



- درنگی در چیستی و مبانی «صلح قهری» در فقه امامیه
دکتر رضا آوان - دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان - دکتر حسین ناصری مقدم
تقابل اطلاق و تنقید، اختلاف یا اتحاد آرای علما
دکتر سعید احمدی فرد - سیده زهرا سخایی
بررسی ماهیت و شرایط اجرای مجازات ضِعْث در فقه امامیه
دکتر مسعود بسامی
اعتبارسنجی و تحلیل گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»
دکتر محمدابراهیم روشن ضمیر - دکتر سیدعلی دلبری - هادی مروی
بیع مستمر؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباطسنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان
دکتر نبی سبحانی - دکتر کریم کوخایی زاده
واکاوی تصرف پدر در اموال فرزند بالغ از منظر فقه و حقوق ایران
دکتر عبدالصمد علی آبادی - دکتر هادی خوشنودی - شعیب صالحی
تاریخ‌مندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر دو نظریه
«حکومت مشروطه» و «منطقه الفراغ»
مرجان غلامی - دکتر محمد مهدی آجیلیان مافوق - دکتر مهدی احمدی
ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی
دکتر مصطفی نصیری
قواعد فقهی سلامت‌محور و تأثیر آن در افزایش امید به زندگی
دکتر سعید نظری توکلی - دکتر فاطمه کراچیان ثانی
ظرفیت‌سنجی آمار استنباطی در جهت استظهار عرف در فرایند اجتهاد
مرتضی نیازی - دکتر محمدحسین بیاتی - دکتر مهدی حمزه‌پور



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر جواد ایروانی

استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

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

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

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

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

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

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است.

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

صفحه آرا: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: مینا ملائی

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شاپا چاپی: ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی: ۳۸۹۲-۲۵۳۸

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

راهنمای نویسندگان نشریه فقه و اصول

بخش اول: ملاحظات کلی

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

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

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

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

۵. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع و موقعیت سازمانی به دو زبان فارسی و انگلیسی درج شود، ترتیب نویسندگان و نویسنده مسئول تعیین شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ثبت و ارسال شود.

۶. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف‌چینی شده و در سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول، بارگذاری و با سایر اطلاعات مورد نیاز ثبت و ارسال شود.

۸. جهت پیشگیری از هرگونه سوءرفتار علمی (خواسته یا ناخواسته)، تمامی مقاله‌های ارسالی، در نخستین مرحله توسط مشابه‌یاب «سمیم»^۱ برای مقالات فارسی همانندجویی می‌شود. برای مشابه‌یابی چکیده مقالات لاتین از سامانه iThenticate استفاده می‌شود. نشریه تنها آثاری را برای داوری ارسال می‌کند که میزان مشابهت کلی متن اصلی با آثار انتشاریافته پیشین اندک و قابل چشم‌پوشی (حداکثر ۱۵ درصد) باشد. توصیه می‌شود نویسندگان محترم، پیش از ارسال آثار، با مراجعه به سامانه فوق، هرگونه مشابهت متن خود را با آثار منتشر شده در موضوع بررسی کنند.

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

۹. پذیرش اولیه مقاله به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از استاندارد اولیه پژوهشی و پذیرش نهایی آن به تأیید داوران و موافقت هیئت تحریریه وابسته است.

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

بخش دوم: شیوه نگارش

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

نکات اهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

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

۲.۱. نشانه‌های دربرگیر مانند 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 $\text{ctrl}+\text{shift}+2$ استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با $\text{shift}+\text{sppac}$ 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 المحرام. 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: Davis, *Meaning Expression and Thought*, 67.

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

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

✓ نمونه: روش عقلانی در سیره علمی شیخ صدوق؛ <https://hawzah.net/fa/Article/View/۱۰۶۱۳۴> (دسترسی در ۱۴۰۲/۲/۲۰)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

۴. تاریخ‌نویسی

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

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

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، 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	درنگی در چیستی و مبانی «صلح قهری» در فقه امامیه دکتر رضا آوان - دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان - دکترحسین ناصری مقدم
۳۵	تقابل اطلاق و تقیید، اختلاف یا اتحاد آرای علما دکتر سعید احمدی فرد - سیده زهرا سخایی
۵۹	بررسی ماهیت و شرایط اجرای مجازات ضُغْث در فقه امامیه دکتر مسعود بسامی
۹۱	اعتبارسنجی و تحلیل گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» دکتر محمدابراهیم روشن ضمیر - دکتر سیدعلی دلبری - هادی مروی
۱۱۵	بیع مسترسل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباطسنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان دکتر نبی سبحانی - دکتر کریم کوخایی زاده
۱۳۷	واکاوی تصرف پدر در اموال فرزند بالغ از منظر فقه و حقوق ایران دکتر عبدالصمد علی آبادی - دکتر هادی خوشنودی - شعیب صالحی
۱۵۷	تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر دو نظریه «حکومت مشروطه» و «منطقه الفراغ» مرجان غلامی - دکتر محمدمهدی آجیلیان مافوق - دکتر مهدی احمدی
۱۸۳	ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی دکتر مصطفی نصیری
۲۰۷	قواعد فقهی سلامت‌محور و تأثیر آن در افزایش امید به زندگی دکتر سعید نظری توکلی - دکتر فاطمه کراچیان ثانی
۲۴۱	ظرفیت‌سنجی آمار استنباطی در جهت استظهار عرف در فرایند اجتهاد مرتضی نیازی - دکتر محمدحسین بیاتی - دکتر مهدی حمزه‌پور



A Reflection on the Nature and Foundations of "Compulsory Peace" in *Imāmī* Fiqh

Dr. Reza Avan, PhD Graduate, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Seyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan  (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Email: ghabooli@um.ac.ir

