَقلاً بین اعتبار مالکیت برای زندگان و اعتبار مالکیت برای مردگان قائل به تفاوت هستند و استصحاب نمی‌تواند ارتباط‌دهنده بین این دو قسم از مالکیت باشد که چنین چیزی بعید است؛^{۲۲} چون ملکیت در حقیقت مبتنی بر رابطه مالک و مملوک است، برخی متوفا را فاقد قابلیت لازم برای ورود به چنین رابطه‌ای دانسته‌اند،^{۲۳} برخی نیز مالکیت را صفتی وجودی در نظر می‌گیرند که در پرتو آن امکان مالک‌بودن متوفا به سبب معدوم‌بودن منتفی خواهد بود.^{۲۴} بطلان این استدلال بی‌نیاز از توضیح است؛ چراکه امکان مالک‌بودن آدمی مبتنی بر جسم مادی و فیزیکی نیست که با مرگ از بین رود، بلکه مبتنی بر موجودیت و اهلیتی است که شارع و قانونگذار برای انسان‌ها و شرکت‌ها در نظر گرفته است. اگر «وجود فیزیکی خارجی» شرط لازم برای امکان مالکیت بود، لاجرم عناوین و جهات و شرکت‌ها هم هیچ‌گاه نمی‌توانستند اهلیت مالک‌بودن را کسب کنند! ملکیت نیازمند وجود خارجی نیست و اعتبارکردن آن برای معدوم ممکن است. بر همین اساس است که جواز تملک به وسیله مردگان چه به صورت بقای مالکیت پیش از مرگ و چه به صورت حدوث مالکیت جدید بعد از مرگ پذیرفته شده است.^{۲۵} اگر با اعتبارکردن، امکان در نظر گرفتن مالکیت برای «اشیا و شرکت‌ها و عناوین و جهات» وجود دارد، پس با همان مقدار اعتبار نیز امکان تصور مالک‌بودن متوفا نیز پذیرفتنی است؛ مخصوصاً اینکه قرائن و امارات متعددی در فقه و قانون بر این مهم اقامه شده است که در ادامه بدان می‌پردازیم. اصولاً موضوعات اعتباری، از جمله امور تسامحی است که مشمولیت آن، در برگیرنده متوفا نیز است و می‌تواند مبنایی برای جواز «امکان ایجاد مالکیت جدید پس از مرگ» در نظر گرفته شود.^{۲۶} از دیگر مواردی که سبب توجیه امکان بقای مالکیت متوفا بر ماترک می‌شود، لزوم ادای دیونی است که متوفا قبل از مرگ، موجب پیدایش سبب آن بوده اما ضرر آن بعدها ظاهر شده است؛ مانند اینکه متوفا در زمان حیات چاهی حفر کرده باشد و بعد از مرگش شخصی در آن بیفتد یا اینکه در زمان حیات مرتکب جرحی شود که بعد از مرگ ضارب، مجنی‌علیه نیز به سبب سرایت فوت کند.^{۲۷} پرواضح است که ادای چنین دیونی که بعد از مرگ ایجاد می‌شود، در صورتی از ماترک متوفا میسر خواهد بود که قائل به بقای مالکیت متوفا بر ماترک باشیم؛ در غیر این صورت، اگر ماترک به محض فوت به وراثت منتقل شود، امکان ادای دیونی که بعد از مرگ ایجاد می‌شود از ترکه متصور نخواهد

۲۲. گلپایگانی، القضاء و الشهادات، ۴۰۱/۱.

۲۳. حسنی، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، ۶۰.

۲۴. آشتیانی، کتاب القضاء، ۵۷۷/۱.

۲۵. آخوند خراسانی، کتاب فی الوقف، ۲۱.

۲۶. محسنی، القواعد الأصولیة و الفقهیة فی المستمسک، ۳۵۱/۸.

۲۷. محسنی، القواعد الأصولیة و الفقهیة فی المستمسک، ۳۵۱/۸.

بود؛ چراکه هیچ‌کس مسئول ادای دیگران نیست و نمی‌توان دیون متوفا را از مایملک وراث پرداخت کرد!

قانون مدنی ایران در ماده ۹۵۶ مقرر می‌دارد: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود.» حقوق‌دانان ایران نیز با اعتماد به اطلاق این ماده، مرگ را نقطه پایان اهلیت انسان دانسته‌اند. به نظر می‌رسد استفاده زوال کامل اهلیت انسان با مرگ از این ماده درست نیست؛ زیرا اولاً، قانونگذار در ماده ۹۵۶ مرگ را پایان «اهلیت شخص برای دارا شدن حقوق یا همان اهلیت استیفا» اعلام کرده و در خصوص سایر ابعاد اهلیت؛ یعنی «اهلیت تملک» ساکت است و ثانیاً، احکام متعددی در قانون مدنی یا قوانین دیگر ایران وجود دارد که جز با پذیرش اهلیت مردگان (و لو به صورت محدود) توجیه‌شدنی نیست. برای نمونه، قانونگذار در قانون مدنی در مواد ۲۹۱ (ابرای ذمه میت)، ۱۲۶۷ (اقرار به نفع متوفا)، ۶۸۷ (ضمانت از دیون متوفا) و در قانون مجازات اسلامی در تبصره ۲ ماده ۲۰۱ (در بحث مالکیت متوفا بر دیه) و در قانون تجارت در ماده ۴۱۲ (در بحث اعلام ورشکستگی متوفا)، تلویحاً وجود اهلیت اموات را تأیید و به مسائلی اشاره کرده که نوعاً از آثار و عوارض وجود اهلیت ولو محدود برای اموات است و اعتبار اطلاق ماده ۹۵۶ قانون مدنی را مخدوش می‌کند. از این‌روست که ماده ۹۵۶ آن‌چنان با استثنائات و تخصیص‌های متعددی همراه است که نوعاً دچار تخصیص اکثر یا استثنای مستغرق شده است؛ چه اینکه این ماده، اهلیت را محدود به زمان تولد تا مرگ کرده است، در حالی که از سویی اولاً، امکان مالکیت جنین در اسلام به شرط زنده به دنیا آمدن پذیرفته شده است؛^{۲۸} ثانیاً، وصیت به نفع جنین طبق ماده ۸۵۱ قانون مدنی صحیح قلمداد شده و نمائات موصی به که در طول دوره جنینی ظاهر می‌شود در ملکیت خود جنین ایجاد می‌شود؛ ثالثاً، نفقه جنین در طلاق رجعی یا عده وفات متعلق به خود جنین است^{۲۹} که بدون داشتن اهلیت مالک بودن، هیچ‌کدام از این امور ممکن نمی‌بود. از سوی دیگر، امکان مالکیت متوفا پس از مرگ نیز بنا بر ادله قاطعی که در تحقیق حاضر بدان پرداخته شده، محرز است و اطلاق ماده ۹۵۶ را غیر معتبر می‌سازد.

باتوجه به لزوم تعیین تکلیف مالکیت ترکه از لحظه فوت شخص تا زمان تقسیم آن بین وراث و موصی لهم و نیز مسائلی که در خصوص وضعیت ملکیت ترکه در صورت استیعاب دیون و چالش‌های حقوقی که در این خصوص وجود دارد، مقالاتی از این دست نگاشته شده است: «بررسی فقهی حقوقی ترکه پس از فوت متوفا»،^{۳۰} «بررسی شخصیت حقوقی ترکه»،^{۳۱} «وضعیت حقوقی ترکه مدیون در دوران

۲۸. آقائظری، «بررسی فقهی حقوقی شخصیت حقوقی»، ۱۱۷.

۲۹. قاسم‌زاده، «اهلیت جنین و اداره اموال او»، ۱۸۴.

۳۰. قهرلی درافشان، محمد مهدی، محمد هادی قهرلی درافشان.

تصفیه».^{۳۲} از این روست که خلأ نسبتاً واضحی در خصوص بررسی «اهلیت تملک بعد از مرگ» در منابع و آثار حقوقی و فقهی مشاهده شدنی است. به رغم اشاره ضمنی به این موضوع در مقاله «مبانی تداوم شخصیت حقوقی انسان پس از مرگ در مذاهب خمس و حقوق موضوعه»،^{۳۳} لزوم ارائه ادله اثباتی جامع تر و مبنای نظری کامل تر برای اثبات تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ کاملاً محسوس است و می توان ادعا کرد که در خصوص «اهلیت تملک بعد از مرگ»، پژوهش جامعی انجام پذیرفته است و اثبات این مهم مستلزم انجام تحقیقی فراگیر است که در نوشتار حاضر با ارجاع به بیش از صد منبع تفصیلاً بدان می پردازیم.

۱. بقای مالکیت پس از مرگ

با مرگ اصولاً ملکیت از شخص منقطع می شود و ترکۀ متوفای آمادۀ تصفیۀ دیون و تقسیم بین وراث می شود اما این قاعده با استثنائاتی همراه است و در شرایطی خاص، ماترک، قابلیت انتقال فوری به ورثه را ندارد و بالاجبار تا زمان تعیین تکلیف، در حکم مالکیت متوفای باقی می ماند که ذیلاً به اهم مصادیق آن پرداخته می شود.

۱. ۱. بقای مالکیت متوفای بر ترکۀ در صورت وجود دین مستوعب

مشهور آن است که جمیع ترکۀ با مرگ به وراث منتقل می شود،^{۳۴} مگر آنکه دیون متوفای مستوعب بر ترکۀ او باشد که در این صورت چیزی به وراث منتقل نمی شود.^{۳۵} حتی در صورت عدم استیعاب دیون بر ترکۀ نیز براساس برخی نظرات، آن قسمت از ترکۀ که در مقابل دین قرار می گیرد قابل انتقال به وراث نیست^{۳۶} و لازمه چنین امری آن است متوفای را «مالک ترکۀ» در نظر بگیریم یا اینکه حداقل «ماترک را در حکم مال متوفای» قلمداد کنیم؛ چراکه معقول نیست که ماترک مشمول دین، با مرگ از مالکیت متوفای خارج شود و داخل در مالکیت ورثه هم نشود و بلامالک شود!^{۳۷}

۱. ۲. بقای مالکیت متوفای بر آن قسمت از ترکۀ که متعلق دین است

ظاهراً آیه «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ» دلالت بر این دارد که حصول ملکیت ورثه نسبت به

۳۱. غلامعلی زاده کجو، رضایی.

۳۲. علوی قزوینی.

۳۳. قدرتی.

۳۴. کرباسی، الإِثْرُ فِي الْفَقْهِ الْجَعْفَرِيِّ، ۳۵.

۳۵. گلیپاگانی، القضاء و الشهادات، ۴۰۰/۱.

۳۶. همدانی، مصابح الفقیه، ۴۱۲/۱۳.

۳۷. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۲۴.

ماترک، متوقف بر عدم وجود وصیت یا دین است، که درحقیقت تخصیص دهنده عموم «ماترکه المیت فهو لواثره» است.^{۳۸} پرواضح است که صرف وجود دین سبب عدم امکان انتقال کل ترکه به وراثت نیست،^{۳۹} بلکه صرفاً بحث بر سر عدم امکان انتقال آن مقدار از ترکه است که در مقابل دین قرار می‌گیرد؛ به عبارت بهتر، اگر دین بر ترکه مستوعب نباشد، صرفاً نسبت به آن مقدار که در مقابل دین نیست قابلیت انتقال به وراثت را دارد، اما راجع به آن مقدار که در مقابل دین قرار می‌گیرد، ترکه در حکم مال میت است و انتقال دادنی به وراثت نخواهد بود.^{۴۰} فایده عملی،^{۴۱} در تحقق ملکیت میت یا ورثه در خصوص نمائات ترکه است؛ به این صورت که، اگر ترکه مال میت باشد، نمائات آن هم در ملکیت او ایجاد شده است و دیون و صایای وی از این طریق پرداخت‌شدنی است، اما اگر ترکه جمعاً ملک ورثه باشد، نمائات در ملکیت او ایجاد شده است و نتیجتاً پرداخت دیون متوفا از آن ممکن نیست.^{۴۲}

۱. ۳. بقای مالکیت متوفا بر ترکه مستغرق دین

در صورت فراگرفتن دیون بر ترکه، حکم اجماعی وجود دارد که وراثت حق تصرف در ترکه را ندارند.^{۴۳} علت، واضح است؛ اگر دیون متوفا بیش از اموال او باشد اساساً چیزی به وراثت نخواهد رسید تا بتوانند در آن تصرف کنند! افزون بر این استدلال عقلانی، براساس نص و اجماع منقول و مؤیدات بسیار دیگر نیز ترکه در صورت استیعاب دیون، در حکم مال میت باقی خواهد ماند.^{۴۴} و انتقال ترکه به ورثه در صورتی است که ترکه، متعلق دین مستوعب نباشد.^{۴۵} پرواضح است که اگر ترکه به محض فوت به وراثت منتقل نشود و تا زمان تعیین سهام دیان قابل انتقال به آن‌ها نیز نباشد، عقلاً در مالکیت متوفا باقی خواهد ماند و به تعبیر فقهی، که به اکثریت متقدمان نیز منسوب شده است، ترکه در حکم مال میت خواهد بود.^{۴۶} البته برخی نیز با چنین نظری اظهار مخالفت کرده‌اند.^{۴۷} فایده عملی این قضیه، در بحث زکات متبلور می‌شود. ترکه‌ای که

۳۸. عراقی، کتاب القضاء، ۳۴۳.

۳۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۴۶/۱۵.

۴۰. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱۰/۴.

۴۱. قبولی درافشان، محمد مهدی، محمد هادی قبولی درافشان، «بررسی فقهی حقوقی ترکه پس از فوت متوفی»، ۱۵۸.

۴۲. کاشف‌الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۸۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۷۲/۲۴؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۴۱۰/۱۳؛ محسنی، القواعد الأصولية و الفقهية فی المستمسک، ۳۵/۳.

۴۳. محسنی، القواعد الأصولية و الفقهية فی المستمسک، ۳۵۵/۱.

۴۴. آخوند خراسانی، حاشیه‌المکاسب، ۱۱۸؛ کاشف‌الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۸۲؛ محسنی، القواعد الأصولية و الفقهية فی المستمسک، ۳۵۳/۱؛ میرزای قمی، رسائل، ۸۴۲/۲؛ گلپایگانی، القضاء و الشهادات، ۴۰۰/۱؛ میلانی، المحاضرات فی فقه الإمامية، ۲۳/۲.

۴۵. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۳۱۲/۲۵؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳۲۹/۱۷.

۴۶. رشتی، کتاب القضاء، ۳۳۸.

۴۷. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۶۳/۲۴؛ محسنی، القواعد الأصولية و الفقهية فی المستمسک، ۳۵۲/۱.

دارای دین مستوعب است،^{۴۸} مشمول زکات نمی‌شود^{۴۹} و هرگاه وراثت در زمان رسیدن به حد نصاب زکات، مالک ترکه نباشند، زکات بر آن‌ها واجب نخواهد بود،^{۵۰} که با مخالفت‌هایی نیز همراه بوده است.^{۵۱} البته براساس برخی نظرات، در دین مستوعب بر ترکه در صورتی زکات نیست که دیون علاوه بر استیعاب بر ترکه، بر نمائات نیز مستوعب باشد. صرف نظر از اختلاف نظرات پیرامون بحث زکات، ذات «در حکم مال متوفا تلقی کردن ماترک» دلالت بر پذیرش اهلیت تملک متوفا دارد.

۱. ۴. بقای مالکیت متوفا بر ترکه در فرض وجود وصیت

استدلال‌هایی که موافق بقای مالکیت متوفا بر ماترک موضوع وصیت است، به مراتب قوی‌تر از استدلالاتی است که به علت وجود دین مستوعب، ترکه را در حکم مال متوفا در نظر می‌گیرد؛ چراکه اولاً، روایاتی وجود دارد که ثلث را متعلق به خود متوفا می‌داند؛ ثانیاً، مسلم است که تا قبل از قبول وصیت به وسیله موصی لهم، ثلث موصی به، نه داخل در مالکیت ورثه می‌شود و نه به ملکیت خود موصی لهم در می‌آید^{۵۲} و اگر قائل به بقای مالکیت متوفا بر آن نباشیم لاجرم با بلا مالک شدن ثلث مورد وصیت مواجه خواهیم شد^{۵۳} که البته با مخالفت‌هایی نیز همراه بوده است^{۵۴}. برخی نظریه کاشفیت را برای برون رفت از ضرورت مالکیت متوفا مطرح کرده‌اند؛ به این صورت که پس از قبول وصیت به وسیله موصی له مشخص می‌شود که از زمان فوت، مالکیت به او منتقل شده و کاشف از مالکیت وی از زمان فوت موصی است؛ لذا در حقیقت، فتره زمانی وجود ندارد تا امکان بقای ملاکیت متوفا بر آن متصور باشد.^{۵۵} این نظریه، مقبولیت فراگیری ندارد و نظریه بقای ماترک موضوع وصیت در حکم مال متوفا، نظر غالب و صائب در این زمینه است و دلالتی آشکار بر بقای اهلیت تملک پس از مرگ دارد.

۱. ۵. بقای مالکیت متوفا بر ترکه در صورت فوت موصی له قبل از قبول وصیت

در صورت فوت موصی له قبل از قبول وصیت، طبق روایت «الْوَصِيَّةُ لِوَارِثِ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ»^{۵۶} ورثه موصی له حق قبول وصیت را دارند؛ در این صورت، یک نظر آن است که مال موضوع وصیت برای یک

۴۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۴۶/۱۵.

۴۹. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶۶/۲۵.

۵۰. میلانی، المحاضرات فی فقه الإمامیه، ۲۳/۲؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۴۰۸ تا ۴۰۷/۱۳.

۵۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۵۰/۱۵؛ کرباسی، الارث فی الفقه الجعفری، ۳۲/۳.

۵۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۷۰/۲۱؛ کرباسی، الارث فی الفقه الجعفری، ۵۳/۳.

۵۳. گلپایگانی، القضاء و الشهادات، ۴۲۳/۱.

۵۴. گلپایگانی، بلغة الطالب، ۶۳۴/۱؛ رشتی، کتاب القضاء، ۳۳۹ تا ۳۳۸.

۵۵. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۳۱/۲.

۵۶. فیض کاشانی، الوافی، ۹۹/۲۴.

لحظه هم که شده به تملک متوفا در بیاید تا انتقال آن به وراثت توجیه‌شدنی باشد.^{۵۷} ولی اگر این احتمال را مخدوش بدانیم و معتقد باشیم که مال پس از قبول ورثه موصی له مستقیماً به مالکیت خود آن‌ها در می‌آید، باید قائل به بلامالک‌بودن مال از زمان فوت متوفا (موصی) تا زمان پذیرش وصیت به وسیله وراثت موصی له باشیم که ممتنع است. فایده عملی این موضوع، در بحث امکان ارث‌بردن زن موصی له از موضوع وصیت مشخص خواهد شد.

۲. مالکیت جدید متوفا پس از مرگ

پذیرش امکان مالکیت پس از مرگ، محدود نیست به بقای مالکیت متوفا بر آن قسمت از ترکه که موضوع دین و وصیت است و ادله قاطعی موجود است که امکان پذیرش ایجاد «مالکیت جدید» پس از مرگ را فراهم کرده است.

برخی، به‌رغم اینکه «حدوث دین جدید پس از مرگ» را پذیرفته‌اند، امکان «تملک جدید پس از مرگ» را قبول نکرده‌اند،^{۵۸} درحالی‌که امور اعتباری از جمله امور تسامحی است که ممکن است حتی مشمول میت هم بشوند و همان‌گونه که در عالم اعتبار، ماترک می‌تواند در ملکیت میت باقی بماند، به همان اعتبار می‌توان قائل به صحت ایجاد ملکیت پس از موت شد^{۵۹} که ذیلاً به ذکر ادله و مصادیق آن می‌پردازیم.

۲. ۱. مالکیت متوفا بر دیه جنایت بر اموات

از مصادیق بارز پذیرش ایجاد مالکیت جدید پس از مرگ، قبول مالکیت متوفا بر دیه ناشی از جنایت بر جسد است. شکی نیست که حرمت میت مانند حرمت زنده است؛^{۶۰} اعتدای بر میت مسلمان جایز نیست.^{۶۱} میت از حیث دیه در حکم جنین است.^{۶۲} برخلاف دیه انسان زنده، در دیه میت، تفاوتی بین زن و مرد یا صغیر و کبیر وجود ندارد.^{۶۳} براین اساس، برای قطع اعضای منفرد، صد دینار و برای هریک از اعضای دوتایی مانند دست، پنجاه دینار معین شده است و دیه سایر اعضا هم براساس همین نسبت‌ها تعیین می‌شود.^{۶۴}

۵۷. خونی، موسوعة، ۳۳/۳۲۵.

۵۸. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲/۳۱.

۵۹. محسنی، القواعد الأصولية والفقهية فی المستمسک، ۳۵۸.

۶۰. مدرسی، الفقه الاسلامی، ۳۰۳؛ فاضل موحدي لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۸۹.

۶۱. فاضل موحدي لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۸۹.

۶۲. ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۳/۱۳۶؛ بیهقی نیشابوری کیدری، اصباح الشیعة، ۵۱۰.

۶۳. مدرسی، الفقه الاسلامی، ۳۰۳؛ خونی، موسوعة، ۹۴/۴۹؛ مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، ۳۶۳/۶.

۶۴. بیهقی نیشابوری کیدری، اصباح الشیعة، ۵۱۰؛ ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۳/۱۳۶؛ صاحب‌جواهر، معجم الفقه الجواهر، ۶۶۷/۲؛ حکیم، منهاج الصالحین،

وجه افتراق دیه جنین و مرده آن است که دیه جنین به ارث می‌رسد ولی دیه میت به ارث نمی‌رسد، بلکه صرف امور خیر می‌شود که حتی بر آن ادعای اجماع شده است.^{۶۵} درحقیقت، باتوجه به روایات موجود، قول مشهور آن است دیه جنایت بر متوفا، معلق به خود میت است^{۶۶} و این دیه صرف ادای دیون متوفا می‌شود.^{۶۷} بدیهی است که پذیرش مالکیت متوفا بر این دیه، مستلزم قائل بودن به تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ است و اما نظر غیر مشهور که نمی‌تواند مطمئن نظر باشد، آن است که دیون متوفا از این محل پرداخت‌شدنی نیست،^{۶۸} چراکه دین باید از ترکه ادا شود، در صورتی که دیه جنایت بر اموات به ارث نمی‌رسد، لذا مشمول عنوان ترکه نیست.^{۶۹} برخی برای توجیه مشمول ارث نبودن این نوع از دیه، استدلال کرده‌اند که ورثه از اموال متوفا در لحظه مرگش ارث می‌برند اما دیه جنایت بر میت، پس از مرگ پدید می‌آید؛ لذا ورثه از آن ارثی نخواهند برد.^{۷۰} طبق نظر دیگری که به سیدمرتضی و ابن‌ادریس حلی منسوب شده، دیه جنایت بر میت را متعلق به بیت‌المال دانسته است.^{۷۱} این نظر مبتنی بر روایتی است^{۷۲} که دلالتی بر مفهوم بیان شده ندارد.^{۷۳} در نهایت باید گفت که براساس قول راجح و مشهور، دیه جنایت بر اموات، به خود متوفا تعلق دارد و اقوال دیگری، که این دیه را از باب مجازات و جریمه می‌دانند و آن را متعلق به بیت‌المال می‌دانند، مخالف مشهور هستند^{۷۴} و بدیهی است که در نظر گرفتن مالکیت دیه جنایت بر اموات برای خود متوفا بدون مفروض دانستن «تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ» متصور نخواهد بود.

۲.۲. مالکیت متوفا بر دیه قتل

پرواضح است که دیه قتل پس از حصول قتل و مرگ شخص ثابت می‌شود، لذا اصولاً نباید جزو ماترک متوفا به شمار رود؛ چراکه ماترک به اموال شخص در زمان مرگ اطلاق می‌شود و قاعدتاً شامل دیه قتل که الزاماً پس از حصول فوت ثابت می‌شود، نمی‌شود و این قضیه سبب بروز این ابهام می‌شود که اگر دیه قتل

۳/۳۲۱: هاشمی شاهرودی، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)، المعجم الفقهی، ۵۱۶/۲.

۶۵. صاحب‌جواهر، معجم الفقه الجواهر، ۲/۶۶۷: حکیم، منهاج الصالحین، ۳/۳۲۱: خونی، موسوعة، ۹۴/۴۹: ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۳/۱۳۶: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳/۳۸۷: بیهقی نیشابوری کیدری، اصباح الشیعة، ۵۱۰: هاشمی شاهرودی، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)، المعجم الفقهی، ۵۱۶/۲: خونی، محاضرات فی الموارث، ۲۵۰: تبریزی، تنقیح مبانی الأحکام، ۴/۳۴۰.

۶۶. کلینی، الکافی، ۱۴/۴۷۶: مجلسی، بحار الأنوار، ۱۰۱/۴۲۵: طوسی، النهاية، ۷۸۰: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳/۳۸۸.

۶۷. مدرسی، الفقه الاسلامی، ۳۰۳: حکیم، الاحکام الفقهیة، ۵۵۷.

۶۸. مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، ۶/۳۶۴.

۶۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳/۳۸۸.

۷۰. میرشکاری، مظفری، «مستولیت مدنی ناشی از ورود زیان بدنی به متوفا»، ۳۶۹.

۷۱. مدرس، کفایة المحصلین، ۲/۶۳۵: ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۳/۱۳۶.

۷۲. حر عاملی، تفصیل وسائل الشریعة، ۲۹/۳۲۷.

۷۳. مفید، سلسله مؤلفات الشیخ المفید، ۱۴/۷۶۰: روحانی، فقه الصادق، ۲۶/۳۶۵: فاضل‌محمّدی لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۹۱ تا ۲۹۲.

۷۴. صافی گلپایگانی، التعزیر: احکانه و حدوده، ۹۰.

جزو ماترک متوفا نیست، پس بر چه اساس دیون او از آن استیفا می‌شود و به وراث او می‌رسد؟ درباره نحوه انتقال دیه قتل به وارث دو نظر دارد: برخی، دیه را داخل در اموال متوفا می‌دانند؛ به این صورت که ولو برای یک لحظه هم که شده دیه در مالکیت متوفا ایجاد می‌شود و سپس از متوفا به ورثه منتقل می‌شود. اما برخی دیگر دیه را اساساً متعلق به خود ورثه در نظر می‌گیرند و دخول آن در مالکیت متوفا را منتفی تلقی می‌کنند.^{۷۵} بدیهی است که براساس نظر اخیر، دیه مشمول ارث نیست و ادای دیون متوفا از دیه قتل ممکن نخواهد بود؛ چراکه اگر دیه مستقیماً در ملکیت ورثه ایجاد شود و از ابتدا مال وراث باشد، امکان پرداخت دیون متوفا از آن مقدور نخواهد بود، درحالی که در واقعیت چنین نیست و طبق صریح روایات، مسلم آن است که دیه به ارث می‌رسد^{۷۶} تا جایی که حتی بر آن ادعای اجماع شده است^{۷۷} و مقتضی ارث هم این است که دیه باید ابتدائاً به ملکیت متوفا درآمده باشد تا از طریق ارث، قابلیت انتقال به وراث را داشته باشد!^{۷۸} از این روست که براساس نظریه صائب، دیه در جمیع اقسام قتل (در قتل عمد با اندکی اختلاف نظر) به منزله ملک میت است و از او به وراث منتقل می‌شود.^{۷۹} افزون بر اینکه، مانعی وجود ندارد که متوفا مالک دیه شود؛ چراکه ملکیت امری اعتباری است که ممکن است حتی به اشیا و جمادات نیز تعلق گیرد؛ همانند مسجد (در مالکیت وقف) یا مالکیت شبکه و تور ماهیگیری نسبت به صیدی که بعد از مرگ صیاد داخل آن شود.^{۸۰} اصولاً براساس مالکیت متوفا بر دیه قتل است که امکان پرداخت دیون متوفا از این دیه واجب تلقی می‌شود؛ چراکه دیه بدل از قصاص نیست تا ابتدائاً متعلق به وراث باشد، بلکه بدل از نفس مقتول است و ابتداء الامر به خود متوفا تعلق می‌گیرد و سپس براساس مقررات ارث به وراث منتقل می‌شود، درحالی که اگر دیه بدل از قصاص تلقی می‌شد می‌بایست صرفاً به عصبه تعلق می‌گرفت؛ چون فقط عصبه حق اجرای قصاص دارند، درحالی که چنین نیست و دیه براساس مقررات ارث به وراث می‌رسد که مستلزم مالکیت قبلی متوفا بر دیه است.^{۸۱} مستظهر دیگر این ادعا که مبنایی روایی نیز دارد این است که وارث با گذشت از دیه قتل، ضامن دیون متوفا می‌شوند^{۸۲} و این قضیه کاشف از آن است که دیه، ملک میت است و از اوست که به ورثه منتقل می‌شود و در غیر این صورت، ضامن تلقی کردن ورثه بی معنا می‌بود. شیخ

۷۵. مشکینی اردبیلی، التعلیقة على الشرائع الاسلام، ۱۴۴/۳.

۷۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۹۷/۱۷؛ محسنی، معجم الأحادیث المعتمدة، ۳۸۴/۸؛ شبیری زنجان، المسائل الشرعية، ۶۷۹.

۷۷. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۵۹/۲۴.

۷۸. خونی، التنقیح فی شرح المکاسب، ۱۵۰/۱.

۷۹. مجلسی، ملاذ الاخیار، ۸۵؛ خونی، موسوعة، ۸۰/۴۹، ۸۲، ۸۳؛ روحانی، فقه الصادق، ۴۳۹/۲۴؛ کرباسی، الإثر فی الفقه الجعفری، ۵۴/۸.

۸۰. خونی، موسوعة، ۸۳/۴۹.

۸۱. خونی، موسوعة، ۸۳/۴۹.

۸۲. فیض کاشانی، الوافی، ۸۶۴/۱۶.

انصاری قائل به وجود مالکیت تقدیری متوفا بر دیه قتل شده است.^{۸۳} صرف نظر از اینکه مالکیت متوفا را از نوع مالکیت تقدیری بدانیم یا اینکه دیه را در حکم مال متوفا در نظر بگیریم، هر درجه از مالک بودن و هر قسم از انواع مالکیت برای متوفا، مستلزم داشتن اهلیت تملک است.

۲. ۳. ایجاد مالکیت جدید پس از مرگ، با فسخ بیع به وسیله وراث

حق فسخ جزو آن دسته حقوقی است که با فوت به وراث منتقل می شود. با فسخ اصولاً مالکیت مبیع به فروشنده منتقل می شود و مالکیت ثمن هم به خریدار باز می گردد، از این روست که علی القاعده باید در صورت فسخ بیع به وسیله ورثه، مالکیت مبیع به بایع، که همان متوفاست، منتقل شود و ثمن از ماترک او پرداخت شود. البته در این خصوص نمی توان شاهد اجماع نظر بود و درباره اینکه حق مالکیت مبیع به چه کسی بر می گردد، می توان اصولاً شاهد دو گونه استدلال بود: ۱. اینکه حق خیار به وارث رسیده است و آن ها از سوی خودشان و به عنوان اصیل معامله را فسخ می کنند و مالکیت مبیع به وراث منتقل می شود؛^{۸۴} ۲. اینکه وارث به عنوان نایب متوفا فسخ معامله می کنند و فسخ ورثه مانند فسخ وکیل است، لذا مبیع در اثر فسخ به مالکیت میت در می آید و ثمن هم قاعداً بر ذمه متوفا ثابت می شود.^{۸۵} براساس نظر دوم، با فسخ، مالکیت مبیع ولو برای یک لحظه هم که باشد به خود متوفا بر می گردد. در حقیقت، وراث، عقد را از طرف خود فسخ نمی کنند؛ بلکه حق منحل کردن عقدی را که قبلاً منعقد شده را دارا هستند^{۸۶} و ظاهر معامله نیز دلالت بر آن دارد که وقتی معامله بین مشتری و میت واقع شده است، به محض فسخ عقد هر مال به مالکی که در زمان عقد داشته، بر گردد.^{۸۷} به عبارت گویاتر، فسخ عقد مقتضی انحلال عقد از زمان انعقاد آن است،^{۸۸} از این روست که انحلال عقد مستلزم دخول مبیع در ملک میت است و اگر عین ثمن معامله باقی باشد مشتری می تواند آن را مسترد کند و در غیر این صورت، تبدیل به دین میت می شود و موجبات اشتغال ذمه متوفا را فراهم می آورد و از ترکه خارج می شود.^{۸۹} فایده عملی قضیه آن است که در صورتی که مالکیت ابتدائاً به متوفا برسد و بعداً به ورثه منتقل شود، زوجه از عین زمین محروم می شود؛ چرا که انتقال براساس قواعد ارث صورت گرفته است. برخی برای پرهیز از عودت مبیع به مالکیت متوفا و پرهیز از پذیرش

۸۳. خونی، التفتیح فی شرح المکاسب، ۱۵۰/۱؛ گلپایگانی، بلغة الطالب، ۱۵۷.

۸۴. طباطبایی، حاشیة المکاسب، ۱۵۰/۲؛ طباطبایی، سؤال و جواب، ۱۹۷/۱.

۸۵. تبریزی، ارشاد الطالب، ۸۴۳/۴.

۸۶. روحانی، منهاج الفقاهة، ۳۷۵/۶.

۸۷. خونی، موسوعة، ۱۵۱/۴۰.

۸۸. خونی، مصباح الفقاهة، ۴۳۷/۷.

۸۹. خونی، موسوعة، ۱۵۲/۴۰؛ موسوی گلپایگانی، رسائل، ۱۱؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۷۰/۳؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۴۳۷/۷؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۸۴۴/۴.

مالکیت اموات، به قیاس اثر اعمال حق شفعه وراث و حق فسخ وراث اقدام کرده‌اند؛ با این توضیح که، اگر وراث دارنده حق شفعه، نسبت به اعمال این حق اقدام کنند، مالکیت مبیع به ملکیت خود آن‌ها وارد می‌شود نه به ملکیت مورث آن‌ها که فوت کرده است.^{۹۰} این ایراد به وضوح مردود است؛ چراکه شفعه یک تأسیس حقوقی خاص است که دارنده این حق می‌تواند بدون فسخ عقد اصلی، حصه مبیع را تملک کند و ثمن را هم شخصاً می‌پردازد، در حالی که در حق فسخ، عقدی که سابقاً واقع شده، برهم می‌خورد و مالکیت هریک از عوضین به طرف دیگر منتقل می‌شود.^{۹۱} افزون بر موارد مذکور، ادله دیگری را نیز می‌توان یافت که دلالت ضمنی بر بقای مالکیت متوفا پس از مرگ دارد: جرم‌انگاری ربایش «کفن متوفا یا ایمپلنت‌های درمانی یا دندان طلای موجود در جسد»، تحت عنوان سرقت،^{۹۲} دلالتی مسلم بر وجود مالکیت متوفا بر این اقلام دارد؛ چراکه قدر متقین آن است که این اموال به ارث نمی‌رسد و اگر در حکم مالکیت متوفا نیز نباشد و قاتل به بلامالک بودن آن باشیم، تسمیه واژه سرقت بر آن صحیح نخواهد بود و ربایش اشیای بلامالک اساساً سرقت تلقی نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

اهلیت به دو دسته تقسیم می‌شود: اهلیت تمتع و اهلیت استیفا. اهلیت تمتع یا اهلیة الوجوب، قابلیت است که فرد به اعتبار آن می‌تواند صاحب حق شود. اهلیت استیفا یا اهلیة الاداء نیز به قابلیت اطلاق می‌شود که افراد بتوانند در پرتو آن نسبت به اجرای حقوق خود اقدام کنند. پرواضح است که برای داشتن اهلیت استیفا، وجود شرایط عامه؛ یعنی عقل و بلوغ و رشد ضروری است، لذا امکان تداوم اهلیت استیفا بعد از مرگ متصور نیست.

در خصوص اهلیت تمتع نیز باتوجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۹۵۸ بیان می‌دارد: «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود»، بسیاری اهلیت تمتع را مختص به انسان دانسته و آن را بر واژه انسان اطلاق کرده‌اند. برخی دیگر نیز شرط برخورداری از اهلیت تمتع را زنده بودن انگاشته‌اند؛ حال آنکه فقه غنی اسلامی در بحث وقف بر جهات، برای جهت تعیین شده، اهلیت تمتع و تملک قائل است و در صورت وقف بر مساجد، مال موقوفه را داخل در مالکیت خود مسجد می‌داند و اصولاً مالکیت، پدیده‌ای است اعتباری که مستلزم وجود فیزیکی و خارجی نیست و ممکن است برای اموری که در عالم اعتبار نیز وجود

۹۰. یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۴۵/۲.

۹۱. خونی، مصباح الفقاهة، ۴۳۷/۷؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۸۴۴/۴؛ روحانی، منهاج الفقاهة، ۳۷۶/۶.

۹۲. شاکری، کرمی کلباغی، «بررسی ربودن مال از قبر در فقه و حقوق کیفری ایران»، ۱۰۹؛ طوسی، المبسوط، ۳۴/۸.

دارد تعیین مالکیت شود و اگر «وجود فیزیکی خارجی» شرط لازم برای امکان مالکیت بود، لاجرم عناوین و جهات و شرکت‌ها هیچ‌گاه نمی‌توانستند اهلیت مالک بودن را کسب کنند.

در فقه شاهد احکام و گزاره‌هایی هستیم که دلالت بر بقای مالکیت اشخاص پس از مرگ و نیز امکان تملکات جدید پس از فوت دارد؛ استعمال عباراتی نظیر ملک‌المیت، حق‌المیت و مال‌المیت در متون فقهی، آن هم در سطحی گسترده، نشان‌دهنده تلقی مالکیت محدود برای متوفاست، که هم به صورت بقای مالکیت پس از مرگ و هم به صورت امکان مالکیت جدید پس از فوت پذیرفته شده است که اهم مصادیق آن به شرح زیر است:

۱. بقای مالکیت پس از مرگ

أ. در صورت وجود دین مستوعب: مشهور آن است که در صورت مستوعب بودن دین بر ترکه؛ یعنی در صورتی که دین از ترکه بیشتر باشد، چیزی به وراثت نمی‌رسد و تمامی ترکه (تا زمان تأدیة دیون)، در حکم مال متوفای باقی می‌ماند که بدون تلقی تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ، تصور چنین چیزی مقدور نخواهد بود.

ب. بقای مالکیت متوفا بر موصی به تا زمان حصول قبول موصی له: علاوه بر اینکه روایات موثقی وجود دارد که ثلث ترکه را متعلق به خود متوفا می‌داند، اساساً طبق نظریة اقوا تا زمانی که وصیت توسط موصی له پذیرفته نشده است، موصی به در حکم مال متوفا باقی می‌ماند، که مستلزم پذیرش بقای اهلیت تملک بعد از مرگ است.

۲. حدوث مالکیت جدید پس از مرگ

أ. مالکیت متوفا بر دیة ناشی از جنایت بر جسد: در اسلام برای جنایت بر جسد دیة مشخصی در نظر گرفته شده است که مقدار آن برابر با دیة جنین است اما تفاوت مهم و معنادار این دو در آن است که دیة جنین به ارث می‌رسد، در حالی که دیة متوفا متعلق به خود اوست و به وراثت نمی‌رسد و صرف ادای دیون خود متوفا می‌شود و در کارهای خیر به نیت متوفا هزینه می‌شود، بدیهی است که نمی‌توان مالکیت بر دیة جنایت بر اموات را متعلق به خود متوفا دانست اما وی را فاقد اهلیت تملک تلقی کرد!

ب. مالکیت متوفا بر دیة قتل: طبق صریح روایات و اجماع مبتنی بر آن، دیون متوفا باید از دیة قتل او پرداخت شود و سپس به ارث برسد، که لازمه این حکم، همانا مالکیت آنی متوفا بر این دیه است؛ چراکه اگر مستقیماً دیة قتل به وراثت می‌رسید و داخل در مالکیت متوفا نمی‌شد، امکان پرداخت دیون متوفا از آن مقدور نبود، به همین سبب است که بسیاری از فقها قائل به مالکیت تقدیری متوفا بر دیة قتل شده‌اند؛ با این توضیح که، دیه به صورت آنی به مالکیت متوفا داخل می‌شود و پس از کسر دیون به وراثت منتقل می‌شود.

پرواضح است که ایجاد مالکیت، چه به صورت واقعی و چه به صورت تقدیری، مستلزم داشتن اهلیت تملک است.

ج. مالکیت جدید متوفا پس از مرگ به دلیل ایجاد سبب مالکیت قبل از فوت: از جمله مثال‌های بارزی که در کتب فقهی برای ایجاد مالکیت تقدیری پس از مرگ بدان اشاره شده است، مالکیت صیاد فوت شده بر ماهی و صیدی است که بعد از مرگ او در تور یا دام افتاده باشد، که امری بلامنازع است و دلالتی محکم بر وجود اهلیت محدود تملک متوفا دارد. این قضیه در دنیای امروزی با مقوله «برنده شدن در لاتاری و قرعه کشی بعد از مرگ» عیان تر شده است، که بدون در نظر گرفتن اهلیت تملک بعد از مرگ و قائل بودن به ورود مالکیت جایزه قرعه کشی به ملکیت متوفا بدیهی است که نمی توان به پرداخت دیون متوفا از آن و تقسیم جایزه بین وراث حکم داد!

د. ایجاد ملکیت جدید پس از مرگ با فسخ بیع به وسیله ورثه: در فقه اسلامی حق فسخ با فوت شخص به ارث می رسد. مسئله مهم در این زمینه، آثار و نتایج حقوقی ناشی از این فسخ است. با فسخ اصولاً مالکیت مبیع به بایع بر می گردد و مالکیت ثمن نیز به مشتری عودت می یابد، بر همین اساس طبق نظر اقوا، با فسخ بیع به وسیله ورثه مالکیت مبیع به صورت آنی به متوفا بر می گردد و از او مجدداً به وراث می رسد. بدیهی است اگر مالکیت مبیع به متوفا بر نمی گشت و مستقیماً به وراث عودت می یافت؛ اولاً می بایست وراث، ثمن معامله فسخ شده را از مال خودشان به خریدار پرداخت می کردند؛ ثانیاً چون مبیع مستقیم به مالکیت وراث داخل شده است امکان پرداخت دیون متوفا از آن ممکن نبود، در حالی که طبق نظر مشهور، اولاً دیون متوفا از مبیعی که در اثر فسخ به او مسترد شده، پرداخت شدنی است؛ ثانیاً ثمن معامله فسخ شده باید از ترکه متوفا پرداخت شود که هر دوی این احکام، مستلزم برگشت مالکیت مبیع به متوفا ولو به صورت آنی است که اعتقاد به چنین چیزی بدون پذیرش تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ غیر متصور است.

موارد مذکور نشان دهنده این مهم هستند که امکان مالک بودن متوفا در فقه کلاً ممنوع نیست و قرائن و مصادیق فراوانی را در فقه می توان یافت که دلالت بر بقای مالکیت پس از مرگ و حتی امکان ایجاد مالکیت جدید پس از فوت دارد که مستلزم پذیرش امکان تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ است.

قانون مدنی ایران در ماده ۹۵۶ مقرر می دارد: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود.» بسیاری از حقوق دانان ایران نیز با اعتماد به اطلاق این ماده، مرگ را پایان بخش اهلیت انسان تلقی کرده اند، در حالی که به نظر می رسد این ماده به هیچ وجه حاوی چنین حکمی نیست؛ زیرا اولاً، قانونگذار در ماده ۹۵۶ مرگ را پایان «اهلیت شخص برای دارا شدن حقوق یا همان اهلیت استیفا» اعلام کرده و در خصوص سایر ابعاد اهلیت، نظیر «اهلیت تملک» ساکت است؛ ثانیاً،

احکام متعددی در قانون مدنی یا قوانین دیگر ایران وجود دارد که جز با پذیرش اهلیت مردگان (ولو به صورت محدود) توجیه‌شدنی نیست. برای نمونه، قانونگذار در قانون مدنی در مواد ۲۹۱ (برای ذمه میت)، ۱۲۶۷ (اقرار به نفع متوفا)، ۶۸۷ (ضمانت از دیون متوفا) و در قانون مجازات اسلامی در تبصره ۲ ماده ۲۰۱ (در بحث مالکیت متوفا بر دیه) و در قانون تجارت در ماده ۴۱۲ (در بحث اعلام ورشکستگی متوفا) تلویحاً وجود اهلیت اموات را تأیید و به مسائلی اشاره کرده که نوعاً از آثار و عوارض اهلیت ولو محدود برای اموات است و اعتبار اطلاق ماده ۹۵۶ قانون مدنی را مخدوش می‌کند. از این روست ماده ۹۵۶ قانون مدنی به سبب وجود استثنائات و تخصیص‌های متعدد وارده عملاً دچار تخصیص اکثر یا استثنای مستغرق شده است و از حیث اطلاق، قابلیت استناد را ندارد؛ چراکه این ماده، اهلیت را محدود به زمان تولد تا مرگ کرده است، در حالی که امکان مالکیت متوفا که مستند به ادله متعددی است، اثبات‌کننده تداوم اهلیت تملک بعد از مرگ است و حجیت اطلاق ماده ۹۵۶ قانون مدنی را منتفی می‌کند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۴۰۶ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کتاب فی الوقف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. کتاب القضاء. قم: المؤتمر العلامة الآشتیانی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- آقامهدوی، اصغر، مهدی حبیبیان. «بررسی اهلیت شخص حقوقی در فقه و حقوق»، دو فصلنامه علمی تخصصی پژوهشنامه فقهی. س ۲، ش ۲، ۱۳۹۳، ۲۷ تا ۵۰.
- آفانطری، حسن. «بررسی فقهی حقوقی شخصیت حقوقی»، حقوق اسلامی. س ۱۴، ش ۵۴، ۱۳۹۶، ۹۷ تا ۱۲۵.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. موسوعة ابن ادریس الحلّی. قم: دلیل ما. ۱۳۸۷.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۰ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. به تصحیح جعفر سبحانی تبریزی. قم: سید الشهداء العلمیة. ۱۴۰۵ق.
- اراکي، محمدعلی. رسالة فی الارث. قم: در راه حق. ۱۳۷۱.
- اعراف، علیرضا. فقه تربیتی. به تحقیق محمدقاسم رجایی. قم: اشراق و عرفان. ۱۳۹۷.
- امامی خوانساری، محمد. الحاشیة الأولى علی المکاسب. بی‌جا: ۱۳۳۲ق.
- امین، سیدعلیرضا. «درآمدی بر نظریه شخصیت حقوقی در فقه امامیه»، تمدن حقوقی. ش ۹، ۱۴۰۰، ۵۴۱ تا ۵۵۷.
- doi: 10.22034/lc.2022.141396
- انصاری، قدرت‌الله، محمدجواد فاضل لنگرانی. احکام و حقوق کودکان در اسلام. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ۱۳۹۲.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: دار الذخائر. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- باریکلو، علی رضا. اشخاص و حمایت های حقوقی آنان. تهران: مجد. ۱۳۸۷.
- بهرامی حسین، محمد حسن بیاتی. «تأملی در شرعیت «شخصیت حقوقی»»، دو فصلنامه علمی ترویجی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق. س ۱۳، ش ۳۹، ۱۳۹۸، ۴۵ تا ۶۶. doi: 10.22034/fvh.2019.3555
- بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین. اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. به تحقیق ابراهیم بهادری. قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع). ۱۳۷۴.
- تبریزی، جواد. ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب. قم: مهر. ۱۴۱۲ق.
- تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الأحکام. قم: دار الصدیقة الشهيدة (س). ۱۳۷۸.
- تحینی عاملی، محمد حسن. الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية. بی جا: دار الفقه. ۱۳۸۵.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، عبید الله بن مسعود صدر الشریعة الثاني. شرح التلویح علی التوضیح لمتن التنقیح فی اصول الفقه. به تصحیح زکریا عمیرات. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۴۱۶ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشریعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البیت (ع). ۱۴۱۶ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. تهران: اسلامیة. ۱۳۷۲.
- حسنی، هاشم معروف. نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: مکتبة هاشم. بی تا.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۳۲ق.
- حکیم، محمد تقی، علی عبد الحکیم صافی، علیان رشدی. الضمان فی الفقه الإسلامی. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیة، المعاونیة الثقافیة. ۱۴۳۱ق.
- حکیم، محمد سعید. الاحکام الفقهیة. نجف: دار الهلال. ۱۴۲۸ق.
- حکیم، محمد سعید. منهاج الصالحین. قم: دار الهلال. ۱۴۳۳ق.
- خوئی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح المکاسب. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۲۵ق.
- خوئی، ابوالقاسم. محاضرات فی الموارث. به تقریر محمد علی خراسان. قم: السبطین (ع). ۱۴۲۴ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. قم: انصاریان. ۱۴۱۷ق.
- خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۳۰ق.
- داوودی، سعید، ناصر مکارم شیرازی، جمعی از محققین. نقش فقهای شیعه در حل مسائل مستحدثه. قم: امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۳۹۷.
- رجبی، عبد الله. «ضمان در هوش مصنوعی»، مطالعات حقوق تطبیقی. ش ۲، ۱۳۹۸، ۴۴۶ تا ۴۵۸. doi: 10.22059/jcl.2019.274782.633787
- رشتی، حبیب الله. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

- رضوانی، صادق. بررسی تحلیلی و تطبیقی جرائم کذب، افترا و توهین. تهران: فرهنگ سبز. ۱۳۸۹.
- روحانی، محمدصادق. فقه الصادق. قم: مؤلف. بی تا.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. چاپ پنجم، ۱۴۲۹ق.
- ساکت، محمدحسین. دیباچه‌ای بر دانش حقوق. تهران: ثالث. ۱۳۸۷.
- شاکری، ابولحسن، داوود کرمی گلباغی. «بررسی ربودن مال از قبر در فقه و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۶، ش ۱۹، ۱۳۹۸، ۱۰۷ تا ۱۲۳.
- شیرازی، زنجانی، موسی. المسائل الشرعية. قم: الفقاهة. ۱۳۸۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. به شرح محمد کلانتر. قم: داوری. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. حاشیة الإرشاد. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۴ق.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادهای تعهدات. تهران: حقوقدان. ۱۳۷۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. حاشیة الإرشاد. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۳۶۲.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. معجم الفقه الجواهر. بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة. ۱۴۱۷ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله. التعزیر: احکامه و حدوده. قم: دفتر معظم له. بی تا.
- صیمری، مفلح بن حسن. غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی. ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی قمی، تقی، غالب سیلوی. مصباح الناسک فی شرح المناسک. قم: محلاتی. ۱۴۲۵ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۰ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. سؤال و جواب. گردآوری مصطفی محقق داماد و رضا استادی. به تحقیق حسن وحدتی شیرازی و محمود مدنی بجستانی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۷۶.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی. ۱۴۰۰ق.
- عراقی، ضیاء الدین. کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع). ۱۳۷۰.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. ۱۴۲۳ق.
- علوی قزوینی، سیدعلی. «وضعیت حقوقی ترکة مادیون در دوران تصفیة»، فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۶، ش ۱، ۱۳۹۲، ۹۶ تا ۱۱۸. doi: 10.22059/jzfil.2013.36689
- علوی گرگانی، محمدعلی. منهج الناسکین. قم: دفتر حضرت آیت الله علوی گرگانی. ۱۳۹۱.
- عمران، محمد. الأسس العامة فی القانون. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة. ۲۰۰۲م.

- غلامعلی زاده کجو، محمد، اسماعیل رضایی. «بررسی شخصیت حقوقی ترکه»، دومین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت حسابداری و حقوق. ۱۳۹۹، ۲۲ تا ۴۰.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار(ع). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: مکتبة الإمام امیرالمؤمنین علی(ع). ۱۴۰۶ق.
- قاسم زاده، عاتکه. «اهلیت جنین و اداره اموال او»، فقه اهل بیت. س ۱۴، ش ۵۶، ۱۳۸۷، ۱۷۶ تا ۱۹۰.
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی، سید محمد هادی قبولی درافشان. «بررسی فقهی حقوقی ترکه پس از فوت متوفی»، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی. س ۴، ش ۷، ۱۳۹۲، ۱۴۹ تا ۱۷۶.
- قدرتی، فاطمه. «مبانی تداوم شخصیت حقوقی انسان پس از مرگ در مذاهب خمس و حقوق موضوعه»، آموزه های فقه مدنی. دانشگاه علوم اسلامی رضوی. ش ۱۲، ۱۳۹۴، ۴۷ تا ۶۸.
- قنبری رباطی، ثریا، علی اکبر فلاح. «ماهیت شخصیت حقوقی در فقه و حقوق اسلامی»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۶، ش ۱۹، ۱۳۹۳، ۴۱ تا ۵۲.
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر. انوار الفقاهة: کتاب المیراث. نجف: کاشف الغطاء. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کرباسی، محمد ابراهیم بن علی. الإرث فی الفقه الجعفری. بیروت: الأعلمی. ۱۴۳۱ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. ۱۴۳۰ق.
- گلپایگانی، محمدرضا. القضاء و الشهادات. به تقریر علی حسینی میلانی. قم: حقایق. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- گلپایگانی، محمدرضا. بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب. به تقریر علی حسینی میلانی. قم: خیام. ۱۳۹۹ق.
- گلپایگانی، محمدرضا. هداية العباد. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۱۳ق.
- لطفی، اسدالله. مبادئ فقه. قم: هجرت. ۱۳۸۰.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الأنوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۳ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. ملاذ الاخيار فی فهم تهذیب الاخبار. به تحقیق مهدی رجایی. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی(ره). ۱۴۰۶ق.
- محسنی، محمد آصف. القواعد الأصولية و الفقهية فی المستمسک. قم: پیام مهر. ۱۳۸۲.
- محسنی، محمد آصف. معجم الأحادیث المعتبرة. قم: ادیان. ۱۴۳۴ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، مصطفی، محمد مهربار. «شخصیت حقوقی زکات در منظر فقهی و ارتباط آن با بیت المال». فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۵۳، ش ۲، ۱۳۹۹، ۴۲۳ تا ۴۴۱. doi: 10.22059/jjfil.2021.293181.668948

- مدرس، محمدعلی. کفایة المحصلین فی تبصرة احکام الدین. تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی. ۱۳۸۰.
- مدرسی، محمدتقی. الفقه الاسلامی. بیروت: مرکز العصر للثقافة و النشر. ۱۴۳۱ق.
- مرتضوی، سیدضیاء. «شخصیت و اهلیت حقوقی دولت در فقه»، فصلنامه تخصصی دین و قانون. ش ۱۴، ۱۳۹۵، ۸۵ تا ۹۹.
- مشکینی اردبیلی، علی. التعليقة على الشرائع الاسلام. به تحقیق مرتضی سیدابراهیمی. تهران: دار الحديث. ۱۳۹۲.
- مغنیه، محمدجواد. فقه الامام جعفر الصادق. قم: انصاریان. ۱۳۷۹.
- مفید، محمدبن محمد. سلسله مؤلفات الشیخ المفید. به تحقیق علی میرشریفی. بیروت: دار المفید. ۱۴۱۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. بحوث فقهیه هامة. قم: مدرسة الإمام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۲ق.
- موسوی بجنوردی، محمد، فائزه مقتدایی. «ذمه از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی (س)»، پژوهشنامه متین. س ۱۵، ش ۵۹، ۱۳۹۲، ۳۱ تا ۳۱.
- موسوی گلپایگانی، جمال الدین احمد. رسائل. نجف: المطبعة الحیدریة. چاپ اول، ۱۳۷۰.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. رسائل المیرزا القمی. به تحقیق عباس تبریزیان و دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (شعبه خراسان). قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۳۸۵.
- میلانی، محمدهادی. المحاضرات فی فقه الإمامیه: کتاب الزکاة. به تحقیق فاضل حسینی میلانی. مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد. چاپ اول، ۱۳۵۵.
- میرشکاری، عباس، خدیجه مظفری. «مسئولیت مدنی ناشی از ورود زیان بدنی به متوفا»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. ش ۲، ۱۳۹۶، ۳۶۳ تا ۳۷۸.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). المعجم الفقہیة لکتاب الشیخ الطوسی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۴ق.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله. حقوق غیرایرانیان در جمهوری اسلامی ایران. قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص). ۱۳۸۸.
- همدانی، رضابن محمد هادی. مصباح الفقیه. به تحقیق محمد باقری. قم: المؤسسة الجعفریة لاحیاء التراث. ۱۳۷۶.

Transliterated Bibliography

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. 1986/1406.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kitāb fī al-Waqf*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.

‘Alawī Gurgānī, Muḥammad ‘Alī. *Manhaj al-Nāsikīn*. Qum: Daftar Ḥazrat Āyat Allāh ‘Alawī Gurgānī. 2012/1391.

- ‘Alawī Qazwīnī, Sayyid ‘Alī. “Vaz’iyat Huqūqī Tarikah-yi Madyūn dar Durān Taṣfiyih”, *Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. yr. 46, no. 1, 2013/1392, 96-118.
- ‘Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. 2002/1423.
- Amīn, Sayyid ‘Alī Rizā. “Darāmadī bar Naẓariyah-yi Shakhṣiyat Huqūqī dar Fiqh Imāmīyah”. *Tamadun Huqūqī*. No. 9, 2022/1400, 541-557.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: Dār al-Dhakhā’ir, Chāp-i Awwal, 1991/1411.
- Anṣārī, Qudrat Allāh, Muḥammad Javād Faḥil Lankarānī. *Aḥkām va Huqūq Kūdakan dar Islām*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imah Aṭhār(AS). 2014/1392.
- Āqā Nazārī, Ḥasan. “Barrisi Fiqhī Huqūqī Shakhṣiyat Huqūqī”. *Huqūq Islāmī*. yr. 14, no. 54, 2018/1396, 97-125.
- Āqā Mahdavi, Aṣghar. Mahdi Ḥabībīyān. “Barrisi Ahliyat Shakhṣ-i Huqūqī dar Fiqh va Huqūq”. *Dū Faṣlnāmih-yi ‘Ilmi Takhaṣṣi Pazhūhnāmah-yi Fiqhī*. Yr. 2, no. 2, 2015/1393, 27-50.
- A’rafī, ‘Alī Rizā. *Fiqh Tarbiyati*. researched by Muḥammad Qāsim Rajāyī. Qum: Ishrāq va ‘Irfān. 2019/1397.
- Arākī, Muḥammad ‘Alī. *Risālah fi al-Irth*. Qum: dar Rāh Haq, 1992/1371.
- Āshtiyānī, Muḥammad Ḥasan ibn Ja’far. *Kitāb al-Qaḍā’*. Qum: al-Mu’tamar al-‘Allāmah al-Āshtiyānī. Chāp-i Awwal, 2004/1425.
- Bahrāmī, Ḥusayn, Muḥammad Ḥasan Bayātī. “Ta’imulī bar Shar’iyat “Shakhṣiyat Huqūqī””, *Dū Faṣlnāmih-yi ‘Ilmi Tarvijī Muṭālī’ at Fiqh-i Islāmī va Mabānī Huqūq*. yr. 13, no. 39, 2020/1398, 45-66.
- Bārīklū, ‘Alī Rizā. *Ashkhāṣ va Himāyat-hā-yi Huqūqī ānān*. Tehran: Majd. 2009/1387.
- Bayhaqī Nayshābūrī Kiydarī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Iṣbāḥ al-Shi’a bi Miṣbāḥ al-Shari’a*. researched by Ibrāhīm Bahāduri. Qum: Mū’assisa al-Imām al-Ṣādiq (AS). 1996/1374.
- Dāwudī, Sa’īd, Naṣir Makārīm Shirāzī, Majmū’i az Muḥaqqiqīn. *Naqsh Fuqahāy Shi’ah dar Ḥall-i Masā’il Mustahḍasah*. Qum: Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2019/1397
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Wāfi*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu’minīn ‘Alī (AS). 1986/1406.
- Faḥil Muwaḥḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Shari’a fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla*. Qum: Fiqh al-A’imah al-Aṭhār(AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Ghulām’alīzādih Kajū, Muḥammad, Ismā’il Rizāyī. “Barrisi Shakhṣiyat Huqūqī Tarikah”, *Duvvumīn Kunfirāns Biyn al-Milallī va Mili Muṭālī’ at Mudiriyat Ḥisābdārī va Huqūq*, 2021/1399, 22-40.

Gulpāygānī, Muḥammad Rizā. *al-Qaḍā' wa al-Shahādāt*. Taqrīr 'Alī Ḥusaynī Milānī, Qum: Ḥaqā'iq. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.

Gulpāygānī, Muḥammad Rizā. *Bulghat al-Ṭālib fī al-Ta'liq 'alā Bay' al-Makāsib*. Taqrīr 'Alī Ḥusaynī Milānī, Qum: Khayām, 1979/1399.

Gulpāygānī, Muḥammad Rizā. *Hidāya al-'Abād*. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. 1993/1413.

Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *al-Aḥkām al-Fiqhiya*. Najaf: Dār al-Hilāl. 2007/1428.

Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Dār al-Hilāl. 2012/1433.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī, 'Alī 'Abd al-Ḥakīm Ṣāfi, 'Aliyān Rushdī. al-, *Damān fī al-Fiqh al-Islāmī*. Tehran: al-Majma' al-'Ālamī li-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmiyya, al-Mu'awiniya al-Thaqāfiya, 2010/1431.

Hamadānī, Rizā ibn Muḥammad Hādī. *Misbāḥ al-Faqih*. researched by Muḥammad Bāqirī. Qum: Mū'assisa al-Ja'fariya li-Iḥyā' al-Tūrāth. 1998/1376.

Ḥasani, Hāshim Ma'rūf. *Nazariya al-'Aqd fī al-Fiqh al-Ja'fari*. Beirut: Maktaba Hāshim. S.d.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS). al-Mu'jam al-Fiqhiyah li-Kutub al-Shaykh al-Ṭūsī, Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS). 2003/1424.

Hidāyatniyā, Faraj Allāh. *Huquq Ghiyr Irāniyān dar Jumhūrī Islāmī Irān*. Qum: Markaz-i Biyn al-Milallī Tarjumah va Nashr al-Muṣṭafā(pbu). 2010/1388.

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

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shi'a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Shari'a*. Qum: al-Islāmiyya. 1994/1372.

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2011/1432.

Ibn Idris, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1990/1410.

Ibn Idris, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mawsū'at Ibn Idris al-Hilī*. Qum: Dalīl-i Mā. 2009/1387.

Ibn Sa'īd, Yahyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-l-Sharāy'*. Ed. Ja'far Subḥānī Tabrizī. Qum: Sayyid al-Shuhadā 'Ilmiyyah. 1985/1405.

Imāmī Khuwānsārī, Muḥammad. *al-Ḥāshiya al-Ulā 'alā al-Makāsib* s.l. 1914/1332.

'Irāqī, Ziyā' al-Dīn, *Kitāb al-Qaḍā'*. Qum: Mū'assisah-yi Ma'ārif Islāmī Imām Riḍā(AS). 1951/1370.

- Karbāsi, Muḥammad Ibrāhīm ibn Ḥasan. *al-Irth fi al-Fiqh al-Ja'farī*. Beirut: al-A'lamī. 2010/1431.
- Kāshif al-Ghiṭā' Najafī, Ḥasan ibn Ja'far. *Anwār al-Faqāhah: Kitāb Mirāth*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā'. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīh fi Sharḥ al-Makāsib*. Qum: Mū'assisa Ihyā' Āṣār al-Imām al-Khū'i, 2004/1425.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mausū'at al-Imām al-Khū'i*. Qum: Mū'assisa Ihyā' Āṣār al-Imām al-Khū'i. 2009/1430.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Qum: Anṣariyān. 1996/1417.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Muḥāḍarāt fi al-Mawāriṭh*. Muqarr Muḥammad 'Alī Kharsān. Qum: Mū'assisa al-Sibtayn, 2003/1424.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Qum: Dār al-Ḥadīth. 2009/1430.
- Luṭfi, Asad Allah. *Mabādī Fiqh*. Qum: Hijrat. 2002/1380.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār*. Beirut: Dār Ihyā' al-Tūrāth al-'Arabī. 1983/1403.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhib al-Akhhbār*. researched by Mahdī Rajāyī. Qum: Kitābkhānah-yi 'Umumī Ḥazrat Āyat Allāh al-'Uzmā Mar'ashī Najafī, 1986/1406.
- Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Buḥūth Fiqhiyah Hāma*. Qum: Irān: Madrisah al-Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2001/1422.
- Milānī, Muḥammad Hādī. *Muḥāḍarāt fi Fiqh al-Imāmiyya: Kitāb al-Zakāt*. researched by Fāzil Ḥusaynī Milānī, Mashhad: Ferdowsi University of Mashhad. Chāp-i Awwal, 1977/1355.
- Mīr Shikārī, 'Abbās, Khadijah Muḥafarī. "Mas'ūliyat Madanī Nāshī az Vurūd Ziyān Badanī bi Mutiwafā", *Faṣlnāmihi-yi Huqūq Khuṣūṣī*. no. 2, 2018/1396, 363-378.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Rasā'il al-Mīrzā al-Qumī*. researched by 'Abbās Tabriziyan va Daftar-i Tablighāt-i Islāmī Ḥawzah-yi 'Ilmiyah Qum (Shu'biḥ-yi Khurāsān). Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2007/1385.
- Mishkinī Ardabilī, 'Alī. *al-Ta'līqā 'alā al-Sharā'i' al-Islām*. researched by Murtaẓā Sayyid Ibrāhīmī. Tehran: Dār al-Ḥadīth. 2014/1392.
- Mudarris, Muḥammad 'Alī. *Kifāya al-Muḥaṣilīn fi Tabṣira Ahkām al-Dīn*. Tehran: Anjuman Āṣār va Mafākhir Farhangī, 2002/1380.
- Mudarrisi, Muḥammad Taqī. *al-Fiqh al-Islāmī*. Beirut: Markaz al-'Aṣr li-l-Thaqāfa wa al-Nashr, 2010/1431.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *Silsilah Mū'allafāt al-Shaykh al-Mufid*. researched by 'Alī Mīr Sharifī. Beirut: Dār al-Mufid. 1994/1414.

Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām Ja'far al-Ṣādiq*. Qum: Anṣariyān. 1960/1379.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā, Muḥammad Mihryār. "Shakhṣiyat Huqūqī Zakāt dar Manẓar Fiqhī va Irtibāṭ ān bā Biyt al-Māl". *Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. yr. 53, no. 2, 2021/1399, 423-441.

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

Muḥsinī, Muḥammad Āshif. *al-Qawā'id al-Uṣūliyya wa al-Fiqhiyyah fī al-Mustamsak*. Qum: Payām Mihr. 2004/1382.

Muḥsinī, Muḥammad Āshif. *Mu'jam al-Aḥādīth al-Mu'tabara*. Qum: Adyān. 2013/1434.

Murtazawī, Sayyid Ḍiyā'. "Shakhṣiyat va Ahliyat Huqūqī Dūlat dar fiqh", *Faṣlnāmiḥ-yi Takhasuṣī Dīn va Qānūn*. No. 14, 2017/1395, 49-85.

Musawī Bujnūrdī, Muḥammad. Fā'izah Muqtadāyī. "Zamah az Dīdgāh-i Fiqh Imāmīyah bā Rūykarkī bar Naẓarāt Imām Khumaynī". *Pazhūshnāmah-yi Matīn*. Yr, 15, no. 59, 2014/1392, 1-31.

Musawī Gulpāyḡānī, Jamāl al-Dīn Aḥmad. *al-Rasā'il*. Najaf: al-Maṭba'at al-Hyderiyya. Chāp-i Awwal, 1951/1370.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fī al-Aḥkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Qabūlī Durafshān, Sayyid Muḥammad Mahdī, Sayyid Muḥammad Hādī Qabūlī Durafshān. "Barrisi Fiqhī Huqūqī Tarikah Pas az Fūt Mutiwafā", *Nashriyih-yi 'Ilmi Pazhūhish Fiqh va Huqūq Islāmī*. yr. 4, no. 7, 2013/1392, 149-176.

Qanbarī Ribāṭī, Surayā, 'Alī Akbar Falāḥ. "Māhiyat Shakhṣiyat Huqūqī dar Fiqh va Huqūq Islāmī", *Faṣlnāmiḥ-yi 'Ilmi Pazhūhish Fiqh va Huqūq Islāmī*. yr. 6, no. 19, 2015/1393, 41-52.

Qāsimzādah, 'Atikih. "Ahliyat Janīn va Idārah-yi Amvāl U", *Fiqh Āl Bayt*. yr. 14, no. 56, 1967/1387, 176-190.

Qudratī, Faṭimah. "Madanī Tadāvum Shakhṣiyat Huqūqī Insān pas az Marg dar Madhāhib Khamsah va Huqūq Mawḍu'ah", *Āmūzih-hā-yi Fiqh-i Madanī*. Razavi University of Islamic Sciences. No. 12, 2016/1394, 47-68.

Rajabī, 'Abd Allāh. "Ḍamān dar Hūsh Maṣnū'ī", *Muṭālī'āt Huqūq Taṭbiqī*. no. 2, 2020/1398, 446-458.

Rashtī, Ḥabīb Allāh. *Kitāb al-Qaḍā'*. Qum: Dār Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1981/1401.

Rīzvānī, Ṣādiq. *Barrisi Taḥlīlī va Taṭbiqī Jar'īm Qazf, Iftirā va Tawhīn*. Tehran: Farhang Sabz. 2011/1389.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qum: Mu'allif, s.d.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anwār al-Hudā. Chāp-i Panjum, 2008/1429.

Ṣāfi Gulpāyḡānī, Luṭf Allāh. *al-Ta'zīr: Aḥkāmuhu wa Hudūduhu*. Qum: Daftar Mu'ẓamulah. S.d.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'y al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī, 1984/1362.

- Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Muʿjam al-Fiqh al-Jawāhir*. Beirut: Markaz al-Ghadir li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya. 1996/1417.
- Sākit, Muḥammad Ḥusayn. *Dibāchih-i bar Dānish Ḥuqūq*. Tehran: Thālith, 2009/1387.
- Şaymarī, Muflīh ibn Ḥasan. *Ghāyat al-Marām fi Sharḥ Sharāʿi al-Islām*. Beirut: Dār al-Hādī. 1999/1420.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lumʿa al-Dimashqiya*. bi Sharḥ Muḥammad Kalāntar. Qum: al-Dāwarī. 1990/1410.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Ḥāsiyah al-Irshād*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1414.
- Shahīdī, Maḥdī. *Tashkil Qarārdād-hā va Taʾahhudāt*. Tehran: Ḥuqūqdān. 1998/1377.
- Shākīrī, Abū al-Ḥasan, Dāwud Karamī Gulbāghī. “Barriṣī Rubūdan Māl az Qabr dar Fiqh va Ḥuqūq Kiyfarī Irān”, *Faṣlnāmiḥ-yi Takḥaṣuṣī Fiqh va Mabānī Ḥuqūq Islāmī*. yr. 6, no. 19, 2011/1389, 107-123.
- Shubayrī Zanjanī, Mūsā. *al-Masāʾil al-Sharʿiyah*. Qum: al-Faqāha. 2009/1387.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī, Ghālib Silāwī. *Miṣbāḥ al-Nāsik fi Sharḥ al-Manāsik*. Qum: Maḥalātī. 2004/1425.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Qum: Ismāʿīliyyān. 1990/1410.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Suʾāl wa Jawāb*. Girdāvari Muṣṭafā Muḥaqqiq Dāmād va Riżā Ustādī. researched by Ḥasan Vaḥdatī Shubayrī va Maḥmūd Madanī Bajistānī. Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlum-i Islāmī. 1998/1376.
- Tabrizī, Javād. *Irshād al-Ṭālib ilā al-Taʾliq ʿalā al-Makāsib*. Qum: Mihr. 1992/1412.
- Tabrizī, Javād. *Tanqīḥ Madanī al-Aḥkām..* Qum: Dār al-Şidiqa al-Shahīda. 1959/1378.
- Taftāzānī, Masʿūd ibn ʿUmar. ʿUbayd Allāh ibn Masʿūd Ṣadr al-Sharʿi a al-Thānī. *Sharḥ al-Talwīḥ ʿalā al-Tawḍīḥ li-Matn al-Tanqīḥ fi Uṣūl al-Fiqh*. ed. Zakariyā ʿUmayrāt. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya. 1995/1416.
- Tarḥīnī ʿĀmilī, Muḥammad Ḥasan. *al-Zubda al-Fiqhiya fi Sharḥ al-Rawḍa al-Bahiya*. S.l. Dār al-Fiqh, 2007/1385.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-l-hyāʾ al-Āṣār al-Jaʿfariya. Chāp-i Sivum, 1967/1387.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya fi Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī. 1980/1400.
- ʿUmrān, Muḥammad. *al-Usus al-ʿĀmma fi al-Qānūn*. Beirut: Manshūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqiya. 2002/1423.



The Issue of Construction Above Graves in Comparative Jurisprudence

Sadeq Pishdad, PhD Candidate, Department of Theology, Islamic Azad University, Najafabad Branch, Najafabad, Iran

Dr. Saied Molavi Vardanjani  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran

Email: molavi-s@sku.ac.ir

Dr. Mohsen Fahim, Assistant Professor, Department of Theology, Islamic Azad University, Najafabad Branch, Najafabad, Iran

Abstract

The condition of construction on graves, which has been referred to in jurisprudence in various terms, has been the subject of different jurisprudential opinions. The majority of *Shī'a* and *Sunni* scholars deem it disliked (*Makrūh*) for graves other than those of the prophets, the *Imām* (peace be upon them), and the highly regarded members of the society. However, the authors of this study, while accepting the aforementioned exceptions, believe that the evidence surrounding the issue (including the majority opinion) is not without flaws. In this context, it is certain that no *Shī'a* scholar has issued a fatwa declaring the absolute prohibition of construction on graves. The attribution of such a stance to *Shahīd Thānī* is incorrect, unless there are inappropriate consequences regarding the burial site or the tools and methods of construction, in which case it may become unlawful (*Harām*) depending on the circumstances. In addition, the contemporary common practice among Muslims and non-Muslims of placing a gravestone and engraving the name of image of the deceased is certainly intended to honor name and memory of the deceased, to safeguard the body from grave robbers and animals, and to prevent the deterioration and disappearance of the graves, and not intended for any other purpose. Therefore, even if the issue does not fall under the category of compulsion or necessity, there is no objection to it, as the practice has been common among the pious from the advent of Islam to the present time, and neither the *Imāms* nor some companions of the Prophet have opposed it.

Keywords: construction over graves, unlawfulness of construction over graves, legitimacy of construction over graves, plastering





سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۶۵ - ۳۷	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۶	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۳۱
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.81688.1563

وضعیت بناسازی بر قبور در فقه مقارن

صادق پیشداد

دانش‌آموخته دکتری گروه الهیات، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

دکتر سعید مولوی وردجانی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

Email: molavi-s@sku.ac.ir

دکتر محسن فهیم

استادیار گروه الهیات، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

چکیده

وضعیت ساخت‌وساز روی قبور، که در فقه با تعابیر مختلفی آمده، موضوع فتاوی مختلف فقهی قرار گرفته است. مشهور امامیه و عامه آن را نسبت به قبور غیر از انبیا، ائمه (ع) و نیز شایستگان جامعه مکروه دانسته‌اند، اما نگارندگان ضمن پذیرش استثنای مزبور اعتقاد دارند که ادله اطراف مسئله حتی قول مشهور خالی از خدشه نیستند، در این میان، مسلماً فردی از امامیه به‌طور مطلق به حرمت بناسازی بر قبور فتوا نداده است و آنچه که به شهید ثانی نسبت داده شده، نادرست است، مگر آنکه عوارض ناصوبی در خصوص محل دفن یا ابزار و شیوه ساخت‌وساز روی دهد، که برحسب مورد حرام شود، دیگر اینکه آنچه امروزه میان مردمان مسلمان و غیرایشان مرسوم است که سنگی روی قبر می‌نهند و نام و تصویر میت را روی آن حک می‌کنند، قطعاً به‌منظور حفظ نام و یاد متوفی و ممانعت از دستبرد تباشین و حیوانات به جسد و کهنگی و از بین رفتن قبر انجام می‌گیرد، نه چیز دیگری. براین اساس، حتی اگر عنوان اضطرار و ضرورت هم بر آن صدق نکند، اشکالی ندارد؛ چراکه این کار از صدر اسلام تا این زمان در میان متشرعان رایج بوده و ائمه و نیز برخی اصحاب رسول خدا با آن مخالفت نکرده‌اند.

واژگان کلیدی: بناسازی بر قبور، حرمت بنا بر قبور، مشروعیت بنا بر قبور، تجصیص.

مقدمه

در طول تاریخ همان گونه که مکاتب مختلفی راجع به وضعیت انسان ها بعد از فوت شکل گرفته، درباره تکلیف زندگان در خصوص جسد میت نیز همین وضع است. هر چند غالباً، به ویژه مسلمانان آن را دفن می کنند و بعد از آن روی قبور سنگی قرار می دهند، مشخصات و حتی گاهی عکس میت را روی آن حک می کنند تا از جسد میت در مقابل خطر کفن دزدها و حیوانات مراقبت و یاد او را نیز برای همیشه حفظ کنند یا سازه ای روی مزار انبیا، ائمه و حتی شایستگان و نیز نخبگان جامعه بنا می کنند و آن را محلی برای تعظیم ایشان قرار می دهند، اما آیا از نظر شرعی این روش ها درست است؟ مشهور امامیه و جمهور، آن را درباره قبور غیر از انبیا و ائمه و شایستگان جامعه مکروه دانسته اند. عده قلیلی آن را مطلقاً جایز دانسته و وهابیت به طور مطلق چنین آدابی را حرام اعلام کرده اند. با این اوصاف که از سویی روش مرسوم مردم مسلمان چنین است و از سویی دیگر فقها هم وحدت نظر ندارند، انجام کار پژوهشی به روش توصیفی تحلیلی به منظور تبیین درست مسئله ضرورت دارد، به خصوص که بیش از این به غیر از متون فقهی عمومی، پژوهش مستقلی به جامعیت نوشتار حاضر در این خصوص انجام نشده است؛ زیرا کارهای پژوهشی قبل از این یا مربوط به گردش تاریخی مسئله هستند؛ مثل رساله فاطمه حسین زاده با عنوان «تحلیل قرآنی تاریخی اخبار نهی از بنای بر قبور»، به راهنمایی دکتر الهه شاه پسند، دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، که مقاله آن هم با عنوان «تاریخ گذاری اخبار نهی از بنای مسجد بر قبور»، سال ۱۴۰۰، در شماره ۲۹ مجله مطالعات قرآنی چاپ شده است یا اگر به حوزه فقه وارد شده اند، تنها از یک زاویه به موضوع پرداخته اند؛ مانند مقاله «بررسی و نقد دیدگاه شوکانی در مسئله ساخت گنبد و بارگاه»، از سید حمید حسینی، در مجله سراج منیر، تابستان ۹۵، شماره ۲۲ یا «بررسی و نقد دیدگاه آلبانی در تحریم بنای مساجد بر قبور»، از حسن زرنوشه فراهانی، مجله اندیشه نوین دینی، بهار ۱۴۰۱، شماره ۶۸ یا «ادله قرآنی و روایی ساخت بنا بر قبور پیشوایان دین»، از مرضیه پورکریمی و جمشید معصومی، مجله فقه و تاریخ تمدن، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴ یا اینکه اساساً بحث را در علم کلام دنبال کرده اند؛ مثل پایان نامه «تحلیل کلامی بنای قبور و اماکن متبرکه و زیارت آن ها با اتکا بر شواهد تاریخی»، از فاطمه شریفی، به راهنمایی دکتر محسن مروی نام بغداد آبادی، در دانشگاه میبد.

نگارندگان معتقدند ادله استنادی تمام اطراف، همگی یا در برخی موارد، تمام نیستند اما در عین حال، دو مسئله مسلم است: ۱. از محققان اسلامی به ویژه امامیه، فردی به طور مطلق به حرمت ساخت و ساز قبور حکم نداده است و آنچه که به شهید ثانی نسبت داده می شود نیز نادرست است، مگر آنکه عوارض

ناصوبایی در خصوص محل دفن یا ابزار و شیوه ساخت و ساز روی دهد که برحسب مورد حرام است اما ارتباطی با اصل حکم ندارد و مسئله‌ای قضائی است؛^۲ آنچه امروزه میان مسلمانان و حتی غیرایشان مرسوم است که سنگی روی قبر قرار می‌دهند و نام و حتی عکس میت را روی آن حک می‌کنند، قطعاً به منظور حفظ نام و یاد میت و ممانعت از دستبرد کفن‌دزدها و حیوانات به جسد و کهنگی و از بین رفتن قبر است، نه چیز دیگری. براین اساس، حتی اگر از روی اضطرار و ضرورت هم نباشد ایرادی ندارد؛ زیرا از آغاز اسلام تاکنون در میان متدینان رایج بوده است و ائمه و نیز برخی از اصحاب رسول خدا نیز با آن مخالفت نکرده‌اند.

۱. مفهوم شناسی

همان‌طور که برخی گفته‌اند:^۳ ساخت بنا بر قبور، به معنای ایجاد بنا و سازه روی قبر مردگان است و روش آن هم مانند ساختمان‌های مختلف دیگر متفاوت و تابع فرهنگ و محیط و اقلیم مناطق مختلف است. با این حال، تعبیر مختلفی در کتب فقهی آمده است که به تعریف نیاز دارند. البته واژگان مدنظر، حقیقت شرعی و نیز متشرع خاصی ندارند یا دست‌کم برای آن‌ها بیان نشده است و هرآنچه از آن‌ها در فقه تبادر می‌شود، همان معنای لغوی است. براین اساس، در شناسایی آن‌ها فقط همین مفهوم گفته می‌شود، مگر در برخی از آن‌ها، که فقها در تبیین مصادیق یا برخی توضیحات دیگر آن‌ها اشاراتی داشته‌اند، که از عبارات ایشان هم استفاده می‌شود.

أ. تجصیص: این کلمه از ریشه (جَصَصَ یا جَصَّصَ) است که به معنای محکم‌کاری کردن با گچ، ملاط یا حتی به قولی با گل است.^۴ برخی فقها هم بدون آنکه حقیقت شرعی برای این واژه در نظر گرفته باشند، گفته‌اند: تجصیص؛ یعنی سفیدکردن قبر با گچ و به تعبیری، نورانی کردن آن؛^۵ یا به کارگیری گچ برای محکم‌کردن سنگ و آجرهای داخل یا بیرون قبر است که در عرف به آن گچ‌کاری گفته نمی‌شود.^۶

ب. تطیین: از ریشه (طَیَّنَ)، به معنای خاک آمیخته با آب یا گل است، حتی اگر آب آن گرفته و گل خشک شده باشد.^۷ براین اساس، منظور از تطیین قبر آن است که داخل یا خارج آن با خاک همان قبر یا خاک دیگری گل‌آلود و با آن محکم شود.

۲. شافعی صغیر، نهاية المحتاج، ۳/۳۳.

۳. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۵/۵۰.

۴. شافعی صغیر، نهاية المحتاج، ۳/۳۳.

۵. میرزای قمی، غنائم الاثام، ۳/۵۴۴.

۶. راغب اصفهانی، مفردات، ۵۳۳؛ حمیری، شمس العلوم، ۷/۴۲۰۹.

ج. تسنیم: گفته شده است تسنیم قبر، به معنای مرتفع کردن قبر بدون تسطیح است؛ مانند پشت ماهی، مسطح کردن.^۷

د. بنا بر قبور: احتمالاً منظور از آن قراردادن قبر داخل ساختمانی است که قبل از دفن متوفایا بعد از آن برپا شده است؛ مثل ساخت گنبد و بارگاه و امثال آن.^۸

ه. تجدید: بیشتر به معنای بازسازی، تعمیر و مرمت بنا و سازه شکسته شده و در حال زوال است.^۹

۲. بررسی نظریات

جست و جوی گسترده در متون فقهی شیعه و عامه نشان می دهد علی رغم آنکه مشهور به سویی رفته اند، نظرات مخالف دیگری هم مطرح است که این فتاوا عبارت اند از:

۲.۱. نظریه کراهت

۲.۱.۱. مفاد نظریه

میان عامه^{۱۰} و امامیه، مشهور^{۱۱} و به نقلی اجماعی^{۱۲} است که هرگونه ساخت و ساز روی قبور مطلقاً و به هر شکلی؛ اعم از تجصیص و ساخت بنا و حتی برپا کردن سایه بان روی قبور، مکروه^{۱۳} و احتیاط در ترک تسنیم آن است،^{۱۴} به شرط آنکه در فرایند ساخت، از امور و طرح و نقش های مجاز استفاده شود^{۱۵} یا میت در ملک شخصی اش دفن شود، وگرنه در صورتی که زمین مسبل؛ یعنی برای عموم مردم یا گروه خاصی وقف شده باشد، ساخت و ساز به دلیل از بین بردن حقوق ذی نفعان آینده حرام است. البته قید اخیر با اخبار کراهت سازگار نیست و از این حیث فرقی میان زمین مسبل و غیر آن یا حتی تجصیص و تطیین^{۱۶} نیست.^{۱۷} بله، ضمانت اجرای محل دفن متفاوت است؛ یعنی اگر ساخت و سازی روی قبر در زمین مسبل صورت گیرد،

۷. عاملی، الاصطلاحات الفقهية، ۴۳/۱.

۸. علوی عاملی، مناهج الأخیار، ۲۷۳/۱؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۰۳/۷.

۹. میرزای قمی، غنائم الأيام، ۵۴۴/۳.

۱۰. ابن رشد، بداية المجتهد، ۱۹۵/۱.

۱۱. محقق سبزواری، ذخيرة المعاد، ۳۴۳/۱.

۱۲. طوسی، المبسوط، ۱۸۷/۱؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰۵/۲.

۱۳. محقق بحرانی، الحقائق الناضرة، ۱۳۰/۴؛ همدانی، مصباح الفقيه، ۴۲۶/۵؛ رافعی قزوینی، فتح العزیز، ۲۲۶/۵؛ نووی، روضة الطالبین، ۶۵۲/۱؛ خطیب

شربینی، مغنی المحتاج، ۳۶۴/۱؛ شروانی، عبادی، حواشی تحفة المحتاج، ۱۵۷/۳؛ مالک بن انس، المدونة الكبرى، ۱۸۹/۱.

۱۴. سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۲۷/۴.

۱۵. سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۲۷/۴؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ۱۹۵/۱.

۱۶. رافعی قزوینی، فتح العزیز، ۲۲۶/۵؛ نووی، روضة الطالبین، ۶۵۲/۱.

۱۷. عظیم آبادی، عون المعبود، ۳۳/۹؛ مبارکفوری، تحفة الأخوذی، ۱۳۲/۴.

تخریب آن برخلاف اراضی غیر موقوفه واجب است.^{۱۸} باوجود این‌ها اگر ضرورتی باشد؛ مانند آنکه بیم سرقت از قبر یا تخریب، نبش و غصب برود، کراهت آن از بین می‌رود،^{۱۹} همان‌طور که ساخت سازه روی قبور انبیا، ائمه (ع) یا حتی افراد صالح و نخبه در هر حال مکروه نیست.^{۲۰}

۲. ۱. ۲. مستندات

نظر مذکور سه جزء دارد که دلایل هر کدام جداگانه بررسی می‌شود.

أ. کراهت مطلق ساخت و ساز: دلایل آن عبارت‌اند از:

سنت: مانند روایت علی بن جعفر از برادرش، امام کاظم (ع) که براساس آن امام در پاسخ به سؤال او درباره ساختن قبور و نشستن روی آن‌ها فرمودند: شایسته نیست.^{۲۱}

اشکال: سند این خبر به دلیل علی بن اسباط درخور اعتماد نیست؛ چون فطحی مذهب بوده و بر همین مسلک نیز از دنیا رفته است.

جواب: کشی گفته است: او از این مذهب برگشته و مورد اعتماد و صادق‌ترین فرد در نقل اخبار است.^{۲۲} نجاشی هم ضمن توثیق او نوشته است: ایشان از مذهب خود رجوع کرده بود، هرچند معلوم نیست این روایت قبل از رجوع بوده یا بعد از آن. باین حال، مسلماً روایات ایشان از حضرت رضا قبل از رجوع بوده است.^{۲۳} به همین دلیل، خبر مذکور از روایات، مورد اعتماد همگان است و راهی برای طعن به آن نیست،^{۲۴} تاجایی که حتی برخی آن را خبری با قوی‌ترین سند معرفی کرده‌اند.^{۲۵}

حدیث مناهی: در این خبر که آن را امام صادق از پدار نشان از حضرت امیر نقل می‌کند و مربوط به منع‌های رسول خداست، ایشان از قبرسازی بر اموات نهی کرده‌اند.^{۲۶}

گفتنی است که از آنجاکه دلیل روشنی بر حرمت وجود ندارد و تناسب بین حکم و موضوع هم آن را تأیید نمی‌کند، نهی مزبور باید حمل بر کراهت شود، به‌خصوص که روایاتی مبنی بر جواز هم وارد شده است که در آینده بحث می‌شوند.

۱۸. رافعی قزوینی، فتح العزیز، ۲۲۶/۵؛ نووی، روضة الطالبین، ۶۵۲/۱؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۳۶۴/۱.

۱۹. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۱۲/۲؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۵.

۲۰. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۱۲/۲؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۵؛ شافعی صغیر، نهاية المحتاج، ۳۳/۳.

۲۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۶۱/۱؛ طوسی، الاستبصار، ۲۱۷/۱؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۱۰/۳.

۲۲. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۲.

۲۳. علوی عاملی، مناهج الأخیار، ۲۷۲/۱.

۲۴. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۲.

۲۵. مجلسی، مرآة العقول، ۱۱۶/۱۴.

۲۶. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۳/۴؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۱۱/۳.

خبر اصبع بن نباته: محمد بن سنان از ابوالجارود از اصبع بن نباته از حضرت امیر نقل می‌کند که: «من جدّد قبراً أو مثل مثلاً فقد خرج عن الإسلام»؛^{۲۷} یعنی هرکس قبری را تجدید کند یا تمثیلی روی آن بنا کند، از اسلام خارج می‌شود.

در خصوص این خبر نکات زیر گفتنی است:

أ. اصحاب در املای آن اختلاف دارند؛ زیرا محمد بن حسن صفار جمله شرط را به صورت «جَدَّدَ»، به معنای نوسازی کرد، خوانده‌اند. سعد بن عبدالله آن را «حَدَّدَ» دانسته است که معنای تسطیح و صاف کردن قبر تا سطح زمین و برابر با آن می‌دهد. برقی هم آن را «جَدَّثَ» خوانده، که مربوط به نبش قبر و دفن میتی در قبر متوفای شخص دیگر است یا به اعتقاد برخی، بازسازی قبر مندرس هم در آن نهفته است.^{۲۸} مفید هم آن را «حَدَّدَ»، به معنای شکافتن قبر برای تدفین یا نبش دانسته است.^{۲۹} با این وجود، از آنجاکه اختلاف مذکور به دلیل اخبار و دلایل دیگر برای اصل بحث ضرری ندارد؛ از بحث تفصیلی تا رسیدن به املای درست خبر اجتناب می‌شود.

ب. در خصوص ذیل خبر، که تجدید و تمثیل را موجب خروج از اسلام دانسته، گفتنی است مطابق قاعده، مسلمانان با انکار ضروری دین از اسلام خارج می‌شوند و ضروری دین نیز آن است که یا مانند اصل حجاب در قرآن آشکارا آمده باشد یا همه مسلمانان آن را قبول کنند یا انکار آن موجب انکار نبوت و معاد شود. اما در موضوع روایت هیچ کدام از این مؤلفه‌ها صادق نیست، به همین دلیل در توجیه آن گفته شده است: خروج از اسلام در جایی اتفاق می‌افتد که تجدید و تمثیل کننده با علم به کراهت یا حرمت، آن را نپذیرد و در این راستا، بنای مخالفت با امام(ع) را داشته باشد یا اینکه اساساً مقصود امام مبالغه در زشتی موضوع و نیز به احتمال نفی کمال است.^{۳۰}

ج. از نظر برخی فقها، منظور از «مثل مثلاً» که هم تراز تجدید قبور آمده است، ایجاد بدعت و رسم جدید در تدفین و دعوت همگان به رعایت آن است.^{۳۱} بعضی هم به استناد اصالة الظهور و اصل حقیقت گفته‌اند: ممکن است مراد از آن، تصویرسازی صاحبان روح یا بت روی قبور باشد^{۳۲} که در برخی مناطق و زمان‌ها مرسوم بوده و هست.

۲۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۵۹/۱؛ برقی، المحاسن، ۶۱۳/۲.

۲۸. محقق حلی، المعتمد، ۳۰۴/۱.

۲۹. میرزای قمی، غنائم الأیام، ۵۴۳/۳.

۳۰. میرزای قمی، غنائم الأیام، ۵۴۴/۳؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۶.

۳۱. برقی، المحاسن، ۶۱۳/۲؛ ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۹۱/۱.

۳۲. میرزای قمی، غنائم الأیام، ۵۴۴/۳.