Dr. Hossein Naseri Moghaddam , Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

Classical jurisprudential texts refer to an institution known as "Compulsory Peace" (*ṣulḥ-i qahrī*), which calls for further analysis. Compulsory Peace, which refers to the shar'ī and legal compulsion of two disputing or hesitant parties to enter into mandatory reconciliation, appears across numerous areas of jurisprudence, including deposit (*vadi'ah*), partnership (*shirkat*), sale (*bay'*), *khums*, retribution (*qisās*), and others. Two principal issues arise concerning Compulsory Peace: First, how compulsion can be reconciled with the requirement of mutual consent in contracts; and second, how the foundations of this legal and jurisprudential institution should be understood. The present study employs a descriptive-analytical method and pursues three approaches to the nature of Compulsory Peace. The first holds that all instances constitute contracts; the second views the obligation to reconcile as a *shar'ī* ruling, and the third (which is adopted as the preferred view) distinguishes between the different sources underlying various cases of Compulsory Peace. According to this position, in some situations the obligation to reconcile constitutes a *shar'ī* ruling, in others it results from the coercive authority of the ruler, and still in others it involves the ruler's representation in performing the *ṣighah* of reconciliation. These factors serve as the grounds that generate peace and do not themselves determine its essence. What is common to all instances of Compulsory Peace is the public interest (*maṣlahah*) of ending conflict and removing uncertainty, which is grounded in eliminating the cause of dispute, observing precaution, and establishing equity.

Keywords: peace, Compulsory Peace, *ṣulḥ al-ijbār*, conditions of contractual validity, correspondence between contract and intent, shar'ī ruling





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۳۳ - ۱۱

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۷

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.80190.1503>

نوع مقاله: پژوهشی

درنگی در چیستی و مبانی «صلح قهری» در فقه امامیه

دکتر رضا آوان

دانش آموخته دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان (نویسنده مسئول)

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

Email: ghabooli@um.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم

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

چکیده

در متون فقهی، از نهادهای به نام «صلح قهری» یاد شده که نیازمند واکاوی است. صلح قهری که به معنای الزام شرعی و قانونی دو طرف نزاع یا مردّد بر سازش اجباری است ردّ پایی در بسیاری از ابواب فقه مانند ودیعه، شرکت، بیع، خمس، قصاص و... دارد. در زمینه صلح قهری دو مسئله مهم وجود دارد: نخست، چگونگی جمع میان اجبار با لزوم تراضی در عقود و دوم، تحلیل مبانی این نهاد فقهی و حقوقی است. در نوشته حاضر که با روش توصیفی و تحلیلی تدوین شده در چیستی صلح قهری سه رهیافت را پی گرفته است: نخست، عقد بودن همه مصادیق؛ دوم، حکم شرعی بودن الزام به تصالح؛ سوم، متفاوت بودن در مبادی صلح قهری و تفکیک میان مصادیق مختلف است که دیدگاه برگزیده محسوب است؛ به این معنا که در برخی موارد، الزام به تصالح به مثابه یک حکم شرعی مطرح است و در بعضی دیگر، اجبار حاکم و در برخی نمایندگی حاکم در اجرای صیغه صلح. این امور، مناشئ صلح اند و بیانگر ماهیت آن نیستند. چیزی که در همه مصادیق صلح قهری وجود دارد، مصلحت رفع تنازع و خروج از بلا تکلیفی است که بر پایه اموری چون حسم ماده نزاع، رعایت احتیاط و اجرای انصاف استوار است.

واژگان کلیدی: صلح، صلح قهری، صلح الاجبار، شروط صحت عقد، تبعیت عقد از قصد، حکم شرعی.

عقد صلح به مثابه یکی از کاربردی‌ترین و سودمندترین عقود معمولاً با توافق متعاقدان حاصل می‌شود اما فقه اسلامی و قوانین موضوعه در مواردی نادر، صلح را قهراً بر طرفین تحمیل کرده و آن‌ها را وادار به تراضی بر آن کرده‌اند که از این امر به صلح قهری یاد شده است. واژه صلح قهری تقریباً از زمان شهید اول به کتب فقهی ما راه یافته و بعدها به صورت نسبتاً گسترده به کار رفته است اما این امر بدان معنا نیست که صلح قهری نزد پیشینیان امری ناشناخته بوده است. از عصور نخستین فقهی؛ یعنی شیخ صدوق و مفید، صلح قهری در قالب روایات و فتاوا جریان داشته است. آنچه در نوشته‌های محققان عصر حاضر و فقه‌پژوهان و دانشیان حقوق به چشم می‌آید بررسی مصادیق صلح قهری در ضمن مباحث دیگر است.^۱ نوشتار حاضر برای بررسی ماهیت صلح قهری و بیان احتمالات اقوال پیرامون آن و نیز تبیین مبانی آن تدوین یافته است. پرسش‌های بسیاری در باب صلح قهری وجود دارد؛ مانند اینکه تناقض قهری بودن با لزوم توافق متعاقدان در عقود چگونه حل شدنی است؟ مبانی صلح قهری چیست؟ صلح قهری در چه ابوابی جریان می‌یابد؟ مصادیق آن کدام است؟ اما پرسشی که این تحقیق درصدد پاسخ‌گویی به آن است، چیستی‌شناسی صلح قهری و حل چالش قهری بودن با لزوم توافق متعاقدان و تبیین مبانی فقهی آن است. بدون تردید، رکن هر عقد و قراردادی قصد و رضاست و عقد بدون رضایت طرفین منعقد نمی‌شود. هر چند در پاره‌ای موارد بنابر عللی رضایت و طیب نفس عاقد وجود ندارد؛ به سبب تمشی قصد، عقد او صحیح انگاشته شده است، همان‌طور که در عقد مکروه و مضطر آمده است. علی‌رغم این امر بدیهی، در متون فقهی مفهومی با عنوان «صلح قهری» وجود دارد که این شرط را نقض کرده است. کاشف‌الغطاء در کتاب خمس می‌گوید: از جمله موارد وجوب خمس، در مال حلال مخلوط به حرام است، در صورتی که مالک و مقدار مال، مجهول و مال هم عین باشد. ولی اگر صاحب مال و مقدار آن را بداند واجب است مال را به صاحبش برساند. اما اگر مالک را بشناسد ولی مقدار مجهول باشد باید با او صلح جبری کند و وجه صلح را به او پرداخت کند.^۲ نظیر چنین حکمی در موارد بسیاری مانند تنازع متبایعان، شرکت، وکالت، ودیعه، قصاص و ابواب دیگر نیز دیده می‌شود. صلح قهری در کلمات فقیهان در برابر صلح اختیاری قرار گرفته و دارای طیفی است که یک طرف آن توصیه یا امر شارع به تصالح است و طرف دیگر آن، قائم‌مقامی

۱. جز آنچه فقیهان در ابواب متعدد مانند صلح، ودیعه، شرکت، خمس، بیع، وکالت و... در خصوص صلح قهری آورده‌اند و در مطالب این نوشتار بدان‌ها پرداخته شده است. برای نمونه، به تعدادی از مقالاتی که در ضمن آن‌ها به صلح قهری پرداخته شده است، اشاره می‌شود: جناتی، «بررسی وقف»؛ حاجی ده‌آبادی، «قاعده ارش و حکومت»؛ نصرتی، «تحلیل حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع»؛ قورچی بیگی، «تأثیر مرگ قاتل عمد بر ثبوت دیه»؛ الترابی، «الشركة فی الفقه و القانون».

۲. کاشف‌الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱.

حاکم شرع نسبت به اجرای صیغه صلح است. باید بررسی شود که آیا صلح در این موارد متفاوت، دارای چیستی‌های مختلف است یا اینکه صلح یک ماهیت بیشتر ندارد و تفاوت‌ها، در مبادی و نحوه شکل‌گیری صلح است. همچنین لازم است تا مبانی و مصالحی که سبب تشریع این نهاد شده است را تحلیل کنیم. این نوشتار پس از ذکر مصادیقی از صلح قهری و مستندات آن‌ها، ماهیت این نهاد فقهی را تحلیل می‌کند تا از رهگذر آن، رهیافت موجه‌تر در باب این مفهوم را تقویت کند.

۱. ماهیت صلح

«صُلْح» مصدر «صَلَحَ» به معنای سازش، دست‌برداشتن از نزاع و تراضی میان متنازعان است.^۳ همچنین به معنای نیکو عمل کردن نیز آمده است.^۴ برخی معتقدند صلح از جهت ریشه، متضاد فساد است؛ اعم از آنکه فساد در ذات باشد یا در عمل. البته بیشتر درباره فساد در عمل استعمال می‌شود^۵ و در بعضی از منابع، صلح مقابل خصومت آمده است.^۶ ابن منظور «صُلْح» را مترادف واژه «سِلْم» به معنای آشتی و سازش و مقابل جنگ می‌داند.^۷ جوهری می‌افزاید: صلاح در مقابل فساد است و اینکه گفته می‌شود فلان چیز به صلاح توست؛ یعنی به نفع توست.^۸ به طور خلاصه، صلح در لغت به معنای سازش و کنار آمدن و دست از خصومت برداشتن است.

از منظر اصطلاح فقهی، صلح معنای لغوی خود را حفظ کرده و متضمن معنای سازش و تسالم است. فقیهان صلح را نهادی می‌دانند که مفاد آن، مصالح و توافق بر امری است.^۹ صلح در همه مجاری اش نوعی عقد است و از این رو، معظم فقیهان آن را در ابواب عقود گنجانده‌اند.^{۱۰} مفاد صلح همواره عقد (توافق دوسویه بر امری) است و البته این «امر» ممکن است مال (عین یا منفعت) باشد که مفید تملیک است و گاهی انتفاع یا یکی از حقوق یا صرفاً تقریر امری باشد.^{۱۱} بنابراین، مفاد صلح همیشه عقد است (توافق طرفینی) و هیچ‌گاه نمی‌تواند ایقاع باشد. دلیلش آن است که صلح در ذات خود، سازشی طرفینی را اقتضا

۳. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۸/۲.

۴. فراهیدی، العین، ۱۱۷/۳، الصَّلَاح: تَقْبِضُ الطَّلَاح.

۵. مصطفوی، التحقيق، ۲۶۵/۶.

۶. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۸/۲.

۷. ابن منظور، لسان العرب، ۵۱۶/۲.

۸. جوهری، الصحاح، ۳۸۳/۱.

۹. انصاری، المکاسب، ۱۳/۳.

۱۰. سبزواری، مذهب الاحکام، ۱۶۷/۱۸؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۱۱/۲۶.

۱۱. انصاری، المکاسب، ۱۳/۳.

می‌کند و صلح به مثابه عملی یک‌سویه معنا ندارد.