د. گفته شده است که محمد بن مسلم و حتی ابوالجارود ضعیف‌اند. اما با این وصف، گفته شده و از شهید اول و شهید ثانی هم نقل شده است^{۳۳} که ضعف این خبر هم مانند حدیث اول ضرری ندارد؛ چون بزرگانی، مثل صفار، سعد بن عبدالله، ابوعبدالله برقی، صدوق، شیخ طوسی و شیخ مفید همین متن را عیناً قبول کرده‌اند که به اعتبار خبر نزد ایشان اشعار دارد.^{۳۴} افزون بر آنکه، هم عمل اصحاب ضعف آن را جبران می‌کند^{۳۵} و هم قاعده تسامح در ادله سنن بر حجیت آن صحه می‌گذارد.^{۳۶}

روایت سکونی: سکونی از امیرالمؤمنین (ع) نقل می‌کند، رسول خدا من را به مدینه فرستادند و فرمودند: «هیچ قبری را بدون تسویه؛ یعنی صاف کردن آن با سطح زمین رها نکنید.»^{۳۷} بر این اساس، هرگونه افزودنی روی قبر فراتر از این، خلاف فرمان نبوی است. در نهایت، به دلیل وجود احادیث جواز و نیز اقتضای مناسبت حکم و موضوع، نهی مزبور حمل بر کراهت می‌شود.

خبر جراح مدائنی: از امام صادق (ع) که فرمودند: سازه‌ای روی قبور بنا نکنید؛ زیرا رسول خدا از آن کراهت داشتند.^{۳۸}

وصیت‌نامه حضرت زهرا به امیرالمؤمنین (ع): در آن ایشان تنها به تسویه قبر با زمین سفارش می‌کنند^{۳۹} و علی‌رغم آنکه ایشان در مقام بیان بوده و به همین سبب هم سفارشات مفصلی درباره شیوه تجهیز، تشییع و تدفین، گریه بر مزار، قرائت دعا و قرآن و امثال این‌ها دارند، نسبت به جزئیات؛ مانند ساخت قبه و بیت بر مزار خود توصیه نکرده‌اند. همین نشان می‌دهد چنین اضافاتی درست نیست.

روایت محمد بن علی: از امام صادق (ع) که فرمودند: «روی میت غیر از خاک قبر چیزی اضافه نکنید؛ چون بر بدن او سنگینی می‌کند.»^{۴۰}

خبر جابر: از رسول خدا که فقهای عامه به آن استناد کرده‌اند. در این حدیث، رسول خداوند از تجصیص، نوشتن، ساخت بنا و راه رفتن روی قبور نهی کرده‌اند.^{۴۱} مشهور جمهور، این خبر را حمل بر

۳۳. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۹/۲.

۳۴. نراقی، معتمد الشیعه، ۴۱۵.

۳۵. نراقی، معتمد الشیعه، ۴۱۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۹/۲.

۳۶. نراقی، معتمد الشیعه، ۴۱۵.

۳۷. کلینی، الکافی، ۵۲۸/۶؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ۲۰۹/۳.

۳۸. طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۶۱/۱؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ۳۰۶/۵.

۳۹. نوری، مستدرک الوسائل، ۳۳۹/۲؛ مجلسی، بحار الانوار، ۲۷/۷۹.

۴۰. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۸۹/۱؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ۲۰۳/۳.

۴۱. ترمذی، سنن، ۲۵۸/۲؛ حاکم نیشابوری، المستدرک علی الصحیحین، ۳۷۰/۱؛ ابن‌حیان، صحیح، ۴۳۳/۷؛ ابن‌ابی‌شیبه، المصنف فی الأحادیث والآثار، ۲۱۸/۳.

کراهت کرده‌اند،^{۴۲} هرچند تعدادی هم از آن حرمت فهمیده‌اند. به همین دلیل تفصیل این خبر، ذیل نظریه حرمت مطرح و بررسی می‌شود.

اجماع: علامه به‌طورکلی درباره کراهت هرگونه ساخت‌وساز بر قبور؛ اعم از تجصیص، تطین قبل از اندراس و کهنگی، مقبره و ساختمان‌سازی بر قبور ادعای اجماع کرده است^{۴۳} و از شیخ هم روایت شده است که در خصوص کراهت تجصیص قبور ادعای اجماع کرده است.^{۴۴}

ارزیابی: اجماع مزبور اگر هم درست باشد، که باوجود مخالفت‌های موجود، نیست، مدرکی است. گفتنی است نهایت ارزش اجماع مدرکی، در باب حل تعارض و به تعبیری، نفی حجیت اخبار متعارض است که در نوشتار حاضر هم در این راستا احتیاجی به آن نیست و راه‌های علاج دیگری استفاده می‌شود.

استحسان: گفته شده است این قبیل ساخت‌وسازها، زینت و ابزارهای رفاه و اسباب مباهات و فخر انسان‌ها در دنیا هستند و با عالم آخرت تناسبی ندارند؛^{۴۵} زیرا آنجا تنها علم و عمل به متوفا زینت می‌دهد و مباهات، بی‌ثمر؛ بلکه مضر است^{۴۶} یا نوشته‌اند: قبر برای بلاست، نه برای بقا؛ به همین دلیل زینت‌های دنیوی روی آن مردود است. گفتنی است از آنجا که زینت و رفاه در این دنیا مستحب است؛ حرمت آن برای اعمال مربوط به آن عالم، تناسب بین حکم و موضوع را نقض می‌کند و باید مکروه باشند.

ارزیابی: علاوه بر عدم حجیت استحسان، که دست کم امامیه به آن اعتقاد دارد، این‌ها همه بستگی به نیت افراد دارد و ضرورتی بر یگانگی آن‌ها نیست؛ یعنی ممکن است فردی در ساخت‌وساز قبور قصد رفاه نداشته باشد، بلکه آن‌ها را به اقتضای ضرورتی و برای جلوگیری از تخریب و کهنگی انجام دهد. ضمن اینکه، استدلال اخص از مدعاست؛ چون تمام مصادیق موضوع زینت نیستند.

شهرت: برخی، کراهت تجصیص قبور را فتوای مشهور فقها دانسته‌اند.^{۴۷}

ارزیابی: اولاً، این دلیل منوط به حجیت شهرت در عرض سنت است، که تحقیقاً دست کم به عنوان دلیل ارزش ندارد و تنها به اندازه تأیید درخور استناد است؛ ثانیاً، اخص از مدعاست؛ چون شهرت مزبور فقط درباره تجصیص است و بقیه موارد را شامل نمی‌شود.

۴۲. رافعی قزوینی، فتح العزیز، ۲۲۶/۵؛ نووی، روضة الطالبین، ۶۵۲/۱؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۳۶۴/۱.

۴۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰۵/۲؛ علامه حلی، نهاية الاحکام، ۲۸۴/۲.

۴۴. میرزای قمی، غنائم الايام، ۵۴۱/۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۹/۲؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۵؛ شهید اول، ذکری الشیعة، ۳۶/۲.

۴۵. علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۰۱/۷؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۸/۲.

۴۶. خطاب، مواهب الجلیل، ۵۹/۳؛ شمس الانمة سرخسی، المبسوط، ۶۲/۲.

۴۷. علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۰۱/۷.

سیره صحابه: برخی فقیهان عامه در خصوص کراهت سایه بان سازی روی قبور، به رفتار خلیفه دوم استناد کرده اند که وقتی دید روی قبری سایه بانی بنا شده است، ناله سر داد و گفت: آن را رها کنید، که تنها عمل متوفا سایه بان اوست.^{۴۸}

ارزیابی: فارغ از عدم حجیت مستقل عمل اصحاب، استدلال مزبور اخص از مدعاست و برای کراهت مطلق کافی نیست.

ب. کراهت به شرط اباحه لوازم ساخت و ساز: این قید را تقریباً همه فقها [البته بدون ذکر دلیل] مطرح کرده اند.^{۴۹} ظاهراً دلایل ایشان عبارت اند از:

۱. از آنجاکه لازمه حرام، حرام است، اگر عمل حرامی در فرایند عمرانی صورت گیرد، مقبره سازی بر قبور هم حرام خواهد بود.

۲. گفته شده است: کراهت تنها در جایی است که متوفا در ملک شخصی اش دفن شود، وگرنه در صورتی که زمین مسبل باشد؛ یعنی برای عموم مردم یا گروه خاصی وقف نشده باشد، ساخت و ساز حرام است؛ زیرا سبب تضییع حقوق ذی نفعان بعدی می شود که حرمت آن بدیهی و غیر قابل تردید و انکار است. در این صورت هم اگر ضرورتی پیش آید؛ مانند بیم سرقت از قبر یا تخریب و غصب آن، به دلیل حدیث رفع و قاعده «الضرورات تبیح المحذورات»، تجدید بنای بر آن ایرادی ندارد؛ اما مطابق قاعده^{۵۰} باید به اندازه ضرورت انجام شود و اضافه آن حرام است. همین بیان نشان می دهد که در مسیر ساخت و ساز قبور نباید حرامی انجام شود.

ج. استحباب مقبره سازی روی قبور انبیا و ائمه (ع): مستندات فقهای امامیه و بعضی از عامه^{۵۱} عبارت اند از:

۱. روایات مستفیض^{۵۲} مبنی بر فضیلت تعمیر و تعاهد قبور ایشان: از جمله خبر ابی عامر از امام صادق از حضرت امیر از رسول خدا که ایشان به تعمیر تربت و مشهد امیرالمؤمنین فرمان دادند.^{۵۳}

اشکال اول: این اخبار با اطلاق روایات مربوط به نهی از تجسیص تعارض دارند. حاصل جمع آنها نیز آن است که روایات جواز، مربوط به ساخت قبه و امثال آن بر مزار ائمه (ع) است، نه تجسیص خود

۴۸. خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۳۶۴/۱.

۴۹. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۰/۴.

۵۰. قاعده «الضرورات تقدر بقدرها»: یعنی ضرورت تا همان اندازه حکم را بر می دارد.

۵۱. شافعی صغیر، نهاية المحتاج، ۳۳/۳.

۵۲. شافعی صغیر، نهاية المحتاج، ۳۳/۳.

۵۳. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۸۳ تا ۳۸۲/۱۴.

جواب: با فرض حجیت اخبار نهی، خللی به اصل استثنای محل بحث وارد نمی‌شود و فقط در گستره استحباب مناقشه می‌شود، که آن هم در اینجا محل بحث نیست.

اشکال دوم: ممکن است کسی بگوید از باب قیاس اولویت، منع از تجصیص به طریق اولی منع از بنای بر قبور را شامل می‌شود.

جواب: قیاس اولویت زمانی درخور استناد است که اولاً، در خصوص موضوع نصی وجود نداشته باشد تا بتوان به اصالة الظهور استناد کرد، که در خصوص استثنای محل بحث وارد شده است؛ ثانیاً، دلیل قطعی برای موضوع اصلی وجود داشته باشد تا از باب اولویت، از آن برای موضوع فرعی استفاده شود که در خصوص تجصیص ادله منع تجصیص قطعی نیستند.

۲. اجماع؛ بلکه اتفاق امامیه در تمام دوره‌ها.^{۵۵}

ارزیابی: برخی از اصحاب امامیه هرگونه فعالیت روی قبور ائمه و بزرگان دین؛ اعم از تجصیص، تجدید (بازسازی) و تظلیل (سایه‌بان‌سازی) را مکروه دانسته‌اند، مگر آنکه انگیزه دیگری در میان باشد.^{۵۶} براین اساس، ادعای اجماع، عجیب و قول به اتفاق، عجیب‌تر است.

۳. سیره متشرعه: همه متدینان و حتی مسلمانان عادی در سده‌های مختلف در منظر ائمه، موافق ساخت بنا بر قبور ایشان بوده و حتی بر آن همت داشته‌اند.^{۵۷}

اشکال اول: این مقدار برای اثبات استحباب کافی نیست، هرچند صغرای آن؛ یعنی اصل گنبد و مقبره‌سازی متشرعان، به خصوص نسبت به قبور ائمه، از جمله حضرت امیر^{۵۸} و امام حسین^{۵۹} در طول تاریخ و حتی زمان حضور در تاریخ نقل شده و مسلم است. دلیل عدم کفایت نیز عبارت است از: سیره، تنها مشروعیت عمل را می‌رساند و بیش از آن حتی در اندازه استحباب، دلیل لازم دارد.^{۶۰}

جواب: درست است، اما علمای اصول گفته‌اند: از مداومت و استمرار عملی میان متشرعان می‌توان استظهار استحباب کرد،^{۶۱} به خصوص در محل بحث که روایات و ادله دیگری هم در کنار سیره وجود دارد

۵۴. همدانی، مصباح الفقه، ۲۸۹/۱.

۵۵. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۲/۴؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۶؛ محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۲.

۵۶. کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۰۱/۲.

۵۷. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۱.

۵۸. حرزالدین، تاریخ النجف، ۳۶۳/۱ تا ۳۷۰.

۵۹. کلیددار، تاریخ کر بلا، ۱۵۱؛ طعمه، تاریخ مرقد الحسین و العباس، ۸۸ تا ۷۱.

۶۰. مظفر، اصول الفقه، ۱۷۶/۴.

۶۱. مظفر، اصول الفقه، ۱۷۶/۴.

و می‌توان اصل جواز آن را از سیره، استظهار و مازاد بر آن را با ادله دیگر ثابت کرد. اشکال دوم: همان‌طور که برخی بزرگان به صورت ضمنی^{۶۲} یا به نوعی آشکارا^{۶۳} تردید کرده‌اند، حجیت سیره در خور تأمل است.

جواب: تأمل و حتی عدم حجیت، مربوط به استقلال آن است، ولی اگر تقریر و تأیید و حتی عدم مخالفت امام را با خود داشته باشد، در حجیت آن تردیدی نیست. به همین دلیل برخی گفته‌اند: محل بحث، بدون تردید از ضروریات مذهب است.^{۶۴}

۴. عقل غیر مستقل: این قبیل سازندگی‌ها مقدمه مستحباتی از این دست به شمار می‌آیند و دست‌کم استحباب و حسن عقلی دارند: کمک به زیارت قبور ایشان، تعظیم شعائر خداوند و به دست آوردن مصالح دینی که فقط با این قبیل عملیات عمرانی حاصل می‌شود.^{۶۵} بر همین اساس، برخی از سویی بر گستره آن افزوده و فرزندان ائمه، علما، شایستگان امت و حتی ارباب شرف و فضیلت، که خداوند ماندگاری رسم و نام آن‌ها را در راستای فیض‌بردن مردم از زیارت و تبرک قبور ایشان دوست دارد^{۶۶} را نیز مشمول آن دانسته‌اند و از سوی دیگر، ضعف اخبار منع را به عنوان سند دیگری برای شمول جواز نسبت به این افراد معرفی کرده‌اند.^{۶۷} ایشان همچنین نوشته‌اند: افزون بر ساخت و ساز، آراستن قبور با فرش، چراغ و هر آنچه موجب تعظیم و تکریم می‌شود نیز جایز، بلکه مستحب است.^{۶۸}

اشکال: عقل، تنها حسن عمل را می‌رساند و استحباب از آن استفاده نمی‌شود، به خصوص که در باب استحباب شرعی مقدمه مستحب، همانند مقدمه واجب حرف‌های فراوانی در علم اصول فقه وجود دارد. جواب: بله، اما باید توجه داشت که استحباب، درجه پایین حسن است و مانند وجوب، دلیل بیشتری لازم ندارد.

۲.۲. نظریه جواز

۲.۲.۱. مفاد نظریه و طرفداران آن

۶۲. همدانی، مصباح الفقیه، ۱۷۰/۲.

۶۳. صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۳۶/۴.

۶۴. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۲۲۹/۴.

۶۵. محقق بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۲/۴.

۶۶. همدانی، مصباح الفقیه، ۴۲۶/۵.

۶۷. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۲/۴.

۶۸. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۲/۴؛ نراقی، معتمد الشیعة، ۴۱۶؛ محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۲؛ میرزای قمی، غنائم الايام، ۵۴۱/۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۱۳/۲.

ابوحنیفه از عامه^{۶۹} و برخی امامیه ساخت و ساز روی قبور به هر شکلی را تأنجا که امر حرامی انجام نشود، جایز دانسته‌اند.^{۷۰} ولی در عین حال، گفته‌اند: با این وصف، دلیلی بر استحباب آن، دست کم در تمام موارد وجود ندارد.

۲.۲.۲. مستندات

أ. کتاب: گمان شده است که آیات مربوط به بیدار و زنده شدن اصحاب کهف بعد از سال‌ها و پیشنهاد اهل توحید آن زمان مبنی بر ساخت مسجدی روی قبور آن‌ها برای عبادت،^{۷۱} دلیل روشنی بر جواز ساختمان سازی و برافراشتن بنا روی قبور است.^{۷۲}

ارزیابی: آیه مزبور به دلایل زیر درخور استناد نیست:

یک. همه مفسران عامه و امامیه گفته‌اند که مطابق این آیه، مشرکان بعد از آگاهی از عاقبت اصحاب کهف توصیه به ساخت دیواری اطراف ایشان برای دوریشان از مردم داشتند. اما مسلمانان، پادشاه موحد زمان یا اقوام اصحاب کهف گفتند: روی آن‌ها مسجدی بنا می‌کنیم تا مردم در آنجا به عبادت بپردازند و یاد ایشان را برای همیشه گرامی بدارند و از آن‌ها فیض بگیرند.^{۷۳} بر این اساس، دلالت آیه بر محل بحث قطعی نیست؛ زیرا آیه در واقع در مقام بیان قطعه‌ای تاریخی است و نه حکم فقهی. شاید به همین دلیل هیچ فقهی به این آیه در عمومیت موضوع محل بحث استناد نکرده است. اگر هم در کتابی بحث شده است در خصوص ساخت مسجد در اطراف قبور^{۷۴} و نهایتاً برپا کردن بنا بر قبور صالحان^{۷۵} و در کتب غیر فقهی، به ویژه کتب مربوط به اعتقادات شیعه و نقد وهابیت در مسئله زیارت اهل قبور و مسجدسازی است.

دو. اساساً آیه، جزو آیات الاحکام نیست، که هم در مقام بیان حکم فقهی باشد و هم حکمی همیشگی، همگانی، لازم و دارای ضمانت اجرا را بیان کند؛ بلکه از قصص قرآن و مربوط به داستان اصحاب کهف است و در مقامی بیش از این نیست.^{۷۶} بنابراین برای صدور حکم فقهی ولو در حد جواز درخور استناد نیست. افزون بر آنکه، با فرض قابلیت، اخص از مدعاست؛ زیرا فقط جواز مسجدسازی روی

۶۹. ابن رشد، بداية المجتهد، ۱/۱۹۵.

۷۰. فاضل هندی، كشف اللثام، ۲/۴۰۹؛ قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۷۱. کهف: ۲۱.

۷۲. شهید اول، المزار، ۲.

۷۳. طباطبائی، المیزان، ۱۳/۲۶۷؛ طبرسی، مجمع البیان، ۶/۷۱۰؛ فخر رازی، التفسیر الکبیر، ۲۱/۴۴۷؛ آلوسی، روح المعانی، ۸/۲۲۴.

۷۴. مکارم شیرازی، الشیعة، ۸۵.

۷۵. سبحانی، الوهابیه فی المیزان، ۱/۸۴.

۷۶. مکارم شیرازی، الشیعة، ۸۵.

قبر را نشان می‌دهد.^{۷۷}

سه. اختلافات در دلالت آیه، فراوان و به اندازه هزاران قول است؛^{۷۸} لذا نمی‌تواند دلیل حکمی فقهی قرار گیرد.

اشکال: باوجود این‌ها، اما نفس جواز از آن استنباط‌شدنی است.

جواب: اولاً تنها در خصوص ساخت مسجد بر اطراف قبور، ساخت بنا بر قبور صالحان و نهایتاً برای استثنا از حکم کراهت مناسب است و عمومیت محل بحث از آیه استفاده نمی‌شود؛ ثانیاً، به‌تنهایی کفایت نمی‌کند و همان‌طور که برخی گفته‌اند:^{۷۹} باید قیاس اولویت هم به آن ضمیمه شود؛ ثالثاً، آیه، مربوط به قبل از اسلام است و از آنجاکه در مقام بیان حکم فقهی نیست و تنها تاریخ را نقل می‌کند، در همین حد هم تنها زمانی استناد‌شدنی است که در علم اصول «شرع من قبلنا» یا استصحاب شرایع سابقه حجت باشد، که دست‌کم از نظر امامیه قطعی نیست و مخالفانی^{۸۰} دارد. افزون‌بر آنکه، استصحاب شرایع هم در جایی است که در ادیان سابق حکمی قطعی باشد، که در محل بحث چنین سندی در دست نیست و نهایتاً آیه درباره مسجدسازی دلالت دارد که اخص از مدعاست.

ب. سنت: مانند خبر یونس بن یعقوب از حضرت کاظم که در بازگشت از بغداد در مسیر مدینه وقتی دخترشان در قید از دنیا رفت، بعد از دفن راجع به تجصیص، نوشتن نام ایشان روی لوحی و قراردادن آن روی قبر فرمان دادند^{۸۱} یا احادیث مربوط به اقرار رسول خدا و انبیای دیگر مبنی بر ساخت‌وساز بر قبور اسماعیل و هاجر و حتی اقرار خلفای راشدین مربوط به ساخت‌وساز قبر ابراهیم خلیل‌الله.^{۸۲}

ارزیابی: اولاً، اخبار معارض دارند؛ ثانیاً، برخی در متن روایات تردید کرده و آن‌ها را بر تطیین و گل مالی کردن داخل قبر با خاکی غیر از خاک قبر و تجصیص؛ یعنی گچ‌کاری کردن قبر و برخی تزئینات دیگر قبر، به‌خصوص داخل آن حمل کرده یا آن‌ها را ناظر به موارد خاص و اضطراری در جایی که بیم نبش قبر یا حمله حیوانات به قبر و بازکردن آن و جسارت به میت وجود دارد، دانسته‌اند؛ ثالثاً، خبر اول مربوط به فرزند امام است که از حکم کراهت استثنا شده است.^{۸۳}

۷۷. مکارم شیرازی، الشیعة، ۸۵.

۷۸. طباطبائی، المیزان، ۳۷۲/۱۳.

۷۹. شهید اول، المزار، ۲.

۸۰. اصفهانی، الفصول الغرویه، ۳۸۰؛ مکارم شیرازی، الربا و البنك الإسلامی، ۱۹.

۸۱. کلینی، الکافی، ۲۰۲/۳؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۶۱/۱؛ طوسی، الاستبصار، ۲۱۷/۱؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۰۳/۳.

۸۲. قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۸۳. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۲۲۷/۴.

ج. اجماع: برخی ادعای اجماع کرده‌اند.^{۸۴}

ارزیابی: علاوه بر اینکه مدرکی است، ادعای آن هم با آمار بسیار فقهای مخالف با این نظر از گذشته تا الآن عجیب است!

د. اصل:^{۸۵} احتمالاً در کنار اصل اباحه، مراد از آن برائت در شبهات حکمیة تحریمیه نیز باشد.

ارزیابی: با وجود دلایل گذشته، جایی برای تمسک به اصل نیست.

ه. بی‌اعتباری روایات کراهت: گفته شده است اولاً نهی در این اخبار، اعم از حرمت و کراهت است و به سمت هیچ‌کدام چرخش ندارد؛ ثانیاً، کسی از فقها به این اخبار عمل نکرده است.^{۸۶} ارزیابی: این مقدار برای اثبات جواز کافی نیست؛ یعنی عدم دلیل برای حرمت و کراهت یا ضعف آن ها، به تنهایی دلیل جواز محسوب نیست؛ بلکه زمینه‌ساز به کارگیری اصل اباحه به شمار می‌رود که آن هم پیش از این بحث شد.

و. سیره متشرعه: در طول تاریخ، امت اسلامی و حتی ائمه برای حفظ قبور از کهنگی و محافظت از تعرض دزدان قبور، ساخت‌وسازهایی روی قبور انجام می‌دادند و همین مقدار اگر دلیل یا مؤیدی برای استحباب نباشد، قطعاً جواز را ثابت می‌کند.^{۸۷}

ز. منافع مترتب بر ساخت بنای روی قبور: امروز منافعی بر ساخت بنا بر قبور مترتب است، که انکارشدنی نیست و آشکارا جواز آن را می‌رساند.^{۸۸} در همین راستا، از ابن‌جنید نقل شده است که: «من تجصیص قبور را دوست ندارم؛ چون زینت آن‌هاست اما ساخت بنا و برپاکردن سایه‌بان روی قبور ایرادی ندارد؛ چون سبب صیانت و حفاظت از زوآر و قبور می‌شود.»^{۸۹} ارزیابی: آنچه قائلان به کراهت گفته‌اند مخصوص مواردی است که منافع خاصی دنبال آن نباشد، وگرنه ایشان نیز در چنین مواردی اباحه را انکار نکرده‌اند.

۳.۲. نظریه تفصیل

بعضی متقدمان به‌عنوان طراح این نظر^{۹۰} و ابن‌جنید، آن‌چنان که از ایشان نقل شده،^{۹۱} بین

۸۴. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۹/۲؛ قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۸۵. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۹/۲.

۸۶. قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۸۷. قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۸۸. سبحانی، فی ظلّ اصول الاسلام، ۱۱۵.

۸۹. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۱۵/۲؛ ابن‌جنید اسکافی، مجموعه فتاوی ابن‌الجنید، ۷۲.

۹۰. طوسی، النهایه، ۴۴؛ طوسی، مصباح‌المتجهّد، ۲۲.

۹۱. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۴۹/۱؛ میرزای قمی، غنائم الايام، ۵۴۱/۳.

ساخت و سازهای اولیه قبور و بر آن‌ها در آغاز دفن و بعد از اندراس، کهنگی و رو به نابودی رفتن آن تمییز داده، اولی را مکروه دانسته اما دومی را اجازه داده‌اند.

ارزیابی: اولاً ازسویی، این تفصیل به صراحت در منابع اجتهاد نیامده و ظاهراً ماحصل جمع میان اخبار متعارض است^{۹۲} و ازسوی دیگر، چون در این خصوص وجه جمع‌های مختلفی^{۹۳} از این قبیل پیشنهاد شده است: اختصاص روایات منع به تجصیص و زینت دادن داخل و باطن قبور و احادیث جواز به بیرون قبر یا سببیت روایات جواز برای انصراف اخبار منع از تحریم به کراهت^{۹۴} یا اختصاص خبر جواز به قبور اولیا و خبر منع به غیرایشان؛^{۹۵} لذا جمع مزبور به طور قاطع اعتمادشدنی نیست.

ثانیاً، نه تنها اصلاً دلیل مثبتی برای چنین جمعی وجود ندارد یا دست کم بیان نشده،^{۹۶} اطلاق خبر علی بن جعفر از امام کاظم هم مخالف آن است.^{۹۷}

ثالثاً، در کلمات شیخ، تفصیل بین تطین ابتدایی و بعد از اندراس آمده است، وگرنه ایشان تجصیص قبور را مطلقاً مکروه می‌دانند.^{۹۸} پس نسبت طراح و حتی اعتقاد به شیخ درست نیست. درباره ابن جنید هم قبلاً عبارت ایشان نقل و معلوم شد که به چنین تفصیلی قائل نیست.

اشکال: دلیل شیخ، خبر سهل بن زیاد از ابن محبوب است که براساس آن امام کاظم وقتی از بغداد برگشتند و قصد سفر به مدینه داشتند، به موالی خود امر فرمودند که قبر او را گنج مالی کنند و روی لوحی نام ایشان را نوشته و روی قبر قرار دهند و همین اجازه، کاشف از جواز درصورت اندراس است. جواب: به اعتقاد برخی، ایراد وارد نیست؛ چون شیخ در مقام جمع بین این خبر و خبر علی بن جعفر گفته است: خبر دوم حرمت عمل را بر می‌دارد و خبر اول هم به اندازه کراهت اعتبار دارد.^{۹۹} ولی این حرف دقیق نیست؛ چون باین حال امام به امر مکروهی امر کرده‌اند^{۱۰۰} که دون شأن ایشان است. به هر تقدیر، گمان برخی مبنی بر استناد شیخ به این خبر درخور اعتنا نیست.

۹۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۳۵/۴.

۹۳. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۱؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۱/۴.

۹۴. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۱/۴.

۹۵. علوی عاملی، مناهج الاختیار، ۲۷۲/۱.

۹۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۳۵/۴.

۹۷. علوی عاملی، مناهج الاختیار، ۲۷۲/۱.

۹۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۳۶/۴.

۹۹. علوی عاملی، مناهج الاختیار، ۲۷۲/۱.

۱۰۰. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۳۴۳/۱.

رابعاً، مطابق نظر شیخ و نجاشی و ابن عضائری،^{۱۰۱} خبر جواز به دلیل سهل بن زیاد ضعیف است.^{۱۰۲}

۴.۲. نظریه حرمت

از شهید ثانی نقل شده که تجدید قبور و هرگونه ساخت و ساز و تزیین قبور مطلقاً حرام است.^{۱۰۳} برخی از عامه هم با ذهنیتی که از مراقده ائمه و برگزاری مراسم دینی و عبادی مختلف، از جمله اقامه نمازهای واجب توسط امامیه در آنجا دارند، مسجدسازی روی قبور را به طور کلی حرام و تفصیل شافعی مبنی بر کراهت ساخت بنا بر قبور در ملک شخصی و حرمت آن در زمین وقفی را بدون دلیل دانسته‌اند. دلایل ایشان عبارت‌اند از:

أ. تشبیه به مشرکان: این دلیل، عمده‌ترین دلیل قائلان است؛ با این توضیح که، این نوع رفتارها و نیز اقامه نماز بر قبور یا در مساجد روی قبور، عبادت غیر خدا و شرک در عبادت تلقی و سبب نجاست مرتکب است. همان‌طور که زینت کردن قبر به معنای تعظیم میت است و این عیناً، همتادانستن خداوند و میت و عین شرک است.^{۱۰۴} البته برخی مسئله را از باب سد ذرائع مطرح کرده و گفته‌اند: ساخت و ساز قبور مستقیماً عمل مشرکانه نیست، اما از آنجاکه به شرک منتهی می‌شود؛ یعنی زائران در آنجا به عبادت بر می‌خیزند و امثال این‌ها، با استفاده از حجیت سد ذرائع حرام هستند.^{۱۰۵}

ب. بدعت در دین: گفته‌اند در دین چنین مواردی وارد نشده است. شاهد آن هم اینکه همه ائمه دین با آن مخالفت کرده‌اند و تفاوتی میان قبر نبی یا غیر نبی قائل نیستند.^{۱۰۶}

ج. روایات: از رسول خدا اخباری مبنی بر نهی از تجصیص قبور وارد شده است که ظهور در حرمت و عمومیت دارند.^{۱۰۷} بنابراین، استثنای صالحان و اولیای الهی را که امامیه و شافعی و مالکی ادعا کرده‌اند، دلیل معتبری ندارد.^{۱۰۸}

اشکال: اخبار ضعیف‌اند.^{۱۰۹}

جواب: چنین نیست؛ زیرا احمد، مسلم، نسائی، ابوداود، ترمذی آن‌ها را با سند عبدالرحمن بن اسود

۱۰۱. شهید اول، ذکری الشیعة، ۲۰/۱.

۱۰۲. مجلسی، مرآة العقول، ۱۱۷/۱۴؛ مجلسی، ملاذ الأخیار، ۲۹۶/۳؛ اشتهازی، مدارک العروة، ۴۲۶/۸.

۱۰۳. میرزای قمی، غنائم الأيام، ۵۴۴/۳.

۱۰۴. ابن تیمیه، رأس الحسین (ع)، ۲۱۵.

۱۰۵. ابن تیمیه، رأس الحسین (ع)، ۲۱۵.

۱۰۶. ابن تیمیه، رأس الحسین (ع)، ۲۱۵.

۱۰۷. شوکانی، نیل الأوطار، ۱۳۳/۴؛ سابق، فقه السنة، ۵۵۴/۱.

۱۰۸. دویش، فتاوی اللجنة الدائمة، ۲۷۳/۱.

۱۰۹. شوکانی، نیل الأوطار، ۱۳۳/۴.

از ابو عمر بصری از محمد بن ربیعہ از ابن جریر از ابن زبیر از جابر از رسول خدا نقل کرده‌اند،^{۱۱۰} که همگی موثق‌اند. بر همین اساس از آن‌ها به عنوان خبر حسن صحیح یاد شده است.^{۱۱۱}

د. استحسان: مطابق برخی اخبار و صریح کلمات شافعی، تجصیص و بنای بر قبور زینت است و علاوه بر آنکه نفعی برای میت ندارد، سبب ضرر هم هست؛ زیرا احتمال آتش گرفتن آن و ایجاد سوختگی بر بدن میت درخور توجه است.^{۱۱۲}

ه. فعل صحابی، به ویژه خلیفه دوم: ابن تیمیه گفته است: ایشان مردم را از ساخت مساجد و هرگونه سازه‌ای بر قبور نهی می‌کردند و بر اجتناب از این عمل اصرار داشتند.^{۱۱۳}

ارزیابی: اما درباره انتساب حرمت به شهید گفتنی است: اولاً، ایشان در ادامه مکروهات تدفین نوشته است: «تجدید قبور بعد از کهنه شدن قبر مکروه است؛ خواه استخوان‌ها پوسیده باشد یا خیر، مگر آنکه زمین مسطح، یعنی وقف عام برای عموم مسلمانان یا گروهی خاص باشد و استخوان‌ها هم پوسیده باشند که در این صورت، ساخت و ساز بر آن قبر حرام است؛ زیرا در این صورت سبب می‌شود دیگران به این قبر هجوم آورند و حق موقوف‌علیهم زائل شود.»^{۱۱۴} پس ایشان به عمومیت حرمت که نسبت داده شد باور ندارند؛ ثانیاً، شاید و قویاً منظور ایشان از حرمت ساخت و ساز بر قبور، جایی است که متوفا در زمین دیگران دفن شده و مالک هم به زمین خود احتیاج داشته باشد.^{۱۱۵} براین اساس، از نظر شهید حکم به حرمت، به عنوان یک حکم کلی فقهی نیست؛ بلکه یک مسئله موردی به شمار می‌آید یا به تعبیر دیگر، در اینجا حرمت ساخت و ساز ربطی به نفس عمل ندارد، بلکه به سبب عوارض خارجی موردی است که بر مسئله وارد شده است. شاید به همین دلیل برخی^{۱۱۶} به درستی گفته‌اند: کسی از اصحاب، حکم به حرمت مطلق ساخت و ساز، تجصیص یا موارد مشابه دیگر نداده است و همین مقدار برای تعیین وضعیت مسئله نزد امامیه و تکلیف شیعیان کافی است.

علاوه بر این، ادله استناد شده عامه هم به شرح زیر مخدوش است:

یک. تشبه به کفار درست نیست؛ چون اعمال، تابع قصد فاعل هستند؛ یعنی اگر سازنده، قصد عبادت

۱۱۰. ترمذی، سنن، ۲/۲۵۸.

۱۱۱. ترمذی، سنن، ۲/۲۵۸؛ شوکانی، نیل الأوطار، ۴/۱۳۳؛ سابق، فقه السنة، ۱/۵۵۴.

۱۱۲. سابق، فقه السنة، ۱/۵۵۴؛ سیوطی، شرح سنن نسائی، ۴/۸۶؛ سندی، حاشیه السندی علی النسائی، ۴/۸۶.

۱۱۳. قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۱۱۴. شهید ثانی، روض الجنان، ۲/۸۴۹.

۱۱۵. میرزای قمی، غنائم الايام، ۱۴.

۱۱۶. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۴/۲۲۷.

و شرک داشته باشد، قطعاً حرام و موجب شرک مرتکب و نجاست اوست اما در غیر این صورت، مانعی ندارد و اتفاقاً بین شیعیان راجع به مراقد پیامبر و اهل بیت (ع) و حتی بزرگان دینی و وطنی چنین است؛ یعنی هم صاحب قبر را عبادت نمی‌کنند و هم آنجا را تابع احکام خاص مسجد که در فقه مطرح است، نمی‌دانند؛ بلکه تنها احترام خاصی برای آن قائل هستند و صاحب قبر را واسطه و شفیع بین خود و خداوند می‌دانند.^{۱۱۷} علاوه بر این، اعتقاد به حرمت ساخت قبه بر قبور و درعین حال، جواز دفن زیر قبه از قبل ساخته شده، که ابن تیمیه و عبدالوهاب اعتقاد دارند و درعین حال، صحبت از تشبه به جاهلیت می‌کنند، تعجب‌آور و نپذیرفتنی است؛ زیرا جهت و ملاک هر دو یکی است و کسی هم فرقی میان این دو قائل نیست، لذا در بیان ایشان نوعی تضاد و تعارض درونی وجود دارد.^{۱۱۸}

اما درباره سد ذرائع فارغ از تأملاتی که در حجیت آن است، آن گونه که گفته شد ارتباط بین ساخت و ساز قبور و عمل مشرکانه ظاهر و قطعی نیست؛ بنابراین سد ذرائع معتبر نیست.

دو. درباره اخبار مورد ادعای جمهور، با فرض صحت سند نزد ایشان اولاً، بیشتر فقهای عامه آن‌ها را حمل بر کراهت کرده و تنها معدودی از ایشان به حرمت فتوا داده‌اند. پس دلالت یا حتی ظهور نهی بر حرمت در اینجا چندان قوی نیست.

ثانیاً، کراهت هم به سبب منافع زیادی که ساخت و سازها برای زندگان و مردگان دارد، مرتفع شده است.^{۱۱۹}

ثالثاً، در متن اخبار هم مناقشه و تأویلاتی صورت گرفته است؛ زیرا برخی گفته‌اند: حرمت تا جایی است که موجبات نشستن بر قبور و راه رفتن بر آن‌ها را فراهم آورد و نوعی زینت تلقی شود، وگرنه ایرادی ندارد.^{۱۲۰} برخی هم روایات مزبور را حمل بر تجصیص داخل قبر کرده، گنج کاری بیرون قبر را بدون ایراد دانسته‌اند.^{۱۲۱} این وجه جمع‌ها علاوه بر آنکه از وجود اخبار معارض حکایت می‌کند نشان می‌دهد که ظهور مورد استناد و دلالت اخبار، تمام و قطعی نیست و تنها در حد احتمال، ارزش دارد که در اجتهاد درخور اتکا نیست.

رابعاً، گفته شده است که از قدیم تاکنون هیچ فقیهی به این اخبار عمل نکرده است و همین برای ضعف

۱۱۷. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۲۳۰/۴.

۱۱۸. قزوینی حائری، البراهین الجلیه، ۵۶.

۱۱۹. سبحانی، فی ظل اصول الاسلام، ۱۱۶.

۱۲۰. سابق، فقه السنة، ۵۵۴/۱؛ نووی، شرح صحیح مسلم، ۲۷/۷.

۱۲۱. نمازی، مستدرک سفینه البحار، ۳۷۲/۸.

روایات با فرض ردّ همه ایرادات مذکور کافی است.^{۱۲۲}

سه. مسئله تزیین و ادامه دلیل هم استحساناتی بیش نیستند و نمی توان به آن تکیه کرد. به همین دلیل، جمهور عامه به آن ها توجه و حتی ذکر نکرده اند. ضمن اینکه، اساساً ضرورتی در یگانگی بین زینت و تعظیم میت و به تبع شرک نیست، بلکه به قصد افراد وابسته است که پیش از این توضیح داده شد. چهار. درباره فتوا و قول خلیفه دوم هم بسیاری از مسلمانان، به ویژه امامیه چنین انتسابی به خلیفه دوم را انکار می کنند، به خصوص که خود ایشان و نیز خلیفه اول بر ساخت و ساز قبّه بر قبر رسول خدا اصرار و اهتمام داشتند. افزون بر آنکه با فرض صحت انتساب، اجتهاد شخصی ایشان است و دست کم از نظر امامیه ارزش فقهی ندارد.^{۱۲۳}

پنج. در برخی متون که به مسئله ساخت و ساز بر جنازه میت نزد عامه پرداخته و از تعبیر «لایحوز» استفاده کرده اند، منظورشان جایی است که علی رغم امکان حفر زمین و فقدان اضطرار، برای دفن متوفا زمین گود نشود؛ بلکه جسد روی زمین گذاشته و سازه ای بر آن بنا شود.^{۱۲۴} بنابراین، می توان ادعا کرد که نظریه حرمت برای موارد غالب، که زمینی حفر و بعد از دفن میت روی قبر ساخت و ساز می شود، در میان جمهور هم همانند امامیه طرف داری ندارد.

نتیجه گیری

همه یا غالب ادله نظریات مذکور حتی مستندات فتوای جواز و کراهت که قائلان بیشتری دارد، محل تأمل اند. با این حال، آنچه قطعی و خارج از مناقشه میان فریقین، به ویژه اصحاب امامیه است عبارت است از اینکه: ۱. عدم اعتقاد به حرمت ساخت و ساز قبور به طور اطلاق است و آنچه هم که به شهید ثانی نسبت داده می شود، نادرست است؛ ۲. اگر عوارض ناصوابی در محل دفن یا ابزار ساخت و ساز قبور روی دهد، به حسب مورد، حرام قطعی است اما ارتباطی با اصل حکم ندارد و مسئله موردی است؛ ۳. آنچه امروزه میان مردمان مسلمان مرسوم است که سنگی روی قبر قرار دهند و نام میت را روی آن حک می کنند، قطعاً به منظور حفظ نام و یاد متوفا و ممانعت از دستبرد کفن دزدها و حیوانات به جسد و کهنگی و از بین رفتن قبر است، نه چیز دیگری. برای این اساس، حتی اگر اضطرار و ضرورتی هم نباشد، مانع شرعی ندارد و از صدر اسلام تا این زمان هم کسی با این سیره مخالفت نکرده است. شاهد آن این است که متدینان واقعی و

۱۲۲. حاکم نیشابوری، المستدرک علی الصحیحین، ۳۷۰/۱.

۱۲۳. قزوینی حائری، البراهین الجلیّه، ۵۶.

۱۲۴. جزیری و همکاران، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۶۸۴.

درخور اعتماد و حتی دارای وسواس به انجام احکام شرعی نیز بر این روش مبادرت داشته‌اند. ساخت‌وساز قبور انبیا، ائمه، شایستگان امت و ارباب فضل و شرف و بزرگان دین و امثال ایشان قطعاً جایز است و کسی از اصحاب اسلام با این مسئله مخالف نیست، مگر وهابیت که آن‌ها هم وجه مقبولی برای منع ارائه نکرده‌اند.

منابع

- آلوسی، محمودبن عبدالله. روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی. بیروت: دار الکتب. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- ابن ابی شیبہ، عبدالله بن محمد. المصنف فی الأحادیث و الآثار. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن تیمیہ، احمد بن عبدالحلیم. رأس الحسین (ع). بیروت: دار الکتب. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. مجموعة فتاوی ابن الجنید. به تحقیق علی پناه اشتہاردی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ابن حبان، محمد بن حبان. صحیح ابن حبان. به ترتیب و تنظیم ابن بلبان. بیروت: مؤسسه الرسالة. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. بیروت: دار الفکر. ۱۴۱۵ق.
- اشتہاردی، علی پناه. مدارک العروة. تهران: دار الأسوة. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- اصفہانی، محمد حسین. الفصول الغرویة فی الأصول الفقہیة. قم: دار احیاء العلوم. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۰۵ق.
- برقی، احمد بن محمد. المحاسن. قم: دار الکتب. چاپ دوم، ۱۳۷۱ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی. سنن الترمذی. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- جزیری، عبدالرحمن، محمد غروی، یاسر مازح. الفقه على المذاهب الاربعة و مذهب اهل البيت عليهم السلام. بیروت: دار الثقلین. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله. المستدرک علی الصحیحین. بیروت: دار التأصیل. چاپ اول، ۱۴۳۵ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حرزالدین، عبدالرزاق محمد حسین. تاریخ النجف. قم: دلیل ما. چاپ اول، ۱۳۸۵ق.
- خطاب، محمد بن محمد. مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل. بیروت: دار الکتب. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر. چاپ اول،

١٤٢٠ق.

خطیب شربینی، محمد بن احمد. مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. بیروت: دار احیاء التراث. چاپ اول، ١٩٥٨م.

دویش، احمد بن عبدالرزاق. فتاوی اللجنة الدائمة للبحوث العلمیة و الافتاء. ریاض: دار المؤید. چاپ اول، ١٤٢٤ق. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت- دمشق: دار العلم- الدار الشامیة. چاپ اول، ١٤١٢ق.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. فتح العزیز. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ١٣٤٤ق.

سابق، سید. فقه السنة. بیروت: دار الكتاب العربی. چاپ اول، ١٣٩٧ق.

سبحانی، جعفر. الوهابیة فی المیزان. بیروت: دار الصدیق الأكبر. چاپ اول، ١٤٢٧ق.

سبحانی، جعفر. فی ظلّ اصول الاسلام. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ١٤١٠ق.

سبزواری، عبدالأعلى. مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار. چاپ چهارم، ١٤١٣ق.

سندی، محمد بن عبدالهادی. حاشیة السندی علی النسائی. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ١٤٠٦ق.

سیوطی، جلال الدین. شرح سنن النسائی. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ١٤٠٦ق.

شافعی صغیر، شمس الدین. نهاية المحتاج الی شرح المنهاج. بیروت: دار احیاء التراث. چاپ اول، ١٤١٣ق.

شروانی، عبدالحمید، احمد عبادی. حواشی تحفة المحتاج بشرح المنهاج. بیروت: دار احیاء التراث. چاپ اول، بی تا.

شمس الانثة سرخسی، محمد بن احمد. المبسوط. بیروت: دار المعرفة. چاپ اول، ١٤٠٦ق.

شهید اول، محمد بن مکی. المزار فی کیفیة زیارات النبی و الانمة علیهم السلام. قم: مدرسه امام مهدی. چاپ اول، ١٤١٠ق.

شهید اول، محمد بن مکی. ذکر الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ١٤١٩ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. روض الجنان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: دفتر تبلیغات حوزه. چاپ اول، ١٤٠٢ق.

شوکانی، محمد. نیل الأوطار من احادیث سید الأخبار. بیروت: دار الجیل. ١٩٧٣م.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تهران: دار الکتب. چاپ اول، ١٣٦٧ق.

صدر، محمد باقر. بحوث فی علم الاصول. قم: دائرة المعارف الفقه الاسلامی. چاپ سوم، ١٤٢٦ق.

طباطبایی، محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ پنجم، ١٤١٧ق.

طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصر خسرو. چاپ سوم، ١٤١٣ق.

طعمه، سلمان هادی. تاریخ مرقد الحسین و العباس. بیروت: الأعلمی. چاپ اول، ١٤١٦ق.

طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ اول، ١٣٩٠ق.

- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المرتضویة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. مصباح المتهجد. بیروت: فقه الشیعة. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- عاملی، یاسین عیسی. الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة. بیروت: دار البلاغة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- عظیم آبادی، محمد. عون المعبود شرح سنن ابی داوود. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. نهایة الاحکام فی معرفة الأحکام. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- علوی عاملی، احمد بن زین العابدین. مناهج الأخیار فی شرح الاستبصار. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، بی تا.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر. التفسیر الكبير (مفاتیح الغیب). بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ سوم، ۱۴۲۰ق.
- قزوینی حائری، محمد حسن. البراهین الجلیة فی رفع تشکیکات الوهابیة. بیروت: الوفاء. چاپ اول، ۱۳۹۷.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- کاشف الغطاء، جعفر. كشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کلیددار، عبد الجواد. تاریخ کربلا و حائر الحسین. بغداد: المعارف. چاپ اول، ۱۳۶۸ق.
- مالک بن انس. المدونة الكبرى. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- مبارکفوری، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحیم. تحفة الأخوذی بشرح جامع الترمذی. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: مؤسسة الطبع و النشر. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن. المعتبر فی شرح المختصر. قم: سید الشهداء. چاپ اول، ١٤٠٧ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. ذخیره المعاد فی شرح ارشاد الازدهان. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ١٢٤٧ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع). چاپ دوم، ١٤١٤ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ١٤١٤ق.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: اسماعیلیان. چاپ هشتم، ١٤١٧ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. الربا و البنك الإسلامی. قم: مدرسه امام علی (ع). چاپ اول، ١٤٢٢ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. الشیعة: شبهات و ردود. قم: مدرسه امام علی (ع). چاپ اول، ١٤٢٨ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: دفتر تبلیغات حوزه. چاپ اول، ١٤١٧ق.
- نراقی، مهدی بن ابی ذر. معتمد الشیعة فی احکام الشریعة. قم: کنگره بزرگداشت نراقی. چاپ اول، ١٤٢٢ق.
- نمازی، علی. مستدرک سفینه البحار. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ١٤١٩ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ١٤٠٨ق.
- نوی، یحیی بن شرف الدین. روضة الطالبین و عمدة المفتین. بیروت: المكتبة الاسلامی. چاپ اول، ١٤٠٥ق.
- نوی، یحیی بن شرف الدین. شرح صحیح مسلم. بیروت: دار الكتاب العربی. چاپ اول، ١٤٠٧ق.
- همدانی، رضابن محمد هادی. مصباح الفقیه. قم: مؤسسه مهدی موعود. چاپ اول، ١٤٢١ق.

Transliterated Bibliography

- ‘Alawī ‘Āmulī, Aḥmad ibn Zayn al-‘Ābidīn. *Manāḥij al-Akhyār fī Sharḥ al-Istibṣār*. Qum: Ismā‘īlīyān. Chāp-i Awwal, s.d.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *al-Nihāya al-Aḥkām fī Ma‘rifat al-Aḥkām*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Mu‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madḥhab*. Mashhad: Majma‘ Buḥūth al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- Ālūsī, Maḥmūd ibn ‘Abd Allāh. *Rūḥ al-Ma‘ānī fī Tafsīr al-Qurān al-‘Azīm wa al-Sab‘ al-Mathānī*. Beirut: Dār al-Kutub. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- ‘Āmilī, Yāsīn. *‘Īsā. al-Iṭlāḥāt al-Fiqhiyyah fī al-Rasā’il al-‘Ilmīyya*. Beirut: Dār al-Balāghah. Chāp-i Awwal,

1993/1413.

‘Azīmābādī, Muḥammad. *‘Awn al-Ma’būd Sharḥ Sunan Abī Dāwūd*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadāiq al-Nādira fī Ahkām al-‘Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1405.

Barqī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Maḥāsin*. Qum: Dār al-Kutub. Chāp-i Duwwum, 1952/1371.

Duwaysh, Aḥmad ibn ‘Abd al-Razzāq. *Fatāwā al-Lajna al-Dāima li-l-Buḥūth al-‘Ilmiyya wa al-Iftā’*. Riyāḍ: Dār al-Mu’ayyad. Chāp-i Awwal, 2003/1424.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām fī Sharḥ Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *al-Tafsīr al-Kabīr (Mafātiḥ al-Ghayb)*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Sivum, 2000/1420.

Ḥākim Nayshābūrī, Muḥammad ibn ‘Abd Allāh. *al-Mustadrak ‘Alā al-Ṣaḥīḥayn*. Beirut: Dār al-T’ṣīl. Chāp-i Awwal, 2014/1435.

Hamadānī, Rizā ibn Muḥammad Hādī. *Miṣbāḥ al-Faḥḥ*. Qum: Mū’assisa Mahdī Maw‘ūd. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Ḥaṭṭāb, Muḥammad ibn Muḥammad. *Mawāhib al-Jalīl li-Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Kutub. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Ḥimyarī, Nashwān ibn Sa‘īd. *Shans al-‘Ulūm wa Dawā’ Kalām al-‘Arab min al-Kulūm*. Beirut: Dār al-Fikr al-Mu’āṣir. Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Ḥirz al-Dīn, ‘Abd al-Razzāq Muḥammad Ḥusayn. *Tārīkh al-Najaf*. Qum: Dalīl-i Mā, Chāp-i Awwal, 2007/1385.

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

Ibn Taymīyih, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *Rā’s al-Ḥusayn (AS)*. Beirut: Dār al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ibn Abī Shayba, ‘Abd Allāh ibn Muḥammad. *al-Muṣannif fī al-Aḥādīth wa al-Āṣār*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1993/1413.
- Ibn Ḥibbān, Muḥammad ibn Ḥibbān. *al-Ṣaḥīḥ Ibn Ḥibbān*. Tartīb va Tanzīm Ibn Balabān. Beirut: Mū’assisa al-Risāla. Chāp-i Awwal, 1993/1414.
- Ibn Junayd Iskāfi, Muḥammad ibn Aḥmad. *Majmū‘ah Fatāwā Ibn al-Junayd*. researched by ‘Alī Panāh Ishtihārdī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Ibn Rushd, Muḥammad ibn Aḥmad. *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Beirut: Dār al-Fikr. 1995/1415.
- Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Fuṣūl al-Gharawiyah fī al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Ihya’ al-‘Ulūm. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Ishtihārdī, ‘Alī Panāh. *Madārik al-Urwa*. Tehran: Dār al-Uswah. Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Jazīrī, ‘Abd al-Raḥmān, Muḥammad Gharawī, Yāsir Māziḥ. *Al-Fiqh ‘alā al-Madhāhib al-Arba’a wa Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Beirut: Dār al-Thaqalayn. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Kāshif al-Ghiṭā’, Ja‘far. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Mubhamāt Sharī‘a al-Gharā’*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Khaṭīb Shīrbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughnī al-Muhtāj ilā Ma‘rifā Ma‘āni al-Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1958/1377.
- Kiliddār, ‘Abd al-Jawād. *Tārikh Karbalā wa Ḥā’ir al-Ḥusayn*. Baghdād: al-Ma‘ārif. Chāp-i Awwal, 1990/1368.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li-Durar Akhbār A’imma al-Aṭḥār*. Beirut: Mū’assisa al-Ṭab’a wa al-Nashr. Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Malādh al-Akhyār fī Fahm Tahdhīb al-Akhhbār*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī, Chāp-i Awwal, 1986/1406.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ma’rāt al-Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Ribā va Bank al-Islāmī*. Qum: Madrisah-yi al-Imām ‘Alī (AS). Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Shi‘a; Shubuhāt wa Rudūd*. Qum: Madrisah-yi al-Imām ‘Alī(AS). Chāp-i Awwal,

2007/1428.

Mālik ibn Anas. *Al-Mudawwana al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim. *Ghanā’im al-Ayyām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Daftar-i Tablighāt i Ḥawzah. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Mubārakfurī, Muḥammad ‘Abd al-Raḥmān ibn ‘Abd al-Raḥīm. *Tuḥfa al-Aḥwadhī Bi Sharḥ Jāmi’ al-Tirmidhī*, Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu’min. *Dhakhīra al-Ma’ād fī Sharḥ al-Irshād*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1831/1247.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *al-Mu‘tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). Chāp-i Awwal, 1987/1407.

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

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-‘Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 1993/1414.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Hashtum, 1997/1417.

Namāzī, ‘Alī. *Mustadrak Safīnat al-Biḥār*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Narāqī, Mahdī ibn Abīzar. *Mu‘tamad al-Shi’a fī al-Aḥkām al-Shari’a*. Qum: Kungirah-yi Buzurgdāshht Narāqī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

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

Nawawī, Yahyā ibn Sharaf al-Dīn. *Sharḥ Ṣaḥīḥ Muslim*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā’il wa Mustanbaṭ al-Masā’il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Qazwīnī Ḥā’irī, Muḥammad Ḥasan. *al-Barāhīn al-Jalīya fī Raf’ Tashkikāt al-Wahābiya*. Beirut: al-wafā’. Chāp-i Awwal, 1977/1397.

Rāfi’ī Qazwīnī, ‘Abd al-Karīm ibn Muḥammad. *Fath al-‘Azīz*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 2012/1433.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Alfāz al-Qurān*. Beirut-Dimashq: Dār al-‘Ilm -Dār

al-Shāmiya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

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

Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Qum: al-Minār.

Chāp-i Chāhārum 1993/1413.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dāyira al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 2005/1426.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub, Chāp-i Awwal, 1988/1367.

Shāfi‘ī Şaghīr, Shams al-Dīn. *Nihāyaal-Muḥtāj ilā Sharḥ al-Minhāj*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Mazār fī Kiyfiya Ziyārāt al-Nabī wa al-A‘imma (AS)*. Madrisah-yi Imām Mahdī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Dhikrā al-Shr‘a fī Aḥkām al-Shari‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Rawḍ al-Jinān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Daftar-i Tablighāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1982/1402.

Shams al-A‘immah Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Ma‘rifa. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Shawkānī, Muḥammad ibn ‘Alī. *Nayl al-Awtār min Aḥādith Sayyid al-Akhyār*. Beirut: Dār al-Jil. 1973/1351.

Shirwānī, ‘Abd al-Ḥamīd; Aḥmad ‘Abādī. *Hawāshī Tuḥafa al-Muḥtāj bi Sharḥ al-Minhāj*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, s.d.

Sindī, Muḥammad ibn ‘Abd al-Hādī. *Ḥāshiya al-Sindī ‘alā al-Nasā’*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Subḥānī, Ja‘far. *al-Wahābiya fī al-Mizān*. Beirut: Dār al-Şidiq al-Akbar. Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Subḥānī, Ja‘far. *fī Zill Uṣūl al-Islām*. Qum: Mū‘assisah-yi Imām Şādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Suyūṭī, Jalāl al-Dīn. *Sharḥ Sunan al-Nasā’*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma‘ al-Bayān fī Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāşir Khusrū. Chāp-i Sivum, 1993/1413.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 1996/1417.

Tirmidhī, Muḥammad ibn 'Isā. *Sunan al-Tirmidhī*. Beirut: Dar al-Fikr. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Ṭu'mah, Salmān Hādī. *Tārikh Marqad al-Ḥusayn wa al-'Abbās*. Beirut: al-A'lamī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fī mā Ikhtalafa min al-Akhhbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1970/1390.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūt fī al-Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Murtaẓawīya. Chāp-i Sivum, 1967/1387.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Miṣbāḥ al-Mutahajjid*. Beirut: Fiqh al-Shi'a. Chāp-i Awwal, 1991/1411.

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



A Reflection on the Validity or Invalidity of Presenting a Supplementary Oath for the Testimony (Subject of Note to Article 209 of the Islamic Penal Code, the Final Part of Clause B of Article 230, and Note to Article 277 of the Code of Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts)

Dr. Sediqeh Hatami  (Corresponding Author), Assistant Professor, department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran

Email: se.hatami@ilam.ac.ir

Dr. Taher Ali Mohammadi, Associate Professor, department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran

Abstract

Imāmī jurists agree on the legitimacy of resolving disputes and proving financial claims according to the evidence of “one witness and one oath”. However, they do not agree on the necessity of maintaining the sequence of presenting testimony and taking the oath. *Imāmī* jurists have predominantly accepted the necessity of maintaining sequence, while some others, particularly contemporary jurists, have accepted the theory of non-necessity of maintaining sequence. The legislator has followed the prevalent theory in the Note to Article 209 of the Islamic Penal Code, the final part of Clause B of Article 230, and the Note to Article 277 of the Civil Procedure Code. The present study investigates this subject using a descriptive-analytical method, explaining each opinion and analyzing its evidence. It is concluded that “non-necessity of sequence” is the preferred theory, based on the inadequacy of the arguments for the prevalent opinion and considering the verbal generality of hadiths and other proofs.

Keywords: prioritizing the oath (*Taqdīm-i yamīn*), prioritizing testimony (*Taqdīm-i shahadat*), sole witness, plaintiff's oath, proving financial claims





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۸۸ - ۶۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۳

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.83115.1602>

نوع مقاله: پژوهشی

تأملی در اعتبار یا عدم اعتبار تقدیم سوگند تکمیلی بر ادای شهادت

(موضوع تبصره ماده ۲۰۹ ق.م.ا و قسمت اخیر بند ب ماده ۲۳۰ و تبصره ماده ۲۷۷ ق.آ.م.)

دکتر صدیقه حاتمی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

Email: se.hatami@ilam.ac.ir

دکتر طاهر علی محمدی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

چکیده

مشروعیت قضاوت و اثبات دعاوی مالی با استناد به دلیل «یک شاهد و یمین» مورد وفاق فقیهان امامیه است، ولی در زمینه لزوم رعایت ترتیب میان اقامه شهادت و ادای سوگند میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. آنان به طور مشهور نظریه لزوم ترتیب و برخی دیگر، به ویژه فقیهان معاصر، نظریه عدم لزوم رعایت ترتیب را پذیرفته اند. قانونگذار در تبصره ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی و قسمت اخیر بند ب ماده ۲۳۰ و تبصره ماده ۲۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی از نظریه مشهور پیروی نموده است. در این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی، موضوع را به بررسی گرفته، ضمن تبیین هریک از اقوال و تحلیل مستندات، به دلیل عدم کفایت ادله قول مشهور و باتوجه به اطلاق روایات و دلایل دیگر، دیدگاه «عدم لزوم ترتیب» را به عنوان نظریه مختار برگزیده است.

واژگان کلیدی: تقدیم یمین، تقدیم شهادت، شاهد واحد، یمین مدعی، اثبات دعاوی مالی.

مقدمه

مشروعیت ثبوت دعوا و جواز قضاوت به استناد شاهد واحد و یمین مدعی، از مسألات فقه امامیه و مورد وفاق میان علمای شیعه و اکثر علمای اهل سنت است.^۲ در این باره، اجماع^۳ و همچنین روایات مستفیضه و بلکه متواتری در کتب روایی وجود دارد که اکثر این روایات، قضاوت رسول الله (ص) و امام علی (ع) با شاهد واحد و یمین را نقل می کنند.^۴ از جمله این روایات می توان به چند مورد اشاره کرد: ۱. صحیحۀ محمد بن مسلم از امام صادق (ع): «رسول الله (ص) در دین، شهادت واحد و یمین صاحب حق را نافذ می دانست و در ثبوت هلال ماه، شهادت واحد و یمین را نافذ نمی دانست، مگر با وجود دو شاهد عادل»؛ ۲. صحیحۀ منصور بن حازم از امام صادق (ع): «رسول خدا (ص) با شاهد واحد و یمین صاحب حق قضاوت می کرد»؛ ۳. صحیحۀ حماد بن عثمان از امام صادق (ع): «امام علی (ع) در دین، شهادت مرد واحد و یمین مدعی را نافذ می دانست»؛ ۴. صحیحۀ حماد بن عیسی از امام صادق (ع): «پدرم برای من روایت کرد که همانا رسول خدا (ص) به شاهد و یمین قضاوت می کرد.»^۵ و روایات بسیار دیگری که با وجود عباراتی؛ چون «قضی»، «کان» و... در این روایات می توان به کثرت قضاوت و همچنین سیره و روش پیامبر (ص) و امام علی (ع) به قضاوت با شاهد واحد و یمین دست یافت.

فقه‌ها نامی خاص بر این سوگند نهاده و مسئله در کتب فقهی تحت عناوینی چون «شاهد واحد و یمین» یا «شاهد و یمین» بررسی شده است.^۶ قانونگذار نیز در قوانین موضوعه در مواد مختص به مسئله؛ چون قسمت اخیر بند ب ماده ۲۳۰ و تبصره ماده ۲۷۷ ق.آ.د.م و همچنین تبصره ماده ۲۰۹ ق.م.ا نام خاصی بر این سوگند نهاده است. اما حقوق دانان چنین سوگندی که به همراه شاهد واحد و توسط مدعی ادا می شود را سوگند تکمیلی نام گذاری کرده اند.^۷ ادای چنین سوگندی، در مواردی است که امکان اقامه بینه نیست و ادای آن نیز منوط به درخواست مدعی است و برخلاف سوگند بتی، قابل رد به طرف مقابل؛ یعنی منکر نیست و در صورت امتناع مدعی از اتیان سوگند، به دلیل عدم کفایت ادله، حکم به بی حقی وی صادر می شود.^۸

۲. نک: صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۷۰/۴۰؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ۷۰۹/۲؛ طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۸۹/۲. نک: ابن قدامة، المغنی، ۱۱/۱۲؛ ماوردی، الحاوی الکبیر، ۷۱/۱۷، ۷۲؛ بیهقی، السنن الکبری، ۱۷۳/۱۰ و ۱۷۴؛ مرداوی، الإنصاف، ۸۲/۱۲، ۱۱۵.
۳. طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۶؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ۴۳۹؛ ابن ادریس، السرائر، ۱۴۰/۲.
۴. نک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۷/۲۶۴ تا ۲۷۰.
۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۴/۲۷، ح ۴، ۳، ۲، ۱.
۶. طوسی، الخلاف، ۲۷۴/۶؛ علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۱۶۲/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۹۸/۳.
۷. توکلی، مختصر آیین دادرسی مدنی، ۵۱۹.
۸. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۹/۱۲؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۴۲۵/۲.

امکان ثبوت دعوا با شاهد واحد و یمین فی الجمله؛ یعنی در خصوص بعضی دعاوی ثابت است و اینکه در کدام دعای می‌توان به چنین دلیلی اکتفا کرد، بحث تفصیلی و اختلافی و نیازمند پژوهشی مستقل است. اما آنچه مشهور میان فقهاست و قوانین موضوعه ایران نیز از آن تبعیت کرده، پذیرش آن در دعاوی مالی است و هرآنچه که مقصود از آن تحصیل مال باشد.^۹ آنچه که محل بحث پژوهش حاضر است، اعتبار یا عدم اعتبار تقدیم شهادت بر یمین در دعاوی است که با شاهد واحد و یمین ثابت می‌شود. به عبارت دیگر، رعایت ترتیب میان اقامه شهادت و سپس ادای یمین، واجب است یا اینکه لازم و واجب نیست و مدعی مختیر در تقدیم هرکدام از شاهد یا سوگند خواهد بود؟ اهمیت و اهداف پژوهش در دو جهت است: اولاً، در این باره میان فقیهان امامیه اختلاف نظر و اهتمام وجود دارد که نشان از اهمیت مسئله و ضرورت انجام چنین پژوهشی در راستای گزینش نظریه صحیح می‌دهد؛ ثانیاً، قوانین موضوعه ایران از نظریه مشهور، که الزام‌آور و محدودیت‌آفرین است، متابعت کرده که نیازمند بررسی دقیق علمی است. در خصوص پیشینه بحث باید گفت: سابقاً پایان‌نامه‌ای با مشخصات «اعتبار شهادت یک شاهد و قسم مدعی در اثبات دعوا از نظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، از رحمان جعفری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۴ نگاشته شده است؛ این پژوهش در خصوص مشروعیت قضا با شاهد واحد و یمین و محدوده دعاوی اثبات‌شدنی با آن است، اما در موضوع محل بحث مقاله حاضر؛ یعنی اعتبار یا عدم اعتبار ترتیب میان شهادت و قسم، در حد چند سطر به توضیح نظر مشهور پرداخته است. همچنین مقاله‌ای تحت عنوان «اثبات دعای مالی علیه میت با شاهد واحد و سوگند»، از احمد احسانی‌فر، در نشریه فقه اهل بیت، در تابستان ۱۳۹۵ نگاشته شده است که هیچ‌گونه ارتباطی با جستار حاضر نداشته و در خصوص تداخل یا عدم تداخل سوگند استظهاری با سوگند تکمیلی در دعاوی مالی علیه میت است. بنابراین، در این راستا پژوهشی مستقل و کامل که به تحلیل و ارزیابی تمام اختلاف نظرات و ادله نظریات مسئله بپردازد، انجام نشده است.

۱. دیدگاه فقها

همان‌طور که پیش‌تر نیز بیان شد در زمینه مشروعیت قضا با شاهد واحد و یمین مدعی، فی الجمله اختلاف نظری میان فقیهان امامیه وجود ندارد، اما در فروعات مسئله؛ از جمله لزوم ترتیب یا عدم لزوم ترتیب میان شهادت و یمین اختلاف نظر وجود دارد. با تتبع در آثار فقهی می‌توان به دو نظریه در این باره دست یافت: ۱. لزوم تقدیم شهادت بر یمین مدعی؛ ۲. عدم لزوم تقدیم شهادت بر یمین مدعی.

۹. طوسی، المبسوط، ۱۸۹/۸؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۶۲/۲؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۲۴/۱۵.

۱.۱. نظریه اول: لزوم تقدیم شهادت بر یمین مدعی

معروف میان فقهای امامیه، لزوم تقدیم شهادت بر یمین مدعی در دعاوی اثبات شدنی با شاهد واحد و یمین است و در صورت ادای سوگند پیش از اقامه شهادت، قسم، لغو و بی اثر خواهد بود و باید مجدداً ادا شود.^{۱۰}

این قول که در هر سه عصر قدیم و متأخر و معاصر پیروان زیادی دارد، به مشهور نسبت داده شده است.^{۱۱} برخی نیز از آن به «بلاخلاف» تعبیر کرده اند.^{۱۲} فاضل هندی قدم را فراتر نهاده و از آن به «الی قطع الأصحاب» تعبیر کرده است.^{۱۳}

قوانین موضوعه مختص به مسئله نیز همانند بسیاری از قوانین از نظریه مشهور فقیهان تبعیت کرده اند: ۱. قسمت اخیر بند ب ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی: «ب-... در موارد مذکور در این بند، ابتدا گواه واجد شرایط شهادت می دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می شود»؛ ۲. تبصره ماده ۲۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «تبصره- در موارد مذکور در این ماده، ابتدا گواه واجد شرایط شهادت می دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می شود»؛ ۳. تبصره ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی: «تبصره- در موارد مذکور در این ماده، ابتدا شاهد واجد شرایط شهادت می دهد و سپس سوگند توسط مدعی ادا می شود.»

ادله دیدگاه لزوم ترتیب: با بررسی آثار فقهی و کنکاش در متون فقهی طرفداران این دیدگاه، تمامی ادله استنادی این دیدگاه مشخص شد؛ برخی از ادله، از جمله «ترتیب ذکری در روایات» و «قدر متیقن» مورد استناد بسیاری از فقیهان قرار گرفته است. برخی دیگر از ادله؛ مانند «اجماع»، «اصل» و «بی اثر بودن صرف یمین»، محل تمسک معدودی از فقیهان واقع شده است و به استحسانی بودن برخی دیگر از ادله؛ مانند «متمم بودن یمین مدعی» و «اختصاص یمین به جانب قوی طرف دعوا»، توسط بسیاری از فقیهان، حتی فقیهان پیرو نظریه مزبور اعتراف شده است. این ادله به شرح ذیل است:

أ. ترتیب مذکور در روایات: در هیچ کدام از روایات باب «قضا با شاهد واحد و یمین»، تقدیم شهادت بر یمین به صورت اشتراط نیامده است. اما در تمامی این روایات، شاهد، پیش از قسم و مقدم بر آن ذکر شده است و در هیچ کدام از این روایات، یمین پیش از شاهد ذکر نشده است.^{۱۴}

۱۰. طوسی، المبسوط، ۱/۸۹؛ ابن براج، المذهب، ۲/۵۶۲؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۴/۸۳؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۹۲؛ گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

۱۱. روحانی، فقه الصادق، ۱۵۷/۲۵؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۲/۱.

۱۲. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۰/۱۴۰؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵.

۱۳. فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۳۹/۱۰.

۱۴. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۸۹؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵؛ طباطبائی یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۲/۹۲؛ نجفی گیلانی، کتاب القضاء،

ب. اجماع: درباره اعتبار تقدیم شهادت بر یمین، ادعای اجماع شده است.^{۱۵}

ج. اصل: هرگاه ابتدا شهادت و سپس یمین ادا شود، شکی در صحت و مؤثر بودن آن نیست، اما در مواردی که ابتدا یمین و سپس شهادت اقامه می‌شود، شک در صحت و تأثیر آن وجود دارد. در این گونه موارد که اطلاقی هم وجود ندارد، اصل عدم ترتب اثر بر مورد مشکوک است.^{۱۶}

د. قدر متیقن: مطابق با قاعدة «البينة على المدعى واليمين على المنكر»، یمین مدعی، خلاف قاعده و اصل اولی است و در مواردی که حکم خلاف قاعده است، به قدر متیقن اکتفا می‌شود. در مسئله پیش‌رو، قدر متیقن، تقدیم شهادت بر یمین مدعی است و در این مورد، هیچ گونه خلاقی میان موافقان و مخالفان نیست.^{۱۷} محقق خوئی در مبانی تکملة المنهاج که به ضرورت رجوع به قدر متیقن استناد کرده است، در این خصوص می‌گوید: «ترتیب ذکر در روایات؛ هر چند دلالتی بر اعتبار تقدیم شهادت بر یمین ندارد، اما در این روایات اطلاقی نیست؛ بلکه قدر متیقن، ثبوت حق به وسیله یمین به شرط تقدم شهادت بر آن است، نه عکس آن (تقدم یمین بر شهادت).»^{۱۸}

ه. متمم و مکمل بودن یمین: مطابق با قاعده و اصل اولی، وظیفه مدعی در دعوا اقامه بینه است و در صورتی که وی متمم از اقامه دو شهادت نباشد و صرفاً یک شاهد اقامه کند و بینه ناقص باشد، وی باید یمین نیز ادا کند، اما چنین یمینی برای تتمیم و تکمیل دلیل است و این ویژگی یمین، تعبدی است و در جایی است که اول شاهد واحد اقامه شود و در مرحله بعد، یمین برای تکمیل و تتمیم آن ادا شود. اما اگر یمین مقدم بر شاهد شود، دیگر چه چیزی تتمیم شود؟ در واقع، مدعی به وظیفه اصلی و اولی عمل نکرده است تا عنوان متمم و مکمل تحقق پیدا کند؛ بلکه برخلاف موازین عمل کرده است.^{۱۹}

و. اختصاص یمین به جانب قوی طرف دعوا: مدعی در صورتی جایز به ادای سوگند است که جانب وی تقویت شده باشد. گاهی تقویت جانب مدعی برای ادای سوگند به این است که منکر از ادای قسم، نکول و قسم را به مدعی رد کند؛ با این توضیح که، تقویت جانب مدعی به این سبب است که احتمال محق بودن وی به دلیل عدم ادای سوگند توسط منکر زیاد است، گاه نیز تقویت جانب مدعی به منظور ادای سوگند به این است که یک شاهد اقامه کرده باشد و پس از تقویت جانب مدعی با اقامه شاهد، وی

۱۵. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۴۱/۱۰؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵؛ نجفی گیلانی، کتاب القضاء، ۹/۲.

۱۶. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۸۹؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵؛ گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

۱۷. طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵؛ مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیلة، ۲۴۷؛ نجفی گیلانی، کتاب القضاء، ۹/۲.

۱۸. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۵/۴۰.

۱۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۵۰۹/۱۳، ۵۱۰؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۴۰/۱۰؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۳۳/۱۵.

قسم ادا کند، حال اگر در چنین حالتی مدعی ابتدا قسم ادا کند، جانب وی تقویت نیافته است تا موضوع برای قسم تحقق پیدا کند.^{۲۰}

ز. بی اثر بودن صرف یمین: یمین به تنهایی اثری نخواهد داشت، حتی اگر صد مرتبه ادا شود؛ بلکه یمین به همراه شاهد، مؤثر در ثبوت حکم است.^{۲۱}

۲.۱. ارزیابی ادله

ادله نظریه مشهور، به شرح ذیل پذیرفته نیستند:

أ. اشکال بر دلیل «ترتیب مذکور در روایات»: اکثر روایات محل بحث از نظر ذکر، شاهد را مقدم بر یمین ذکر کرده اند اما ترتیب ذکر، به ویژه با عطف به «واو» سبب و دلیل بر ترتیب واقعی نیست، بلکه ترتیب واقعی نیاز به الفاظ و قرآینی دارد که بر آن دلالت کند، لذا صرف اینکه کلمات با «واو» دنبال هم قرار گیرند دلالتی بر این ندارد که موارد بعدی در مقام عمل لزوماً باید مؤخر بر اولی باشند، برخلاف جایی که عطف به «فاء» یا «ثم» باشد؛ این صورت، از نوع ترتیب اتصالی است و دلالت بر ترتیب خواهد داشت،^{۲۲} اما عطف با لفظ «واو» صرفاً دلالت بر اجتماع می کند، نه ترتیب.^{۲۳} لفظ «مع» هم که در برخی روایات آمده، ظاهراً دلالت بر اجتماع دارد، بنابراین هر دو واژه «واو» و «مع» دلالتی بر ترتیب نخواهند داشت.^{۲۴} به نظر می رسد حکمت ترتیب ذکر این باشد که هریک از دو شاهد عادل به ضمیمه شاهد دیگر، اصل در اثبات دعوا محسوب می شود و یمین، فرع بر شاهد مفقود (اصل) و جانشین آن است؛ لذا ابتدا شاهد موجود (اصل) ذکر شده و سپس جانشین شاهد مفقود که فرع آن است (گرچه یمین در کنار شاهد واحد، اصل به شمار می آید؛ چراکه جانشین شاهد است). همان گونه که اگر در روایات به جای بینه، «شاهد و شاهد» یا شاهد اول و شاهد دوم می آمد، خصوصیتی نداشت و دلالت بر لزوم تقدم شاهد اول بر دوم نمی کرد، روایات مدنظر هم دلالتی بر لزوم تقدم شاهد واحد بر یمین مدعی ندارند. وقتی که تقدمی میان دو تا شاهد وجود ندارد، تقدمی هم میان یک شاهد و جانشین شاهد دیگر هم وجود نخواهد داشت. افزون بر این، اگر واقعاً میان شاهد واحد و یمین تقدمی وجود داشت و امام (ع) هم در پی بیان جواز جانشینی یمین از یک شاهد بوده و هم به دنبال بیان لزوم ترتیب میان شاهد و یمین، چرا با وجود علم به معانی دقیق الفاظ ربط، مسئله را مجمل گذاشته و از الفاظ «فاء» یا «ثم» استفاده نکرده است؟ اگر هم

۲۰. فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۳۹/۱۰؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۴۱/۱۰؛ کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۹۰.

۲۱. مؤمن قعی، مبانی تحریر الوسيلة، ۲۴۷.

۲۲. روحانی، فقه الصادق، ۱۵۷/۲۵؛ فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۲۲۴؛ حسینی حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی، ۷۱۲.

۲۳. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲.

۲۴. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۳/۱.

گفته شود که امام(ع) فقط در مقام بیان جواز جانشینی یمین از یک شاهد بوده، در آن صورت نیز نه لزوم و نه عدم لزوم تقدم شاهد بر یمین فهمیده نمی شود و لزوم تقدم، نیازمند بیانی دیگر از امام(ع) است که در مسئله وجود ندارد و در صورت شک، اصل عدم لزوم تقدم جاری خواهد شد. بنابراین، صرف ترتیب در ذکر بدون استفاده از کلمات دال بر ترتیب نمی تواند دلیل بر اشتراط ترتیب باشد و مفاد آن ها صرفاً اعتبار شهادت شاهد واحد به همراه یمین مدعی است؛ خواه شهادت مقدم بر یمین باشد و خواه متأخر از آن.

ب. اشکال بر دلیل اجماع: استناد به دلیل اجماع محل ایراد است؛ زیرا اولاً، مسئله «لزوم یا عدم لزوم تقدم شهادت بر یمین» در کلمات تعدادی از فقیهان متقدم - شیخ مفید در المقنعة، ابن زهره در غنیة، ابوالصلاح حلبی در الکافی فی الفقه و سلار دیلمی در المراسم - نیامده است؛^{۲۵} ثانیاً، از عبارت شیخ طوسی در مبسوط چنین استفاده می شود که مسئله حتی در زمان فقیهان این دوره نیز اختلافی بوده است؛^{۲۶} ثالثاً، محتمل است که فتوای فقیهان پیرو نظریه لزوم ترتیب، براساس فهم آنان از ترتیب مذکور در روایات محل بحث باشد؛ لذا اجماع با اشکال دیگری، یعنی مدرکی بودن یا احتمال مدرکی بودن همراه است.

ج. اشکال بر دلیل اصل: روایات، ظهور در معیت و اجتماع شاهد و یمین دارند، نه در ترتیب و تا ظهور کلام وجود دارد نوبت به اصل نمی رسد. اگر چنین ظهوری پذیرفته نباشد، مطابق آنچه که برخی از فقها گفته اند تمسک به اصل، متوقف بر عدم وجود اصول لفظیه است، حال آنکه در مسئله، اصل لفظی اطلاق وجود دارد؛ زیرا ادله، یعنی روایات مسئله «شاهد واحد و یمین» مطلق اند و باوجود روایات متواتر و متوافری که همگی مطلق هستند، تمسک به اصل، صحیح نخواهد بود.^{۲۷}

د. اشکال بر دلیل قدرمتیقن: پاسخ از مورد قبلی، پاسخ به این اشکال نیز خواهد بود؛ زیرا اولاً، روایات ظهور در معیت دارند و شکی در میان نیست تا اینکه نیاز به رجوع به قدرمتیقن باشد؛ ثانیاً، اگر ظهور کلام پذیرفتنی نباشد، حداقل، روایات مزبور اطلاق دارند و چنان که برخی از فقها گفته اند: تمسک به قدرمتیقن در جایی است که اطلاقی در میان نباشد، حال آنکه در مسئله، روایات مطلق هستند و باوجود اطلاق روایات، دیگر نوبت استناد به قدرمتیقن نخواهد رسید. ترتیب ذکر موجود در روایات نیز نه تنها دلالتی بر تقدم شهادت بر یمین ندارند، بلکه صلاحیت قرینه برای جلوگیری از تمسک به اطلاق روایات نخواهد داشت؛ لذا اطلاق روایات، تام است.^{۲۸}

۲۵. مفید، المقنعة، ۷۲۷؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ۴۳۹؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۳۸؛ سلار دیلمی، المراسم، ۲۳۳.

۲۶. «قال بعضهم الترتیب لیس شرطاً بل هو بالخیار، ان شاء حلف قبل شاهده و ان شاء بعده كالشاهدين من شاء شهد قبل صاحبه». طوسی، المبسوط، ۱۸۹/۸.

۲۷. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۲۴.

۲۸. حسینی حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی، ۷۱۲.

ه. اشکال بر دلیل متمم و مکمل بودن یمین: این دلیل نیز از وجوه ضعیف و استحسانی است که بدان استناد کرده‌اند،^{۲۹} حتی فقیهان پیرو نظریه لزوم ترتیب نیز به استحسانی بودن آن معترف شده‌اند؛^{۳۰} زیرا اولاً، در صورت وجود دو شاهد نیز هر کدام مکمل دیگری است و چنان که مکمل بودن آن‌ها دلیل بر لزوم تقدیم هیچ کدام نخواهد بود و ترجیح بلامرجح هم لازم می‌آید، در یمین مدعی که جانشین یکی از دو شاهد است نیز چنین وضعیتی حاکم است؛ ثانیاً، همان گونه که برخی از فقها گفته‌اند، این دلیل، محجوج و مغلوب به اطلاق روایات است؛ چرا که با وجود اطلاق روایات، تفاوتی در تقدیم و تأخیر یمین نیست؛ ثالثاً، هدف و فلسفه یمین همراه با شاهد، کسب اطمینان از صدق ادعای مدعی است و از این رو، تفاوتی در تقدیم یا تأخیر یمین نیست؛^{۳۱} رابعاً، در روایات، عنوان «بشاهد و یمین» و عباراتی مشابه آن آمده است که این گونه عبارات هیچ گونه دلالتی بر اصالت شاهد و متممیت و مکملیت یمین ندارند؛ خامساً، وظیفه مدعی اقامه بینه است و در صورت عدم بینه، با توجه به روایات وارده نوبت به شاهد واحد و یمین می‌رسد و روایات مزبور دلالت بر ثبوت دعوی با شاهد واحد و یمین دارند و در آن‌ها تقدیم شهادت بر یمین معتبر نیست. به عبارتی، یمین قائم مقام شاهد دیگر است؛ همان گونه که اگر دو شاهد مرد یا یک شاهد مرد و دو شاهد زن بر مسئله موجود بود، تفاوتی در تقدم و تأخیر هر کدام از شاهدین یا تقدیم و تأخیر شاهد مرد بر شهادت دو زن در ادای شهادت وجود نداشت، در صورتی که یمین جایگزین یکی از شهود شود نیز تفاوتی در تقدیم و تأخیر یمین وجود نخواهد داشت. شاهد مدعا اینکه، فقیهان پیرو نظریه لزوم ترتیب، در دو مسئله مزبور - اقامه دو شاهد مرد و یا یک شاهد مرد و دو شاهد زن - ترتیب را شرط نمی‌دانند، زیرا مطابق با نظر همین فقیهان، روایات از این نظر مطلق است و ترتیب در آن‌ها شرط نیست؛ سادساً، دلیل، مرکب و واجد دو جزء است، شاهد و یمین و این دو جزء، هر دو با هم و در عرض هم سبب ثبوت دعوا می‌شوند، بنابراین تفاوتی نیست که یکی بر دیگری مقدم شود.^{۳۲} شاهد بر اینکه حجت و دلیل، مرکب از دو جزء است و هر دو جزء، اصل است و یمین شرط تقویت کننده یا متمم شاهد نیست، عبارت است از اینکه: حتی فقهای قائل به نظریه لزوم ترتیب معتقدند در صورت رجوع شاهد از شهادت خویش، وی را ضامن نصف مدعی به می‌دانند؛ زیرا مطابق با ظاهر روایات، شاهد، جزئی از دلیل فوت مال است، یعنی دلیل، مرکب از دو جزء شاهد و یمین است و این دو با هم مثبت حق مدعی هستند.^{۳۳} اگر یمین، شرط یا متمم

۲۹. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۲/۱.

۳۰. گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

۳۱. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية، ۵۲۵/۱.

۳۲. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۷۱/۴۰؛ آشتیانی، کتاب القضاء، ۶۵۱/۲.

۳۳. ابوالصلاح حلبی، الکافی الفقه، ۵۶۲/۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۰۳/۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۳۹/۱۰؛ طباطبائی یزدی، تكملة العروة

شهادت شاهد محسوب شود، در صورت رجوع شاهد از شهادتش، وی ضامن کل مدعی به است، نه نصف آن؛^{۳۴} لذا چنین به نظر آید که از نظر این فقیهان نیز شهادت و سوگند هر دو اصل هستند و به انضمام و ترکیب هم سبب و مؤثر در ثبوت حکم خواهند شد.

و. اشکال بر دلیل «اختصاص یمین به جانب قوی طرف دعوا»: اولاً، این گونه وجوهات صرفاً وجوهات استحسانانی است که هیچ گونه اعتباری ندارند؛ زیرا این بیانات، که قسم در صورتی متعلق به مدعی است که جانب وی تقویت شده باشد، مطالبی بدون دلیل است بدون اینکه از روایات و ادله، شاهدی بر آن‌ها باشد^{۳۵} و حتی برخی از پیروان نظریه لزوم ترتیب نیز به استحسانانی بودن آن معترف شده‌اند؛^{۳۶} ثانیاً، چنین دلیلی مبنی بر این است که شاهد، اصل و یمین، فرع محسوب شود و این در حالی است که شاهد و یمین هر دو اصل و به همراه هم مثبت حق است و چنان که پیش تر نیز در رد ادله اشاره شد، دلیل در فرض مسئله واجد دو جزء مستقل است: شاهد و یمین؛ این دو جزء نیز هر دو با هم و در عرض هم سبب ثبوت دعوا می شود، نه اینکه مرحله به مرحله و در طول هم دعوا را ثابت کنند تا بتوان مدعی چنین استدلال‌هایی شد. بنابراین تفاوتی نیست که یکی بر دیگری مقدم شود،^{۳۷} لذا چنین وجوه استحسانانی، صلاحیت رفع ید از مدلول روایات - یعنی مثبت حق بودن شاهد و یمین به همراه هم - را ندارند.^{۳۸}

ز. اشکال بر دلیل «بی اثربودن صرف یمین»: این دلیل نیز از ادله ضعیفی است که آیت الله مؤمن مدعی شده است؛^{۳۹} زیرا چنان که پیش تر اشاره شد یمین و شاهد به همراه هم مثبت حق هستند و هر کدام جزئی از دلیل ثبوت حق اند، لذا همان طوری که اگر صد مرتبه یمین به تنهایی اجرا شود، حق ثابت نخواهد شد. با صد مرتبه شهادت شاهد واحد نیز حق ثابت نمی شود؛ بنابراین هر دو باید به همراه هم ادا و اقامه شوند.

همچنین ممکن است فرض مسئله با مسائلی چون «صل مع الطهارة» مقایسه شود؛ اینکه لزوماً شرط طهارت، پیش از نماز تحصیل شود. نماز، اصل و طهارت، شرط و فرع است یا در مسئله دعوی بر میت که مدعی لزوماً پس از اقامه بینه، نه پیش از آن ملزم به ادای سوگندی است که بدان سوگند استظهاری گفته

الوئی، ۹۲/۲.

۳۴. فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۴۰/۱؛ کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهة، ۸۹.

۳۵. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۳/۱.

۳۶. گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

۳۷. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة، ۵۲۵/۱.

۳۸. عراقی، کتاب القضاء، ۱۴۰.

۳۹. مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیلة، ۲۴۷.

می‌شود. لذا در شاهد و یمین هم مسئله اصالت و فرعیت در کار است. شاهد، اصل و باید مقدم بر فرع، یعنی یمین باشد. اما باید چنین اذعان داشت که استدلال مزبور نیز ضعیف است؛ زیرا اولاً، چنین تشبیهاتی قیاس و در منابع فقه امامی غیر معتبر است؛ ثانیاً، چنان‌که پیش‌تر نیز بیان شد در هیچ‌کدام از روایات فرض مسئله، دلالتی مبنی بر اصل بودن شاهد و فرع یا شرط بودن یمین وجود ندارد تا بتوان مدعی چنین تشبیهاتی شد؛ بلکه ظاهر روایات، جواز قضا با شاهد واحد و یمین است مطلقاً؛ خواه شاهد مقدم بر یمین شود و خواه یمین مقدم بر شاهد. بنابراین، امر مهم، تحقق حکم مولا است و حکم مولا نیز مرکب از دو امر است: شاهد واحد و یمین.

۲. نظریه دوم: عدم لزوم تقدیم شهادت بر یمین مدعی

برخی از فقیهان متأخر، بر نظریه «لزوم تقدیم شهادت بر یمین» اشکال وارد کرده‌اند و این نظریه را نظریه‌ای مشکل‌دار یا درخور تأمل می‌دانند که مستند به ادله‌ای ضعیف است.^{۴۰} همچنین برخی از فقیهان متأخر پا را فراتر نهاده و صراحتاً دیدگاه «عدم لزوم رعایت ترتیب میان شهادت و یمین» را دیدگاهی قوی دانسته و قائل به آن شده‌اند؛ یعنی ضرورتی بر تقدیم شهادت بر یمین نیست، بلکه اگر یمین مقدم بر اقامه شاهد شود نیز یمین مؤثر و استنادشدنی است^{۴۱} و همین مسئله سبب شده است که بسیاری از فقیهان معاصر نیز به نظریه «عدم لزوم رعایت ترتیب میان شهادت و یمین» گرایش یابند و این نظریه را نظریه‌ای صائب بدانند.^{۴۲}

امام خمینی تقدیم شهادت بر یمین را احوط اعلام کرده اما با این وجود، عدم اشتراط تقدیم شهادت بر یمین را نیز خالی از قوت ندانسته است.^{۴۳}

۱.۲. ادله دیدگاه عدم لزوم ترتیب

فقه‌ای پیرو نظریه عدم لزوم اشتراط ترتیب برای اثبات مدعای خویش به چند دلیل استناد کرده‌اند:

أ. **اطلاق روایات:** روایات باب «قضا با شاهد واحد و یمین» اطلاق دارند، لذا برای استماع و پذیرش شهادت شاهد ضرورتی بر تقدیم آن بر قسم نیست و در هر صورت؛ خواه شهادت شاهد پیش از قسم مدعی

۴۰. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۲۶۴/۳؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ۷۰۹/۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۷۱/۴۰.

۴۱. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲؛ نراقی، مستند الشیعة، ۲۷۶/۱۷.

۴۲. روحانی، فقه الصادق، ۱۵۷/۲۵؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۲/۱؛ حسینی حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی، ۷۱۲؛ عراقی، کتاب القضاء، ۱۴۰؛ سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ۵۲۵/۱.

۴۳. خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۲۴/۲.

اقامه شود و خواه پس از اتیان قسم، مانعی در پذیرش دلیل (شاهد واحد و قسم) نخواهد بود؛^{۴۴} با این توضیح که، گرچه فرض مسئله یمین در اکثر روایات، عطف به شاهد واحد شده است، اما چنین ترتیبی، ترتیب ذکرى است و اعتنائى به آن نیست؛ زیرا یمین یا به وسیله لفظ «واو» به شاهد واحد عطف شده است که ظاهر آن اجتماع است یا به وسیله لفظ «مع» که ظاهر در معیت و صرف اجتماع در وجود است، لذا هر دو واژه دلالتی بر ترتیب واقعی ندارند.^{۴۵} بنابراین، چنین ترتیبی صرفاً ترتیب در ذکر است که اعتنائی به آن نیست و مانع از تمسک به اطلاق روایات نخواهند بود و روایات صرفاً دلالت بر جواز قضا با شاهد واحد و یمین مدعی دارند، مطلقاً؛ خواه شاهد واحد مقدم شود و خواه یمین مدعی. علاوه بر اینکه در برخی از روایات باب، ابتدا قسم و بعد شهادت ذکر شده است.^{۴۶} ناگفته نماند چنانچه هر روایتی همانند روایات محل بحث، ناقل و حاکی فعل رسول (ص) و امام (ع) باشد، در صورتی که قیدی در کلام نباشد، تمسک به اطلاق آن صحیح خواهد بود و از این جهت نیز مشکلی در استناد به اطلاق روایات نیست.

ب. اصل: مقتضای اصل عملی عدم اعتبار، تقدیم شهادت بر یمین است.^{۴۷}

ج. اولویت: آیت الله خونی^{۴۸} در کتاب «القضاء و الشهادات» با اعتقاد به اطلاق روایت منصور بن حازم و به استناد دلیل اولویت، عدم لزوم ترتیب میان شهادت و یمین را پذیرفته است.^{۴۹} منصور بن حازم از امام موسی بن جعفر (ع) روایت می کند که فرمود: «إِذَا شَهِدَ لِطَائِلِ الْحَقِّ امْرَأَتَانِ وَ يَمِينُهُ فَهُوَ جَائِزٌ»^{۵۰} هرگاه برای صاحب حق دو زن به همراه قسم صاحب حق شهادت دهند، نافذ است. این حدیث که در خصوص شهادت دو زن به همراه قسم است، از جهت تقدیم یا عدم تقدیم شهادت بر قسم، مطلق است و اطلاق آن در عدم اعتبار تقدم شهادت کفایت می کند؛ زیرا امام (ع) در مقام بیان حکم است و حکم را مقید به تقدم شهادت نکرده است. جواز تقدم یمین بر شهادت که در شهود زن ثابت شد، به طریق اولی در مرد ثابت می

۴۴. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲، روحانی، فقه الصادق، ۱۵۷/۲۵.

۴۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲، تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۳/۱.

۴۶. نک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۸/۲۷، ۲۶۹، ح ۱۳، ۱۵، ۱۶.

۴۷. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲.

۴۸. ناگفته نماند که آیت الله خونی در مسئله مزبور در دو کتاب فقهی خویش - مبانی تکملة المنهاج و القضاء و الشهادات - دو دیدگاه متفاوت از هم را پذیرفته است؛ با این توضیح که، در کتاب مبانی تکملة المنهاج با رد اطلاق روایات مسئله و عدم دلالت ترتیب ذکرى در روایات بر اعتبار تقدم شهادت بر یمین و به استناد قدر متیقن قائل به لزوم تقدم شهادت بر یمین شده است (خونی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۵/۴۰)، اما در کتاب القضاء و الشهادات با اعتقاد به اطلاق روایت منصور بن حازم و به استناد دلیل اولویت، دیدگاه عدم لزوم ترتیب میان شهادت و یمین را پذیرفته است و دلیل عدم تعرض به روایت منصور بن حازم در کتاب مبانی تکملة المنهاج را ضعیف بودن روایت به نقل از کتاب من لایحضره الفقیه شیخ صدوق بیان کرده است، حال آنکه به تعبیر ایشان، روایت به طرق دیگر صحیح است و مشکلی در صحیح بودن آن نیست (خونی، القضاء و الشهادات، ۱۰۲/۱). گرچه از بیانات محقق خونی در کتاب القضاء و الشهادات می توان چنین برداشت کرد که دیدگاه نهایی پذیرفته ایشان، قول عدم لزوم ترتیب میان شهادت و یمین است.

۴۹. خونی، القضاء و الشهادات، ۱۰۲/۱.

۵۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۷۱/۲۷، ح ۱.

شود؛ زیرا احتمال داده نمی شود که تقدم شهادت درباره مرد معتبر باشد و در زن اعتباری نداشته باشد؛ چون حال شهادت مرد همان حال شهادت زن است.^{۵۱} لذا از نظر ایشان چنانچه تقدیم شهادت دوزن - که معادل شاهد واحد مرد است - بر قسم شرط نیست، درباره تقدیم شهادت واحد مرد به طریق اولی ترتیب شرط نیست.

د. فلسفه و هدف یمین مدعی: از جمله ادله مستند برای اثبات مدعا این است که هدف و فلسفه اضافه کردن یمین به شاهد واحد، کسب اطمینان از صدق ادعای مدعی است؛ زیرا ایمان به خداوند چه بسا انسان را از قسم کذب باز می دارد و بر این اساس، تفاوتی در تقدیم یا تأخیر سوگند بر شهادت نیست.^{۵۲}

۲.۲. ارزیابی ادله

از میان دلایل فوق، بر بعضی از آنها اشکالاتی وارد شده است که به این صورت است:

أ. اشکال بر دلیل اطلاق روایات: برخی از فقهای معاصر، اطلاق روایات محل بحث را رد کرده اند،^{۵۳} بدون اینکه مبنای انکارشان را بیان کنند، به جز محقق کنی که اطلاق روایات را به این دلیل انکار کرده است که مفاد آنها نقل قضیه خارجی است؛ اینکه شرایط در روایاتی که پیامبر (ص) یا حضرت علی (ع) به شاهد و یمین حکم کرده اند چه بوده است، استفاده شدنی نیست و این روایات فقط در مقام اثبات اصل صحیح حکم به شاهد واحد و یمین در مقابل اهل سنت است که منکر چنین جوازی هستند.^{۵۴} اشکال مزبور وارد نیست و با رجوع به روایات محل بحث روشن است که چنین اشکالی از عالمی بزرگ چون محقق کنی بعید است. اینکه ایشان مدعی شده اند این روایات صرفاً در مقام بیان اعتبار شاهد واحد و یمین فی الجمله هستند، خلاف اصل است؛ چراکه با رجوع به روایات مشخص است گرچه در برخی از روایات صرفاً حکم به جواز قضا با شاهد واحد و یمین شده است، اما بسیاری از روایات، امام (ع) در مقام بیان جزئیات و موارد مسئله بوده است^{۵۵} و مطابق با ظاهر برخی روایات، همانند روایت ابی بصیر، امام (ع) فعل پیامبر (ص) را در مقام پاسخ به سؤال راوی بیان کرده اند، نه در مقام رد اهل سنت: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عِنْدَ الرَّجُلِ الْحَقُّ وَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ قَالَ فَقَالَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) يَقْضِي بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ وَ يَمِينٍ صَاحِبِ الْحَقِّ وَ ذَلِكَ فِي الدِّينِ.»^{۵۶} ظاهر برخی دیگر از روایات، همانند روایت

۵۱. خونی، القضاء و الشهادات، ۱۰۲/۱.

۵۲. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ۵۲۵/۱.

۵۳. خونی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۰/۴۵؛ نجفی گیلانی، کتاب القضاء، ۹/۲؛ گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

۵۴. کنی، تحقیق الدلائل، ۱۲۵.

۵۵. نراقی، مستند الشیعة، ۲۷۶/۱۷؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۲۴۴/۱.

۵۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۵/۲۷، ح ۵.

محمد بن مسلم «أَبَى عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) يَجِيزُ فِي الدَّيْنِ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَيَمِينِ صَاحِبِ الدَّيْنِ وَلَمْ يَجِزْ فِي الْهَلَالِ إِلَّا شَاهِدَي عَدْلٍ»^{۵۷} یا روایت قاسم بن سلیمان «قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) بِشَهَادَةِ رَجُلٍ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ فِي الدَّيْنِ وَحْدَهُ.»^{۵۸} این است که امام (ع) در مقام بیان شرایط و محل اعتبار آن‌ها بوده و لذا مثلاً گفته‌اند: شاهد واحد و قسم در دین معتبر است. در برخی دیگر از روایات، امام (ع) به اعتبار آن در حقوق الناس و عدم اعتبارش در حقوق الله اشاره کرده‌اند، همانند روایت محمد بن مسلم «مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: لَوْ كَانَ الْأَمْرُ إِلَيْنَا أَجَزْنَا شَهَادَةَ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ إِذَا عَلِمَ مِنْهُ خَيْرٌ مَعَ يَمِينِ الْخَصْمِ فِي حُقُوقِ النَّاسِ فَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ رُؤْيَا الْهَلَالِ فَلَا.»^{۵۹}

نقل فعل پیامبر (ص) یا امام علی (ع) در کلمات امام صادق (ع) یا سایر ائمه (ع) به‌عنوان قصه‌گویی نیست؛ بلکه به‌منظور بیان حکم شرعی است، چنان‌که چنین ادعایی با رجوع به روایات مشخص است. گرچه برخی از روایات صرفاً به جواز و اعتبار شاهد واحد و یمین اشاره کرده‌اند؛ اما تعداد زیادی از روایات دیگر، به شرایط و خصوصیات ... دعاوی اثبات‌شدنی با شاهد واحد و قسم پرداخته‌اند، لذا بر چه اساسی می‌توان مدعی شد روایات فرض مسئله در مقام بیان نباشند؟ بلکه روایات در مقام بیان و مطلق هستند و حتی در صورت شک در اطلاق آن‌ها، اصل اطلاق است. حتی اگر روایات در مقام بیان صرف جواز قضاوت براساس شاهد واحد و یمین باشند و نظر به اطلاق تقدم و تأخر نداشته باشند، باز نمی‌توان اعتبار تقدم شاهد را بر یمین استنباط کرد و این خود نیازمند دلیلی جداگانه است. از آنجایی که دلیل نقلی و نیز دلیل دیگر درخور استنادی برای لزوم تقدم شاهد بر یمین در دست نیست، برای رفع شک، جای تمسک به اصل خواهد بود و اصل در اینجا عدم اعتبار تقدم است. بنابراین، نه دلیل اجتهادی و نه فقهاتی بر اعتبار و لزوم تقدم شاهد بر یمین وجود ندارد و جواز تقدم یمین بر شاهد مشکلی نخواهد داشت.

چنان‌که گذشت آیت الله خوئی هم در «مبانی تکملة المنهاج» اطلاق روایات را انکار کرده و فقط قائل به اطلاق روایت منصور بن حازم^{۶۰} شده است.^{۶۱} برخی دیگر از فقیهان نیز بدون استثنا اطلاق همه روایات مسئله را رد کرده‌اند.^{۶۲}

در پاسخ به اشکال آیت الله خوئی و سایرین چنین می‌توان اذعان داشت که: اولاً، ایشان و فقیهان دیگر

۵۷. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۴/۲۷، ح ۱.

۵۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۸/۲۷، ح ۱۰.

۵۹. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۸/۲۷، ح ۱۲.

۶۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۷۱/۲۷، ح ۱.

۶۱. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۵/۴۱.

۶۲. نجفی گیلانی، کتاب القضاء، ۹/۲؛ گلپایگانی، کتاب القضاء، ۴۴۳/۱.

دلیل رد چنین اطلاق واضحی را مسکوت گذاشته‌اند تا بتوان درباره آن بحث و تحلیل کرد و بیان امری به صورت کلی و بدون دلیل قابلیت پذیرش را نخواهد داشت؛^{۶۳} ثانیاً، چه تفاوتی میان روایت منصور بن حازم با سایر روایات محل بحث وجود دارد که آیت الله خوئی اطلاق همه روایات را انکار کرده و فقط اطلاق روایت منصور بن حازم را پذیرفته است؟ حال آنکه، با رجوع به روایات مشخص است که اطلاق برخی روایات دیگر، بسیار واضح تر و روشن تر از اطلاق روایت منصور بن حازم است.

بنابراین، تمامی روایات مسئله مطلق است و اطلاق، منحصر به روایت منصور بن حازم نیست؛ بلکه دلالت آن با دلالت سایر روایات تفاوتی ندارد و چنانچه اشکال شود که اطلاق روایات در مقام بیان جواز قضا با شاهد واحد و یمین است لذا نمی توان به اطلاق روایات از جهت تقدم یا تأخر شهادت بر یمین استناد کرد، چنین اشکالی نیز وارد نخواهد بود؛ زیرا روایات هم در مقام بیان جواز قضا با این گونه دلیلی است و هم در مقام بیان اطلاق چنین قضاوت کردنی؛ یعنی خواه شهادت بر یمین و خواه یمین بر شهادت مقدم شود؛ چراکه اگر رعایت ترتیب میان شهادت و یمین شرط بود، چنین اشتراطی باید در روایات ذکر می شد و عدم ذکر، دلالت بر عدم اشتراط آن است. همچنین ناگفته نماند که عمل به اطلاق روایات مزبور متروک نمانده است تا با اشکال متروک بودن عمل علما به اطلاق روایات روبه رو شود؛ زیرا بسیاری از فقیهان پیرو نظریه عدم لزوم ترتیب؛ خواه متأخر و خواه معاصر، به اطلاق روایات استناد کرده اند.^{۶۴}

ب. اشکال بر دلیل اولویت: بر این دلیل نیز اشکالاتی وارد است: اولاً، در مسئله مورد بحث، «اولویت» دلیل مستقلی محسوب نمی شود؛ زیرا شهادت دو زن به همراه یمین، خود یکی دیگر از فروض مسئله است؛ چراکه مسئله واجد دو فرض است: ۱. شهادت مرد واحد به همراه یمین؛ ۲. شهادت دو زن به همراه یمین. بنابراین، مشروعیت شهادت دو زن به همراه یمین، فرضی خارج از مسئله محل بحث نیست تا بتوان با استناد به آن به اولویت عدم اعتبار شرط ترتیب در شهادت مرد واحد و یمین بر شهادت دو زن و یمین استناد کرد، چنان که محقق اردبیلی نیز یکی از فروض مسئله را دو شاهد زن و یمین بیان کرده است؛^{۶۵} ثانیاً، حتی در صورت پذیرش تعدد مسئله، گرچه دو شاهد زن جایگزین یک شاهد مرد است، اما این به معنای ضعیف تر بودن شهادت دو زن نسبت به شهادت یک مرد نیست تا گفته شود اگر در آنجا ترتیب شرط نیست، به طریق اولی نسبت به شهادت یک مرد و قسم نیز ترتیب شرط نیست.

۶۳. گرچه محتمل است دلیل رد اطلاق روایات از سوی این فقهای عظام، همان دلیل محقق کنی در رد اطلاق روایات باشد که پیش تر چنین اشکالی رد شد.

۶۴. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۳/۱۲؛ نراقی، مستند الشیعة، ۲۷۶/۱۷؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۵۷/۲۵؛ تبریزی، تنقیح میانی الاحکام، ۲۴۳/۱؛ سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ۵۲۵/۱.

۶۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۶۲/۱۲.

ادعای ضعیف بودن شهادت یک زن توجیه شدنی نیست، اما بر فرض پذیرش چنین ادعایی نمی‌توان ادعای فراتر از آن؛ یعنی ضعیف شمردن شهادت دو زن را نیز پذیرفت و توجیه کرد. چنین امری ادعای محض است؛ چراکه شهادت دو زن اصل است و بدل نیست و مطابق با نص قرآن - «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ»^{۶۶} - شهادت یک مرد و دو زن، برابر با شهادت دو مرد است و بلکه چه بسا گاه ظن حاصل شده از شهادت دو زن به دلیل تعدد نفرات، دقیق‌بین بودن زنان و... قوی‌تر از شهادت یک مرد است و عدم پذیرش شهادت زنان در حدود نیز به دلیل عواملی از این دست است: شرم و حیای زن، ترس از رؤیت مسائل جنایی، سهو و... .

بنابراین، دلیل اولویت به عنوان دلیلی مستقل پذیرفتنی نیست و روایت حازم بن منصور نیز همچون سایر روایات از جهت ترتیب، مطلق است و در زیر مجموعه دلیل دوم؛ یعنی اطلاق روایات قرار می‌گیرد. ناگفته نماند که در مشروعیت جواز قضا و ثبوت دعوی با شهادت دو زن به همراه یمین علاوه بر روایت فوق روایات دیگری نیز در کتب روایی موجود است که همگی معتبرند؛^{۶۷} از جمله حسنه حماد بن حلیب از امام صادق (ع): «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) أَجَازَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ فِي الدِّينِ يَحْلِفُ بِاللَّهِ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ». و مشهور فقهای امامیه قائل به صحت قضا با دو شاهد زن و یمین شده‌اند^{۶۸} و ابن‌ادریس در سرائر، تنها فقیه‌ای است که با چنین حکمی مخالف کرده است. ایشان مدعی شده‌اند که در مسئله، اجماع و خبر متواتر وجود ندارد و آنچه وجود دارد خبر واحد است و اخبار آحاد هم بر مبنای ایشان حجت نیست،^{۶۹} اما بر مبنای دیدگاه مشهور اصولیان، اخبار آحاد، در صورت معتبر بودن، حجت است^{۷۰} و با وجود چنین اخبار معتبری، دیگر ضرورتی بر وجود اجماع یا خبر متواتر نیست.

در هر صورت، پس از بررسی و ارزیابی نظریات و دلایل آن‌ها به نظر می‌رسد که نظریه صائب، همان نظریه «عدم اعتبار ترتیب» است؛ چراکه نظریه «لزوم ترتیب» مستند به جوهری است که برخی از آن‌ها استحسانی و برخی دیگر غیر معتبر و ضعیف است. مختصر اینکه، اجماع تبعیدی در مسئله وجود ندارد؛ زیرا این مسئله در کلام بسیاری از قداما مطرح نشده و در کلام شیخ طوسی، سپس در کلمات سایر علما هم ذکر شده است و چه بسا، حتی اطلاق کلمات برخی از قداما مقتضی عدم اعتبار ترتیب باشد و از سوی دیگر، هیچ‌گونه روایتی در مسئله وجود ندارد که بر اعتبار ترتیب دلالت کند؛ بلکه اطلاق روایات،

۶۶. بقره: ۲۸۴.

۶۷. نک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۷/۲۷، ۲۷۲.

۶۸. روحانی، فقه الصادق، ۱۶۱/۲۵.

۶۹. ابن‌ادریس، السرائر، ۱۱۶/۲.

۷۰. انصاری، فوائد الاصول، ۱/۱۳۹؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۳۰۲؛ مظفر، اصول الفقه، ۸۷/۳.

نافی این شرط است و ترتیب ذکر نیز مانع از استناد به اطلاق روایات نخواهد شد و با وجود چنین اطلاقی، دیگر نوبت استناد به ادله‌ای چون قدرمتیقن و یا اصل نخواهد رسید. بنابراین، نظریه «عدم لزوم ترتیب» با فلسفه و هدف یمین مدعی سازگار است و اعتباری در تقدم یا تأخر آن بر شاهد واحد نیست.

نتیجه‌گیری

در خصوص لزوم ترتیب یا عدم ترتیب میان شاهد واحد و یمین مدعی در دعاوی مالی، دو نظریه در میان فقهای امامیه وجود دارد:

أ. نظریه لزوم رعایت ترتیب که متعلق به مشهور فقهاست و برخی از قوانین آیین دادرسی مدنی و قانون مجازات اسلامی مطابق با همین دیدگاه تدوین شده است، اما پس از بررسی ادله دیدگاه مشخص شد این ادله توانایی اثبات مدعا را نخواهند داشت؛ چراکه برخی از ادله، چون اجماع تبعیدی اصلاً محقق نشده است. ضمن آنکه، ترتیب مذکور در روایات، ترتیب ذکر است که دلالتی بر اشتراط ترتیب ندارد. اگر واقعاً ترتیب، شرطیت داشت، امام(ع) که در مقام بیان بودند حتماً از کلمات «فاء» یا «ثم» استفاده می فرمود. علاوه بر اینکه، در تمامی روایات چنین ترتیبی نیست و بلکه در برخی روایات بالعکس آن ذکر شده است، برخی وجوهات نیز چون متمم بودن یمین یا اختصاص یمین به جانب قوی دعا، افزون بر اشکالات وارده بر آن، بنابر اعتراف برخی از فقیهان پیرو این دیدگاه، استحسانی است و استناد به برخی دیگر از ادله؛ چون اصل یا قدرمتیقن، با وجود اطلاق واضح موجود در روایات محل بحث جایز نخواهد بود.

ب. نظریه غیر مشهور؛ یعنی عدم لزوم رعایت ترتیب: با توجه به اینکه این دیدگاه مستند به ادله قوی‌ای همچون اطلاق روایات، اصل و هدف از ادای یمین مدعی است، می‌تواند نظریه‌ای صائب باشد. مخصوصاً اینکه، اشکالات وارده بر این دیدگاه توانایی خدشه‌دار کردن این ادله را نخواهند داشت؛ چراکه ترتیب ذکر، دلالتی بر ترتیب واقعی ندارد؛ لذا مانع از تمسک به اطلاق نخواهد بود. افزون بر این، به نظر می‌رسد روایات، ظهور در صرف ضرورت اجتماع شاهد و یمین و عدم لزوم تقدم دارند.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل‌البیت(ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. کتاب القضاء. قم: زهیر-کنگره علامه آشتیانی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- ابن براج، عبدالعزیز. المذهب فی الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ چهارم، ۱۴۰۶ق.
- ابن‌ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

- ابن زهره، حمزة بن علی. غنية النزوع الى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. ریاض: دار عالم الکتب. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۶ق.
- بیهقی، احمد بن حسین. السنن الکبری. بیروت: دار الفکر. چاپ چهارم، ۱۴۱۹ق.
- تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الاحکام کتاب القضاء و الشهادات. قم: دار الصدیقة الشهيدة (س). چاپ اول، ۱۳۸۷.
- توکلی، محمد مهدی. مختصر آیین دادرسی مدنی. تهران: مکتوب آخر. ۱۳۹۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حسینی حائری، کاظم. القضاء فی الفقه الاسلامی. قم: مجمع اندیشه اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.
- خوئی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- روحانی، محمد صادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتاب- مدرسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز. المراسم العلویة و الأحکام النبویة. قم: منشورات الحرمین. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث- الدار الاسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی داودی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف فی الاحکام. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

- عراقی، ضیاء الدین. کتاب القضاء. قم: چاپخانه مهر، چاپ اول، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الاذهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی قدس سره. چاپ اول، بی تا.
- قانون آیین دادرسی مدنی
- قانون مجازات اسلامی
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر. انوار الفقاهه: کتاب القضاء. نجف: کاشف الغطاء. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کنی، علی. تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل: کتاب القضاء. مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۹.
- گلپایگانی، محمدرضا. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- ماوردی، علی بن محمد. الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. کفایة الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان. الإنصاف فی معرفة الرائج من الخلاف علی مذهب الإمام احمد بن حنبل. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره). چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- مؤمن قمی، محمد. مبانی تحریر الوسيلة: القضاء و الشهادت. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- نجفی گیلانی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfī fī al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal,

1986/1406.

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

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

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-Uṣūl*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 1995/1416.

Āshtiyānī, Muḥammad Hasan ibn Ja‘far. *Kitāb al-Qaḍā’*. Qum: Zuhayr- Kungirah-yi ‘Allāmah Āshtiyānī. Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *al-Sunan al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Chāhārum, 1999/1419.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā’id al-Ahkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla*. Qum: Markaz-i Fiqhī A‘imah Athār(AS). Chāp-i Awwal, 2008/1429.

Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *Maḥāṭib al-Sharā‘i*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Awwal, s.d.

Gulpāyigānī, Muḥammad Rizā. *Kitāb al-Qaḍā’*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

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

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā’id ‘Allāma*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1999/1419.

Ḥusaynī Ḥā’irī, Kāzim. *al-Qaḍā’ fi al-Fiqh al-Islāmī*. Qum: Majma‘ Andishihi-yi Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ibn Qudāmah, ‘Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Riyāḍ: Dār ‘Ālim al-Kutub. Chāp-i Awwal, 1997/1417.

Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Azīz. *al-Muhadhdhab fi al-Fiqh*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 1986/1406.

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

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

'Irāqī, Ḥayyā' al-Dīn, *Kitāb al-Qaḍā'*. Qum: Chāpkhānah-yi Mihr. Chāp-i Awwal, s.d.

Kanī, 'Alī. *Tahqīq al-Dalā'il fī Sharḥ Talkhīṣ al-Masā'il: Kitāb al-Qaḍā'*. Mashhad: Bunyād-i Pazhūhish-hā-yi Islāmī. Chāp-i Awwal, 2021/1399.

Kāshif al-Ghiṭā' Najafī, Ḥasan ibn Ja'far. *Anwār al-Faqāhah: Kitāb al-Qaḍā'*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā'. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

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

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-'Ilm. Chāp-i Awwal, s.d.

Māwardī, 'Alī ibn Muḥammad. *al-Hāwī al-Kabīr fī Fiqh Madhhab al-Imām al-Shafi'i*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1994/1414.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Shaykh Mufid. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu'min. *Kitāyah al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Halāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā'iliyān. Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

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

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Murdāwī, 'Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fī Ma'rifa al-Rājiḥ min al-Khilāf 'alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. Chāp-i Duvvum, 1997/1418.

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

Najafī Gilānī, Mīrzā Ḥabīb Allāh. *Kitāb al-Qaḍā'*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1981/1401.

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

Qānūn-i Āyīn Dādrasī Madanī.

Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī.

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

Ṣāhib 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.

Salār Daylamī, Ḥamazat ibn 'Abd 'Azīz. *Al-Marāsim al-'Alwīyya wa al-Aḥkām al-Nabawīya*. Qum: Manshūrāt al-Ḥaramīn. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqīya fī Fiqh al-Imāmiyya*. Beirut: Dār al-Tūrāth; Dār al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1989/1410.

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

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

Subḥānī, Ja'far. *Nizām al-Qaḍā' wa al-Shahāda fī al-Sharī'a al-Islāmiyya al-Gharra'*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ṭabāṭabāyī Yazdī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Masā'il fī Bayān al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Takmila al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Tabrizī, Javād. *Tanqīḥ Madanī al-Aḥkām: Kitāb-i al-Qaḍā' wa al-Shahādāt*. Qum: Dār al-Ṣidiqa al-Shahīda. Chāp-i Awwal, 2009/1387.

Tavakuli, Muḥammad Mahdī. *Mukhtaṣar Āyīn Dādrasī Madanī*. Tehran: Maktūb Ākhar. 2020/1398.

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

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



Discourse Analysis of *Ta'zīr* Punishments in the Iranian Penal System

Dr. Hamidreza DaneshNari  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Email: Daneshnari@um.ac.ir

MohammadSadeq Mohammadi Ghahfarrokhi, Master's Graduate in Islamic Studies and Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University (A.S.), Tehran, Iran

Abstract

Following the Islamic Revolution and the emphasis on the Islamization of laws, *Ta'zīr* punishments were officially recognized for the first time in the Islamic Penal Code. The introduction and expansion of *Ta'zīr* punishments within Iran's criminal law system has raised important questions regarding their interpretation and developments. Therefore, identifying the influential discourses in the formation of *Ta'zīr* punishments and the factors contributing to their hegemony (dominance) are key issues in the philosophical understanding of these punishments. The primary objective of this study is to clarify the role and impact of current discourses on the transformations occurring in the field of *Ta'zīr* punishments, employing the discourse analysis method. Findings reveal that three discourses have influenced the transformations of *Ta'zīr* punishments: 1) governmental jurisprudence 2) traditional jurisprudence and 3) penal modernism. In the early stages of the formation of *Ta'zīr* punishments, the governmental and traditional approaches were opposing discourses. During this period, the dominance of governmental jurisprudence over traditional jurisprudence led to the recognition of the paradigms advocated by supporters of governmental jurisprudence, such as the determination of *Ta'zīr* by the ruling authority, the specification of *Ta'zīr*, and their diversity as fundamental principles of *Ta'zīr* punishments. However, the findings of empirical research in criminology and penology, on the one hand, and the flexibility of *Ta'zīr* punishments under the principle "*al-ta'zīru bimā yarahu al-hākīm*" (*Ta'zīr* is at the discretion of the ruler) on the other hand have contributed to making the discourse of penal modernism also a dominant discourse in the realm of *Ta'zīr* punishments.

Keywords: *Ta'zīr* punishment, governmental jurisprudence, traditional jurisprudence, penal modernism, discourse analysis.





تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران

دکتر حمیدرضا دانش‌ناری (نویسنده مسئول)

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

Email: Daneshnari@um.ac.ir

محمدصادق محمدی قهفرخی

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته معارف اسلامی و حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

چکیده

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تأکید بر شرعی‌سازی قوانین، مجازات‌های تعزیری برای نخستین بار در قانون راجع به مجازات اسلامی به رسمیت شناخته شد. ظهور مجازات تعزیری در سپهر حقوق جنایی ایران و رشد آن در فرایند کیفرگذاری، پرسش‌هایی را در خصوص فهم و تحولات آن ایجاد کرده است. براین اساس، شناسایی گفتمان‌های اثرگذار در شکل‌گیری مجازات‌های تعزیری و عوامل مؤثر بر هژمونی آن‌ها از مسائل مهم در باب ادراک فلسفی مجازات‌های تعزیری است؛ ازاین‌رو، هدف اصلی این پژوهش، تبیین نقش و تأثیر گفتمان‌های حاضر در تحولات شکل‌گرفته در پهنه تعزیرات با استفاده از روش عملیاتی تحلیل گفتمان (پدام) است. یافته‌های این تحقیق حاکی از آن است که سه گفتمان «فقه حکومتی»، «فقه سنتی» و «مدرنیسم کیفری» در متن تحولات مجازات‌های تعزیری اثرگذار بوده‌اند. در آغاز شکل‌گیری مجازات‌های تعزیری، رویکردهای فقه حکومتی و فقه سنتی، گفتمان‌های معارض بودند. در این دوره، غلبه فقه حکومتی بر فقه سنتی موجب شد تا پارادایم‌های مدنظر حامیان فقه حکومتی همچون تعیین تعزیر توسط حاکمیت، معین بودن تعزیر و متنوع بودن آن‌ها به‌عنوان اصول اساسی مجازات‌های تعزیری به رسمیت شناخته شوند. بالاین حال، یافته‌های حاصل از مطالعات تجربی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، از یک سو و انعطاف‌پذیری مجازات‌های تعزیری از باب «التعزیر بما یراه الحاکم» ازسوی دیگر، موجب شده است تا گفتمان مدرنیسم کیفری نیز به‌عنوان یک گفتمان غالب در مجازات‌های تعزیری دارای اثر باشد.

واژگان کلیدی: مجازات تعزیری، فقه حکومتی، فقه سنتی، مدرنیسم کیفری، تحلیل گفتمان.

مقدمه

ازجمله نخستین آثار پیروزی انقلاب اسلامی ایران، تحول در نظام قانونگذاری و تلاش برای اسلامی‌سازی قوانین کشور بود؛ زیرا ایده مهم در ابتدای انقلاب، اسلامی‌سازی جامعه از گذر تحول در نظام تقنینی بود. به همین دلیل، با پیروزی انقلاب قوانین شرعی در نظام حقوقی ایران بازتاب یافت. در این دوره، جمهوری اسلامی نظام حقوقی جدیدی را با تأکید بر اندیشه‌های شرعی ایجاد کرد. تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران موجب شد تا اسلامی‌سازی قوانین در ساختار حقوقی ایران به صورت رسمی آغاز شود. براین اساس، اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی ضمن تأسیس نهاد شورای نگهبان، پاسداری از احکام اسلام را در فرایند قانونگذاری مدّ نظر قرار داده است. در بستر تحولات تقنینی و تمرکز بر شرعی‌سازی قوانین، یکی از اولین جلوه‌های قانونگذاری اسلامی در ساختار کیفری جمهوری اسلامی ایران، تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی بود که در آن تعزیر به عنوان یکی از مجازات‌های اصلی به رسمیت شناخته شد. براساس ماده ۱۱ قانون اشاره شده، تعزیرات، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است؛ از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که بایستی کمتر از مقدار حد باشد.

با وجود آنکه تعزیر در فقه مفهوم پردازی شده است^۱ اما فرایند تدوین تعزیر در نظام کیفری ایران موجب شد تا دو گروه حامیان «فقه حکومتی» و طرفداران «فقه سنتی» در مقابل هم قرار گیرند. فقه حکومتی که ناظر بر تمامی ابواب فقه است، با روش استنباط و اجرای احکام سروکار دارد. در واقع، فقه حکومتی، فقه مدیریت و اداره تمام شئون فرد و جامعه است که برحسب مصلحت تحولات زندگی جامعه انسانی وضع می‌شود و به اجرا در می‌آید.^۲ در نتیجه، باید «فقه حکومتی را دانش استنباط احکام مربوط به اداره و سرپرستی جامعه از طریق نظام‌های اجتماعی دانست. همان گونه که فقه سنتی، متکفل بیان احکام و

۱. ظهور تعزیر در نظام کیفری ایران، بازتابی است از: به رسمیت شناختن نگرش‌های فقهی در قانونگذاری جنایی. اهل لغت برای کلمه تعزیر سه معنای «نصرت و یاری»، «تأدیب» و «ضرب و زدن» را در نظر گرفته‌اند (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۳۳۳). تعزیر اصطلاحی مرسوم از مفهوم تعزیر تعریفی است که در برابر مفهوم «حد» ارائه می‌شود. در این تعریف، حد مجازاتی است که میزان آن مقدر و معین است. در نقطه مقابل، مجازاتی که مقدر و معین نیست تعزیر نامیده می‌شود (ابن ادریس، السرائر، ۵۳۵). باین حال، این تعریف خالی از اشکال نیست؛ زیرا بعضی از تعزیرات، مقدر هستند. عده‌ای بر این نظر هستند که تعزیر ابن ادریس اشعار بر این دارد که غالب تعزیرات غیر مقدر هستند (تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۷). عده‌ای دیگر، تعزیر را مجازاتی می‌دانند که برای تأدیب کسی که مجازات او کمتر از حد است، به کار می‌رود (ابن اثیر، النهاية، ۲۲۸/۴). تفاوت دیگر تعزیر و حد آن است که اقامه حدود تابع مفسده است، ولی طبق قاعده «التعزیر لکل عمل حرام»، تعزیرات برای هر عمل حرامی اقامه می‌شود، ولو آن عمل حرام کوچک باشد که از آن جمله می‌توان به تعزیر مجائین و کودکان اشاره کرد (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۴۴/۲). مجازات‌های تعزیری به دو شکل مهم تقسیم می‌شوند: قسم اول، تعزیرات شرعی و بخشی از حق الله به شمار می‌آیند؛ قسم دوم، اموری هستند که تعزیر شرعی به شمار نمی‌روند و جزء «احکام سلطانی و بازدارنده» قرار می‌گیرند که در این شکل از تعزیر، حاکم مسلمانان به تعیین تعزیر قیام می‌کند (موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ۱۴۳/۱).

۲. خراسانی، اجتهاد و سیاست: درآمدی بر فقه حکومتی در جمهوری اسلامی ایران، ۸۰.

تکالیف افراد است و رسالت دینی شدن افعال و رفتار آحاد جامعه را برعهده دارد، فقه حکومتی هم متکفل استنباط احکام برنامه‌های حکومتی است و مسئولیت اسلامی سازی قوانین و سیاست‌های اجتماعی را برعهده دارد.^۳ در این بستر، فقه حکومتی نگاهی است که بر تمام ابواب فقه -از طهارت تا دیات و مسائل مستحدثه- توجه دارد و با توسعه حقوق از حوزه خصوصی به عرصه اجتماع، قلمرو شریعت را توسعه می‌دهد.^۴ در رأس گروه حامیان فقه حکومتی، نظریه پردازان جریان انقلاب؛ مانند آقایان منتظری، بهشتی، هاشمی رفسنجانی، موسوی اردبیلی و یزدی و در رأس قائلان به فقه سنتی، آقایان گلپایگانی و صافی گلپایگانی حضور داشتند.^۵ باتوجه به قرائت‌های خاص در رویکردهای دوگانه، گفتمان فقه سنتی، جرایم مستوجب تعزیر را فقط در قالب جرایم مطرح شده در کتب فقهی محدود می‌کند، ولی گفتمان فقه حکومتی با تمرکز بر مسائل حاکمیتی و باتوجه به شرایط روز جامعه و مقتضیات اداره کشور، قائل به وسعت جرم‌انگاری و کیفرگذاری در قلمرو تعزیر بود.^۶

باتوجه به آنکه تعزیرات، گسترده‌ترین و متنوع‌ترین مجازات‌ها در نظام کیفری ایران به شمار می‌روند، شناسایی گفتمان‌های مؤثر بر شکل‌گیری آن‌ها از موضوعات مهم و اساسی است. هم‌زمان، ارزیابی گفتمان‌های معارض در این حوزه سبب ادراک فلسفی-جامعه‌شناختی از مفهوم تعزیر و تحولات آن می‌شود. افزون بر آن، بررسی تحولات اخیر در قلمرو مجازات‌های تعزیری و تأسیس نهادهای جدید؛ همچون معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم، جایگزین‌های حبس، میانجی‌گری و...، هم‌گرایی میان مجازات‌های تعزیری و مدرنیسم کیفری را نشان می‌دهد. به عبارت دیگر، فاصله‌گیری از رویکردهای فقه سنتی و فقه حکومتی و توجه به یافته‌های تجربی جرم‌شناسی و کیفرشناسی در فرایند قانونگذاری در باب تعزیرات، از مهم‌ترین مسائلی است که در باب تعزیرات باید بررسی شود. بنابراین هدف اصلی این پژوهش، تبیین نقش و تأثیر گفتمان‌های مؤثر در تحولات مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران است. پرسش‌های اصلی نوشتار عبارت‌اند از: گفتمان‌های غالب در باب تعزیرات در نظام کیفری ایران کدام‌اند؟ سهم هریک از گفتمان‌ها در شکل‌گیری مجازات‌های تعزیری به چه میزان است؟ درنهایت، عناصر کدام

۳. عبداللهی، «ضرورت گفتمان فقه حکومتی»، ۱۴۱.

۴. خراسانی، «روش‌شناختی فقه سیاسی و فقه حکومتی»، ۱۴۴.

۵. محمدی قهفرخی، تحلیل گفتمان کیفر پس از انقلاب مشروطه، ۱۲۴.

۶. امام خمینی در جواب استفتای آیت‌الله موسوی اردبیلی، رئیس وقت شورای عالی قضایی به مجازات متخلفان به امور حاکمیتی چنین حکم دادند که در تعزیرات شرعیه احتیاط آن است که به مجازات‌های منصوصه اکتفا شود، مگر آنکه جنبه عمومی داشته باشد؛ مثل احتکار و گران‌فروشی. در احکام سلطانی که خارج است از تعزیرات شرعیه، متخلفان را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند (مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۴۷).

یک از گفتمان‌ها، اصول اساسی تعزیرات را شکل داده‌اند؟

پس از تبیین روش‌شناسی پژوهش در پرتو روش عملیاتی تحلیل گفتمان، مجازات‌های تعزیری در ایران، بررسی و مهم‌ترین گفتمان‌های معارض، ارزیابی و درنهایت، نتیجه ارائه می‌شود.

۱. روش عملیاتی تحلیل گفتمان (پدام)^۷

تحلیل گفتمان، از جمله روش‌های کیفی است که در اواسط دهه ۱۹۶۰ تا اواسط دهه ۱۹۷۰ در پی تغییرات گسترده علمی در رشته‌هایی از این دست ظهور یافته است: انسان‌شناسی، قوم‌نگاری، جامعه‌شناسی خرد، روان‌شناسی ادراکی و اجتماعی، شعر، معانی بیان، زبان‌شناسی و نشانه‌شناسی.^۸ به‌باور فرکلاف، «تحلیل گفتمان»، چگونگی تبلور و شکل‌گیری معنا و پیام واحدهای زبانی را در ارتباط عوامل درون‌زبانی (زمینه متن)، واحدهای زبانی، محیط بلافصل زبانی مربوطه و نیز کل نظام زبانی و عوامل برون زبانی (زمینه اجتماعی، فرهنگی و موقعیتی) بررسی می‌کند.^۹ لذا گفتمان، هر نوع گفتار و نوشتاری است که در بستر اجتماعی شکل می‌گیرد.^{۱۰} با توجه به آنکه، شیوه‌های سخن‌گفتن درباره جهان، هویت‌ها و روابط اجتماعی، واقعیت را به صورت خنثی بازتاب نمی‌دهد، می‌توان گفت که اساس تحلیل گفتمان، کشف معنا و روش تحلیل گفتمان، دستیابی به معانی مختلف گفتمانی است.^{۱۱} از این رو، روش تحلیل گفتمان نسبت به سایر روش‌های تحلیل متون از عمق بیشتری برخوردار است.^{۱۲} در این بستر، تحلیل گفتمان تلاش می‌کند تا نشان دهد که چگونه افراد از ابزار زبان برای برساختن دیدگاه‌های خود درباره پدیده‌های مختلف بهره می‌گیرند. از این رو، زبان در همه سطوح اجتماعی در پی ایجاد نظم و تغییر است و با قدرت فراوان، قادر به معناسازی و دنیاسازی و فعالیت‌سازی است. به عبارت دیگر، متون، سرشار از اظهارات فراواقع است که حقیقت در پس آن‌ها نهفته است و به همین دلیل، متن، گفتمانی است که بازتاب نظام‌های رفتاری و اجتماعی و تاریخی است.

روش عملیاتی تحلیل گفتمان (پدام)، روشی جدید برای تحلیل گفتمان است که مبتنی بر فرایندسازی معناست که بر ارتباط و تحولات ارتباطی متن و تفسیر آن استوار است. این روش که از همه روش‌های

۸. گودرزی، «تحلیل گفتمان انتقادی»، ۷۷.

۹. فرکلاف، تحلیل انتقادی گفتمان، ۸.

۱۰. گل‌بخشی، تحلیل گفتمان اخبار سایت‌های بی‌بی‌سی و رادیو فردا درباره بازداشت ملوانان انگلیسی، ۱۲.

۱۱. بشیر، «فرایند ساخت معنا در تحلیل گفتمان با روش پدام با مطالعه موردی بیداری اسلامی»، ۳۳.

۱۲. بشیر و همکاران، تحلیل شبکه‌ای و تحلیل گفتمان، ۲۲۱.

تحلیل گفتمانی مانند فوکو، فرکلاف و لاکلو و موفه سود می‌جوید، هدف اصلی خود را عملیاتی کردن تحلیل گفتمان و ارائه روشی کاربردی مبتنی بر ساخت معنا و رسیدن به نقشه معنایی بر پایه کشف دال‌های اساسی می‌داند.^{۱۳} تحلیل داده‌ها در روش پدام، همانند روش نورمن فرکلاف در سه مرحله صورت می‌گیرد: توصیف، تفسیر و تبیین.

در مرحله توصیف، متن به‌عنوان یکی از بخش‌های اصلی تحلیل مدنظر قرار می‌گیرد. در این مرحله، تحلیلگر با انتخاب جملات همسو در متن، رابطه میان معانی مشترک آن‌ها و سایر جملات را کشف می‌کند.^{۱۴} مرحله توصیف در روش تحلیل گفتمان عملیاتی در یک جدول با سه ستون که هر ستون دربردارنده یک سطح از مرحله توصیف است، تدوین می‌شود. به عبارت دقیق‌تر، مرحله توصیف شامل سه سطح تحلیل است: «سطح-سطح»، «عمق-سطح» و «سطح-عمق».^{۱۵} در ستون اول؛ ستون «سطح-سطح»، متنی همسو برای تحلیل انتخاب می‌شود. در ستون دوم؛ ستون «عمق-سطح»، جهت‌گیری‌ها و گرایش‌ها و مفاهیم متن که فراتر از معانی تحت‌اللفظی متون هستند، استخراج می‌شوند. در ستون سوم؛ ستون «سطح-عمق»، معانی ممکن و ساختارهای کلان‌متن‌گزینی با توجه به سایر متون موجود در متن کشف می‌شوند.^{۱۶} در مرحله «تفسیر»، بینامتنیت^{۱۷} ذهنی تحلیلگر و همچنین بینامتنیت‌های مرتبط با توجه به معانی ضمنی به‌دست‌آمده تحلیل می‌شود و براساس آن، دال‌های اساسی گفتمان کشف می‌شود.^{۱۸} در این مرحله، پس از کشف عناصر یک گفتمان، میان عناصر پراکنده گفتمان رابطه‌ای برقرار می‌شود که در پی آن، هویت و عناصر یادشده اصلاح می‌شود و وحدتی از دو عنصر متفاوت ایجاد می‌شود.^{۱۹} در مرحله «تبیین»، تحلیلگر با استفاده از متن، زمینه، بینامتنیت‌های پدیدآورنده و فرامتن‌های اصلی را شناسایی می‌کند.^{۲۰} مثال کاربردی برای مراحل روش پدام، در قالب تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران ارائه می‌شود.^{۲۱}

۱۳. بشیر، «فرایند ساخت معنا در تحلیل گفتمان با روش پدام با مطالعه موردی بیداری اسلامی»، ۳۹.

۱۴. بشیر، رسانه‌های بیگانه: قرآنی با تحلیل گفتمان، ۱۲/۱.

۱۵. بشیر، رسانه‌های بیگانه: قرآنی با تحلیل گفتمان، ۱۰/۳.

۱۶. بشیر، حاتمی، «مطالعه مقایسه‌ای رویکردهای انتخاباتی: تحلیل سرمقاله‌های جمهوری اسلامی و کیهان درباره دومین مرحله انتخابات مجلس هشتم»، ۱۰۰.

۱۷. بینامتنیت که «متن پنهان» هم نامیده می‌شود، به معنای رابطه تفسیری، نشانه‌شناختی و معناشناختی هر متنی ناظر به متون پیشینی و زمانی که در آن بازه، مطالعات متنی صورت می‌گیرد، است (پاکتچی، نقد متن، ۱۰۰).

۱۸. بشیر، عرفان‌پور، «تحلیل گفتمانی انتقاد اجتماعی در شعر شاعران انقلاب اسلامی»، ۷.

۱۹. هوارث، «نظریه گفتمان»، ۱۶۳؛ بارکر، مطالعات فرهنگی، نظریه و عملکرد، ۷۴۳.

۲۰. بشیر، رسانه‌های بیگانه: قرآنی با تحلیل گفتمان، ۶۵/۱.

۲۱. نک: بشیر، حسن، روش عملیاتی تحلیل گفتمان؛ بشیر، احسانی‌فر، «تحلیل گفتمان مناظره تلویزیونی در انتخابات دهم ریاست جمهوری اسلامی ایران».

۲. مؤلفه‌های گفتمانی تعزیر

باتوجه به آنکه از روش پدام برای تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری استفاده می‌شود، مؤلفه‌های گفتمانی در سه قالب بررسی می‌شوند: توصیف، تفسیر و تبیین.

۱.۲. توصیف مجازات‌های تعزیری

در این مرحله از تحلیل، جدول سطوح سه‌گانه تحلیل و برداشت از متون منتخب، به انتخاب تحلیلگر ارائه می‌شود. از آنجاکه ازسویی، «تحلیل گفتمان» روشی کیفی است که در آن نمونه‌گیری متن به صورت هدفمند صورت می‌گیرد و ازسوی دیگر، در روش پدام نیز به انتخاب متن توسط تحلیلگر تأکید شده است، انتخاب متون قوانین در قلمرو مجازات‌های تعزیری، به صورت هدفمند صورت گرفته است. قوانین منتخب در این جدول، شامل «قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱»، «قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲»، «قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰»، «قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵»، «قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲» و سایر قوانین مرتبط است.

جدول مرحله توصیف		
(سطح_عمق)	(عمق_سطح)	(سطح_سطح)
- نظام مجازات‌های نامعین در فقه - التعزیر بمایراه الحاکم - محدودنبودن تعزیرات به مجازات شلاق	- نامعین بودن مقدار تعزیر در شرع - واگذارکردن تعیین مقدار تعزیر به نظر حاکم - التعزیر دون الحد - تعزیرات حصری شامل شلاق، حبس و جزای نقدی	«تعزیرات، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است، از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که بایستی از مقدار حد کمتر باشد.» (ماده ۱۱ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱)
- تأثیر آموزه‌های حقوق عرفی در تدوین مجازات‌های تعزیری - حالت خطرناک - تجری - محدود نبودن تعزیرات به شلاق	- به رسمیت شناختن «شروع به جرم» برای ارتکاب تمام جرایم در «قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱» - جواز دادگاه برای تأدیب - «تأدیب» به مثابه تعزیر	«هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته قصدش معلق بماند و جرم منظور واقع نشود، چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد، محکوم به مجازات همان جرم می‌شود و آلا تأدیب خواهد شد.»

		تبصره: مراد از تأدیب، مجازاتی است از نوع تعزیری که دادگاه باتوجه به احوال مجرم متناسب بداند.» (ماده ۱۵ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱)
- اردوگاه‌های کار - صرفه‌جویی در هزینه‌ها - درآمدزایی - بازسازی اجتماعی	- امکان اشتغال به کار زندانیان - جرایم عادی در مؤسسات صنعتی و کشاورزی منوط به درخواست آنان و جواز دادگاه.	« اشتغال به کار زندانیان به درخواست آنان و با اجازه دادگاه صادرکننده حکم محکومیت بلااشکال است. در مورد مرتکبین جرائم عادی ممکن است با رعایت شرایط ذیل، محبوسین در بدو ورود به زندان به کار در مؤسسات صنعتی و کشاورزی گمارده شوند.» (ماده ۳۷ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱)
- نسل اول جایگزین‌های حبس - حبس‌زدایی - شکست کارکرد اصلاحی زندان/فرهنگ زندان‌پذیری	- امکان اعطای «آزادی مشروط» به زندانیان حبس تعزیری با رعایت شرایط مقرر قانونی	«هرکس برای مرتبه اول به علت ارتکاب جرمی به مجازات حبس تعزیری محکوم شود و نصف مجازات آن را گذرانده باشد، ممکن است به حکم دادگاه صادرکننده دادنامه قطعی محکومیت در صورت وجود شرایط زیر از آزادی مشروط استفاده نماید: ۱. هرگاه در مدت اجرای مجازات مستمراً حسن اخلاق نشان داده باشد. ۲. هرگاه از اوضاع و احوال محکوم پیش‌بینی شود که پس از آزادی، دیگر مرتکب جرمی نخواهد شد. ۳. هرگاه تا آنجا که می‌توان از او انتظار داشت ضرروزیانی که مورد حکم دادگاه یا مورد موافقت مدعی خصوصی واقع شده پرداخته باشد یا قرار پرداخت آن را بدهد و همچنین است در مواردی که محکوم به پرداخت غرامت به دولت باشد.» (ماده ۳۹ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱)
- حقوق بشری‌سازی تعزیرات	- محاسبه مدت محکومیت زندانی	- هر محکوم به حبس که در حال تحمل کیفر

بوده و قبل از اتمام مدت حبس مبتلا به جنون شود، با استعلام از پزشک قانونی در صورت تأیید محکوم‌علیه، دیوانه به بیمارستان روانی منتقل و مدت اقامت او در بیمارستان جزء مدت محکومیت او محسوب خواهد شد.» (ماده ۴۱ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱)	مبتلا به جنون در ایام بستری‌شدن در بیمارستان	- حقوق زندانیان - مراقبت ایمن از زندانیان
«هرکس به یکی از طرق مذکور در اسناد یا نوشته‌جات غیررسمی، جعل یا تزویر کند یا با علم به تزویر مورد استفاده قرار دهد، علاوه‌بر جبران خسارات وارده تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود.» (ماده ۲۹ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	- تعیین مجازات تعزیری تا ۷۴ ضربه شلاق به‌عنوان مجازات تعزیری برای جاعل اسناد غیررسمی.	- نامعین‌بودن میزان مجازات‌های تعزیری - مخیربودن قاضی در تعیین میزان مجازات تعزیری
«محبوسی که از محبس فرار نموده، برای همین اقدام، محکوم به ۷۴ ضربه شلاق می‌شود و اگر برای فرار در حبس را شکسته یا محبس را خراب کرده یا اعمال قوه نموده، ضعف مجازات مزبور درباره او مجری خواهد شد.» (ماده ۳۷ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	- تعیین دقیق ۷۴ ضربه شلاق تعزیری برای زندانی فراری از زندان	- معین‌بودن میزان مجازات‌های تعزیری - نظام مجازات‌های ثابت
«هر یک از صاحب‌منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی که به مناسبت وظیفه و شغل خود به جبر و قهر مال منقول کسی را بخرد یا بدون حق بر آن مسلط شود یا مالک را اکراه به فروش به کس دیگر کند، به سه ماه تا یک سال حبس و یا تا ۷۴ ضربه شلاق در ملاعام محکوم می‌گردد و باید آنچه را گرفته عیناً و اگر عین آن نباشد، مثل یا قیمت آن را به صاحبش رد کند.» (ماده ۶۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	- تعیین مجازات سه ماه تا یک سال حبس یا تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری به انتخاب قاضی دادگاه برای جرایم صاحب‌منصبانی که به زور و جبر مال کسی را بخرند.	- نامعین‌بودن میزان مجازات‌های تعزیری - مخیربودن قاضی در تعیین میزان مجازات تعزیری
«هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی که	- تعیین مجازات انفصال از خدمت	- نامعین‌بودن میزان

مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون اجازه داده مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی یا ضبط و یا استراق سمع نماید یا اینکه بدون اجازه صاحبان آن‌ها مطالب آن‌ها را افشا کند، محکوم به انفصال از شغل خود و شلاق تا ۷۴ ضربه یا حبس از شش ماه تا سه سال خواهد بود.» (ماده ۶۴ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	و تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری برای جرایم مأمورینی که بدون اجازه مراسلات و مکالمات تلفنی را شنود می‌کنند.	مجازات‌های تعزیری
«توهین به افراد، از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیکه موجب مجازات تا ۳۰ ضربه شلاق خواهد بود.» (ماده ۸۶ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	- تعیین مجازات تا ۳۰ ضربه شلاق تعزیری برای جرم توهین و فحاشی به افراد	- نامعین بودن میزان مجازات‌های تعزیری - شلاق به‌مثابه تنها مجازات تعزیری
«هرگاه دو نفر یا بیشتر اجتماع و تبانی نمایند که جرایمی بر ضد امنیت خارجی یا داخلی مملکت یا بر ضد اساس حکومت جمهوری اسلامی یا بر ضد اعراض و نفوس یا اموال مردم مرتکب شوند یا تبانی برای تهیه وسایل ارتکاب آن نمایند، ارتکاب اعمال فوق اگر در حد صدق عنوان محاربه و افساد نباشد، به شش ماه تا سه سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهند شد.» (ماده ۸۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲)	- تعیین مجازات شش ماه تا سه سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری برای جرم تبانی و اجتماع بر ضد امنیت خارجی یا داخلی مملکت	- نامعین بودن میزان مجازات‌های تعزیری - جمع میان حبس و شلاق، به‌عنوان تعزیر
«مجازات تعزیری تولیدکنندگان داخلی و واردکنندگان و فروشندگان و استفاده‌کنندگان البسه و نشان‌های مذکور در ماده ۱ به شرح زیر خواهد بود: ۱. تذکر و ارشاد؛ ۲. توبیخ و سرزنش؛ ۳. تهدید؛ ۴. تعطیل محل کسب به مدت سه ماه تا شش ماه در مورد فروشنده و	- تعیین یکی از مجموعه مجازات‌های تعطیل محل کسب، جریمه نقدی، لغو پروانه کسب و شلاق تعزیری به‌همراه تذکر، توبیخ و تهدید به انتخاب قاضی دادگاه برای جرایم تولیدکنندگان،	- نامعین بودن میزان مجازات‌های تعزیری - تناسب جرم و مجازات - درجه‌بندی جرایم و مجازات‌ها

	فروشنندگان و واردکنندگان البسه.	جریمه نقدی از ۵۰۰ هزار ریال تا یک میلیون ریال در مورد واردکننده و تولیدکننده و از ۱۰ تا ۲۰ ضربه شلاق یا جریمه نقدی از ۲۰ تا ۲۰۰ هزار ریال در مورد استفاده‌کننده؛ ۵. لغو پروانه کسب در مورد فروشنده و ۲۰ تا ۴۰ ضربه شلاق یا جریمه نقدی از ۲۰ تا ۲۰۰ هزار ریال در مورد استفاده‌کننده. دادگاه باتوجه‌به شرایط و حالات مجرم، دفعات و زمان و مکان وقوع جرم و دیگر مقتضیات، مجرم را به یکی از مجازات‌های مذکور محکوم می‌نماید.» (ماده ۲. قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس هایی که استفاده از آن‌ها در ملاعام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند مصوب ۱۳۶۵).
- محدود نبودن مجازات تعزیری به مجازات شلاق - اعدام به‌مثابه مجازات تعزیری	- تعیین مجازات «مصادره اموال» برای جرم تولید، توزیع و فروش مواد مخدر بیش از پنج کیلوگرم	«هرکس بنگ و چرس و تریاک و شیره و سوخته تریاک را وارد کشور و یا صادر کند یا تولید یا توزیع و یا خرید و فروش کند و یا در معرض فروش قرار دهد با رعایت تناسب و باتوجه‌به مقدار مواد مذکور، به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود: ۴. بیش از پنج کیلوگرم، اعدام و مصادره اموال به استثناء هزینه تأمین زندگی متعارف برای خانواده محکوم.» (قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷)
- تنوع مجازات‌های تعزیری	- مجازاتی که در قبال تخلف از مقررات حکومتی و نظم عمومی جامعه وضع می‌شود و شامل	«مجازات بازدارنده، تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به‌منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و

نظامات حکومتی تعیین می‌گردد از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن.» (ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰)	حبس، جزای نقدی، محرومیت از حقوق اجتماعی و لغو پروانه و... می‌شود، «تعزیر بازدارنده» نامیده می‌شود.	
«دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسب‌تر به حال متهم باشد، جهات مخففه عبارت‌اند از: ۱. گذشت شاکی یا مدعی خصوصی؛ ۲. اظهارات و راهنمایی‌های متهم که در شناختن شرکا و معاونان جرم و یا کشف اشیایی که از جرم تحصیل شده است مؤثر باشد؛ ۳. اوضاع و احوال خاصی که متهم تحت‌تأثیر آن‌ها مرتکب جرم شده است، از قبیل: رفتار و گفتار تحریک‌آمیز معنی‌علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم؛ ۴. اعلام متهم قبل از تعقیب و یا اقرار او در مرحله تحقیق که مؤثر در کشف جرم باشد؛ ۵. وضع خاص متهم و یا سابقه او؛ ۶. اقدام یا کوشش متهم به منظور تخفیف اثرات جرم و جبران زیان ناشی از آن.» (ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰)	- تعیین جهات تخفیف و تبدیل مجازات متناسب با وضع عمومی متهم، منوط به وجود شرایط مقرر قانونی در مجازات‌های تعزیری و یا بازدارنده	- حقوق مجرمان در فرایند دادرسی - تشویق مجرم به همکاری با نظام عدالت کیفری - التعزیر بما یراه الحاکم - انعطاف‌پذیری در مجازات‌های تعزیری - تعیین کیفر براساس آموزه‌های جرم‌شناسی
«در کلیه محکومیت‌های تعزیری و بازدارنده، حاکم می‌تواند اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را با رعایت شرایط زیر، از دو سال تا پنج سال معلق نماید: الف. محکوم‌علیه سابقه محکومیت قطعی به مجازات‌های زیر نداشته باشد. ۱.	- امکان تعلیق تمام یا قسمتی از مجازات‌ها از دو تا پنج سال منوط به وجود شرایط مقرر قانونی	- نسل اول جایگزین‌های حبس - حبس‌زدایی - رویکرد اقتصادی به مجازات حبس

		محکومیت قطعی به حد؛ ۲. محکومیت قطعی به قطع یا نقص عضو؛ ۳. محکومیت قطعی به مجازات حبس به بیش از یک سال در جرایم عمدی؛ ۴. محکومیت قطعی به جزای نقدی به مبلغ بیش از دو میلیون ریال؛ ۵. سابقه محکومیت قطعی دو بار یا بیشتر به علت جرم های عمدی با هر میزان مجازات. ب. دادگاه با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق زندگی محکوم علیه و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را مناسب نداند.» (ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰)
- حبس به مثابه تعزیر	- تعیین مجازات حبس تعزیری یک تا پنج سال برای جرم تحریک مردم به قصد جنگ و کشتار	«هرکس مردم را به قصد برهم زدن امنیت کشور به جنگ و کشتار یا یکدیگر اغوا یا تحریک کند، صرف نظر از اینکه موجب قتل و غارت بشود یا نشود، به یک تا پنج سال حبس محکوم می گردد.» (ماده ۵۱۲ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)
- حبس به مثابه تعزیر - هم گرایی حد و تعزیر	- تعیین مجازات حبس تعزیری از یک تا پنج سال برای توهین کمتر از سب النبى به مقدسات و معصومان (ع)	«هرکس به مقدسات اسلام و یا هریک از انبیاء عظام یا ائمه طاهرين (ع) یا حضرت صدیقه طاهره (س) اهانت نماید، اگر مشمول حکم سب النبى باشد، اعدام می شود و در غیر این صورت، به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد.» (ماده ۵۱۳ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)
- نامعین بودن میزان مجازات های تعزیری - مخیر بودن قاضی در تعیین میزان مجازات تعزیری	- تعیین مجازات جزای نقدی و یا تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری به انتخاب قاضی دادگاه برای جعل تصدیق نامه هایی که موجب ضرر به شخص	«برای سایر تصدیق نامه های خلاف واقع که موجب ضرر شخص ثالثی باشد یا آنکه خسارتی بر خزانه دولت وارد آورده، مرتکب علاوه بر جبران خسارت وارده، به شلاق تا ۷۴ ضربه یا به

	دویست هزار تا دو میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد.» (ماده ۵۴۰ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)	ثالث و یا ضرر به خزانه دولت می شوند.
«تعزیر، مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می دهد: الف. انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم؛ ب. شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیان بار آن؛ پ. اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم؛ ت. سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی.» (ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)	- تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتکاب محرمات شرعی و یا نقض مقررات حکومتی بنا رعایت حال و وضع عمومی مجرم طبق شرایط مقرر قانونی تعیین می شود.	- تعیین نوع و میزان مجازات های تعزیری توسط دستگاه قانونگذاری کشور
«اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود.» (تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)	- تمییز میان تعزیرات منصوص/تعزیرات شرعی و غیرمنصوص/تعزیرات حکومتی	- به رسمیت شناختن احکام سلطانی در کنار احکام شرعی در تدوین مجازات های تعزیری - اصل ثابت/لا یتغیرو در تعزیرات منصوص - عدم اعمال نهادهای تخفیف آمیز در قلمرو تعزیرات منصوص
«مجازات های جایگزین حبس عبارت از: دوره	- وجود مجازات های جایگزین	- نسل دوم جایگزین های

دانش‌ناری، محمدی قهفرخی؛ تحلیل گفتمان مجازات‌های تعزیری در نظام کیفری ایران/۱۰۳

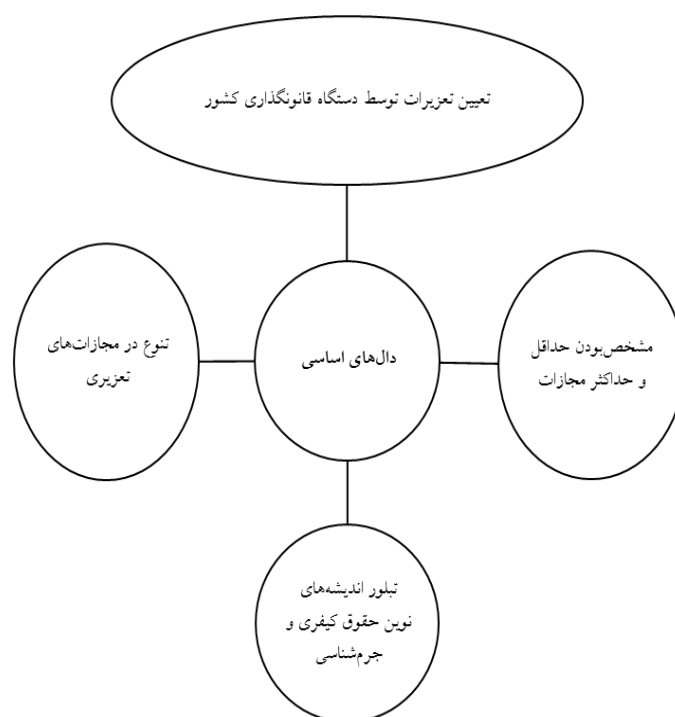
حسب در صورت وجود جهات تخفیف و شرایط مقررۀ قانونی در قلمرو تعزیرات حسب - شکست کارکرد اصلاحی زندان - جرم‌شناسی بالینی - اصلاح و بازپروری بزهکار	مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف با ملاحظۀ نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزه‌دیده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجرا می‌شود.» (مادۀ ۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)	«در جرایم موجب تعزیر درجۀ شش تا هشت، دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظۀ وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است، در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد: الف. وجود جهات تخفیف؛ ب. پیش بینی اصلاح مرتکب؛ پ. جبران ضرروزیان یا برقراری ترتیبات جبران؛ ت. فقدان سابقۀ کیفری مؤثر.» (مادۀ ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- امکان تعویق صدور حکم در صورت احراز شرایط مقررۀ قانونی در قلمرو تعزیرات - پیشگیری از برچسب مجرمانه - تساهل و تسامح در جرایم خرد - اصلاح و درمان بزهکار		

۲.۲. تفسیر مجازات‌های تعزیری

در مرحله تفسیر، براساس سطوح تحلیل و برداشت‌های صورت‌گرفته از متن -در مرحله توصیف- دال‌های اساسی گفتمان به دست می‌آیند و ارتباط میان عناصر مختلف گفتمان با یکدیگر ارزیابی می‌شوند. براین اساس، در مرحله تفسیر، محورهای اساسی گفتمان، معناهای به دست‌آمده از ستون‌های سه‌گانه در مرحله توصیف هستند که با گفتمان مدّ نظر در خارج از متن ارتباط دارند.^{۲۲} براین اساس، دال‌های اساسی مؤلفه‌های گفتمانی مجازات‌های تعزیری که از تحلیل سه سطح اول در مرحله توصیف و در پرتو تحلیل

۲۲. بشیر، «فرایند ساخت معنا در تحلیل گفتمان با روش پدام با مطالعه موردی بیداری اسلامی»، ۴۵.

بینامتنیت ذهنی تحلیلگر و بینامتنیت‌های مرتبط با معناهای ضمنی به دست آمده‌اند، عبارت‌اند از: تعیین تعزیرات توسط دستگاه قانونگذاری کشور، تنوع در مجازات‌های تعزیری/محدودنبودن تعزیرات به شلاق، مشخص‌بودن حداقل و حداکثر مجازات‌های تعزیری و تبلور اندیشه‌های نوین حقوق کیفری و جرم‌شناسی در قلمرو تعزیرات.



محورهای اساسی گفتمان	دالّ اساسی
منظور از امام در قاعده «التعزیر الی الامام»، حاکم جامعه اسلامی است.	تعیین تعزیرات توسط دستگاه قانونگذاری کشور
حاکم اسلامی به علت تشخیص مصلحت نظام و جلوگیری از صدور احکام بی‌رویه و متفاوت، صلاحیت تعیین مجازات‌ها را دارد.	
میزان مجازات‌های تعزیری توسط قضات تعیین می‌شود.	مشخص بودن حداقل و حداکثر مجازات تعزیری
قاضی مخیر است در تعیین مجازات‌های تعزیری از میان حداقل و حداکثر براساس تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی عمل کند.	
هدف از تعزیر، تنها بازداشتن افراد از ارتکاب جرایم است و این هدف با هر مجازاتی که متفاوت از حدود باشد، تأمین می‌شود.	محدود نبودن تعزیرات به مجازات شلاق
تعزیر محدود به «ضرب» نیست.	
آموزه‌های نوین حقوق کیفری مانند نهادهای ارفاقی در قلمرو تعزیرات به رسمیت شناخته می‌شود.	تبلور اندیشه‌های نوین حقوق کیفری و جرم‌شناسی
رویکرد قانونگذار به مجازات‌های تعزیری کم‌اهمیت، رویکرد کیفرزدایی و حبس‌زدایی است.	
آموزه‌های حقوق بشری در قلمرو تعزیرات به رسمیت شناخته می‌شود.	

۳.۲. تبیین مجازات‌های تعزیری

در مرحله تبیین مجازات‌های تعزیری، سویه‌های مناقشه‌آمیز گفتمان‌های موجود در تحولات مجازات‌های تعزیری برای کشف ناگفته‌ها و فرامتن‌های مؤثر گفتمان تبیین می‌شود. براین اساس، «مرجع تعیین تعزیر»، «کمّیت تعزیر» و «کیفیت تعزیر» در زمره مهم‌ترین مسائلی هستند که در مرحله تبیین مجازات‌های تعزیری بررسی می‌شوند.

۲.۳.۱. مرجع تعیین تعزیر

مسئله مهم و مناقشه‌آمیز در خصوص تعیین مجازات‌های تعزیری آن است که آیا تعیین مجازات تعزیری به نظر قاضی بستگی دارد یا باید توسط دستگاه قانونگذاری کشور تعیین شود؟ منشأ تفاوت در گفتن‌های موجود، ریشه در تفاسیر متفاوت از عبارت «التعزیر بما یراه الحاکم أو بما یراه القاضی» دارد. دسته‌ای از فقها بر این باورند که تعیین مجازات تعزیری به نظر قاضی رسیدگی‌کننده بستگی دارد. این گروه، با استناد به عبارت «التعزیر بما یراه القاضی أو یراه الحاکم» بر این نظر هستند که منظور از قاضی و حاکم، همان قاضی صادرکننده حکم است. در نتیجه، تعیین مجازات تعزیری، تنها برعهده قاضی رسیدگی‌کننده است.^{۲۳} علاوه بر آن، باتوجه به فلسفه تشریع تعزیر، قاضی باید از این اختیار برخوردار باشد تا تناسب میان جرم و مجازات را رعایت کند. به همین دلیل، قاضی برای هر جرم مقدار خاصی از مجازات را تعیین می‌کند.^{۲۴} حامیان فقه سنتی در این حوزه بر این باورند که چون قاضی صادرکننده حکم با بزه‌کار و بزه‌دیده مواجه می‌شود و آثار و نتایج جرم را به وضوح مشاهده می‌کند، لذا تنها او می‌تواند میزان و نوع مجازات تعزیری را تعیین کند.^{۲۵} دلیل دیگر این دسته از فقها، به رابطه خصمانه حکومت‌های وقت با علمای شیعه بر می‌گردد؛ زیرا برخی احکام تعزیرات حکومتی مولود فقه عامه، در خدمت اصحاب قدرت بود و در نتیجه، اعطای اختیار به دستگاه حاکم برای تعیین تعزیرات، نقش مهمی در تحکیم پایه‌های حکومت ضد شیعی داشت.^{۲۶} به همین دلیل، فقهای سنتی، منظور از کلمه حاکم در عبارت «التعزیر بما یراه الحاکم» را شخص «قاضی» و نه شخص «والی» و «سلطان» می‌دانستند. در همین راستا، آیت‌الله صافی گلپایگانی، دبیر وقت شورای نگهبان و از قائلان به فقه سنتی، در نامه‌ای به تاریخ ۱۳۶۴/۰۹/۲۱ به امام خمینی درباره نظرات متفاوت حول عبارت «التعزیر بما یراه الحاکم» می‌نویسد: «... فقهای شورای نگهبان نیز در حال حاضر اتفاق نظر دارند بر اینکه تعزیرات نوعاً و مقدراً در اختیار قاضی است و القای نظر حاکم و الزام قاضی بر نوع یا مقدار معین، غیرشرعی و گاه، موجب تعطیل تعزیر و گاه، موجب ظلم بر تعزیر می‌شود. بدیهی است اگر بنا باشد اضطراراً و ضرورتاً غیرفقیه، متصدی امر قضا و اجرای حدود و تعزیرات شود، حتی اگر نوبت به عدول المؤمنین برسد، دستورالعمل همین است... و اگر قبول کنیم که تعزیر باید اجرا شود، تعیین دستور دیگری برای آن حجت شرعی ندارد.»^{۲۷} براین اساس، مشخص می‌شود که حامیان

۲۳. سلیمی، تعزیرات در نظام قضایی اسلام، ۸۰.

۲۴. مکارم شیرازی، پیام قرآن، ۲۱۵/۱۰.

۲۵. جریده اصل، تبیین فقهی-حقوقی تعزیرات منصوص شرعی، ۴۵.

۲۶. گلپایگانی، الدر المنضود، ۱۵۵/۱.

۲۷. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۴۵.

فقه سنتی بر این باورند که میزان و نوع تعزیر را قاضی تعیین می‌کند و القای هر نظری مبنی بر تعیین و میزان تعزیر در قالب‌هایی چون قانونگذاری، عمل حرام است.

در مقابل، قائلان فقه حکومتی بر این نظر هستند که تعیین مجازات تعزیری باید توسط دستگاه قانونگذاری صورت گیرد؛ زیرا حفظ مصلحت نظام و جلوگیری از صدور احکام بی‌رویه و متفاوت، اقتضای آن را دارد که ضوابطی برای تعیین انواع مجازات و میزان حداقل و حداکثر آن ارائه شود.^{۲۸} این گروه با استناد به «التعزیر موكول الى الامام» معتقدند که این عبارت دارای چنان اطلاقی است که سبب می‌شود حکومت اسلامی حسب مورد و بنا بر صلاحدید، انواع مجازات‌های تعزیری و میزان آن را متناسب با جرایم ارتكابی در جامعه اسلامی وضع کند و اگر تشخیص دهد که اجرای مجازات دارای مصلحت نیست، از اجرای آن خودداری کند.^{۲۹} قائلان به فقه حکومتی، اقامه تعزیرات را نیز همچون اقامه حدود برعهده امام مسلمانان می‌دانند.^{۳۰} این گروه، ضمن رد استدلال حامیان فقه سنتی بر این نظر هستند که در هیچ‌یک از متون روایی، عبارت «الی الامام» به معنای قاضی محکمه مطرح نشده است.^{۳۱} همچنین، عبارت «بما يراه الحاكم» به هیچ‌عنوان در متون احادیث مشاهده نمی‌شود؛ بلکه در تمام احادیث موجود درباره تعزیرات، عبارات «الی الامام»، «علی ما يراه سلطان الاسلام» یا «الی الوالی» بیان شده است.^{۳۲} برای مثال، در صحیح حماد، هنگامی که از مقدار تعزیر یا تازیانه سؤال می‌شود، این‌گونه پاسخ داده می‌شود که: «... علی قدر ما يراه الوالی من ذنب الرجل و قوة بدنه.»^{۳۳} امام باقر(ع) هم درباره کیفر کسی که شهادت دروغ داده است، می‌فرماید: «يجلد شاهد الزور جلدًا ليس له وقت (توقیت) و ذلك الي الامام و يطاف به حتي يعرفه الناس»؛^{۳۴} یعنی میزان تعزیر شاهد دروغ‌گو، براساس رأی امام است. شیخ مفید ذیل باب «حد قذف»، درباره تعزیر توهین که موجب حد قذف نیست ولی موجب آزار و اذیت فرد مسلمانی می‌شود، این تعبیر را به کار می‌برد: «و کلّ شيء يؤذي المسلمين من الكلام دون القذف بالزنا و اللواط، ففیه أدب و تعزیر علی ما يراه سلطان الاسلام»؛^{۳۵} در این مورد، شیخ مفید تعیین میزان تعزیر را برعهده «حاکم» یا «سلطان الاسلام» گذاشته است.

۲۸. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۲۰.

۲۹. طوسی، الخلاف، ۶۹/۵.

۳۰. مفید، المقنعة، ۸۱۰؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۸۸/۲۸.

۳۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۳۲/۴.

۳۲. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۳۲/۴.

۳۳. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۵۸۴.

۳۴. نوری، مستدرک الوسائل، ۱۹۵.

۳۵. مفید، المقنعة، ۷۹۵.

در فرایند تصویب تعزیرات در نظام کیفری ایران، حامیان فقه سنتی و فقه حکومتی در شورای نگهبان حضور داشتند. به همین دلیل، مجلس شورای اسلامی ناگزیر شد برای جلب رضایت فقهای قائل به فقه سنتی، راهکاری پیش‌بینی کند؛ بدین معنا که، مجلس شورای اسلامی رفتارهای مجرمانه موجب تعزیر را شناسایی و ضمن تعیین مجازات، تصریح کند که قاضی محصور به مجازات‌های موجود در متن قانون نیست و می‌تواند مجازات دیگری را نیز انتخاب کند.^{۳۶} این امر که به‌وضوح در تعارض با اصل قانونمندی مجازات است، به‌صراحت در برخی قوانین متبلور شد. برای مثال، براساس ماده ۸۳ قانون انتخابات، مجازات‌های جرایم انتخاباتی، به انواع مذکور منحصر نیست و قاضی در هر مورد می‌تواند متخلف را به هر مجازات متناسب دیگر که در قانون تعزیرات آمده است، محکوم کند. همچنین ماده ۲ «قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آن‌ها در ملأعام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند» اشعار دارد «... دادگاه باتوجه‌به شرایط و حالات مجرم، دفعات و زمان و مکان وقوع جرم و دیگر مقتضیات، مجرم را به یکی از مجازات‌ها محکوم می‌نماید.» ماده ۱۸ «آیین‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت» نیز اعمال مجازات‌های شرعی را برای فعل‌ها و ترک فعل‌هایی که طبق احکام فقهی مجازات‌شدنی است، پذیرفته و به قاضی دادگاه اختیار داده تا در این حالت، براساس نظر خود هر مجازاتی را انتخاب کند.

۲.۳.۲. کمیّت تعزیر

گروه کثیری از فقهای امامیه در خصوص کمیّت تعزیر بر این باورند که تعزیر، عقوبت غیرمقدری است که تعیین میزان آن به صلاح‌دید حاکم واگذار شده است.^{۳۷} ازاین‌رو، حاکم شرع حق دارد مجرم را در خصوص جرمی که به حد شرعی نرسیده، براساس نظر خود تعزیر کند.^{۳۸} برخی دیگر از فقیهان بر این باورند که تعزیر باید از کمترین حدود، که چهل تازیانه است، کمتر نباشد.^{۳۹} در منابع روایی و فقهی برای جرم و گناه واحد، عقوبت‌های مختلفی تعیین شده است. این امر دلیلی است بر اینکه نخست، تعیین میزان مجازات تعزیری در اختیار حاکم اسلامی است و دوم، اصل بر غیرمقدربودن میزان مجازات تعزیری است. برای مثال، در خصوص نزدیکی با حیوانات در بعضی از روایات، عقوبت قتل و در روایت دیگر، عقوبت کمتر از حدّ و تبعید^{۴۰} و درنهایت، در روایت سوم بیست و پنج ضربه شلاق تعیین شده است.^{۴۱} براساس

۳۶. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۲۹.

۳۷. گلپایگانی، الدر المنضود، ۲۰/۱.

۳۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۴۸۸.

۳۹. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۱/۴۳۸.

۴۰. «علیه ان یجلد حداً غیر الحدّ ثم ینفی من بلاده الی غیرها» (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۵۷/۲۱).

قاعده‌ای مهم در خصوص کمیت تعزیرات، میزان مجازات جرایمی که برحسب شرایط خاص در جامعه اسلامی شکل می‌گیرند، تعیین نشده است؛ علت این امر آن است که اسلام با وسعت نظری که در تعیین عقوبت‌ها و انتظامات دارد، تنها به تعیین ضوابط کلی پرداخته و تعیین فروع را به فقها واگذار کرده است. باین حال، اگر اعمال و افعالی برحسب شرایط زمانی و مکانی خاص ازسوی حکومت اسلامی ممنوع اعلام شود و برای آن‌ها مجازات تعزیری در نظر گرفته شود، کمیت تعزیر ازسوی حکومت معلوم و معین می‌شود.^{۴۳} برای مثال، از امام علی(ع) درباره شخصی که دیگری را با عبارات «خبیث» و «فاسق» مورد آزار و اذیت قرار می‌داد، فرمود: «تعزیر چنین مجرمی اندازه مشخصی ندارد، بلکه بسته به نظر حاکم شرع است.»^{۴۴} قائلان به فقه سنتی بر این نظر هستند که براساس روایت «خداوند متعال برای هر چیزی حدی قرار داده است، لذا بر کسی که به حدی از حدود الهی تجاوز کند، حد جاری می‌شود»،^{۴۵} منظور از کلمه حد، معنای لغوی آن نیست؛ بلکه منظور از واژه «حد» هر نوع واکنشی است که منجر به تنبیه و جلوگیری از اقدامات مجرمانه تبهکاران می‌شود. ازاین‌رو، حد می‌تواند اعم از حدود فقهی یا تعزیرات باشد.^{۴۶}

حامیان فقه حکومتی که قائل به تعیین میزان مجازات توسط حکومت هستند بر این باورند که سپردن انتخاب مقدار و میزان مجازات به دست قضات و مشخص نکردن حدود دقیق مجازات‌ها با مسئله برقراری نظم و یکنواخت بودن اجرای عدالت منافات دارد؛ زیرا علاوه بر حالت انفعالی قضات در هنگام مواجهه با بزهکاران و جنایت‌های ارتكابی، سلیقه و نظرات آن‌ها یکسان نخواهد بود و بی‌شک، احکام هریک از قضات با دیگر قضات متفاوت خواهد بود. در نتیجه، با سپردن تعیین کمیت مجازات‌ها به قضات، عدالت یکنواخت اجرا نخواهد شد و دستگاه قضایی به جای نظم، با هرج و مرج و از هم گسیختگی روبه‌رو خواهد شد.^{۴۷} به دلیل اهمیت عدالت یکنواخت در اجرای مجازات‌های مهم است که حتی در اکثر کتاب‌های فقهی برای ارتكاب بعضی از گناهان و تعزیرات مهم، مجازات ثابت و مقدر معین شده است. برای مثال، برای نزدیکی با همسر در حال حیض، دقیقاً ۱۲/۵ ضربه شلاق و همچنین برای نزدیکی با همسر در ماه رمضان، دقیقاً ۲۵ ضربه شلاق تعیین شده است.^{۴۸}

۴۱. نجفی، یحیی‌پور، بررسی تطبیقی تعزیرات در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، ۸۹.

۴۲. «و ضرب هو خمسة و عشرين سوطاً ربع حد الزانی» (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۵۷/۲۱).

۴۳. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۱۷؛ معرفت، «بحثی در تعزیرات»، ۱۰۴.

۴۴. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۹۷.

۴۵. قال ابو عبد الله(ع): «قال رسول الله(ص): إن الله جعل لكل شيء حداً وجعل على كل من تعدى حداً من حدود الله» (کلینی، الکافی، ۱۷۴/۷).

۴۶. غلامی، «سازوکارهای اجرای قاعده تعزیر لکل عمل محرم»، ۱۸۸.

۴۷. معرفت، «بحثی در تعزیرات»، ۶۸.

۴۸. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۲۴ تا ۲۱.

باتوجه به مشخص بودن حدود و ثغور میزان تعزیرات در فقه امامیه، شورای عالی قضایی با واگذاری تعیین میزان مجازات تعزیری به قضات مخالف بود.^{۴۹} بااین حال، باتوجه به حضور حامیان فقه سنتی در شورای نگهبان، برای جمع میان دو نظر، مجلس شورای اسلامی از ابتکار تعیین سقف حداقل و حداکثر کیفر و اختیار قاضی برای تعیین مجازات از میان حداقل و حداکثر مجازات استفاده کرد.^{۵۰} ازاین رو، می توان گفت که تعیین کیفر متغیر بین حداقل و حداکثر یا مخیرکردن قضات در انتخاب یک مجازات از میان چند مجازات مختلف، راه حلی بود که مجلس شورای اسلامی در دهه اول انقلاب اسلامی برای رفع اختلافات میان حامیان فقه سنتی و فقه حکومتی پیش بینی کرد.

۲.۳.۳. کیفیت تعزیر

در خصوص کیفیت تعزیر در فقه امامیه اختلاف نظر وجود دارد. گفتمان فقه سنتی، وضع کلمه تعزیر بر معنای «ضرب» را «حقیقت شرعیه»^{۵۱} می داند. براین اساس، شارع لفظ تعزیر را مانند استعمال کلمه صلاة، زکات و خمس در معنای خاص و جدید خود به کار برده است؛ زیرا اگر تعریف تعزیر، ضرب کمتر از حد (الضرب دون الحد) باشد، آن وقت ضرب، متفاوت از حبس، توبیخ و... است. همچنین عبارت «دون الحد»، تنها إشعار به عقوبت تازیانه دارد که دارای مراتب عددی است و می توان کمتر از آن را مشخص کرد.^{۵۲} این دسته از فقها بر این باورند که از لفظ تعزیر، معنای ضرب متبادر می شود. علاوه بر آن، کاربرد فراوان کلمه تعزیر در معنای «ضرب» موجب وضع تعینی^{۵۳} این کلمه در این معنا شده است.^{۵۴} حامیان فقه سنتی در این حوزه استدلال می کنند که باتوجه به استنادات قرآنی و روایی، اصل اولیه در باب لزوم رعایت احترام به اموال مسلمانان و حرمت تعدی و تجاوز به اموال، این نتیجه را در پی دارد که تعزیر مالی جایز نیست؛ زیرا بدون سبب شرعی نمی توان به مال مسلمانان تجاوز کرد.

در مقابل، بسیاری از فقها تعزیر را مقید به ضرب نمی دانند. این دسته، براساس اطلاق لفظی که هدف از تعزیر را بازداشتن افراد از ارتکاب جرم می داند، ضرب را تنها یکی از مصادیق تعزیر می دانند.^{۵۵} دلیل دیگر آن است که روایات بسیار زیادی دال بر مجازات تعزیری غیربدنی وجود دارد که از آن جمله می توان

۴۹. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۴۹.

۵۰. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۵۰.

۵۱. هرگاه قانونگذار اسلام برای واژه ای معنای خاصی در نظر بگیرد که دایره آن تنگتر یا وسیع تر از معنای لغوی آن باشد، آن کلمه «حقیقت شرعیه» دارد (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۲۵).

۵۲. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۳۰.

۵۳. وضع تعینی به وضع حاصل از کثرت استعمال لفظ در معنا اطلاق می شود (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۱۱).

۵۴. سلیمی، تعزیرات در نظام قضایی اسلام، ۱۰۹.

۵۵. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۵۳۱.

به حبس تعزیری اشاره کرد. برای مثال، امام علی (ع) حکم به زندانی کردن شاهدان دروغ‌گو داده‌اند.^{۵۷۶} همچنین در روایات، تعزیرات مالی هم مشاهده می‌شوند. در خصوص تعزیر سارق میوه، پیامبر اسلام (ص) حکم به گرفتن قیمت دوبرابری ارزش میوه‌های دزدیده‌شده داده‌اند که نیمی از این مبلغ، بهای میوه‌های مسروقه و نیم دیگر، تعزیر سارق است.^{۵۷۸} صاحب‌جواهر هم بر این باور است که: «تعزیر منحصر در شلاق نیست و می‌توان آن را به هر نوع مجازات تعمیم داد. صاحب‌جواهر دو دلیل مهم را در این راستا مطرح می‌کند: نخست، روایاتی که برای تجاوز از هر قانون شرعی، مجازات را لازم می‌شمارد. دوم، روایات متعددی که در مورد مصادیق مختلف تعزیر وجود دارد گواه بر این امر است که تعزیر منحصر در شلاق نیست.»^{۶۱۶۰} همچنین علامه حلی هم با بیان اینکه: «تعزیر شامل مجازات بدنی، زندان و توبیخ می‌شود»،^{۶۳۶۲} تعزیر را منحصر در شلاق و تازیانه نمی‌دانست. دلیل مهم دیگر آن است که به دلیل عناوین ثانویه نمی‌توان تعزیر را منحصر در شلاق دانست؛ زیرا در بسیاری از مواردی که تعزیر لازم است، استفاده از مجازات‌های بدنی امکان‌پذیر نیست. در این صورت، نمی‌توان تعزیرات را تعطیل کرد؛ زیرا در این صورت، هدف بازدارندگی محقق نخواهد شد. در نتیجه، بهترین راه حل این است که از انواع دیگر تعزیر برای جلوگیری از تکرار جرم و تنبیه مرتکب بهره جست.^{۶۴}

از آنجاکه اقتضای اداره حکومت اسلامی تبیین مجازات‌های متناسب است، موسوی اردبیلی در خصوص مجازات جرایمی همچون قاچاق و جرایم گمرکی، از امام خمینی استفتا کرده است. متن استفتا چنین بود: «برای اداره امور کشور، قوانین خاص در مجلس تصویب می‌شود؛ مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری و به طور کلی، احکام سلطانی و برای اینکه مردم به این قوانین عمل کنند، برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر آن‌ها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر

۵۶. «إِنَّ عَلَيْنَا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانِ إِذَا اخَذَ شَاهِدَ زُورٍ فَنَافِئَ كَانِ غَرِيبًا بَعَثَ بِهِ إِلَى حَيْثُ وَانَ كَانَ سَوْقِيًّا فَطِيفَ بِهِ ثُمَّ يَحْبِسُهُ إِيَّامًا ثُمَّ يَخْلِي سَبِيلَهُ».

۵۷. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳/۱۸.

۵۸. «فِعْزَرُ وَ يَغْرَمُ قِيَمَتَهُ مَرَّتَيْنِ».

۵۹. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۲۱/۲۳.

۶۰. «قَدْ يَسْتَفَادُ التَّعْزِيمُ مِمَّا دَلَّ عَلَى أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ حَدٌّ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْحَدَّ. بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الْحَدِّ فِيهِ التَّعْزِيرُ الْفَعْلِيُّ مِثْلًا إِلَى امْكَانِ اسْتِفَادَتِهِ أَيْضًا مِنْ اسْتِقْرَاءِ النُّصُوصِ كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ تَدَبَّرَهَا».

۶۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۴۸/۴۱.

۶۲. «هُوَ يَكُونُ بِالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ وَ التَّوْبِيخِ».

۶۳. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴۱۱/۵.

۶۴. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۸۳.

موجب خلاف شرع نباشد، باید به آن‌ها عمل کرد؟» امام خمینی هم در جواب چنین پاسخ دادند: «بسمه تعالی. در احکام سلطانیه، که خارج از تعزیرات شرعیه در حکم اولی است، متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند.»^{۶۵}

تداوم اختلاف فقهای سنتی و حکومتی و فتوای امام بالاخره منجر به آن شد تا قانونگذار عنوان جدید «مجازات بازدارنده» را در برابر «مجازات تعزیری» در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به رسمیت بشناسد. قانونگذار در این قانون، کیفرهای مجازات بازدارنده را از نوع حبس و جزای نقدی و تعطیل کردن محل کسب تعیین کرد. علت به رسمیت شناختن مجازات بازدارنده در قانون، مشروعیت بخشیدن به اقدام حکومت در به کیفر رساندن مرتکبان جرایم جدید و کم سابقه در کتب و منابع فقهی بود؛^{۶۶} زیرا برخی از فقهای شورای نگهبان با اعمال مقررات عرفی و عام حقوق کیفری در باب تعزیرات مخالف بودند. به همین دلیل، با تفکیک مجازات‌های تعزیری و بازدارنده تلاش شد تا دغدغه این دسته از فقها تأمین شود؛^{۶۷} هر چند در عمل، قانونگذار تفکیک و مرزبندی مجازات تعزیری و بازدارنده را در اعمال نهادهای نوین حقوق کیفری مدّ نظر قرار نداد؛ زیرا تخفیف مجازات در ماده ۲۲،^{۶۸} تعلیق مجازات در ماده ۲۵،^{۶۹} شرکت و معاونت در جرم در مواد ۴۲ و ۴۳ و تکرار جرم در ماده ۴۸^{۷۱} را هم برای مجازات‌های تعزیری و هم برای مجازات‌های بازدارنده به رسمیت شناخته بود. شاید به دلیل فقدان مرزبندی دقیق این دو دسته از مجازات‌ها بود که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات‌های بازدارنده حذف شد.

نتیجه‌گیری

پس از تبیین سه محور «مرجع تعیین تعزیر»، «کمیت تعزیر» و «کیفیت تعزیر» مشخص شد که گفتمان مؤثر بر تحولات مجازات‌های تعزیری در جمهوری اسلامی، گفتمان فقه حکومتی بوده است.

۶۵. مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، ۴۵ تا ۴۷.

۶۶. محمدی، «ماهیت مجازات تعزیری و بازدارنده: اشتراك یا افتراق»، ۱۶۴.

۶۷. سلیمانی، «تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری»، ۱۱۱.

۶۸. دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات مخفقه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسب‌تر به حال متهم باشد...».

۶۹. «در کلیه محکومیت‌های تعزیری و بازدارنده حاکم می‌تواند اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را با رعایت شرایط زیر از دو تا پنج سال معلق نماید.»

۷۰. «هرکس عالماً و عامداً با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرائم قابل تعزیر یا مجازات‌های بازدارنده مشارکت نماید و جرم، مستند به عمل همه آن‌ها باشد؛ خواه عمل هریک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آن‌ها مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم خواهد بود. در مورد جرائم غیرعمدی (خطای) که ناشی از خطای دو نفر یا بیشتر باشد مجازات هریک از آنان نیز مجازات فاعل مستقل خواهد بود.»