أ. مفهوم‌شناسی صلح قهری: صلح قهری سازشی اجباری است برای رفع اختلاف و نزاع از باب اضطرار ازسوی شخصی که بر طرفین نزاع تسلط و غلبه دارد. محقق بجنوردی می‌نویسد: این صلح به صلح قهری تسمیه یافته و وجه آن روشن است و شاید به همین سبب، این فروع را در کتاب الصلح گنجانده‌اند.^{۱۲} بنابراین، در صلح قهری طرفین با قصد و اراده اقدام به انشای عقد صلح می‌کنند ولی این قصد و اراده همراه با رضایت و طیب نفس نیست. خلاصه آنکه، صلح قهری عبارت است از: نوعی مداخله تشریعی در ایجاد و انعقاد سازشی اجباری میان متنازعان یا افرادی که در تحیر گرفتار آمده‌اند. مثال قسم اول، تقسیم دینار میان مدعی و مودع است و مثال دوم، اخراج مقداری از مال و اعطای آن به مالکی که میزان طلبش مجهول است. در همه این موارد طرفین در ظاهر با هم سازش و مصالحه می‌کنند، ولی در حقیقت این مصالح براساس حکم و امری شرعی و قهری است.

ب. سیر تاریخی صلح قهری: واژه صلح قهری چندان پریشینه نیست و اثری از آن در کتب قدما و حتی اکثر متأخران وجود ندارد. ظاهراً نخستین بار توسط شهید اول مطرح شده^{۱۳} و پس از او محقق بحرانی آن را به کار برده است.^{۱۴} البته این سخن بدان معنا نیست که مفهوم صلح قهری برای فقیهان قبل از او ناشناخته بوده است؛ زیرا آنان در همین مصادیق، حکم صلح قهری را جاری ساخته‌اند. شیخ مفید،^{۱۵} علامه در تذکره الفقهاء^{۱۶} و ابن فهد حلی،^{۱۷} از جمله پیشینیانی هستند که حکم صلح قهری را جاری ساخته‌اند. شیخ طوسی در باب جمع بین روایاتی که حاوی تعارض دو بینه هستند، می‌نویسد: «فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى وَجْهِ الْمُصَالَحَةِ وَالْوَسَاطَةِ بَيْنَهُمَا دُونَ مَرِّ الْحُكْمِ».^{۱۸}

اما فقیهان بعد از شهید، به‌صورت گسترده از واژه صلح قهری و امثال آن استفاده کرده‌اند، از جمله: کشف الغطاء،^{۱۹} جواهر الکلام،^{۲۰} کتاب الخمس، انصاری،^{۲۱} انوار الفقهاء،^{۲۲} مهذب الاحکام،^{۲۳}

۱۲. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۳۸/۵.

۱۳. شهید اول، الدروس الشرعية، ۳۳۳/۳، «... فجائز أن يكون ذلك الصلح قهریاً، وجائز أن يكون اختیاریاً...».

۱۴. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۰۳/۲۱.

۱۵. مفید، المقنعة، ۶۳۲.

۱۶. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۴۸/۱۳.

۱۷. ابن فهد حلی، المهذب البارع، ۲۸۲/۲.

۱۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۵۷ تا ۲۵۶/۲۷. ظاهرأمراد آن است که مفاد روایت براساس مصالحه است، نه حکم صریح.

۱۹. کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱، ۳۷۸.

۲۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۹۷/۴۲.

۲۱. انصاری، کتاب الخمس، ۲۴۳/۱.

۲۲. کاشف الغطاء، انوار الفقهاء، ۸ تا ۷/۱.

مستمسک العروة؛^{۲۴} اصول الفقه، حسین حلی،^{۲۵} فقه الشیعة^{۲۶} و دیگران.

شهید اول معتقد است: روایات مذکور در مصادیق تصالح قهری که در کتاب الصلح مطرح شده است نشان می‌دهد که صلح می‌تواند قهری یا اختیاری باشد. شهید ثانی نیز این مطلب را تقریر می‌کند.^{۲۷} صاحب‌جواهر نیز به همین مطلب اشاره می‌کند و می‌گوید: «قاعدة انصاف به مثابة صلح قهری است، لذا شاید به همین علت اصحاب آن را در کتاب الصلح آورده‌اند.»^{۲۸}

۲. مجاری صلح قهری در ابواب فقهی

واژه صلح قهری را در آثار فقه‌های پس از شهید در ابواب مختلف فقهی می‌توان مشاهده کرد اما پس از احصای همه موارد روشن می‌شود که اصل کاربرد نهاد صلح قهری در فقه، واجد دو ویژگی است: نخست، امتزاج یا اشتباهی در یکی از جهات در یک امر مالی واقع شده باشد. این اشتباه یا از جهت اصل مال یا از جهت میزان استحقاق صاحب حق یا از جهت مالک است، به‌گونه‌ای که شناسایی مالک یا تقویم ارزش یا تشخیص میزان حق صاحبان حق امکان‌پذیر نباشد؛ دوم، این امر موجب اختلاف و نزاع طرفین یا وقوع در تردید و تحیر شده باشد. حال ممکن است این امتزاج و اشتباه بین مال بایع و مشتری باشد یا بین مال وقف و غیروقف یا بین صاحبان ترکه و مال غیر یا اختلاط بین مال شریکین با عدم امکان تمیز و امثال آن‌ها باشد. در مواردی از این دست، فقیهان برای خاتمه نزاع یا خروج از تحیر، به صلح قهری تمسک جسته‌اند. برخی از این استنادات در کلمات فقیهان را در این ابواب می‌توان مشاهده کرد: کتاب الخمس،^{۲۹} کتاب الشرکه،^{۳۰} کتاب البیع،^{۳۱} کتاب الغصب،^{۳۲} کتاب الاجاره.^{۳۳}

۳. احتمالات در چیستی صلح قهری

پرسش اصلی این تحقیق، سؤال از چیستی و مبانی صلح قهری است. قبلاً گفته شد که نهاد صلح در

۲۳. سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۲۳/۱۸.