۷۱. «هرکس به موجب حکم دادگاه به مجازات تعزیری و یا بازدارنده محکوم شود، چنانچه بعد از اجرای حکم مجدداً مرتکب جرم قابل تعزیر گردد دادگاه می‌تواند در صورت لزوم، مجازات تعزیری یا بازدارنده را تشدید نماید.»

باین‌حال، در برخی شرایط، گفتمان رقیب نیز توانسته است تا حدودی بر تحولات قانونگذاری در قلمرو تعزیرات اثرگذار باشد که از آن جمله می‌توان به هژمونی مجازات شلاق در قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ اشاره کرد. باین‌حال، از زمان تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی، آموزه‌های عرفی حقوق کیفری نیز در مجازات‌های تعزیری اثرگذار بوده است. از این‌رو، در مقام پاسخ به پرسش اصلی این تحقیق باید گفت که سه گفتمان «فقه حکومتی»، «فقه سنتی» و «مدرنیسم کیفری» در شکل‌گیری تعزیرات در ایران دارای اثر بوده‌اند. باین‌حال، در اوایل انقلاب، گفتمان غالب در تحولات تعزیر، گفتمان فقه حکومتی بوده است. فقه حکومتی را نمی‌توان همچون ابواب دیگر فقه (مانند ابواب طهارت، زکات، قصاص و...)، باب جدیدی از فقه محسوب کرد؛ بلکه فقه حکومتی، نوعی روش استنباط احکام است که ناظر به تمام ابواب فقهی است. اهمیت شریعت به تحولات زندگی و نقش برجسته‌ای که هویت جمعی یک اجتماع در استنباط احکام برای اداره جامعه دارد، از مبانی مهم فقه حکومتی است.^{۷۲} در نتیجه، در متن تحولات مجازات‌های تعزیری در عصر حاکمیت نظام جمهوری اسلامی، تعدیل برخی از احکام شرعی مربوط به تعزیرات در متن قوانین، ناشی از تأثیر گفتمان فقه حکومتی بر تحولات تعزیر است. این مسئله که موجب انزوای فقه سنتی شده، ریشه در نگرش‌های حاکمیتی فقهای ایران دارد. به عبارت دقیق‌تر، پدیده انقلاب اسلامی و تلاش برای اداره جامعه اسلامی سبب شکل‌گیری چشم‌انداز خاص به مسئله تعزیر شده است. به همین دلیل، شکل‌گیری احکام سلطانی و مجازات‌های بازدارنده، از باب توجه به مسائل حاکمیتی تحلیل‌شدنی است.

باین‌حال، با گذر از دوران ابتدای انقلاب و دوری از نزاع‌های فقهی میان حامیان فقه سنتی و فقه حکومتی، مشاهده می‌شود که قانونگذار با در نظر گرفتن یافته‌های تجربی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی به دنبال ایجاد عناصر گفتمانی جدید در عرصه تعزیرات است. بر این اساس، تأسیس نهادهای جدید همچون جایگزین‌های حبس متأثر از یافته‌های تجربی مبنی بر شکست کارکرد اصلاحی زندان و آثار سوء زندان در اثر هم‌نشینی افتراقی و زندان‌پذیری، معافیت از کیفر و تعویق صدور حکم، متأثر از شکست کیفرگرایی و بازدارندگی، به رسمیت شناختن میانجی‌گری در پرتو یافته‌های عدالت ترمیمی و قضازدایی، دادرسی کیفری افتراقی اطفال در بستر مطالعات جرم‌شناسی کودکان و نوجوانان و... عناصر گفتمانی جدید هستند که در گفتمان فقه سنتی و فقه حکومتی جایگاهی ندارند. در عوض، کاربست آن‌ها در متن مجازات‌های تعزیری، بازتابی از حضور گفتمان مدرنیسم کیفری در مجازات‌های تعزیری است. انعطاف‌پذیری در مجازات‌های

۷۲. نقوی، بررسی جایگاه نهاد قانونگذاری در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی، ۲۶.

تعلیمی در پرتو قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» موجب شده تا قانونگذار بدون در نظر گرفتن دغدغه‌های حامیان فقه سنتی و فقه حکومتی، نگرش‌های به‌روز شده و تجربه‌محور را در مجازات‌های تعلیمی به رسمیت شناسد تا ازسویی، به نزاع میان حامیان فقه سنتی و فقه حکومتی پایان دهد و ازسوی دیگر، یافته‌های تجربی جرم‌شناسی را به‌تدریج به گفتمان غالب در این حوزه تبدیل کند.

منابع

- ابن اثیر، مبارک‌بن محمد. النهاية فی غریب الحدیث و الاثر. قم: اسماعیلیان. ۱۳۶۷.
- ابن‌دریس. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۱ق.
- بارکر، کریس. مطالعات فرهنگی، نظریه و عملکرد. ترجمه مهدی فرجی و نفیسه حمیدی. تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی. ۱۳۸۷.
- بشیر، حسن و همکاران. خبر؛ تحلیل شبکه‌ای و تحلیل گفتمان. تهران: دانشگاه امام صادق(ع). ۱۳۸۹.
- بشیر، حسن. «فرایند ساخت معنا در تحلیل گفتمان با روش پدما با مطالعه موردی بیداری اسلامی»، فصلنامه روش‌شناسی علوم انسانی. ش ۱۰۶، س ۲۷، ۱۴۰۰، ۳۱ تا ۴۸. [10.30471/MSSH.2020.6398.2023](https://doi.org/10.30471/MSSH.2020.6398.2023)
- بشیر، حسن. روش عملیاتی تحلیل گفتمان. تهران: سروش. ۱۳۹۹.
- بشیر، حسن، حمیدرضا حاتمی. «مطالعه مقایسه‌ای رویکردهای انتخاباتی: تحلیل سرمقاله‌های جمهوری اسلامی و کیهان درباره دومین مرحله انتخابات مجلس هشتم»، فصلنامه پژوهش‌های ارتباطی. ش ۱، ۱۳۸۸، ۹۳ تا ۱۱۴. <https://doi.org/10.22082/cr.2009.23904>
- بشیر، حسن، علی احسانی‌فر. «تحلیل گفتمان مناظره تلویزیونی در انتخابات دهم ریاست جمهوری اسلامی ایران (خردادماه ۱۳۸۸)»، فصلنامه رهپوی ارتباطات و فرهنگ. دوره ۱، ش ۳، ۱۴۰۱، ۱۹ تا ۷۹.
- بشیر، حسن، میلاد عرفان‌پور. «تحلیل گفتمانی انتقاد اجتماعی در شعر شاعران انقلاب اسلامی»، فصلنامه مطالعات فرهنگ و ارتباطات. دوره ۱۹، ش ۴۱، ۱۳۹۷، ۳۰ تا ۳۰. [10.22083/JCCS.2018.87313.2159](https://doi.org/10.22083/JCCS.2018.87313.2159)
- <https://doi.org>.
- پاکتچی، احمد. نقد متن. تهران: دانشگاه امام صادق(ع). ۱۳۹۷.
- تبریزی، جواد. اسس الحدود و التعزیرات. قم: مهر. ۱۳۷۵.
- جریده اصل، سعید. تبیین فقهی-حقوقی تعزیرات منصوص شرعی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد. ۱۳۹۵.
- حر عاملی، محمدبن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). ۱۱۰۴ق.
- خراسانی، رضا. «روش‌شناختی فقه سیاسی و فقه حکومتی»، فصلنامه راهبرد فرهنگ. ش ۵۱، ۱۳۹۹، ۱۴۳ تا ۱۷۳. <https://doi.org/10.22034/JSFC.2020.103863>

- خراسانی، رضا. اجتهاد و سیاست: درآمدی بر فقه حکومتی در جمهوری اسلامی ایران. تهران: مخاطب. ۱۳۹۶.
- خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. ۱۳۸۶.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم. ۱۴۱۲ق.
- سلیمانی، حسین. «تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری»، پژوهشنامه حقوق کیفری. س ۱۰، ش ۱، ۱۳۹۸، ۱۰۵ تا ۱۳۳.
- سلیمی. محمد. تعزیرات در نظام قضایی اسلام. تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری. ۱۳۹۶.
- شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. قم: کتاب فروشی مفید. ۱۴۰۰ق.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۳ق.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله. التعزیر، احکامه و حدوده. قم: دفتر معظم‌له. ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد باقر. دروس فی علم الاصول. قم: دار الصدر. ۱۳۸۷.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف فی الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۸ق.
- عبداللهی، یحیی. «ضرورت گفتمان فقه حکومتی»، فصلنامه فقه حکومتی. س ۱، ش ۱، ۱۳۹۵، ۱۳۹ تا ۱۴۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.
- غلامی، علی. «سازوکارهای اجرای قاعده التعزیر لکل عمل محرم»، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی. س ۲، ش ۴، ۱۳۹۱، ۱۷۲ تا ۲۰۴.
- فرکلاف، نورمن. تحلیل انتقادی گفتمان. ترجمه پیران و دیگران. تهران: مرکز مطالعات و تحقیقات رسانه‌ها. ۱۳۷۹.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. ۱۳۸۹ق.
- گل‌بخشی، حسن. تحلیل گفتمان اخبار سایت‌های بی‌بی‌سی و رادیو فردا درباره بازداشت ملوانان انگلیسی. پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد. به‌راهنمایی عبدالله گیویان. تهران: دانشگاه صداوسیما. ۱۳۸۷.
- گلپایگانی، محمد رضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۱۲ق.
- گودرزی، محسن. «تحلیل گفتمان انتقادی»، کتاب ماه (علوم اجتماعی). س ۱۳، ش ۲۲، ۱۳۸۸، ۷۷ تا ۸۱.
- محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه (بخش جزایی). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۷۹.
- محمدی قهفرخی، محمد صادق. تحلیل گفتمان کیفر پس از انقلاب مشروطه. پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد. به‌راهنمایی علی صابری تولایی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع). ۱۳۹۹.
- محمدی، حمید. «ماهیت مجازات تعزیری و بازدارنده؛ اشتراک یا افتراق»، مجله عدالت آرا. س ۲، ش ۶ و ۷، ۱۳۸۵، ۱۵۴ تا ۱۸۳.
- معرفت، محمد هادی. «بحثی در تعزیرات»، مجله حق (مطالعات حقوقی و قضایی). س ۵، ش ۱۰، ۱۳۶۵.

۱۱۸ تا ۹۷.

مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۰ ق.

مکارم شیرازی، ناصر. پیام قرآن. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۳۷۴.

مکارم شیرازی، ناصر. تعزیر و گستره آن. به کوشش ابوالقاسم علیان نژادی. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۳۸۳.

منتظری، حسینعلی. مبانی فقهی حکومت اسلامی. تهران: کیهان. ۱۴۰۹ ق.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: دانشگاه مفید. ۱۴۲۷ ق.

موسوی بجنوردی، محمد. قواعد فقهیه. تهران: عروج. ۱۴۰۱ ق.

مهرپور، حسین. «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)»، مجله کانون وکلا. ش ۱۴۸ و ۱۴۹، ۱۳۶۸، ۶۸ تا ۹۶.

نجفی، راضیه، محدثه یحیی پور. بررسی تطبیقی تعزیرات در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی. تهران: جاودانه. ۱۳۹۷.

نقوی، فاطمه سادات. بررسی جایگاه نهاد قانونگذاری در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی. پایان نامه کارشناسی ارشد. به راهنمایی علیرضا دبیرنیا. قم: دانشگاه قم. ۱۳۹۵.

نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل. قم: آل البیت (ع). ۱۴۰۸ ق.

هوارث، دیوید. «نظریه گفتمان»، فصلنامه علوم سیاسی. ترجمه علی اصغر سلطانی. دوره ۱، ش ۲، ۱۳۷۷، ۱۵۶ تا ۱۸۳.

Transliterated Bibliography

‘Abd Allāhī, Yahyā. “Zarurat Guftimān Fiqh Hukumatī”, *Faṣḥnāmah-yi Fiqh Hukumatī*. Yr. 1, no. 1, 2017/1395, 139-143.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyah ‘alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Mu‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 1999/1420.

Barker, Chris. *Muṭālī‘āt Farhangī, Nazariyih va ‘Amalkard*. Translated by Mahdī Farajī va Nafisah Ḥamidī. Tehran: Pazhūhishkadih-yi Muṭālī‘āt Farhangī va Ijtīmā‘ī. 2009/1387.

Bashīr, Ḥasan et al. *Khabar; Taḥlīl-i Shabakih-i va Taḥlīl-i Guftimān*. Tehran: Imam Sadiq(AS) University. 2011/1389.

Bashīr, Ḥasan, Ḥamid Riḍā Ḥatāmī. “Muṭālī‘ih-yi Muqāyisih-ī Rūykard-hā-yi Intikhābātī: Taḥlīl Sar Maqālīh-hā-yi Jumhūrī Islāmī va Kiyhān Darbārīh-yi Duvvumīn Marḥalah-yi Intikhābāt Majlis Hashtum”,

Faṣḥnāmāh-yi Pazhūhish-hā-yi Irtibāṭī. no. 1, 2010/1388, 93-114.

Bashīr, Ḥasan. “Farāyand Sākht Ma‘nā dar Taḥlīl-i Guftimān bā Ravish “PDAM” bā Muṭālī‘ih-yi Mūrīdī Bīdārī Islāmī”, *Faṣḥnāmāh-yi Ravishshināsī ‘Ulūm Insānī*. no. 106, yr. 27, 2022/1400, 31-48.

Bashīr, Ḥasan. ‘Alī Ḥsānīfar. “ Taḥlīl-i Guftimān Munāzirah-yi Tilivīziyūnī dar Intikhābāt Dahum Riyāsāt Jumhūrī Islāmī Irān (Khurdād 2010/1388)”, *Faṣḥnāmāh -yi Rahpūyih-yi Irtibāṭāt va Farhang*. Durīh-yi 1, no. 103, 2023/1401, 7-19.

Bashīr, Ḥasan. Milād, ‘Irfānpūr. “Taḥlīl-i Guftimānī Intiqād Ijtimā‘ī dar Shī‘r Shā‘irān Inqilāb Islāmī”, *Faṣḥnāmāh-yi Muṭālī‘āt Farhang va Irtibāṭāt*. Durīh-yi 19, no. 41, 2019/1397, 1-30.

Bashīr, Ḥasan. *Ravish ‘Amaliyātī Taḥlīl-i Guftimān*. Tehran: Surūsh. 2021/1399.

Fairclough, Norman. *Taḥlīl-i Intiqādī Guftimān*. Translated by Pīrān et al. Tehran: Markaz Muṭālī‘āt va Taḥqīqāt Risānih-hā, 2001/1379.

Ghulāmī, ‘Alī. “Sāzu Kār-hā-yi Ijrāy Qā‘īdih-yi al-Ta‘zīr li-Kul-i ‘Amal Muḥaram”, *Majalīh-yi Fiqh va Ḥuqūq Islāmī*. yr. 2, no. 4, 2012/1391, 172-204.

Gūdārzī, Muḥsin. “Taḥlīl-i Guftimān Intiqādī”, *Kitāb Māh (‘Ulūm Ijtimā‘ī)*. yr. 13, no. 22, 2010/1388, 77-81.

Gulbakhshī. Ḥasan. *Taḥlīl-i Guftimān Akhbār Sāyt-hā-yi BBC va Radio Farda Darbārīh-yi Bāzdāshat Malavānān Ingilīsī*. Master Thesis, Supervisor: ‘Abd Allāh Guivian, Tehran: IRIB University. 2009/1387.

Gulpāyghānī, Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḡūd fī Ahkām al-Ḥudūd*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. 1992/1412.

Howarth, David. “Naẓariyih-yi Guftimān”, *Faṣḥnāmāh -yi ‘Ulūm Siyāsī*. Translated by ‘Alī Aṣghar Sulṭānī. Durīh-yi 1, no. 2, 1998/1377, 156-183.

Ḥurr ‘Āmīlī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā‘il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl Masā‘il al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1984/1404.

Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qum: Ismā‘īliyān, 1989/1367.

Ibn Idrīs. *al-Sarā‘ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī, 1991/1411.

Jarīdah Aṣl, Sa‘īd. *Tabyīn Fiqhī-Ḥuqūqī Ta‘zīrāt Manṣūṣ Shar‘ī*. Tehran: Majma‘ ‘Ilmī va Farhangī Majd. 2017/1395.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū‘assisa Āṣār-i Imām Khū‘ī, 2008/1386.

Khurāsānī, Riḍā. "Ravishshinākhtī Fiqh Siyāsī va Fiqh Ḥukumatī", *Faṣlnāmah -yi Rāhburd Farhang*. No. 51, 2021/1399, 143-173.

Khurāsānī, Riḍā. *Ijtihād va Siyāsāt: Darāmadī bar Fiqh Ḥukumatī dar Jumhūrī Islāmī Irān*. Tehran: Mukhātab. 2018/1396.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Qum: Dār al-Ḥadīth. 1970/1389.

Makārim Shirāzī, Naṣir. *Payām Qurān*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1996/1374.

Makārim Shirāzī, Naṣir. *Ta'zīr va Gustariḥ ān*. researched by Abū al-Qāsim 'Uliyānnizhād. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2005/1383.

Ma'rifat, Muḥammad Hādī. "Baḥthī dar Ta'zīrāt", *Majallih-yi Ḥaq (Muṭālī'āt Ḥuqūqī va Qaḍāyī)*. Yr. 5, no. 10, 1987/1365, 97-118.

Mihrpūr, Husayn. "Sarguzasht Ta'zīrāt (Nagarishī bar Siyr Qānūnguzārī dar Jumhūrī Islāmī Irān)", *Majallih-yi Kānūn Vukalā*. No. 148-149, 1990/1368, 9-68.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.

Muḥammadī Qahfirukhī, Muḥammad Ṣādiq. *Taḥlīl-i Guftimān Kiyfār pas az Inqilāb Mashrūṭah*. Master Thesis, Supervisor : 'Alī Ṣābirī Tavalāyī. Tehran: Imam Sadiq(AS) University. 2021/1399.

Muḥammadī, Ḥamid. "Māhiyat Mujāzāt Ta'zīrī va Bāzdārāndih; Ishtirāk yā Iftirāq", *Majallih-yi 'Idālat Arā*. Yr. 2, no. 6-7, 2007/1385, 154-183.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Qawā'id Fiqh (Bakhsh-i Jazā'ī)*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. 2000/1379.

Muntazirī, Husayn 'Alī. *Mabānī Fiqhī Ḥukumat Islāmī*. Tehran: Kiyhān. 1989/1409.

Mūsawī Ardabīlī, 'Abd Karīm. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Useful university. 2006/1427.

Musawī Bujnūrdī, Muḥammad. *Qawā'id Fiqhiyah*. Tehran: 'Urūj. 1981/1401.

Najafī, Rāziyih, Muḥaddithih Yaḥyāpūr. *Barrisi Taṭbiqī Ta'zīrāt dar Fiqh Imāmiyah va Qānūn Mujāzāt Islāmī*. Tehran: Jāvidānah. 2019/1397.

Naqavī, Faṭimah Sādāt. *Barrisi Jāyghāh-i Nahād Qānūnguzārī dar Fiqh Ḥukumatī va Nizām Jumhūrī Islāmī*. Master Thesis, Supervisor: 'Alī Rizā Dabīrniyā, Qum: University of Qom. 2017/1395.

Nūrī, Husayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS) . 1988/1408.

Pākatchī, Aḥmad. *Naqd-i Matn*. Tehran: Imam Sadiq(AS) University. 2019/1397.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Alfāz al-Qurān*. Beirut: Dār al-‘Ilm. 1992/1412.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār Şadr, 2009/1387.

Şafī Gulpāygānī, Luṭf Allāh. *al-Ta’zīr: Ahkāmuhu wa Hudūduhu*. Qum: Daftar Mu’zamlah. 1984/1404.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy’ al-Islām*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1983/1403.

Salīmī, Muḥammad. *Ta’zīrāt dar Nizām Qaḍāyī Islām*. Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services. 2018/1396.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā’id wa al-Fawā’id*. Qum: Kitābfurūshī Mufid. 1980/1400.

Sulaymānī, Ḥusayn. “Ta’zīrāt Manṣūṣ Shar’ī dar Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī dar Partū Aṣl Qānūnmandī Ḥuqūq-i Kayfārī”, *Pazhūhishnāmah-yi Huqūq-i Kayfārī*, yr. 10, no. 1, 2020/1398, 105-133.

Tabrizī, Javād. *Ususu al-Hudūd wa al-Ta’zīrāt*. Qum: Mihr. 1997/1375.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf fi al-Aḥkām* Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1997/1418.



The Feasibility of the Legal Abolition of *Haddi* Punishments through the Criminal's Repentance after the Proof of the Crime

Dr. Esmail Rahimi Nejad 

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Email: rahiminejad@tabrizu.ac.ir

Abstract

There is a difference of opinion among jurists regarding the abolition or non-abolition of Hudud (*Haddi*) punishments. The majority believe that *Haddi* punishments cannot be abolished if the crime is proven through evidence (*bayyina*) or the judge's knowledge ('ilm al-qāzi) and judges have discretion to either pardon the criminal or execute the punishment in case the criminal confesses. The Iranian legislator has followed the majority opinion in the Islamic Penal Code of 1392 A.S./2013 A.D. The purpose of the present study is to explore the basis upon which the majority of jurists advocate the non-abolition of *Haddi* punishments, and to assess to what extent their cited reasons (*dalā'il-istanādi*) are scientifically valid. The study also explores whether it is legally possible to speak of the feasibility of abolition of *Haddi* punishments through repentance after the crime has been proven by evidence and the judge's knowledge. The study employs the descriptive-analytical method and examines each of these theories using the critical approach. It is concluded that the majority opinion lacks necessary scientific legitimacy due to its fundamental flaws, and so is the theory of the judge's discretion (*takhyir hākim*), due to its thematic departure from the category of repentance. Therefore, the theory of "abolition of punishment through repentance of the criminal after the proof of the crime" should serve as the basis for criminal policy.

Keywords: *Haddi* punishments, repentance of the criminal, proof of crime, abolition of punishment, *bayyina* (evidence), judge's knowledge, confession ('iqrār)





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۴۷ - ۱۲۱

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۰

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.81364.1552>

نوع مقاله: پژوهشی

امکان سنجی فقهی سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم

دکتر اسمعیل رحیمی نژاد

استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Email: rahiminejad@tabrizu.ac.ir

چکیده

درباره سقوط یا عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها به عدم سقوط مجازات‌های حدی در صورت اثبات جرم به وسیله بینه یا علم قاضی و اختیار حاکم میان عفو مجرم و اجرای مجازات در صورت اقرار مرتکب، باور آورده‌اند. قانونگذار ایران نیز در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از نظریه مشهور تبعیت کرده است؛ مسئله پژوهش این است که مشهور فقها بر چه مبنایی قائل به عدم سقوط مجازات‌های حدی هستند و دلایل استنادی آن‌ها تا چه اندازه از وجاهت علمی برخوردار است و آیا به لحاظ فقهی می‌توان از امکان سقوط مجازات‌های حدی با توبه بعد از اثبات جرم، توسط بینه و علم قاضی سخن گفت؟ این مقاله با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و با رویکردی انتقادی، هرکدام از این نظریه‌ها را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده است که نظریه مشهور، به سبب ایرادهای اساسی و نظریه تخییر حاکم، به دلیل خروج موضوعی از مقوله توبه، از وجاهت علمی لازم برخوردار نیستند؛ از این رو لازم است نظریه «سقوط مجازات با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم» مبنای سیاست‌گذاری جنایی واقع شود.

واژگان کلیدی: مجازات حدی، توبه مرتکب، اثبات جرم، سقوط مجازات، بینه، علم قاضی، اقرار.

مقدمه

از جمله مسائل بسیار مهم و اختلافی در فقه و حقوق کیفری اسلام، مسئله سقوط یا عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم است. مشهور فقهای امامیه و تعدادی از فقهای اهل سنت با استناد به اطلاعات ادله باب حدود و برخی دلایل دیگر، از جمله اصل استصحاب قائل به عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه بعد از اثبات جرم به وسیله بینه و علم قاضی هستند. برخی دیگر از فقها هم به اختیار حاکم در عفو مرتکب جرم یا اجرای مجازات حدی بر وی در صورت اثبات جرم به وسیله اقرار او اعتقاد دارند. قانونگذار ایران نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از جمله مواد ۱۱۴ و ۱۱۷، توبه مرتکب را در صورتی که قبل از اثبات جرم باشد سبب سقوط مجازات دانسته است اما توبه بعد از اثبات جرم در جرایم حدی را از اسباب سقوط مجازات شناخته و تنها در صورت اثبات جرم با اقرار، به دادگاه این اختیار را داده است تا عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند. با توجه به حاکمیت و غلبه این گفتمان مشهور فقهی و حقوقی، اکثریت قریب به اتفاق نویسندگان و پژوهشگران هم در چهارچوب همین نظریه مشهور یا نظریه تأخیر حاکم به طرح موضوع توبه و آثار آن پرداخته‌اند؛ به گونه‌ای که این شهرت‌گرایی و حتی اجماع ادعایی به آنان اجازه نقد و بررسی این نظریه‌ها را نداده است. از این نوع آثار می‌توان به این مقالات و کتاب‌ها اشاره کرد: «نقش زمان در توبه مجرمین»، نوشته امیر وطنی، عبدالعلی توجهی، حسین رجایی، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۸، شماره ۶۹، تابستان ۱۴۰۰؛ «نقش توبه در اسقاط حدود»، نوشته حبیب‌الله طاهری، مجله پژوهش‌های فقهی، سال ۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹؛ «نقش توبه در حدود و تعزیرات»، نوشته محمدهادی صادقی، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲؛ «پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار»، نوشته جلال‌الدین قیاسی، فصلنامه فقه، شماره ۲۳، سال ۱۳۷۸؛ بررسی فقهی و حقوقی توبه، نوشته جلیل الماسی، چاپ و نشر بین‌الملل، سال ۱۳۹۰؛ تأسیس حقوقی توبه در فقه جزایی اسلام و نظام حقوق کیفری ایران، نوشته دکتر اکبر ووری و مصطفی عزیزی، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.

تنها مقاله‌ای که نظریه مشهور تاحدودی در آن بررسی شده و قلمرو اختیار حاکم در عفو مرتکب به توبه بعد از اثبات جرم زنا با بینه نیز تسری داده، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از قیام بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی»، نوشته سیدمجتبی حسین‌نژاد در فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵۱، سال ۱۳۹۷ است؛ نویسنده بدون اینکه در این مقاله نظریه جدیدی مطرح کند، سعی کرده نظریه مشهور فقها را که به طور عمده مبتنی بر شهرت فتوایی است، نقد کند و قلمرو اختیار

حاکم در عفو مرتکب را در صورت توبه او، به موارد اثبات جرم زنا به بینة نیز توسعه دهد. البته در میان فقهای امامیه نیز شخصیت‌هایی چون شیخ مفید^۱ و ابوالصلاح حلبی^۲ از نظریه تخیر امام در عفو مرتکب در صورت توبه او بعد از اقامه بینة نیز دفاع کرده‌اند. باوجود این دیدگاه‌ها، مسئله مهم درخور طرح و بحث این است که نظریه مشهور (عدم سقوط مجازات) و نظریه تخیر حاکم تا چه اندازه از وجاهت علمی برخوردار است و آیا اساساً می‌توان به لحاظ فقهی از امکان سقوط مجازات‌های حدی بعد از اثبات جرم با بینة و علم قاضی سخن گفت؟ با توجه به آثار مهم فقهی حقوقی که بر پذیرش یا عدم‌پذیرش هرکدام از این رویکردها مترتب است و همچنین به لحاظ ارتباط مستقیم و تنگاتنگ این آثار با حقوق و آزادی‌های بنیادین فردی، نقد و بررسی هرکدام از این نظریه‌ها از اهمیت خاصی برخوردار است. براین اساس، نوشتار حاضر با تکیه بر روش تحلیل منطقی محتوای دلایل و مدارک استنادی پیروان این نظریه‌ها، نخست به بررسی نظریه مشهور فقها و ارزیابی دلایل و مستندات آن می‌پردازد. سپس نظریه تخیر حاکم را مطرح و ارزیابی می‌کند و در نهایت، با تکیه بر مبانی و دلایل جدید، نظریه سومی تحت‌عنوان «سقوط مجازات‌ها با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم» را ارائه می‌دهد.

۱. نظریه عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم

مشهور فقهای امامیه^۳ معتقدند که اگر مرتکب جرم حدی پس از اقامه بینة و ثبوت جرم توبه کند، حد؛ خواه مستوجب قتل باشد یا رجم یا جلد، ساقط نمی‌شود و امام اختیار عفو او را ندارد. از فقهای اهل سنت نیز حنفی‌ها، مالکی‌ها و بعضی از فقهای حنبلی و شافعی توبه را مسقط مجازات حد نمی‌دانند و معتقدند که توبه در غیر مورد محاربه، مسقط حد نیست و در این مسئله تفاوتی بین قبل و بعد از دستگیری نیست. از نظر این دسته از فقهای اهل سنت، مجازات، کفاره گناه است و باید اجرا شود و نمی‌توان سایر جرایم را با محاربه مقایسه کرد و حکم محاربه را به جرایم دیگر تسری داد؛ زیرا محارب شخصی است که نمی‌توان او را به طور معمول و به آسانی دستگیر کرد و علت پذیرفتن توبه وی تشویق او به کناره‌گیری از فساد در زمین است، ولی درباره سایر مجرمان که همیشه در معرض دستگیری‌اند حکمتی در پذیرش توبه و تشویق آنان به توبه نیست.^۴

۱. مفید، المقنعة، ۷۷۷.

۲. حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۰۷.

۳. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲۵۴؛ علامه حلی، ارشاد الاذنان، ۱۸۴/۲؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۱۸۵/۱؛ طوسی، الخلاف، ۴۶۸/۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۸/۴۱؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۲۰۰/۴؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۴۱/۱؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۶۴/۲۷.

۴. ابن‌رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ۳۷۵/۲؛ ابن‌حزم، المحلی، ۱۲۹/۱۱؛ فضل‌الله بن‌روزبهان، سلوک الملوك، ۳۵۵؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۳۱۶/۱۰.

۱. ۱. دلایل و مستندات این نظریه و ارزیابی علمی آن‌ها

طرفداران این نظریه برای توجیه نظر خویش به اطلاق ادله باب حدود و اصل استصحاب استناد کرده‌اند که این ادله نقد و بررسی می‌شوند.

۱. ۱. ۱. اطلاق آیات باب حدود

اولین دلیلی که طرفداران نظریه عدم سقوط مجازات حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم به آن استناد می‌کنند، اطلاق آیات باب حدود است. آنان معتقدند که اطلاق آیات مربوط به حدود، از جمله آیه ۲ سورة نور «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» و آیه ۳۸ سورة مائده «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» دلالت بر لزوم اجرای مجازات بر همه مرتکبان جرایم حدی دارند و دلیلی بر سقوط مجازات به سبب توبه بعد از شهادت شهود یا علم قاضی وجود ندارد. به نظر آنان سقوط مجازات با توبه قبل از اثبات جرم، به سبب برخی دلایل خاص؛ از جمله روایت جمیل بن دراج از اطلاق آیات خارج می‌شود ولی بقیه موارد مشمول اطلاق این آیات خواهد بود.^۵ از نظر حنفی‌ها، مالکی‌ها و بعضی از فقهای حنبلی و شافعی نیز توبه محارب قبل از دستگیری بنابر دلیل خاص از قلمرو مشمول اطلاق آیات باب حدود خارج شده و بقیه مجازات‌های حدی مشمول این اطلاق‌اند.^۶

مهم‌ترین ایراد وارد بر این استدلال فقها عبارت است از: دلالت مطلق بر اطلاق به سبب مقدمات حکمت، از جمله فقدان قرینه بر تقیید و در مقام بیان بودن گوینده سخن است، دقت و تأمل در آیات باب حدود نشان می‌دهد که اولاً، این آیات مطلق نیستند و با آیات دیگر، از جمله آیه ۴ و ۵ سورة نور، آیه ۱۶ سورة نساء، آیه ۸ سورة مائده^۹ به صورت منفصل یا متصل مقید شده‌اند؛ چون این آیات، به استثنای آیه ۳۴ سورة مائده،^{۱۰} که توبه مرتکب و به دنبال آن سقوط مجازات حد محاربه را منوط به قبل از دستگیری مرتکب توسط حاکم (و نه قبل از اثبات جرم) کرده است، به صورت مطلق دلالت بر پذیرش توبه و سقوط مجازات حدی دارند. البته حد قذف به دلیل ماهیت حق الناسی داشتن با صرف توبه مرتکب ساقط نمی‌شود

عوده، التشریع الجنایی الاسلامی، ۳۵۳/۱ تا ۳۵۴؛ جزیری، الفقه علی المذاهب اربعة، ۲۴۳ تا ۲۴۳/۵.

۵. تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۱۰۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۲/۴.

۶. عوده، التشریع الجنایی الاسلامی، ۳۵۳/۱ تا ۳۵۴؛ جزیری، الفقه علی المذاهب اربعة، ۲۴۳ تا ۲۴۳/۵.

۷. «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.»

۸. «وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيَا مِنْكُمْ فَأُدْوَاهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضْنَا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا.»

۹. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.»

۱۰. «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَخُوا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزَاؤُ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ. أَلَا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.»

و سقوط آن مستلزم این است که «کذب کننده خود را نزد کسانی که در حضور آنان کذب کرده است یا نزد گروهی از مسلمانان یا نزد هر دو دسته تکذیب کند و... شخص صالحی شود.»^{۱۱} علاوه بر این، قاذف از مقدوف عذرخواهی و گذشت وی را کسب کند؛^{۱۲} ثانیاً، این آیات با فرض مطلق بودن نیز اساساً در مقام بیان مؤثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند و صرفاً دلالت بر وجوب مجازات های حدی دارند؛ چون همان گونه که بیشتر اصولیان معتقدند: «امر عقلاً بر لزوم طبیعت و ماهیتی دلالت دارد که به آن امر شده است»^{۱۳} و این وجوب و لزوم، ملازمه ای با عدم تأثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد. علاوه بر آیات مذکور، روایاتی مثل روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) نیز، که دلالت صریح بر پذیرش توبه مرتکب بعد از اقامه بینه دارند،^{۱۴} اطلاق این آیات را مقید کرده اند. بنابراین با وجود این تقييدات قرآنی و روایی، دیگر تردیدی در عدم شمولیت و اطلاق آیات ایجاد نمی شود تا بتوان به اصالة الاطلاق استناد کرد؛ چون همان گونه که اصولیان می گویند^{۱۵} شرط تمسک به اطلاق، تردید در شمولیت دلیل است.

این استدلال فقهای اهل سنت هم که می گویند محارب را نمی توان به آسانی دستگیر کرد و علت پذیرفتن توبه وی، تشویق او به کناره گیری از فساد در زمین است ولی سایر مجرمان همیشه در معرض دستگیری اند و لذا حکمتی در پذیرش توبه آنان نیست، ضعیف و نپذیرفتنی است؛ چون امروزه به دلیل پدیده جهانی شدن اقتصاد و توسعه و گسترش تکنولوژی و فناوری ارتباطات، جرایم زیادی، از جمله جرایم سایبری و تروریستی و جرایم اقتصادی به صورت سازمان یافته، جهانی و فراملی و کاملاً فنی ارتکاب می یابند و امکان شناسایی و دستگیری مرتکبان آن ها نیز به آسانی ممکن نیست.

فقهای امامیه علاوه بر اطلاق آیات قرآنی به اطلاق روایات نیز استناد کرده اند که بررسی می شوند.

۱.۱.۲. اطلاق روایات باب حدود

دلیل دومی که مشهور فقهای امامیه با استناد به آن عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم را توجیه می کنند، ادعای اطلاق روایات طلحة بن زید، صحیحه حلبی و روایات مربوط به فرار از گودال رجم است.

روایت طلحة بن زید و مرسله برقی: در روایت طلحة بن زید از امام صادق (ع) و مرسله برقی با

۱۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۴/۴۴۲.

۱۲. مواد ۱۱۴ و ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲.

۱۳. نوبهار، «جستاری درباره تأخیر اجرای حدود»، ۳۴۰.

۱۴. این روایت، به هنگام بحث از نظریه سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم بررسی می شود.

۱۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۴۷؛ فیروزآبادی، عنایة الأصول، ۲/۲۶۸.

مضمونی واحد از امام باقر یا امام صادق (ع)^{۱۶} چنین نقل شده است که: «مردی نزد امام علی (ع) آمد و اقرار به سرقت کرد. حضرت پرسید: آیا چیزی از قرآن می‌خوانی؟ گفت: بلی، سوره بقره. حضرت فرمود: دستت را به سوره بقره بخشیدم. اشعث گفت: آیا حدی از حدود خدا را تعطیل می‌کنی؟ امام فرمود: تو چه می‌دانی؟ هرگاه شاهدان شهادت دهند، امام نمی‌تواند عفو کند اما اگر گناهکار خودش اقرار کند اختیار با امام است؛ خواست مجازات می‌کند و خواست می‌بخشد.^{۱۷}

به اعتقاد طرفداران این نظریه، اقتضای اطلاق قسمت اخیر این روایات عبارت است از اینکه: تفاوتی بین توبه و عدم توبه مرتکب بعد از اثبات جرم با بینه وجود ندارد و امام نمی‌تواند بعد از اقامه بینه مرتکب را عفو کند.^{۱۸} ایراد این استدلال این است که روایات مذکور علاوه بر ضعف سند،^{۱۹} در دلالت بر مدعای پیروان این نظریه نیز مشکل دارند؛ چون اولاً، در باب سرقت هستند و تعمیم آن‌ها به سایر حدود، نوعی قیاس است؛^{۲۰} ثانیاً، در مقام بیان مؤثربودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند تا بتوان به اطلاق آن‌ها استناد کرد. روایات بر فرض صحیح بودن آن‌ها، در مقام بیان مخیربودن یا نبودن امام در عفو مجرم بعد از اثبات جرم با بینه یا اقرار هستند.

اطلاق روایت حلبی: در این روایت، ابوجعفر محمد بن علی بن ابی‌شعبه حلبی می‌گوید: «از امام صادق (ع) پرسیدم درباره کسی که دزد را می‌گیرد، پیش حاکم ببرد یا رهایش کند؟ امام صادق (ع) فرمودند: صفوان بن ابی‌امیه در مسجد الحرام خوابیده بود و بعد از اینکه از خواب بیدار شد، ردای خود را داخل مسجد گذاشت و برای تجدید وضو به بیرون رفت، وقتی که برگشت دید ردانش دزیده شده است. گفت: چه کسی ردای من را برداشته است؟ دنبال آن دزد رفت و دزد را پیدا کرد، آن را خدمت پیامبر (ص) برده و گفت: این شخص ردای من را دزدیده است. پیامبر فرمود: دستش را قطع کنید. صفوان یک دفعه دید که

۱۶. معتبره طلحة بن زيد: «الحسين بن سعيد عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر (ع) قال: حَدَّثَنِي بعض أهلِي: أنَّ شاباً أتَى أمير المؤمنين (ع) فأقرَّ عنده بالسَّرقَةِ قال: فقال له (ع): أتَى أَرَاكَ شاباً لا يَلبسُ بهيئتَكَ فهل تقرأ شيئاً من القرآن؟ قال نعم، سورة البقرة. فقال قد وهبت يدك لسورة البقرة. فقال: الأشعث أتعتل حِداً من حدود الله؟ فقال و ما يدريك هذا؟ و أَمَّا منعه أن يقطعهُ لانه لم يَقم عليه بَيِّنَةٌ.»

مرسلة برقي: «محمد بن الحسن، باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي عبد الله البرقي، عن بعض أصحابه عن بعض الصادقين، قال: جاء رجل إلى أمير المؤمنين (ع) فأقرَّ بالسَّرقَةِ. فقال: أُنْقرأ شيئاً من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة. قال: قد وهبت يدك لسورة البقرة. قال: فقال: الأشعث أتعتل حِداً من حدود الله؟ فقال: و ما يدريك هذا؟ إذا قامت البيِّنَةُ فليس للامام أن يعفو وإذا أقرَّ الرجل على نفسه فذاك إلى الامام، إن شاء عفا وإن شاء قطع.»

۱۷. طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۷/۱ تا ۱۲۹؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴/۱۷۲؛ ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۴/۶۲.

۱۸. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۴/۱۰.

۱۹. محقق حلّی، المعتمد، ۲۹۸/۲؛ علامه حلّی، منتهی المطلب، ۳۵۴/۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/۱۳؛ حسین نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۳.

۲۰. مؤمن، مبانی تحریر الوسیلة، ۱۸۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱۷۸ تا ۱۷۹؛ به نقل از حسین نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۳.

می خواهند دست این شخص را قطع کنند. گفت: می خواهید دستش را به دلیل ردای من قطع کنید؟! حضرت فرمود: بله. گفت: آقا من بخشیدم. حضرت فرمود: چرا قبل از اینکه او را پیش من بیاورید، نبخشیدید؟ راوی می گوید: آیا امام هم به منزله نبی است؟ حضرت می فرماید: بله. راوی می گوید: اگر قبل از اینکه مجرم را پیش امام ببرند، او را ببخشند چه حکمی دارد؟ حضرت فرمود: نیکوست.^{۲۱}

طرف داران نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم، با استناد به اطلاق این روایت می گویند: پس از شهادت شهود و اثبات جرم نزد حاکم، مجازات ساقط نمی شود؛ خواه مرتکب توبه کند، خواه نکند.^{۲۲}

این روایت هر چند به لحاظ سند به دلیل قرار گرفتن راویان موثق و مورد اعتماد در طریق آن صحیح به نظر می رسد،^{۲۳} اما دلالتش محل ایراد است؛ چون اولاً، همانند روایت طلحه بن زید و مرسله برقی احتمال اختصاص آن به سرقت دارد و نمی توان با اطمینان آن را به موارد مشابه تعمیم داد؛^{۲۴} ثانیاً، در این روایت، مجازات قطع ید برای سرقتی مقرر شده است که فاقد شرایط سرقت حدی، از جمله در حرز بودن مال مسروقه است؛ ثالثاً، روایت مذکور در خصوص مؤثر نبودن گذشت بزه دیده بعد از رفع امر نزد حاکم و اثبات جرم با بینه است و دلالتی بر عدم تأثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد.

اطلاق روایات مربوط به فرار مجرم از گودال رجم: راجع به مجرمی که در مرحله اجرای مجازات رجم از گودال فرار می کند روایات متعددی با مضمون واحد وارد شده است، از جمله این روایات، روایت حسین بن خالد از امام کاظم (ع) است. حسین بن خالد می گوید: از امام کاظم (ع) سؤال کردم در صورتی که زانی محکوم به رجم از گودال رجم فرار کند، آیا برای اجرای مجازات برگردانده می شود؟ حضرت فرمود: هم برگردانده می شود و هم نمی شود. گفتم: چگونه؟ فرمود: اگر خودش اقرار به زنا کرده و پس از آن که سنگی به وی اصابت کرده، گریخته است بازگردانده نمی شود اما اگر بینه بر جرم وی شهادت داده اند و او

۲۱. «عن ابی عبدالله (ع) قال: سألته عن الرجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه؟ فقال ان صفوان ابن ابي اميه كان مضطجعا في المسجد الحرام، فوضع رداءه و خرج بهريق الماء فوجد رداءه قد سرق حين رجع اليه، فقال: من ذهب بردائي؟ فذهب يطلبه، فاخذ صاحبه. فرفعه الى النبي (ص) فقال النبي (ص) اقطعوا يده، فقال الرجل: تقطع يده من اجل ردائي يا رسول الله، قال: فانا اهبه له، فقال رسول الله (ص) فهلاك كان هذا قبل ان ترفعه الي، قلت فالامام (ع) بمنزله اذا رفع اليه؟ قال: نعم و سألته عن العفو قبل ان ينتهي الى الامام (ع)؟ فقال: حسن» (كليني، الكافي، ۲۵۱/۷؛ طوسی، تهذيب الاحكام، ۱۲۳/۱۰).

۲۲. گلیاگان، الدر المنضود، ۶۵/۲؛ به نقل از حسین نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۵۷.

۲۳. سند این روایت در کافی عبارت است از: «محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) و در تهذيب و استبصار عبارت است از: «محمد بن الحسن بن علي الطوسي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع)» (ایزدی فرد و همکاران، «تأملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون»، ۱۸۱. البته این روایت در وسائل الشیعه، به صورت مرسل هم نقل شده است (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۳۰/۱۸؛ به نقل از محقق داماد، «قاعده حرز در سرقت حدی»، ۴۴).

۲۴. حسین نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۲.

بینه را انکار کند و در هنگام اجرای حد فرار کند با خواری و ذلت بازگردانده می‌شود تا حد بر وی جاری شود.^{۲۵} مشهور فقها می‌گویند: اقتضای اطلاق این روایت عبارت است از: مجازات بعد از اقامه بینه با فرار مرتکب ساقط نمی‌شود؛ خواه توبه کرده باشد و خواه نکرده باشد.^{۲۶}

این روایت از حیث اعتبار سند، محل اختلاف است؛ برخی فقها، از جمله شیخ طوسی، حسین بن خالد صیرفی را توثیق می‌کنند و روایات وی را معتبر می‌دانند، اما بعضی دیگر به این دلیل که راوی این روایت، حسین بن خالد صیرفی است و نه حسین بن ابی‌الاعلا خفاف، روایت را از جهت سند ضعیف دانسته و گفته‌اند: ایشان مجهول است و هیچ رجالی غیر از شیخ طوسی، حسین بن خالد صیرفی را توثیق نکرده است.^{۲۷} بنابراین، از نظر سند در صحت این روایت تردید وجود دارد. حتی با فرض صحیح تلقی کردن آن، مهم‌ترین ایراد وارد بر آن به لحاظ دلالت این است که همان‌گونه که برخی از فقها می‌گویند، در این روایات هیچ بحثی از توبه مجرم بعد از اثبات جرم با بینه نشده است و فرار مجرم از گودال رجم هم به معنای توبه و پشیمانی از گناه نیست و کاملاً بدیهی است که بدون توبه مجرم، مجازات به طور قطعی اجرا می‌شود.^{۲۸} به عبارت دیگر، این روایت در مقام بیان حکم زانی فراری از گودال رجم است و نه حکم توبه بعد از اثبات جرم. بنابراین تمسک به اطلاق این روایات، صحیح نیست. نکته مهم دیگری که در این روایت وجود دارد و به آن توجه نشده است عبارت است از: بازگرداندن مجرم برای اجرای مجازات، مشروط به انکار بینه از طرف مجرم (و هو یجحد) شده است که خود می‌تواند دلیلی بر عدم توبه مرتکب باشد. بنابراین، در صورت عدم انکار و تأیید مفاد شهادت شهود از سوی مجرم و توبه وی ولو بعد از اقامه بینه، اجرای مجازات منتفی خواهد بود.

روایت جمیل بن دراج: در این حدیث مرسل، جمیل بن دراج از امام باقر یا امام صادق (ع) درباره حکم مردی سؤال می‌کند که دزدی کرده یا خمر نوشیده یا زنا کرده و این رفتار از وی آشکار نمی‌شود و خود وی پیش از اینکه دستگیر شود، می‌آید و توبه می‌کند. امام فرمود: اگر صالح شد و از او کاری نیکو دیده شود، حد بر او جاری نمی‌شود. ابن ابی عمیر می‌پرسد: اگر مرد غریبی باشد باز حد اجرا نخواهد شد؟ امام

۲۵. «علی بن ابراهیم عن ابيه عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام أخبرني عن المحض إذا هو هرب من الخفيرة هل يرد حتى يقام عليه الحد فقال لا يرد قلت وكيف ذلك فقال إذا كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الخفيرة بعد ما يصيبه شيء من الجحارة لم يرد وإن كان إنما قانت عليه البينة وهو يجحد ثم هرب رد وهو صاغر حتى يقام عليه الحد» (حر عاملي، وسائل الشيعه، ۳۷۶).

۲۶. فاضل هندی، كشف اللثام، ۴۳۴/۱۰؛ صاحب‌جواهر، جواهر الكلام، ۳۰۸/۴۱؛ طباطبائی، رياض المسائل، ۴۷۱/۱۵ تا ۴۷۲.

۲۷. سیفی مازندرانی، درس خارج فقه؛ عطاردی قوچانی، مسند الامام الرضا، ۱۳۲.

۲۸. خوانساری، جامع المدارك، ۲۲/۷؛ تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۹۴؛ حسین‌نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۵۷.

می‌فرماید: اگر مدت پنج ماه یا کمتر در جایی بود و در این مدت کاری نیکو از وی دیده شود، حد بر او جاری نمی‌شود.^{۲۹}

پیروان نظریه مشهور با استناد به این روایت می‌گویند: شرط پذیرش توبه، آشکارنشدن جرم و عدم دستگیری مرتکب است. اما اشکال این استدلال عبارت است از اینکه: روایت علاوه بر غیرقابل اعتماد بودن، به دلیل ارسال و ضعف سندش^{۳۰} و مشخص نبودن تمامی راویان آن، که از عبارت «عن بعض اصحابنا» فهمیده می‌شود، دارای مفهوم مخالف نیست؛ به عبارت دیگر، پذیرش توبه تا قبل از آشکارشدن جرم و دستگیری مرتکب بدین معنا نیست که توبه همواره باید پیش از ثابت شدن بزه باشد^{۳۱} و به تعبیری، می‌توان گفت: اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. دقت در متن سؤال و جواب هم گویای همین واقعیت است؛ چون پاسخ امام در جواب سؤال مطروحه بیان شده است و به هیچ وجه، امام قبولی توبه را مشروط به عدم ثبوت جرم با بینه نکرده‌اند.

۱. ۱. ۳. اصول عملیه (استصحاب و اصل عدم)

دلیل دیگر مشهور فقهای امامیه در دفاع از نظریه عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم، اصل استصحاب و اصل عدم است. طرف‌داران نظریه مشهور به استناد اصل استصحاب می‌گویند: با شهادت شهود نزد حاکم، مجرم مستحق مجازات است و اجرای مجازات حد بر وی واجب می‌شود و چنانچه با توبه بعدی او تردیدی در این امر (و جوب اجرای حد) ایجاد شود، مقتضای اصل استصحاب، اجرای مجازات است.^{۳۲}

ایرادهای عمده این استدلال عبارت است از: اولاً، استصحاب از اصول عملیه است و تنها زمانی می‌توان به آن استناد کرد که دلیل اجتهادی برای رفع تردید وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل) و این در حالی است که دلایل متعددی بر پذیرش توبه بعد از اقامه بینه و رفع مجازات وجود دارد؛^{۳۳} ثانیاً، حتی در صورت فقدان یا کافی نبودن دلایل اجتهادی نیز نمی‌توان در این باره به استصحاب استناد کرد؛ چون شهادت شهود با فرض مطابق بودن با واقع، صرفاً اثبات‌کننده شرایط شکلی (قابلیت انتساب) مسئولیت

۲۹. «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْعَمَ عَلَيْنَا مِنْ جَمِيلِ بَنِي دَرَّاجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ: فِي زَجَلٍ سَرَقَ أَوْ شَرِبَ الْخَمْرَ أَوْ زَنَى فَلَمْ يُعْلَمْ بِذَلِكَ مِنْهُ وَ لَمْ يُؤْخَذْ حَتَّى تَابَ وَ صَلَّحَ فَقَالَ إِذَا صَلَّحَ وَ عُرِفَ مِنْهُ أَمْرٌ جَمِيلٌ لَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ قَرِيباً لَمْ يَقُمْ قَالَ لَوْ كَانَ خُتْمَةً أَشْهَرٍ أَوْ أَقْلَ وَ قَدْ ظَهَرَ مِنْهُ أَمْرٌ جَمِيلٌ لَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ» (حر عاملي، وسائل الشیعة، ۳۷).

۳۰. خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۲۶/۱.

۳۱. قیاسی، «پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار»، ۱۶۸.

۳۲. طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۷۱/۱۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۴/۱۰؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۸/۴۱.

۳۳. عمده این دلایل به هنگام طرح نظریه سقوط مجازات‌های حدی با توبه بعد از اثبات جرم بررسی می‌شود.

کیفری است و نه شرایط ماهوی آن و مادامی که این شرایط ماهوی (مجرمیت و اهلیت جزایی) محقق نشود، نمی‌توان مرتکب جرم را مستوجب حد دانست. بنابراین، با صرف شهادت شهود، یقین به مستوجب حد بودن مرتکب جرم ایجاد نمی‌شود تا بتوان در صورت ایجاد شک لاحق (با توبه بعدی مرتکب)، بر مبنای اصل استصحاب، حکم به اجرای مجازات داد. علاوه بر این، با توجه به حاکمیت اصل برائت تا قبل از احراز مجرمیت قطعی متهم در دادگاه، فرض بر بی‌گناهی متهم است و با صرف شهادت شهود نمی‌توان این فرض را نادیده گرفت.

افزون بر این، برخی از فقها و اصولیان اساساً اعتقادی به جریان استصحاب در شبهات حکمیه ندارند.^{۳۴} حتی با فرض صحت جریان استصحاب در شبهات حکمیه^{۳۵} می‌توان گفت: اصل استصحاب توان مقاومت در مقابل قاعده درأ را ندارد؛ چون قاعده درأ از قواعد اجماعی باب حدود^{۳۶} و جزو ادله اجتهادی است و به‌هنگام تردید، وارد بر اصل استصحاب است.^{۳۷}

اصل عملی دیگری که در توجیه نظریه عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم توسط فقهای امامیه استناد شده، اصل عدم است. به موجب این اصل، طرف‌داران این نظریه می‌گویند: چنانچه بعد از اثبات جرم تردید داشته باشیم که آیا مجازات ساقط می‌شود یا نه، باید بگوییم اصل بر عدم سقوط مجازات است.^{۳۸} فقهای اهل سنت؛ یعنی ابوحنیفه، مالک و برخی فقهای شافعیه نیز علاوه بر اطلاق و عموم ادله باب توبه، که نقد و بررسی شد، با استناد به این اصل می‌گویند: تأثیر توبه فقط در مواردی است که در آن نص وارد شده است. بنابراین، فقط مجازات محارب با توبه قبل از دستگیری ساقط می‌شود و در سایر جرایم، تأثیری در اسقاط مجازات ندارد و اصل بر عدم سقوط مجازات است.^{۳۹} در رد این استدلال هم می‌توان گفت: اصل عدم همانند اصل استصحاب از اصول عملیه است و تاب مقاومت در مقابل دلایل اجتهادی و قاعده درأ را ندارد.

۲. نظریه تخیر (اختیار حاکم در عفو مجرم یا اجرای مجازات) و دلایل و مستندات آن

دومین نظریه مطرح شده درباره آثار توبه بعد از اثبات جرم، تخیر است. براساس این نظریه برخی از

۳۴. مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۳/۳۱۲؛ خویی، مصباح الاصول، ۴۶۰.

۳۵. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۳۸۴؛ فیروزآبادی، عنایة الاصول، ۱۴/۵.

۳۶. ابن‌ادریس، السرائر، ۳/۴۸۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۰/۵۸۶.

۳۷. تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۹۵؛ ایزدی‌فرد و همکاران، «تأملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون»، ۲۰.

۳۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۳۰۸.

۳۹. عوده، الشریع الجنائی الاسلامی، ۱/۳۵۴.

فقها می‌گویند: چنانچه جرم ارتكابی با اقرار (و نه با بینه یا علم قاضی) ثابت شده باشد و مجرم بعد از آن توبه کند، حاکم می‌تواند وی را عفو کند یا مجازات حد را بر وی اجرا کند و برخی هم توبه بعد از اثبات جرم و قبل از دستگیری مرتکب را به طور مطلق (خواه با اقرار ثابت شده باشد و خواه با بینه یا علم قاضی) از موجبات تخیر حاکم می‌دانند. در این قسمت هرکدام از این دیدگاه‌ها را بررسی می‌کنیم.

۲. ۱. اختیار حاکم در عفو مجرم با توبه بعد از اقرار

اکثر فقها معتقدند در صورت توبه مرتکب جرم حدی پس از اقرار به جرم ارتكابی، امام در عفو یا اقامه حد بر وی مخیر است.^{۴۰} مستند این نظریه علاوه بر روایت طلحة بن زید و مرسله برقی که در بحث از نظریه مشهور بررسی شد، روایت مالک بن عطیه است. در این روایت چنین آمده است: «مردی نزد امیرمؤمنان علی (ع) آمد و چهار بار به انجام لواط اقرار کرد. حضرت او را در انتخاب نوع کیفر لواط از میان سه نوع کشته شدن با شمشیر، سقوط از کوه با دست و پای بسته و سوختن با آتش مخیر گذاشت. او از حضرت پرسید: کدام یک از این سه عقوبت سخت تر است؟ امام فرمود: آتش از همه سخت تر است. او نیز آتش را انتخاب کرد. گودال آتشی فراهم شد. وی دو رکعت نماز خواند و چنین دعا کرد: بارالها، من مرتکب گناهی شده‌ام که می‌دانی و من از گناه ترس دارم؛ به همین دلیل نزد وصی رسولت و پسرعموی پیامبرت آمدم و درخواست کردم که مرا پاک گرداند، او مرا میان سه نوع عذاب مخیر کرد، خدایا من شدیدترین عقاب را برگزیدم و از تو می‌خواهم که آن را کفاره گناهم قرار دهی و با آتش دوزخت مرا نسوزانی. سپس بلند شد و درحالی که گریه می‌کرد وارد گودالی شد که برای او کنده بودند؛ امیرمؤمنان و همه یارانش با دیدن این صحنه گریستند. سپس حضرت فرمود: قم یا هذا فقد ابکیت ملائکة السماء و ملائکة الارض فإن الله قد تاب علیک، فقم و لاتعاون شیئاً مما فعلت؛ ای مرد، برخیز که فرشتگان آسمان و زمین را به گریه انداختی؛ خداوند توبه ات را پذیرفت، برخیز و از این پس هرگز آنچه را که انجام دادی تکرار مکن.»^{۴۱} فقها با استناد به این روایت گفته اند: اگر کسی به لواط اقرار و سپس توبه کند، امام مخیر است او را عفو کند یا حد را بر وی جاری سازد؛ برخی هم بنابر اولویت یا الغای خصوصیت در دیگر حدود هم به این روایت استناد کرده اند.^{۴۲}

این روایت هرچند به لحاظ سند از روایات موثق و اعتمادش دینی به شمار می‌رود،^{۴۳} دلالتش تام نیست؛

۴۰. محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۳۹/۴؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۳/۴۱.

۴۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۲۳/۱۶.

۴۲. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱۸۰؛ طاهری، «نقش توبه در اسقاط حدود»، ۱۷.

۴۳. محقق حلی، المعبر، ۲۷۷.

چون این روایت دلالتی بر تخییر امام در عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی ندارد، بلکه آنچه از ظاهر این روایت بر می‌آید این است که با توبه واقعی مرتکب بعد از اقرار، مجازات ساقط می‌شود. بنابراین، استناد فقها به روایت مذکور در توجیه نظر خود صحیح به نظر نمی‌رسد. روایت طلحة بن زید و مرسله برقی نیز همان‌گونه که در بحث از نظریه اول گفته شد علاوه بر ضعف سند،^{۴۴} در دلالت بر مدعای پیروان این نظریه نیز مشکل دارند؛ چون اولاً، در باب سرقت هستند و تعمیم آن‌ها به سایر حدود نوعی قیاس است؛^{۴۵} ثانیاً، در مقام بیان مؤثربودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند تا بتوان به استناد آن‌ها توبه مرتکب را سبب عفو مجرم توسط حاکم تلقی کرد. روایات بر فرض صحیح بودن آن‌ها، در مقام بیان مخیربودن یا نبودن امام در عفو مجرم بعد از اثبات جرم با بینه یا اقرار هستند.

۲.۲. اختیار حاکم در عفو مرتکب جرم با توبه بعد از اقامه بینه یا علم قاضی

برخی از فقها معتقدند که در صورت توبه مرتکب بعد از اثبات جرم با بینه یا علم قاضی نیز حاکم می‌تواند مجرم را عفو کند یا اینکه مجازات حدی را درباره وی اعمال کند.^{۴۶} این نظریه مبتنی بر چند دلیل است:

دلیل اول، تمسک به «عموم تعلیل» در روایت *تحف العقول*: براساس این روایت، ابن شعبه حرانی از امام هادی (ع) چنین نقل می‌کند که امام فرمود: «شخصی که اعتراف به لواط کرده است و بینه‌ای بر او اقامه نشده و تنها خودش اقرار کرده است، از آنجایی که امام از سوی خداوند می‌تواند مجرم را مجازات کند، از این رو حق عفو را نیز از سوی خدا دارد. آیا سخن خداوند را نشنیدی که فرمود: هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ؛ این بخشش و عنایت ماست، خواهی منت بگذار و خواهی بدون حساب نگهدار.»^{۴۷} به اعتقاد قائلان به این نظریه، عمومیت تعلیل (العلة تعمیم) در این روایت با توجه به عبارت «و اذا كان الامام الذي من الله ان يعاقب عن الله كان له ان يمن عن الله...» اقتضا می‌کند که امام اختیار اجرای مجازات یا عفو مرتکب را در تمامی جرایم حدی داشته باشد. بنابراین، در صورتی هم که زانی پس از اقامه بینه یا علم قاضی توبه کند، امام در اجرای حد بر وی مخیر خواهد بود.^{۴۸}

۴۴. محقق حلی، المعبر، ۲/۲۹۸؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۵/۳۵۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳/۱۴؛ حسین‌نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۳.

۴۵. مؤمن، مبانی تحریر الوسيلة، ۱۸۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱۷۸ تا ۱۷۹؛ به نقل از حسین‌نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۳.

۴۶. مفید، المقنعه، ۷۷۷؛ حسینی شیرازی، فقه القانون، ۱۰۴؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۰۹.

۴۷. ابن شعبه، تحف العقول، ۳۶۰؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۱/۲۸.

۴۸. منتظری، کتاب الحدود، ۵۸؛ مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ۱۳۲/۲.

این روایت به لحاظ موازین علم حدیث جزو احادیث مرسل و ضعیف به شمار می‌رود؛^{۴۹} با وجود این، تعداد زیادی از فقها روایات تحف العقول را معتبر و درخور اعتماد دانسته‌اند.^{۵۰} به نظر می‌رسد از یک سو، همین شهرت فتوایی و ازسوی دیگر، مغایر نبودن مفاد این روایت با معیارها و موازین شرعی می‌تواند جبران‌کننده ضعف آن باشد. به هر حال، اشکال مهم استدلال طرفداران نظریه مذکور در استناد به این روایت این است که روایت مذکور درباره حق عفو امام است و ملازمه‌ای بین حق عفو امام و توبه مرتکب بعد از اقرار یا اقامه بینه وجود ندارد و همان‌گونه که برخی از فقها گفته‌اند:^{۵۱} مقید کردن جواز عفو امام به توبه مرتکب، وجاهت فقهی و شرعی ندارد.

دلیل دوم، اطلاق روایت ضریس کناسی: در این روایت، ضریس کناسی از امام باقر(ع) نقل می‌کند که فرمود: از حدود الهی، غیر از امام عفو نمی‌کند ولی در حق الناس اشکالی در عفو ازسوی غیر امام نیست.^{۵۲} این روایت به دلیل توثیق عام ضریس کناسی از طریق حسن بن محبوب، که از اصحاب اجماع است،^{۵۳} و همچنین توثیق خاص^{۵۴} از حیث سند ایرادی ندارد، ولی در دلالت آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر فقها فعل «یعنی» را فعل معلوم و عبارت «دون الامام» را به معنای غیر از امام می‌دانند و بنابراین معتقدند: روایت، به طور مطلق دلالت دارد بر اختیار عفو امام در حدود الهی؛ چه جرم با اقرار ثابت شده باشد چه با بینه یا علم قاضی. اما غیراقرار، به دلیل روایات خاص، از جمله روایت طلحة بن زید و مرسله برقی، که قبلاً بررسی شد، از تحت شمول این اطلاق خارج می‌شوند.^{۵۵} در مقابل، برخی دیگر فعل «یعنی» را مجهول تلقی می‌کنند و «دون الامام» را به معنای نزد امام و پیش امام می‌دانند و براین اساس، روایت را این‌گونه معنا می‌کنند: حدودی که حق الله هستند پیش امام عفو نمی‌شوند، ولی حدودی که حق الناس باشند اشکالی ندارد که پیش امام بخشیده شوند.^{۵۶}

در ارتباط با دلالت این روایت می‌توان گفت: چون بیشتر فقها همان‌گونه که گفته شد روایت را در معنای اول به کار می‌برند، لذا این کثرت استعمال می‌تواند دلیل بر این باشد که معنای اول به حقیقت

۴۹. نراقی، مستند الشیعة، ۳/۴۷۱؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۴/۲۳.

۵۰. سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۴/۱۵۰؛ خوانساری، روضات الجنات، ۲/۲۹.

۵۱. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۱/۱۷۷؛ تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۷۳.

۵۲. «عن ابی جعفر(ع) قال: لا یعفی عن الحدود التی لله دون الامام... اما ماکان من حق الناس فی حذّ لا باس بأن یعفی عنه دون الامام» (حر عاملی، وسائل

الشیعة، ۲۵۲/۷؛ ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۴/۷۳).

۵۳. منتظری، کتاب الحدود، ۲/۳۹۲؛ فاضل موحّدی لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۱۰۹.

۵۴. کشی، الرجال، ۳/۳۱۳؛ به نقل از حسین نژاد، «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۷.

۵۵. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۱/۱۷۷؛ تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۱۹.

۵۶. هاشمی شاهرودی، «کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کفرها»، ۱۸.

نزدیک‌تر است. ازسوی دیگر، این معنا از روایت، با عموم تعلیل در روایت ابن‌شعبه حرانی نیز که بررسی شد سازگارتر است. درنتیجه، دلالت دوم ضعیف به نظر می‌رسد.

نکته دیگر اینکه، روایات طلحة‌بن‌زید و مرسله برقی چون به‌لحاظ سند مرسل و ضعیف هستند، قابلیت تقیید اطلاق این روایت را ندارند. بنابراین همان‌طور که برخی فقها معتقدند،^{۵۷} اطلاق این روایت شامل موردی می‌شود که حدی با اقرار یا بینه ثابت شده باشد و درنتیجه، امام پس از اقامه بینه اختیار عفو یا اجرای حد را داراست.

باتوجه به آنچه در خصوص اختیار عفو امام گفته شد می‌توان دریافت: دلایل استنادی طرف‌داران نظریه تخیر، ارتباطی به توبه مرتکب ندارند و در مقام بیان حق عفو امام به‌طور مطلق هستند؛ اعم از اینکه مرتکب بعد از اثبات جرم توبه کرده یا نکرده باشد.

۳. نظریه سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم

در مقابل دو نظریه قبلی که نقد و بررسی شد می‌توان نظریه سومی با عنوان «نظریه سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم» را مطرح کرد. براساس این نظریه می‌توان توبه بعد از اثبات جرم را به‌طور مطلق مسقط مجازات دانست؛ اعم از اینکه این توبه قبل یا بعد از اثبات جرم یا بعد از اقرار به جرم ارتكابی یا بعد از اقامه بینه یا علم قاضی باشد. برای توجیه این نظریه می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

دلیل اول. همان‌گونه که در نقد دلیل اول طرف‌داران نظریه عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه بعد از اقامه بینه گفته شد، دقت و تأمل در آیات باب حدود، ازجمله آیات ۴ و ۵ سورة نور و آیه ۱۶ سورة نساء و آیه ۳۹ سورة مائده نشان می‌دهد که اولاً، این آیات مطلق نیستند و با آیات دیگر به‌صورت منفصل یا متصل مقید شده‌اند؛ چون این آیات، به‌استثنای آیه ۳۴ سورة مائده که توبه مرتکب و به‌دنبال آن سقوط مجازات محارب را منوط به توبه قبل از دستگیری و (و نه قبل از اثبات جرم) کرده است، به‌صورت مطلق (چه قبل از اثبات و چه بعد از آن) دلالت بر پذیرش توبه و سقوط مجازات‌های حدی دارند؛ ثانیاً، آیاتی هم که به ظاهر مطلق‌اند اساساً در مقام بیان مؤثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند و صرفاً دلالت بر وجوب مجازات‌های حدی دارند؛ چون همان‌گونه که بیشتر اصولیان معتقدند: «امر عقلاً بر لزوم طبیعت و ماهیتی دلالت دارد که به آن امر شده است»^{۵۸} و این وجوب، ملازمه‌ای با عدم تأثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد.»

بعضی از فقه‌های اهل سنت، ازجمله پیروان احمد بن حنبل و برخی از فقه‌های شافعی نیز معتقدند که توبه

۵۷. منتظری، کتاب الحدود، ۵۷؛ مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ۱۳۳/۲.

۵۸. نوبهار، «جستاری درباره تأخیر اجرای حدود»، ۳۴۰.

مطلقاً موجب سقوط مجازات می‌شود. اولین دلیل آنان، قیاس اولویت است. براین اساس، وقتی مجازات محارب که نسبت به سایر مجازات‌های حدی سنگین‌تر است با توبه قبل از دستگیری او برابر آیه ۳۴ سوره مائده از قرآن کریم ساقط می‌شود، پس مجازات جرایم سبک‌تر نیز به طریق اولی با توبه قبل از دستگیری ساقط می‌شود. البته این استدلال از این‌رو که مفهوم مخالف مستلزم تعمیم دادن حکم خاص و استثنایی محاربه در باب عدم پذیرش توبه بعد از دستگیری مرتکب به جرایم دیگر است مخدوش به نظر می‌رسد، هر چند که دستگیری مرتکب توسط حکومت علی‌القاعده بعد از احراز و اثبات جرم یا حداقل وجود دلایل، امارات و قراین کافی بر توجه اتهام به وی و آن هم در موارد خاص و استثنایی می‌تواند دارای توجیه شرعی و قانونی باشد.^{۵۹} دلیل دیگر این فقها، آیه ۱۶ سوره نساء و همچنین آیه ۳۹ سوره مائده است. این آیات همان‌گونه که گفته شد دلالت بر پذیرش توبه زانی و سارق دارند. استناد به روایات صادره از پیامبر اکرم (ص)، از جمله روایت «التائب من الذنب کمن لا ذنب له» از دلایل دیگر این فقهاست؛ برابر این روایت، شخص توبه کرده مثل کسی است که مرتکب گناهی نشده است، بنابراین نمی‌توان بر چنین فردی که مثل آدم بی‌گناه است اقامه حد کرد. روایت دیگر، روایت ماعز بن مالک^{۶۰} است؛ به موجب این حدیث هنگامی که مالک از گودال فرار کرد، مردم او را گرفتند و مجازات کردند. پیامبر (ص) فرمود: «چرا او را رها نکردید که توبه کند، پس خداوند توبه او را می‌پذیرفت.»^{۶۱}

دلیل دوم. روایات دال بر سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اقامه بینه و نیز روایاتی است که در آن‌ها از توبه تعبیر به «مماحاه»؛ یعنی محوکننده گناهان و از «تائب من ذنبه» تعبیر به «کمن لا ذنب له» شده است. اولین روایت در این زمینه، روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) است. «ابوبصیر از امام صادق (ع) درباره مردی می‌پرسد که بینه بر زنای او اقامه شده است اما قبل از آنکه به او تازیانه بزنند فرار می‌کند، تکلیف چیست؟ امام (ع) می‌فرماید: اگر توبه کند حدی بر او نیست؛ اگر در اختیار امام واقع شد بر او حد جاری می‌کند و چنانچه امام جای او را فهمید، افرادی را برای دستگیری او می‌فرستد تا او را بیاورند و حد را بر وی جاری کنند.»^{۶۲}

۵۹. مواد ۴۴ و ۲۳۸ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۳۹۴ نیز مؤید این امر است.

۶۰. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ قَالَ أَنَا مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ أَقْرَأْتُ رَسُولَ اللَّهِ (ص) بِالزُّنَى فَأَمَرَ بِهِ أَنْ يُرْجَمَ فَهَرَبَ مِنَ الْحَفِيرَةِ فَرَمَاهُ الزُّبَيْرُ بْنُ الْعَوَّامِ بِسَاقٍ بَعِيرٍ فَعَقَلَهُ فَسَقَطَ فَلَجَعَهُ النَّاسُ فَقَتَلُوهُ ثُمَّ أَخْبَرُوا رَسُولَ اللَّهِ (ص) بِذَلِكَ فَقَالَ لَهُمْ فَهَلَا تَرْكَبُونَهُ إِذَا هَرَبَ يَذْهَبُ فَإِنَّمَا هُوَ الَّذِي أَقْرَأَ عَلَيَّ نَفْسِهِ وَ قَالَ لَهُمْ أَمَا لَوْ كَانَ عَلَيَّ خَاصِرًا مَعَكُمْ لَمَّا ضَلَلْتُمْ قَالَ وَ وَدَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ (ص) مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» (كليني، الكافي ۱/۱۸۵).

۶۱. ابن‌قدامة، المغني، ۳/۱۶/۱۰، ابن‌حنبل، مسند، ۹۵ تا ۹۲/۲؛ به نقل از اسلام‌پور کریمی، «جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام»، ۱۲۲ تا ۹۴.

۶۲. «حدیث صفوان عن بعض أصحابنا عن أبي بصير عن أبي عبد الله: في رجل أقيمت عليه البينة بأنه زنى، ثم هرب قبل أن يضرب، قال: إن تاب فما عليه شيء و إن وقع في يد الإمام أقيم عليه الحد و إن علم مكانه بحث إليه» (كليني، الكافي، ۲/۵۱۷؛ ابن‌بابويه، كتاب من لا يحضره الفقيه، ۴/۳۶۴).

سند این حدیث تا صفوان بن یحیی، موثق و از وی به بعد، مرسل است. اما از آنجا که فقها^{۶۳} مراسیل او را همانند مسانید دانسته و براساس آن فتوا داده‌اند، در مجموع می‌توان گفت از روایات معتبر تلقی می‌شود. درباره دلالت این روایت، برخی از فقها معتقدند که مقصود از عبارت «ان تاب فما علیه شیء» این نیست که حدی بر او نیست (فما علیه من حد)؛ بلکه به معنای این است که گناهی بر او نیست (فما علیه من ذنب).^{۶۴} اما این برداشت، خلاف ظاهر این روایت و مبتنی بر شهرت فتوایی فقه‌است و این شهرت به دلیل مدرکی بودن و مبتنی بودن بر اطلاق آیات و روایات حدود،^{۶۵} که صحت و سقم آن قبلاً بررسی شد، نمی‌تواند به عنوان دلیلی مستقل، عدول از ظاهر این روایت را توجیه کند. علاوه بر این، چنین برداشتی از عبارت «ان تاب فما علیه شیء» با توجه به اینکه خداوند متعال بندگان را امر به توبه کرده و قبولی آن را تضمین کرده است، مستلزم امری کاملاً بدیهی و مسلم است و نمی‌تواند مراد واقعی روایت باشد، بنابراین معنای صحیح روایت این است که در صورت توبه حدی بر او نیست و چنانچه توبه نکرد و دستگیر شد، مشمول حد خواهد بود.

روایت دوم، روایت شعبی از علی بن ابی طالب (ع) است. شعبی می‌گوید: «شنیدم از علی بن ابی طالب (ع) که می‌فرمود: تعجب می‌کنم از کسی که ناامید شده است در حالی که با او ممحاه (محوکننده گناهان) است. راوی می‌گوید: از امام پرسیدم ممحاه چیست؟ فرمود: استغفار (توبه کردن).»^{۶۶} آری، توبه اگر توبه واقعی باشد و مرتکب را از درون دچار انقلاب روحی کند و رفتار او را منقلب سازد، چنین توبه‌ای همان گونه که در روایت مالک بن عطیه از امام علی (ع) ذکر شد، محوکننده گناهان و ساقط کننده مجازات‌ها خواهد بود؛ اعم از اینکه بعد از اثبات جرم باشد یا قبل از آن.

روایت سوم، روایت جابر از امام محمد باقر (ع) است. راوی می‌گوید: «از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: توبه کننده از گناهان، مثل کسی است که گناهی مرتکب نشده است.»^{۶۷} منطوق این روایت و ادله دیگر باب توبه دلالت بر این دارند که با توبه گناهکاران، نه تنها گناهان از بین می‌روند و مرتکبان مثل افرادی می‌مانند که گناهی مرتکب نشده‌اند (التائب من الذنب کمن لا ذنب له)؛ بلکه خداوند سیئات آنان

۶۳. طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۱/۱۵.

۶۴. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۵/۱۰؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۱/۲؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۸/۴۱.

۶۵. حسین نژاد، تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینه»، ۶۰.

۶۶. «الْمُفِيدُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الْمُقْرِي عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْبَصْرِيِّ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُوسَى بْنِ ذَكْرِيَّا عَنْ أَبِي خَالِدٍ عَنِ الْعَيْنِيِّ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ سَمِعْتُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: الْعَجَبُ مِمَّنْ يَقْنَطُ وَمَعَ الْمُمَحَاةِ فَقِيلَ لَهُ وَمَا الْمُمَحَاةُ قَالَ الْإِسْتِغْفَارُ» (ابن بابویه، کتاب من لا يحضره الفقيه، ۸۶/۱).

۶۷. «عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ أَبِي يَعْقُوبٍ بِإِذْنِ الْأَرَزْ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ: التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ وَالْمُفِيدُ عَلَى الذَّنْبِ وَهُوَ مُسْتَغْفِرُ مِنْهُ كَالْمُسْتَهْزِئِ» (حر عاملي، وسائل الشیعة، ۷۴/۱۶).

را به حسنات تبدیل می‌کند (یبدل الله سیئاتهم حسنات).^{۶۸}

بنابراین باتوجه به نسبت علت و معلولی که میان موضوع و حکم وجود دارد می‌توان گفت: با توبه مرتکب، موضوع حکم (گناه) از بین می‌رود و با منتفی شدن موضوع، حکم نیز منتفی می‌شود.^{۶۹}

دلیل سوم. به اعتقاد طرفداران نظریه مشهور، علت پذیرفته نشدن توبه مجرم پس از اقامه بینه، در مظان تهمت بودن است؛ بدین معنا که نسبت به راستی سخن و ادعای شخص بزهکار تردید وجود دارد و حتی برخی از محققان با تکیه بر همین علت و اخذ وحدت ملاک از آن، توبه بعد از اثبات جرم با علم قاضی را نیز به بینه ملحق دانسته و به عدم پذیرش آن نظر داده و گفته‌اند: در صورت عدم توانایی در تمسک به ظاهر الفاظ و به دست آوردن مناط قطعی حکم باید با تکیه بر اصل استصحاب مجرم را مستوجب کیفر دانست.^{۷۰} به نظر می‌رسد با این گونه استدلال‌ات نمی‌توان اثر توبه بعد از اثبات جرم را نادیده گرفت؛ چون اولاً، آنچه سبب سقوط مجازات می‌شود توبه و اصلاح واقعی مرتکب جرم است و نه صرف ادعای او؛ ثانیاً، در صورت عدم احراز توبه واقعی مرتکب و وجود شک و تردید معقول و منطقی در آن باید به استناد قاعده درأ به عنوان دلیل اجتهادی و وارد بر اصل استصحاب، معتقد به سقوط مجازات شد.

دلیل چهارم. همان‌گونه که برخی از فقها معتقدند مقتضای ارتکازات عقلانی از اجرای حد و فلسفه عقلی آن، تنبیه و اصلاح شخص مجرم است و این‌گونه نیست که اجرای حد صرفاً امری تعبدی از سوی شارع باشد،^{۷۱} بنابراین اجرای حد بر شخصی که بعد از ارتکاب جرم دچار حس شرم و انقلاب روحی و اصلاح شده است، مخالف با ارتکازات عقلانی و فلسفه اجرایی حد است.

هرچند برخی از فقها این نوع فلسفه‌بافی‌ها را از اساس باطل می‌دانند و می‌گویند: هدف از اجرای حد، تنها اصلاح مجرم و بازداشتن وی از تکرار جرم (بازدارندگی خصوصی) نیست؛ بلکه می‌تواند دارای اهداف مختلف دیگر همچون عبرت و ترس دیگران از انجام گناه (بازدارندگی عمومی) باشد،^{۷۲} اما باید دانست که اجرای مجازات در چنین شرایط و اوضاع و احوالی که مجرم دچار حس شرم و انقلاب روحی و اصلاح و مثل کسی شده است که گویا تازه از مادر متولد شده است، نوعی استفاده ابزاری از وی برای رسیدن به اهداف دیگر، مثل بازدارندگی و ارعاب عمومی است و مغایر با اصول و هنجارهای بنیادین

۶۸. فرقان: ۷۰.

۶۹. برهانی، لطفعلی‌زاده، «قلمرو زمانی توبه در تعزیرات با تأکید بر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، ۵.

۷۰. قیاسی، «پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار»، ۱۷۲.

۷۱. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۸۱؛ منتظری، کتاب الحدود، ۹۹؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۵۳۵/۱.

۷۲. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۴۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۵۱۰ تا ۵۰۹.

رحیمی‌نژاد؛ امکان‌سنجی فقهی سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم/۱۳۹

شریعت و سیاست جنایی اسلام، ازجمله اصل کرامت انسانی،^{۷۳} اصل تسامح و تساهل^{۷۴} و اصل عدم‌مطلوبیت ذاتی کیفر^{۷۵} است. در چنین شرایطی، اصل غایت‌مندی انسان که لازمه کرامت ذاتی اوست، به چالش کشیده می‌شود؛ اخلاق و حقوق بشر، قربانی منافع اجتماعی و سیاسی می‌شود، شخصیت مجرم فراموش و تبدیل به یک وسیله می‌شود و کیفر و پاسخ‌های خشونت‌آمیز و انتقام‌جویانه که فی‌نفسه امری بد تلقی می‌شوند^{۷۶} به امری مقدس تبدیل می‌شوند.

دلیل پنجم. حاکمیت قاعده درأ و اصل برائت است. قاعده درأ همان‌گونه که قبلاً گفته شد قاعده‌ای اجماعی است که به موجب آن، مجرمیت و مسئولیت کیفری در صورت تردید در تحقق ارکان و شرایط آن ساقط می‌شود. عمومیت و اطلاق این قاعده، شامل هر نوع شبهه‌ای می‌شود؛ اعم از اینکه این شبهه، حکمی باشد یا موضوعی و خواه این شبهه، مسبوق به سابقه یقینی باشد یا فاقد چنین سابقه‌ای باشد. بنابراین، حتی بر فرض اینکه شک ایجاد شده به سبب توبه بعد از اقامه بینه را مسبوق به سابقه یقینی بدانیم، دوباره تمسک به استصحاب فاقد توجیه خواهد بود؛ چون همان‌گونه که در ارزیابی دلایل قائلان به نظریه عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اقامه بینه گفته شد، قاعده درأ از ادله اجتهادی و وارد بر اصل استصحاب است؛ اصل برائت هم که در موارد شک در تکلیف اجرا می‌شود، در این خصوص با قاعده درأ وحدت معرّا پیدا می‌کند؛ در نتیجه در صورت شک در مستحق مجازات بودن یا نبودن مرتکب با توبه بعد از اقامه بینه او، به موجب این اصل هم باید وی را مستحق مجازات ندانیم.

دلیل ششم. اولویت سقوط مجازات‌های دنیوی نسبت به سقوط مجازات‌های اخروی است. به استناد این دلیل می‌توان گفت: وقتی مجازات‌های اخروی که به دلیل بقا، دوام و نوع و شدتش از مجازات‌های دنیوی شدیدترند با توبه ساقط می‌شوند، پس به طریق اولی مجازات‌های دنیوی نیز با توبه ساقط خواهند شد. همچنان که برخی از فقهای طرفدار قول مشهور نیز در مقام نقد و بررسی دلایل قائلان به سقوط مجازات‌های حدی به همین دلیل استناد کرده‌اند.^{۷۷}

۷۳. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...» (اسراء: ۱۵).

۷۴. در روایتی از پیامبر گرامی اسلام آمده است که فرمودند: «بعثت لامة السمحة و السحلة» (کلینی، الکافی، ۴۹۴).

۷۵. در آیه ۴۰ سوره شورا، از مجازات تعبیر به سینه شده است که نشان می‌دهد از دیدگاه شریعت، مجازات ولو در مقام اعمال حق هم باشد فی‌نفسه امری بد محسوب می‌شود (جزء سینه سینه مثلها).

۷۶. «وَلَا تَنْشَوِي الْحَسَنَةَ وَلَا السَّيِّئَةَ ادْفَعِ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (فصلت: ۳۴).

۷۷. طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۲/۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۹/۴۱.

نتیجه‌گیری

باتوجه به ایرادهای اساسی که بر نظریه مشهور فقها؛ یعنی عدم سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم وارد است و نیز بنا بر اینکه دلایل استنادی طرفداران نظریه تخییر امام در عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی ارتباط مستقیم با توبه مرتکب جرم ندارند، بلکه ناظر به مقوله مستقلی تحت عنوان «حق عفو امام» هستند؛ لذا مبنای قراردادن نظریه مشهور برای عدم اسقاط مجازات‌های حدی بعد از اثبات جرم با بینه یا علم قاضی یا نظریه تخییر برای عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی در صورت توبه بعد از اقرار او، در حقوق جزای اسلام و ایران فاقد وجاهت فقهی و حقوقی است. بنابراین لازم است نظریه پیشنهادی؛ یعنی سقوط مطلق مجازات با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم (به استثنای حد محاربه و قذف که مبتنی بر دلایل و شرایط خاص هستند) باتوجه به تقدم و ارجحیتی که بر سایر نظریه‌ها دارد، مبنای قانونگذاری و سیاست‌گذاری واقع شود و براین اساس، مقررات باب توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به‌ویژه مواد ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۷ و ۱۱۸ بازبینی و اصلاح شود. حتی اگر بنا بر این باشد که به هر دلیلی بخواهیم برای توبه محدودیت زمانی قائل شویم، این محدودیت زمانی، تا قبل از احرار مجرمیت قطعی وی در دادگاه و حتی صدور حکم محکومیت فاقد توجیه خواهد بود؛ چون باتوجه به حاکمیت اصل برائت، تا قبل از صدور حکم قطعی، سخن گفتن از اثبات جرم به معنای دقیق کلمه و عدول از اصل برائت جایز نخواهد بود.

منابع

- قرآن کریم. ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
- ابن‌ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌حزم، علی بن احمد. المحلی بالآثار. بیروت: دار الآفاق الجدیدة. بی‌تا.
- ابن‌حنبل، احمد بن محمد. مسند الإمام احمد بن حنبل. بیروت: الرسالة. ۱۴۱۵ق.
- ابن‌رشد، محمد بن احمد. بدایة المجتهد و نهاية المقتصد. بیروت: دار الفکر. ۱۹۹۵م.
- ابن‌شعبه، حسن بن علی. تحف العقول فیما جاء من الحکم و المواعظ عن آل الرسول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی‌تا.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. بیروت: دار الکتب العربی. بی‌تا.

رحیمی نژاد؛ امکان سنجی فقهی سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم/ ۱۴۱

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه امیرالمؤمنین. ۱۴۰۳ق.

اسلام پور کریمی، عسگر. «جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام»، رواق اندیشه. ش ۳۹، ۱۳۸۳، ۹۴ تا ۱۲۲.
ایزدی فرد، علی اکبر، سیدمجتبی حسین نژاد. «حرز بودن نظارت مالک در تحقق مفهوم سرقت»، مبانی فقه و حقوق اسلامی. دوره ۴۹، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ۱۷۷ تا ۱۸۸.

<https://doi.org/10.22059/JFIL.2017.62573>

ایزدی فرد، علی اکبر، سیدمجتبی حسین نژاد، حامد عابدی فیروزجانی. «تأملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون: نقدی بر تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲»، فقه و اصول. دوره ۵۰، ش ۳، پاییز ۱۳۹۷، ۲۹ تا ۴۹.
<https://doi.org/10.22067/JFU.V50I1.42854>

برهانی، محسن، الهه لطفعلی زاده. «قلمرو زمانی توبه در تعزیرات با تأکید بر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، مجله حقوقی دادگستری. دوره ۸۶، ش ۱۱۸، تابستان ۱۴۰۱، ۱ تا ۱۹.
<https://doi.org/10.22106/jlj.2021.533785.4273>

تبریزی، جواد. اسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر آیت الله تبریزی. ۱۴۱۷ق.

جزیری، عبدالرحمان. الفقه علی المذاهب اربعة. بیروت: دار الفکر. ۱۴۲۶ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.

حسین نژاد، سیدمجتبی. «تأملی در عدم سقوط حد به واسطه توبه زانی پس از اقامه بینة: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. دوره ۱۴، ش ۵۱، بهار ۱۳۹۷، ۵۳ تا ۷۶.
<https://doi.org/10.22034/IJRJ.2018.540067>

حسینی شیرازی، محمد. الفقه القانون. بیروت: مرکز الرسول الاعظم (ص). چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.

خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۷۹.

خوانساری، محمدباقر. روضات الجنات فی احوال العلماء و السادات. قم: اسماعیلیان. ۱۳۹۰.

خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۵ق.

خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. نجف: الآداب. ۱۳۹۶ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. قم: کتابفروشی داوری. بی تا.

سبحانی، جعفر. موسوعة طبقات الفقهاء. قم: امام صادق (ع). بی تا.

سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.

سیفی مازندرانی، علی اکبر. درس خارج فقه. ۱۴۰۰/۰۶/۲۸. <https://www.eshia.ir/9Seify9fegh>

شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية. بیروت: دار التراث. ۱۴۱۰ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامی. ۱۴۱۳ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ سوم، ۱۳۶۸.

صادقی، محمدهادی. «نقش توبه در حدود و تعزیرات»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری. دوره ۴، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ۱۵۳ تا ۱۷۴.

طاهری، حبیب‌الله. «نقش توبه در اسقاط حدود»، پژوهش‌های فقهی. س ۶، ش ۲، تابستان ۱۳۸۹، ۳۷ تا ۵۳.

طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: آل‌البت (ع). ۱۴۱۸ ق.

طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۳۷۸.

طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

عطاردی قوجانی، عزیزالله. مسند الإمام الرضا. مشهد: کنگره جهانی حضرت رضا. ۱۳۶۷.

علامه حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الازهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۰ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه. ۱۴۱۲ ق.

عوده، عبدالقادر. التشريع الجنائي الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی. بیروت: دار الکتب العربی. ۱۳۹۸ ق.

فاضل موحدی لنگرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة: الحدود. قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار (ع). ۱۴۲۲ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۶ ق.

فضل‌الله بن روزبهان. سلوک الملوک. تهران: خوارزمی. ۱۳۶۲.

فیروزآبادی، مرتضی. عناية الاصول فی شرح کفایة الاصول. قم: فیروزآبادی. ۱۴۰۰ ق.

قیاسی، جلال‌الدین. «پیوستن علم قاضی به بینة یا اقرار»، فصلنامه فقه. دوره ۷، ش ۲۳، فروردین ۱۳۷۹، ۱۴۹ تا ۱۷۶.

کشی، ابو عمرو محمد بن - کش. الرجال. مشهد: انتشارات دانشگاه مشهد. ۱۴۹۰ ق.

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

گلپایگانی، محمدرضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۱۲ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. المعبر فی شرح المختصر. قم: سیدالشهداء (ع). ۱۴۰۷ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

محقق داماد، سید مصطفی. «قاعدة حرز در سرقت حدی»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری. دوره ۵۹، ش ۱۳ و ۱۴، تیر ۱۳۷۴، ۳۹ تا ۶۸.

مرعشی، سید محمد حسن. دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۷۶.

مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره شیخ مفید. چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۰۳ ق.

رحیمی نژاد؛ امکان سنجی فقهی سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم/ ۱۴۳

- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة: کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. ۱۴۱۸ق.
- منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود. قم: دار الفکر. بی تا.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: مکتبه امیرالمؤمنین. ۱۴۱۳ق.
- مؤمن، محمد. مبانی تحریر الوسيلة: کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۴۲۲ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعه. قم: آل البيت. ۱۴۱۵ق.
- نوبهار، رحیم. «جستاری درباره تأخیر اجرای حدود»، فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۴۸، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ۳۳۷ تا ۳۵۸.
- وطني، امین، عبدالعلی توجهی، حسین رجایی. «نقش زمان در توبه مجرمین»، حقوق اسلامی. دوره ۱۸، ش ۶۹، تابستان ۱۴۰۰، ۴۵ تا ۶۸.
- هاشمی شاهرودی، محمود. «کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها»، فقه اهل بیت. دوره ۲، ش ۷، پاییز ۱۳۷۵، ۴۳ تا ۷۶.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī, Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fi al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba Amīr al-Muʾminīn. 1983/1403.

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

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhḥān ilā Ahkām al-ʾImān*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fi Taḥqīq al-Madhḥab*. Mashhad: Majmaʿ Buḥūth al-Islāmiyya. 1992/1412.