۲۴. طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۲۲/۱۳، ۲۳.

۲۵. حلی، اصول الفقه، ۲۲۷/۶.

۲۶. موسوی خلیفائی، فقه الشیعة، ۵۱۲/۱.

۲۷. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۲/۴، ۱۸۳.

۲۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۵۵/۲۶.

۲۹. کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱؛ موسوی خلیفائی، فقه الشیعة، ۴۸۷/۱.

۳۰. یزدی، العروة الوثقی، ۶۹۸/۲.

۳۱. خمینی، کتاب البیع، ۱۶۸/۵، ۱۶۹.

۳۲. رشتی، کتاب القضاء، ۱۳۱/۲.

۳۳. یزدی، العروة الوثقی، ۷۰۰/۲.

غالب موارد یکی از «عقود» محسوب شده و احکام عقود بر آن بار شده است اما از زمان شکل‌گیری اصطلاح صلح قهری تاکنون کسی به تحلیل فقهی این نهاد پرداخته است و باید از لابه‌لای کلمات فقیهان دیدگاه آنان را دریافت.

احتمال اول. عقد بودن صلح قهری: هیچ فقهی در باب صلح قهری مستقیماً از واژه «عقد» استفاده نکرده است، اما می‌توان از اینکه بسیاری از فقیهان متقدم و متأخر چنین صلحی را در کتاب الصلح قرار داده‌اند چنین استنباط کرد که آنان صلح قهری را صنفی از عقد صلح شناسایی می‌کنند. البته همان‌گونه که گفته شد، از زمان شهید اول به بعد این اصطلاح رایج و مرسوم شد و پیش از آن با تعبیر دیگری از آن یاد می‌شده است. شواهدی برای این انگاره وجود دارد که از این قرار است:

یک. اندراج در ابواب عقود: فقیهان و محدثان این نوع از صلح را در کتاب الصلح یا در مباحث دیگری از ابواب عقود مانند عقد الشریکه، عقد البیع و امثال آن‌ها درج می‌کنند که نمایانگر این است که به باور آنان، صلح قهری صنفی از عقد صلح است.^{۳۴} روایات وارد شده دربارهٔ مصادیق صلح قهری را نیز در کتاب الصلح ذکر کرده‌اند. هر چند کلینی نیز آن‌ها را در کافی^{۳۵} آورده است، اما در ذیل عنوان کتاب القضاء باب نوادر درج کرده است. یکی از فقیهان معاصر برای اثبات مشروعیت عقد بیمه به اندراج آن در صلح قهری تمسک می‌کند.^{۳۶} محقق دیگر در استدلال بر اینکه صلح قهری یکی از مصادیق صلح معهود است، می‌نویسد: حکم حاکم به تصیف عینی که دو نفر مدعی آن هستند از باب صلح قهری است و گواه بر آن هم ذکر این مسئله در کتاب صلح است. البته ایشان این حکم را به هدف رفع مشاجره ظاهر می‌داند و از این جهت برای شخص ثالث خریدن عین از آن دو نفر را جایز نمی‌شمارد؛ چراکه منجر به مخالفت تفصیلی می‌شود.^{۳۷}

نقد دلیل اول: اولاً اندراج صلح قهری در برخی از ابواب عقود، دلالت بر عقد بودن آن ندارد و ممکن است آن را صرفاً به سبب تشابه اسمی در زمره عقود آورده باشند؛ ثانیاً سخن از صلح قهری در برخی ابواب غیر عقدی مانند خمس و دیات نیز آمده است.

دو. ظهور الفاظ صلح و تصالح در عقد بودن: در روایات و کلمات فقیهان، کاربرد واژه‌های صلح و تصالح و مشتقات آن‌ها ظهور در توافق دوجانبه دارد که همان عقد است. در هر صلحی، دو طرف (مصالح

۳۴. شهید اول، الدروس الشریعة، ۳/۳۳۳؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۶/۲۲۶؛ خمینی، کتاب البیع، ۵/۱۷۲؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۶/۲۰۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۸/۴۵۱.

۳۵. کلینی، کافی، ۷/۴۱۹، ۴۲۱.

۳۶. سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۸/۲۲۳.

۳۷. امامی خوانساری، تسدید القواعد، ۱/۹۵.

و متصالح) وجود دارند و ارتباط این دو نفر از طریق یک عمل حقوقی دوجانبه؛ یعنی عقد، برقرار می‌شود. محقق سبزواری سخنی دارد که از آن چنین برداشت می‌شود که صلح قهری هم نوعی عقد است. «... بله، از آنجاکه صلح در میان عقود، مبتنی بر تسهیل و تسامح است، درباره آن آسان‌گیری شده، به اندازه‌ای که فقیهان شیعه و سنی گونه‌ای از صلح قهری را اثبات کرده‌اند.»^{۳۸} فقیهی دیگر در خصوص حکم حاکم به تصیف عینی که مورد تداعی دو نفر است می‌گوید: «این حکم موجب تحقق صلح قهری می‌شود و گواه آن ذکر مسئله در کتاب صلح است.»^{۳۹}

نقد دلیل دوم: ممکن است در نقد این دیدگاه گفته شود که این ظهور در حدی نیست که بتوان آن را به عنوان دلیل اتخاذ کرد. شاید مراد از «صلح قهری» در کلمات فقیهان با عقد صلح، تنها اشتراک لفظی داشته باشد.