ʿAwdah, ʿAbd al-Qādir. *Al-Tashrīʿ al-Jināʿī al-Islāmī Muqārānan bi-al-Qānūn al-Waḍʿī*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿArabī. 1978/1398.

Burhānī, Muḥsin, Ilāhah Luṭf alizādih. "Qalamrū Zamānī Tawbah dar Taʿzīrāt bā Taʿkid bar Ray Vaḥdat Ravīyih-yi Shumārīh-yi 813 Hiyāt Umūmī Divān ʿĀli Kishvar", *Majallih-yi Huqūqī Dādgustarī*. Durīh-yi 86, no. 118, summer 2023/1401, 1-19.

Fāḥil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ʿan Qawāʿid al-Ahkām*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1416.

Fāzil Muwaḥḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharīʿa fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla; al-Hudūd*. Qum:

Markaz-i Fiqhī A'imah Aṭhār(AS), 2002/1422.

Faḡl Allāh ibn Rūzbahān. *Sulūk al-Mulūk*. Tehran: Khwārazmī. 1984/1362.

Firūz Ābādī, Murtaḡā. *Anāya al-Uṣūl fī Sharḥ Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Firūz Ābādī. 1980/1400.

Gulpāygānī, Muḡammad Riḡā. *al-Durr al-Manḡūd fī Ahkām al-Hudūd*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm, 1992/1412.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḡmūd. "Kāvushī Darbārih-yi Ikhtiyār Valiyy Amr dar 'Afw Kiyfar-hā", *Fiqh Āl Bayt*. Durīh-yi 2, no. 7, autumn 1997/1375, 43-76.

Ḥurr 'Āmilī, Muḡammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shī'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.

Ḥusaynī Shīrāzī. Muḡammad. *al-Fiqh al-Qānūn*. Beirut: Markaz al-Rasūl al-A'zam (pbuh). Chāp-i Duwwum, 1998/1419.

Ḥusaynnizhād, Sayyid Muḡtabā. "Ta'inulī dar 'Adam Suqūṭ Ḥad bi Vasiṭih-yi Tawbah-yi Zānī Pas az Iqāmah-yi Baynih: Naqḡi bar Mādih-yi 114 Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī", *Pazhūhish-hā-yi Fiqh va Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 14, no. 51, spring 2019/1397, 53-76.

Ibn Qudāmāh, 'Abd Allāh ibn Aḡmad. *al-Mughnī*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Arabī. s.d.

Ibn Bābawayh, Muḡammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḡduruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1993/1413.

Ibn Ḥanbal, Aḡmad ibn Muḡammad. *Musnad al-Imām Aḡmad ibn Ḥanbal*. Beirut: al-Risālah. 1995/1415.

Ibn Ḥazm, 'Alī ibn Aḡmad. *al-Muḡallā bi-al-Āthār*. Beirut: Dār al-Āfāq al-Jadīda.s.d.

Ibn Idrīs, Muḡammad ibn Aḡmad. *al-Sarā'ir al-Hāwī li-Taḡrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1406.

Ibn Rushd, Muḡammad ibn Aḡmad. *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muḡtaṣid*. Beirut: Dār al-Fikr. 1995/1416.

Ibn Shu'bah, Ḥasan ibn 'Alī. *Tuḡaf al-Uqūl fīmā Jā'a min al-Ḥikam wa Mawā'iz 'an Āl al-Rasūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.

Islāmpūr Karīmī, 'Asgar. "Jāygāh-i Tawbah va Naqsh-i ān dar Umūr Kiyfarī Islām". *Ravāq Andishih*. No. 39, 2004/1383, 94-122.

Īzādifard, 'Alī Akbar, Sayyid Muḡtabā Ḥusaynnizhād, Ḥamid 'Ābidī Firūzjānī. "Ta'inulī Fiqhī dar Qā'idih-yi 'Adam Ta'khīr Ijrāy Ḥad bā 'Āriz Shudan Junūn: Naqḡi bar Tabṣarih-yi 1 Mādih-yi 150 Qānūn-i Mujāzāt-i

- Islāmī Sāl 92", *Fiqh va Uṣūl*. Durīh-yi 50, no. 3, autumn 2019/1397, 9-29.
- Īzādifard, 'Alī Akbar, Sayyid Mujtabā Ḥusaynnizhād. "Ḥirz Būdan Nizārat Mālik dar Taḥaqquq Maḥmūm Sirqat", *Mabānī Fiqh va Ḥuqūq Islāmī*. Durīh-yi 49, no. 2, autumn and winter 2017/1395, 177-188.
- Jazīrī, 'Abd al-Raḥmān *Al-Fiqh 'alā al-Madhāhib Arba'a*. Beirut: Dār al-Fikr. 2005/1426.
- Kashshī, Muḥammad ibn Abū 'Umar. *al-Rijāl*. Mashhad: Intishārāt-i Dānishgāh Mashhad. 1989/1409.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Najaf: al-Ādāb. 1976/1396.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: Kitābforūshī Dāwarī. S.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2000/1379.
- Khuwānsārī, Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Ismā'īliyyān. 1985/1405.
- Khuwānsārī, Muḥammad Baqir. *Rawḍāt al-Jannāt fī Aḥwāl al-'Ulamā' wa al-Sādāt*. Qum: Ismā'īliyyān. 2012/1390.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum. 1987/1407.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faḡāhah; Kitāb-i al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib. 1997/1418.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrisah Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwum, 2007/1428.
- Mar'ashī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. *Didgāh-hā-yi Nū dar Ḥuqūq-i Kiyfārī Islām*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 1998/1376.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Kungirah-yi Shaykh Mufid. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. "Qā'idih-yi Ḥirz dar Sirqat Ḥadī", *Majallih-yi Qaḍā'ī va Ḥuqūqī Dādḡustarī*. Durīh-yi 59, no. 13-14, Tīr 1996/1374, 39-68.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mu'tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). 1987/1407.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī al-Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Duwwum, 1988/1408.
- Mu'inīn, Muḥammad. *Mabānī Tahrīr al-Wasilah; Kitāb-i al-Hudūd*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-

i Āsār-i Imām Khumaynī. 2001/1422.

Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. *Kitāb-i al-Ḥudūd*. Qum: Dār al-Fikr, s.d.

Muqaddas Ardabilī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1983/1403.

Mūsawī Ardabilī, 'Abd Karīm. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Maktaba Amīr al-Mu'minin. 1993/1413.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a*. Qum: Āl al-Bayt. 1995/1415.

Nūbahār, Raḥīm. "Justārī Darbārih-yi Ta'khīr Ijrāy Ḥudūd". *Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 48, no. 2, autumn and winter 2016/1394, 337-358.

Qīyāsī, Jalāl al-Dīn. "Piyvastan 'Ilm Qāḍī bi Bayinah yā Iqrār", *Faṣlnāmah -yi Fiqh*. Durīh-yi 7, no. 23, Farvardīn 2000/1379, 149-176.

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

Šādiqī, Muḥammad Hādī. "Naqsh Tawbah dar Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt", *Pazhūhishnāmah-yi Huqūq-i Kayfārī*. Durīh-yi 4, no. 2, autumn and winter 2013/1392, 153-174.

Šāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'y al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Sivum, 1990/1368.

Sayfī Māzandarānī, 'Alī Akbar. Dars Khārij Fiqh. 2021/09/19; 1400/06/28.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Lum'a al-Dimashqiya*. Beirut: Dār al-Tūrāth. 1989/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Aḥkām fī Sharḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif-i al-Islāmī. 1993/1413.

Subḥānī, Ja'far. *Mawsū'at Ṭabaqāt al-Fuqahā'*. Qum: Imām Šādiq (AS). s.d.

Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ Masā'il fī Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1997/1418.

Tabrīzī, Javād. *Ususu al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Tabrīzī, 1996/1417.

Ṭāhirī, Ḥabīb Allāh. "Naqsh Tawbah dar Isqāt Ḥudūd", *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. Yr. 6, no. 2, summer 2011/1389, 5-37.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī Vābastih bi Jāmi'ah al-Mudarrisīn Ḥawzah-yi 'Ilmiyah Qum. Chāp-i Duwwum, 2000/1378.

رحیمی‌نژاد؛ امکان‌سنجی فقهی سقوط مجازات‌های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم/ ۱۴۷

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'a*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya, Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

‘Uṭaridī Qūchānī, ‘Azīz Allāh. *Musnad al-Imām al-Riḍā*. Mashhad: Kungirah-yi Jahānī Ḥaẓrat Riḍā. 1989/1367.

Vaṭānī, Amīn, ‘Abd al-‘Alī Tavajuhī, Ḥusayn Rajāyī. “Naqh Zamān dar Tawbah-yi Mujrimīn”, *Ḥuqūq Islāmī*. Durīh-yi 18, no. 69, summer 2022/1400, 45-68.



The status of Transactions by an Intoxicated Person in Different Levels of Intoxication: Organizing the Theory of Non-bindingness of Certain Transactions of the Intoxicated Individual

Dr. Amirabbas Askari, PhD Graduate in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Ali Yarinejad  (Corresponding Author), Doctoral student of Private Law, University of Forensic Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Email: Aliyari1375211@yahoo.com

Abstract

One of the fundamental conditions for the validity of contracts is the “intent” and “consent” of both parties. The absence of these elements results in the invalidity or non-affectivity of the contract. Article 195 of the Civil Code considers a transaction concluded in the state of intoxication to be null, due to the absence of intention. Considering the counter-concept of this Article, transactions by an intoxicated person are either recognized as void due to the absence of intention, or considered valid if intention remains unaffected. The majority of jurists and legal scholars share the same view regarding transactions conducted by an intoxicated individual. However, from a medical standpoint, intoxication has several degrees, and a blanket ruling on the validity or nullity of transactions cannot address all the levels of intoxication properly. Intoxication can lead to the loss of both intention and consent in some cases, or keep both unaffected at other times. Sometimes the individual remains capable of intention but their consent is impaired. In this latter case, a key question arises: What is the status of a transaction conducted by an intoxicated individual? On one hand, the person possesses intention, so the transaction cannot be considered void. On the other hand, however, the individual’s consent is impaired, making it impossible to affirm the validity of the transaction. The present study applies the analytical-descriptive approach and examines the various levels of intoxication and their impact on intention and consent. By drawing upon jurisprudential principles and aligning them with legal standards, it is concluded that the ideal legal status for transactions made by an intoxicated person, where the individual has intention but their consent is impaired, is non-affected.

Keywords: non-affectivity, declaratory (*Inshāʾ*) will, intoxicated individual’s transactions, levels of intoxication, intent, consent





وضعیت معاملات شخص مست در مراتب مختلف مستی؛ سامان‌دهی نظریه عدم‌نفوذ برخی معاملات شخص مست

دکتر امیرعباس عسکری

دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

علی یاری‌نژاد (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

Email: Aliyari1375211@yahoo.com

چکیده

یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها «قصد» و «رضای» طرفین است. فقدان این دو به بطلان یا عدم‌نفوذ قرارداد منجر می‌شود. ماده ۱۹۵ قانون مدنی معامله در حال مستی را به علت فقدان قصد باطل می‌داند. با توجه به مفهوم مخالف ماده، معاملات شخص مست یا به علت فقدان قصد باطل شناخته شده و یا به علت عدم‌زوال قصد صحیح تلقی شده است. مشهور فقها و حقوق‌دانان نیز همین دیدگاه را در خصوص معاملات شخص مست دارند. این در حالی است که از نظر پزشکی، مستی دارای مراتبی است که حکم به صحت و بطلان نمی‌تواند معاملات واقع شده در همه مراتب را پوشش دهد. گاه مستی باعث زوال قصد و رضا می‌شود، گاه به هیچ‌یک از قصد و رضا خلل وارد نمی‌کند و گاه شخص مست دارای قصد اما رضای وی مخدوش است. در خصوص مورد اخیر، سؤال قابل طرح این است که وضعیت معامله شخص مست چگونه است؟ از طرفی وی دارای قصد است و معامله‌اش را نمی‌توان باطل دانست و از طرف دیگر رضای وی مخدوش است و نمی‌توان حکم به صحت معامله‌اش کرد. در این مقاله با روش تحلیلی توصیفی ضمن بررسی انواع مستی و تأثیر آن در قصد و رضا، با بهره‌گیری از مبانی فقهی و تطبیق بر موازین حقوقی این نتیجه به دست آمد که وضعیت حقوقی مطلوب برای معاملات شخص مست در مرتبه‌ای که شخص دارای قصد است اما رضایش مخدوش است، عدم‌نفوذ است.

واژگان کلیدی: عدم‌نفوذ، اراده انسانی، معاملات مست، مراتب مستی، قصد، رضا.

مقدمه

رکن سازنده قراردادها قصد و رضاست. این دو اگرچه در قانون در کنار هم ذکر شده‌اند اما متفاوت از هم هستند؛ آن‌چنان‌که ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: عقد محقق می‌شود به قصد انشا. لذا با قصد است که عقد شکل می‌گیرد اما برای نفوذ کامل خود نیازمند عنصر رضا نیز می‌باشد. از حیث جایگاه قصد و رضا، سیر پیدایش یک قرارداد به این شکل است که ابتدا اشیا در ذهن فرد نقش می‌بندند که این امر را خطوط (تصور) می‌نامند. به عبارت ساده‌تر، موضوع مورد معامله، در ذهن فرد تصور می‌شود^۱ و بعد از آن فرد راجع به آن ارزیابی‌های لازم را انجام می‌دهد که این، مرحله سنجش نامیده می‌شود. بعد از این مرحله است که فرد راضی به انجام معامله می‌شود که از آن به تصمیم یاد می‌شود^۲ که فرد شوق به انجام عمل دارد. مرحله آخر، اجراست که فرد شوق درونی به انجام عمل را اجرایی می‌کند و اقدام به انعقاد قراردادی می‌کند. در این مرحله آخر است که با قصد انشای فرد ماهیت حقوقی را ایجاد می‌کند و رضا قبل از این مرحله می‌آید؛ یعنی رضا مربوط به مرحله تصمیم و قصد مربوط به مرحله اجراست.^۳

فقدان قصد، منجر به بطلان قرارداد و فقدان رضا، منجر به عدم نفوذ آن می‌شود. ماده ۱۹۵ قانون مدنی معامله در حال مستی را به علت فقدان قصد باطل می‌داند. با توجه به مفهوم مخالف ماده، ممکن است این طور استنباط شود که از دید قانونگذار، معاملات شخص مست یا به علت فقدان قصد باطل است یا به علت عدم زوال قصد صحیح خواهد بود. مشهور فقها و حقوق‌دانان نیز همین دیدگاه را برگزیده‌اند. این در حالی است که از نظر پزشکی، مستی دارای مراتبی است که توجه به حالات روانی شخص مست در هریک از مراتب نشان می‌دهد که دو وضعیت صحت و بطلان نمی‌تواند معاملات واقع شده در همه مراتب را در بر بگیرد. گاهی مستی، سبب زوال قصد و رضای فرد می‌شود و گاهی به هیچ‌یک از قصد و رضا خللی وارد نمی‌کند و گاهی هم شخص مست دارای قصد است اما رضای وی در اثر عدم توانایی تشخیص دقیق مصلحت خود مخدوش است. در حقوق ایران، در فرض نخست که شخص فاقد قصد است معامله وی باطل است. از حیث کیفری نیز چون چنین شخصی زوال عقل یافته و مسلوب‌الاراده^۴ است، مجرم قلمداد نمی‌شود. در حقوق انگلستان نیز چنین است و قراردادهای منعقد شده از طرف کسی که کاملاً مست باشد، باطل است؛ یعنی کسی که چنان مست است که از عقل محروم می‌شود، تاحدی که او را از درک معنا و

۱. قنواتی، «رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی با تأکید بر دیدگاه امام خمینی (ره)»، ۳۲.

۲. علی‌آبادی، «قصد و رضا و تأثیر آن دو در تحقق عقد»، ۱۵۳.

۳. شهیدی، حقوق مدنی: تعهدات، ۳۲.

ماهیت ناتوان می‌کند و اثر کاری که انجام می‌دهد نمی‌فهمد. همچنین است کسی که با تدبیر، دیگری را به مشروب الکلی سوق داده یا از وی سوءاستفاده ناعادلانه کرده تا شرایط را برای به‌دست‌آوردن معامله‌ای غیرمنطقی فراهم سازد؛^۵ زیرا رضایت شخصی که خیلی مست است، رضایت واقعی قلمداد نمی‌شود.^۶ در فرض دوم، میزان مستی به قدری است که شخص هم قصد انعقاد قرارداد را دارد و هم تصمیم مذکور را با رضایت کامل اتخاذ کرده است و بدیهی است که قرارداد در این حال صحیح خواهد بود اما در خصوص فرض سوم، این سؤال -که سؤال اصلی این مقاله است- مطرح‌شدنی است که وضعیت معامله شخص مستی که دارای قصد است اما درجه مستی وی به اندازه‌ای است که رضای وی مخدوش است، چگونه خواهد بود؟ از طرفی شخص دارای قصد است و معامله وی را نمی‌توان باطل دانست و از طرف دیگر رضای وی مخدوش است و از این جهت نمی‌توان حکم به صحت کامل قرارداد وی کرد. به این موضوع در برخی ابواب فقه امامیه اشاره شده است اما مشهور فقط به دو فرض مسلوب‌الاراده‌بودن یا نبودن مست پرداخته‌اند و توجهی به فرض سوم نکرده‌اند. در بین حقوق‌دانان نیز مشابه همین نگرش دیده می‌شود. در تحقیقات جدید حقوقی نیز سابقه‌ای از بررسی این موضوع یافت نشد و انجام پژوهشی مستقل در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد.

در پاسخ به سؤال اصلی این مقاله فرضیه این است که وضعیت حقوقی مطلوب و قابل انطباق با وضعیت روانی شخص مست در فرض وجود قصد و فقدان رضا، وضعیت عدم‌نفوذ است. در کتب حقوقی و مقالات علمی، به‌صورت تفصیلی و متمرکز، از این دیدگاه به معنای تفصیل و تفکیک بین مراتب مستی و ناهوشیاری ناشی از ماده توهّم‌زا و سکرآور سخنی به میان نیامده است. صرفاً برخی فقها در کتب خود به روایت ابن‌بزیع برخورده و اشاره‌ای به آن داشته‌اند و همان‌طور که خواهد آمد برخی فقها این روایت را طرح و کنار گذاشته‌اند، لذا می‌توان گفت: این نوشتار برای اولین بار به‌صورت تفصیلی به بررسی و تتبع در این مورد می‌پردازد.

برای پاسخ به پرسش مطروحه و سنجش فرضیه خود، ابتدا مفهوم مستی را مشخص می‌کنیم و از مراتب آن سخن می‌گوییم. در بخش بعد، به بررسی وضعیت معاملات شخص مست خواهیم پرداخت. در بخش اخیر، ابتدا دیدگاه مشهور در خصوص معاملات شخص مست نقد و بررسی می‌شود و سپس سعی در سامان‌دهی نظریه خود مبنی بر غیرنافذبودن معاملات شخص مست در فرض وجود قصد و فقدان رضا خواهیم پرداخت.

5 Dickson, The Medico-Legal Aspects of Drunkenness, ۸۱

6 Wallerstein, A Critical Analysis of the Law on a Drunken, ۴۴

۱. مستی و مراتب آن

ابتدا مفهوم مستی مشخص خواهد شد و سپس به تشریح مراتب مختلف مستی و بررسی وضعیت قصد و رضا در هر مرتبه خواهیم پرداخت.

۱.۱. مفهوم مستی

مست در لغت‌نامه دهخدا این‌گونه معنا شده است: «مقابل هوشیار» و «دگرگون‌شده از آشامیدن می و...». در فرهنگ معین از آن به «خارج‌شده از حالت طبیعی به‌علت خوردن شراب» و «بی‌هوش، مدھوش» تعبیر شده است. مستی، معادل واژه intoxication یا drunkenness است و بیانگر وضعیت و حالتی است که انسان بر اثر استفاده از شراب یا الکل یا مایعات مست‌کننده؛ مثل شراب انگور، آب جو و مواد دیگر به‌صورت سنتی یا صنعتی یا دیگر مواد مخدر بی‌خودکننده؛ مثل حشیش، کراک، شیشه و... حالت عادی انسان معمولی را ندارد و دارای بی‌خبری و غفلت و ناهوشیاری خاصی است.^۷ این وضعیت و حالت در مرتبه‌اعلای خود مانند جنون و دیوانگی است؛ از این جهت که در هر دو حالت، از فرد سلب اراده شده است.

فقها و حقوق‌دانان درجه‌اعلای مستی و نظایر آن را در حکم جنون قلمداد می‌کنند. به‌عقیده ایشان، هر اعتیاد یا بیماری و عارضه‌ای که خودآگاهی و شعور را از بین ببرد، از حیث اختلال در اراده در حکم جنون به شمار می‌رود. بنابراین، مستی و بی‌هوشی و کھولت و دهشت و اعتیاد شدید به مواد مخدر، سکران و هیستری‌ها در موردی که سبب زوال عقل و اراده می‌شود، همان اثر جنون را در بطلان قرارداد خواهد داشت.^۸

۱.۲. مراتب مستی و وضعیت قصد و رضا در هر مرتبه

هوشیاری و آگاهی انسان در اثر موارد عارضی ممکن است کم‌وزیاد شود. شرب مسکر می‌تواند با ایجاد اختلال در فرد شارب میزان آگاهی وی را نسبت به افعال یا شرایط پیرامونی خود کاهش دهد یا زائل سازد.^۹ در مرتبه شدید، آن شخص اصطلاحاً مسلوب‌الاراده (فقدان قصد و رضا) است و هیچ قصد و اراده‌ای را به وی نمی‌توان منتسب کرد. در مرتبه خفیف آن، شخص دارای قصد و رضاست و در مراتب میانی، شخص قصد دارد اما رضای وی مخدوش است. با این توضیح، به بررسی مراتب مستی و تأثیر آن در قصد و رضا می‌پردازیم:

۷. قایدامینی اسدآبادی، «بررسی تطبیقی اثر جنون، صغر و مستی بر قرارداد در حقوق ایران و انگلیس»، ۸۹.

۸. شوشتری، مقیاس الاوار، ۲۲؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۶/۲.

۹. فتحی و همکاران، «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی»، ۸۹.

مرتبه نخست، سرخوشی: مرتبه نخستِ مستی که خفیف‌ترین درجه آن است، مرتبه «سرخوشی»^{۱۰} است. شخص در این مرحله اولیه، دارای احساس خوب است، ممکن است احساس آرامش و پرحرفی و اعتماد به نفس بیشتری داشته باشد. بسته به متابولیسم الکل و عواملی مانند سن، مقدار غذای مصرفی، اندازه و وزن بدن و سایر داروهای مصرفی ممکن است شخص مست سرخوشی را تجربه کند و حتی کمی بی حال شود.^{۱۱} برخی از این مرحله به «شادی و سرحالی» تعبیر کرده‌اند.^{۱۲} به نظر می‌رسد در این مرحله شخص همچنان دارای قصد و رضاست. شخص نسبت به اقدامات خود عالم است و مصرف مسکر در حدی نبوده است که فرد مطلوبیت و عدم مطلوبیت افعال و اعمال خود را درک نکند. در واقع، شخص در این مرتبه می‌داند دارد چه کاری انجام می‌دهد و باوجود آنکه مواد مدّ نظر را مصرف کرده است، اما سبب نشده قدرت تشخیص خود را از دست بدهد و می‌تواند موارد مختلف و پیشامدهای گوناگون را ارزیابی کند و درباره آن تصمیم‌گیری عاقلانه انجام دهد. برخی فقها در بیان احکام شخص مست از این مرحله به «نشو» تعبیر می‌کنند و بر این عقیده‌اند که حالتی از مستی وجود دارد که مجازاً به آن مستی اطلاق می‌شود و صرفاً فرد شرب مسکر کرده است ولی وی قصد و اراده دارد.^{۱۳} در این مرحله، هنوز عقل شخص از بین نرفته است ولی پابرجا و مستقر هم نیست، بلکه در آستانه از بین رفتن است.^{۱۴}

مرتبه دوم، هیجان: مرتبه بعدی مستی، مرتبه «هیجان»^{۱۵} است. در این مرحله، شخص از آستانه کنترل توانایی‌های ذهنی و عاطفی خود عبور کرده است. ممکن است به شدت با هیجان، عصبانیت یا غم واکنش نشان دهند و در به خاطر آوردن چیزها مشکل داشته باشد. در همین حال، شخص مست هماهنگی و تعادل خود را از دست می‌دهد و ممکن است که با تاری دید مواجه شود و همچنین قدرت تشخیص وی مختل شود.^{۱۶} برخی این مرحله را «سستی در جسم» دانسته‌اند.^{۱۷} در این مرحله، شخص همچنان دارای قصد است اما در اثر هیجان زیاد، احساسات غیر واقعی غم یا شادی مفرط و... رضای وی به اعمال خود محل تأمل و مخدوش به نظر می‌رسد. به بیان دیگر، در این حالت شخص دچار مستی است اما همچنان تاحدودی مسائل را تشخیص می‌دهد، اراده دارد اما اراده وی مخدوش است.

10. Euphoria.

11. Robb-Dover, The Four Levels of Being Drun

۱۲. فتحی و همکاران، «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی»، ۹۰.

۱۳. مجلسی، روضة المتقین، ۲۳۰/۸.

۱۴. مجلسی، روضة المتقین، ۲۳۰/۸.

15. Excitement.

16. Robb-Dover, The Four Levels of Being Drun

۱۷. فتحی و همکاران، «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی»، ۸۹.

مرتبه سوم، گیجی و عدم توانایی در هماهنگی حرکات: مرتبه بعدی مستی، مرتبه «گیجی و عدم توانایی در هماهنگی حرکات»^{۱۸} است. هنگامی که شخص به این مرحله پیشرفته مستی می‌رسد، به این معناست که مقدار الکلی که مصرف کرده است، بسیار زیاد بوده و چه بسا فرد در این وضعیت، به اصطلاح عرفی حالت تلو تلو خوران دارد و اعمال خود را تحت کنترل ندارد.^{۱۹} در این مرحله، شخص ممکن است به حدی مست باشد که فکر عقلانی او مختل شود بدون اینکه لزوماً خود را نشان دهد. به عبارت دیگر، اعمال پنهان او ممکن است غیرطبیعی باشد، درحالی که اعمال آشکار او طبیعی است. به نظر می‌رسد در این مرحله شخص فاقد قصد و رضاست. در این مرحله و مراحل بعدی که به آن اشاره خواهد شد، اختلال در اراده شخص به صورت کامل است. شخص دچار هذیان و عدم تعادل است و کنترل افعال خود را ندارد. به عبارت بهتر، شخص دچار زوال اراده شده، اراده‌ای از خود ندارد و مسلوب‌الاراده است. برخی فقها به این مرحله و پس از آن مرحله، «هذیان» می‌گویند که گویی فرد همان مست لایعقل است و چیزی از افعال خود را کنترل نمی‌کند.^{۲۰}

مرتبه چهارم، بلاهت و کندذهنی: مرتبه بعدی مستی، مرتبه «بلاهت و کندذهنی»^{۲۱} است. در این مرحله، شخص حالتی در مرز هوشیاری و ناهوشیاری همراه با عدم فعالیت روانی آشکار و کاهش توانایی در پاسخ‌دادن به تحریک دارد.^{۲۲} در این مرحله و مراتب بعدی مستی که منجر به کما و مرگ می‌شود شخص فاقد قصد و رضاست.

مشابه مراتب مذکور، در حقوق برخی کشورها نیز دیده می‌شود. در انگلستان هرچند قانون، مراتبی برای مستی بیان نکرده است، اما مقامات عالی قضایی این کشور قائل به درجه‌بندی و تفکیک مراتب مستی هستند و برای شخص مست مراتبی؛ چون شاد،^{۲۳} احساساتی و ضعیف،^{۲۴} مست مست،^{۲۵} بدمست^{۲۶} و مست بی‌هوش قائل شده‌اند.^{۲۷}

18. Confusion and Loss of Coordination.

19 Robb-Dover, The Four Levels of Being Drunk

۲۰. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۴۶۷/۱۰.

21. Stupor.

۲۲. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۴۶۷/۱۰.

23. Happy.

24. Maudlin.

25. Fighting_drunk.

26. Blind_drunk.

27 Nicholls, A Dissertation on Drunkenness, ۱۸

۲. وضعیت معاملات شخص مست

در این بخش، ابتدا دیدگاه مشهور در خصوص وضعیت معاملات شخص مست نقد و بررسی می‌شود و سپس به سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ معاملات شخص مست در فرض وجود قصد و فقدان رضا خواهیم پرداخت.

۲. ۱. دیدگاه مشهور در خصوص معاملات شخص مست و نقد و بررسی آن

مشهور فقها و حقوق‌دانان، معاملات شخص مست را در دو دسته باطل و صحیح قرار داده‌اند. به عقیده ایشان، در صورتی که مستی موجب سلب اراده شود، معامله باطل است و در غیر این صورت، معامله صحیح خواهد بود. محقق حلی در بیان شرایط متعاقدين عقد بیع چنین گفته است: «فلا یصح بیع... المجنون و المغمی علیه و السكران غیر المميز و المکره و لو رضی کل منهم بما فعل بعد زوال عذره عدا المکره للوثوق بعبارته»^{۲۸} ایشان صرفاً معاملات مست غیر ممیز را باطل دانسته است. از کلام وی بر می‌آید که اگر سکران ممیز بود، بیع او نافذ است. منظور از ممیز بودن، داشتن قوه تمیز یا همان عقل است. کسی که عاقل است ممیز هم هست و بالعکس.^{۲۹} بنابراین، طبق نظر محقق حلی صرفاً اگر مستی سبب زوال عقل شود و شخص قدرت تمیز خود را از دست دهد، معامله باطل است. شهید ثانی نیز در شرح خود بر شرایع، تعرضی به دیدگاه وی در این خصوص نکرده و همان دیدگاه را پذیرفته است.^{۳۰} علامه حلی نیز در تحریر همین دیدگاه را دارد: «لا ینعقد بیع المغمی علیه و لا شراؤه و لا السكران غیر المميز»^{۳۱} محقق کرکی فعل سکران را صحیح نمی‌داند، حتی در خصوص نکاح بعد از دخول و اجازه لاحق.^{۳۲} برخی دیگر، صحیح‌ندانستن وصیت سکران را مربوط به موردی می‌دانند که قصد به کلی زائل شده است: «إنه مقتید بما إذا بلغ حد زوال العقل و سلب الإدراک و الشعور؛ نظراً إلى إلحاقه حينئذ إلى المجنون، و إلا فلا دلیل علی بطلان وصيته؛ لانحصار دلیل البطلان في إلحاقه بالمجنون»^{۳۳} همچنین فقهای دیگری؛ چون ابن‌ادریس در سرائر،^{۳۴} شهید اول در لمعه،^{۳۵} شیخ مفلاح صمیری در غایة المرام،^{۳۶} شهید ثانی در روضه،^{۳۷}

۲۸. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۸/۲.

۲۹. شهیدی، حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۴۲ و ۲۴۵.

۳۰. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۵۵/۳.

۳۱. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، ۲۷۶/۲.

۳۲. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۸۴/۱۲ و ۸۵.

۳۳. سبفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسیلة: الوصیة، ۷۸.

۳۴. ابن‌ادریس، السرائر، ۵۷/۲.

۳۵. شهید اول، اللعة الدمشقیة، ۱۷۵.

۳۶. صمیری، غایة المرام، ۲۴/۳.

فاضل اصفهانی در کشف اللثام^{۳۸} نیز حکم به عدم صحت معاملات شخص مست داده‌اند که به نظر می‌رسد دلیل حکم آنان این است که حد وسط و درجاتی را برای مراتب مستی و ناهوشیاری متصور نبوده‌اند. حقوق‌دانان نیز مستند به ماده ۱۹۵ قانون مدنی که معامله در حال مستی را به علت فقدان قصد باطل می‌داند، مستی را در صورتی که سبب زوال عقل و اراده شود، در حکم جنون می‌دانند و معامله در آن حال را باطل می‌دانند.^{۳۹} ایشان به مراتب دیگر مستی اشاره‌ای نداشته و از کلامشان چنین بر می‌آید که سایر معاملات شخص مست را صحیح می‌دانند.^{۴۰}

دیدگاه مذکور از این حیث که مراتب مختلف مستی را در نظر نگرفته، نقدشدنی است. مستی و درجات آن، موضوعی شرعی یا قانونی نیست و به منظور شناخت آن باید به متخصصان امر؛ یعنی پزشکان و روان‌شناسان رجوع کرد. آنگاه پس از شناسایی دقیق موضوع، باید اقدام به تطبیق آن با قواعد حقوقی و تعیین حکم کرد. در نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه، برخلاف نظام حقوقی برخی کشورها چون فرانسه، بین قصد و رضا از حیث ماهیت و آثار و احکام تفاوت و تفکیک وجود دارد.^{۴۱} از جمله تفاوت‌های مهم این دو عبارت است از اینکه فقدان قصد منجر به بطلان قرارداد می‌شود و فقدان رضا صرفاً سبب اختلال در قرارداد و عدم نفوذ آن می‌شود و شخصی که رضایت وی مخدوش بوده می‌تواند بعداً قرارداد را تنفیذ کند. بر این مبنا، اینکه مشهور فقها و حقوق‌دانان جز در فرض زوال عقل، تمامی معاملات شخص مست را صحیح می‌دانند محل نقد است. در یکی از مراتب مستی که پیش از این اشاره شد (مرتبه هیجان) شخص مست هر چند دارای قصد است و عقل وی زائل نشده، اما به علت شرایط خاص روانی حاکم بر او، رضایت وی نسبت به قرارداد مخدوش است. در این فرض، حمایت از شخص ملازمه با غیرنافذ دانستن اعمال حقوقی وی دارد تا پس از رفع مانع و امکان بررسی موضوع بتواند عمل پیشین خود را تنفیذ یا رد کند. این وضعیت مشابه با وضعیت شخص مکرهی است که در اثر اکراه اقدام به انعقاد قرارداد می‌کند و به علت مخدوش بودن رضایت وی، قراردادش غیرنافذ شناخته می‌شود. این دیدگاه مورد پذیرش برخی فقهای امامیه نیز قرار گرفته است و در قسمت بعد به تبیین بیشتر مبانی آن خواهیم پرداخت.

۲.۲. سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ معاملات مست در فرض وجود قصد و فقدان رضا

اراده، در حوزه حقوق معاملات نقش بسیار مهمی دارد. زیربنای قواعد عمومی تمام عقود، قصد و

۳۷. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۱۲/۵.

۳۸. فاضل هندی، کشف اللثام، ۵۳/۷.

۳۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۵ و ۴۶؛ شهیدی، حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۴۳.

۴۰. امامی، حقوق مدنی، ۲۱/۴.

۴۱. شهیدی، حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۳۱ تا ۱۲۷.

[illegible]

خود دارای هیچ‌گونه اختلالی نیست و قرارداد را با رضایت منعقد می‌کند اما چون رضایت وی تحت فشار مکره بوده، از او با غیرنافذشناختن قرارداد، حمایت به عمل می‌آید؛ حال آنکه در فرض محل بحث، ساختار روانی و ذهنی شخص مست به‌گونه‌ای است که اساساً امکان رضایت به عمل انجام‌شده وجود نداشته است. برخی فقها نیز به اولویت داشتن شخص مست نسبت به شخص مکره در خصوص عدم‌نفوذ قرارداد نظر داده‌اند. به عقیده ایشان، فرد مستی که قصدش زائل نشده اما رضایش مخدوش است اولی از مکره و سفیه است و قصد و اراده عقد را دارد اما به‌نوعی راضی به آن نیست. حال، اگر این اکراه درونی و عدم رضایت مرتفع شود عقد صحیح خواهد بود.^{۴۳} همچنین وضعیت شخص مست در مرتبه محل بحث با وضعیت شخص سفیه مقایسه‌شدنی است؛ زیرا در این مرحله، شخص، مست است، به‌گونه‌ای که ضرر و نفعش را تشخیص نمی‌دهد و رشد ندارد اما هذیان هم نمی‌گوید، مثل سفیهی که رشد مالی ندارد؛ با این تفاوت که عدم‌رشد سفیه دائمی است اما عدم‌رشد شخص مست موقت است، پس صحت تأهلی عقد او از فاقد رشد کلی اولی است.^{۴۴} در واقع، وضعیت شخص مست در فرضی که قصد دارد اما مصالح و مفاسد خود را درک نمی‌کند شبیه سفیه است.^{۴۵} ازسوی دیگر، بسیاری از قراردادهایی که در حال مستی منعقد می‌شود در وضعیتی است که طرف قرارداد تعمداً اقدام به مست‌کردن طرف مقابل کرده و از شرایط او برای انعقاد قرارداد استفاده می‌کند. این مورد دارای شباهت تام به معامله اکراهی است؛ پس چگونه است که در موردی قرارداد صحیح دانسته شده و در دیگری، غیرنافذ؟ به نظر می‌رسد باتوجه به مبانی موجود در نظام حقوقی ایران باید بین معاملات باطل و صحیح اشخاص مست وضعیت دیگری نیز در نظر گرفت و در فرضی که شخص دارای قصد است اما رضای وی مخدوش است، معامله او را غیرنافذ و منوط به تأیید بعدی وی دانست. در این وضعیت، ساختار و ارکان تشکیل عقد، به‌جز رضایت شخص مست موجود است و با رضایت بعدی عقد کامل خواهد شد.

این دیدگاه از حیث مبانی فقهی نیز تقویت‌شدنی است و در حقوق تطبیقی نیز مؤیداتی می‌توان برای آن یافت. مهم‌ترین مستند در این خصوص، روایت صحیح ابن‌بزیع از امام کاظم (ع) است که بر امکان تأیید یا رد قرارداد شخص مست بعد از هوشیاری دلالت دارد. در این روایت چنین آمده است: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (ع) عَنِ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَتْ بِشُرْبِ النَّبِيذِ فَسَكِرَتْ فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا رَجُلًا فِي سُكْرٍهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ فَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ ثُمَّ ظَنَّتْ أَنَّهُ يَلْزُمُهَا

۴۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۴۵/۲۹.

۴۴. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۴۶۸/۱۰.

۴۵. انصاری، کتاب النکاح، ۸۹.

فَفَزَعَتْ مِنْهُ فَأَقَامَتْ مَعَ الرَّجُلِ عَلَى ذَلِكَ التَّزْوِيجِ أَمْ حَلَالٌ هُوَ لَهَا أَمْ التَّزْوِيجُ فَاسِدٌ لِمَكَانِ السُّكْرِ وَلَا سَبِيلَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا؟ فَقَالَ إِذَا أَقَامَتْ مَعَهُ بَعْدَ مَا أَفَاقَتْ فَهُوَ رِضًا مِنْهَا قُلْتُ وَيَجُوزُ ذَلِكَ التَّزْوِيجُ عَلَيْهَا فَقَالَ نَعَمْ؛ از امام کاظم (ع) درباره زنی سؤال کردم که شرب نبیذ کرد و مست شد، در همان حالت مستی خودش را به تزویج مردی در آورد. بعد که مستی او از بین رفت، تزویج را انکار کرد. بعد به علت ظن به ملزم بودن به رعایت نکاح، نزد آن مرد ماند. آیا آن مرد بر این زن حلال است یا اینکه به سبب مستی زن، تزویج فاسد است و آن مرد هیچ حقی بر این زن ندارد؟ امام (ع) در جواب فرمود: اگر بعد از مستی نزد آن مرد ماند، این رضایت به زوجیت است. از امام (ع) سؤال کرد: آیا آن تزویجی که بر این زن واقع شده، صحیح است؟ امام (ع) فرمود: بله. «این روایت از نظر سند، صحیح اعلائی است و تمام روایانش از عدول و امامی هستند. در تهذیب الاحکام،^{۴۶} وسائل الشیعة،^{۴۷} مستدرک الوسائل،^{۴۸} عوالی اللئالی،^{۴۹} الوافی^{۵۰} و کتب دیگری نیز از این روایت خبر داده‌اند. شیخ طوسی در نه‌ایه،^{۵۱} قاضی ابن براج در مهذب،^{۵۲} فاضل مقداد در تنقیح،^{۵۳} محقق سبزواری در کفایه،^{۵۴} فیض کاشانی در مفاتیح الشرائع،^{۵۵} شیخ یوسف بحرانی در حدائق،^{۵۶} شیخ انصاری،^{۵۷} صاحب جواهر^{۵۸} و سید محمد کاظم یزدی^{۵۹} بر طبق این روایت و اعتبار آن فتوا داده‌اند.

روایت مذکور دال بر این است که زن مست اگر در حال مستی خود با کسی ازدواج کند و پس از افاقه یافتن، به آن ازدواج رضایت داشته باشد، عقد او صحیح است. در نگاه نخست، روایت مذکور برخلاف اصل اعتبار عقل در صحت عقد است. عقد شخص مست صحیح نیست، چون وی فاقد عقل و شعور است، پس چگونه است که در این روایت با رضایت بعدی عقد صحیح قلمداد شده است؟ به نظر نگارندگان، روایت ناظر به مرتبه‌ای از مستی است که شخص دارای قصد است اما رضایتش مخدوش است

۴۶. طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۹۲/۷.

۴۷. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۹۴/۲۰.

۴۸. نوری، مستدرک الوسائل، ۳۲۲/۱۴.

۴۹. احسائی، عوالی اللئالی العزیزة، ۳۱۳/۳.

۵۰. فیض کاشانی، الوافی، ۶۸۵/۲۲.

۵۱. طوسی، نه‌ایه، ۴۶۸.

۵۲. ابن براج، المهذب، ۱۹۶/۲.

۵۳. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۱۲/۳.

۵۴. سبزواری، کفایه الاحکام، ۹۱/۲.

۵۵. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۲۶۰/۲.

۵۶. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۷۴/۲۳ و ۱۷۵.

۵۷. انصاری، کتاب النکاح، ۸۹.

۵۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۴۴/۲۹.

۵۹. طباطبائی، العروة الوثقی، ۸۵۴/۲.

حالت نشو و هذیان است.^{۶۵} بنابراین، باید قائل بر این بود که معاملات شخص مست در مرتبه محل بحث دارای صحت تأهلی است. در صحت تأهلی، معامله باطل نیست اما اهلیت و امکان صحیح شدن را خواهد داشت.^{۶۶} به بیان دیگر، باتوجه به اینکه شخص مست در مرتبه محل بحث در وضعیت ناهوشیار نسبی قرار دارد، می توان چنین معاملاتی را غیر نافذ و منوط به تنفیذ شخصی دانست که هوشیاری کامل در زمان معامله نداشته است. ممکن است عدم کمال هوشیاری در فرد سبب شود که در زمان انعقاد معامله تمام جوانب معامله را نسنجد و به اصطلاح، سقیهانه معامله را منعقد کند یا به سبب حالاتی که بر وی عارض شده است مرحله سنجش را در سیر روانی به سوی معامله به خوبی طی نکرده باشد. لذا لازم است معامله را برای حفظ حقوق فرد ناهوشیار، دارای صحت تأهلی بدانیم و صحت فعلی را بر آن جاری ندانیم. در حقوق و رویه قضایی کشور انگلستان هم اثری از این برداشت دیده می شود؛ به این صورت که، معاملات فرد مست را برای وی الزام آور نمی دانند و بعد از افاقه، حق ابطال معامله را برای وی در نظر می گیرند. امکان رد این معامله بیشتر ناظر به موردی است که طرف معامله، از مست بودن فرد، ذی نفع بوده و در مستی و بی تعادلی حتی اندک طرف معامله یا نقش داشته یا اگر نقش نداشته از این امر سوء استفاده خود را کرده است و فرد را به نوعی دچار اکراه کرده است. در حقوق این کشور، قرارداد منعقد در این وضعیت برای فرد الزام آور نیست و می تواند ابطال قرارداد را مطالبه کند. همچنین است هنگامی که طرف معامله با آگاهی از وضعیت او حاضر به معامله با وی شده است.^{۶۷} به عبارت دیگر، هر چند در حقوق این کشور معاملات اشخاصی مانند بیماران روانی، معلولان ذهنی و اشخاصی که بسیار مست کرده اند باطل است، اما در جایی که فرد تحت تأثیر مصرف مواد و نوشیدنی های الکلی قرار گرفته (اما مست مست نیست)، قرارداد را ابطال شدنی می دانند؛ آن را برای فرد الزام آور نمی دانند و فرد در زمان افاقه، حق دارد آن را رد کند. البته در رویه انگلستان معامله را بیشتر در زمانی رد شدنی می دانند که طرف معامله از مستی فرد آگاه بوده یا اینکه از آن سوء استفاده کرده است؛ در غیر این صورت، متعرض معامله نمی شوند، مگر اینکه در این حالت، قرارداد ناعادلانه بسته شود؛ مانند موردی که فرد به صورت رایگان از دارایی خود به طرف مقابل بخشیده باشد.^{۶۸}

۶۵. شبیری زنجان، کتاب نکاح، ۴۶۸/۱۰.

۶۶. کریمی، صمدی، «سامان دهی نظریه صحت تأهلی»، ۱۵۵.

67 Duru, An Analysis of the Assertion that 'The Drunken Person is Classified Under the Law with Other Categories of Persons as Not Having the Capacity to Contract, 30

68 Teacher, Law (November 2013), Power Provided Under Law to Natural Person, Retrieved from <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/power-provided-under-law-to-natural-person-contract-law->

رأیی نیز در این خصوص از دادگاه انگلستان صادر شده که در تأیید معامله بعد از مستی و تنفیذ یا رد آن در این باره درخور توجه است. در رویه قضایی انگلستان در این زمینه اختلاف وجود داشته که آیا معاملات فرد مست همیشه باطل است یا قابل فسخ و ابطال نیز می‌تواند باشد؟ در یکی از آرای صادره در دعوی بین *matthews v. Baxter*، دادگاه به این نتیجه می‌رسد که معامله ابطال‌شدنی است و لزوماً باطل نیست. در این پرونده، باکستر در حال مستی از حراجی مالی را می‌خرد و پس از هوشیاری معامله را تأیید می‌کند اما سپس پشیمان می‌شود و خواهان رد آن است. دادگاه در این باره حکم می‌دهد که باتوجه‌به اینکه پس از برگشتن حالت عادی شخص معامله را تنفیذ کرده است دیگر نمی‌تواند ابطال آن را بخواهد. بنابراین، در حقوق انگلستان نیز برای مراتبی از مستی این امر پذیرفته شده است که زمانی که فرد، هوشیار می‌شود، معامله سابق خود در حال مستی را می‌تواند تصویب یا رد کند.^{۶۹}

نتیجه‌گیری

از نظر پزشکی، مستی مراتبی دارد که دو وضعیت صحت و بطلان نمی‌تواند معاملات واقع‌شده در همه آن مراتب را پوشش دهد و باید وضعیت حقوقی عدم‌نفوذ را نیز در خصوص برخی معاملات شخص مست پذیرفت؛ به این صورت که، هرگاه مستی سبب زوال قصد و رضای فرد شود معامله وی باطل است. هرگاه مستی به هیچ‌یک از قصد و رضا خلل وارد نکند، معامله شخص صحیح است و هرگاه شخص مست دارای قصد باشد اما رضای وی به علت شرایط هیجانی حاکم بر او مخدوش باشد، معامله وی غیرنافذ خواهد بود. در این مرتبه، معاملات شخص مست شبیه با معاملات شخص مکره یا سفیه است و چون شخص قصد دارد اما نمی‌تواند مصلحت خود را به خوبی لحاظ کند، معاملاتش دارای صحت تأهلی است و می‌تواند پس از رفع اثرات مستی، معامله منعقدشده را تنفیذ یا رد کند.

منابع

- ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر. المذهب. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
احسائی، محمدبن‌علی. عوالی اللئالی العزیزیه. قم: دار سید الشهداء. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
امامی. حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیة. بی‌تا.
انصاری، مرتضی‌بن‌محمد امین. کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول،

۱۴۱۵ق.

بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۹۴. درس خارج فقه. مدرسه فقهیه. ۱۴۰۱/۰۸/۰۶.
<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/javadi/feqh/94/941113/%3D%22%D8%AF%D8%B1%20%D8%AD%D8%A7%D9%84%20%D9%85%D8%B3%D8%AA%DB%8C%22>.
22.

حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

سبزواری، محمد باقر. کفایة الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
سفی مازندرانی، علی اکبر. دلیل تحریر الوسيلة: الوصية. تهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، بی تا.

شیرازی زنجانی، موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

شوشتری، نورالله بن شرف الدین. مقياس الانوار. چاپ سنگی.

شهیدی، مهدی. حقوق مدنی: تعهدات. تهران: مجد. چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۷.

شهیدی، مهدی. حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد. چاپ چهاردهم، ۱۳۹۸.

شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بیروت: دار التراث-الدار الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. به شرح کلانتر. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

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

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

صیمری، مفلح بن حسن. غاية المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی، محمد کاظم. العروة الوثقی. بیروت: اعلمی. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

طوسی، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.

طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشریعة علی مذهب الإمامية. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول،

۱۴۲۰ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق. علی‌آبادی، علی. «قصد و رضا و تأثیر آن دو در تحقق عقد»، نشریه مقالات و بررسی‌ها. دوره ۷۱، شماره پیاپی ۸۴۷، ۱۳۸۱، ۱۴۹ تا ۱۶۵.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

فتحی، مرتضی، عادل ساریخانی، رضا رضایی. «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. دوره ۸، ش ۱، ۱۴۰۰، ۷۹ تا ۱۰۶. [doi: 10.22091/csiw.2020.5560.1829](https://doi.org/10.22091/csiw.2020.5560.1829)

فیض کاشانی، ملامحسن. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع). چاپ اول، ۱۴۰۶ق. فیض کاشانی، ملامحسن. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، بی تا. قایدامینی اسدآبادی، مصطفی. بررسی تطبیقی اثر جنون، صغر و مستی بر قرارداد در حقوق ایران و انگلیس. پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی مسعود البرزی ورکی. موسسه آموزش عالی غیردولتی غیرانتفاعی کار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی. ۱۳۹۰.

قنوتی، جلیل. «رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی با تأکید بر دیدگاه امام خمینی (ره)»، روش شناسی علوم انسانی. ش ۲۰، ۱۳۷۸، ۸۵ تا ۱۰۵.

کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش. چاپ چهارم، ۱۳۹۹.

کریمی، عباس، افروز صمدی. «سامان‌دهی نظریه صحت تأهلی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۵۱، ش ۱، ۱۳۹۷، ۱۵۵ تا ۱۶۸.

[doi: 10.22059/jjfil.2018.223619.668270](https://doi.org/10.22059/jjfil.2018.223619.668270)

مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی. روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور. چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.

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

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

نوری، حسین بن محمدتقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: آل‌البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۸ق.

Duru, Onyekachi. "An Analysis of the Assertion that "The Drunken Person is Classified Under the Law with Other Categories of Persons as Not Having the Capacity to Contract'." *Available at SSRN 2154673* 2012.

Dickson, Everard. "The Medico-Legal Aspects of Drunkenness—I." *Medico-Legal and Criminological Review* 3, no. 4 1935

Nicholls, A. G. "A Dissertation on Drunkenness." *Canadian Medical Association Journal* 18, no. 6 1928

Robb-Dover, Kristina 2020, The Four Levels of Being Drunk, available at: <<https://therehab.com/news/the-4-levels-of-being-drunk>> last visited on 23/11/ 2022

Teacher, Law November 2013, Power Provided Under Law to Natural Person, Retrieved from <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/power-provided-under-law-to-natural-person-contract-law-essay.php?vref=1>.

Wallerstein, Shlomit. "'A drunken consent is still consent'—or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree." *The Journal of Criminal Law* 73, no. 4 2009.

Transliterated Bibliography

Aḥsā'ī, Muḥammad ibn 'Alī. *'Awālī al-Lā'ālī al-'Azīziyah*. Qum: Dār Sayyid al-Shuhadā. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

'Alīābādī, 'Alī. "Qaṣḍ va Rizā va Ta'ṣīr ān dū dar Taḥaqquq 'Aqd", *Nashriyih-yi Maqālāt va Barrisī-hā*. Durīh-yi 71, no. 847, 2003/ 1381, 149-165.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Sharīyah 'alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Nikāḥ*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A'zam Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā'iq al-Nāḍira fī Ahkām al-'Itra al-Tāhira*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Faḍīl Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām 'an Qawā'id al-Ahkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Faḍīl Miqdād, Miqdād ibn 'Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā'i li-Mukhtaṣar al-Sharā'i'*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat

Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Fathī, Murtaḍā, ‘Ādil Sārīkhānī, Rizā Rizāyī. “Taṣīr Mastī bar Mas’ūliyat-i Kayfarī dar Ḥuqūq-i Kayfarī Irān, Iskātland va Fiqh Islāmī”. *Pazhūhish Taṭbiqī Ḥuqūq Islām va Gharb*. Durīh-yi 8, no. 1, 2022/1400, 79-106.

Fiḍ Kāshānī, Mulā Muḥsin. *al-Wāfi*. Isfahān: Kitābkhānah-yi Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī (AS). Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Fiḍ Kāshānī, Mulā Muḥsin. *Maḥāṭib Shar‘ī*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī, Chāp-i Awwal, s.d.

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

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

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

Imāmī, Ḥasan. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmīyyah. s.d.

Javādī Āmulī, ‘Abd Allāh. *Dars Khārij Fiqh*. Madrisah-yi Fiqāhat. 2022/10/28; 1401/08/06.

Karīmī, ‘Abbās, Afrūz Ṣamadī. “Sāmāndihī Nazariyih-yi Ṣiḥat Ta‘āhuk”, *Fiqh va Mabānī Ḥuqūq Islāmī*. Durīh-yi 51, no. 1, 2019/1397, 155-168.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Ganj-i Dānish, Chāp-i Chāhārum, 2021/1399.

Majlisī, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ‘Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū‘assisah-yi Farhangī Islāmī Kūshānbūr, Chāp-i Duwwum, 1986/1406.

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

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

Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā’il wa Mustanbaṭ al-Masā’il*. Beirut: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Qanavātī, Jalīl. “Rābiṭih-yi Qaṣd va Rizā dar A‘māl Ḥuqūqī bā Ta‘kīd bar Didgāh-i Imām Khumaynī”, *Ravishshināsī ‘Ulūm Insānī*. no. 20, 2000/1378, 85-105.

Qāyid Amīnī Asaadābādī, Muṣṭafā. Barrisī Taṭbīqī Aṣar Junūn, Ṣaghr va Mastī bar Qarārdād dar Ḥuqūq Irān va England. Master Thesis, Supervisor: Mas'ūd Alburzī Varakī. Mū'assisah-yi Āmūzish 'Ālī Ghiyr Dūlatī Ghiyr Intifā'ī Kār, Dānishkadīh-yi Adabīyāt va 'Ulūm Insānī. 2012/1390.

Sabzawārī, Muḥammad Bāqir. *Kifāya al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

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

Sayfī Māzandarānī, 'Alī Akbar. *Dalīl Taḥrīr al-Wasīlah: al-Waṣīya*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal. s.d.

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

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

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

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah*. Bi Sharḥ Kalāntar. Qum: Kitāb-furūshī Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shahīdī, Mahdī. *Ḥuqūq-i Madanī: Ta'ahhudāt*. Tehran: Majd. Chāp-i Bist va Duwvum, 2019/1397.

Shahīdī, Mahdī. *Ḥuqūq-i Madanī; Tashkīl Qarārdād-hā va Ta'ahhudāt*. Tehran: Majd. Chāp-i Chāhārdahum, 2020/1398.

Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra'ypardāz. Chāp-i Awwal. 1998/1419.

Shushtarī, Nūr Allāḥ ibn Sharaf al-Dīn. *Miqyās al-Anwār*. Chāp Sangī.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzīm. *al-'Urwa al-Wuthqā*. Beirut: A'lamī. Chāp-i Duvvum, 1989/1409.

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

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



Jurisprudential evaluation of Taking Possession of *Hajj* Expenses and the Removal of Financial Capability for the Eligible Pilgrim

Mohammad Baqir Karmlacha'b (Corresponding Author), Graduate of Level Two, Jaza'iriya Seminary, Shushtar, Khuzestan, Iran

Email: mhmdbaqrk176@gmail.com

Dr. Hamid Mo'azeni Bistgani, Graduate of Level Four, Qom Seminary, and PhD, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology, Law, and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchestan, Zahedan, Iran

Abstract

Hajj is one of the conditional obligations and becomes mandatory for the *mukallaf* (the legally responsible individual) once they achieve financial capability or *'istiṭā'ah*. Based on the consensus of the jurists (ijmā) and with reference to clear evidence, a *mukallaf* is prohibited from manipulating their property in a way that would remove their financial capability after they acquire *'istiṭā'ah*. However, jurists have differing views on whether the prohibition is absolute or conditional, with several opinions presented. Some consider the criterion for prohibition to be the ability of the journey, while others define it as the departure of the caravan, and some the arrival of the months of *Hajj*. Yet another group asserts that the prohibition is absolute. The present study is conducted using the descriptive-analytical method and library research, and concludes that the individual is prohibited from depriving themselves of this capacity under any circumstances after achieving *'istiṭā'ah*. Some advocates of the absolute prohibition of forfeiting *'istiṭā'ah* have made exceptions, permitting the individual to act in cases on necessity. This stance is supported by narrative evidence and jurisprudential principles. In terms of legal status (*ḥukm-i waz'ī*), non-essential transactions carried out using the *nafaqah* allocated for *Hajj* are valid and legally binding.

Keywords: *'istiṭā'ah*, forfeiture of *'istiṭā'ah*, utilization of *Hajj* funds, neglect of obligation, *nafaqah* for *Hajj*, jurisprudence of *Hajj*.





افقه‌ور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۹۵ - ۱۶۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۲

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.79891.1487>

نوع مقاله: پژوهشی

ارزیابی فقهی تصرف در نفقه حج و سلب استطاعت مستطیع

محمدباقر کرملاجعب (نویسنده، مسئول)

دانش آموخته سطح دو حوزه علمیه جزائریه شهرستان شوشتر، خوزستان، ایران

Email: mhmdbaqrk176@gmail.com

دکتر حمید مؤذنی بیستگانی

دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم و دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه

سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران

چکیده

حج یکی از واجبات مشروط است و پس از تحقق استطاعت بر ذمه مکلف مستقر می‌شود. به اجماع فقها و با استناد به ادله متقن، مکلف پس از حصول استطاعت، مجاز به تصرف در اموال و سلب استطاعت از خود نیست. اما در اطلاق یا تنقید حرمت، بین فقها اختلاف نظر واقع شده و اقوالی مطرح است. برخی ملاک حرمت را تمکن از سفر و برخی خروج کاروان و برخی رسیدن به ماه‌های حج می‌دانند و بعضی دیگر قائل به اطلاق هستند. طبق یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای انجام شده است، پس از حصول استطاعت، مکلف از لحاظ زمانی، مطلقاً مجاز به سلب استطاعت از خود نیست. برخی از قائلان به اطلاق حرمت سلب استطاعت، آن را نسبت به شرایط مکلف تخصیص زده و مکلف را به هنگام ضرورت مجاز به تصرف دانسته‌اند که قول این دسته از فقها با استناد به دلیل روایی و قواعد فقهی پذیرفته شده است. از لحاظ حکم وضعی نیز معاملاتی که غیر ضروری و با استفاده از نفقه حج صورت می‌گیرد، صحیح و نافذ است.

واژگان کلیدی: استطاعت، سلب استطاعت، تصرف در مال الحج، تقویت واجب، نفقه حج، فقه الحج.

مقدمه

از جمله فرایض دینی که در مصادر تمام فرق اسلامی ثابت شده است، فریضه عبادی سیاسی حج است. برپاداشتن و امتثال حج علاوه بر آثار معنوی و پاداش اخروی، در تعظیم و تبلیغ شعائر دینی و ارتفاع جایگاه سیاسی و اجتماعی دین مبین اسلام تأثیر بسزایی دارد. فریضه حج همانند دیگر واجبات، مشروط به شرایط عامه تکلیف است اما علاوه بر شرایط عامه، به حکم آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»^۱ مشروط به حصول استطاعت نیز است و به شرط تحقق استطاعت، وجوب آن بر ذمه مکلف مستقر می شود که به اصطلاح اصولی، واجب مشروط نامیده می شود.

با ملاحظه اینکه وجوب حج، مشروط به حصول استطاعت است، طبیعتاً فروع بسیاری بر آن مترتب می شود. از جمله مسائل برگرفته از قید استطاعت و در زمینه استطاعت مالی عبارت است از: اگر شخصی از جنبه مالی مستطیع شود آیا می تواند در اموال خود تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند یا نمی تواند؟ و در صورت تصرف، آیا معاملاتی که با استفاده از آن اموال صورت گرفته، صحیح و نافذ هستند یا خیر؟

امروزه برخی از اقشار جامعه از درآمد شایان توجهی برخوردارند که طبق تحقیقات انجام شده بعضی از آن ها مستطیع شده اما متأسفانه برای ادای این فریضه الهی اقدام نمی کنند و در اموال خود تصرف می کنند، لذا این مسئله امروزه از مسائل فقهی مورد ابتلا به شمار می رود که همین در ضرورت بحث و پژوهش در این زمینه کافی است. علاوه بر آن، بنابر بررسی های صورت گرفته این مسئله به صورت جداگانه بررسی نشده است، مگر آنچه فقها و مراجع عظام تقلید در لابه لای تألیفات و دروس خود بیان کرده اند که نبود پیشینه به ضرورت بررسی این مسئله می افزاید.

اکنون با توجه به مبتلا به بودن مسئله و نبود پیشینه، تحقیق در این زمینه را ضروری دانستیم و در صدد آن هستیم که این مسئله را در قالب پژوهشی مستقل بحث و بررسی کنیم.

در این پژوهش، ابتدا به بررسی حکم تکلیفی تصرف و مسائل آن و سپس به بررسی حکم وضعی تصرف و انعقاد معاملات می پردازیم. در پایان هم دیدگاه مختار خود را بیان خواهیم کرد.

۱. بررسی حکم تکلیفی تصرف مستطیع در مال الحج

۱.۱. تبیین محل نزاع

باتوجه به اینکه حکم شرعی در مباحث اصولی، به حکم شرعی تکلیفی و حکم شرعی وضعی تقسیم

شده است^۲ و در این پژوهش درصدد بررسی حکم شرعی تصرف در مال الحج هستیم، لازم است مسئله را در مرحله اول از لحاظ حکم تکلیفی و در مرحله دوم از لحاظ حکم وضعی بررسی کنیم.

در ابتدا لازم به ذکر است که فقها تحقق استطاعت را مشروط به حصول چهار مورد دانسته‌اند:^۳ استطاعت مالی،^۴ استطاعت بدنی،^۵ استطاعت زمانی^۶ و استطاعت سربی.^۷ در صورتی که مکلف واجد تمام شرایط استطاعت باشد، اصطلاح مستطیع بر آن صدق خواهد کرد.

راجع به استطاعت مالی بسیاری از فقها قائل‌اند که اگر امثال حج متوقف بر آن اموال نباشد - مثلاً کسی هزینه مکلف را متعهد شود (حج بذلی) یا اینکه مکلف بتواند حج واجب خود را به‌عنوان خادم کاروانی امثال کند - مکلف مجاز به سلب استطاعت و تصرف در اموال خود خواهد بود؛^۸ زیرا دلیل حرمت تصرف در مال الحج - همان‌طور که خواهد آمد - «تقویت حج» است اما در فرض مذکور که مکلف برای امثال حج نیازمند اموال خود نیست، تصرف در اموال سبب تقویت واجب (حج) نمی‌شود و در نتیجه، جایز خواهد بود.

همچنین، بعضی از فقها عدم جواز تصرف را مقید به اطمینان به عدم حصول استطاعت دانسته و گفته‌اند: «ملاک عدم جواز تصرف این است که در صورت تصرف و خروج از استطاعت، سال دیگر نتواند مستطیع شود و حج به جا آورد، اما در صورتی که مطمئن باشد که در صورت تصرف تنها در سال جاری از استطاعت خارج شده اما در سال آینده مستطیع می‌شود و می‌تواند حج را امثال کند، هیچ اشکالی در جواز تصرف و خروج از استطاعت نیست، اگرچه ترک تصرف اولی و بهتر می‌باشد.»^۹

محل بحث و بررسی عبارت است از اینکه: مکلف برای امثال حج نیازمند اموال خود است یا به عبارتی دیگر، امثال حج متوقف بر آن اموال است و مطمئن است که در صورت سلب استطاعت، در سال آینده مستطیع نخواهد شد - که در این صورت اگر مکلف در اموال خود تصرف کند، دیگر نمی‌تواند حج واجب خود را به جا بیاورد - حال سؤال این است که آیا در این فرض جایز است مکلف در اموال خود تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند یا جایز نیست؟

۲. صدر، دروس، ۱۲/۱.

۳. خمینی، تحریر الوسیلة، ۳۹۲/۱.

۴. اینکه مکلف هر آنچه را که در سفر به آن نیاز دارد، از قبیل مأكول و مشروب و وسیلة نقلیه داشته باشد.

۵. اینکه مکلف برای رفتن به مکه و امثال حج توانایی و سلامت جسمی لازم را داشته باشد.

۶. اینکه مکلف برای انجام سفر حج و ادای مناسک، زمان کافی داشته باشد.

۷. اینکه در مسیر و مقصد امنیت داشته باشد و بر جان، مال یا آبروی خود در سفر و هنگام ادای مناسک احساس خطر نکند.

۸. آملی، مصباح الہدی، ۳۶۸/۱۱.

۹. فیاض، تعالیق مبسوطه، ۱۰۵/۸.

۱. ۲. ادله عدم جواز (حکم تکلیفی) تصرف مکلف مستطیع در مال الحج

نظر به آنچه بیان شد، لازم است مسئله را از نظر حکم تکلیفی و نیز حکم وضعی بررسی کنیم. در زمینه حکم تکلیفی سلب استطاعت، اکثر فقها که نظرات آن‌ها بیان خواهد شد قائل به حرمت و عدم جواز سلب استطاعت هستند؛ بلکه پس از تفحص و بررسی در کتب بزرگان و فقها، کسی را که مخالف و قائل به جواز تصرف باشد، نیافتیم و ظاهراً مسئله حرمت سلب استطاعت، میان فقها اجماعی است. اکنون در این قسمت از پژوهش درصدد پرداختن به بیان ادله حرمت تصرف در مال الحج و سلب استطاعت مستطیع هستیم و حکم تکلیفی تصرف و سلب استطاعت را بررسی می‌کنیم.

أ. روایات: اولین دلیلی که برای اثبات حرمت سلب استطاعت می‌توان به آن تمسک جست، «صحیحہ حلبی» است: «عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «إِذَا قَدَّرَ الرَّجُلُ عَلَى مَا يَحُجُّ بِهِ ثُمَّ دَفَعَ ذَلِكَ وَ لَيْسَ لَهُ شُغْلٌ يَعْذِرُهُ بِهِ فَقَدْ تَرَكَ شَرِيعَةً مِنْ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ.»^{۱۰}

نحوه استدلال: روایت حاکی از این است که اگر مکلف مستطیع شود و بدون عذر موجهی که او را نزد خداوند معذور بدارد حج را ترک کند، حقیقتاً یکی از شرایع اسلام را ترک کرده است و مسلم است که ترک واجبات، حرام است. سلب استطاعت هم از جمله اسبابی است که سبب ترک و دفع واجب است؛ لذا سلب استطاعت، سبب ترک واجب است و آنچه موجب ترک واجب می‌شود حرام است.

ب. وجوب حفظ استطاعت: دلیل دیگری که صلاحیت دلالت بر حرمت سلب استطاعت را داراست و می‌توان به آن استناد کرد این است که مکلف پس از حصول استطاعت، موضوع وجوب قرار می‌گیرد؛ زیرا طبق قواعد اصولی، منجز شدن حکم بر مکلف، متوقف بر علم او^{۱۱} و موضوع وجوب^{۱۲} است که در فرض مورد بحث، مکلف واجد شرایط تنجز حکم و مکلف شدن است، لذا موضوع حج واقع شده است. در نتیجه، پس از فراهم شدن شرایط، وجوب حج بر ذمه او مستقر می‌شود و پس از استقرار حج و فعلیت وجوب، انجام آنچه منافعی وجوب است از جمله تصرف در اموال، براساس مقدمات مفوتة اصولی ممنوع خواهد بود.^{۱۳}

اشکال: اشکال شده است که حج از واجبات مشروط است و براساس قواعد اصولی، بر مکلف واجب

۱۰. امام صادق (ع) می‌فرماید: اگر شخصی بر هر آنچه که برای حج نیاز دارد قادر شود و سپس آن را بدون عذر موجهی که او را نزد خداوند معذور بدارد، ترک کند، به تحقیق شریعه‌ای از شرایع اسلام را ترک کرده است. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶/۱۱.

۱۱. مظفر، اصول الفقه، ۳۵/۲.

۱۲. صدر، دروس، ۱۲۲/۱.

۱۳. مظفر، اصول الفقه، ۳۳۷/۱.

نیست خود را به زحمت اندازد تا شرایط وجوب را مهیا کند و موضوع آن قرار گیرد.^{۱۴} همچنین وجوب حج، مقتضی وجوب حفظ شرط (استطاعت) بعد از حصول هم نیست. در نتیجه، همان طور که تحصیل شرط حدوثاً واجب نیست، حفظ آن بقا هم واجب نخواهد بود و وجوب حج در وجوب حدوث و بقای استطاعت تأثیری ندارد.^{۱۵}

بعضی از فقها براساس این مبنا بر استدلال مورد بحث اشکال وارد کردند و آن را تام نمی دانند و برای اثبات حرمت سلب استطاعت به ادله خارجی استناد کرده و گفته اند: «اگر مکلف از حکم حج تخلف کند و خود را از استطاعت خارج کند، قهراً حکم وجوب حج به دلیل فقدان موضوع از ذمه اش ساقط می شود؛ زیرا وجود حکم حدوثاً و بقائاً دایرمدار وجود موضوعش می باشد که اکنون موضوعش مفقود شده است.»^{۱۶} در نتیجه، مکلف می تواند در اموال خود تصرف کند و خود را از موضوعیت وجوب خارج کند.

پاسخ به اشکال، پاسخ اول (نقضی): این استدلال و این گونه تحلیل در احکام شرعی، مثال نقضی دارد که در آن موارد فرض مسئله مانند مسئله مورد بحث است اما شرط را تنها شرط حدوث دانسته اند و پس از حصول آن، حکم را بر ذمه مکلف مستقر می دانند.

۱. آیه شریفه «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا»^{۱۷} فقها با استناد به این آیه شریفه، زنا را تنها شرط حدوث حکم دانسته اند و زانی و زانیه را پس از ارتکاب فعل قبیح زنا، محکوم به جلد کرده اند. چنان که شهیدین می نویسند: «و یجلد الزانی أشد الجلد.»^{۱۸}

۲. آیه شریفه «و السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»^{۱۹} فقها همان گونه که به آیه فوق برای اثبات حکم جلد برای زانی استدلال و استناد کرده اند، به این آیه شریفه هم برای اثبات حکم قطع ید برای سارق و سارقه استناد کرده اند که سرقت را تنها شرط حدوث حکم قطع ید دانسته و به قطع ید سارق و سارقه حکم کرده اند. این مسئله از مسائل اجماعی نزد فقهاست.^{۲۰} چنان که شیخ طوسی سارق را علاوه بر حکم به قطع اصابع ید سارق، به برگرداندن آنچه برده است محکوم کرده و گفته است: «السارق یقطع و یغرم ما یسرقه.»^{۲۱}

۱۴. صدر، معالم، ۱/۱۹۲.

۱۵. حکیم، مستمسک، ۱۰/۱۰۶.

۱۶. هاشمی شاهرودی، کتاب الحج، ۱/۱۳۰.

۱۷. نور: ۲.

۱۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۹/۱۰۶.

۱۹. مانده: ۳۸.

۲۰. فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۰/۶۲۰.

۲۱. طوسی، الخلاف، ۳/۴۹۵.

در نتیجه، ثابت شد که شرایط احکام در واجبات مشروط، تنها شرط حدوث هستند و تنجز و به فعلیت رسیدن احکام، تنها متوقف بر حدوث شرایط است اما بعد از تنجز حکم، به حال خود باقی می ماند اگرچه شرط آن منتفی شود.

پاسخ دوم (روایی): دومین پاسخی که برای پاسخ به اشکال وارد می توان به آن استناد کرد این است که روایات زیادی وارد شده است که استطاعت را تنها شرط حدوث می دانند و وجوب حج را تنها متوقف بر حصول استطاعت می دانند و با زوال استطاعت، حکم از بین نخواهد رفت؛ بلکه بر ذمه مکلف مستقر می ماند.

روایت اول (صحیح حلی): از جمله روایات دال بر شرط حدوث بودن استطاعت، صحیح حلی^{۲۲} مذکور است که عبارت آن «قدر علی ما یحج به» به صیغه ماضی آمده و وجوب حج را تنها متوقف بر حدوث استطاعت می داند و بقای استطاعت ملاک بقا و انتفاء حکم نیست.

روایت دوم (صحیح محمد بن مسلم): در روایات حج بذلی آمده است: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ فِي حَدِيثٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَإِنْ عُرِضَ عَلَيْهِ الْحَجُّ فَاسْتَحْيَا قَالَ «هُوَ مِمَّنْ يَسْتَطِيعُ الْحَجَّ»^{۲۳} که حاکی از این است: اگر کسی هزینه حج مکلف را به او ببخشد و مکلف به دلیل خجالت، آن اموال را قبول نکند، بر او اصطلاح مستطیع صدق خواهد کرد؛ زیرا استطاعت که شرط حدوث است، حاصل و وجوب حج بر ذمه او مستقر شده است.

پاسخ سوم (قواعد اصولی): پس از اینکه با استناد به روایات، اشکال مطرح شده را پاسخ دادیم، می توان به نحوه دیگری و با استناد به قواعد اصولی هم آن اشکال را پاسخ گوئیم و نقد کنیم.

بیان استدلال: در ابتدا بایستی سؤال شود که اشکال کننده، حج را از قبیل واجب معلق می داند یا واجب مشروط؟ زیرا در مباحث اصولی در تقسیم بندی واجب، آن را در تقسیمی، به واجب مطلق و مشروط^{۲۴} و در تقسیمی دیگر، به واجب معلق و منجز^{۲۵} تقسیم کرده اند.

در صورتی که آن را از قبیل واجب معلق بدانیم، تنها متوقف بر حدوث استطاعت است و پس از حصول استطاعت، فعلی و منجز می شود. پس از اثبات این مسئله به چه دلیل می توان ادعا کرد که مکلف مجاز به سلب استطاعت است و می تواند خود را از استطاعت خارج کند؟

۲۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶/۱۱.

۲۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۰/۱۱.

۲۴. عبدی، الأساس فی اصول الفقه، ۶۸.

۲۵. فاضل لنکرانی، ایضاح الکفایة، ۲۳۲/۲.

همچنین، اگر وجوب حج را از باب وجوب مشروط بدانیم نیز مستقر و منجز است و انجام فعلی که منافعی آن باشد، جایز نیست؛ زیرا شرط (استطاعت) حاصل شده است و واجب مشروط پس از حصول شرط به واجب مطلق تبدیل خواهد شد^{۲۶} که براساس این مبنا، اکثر فقها^{۲۷} به عدم جواز تصرف و سلب استطاعت فتوا داده‌اند. در نتیجه، اشکال مطرح شده وارد نیست و مکلف پس از حصول استطاعت، مجاز به تصرف نخواهد بود و نمی‌تواند استطاعت خود را سلب کند.

ج. قبح تفویت واجب: علاوه بر ادله سابق بر وجوب حفظ استطاعت، یکی دیگر از ادله‌ای را که می‌توان برای اثبات حرمت تصرف در مال الحج اقامه کرد، «قبح تفویت واجب» است؛ زیرا تصرف مورد بحث موجب تفویت واجب می‌شود و تفویت واجب، به اجماع فقهای امامیه از نظر عقلی قبیح است.

بیان استدلال: استدلال به این قاعده نیازمند طرح مقدماتی است که عبارت‌اند از:

مقدمه اول: منجز شدن امر وجوب و استقرار حج بر ذمه مکلف، مشروط به حصول استطاعت است و زمانی که مکلف مستطیع شود و به وجوب حج علم داشته باشد، حج بر ذمه او فعلیت می‌یابد و مستقر می‌شود.

مقدمه دوم: تصرف در اموال، مستطیع را از استطاعت خارج خواهد کرد و موجب سلب قدرت مکلف بر ادای مناسک حج می‌شود یا به اصطلاح علمی، این تصرف موجب تفویت واجب شود.

مقدمه سوم: تفویت واجب هم براساس قاعده فقهی «قبح تعجیز المكلف نفسه عما يتعلق به التكلیف»^{۲۸} و اجماع فقهای امامیه، به حکم عقل قبیح است.^{۲۹}

مقدمه چهارم: طبق قانون ملازمه «قاعدة كل ما حكم به العقل حكم به الشرع»^{۳۰} از لحاظ شرعی، تفویت واجب - که سبب آن در مسئله مورد بحث تصرف در مال الحج است - قبیح عقلی و ممنوع شرعی است و در نتیجه، حرام خواهد بود.

در پایان ثابت شد که به حکم عقل و به تبع به حکم شرع، تصرف در مال الحج، قبیح و حرام است و مکلف مستطیع مجاز به تصرف در مال الحج به هر نوعی نیست.

در نتیجه، ثابت شد که پس از حصول استطاعت، حج بر ذمه مکلف مستطیع مستقر می‌شود و پس از استقرار وجوب، تصرف در مال الحج حرام است و مکلف نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند.

۲۶. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۵۵/۲.

۲۷. اشتهاردی، مدارک العروة، ۱۴۰/۲۴.

۲۸. سبزواری، مهذب الاحکام، ۷۲/۱۲.

۲۹. موسوی روضاتی، اجماعات فقهاء الامامیه، ۳۸/۵.

۳۰. مظفر، اصول الفقه، ۲۹۳/۱.

۳.۱. محدوده زمانی حرمت سلب استطاعت

نظر به آنچه گذشت، احراز شد که تصرف در مال الحج و سلب استطاعت جایز نیست و حرام است. اکنون درصدد بررسی محدوده زمانی حرمت سلب استطاعت هستیم، مبنی بر اینکه آیا حرمت سلب استطاعت، مطلق است و در تمام زمان‌ها باقی است یا محدود به زمان خاصی است؟ این مسئله بین فقها محل اختلاف است و بعضی، آن را مطلق و بعضی، آن را محدود و مقید می‌دانند که به بیان اقوال فقها می‌پردازیم.

۱.۳.۱. اقوال فقها

فقها در این زمینه باتوجه به عصر خود و ادله‌ای که اقامه کرده‌اند، نظرات مختلفی را مطرح کرده‌اند و هر دسته، ملاک خاصی را به عنوان «حد التعجیز» یا همان «محدوده حرمت سلب استطاعت» ذکر کرده‌اند که پس از بررسی اقوال توانستیم تمام اقوال را در چهار قول عمده دسته‌بندی کنیم. اکنون درصدد بیان اقوال و ذکر نام قائلان به آن اقوال هستیم.

أ. بعد از خروج کاروان: بسیاری از علما، مانند علامه حلی که در تذکره فرموده است: «اموال و استطاعت مالی در زمان خروج مردم معتبر است»^{۳۳۱} و همچنین در منتهی،^{۳۳} شهید اول،^{۳۴} محقق اردبیلی،^{۳۵} صاحب مدارک،^{۳۶} فاضل هندی،^{۳۷} صاحب جواهر^{۳۸} و از معاصران، آیت الله بهجت،^{۳۹} ملاک حرمت سلب استطاعت را خروج کاروان دانسته و گفته‌اند که مکلف مستطیع، قبل از خروج کاروان مجاز به سلب استطاعت است و می‌تواند در اموال خود تصرف کند اما بعد از حرکت کاروان لازم است همراه آنان برود و اموال را صرف ادای حج کند.

ب. تمکن از رفتن: دسته دیگری از علما؛ مانند صاحب عروة،^{۴۰} سیدحکیم^{۴۱} و آملی^{۴۲} ملاک

۳۱. «المال إنما يعتبر وقت خروج الناس.»

۳۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۶۰/۷.

۳۳. علامه حلی، منتهی المطلب، ۸۱/۱۰.

۳۴. شهید اول، دروس، ۳۱۲/۱.

۳۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۷۴/۶.

۳۶. موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۴۵/۷.

۳۷. فاضل هندی، کشف اللثام، ۹۸/۵.

۳۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۰۲/۹.

۳۹. بهجت، مناسک حج، ۴۱.

۴۰. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۸۳/۴.

۴۱. حکیم، مستمسک، ۱۰۷/۱۰.

۴۲. آملی، مصباح الهدی، ۳۶۵/۱۱.

حرمت سلب استطاعت را تمکن از سفر دانسته و گفته‌اند: «زمانی که مکلف واجد شرایط رفتن به حج و متمکن از سفر حج باشد، مجاز به تصرف در اموال و سلب استطاعت نیست و در صورت تصرف، حج بر ذمه او مستقر می‌ماند. اما قبل از تمکن می‌تواند در اموال خود تصرف نماید و خود را از استطاعت خارج کند.»

بعضی از فقها، نظیر امام خمینی^{۴۳} ضمن قول به ملاک بودن تمکن، در سبب عدم تمکن قائل به تفصیل شده و گفته‌اند: «اگر مکلف به دلیل عدم صحت بدنی و تخلیه سرب، متمکن از سفر حج نباشد، جایز است در اموال خود تصرف کند اما در صورتی که دلیل عدم تمکن، مهیان بودن مقدمات سفر یا نداشتن همسفر باشد، در صورتی که احتمال مهیاشدن شرایط را بدهد، نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند و در صورت تصرف و مهیاشدن شرایط - پیداشدن همسفر و مهیاشدن مقدمات سفر - حج بر ذمه او مستقر گشته و واجب است در اسرع وقت آن را ادا کند.»

بعضی دیگر از فقها، نظیر آیت‌الله سبزواری^{۴۴} و خوانساری^{۴۵} صرف عدم تمکن فعلی را معتبر نمی‌دانند، بلکه ملاک حرمت سلب استطاعت را ناامیدی از تمکن می‌دانند؛ به این بیان که، اگر مکلف مستطیع، متمکن از سفر نباشد اما امید به تمکن داشته باشد، مجاز به تصرف در اموال نخواهد بود.

ج. تمکن از رفتن و دخول اشهر الحج: گروهی دیگر از فقها، مانند محقق نائینی^{۴۶} ملاک حرمت و محدوده زمانی آن را یکی از دو شرط «تمکن از سفر» و «اشهر الحج» می‌دانند. براین اساس، مکلف در صورتی که اولاً متمکن از سفر نباشد و ثانیاً ماه‌های مخصوص حج نرسیده باشد، مجاز به تصرف است و می‌تواند خود را از استطاعت خارج کند. اما در صورتی که یکی از شرایط مذکور منتفی باشد - مثلاً اشهر الحج برسد اگرچه متمکن از سفر نباشد - جایز نیست در اموال خود تصرف کند.

برخی دیگر از فقها، نظیر آیت‌الله مظاهری^{۴۷} صرف دخول اشهر الحج و رسیدن وقت حج را معتبر دانسته و فرموده است: «انسان می‌تواند قبل از رسیدن وقت حج، خود را از استطاعت خارج کند.»

د. جایز نیست مطلقاً: قسمی دیگر از فقها، نظیر محدث بحرانی^{۴۸} سیدخونی^{۴۹}، تبریزی^{۵۰} فاضل

۴۳. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۸۳/۴.

۴۴. سبزواری، مهذب الاحکام، ۷۲/۱۲.

۴۵. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۸۴/۴.

۴۶. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۸۴/۴.

۴۷. مظاهری، مناسک حج، ۲۱.

۴۸. بحرانی، حدائق، ۱۰۷/۱۴.

۴۹. خونی، مناسک الحج، ۱۹.

۵۰. تبریزی، مناسک الحج، ۲۵.

لنکرانی،^{۵۱} حکیم،^{۵۲} علوی گرگانی،^{۵۳} سیستانی،^{۵۴} روحانی،^{۵۵} سبحانی،^{۵۶} مکارم شیرازی^{۵۷} و نوری همدانی^{۵۸} حرمت را تنها متوقف بر حصول استطاعت می‌دانند و بعد از حصول استطاعت، مکلف را مطلقاً مجاز به تصرف در اموال خود نمی‌دانند؛ بلکه موظف است استطاعت خود را حفظ کند و در زمان مخصوص حج، حج مستقر بر ذمه خود را امثال کند.

بعضی دیگر از فقها، نظیر محقق حلی،^{۵۹} شیخ طوسی در الخلاف^{۶۰} و المبسوط^{۶۱} آن را بر نکاح مقدم کرده‌اند که مفهوم تقدیم این بزرگواران این است که حج بر همه اشیا مقدم است؛ زیرا ترک نکاح، مستلزم مشقت عظیم و حرج شدید است. با استفاده از این تحلیل فهمیده می‌شود که سلب استطاعت مطلقاً حرام است.

بعضی از فقهای متأخرالمتأخرین، مانند نراقی^{۶۲} و فقهای معاصر، مانند فاضل لنکرانی،^{۶۳} شبیری زنجانی،^{۶۴} هاشمی شاهرودی،^{۶۵} فیاض^{۶۶} و حائری^{۶۷} مقداری اطلاق را تخصیص زده و آن را به عدم نیازِ مبرم مقید کرده و گفته‌اند: «اگر مکلف نیاز ضروری به اموال پیدا کند، در حدی که عدم تصرف موجب عسرو حرج شود می‌تواند تصرف کند و از استطاعت هم ساقط می‌شود.»

۱.۳.۲. بررسی اقوال فقها

نظر به آنچه ذکر شد، با توجه به اینکه فقها در ملاک حرمت استطاعت اختلاف نظر دارند، لازم است اقوال را بررسی و در پایان دیدگاه مختار خود را بیان کنیم.

۵۱. فاضل لنکرانی، مناسک الحج، ۳۰.

۵۲. طباطبائی حکیم، مناسک الحج، ۳۰.

۵۳. علوی گرگانی، مناسک حج، ۱۵.

۵۴. خمینی، مناسک حج، ۳۱.

۵۵. روحانی، مناسک حج، ۲۶.

۵۶. سبحانی تبریزی، مناسک حج، ۳۱.

۵۷. مکارم شیرازی، مناسک جامع حج، ۳۳.

۵۸. نوری همدانی، مناسک الحج، ۳۲.

۵۹. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۲۰/۱.

۶۰. طوسی، الخلاف، ۲۴۸/۲.

۶۱. طوسی، المبسوط، ۲۹۸/۱.

۶۲. نراقی، مستند الشیعة، ۵۹/۱۱.

۶۳. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۱۷/۱.

۶۴. شبیری زنجانی، مناسک الحج، ۱۶.

۶۵. هاشمی شاهرودی، مناسک الحج، ۲۳.

۶۶. فیاض، مناسک الحج، ۱۵.

۶۷. حسینی حائری، مناسک الحج، ۱۷.

بررسی و نقد قول اول و دوم و سوم: در اقوال سه‌گانه اول، همه قائلان در تعیین ملاک مشترک هستند و همه آن‌ها برای حرمت سلب استطاعت، محدوده و ملاک تعیین کرده‌اند، اما بعضی از آن‌ها ملاک را خروج کاروان و بعضی دیگر، تمکن از مسیر و بعضی دیگر، آن را اشهر الحج می‌دانند، که این اشتراک حاکی از این است که در استدلال هم مشترک هستند. اکنون درصدد نقل و نقد استدلال مشترک این اقوال هستیم.

استدلال مشترک اقوال سه‌گانه اول: فقهای قائل به این اقوال برای اثبات نظریه‌های خود به این دلیل تمسک کرده‌اند که آنچه از روایات فهمیده می‌شود این است که وجوب حج هنگام خروج کاروان رفقا (طبق مبنای اول)، تمکن مکلف از مسیر (طبق مبنای دوم) و دخول اشهر الحج (طبق مبنای سوم) بر مکلف منجز و فعلی می‌شود؛ زیرا قبل از تمکن از مسیر و خروج کاروان رفقا و دخول اشهر الحج، مکلف در استطاعت و استقرار تکلیف حج بر ذمه خود شک دارد و طبق مجاری اصول عملیه، در هنگام شک در تکلیف، اصل برائت جاری می‌شود^{۶۸} و اصل بر عدم وجوب خواهد بود.^{۶۹}

نقد مشترک اقوال سه‌گانه: در نقد استدلال و در رد به اقوال سه‌گانه باید گفت: اولاً، پس از جست‌وجو و بررسی در روایات و مصادر مربوطه، دلیلی که بر این‌گونه تخصیص‌ها دلالت کند نیافتیم؛ بلکه آنچه وارده شده این است که بعد از حصول استطاعت، حج بر مکلف واجب می‌شود و در زمان حصول استطاعت هیچ تفاوتی نیست که قبل از تمکن از مسیر یا بعد از تمکن حاصل شود؛ ثانیاً، در مباحث حج دو مسئله‌ای که باید بین آن‌ها تمیز داده شود، مسئله وجوب و واجب است؛ زیرا وجوب با حصول شرط، فعلی و منجز می‌شود اما واجب (عمل حج) استقبالی و دارای زمان خاصی در زمان آینده است.

پس از بیان این مقدمه، در نقد استدلال باید گفت: استطاعت، شرط وجوب (تکلیف) است و وجوب حج متوقف بر خروج کاروان یا تمکن از مسیر یا دخول اشهر الحج نیست، بلکه تنها متوقف بر حصول استطاعت است. هرگاه که استطاعت حاصل شود حج بر ذمه مکلف مستقر خواهد شد و شکی در تکلیف باقی نمی‌ماند و بنابر ادله‌ای که بیان شد، بعد از استقرار وجوب، مکلف مجاز به تصرف نیست و قیودی که قائلان آن را ملاک حرمت سلب استطاعت قرار داده‌اند، «شرط واجب» هستند.

در نتیجه، ثابت شد که این قیود، شرط واجب هستند، نه وجوب و در استقرار حج بر ذمه مکلف دخالتی ندارند، لذا نمی‌توانند ملاک حرمت تعجیز باشند؛ زیرا حرمت تعجیز مربوط به وجوب است و

۶۸. انصاری، فرائد الاصول، ۲۶/۱.

۶۹. صافی، فقه الحج، ۱۷۰/۱.

سلب استطاعت قبل از استقرار وجوب، جایز و بعد از آن حرام است.

بررسی قول چهارم (جایز نیست مطلقاً): همان‌طور که بیان شد، گروهی دیگری از فقهای امامیه که اکثر آن‌ها از فقهای معاصر هستند برای حرمت سلب استطاعت، مانند اقوال سابق، ملاک و محدوده‌ای معین نکرده‌اند؛ بلکه قائل‌اند که وجوب حج تنها مشروط به حصول استطاعت است و بعد از حصول استطاعت، حج بر ذمه مکلف مستقر خواهد شد. در نتیجه، بنابر ادله‌ای که در صدر پژوهش بیان شد مکلف بعد از حصول استطاعت مجاز به تصرف در اموال نیست و نمی‌تواند خود را از استطاعت خارج کند.

ادله قول چهارم (جایز نیست مطلقاً): پس از اینکه اقوال سه‌گانه اول همراه با استدلال بیان و نقد شد، همچنان قول چهارم بر قوت خود باقی است و اشکالات وارد بر اقوال سه‌گانه بر این قول وارد نیست و با استناد به ادله‌ای که اکنون درصدد بیان آن‌ها هستیم، قول چهارم صحیح و پذیرفته خواهد شد. اولاً، همان‌طور که بیان شد آیه حج،^{۷۰} وجوب حج را تنها مشروط به حصول استطاعت دانسته و آن را مقید به زمان خاصی نکرده است؛ بلکه هرگاه که استطاعت حاصل شود، اصطلاح مستطیع بر آن شخص مکلف صدق خواهد کرد و موضوع حج قرار خواهد گرفت. در نتیجه، حج بر ذمه او مستقر می‌شود و پس از استقرار حج، بنابر ادله‌ای که در آغاز نوشتار بیان شد (صحیح‌ه حلبی، قبح تفویت واجب، وجوب حفظ استطاعت) مکلف مجاز به تصرف و سلب استطاعت نخواهد بود.

ثانیاً، شاید اشکال شود که مبنای قرآن بر اختصارگویی است و تنها اصل مسئله را بیان می‌کند و تفصیل آن را به روایات موکول می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت که پس از مراجعه و بررسی در منابع و مصادر مربوطه از کتاب و سنت، دلیلی نیافتیم که بر تخصیص وجوب به زمان مخصوص دلالت کند و روایات وارده در ذیل آیه شریفه مورد بحث، مطلق است و وجوب حج را تنها مشروط به حصول استطاعت دانسته‌اند، مانند: «صحیح‌ه ابن ابی عمیر: عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى الْخُثَمِيِّ قَالَ: سَأَلَ حَفْصُ الْكُنَاسِيُّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَأَنَا عِنْدَهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ، مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا مَا يُعْنِي بِذَلِكَ «قَالَ مَنْ كَانَ صَحِيحًا فِي بَدَنِهِ مُحَلًى سَرُّهُ لَهُ زَادٌ وَ رَاحِلَةٌ فَهُوَ مِمَّنْ يَسْتَطِيعُ الْحَجَّ أَوْ قَالَ مِمَّنْ كَانَ لَهُ مَالٌ»^{۷۱}

۷۰. آل عمران: ۹۷.