احتمال دوم. حکم بودن مصادیق صلح قهری: برای استدلال بر این انگاره می‌توان این دلیل را ارائه کرد:

دلیل تنافی عقد با قهر و اجبار: ممکن است چنین ادعا شود که جان‌مایه عقود که رضایت و قصد است با قهر و غلبه و اجبار ناسازگار است. براین اساس، صلح در لغت به معنای تسلیم و سازش است. در هر سازشی طیب نفس و میل قلبی سخن اول را می‌زند و طبیعی است که در صلح قهری و اجباری، طیب نفس و رضایت باطنی مفقود است. به همین دلیل، قصد به معنی نیز امکان‌ناپذیر خواهد بود و با فقدان رکن رکن عقود، عقدیت چنین صلحی نیز مخدوش خواهد شد و اساساً تسمیه چنین نهادی به صلح، مسامحه و بالعنایه خواهد بود. براین اساس، چنین نهادی اصولاً از دایره عقود خارج است و نوعی حکم به شمار می‌آید. حکم شرعی، خطابی از سوی شارع است که مبین تکلیف یا وضعی خاص است و به لحاظ آثار، قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست.^{۴۰} سیدیزدی در شرح عبارت شیخ انصاری در باب مجهول بودن مالک و معلوم بودن مقدار^{۴۱} سخنی دارد که در آن به عدم لزوم اجرای صیغه در صلح قهری تصریح می‌کند. «این یکی از وجوه مسئله است و ظاهراً مراد از عبارت، همان صلح شناخته شده است که در صورت اختلاف، حاکم آن‌ها را بدون تعیین کیفیت، بر مصالح مجبور می‌کند و در صورت عدم امکان اجبار، تصیف متعین است. برپایه انتخاب این وجه، در مقدار مشکوک، صلح قهری انجام شده است؛ به این معنا که حکم

۳۸. سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۲۳/۱۸.

۳۹. امامی خوانساری، تسدید القواعد، ۹۵/۱.

۴۰. بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۱۳/۱.

۴۱. انصاری، مکاسب، ۱۹۸ تا ۱۹۷/۲.

شرعی تنصیف است و ازاین‌رو، نیازی به اجرای صیغه صلح نیست. بله، اگر خود درصدد صلح برآیند، از این حق برخوردارند که به هر کیفیتی آن را واقع سازند.^{۴۲}

این عبارت از معدود شواهدی است که بر حکم بودن صلح قهری از منظر برخی فقیهان گواهی می‌دهد؛ چراکه سیدیزدی تصریح می‌کند که حکم شرعی، تنصیف است و از دیگر سو، نیاز به صیغه را نیز منتفی می‌شمارد.

همچنین محقق بحرانی عبارتی دارد که مؤید آن است که صلح قهری تناسبی ندارد با صلح معهود که در زمره عقود در معاملات ذکر می‌شود. او می‌نویسد: اصحاب امامیه در کتاب صلح احکامی را آورده‌اند که من دلیلی برای ذکر آن‌ها در اینجا نمی‌بینم و تنها برای متابعت آنان ذکر کرده‌ام؛ چراکه عنوان صلح (که حاکی توافق دو اراده است) در آن‌ها وجود ندارد.^{۴۳} روشن است که بحرانی درعین حال که صلح قهری را می‌پذیرد، ذکر احکام آن در کتاب صلح را بر نمی‌تابد.^{۴۴}

یکی از معاصران در عدم تناسب صلح قهری با اجبار چنین می‌نگارد: مراد از صلح قهری؛ یعنی حاکم آن‌ها را به صلح با رضایت خودشان مجبور کند، وگرنه صلح که قهراً نمی‌شود. بنابراین اگر باز هم عناد ورزیدند و با رضایت صلح نکردند باید قرعه بیندازند؛ چراکه قرعه برای هر کار مشکلی است. اگر امکان صلح کردن وجود داشته باشد دیگر مشکلی نیست تا نیاز به قرعه باشد. اما این احتمال که بگوییم با هم شریک می‌شوند، بعید است و وجهی برای آن وجود ندارد.^{۴۵} ممکن است گفته شود مراد محقق خوئی اثبات تنافی میان صلح با اجبار و قهریت است، نه تنافی آن با عقدیت. بله، ظاهر کلام ایشان همین است اما بعید نیست این ناسازگاری از دو جهت باشد: یکی، از جهت ناسازگاری اجبار با ماهیت صلح و دیگری، ناسازگاری با مفهوم عقد که مبتنی بر توافق دو اراده است.

نقد دلیل: این ادعا به وضوح باطل است؛ جان مایه عقد، قصد است ولی شرط نفوذ آن، رضایت است. ازاین‌رو، عقد فاقد رضایت باطل نیست، بلکه غیرنافذ است.^{۴۶} نهایت امر آنکه، اکراه بر صلح، ازجمله مصادیق عقد اکراهی خواهد بود که مشهور فقیهان آن را غیرنافذ و در صورت ملحق شدن اجازه، صحیح می‌انگارند.^{۴۷} در فقه موارد دیگری نیز وجود دارد که عقدی بدون رضایت باطنی منعقد می‌شود، تعدادی از

۴۲. طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۴۲/۱.

۴۳. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۰/۲۱.

۴۴. قد ذکر الأصحاب في هذا الكتاب (الصلح) أحكاماً لا أعرف لذكرها فيه وجهاً، لعدم صدق العنوان فيها، وإنما ذكرتها تبعاً لهم في المقام.

۴۵. خوئی، موسوعة، ۱۸۳/۳۱.

۴۶. خوئی، مصباح الفقاهة، ۵۵۹/۲.

۴۷. خوئی، مصباح الفقاهة، ۵۶۲ تا ۵۵۵/۲.