۷۱. محمد بن یحیی خثعمی گفته است که حفص کناسی درباره آیه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» از حضرت امام صادق (ع) سؤال پرسید اینکه این آیه چه معنایی دارد؟ حضرت (ع) فرمود: یعنی اگر کسی بدنش سالم باشد و راه حج آزاد و امن باشد و زاد و راحله داشته باشد، مستطیع است یا گفته است اگر مال هم داشته باشد. بحرانی، البرهان، ۶۶۳/۱.

مانند این صحیح که حج را تنها متوقف بر اقسام چهارگانه استطاعت دانسته و نسبت به زمان اشاره نفرموده است و طبق «اصالة عدم التقييد»^{۷۲} نمی‌توانیم آن را بدون دلیل، مقید به زمان کنیم. در نتیجه، ثابت شد که اقوال اول و دوم و سوم مردود هستند اما قول چهارم، موافق کتاب و سنت و پذیرفته است.

۱.۳.۳. حکم مسئله در عصر حاضر

پس از اثبات شرط وجوب بودن استطاعت و اطلاق حرمت سلب آن پس از حصول، حکم تکلیفی مستطیع در عصر حاضر هم آشکار می‌شود. پس از حصول استطاعت و مستطیع شدن، حج بر ذمه مکلف مستقر و واجب شده و پس از استقرار وجوب، مقدمات امثال آن از قبیل ثبت نام کردن و نوبت گرفتن برای ادای مناسک حج بر او واجب می‌شود و بایستی در اسرع وقت به انجام آن‌ها بپردازد و نسبت به آن‌ها اهتمام ورزد.

۱.۳.۴. تخصیص اطلاق

پس از بررسی اقوال چهارگانه فقها و نقد اقوال اول و دوم و سوم و پذیرفتن قول چهارم، که حرمت سلب استطاعت را مقید به قید و زمان خاصی نمی‌دانستند، بلکه آن را مطلقاً حرام می‌دانند، اکنون درصدد بیان این مسئله هستیم که آیا این اطلاق در روایات و قواعد فقهی تخصیص خورده یا بر اطلاق خود باقی است؟ پس از مراجعه به مصادر فقهی می‌یابیم که این اطلاق تنها نسبت به محدوده زمانی است اما نسبت به شرایط خاص مکلف، تخصیص می‌یابد و در مواردی، مکلف مجاز به تصرف در اموال خود هست.

مخصص اول (نکاح): بعضی از فقهای معاصر، در دوران امر بین حج و نکاح، در صورت نیاز به ازدواج، نکاح را مقدم کرده‌اند. مکارم شیرازی، از قائلان به این دیدگاه نوشته است: «کسی که نیاز به ازدواج دارد، در صورتی مستطیع می‌شود که علاوه بر مخارج حج، هزینه ازدواج را هم داشته باشد و منظور از نیاز این نیست که به خاطر ترک آن به عسر و حرج بیفتد، بلکه همین اندازه که ازدواج از شئون زندگی او باشد، کافی است».^{۷۳} مفهوم کلام ایشان این است که اگر مستطیع شود و نیاز به نکاح داشته باشد، در حکم غیر مستطیع است و می‌تواند اموال خود را صرف امر مستحب نکاح کند. سبحانی^{۷۴} نیز قائل به این نظریه است.

نقد: در پاسخ باید گفته شود این مبنا تام نیست و دارای اشکال است؛ زیرا امثال حج از واجبات است

۷۲. حکیم، الاصول العامة، ۲۲۴.

۷۳. مکارم شیرازی، مناسک جامع حج، ۳۲.

۷۴. سبحانی تبریزی، مناسک حج، ۲۳.

و نکاح در صورت عدم ضرورت و عدم خوف از وقوع در حرام، از مستحبات^{۷۵} است و مسلم است که در هنگام تراحم بین واجب و مستحب -مانند فرض مذکور- بدون در نظر گرفتن مرجحات باب تراحم، واجب مقدم است (زیرا مرجحات باب تراحم زمانی اعمال می‌شوند که تراحم بین دو واجب واقع شود)؛ زیرا واجب، مهم‌تر و مستحب، توانایی مزاحمت و مقابله با واجب را ندارد. در نتیجه، به منظور تقدیم نکاح (مستحب) بر حج (واجب) لازم است دلیل خاصی موجود باشد که پس از مراجعه به مصادر فقهی، هیچ دلیلی نیافتیم که بر این موضوع دلالت کند.

مخصص دوم (ضرورت): بعضی از فقها، که نام آن‌ها در بخش اقوال ذکر شد، حرمت تعجیز را مقید به ضرورت دانسته و گفته‌اند: اگر مکلف مستطیع، نیاز مبرم و ضروری داشته باشد، می‌تواند در اموال خود تصرف کند و حج بر ذمه او مستقر نخواهد ماند. باتوجه به ادله‌ای که ذکر خواهد شد این تخصیص درست و مطابق ادله است.

۱. ۳. ۵. ادله تقدیم کار ضروری بر حج واجب

أ. روایت (صحیحه حلبی): عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا قَدَرَ الرَّجُلُ عَلَى مَا يَحُجُّ بِهِ ثُمَّ دَفَعَ ذَلِكَ وَلَيْسَ لَهُ شُغْلٌ يَعْذُرُهُ بِهِ فَقَدْ تَرَكَ شَرِيعَةً مِنْ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ»^{۷۶}
بیان استدلال: در روایت وارد شده است که «اذا قدر الرجل علی ما یحجج به» و سپس حج را بدون کاری که او را نزد خداوند متعال معذور بدارد ترک و دفع کند، به تحقیق یکی از شرایع اسلام را ترک کرده و مسلم است که ترک واجب، حرام است.

مفهوم روایت چنین است که اگر عذری که او را نزد خداوند معذور بدارد داشته باشد، می‌تواند حج را ترک و دفع کند. ضرورت، از جمله مواردی است که مکلف را در درگاه الهی معذور می‌دارد؛ لذا مکلف در هنگام ضرورت مجاز به دفع و ترک حج است و یکی از اسباب ترک حج، تصرف در مال الحج است، در نتیجه مکلف می‌تواند در هنگام ضرورت، در مال الحج تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند.

ب. حکم فقها به تقدیم نکاح در صورتی که ضروری و ترک آن مشقت داشته باشد: مشهور فقها؛ مانند محدث بحرانی،^{۷۷} صاحب مدارک،^{۷۸} محقق سبزواری،^{۷۹} آملی،^{۸۰} طباطبایی قمی،^{۸۱} فیاض،^{۸۲}

۷۵. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۸۵/۵.

۷۶. امام صادق(ع) می‌فرماید: اگر شخصی بر آنچه که برای حج نیاز دارد قادر است و سپس آن را بدون عذر موجهی که او را نزد خداوند معذور بدارد ترک کند، به تحقیق شریعه‌ای از شرایع اسلام را ترک کرده است. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶/۱۱.

۷۷. بحرانی، حقائق، ۱۰۸/۱۴.

۷۸. موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۴۴/۷.

۷۹. محقق سبزواری، ذخیره المعاد، ۵۶۰.

علامه حلی در تحریر^{۸۳} و در منتهی،^{۸۴} شهید اول،^{۸۵} بهجت^{۸۶} و صافی گلپایگانی،^{۸۷} نکاح را در صورتی که ترک آن مشقت و حرج داشته باشد بر حج واجب مقدم کرده‌اند و دلیلی که می‌توانند داشته باشند، همین ضرورت و اهمیت آن است؛ زیرا مکلف در چنین حالتی نیاز ضروری و مبرم به نکاح دارد. در واقع در چنین فرضی، مسئله وارد مباحث اصولی تراحم می‌شود و بایستی مرجحات باب تراحم را جاری کرد که یکی از آن‌ها «تقديم الأهم من المتراحمين على المهم»^{۸۸} است و باید در هنگام تراحم بین دو واجب (چون نکاح در هنگام ضرورت و نیاز به ازدواج واجب می‌شود)، واجب اهم (نکاح) را بر دیگری (حج) مقدم کرد.

ج. قواعد فقهی: علاوه بر ادله فوق، برای تقیید حرمت سلب استطاعت به ضرورت می‌توان به قواعد فقهی هم استناد کرد که عبارت‌اند از:

قاعده نفی ضرر: از جمله قواعد فقهی که فقها در بسیاری از مسائل به آن تمسک کرده‌اند و در این مسئله هم می‌توان به آن تمسک جست، قاعدة نفی ضرر^{۸۹} است که برگرفته از مصادر حدیثی و روایی^{۹۰} است.

نحوه استدلال: مکلف مستطیع اگر به اموال الحج نیاز مبرم و ضروری داشته باشد، به تبع در صورت عدم تصرف به آن ضرر وارد خواهد شد و ضرر طبق ادله متقن ذکر شده در کتب قواعد فقهی از مسلمان نفی شده است. در نتیجه، مکلف مستطیع مضطر، مجاز به تصرف در اموال خود است تا با استفاده از آن‌ها ضرر را از خود دفع کند. پس از تصرف هم از استطاعت خارج شده و حج بر ذمه او فعلی نمی‌ماند.

قاعده نفی حرج: از جمله قواعد فقهی که می‌توان برای اثبات جواز تصرف در مال الحج در هنگام ضرورت به آن تمسک کرد، قاعدة «نفی العسر و الحرج»^{۹۱} است که برگرفته از آیه شریفه ما «جَعَلَ عَلَيْكُمْ

۸۰. آملی، مصباح الهدی، ۳۳۸/۱۱.

۸۱. طباطبایی قمی، کتاب الحج، ۱۱۰/۱.

۸۲. فیاض، تعالیک مبسوطه، ۹۰/۸.

۸۳. علامه حلی، تحریر الاحکام، ۵۴۸/۱.

۸۴. علامه حلی، منتهی المطلب، ۸۱/۱۰.

۸۵. شهید اول، دروس، ۳۱۱/۱.

۸۶. بهجت، مناسک حج، ۴۱.

۸۷. صافی، استفتانات، ۲۹.

۸۸. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۳۱۲/۴.

۸۹. مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۲۸/۱.

۹۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۲/۱۸.

۹۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۲۴۹/۱.

فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»^{۹۲} است.

نحوه استدلال: همان طور که در استدلال به قاعده فقهی سابق بیان شد زمانی که مکلف مستطیع نیاز ضروری به اموال خود داشته باشد، طبیعتاً تصرف نکردن سبب عسرو حرج ایشان می شود و عسرو حرج در کتاب و سنت از مکلف مسلمان نفی شده است؛ لذا برای اینکه مکلف دچار عسرو حرج نشود، مجاز است که در اموال خود تصرف و خود را از استطاعت خارج کند.

قاعده اضطرار: «الضرورات تبيح المحظورات»^{۹۳} برگرفته از حدیث رفع^{۹۴} است و بیشتر در امور جزایی کاربرد دارد و به آن استناد می شود اما در محل بحث هم می تواند مدرک و مستند باشد.

نحوه استدلال: طبق قاعده اگر شخصی مجبور و ناچار به انجام فعلی شود که از آن نهی شده است - مانند تصرف مستطیع در مال الحج در فرض مذکور - می تواند آن را انجام دهد؛ زیرا ضرورت، افعال منهی عنه را مباح می کند، پس مکلف می تواند برای رفع اضطرار در اموال خود تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند و بعد از سلب استطاعت هم حج بر ذمه او باقی نخواهد ماند.

در نتیجه، ثابت شد که حرمت تعجیز، از لحاظ زمانی محدود و مقید به زمان خاصی نیست؛ بلکه مطلق است. اما نسبت به شرایط مکلف، مقید به عدم ضرورت است. اما اگر شخصی ناچار و مضطر به تصرف در اموال الحج شود طبق ادله ای که بیان شد می تواند در اموال خود تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند. پس از تصرف و سلب استطاعت، وجوب حج بر ذمه او فعلی نخواهد ماند و ساقط خواهد شد.

۲. بررسی حکم وضعی معامله صورت گرفته با اموال الحج

باتوجه به آنچه گذشت ثابت شد که بعد از حصول استطاعت، حج بر ذمه مکلف مستطیع مستقر خواهد شد و مطلقاً نمی تواند در آن اموال تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند، مگر اینکه تصرف ضروری و ترک آن موجب عسرو حرج و مشقت تحمل نشدنی باشد. حال سؤال مطرح می شود که اگر مکلف مستطیع شود و حج بر ذمه او مستقر شود و بدون ضرورت، در مال الحج تصرف کند و معاملاتی را منعقد کند، آیا معاملات صورت گرفته صحیح و نافذ هستند یا خیر؟ حکم وضعی مسئله (صحت یا عدم صحت معاملات) را بررسی می کنیم.

۹۲. حج: ۷۸.

۹۳. محقق داماد، قواعد فقه، ۱۲۳.

۹۴. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي... مَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ. حر عاملي، وسائل الشیعة، ۳۶۹/۱۵.

۱.۲. ادله صحت معامله منعقد شده با استفاده از اموال الحج

همان طور که بیان شد مسئله محل بحث و هدف اصلی این نوشتار، مسئله حکم وضعی و صحت یا عدم صحت معامله ای است که با استفاده از مال الحج منعقد شده است؛ زیرا افرادی هستند که به حد استطاعت رسیده اما در اموال خود تصرف می کنند، آیا این تصرفات، صحیح هستند و منعقد می شوند یا خیر؟ با استفاده از ادله و قواعد، صحت معاملات برگرفته از اموال الحج را ثابت می کنیم.

أ. امر به شیء مقتضی، نهی از ضد نیست: اولین دلیل استناد شده برای صحت معامله این است که در مباحث اصولی نزد بسیاری از بزرگان ثابت شده است که امر به شیء مقتضی نهی از ضد^{۹۵} نیست.

بیان استدلال: در مباحث اصولی، ضد را به ضد خاص و ضد عام تقسیم کرده اند^{۹۶} که بعضی از بزرگان، امر به شیء را مقتضی نهی از ضد عام می دانند^{۹۷} اما اینکه امر به شیء مقتضی از ضد خاص باشد بسیاری از بزرگان آن را نپذیرفته اند.^{۹۸}

در فرض مورد بحث، مکلف مستطیع مأمور به حفظ استطاعت است و ضد عام امر به حفظ استطاعت، سلب استطاعت است که براساس قواعد اصولی، منهی عنه است که در این نوشتار هم طبق ادله متقدم، حرمت آن ثابت شد و با استفاده از این دلیل هم حرمت آن تأکید می شود.

اما ضد خاص امر به حفظ استطاعت، تصرف در مال الحج است که طبق قواعد اصولی، امر به شیء _ حفظ استطاعت _ مقتضی نهی از ضد خاص _ تصرف و انعقاد معامله _ نیست، در نتیجه معامله صورت گرفته منهی عنه نیست و دلیلی بر فساد آن وجود ندارد.

ب. نهی از معامله، نهی غیری است: در دلیل سابق ثابت شد که معاملات مورد بحث منهی عنه نیست و دلیلی که بر فساد آن دلالت کند موجود نیست، لذا صحیح و نافذ هستند. اما بر فرض اینکه تصرف و انعقاد معامله را به عنوان مقدمه واجب، منهی عنه بدانیم هم به صحت معامله مورد بحث خللی وارد نمی شود؛ زیرا اولاً، بسیاری از علما وجوب مقدمه _ ترک تصرف در مال الحج _ را وجوب شرعی نمی دانند؛^{۹۹} ثانیاً، باتوجه به آنچه ذکر شد (اینکه وجوب مقدمه _ ترک تصرف در مال الحج _ شرعی و تصرف در آن حرام است) هم نمی توانیم فساد معامله را ثابت کنیم؛ زیرا وجوب مقدمه، وجوب غیری است^{۱۰۰} و به

۹۵. طباطبایی قمی، آرائنا فی اصول الفقه، ۱/۱۸۵.

۹۶. سبحانی تبریزی، الموجز، ۵۵.

۹۷. صافی، بیان الاصول، ۱/۲۶۰.

۹۸. نائینی، فوائد الاصول، ۱/۳۱۲.

۹۹. مظفر، اصول الفقه، ۱/۳۵۳.

۱۰۰. عراقی، بدائع الافکار، ۴۰۰.

تبع، نهی از معامله هم نهی غیرى خواهد بود و نهی غیرى هم دلالت بر فساد نمى‌کند؛^{۱۰۱} زیرا کاشف از مبعوضیت فعل نیست و به دلیل اینکه در مذهب امامیه مسلّم است که احکام، تابع مصالح و مفسد هستند،^{۱۰۲} اکنون که معامله مورد بحث مفسده‌ای ندارد، دلیلی بر فساد آن موجود نیست؛ لذا معامله صحیح واقع خواهد شد.

ج. نهی از معاملات، مقتضی فساد نیست: در دلیل سابق ثابت شد که نهی از معامله، نهی غیرى است و دلالتی بر فساد ندارد. اکنون بر فرض اینکه پذیرفته شود که نهی از معامله، نهی نفسی باشد نیز نمى‌تواند در فساد معامله مؤثر باشد؛ زیرا اولاً برخی از اعلام، نهی از معامله را مطلقاً مقتضی فساد نمى‌دانند^{۱۰۳} و بر فرض اینکه دلالت نهی بر فساد معامله را بپذیریم، هم بنابر آنچه برخی از اصولیان گفته‌اند نمى‌تواند بر فساد معامله دلالت کند؛ زیرا بنابر نظر برخی از اصولیان اگر نهی متعلق به مضمون معامله باشد (مانند نهی از بیع آلات قمار) مقتضی فساد است.^{۱۰۴} اما اگر نهی متعلق به مضمون معامله نباشد، بلکه معامله صورت گرفته با استفاده از اموال منهی عنه و نتیجه منهی عنه باشد، مقتضی فساد نیست؛ زیرا معامله به خودی خود منهی عنه نیست و محذوری در پی ندارد.

د. تطبیق قاعده فوق بر محل بحث: معاملاتی که با استفاده از مال الحرج صورت می‌گیرد (مثلاً معامله منزل مسکونی یا اتومبیل و...)، به خودی خود منهی عنه نیستند و نهی متعلق به مضمون آن‌ها نشده است؛ بلکه اگر با اموال دیگری غیر از اموال الحرج صورت گیرند، هیچ محذوری ندارند. بنابراین، اکنون که با اموال دارای محذور صورت گرفته‌اند، به دلیل اینکه خود معامله منهی عنه نیست، بلکه نتیجه و متفرع بر منهی عنه است، نمى‌توان با استفاده از این دلیل، فساد معامله مورد بحث را ثابت کنیم؛ زیرا نهی به مضمون و نفس معامله متعلق نشده است.

در پایان ثابت شد که اولاً، معامله مورد بحث منهی عنه نیست؛ ثانیاً، بر فرض اینکه منهی عنه باشد نهی آن، نهی غیرى است و بر فساد دلالتی ندارد؛ ثالثاً، بر فرض اینکه آن را نهی نفسی بدانیم نیز به صحت معامله ضرری وارد نمى‌کند؛ زیرا نهی از معامله، مقتضی فساد نیست.

۳. دیدگاه مختار

باتوجه به آنچه گذشت و ادله‌ای که اقامه شد، نظریه صحیح و دیدگاه نگارندگان این است که پس از

۱۰۱. طباطبایی قمی، آروانافی اصول الفقه، ۲۸۵/۱.

۱۰۲. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۳۳۶/۷.

۱۰۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۸۷.

۱۰۴. تسخیری، القواعد الاصولية و الفقهية، ۱۷۴/۱.

حصول استطاعت، حج بر ذمه مکلف مستقر شده و پس از آن، مکلف از لحاظ زمانی مطلقاً مجاز به تصرف در اموال الحج نیست و تصرف در اموال و سلب استطاعت، حرام شرعی است. اما نسبت به شرایط مکلف، اگر نیاز ضروری و مبرم به استفاده آن اموال پیدا کند، مجاز به تصرف است و پس از تصرف و سلب استطاعت، از استطاعت خارج می‌شود و وجوب حج از ذمه او ساقط می‌شود. درباره حکم وضعی هم اگر مکلف مستطیع بدون نیاز ضروری و مبرم به تصرف، در اموال الحج تصرف کند و معاملات را منعقد کند، تمام آن معاملات بنابر ادله اقامه شده صحیح و نافذ است.

نتیجه‌گیری

در صورت مستطیع بودن مکلف، در اینکه آیا می‌تواند در اموال خود تصرف کند و خود را از استطاعت خارج کند یا نمی‌تواند، به فتوای اکثر فقهای امامیه، بلکه به اتفاق علما و بنابر ادله‌ای از قبیل صحیح حلی و وجوب حفظ استطاعت و قبح تقویت واجب، ثابت شد که مجاز به سلب استطاعت نیست و نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند.

اما در اینکه حرمت سلب استطاعت بعد از حصول استطاعت، مطلق و شامل تمام زمان‌هاست یا مقید به زمان خاصی است، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد: بعضی از فقها ملاک حرمت سلب استطاعت را تمکن از سفر و برخی دیگر، خروج کاروان رفقا و برخی آن را مقید به دخول اشهر الحج کرده‌اند و بعضی دیگر، قائل به اطلاق هستند و حرمت را در تمام زمان جاری می‌دانند. استدلال سه دسته اول با استفاده از ادله‌ای همچون شرط واجب بودن این ملاک‌ها، نه شرط واجب نقد شد و قول چهارم (اطلاق) پذیرفته شد.

بعضی از قائلان به قول چهارم، اطلاق حرمت را نسبت به شرایط مکلف تخصیص زدند و حرمت را در تنها در حال اختیار دانستند. اما در صورتی که مکلف نیاز ضروری به تصرف در مال الحج داشته باشد می‌تواند در آن تصرف کند که با استناد به ادله‌ای، همچون صحیح حلی و برخی قواعد فقهی (قاعده نفی ضرر، نفی حرج و قاعده اضطرار) قول این دسته از علما پذیرفته شد.

درباره صحت یا عدم صحت معامله‌ای که غیر ضروری و با استفاده از اموال الحج منعقد شده است نیز با استفاده از قاعده اصولی؛ امر به شیء، مقتضی نهی از ضد نیست و... صحت معامله ثابت شد. در پایان ثابت شد که تصرف در مال الحج و سلب استطاعت مطلقاً جایز نیست، مگر اینکه مکلف به آن نیاز ضروری داشته باشد تا حدی که ترک تصرف موجب عسرو حرج و اضطرار باشد که در این صورت مکلف می‌تواند با استفاده از اموال الحج، خود را از اضطرار و عسرو حرج خارج کند.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آملی، محمدتقی. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. بی جا: بی نا. چاپ اول، ۱۳۸۴ق.
- اشتہاردی، علی پناه. مدارک العروة. قم: دار الاسوة. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ نهم، ۱۴۲۸ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، هاشم بن سلیمان. البرهان فی تفسیر القرآن. قم: بعثت. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۳.
- بهجت، محمدتقی. مناسک حج. قم: دفتر آیت الله بهجت. بی تا.
- تبریزی، جواد. مناسک الحج. قم: دار الصدیقة الشهيدة. چاپ اول، ۱۳۸۳.
- تسخیری، محمدعلی. القواعد الاصولية و الفقهية على مذهب الامامية. قم: مجمع تقریب مذاهب اسلامی.
- چاپ دوم، ۱۴۳۱ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
- حسینی حائری، کاظم. مناسک الحج. بی جا: دفتر آیت الله سید کاظم حائری. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۳۷۴.
- حکیم، محمدتقی. الاصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ سوم، ۱۴۳۴ق.
- خمینی، روح الله. مناسک حج. قم: پژوهشکده حج و زیارت. ۱۳۹۷.
- خوئی، ابوالقاسم. مناسک الحج. قم: مهر. ۱۴۱۱ق.
- روحانی، محمدصادق. مناسک حج. قم: کلبه شروق. ۱۳۹۱.
- سبحانی تبریزی، جعفر. ارشاد العقول الی مباحث الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. الموجز فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ چهاردهم، ۱۳۸۷.
- سبحانی تبریزی، جعفر. مناسک حج. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: دفتر آیت الله سبزواری. چاپ چهارم، ۱۴۱۶ق.
- شبیری زنجانی، موسی. مناسک الحج. قم: مشرقین. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الامامية. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. به تحقیق محمد کلانتر. قم: داورى. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی ثوبة الجدید. قم: دایرة المعارف فقه اسلامى. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

صافى، لطف الله. بیان الاصول. قم: دفتر آیت الله صافى گلپایگانی. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.

صافى، لطف الله. استفتائات حج. قم: مؤسسه انتشارات حضرت معصومه (س). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

صافى، لطف الله. فقه الحج. قم: حضرت معصومه (س). چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

صدر، محمد باقر. المعالم الجديده للأصول. قم: کنگره شهيد صدر. چاپ دوم، ۱۳۷۹.

صدر، محمد باقر. دروس فی علم الاصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ پنجم، ۱۴۱۸ق.

طباطبائی حکیم، محمد سعید. مناسک الحج و العمرة مع الاستفتائات. قم: دار الهلال. ۱۴۲۳ق.

طباطبائی قمی، تقی. آراؤنا فی اصول الفقه. قم: محلاتی. چاپ اول، ۱۳۷۱.

طباطبائی قمی، حسن. کتاب الحج. بی جا: باقری. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

طباطبائی، محمد کاظم. العروة الوثقى محشى. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.

طوسى، محمد بن حسن. الخلاف فی الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

طوسى، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامية. تهران: الرضوية. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

عبدی، محمد حسین. الاساس فی اصول الفقه. قم: حوزه علمیه. چاپ چهارم، ۱۳۹۹.

عراقی، ضیاء الدین. بدائع الافکار فی الاصول. نجف: المطبعة العلمية. چاپ اول، ۱۳۷۰ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الاحکام الشرعية. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

علوی گرگانی، محمد علی. مناسک حج. قم: دفتر آیت الله علوی گرگانی. ۱۳۸۲.

فاضل لنکرانی، محمد. ایضاح الکفاية. قم: نوح. چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة: کتاب الحج. بیروت: دار التعارف. چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.

فاضل لنکرانی، محمد. مناسک الحج. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار. ۱۴۲۳ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام عن قواعد الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

فیاض، محمد اسحاق. تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقى. قم: محلاتی. چاپ اول، بی تا.

فیاض، محمد اسحاق. مناسک الحج. قم: عزیزی. ۱۴۱۸ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه (بخش جزایی). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۸۳.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد. قم: آل البيت(ع). نسخه خطی.
- مظاهری، حسین. مناسک حج. قم: الزهراء(س). چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهية. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین(ع). چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. مناسک جامع حج. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع). چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- موسوی روضاتی، احمد. اجماعات فقهاء الامامیه. بیروت: اعلمی. چاپ اول، ۱۴۳۲ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی. مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام. مشهد: آل البيت(ع). چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- نائینی، محمد حسین. فوائد الاصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت(ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- نوری همدانی، حسین. مناسک الحج. قم: دفتر آیت الله نوری همدانی. ۱۴۳۰ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود. کتاب الحج. قم: انصاریان. چاپ اول، بی تا.
- هاشمی شاهرودی، محمود. مناسک الحج. بی جا: بی تا. بی تا.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

‘Abdī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Asās fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Ḥawzah-yi ‘Ilmiyah. Chāp-i Chāhārum, 2021/1399.

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

‘Alawī Gurgānī, Muḥammad ‘Alī. *Manāsik Hajj*. Qum: Daftar Āyat Allāh ‘Alawī Gurgānī. 2004/1382.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madhhab*. Mashhad: Majma‘ Buḥūth al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar‘iyah*. Qum: Mū‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

- ‘Āmulī, Muḥammad Taqī. *Miṣbāḥ al-Hudā fī Sharḥ-i al-‘Urwa al-Wuthqā*. S.l. s.n. Chāp-i Awwal, 1965/1384.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-‘Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Nuhum, 2007/1428.
- Bahjat, Muḥammad Taqī. *Manāsik al-Ḥajj*. Qum: Daftar Āyat Allāh Bahjat. s.d.
- Bahrānī, Hāshim ibn Sulaymān. *al-Burhān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: Ba’tḥat. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā’iq al-Nādira fī Ahkām al-‘Itra al-Tāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1363.
- Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ‘an Qawā’id al-Ahkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1416.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Manāsik al-Ḥajj*. Qum: ‘Azīzī. 1997/1418.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Ta’āliq Mabsūṭa ‘alā al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Maḥalātī. Chāp-i Awwal, s.d.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Īdāḥ al-Kifāya*. Qum: Nūḥ. Chāp-i Panjum, 2007/1385.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Manāsik al-Ḥajj*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imma Aṭṭār. 2002/1423.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a: Kitāb al-Ḥajj*. Beirut: Dār al-Ta’aruf. Chāp-i Duwwum, 1997/1418.
- Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-‘Āmah fī Al-Fiqh al-Muqārīn*. Qum: Majma‘ Jahānī Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1997/1418.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr. 1996/1374.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Kitāb al-Ḥajj*. Qum: Anṣārīyān. Chāp-i Awwal, s.d.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Manāsik al-Ḥajj*. s.l. s.n. s.d.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shi‘a ilā Tahṣīl Masā’il al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Sivum, 1995/1416.
- Ḥusaynī Ḥā’irī, Kāzīm. *Manāsik al-Ḥajj*. S.l. Daftar Āyat Allāh Sayyid Kāzīm Ḥā’irī, Chāp-i Duwwum, 2006/1427.
- ‘Irāqī, Zīyā’ al-Dīn. *Al-Badā’i‘ al-Afkār fī al-Uṣūl*. Najaf: al-Maṭba‘a al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1951/1370.
- Ishṭihārdī, ‘Alī Panāh. *Madārik al-‘Urwa*. Qum: Dār al-Uswah. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Manāsik al-Hajj*. Qum: Mihr. 1991/1411.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Manāsik Hajj*. Qum: Pazhūhishkadih-yi Hajj va Ziyārat. 2019/1397.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Sivum, 2013/1434.

Makārim Shīrāzī, Nāsir. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Qum: Madrisah-yi Imām Amīr al-Mu'minīn(AS). Chāp-i Sivum, 1991/1411.

Makārim Shīrāzī, Nāsir. *Manāsik Jāmi' Hajj*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Awwal, 2005/1426.

Mazāhiri, Ḥusayn. *Manāsik Hajj*. Qum: al-Zahrā. Chāp-i Panjum, 2016/1394.

Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu'min. *Dhakhīra al-Ma'ād fi Sharḥ al-Irshād*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Nuskhih-yi Khaṭṭī.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Qawā'id Fiqh (Bakhsh-i Jazā'ir)*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. 2005/1383.

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

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'id wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Musawī al-Rawḍātī, Aḥmad. *Ijmā' at Fuqahā' al-Imāmiyah*. Beirut: al-A'lamī. Chāp-i Awwal, 2011/1432.

Mūsawī 'Āmilī, Muḥammad ibn 'Alī. *Madārik al-Aḥkām fi Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Mashhad: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1991/1411.

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

Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.

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

Nūrī Hamadānī, Ḥusayn. *Manāsik al-Hajj*. Qum: Daftar Āyat Allāh Nūrī Hamadānī. 2009/1430.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Manāsik Hajj*. Qum: Kubih-yi Shurūq. 2013/1391.

Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Daftar Āyat Allāh Sabzawārī, Chāp-i Chāhārum, 1995/1416.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. *al-Ma'ālim al-Jadīda li-al-Uṣūl*. Qum: Kungirah-yi Shahīd Şadr. Chāp-i Duwwum, 1960/1379.
- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Panjum, 1997/1418.
- Şafī, Luṭf Allāh. *Bayān al-Uṣūl*. Qum: Daftar Āyat Allāh Şafī Gulpāygānī, Chāp-i Awwal, 2007/1428.
- Şafī, Luṭf Allāh. *Fiqh al-Ḥajj*. Qum: Ḥaẓrat Ma'sūmah. Chāp-i Awwal, 2002/1423.
- Şafī, Luṭf Allāh. *Istiftā'at Ḥajj*. Qum: Mū'assisah-yi Intishārāt-i Ḥaẓrat Ma'sūmah. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Şāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Thawbihi al-Jadīd*. Qum: Dāyira al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Durūs al-Shar'iyah fi Fiqh al-Imāmiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiya*. researched by Muḥammad Kalāntar. Qum: Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Manāsik al-Ḥajj*. Qum: Mashriqayn. Chāp-i Awwal, 2000/1421.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *al-Mūjaz fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Şādiq(AS). Chāp-i Chāhārdahum, 1967/1387.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Irshād al-Uqūl ilā Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Şādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2003/1424.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Manāsik Ḥajj*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Şādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2007/1428.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Ārāunā fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 1992/1371.
- Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *Manāsik al-Ḥajj wa al-'Umra ma'a Istiftā'āt*. Qum: Dār al-Hilāl. 2002/1423.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Ḥasan. *Kitāb al-Ḥajj*. S.I. Bāqirī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāẓim. *al-'Urwa al-Wuthqā Muḥashshī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2000/1421.
- Tabrizī, Javād. *Manāsik al-Ḥajj*. Qum: Dār al-Şidīqa al-Shahīda. Chāp-i Awwal, 2005/1383.
- Taskhiri, Muḥammad 'Alī. *al-Qawā'id al-Uṣūliya wa al-Fiqhiya 'alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Majma' Taqrīb Madhāhib Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2010/1431.

کرمانچہ، مؤذنی بیستگانی؛ ارزیابی فقهی تصرف در نفقه حج و سلب استطاعت مستطیع/۱۹۵

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf fi al-Aḥkām*. Qum: Mu'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Raḍawīya. Chāp-i Sivum, 1967/1387.



An Introduction to the Philosophical Foundations Influencing the Shift of Jurisprudence of *Zakāt* from an Individual to a Governmental Approach

Dr. MohammadReza Kaykha  (Corresponding Author), Associate professor, department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology, Law, and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchestan, Zahedan, Iran

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

Dr. Alireza Abin, Assistant professor, department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology, Law, and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchestan, Zahedan, Iran

Abstract

Zakāt holds a special status among the various acts of worship due to its combination of the divine right (*ḥaqq Allāh*) and the human right (*ḥaqq al-nās*), as well as the blending of both individual and public aspects, which have granted it a distinguished status. Historically, the approach to the jurisprudence of *Zakāt* has been mainly individualistic. However, after the Islamic Revolution, the ineffectiveness of this approach became apparent and scholars made some efforts to present the jurisprudence of *Zakāt* as a governmental matter. However, there has been little research on the philosophical and systematic shift from an individualistic to a governmental approach in the jurisprudence of *Zakāt*. The present study, conducted through a descriptive-analytical approach, demonstrates that *Zakāt* is an essentially governmental institution, but its contextual conditions had transformed it into a private one. Therefore, drawing on the philosophical foundations of the jurisprudence of *Zakāt*, the governmental approach can be reasserted. Then, the idea of centralized collection and balanced distribution of *Zakāt* and its practical implementation can be proposed to integrate the philosophical approach.

Keywords: *Zakāt*, individualistic jurisprudence, governmental jurisprudence, methodology, centralized collection of *Zakāt*, balanced distribution of *Zakāt*, philosophy of jurisprudence





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۲۶ - ۱۹۷
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۶	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.83103.1600	نوع مقاله: پژوهشی

در آمدی بر مبانی فلسفی تأثیر گذار

بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی

دکتر محمدرضا کیخا (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

دکتر علیرضا آیین

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران

چکیده

در میان انواع عبادات، زکات چهره‌ای ویژه دارد؛ چراکه ترکیب وجهه حق‌اللهمی و حق‌الناسی در آن و نیز درآمیختن دو چهره فردی و عمومی، به آن جایگاهی ممتاز داده است؛ در طول تاریخ فقه، نگاه به حوزه فقه زکات، عمدتاً فردگرایانه بوده است. لیکن پس از انقلاب اسلامی با آشکارشدن ناکارآمدی رویکرد فردی تلاش‌هایی ازسوی صاحب‌نظران برای حکومتی جلوه‌دادن فقه زکات صورت پذیرفت ولی تاکنون کمتر پژوهشی به تحلیل فلسفی و روشمند تحول رویکرد فردی به حکومتی در حوزه فقه زکات پرداخته است. این پژوهش که به‌روش توصیفی تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که زکات اساساً تأسیس حاکمیتی محض است و اقتضائات زمینه‌ای، آن را به نهادی خصوصی مبدل نموده بود؛ ازاین‌رو با بهره‌گیری از مبانی فلسفی حاکم بر فقه زکات، مجدداً می‌توان رویکرد حکومتی را بر آن حاکم نمود و آنگاه برای انضمامی نمودن این نگاه فلسفی، ایده تجمیع متمرکز و توزیع متوازن زکات و مدل عملیاتی شدن آن را ارائه کرد.

واژگان کلیدی: زکات، فقه فردی، فقه حکومتی، روش‌شناسی، تجمیع زکات، توزیع متوازن زکات، فلسفه فقه.

مقدمه

از جمله مباحثی که نوع نگاه فردی یا حکومتی^۱ به آن سبب ایجاد تمایز بنیادین در قلمرو کارکردهای آن می‌شود، بحث از زکات است. عمده هدف تشریع زکات، بازتوزیع ثروت و برقراری عدالت توزیعی در جامعه است. با وجود این، به‌ویژه در فقه امامیه این بازتوزیع به‌صورت ساختارمند و در سطح وسیعی رخ نداده است؛ به‌بیانی دیگر، فقهای امامیه اگرچه فلسفه تشریع زکات را برقراری عدالت توزیعی دانسته‌اند؛ اما غلبه نگاه فردگرایانه در روش‌شناسی اجتهاد ایشان سبب شده بود که دایره این توزیع عادلانه را بسیار محدود ببینند. چنین نگاهی حتی اگر برای جوامع بسیط گذشته و اجتماع محدود شیعی کارآمد بوده باشد ولی پس از استقرار حکومت اسلامی، روزبه‌روز ناکارآمدی ساختار سنتی زکات در توازن بخشی جامعه در سطح وسیع آن آشکارتر شد. دلیل آن نیز واضح است؛ چراکه حاکمیت‌های بسیط با هزینه‌های اداری کمتر، جای خود را به دولت‌های سنگین، با دیوان‌سالاری پیچیده داده و هزینه‌های دولت در چنین وضعیتی چندبرابر شده است. اما در این میان، بحث از مالیه عمومی اسلامی (که ناظر به درآمدها و هزینه‌های دولت اسلامی است) رونقی دوچندان یافته و در میان منابع سنتی، مالیه عمومی «زکات» - به دلیل نقش بی بدیلی که می‌تواند در این زمینه ایفا کند - مورد توجه جدی‌تر قرار گرفته است.

در خصوص پیشینه موضوع باید گفت: براساس مطالب مزبور، بازاندیشی در ادله زکات ضرورت یافته و تلاش‌های درخور توجهی نیز از سوی فقیهان و نظریه‌پردازان برای خوانشی حاکمیتی از نهاد زکات صورت پذیرفته است که در میان آن‌ها، به‌ویژه چند اثر درخور توجه است: «جایگاه زکات از دیدگاه فقه حکومتی»، از مصباحی مقدم؛ «قانون پیشنهادی زکات براساس فقه حکومتی و مالیه عمومی اسلام»، از کعبی نسب و همکاران؛ «اصول حاکم بر زکات در مالیه عمومی اسلام»، از نعمتی.

غالب پژوهش‌های مزبور به بازخوانی ادله وجوب زکات براساس اقتضانات کنونی جامعه ایرانی

۱. در خصوص رویکردهای فقهی می‌توان از جهات مختلفی به بحث نشست: گاه، تمرکز بر اختلافات منهجی و نوع مواجهه فقیه با منابع و مبانی معرفتی است و گاه دیگر، مقصود، تفاوت در قلمرو، اهداف، وظایف فقیه و گستره قضاوت است. در رویکرد اخیر، سخن در این است که اساساً فقه تا چه میزان قادر به اداره جامعه پیچیده کنونی است؟ (نک: اعرافی، درآمدی بر اجتهاد تمدن‌ساز، ۳۵۱ تا ۴۴۲). در پاسخ، برخی قائل به انتظار حداقلی از فقه هستند؛ چنین رویکردی، اصولاً فردگراست و در آن، حکومت و سیاست نقش معناداری ندارد؛ ضمن اینکه، در کنار مجعولات تشریعی فردی، چیزی را به نام احکام اجتماعی تصویر نکرده و نیز با تشکیک و تکرار پاسخ‌های فقهی کنار آمده و لزومی نمی‌بیند که میان پاسخ‌های استنباطی به مسائل فقهی یک باب یا ابواب مختلف پیوندی نظام‌واره برقرار کند (واعظی، «رویکردهای فقهی: فقه فردی، فقه نظام‌های اجتماعی»، ۹، ۱۳ تا ۱۸). در مقابل، برخی اعتقاد به فقه نظام‌ات اجتماعی داشته (صدر، اقتصاددان، ۳۹/۱) و عده‌ای دیگر، رویکرد فقه حکومتی را پذیرفته‌اند که در آن، جایگاه فقه و گستره آن از استنباط احکام فردی و تنقیح نظامات اجتماعی فراتر رفته و بلکه، وظیفه حکومت و اداره جامعه و حفظ و صیانت از آن بر کلیت فقه سایه گسترانده است (خمینی، کتاب البیع، ۶۳۳/۲؛ ضیائی‌فر، مکتب فقهی امام خمینی، ۲۸۷ تا ۳۱۳).

پرداخته و کوشیده‌اند تا ادله‌ای در راستای ارتقای جایگاه زکات و پررنگ‌ترکردن نقش سیاسی و اقتصادی آن عرضه دارند. اما آنچه مغفول مانده، ترسیم مبانی فلسفی تبدیل نهاد زکات از حوزه فردگرا به حوزه‌ای تمدنی است. این در حالی است که امروزه شناخت فلسفه احکام و نهادهای فقهی و حکمت‌ها و علت‌های پشتیبان آن^۲ و نیز شناخت اسرار قانونگذاری، مقاصد جزئی و کلی شریعت و مصالح و مفاسد احکام،^۳ از طریق کتاب، سنت، عقل، تاریخ و علوم، اهمیتی دوچندان یافته است.^۴ براین اساس، مهم‌ترین مسئله نوشتار حاضر، گذار از روبنا به زیربناست و پرسش‌های اصلی که در پی پاسخ به آن‌ها هستیم عبارت‌اند از: چه مبانی هستی‌شناسانه، ارزش‌شناسانه، انسان‌شناسانه، جامعه‌شناسانه و تبارشناسانه‌ای بر نهاد زکات حکم فرماست؟ و با چه قرائتی می‌توان از این مبانی برای تبدل روشمند نگاه فردی به حاکمیتی در حوزه فقه زکات بهره جست؟ درنهایت نیز، برای آنکه مطالعه چهره‌ای انضمامی یابد، به این پرسش پاسخ خواهیم داد که چه مدلی می‌تواند به کارآمدسازی بهینه و پایدار زکات در قامت نهادی حاکمیتی کمک کند؟

۱. مبانی فلسفی حاکم بر تشریع زکات

برای خوانش حکومتی از نهاد زکات، بازاندیشی در مبانی پارادایمی حاکم بر این نهاد فقهی لازم است؛ لذا باید به بررسی مبانی هستی‌شناسی، ارزش‌شناسی، انسان و جامعه‌شناسی و تبارشناسی زکات پرداخت. مطالعه این مبانی نشان می‌دهد که زکات اساساً برای اهداف حاکمیتی تشریع شده بوده اما تحولات مختلف، آن را به نهادی غیرحاکمیتی مبدل ساخته است.

۱.۱. مبانی هستی‌شناختی

شناخت مبانی هستی‌شناسانه حاکم بر فقه زکات در قالب دو اصل امکان‌پذیر است.

أ. اصل تطابق نظام تکوین و تشریع: در هندسه نظام خلقت، با سه ضلع مواجه هستیم: خدا، انسان و جهان. ازجمله لوازم اساسی اصل تطابق نظام تکوین و تشریع -که از اصول مهم هستی‌شناختی است-^۵ عبارت است از اینکه: چون خالق جهان هستی و شارع، یک نفر است که آن خداوند متعال است؛ بنابراین هم مهندسی تکوینی نظام خلقت و هم مدیریت تشریعی آن کاملاً باید تحت اوامر الهی قرار گیرد. ازاین رو، اعتبار تشریعات کاملاً وابسته به انتساب به اراده شارع می‌شود. بدیهی است که در چنین نگاهی، چهره

۲. علی‌اکبریان، درآمدی بر فلسفه احکام، ۲۱، ۴۳.

۳. نک: ابن‌عاشور، مقاصد الشریعة، ۲۵۱؛ حسینی، مقاصد الشریعة، ۵۸؛ علیدوست، مقدمه علمی بر کتاب مقصدهای شریعت، ۱۹ تا ۱۴؛ فلاحتی، رهیافتی نو به مقاصد شریعت، ۳۷ تا ۳۰.

۴. علی‌اکبریان، درآمدی بر فلسفه احکام، ۲۹۵.

۵. آیین، درآمدی بر روش‌شناسی و اندیشه‌شناسی حقوقی استاد دکتر جعفری لنگرودی، ۶۷۲ تا ۶۶۸؛ جوان آراسته، حقوق در اسلام، ۸۱.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۰۱

عبودیت پررنگ‌تر شده و هدف از تکوینیات و تشریعیات، وصول به مقام استخلاف فردی و جمعی^۶ و نیل به مقام بندگی^۷ است. مطلبی که پاره‌ای از فقیهان از آن به «اصالة التعبدية» یاد کرده‌اند.^۸

ب. اصل عبادی بودن زکات و تبلور خاص آن در فقه حکومتی: از دل مبنای هستی‌شناختی فوق، اصل عبادی بودن بسیاری از آموزه‌های فقهی و از جمله زکات، استخراج‌شدنی است.^۹ افزون بر اینکه، همه احکام شرعی دارای حکمت هستند و هر حکم شرعی، متضمن جلب مصلحت یا مصالحی برای بندگان یا دفع مفسده است.^{۱۰} زکات برخلاف پاره‌ای از عبادات، چهره‌ای جمعی دارد و هدف اولیه‌اش، دمیدن روح تعبد جمعی و تکامل گروهی در اجتماع است.^{۱۱} از نصوص دینی نیز به وضوح بر می‌آید که تعلق حق زکات به اموال مکلفان، اساساً نوعی «حق‌الله» است. براساس این مبنای هستی‌شناختی و کلامی، آدمی نسبت به دارایی خود مالکیتی ندارد، بلکه هم اصل اموال و هم سود حاصل از آن متعلق به خداوند متعال است.^{۱۲} چنین نگرش توحیدی به زکات، آن را از ابزاری صرفاً مادی برای اداره جامعه، به وسیله‌ای مؤثر در تبلور روح توحید در اجتماع مبدل می‌سازد و سبب ترویج کمالات اخلاقی و انسانی در بستر فقه حکومتی می‌شود و این دقیقاً یکی از نقاط تمایز حقوق مالیه اسلامی با حقوق مالیه عمومی در سایر نظام‌های سکولار بشری است؛ زیرا پرداخت زکات در اسلام به‌عنوان مالیات - صرفاً برای حفظ کیان جامعه و تأمین مصالح دنیوی نیست. به همین دلیل، منع از پرداخت زکات جزو بزرگترین گناهان است و منجر به عدم مقبولیت نماز و عذاب اخروی و دنیوی می‌شود.^{۱۳} تا آنجا که عده‌ای از فقیهان حکم به کفر فردی داده‌اند که ممانعت از پرداخت زکات می‌کند^{۱۴} و حتی ادعای اجماع شده است مبنی بر اینکه می‌توان با فردی که ممانعت از پرداخت زکات کند، جنگید و در این مسیر، حتی اگر او به قتل هم برسد خونش هدر است.^{۱۵} فلسفه چنین سخت‌گیری‌هایی، به‌ویژه در نگاه فقه حکومتی آشکارتر می‌شود؛ زیرا در این تفکر،

۶. بقره: ۳۰.

۷. ذاریات: ۵۶.

۸. زارعی سبزواری، القواعد الفقهية في فقه الامامية، ۳۰۰/۱۴.

۹. هاشمی شاهرودی، درسمانه فقه، ۱۶/۱، ۲۰.

۱۰. علی اکبریان، درآمدی به فلسفه احکام، ۵۶ به بعد.

۱۱. هاشمی شاهرودی، درسمانه فقه، ۲۱/۱.

۱۲. مؤمنی، مریوانی، ضیائی، «احکام تعبدی و معیارهای شناخت آن در فقه مذاهب اسلامی»، ۲۳۴.

۱۳. کلینی، الکافی، ۳۱۲/۵؛ جابری، بررسی تطبیقی اجمالی نظام مالی اسلام و سرمایه‌داری، ۱۸۴؛ نعمتی، «اصول حاکم بر زکات در مالیه عمومی اسلام»، ۱۰۶.

۱۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۲/۹، ۲۳؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۹/۵ و ۱۰؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۱۰/۱۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۳۱۷/۱۲؛ میرزای قمی، مناهج الاحکام، ۷۳؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۱۶/۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۸۷/۸؛ انصاری، صراط النجاة، ۲۱۹.

۱۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳/۱۵؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۹/۱۱؛ خونی، مستند العروة الوثقی: الزکاة، ۱۰، ۱۱.

«اسلام، حکومت است و سایر احکام، مطلوب‌های بالعرض هستند.»^{۱۶} این چنین نگاه کلانی بیانگر این است که عینیت اسلام در حکومت است؛ تا آنجا که فروعاتی چون نماز و روزه و حج و... حتی توان تراحم با حکومت را ندارند؛ زیرا تراحم اصولاً میان دو پدیده هم‌عرض است. لذا حکومت و صیانت از آن، عین صیانت از اسلام است و این مسئله به‌عنوان حکم اولی، مقدم بر همه احکام دینی است.^{۱۷} از این رو، اگر قرار باشد که انکار یا ممانعت از پرداخت زکات منجر به اختلال در امر حکومت‌داری اسلامی شود، بایستی ضمانت‌اجراهای دنیوی و اخروی سنگینی برای آن لحاظ شود. برای اساس، عده‌ای معتقدند که صرف انکار زکات، سبب مستقل برای حکم به ارتداد و کفر شخص منکر است.^{۱۸} افزون بر ضمانت‌اجرای سنگین در فرض انکار زکات، در خصوص شخصی که مانع از تأدیه زکات می‌شود نیز لسان نصوص دینی بسیار قاطع است تا آنجا که در تعدادی از نصوص معتبر تصریح شده است کسی که حتی از پرداخت یک قیراط زکات ممانعت کند، نه تنها مؤمن نیست؛ بلکه حتی مسلمان هم به شمار نمی‌رود و در زمره بی‌دین‌ها یا یهودیان و نصرانیان قرار می‌گیرد.^{۱۹} وانگهی، در مأثورهای که حاوی وصایای پیامبر (ص) به علی (ع) است، ممانعت از پرداخت زکات، جزو اسباب کفر در امت اسلامی شمرده شده است.^{۲۰} البته برخی فقها در تفسیر آن نصوص گفته‌اند که مراد، کفر مصطلح نیست؛ بلکه چنین شخصی دارای بعضی از مراتب کفر است.^{۲۱} ضمن اینکه از ظاهر برخی دیدگاه‌های فقهی بر می‌آید که حکم مزبور مورد اجماع فقهاست.^{۲۲}

در مجموع می‌توان گفت: اینکه در آیات و روایات میان مقوله انفاق با صلاة و ایمان به غیب^{۲۳} نوعی مقارنت را شاهدیم، گواه بر جایگاه والای زکات در تعالی روح عبودیت در فرد و جامعه است؛^{۲۴} لذا امتناع از پرداخت زکات جزو بزرگترین گناهان برشمرده شده که عواقب شدید دنیوی (مانند ابتلای به قحطی، بیماری، نقصان و تضییع اموال، مرگ احشام و از بین رفتن برکت و حاصل خیزی زمین و...) و عقوبت‌های

۱۶. علامه حلی، تذکره، ۸/۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۵۲۶/۷؛ علامه حلی، تلخیص، ۸۵؛ ارشاد الأذهان، ۳۵۲/۱؛ شهید ثانی، حاشیه الإرشاد، ۵۰۳/۱؛ بحرانی، الحدائق، ۷/۱۲؛ شهید اول، الدروس، ۲۲۹/۱؛ ابن‌قطان حلی، معالم الدین، ۳۱۳/۱.

۱۷. خمینی، کتاب البیع، ۶۳۳/۲.

۱۸. بحرانی، الحدائق، ۸/۱۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۷/۶؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۸/۲.

۱۹. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۲/۹، ۳۳.

۲۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۴/۹.

۲۱. خونی، المستند فی شرح العروة، ۱۱، ۱۰؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳/۱۵؛ ۳۴۳/۲۱؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۹/۱۱.

۲۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۸/۵.

۲۳. بقره: ۳؛ مدثر: ۴۳ و ۴۵.

۲۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۸۷، ۳۸۲/۹، ۳۶۹؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۷/۱۵؛ بحرانی، الحدائق، ۹/۱۲؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۱۷/۲۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۲۴؛ کاشف‌الغطاء، کشف‌الغطاء، ۱۳۹/۴، ۱۴۰؛ کلیایگانی، هداية العباد، ۲۸۴/۱.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۰۳

سنگین اخروی را به همراه خواهد داشت.^{۲۵}

بنابراین، زکات نهادی است که ویژگی‌های منحصر به فردی دارد. پیوند این نهاد اجتماعی - به عنوان ضروری دین - با دنیا و آخرت به قدری وثیق است که انکار آن - طی شرایطی - منجر به ارتداد مصطلح می‌شود و آثار فقهی ارتداد بر آن مترتب می‌شود^{۲۶} و این‌ها، همه حکایت از اهمیت زکات در حوزه حکومت‌داری دارد.

۲.۱. مبانی ارزش‌شناختی، انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی زکات

شناخت مهم‌ترین و مؤثرترین مبانی و اهداف ارزشی، انسانی و اجتماعی زکات در تحلیل دقیق‌تر بحث مؤثر است. این تأثیرگذاری، به‌ویژه با نگرشی مقاصدی به فقه زکات که طرف‌دارانی جدی در فقه امامیه و عامه دارد کاملاً مشهود است.

۱.۲.۱. عدالت توزیعی و مصلحت عمومی

اگر عدالت را از اهداف آرمانی و حداکثری فقه بدانیم، تأمین مصلحت عمومی، هدف حداقلی فقه است؛ چراکه حفظ حیات جمعی در گرو تأمین مصلحت همگانی است. برای مصلحت عمومی، اوصافی را بر شمرده‌اند؛ از جمله جمعی بودن، حداقلی بودن، آلی بودن و اخلاقاً بی‌طرف بودن.^{۲۷} مصادیق مصلحت عمومی نیز بسیارند ولی مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: تأمین نظم عمومی، تأمین امنیت عمومی و تأمین حداقل رفاه عمومی.^{۲۸} در اسلام نیز تأمین مصالح عمومی و اجتماعی و توسعه و تکامل کارآمد آن‌ها، از مهم‌ترین مبانی نظام اجتماعی و انسانی اسلامی قلمداد می‌شود.^{۲۹} بر همین اساس، قاعده حفظ مصلحت نظام به عنوان قاعده‌ای فقهی مدنظر جدی فقها قرار دارد و پس از انقلاب اسلامی، توجه به آن بیشتر شده است.^{۳۰}

فقه‌های عامه - که زودتر حکومت‌داری را تجربه کرده و به اهمیت حاکمیتی زکات پی برده بودند - براساس نگاهی ارزش‌شناسانه، جامعه‌شناسانه و انسان‌شناسانه به زکات، برای آن دو مصلحت عمده ذکر کرده‌اند: ۱. مصلحتی که ناظر به تهذیب نفس شخص مودّی زکات است و حس خوددوستی، منفعت

۲۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۳/۹، ۲۴، ۲۶.

۲۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۱؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۶/۸؛ علامه حلی، تلخیص المرام، ۸۵؛ ارشاد الأدهان، ۳۵۲/۱؛ ابن‌قطان حلی، معالم الدین، ۳۱۳/۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۵۲۶/۷؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۸/۵؛ شهید ثانی، حاشیه الارشاد، ۵۰۳/۱.

۲۷. راسخ، حق و مصلحت، ۵۶۵/۲.

۲۸. راسخ، حق و مصلحت، ۵۷۲ تا ۵۶۷/۲.

۲۹. علیدوست، فقه و مصلحت، ۱۲۴ تا ۱۲۶؛ خیری، مبانی نظام اجتماعی در اسلام، ۲۰۹، ۲۹۱، ۳۴۶؛ شاه ولی‌الله، حجة الله البالغة، ۴۲۶/۱؛ ۲۲۳/۲.

۳۰. نوحی، قواعد فقهی در آثار امام خمینی، ۳۱۲ تا ۲۹۶؛ خمینی، صحیفه امام، ۴۵۲/۲۰؛ ۲۴۸/۴.

طلبی، جاه و مال پرستی را در او کنترل می‌کند و نوعی سخاوت نفس در او به وجود می‌آورد که به کمک آن، مظاهر خُصاست‌های دنیوی از او دور می‌شود و صبر بر شداید در او تقویت و آلام دنیوی بر او آسان می‌شود و حس نوع‌دوستی و حُسن تعامل با سایرین در او تقویت می‌شود و نهایتاً، سبب نوعی انشراح روحانی در شخص انفاق‌کننده می‌شود؛^{۳۱} ۲. مصلحت عمومی، که از آن به «مصلحت راجع به مدینه یا نفع مملکت» یاد می‌شود؛^{۳۲} این مصلحت که ناظر به کارکرد حکومتی زکات است، خود بر دو وجه است: یکی، تعاون با ضعفا و نیازمندان است و دیگری، تکمیل و رفع نیازهای مملکت و تسهیل در اموری که همه آحاد جامعه در آن منافع مشترک دارند؛ چراکه نظام حاکمیت، نیازمند منابع مالی است که به کمک آن‌ها، ارکان معیشتی جامعه حفظ شود و قوام یابد و ساختار فیزیکی آن (مانند ایجاد پل و ساخت خیابان و...) به‌طوری مطلوب سامان یابد.^{۳۳}

در نصوص روایی امامیه نیز دقیقاً به هر دو مصلحت مزبور -هم از نگاه فردی و انسانی و هم از نگاه اجتماعی و حکومتی- توجه شده است و به‌عنوان مبانی تقنین، فلسفه و مقصدهای برتر احکام زکات مدّ نظر متفکران شیعی قرار گرفته است.^{۳۴} ازجمله مهم‌ترین حکمت‌های تشریع زکات در روایات شیعه عبارت‌اند از: تقویت اقتصادی نیازمندان و برطرف کردن نیاز فقرا و صیانت از اموال اغنیا،^{۳۵} تهذیب نفس از زیاده خواهی و طمع، ابتلا و آزمایش اغنیا، رعایت مواسات و برابری و برادری، رحمت بر ضعفا، ادای شکر الهی توسط اغنیا، پاک کردن اموال، برکت در مال و...^{۳۶}

۱.۲.۲. سایر اهداف انسانی و اجتماعی زکات

براساس آنچه گفتیم، به لحاظ انسان‌شناختی و نیز جامعه‌شناختی، زکات واجد اهداف متنوع انسانی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، امنیتی، عقیدتی و... است که ازجمله نمونه‌های آن عبارت‌اند از: تهذیب و تطهیر و تزکیه نفس، استحکام عقاید، گسترش ارزش‌های والای انسانی و اخلاقی، تطهیر و برکت دهی به اموال، بازتوزیع ثروت، توانمندسازی نیازمندان، رشد فعالیت‌های اقتصادی و کسب روزی حلال، کاهش فاصله‌های طبقاتی، انسجام اجتماعی و تلاش برای مستحکم کردن مناسبات و پیوندهای میان انسان ها در خانواده و جامعه، افزایش حس نوع‌دوستی و مسئولیت‌پذیری اجتماعی، استحکام بخشی به حوزه

۳۱. شاه ولی الله دهلوی، حجة الله البالغة، ۲۵۷ تا ۲۵۵/۱؛ ۱۳۹/۲ تا ۱۴۲.

۳۲. علوانی، مقصدهای شریعت، ۲۰۷ تا ۱۹۳؛ ابن تیمیه حرانی، مجموع الفتاوی، ۵۰/۲۲، ۵۱.

۳۳. شاه ولی الله دهلوی، حجة الله البالغة، ۲۵۷ تا ۲۵۵/۱.

۳۴. حسینی، مقاصد الشریعة، ۱۵۳.

۳۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۰/۹، ۱۱.

۳۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۰/۱۱، ۹؛ ربانی، اصول ثابت سیره معصومین (ع)، ۳۶۵ تا ۳۹۷.

حکمرانی از طریق تأمین بودجه و کمک به تأمین امنیت‌های روانی و بیرونی.

لذا برخی معتقدند که تشریع زکات مبتنی بر دو اصل است: عبادی بودن و مصلحت عمومی. از اصل مصلحت عمومی، اصول و آثاری نمایان می‌شود، همچون کارآمدسازی و چابک‌سازی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حفظ کرامت انسانی و احترام به اموال، ترویج ارزشمندی کار و اجتناب از بیکاری، برقراری اعتماد میان مردم جامعه در قبال یکدیگر و در قبال حاکمیت، ایجاد قاطعیت و شفافیت در جمع‌آوری زکات و نظارت بر حسن توزیع آن، خدمات‌رسانی و تداوم در خدمت‌رسانی به جامعه توسط حاکمیت از طریق جمع‌آوری زکات و تأمین بودجه، رعایت سرعت و سهولت در جمع‌آوری و توزیع زکات، تخصیص هدفمند زکات در راستای مدیریت بهینه منابع مالی، توانمندسازی فعالیت‌های اقتصادی خرد و کلان، آگاه‌سازی مؤدیان زکات و مأموران (عاملان) نسبت به قواعد و موازین قانونی و فقهی، مراعات صرفه‌جویی نسبت به هزینه‌کرد زکات، قائل شدن حق شکایت و نظارت نسبت به جمع‌آوری و توزیع زکات برای مؤدیان، عاملان و مستحقان زکات.^{۳۷} این نگاه قطعاً آثار روش‌شناختی متنوعی خواهد داشت که به نمونه‌ای از آن اشاره می‌کنیم: در خصوص اینکه متصدی دریافت زکات کیست، میان فقیهان اختلاف نظر است؛ برخی معتقدند که پرداخت زکات به امام یا عامل منصوب ازسوی او زمانی واجب است که ایشان درخواست کرده باشند.^{۳۸} عده‌ای بر این اعتقادند که پرداخت زکات به امام یا عامل منصوب ازسوی او مطلقاً واجب است؛ خواه مطالبه زکات کرده باشند یا خیر.^{۳۹} پاره‌ای از فقیهان، میان صورت مطالبه امام یا عامل منصوب ازسوی او و عدم مطالبه ایشان قائل به تفصیل شده و پرداخت زکات در حالت اول را واجب و در حالت دوم مستحب دانسته‌اند.^{۴۰} بعضی نیز گفته‌اند که در صورت نبود امام یا عامل او، شخص مؤدی خود می‌تواند اقدام به پرداخت زکات کند.^{۴۱} تعدادی از فقهای برجسته -از گذشته تا به امروز- نیز تصریح کرده‌اند که در صورت حضور معصوم یا عامل منصوب ازسوی او، زکات به ایشان پرداخت می‌شود و در صورت نبود ایشان، شخص مؤدی، ملزم به پرداخت زکات به فقیه عادل و امین است و حق مصرف آن را بدون اذن فقیه ندارد.^{۴۲}

در میان دیدگاه‌های مذکور به نظر می‌رسد که به‌ویژه دیدگاه اخیر کاملاً مبتنی بر نگاه حکومتی به

۳۷. نعمتی، «اصول حاکم بر زکات در مالیه عمومی اسلام»، ۱۱۹ تا ۱۰۴؛ کعبی نسب و همکاران، «قانون پیشنهادی زکات براساس فقه حکومتی»، ۸، ۹.

۳۸. ابن حمزه، الوسيلة، ۱۳۰؛ ابن فهد حلی، المذهب، ۵۳۷/۱.

۳۹. ابن زهره، غنیة، ۲۴۲/۵.

۴۰. میلانی، محاضرات فی فقه الامامیه، ۵۴/۲، ۱۵۶.

۴۱. ابن زهره، غنیة، ۲۴۲/۵.

۴۲. منتظری، ولاية الفقیه، ۳۳، ۳۲/۴؛ ابوالصلاح حلی، الکافی فی الفقه، ۱۷۲؛ ابن براج، المذهب، ۱۷۱/۱، ۱۷۵.

پرداخت زکات و توجه به جایگاه امام یا نائب (خاص یا عام) او در مدیریت زکات است، تا آنجا که برخی فقیهان برجسته معتقدند که زکات، تأسیسی فردی نیست تا اختیار آن به دست خود مردم باشد؛ بلکه نهادی حاکمیتی است و اختیار آن در دست اولی الامر (حکومت اسلامی) است و در زمان غیبت، اطلاق و عموم ادله ولایت فقیه اقتضا دارد که تصدی این مسئله به دست حاکم جامعه باشد.^{۴۳}

۳.۱. مبنای تبارشناسانه و زمینه‌گرایانه زکات

یکی از شیوه‌های تحقیق کیفی، فهم دنیای انسانی و اجتماعی براساس بستری است که پدیده‌ها و کنش‌ها در آن ظهور می‌یابند؛ از این شیوه به متن‌گرایی، مضمون‌گرایی یا زمینه‌گرایی^{۴۴} تعبیر می‌شود.^{۴۵} در این خوانش تاریخی باید هر نص را در ظرفی از شرایط متنوع اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، زمانی و مکانی که آن را احاطه کرده، تحلیل کرد و آنگاه بررسی کرد که تغییر شرایط مزبور در گذر زمان تا چه میزان می‌تواند خوانش فقیه از نصوص دینی را متفاوت سازد؛ به‌طوری که معرفت علمی حاصل از آن نص، در عین پایابودن، پویا و کارآمد نیز باشد. در ادامه، همین نگاه را در خصوص فقه زکات پیاده خواهیم کرد.

۱.۳.۱. مطالعه زمینه‌گرایانه در فقه زکات

به نظر می‌رسد که برای فهم زمینه تشریع زکات در سال نهم هجری باید به سال‌ها قبل از آن بازگشت و فرهنگ عشایر عرب را واکاوی کرد. نبی مکرم اسلام در راستای سروسامان‌دادن به حکومت اسلامی، برنامه‌های ویژه ساختاری و مدیریتی داشت که یکی از آن‌ها اصلاح آداب و رسوم عشایری بود؛ با این توضیح که، دو قاعده کلی بر فرهنگ عشایری عرب حکم‌فرما بود که پیامبر (ص) کوشیدند تا هر دو را تا حد امکان نقض کنند یا لااقل تعدیل بخشند: یکی، تأمین معاش از طریق جنگ و غارت (به‌جز چهار ماه از سال) و دیگری، برده‌گرفتن اُسرای جنگی بود. پیامبر (ص) تلاش کردند تا با تأسیس بیت‌المال منتظم براساس قانون زکات، نظام تأمین اقتصاد عشیره از راه غارت را اصلاح کند و به‌جای آن، قانون زکات را عرضه دارد.^{۴۶}

براساس مطالبی که گذشت، پیامبر (ص) برای الغای رسمی فرهنگ مزبور (که از آن تعبیر به قانون نسبی شده است)، قانون زکات را جایگزین کردند؛ زیرا نیک می‌دانستند که راه استقلال و اقتدار حکومت اسلامی تأمین مالیه عمومی است، وگرنه سیاست کشورداری دچار بحرانی جدی خواهد شد؛^{۴۷} چراکه عدم تأمین معاش مردم (و به‌ویژه غارتگران گرسنه‌ای که دیگر مجاز به جنگ و غارت نبودند) می‌توانست به

۴۳. مصباحی‌مقدم، «جایگاه زکات از دیدگاه فقه حکومتی»، ۱۲۳ تا ۱۳۳.

44- Contextualism.

۴۵. ایمان، فلسفه روش تحقیق در علوم انسانی، ۱۷۲؛ صفایی، آیین، حقوق مدنی، ۱۰۴ تا ۱۰۷؛ آیین، درآمدی بر روش‌شناسی، ۴۴۱.

۴۶. علی، المفصل فی تاریخ العرب، ۴۵/۹؛ واسعی، فلسفه تمدن اسلامی، ۱۴۳.

۴۷. جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۳۷، ۳۸؛ جعفری لنگرودی، دروس حقوق سیاسی، ۴۳، ۴۴.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۰۷

طغیان و حتی کفر آن‌ها منجر شود. از این رو، پیامبر اسلام اقدام به تأسیس قوانین اقتصادی و مالی برای سامان‌دهی به اوضاع عمومی و از بین بردن نیازهای اولیه مردم کردند و براساس دستورهای الهی اقدام به سامان‌دهی بیت‌المال کردند.^{۴۸} بنابراین، می‌توان به مسئله زکات از زاویه‌ای دیگر نیز نگریست و این پرسش اساسی را مطرح کرد که آیا تأدیه زکات توسط مؤدی آن، یک عمل حقوقی مدنی است یا یک عمل حقوقی سیاسی؟ در پاسخ به این پرسش، عده‌ای وصف عمل حقوقی تأدیه را مدنی دانستند و به همین سبب، حکم به جواز تأدیه زکات توسط خود مؤدی در مصارف مذکور در آیه ۶۰ سوره توبه داده‌اند. اما در مقابل، عده‌ای وصف عمل حقوقی تأدیه را سیاسی و حاکمیتی دانستند و معتقدند که مؤدی باید زکات را به دولت بدهد تا او حسب مصالح عمومی جامعه و عدالت توزیعی، آن را به مصرف برساند. بر این اساس، زکات به‌عنوان حق مالی دولت بر مال مؤدی مالیات محسوب می‌شود.^{۴۹} مطالعه تاریخ جزیره العرب نشان می‌دهد که دیدگاه اخیر درست‌تر است؛ زیرا جزیره العرب پیش از قیام رسول اکرم (ص) کشوری واحد نبود؛ بلکه تکه پاره‌هایی بود که هر قسمت از آن تحت اقتدار گروهی بود. در چنین فضایی، نبی مکرم اسلام کوشیدند تا از طرق مختلف، حکومتی یکپارچه تحت حاکمیت قدرتی عمومی تأسیس کنند. بر این اساس به نظر می‌رسد که تشریع قانون زکات و تأسیس بیت‌المال براساس آن را نیز باید در راستای همان شیوه مدیریتی پیامبر (ص) برای بسط مدیریت اجرایی و سیاسی حکومت اسلامی و نیز سیاست دولت اسلامی برای وحدت بخشی به جزیره العرب و ایجاد پیوند میان قلوب افراد امت (امت واحده) دانست.^{۵۰}

بنابراین، در حکومتی و سیاسی بودن زکات در عصر پیامبر (ص) کمتر می‌توان تردید کرد. نکته جالب اینکه، پیامبر (ص) به‌عنوان بنیان‌گذار مالیه عمومی اسلامی - عمالی را به‌منظور وصول زکات و انتقال آن به خزانه دولت تعیین کرده بود و به نقاط مختلف در قلمرو اسلامی گسیل می‌داد.^{۵۱}

با وجود این، پس از عصر نبی مکرم اسلام، حوادث تاریخی رخ داد که اولاً، سبب شد که نقش زکات به‌عنوان رکن اصلی بیت‌المال و مالیه عمومی حکومت اسلامی کم‌رنگ شود و ثانیاً، چهره حاکمیتی آن مخدوش شود. اتفاق دوم در اینجا محل بحث است؛ ماجرا از این قرار بود که به‌ویژه پس از دوره حاکمیت پیامبر (ص) و خلافت دو خلیفه اول، در زمان خلیفه سوم، وصول زکات از مردم توسط حاکمیت دشوار شد

۴۸. واسعی، فلسفه تمدن اسلامی، ۱۶۵؛ نصر اصفهانی، عزیزی، سیری در تاریخ تمدن اسلامی و ایران، ۳۳؛ جان احمدی، تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی، ۶۶.

۴۹. هاشمی شاهرودی، بحوث فی الفقه، ۱۱۵/۳، ۱۱۶، ۱۲۱، ۱۲۲، ۳۱۳؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۹۴/۸؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۵۸/۱؛ جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۴۱؛ مصباحی مقدم، «جایگاه زکات از دیدگاه فقه حکومتی»، ۱۳۳؛ کعبی‌نسب و همکاران، «قانون پیشنهادی زکات»، ۲۲ تا ۱۱.

۵۰. جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۱۶۲ تا ۱۲۱؛ نصیری، تاریخ تحلیلی صدر اسلام، ۱۲۱.

۵۱. جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۴۱ و ۴۲.

ورفته‌رفته کار وصول زکات سست شد. از این رو، خلیفه سوم در خطبه‌ای به مردم اجازه داد تا خودشان زکات را در آنجایی که قانون شرع اجازه داده است به مصرف برسانند.^{۵۲} با وجود این، پس از عصر خلیفه سوم، جزیره العرب «محل تاخت و تاز تجزیه طلبان قرار گرفت، هرکس در ناحیه‌ای علم قدرت بر افراشت و دست به مالیه عمومی دراز کرد و زکات را وصول می‌کرد که از نمونه‌های آن می‌توان به حکومت معاویه در شام، حکومت خوارج در نهروان و عراق و قدرت طلبی طلحه و زبیر در عراق اشاره کرد.»^{۵۳} با این حال، باز هم امیرالمؤمنین (ع) در طول دوران خلافتش کوشید تا از تجزیه جزیره العرب جلوگیری کند و همچنان قدرت سیاسی و حکمرانی واحد را در پهنه سرزمین‌های اسلامی بگستراند. وانگهی، کوشید تا از دست اندازی به مالیه عمومی جلوگیری کند و زکات را تحت مدیریت عمال دولتی در آورد.^{۵۴}

بنابر آنچه گفته شد، بدیهی است که پس از عصر پیامبر (ص) و علی (ع)، در دوران سایر ائمه (ع) زکات دیگر چهره حکومتی و سیاسی خویش را از دست داد و جنبه فردی گرفت؛ بدین معنا که از یک سو، زکات به عنوان یکی از ارکان دین و ضروریات شریعت و فقه تعطیل‌بردار نبود و از سوی دیگر، در عصر سایر ائمه (ع)، ایشان از عرصه سیاست و حکومت‌داری دور بودند و حاکمیت در دست امویان و عباسیان بود. بنابراین به نظر می‌رسد که ائمه (ع) تمهیدی اندیشیدند تا هم جامعه اقلیت شیعی از مزایای اقتصادی نهاد زکات بهره ببرند و دست کم تا حد ممکن، عدالت توزیعی در راستای کنترل فقر و توانمندسازی مالی شیعیان تحقق یابد و هم زکات تا حد امکان در اختیار امام جائر (نامشروع) قرار نگیرد؛^{۵۵} به همین دلیل از قدیم‌الایام این بحث میان فقیهان مطرح بود که آیا اساساً پرداخت زکات به امام جائر، مجزی است و سبب سقوط تکلیف از عهده مؤدی زکات می‌شود یا خیر؟^{۵۶}

تمام این مباحث سبب شد تا زکات از امری عبادی-حاکمیتی، به تکلیفی عبادی-فردی تقلیل یابد و ائمه (ع) در روایات بسیاری به مردم دستور دهند که -به جای پرداخت زکات به عمال دولتی- خودشان اقدام به مصرف زکات در موارد منصوص شرعی کنند.^{۵۷} افزون بر این‌ها، نبود سازوکارها و ساختارهای اجرایی در دست ائمه (ع) و نیز عدم امکان تعریف چنین سازوکارهایی از سوی ایشان نیز از عوامل اصلی اتخاذ رویکرد فردی در حوزه فقه زکات بود.

۵۲. نصیری، تاریخ تحلیلی صدر اسلام، ۲۰۸؛ جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۴۱.

۵۳. جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۴۲.

۵۴. نصیری، تاریخ تحلیلی صدر اسلام، ۲۳۵؛ ربانی، اصول ثابت سیره معصومین (ع)، ۴۱۵ تا ۴۶۵.

۵۵. رک: الویری، تاریخ اجتماعی شیعیان، ۱۶۹.

۵۶. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۳۲۱/۵؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۰۵/۸.

۵۷. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۱۲/۹.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۰۹

وانگهی، به نظر می‌رسد که ائمه(ع) از این تهدید و تحدید (محدودیت)، فرصتی ساختند و آن علاوه بر بازتوزیع ثروت این بود که با دستور به مصرف زکات توسط خود مؤدی آن، او را مستقیماً با بطن جامعه درگیر کنند و به او کمک می‌کردند تا واقعیات جامعه اسلامی و گرفتاری‌های ضعفا را از نزدیک و بدون هیچ گونه واسطه‌ای لمس کند. بی‌گمان، چنین رویکردی، آثار اخلاقی و تربیتی و معنوی عمیقی بر مؤدی زکات خواهد گذاشت، درک او از مشکلات جامعه را همه‌جانبه‌تر و دقیق‌تر خواهد کرد، حس نوع‌دوستی را در او توسعه خواهد داد، احساس مسئولیت و اشتیاق به پرداخت زکات را در او افزایش خواهد داد.

۱.۳.۲. تحلیل پایانی

مروری بر تاریخ اجتماعی شیعیان، گواهی راستین بر وجود خفقان شدید سیاسی بر امامان معصوم و پیروان آن‌هاست، به‌طوری که به‌ویژه هرچه با حوزه سیاست و قدرت مرتبط می‌شد، شدیداً توسط قوای حاکمه مورد کنترل و احیاناً سرکوب قرار می‌گرفت.^{۵۸} بدیهی است که زکات نیز چون مستقیماً با حوزه مالیه عمومی اسلامی مرتبط بود مدّ نظر جدی حاکمیت قرار داشت. در اهمیت و حساسیت نهاد زکات - به‌عنوان تأسیسی اقتصادی و سیاسی - همین بس که برخی تصریح کرده‌اند که مصب اصلی تقیه، امور راجع به خلافت رسول(ص) و مالیه عمومی (خمس‌ها و زکات‌ها) بوده است.^{۵۹} بنابراین، در هنگام بررسی جهتی روایات صادره از ائمه(ع) باید توجه داشت که بیشترین حوزه درگیری حکومت‌های بنی‌امیه و بنی‌عباس با امامان معصوم(ع) بر سر مسائل ناظر به خلافت پیامبر(ص) و شئون و لوازم برخاسته از آن (و از جمله دریافت مالیات) بوده است،^{۶۰} وگرنه در مسائل حقوق مدنی یا مسائل فردی عبادی، کمتر شاهد موضع گیرهای سلبی از سوی قدرت حاکم وقت هستیم.^{۶۱} به نظر می‌آید که یکی دیگر از اسرار اینکه امامان(ع) پرداخت زکات را مستقیماً به مؤدیان واگذار کرده بودند و خود سازوکار ویژه اداری تعریف نکردند این است که در فرض ترسیم سازوکار اجرایی برای تجمیع متمرکز و توزیع وسیع زکات، حکومت مطلع می‌شد و به زکات جمع‌آوری شده دست‌درازی می‌کرد و عملاً اقلیت شیعی از مزایای متنوع زکات محروم می‌ماندند. بنابراین، ائمه(ع) اجازه می‌دادند که خود مؤدی بی‌سروصدا اقدام به مصرف زکات کند در همان منطقه‌ای که حضور دارد و از این طریق، هم از هزینه‌های گزاف حمل و نقل زکات و هم از خطرهای راه‌ها و حیف

۵۸. نک: خضری، تشیع در تاریخ، ۱۵۴.

۵۹. جعفری لنگرودی، علم موضوع‌شناسی، ۱۲۹؛ نوحی، قواعد فقهی در آثار امام خمینی، ۴۱.

۶۰. نک: نورمفیدی، قاعدة تقیه، ۲۷۸.

۶۱. جعفری لنگرودی، حقوق مالیه، ۱۲۹، ۱۳۰.

و میل شدن زکات ایمن بماند.

با تمام این اوصاف، متأسفانه در کتب فقهی (اعم از کتب استدلالی یا فتوایی) کمتر به مطالعات زمینه گرایانه پرداخته شده است و همین امر سبب شده تا فقیهان به استناد پاره‌ای از روایات، حکم به جواز مصرف زکات توسط خود مؤدی دهند.^{۶۲} این در حالی است که مطالعات کیفی زمینه‌گرایانه به ما می‌آموزد که تغییر بستر و ظرف صدور نص می‌تواند در تفسیر ما از نصوص، بسیار مؤثر باشد؛ زیرا معصومان(ع) دارای شئون مختلفی هستند و بسیاری از این شئون، متأثر از شرایط و اقتضائات محیطی آن‌هاست و به همین دلیل است که نمی‌توان هر روایتی را برخاسته از شأن تشریع و قابلیت استناد دانست و هر روایت معتبری را به‌عنوان قضیه‌ای حقیقیه و متضمن احکام دائمی و فرامگانی تلقی کرد.^{۶۳}

خوشبختانه در تاریخ تشریع اسلامی، هر دو برهه تلقی زکات به‌عنوان نمادی حاکمیتی (یعنی عصر پیامبر(ص) و امام علی(ع)) و نیز نگاه به آن از زاویه فقه فردی (یعنی عصر سایر معصومان) تجربه شده است. هرکدام از این نگرش‌ها برخاسته از بستر و اقتضائات زمانه‌شان بوده است؛ تلقی نخست در فضایی رقم خورده که حکمرانی در اختیار نبی مکرم و وصی او بوده است و رویکرد دوم نیز در فضای خفقان حاکمیتی و به‌انزواکشاندن سایر ائمه(ع) بوده است.

در دوره زمانی حاضر - که عصر استقرار حکومت اسلامی است - مجدداً بستر حکمرانی دینی فراهم آمده است، پس بدیهی است که زکات چهره حاکمیتی-سیاسی خود را باز یافته است و لذا ضرورت دارد که با بازخوانی و بازاندیشی در ادله زکات، اقدام به بسط ید حاکم اسلامی و بازسازی این نهاد ارزشمند از زاویه‌ای مبتنی بر فقه حکومتی و متناسب با اقتضائات کنونی جامعه نمایم و به‌ویژه اینکه، چون اساس شکل‌گیری جمهوری اسلامی مبتنی بر اندیشه ولایت فقیه (با خوانش امام راحل) است و ایشان حکومت فقیه را دنباله حکومت پیامبر(ص) و از شئون آن می‌دانند،^{۶۴} لذا اکنون که روابط اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی، بسیار پیچیده‌تر از جوامع بسیط گذشته شده است؛ اقتضائات ناظر به مصلحت عمومی، مصلحت نظام و عدالت توزیعی ایجاب می‌کند که افزون بر احیای رویکرد حکومتی به زکات، ساختار آن نیز بازسازی شود که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۲. دیدگاه برگزیده

۶۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۱۲/۹، ۲۸۲.

۶۳. ضیائی‌فر، فلسفه علم فقه، ۳۹۹/۱.

۶۴. خمینی، ولایت فقیه، ۵۹.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۱۱

عدالت توزیعی، مفهومی مشکک است و الگوی تأمین اجتماعی اسلامی نیز براساس همین تفکر و تلقی از اندیشه عدالت توزیعی استقرار یافته است. به همین دلیل، در اسلام تأمین اجتماعی مراتب مختلفی دارد که سه مرتبه را پوشش می‌دهد: حداقل معیشت، حد کفایت معیشت و بالاتر از حد کفایت. در الگوی اسلامی تأمین اجتماعی، از راهکارهای مختلفی، به‌ویژه تدارک خصوصی^{۶۵} و تکافل عمومی^{۶۶} و تضامن دولتی^{۶۷} استفاده می‌شود؛ زیرا آنچه اهمیت دارد جامعه‌محوری توحیدی برای ایجاد «جامعه رفاه» است، نه «دولت رفاه». بدین منظور، آموزه‌های اسلامی از سویی با ترویج ارزش‌هایی چون زهد، قناعت، کمک به یکدیگر و اطلاع از حال نیازمندان^{۶۸} و از سوی دیگر، با استفاده از مالیات‌های منصوص شرعی (نظیر زکات)، درآمدهای ناشی از مالکیت‌های دولت (انفال) و مالیات‌های حکومتی، درصددند تا زمینه مناسبی برای ایجاد تأمین اجتماعی فراهم آورند.^{۶۹}

بنابراین، از جمله اهداف اسلام، برقراری عدالت توزیعی است اما سطح برقراری آن (یعنی حداقل، حد کفایت و بالاتر از آن) وابسته به اقتضانات متنوع عقیدتی، اقتصادی، اجتماعی و... است. یکی از این مؤلفه‌ها، نوع رویکرد فقیه به مسئله زکات است. در نگاه مبتنی بر فقه فردی، فقیه اصولاً فلسفه تشریع زکات را تأمین حداقل‌های معیشتی و رفع فقر می‌داند، به همین دلیل اجازه می‌دهد تا مؤدی زکات، خودش آن را حسب صلاحدید خود به مصرف برساند. چنین نگاه حداقلی، اگرچه مفید است اما در کاهش جدی فقر و رساندن جامعه به حد کفایت از معیشت، نقش مؤثر و کارآمدی نخواهد داشت. ضمن اینکه، عملاً مزیت اقتصادی مولد و بلندمدتی نخواهد داشت و نهایتاً، به توانمندسازی آحاد جامعه و پیاده‌سازی اصل دعوت عمومی اسلام در کاهش فقر و رسیدن به حد کفایت معیشت و حتی بالاتر از آن منجر نخواهد شد.

در مقابل، در نگاه فقه حکومتی به حوزه مالیه عمومی، تلاش برای ایجاد طرحی کلان و نظام‌واره در راستای یکپارچه‌سازی یا هم‌گرایی نظام منابع مالی اسلامی است و یکی از اجزای این طرح کلان، زکات است که باید در این طرح‌واره، جایگاه ممتازش را بیابد، آنگاه مناسباتش با سایر اجزای نظام، منابع مالیه عمومی روشن شود. برای تحقق این آرمان، راهکارهای متنوعی مطرح‌شدنی است اما پیشنهاد نگارندگان،

۶۵- عبارت است از: «مسئولیت هر فرد در تدبیر عزتمندانه معیشت و تأمین نیازهای زمان حال و آینده خود»، حسینی، الگوهای تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام و غرب، ۶.

۶۶- عبارت است از: «مسئولیت ثروتمندان در تأمین نیازهای ضروری». حسینی، الگوهای تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام و غرب، ۶.

۶۷- عبارت است از: «مسئولیت دولت در زمینه تأمین حد کفاف برای عموم مردم»، حسینی، الگوهای تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام و غرب، ۶.

۶۸. جواد آملی، مفاتیح الحیاة، ۱۷۹.

۶۹ حسینی، الگوهای تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام و غرب، ۳۴۷؛ صفائی، آیین، حقوق مدنی، ۳۳۶، ۳۳۷.

بازسازی فرایند مصرف زکات و ارائه سازوکارهایی برای تجمع و متمرکزسازی درآمدهای زکوی و سپس، توزیع متوازن آن‌هاست. توضیح آنکه، پیش از این گفتیم که پس از عصر تشريع و دوره خلافت امام علی (ع) عمدتاً حاکمیت در اختیار امامان معصوم (ع) نبود، همین امر موجب شد تا از یک سو، غالب شیعیان از لحاظ اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و... در موضع ضعف قرار گیرند و چه بسا، موردی بی‌مهری حکومت قرار می‌گرفتند^{۷۰} و از دیگر سو، به دلیل اینکه امامان - به هر علتی - نتوانسته بودند که آمار همه جانبه و دقیق شیعیان را در اختیار داشته باشند یا به دلیل حساسیت مالیّه عمومی (به دلیل ماهیت سیاسی - اقتصادی آن) اقدام به اعلان تجمع و توزیع نمی‌کردند؛ زیرا این کار، نوعی مقابله با حاکمیت تلقی می‌شد و سبب تشدید جو خفقان سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و... بر امام و پیروانش می‌شد. ازسوی سوم، امام به دلایل فوق یا به دلیل نبود امکانات لازم، اقدام به تعریف سازوکار نرم‌فزاری و سخت‌افزاری تجمع و توزیع زکات نکردند، به همین دلیل حضرت در بسیاری از روایات، مباشرت در مصرف زکات توسط مؤدّی آن را تجویز کردند^{۷۱} و فقهای بسیاری بر همین اساس بود که حکم به جواز مباشرت در توزیع زکات توسط مؤدّی آن را داده‌اند^{۷۲} و حتی بسیاری تنها در صورت مطالبه زکات توسط امام و نائب خاص او، حکم به لزوم تحویل زکات به ایشان کرده‌اند و در تحویل زکات به فقیه جامع‌الشرایط در عصر غیبت، در صورت مطالبه او تشکیک کرده‌اند.^{۷۳}

امروزه که شرایط تغییر کرده و حکومت اسلامی بر پا شده و ولی فقیه مبسوط‌الید، اشراف مناسبی به وضعیت معیشتی مردم یافته است، پس طبیعی است که به دلیل اشرافی که بر موقعیت و مناسبات و احکام دارد بهینه‌تر از آحاد مردم بتواند زکات را توزیع کند و عدالت توزیعی - اجتماعی و مقاصد مبتنی بر فلسفه تشريع زکات و مصلحت عمومی را برقرار سازد. پس باید حکم به لزوم پرداخت زکات به او داد، مطلبی که از نگاه فقهای معاصر دور نمانده است.^{۷۴}

بدین منظور، پیشنهاد نگارندگان این است که تکرر در حوزه جمع‌آوری و مصرف زکات، جای خود را به وحدت؛ و نگاه مقلّد - مجتهد در فقه زکات، جای خود را به نگاه امام - امت بدهد. ازاین‌رو، نهادهای

۷۰. خضری، تشیع در تاریخ، ۱۷۲؛ گروه تاریخ پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تاریخ تشیع، ۱۰۵ تا ۹۴.

۷۱. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۸۲/۹، ۳۱۲.

۷۲. بحرانی، الحدائق، ۲۲۱/۱۲، ۲۲۲؛ حکیم، مستمسک العروة، ۳۱۳/۹؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۴۳/۱۱؛ خونی، المستند فی شرح العروة، ۲۰۶/۲۴.

صاحب‌حواهر، جواهر الکلام، ۴۱۶/۱۵؛ روحانی، المرتقی الی الفقه الارفی، ۱۴/۳، ۱۶.

۷۳. مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، ۵۶۸ تا ۵۶۶/۵۱.