این موضوعات عبارت‌اند از: عقد مکروه (به شرط لحوق اجازه)، عقد فضولی به‌ویژه در صورت عدم رضایت مالک یا نهی او از انعقاد قرارداد، فروش اموال محجوران و امثال آن‌ها. این موارد شاهد این نکته هستند که فقدان رضایت، مانع تحقق عقد ولو به صورت متزلزل نیست. ملاک برای تحقق عقد، وجود قصد و اراده است. توضیح آنکه، عقد فضولی و اکراهی از یک نظر شبیه صلح قهری و از جهتی هم متفاوت هستند. وجه اشتراک، وجود قصد و اراده در عاقد و عدم اذن و رضایت مالک (یا صاحب حق) است. وجه تمایز آن است که در فضولی و عقد اکراهی، نفوذ آن متوقف بر اجازه اصیل و مکروه (به فتح) است ولی در صلح قهری، از حین عقد، آثار صحت بر آن بار می‌شود. سبب این تمایز آن است که در فضولی و اکراهی، شارع نقشی در عقد ندارد، در حالی که در صلح قهری، انعقاد صلح براساس حکم و امر شارع صورت می‌پذیرد، اگرچه در حین اجرای عقد، عاقد دارای قصد انشایی هست.

به نظر می‌رسد بهتر آن است که صلح قهری با اکراه قانونی (اکراه به حق) بر معامله مقایسه شود، امری که در فقه و حقوق ردیاهای واضحی دارد. به این عبارت شهید توجه شود: بدان که بیع شخص مکروه تنها در مواردی متوقف بر اجازه است که به غیر حق باشد. اما چنانچه به حق باشد، بیع آن در موارد بسیاری جایز و نافذ است؛ مانند جایی که حاکم، شخص را بر فروش اموالش برای ایفای دین یا نفقه واجب مجبور کند.^{۴۸}

احتمال سوم (مختار). تفصیل در موارد مختلف صلح قهری: به نظر می‌رسد در چستی‌شناسی صلح قهری، تفکیک بین عرصه‌ها مناسب‌تر باشد. در تقسیم قهری مال مشترک، صلح ماهیت عقدی ندارد، همان‌طور که اصل تقسیم مال مشترک هم عقد شمرده نشده است. در مال حلال مختلط به حرام نیز حکم شارع در واقع وجوب جلب رضایت مالک است و عقدی در کار نیست. اینک به توضیح این دیدگاه می‌پردازیم:

یک. صلح قهری به مثابه حکمی شرعی (مقام فتوا): جریان صلح گاهی به صورت فتوا و بیان حکم شرعی توسط فقیه است. در حقیقت، مکلفان در بسیاری از موارد از تعیین وظیفه شرعی خود سؤال می‌کنند. در این مرحله، بستگی به نوع حکم فقیه، گاهی شرعاً عمل به تصالح، مستحب و گاهی واجب است حتی اگر حاکم امر به آن نکند. برخی از روایات و اقوال فقیهان، ناظر به این مرحله است. برخی از فقیهان صراحتاً این قسم را هم داخل در صلح قهری دانسته‌اند: چنانچه مالک معلوم و مقدار مال مجهول باشد، با صلح تراضی می‌کنند؛ همان‌طور که در جواهر آمده است و اشکالی در مشروعیت و صحت چنین صلحی وجود ندارد؛ زیرا ادله صلح اطلاق دارند. در جواهر فرموده است: گویا مرادشان از صلح، صورت صلح

۴۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۲۷/۳، «و اعلم أن بیع المکروه إنما یقع موقوفاً مع وقوعه بغیر حق و من ثم جاز بیعه فی مواضع کثیرة، کمن أجرة الحاكم علی بیع ماله لوفاء دینه، و نفقة واجب النفقة...»

اجبار را نیز در بر می‌گیرد.^{۴۹} یکی از محققان می‌نویسد: ظاهر روایت و فتوای بسیاری از فقیهان آن است که حکم به تنصیف موارد مشتبّه، حکمی شرعی است که مقتضای «بد» است و از قبیل صلح قهری به شمار می‌رود. بنابراین، نیازی به درخواست بیّنه از دو نفر یا طلب سوگند از یکی یا هر دو نیست. بله، حاکم می‌تواند در صورت وجود بیّنه، آن را درخواست کند و در صورت وجود بیّنه برای هر دو، حکم به تعارض کند و دیگر احکام باب دعاوی. البته این احتمال هم هست که حاکم حق چنین کاری نداشته باشد و در صلح قهری، احکام دعاوی جریان نیابد، اما باید بر مفاد روایت و آنچه تنقیح منایق اقتضا دارد، پسندیده کرد.^{۵۰}

بحرانی در الحدائق در کتاب العاریه می‌گوید: شهید ثانی در مسالک گفته است که اگر مالک بین قومی منحصر شد، بر همه آنها واجب است که برای خلاصی از مشکل صلح کنند.^{۵۱} شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام می‌فرماید: اگر مردی زنی را به عقد خود در آورد و مهریه او را چیزی قرار دهد که مقدار آن معلوم نیست (البته آن مهریه را به مشاهده زن رسانده که مهر قراردادن آن صحیح باشد)، حال اگر این مهر غیر معلوم المقدار قبل از آنکه به قبض زن برسد تلف شود، در اینجا هیچ راهی به جز صلح یا ابراء نخواهد بود.^{۵۲} خوانساری در باب مال مخلوط به حرام در زمانی که مالک آن معلوم باشد ولی قدر مال مجهول باشد، می‌نویسد: «... ولو علم المالك وجب التخلص منه بالمصالحة».^{۵۳} همان‌طور که در این عبارات ملاحظه می‌شود، انجام مصالحه به عنوان یک فتوا و وجوب شرعی مطرح می‌شود. البته این با تسمیه «صلح» به «قهری» منافاتی ندارد، زیرا در این موارد نیز انجام صلح، مأموّره شرعی است ولی خود عقد صلح از روی اختیار خواهد بود.