۷۴. هاشمی شاهرودی، بحوث فی الفقه، ۱۲۱/۳، ۱۲۲؛ منتظری، ولایة الفقیه، ۳۲/۴، ۳۳.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۱۳

متعدد متولی زکات سامان‌دهی شوند و مبدل به یک کلان سازمان مالی خواهند شد. این‌گونه است که عدالت توزیعی، چهره‌ای عمومی‌تر می‌یابد و در آن، مؤلفه‌هایی چون توانمندی مالی مؤدی زکات، برابری افراد برابر در پرداخت و بهره‌مندی از زکات، عمومیت‌بخشی به جامعه هدف با در نظر گرفتن اولویت‌های جغرافیایی، اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و... صورت خواهد پذیرفت. البته بدیهی است که الگوی پیشنهادی ما مبتنی بر مدل پذیرفته‌شده سیاسی کشورمان؛ یعنی مبتنی بر نظریه سیاسی-حاکمیتی ولایت فقیه است، اما در سایر کشورهای اسلامی که مبتنی بر این اندیشه نیست، تمهیدات متنوع دیگری برای جمع‌آوری زکات پیش‌بینی شده است؛ مثلاً در عربستان سعودی و پاکستان، مؤسسه زکات با وزارت مالیه و خزانه‌داری مرتبط است و از توابع آن به شمار می‌رود یا در سودان، مؤسسه زکات تابع نهاد ریاست جمهوری است و در کویت، تحت اشراف وزیر اوقاف و امور اسلامی است و در مصر، بانکی موسوم به بانک ناصر در امر جمع‌آوری و توزیع زکات مستقل است و از نظر مالی، تحت نظارت بانک مرکزی عمل می‌کند.^{۷۵}

۳. مدل پیشنهادی

أ. طرح دیدگاه: از میان مدل‌های مختلف ارائه‌شده توسط صاحب‌نظران، به‌ویژه مدل «ارائه الگوی یک‌پارچه‌سازی نظام منابع مالی اسلامی و مالیات‌های متعارف در ایران (جمع‌آوری و مصرف منطقه‌ای در ماتریس سه‌بعدی ولی فقیه، منطقه و وظایف)»^{۷۶} حاکی از آن است که ولی فقیه در هریک از مناطق نماینده ای تعیین می‌کند که متولی جمع‌آوری وجوهات آن منطقه شود. این نمایندگان با در اختیارداشتن سامانه اطلاعاتی مشترک با نظام مالیاتی، اطلاعات پرداخت‌کنندگان وجوهات شرعی را براساس نام مرجع تقلیدشان ثبت کنند و به نظام مالیاتی منتقل می‌کنند. نظام مالیاتی مکلف می‌شود که براساس اطلاعات پرداختی شخص، او را مشمول معافیت مالیاتی به میزان پرداخت وجوهات شرعی کند. ازسوی دیگر، نمایندگان ولی فقیه در منطقه براساس اجازه‌ای که از مراجع معظم تقلید و ولی فقیه دارند، بخشی از وجوهات جمع‌آوری‌شده را نزد خود نگاه داشته و متناسب با پرداختی مناطق زیرمجموعه، در حوزه‌های فرهنگی و اقتصادی به‌ویژه رفع فقر منطقه استفاده قرار می‌کنند. افزون‌بر اینکه، بخشی دیگر از وجوهات را متناسب با میزان جمع‌آوری‌شده به نام هریک از مراجع معظم تقلید، به دفتر ایشان منتقل می‌سازند تا آنان

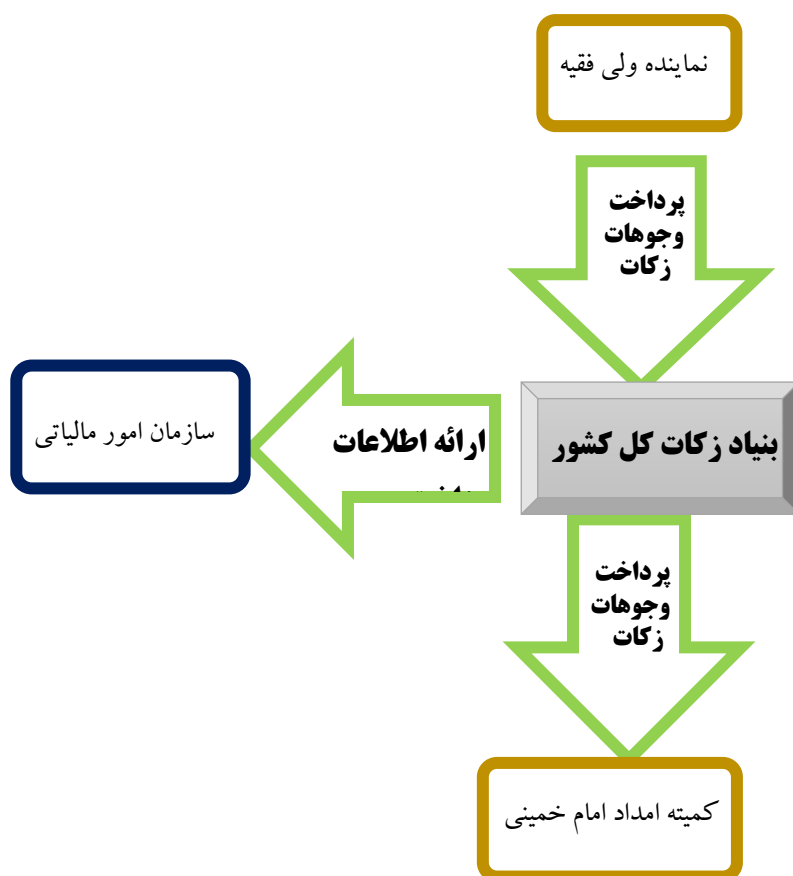
۷۵. نک: توسلی، امکان‌سنجی اجرای زکات در ایران، ۷۷.

۷۶. کاشیان، شعبانی، «ارائه الگوی یک‌پارچه‌سازی نظام منابع مالی اسلامی»، ۳۵ تا ۳۷.

براساس صلاحدید خویش، این وجوهات را در حوزه‌های کلان و حتی گاهی منطقه‌ای استفاده کنند. اما این الگو، خمس و زکات را در کنار هم دیده است، درحالی که خمس در نظام فقه امامیه سازوکار خاصی دارد و از بحث طرح ما خارج است. لذا آنچه مدنظر نگارندگان است پیشنهاد مدلی است که در آن مؤدیان زکات مکلف باشند به پرداخت زکات به نهاد مشخص شده توسط ولی فقیه که مورد تأیید قانونگذار است. این نهاد نیز ازسویی، موظف به ایجاد سامانه یکپارچه برای رصد میزان دریافتی زکات در کل کشور و ازسوی دیگر، رصد موارد و مصادیق نیازمندی‌های جامعه گسترده کشور است و متناسب با ضرورت و اهمیت، اقدام به اختصاص و هزینه در همان نقطه از کشور کند. مزیت این مدل آن است که نهاد زکات با برنامه‌زیری دقیق براساس اطلاعات واقعی و درست از نیازمندی‌های جامعه، پاسخ فوری و توانمند به نیازهای واقعی و ضروری هر نقطه از کشور خواهد داد، ولو آن منطقه به لحاظ دریافتی زکات باتوجه به شرایط آب‌وهوایی کمترین میزان را داشته باشد. براین اساس می‌توان گفت: رشد نقاط مختلف کشور متوازن خواهد شد. در نتیجه، نهاد و ستاد زکات نقش مؤثری در توسعه و بهبود زیرساخت‌های جامعه خواهد داشت و براین اساس، جایگاه ویژه در ساختار اداری کشور حتی در حد یک وزارتخانه را دارا خواهد بود. لذا با امعان نظر به رویکرد یادشده، این نوشتار الگوی جدیدی ارائه می‌دهد که این مدل دارای مؤلفه‌های زیر است:

کاهش هزینه جمع‌آوری	با حذف دفاتر مراجع تقلید و سازمان امور مالیاتی، در گردآوری زکات، هزینه جمع‌آوری تقلیل می‌یابد.
مرجع جمع‌آوری‌کننده	پرداخت زکات به دفاتر ولی فقیه و انتقال وجوه دریافتی به ستاد زکات
نوع تخفیف در مالیات	معافیت مالیاتی به میزان پرداخت زکات
نوع مالیات مشمول تخفیف	پرداخت‌کنندگان زکات، مشمول تخفیف در مالیات بر درآمد می‌شوند.
ساختار جغرافیایی	کل کشور مبتنی بر میزان اهمیت و نیاز
ساختار مصرف	توزیع متوازن براساس ضرورت و اهمیت

ب. ساختار الگو



مهم‌ترین سازوکارهایی این الگو عبارت‌اند از:

۱. حذف واسطه‌ها در گردآوری زکات، به منظور تسریع و کاهش هزینه گردآوری؛
۲. تجمع زکات نزد ستاد زکات کل کشور؛
۳. جلوگیری از کسری بودجه در تأمین هزینه‌های پروژه‌های بنیادی و کلان محرومیت‌زدایی؛
۴. توزیع مناسب زکات در مناطق کمتر برخوردار کشور؛
۵. عادلانه‌تر شدن توزیع درآمد و درنهایت، کاهش فقر در اقتصاد ایران؛
۶. تأثیر ابزار سیاستی معافیت مالیاتی بر ایجاد رقابت در میان ثروتمندان و افزایش تمایل آنان به

پرداخت زکات.

نتیجه‌گیری

بدون مطالعات پارادایمی و فلسفی نمی‌توان خوانش دقیقی از ادله و نصوص داشت؛ چراکه پارادایم، عهده‌دار راهبری نظری و عملی معرفت‌های علمی است. بر همین اساس است که مطالعه مبانی فلسفی را اگر نگوییم تنها راهکار، اما مؤثرترین و روشمندترین راه‌حل برای تغییر نگاه به فقه زکات از رویکرد فردی به رویکرد حکومتی است. نگاهی نظام‌واره به مبانی هستی‌شناسانه، ارزش‌شناسانه، انسان‌شناسانه، جامعه‌شناسانه و به‌ویژه تبارشناسانه حاکم بر فقه زکات نشان می‌دهد که این تأسیس، از اساس عهده‌دار اعمال حاکمیتی بوده و ماهیتاً عملی حقوقی-سیاسی بوده است. باوجود این، اقتضانات پیرامونی رفته‌رفته آن را از هدف اولیه‌اش دور ساخت و مبدل به عملی حقوقی-مدنی کرد و این سبب صدور نصوص شرعی معتبری با نگاه فقه فردگرایانه براساس همان شرایط شد. اکنون که آن اقتضانات دگرگون شده است و چهره اقتصادی و سیاسی زکات بسیار برجسته‌تر شده، ضرورت خوانشی نوین و حاکمیتی از آن است. براین اساس، نظریه پیشنهادیِ تجمع متمرکز و توزیع متوازن زکات در سایه طرح‌واره کلان یکپارچه‌سازی و هم‌گرایی نظام منابع مالی، مطرح و مدل پیشنهادی اجرای آن عرضه شد. به نظر می‌رسد که براساس ایده و مدل مزبور می‌توان عدالت توزیعی به معنای واقعی آن را جامه عمل پوشاند و توانمندسازی رفاهی و اقتصادی پایدارتر و بلندمدتی را رقم زد.

منابع

قرآن کریم

- آبین، علیرضا. درآمدی بر روش‌شناسی و اندیشه‌شناسی حقوقی استاد دکتر جعفری لنگرودی (حقوق قناعت‌محور؛ نظریه عمومی اطمینان). تهران: داد و دانش. ۱۴۰۱.
- ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۷ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیزبن‌نحیر. المذهب. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن تیمیه حرانی، احمد. مجموع الفتاوی. مدینه منوره: مجمع الملك فهد. ۱۴۱۶ق.
- ابن حمزه، محمدبن‌علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: مكتبة آيت الله مرعشی نجفی. ۱۴۰۸ق.
- ابن‌زهره، حمزةبن‌علی. غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع. بیروت: دار الاسلامیة. ۱۴۱۰ق.
- ابن‌عاشور، محمدطاهر. مقاصد الشریعة الاسلامیة. اردن: دار النفائس. ۱۴۲۱ق.
- ابن‌فهد حلی، احمدبن‌محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۱۷

- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه امام امیرالمؤمنین. ۱۳۶۲.
- اعرافی، علیرضا. درآمدی بر اجتهاد تمدن ساز. به تحقیق و نگارش علی بخشی. قم: اشراق و عرفان. ۱۳۹۵.
- ابن قطن حلی، محمد بن شجاع. معالم الدین فی فقه آل یاسین. قم: مؤسسه امام صادق. ۱۴۲۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. صراط النجاة. قم: باقری. ۱۳۷۲.
- ایمان، محمد تقی. فلسفه روش تحقیق در علوم انسانی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۰۸ق.
- توسلی، محمد اسماعیل. امکان سنجی اجرای زکات در ایران. تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی ستاد اقامه نماز. چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- جابری، بیرامعلی. بررسی تطبیقی اجمالی نظام مالی اسلام و سرمایه داری. پایان نامه کارشناسی ارشد اقتصاد. به راهنمایی مرتضی قره باغبان. قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی. ۱۳۷۵.
- جان احمدی، فاطمه. تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی. قم: معارف. چاپ پنجاه و یکم، ۱۳۹۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. حقوق مالیه: به انضمام حقوق اداری. تهران: گنج دانش. ۱۴۰۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. دروس حقوق سیاسی: حقوق تطبیقی-تاریخ حقوق سیاسی. تهران: گنج دانش. ۱۳۹۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. علم موضوع شناسی: فقه الموضوعات. تهران: گنج دانش. ۱۳۹۷.
- جوادی آملی، عبدالله. مفاتیح الحیاة. قم: اسراء. چاپ چهل و ششم. ۱۳۹۱.
- جوان آراسته، حسین. حقوق بشر در اسلام. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۱۳۹۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البیت (ع). ۱۴۱۰ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۹ق.
- حسینی، سید حیدر. مقاصد الشریعة و دورها فی عملیه الاستنباط عند الفریقین. قم: جامعه المصطفی العالمیه. چاپ دوم، ۱۴۳۸ق.
- حسینی، سید ابوالقاسم. مقصدهای شریعت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- حسینی، سید رضا. الگوهای تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام و غرب. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۱۳۹۴.
- حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- خضری، سید احمد رضا. تشیع در تاریخ. قم: دفتر نشر معارف. چاپ چهارم، ۱۳۹۳.
- خمینی، روح الله. صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۷۸.
- خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام. ۱۴۲۱ق.
- خمینی، روح الله. ولایت فقیه: حکومت اسلامی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۹۲.

- خوئی، ابوالقاسم. المستند فی شرح العروة: موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۲۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مستند العروة الوثقی: الزکاة. به قلم مرتضی بروجردی. قم: طبع العلمية. ۱۴۱۳ق.
- خیری، حسن. مبانی نظام اجتماعی در اسلام. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. ۱۳۹۳.
- راسخ، محمد. حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش. تهران: نی. چاپ سوم، ۱۳۹۳.
- ربانی، محمدحسن. اصول ثابت سیره معصومین (ع). تهران: شرکت چاپ و نشر بین الملل. ۱۳۹۰.
- روحانی، محمد. المرتقی الی الفقه الأرقی: الزکاة. به قلم سید عبدالصاحب حکیم. تهران: مؤسسة الجیل للتحقیقات الثقافية. ۱۴۱۸ق.
- زارعی سبزواری، عباسعلی. القواعد الفقهية فی فقه الامامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۴۱ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار. ۱۴۱۷ق.
- سیستانی، سیدعلی. منهاج الصالحین. قم: مکتب السید سیستانی. ۱۴۱۴ق.
- شاه ولی الله دهلوی، احمدبن عبدالرحیم. حجة الله البالغة. به تحقیق و تعلیق سعید احمدبن یوسف البالن بوری. دمشق: دار ابن کثیر. ۱۴۳۳ق.
- شهید اول، محمدبن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الامامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. حاشية الارشاد. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت، دار احیاء التراث. بی تا.
- صدر، محمدباقر. اقتصادنا. ترجمه سید محمد مهدی برهانی. قم: پژوهشگاه علمی تخصصی شهید صدر. ۱۳۹۳.
- صفایی، سیدحسین، علیرضا آیین. حقوق مدنی: مسئولیت مدنی محجورین. تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۴۰۱.
- ضیائی فر، سعید. فلسفه علم فقه. تهران: سمت. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۱۳۹۲.
- ضیائی فر، سعید. مکتب فقهی امام خمینی. تهران: عروج. ۱۳۹۰.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. ارشاد الاذهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۰ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۴ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. تلخیص المرام فی معرفة الاحکام. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۲۱ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة. ۱۴۱۴ق.
- علوانی، طه جابر. مقصدهای شریعت. ترجمه سید ابوالقاسم حسینی. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- علی، جواد. المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. بیروت: دار الساقی. چاپ چهارم، ۱۴۲۲ق.
- علی اکبریان، حسنعلی. درآمدی بر فلسفه احکام: کارکردها و راههای شناخت. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۵.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۱۹

- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و مصلحت. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۹۰.
- علیدوست، ابوالقاسم. مقدمه علمی بر کتاب مقصدهای شریعت. نویسنده: علوانی، طه جابر، ترجمه سید ابوالقاسم حسینی. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۸۸.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة (الوقف، الوصیة، الایمان و النذور، الکفارات، الصید). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). ۱۴۲۴ق.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، محمد قاسمی. «تفسیری نو از نظریه «الاسلام هو الحکومه» و مستندات آن»، دو فصلنامه مطالعات فقه سیاست. س ۲، ش ۳، ۱۴۰۱، ۲۵ تا ۷.
- فلاحتی، حامد. رهیافتی نو به مقاصد شریعت در استنباط فقهی. خراسان: حوزه علمیه. چاپ اول، ۱۴۰۱.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۲۲ق.
- کاشیان، عبدالمحمد، احمد شعبانی. «ارائه الگوی یکپارچه سازی نظام منابع مالی اسلامی و مالیات های متعارف در ایران (جمع آوری و مصرف منطقه ای در ماتریس سه بعدی ولی فقیه، منطقه و وظایف)، تحقیقات بنیادین علوم انسانی. س ۴، ش ۱، ۱۳۹۷، ۳۶ تا ۷. 20.1001.1.2476745.1397.4.1.1.1.
- کعبی نسب، عباس و همکاران. «قانون پیشنهادی زکات براساس فقه حکومتی و مالیه عمومی اسلام»، مجله معرفت اقتصاد اسلامی. س ۹، ش ۲، ۱۳۹۷، ۲۶ تا ۵. <https://www.magiran.com/p1922459>.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۳۶۷ق.
- گروه تاریخ پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. تاریخ تشیع. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و مرکز مدیریت حوزه های علمیه خواران. چاپ چهارم، ۱۳۹۰.
- گلپایگانی، محمدرضا. هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۱۳ق.
- مؤمنی، محمد، ناصر، مریوانی، محمد عادل ضیائی. «احکام تعبدی و معیارهای شناخت آن در فقه مذاهب اسلامی»، مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب. س ۵، ش ۲، ۱۴۰۱، ۲۲۰ تا ۲۳۷.
- 10.22034/MFU.2022.62663
- مصباحی مقدم، غلامرضا. «جایگاه زکات از دیدگاه فقه حکومتی»، دو فصلنامه جستارهای اقتصادی ایران. س ۱۵، ش ۳۰، ۱۳۹۷، ۱۱۹ تا ۱۳۵. 10.30471/IEE.2018.1559.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۰۵ق.
- منتظری، حسینعلی. ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه. قم: دار الفکر. ۱۴۱۱ق.
- مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی. موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت. به تحقیق مؤسسه دایرة المعارف الفقه الاسلامی. قم: مؤسسه دایرة المعارف الفقه الاسلامی. ۱۴۴۳ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. *مناهج الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام: صلاة، قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۲۰ ق.*

میلانی، سیدهادی. *محاضرات فی فقه الامامیه: کتاب الزکاة. مشهد: دانشگاه فردوسی. ۱۳۹۵.*
نصر اصفهانی، علی، حسین عزیزی. *سیری در تاریخ تمدن اسلام و ایران. تهران و قم: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ دوم، ۱۳۹۹.*

نصیری، محمد. *تاریخ تحلیلی صدر اسلام. قم: دفتر نشر معارف. چاپ سی و ششم، ۱۳۹۴.*
نعمتی، میثم. «اصول حاکم بر زکات در مالیه عمومی اسلام»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*. س ۶، ش ۱، ۱۳۹۵، ۱۱۰ تا ۹۳.

نوحی، حمیدرضا. *قواعد فقهی در آثار امام خمینی. تهران: عروج. ۱۳۸۶.*
نورمفیدی، سیدمجتبی. *قاعده تقیه، تنظیم و تدوین حجت منگنه‌چی. قم: بوستان کتاب. ۱۴۰۰.*
واسعی، سیدعلیرضا. *فلسفه تمدن اسلامی: چیستی و مبانی و مراحل. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۰.*

واعظی، احمد. «رویکردهای فقهی: فقه فردی، فقه نظام‌های اجتماعی»، *فقه حکومتی*. قم: دانشگاه باقر العلوم. ۱۳۹۸.

الویری، محسن. *تاریخ اجتماعی شیعیان. تهران و قم: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۱۳۹۸.*
هاشمی شاهرودی، محمود. *بحوث فی الفقه: الزکاة. قم: مؤسسه دایرة المعارف الفقه الاسلامی. ۱۴۳۲ ق.*
هاشمی شاهرودی، محمود. *درسنامه فقه: متن سلسله بحث‌های خارج فقه (زکات)*. قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت (ع). ۱۴۳۴ ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Ābin, ‘Alī Rizā. *Darāmadī bar Ravishshināsī va Andishihshināsī Huquqī Ustād Duktur Ja‘farī Langirūdī (Huquq Qanā‘at Miḥvar; Nazariyah-yi Umūmī Itminān)*. Tehran: Dād va Dānish. 2023/1401.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfī fī al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba Imām Amīr al-Mu‘minīn. 1984/1362.

‘Alī Akbariyan, Ḥasan ‘Alī. *Darāmadī bar Falsafah Ahkām: Kārkird-hā va Rāh-hā-yi Shinākht*. Qum: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2017/1395.

‘Alidūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va Maṣliḥat*. Qum: Pazhūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī. 2012/1390.

‘Alidūst, Abū al-Qāsim. *Muqaddamah-yi ‘Ilmī bar Kitāb Maqṣad-hā-yi Shar‘at*. ‘Alwānī, Ṭahā Jābir.

کیخا، آیین؛ درآمدی بر مبانی فلسفی تأثیرگذار بر ایجاد تحول فقه زکات از رویکرد فردی به حکومتی / ۲۲۱

Translated by Sayyid Abū al-Qāsim Ḥusaynī. Tehran: Pazhūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī. 2010/1388.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Talkhīṣ al-Marām fī Ma’rifat al-Aḥkām*. Qum: Maktab al-‘Ālam al-Islāmī. 2000/1421.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Aḥkām al-Īmān*. Qum: Mu’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madhhab*. Mashhad: Majma‘ Buḥūth al-Islāmīyya. 1994/1414.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Alvīrī, Muḥsin. *Tārīkh-i Ijtimā’ī Shī‘ayān*. Tehran, Qum: Samt, Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. 2020/1398.

‘Alwānī, Ṭahā Jābir. *Maqṣad-hā-yi Shari‘at*. Translated by Sayyid Abū al-Qāsim Ḥusaynī. Tehran: Pazhūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī. Chāp-i Awwal, 2010/1388.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Ṣirāt al-Najāt*. Qum: Bāqirī. 1994/1372.

A‘rafī, ‘Alī Rizā, *Darāmadī bar Ijtihād Tamadunsāz*. Nigārish va researched by ‘Alī Bakhshī. Qum: Ishraq va ‘Irfān. 2017/1395.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadāiq al-Nādira fī Aḥkām al-‘Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mu’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1988/1408.

Falāḥatī, Ḥamid. *Rahyāfti Nū bi Maqāṣid Shari‘at dar Istibāt Fiqhī*. Khurāsān: Ḥawzah-yi ‘Ilmiyah. Chāp-i Awwal, 2023/1401.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad Javād, Muḥammad Qāsimī. “Tafsīrī Nū az Nazāriyah-yi “al-Islām Huwa al-Ḥukūmah” va Mustanadāt ān”, *Dū Faṣlnāmah-yi Muṭālī‘āt Fiqh Siyāsāt*. Yr. 2, no. 3, 2023/1401, 7-25.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Shari‘a fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla (al-Waqf, al-Waṣīya, al-Imān wa al-Nudhūr, al-Kafārāt, al-Ṣayd)*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A‘imah al-Aṭḥār(AS). 2003/1424.

Gulpāyghānī, Muḥammad Riḍā. *Hidāya al-‘Abād*. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. 1993/1413.

Gurūh Tārīkh Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. *Tārīkh Tashayū’*. Qum Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh va Markaz-i Mudiriyat-i Ḥawzah-yi ‘Ilmiyah Khāharān. Chāp-i Chāhārum. 2012/1390.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. s.d.

Hāshimī Shāhruḍī, Maḥmūd. *Buḥūth fi al-Fiqh: al-Zakāt*. Qum: Mū'assisa Dāyira al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī. 2011/1432.

Hāshimī Shāhruḍī, Maḥmūd. *Darsnāmah-yi Fiqh: Matn Baḥṣ-hā-yi Khārij Fiqh (Zakāt)*. Qum: Bunyād Fiqh va Ma'ārif Ahl-i Bayt(AS). 2013/1434.

Ḥurr 'Āmili, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shi'a ilā Tahṣīl Masā'il al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1990/1410.

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.

Ḥusaynī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Maqṣad-hā-yi Shari'at*. Tehran: Pazhūhishgāh Farhang va Andīshih-yi Islāmī. 2010/1388.

Ḥusaynī, Sayyid Hydar. *Maqāṣid al-Shari'a wa Dawrahā fi 'Amaliyah al-Istinbāt 'inda al-Fariqin*. Qum: Jāmi'a al-Muṣṭafā al-'Ālamīya, Chāp-i Duwwum, 2017/1438.

Ḥusaynī, Sayyid Rizā. *Ulgū-hā-yi Ta'min Ijtimā'i az Didgāh Islām va Gharb*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. 2015/1394.

Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Maktaba Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. 1988/1408.

Ibn 'Āshūr, Muḥammad Ṭāḥir. *Maqāṣid al-Shari'a al-Islāmīyya*. Urdun: Dār al-Nafā'is. 2000/1421.

Ibn Barrāj, 'Abd 'Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muhadhdhab*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1406.

Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muhadhdhab al-Bārī fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1987/1407.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.

Ibn Qaṭān Ḥillī. Muḥammad ibn Shujā'. *Ma'ālim al-Dīn fi Fiqh Āl Yāsīn*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq. 2003/1424.

Ibn Taymiyya Ḥarānī, Aḥmad. *Majmū' al-Fatāwī*. Madīnah Munawarah: Majma' al-Malik Fahad, 1995/1416.

Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn 'Alī. *Ghunya al-Nuzū' ilā 'Ilmī al-Uṣūl wa al-Furū'*. Beirut: Dār al-Islāmīya. 1989/1410.

Imān, Muḥammad Taqī. *Falsafah Ravish Taḥqīq dar 'Ulūm-i Insānī*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va

Dānishgāh. Chāp-i Chāhārum, 2018/1396.

Jābirī, Biyrām ‘Alī. *Barrisī Taṭbīqī Ijmālī Nizām Mālī Islām va Sarmāyahdārī*. Master Thesis Iqtisād, Supervisor: Murtaḍā Qarahbāghān. Qum: Mū’assisah-yi Āmūzish va Pazhūhish Imām Khumaynī. 1997/1375.

Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *Durus Huqūq Siyāsī: Huqūq Taṭbīqī- Tārīkh Huqūq Siyāsī*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2020/1398.

Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *Huqūq Māliyah: bi Inzīmam Huqūq-i Idārī*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2022/1400.

Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *‘Ilm Mawḍū‘shināsī: Fiqh al-Mawḍū‘āt*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2019/1397.

Jān Aḥmadī, Faṭimah. *Tārīkh Farhang va Tamadūn Islāmī*. Qum: Ma‘ārif. Chāp-i Panjāh va Yik. 2020/1398.

Javādī Āmūlī, ‘Abd Allāh. *Mafātiḥ al-Ḥayāt*. Qum: Asrā’. Chāp-i Chihil va Shishum. 2012/1391.

Javān Ārāstīh, Ḥusayn. *Huqūq-i Bashār dar Islām*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. 2019/1397.

Jawād ‘Alī. *al-Mufaṣṣal fi Tārīkh al-‘Arab Qabla al-Islām*. Beirut: Dār al-Sāqī. Chāp-i Chāhārum, 2001/1422.

Ka‘bī Nasab, ‘Abbās va et al. “Qānūn Pishnahādī Zakāt bar Asās Fiqh Ḥukumatī va Māliyah-yi ‘Umūmī Islām”, *Majallih-yi Ma‘rifāt Iqtisād Islāmī*. yr. 9, no. 2, 2019/1397, 5-26.

Kāshif al-Ghiṭā’, Ja‘far ibn Khaḍir. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Mubhamāt al-Sharī‘a al-Gharrah’*. Qum: Maktab al-A‘lām al-Islāmī. 2001/1422.

Kāshiyān, ‘Abd al-Muḥammad, Aḥmad Sha‘bānī. “Irā‘ih-yi Ulgūy Yikpārchihsāzī Nizām Manābi‘ Mālī Islāmī va Māliyat-hā-yi Muta‘ārif dar Irān (Jam‘ Āvarī va Maṣraf Manṭaqih-i da Mātrīs Si Bu‘dī Valiyy Faqih, Manṭaqih va Vazāyif)”, *Tahqīqāt-i Bunyādīn ‘Ulūm Insānī*. yr. 4, no. 1, 2019/1397, 7-36.

Khiyri, Ḥasan. *Mabānī Nizām Ijtimā‘ī dar Islām*. Qum: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm va Farhang-i Islāmī. 2015/1393.

Khiṣrī, Sayyid Aḥmad Rizā. *Tashayū‘ dar Tārīkh*. Qum: Daftar-i Nashr Ma‘ārif. Chāp-i Chāhārum, 2015/1393.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *al-Mustanad fi Sharḥ al-‘Urwa: Mawsū‘at al-Imām al-Khū‘ī*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āsār al-Imām al-Khū‘ī, 2007/1428.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mustanad al-‘Urwa al-Wuthqā: al-Zakāt*. Bi Qlam Murtaḍā Burūjirdī. Qum: Ṭab‘ al-

‘Ilmiyya. 1993/1413.

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

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Ṣaḥīfah-yi Imām*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2000/1378.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Walāyat Faqīh: Hukumat Islāmī*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2014/1392.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1989/1367.

Milānī, Sayyid Hādī. *Muḥāḍarāt fi al-Fiqh al-Imāmiyah: Kitāb al-Zakāt*. Mashhad: Ferdowsi University of Mashhad. 2012/1390.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Manāḥij al-Aḥkām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām: al-Ṣalāt*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1999/1420.

Miṣbāḥī Muqadam, Ghulām Rizā. “Jāygāh-i Zakāt az Dīdgāh Fiqh Hukumati”, *Dū Faṣlnāmih-yi Justār-hā-yi Iqtisādī Irān*. Yr. 15, no. 30, 2019/1397, 119-135.

Mū’assisa Dāyra al-Ma‘ārif Fiqh Islāmī. *Mausū‘at al-Fiqh al-Islāmī Tībqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt*. researched by Mū’assisa Dāyra al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī. Qum: Mū’assisa Dāyra al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī. 2022/1443.

Mu’īnī, Muḥammad, Nāṣir Marīvānī, Muḥammad ‘Ādil Ziyā’ī. “Aḥkām Ta‘abudī va Mi‘yār-hā-yi Shinākht ān dar Fiqh Mazāhib Islāmī”, *Muṭālī‘āt Taṭbīqī Fiqh va Uṣūl Mazāhib*. Yr. 5, no. 2, 2023/1401, 220-237.

Muntazirī. Ḥusayn ‘Alī. *Walāya al-Faqīh wa Fiqh al-Dawla al-Islāmiyya*. Qum: Dār al-Fikr. 1991/1411.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1405.

Naṣīrī, Muḥammad. *Tārīkh Taḥlīlī Ṣadr Islām*. Qum: Daftar-i Nashr Ma‘ārif. Chāp-i Si va Shishum, 2016/1394.

Naṣr Iṣfahānī, ‘Alī, Ḥusayn ‘Azīzī. *Sīyūrī dar Tārīkh Tamadun Islām va Irān*. Tehran, Qum: Samt, Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. Chāp-i Duwum 2020/1399.

Nī‘matī, Myṣam. “Uṣūl Ḥākim bar Zakāt dar Māliyah-yi ‘Umūmī Islām”, *Andīshih-hā-yi Huquq ‘Umūmī*. Yr. 6, no. 1, 2017/1395, 93-110.

Nūḥī, Ḥamīd Riḍā. *Qawā’id Fiqhī dar Āsār-i Imām Khumaynī*. Tehran: Urūj. 2007/1386.

Nūr Mufidī, Sayyid Muṭṭabā. *Qā'idih-yi Taqīyah*. Tanzīm va Tadvīn Ḥujat Manganihchī. Qum: Būstān-i Kitāb. 2022/1400.

Rabānī, Muḥammad Ḥasan. *Uṣūl Ṣābit Sirah-yi Ma'sūmīn (AS)*. Tehran: Shirkat Chāp va Nashr Biyn al-Milal. 2012/1390.

Rāsikh, Muḥammad. *Ḥaq va Maṣliḥat: Maqālātī dar Falsafah-yi Ḥuqūq, Falsafah-yi Ḥaq va Falsafah-yi Arzish*. Tehran: Niy. Chāp-i Sivum, 2015/1393.

Rūhānī, Muḥammad. *al-Murtaqā ilā al-Fiqh al-Arqā: al-Zakāt*. Bi Qalam Sayyid 'Abd al-Ṣāhib Ḥakīm. Tehran: Mū'assisa al-Jil li-l-Taḥqīqāt al-Thaqāfiya. 1997/1418.

Sabziwārī, 'Abd al-A'lā. *Muḥadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār. 1997.1417.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. Translated by Sayyid Muḥammad Mahdī Burhānī. Qum: Pazhūhishgāh 'Ilmī Takhasuṣī Shahīd Ṣadr. 2015/1393.

Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn, 'Alī Rizā Ābīn. *Ḥuqūq Madanī: Mas'ūliyat-i Madanī Mahjūrīn*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār. 2023/1401.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth, s.d.

Shāh Waliyy Dahlawī, Aḥmad ibn 'Abd al-Raḥīm. *Hujja Allāh al-Bāligha*. researched by va Ta'liq Sa'īd Aḥmad ibn Yūsuf al-Bālanbūrī. Dimashq: Dār Ibn Kathīr, 2012/1433.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Durūs al-Shar'iyyah fī Fiqh al-Imāmiyyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1414.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Hāshiyā al-Irshād*. Qum: Maktab al-A'lām al-Islāmī. 1994/1414.

Sistānī, Sayyid 'Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Maktab al-Sayyid Sistānī. 1994/1414.

Tavasūlī, Muḥammad Ismā'il. *Imkānsanjī Jirāy Zakāt dar Irān*. Tehran: Mū'assisah-yi Farhangī Intishārātī Sitād Iqāmah-yi Namāz. Chāp-i Duwwum, 2010/1388.

Vāsī'i, Sayyid 'Alī Rizā. *Falsafah-yi Tamadun Islāmī: Chistī va Mabānī va Marāḥil*. Qum: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2022/1400.

Wā'izī, Aḥmad. "Rūyark-hā-yi Fiqhī: Fiqh Fardī, Fiqh Nizām-hā-yi Ijtimā'i", *Fiqh Ḥukumatī*. Qum: University of Bāqir al-'Ulum. 2020/1398.

Zārī f Sabzawārī, 'Abbās 'Alī. *al-Qawā'id al-Fiqhiyyah fī Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī.

2020/1441.

Żiyā ħfar, Sa'īd. *Falsafah-yi 'Ilm-i Fiqh*. Tehran: Samt. Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh, 1972/1392.

Żiyā ħfar, Sa'īd. Maktab Fiqhī Imām Khumaynī. Tehran: 'Urūj. 2012/1390.



Typology of the Jurists' Disregard for Ḥadīth with a Focus on the Principle of Lower Validation (*Kāsiriyat*)

Alborz Mohaghegh Garfami 

Master's Graduate, Department of Quranic and Ḥadīth Studies, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: Mohaghegh.gr@gmail.com

Abstract

One of the methods for invalidating *ḥadīths* among many *Shīrī* scholars is the early jurists' disregard for authentic narrations and their refrain from acting upon them. This approach is rooted in the reliance on *Shahrah-yi 'Āmilī* (utilizing practical consensus) in the process of engaging with *ḥadīths*. This disregard is verified through identifying the *fatwās* of jurists by referring to jurisprudential and *ḥadīth* texts up to the era of *Sallār Diyālāmī*, or through references made by later jurists of the existence of common practice opposing the *ḥadīth* in question. The present study seeks to identify the types of deficiencies in narrations that have prompted such dismissals by the jurists. The study illustrates that these can be assessed in three domains: content, direction of issuance, and source of narration. In the domain of content, factors such as the opposition of *ḥadīth* to the objectives of *Sharī'a*, the foundations of the sect, the practice of common people (*Sirah-yi Mutasharri'ah*), the cautious approach of the jurists, and also the early scholars' particular understanding of the narration and the presence of irregularities are noteworthy. In the domain of direction of issuance, identifying two factors are important: *Taqīyah* (dissimulation) and the nature of the narrator's question. The deficiencies of the source of narration include: absence of mention in the *Shīrī* canonical texts (four-hundred principles), inclusion in questionable books, mention in the chapter of rare reports, and compatibility with *Sunnī* writings.

Keywords: *ḥadīth* criticism, practical consensus, early jurists, famous disregard, lower validation (*Kāsiriyat*), invalidation



©2025 The author(s). This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

[4.0 International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)



افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۵۷ - ۲۲۷

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۹

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.80169.1501>

نوع مقاله: پژوهشی

گونه‌شناسی اعراض فقیهان از اخبار با تکیه بر جنبه کاسریت

البرز محقق گُرفمی^{1b}

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: Mohaghegh.gr@gmail.com

چکیده

یکی از روش‌های اعتبارزدایی از حدیث نزد بسیاری از دانشوران شیعی، روی‌گردانی فقیهان متقدم از اخبار صحیح و عمل نکردن بدان‌هاست. مبنای این روش، بر بهره‌گرفتن از شهرت عملی در روند مواجهه با احادیث است. این اعراض، از طریق یافتن فتوای فقها با مراجعه به نگاشته‌های فقهی و حدیثی تا عصر سَلار دیلمی یا اشاره فقیهان پسین به وجود عمل مشهور برخلاف حدیث موردنظر احرار می‌شود. جستار حاضر در پی یافتن گونه‌های کاستی در اخبار است که دست‌مایه اعراض فقیهان واقع شده است. بنابر یافته‌های پژوهش، این کاستی‌ها در سه عرصه محتوا، جهت صدور و منبع نقل روایت قابل ارزیابی هستند. در حوزه محتوا، مواردی چون مخالفت حدیث با مقاصد شریعت، مبانی مذهب، سیره متشرعه و رویه محتاطانه فقها و نیز فهم ویژه متقدمان از روایت و وجود شذوذ قابل یادکرد است. کشف دو عامل تقیّه و حکمت سؤال راوی نیز در حوزه جهت صدور قابل توجه‌اند. کاستی‌های منبع نقل حدیث نیز عبارت‌اند از: عدم یادکرد در اصول چهارصدگانه شیعی، درج در کتب مشکوک، یادکرد در باب نوادر و سازگاری با نگاشته‌های عامه.

واژگان کلیدی: نقد حدیث، شهرت عملی، فقیهان متقدم، اعراض مشهور، کاسریت، اعتبارزدایی.

مقدمه

فقیهانی که با وصف قدما از آن‌ها یاد می‌شود؛ داوری خویش درباره حدیث را براساس اطلاعات حاصل از قرینه‌های گوناگون حالی و مقالی که از سند و متن بر می‌آیند، سامان می‌دادند. براین اساس، معیار اعتبار اخبار نزد ایشان، حصول وثوق به صدور روایت از معصوم (ع) است.^۱ در این فرایند، چگونگی رویارویی دانشوران شیعی با احادیث، مؤلفه‌ای برای سنجش اعتبار اخبار و صحت انتساب آن‌ها به معصوم (ع) را فراهم می‌آورد. در نگاشته‌های دانشوران مسلمان مواردی را می‌توان یافت که باوجود صحت سند حدیث، متن آن مدنظر ایشان نبوده یا اینکه ناستواری سند حدیث، مایه مخالفت با متن آن نشده است. این اقبال یا اعراض جمعی دانشوران متقدم، با عنوان شهرت عملی، نام‌بردار است.

این پژوهش پس از تعریف قاعده کاسریت و نظرگاه دانشوران درباره آن، رویکرد برگزیده خویش درباره این قاعده را سامان داده است. سپس با استناد به منابع کتابخانه‌ای و بهره از روش اکتشافی تحلیلی به تبیین گونه‌های نقش‌آفرینی اعراض مشهور در فرایند نقد حدیث می‌پردازد. همچنین برای کاربردی‌سازی بحث، ذیل هرگونه، نمونه مناسب با آن درج شده است.

راجع به پیشینه بحث باید گفت: بر حسب جست‌وجوی به‌عمل آمده، مقالات ذیل در ارتباط با موضوع پژوهش حاضر درخور توجه است:

مقاله «خوانساری و قواعد بهره‌گیری از فقه سلف»، به قلم احمد مبلغی پس از بیان دلایل اعتبار شهرت عملی در منظومه فکری محقق خوانساری، در پی معرفی شاخصه‌هایی چون کثرت فتوا دهندگان و استناد به روایت در فتوا برای دستیابی به شهرت است. محمدرسول آهنگران نیز در مقاله «اعراض مشهور از خبر صحیح»، به بررسی اعراض فقها از دو حوزه سند و دلالت پرداخته است. همچنین نوشتار «جبر و وهن شهرت عملی نزد فقیهان متقدم»، نوشته حسین بهرامی اقدام در پی بررسی مواجهه قدما با شهرت است و در نهایت، نقش جابریّت و کاسریت شهرت را پذیرفته است. مقاله «حجیت سنجی اعراض مشهور»، به کوشش طاهرعلی محمدی و سیدمحمد حسینی، در پی اعتبارسنجی تسری حکم اعراض فقها از اعتبار یک سند به اسناد مشابه و ارزیابی امکان بهره از دلالت روایت مورد اعراض فقها از جهاتی دیگر است. در این نوشتار، به نقش شهرت عملی در قامت موضوع یا در قامت طریق حصول اطمینان توجه نشده و به سبب خلط این دو نقش، اطمینان حاصل از اعراض مشهور را با مقایسه آن با سایر ظنون از محل بحث خارج

۱. نانینی، فوائد الاصول، ۲۲۸/۳.

دانسته است.^۲ به نظر می‌رسد در این پژوهش مبنای پذیرش اخبار، وثوق مخبری در نظر گرفته شده است. باوجود این، پژوهش مستقلی را نمی‌توان یافت که علل اعراض فقها از روایات را با محور قراردادن جنبه کاسریت شهرت کاویده باشد. به نظر می‌رسد دشواری‌هایی چون فرایند تحصیل شهرت، اثبات استناد آن به متقدمان، اثبات اعراض از روایتی خاص و تطبیق فتوای فقیهان با روایات معرض عنها، سبب شده است تا از یافتن علل روی گردانی فقها از روایات اعراض شود. پژوهش حاضر باتوجه به وجود این کاستی، از راه نمونه پژوهی در پی یافتن عوامل اطمینان‌آفرینی است که سبب اعراض فقیهان را فراهم آورده است.

۱. تعاریف بنیادی

برای تبیین بهتر محور پژوهش و اهداف آن بایسته است مقصود از دو مفهوم «شهرت» و «اعراض فقیهان» به روشنی ترسیم شود.

۱.۱. شهرت عملی

واژه شهرت در دانش لغت‌شناسی به معنای شناساشدن، آشکارگشتن، پراکنده شدن و نیز در پاره‌ای موارد، به معنای معروف شدن امری در تباهی آمده است.^۳ در دانش اصول فقه، شهرت به سه گونه تقسیم می‌شود: روایی، فتوایی و عملی.^۴ شهرت عملی، به معنای اشتهار عمل به روایتی در مقام صدور فتوا از سوی عده‌ای از فقهاست که شمار آنان به مرز اجماع نمی‌رسد.^۵ حجیت شهرت، وابسته به نقش آن در کشف از قول معصوم است.^۶

از شهرت عملی گاهی با عنوان شهرت در استناد نیز یاد شده است.^۷ نسبت میان شهرت عملی و روایی، عموم من وجه است.^۸ ماده اشتراک آن‌ها، در روایت مشهوری است که مورد عمل اصحاب و متشرعه است و ماده افتراق آن‌ها در دو عرصه خواهد بود: جهت عدم عمل به برخی روایات مشهور و عمل به روایات غیر مشهور.

۲. نک: علی محمدی، حسینی، «حجیت سنجی اعراض مشهور»، ۳۴۰.

۳. فراهیدی، کتاب العین، ۴۰۰/۳؛ جوهری، الصحاح، ۷۰۵/۲؛ مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۶۸/۶.

۴. بحرانی، المعجم الاصولی، ۲۳۸/۲ تا ۲۳۹.

۵. نائینی، فوائد الاصول، ۱۵۳/۳؛ حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۲۲۰.

۶. حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۲۲۰.

۷. خویی، الهدایة، ۱۶۱/۳؛ حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۲۱۳؛ آل کاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعی، ۱۳۳/۱.

۸. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۷۸۴/۲.

فقهایی نیز عدم توجه به شهرت را سبب بنانهادن فقهی دگرگون می‌دانند؛^۹ چراکه بر این باورند که در بخشی از دانش فقه نمی‌توان حدیث صحیحی برای استنباط یافت.^{۱۰}

۲. ۱. مفهوم اعراض فقها و قاعده کاسریت

مراد از عبارت «اعراض از روایت»، واگذاشتن آن و عدم توجه فقیهان متقدم به آن در فرایند استنباط است.^{۱۱} منظور از متقدمان، فقیهانی است که از نظر زمانی به عصر صدور نزدیک باشند.^{۱۲} برخی از ایشان عبارت‌اند از: صدوق، مفید، طوسی، سیدمرتضی، حلبی، سلار دیلمی و ابن‌براج.^{۱۳} باورمندان به بهره از شهرت عملی در قامت سنجه‌ای برای نقد حدیث، اعراض اصحاب را نشان از وجود کاستی در روایت و مهم‌ترین سبب برای وثوق به عدم صدور حدیث^{۱۴} یا مرادنبودن ظاهر آن دانسته‌اند.^{۱۵} در نگاشته‌های دانش اصول فقه، از جنبه کاسریت شهرت، در دو موضوع شرایط عمل به خبر واحد و همچنین در قامت یکی از مرجحات باب تعارض سخن به میان آمده است.^{۱۶} برخی نیز به مناسبت بحث از بایسته‌های اجتهاد، از آگاهی مجتهد به عمل مشهور نیز سخن به میان آورده‌اند.^{۱۷} از این معیار با عناوین مشابهی از این قبیل یاد شده است: «رفض العمل بروایته»،^{۱۸} «ترك العمل به»،^{۱۹} «مخالفاً للمذهب المشهور».^{۲۰} عده‌ای معتقدند که وهن اعتبار حدیث به سبب اعراض فقها از آن، قاعده‌ای است که از محتوای آن بارها در کتب فقهی یاد شده است، هرچند به الفاظ آن اشاره‌ای نشده باشد.^{۲۱} برخی، اهمیت اثرگذاری اعراض مشهور را تا آنجا دانسته‌اند که هرچه سند روایاتی در مرتبه بالاتری از صحت باشد، اعراض از آن هم موجب وهن شدیدتر آن خواهد شد.^{۲۲} در پاره‌ای موارد نیز مخالفت فقها با روایات به دلیل وجود روایات متعارض یا مخالفت با قرآن، از روی

۹. حکیم، مستمسک عروة الوثقی، ۹۱/۵.

۱۰. حکیم، مستمسک عروة الوثقی، ۹۱/۵.

۱۱. بدری، معجم مفردات اصول الفقه المقارن، ۷۹.

۱۲. مدرسی طباطبایی، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، ۲۹.

۱۳. بحرانی، المعجم الاصولی، ۳۰۹/۱.

۱۴. آملی، مصباح الهدی، ۲۰۸/۳.

۱۵. حسینی میلانی، تحقیق الاصول، ۳۹۶/۶.

۱۶. نک: طباطبایی، مفاتیح الاصول، ۳۶۷؛ تبریزی، اوثق الوسائل، ۱۷؛ سبحانی، المحصول، ۲۰۹/۳؛ ۵۰۱/۴.

۱۷. نک: بجنوردی، قواعد الفقهية، ۷۹۴/۲.

۱۸. خمینی، الخلل فی الصلاة، ۱۰۷.

۱۹. موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۱۸۴/۵، ۳۴۳.

۲۰. خواجه‌نوی، جامع الشتات، ۹۹.

۲۱. انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ۵۱۳/۴.

۲۲. آملی، مصباح الهدی، ۳۹۵/۲؛ صالحی مازندرانی، مفتاح الاصول، ۲۳۱/۳.

تسامح، اعراض نام گرفته است،^{۲۳} درحالی که مخالفت فتوای فقهای متقدم با روایتی، ملازمه تام با اعراض ایشان از آن روایت ندارد؛ چراکه ممکن است مخالفت فتوا با روایت به سبب ترجیح سندی، جاری کردن قواعد باب تعارض یا گونه های مختلف جمع روایات متعارض باشد.^{۲۴} در این گونه موارد، ترجیح روایتی بر روایت دیگر رخ نموده است، نه روی گردانی تام در معنای باور به عدم حجیت.

شایسته یادکرد است که اعراض فقها به خودی خود سبب بی اعتباری روایت نمی شود، بلکه بنا بر برخی مبانی، سببی برای دست یافتن به اطمینان به عدم صدور روایت می شود.^{۲۵} همچنین از آنجا که حجیت حدیث وابسته به سرفراز آمدن آن از دو مرحله وجود مقتضی و فقدان مانع است،^{۲۶} می توان اعراض مشهور را در زمره موانع حجیت حدیث جای داد.

برخی براین باورند که اعراض مشهور از سند یا متن تنها زمانی جنبه کاسریت دارد که علت اعراض ایشان یافته شده و آن علت نیز صلاحیت کافی در مبانی معرفتی مجتهد بعدی را داشته باشد.^{۲۷} در این دیدگاه، کاسریت نقش استقلالی در نقد اخبار ندارد؛ بلکه تنها قرینه ای برای نقدپذیری حدیث است و خود نیاز به اعتبارسنجی دارد. به نظر می رسد اگر اعراض یا عمل مشهور به سبب اجتهاد ایشان باشد، موجب ایجاد وثوق یا اطمینان برای دانشوران پسین نخواهد شد. اعراض مشهور در امور اجتهادی سبب نمی شود که روایت معتبر متروک یا مؤول شود.^{۲۸}

در این پژوهش متعلق اعراض فقها حدیثی است که از نظر سندی صحیح به شمار آید. با حفظ این شرط، افرادی بر این باورند که اعراض مشهور زمانی اثرگذار خواهد بود که شرط علم به در دسترس بودن روایت نزد متقدمان حاصل آمده باشد.^{۲۹} براساس این شرط، روایات صحیح کتبی مانند دعائم الاسلام و اشعئیات که در دسترس فقهای متقدم نبوده را نمی توان به سبب نادیده انگاشته شدن توسط فقها مشمول اعراض مشهور دانست.^{۳۰}

۲۳. نک: بحرانی، حدائق الناضرة، ۱۶۸/۴؛ ۷۸/۸.

۲۴. حائری یارجمندی، مدارک العروة، ۱۹۹/۲؛ فیاض، تعالیق مبسوطه، ۷۸/۸.

۲۵. نائینی، اجود التقریبات، ۱۶۲/۲؛ حکیم، اصول العامة للفقہ المقارن، ۲۱۳؛ صدر، بحوث فی علم الاصول، ۳۳۷/۱۰؛ آل کاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعی، ۱۳۶/۱.

۲۶. مقصود از وجود مقتضی، اعتبار سند و دلالت و جهت صدور است و منظور از عدم مانع، احراز قابلیت آن برای استناد است که با فقدان مواردی مانند عدم تعارض با سنجه های اطمینان آفرینی همچون نصوص قرآن، سنت، حکم عقل، تاریخ معتبر و... سامان می گیرد.

۲۷. آل شیخ راضی، بدایة الوصول، ۲۷۳/۶؛ حیدری، الدروس، ۳۴۶/۲.

۲۸. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۲۱۳۴/۷.

۲۹. نائینی، اجود التقریبات، ۱۶۱/۲.

۳۰. نائینی، اجود التقریبات، ۱۶۱/۲.

دو شرط مقدماتی عدم مخالفت فتاوی مورد بحث با اصول و قواعد و نیز ناسازگاری فتوا با خبری صحیح، احتمال بی اعتباری روایت نزد ایشان را تقویت می‌کند. این جستار برای به دست آوردن اعراض مشهور، از دو شیوه بهره جسته است: ۱. بررسی فتاوی مشهوری که با اخبار صحیح مخالف‌اند از طریق توجه به اخبار شاذ و نادر؛ ۲. بررسی اقوال فقیهان پسینی در انتساب شهرت به قدما و راستی آزمایی این انتساب از طریق بررسی اقوال فقهای متقدم.

۲. اعتبار قاعده کاسریت نزد دانشوران

در باره توانمندی شهرت بر جبران یا کسر اعتبار روایت، چهار دیدگاه نمودار است: ۱. توانمندی در هر دو عرصه؛^{۳۱} ۲. ناتوانی در هر دو عرصه؛^{۳۲} ۳. توانمندی برای جبران و ناتوانی در کسر؛^{۳۳} ۴. عکس مورد سوم.^{۳۴}

پژوهش حاضر به دنبال واکاوی در توانمندی شهرت در حوزه جبران ضعف سند نیست، لذا نظرات موافقان و مخالفان در حوزه کاسریت پی گرفته می‌شود.

۲. ۱. دلایل موافقان

براساس دیدگاه مشهور دانشوران شیعی، روی گرداندن فقیهان متقدم از روایتی صحیح، نشانگر سستی روایت است و آن را از گستره حجیت خارج می‌سازد^{۳۵} یا سبب اطمینان به عدم صدور آن را فراهم می‌آورد.^{۳۶} اینان از دلایلی سود جسته‌اند که مهم‌ترین آن‌ها در ادامه خواهد آمد.

أ. نزدیکی فقیهان متقدم به عصر امامان (ع): نزدیک بودن زمانه قدمای اصحاب به دوره حضور ائمه (ع) و راویان طبقات نخست در کنار اهتمام ایشان بر عملکرد استوار بر روایات، سبب ایجاد آگاهی ایشان از اعتبار روایات می‌شود؛ براین اساس، روی برتافتن ایشان از روایتی، نشانگر وجود گونه‌ای از تباهی در آن خواهد بود.^{۳۷}

ب. بنای عقلا: برخی بر این باورند که به سبب نقش بنای عقلا در قامت مهم‌ترین دلیل برای اثبات حجیت خبر واحد، شایسته است با بهره از بنای عقلا، اعراض اصحاب را دلیلی بر عدم حجیت پاره‌ای از

۳۱. نک: خویی، دراسات فی علم الاصول، ۴/۴۲۶.

۳۲. خویی، مصباح الاصول، ۱/۲۰۳.

۳۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲/۱۸۳.

۳۴. حسینی میلانی، تحقیق الاصول، ۶/۴۰۱ تا ۴۰۰.

۳۵. نائینی، فوائد الاصول، ۴/۷۸۷؛ سبحانی، المحصول، ۳/۲۰۸.

۳۶. سزواری، تهذیب الاصول، ۱/۱۸۶؛ حکیم، الاصول العامة للفقہ المقارن، ۲۱۳.

۳۷. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۹/۳۷۷؛ بروجردی، کتاب الصلوة، ۲۲.

اخبار بدانیم؛ چراکه باتوجه به سخت کوشی اصحاب در عمل به آنچه از طریق حدیث بدان‌ها رسیده بود، عقلاً حکم می‌کنند که روی گردانی آن‌ها از حدیثی که در منظرشان بوده، عاملی برای بی‌اعتباری حدیث است.^{۳۸}

ج. بیان از تضعیف عملی راویان: ممکن است که اعراض فقها از روایتی، در قامت قدح عملی ایشان از راویان خبر شمرده شود. این معنا، از مفهوم مخالف دیدگاهی به دست می‌آید که براساس آن، عمل مشهور، گونه‌ای از توثیق عملی راویان به شمار رفته است.^{۳۹} براین اساس، توثیقات و مدائح موجود درباره راویان که سبب اعتبار سند شده، با قدح عملی مشهور تعارض می‌کند. در این هنگام، بنابر مبنای تقدم قدح، سند صحیح پیش گفته معتبر نخواهد بود و بنابر مبنای تساقط، سبب ازکارافتادن حکم توثیق می‌شود. به نظر می‌رسد استدلال پیش گفته دچار اشکال باشد؛ چراکه بنابر مبانی رجالی، زمانی قدح، اثرآفرین است که علت آن نیز بیان شده باشد^{۴۰} و از آنجاکه در موارد اعراض مشهور، سبب قدح روشن نیست، نمی‌توان آن را معتبر دانست. همچنین علت اعراض مشهور در همه موارد آشکار نیست؛ لذا محتمل است که ایشان به سبب وجود قرینه‌ای، از متن روایت اعراض کرده باشند، نه از سند آن. در این صورت، احتساب قدح عملی در قامت دلیلی برای اعتبار قاعده کاسریت، اخص از مدعاست و صلاحیت کافی برای اثبات ادعا را ندارد.

۲.۲. دلایل مخالفان

باوجود دیدگاه مشهور بر توانمندی اعراض مشهور بر کاسریت، افرادی با بسندگی بر مسلک وثوق سندی، به گونه‌ای فراگیر، یگانه سنجه حجیت اخبار آحاد را وثاقت راویان دانسته^{۴۱} و با مبنا قراردادن عدم حجیت خبر ضعیف در کنار عدم حجیت فتوای مشهور، پیوستن این دو به یکدیگر را ملازم با حجیت خبر ضعیف و جبران ضعف آن نمی‌دانند.^{۴۲} از این نظرگاه به دست می‌آید که حجیت خبر صحیح هم با اعراض مشهور مخدوش نخواهد شد. نقد این دیدگاه در بررسی و نقد نخستین دلیل مخالفان بیان می‌شود.

یکی دیگر از باورمندان به اثرگذار نبودن شهرت بر جبر یا وهن حدیث چنین می‌نگارد: «انَّ عَمَلَ المشهور بالخبر الضعیف لا یجبرُ ضعفَه کما انَّ اعراضَهُم لا یوجبُ وهنَ الخبرِ المعتبرِ کیف و قد ثبتَ فی الأصول عدمُ اعتبار الشهرة الفتوانیة فکیفَ یمکنُ ان ما لا یمکنُ معتبراً فی حدِّ نفسه یمکنُ جابراً لما لا اعتبارَ

۳۸. خمینی، الطهارة، ۳/۳۹۶.

۳۹. نک: مامقانی، مقیاس الهدایة، ۲/۲۸۸؛ بهبهانی، الفوائد الرجالية، ۵۹.

۴۰. طباطبایی، مفاتیح الاصول، ۳۹۵.

۴۱. خویی، موسوعة، ۳۵/۹.

۴۲. خویی، مصباح الاصول، ۲۰۳/۱.

له أو يكون مُسْقِطاً لأمر معتبر أ ليس مرجعه الى التناقض.^{۴۳} پیداست که نگارنده محترم، دو مفهوم شهرت عملی و فتوایی را به جای هم نشانده و عدم اعتبار شهرت فتوایی را در جایگاه اعتبار شهرت عملی نشانده است. با این حال، دلایل درخور توجه مخالفان، توانمندی اعراض مشهور بر شکستن اعتبار حدیث به شکل ذیل افرازدنی است.

۲. ۱. ۲. اطلاق ادله حجیت اخبار آحاد

برخی بر این باورند که ادله حجیت اخبار آحاد، مطلق است^{۴۴} و آشکارشدن ظنی برخلاف خبر واحد معتبر، مانعی برای حجیت آن شمرده نمی‌شود؛^{۴۵} توضیح اینکه، در ادله لفظی حجیت خبر واحد؛ مانند آیات نفر و نبأ و نیز پاره‌ای از روایات، راجع به اخبار ثقه سخن رفته است، بی‌آنکه پذیرش آن‌ها را مقید به شرطی مانند عدم وجود ظن مخالف کرده باشد. پس اخبار آحاد معتبر، مطلقاً حجت خواهند بود. آیت‌الله خویی نیز بر این باور است که روی‌گردانی فقها از چنین خبری تنها زمانی درخور توجه است که همگی فقها بر آن هم‌آوا باشند.^{۴۶}

نقد و بررسی: به‌خوبی روشن است که استوارترین دلیل بر حجیت خبر واحد سیره عقلاست و ادله لفظی نیز مؤید این سیره شمرده می‌شوند. در سیره نیز به‌دلیل لبی بودن باید به قدر متیقن آن بسنده کرد.^{۴۷} سیره عقلا در هنگام مشاهده مخالفت خبر واحد با عمل مشهور، توقف خواهد بود. با این حال، جایی برای رجوع به اطلاق نیست تا بتوان اخبار آحاد را در همه حال حجت دانست. حتی اگر ادله دال بر حجیت خبر واحد را منحصر به آیات و روایات بدانیم، باز هم دلیل موجهی بر تقیید یا تخصیص‌ناپذیری این ادله وجود ندارد و در هنگامه ایجاد ظن اطمینان‌بخش مخالف با مدلول خبر واحد مدّ نظر، نمی‌توان اطلاقات ادله پیش‌گفته را پایدار دانست و ناچار از تخصیص یا تقیید آن‌ها در مواردی هستیم که ظن مخالفی به وجود آید.

جالب اینجاست که نگارنده کفایة الاصول، به‌هنگام مواجهه با شهرت عملی فقیهان در روایات ضعیف‌السند، آن را سبب جبران ضعف سند دانسته است،^{۴۸} در صورتی که به نظر می‌رسد اگر شهرت قادر به اعتبارزدایی از حدیث نباشد، توان اعتباربخشی هم نخواهد داشت؛ چراکه ملاک باورمندان به اطلاق

۴۳. طباطبایی قمی، الانوار البهیة، ۶۸.

۴۴. فیض کاشانی، نقد الاصول، ۳۴.

۴۵. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۸۲/۲.

۴۶. خویی، مصباح الاصول، ۲۰۳/۱.

۴۷. سبحانی، المحصول، ۲۰۹/۳.

۴۸. نک: آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۸۲/۲.

پیش گفته، صدق عنوان ظنّ بر آن است. افزون بر این، اطمینان حاصل آمده از هرگونه ظنّی چون شهرت، به خودی خود معتبر است و نمی توان آن را نادیده انگاشت.

۲.۲.۲. تفاوت دیدگاه های رجالی

برخی بر این باورند که اعراض مشهور از روایتی به سبب آگاهی ایشان از وضعیت رجال سند، برای دیگران معتبر نیست؛ چراکه ایشان براساس دانش خود به عدم وثاقت راوی حکم می کنند و ممکن است دیگرانی چنین حکمی نداشته باشند. پس نمی توان اعراض مشهور را موجب وهن سند پنداشت.^{۴۹}

نقد و بررسی: همان گونه که در مفهوم شناسی اعراض گفته شد، اگر علت اعراض مشهور معلوم شود و آن علت در منظومه اجتهادی دانشوران بعدی صلاحیت لازم را نداشته باشد، الزامی به تقلید از متقدمان نیست. در دلیل پیش گفته، دو مورد انحصارگرایی معرفتی رخ داده است: یکی اینکه، یگانه دلیل اعراض متقدمان، آگاهی از ضعف سندی دانسته شده است و دیگر اینکه، با فرض اختلال در سند، میان تمام مبانی رجالی متقدمان و متأخران، ناهمسانی فرض شده است. نیک هویداست که مورد اول اخص از مدعاست؛ چراکه ممکن است قدمای اصحاب به سبب آگاهی از جهت صدور حقیقی یا وجود خللی در متن، از آن اعراض کرده باشند. مورد دوم نیز همواره ثابت نیست، به ویژه اینکه قدما در مواجهه با روایت، بر مجموعه قرائنی برای اثبات اعتبار یا اعتبارزدایی از خبر توجه داشتند و تنها به بحث سندی اکتفا نمی کردند. بهره از این روش در میان متأخران نیز رایج است.

همچنین اگر فقط ثابت شود که اعراض متقدمان از روایتی، بر مبانی اجتهادی و حدسی ایشان استوار بوده است، نمی توان آن را دست مایه حکم به بی اعتباری حدیث قرار داد،^{۵۰} در حالی که شرط بهره از شهرت عملی، اطمینان به آگاهی متقدمان از کاستی در روایت به سبب مبانی حسی است.

۲.۲.۳. عدم دستیابی به شهرت

سبک نگارش متقدمان شیعی در کتب فقهی، بیان فتوا بوده و استدلال های چندانی بر آن ها یافت نمی شود، لذا استناد اعراض از روایتی به ایشان دشوار می نماید. برخی بر این باورند که در میان قدما هیچ کتابی، به جز مبسوط شیخ طوسی روش استدلال را پیش نگرفته است. پس نمی توان احراز کرد فقیه متقدم به چه روایتی اعتماد کرده و به چه روایتی اعتماد نکرده است.^{۵۱}

از برخی عبارات مخالفان کاسریت شهرت چنین بر می آید که اعراض فقها با شرط عدم وجود دلیل

۴۹. فقیه، قواعد الفقه، ۵۸.

۵۰. جناتی، ادوار فقه، ۱۶۹.

۵۱. خویی، الهدایة، ۲۰۲/۱.

شایسته دیگر برای روی گردانی فقها محقق می‌شود.^{۵۲} نیک روشن است که برای دست یافتن به اعراض فقها از روایتی، نیاز به جست‌وجوی دقیق مواجهه آنان با آن روایت است.^{۵۳} برخی بر این باورند که این امر هیچ گاه محقق نخواهد شد؛ چراکه راهی برای یافتن اعراض فقها از روایتی خاص وجود ندارد^{۵۴} و نیز ممکن است اعراض ایشان مستند به امری مانند ترجیح باشد.^{۵۵} کسانی نیز نادرست بودن مبنای فقهای متقدم در اعراض از اخبار معتبره را محتمل دانسته‌اند.^{۵۶}

نقد و بررسی: منحصر دانستن کتب فقه استدلالی به مبسوط شیخ طوسی سخن استواری نیست. شیخ طوسی در کتاب خلاف به روایات استدلال کرده است، همچنان که دیگران نیز مانند سیدمرتضی در کتاب ناصریات و الانتصار به روایات استناد کرده‌اند. شیخ صدوق نیز کتاب روایی من لایحضره الفقیه را برای عمل کردن عموم مردم به آن تدوین کرده است. از دیگر سو، فقیهان متقدم فتوای خود را در قالب الفاظ و مضمون روایات ارائه می‌کردند و این مطلب از کتب آنان مشهود است. تصریح شیخ صدوق در مقدمه المقنع بر این مطلب دلالت دارد.^{۵۷} برخی از متأخران نیز فتوای قدما را به منزله همان روایات منقول از ایشان دانسته‌اند.^{۵۸}

پاسخ رویکرد دوم نیز چنین است: وجود دو شرط پیش گفته مقبول است، اما چنین نیست که راهی برای یافتن اعراض فقها از روایت موجود نباشد. از جمله این راه‌ها، تصریح خود ایشان به اعراض از روایت است. راه دیگر، اطمینان به وجود روایت در منظر ایشان است.

۳.۲. دیدگاه برگزیده

اگر دلیل حجیت خبر واحد را اخبار بدانیم، براساس قاعده اولی باید به ناتوانی اعراض مشهور در بی‌اعتباری خبر صحیح حکم کرد. در این حالت، اعراض مشهور، تنها بیانگر جرح عملی خواهد بود که در کشاکش با توثیقات رجالی یا سبب تساقط هر دو قول می‌شود یا براساس مبانی رجالی مجتهد، مانند مقدم داشتن توثیقات نجاشی، اعتبار سند بر قوت خود باقی می‌ماند. مبنای رجالی مقدم داشتن جرح بر توثیق هم توان خدشه در اعتبار روایت را نخواهد داشت؛ چراکه جرح لفظی حاصل نیامده است. همچنین اگر دلیل

۵۲. نانینی، فوائد الاصول، ۱۵۳/۳.

۵۳. فقیه، قواعد الفقیه، ۴۸.

۵۴. فیض کاشانی، نقد الاصول، ۳۵.

۵۵. فیاض، تعالیک مبسوطه، ۱۴۱/۸؛ ۲۳۰/۹.

۵۶. طباطبایی قمی، آراژنا فی اصول الفقه، ۱۳۸/۲.

۵۷. نک: ابن بابویه، المقنع، ۵.

۵۸. شهید اول، ذکری الشیعه، ۵۱/۱؛ شیخ بهایی، الحبل المتین، ۱۸۸.

حجیت خبر واحد را سیره عقلا بدانیم و از دیگر سو، اعراض فقها را جرح عملی راویان در نظر نگیریم، باز هم نمی‌توان اعراض را خدشه‌ای بر سند انگاشت.

به‌باور این جستار، از آنجاکه دلیل استوار بر حجیت خبر واحد، سیره عقلاست و آیات و روایات استدلال‌شده بر حجیت خبر واحد نیز این سیره را تأیید کرده‌اند؛ بایسته است در داوری درباره‌ی توان اعراض مشهور، این سیره کاویده شود. با دقت در روش عقلا می‌توان دریافت که ایشان با آگاهیدن از روی گردانی شماری از بزرگان نزدیک به عصر صدور گزاره‌ای، نشانه‌ای بر وجود کاستی در آن گزاره یافته‌اند و از عمل بدان خودداری می‌کنند. از دیگر سو، حداقل دلیل برای عمل به خبری، حاصل‌نیامدن گمانی برخلاف مدلول آن است. نیک روشن است که اعراض مشهور، سبب حصول این گمان خواهد شد.

همان‌گونه که در ابتدای این بخش گفته شد، عده‌ای نیز شهرت را تنها در جنبه‌ی جبران ضعف سند مفید دانسته‌اند.^{۵۹} در ارزیابی این دیدگاه باید گفت که نمی‌توان به‌دلیل اعراض فقها، حکمی واحد درباره‌ی شکنندگی سند یا متن حدیث صادر کرد. این شکنندگی در هر دو عرصه امکان‌پذیر خواهد بود؛ چراکه برحسب یافته‌های این پژوهش، اعراض فقها گاهی به‌سبب آگاهی از اختلال در حوزه سند است و گاهی به‌دلیل آگاهی از جهت صدور حقیقی و عدم بیان مراد جدی شارع. در مواردی نیز این روی گردانی به‌سبب اطلاع از گونه‌ای کاستی در متن روایت است. شکنندگی روایت در حوزه متن، تنها در دو مورد اخیر رخ خواهد داد. باین حال، آگاهی از اعراض فقیهان متقدم، نشانه‌ای اطمینان‌آفرین برای صدور حکم به بی‌اعتباری حدیث خواهد بود.

اعراض مشهور در حوزه سند، سبب اطمینان به کاستی در اصل صدور آن می‌شود و در حوزه دلالت، سبب ایجاد اطمینان به دستیابی فقهای متقدم به وجود قرینه‌ای خواهد شد که براساس آن، مقصودی برخلاف ظاهر خبر اراده شده باشد.^{۶۰} از این نظر، میان شهرت عملی مخالف با روایت و ظنون دیگر، تفاوت وجود دارد؛ چراکه چنین شهرتی سبب ایجاد اطمینان می‌شود، ولی سایر ظنون بدون وجود قرینه معتبر از حد افاده ظن تجاوز نمی‌کنند.^{۶۱}

۳. علل اعراض فقها از حدیث صحیح

اعراض فقها از روایتی، نشانگر وجود گونه‌ای از کاستی در نظر ایشان است که ممکن است در یکی از

۵۹. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۸۳/۲.

۶۰. نائینی، اجود التقریرات، ۱۶۱/۲ تا ۱۶۲.

۶۱. نائینی، اجود التقریرات، ۱۶۲/۲.

حوزه‌های سند، منبع نقل روایت، دلالت یا جهت صدور رخ نموده باشد. از آنجاکه کاسریت متکی به اعراض مشهور در برابر احادیث صحیحه قرار دارد؛ تنها در سه حوزه پایانی می‌توان علل اعراض مشهور را جست‌وجو کرد. این موارد به شرح ذیل هستند:

۳. ۱. عدم‌پذیرش محتوا

بنابر یافته‌های پژوهش حاضر، بخشی از اعراض مشهور از اخبار صحیح، به کاستی در جنبه محتوای حدیث باز می‌گردد. برخی از این کاستی‌ها عبارت‌اند از: مخالفت روایت با سیره متشرع‌ای که تا عصر متقدمان ادامه داشته، مخالفت با مقاصد شریعت، مخالفت با آموزه‌های مسلم دینی، فهم ویژه از روایات و شذوذ متن روایت.

۳. ۱. ۱. اهداف تشریع

به حکم خرد و آموزه‌های نص‌محور دینی،^{۶۲} شرایع الهی هدفمند بوده و برای رسیدن به اهداف، برنامه‌ای را سامان داده‌اند. غایاتی که شارع با جعل شریعت به دنبال آن‌ها بوده و همگی برای مصالح عمومی و فردی قرار دارند، مقاصد شریعت نامیده می‌شود.^{۶۳} ضروری‌ترین این مقاصد، در حفظ موارد عمومی ذیل درخور ارزیابی است: دین، نفس، عقل، آبرو و مال.^{۶۴} برخی حفظ نَسَب را هم به این موارد افزوده‌اند.^{۶۵} بایسته یادکرد است که سازگاری اهداف عرصه تکوین و سپهر تشریع، سبب می‌شود که مقاصد شریعت را ذیل هدف خلقت؛ یعنی معرفت پروردگار و پرستش آگاهانه او در نظر داشت. شایسته‌ترین راه کشف مقاصد شریعت، مراجعه به قرآن و سنت و حکم خرد روشن‌بین است. از این‌رو، افزون بر موارد عمومی پیش‌گفته، مواردی چون ایجاد برابری، عدم‌ایجاد سختی در امور زیستی و انطباق احکام با فطرت در قامت مقاصد خاصه شریعت درخور ارزیابی است.^{۶۶} توجه فقیهان به مقاصد شریعت در فرایند استنباط، سبب فراهم‌آمدن فهم استوار نصوص می‌شود و سنجه‌ای برای پذیرش یا سر برافتن از آن‌ها را فراهم می‌آورد. فقیهان نیز در پاره‌ای موارد از این معیار برای موارد پیش‌گفته بهره برده‌اند.^{۶۷}

نمونه: فراز پایانی روایت صحیحه «رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ حُمْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سُبُلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ جَارِيَةً بِكَرٍّ لَمْ تُدْرِكْ فَلَمَّا دَخَلَ بِهَا اقْتَضَاهَا فَأَفْضَاهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا حِينَ

۶۲. نک: بقره: ۱۵۱؛ آل‌عمران: ۱۶۴؛ حدید: ۲۵.

۶۳. ابن‌عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۲.

۶۴. سبحانی، اصول الفقه المقارن، ۳۵۱.

۶۵. نک: ابن‌عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۷۹ تا ۷۸.

۶۶. نک: مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۵۴، ۹۲، ۹۹.

۶۷. نک: علم‌الهدی، الانتصار، ۲۱۲؛ بحرانی، حقائق الناضرة، ۲۸۴/۲۴.

دَخَلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعَ سِنِينَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ أَوْ كَانَ لَهَا أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ بِقَلِيلٍ حِينَ دَخَلَ بِهَا فَاقْتَضَاهَا فَإِنَّهُ قَدْ أَفْسَدَهَا وَعَطَّلَهَا عَلَى الْأَزْوَاجِ فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُغَرِّمَهُ دَيْتَهَا وَإِنْ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يُطَلِّقْهَا حَتَّى تَمُوتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ»^{۶۸} در ظاهر، بر عدم وجوب پرداخت دیه توسط مردی دلالت دارد که در اثر مباشرت، سبب افشای زوجه صغیره اش شده است و قصد طلاق او را ندارد. اما فقیهان از این برداشت روی گردان شده اند.^{۶۹} به نظر می رسد مهم ترین دلیل اعراض از این روایت، مخالفت آن با یکی از مقاصد شریعت؛ یعنی محترم بودن و حفظ جان افراد است. موافقت با ظاهر این روایت، سبب خواهد شد که خشونت جنسی نسبت به زوجه خصوصاً زوجه نابالغ- به بهانه پایدارکردن رابطه زوجیت و پذیرش آثار ناشی از عیب حاصل از خشونت ازسوی زوجه روا باشد. ناسازگاری این نتیجه با یکی از مقاصد شریعت، سبب روی گردانی از حجیت آن خواهد شد.

۳. ۱. ۲. مخالفت با مبانی مذهب

مبانی مذهب، مواردی است که باورمندان به هر مذهبی بر وجود آن ها اتفاق نظر دارند و حکمی واحد درباره هریک در نظر دارند. این آموزه ها نسبت به بخش دیگر معارف مذهبی، نقش زیرساختی دارد و عدم اعتقاد به آن ها سبب خروج از دین نخواهد بود.^{۷۰} برخی از حدیث پژوهان فریقین از این معیار در روند نقد احادیث بهره جسته اند.^{۷۱}

نمونه: روایت «مُحَمَّدٌ، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْغَنِيمَةِ؟ فَقَالَ: «يُخْرَجُ مِنْهَا خُمُسٌ لِلَّهِ، وَخُمُسٌ لِلرَّسُولِ، وَ مَا بَقِيَ قُسِمَ بَيْنَ مَنْ قَاتَلَ عَلَيْهِ وَ وَلِيَّ ذَلِكَ»^{۷۲} که در سند دچار اسقاط شده و به شکل احمد بن محمد [بن عیسی] عن محمد بن عیسی عن منصور [بن حازم]، صحیح ارزیابی می شود، در ظاهر بر اختصاص یک پنجم از مبلغ غنیمت های حاصل از جنگ به پروردگار و یک پنجم دیگر به رسول خدا (ص) رهنمون است. فقیهان از این روایت اعراض کرده اند و در مقام جمع آن با روایات معارض بر نیامده اند.^{۷۳} علامه شوشتری می نویسد: این حدیث مخالف با ضروریات مذهب و تحریف شده است؛ زیرا واضح است که فقط یک پنجم غنیمت جدا

۶۸. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۴۳۲/۳.

۶۹. نک: حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۸۴/۱۴.

۷۰. نصیری، روش شناسی نقد احادیث، ۴۳۷.

۷۱. نک: حاج حسن، نقد الحدیث، ۱۴ تا ۱۳.

۷۲. کلینی، الکافی، ۴۵۴/۹.

۷۳. نک: فیض کاشانی، الوافی، ۱۲۶/۱۵.

می‌شود و بقیه به مجاهدان می‌رسد. آیات قرآن و اخبار متواتر بر این مطلب دلالت دارد.^{۷۴} مفسران فریقین نیز از آیه «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ»^{۷۵} است. مفسران فریقین از این آیه، تنها اختصاص یک پنجم را به خدا و رسول (ص) فهمیده‌اند.^{۷۶}

۳. ۱. ۳. مخالفت با سیره مشرعه

رویه‌های عمومی، گاهی به دین‌مداران با در نظر داشتن اسلام‌شان نسبت داده می‌شود؛ چراکه ایشان با قطع نظر از آنچه با طبع عقلایی‌شان متناسب است به آنچه که شارع بدان امر کرده است، التزام دارند.^{۷۷} پیوستگی عادت تمام مسلمانان به سبب مسلمان‌بودنشان یا فرقه‌ای ویژه، مانند امامیه و هماهنگی عملی آن‌ها بر انجام یا خودداری از کاری، سیره مشرعه نامیده شده است.^{۷۸} این سیره، سلوک و رفتار عمومی دوره تشریع یا زمان‌های نزدیک به آن است. این رفتار عمومی، نشانه‌ای از صدور حکم شرعی است که به دست ما نرسیده است. با این حال، کمینه این است که وجود این سیره در میان مسلمانان، یا نشانگر وجود امری از سوی شارع است یا حداقل نمایانگر رضایت او خواهد بود.

نمونه: شیخ صدوق به نقل از پدر بزرگوارش چنین نقل می‌کند: «حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ وَ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ وَ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ حَرِيزٍ قَالَ: قَالَ بُكَيْرٌ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) وَ أَبُو الصَّبَّاحِ وَ أَبُو سَعِيدٍ وَ الْحَسَنُ النَّبَالُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالُوا قُلْنَا لَهُمَا إِنَّمَا نَسْتَرِي ثِيَابًا يُصَيِّبُهَا الْخَمْرُ وَ ذَلِكَ الْخِنْزِيرُ عِنْدَ حَاكِمَتِهَا أَنْ نُصَلِّيَ فِيهَا قَبْلَ أَنْ نَغْسِلَهَا قَالَ نَعَمْ لَا بَأْسَ بِهَا إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ أَكْلَهُ وَ شُرْبَهُ وَ لَمْ يُحَرِّمْ لُبْسَهُ وَ مَسَّهُ وَ الصَّلَاةَ فِيهِ.»^{۷۹} ظاهر این خبر بر پاک بودن لباسی دلالت دارد که آغشته به خمر شده یا چربی گوشت خوک است. با وجود صحت سند روایت، فقهای متقدم از آن اعراض کرده‌اند.^{۸۰} گرچه دسته‌ای از روایات مخالف با این معنا یافت می‌شوند؛^{۸۱} ولی فقیهان در مقام جمع این دو دسته بر نیامده‌اند.^{۸۲} به نظر می‌رسد وجود تعارض مستقر میان این دو دسته روایات سبب شده است تا روش جمعی برای آن‌ها در نظر گرفته نشود؛ بلکه وجود سیره مشرعه از عصر نبوی نسبت به عدم جواز نماز در

۷۴. شوشتری، النجعة، ۴/۴.

۷۵. انفال: ۴۱.

۷۶. نک: طبرسی، مجمع البیان، ۸۳۶/۴؛ طباطبائی، المیزان، ۱۰/۹؛ ابن‌عاشور، التحریر و التنویر، ۱۰۳/۹.

۷۷. بحرانی، المعجم الاصولی، ۶۴۴.

۷۸. مظفر، اصول الفقه، ۱۵۵/۲.

۷۹. ابن‌بابویه، علل الشرائع، ۳۵۷/۲.

۸۰. مفید، المقنعة، ۷۰؛ طوسی، المبسوط، ۳۶/۱.

۸۱. نک: فیض کاشانی، الوافی، ۲۱۷/۶.

۸۲. نک: مجلسی، بحار الانوار، ۱۲۵/۲.

لباس آلوده به خمر منشأ اعراض اصحاب از این روایت شده است.

۳. ۱. ۴. فهم ویژه از روایات

هدف اصلی حدیث پژوهی، دریافتن مقصود اصلی روایات است. از جمله مؤلفه‌های اثربخش بر فهم استوار روایات، آگاهی از دیدگاه پیشینیان در مواجهه با احادیث است. فهم ایشان از اخبار به سبب نزدیکی به عصر صدور و مشاهده سیره متشرعه مورد قبول شارع، سنجه‌ای مورد اعتماد برای فهم و نقد حدیث است. در پاره‌ای موارد، عدم تمسک اصحاب به روایتی به سبب فهم ویژه ایشان از آن خبر بوده است.^{۸۳} بر این اساس، اگر فقیهان متقدم، مفردات و ترکیبات و هیئت واژگان را به گونه‌های ویژه دریافتی باشند که موجب اعتبارزایی یا اعتبارزدایی از خبر شده باشد، شایسته است بدان توجهی ویژه داشت. در پاره‌ای موارد، روایاتی به ظاهر بر عمومیت یا اطلاق مفاهیمی رهنمون هستند و دلایل دیگری ناظر بر فهم معنای روایات وجود ندارد، در این گونه موارد، تمسک به اطلاق یا عموم بدون توجه به موضع‌گیری اصحاب شایسته نیست.

نمونه: فقیهان متقدم، از عمل به عموم روایت صحیحہ «عَلَيْ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ، عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ، عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يَطِيرُ فَلَا بَأْسَ بِبَوْلِهِ وَخُرْئِهِ»^{۸۴} اعراض کرده‌اند.^{۸۵} به نظر می‌رسد که آنان، عموم مندرج در عبارت «کل شیء یطیر» را به معنای پرندگان مأکول اللحم در نظر داشته‌اند و به همین دلیل، از عمل به عموم آن روی بر تافته‌اند.

۳. ۱. ۵. شذوذ روایت و عدم تواتر آن

منفرد بودن راوی در نقل یک خبر و شذوذ آن نیز نشانه‌ای برای عدم اعتبار روایت در نظر متقدمان شمرده می‌شد. شاذ به روایتی گفته می‌شود که افراد مورد وثوق، آن را به صورتی بیان کرده باشند که مخالف مشهور باشد.^{۸۶} تقابل چنین روایتی با عمل مشهور، سبب اسقاط حجیت آن را فراهم می‌آورد؛^{۸۷} بدین معنا که، اگر روایتی با شیوه عملی شیعیان یا روایات فراوان دیگری ناسازگار می‌بود، پذیرفته نمی‌شد؛ حتی اگر در کتب «اصول اربعمائه» درج شده بود.^{۸۸} به نظر می‌رسد علت اجتناب از چنین اخباری آن است که با وجود روایت مشهور برخلاف آن، اصل عدم السهو راوی در آن جاری نمی‌شود و روایات مشهور مقابل آن، سبب

۸۳. نک: حسینی شیرازی، الوصائل الى الرسائل، ۲۹۶/۹.

۸۴. کلینی، الکافی، ۱۷۲/۵.

۸۵. طوسی، الخلاف، ۴۸۷/۱؛ ابن‌ادریس، موسوعة، ۸۰/۱.

۸۶. سیحانی، کلیات فی علم الرجال، ۸۱.

۸۷. سیحانی، المصصول، ۲۰۸/۳.

۸۸. نک: طوسی، تهذیب، ۲۱۹/۱.

ایجاد علم عرفی خواهد شد، ولی اخبار شاذ چیزی بیش از گمان را در بر ندارند. یکی دیگر از علل اعراض متقدمان از اخبار صحیح را در مبانی اصولی ایشان در مواجهه با اخبار آحاد می‌توان جست. از آنجاکه افرادی خبر واحد را به سبب متواتر نبودن، در بردارنده علم نمی‌دانستند؛^{۸۹} از اخبار آحاد روی گردان شده‌اند.^{۹۰}

نمونه: روایت «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ (ع) قَالَ: قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَغْتَسِلُ بِمَاءِ الْوَرْدِ وَيَتَوَضَّأُ بِهِ لِلصَّلَاةِ؟ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ»^{۹۱} در ظاهر، به جواز وضو گرفتن با گلاب رهنمون است. فقیهان بدون در نظر داشتن کاستی‌های سندی این روایت، از محتوای آن روی گردان شده‌اند.^{۹۲} شیخ طوسی علت این ادبار را چنین تبیین می‌کند: «فَهَذَا الْخَبَرُ شَاذٌ شَدِيدُ الشُّدُودِ وَإِنْ تَكَرَّرَ فِي الْكُتُبِ وَالْأُصُولِ فَإِنَّمَا أَصْلُهُ يُونُسُ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ (ع) وَلَمْ يَرَوْهُ غَيْرُهُ وَقَدْ أَجْمَعَتِ الْعَصَابَةُ عَلَى تَرْكِ الْعَمَلِ بِظَاهِرِهِ وَمَا يَكُونُ هَذَا حُكْمُهُ لَا يُعْمَلُ بِهِ.»^{۹۳} با اینکه کلینی این روایت را از اصل یونس نقل کرده است، ولی شدوذ روایت سبب اعراض فقها از آن شده است.

۳. ۱. ۶. رویه احتیاط‌مدارانه متقدمان

عده‌ای ویژگی احتیاط‌ورزی فقیهان متقدم در مواجهه با روایات را سبب اعراض ایشان از برخی روایات ارزیابی کرده‌اند و احتیاط را دلیل اعراض فقها از روایتی دانسته‌اند.^{۹۴}

نمونه: آیت‌الله مکارم شیرازی بر این باور است که احتمال دارد اعراض اصحاب از روایت «لَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ وَلَا يُدْخِلُ الشَّكَّ فِي الْيَقِينِ»^{۹۵} در مباحث مربوط به اثبات استصحاب، به سبب وجود شبهه‌ای برای آنان باشد که در دلالت روایت و اختصاص آن به باب خاصی وجود دارد.^{۹۶} از این رو، از عمل به آن در سایر ابواب فقهی روی برتافته‌اند.

۳. ۲. یافتن جهت صدور

اعراض فقها از دلالت حدیث صحیح، نشان‌دهنده آگاهی آن‌ها از وجود قرینه‌ای است که مانع حجیت

۸۹. نک: علم‌الهدی، رسائل، ۶۱/۲؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۰۸.

۹۰. جناتی، ادوار فقه، ۱۶۱.

۹۱. کلینی، الکافی، ۲۱۱/۵.

۹۲. نک: طوسی، الاستبصار، ۱۴/۱؛ مجلسی، بحار الانوار، ۱۹۹/۱۳.

۹۳. طوسی، تهذیب، ۲۱۹/۱.

۹۴. مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۲۹۵/۶.

۹۵. طوسی، تهذیب، ۱۸۶/۲.

۹۶. مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۲۹۸/۳.

ظهور کلام شده است.^{۹۷} در این گونه موارد، ظاهر کلام معصوم (ع) مراد نخواهد بود. مواردی از این قبیل در این رسته می‌گنجد: تقیه و هماهنگی پاسخ معصوم (ع) با سؤال یا مذهب راوی.

۳. ۲. ۱. تقیه محوری

تقیه در اصطلاح، پنهان کردن باور حقه در برابر مخالفان با هدف در امان ماندن از ضرر دینی و دنیایی است.^{۹۸} که از طریق موافقت ظاهری با ایشان نمودار می‌شود.^{۹۹} وجود احادیثی که صدور آن‌ها به دلیل تقیه ارزیابی می‌شود، محدثان را بر آن داشت که در پی بازشناسی این اخبار بر آیند. فقیهان نیز در روند استنباط احکام از احادیث صحیحی که از روی تقیه بیان شده‌اند، اعراض کرده‌اند.

نمونه: روایت «مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَّارَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ (ع) أَنَّهُ كَتَبَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنِ الَّذِي يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ فَكَتَبَ (ع) قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ حَرَامٌ»،^{۱۰۰} از نظر سند صحیح است، ولی فقها در مقام فتوا بدان عمل نکرده‌اند.^{۱۰۱} شیخ طوسی، جهت صدور این روایات را به سبب موافقت با نظر عامه، از روی تقیه می‌داند.^{۱۰۲}

۳. ۲. ۲. سؤال راوی

از جمله ابزارهای نقش‌آفرین در فهم و نقد حدیث، توجه به سؤال راوی و میزان ارتباط پاسخ معصوم (ع) با آن است. نقش سؤال راوی در قامت قرینه‌ای برای انتخاب احتمالی از میان احتمالات گوناگون فهم ظواهر و مردود کردن سایر احتمالات، در روند استنباط بسیار پررنگ می‌نماید.

نمونه: فقیهان متقدم از عمل به روایت صحیح «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ وَاقَعَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ طَائِمٌ قَالَ لَا يَلْتَمِسُ فِعْلَ ذَلِكَ فَقَدْ نَهَى اللَّهُ أَنْ يَقْرَبَهَا قُلْتُ فَإِنْ أَعْلَاهُ كَفَّارَةٌ قَالَ لَا أَعْلَمُ فِيهِ شَيْئًا يَسْتَغْفِرُ اللَّهُ تَعَالَى»^{۱۰۳} روی گردان شده و حکم به پرداخت کفاره برای انجام مباشرت با زنان در حال حیض کرده‌اند.^{۱۰۴} در این خبر، راوی از قضیه‌ای خارجی پرس‌وجو می‌کند، نه از حکم مباشرت با زن حائض؛ یعنی سائل اصل حرمت را مفروض گرفته و از فروع مسئله سؤال می‌کند. در نتیجه، ممکن است سؤال این باشد که آیا وقوع مباشرت با ناآگاهی از حکم

۹۷. آل‌شیخ راضی، بداية الاصول، ۲۷۳/۶.

۹۸. مفید، تصحیح الاعتقادات، ۱۲۷.

۹۹. انصاری، رسائل فقهیه، ۳۷.

۱۰۰. طوسی، تهذیب، ۳۱۷/۷.

۱۰۱. نک: فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۳۸/۷؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۲۰/۲.

۱۰۲. طوسی، الاستبصار، ۱۹۷/۳.

۱۰۳. طوسی، تهذیب، ۱۶۴/۱.

۱۰۴. نک: ابن‌بابویه، المقنع، ۵۱؛ مفید، المقنعة، ۵۶.

مسئله، معصیت خواهد بود؟ حضرت(ع) نیز در پاسخ بر تحقق معصیت تأکید کرده‌اند. راوی سپس از ثبوت کفاره سؤال کرده، حضرت کفاره‌ای (غیر از استغفار) را نفی کرده‌اند و ممکن است مقصود سائل از سؤال اول هم حکم کفاره مباشرت بوده و حضرت نخواسته‌اند صریحاً مقصود او را پاسخ دهند؛ بلکه می‌خواستند که با تأکید بر حرمت فعل، مانع تحقق آن شوند، در نتیجه راوی سؤال خود را از کفاره در مورد خاص، به‌صراحت مطرح می‌کند و حضرت پاسخ سؤال صریح او را می‌دهند. به‌هرحال، در این روایت تنها از احکام مترتب بر فعل خارجی پرسش شده است، نه از اصل حکم حرمت مباشرت. از این‌رو، نمی‌توان حکم حرمت را از روایت استنباط کرد.^{۱۰۵} پس در این روایت، پرسش راوی از قضیه خارجی، عامل اعراض اصحاب شده است.

۳.۳. کاستی در منبع نقل حدیث

از جمله روش‌های ارزیابی اعتبار اخبار نزد شیعیان نخستین، مراجعه به منبع یادکرد حدیث است. در این فرایند، مواردی چون اعتبار کتاب، شناخت طرق انتشار آن و میزان استواری این طرق بررسی می‌شد.^{۱۰۶} روش برخی دانشوران بر این بود که یادکرد روایت، در یکی از کتب معتبر و تصحیح‌شده پیشینیان سبب اعتماد به همه روایات کتاب می‌شد.^{۱۰۷} در فرایند سنجش استواری طرق، قرآنی جست‌وجو می‌شد که دست‌مایه اعتماد بر کتاب را فراهم آورد. در این روش، احراز نادرستی کتابی به‌واسطه قرآنی؛ مانند عدم تأیید معصوم(ع) یا انحراف نویسنده آن سبب می‌شد تا روایات آن مورد عمل نباشند.^{۱۰۸}

۳.۳.۱. عدم درج روایت در نگاه‌های چهارصدگانه شیعی یا اصول متلقاه

در گزارش‌های رجالیان نخستین، از صاحبان نگاه‌های روایی در عصر حضور امامان(ع) با عناوینی چون «له کتاب»، «له اصل» و «له مصنفات» یاد شده است.^{۱۰۹} بنابر گزاره‌ای، مجموعه این نوشته‌ها از دوران امام علی(ع) تا امام عسکری(ع) چهارصد فقره‌اند که با عنوان «اصول» نامید می‌شوند.^{۱۱۰} از برخی نگاه‌های حدیثی چنین بر می‌آید که تنها بخشی از این اصول نزد دانشوران عصر غیبت معتبر بوده‌اند.^{۱۱۱} به هر روی، در حوزه اصول معتبره در نزد قدما اگر حدیثی از یک راوی گزارش شود و اثری از آن در اصل

۱۰۵. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۱۲۲۹/۴.

۱۰۶. نک: عمادی حائری، نقد حدیث، ۵۷.

۱۰۷. نک: مجلسی، روضة المتقین، ۲۳۹/۱۴.

۱۰۸. حسین‌پوری، حدیث ضعیف، ۶۹.

۱۰۹. نک: نجاشی، رجال النجاشی، ۷، ۱۷، ۱۹، ۴۲، ۱۰۳، ۱۷۴، ۲۲۵.

۱۱۰. ابن‌شهر آشوب، معالم العلماء، ۳۹.

۱۱۱. نک: غلامعلی، سبک شناخت کتاب‌های حدیثی، ۳۶.

منتسب به وی یافت نشود، دست‌مایه‌ای برای عدم‌پذیرش آن فراهم می‌شود. این معیار با عباراتی چون «کتب الحديث عن الائمة (ع) خالية عنه اصلاً»^{۱۱۲} در کتب دانشوران امامی مندرج است.

نمونه: روایت «عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ، عَنْ صَالِحِ بْنِ أَبِي حَمَّادٍ، عَنِ ابْنِ سِنَانٍ، عَنْ حُذَيْفَةَ بْنِ مُنْصُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: شَهْرُ رَمَضَانَ ثَلَاثُونَ يَوْمًا لَا يَنْقُصُ أَبَدًا»^{۱۱۳} به‌ظاهر رهنمون بر سی روزه‌بودن ماه مبارک رمضان در همه سال‌هاست. باین حال، فقیهان متقدم از مضمون روایت روی‌گردان شده‌اند.^{۱۱۴} شیخ طوسی علت این ادبار را چنین ارزیابی می‌کند: «أَنَّ مَثَنَ هَذَا الْحَدِيثِ لَا يُوجَدُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأُصُولِ الْمُصَنَّفَةِ وَإِنَّمَا هُوَ مُوجُودٌ فِي الشَّوَاذِ مِنَ الْأَخْبَارِ وَمِنْهَا أَنَّ كِتَابَ حُذَيْفَةَ بْنِ مُنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ عَرِيَ مِنْهُ وَ الْكِتَابُ مَعْرُوفٌ مَشْهُورٌ وَلَوْ كَانَ هَذَا الْحَدِيثُ صَحِيحًا عَنْهُ لَصَمَّنَهُ كِتَابَهُ»^{۱۱۵}

۳.۳.۲. یادکرد در کتب مشکوک

اصالت و اعتبار منبع نقل حدیث، همواره مدنظر حدیث‌پژوهان بوده است. بخشی از اعتبار منبع روایی، به جایگاه کتاب در میان اندیشوران و بخشی دیگر، به نگارنده آن باز می‌گردد. مواردی چون قدمت کتاب، معلوم‌بودن انتساب کتاب به مؤلف، درستی نسخه موجود و ارزش محتوایی کتاب در عرصه بررسی جایگاه کتاب مؤثرند. همچنین بهره‌مندی مؤلف از شرایطی چون وثاقت، ضبط، دقت در گزارش روایات و عقاید وی، در حوزه مؤلف‌شناسی درخور توجه است. کاستی در هریک از این موارد، سببی برای بی‌اعتمادی به محتوای کتاب را فراهم می‌آورد.^{۱۱۶}

نمونه: در مسئله فقهی جواز یا عدم‌جواز بهره‌وری از دنبه گوسفندی که در حال حیات از بدن وی جدا می‌شود، دو دسته از روایات وجود دارد: روایاتی مانند «مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ فِي آخِرِ السَّرَائِرِ نَقْلًا مِنْ جَمَاعِ الْبَرْطُيِّ صَاحِبِ الرِّضَا (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْغَنَمُ يَقْطَعُ مِنْ أَلْيَاتِهَا وَ هِيَ أَحْيَاءٌ أَيْصْلُحُ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِمَا قَطَعَ قَالَ نَعَمْ يُذَيِّبُهَا وَ يُسْرِجُ بِهَا وَ لَا يَأْكُلُهَا وَ لَا يَبِيعُهَا»^{۱۱۷} بهره از آن را جایز می‌دانند. دسته‌ای دیگر نیز به‌گونه‌ای مطلق، بهره از آن را ناروا می‌دانند.^{۱۱۸} باین حال، فقیهان از اطلاق روایات دسته نخست روی‌گردان شده‌اند.^{۱۱۹} پی‌جویی روایت در کتب حدیثی نشان می‌دهد که منشأ این حدیث، کتاب قرب

۱۱۲. محقق حلی، المعتمد، ۵۳/۱؛ ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۲/۱؛ حکیم، متمدنک العروة الوثقی، ۱۷۱/۱.

۱۱۳. کلینی، الکافی، ۴۱۴/۷.

۱۱۴. نک: مفید، جوابات اهل الموصول، ۲۲.

۱۱۵. طوسی، تهذیب، ۱۶۹/۴.

۱۱۶. دلبری، آشنایی با اصول علم رجال، ۲۷۳.

۱۱۷. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۹۸/۱۷.

۱۱۸. نک: کلینی، الکافی، ۲۶۲/۱۲.

۱۱۹. بحرانی، حدائق الناضرة، ۷۸/۱۸.

الإسناد است.^{۱۲۰} واکاوی در سلسله سندهای این کتاب و نگاشته‌های شرح حال‌نگاران درباره حمیری و از همه مهم‌تر، متن اجازه‌هایی که در انتهای نسخه خطی کتاب آمده است، سبب تردید در انتساب همه کتاب به حمیری می‌شود.^{۱۲۱} کاتب نسخه خطی مذکور محمد بن علی بن الحسین بن مهجنار است که آن را از ابوغالب زراری (م ۳۶۸) نقل کرده و تنها بخشی از منقولات وی از طریق حمیری است.^{۱۲۲} همین امر سبب شده است تا فقیهان از این روایت که با اجماع امامیه نیز مخالف است^{۱۲۳} روی‌گردان شوند.

۳.۳.۳. یادکرد حدیث در باب نوادر

نوادر، نگاشته‌هایی است که محور مشخصی برای مطالب آن‌ها وجود ندارد یا اینکه شهرتی برای عمل به روایتشان احراز نشده است.^{۱۲۴} برخی بر این باورند که میان دو عبارت «باب النادر» و «باب النوادر» تفاوت وجود دارد و افرادی، چون کلینی تنها به احادیث باب النادر عمل نمی‌کرده‌اند.^{۱۲۵} به دلیل چندمعنایی بودن، واژه نوادر نزد حدیث‌پژوهان در مصادیقی چون زیادات، مستدرک، احادیث شاذ، امالی، طرائف، احادیث متفرق و استثنائات به کار رفته است.^{۱۲۶} قدر مشترک همه این مصادیق را در تفاوت روایات نوادر با سایر روایات موضوع می‌توان جست. بر همین اساس، می‌توان یادکرد حدیثی در بخش نوادر را دست‌مایه‌ای برای نقد آن قرار داد. نیک روشن است که متقدمان از همه روایات نادر روی‌گردان نبوده‌اند.

نمونه: صاحب سرائر به نقل از کتاب بزنی، روایت «وَقَالَ إِنَّ صَاحِبَ الْقُرْحَةِ الَّتِي لَا يَسْتَطِيعُ صَاحِبُهَا رَبَطُهَا وَلَا حَبَسَ دَمَهَا يُصَلِّي وَلَا يَغْسِلُ ثَوْبَهُ فِي الْيَوْمِ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ» را از او نقل می‌کند.^{۱۲۷} سند روایت، صحیحه ارزیابی می‌شود. اما قدمای اصحاب از آن اعراض کرده‌اند.^{۱۲۸} به نظر می‌رسد درج این روایت در کتاب نوادر بزنی^{۱۲۹} سبب شده که فقهای متقدم در پی نسبت‌سنجی آن با سایر روایات باب^{۱۳۰} نبوده و آن

۱۲۰. نک: حمیری، قرب الإسناد (ط-الحلیه)، ۲۶۸.

۱۲۱. رحمتی، نکاتی درباره کتاب قرب الإسناد، ۲۹.

۱۲۲. حمیری، قرب الإسناد (چاپ سنگی)، ۱۷۶.

۱۲۳. نک: ابن‌ادریس، موسوعة، ۱۰۷/۱۴.

۱۲۴. سیبانی، کلیات فی علم الرجال، ۴۷۸.

۱۲۵. شوشتری، النجعة، ۲۷۳/۴.

۱۲۶. نک: حسین گلزار و همکاران، معناشناسی تاریخی مفهوم نوادر، ۲۱۷ تا ۲۰۷.

۱۲۷. ابن‌ادریس، موسوعة، ۵۵۸/۳.

۱۲۸. نک: طاهری، کتاب الطهارة، ۴۷/۲.

۱۲۹. نک: ابن‌ادریس، موسوعة، ۵۵۳/۳.

۱۳۰. نک: حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۳۴/۳ تا ۴۳۵.

نتیجه گیری

اعراض فقیهان از روایتی صحیح السند، نشانه ای بر وجود گونه ای کاستی در آن است. بنابر دیدگاه برگزیده در این جستار، با گزینش مبنای وثوق خبری می توان از این امر برای اعتبارزدایی حدیث بهره برد. گزارشی از علل اعراض فقیهان از چنین روایتی که به روش نمونه پژوهی حاصل آمده به شرح ذیل است: فقیهان متقدم به سبب آگاهی از کاستی در سه حوزه محتوا و جهت صدور و منبع نقل حدیث، از برخی روایات صحیح روی گردان شده اند.

برخی عوامل عدم پذیرش محتوا نزد ایشان عبارت اند از: مخالفت متن با مواردی؛ چون مقاصد شریعت، مبانی مذهب، سیره مشرعه و رویه احتیاط مدارانه متقدمان. فهم ویژه از روایت و آگاهی از شذوذ و عدم تواتر روایت نیز در این دسته می گنجد.

در حوزه جهت صدور نیز آگاهی از تقيه ای بودن روایت و حکمت سؤال راوی در خور توجه است. کاستی های منبع نقل حدیث عبارت اند از: نیافتن حدیث در اصول چهارصدگانه شیعی، درج در کتب مشکوک، یادکرد در باب نوادر و سازگاری با نگاشته های عامه. نقش آفرینی حداقل یکی از این کاستی ها بر اعتبار حدیث، نزد جمع شایان توجهی از فقیهان متقدم، حکم به بی اعتباری حدیث در روند استنباط را برای فقیهان پسینی فراهم می کند.

منابع

قرآن حکیم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: دار الفکر. ۱۳۹۳.
- آل شیخ راضی، محمدطاهر. بدایة الوصول فی شرح کفایة الاصول. قم: دار الهدی. چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.
- آل کاشف الغطاء، علی بن جعفر. مصادر الحكم الشرعی و القانون المدني. نجف: الآداب. ۱۴۰۸ق.
- آملی، محمدتقی. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. بی جا: بی نا. ۱۳۸۴ق.
- آهنگران، محمدرسول. «اعراض فقها از خبر صحیح»، نشریه مجتمع آموزش عالی قم. ش ۱۴، پاییز ۱۳۸۸، ۱۹۸ تا ۱۸۳.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. موسوعة ابن ادریس الحلّی. قم: دلیل ما. ۱۳۸۷.

۱۳۱. نک: رضوی طوسی، بررسی کتاب الجامع بزنتی، ۱۱۳.

- ابن بابویه، محمد بن علی. المقنع. قم: مؤسسه امام مهدی (عج). ۱۴۱۵ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. علل الشرائع. قم: داوری. ۱۳۸۵.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علی. معالم العلماء فی فهرست کتب الشیعة و اسماء المصنفین قدیما و حدیثا. نجف: مطبعة الحیدریة. ۱۳۸۰ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر. تفسیر التحریر و التنویر. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی. ۱۴۲۰ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر. مقاصد الشریعة الاسلامیة. تونس: دار السلام. ۱۴۲۷ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه، قم: الهادی. ۱۴۰۴ق.
- اشتہاردی، علی پناه. مدارک العروة. تهران: اسوه. ۱۴۱۷ق.
- انصاری، محمد علی. الموسوعة الفقهیة المیسرة. قم: مجمع الفکر الاسلامی. ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. رسائل فقهیة. قم: مؤتمر العالمی الذکری للمنیوہ الثانیہ لمیلاد الشیخ الانصاری. ۱۴۱۴ق.
- بجنوردی، سید حسن. القواعد الفقهیة. قم: الهادی. ۱۳۷۷.
- بحرانی، محمد صنفور علی. المعجم الاصولی. قم: الطیار. چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۳۶۳.
- بدری، تحسین. معجم مفردات اصول الفقه المقارن. تهران: المشرق. ۱۴۲۸ق.
- بروجردی، سید حسین. کتاب الصلاة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۶ق.
- بروجردی، محمد تقی. رسالة فی الاجتهاد و التقليد. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۲۲ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. الفوائد الرجالیة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- تبریزی، میرزا موسی. اوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: نجفی. ۱۳۶۹ق.
- جناتی، محمد ابراهیم. ادوار فقه. تهران: کیهان. ۱۳۷۴.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم. ۱۳۷۶ق.
- حاج حسن، حسین. نقد الحدیث فی علم الروایة و الدراية. بیروت: الوفاء. ۱۴۰۵ق.
- حائری یباز جمندی، یوسف. مدارک العروة. بی جا: بی نا. ۱۳۸۱ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. رسالة فی الغناء. قم: مرصاد. ۱۴۱۸ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.
- حسین گلزار، مریم، کاظم طباطبائی پور، مهدی جلالی. «معناشناسی تاریخی مفهوم نوادر و ابهام زدایی از آن با بررسی موردی باب النوادر کتب اربعه»، مطالعات قرآن و حدیث، ش ۲۳، پاییز ۱۳۹۷، ۱۱۹ تا ۲۲۴.

- حسین پوری، امین. حدیث ضعیف. قم: دار الحدیث. ۱۳۹۳.
- حسینی میلانی، سیدعلی. تحقیق الاصول علی ضوء ابحاث شیخنا الفقیه المحقق و الاصولی المدقق آیه الله العظمی الوحید الخراسانی. قم: الحقائق. ۱۴۳۵ق.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد. الوصائل الی الرسائل. قم: عاشورا. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- حکیم، سیدمحسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۴۱۶ق.
- حکیم، سیدمحمدتقی. الأصول العامة للفقهاء المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- حمیری، عبدالله بن جعفر. قرب الإسناد (چاپ سنگی). طهران: مکتبه نینوی الحدیثه. بی تا.
- حمیری، عبدالله بن جعفر. قرب الإسناد (ط - الحدیثه). قم: آل البیت (ع). ۱۴۱۳ق.
- حیدری، سیدکمال. الدروس شرح الحلقة الثانية. قم: دار فراق. ۱۴۲۸ق.
- خمینی، سیدروح الله. الخلل فی الصلاة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی (ره). ۱۳۷۸.
- خمینی، سیدروح الله. کتاب الطهارة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی (ره). ۱۳۷۹.
- خواجهونی، اسماعیل بن محمدحسین. جامع الشتات. بی جا: بی تا. ۱۴۱۸ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. دراسات فی علم الاصول. به تقریر سیدعلی هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. ۱۴۱۹ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. مصباح الاصول. به تقریر محمدسرور واعظ حسینی بهسودی. قم: داوری. چاپ پنجم، ۱۴۱۳ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی: المکاسب المحرمة. قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی. ۱۴۱۸ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. الهدایة فی الأصول. قم: مؤسسه صاحب الامر (عج). ۱۴۱۷ق.
- دلبری، سیدعلی. آشنایی با اصول علم رجال. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی. چاپ سوم، ۱۳۹۵.
- رحمتی، محمدکاظم. «نکاتی درباره کتاب قرب الإسناد حمیری»، کتاب ماه دین. ش ۷۶ و ۷۷، بهمن و اسفند ۱۳۸۲، ۲۹ تا ۲۵.
- رضوی طوسی، محمدصادق. «بررسی کتاب الجامع بزندی و منقولات آن در مستطرفات سرائر»، مطالعات اعتبارسنجی حدیث. ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ۱۱۱ تا ۱۳۲.
- سبحانی، جعفر. اصول الفقه المقارن فیما لانص فیہ. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۳۸۳.
- سبحانی، جعفر. المحصول فی علم الاصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۱۵ق.
- سبحانی، جعفر. کلیات فی علم الرجال. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۲۳ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. تهذیب الاصول. قم: المنار. چاپ دوم، بی تا.

- شبیری زنجان، سیدموسی. کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز. بی‌تا.
- شوشتری، محمدتقی. النجعة فی شرح اللمعة. قم: مكتبة الصدوق. ۱۳۶۴.
- شهید اول، محمدبن مکی. ذکر الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل‌البیته (ع). ۱۴۱۹ق.
- شیخ بهایی، محمدبن حسین. الحبل المتین فی احکام الدین. قم: کتابفروشی بصیرتی. ۱۳۹۰ق.
- صالحی مازندارنی، اسماعیل. مفتاح الأصول. قم: صالحان. ۱۴۲۴ق.
- صدر، سیدمحمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به‌تقریر عبدالساتر حسن. بیروت: الدار الاسلامیة. ۱۴۱۷ق.
- طاهری، سیدجلال‌الدین. کتاب الطهارة. قم: مبارک. ۱۳۸۸.
- طباطبایی، محمدبن علی. مفاتیح الاصول. قم: آل‌البیته (ع). ۱۲۹۶ق.
- طباطبایی قمی، سیدتقی. الأنوار البهیة فی القواعد الفقهیة. قم: محلاتی. ۱۳۸۱.
- طباطبایی قمی، سیدتقی. آراؤنا فی اصول الفقه. قم: محلاتی. ۱۳۷۱.
- طباطبایی، سیدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: الأعلمی. ۱۳۹۰ق.
- طبرسی، فضل‌بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصرخسرو. ۱۳۷۳.
- طوسی، محمدبن حسن. الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المرتضویة. ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. الإستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الاسلامیة. ۱۳۹۰ق.
- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیة. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن‌بن یوسف. تذکرة الفقهاء. تهران: المرتضویة. بی‌تا.
- علم‌الهدی، علی‌بن حسین. الانتصار فی انفرادات الامامیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۵ق.
- علم‌الهدی، علی‌بن حسین. رسائل الشریف المرتضی. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۰۵ق.
- علی‌محمدی، طاهر، سیدمحمد حسینی. «حجیت‌سنجی اعراض مشهور»، فقه و مبانی حقوق اسلامی. ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ۳۵ تا ۳۵۲. [10.22059/jzfil.2021.308811.668998](https://doi.org/10.22059/jzfil.2021.308811.668998).
- عمادی حائری، سیدمحمد. «نقد حدیث، کتاب‌شناسی و متن‌پژوهی»، علوم حدیث. ش ۳۵ و ۳۶، تابستان ۱۳۸۶، ۶۹ تا ۵۲.
- غلامعلی، مهدی. سبک شناخت کتاب‌های حدیثی. تهران: سمت. چاپ سوم، ۱۳۹۸.
- فاضل‌هندی، محمدبن حسن. کشف اللثام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.
- فراهیدی، خلیل‌بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- فقیه، محمدتقی. قواعد الفقیه. بیروت: دار الاضواء. چاپ دوم، ۱۴۰۷ق.
- فیاض، محمداسحاق. تعالیق مبسوطه. قم: محلاتی. بی‌تا.

- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع). ۱۴۰۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. نقد الأصول الفقهية. مشهد: دانشگاه فردوسی. ۱۳۸۰.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحديث. ۱۴۲۹ق.
- مامقانی، عبدالله. مقیاس الهدایة فی علم الدراية. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۱ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. تهران: کوشانیپور. ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمد باقر. بحار الانوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۳ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المعبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء (ع). ۱۳۶۴.
- مدرسی طباطبایی، سید حسین. مقدمه ای بر فقه شیعه. ترجمه محمد آصف فکرت. مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی. ۱۳۶۸.
- مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. بیروت: در الکتب العلمیه. چاپ سوم، ۱۴۳۰ق.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: نشر دانش اسلامی. ۱۴۰۵ق.
- مغنیه، محمد جواد. فقه الإمام جعفر الصادق (ع). قم: انصاریان. ۱۳۷۴.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۰ق.
- مفید، محمد بن محمد. تصحیح اعتقادات الامامیه. بیروت: حسین درگاهی. ۱۴۱۴ق.
- مفید، محمد بن محمد. جوابات اهل الموصل فی العدد و الرؤیة. قم: الهادی. ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۸ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی. مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۱ق.
- نائینی، محمد حسین. اجود التقريرات. قم: العرفان. ۱۳۵۲.
- نائینی، محمد حسین. فوائد الاصول. به تقریر محمد کاظمی خراسانی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۷۶.
- نجاشی، احمد بن علی. رجال النجاشی. قم: مؤسسه نشر الإسلامی. چاپ ششم، ۱۳۶۵.
- نصیری، علی. روش شناسی نقد احادیث. تهران: وحی و خرد. ۱۳۹۰.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Ḥakīm.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Qum: al-Hādī. 1984/1404.

Āhangarān, Muḥammad Rasūl. "I' rāḍ Fuqahā' az Khabar Ṣaḥīḥ". *Nashriyeh-yi Mujtama' Āmūzish 'Alī* Qum. No. 14, autumn 2010/1388, 183-198.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Fikr, 2015/1393.

Āl Kāshif al-Ghiṭā', Aḥmad. 'Alī ibn Ja'far. *Maṣādir al-Ḥukm al-Shar'i wa al-Qānūn al-Madanī*. Najaf: al-Ādāb. 1988/1408.

Āl Shaykh Rāḍī, Muḥammad Ṭāḥir. *Bidāyah al-Wuṣūl fi Sharḥ Kitāba al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Hudā. Chāp-i Duwwum. 2005/1426.

'Alam al-Hudā, 'Alī ibn Ḥusayn. *al-Intiṣār fi Infirādāt al-Imāmiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1415.

'Alam al-Hudā, 'Alī ibn Ḥusayn. *al-Rasā'il al-Sharīf al-Raḍī*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. 1985/1405.

'Alī Muḥammadī, Ṭāḥir, Sayyid Muḥammad Ḥusaynī. "Ḥujjiyatsanjī I' rāḍ Mashhūr", *Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. no. 2, autumn and winter 2020/1399, 335-352.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: al-Murtaẓawīya. S.d.

'Āmulī, Muḥammad Taqī. *Miṣbāḥ al-Hudā fi Sharḥ-i al-'Urwa al-Wuthqā*. S.I.: s.n. 1965/1384.

Anṣārī, Muḥammad 'Alī. *Mausū'at al-Fiqhiyah al-Miysarah*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. 1995/1415.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amin. *al-Rasā'il al-Fiqhiya*. Qum: al-Mu'tamar al-'Ālamī al-Dhikhri al-Mi'āwīyah al-Thāniyat li-Milād al-Shaykh al-Anṣārī. 1994/1414.

Badrī, Taḥsīn. *Mu'jam Mufradāt Uṣūl al-Fiqh al-Muqārin*. Tehran: al-Mashriq. 2007/1428.

Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *al-Fawā'id al-Rijāliya*. Qum: : Maktab al-I'lām al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1984/1404.

Bahrānī, Muḥammad ibn Ṣanqūr 'Alī, *al-Mu'jam al-Uṣūlī*. Qum: al-Ṭayār. Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā'iq al-Nādira fi Ahkām al-'Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.

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

Burūjirdī, Ḥusayn. *Kitāb al-Ṣalāt*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1416.

Burūjirdī, Muḥammad Taqī. *Risālah fi al-Ijtihād wa Taqlīd*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2001/1422.

Dilbarī, Sayyid 'Alī. *Āshināyī bā Uṣūl 'Ilm Rijāl*. Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences. Chāp-i Sivum, 2017/1395.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām 'an Qawā'id al-Ahkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1416.

Faqīh, Muḥammad Taqī. *Qawā'id al-Fiqhiya*. Beirut: Dār al-Aḍwā'. Chāp-i Duvvum, 1987/1407.

- Farāhīdī, Khalil ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Wāfi*. Isfahān: Kitābkhānah-yi Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī (AS). 1986/1406.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Ta‘āliq Mabsūṭa*. Qum: Maḥalātī. S.d
- Fiḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *Naqd al-‘Uṣūl al-Fiqhiyah*. Mashhad: Ferdowsi University of Mashhad. 2002/1380.
- Ghulām ‘Alī, Maḥdī. *Sabk Shinākht Kitāb-hā-yi Ḥadithī*. Tehran: Samt. Chāp-i Sivum, 2020/1398.
- Ḥā’irī Biyārjūmandī, Yūsuf. *Madārik al-‘Urwa*. s.l. s.n. 1962/1381.
- Ḥāj Ḥasan. Ḥusayn. *Naqd al-Ḥadith fi ‘Ilm al-Riwāya wa al-Drāya*. Beirut: al-wafā’. 1985/1405.
- Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-‘Āmah fi Al-Fiqh al-Muqārīn*. Qum: Majma‘ Jahānī Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1997/1418.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr. 1995/1416.
- Ḥimyarī, ‘Abd Allāh ibn Ja‘far. *Qurb al-Asnād(Chāp Sangī)*. Tih-rān: Maktaba al-Niynawā al-Ḥadītha, s.d.
- Ḥimyarī, ‘Abd Allāh ibn Ja‘far. *Qurb al-Asnād(T- al-Ḥadītha)*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1993/1413.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Risālah fi al-Ghanā’*. Qum: Mīrṣād. 1997/1418.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.
- Ḥusayn Gulzār, Maryam, Kāzīm Ṭabāṭabāyīpūr, Maḥdī Jalālī. “Ma‘ nāshināsī Tārikhī Maḥmū Nawādir va Ibhāmzudāyī az ān bā Barrisī Mūrīdī Bāb Nawādir Kutub al-Arba‘a”. *Muṭālī‘āt-i Qurān va Ḥadīth*. no. 23, autumn 2019/1397, 119-224.
- Ḥusaynī Milānī, ‘Alī. *Tahqīq al-Uṣūl ‘alā Ḍaw’ Abḥāth Shaykhanā al-Faqīh al-Muḥaqqiq wa al-Uṣūlī al-Mudaqqiq Āyat Allāh al-‘Uẓmā al-Wahīd al-Khurasānī*, Qum: Dār al-Ḥaqā’iq. 2014/1435.
- Ḥusaynī Shīrāzī, Muḥammad. *al-Waṣā’il ilā al-Masā’il*. Qum: ‘Ashūrā. Chāp-i Duwwum, 2001/1421.
- Ḥusaynpūrī, Amīm. *Ḥadīth Za‘īf*. Qum: Dār al-Ḥadīth, 2015/1393.
- Ḥydarī, Kamāl. *al-Durūs Sharḥ al-Ḥalqa al-Thāniya*. Qum: Dār Farāqīd, 2007/1428.
- Ibn ‘Āshūr, Muḥammad Ṭāḥir. *Maqāṣid al-Sharī‘a al-Islāmīyya*. Tūnis: Dār al-Salām. 2006/1427.
- Ibn ‘Āshūr, Muḥammad Ṭāḥir. *Tahrīr wa al-Tanwīr*. Beirut: Mū‘assisa al-Tārikh al-‘Arabī. 1999/1420.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Muqni‘*. Qum: Imām Maḥdī(AS). 1995/1415.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *‘Ilal al-Sharāi‘*. Qum: Dāwarī, 1966/1385.

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

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mawsū‘at Ibn Idrīs al-Hilī*. Qum: Dalīl-i Mā. 2009/1387.

Ibn Shahrāshūb, Muḥammad ibn ‘Alī. *Ma‘ālim ‘Ulamā’ fi Fihrist Kutub Shi‘a wa al-Asmā’ al-Muṣannifin Qadiman wa Ḥadīthan*. Najaf: Maṭba‘a al-Ḥydariyya. 1961/1380.

‘Imādī Ḥā’irī, Sayyid Muḥammad. “Naqd Ḥadīth, Kitābshināsī va Matnpazhūhi”, *‘Ulūm Ḥadīth*. no. 35-36, summer 2007/1386, 52-69.

Ishtihārdī, ‘Alī Panāh. *Madārik al-Urwa*. Qum: Uswah. 1996/1417.

Jannāti, Muḥammad Ibrāhīm. *Adwār Fiqh*. Tehran: Kiyhān, 1996/1374.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabiya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, 1998/1376.

Khājawī, Ismā‘īl ibn Muḥammad Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Shitāt*. s.l. s.n. 1997/1418.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *al-Hidāya fi al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisah-yi Ṣāhib al-Amr, 1996/1417.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Dirāsāt fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Sayyid ‘Alī Ḥāshimi Shāhrūdī. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī. 1998/1419.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū‘ī: al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū’assisa Ihya’ ‘Āsar al-Imām al-Khū‘ī. 1997/1418.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad Surūr Wā‘iz Ḥusaynī Bihsūdī. Qum: Dāvarī. Chāp-i Panjum, 1993/1413.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb al-Ṭahāra*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i ‘Āsar-i Ḥāzrat Imām Khumaynī. 2001/1379.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. Tehran: *al-Khalal fi al-Ṣalāt*. Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i ‘Āsar-i Ḥāzrat Imām Khumaynī. 1959/1378.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth. 2008/1429.

Majlisi, Muḥammad Bāqir. *Biḥār al-Anwār*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1983/1403.

Majlisi, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ‘Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn fi Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Tehran: Kūshānbūr, 1986/1406.

Makārim Shīrāzī, Nāshir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrisah al-Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2007/1428.

Māmaqānī, ‘Abd Allāh. *Miqbās al-Hidāya fi ‘Ilm al-Dirāya*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1991/1411.

- Mudarrisī Ṭabāṭabāyī, Ḥusayn. *Muqaddamah-i bar Fiqh Shi'ah*. Translated by Muḥammad Āshif Fikrat. Mashhad: Bunyād-i Pazhūhish-hā-yi Islāmī. 1990/1368.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *Jawābāt Ahl al-Mawṣil fī al-'Adad wa al-Ru'yah*. Qum: al-Hādī. 1993/1413.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *Taṣḥīḥ Iqtīdāt al-Imāmiyah*. Beirut: Ḥusayn Dargāhī. 1993/1414.
- Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq (AS)*. Qum: Anṣāriyān. 1996/1374.
- Muḥaqqiq Hillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mu'tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). 1986/1364.
- Mūsawī 'Āmilī, Muḥammad ibn 'Alī. *Madārik al-Aḥkām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1991/1411.
- Muṣṭafavī, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. Chāp-i Sivum, 2009/1430.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Nashr Dānish Islāmī. 1985/1405.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: al-'Irfān. 1973/1352.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad 'Alī Kāzimī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1376.
- Najāshī, Aḥmad ibn 'Alī. *Rijāl Najāshī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Shishum, 1987/1365.
- Naṣīrī, 'Alī. *Ravishshināsī Naqd Ahādīs*. Tehran: Vaḥy va Khirad. 2012/1390.
- Raḍawī Ṭūsī, Muḥammad Ṣādiq. "Barrisī Kitāb al-Jāmi' Bazantī va Manqūlāt ān dar Mustatrafāt Sarā'ir", Muṭālī'āt I'tibārsanjī Ḥadīth. no. 2, autumn and winter 2020/1398, 111-132.
- Raḥmatī, Muḥammad Kāzim. "Nukātī Darbārih-yi Kitāb Qurb al-Asnād Ḥimyarī", *Kitāb Māh Dīn*. no. 76-77, Bahman va Isfand 2003/1382, 25-29.
- Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Qum: al-Minār. Chāp-i Duwwum, S.d.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Abd al-Sātir Ḥasan. Beirut: al-Dār al-Islāmiya. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.
- Ṣāliḥī Māzandarānī, Ismā'il. *Miftāḥ al-Uṣūl*. Qum: Ṣāliḥān. 2003/1424.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Dhikrā al-Shī'a fī Aḥkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS).

1998/1419.

Shaykh Bahāyī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Ḥabl al-Matin fi Ahkām al-Dīn*. Qum: Kitābfurūshī Bašīratī. 2012/1390.

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

Shushtarī, Muḥammad Taqī. *al-Naj'a fi al-Sharḥ al-Lum'a*. Qum: Maktaba al-Ṣadūq. 1986/1364.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *al-Maḥṣūl fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 1995/1415.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Uṣūl al-Fiqh al-Muqārīn Fimā Lānaṣ fih*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 2005/1383.

Subḥānī, Ja'far. *Kuliyāt fi 'Ilm al-Rijāl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2002/1423.

Ṭabarsī, Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāṣir Khusrū. 1995/1373.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Ārāunā fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Maḥalātī. 1992/1371.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Anwār al-Bahiya fi al-Qawā'id al-Fiqhiya*. Qum: Maḥalātī. 2003/1381.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Husayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Beirut: al-A'lamī. 1970/1390.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad ibn 'Alī. *Mafātiḥ al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1878/1296.

Tabrizī, Mīrzā Mūsā. *Awthaq al-Wasā'il fi Sharḥ al-Rasā'il*. Qum: Najafī. 1991/369.

Ṭāhirī, Jalāl al-Dīn. *Kitāb al-Ṭahāra*. Qum: Mubārak, 2010/1388.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fi mā Ikhtalafa min al-Akḥbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1970/1390.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi al-Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Murtaẓawīya. 1968/1387.

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



Jurisprudential and Legal Analysis of Ownership of Urban Solid Waste

Dr. Esmail Nematollahi 

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Email: esmail_nematollahi@yahoo.com

Abstract

Any seemingly useless object that no longer meets its owner's needs and is regarded as waste or garbage can, in fact, be regarded as a valuable commodity in today's world; something often referred to as "dirty gold" or "black gold". Some types of waste are transformed into valuable commodities after being recycled, some are used for incineration and production of energy in power plants, and organic waste may be utilized for producing fertilizers and compost. Usually, once the owner of the waste refuses it and places the waste beside or inside a trash bin, the responsible authorities (typically the municipality or its affiliated companies) collect the waste. Occasionally other individuals may remove certain items from the trash bins, which can lead to disputes and conflicts between these individuals and the owners of trash bins. At a broader level, ownership issues arise after the waste is collected, accumulated, and recycled. However, the legal system of Iran lacks regulations addressing the ownership of waste. Given this legal gap and the absence of prior research on the matter, resolving disputes (at macro or micro levels) in this matter requires a comprehensive investigation.

Keywords: waste, garbage, abandonment, ownership, *Hiyāzat* (acquisition)





افقه‌ور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۶ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۹ - زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۷۷ - ۲۵۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۴

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.81496.1557>

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد شهری

دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی ^{id}

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

Email: esmail_nematollahi@yahoo.com

چکیده

امروزه هر شیء به ظاهر بی‌فایده‌ای که نمی‌تواند نیازهای مالک را پاسخ دهد و پسماند یا زباله تلقی می‌شود، می‌تواند کالایی ارزشمند و به تعبیری طلای کثیف یا سیاه محسوب شود. برخی از پسماندها پس از بازیافت به کالاهای ارزشمندی تبدیل می‌شوند؛ برخی از زباله‌ها برای سوختن و تولید انرژی در نیروگاه‌ها به کار گرفته شده و پسماندهای خوراکی ممکن است برای تولید کود و کمپوست استفاده شوند. پس از آنکه مالک پسماند از آن دست کشید و آن را در کنار سطل یا داخل زباله قرار داد، به طور معمول، نهاد متصدی که ممکن است شهرداری یا شرکت تابع آن باشد اقدام به جمع‌آوری پسماند می‌کند و گهگاه اشخاص دیگری اقدام به برداشتن برخی از زباله‌ها از سطل‌های مذکور می‌کنند. این امر ممکن است موجب بروز اختلاف و نزاع بین این اشخاص و مالک سطل‌های زباله شود. در سطح کلان‌تر نیز پس از جمع‌آوری زباله‌ها و انباشت و بازیافت، مسئله مالکیت آن‌ها مطرح می‌شود. حقوق کشورمان فاقد مقرراتی در خصوص مالکیت پسماند است و باتوجه به خلأ قانونی و عدم پیشینه تحقیقی در این خصوص، حل اختلافات در سطح خرد و کلان نیازمند بررسی جامعی است.

واژگان کلیدی: پسماند، زباله، اعراض، مالکیت، حيازت.

مقدمه

کاربردهای فراوانی که امروزه برای اقسام زباله و پسماند وجود دارد، پسماند را به کالایی باارزش تبدیل کرده است که به آن طلای کثیف یا طلای سیاه اطلاق می‌شود: «بیزینس طلای کثیف یا همان ضایعات، امروزه در کشور ما هم یکی از پرسودترین تجارت‌های موجود می‌باشد.»^۱ «امروزه تفکیک، بازیافت و استفاده از زباله با عنوان طلای سیاه یکی از مهم‌ترین شاخص‌های توسعه پایدار برای کشورها^۲ محسوب می‌شود و تولید برق از زباله در کشورهای توسعه‌یافته به‌دقت، با سرعت و قانونمند مورد تحقیق، بررسی و اجرا قرار گرفته است.»^۳ همچنین، «براساس یک مطالعه جامع توسط سازمان بهداشت جهانی، عدم توجه به جمع‌آوری و دفع صحیح زباله می‌تواند ۳۲ مشکل زیست‌محیطی را فراهم نماید... یکی از راه‌حل‌های بسیار مؤثر برای مبارزه و خنثی‌سازی اثرات نامطلوب زباله‌های تر، تبدیل آن‌ها به کود است.»^۴

کاربردهای فراوان پسماند سبب تردید و اختلاف در مالکیت آن شده است. مسئله مالکیت پسماند در برخی از کشورها به حکم قانون حل و فصل شده است. برای نمونه، ماده ۷ قانون مدیریت پسماند عربستان مقرر می‌دارد: «مالکیت پسماند در دو مورد زیر به دولت منتقل می‌شود: ۱. قراردادن زباله در ظروف تعیین شده برای آن یا در نزدیکی آن؛ ۲. قراردادن پسماند در هر مکان عمومی برای نگهداری یا در مکان‌های دفع ایمن. این مرکز حق دارد زباله‌ها را به‌گونه‌ای دفع کند که پایداری مالی حاصل شود و هزینه‌های عملیاتی مراجع ذی‌صلاح را پوشش دهد. مراجع ذی‌صلاح می‌توانند پس از تأیید مرکز، طبق مقررات نسبت به دفع زباله اقدام کنند.»

ماده بیست و چهارم آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور نیز زیر عنوان «فصل دهم: مالکیت پسماند» تصریح می‌کند: «سازمان‌های ذی‌صلاح، مراجع ذی‌ربط و تولیدکنندگان پسماند باید موارد زیر را در نظر بگیرند: ۲۴/۱- کلیه پسماندهای جامد شهری در صورت قرارگرفتن در ظروف تعیین شده یا در مجاورت آن یا در مکانی که معمولاً محل زباله یا متروکه تلقی می‌شود، از اموال وزارت [امور شهرداری‌ها و دهیاری‌ها]، دبیرخانه‌ها و شهرداری‌ها محسوب می‌شوند.» از این گذشته، مطابق ماده ۲۴/۲، جمع‌آوری، حمل،

۱. <https://behroob.ir/articles/articles>، ۱۴۰۲/۰۴/۱۳.

۲. «شاید بتوان کشور سوئد را یکی از موفق‌ترین کشورهای جهان در زمینه بازیافت زباله عنوان کرد. درحالی‌که در سال ۱۹۷۵ تنها ۳۸ درصد زباله‌های خانگی این کشور بازیافت می‌شدند، این میزان درحال حاضر به ۹۹ درصد افزایش یافته است... نخستین کارخانه زباله‌سوزی سوئد در سال ۱۹۰۴ راه‌اندازی شد و درحال حاضر، ۳۲ کارخانه در سراسر این کشور با سوزاندن زباله برق تولید می‌کنند. سوئد در سال ۲۰۱۵، نزدیک به ۲/۳ میلیون تن از زباله‌های خانگی را از طریق سوزاندن، به انرژی برق تبدیل کرد.» <https://www.zistonline.com/news/79135>

۱۴۰۲/۰۴/۱۳.

۳. <https://www.zistonline.com/news/79135>، ۱۴۰۲/۰۴/۱۳.

۴. <https://etojihi.com/composting-from-urban-waste>، ۱۴۰۲/۰۴/۱۳.

نگهداری، سوزاندن، ضبط، رسیدگی، پردازش، بازیافت یا استفاده از زباله‌های جامد شهری بدون مجوز برای هر شخص حقیقی یا حقوقی ممنوع است.

در مقررات کشورمان، مطابق مواد ۲ و ۷ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳، مدیریت اجرایی پسماندها که شامل اقداماتی مانند جمع‌آوری، جداسازی، بازیافت و دفع آن‌ها می‌شود، باتوجه‌به حوزه جغرافیایی برعهده شهرداری یا دهیاری یا بخشرداری است و نهاد مذکور می‌تواند مدیریت اجرایی را به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار کند. این مقررات، صرفاً نهاد متولی مدیریت اجرایی پسماند را تعیین کرده و در خصوص مالکیت آن ساکت است. در عمل، شهرداری‌ها به‌عنوان نهاد اصلی مدیریت اجرایی، مالکیت پسماند را از آن خود و مدیریت اجرایی را سبب ایجاد مالکیت برای خویش می‌دانند. ازسوی دیگر، گهگاه اشخاص عادی که متولی امر پسماند نیستند پسماندهای موجود در سط‌های تعبیه‌شده یا در کنار آن را تصرف می‌کنند و مدعی مالکیت آن می‌شوند و این امر در مواردی موجب اختلاف و درگیری بین اشخاص مذکور و مأموران شهرداری یا انتظامی شده است. بخش عمده‌ای از این اختلافات، ناشی از ابهام در مالکیت پسماند است. در سطح کلان‌تر نیز این مسئله مطرح می‌شود که پسماندهایی که جمع‌آوری شده و در فرایند بازیافت قرار گرفته‌اند متعلق به چه کسی است؟ ازاین‌رو، این مسئله و اختلافات مذکور، لزوم تحقیق درباره این موضوع را توجیه می‌کند.

مسئله مالکیت پسماند، مسئله‌ای حکمی و نیز موضوعی است. از نظر حکمی این نکته درخور بررسی است که آیا اعراض و اباحه، موجب خروج شیء از ملکیت مالک می‌شوند یا نه؟ از نظر موضوعی این تردید وجود دارد که عمل شخص در دست‌کشیدن از پسماند، مصداق اعراض یا اباحه است یا مشمول عنوان حقوقی دیگری است؟ از جهت اول، بررسی احکام و قواعد مالکیت و از جهت دوم، بررسی تفسیر قصد مالک و مالک سطل زباله و نیز تصرف آن توسط اشخاص دیگر مطرح می‌شود.

درباره پیشینه بحث باید گفت: در متون فقهی و نیز ادبیات حقوقی کشورمان، تحقیق مستقلاً درباره مالکیت پسماند ملاحظه نمی‌شود. البته لابه‌لای مسائل فقهی و حقوقی نکاتی به چشم می‌خورد که به این بحث ارتباط می‌یابد؛ مانند مسئله اعراض و نیز مالیت و ملکیت‌داشتن مورد معامله که در این تحقیق به آن‌ها اشاره خواهد شد.

باتوجه‌به نکات فوق و خلأ موجود، در بررسی مالکیت پسماند باید به فقه امامیه و قانون مدنی به‌عنوان منابع اصلی احراز مالکیت رجوع شود.

این نوشتار در پی پاسخ به این سؤالات است: گذاردن پسماند در سطل زباله یا کنار آن، ظهور در چه عمل حقوقی دارد؟ آیا اعراض از پسماند سبب خروج آن از ملک مالک می‌شود؟ آیا پسماند با گذاشته‌شدن

در سطل زباله به ملکیت مالک سطل وارد می‌شود؟ آیا اشخاص دیگر غیر از مالک سطل زباله می‌توانند چیزی از محتویات آن را بردارند؟

در مسئله حاضر متغیرهای متعددی وجود دارد که در حکم آن دخیل است. برخی از متغیرهای مهم عبارت‌اند از: نوع پسماند از جهت داشتن یا نداشتن ارزش مالی، محل گذاردن پسماند و قصد مالک پسماند. دو متغیر نخست، در ادامه با تفصیل بیشتر بررسی می‌شود. درباره تأثیر قصد مالک در این بحث می‌توان گفت: قصد مالک از رهاکردن پسماند ممکن است برحسبِ حالاتی که خواهد آمد اعراض به معنای خاص فقهی و حقوقی محسوب شود اما ممکن است اباحه یا تملیک بلاعوض باشد. دو صورت اخیر را نه تنها نمی‌توان اعراض از ملک تلقی کرد؛ بلکه مالک با این اقدام در واقع سلطه مالکانه خود را اعمال می‌کند.^۵ البته اباحه یا تملیک ممکن است به صورت عام و بدون در نظر گرفتن هیچ جهتی و برای هر شخصی که آن را تصرف کند صورت گیرد و ممکن است مقصود، اباحه یا تملیک به اشخاص خاص، از جمله مالک سطل یا اشخاص نیازمند باشد. هرچند درباره اخیر نیز مالک مال خود را به شخص معینی اباحه یا تملیک نمی‌کند، اما قصد دارد که مال به دست اشخاص فقیر برسد. بنابراین، اباحه یا تملیک از نظر معلوم نبودن مخاطب آن عام است اما باتوجه به قصد مالک، که ناظر تملیک یا اباحه به دسته خاصی از اشخاص است، می‌توان آن را اباحه یا تملیک خاص یا جهت‌دار تلقی کرد.

۱. مفهوم مالکیت و حق اختصاص

در این نکته تردیدی نیست که مالکیت از لحاظ فقهی رابطه‌ای بین مالک و مملوک است؛ هرچند که درباره ماهیت این رابطه و اینکه از اعراض است و بر مالک یا مملوک عارض می‌شود یا از امور انتزاعی و منتزع از حکم تکلیفی جواز تصرفات است یا صرفاً امری اعتباری و تابع جعل است، اختلاف زیادی در بین فقها به چشم می‌خورد.^۶

از لحاظ حقوقی، «مالکیت، کامل‌ترین حق عینی است که انسان می‌تواند بر مالی داشته باشد»^۷ و دارای سه وصف مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن است.^۸ باتوجه به این اوصاف سه‌گانه، در تعریف

۵. ایروانی، جمان السلك فی الاعراض عن الملك، ۲۱۷.

۶. نک: حسینی حائری، فقه العقود، ۱/ ۲۹ تا ۱۵؛ نک: جزایری، نظرة فی الحقوق، ۱۱۳؛ اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۱/ ۱۷؛ اصفهانی، الاجارة، ۴۸؛ «الملکية الشرعية والعرفية ليست من الاعراض المقولبة الخارجية حتى توقف على موضوع محقق في الخارج بل من الاعتبار».

۷. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۱۰.

۸. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۵ تا ۱۱۰.

آن گفته‌اند: «حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند.»^۹

از نکات مذکور استفاده می‌شود که موضوع مالکیت باید «مال» و «دارای ارزش اقتصادی» باشد.^{۱۰} از این رو، درباره رابطه شخص با شیء فاقد ارزش مالی عرفی یا شرعی نباید به مالکیت تعبیر کرد، به همین دلیل است که در متون فقهی برای بیان چنین رابطه‌ای از «حق اختصاص»^{۱۱} استفاده می‌شود. منشأ حق اختصاص ممکن است حیات شیء فاقد مالیت یا مالکیت سابق باشد. نمونه اخیر جایی است که حیوان مملوک، تلف شود یا گوشت خریداری شده، فاسد شود و از مالیت بیفتد.^{۱۲} در بحث حاضر نیز رابطه شخص با پسماندهایی که فاقد ارزش عرفی هستند ممکن است حق اختصاص تلقی شود.

۲. مفهوم و انواع پسماند

مطابق بند ب ماده ۲ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۲۰، «پسماند به مواد جامد، مایع و گاز (غیر از فاضلاب) گفته می‌شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم حاصل از فعالیت انسان بوده و از نظر تولیدکننده زائد تلقی می‌شود.» همچنین در سایتی تخصصی مربوط به خرید پسماند، واژه پسماند و ضایعات، مترادف تلقی شده^{۱۳} و در تعریف ضایعات آمده است: «به طور کلی، ضایعات به محصولات و تولیداتی در صنعت یا یک تولیدی و کارخانه اطلاق می‌شود که یا دارای نقصی در تولید می‌باشند که قابلیت فروش در بازار را نداشته و قابلیت استفاده را ندارد و یا به تجهیزات و موادی اطلاق می‌شود که در اثر آسیب و یا پایان یافتن عمر مفید خود قابلیت خود را از دست داده و دیگر در محل مورد نظر نمی‌توان از آن استفاده کرد.»^{۱۴}

در بند ب ماده ۲ قانون مدیریت پسماندها (۱۳۸۳/۰۲/۲۰)، پسماندها به پنج گروه تقسیم شده‌اند: ۱. پسماندهای عادی که به صورت معمول از فعالیت‌های روزمره انسان‌ها در شهرها، روستاها و خارج از آن‌ها تولید می‌شود؛ از قبیل زباله‌های خانگی و نخاله‌های ساختمانی؛ ۲. پسماندهای پزشکی (بیمارستانی) شامل کلیه پسماندهای عفونی و زیان‌آور ناشی از بیمارستان‌ها، مراکز بهداشتی، درمانی، آزمایشگاه‌های

۹. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۱۰.

۱۰. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۸۴.

۱۱. نانینی، منیة الطالب، ۴/۱: ... حق الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء الغير المتمولة بالخمر القابل للتخليل فتستی حقاً.

۱۲. انصاری، حاشیة کتاب المکاسب، ۱۰۵/۱ تا ۱۰۶.

۱۳. «با سرعت گرفتن صنعت و صنعتی شدن تمام جهان، دیگر از بین بردن و حتی دفن این موارد کافی نبود، به همین دلیل صاحبان و رهبران کشورهای صنعتی به فکر مدیریت پسماند و یا همان ضایعات افتادند.» <https://behroob.ir/articles/articles>

۱۴. <https://behroob.ir/articles/articles>

تشخیص طبی و سایر مراکز مشابه؛ ۳. پسماندهای ویژه شامل پسماندهایی که به دلیل بالابودن حداقل یکی از خواص خطرناک؛ از قبیل سمیت، بیماری‌زایی، قابلیت انفجار یا اشتعال، خوردگی و مشابه آن به مراقبت ویژه نیاز داشته باشد. آن دسته از پسماندهای پزشکی و نیز بخشی از پسماندهای عادی، صنعتی، کشاورزی که نیاز به مدیریت خاص دارند، جزء پسماندهای ویژه محسوب می‌شوند؛ ۴. پسماندهای کشاورزی شامل پسماندهای ناشی از فعالیت‌های تولیدی در بخش کشاورزی؛ از قبیل فضولات، لاشه حیوانات (دام، طیور و آبزیان)، محصولات کشاورزی فاسد یا غیرقابل مصرف؛ ۵. پسماندهای صنعتی شامل کلیه پسماندهای ناشی از فعالیت‌های صنعتی و معدنی و پسماندهای پالایشگاهی صنایع گاز، نفت و پتروشیمی و نیروگاهی و امثال آن؛ از قبیل براده‌ها، سرریزها و لجن‌های صنعتی.

پسماند یا ضایعات براساس اینکه قابلیت استفاده مجدد^{۱۵} و بازیافت^{۱۶} دارند یا ندارند، با ارزش یا فاقد ارزش هستند. از این‌رو، پسماند را می‌توان از لحاظ ارزش مالی به دو دسته کلی تقسیم کرد: ضایعات با ارزش و بازیافت‌شدنی؛ مانند ضایعات آهنی، ضایعات پلاستیکی، ضایعات کاغذی و مقوایی و ضایعات دیگر مواد؛ مانند پارچه و چوب و مصالح ساختمانی که ارزش و قابلیت بازیافت آن‌چنانی ندارند.^{۱۷}

۳. تعیین قلمرو بحث

ذکر چند نکته برای روشن‌شدن قلمرو بحث ضروری است:

- ا. در برخی موارد، اشخاص پسماندهایی مانند کاغذ و پلاستیک و فلزات را با اشخاص خصوصی یا باجه‌های مربوط به شهرداری‌ها معامله می‌کنند؛ این‌گونه موارد از محل بحث خارج است.
- ب. پسماند از لحاظ ماهیت فیزیکی، به پسماندهای جامد و گاز و مایع تقسیم می‌شود. نوع اخیر، شامل فاضلاب‌های شهری است. همچنین، پسماند از لحاظ منشأ تولید نیز به انواع متعددی تقسیم‌شدنی است، از جمله: پسماندهای خانگی یا مسکونی، تجاری و اداری، ساختمانی (اعم از نخاله‌های مربوط به ساخت‌وساز یا تخریب بنا)، زباله‌های بیمارستانی، پسماندهای کشاورزی و زباله‌های هسته‌ای. در این تحقیق، پسماندهای جامد خانگی محل بحث است.
- ج. در مواردی که مالک به اشتباه شئی را داخل یا کنار سطل زباله گذاشته است، تردیدی نیست که

۱۵. برخی از پسماندها مانند لباس، وسایل خانگی از قبیل تلویزیون، ماشین لباس‌شویی و ظروف آشپزخانه قابل استفاده مجدد هستند. همچنین برای مثال، از شیشه مربا یا خیارشور ممکن است به دلایل بهداشتی نتوان دوباره برای نگهداری مربا یا خیارشور استفاده کرد اما استفاده از آن برای نگهداری حبوبات امکان‌پذیر است.

۱۶. در فرایند بازیافت، مواد غیرقابل استفاده به مواد جدید و قابل استفاده تبدیل می‌شود.

۱۷. نک: <https://behroob.ir/articles/articles>، ۱۴۰۲/۰۴/۱۳.

ملکیت وی نسبت به آن شیء زائل نمی شود و مالک می تواند پس از پی بردن به اشتباه خود آن را بردارد. حق برداشتن مالک در این صورت بر حق سایر افراد حتی مالک سطل زباله مقدم است؛ چراکه هیچ عمل حقوقی که نشانه اعراض، اباحه یا تملیک باشد از مالک سر نزده است.

د. ازجمله مبانی اصلی مالکیت پسماند، اعراض ازسوی مالک پسماند و حیازت ازسوی متصرف بعدی است و از این لحاظ، سه مرحله را می توان برای پسماند در نظر گرفت:

مرحله نخست، عدم خروج پسماند از تصرف مالک: در مواردی که مالک، اشیای کم ارزش یا فاقد ارزش مالی را از ملک خود خارج نکرده، بدیهی است که ملکیت وی نسبت به آن ها باقی است؛ ازاین رو، حتی اگر شخصی به اذن قانون یا مالک، مجاز در ورود به ملک مزبور باشد حق ندارد آن اشیای را بردارد؛ چراکه این اشیای بر فرض که به دلیل کم ارزش بودن یا فقدان مالیت عرفی، مملوک تلقی نشوند، متعلق حق اختصاص هستند؛ توضیح بیشتر اینکه، اعراض به معنای روی گرداندن است و روی گرداندن مالک از مال خود به دو صورت تحقق یافتنی است:

۱. گاه روی گرداندن به این معناست که مالک به دلیل کهنگی یا فرسودگی و امثال آن توجهی به اموال خود ندارد و از آن ها استفاده نمی کند اما آن ها را از حیطه تصرف خود خارج نمی کند. در انبار بسیاری از خانه ها اموالی از این دست دیده می شود و هیچ کس نمی تواند ادعا کند که این عدم استفاده و روی گرداندن، عملی موجب خروج از ملک است. از این گذشته، حتی خروج از تصرف مالک بدون قصد اخراج از ملک را هم مشمول همین حکم دانسته اند. ازاین رو، مالی که در دریا غرق می شود و مالک امیدی به تحصیل دوباره آن ندارد در زمره اموال بدون مالک داخل نمی شود.^{۱۸}

۲. گاه مالک با انجام عملی مثبت، مال را از حیطه تصرف خود خارج می کند. مسئله فقهی مورد اختلاف که آیا اعراض از مال، موجب خروج از ملک است یا نه؟^{۱۹} مربوط به همین صورت است. ازاین رو، پسماندهایی که مالک آن ها را از قلمرو تصرف خود خارج نکرده اما عملاً از آن ها استفاده نمی کند، از ملک وی خارج نمی شود و درخور تملک توسط دیگران نیست. همچنین است پسماندهایی که بدون رضایت مالک از تصرف وی خارج شده اند. برای نمونه، اگر دولت خانه شخصی را برای احداث خیابان تملک و تخریب کند، نخاله های آن در ملک مالک خانه باقی هستند.^{۲۰}

۱۸. محقق داماد، قواعد فقه، ۲/۲۷۱؛ ایروانی، جمان السلک فی الإعراض عن الملك، ۲۱۷.

۱۹. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۳/۱۶۶.

۲۰. خونی، منهاج الصالحین، ۱/۴۲۸؛ مسئله ۴۶: ما حکم العبور من الشوارع المستحدثة الواقعة على الدور و الأملاك الشخصية للناس التي تستملکها الدولة جبراً و تجعلها طرقاً و شوارع؟ الظاهر جوازها لأنها من الأموال التالفة عند العرف، فلا يكون التصرف فيها تصرفاً في مال الغير

بدین ترتیب، محل بحث جایی است که مالک، اشیای متعلق به خود را عامدانه از حیطه تصرف خود خارج می‌کند و داخل یا کنار سطل زباله می‌گذارد. درباره اثر اعراض در این‌گونه موارد، دو نظر فقهی ملاحظه می‌شود: به نظر برخی، اعراض موجب خروج مال از ملکیت است. اما به نظر مشهور، مالی که از آن اعراض شده از ملک مالک خارج نمی‌شود. برای نمونه، علامه حلی در این زمینه می‌گوید: صیاد اگر صید را رها کند از ملک وی خارج نمی‌شود، هرچند که قصد اخراج آن از ملک را داشته باشد؛ چراکه قصد اخراج از ملک موجب خروج از ملک نمی‌شود.^{۲۱} شهید ثانی نیز در بیان دلیل این مطلب می‌گوید: همان‌طور که تملک نیازمند سبب شرعی است، خروج از ملک نیز نیازمند سبب شرعی است و از لحاظ شرعی اثبات نشده که صرف قصد از اسباب انتقال مالکیت باشد.^{۲۲} اثر عدم خروج از ملک این است که تا زمانی که مال موجود است مالک می‌تواند به آن رجوع کند. البته طبق هر دو نظر، هر شخصی می‌تواند مال اعراض شده را بردارد و اتلاف آن موجب ضمان نیست. طبق نظر مشهور نیز تصرف و برداشتن آن به قصد تملک، موجب تملک می‌شود.^{۲۳}

مرحله دوم، پسماند پس از جمع‌آوری آن از سطل‌های زباله یا مکان‌هایی که برای جمع‌آوری آن تعبیه شده، به ملکیت متصدی جمع‌آوری داخل می‌شود. بنابراین، صرف نظر از مباحث و تردیدهایی که در ادامه خواهد آمد، پسماند جمع‌آوری شده؛ خواه دارای ارزش مالی یا فاقد آن باشد، از ملک یا حق اختصاص مالک اول خارج می‌شود و در صورتی که در فرایند بازیافت قرار گیرد نمی‌توان گفت که مواد بازیافت‌شده، ملک مشاع مالکان سابق پسماندها تلقی می‌شود یا با توجه به نامعلوم بودن مالکان اولیه، اموال مجهول المالك تلقی می‌شود. قاعده «الزرع للزراع»^{۲۴} نیز در این مورد جریان ندارد؛ چراکه در محل بحث، مالکان اولیه یا دارندگان حق اختصاص، از ملک یا حق اختصاص خود اعراض کرده‌اند؛ درحالی‌که در قاعده مورد بحث، اعراض مالک حبه یا دانه مفروض نیست.

مرحله سوم که موضوع بحث این تحقیق است، بین دو مرحله سوم؛ یعنی فاصله زمانی خروج پسماند از تصرف مالک سابق و قرارگرفتن در فرایند جمع‌آوری است و به تعبیر دیگر، مالکیت پسماند در زمانی

نظیر الکوز المکسور و ما شاکله نعم لأصحابها حق الأولوية، إلا أنه لا يمنع من تصرف غيرهم، و أما الفضلات الباقية منها فهي لا تخرج عن ملك أصحابها، و عليه فلا يجوز التصرف فيها بدون إذنهم و لا شراؤها من الدولة إذا استملكتها غصبا إلا بإرضاء أصحابها.

۲۱. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۶۶/۳؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۱۲۲/۴؛ إذا أطلق الصيد من يده ناوياً لقطع ملكه عنه لم يزل عن ملكه مطلقاً لأصالة بقاء الملك، و الاعراض ليس من الأسباب المخرجة لأنه لا نص عليه.

۲۲. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۵۲۴/۱۱ تا ۵۲۶.

۲۳. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، ۴۳۰/۳.

۲۴. ماده ۳۳ قانون مدنی؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۷۶/۹.

است که مالک آن را در کنار یا داخل سطل های زباله یا مکان های تعبیه شده برای جمع آوری پسماند قرار می دهد.

۴. بررسی حکم مسئله

چنان که درباره متغیرهای این مسئله گفته شد، مناسب است که مالکیت پسماند براساس ارزش مالی و نیز محل قرارداشتن آن بررسی شود.

۴.۱. براساس ارزش مالی پسماند

پسماند را از لحاظ ارزش مالی می توان به دو نوع تقسیم کرد:

ا. پسماندهایی که عرفاً دارای ارزش مالی هستند. برای نمونه، پسماند ممکن است فرش، کمد، میز و صندلی، مبیل و این گونه وسایلی باشد که برحسب مورد، ارزش مالی کم یا زیادی دارند و مالک به دلیل عدم نیاز، آن ها را در سطل زباله یا کنار آن قرار می دهد. منظور از عدم نیاز این است که این گونه اشیا، دیگر نیاز مالک را برآورده نمی سارند؛ به این دلیل که مثلاً فرش یا مبیل معیوب می شود یا از مد می افتد یا متناسب با ابعاد اتاق یا سالن پذیرایی خانه نیست. همچنین است لباس، کفش، وسایل منزل که به دلیل کهنگی یا مطابق مدل روز نبودن و امثال آن از آن ها صرف نظر می شود. این اشیا ممکن است مثلاً به سمساری فروخته شود و در مقابل آن وجهی دریافت شود اما مالک ترجیح می دهد که آن را داخل یا کنار سطل زباله بگذارد. اشیا کم ارزش تری مانند کاغذ و مقوا، پلاستیک، فلزات نیز از همین دسته اند.

ب. پسماندهایی که در عرف عام فاقد ارزش مالی هستند و مالک به منظور خلاص شدن از شر مزاحمت، آلودگی و غیربهداشتی بودن، بوی بد و امثال آن، آن ها را به اصطلاح عرفی دور می ریزد. محتویات سطل زباله آشپزخانه یا سنگ و کاشی شکسته و گچ و سیمان مصرف شده (نخاله های ساختمانی) معمولاً این گونه اند. البته برخی از همین نوع زباله ها نیز با توجه به کاربردهای مختلفی که امروزه برای آن ها وجود دارد، در عرف خاص اشخاصی که با آن ها سروکار دارند به صورت کنونی شان و پس از انباشته شدن به مقدار زیاد یا پس از طی کردن فرایند بازیافت دارای ارزش مالی تلقی می شوند. نمونه این دسته، زباله هایی است که برای تولید برق یا تولید کود و کمپوست انباشته می شوند. اما مهم این است که این اشیا طبق فرض هنگامی که مالک از آن ها اعراض می کند، در نظر عرف عام، نه تنها فاقد ارزش هستند؛ بلکه ممکن است اشیایی مزاحم یا غیربهداشتی تلقی شوند.

محل بحث در این تحقیق زباله های دسته اول است، هرچند به مناسبت ممکن است به حکم دسته دوم نیز اشاره شود.

۲.۴. براساس محل قراردادستن پسماند

حکم مالکیت پسماند تا حد زیادی به محل قرارگرفتن آن مربوط می‌شود. آنچه از لحاظ بحث حاضر اهمیت دارد، چند حالت زیر است:

۱. قراردادستن در تصرف مالک؛

۲. قرارداددن در سطل‌های متعلق به اشخاص خصوصی؛

۳. قرارداددن داخل سطل‌های زباله متعلق به شهرداری؛

۴. قرارداددن کنار سطل‌های زباله متعلق به شهرداری.

در سه حالت اخیر، پسماند از تصرف مالک آن خارج می‌شود. بحث مهم درباره این حالت‌ها، ماهیت رفع ید مالک از پسماند و خارج کردن آن از قلمرو تصرف و سلطه است. احتمالات متعددی درباره ماهیت این عمل وجود دارد، از جمله اینکه:

۱. ممکن است برحسب نیت مالک و محل قرارداددن پسماند، اعراض از ملک یا اباحه یا تملیک بلاعوض تلقی شود.

۲. ممکن است ایجابی ازسوی مالک به تملیک یا قراردادد رایگان دیگری تلقی شده که از ناحیه شهرداری یا اشخاص دیگر قبول می‌شود.

۳. ممکن است قصد مالک در هنگام گذاردن پسماند در سطل زباله، اعراض یا ایجاد اباحه انتفاع نباشد و صرفاً سپردن آن به روند جمع‌آوری باشد. راجع به این حالت، دو احتمال وجود دارد: أ. ممکن است اقدام به واگذاری پسماند، نوعی واقعه حقوقی تلقی شود و با قرارگرفتن در فرایند جمع‌آوری و بازیافت، ازاله مالکیت یا اعراض بر آن صدق کند؛ ب. ممکن است اقدام اشخاص به بیرون‌گذاردن پسماند، صرفاً واقعه‌ای حقوقی تلقی شود و اثر آن بقای مالکیت باشد که با ادامه فرایند جمع‌آوری و بازیافت، در حکم مال مشاع یا مجهول‌المالک قلمداد شود.

به هر حال، در صورتی که نتوان قصد اصلی طرفین را در این خصوص احراز کرد، باید به ادله دیگر، از جمله ظهور عرفی و اصل یا قاعده استصحاب رجوع کرد.

در ادامه، حکم مالکیت پسماند در حالت‌های بالا بررسی می‌شود.

۲.۴.۱. قراردادستن در تصرف مالک

اشیایی که در تصرف مالک قرار دارند و مالک از آن‌ها عملاً اعراض کرده به سه دسته تقسیم‌شدنی است:

أ. اشیای دارای مالیت عرفی: در برخی موارد، مالک از برخی اموال خود استفاده نمی‌کند اما هنوز آن

ها را از سلطه خود خارج نکرده است. راجع به این گونه اموال تردیدی نیست که مال از ملک مالک خارج نمی شود.^{۲۵} از این رو، ممکن است اسباب و لوازم فرسوده در انبار مالک یا چوب و هیزم در باغ وی یا قطعات یدکی در گاراژ مالک وجود داشته باشد و مالک عملاً به آن ها توجه نکند اما تا زمانی که در انبار، باغ یا پارکینگ است اعراض به معنای خاص فقهی و حقوقی بر آن ها صدق نمی کند. پسماندهایی که در عرف «صنایعات» نامیده می شوند؛ مانند پلاستیک و کاغذ و مقوا نیز در همین دسته قرار می گیرند.

ب. برخی از اشیا، فاقد ارزش عرفی هستند و طبق اصطلاح فقهی و حقوقی، ملک به معنای خاص تلقی نمی شوند اما متعلق حق اختصاص متصرف هستند و از این رو، هیچ شخصی حق ندارد بدون اذن متصرف آن ها را بردارد. البته در صورتی که شخصی اقدام به برداشتن آن ها کند، با توجه به اینکه طبق فرض عرفاً فاقد ارزش هستند ضمانی متوجه شخص دارنده نمی شود. نداشتن ارزش عرفی ممکن است به دلیل کمی آن باشد؛ مانند یک دانه گندم یا حقارت و پستی^{۲۶} یا نجاست آن. نمونه دو مورد اخیر، لاشه حیوان مرده ای است که قبل از مرگ در تملک شخص بوده و نیز آب انگوری است که به شراب تبدیل شده است.^{۲۷}

ج. برخی از اشیا فاقد مالیت عرفی، نه تنها ملک متصرف؛ بلکه متعلق حق اختصاص او نیز به شمار نمی روند. برای این مورد به فضولات انسان مثال زده اند. امام خمینی در این باره با رد نظری که فضولات شخص را متعلق حق اختصاص او می داند، می نویسد: اطلاق این سخن پذیرفتنی نیست. از این رو، آب دهان^{۲۸} انسان که روی زمین می افتد، نه مملوک اوست و نه متعلق حق اختصاص وی و قصد اعراض یا عدم اعراض وی نیز در این جهت تأثیری ندارد. به نظر امام خمینی، ملکیت و حق اختصاص نسبت به شینی تابع منفعت داشتن آن شیء است و چیزی که هیچ گونه منفعتی ندارد و هیچ کس قصد تحصیل و

۲۵. ایروانی، جمان السلك فی الاعراض عن الملك، ۲۱۷؛ و آئی مجال لتوهم أنّ مجرد ترك معامله الملكية مع المملوك يوجب خروجه عن الملك وإلا خرج أغلب المحققات عن ملك أربابها.

۲۶. انصاری، کتاب المكاسب، ۹/۴؛ شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۳۱۴.

۲۷. قزوینی، ینایع الأحکام، ۴۵/۲؛ خمینی، تحریر الوسيلة: ۴۹۳/۱ تا ۴۹۴؛ مسئله ۲: الأعيان النجسة عدا ما استثنى وإن لم يعامل معها شرعاً معاملة الأموال، لكن لمن كانت هي في يده و تحت استيلائه حق اختصاص متعلق بها ناش إما من حيازتها أو من كون أصلها مالا له و نحو ذلك، كما إذا مات حيوان له فصار ميتة أو صار عنبه خمر، و هذا الحق قابل للانتقال إلى الغير بالارث و غيره، و لا يجوز لأحد التصرف فيها بلا إذن صاحب الحق، فيصح أن يبالغ عليه بلا عوض، لكن جعله عوضاً لا يخلو من إشكال، بل لا يبعد دخوله في الاكتساب المحظور، نعم لو بذل له مالاً ليرفع يده عنها و يعرض فيحوزها البازل سلم من الإشكال نظير بذل المال لمن سبق إلى مكان من الأمكنة المشتركة كالمسجد و المدرسة ليرفع يده عنه فيسكن البازل.

۲۸. در متن عربی به جای «آب دهان» کلمه دیگری آمده است.

گردآوری آن را نمی‌کند، مملوک یا متعلق حق اختصاصی هیچ شخصی نیست.^{۲۹} برخی از زباله‌هایی که طبع انسان‌های متعارف از آن‌ها روی‌گردان است و جزو «خبثات»^{۳۰} به شمار می‌روند نیز می‌توانند در این دسته قرار گیرند.

۴. ۲. ۲. قراردادن در سطل‌های متعلق به اشخاص خصوصی

در برخی موارد، اشخاص ممکن است سطل‌هایی را برای جمع‌آوری پسماندها نصب کنند. برای نمونه، در برخی از مجتمع‌های مسکونی، نگهبان یا سرایدار یا اشخاصی دیگر ممکن است سطل‌هایی را برای جمع‌آوری پسماندهایی که عرفاً دارای ارزشی هرچند اندک‌اند؛ مانند نان خشک، پلاستیک، کاغذ و مقوا قرار دهند یا مکان‌هایی را برای گذاردن آن‌ها تعیین کنند. از لحاظ تحلیلی و باتوجه‌به اینکه هدف مالک سطل این است که اشخاص پسماندهای خود را داخل آن قرار دهند، قصد مالک را می‌توان به چند گونه تفسیر کرد:

ایجاب: به این صورت که قراردادن سطل، ایجابی عام برای تملک یا ایجاد حق تقدم در تملک رایگان محسوب شود و گذاردن پسماند توسط مالک، قبول آن ایجاب تلقی شود.

قبول مقدم: به این صورت که گذاردن سطل، قبول مقدم نسبت به ایجاب مالک پسماند دربارهٔ اباحه یا تملیک مجانی آن و گذاردن پسماند توسط مالک، ایجاب مؤخر محسوب شود.

حیازت: به این معنا که، مالک سطل قصد داشته باشد با گذاردن سطل، اشیایی را که داخل آن گذاشته می‌شود حیازت کند؛ همان‌طور که نصب شبکه ماهیگیری در آب و قرارگرفتن ماهی در آن یا تعبیهٔ برج کبوتر و قرارگرفتن کبوتر بدون مالک در آن، حیازت تلقی می‌شود.^{۳۱} حیازت در این فرض، هنگامی موجب تحقق مالکیت می‌شود که گذاردن پسماند، اعراض از آن محسوب شود.

در هر سه حالت مذکور، اشیای مذکور به مالکیت سطل وارد می‌شود و اشخاص دیگر غیر از مالک سطل نمی‌توانند آن‌ها را بردارند و تملک کنند.

۴. ۲. ۳. گذاشتن داخل سطل‌های زباله متعلق به شهرداری

برخی از نکاتی که دربارهٔ حالت سابق گفته شد نسبت به این حالت نیز صادق است، اما تفاوت مهمی که بین این حالت و حالت بالا وجود دارد این است که اولاً، شهرداری یا متصدی جمع‌آوری زباله از لحاظ

۲۹. خمینی، مکاسب المحرمه، ۲/۴۲: ... فما رُتِمَا یقال: إنَّ لِلإنسان حقَّ اختصاص بالنسبة إلى فضلاته، ليس وجيهاً على إطلاقه. فالنخامة الملقاة على الأرض ليست ملكاً لصاحبها، ولا له حقَّ اختصاص بها، أعرض عنها أم لم يعرض. وبالجمله، اعتبار الملكية وحق الاختصاص تابع لجهة من جهات المصالح، و ما لا نفع فيه مطلقاً ولا غرض لأحد في اقتنائه لا يعتبر ملكاً ولا مختصاً بأحد.

۳۰. خمینی، توضیح المسائل، ۵۹۷/۲.

۳۱. مادهٔ ۱۸۱ قانون مدنی.

قانونی مکلف به جمع‌آوری زباله است و هدف از نصب سطل‌های زباله را ممکن است نتوان به راحتی عملی حقوقی، مانند ایجاب و قبول یا حيازت محتویات آن قلمداد کرد.^{۳۲} به تعبیر دیگر، قصد شهرداری یا متصدی مزبور از نصب سطل زباله سودجویی و کسب درآمد از راه تملک محتویات آن نیست، بلکه اجرای تکلیفی است که قانون در راستای مدیریت پسماند برعهده وی گذارده است. سود و درآمدی که ممکن است عاید شهرداری یا متصدی شود، منفعتی تبعی است که به تبع و به مناسبت انجام تکلیف، نصیب وی می‌شود. ازاین‌رو، حتی اگر اقدام به جمع‌آوری پسماند هیچ سودی برای شهرداری نداشته باشد، باز هم باید به این تکلیف خود عمل کند. توضیح بیشتر در ادامه خواهد آمد.

ثانیاً، برخلاف حالت فوق، که به طور معمول اشیایی که داخل سطل گذاشته می‌شود عرفاً دارای ارزش هستند، محتویات سطل‌های متعلق به شهرداری ممکن است دارای ارزش عرفی نباشد و صرفاً اشیایی غیربهداشتی و مزاحم تلقی شوند.

باین حال، درباره این حالت می‌توان بین حکم اشیای بی ارزش و اشیای دارای ارزش تفکیک کرد:
 ا. اشیای بی ارزش: درباره این گونه اشیاء، مالک با بیرون کردن آن از قلمرو تصرف خود، از آن‌ها اعراض یا از حق اختصاص خود نسبت به آن‌ها چشم‌پوشی می‌کند. بنابراین، محتویات سطل زباله به قلمرو اختصاصی مالک سطل داخل می‌شود و دیگران نمی‌توانند آن‌ها را تصرف کنند.

ب. اشیای دارای ارزش: در صورتی که پسماند عرفاً دارای ارزش مالی باشد و مالک آن را داخل سطل قرار دهد، ظهور عرفی قصد وی، اعراض از ملک است. در این گونه موارد که شیء داخل سطل قرار داده می‌شود معمولاً قصد تملیک یا اباحه به مالک سطل به ذهن مالک خطور نمی‌کند. بنابراین، پس از اعراض مالک، مال اعراض شده در زمره مباحات قرار می‌گیرد اما قصد مالک سطل نیازمند بررسی است:

ممکن است گفته شود که در این حالت نیز قرارداد سطل زباله همانند نصب تور یا شبکه برای صید ماهی، اقدام برای حيازت محسوب شود و به محض اینکه مالی در آن قرار داده شود، به ملک مالک سطل وارد می‌شود. اما احتمال قوی‌تر این است که اقدام به نصب سطل‌های عمومی زباله صرفاً در راستای جمع‌آوری زباله و فاقد وصف اعمال حقوقی مانند ایجاب و قبول یا حيازت است. این اقدام صرفاً عملی اداری است که متصدی جمع‌آوری زباله مانند شهرداری، برای آن و سایر اعمال و اقدامات عمومی، علاوه بر برخورداری از بودجه دولتی، از شهروندان نیز عوارضی سالیانه دریافت می‌کند. در این صورت، صرف

۳۲. این سخن که نمی‌توان اقدام شهرداری را نوعی عمل حقوقی از قبیل ایجاب و قبول یا حيازت تلقی کرد به این دلیل نیست که نمی‌توان برای اجرای تکلیف واجب دستمزد دریافت کرد (نک: انصاری، کتاب المکاسب، ۱/۲۴۵)؛ چراکه تملک پسماند اجرت اجرای تکلیف محسوب نمی‌شود، بلکه از آثار تبعی اجرای تکلیف است.

جمع‌آوری زباله موجب تملک آن نمی‌شود و اشخاص نیازمند می‌توانند آن‌ها را بردارند و تملک کنند. بسیاری از افراد که مبادرت به برداشتن اشیاء از داخل سطل‌های عمومی زباله می‌کنند همین تصور را دارند. درست است که بسیاری از آن‌ها ممکن است به صورت مخفیانه یا شبانه اقدام به برداشتن زباله از سطل کنند اما مقصود آن‌ها حفظ حیا و آبرو یا ترس از مزاحمت مأمور شهرداری یا نیروی انتظامی است و تصور آن‌ها نیست که مال متعلق به غیر را سرقت می‌کنند.

۴.۲.۴. قراردادن کنار سطل‌های زباله متعلق به شهرداری

در بسیاری موارد، اشیایی که کنار سطل زباله قرار داده می‌شوند عرفاً دارای ارزش مالی هستند؛ مانند کفش، لباس، گلدان، کمد و قفسه. فرض‌های مختلفی درباره این حالت متصور است:

ا. شیء مدّ نظر از لحاظ حجم، قابلیت قرارگرفتن در سطل زباله را داشته باشد؛ در این صورت، قراردادن آن در سطل زباله را می‌توان قرینه‌ای بر این دانست که مالک می‌خواهد شخص نیازمند آن را بردارد. بنابراین، از آنجاکه شیء مدّ نظر به قصد تملیک به اشخاصی که به آن نیاز دارند در کنار سطل گذاشته شده، می‌توان اقدام مالک را ایجابی برای تملیک یا اباحه عام و بلاعوض به اشخاص نیازمند محسوب کرد و با برداشتن آن توسط شخص نیازمند، قبول ایجاب تحقق می‌یابد. نتیجه اینکه، این‌گونه اشیاء توسط اشخاص نیازمند قابل تملک هستند و تا زمانی که مقرراتی درباره وضعیت حقوقی آن‌ها وضع نشده است، نهادهای جمع‌آوری زباله نمی‌توانند مزاحم اشخاص در برداشتن و تملک آن‌ها شوند.

البته از آنجاکه این‌گونه اشیاء طبق فرض، زائد و پسماند به شمار می‌روند و مالک می‌داند که اگر تا زمان خاصی برداشته نشوند متصدی جمع‌آوری زباله آن‌ها را در راستای وظیفه خود بخواهد داشت، قصد تملیک مالک، موقت و زمان‌مند است و اگر کسی آن‌ها را تا زمان مقرر برای جمع‌آوری پسماند بر ندارد، متصدی آن‌ها را بر می‌دارد و در ملکیت وی وارد می‌شود.

ب. شیء مدّ نظر حجیم باشد و سطل زباله گنجایش آن را نداشته باشد؛ در این صورت، قرینه مذکور در حالت بالا وجود ندارد و از این رو، نسبت به قصد مالک دو حالت وجود دارد: اول اینکه، همانند حالت سابق، قصد وی ایجاب تملیک یا اباحه بلاعوض تلقی شود و دوم اینکه، صرفاً اعراض از ملک محسوب شود اما از آنجاکه مالک با آن همانند شیء زائد و پسماند رفتار کرده است، می‌توان قصد مالک را بر اعراض حمل کرد؛ چراکه امروزه باتوجه به وجود مراکز و نهادهایی برای جمع‌آوری این‌گونه اشیاء برای اشخاص نیازمند، مالک اگر تمایل داشت می‌توانست آن‌ها را به این‌گونه مراکز بسپارد یا حتی اگر قصد فروش آن‌ها را داشت می‌توانست آن‌ها را به مغازه‌های سمساری یا اشخاص دوره‌گردی که به خرید این اشیاء می‌پردازند بفروشد. بنابراین، خواه قصد مالک حمل بر ایجاب تملیک یا اباحه بلاعوض شود و خواه بر اعراض،

اشیای مذکور قابل تملک توسط اشخاص خصوصی است و اگر کسی آن را حیازت یا تملک نکند، آن را متصدی جمع‌آوری تصرف می‌کند و به ملک وی وارد می‌شود.

نتیجه‌گیری

گذاردن اموالی مانند کفش و لباس کنار سطل زباله (و نه داخل آن) قرینه بر این است که مالک قصد دارد شخص نیازمند یا هر شخصی که مایل باشد آن را بردارد و استفاده کند. در این باره، قصد اباحه یا تملیک بلاعوض سبب خروج شیء از ملک مالک نمی‌شود. از این رو، اگر مالک پشیمان شود می‌تواند دوباره به آن شیء رجوع و آن را تملک کند.

انداختن پسماندهای فاقد مالیت عرفی در سطل زباله موجب خروج آن از قلمرو حق اختصاص متصرف سابق و وارد شدن در قلمرو حق اختصاص مالک سطل زباله می‌شود. این گونه پسماندها در صورتی که پس از انباشته شدن یا بازیافت دارای ارزش مالی شوند، به ملکیت متصدی جمع‌آوری یا بازیافت وارد می‌شود.

پسماندهای دارای مالیت عرفی که در سطل‌های متعلق به اشخاص خصوصی گذاشته می‌شود، به تملک مالک سطل وارد می‌شود.

گذاردن پسماندهای دارای مالیت عرفی داخل سطل‌های زباله عمومی، ظهور در اعراض از ملک دارد اما به ملک مالک سطل یا متصدی جمع‌آوری زباله وارد نمی‌شود و از این رو، اشخاص دیگر می‌توانند آن‌ها را تصرف و تملک کنند.

همه اقسام زباله؛ اعم از اینکه فاقد یا واجد مالکیت عرفی باشد، پس از جمع‌آوری به ملکیت یا قلمرو حق اختصاص شهرداری وارد می‌شود. پسماندهایی که جمع‌آوری و انباشته شده‌اند؛ خواه به همان صورت دارای ارزش مالی باشند یا پس از بازیافت به مال باارزش تبدیل شوند، مملوک متصدی جمع‌آوری و بازیافت هستند. اقدام متصدی (مانند شهرداری) در جمع‌آوری و بازیافت زباله را نمی‌توان اداره مال غیر دانست، وگرنه باید حکم مال مجهول‌المالک یا مشاع را بر زباله‌های جمع‌آوری شده یا بازیافت شده مترتب کرد و این نتیجه را عرف و ذوق سلیم نمی‌پذیرد.

امروزه پسماند بعد از جمع‌آوری و بازیافت و حتی قبل از آن دارای ارزش مالی است و ابهام در مالکیت آن ممکن است موجب اختلاف و نزاع شود. باتوجه به اینکه جمع‌آوری و بازیافت زباله امروزه از کارهای عمومی دولت‌ها به شمار می‌رود، صرف تبیین حکم مسئله از لحاظ فقهی و حقوق خصوصی کافی به نظر نمی‌رسد. از این رو، شایسته است که دولت مقررات مناسبی برای تعیین حکم مالکیت آن وضع

کند.

منابع

- اصفهانى، محمدحسين. الإجارة. قم: مؤسسة النشر الإسلامى. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- اصفهانى، محمدحسين. حاشية كتاب المكاسب. قم: انوار الهدى. ۱۴۱۸ق.
- انصارى، مرتضى بن محمدامين. كتاب المكاسب. قم: كنز جبهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- ايروانى، على. جمان السلك فى الإعراض عن الملك. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- جزايرى، محمدجعفر. نظرة فى الحقوق، احكامها و اقسامها. منتشرشده در ضمن كتاب هدى الطالب فى شرح المكاسب. قم: دار الكتاب. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- جمعى از پژوهشگران. موسوعة الفقه الإسلامى طبقاً لمذهب اهل البيت (ع). زیر نظر سيد محمود هاشمى. قم: مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- حسينى حائرى، كاظم. فقه العقود. قم: مجمع انديشه اسلامى. چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.
- خمينى، روح الله. المكاسب المحرمة. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- خمينى، روح الله. تحرير الوسيلة. نجف: الآداب. چاپ دوم، ۱۳۹۰ق.
- خمينى، روح الله. توضيح المسائل (محشّى). قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ هشتم، ۱۴۲۴ق.
- خوئى، ابوالقاسم. منهاج الصالحين. قم: مدينة العلم. چاپ بيست و هشتم، ۱۴۱۰ق.
- شهيدى، مهدى. تشكيل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد. چاپ دوم، ۱۳۸۰
- شهيد ثانى، زين الدين بن على. مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن. إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات. قم: اسماعيليان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
- قزوینى، على موسى. ینایع الأحكام فى معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق حلى، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعيليان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، مصطفى. قواعد فقه. تهران: مركز نشر علوم اسلامى. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- نائینى، محمدحسين. منية الطالب فى حاشية المكاسب. تهران: المكتبة المحمدية. چاپ اول، ۱۳۷۳ق.

<https://behroob.ir/articles/articles> (دسترسی در ۱۳/۰۴/۱۴۰۲).

<https://behroob.ir/articles/articles> (دسترسی در ۱۳/۰۴/۱۴۰۲).

<https://etojihi.com/composting-from-urban-waste> (دسترسی در ۱۳/۰۴/۱۴۰۲).

<https://www.zistonline.com/news/79135> (دسترسی در ۱۳/۰۴/۱۴۰۲).

Transliterated Bibliography

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A'zam Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Īdāḥ al-Fawā'id fi Sharḥ Mushkilāt*. Qum: Ismā'īlīyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Ḥillī (Muḥaqqiq). Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū'assisa Ismā'īlīyān, Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

Ḥusaynī Ḥā'irī, Kāzim. *Fiqh al-'Uqūd*. Qum: Majma' Andishih-yi Islāmī. Chāp-i Duvvum, 2002/1423.

Īrawānī, 'Alī. *Jumān al-Silk fi al-'Irāḍ 'an al-Milk*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī, Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Ijārah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwvum, 1989/1409.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Ḥāshiya Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Anwār al-Hudā. 1997/1418.

Jam'ī az Pazhūhishgarān. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Tibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. zīr naẓar Sayyid Maḥmūd Ḥāshimī. Qum: Mū'assisa Dāyira al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Jazāyri, Muḥammad Ja'far. *Naẓara fi al-Huqūq, Ahkāmāh va Aqsāmāh*. Muntashir Shudih dar Ḍimn-i Kitāb *Hudā al-Ṭalīb fi Sharḥ al-Makāsib*. Qum: Dār al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Kātūziyān, Nāsir. *Amvāl va Mālikiyat*. Tehran: Mizān, Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-'Ilm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āsar-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Tawḍīḥ al-Masā'il (al-Muḥashshī)*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Hashtum, 2003/1424.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Najaf: al-Ādāb. Chāp-i Duvvum, 1970/1390.

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

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Munya al-Ṭālib fī Ḥāshiya al-Makāsib*. Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiya. Chāp-i Awwal, 1995/1373.

Qazwīnī, 'Alī Musawī. *Yanābir al-Aḥkām fī Ma'rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2003/1424.

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

Shahīdī, Mahdī. *Tashkil Qarārdād-hā va Ta'ahhudāt*. Tehran: Majd. Chāp-i Duvvum, 2002/1380.

Table of Contents

Analyzing the Foundations of the Continuation of Ownership Capacity Postmortem	11
Ahmad Adibi - Dr. Mohammad Mahdi Al-Sharif - Dr. Alireza Arashpour	
The Issue of Construction Above Graves in Comparative Jurisprudence	37
Sadeq Pishdad - Dr. Saied Molavi Vardanjani - Dr. Mohsen Fahim	
A Reflection on the Validity or Invalidity of Presenting a Supplementary Oath for the Testimony (Subject of Note to Article 209 of the Islamic Penal Code, the Final Part of Clause B of Article 230, and Note to Article 277 of the Code of Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts)	67
Dr. Sediqeh Hatami - Dr. Taher Ali Mohammadi	
Discourse Analysis of Ta'zīr Punishments in the Iranian Penal System in the Iranian Penal System	89
Dr. Hamidreza DaneshNari - MohammadSadeq Mohammadi Ghahfarrokhi	
The Feasibility of the Legal Abolition of Ḥaddi Punishments through the Criminal's Repentance after the Proof of the Crime	121
Dr. Esmail Rahimi Nejad	
The status of Transactions by an Intoxicated Person in Different Levels of Intoxication: Organizing the Theory of Non-bindingness of Certain Transactions of the Intoxicated Individual	149
Dr. Amirabbas Askari - Ali Yarinejad	
Jurisprudential evaluation of Taking Possession of Ḥajj Expenses and the Removal of Financial Capability for the Eligible Pilgrim	169
Mohammad Baqir Karmlacha'b - Dr. Hamid Mo'azeni Bistgani	
An Introduction to the Philosophical Foundations Influencing the Shift of Jurisprudence of Zakāt from an Individual to a Governmental Approach	197
Dr. MohammadReza Kaykha - Dr. Alireza Abin	
Typology of the Jurists' Disregard for Ḥadīth with a Focus on the Principle of Lower Validation (Kāsiriyyat)	227
Alborz Mohaghegh Garfami	
Jurisprudential and Legal Analysis of Ownership of Urban Solid Waste	259
Dr. Esmail Nematollahi	



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 56, No. 4: Issue 139, Winter 2025

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Translation of Abstracts

Mina Mollaie

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

In the Name of Allah

Journal of Figh and Usul

Faculty of Theology and Islamic Studies

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

Vol. 56, No. 4: Issue 139, Winter 2025

Contents

Analyzing the Foundations of the Continuation of Ownership Capacity Postmortem

Ahmad Adibi - Dr. Mohammad Mahdi Al-Sharif - Dr. Alireza Arashpour

The Issue of Construction Above Graves in Comparative Jurisprudence

Sadeq Pishdad - Dr. Saied Molavi Vardanjani - Dr. Mohsen Fahim

A Reflection on the Validity or Invalidity of Presenting a Supplementary Oath for the Testimony

Dr. Sediqeh Hatami - Dr. Taher Ali Mohammadi

Discourse Analysis of Ta'zīr Punishments in the Iranian Penal System in the Iranian Penal System

Dr. Hamidreza DaneshNari - MohammadSadeq Mohammadi Ghahfarrokhi

The Feasibility of the Legal Abolition of Haddi Punishments through the Criminal's Repentance after the Proof of the Crime

Dr. Esmail Rahimi Nejad

The status of Transactions by an Intoxicated Person in Different Levels of Intoxication: Organizing the Theory of Non-bindingness of Certain Transactions of the Intoxicated Individual

Dr. Amirabbas Askari - Ali Yarinejad

Jurisprudential evaluation of Taking Possession of Hajj Expenses and the Removal of Financial Capability for the Eligible Pilgrim

Mohammad Baqir Karmalcha'b - Dr. Hamid Mo'azeni Bistgani

An Introduction to the Philosophical Foundations Influencing the Shift of Jurisprudence of Zakāt from an Individual to a Governmental Approach

Dr. MohammadReza Kaykha - Dr. Alireza Abin

Typology of the Jurists' Disregard for Hadith with a Focus on the Principle of Lower Validation

Alborz Mohaghegh Garfami

Jurisprudential and Legal Analysis of Ownership of Urban Solid Waste

Dr. Esmail Nematollahi