امام باقر(ع) در نقض یکی از احکام صادره از یکی از قضات وقت در باب کرایه دابه‌ای که در راه تلف شده بود، فرمود: ای بنده خدا حق نداری که هیچ کرایه‌ای به او ندهی و گفتم به دیگری، ای بنده خدا تو حق نداری همه کرایه حیوانت را بگیری اما باید به مقدار راهی که مانده و مقدار راهی که رفته است توجه کنید و آن را لحاظ کنید و بر آن مصالحه کنید (فاصلحا علیه ففعلا) و آن دو نفر هم این کار را انجام دادند.^{۵۴} امام(ع) امر به مصالحه می‌فرماید که ظهور در وجوب دارد.

۴۹. طباطبایی حکیم، مصباح المنهاج؛ کتاب الخمس، ۱۳۹/۱.

۵۰. کاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ۸، ۷/۱.

۵۱. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۵۱۸/۲۱.

۵۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۸۲/۸.

۵۳. موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۵۷/۳، ۵۸.

۵۴. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۵۶۶/۲۱.

در مبحث خیار عیب چنانچه مقومان در تقویم صحیح و معیب یا هر دو دچار تعارض شوند، احوط آن است که با تصالح، تخلص ورزند و البته قرعه هم بعید نیست.^{۵۵} اینجا هم تصالح را به عنوان احتیاطی در فتوا مطرح می کنند.

در بسیاری از موارد دیگر نیز تصالح از طریق تنصیف و مانند آن به دو طرف، به عنوان حکم شرعی گفته شده است؛ مانند باب قرض^{۵۶} در باب ارث غرق و مهدوم علیهم.^{۵۷}

دو. صلح قهری به مثابه حکم حاکم (مقام قضا): گاهی حکم حاکم شرع در مقام قضاوت در یک واقعه خارجی است. تفاوت این مرحله از مرحله قبل آن است که در صورت قبلی دو نفر که دچار تنازع شده اند یا مالی میانشان مشتبّه است، طبعاً از حکم شرعی این قضیه پرسش می کنند که پاسخ آن ها در بعضی موارد، رجوع به تصالح است، ولی اینجا برای رفع اختلاف به حکم شرع برای صدور حکم مراجعه می کنند، هر چند قضاوت حاکم نیز باید بر مبنای احکام و قواعد شرعی باشد. در این موارد، صلح به عنوان یک «حکم قضایی» بر طرفین یا فرد گرفتار شک و تردید تحمیل می شود. به عبارت بهتر، الزام به تصالح، «حکم شرعی» است اما تحقق صلح در قالب یک عقد تحقق می یابد هر چند در همین جا نیز می توان آن را نظیر اکراه قانونی در باب اجبار قانونی بر معامله داخل کرد که در عین عقد بودن، برخوردار از صحت و نفوذ است.

سیدزدی عبارتی دارد که به هر دو قسم اشاره می کند: ...ظاهر عبارت مکاسب، همان صلح معهود است. در این صورت، چنانچه دو طرف تراضی و صلح کنند که سخنی نیست، ولی اگر تعاسر کردند، حاکم آن ها را بر اجرای صلح اجبار می کند بدون آن که کیفیت آن را تعیین کند. اما اگر اجبار آن ها بر صلح ممکن نبود، تنصیف عین متعین می شود. اما شایسته تر بنابر انتخاب این وجه، اراده صلح قهری در مقدار مشکوک است؛ به این معنا که «حکم شرعی» تنصیف است و در این حالت، نیازی به اجرای صیغه صلح نیست. بله، اگر خود آن ها خواستار صلح باشند می توانند آن را به هر کیفیتی بخواهند واقع سازند.^{۵۸} در جایی دیگر کلام صاحب جواهر در رجوع به صلح آن گونه که حاکم تشخیص دهد، ظهور دارد.^{۵۹} محقق خوئی صلح قهری را این گونه تعریف می کند: حاکم آن ها را بر صلح توأم با تراضی اجبار کند، وگرنه صلح که به صورت قهری نمی شود. اینک اگر دچار تعاند شدند، نوبت به قرعه می رسد؛ زیرا برای هر امر مشکلی

۵۵. خمینی، تحریر الوسیله، ۵۶۳/۱.

۵۶. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۶/۲۰.

۵۷. سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۷۴/۳۰.

۵۸. طباطبائی یزدی، حاشیه مکاسب، ۴۲/۱.

۵۹. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۰/۲۳.

است.^{۶۰} از عبارت محقق خوئی بر می آید که در صورت عدم امکان اجبار طرفین بر صلح قهری باید سراغ قرعه رفت و حاکم حق اجرای صلح را ندارد.

اصولاً در هر عبارتی که تعبیر «قضی» و «حکم» آمده است، مراد این قسم است. محقق حلی در شرایع^{۶۱} در باب شرکت در قتل می نویسد: برای حقن دم و پایمال نشدن خون مقتول حکم به مصالحه می شود. همچنین علامه با تعبیر «یقضی بالصلح حقناً للدم» همین نظر را دارد.^{۶۲} همچنین شیخ مفید در باب شرکت اعمال، که از نظر ما باطل است، می نویسد: ولی اگر عمل آن ها تمیزدادنی نباشد، حکم به مصالحه می شود.^{۶۳} حلی نیز شبیه همین عبارت را دارد.^{۶۴} باید این مسئله را به درهمی که میان دو نفر در باب ودیعه مشتبّه شده است ملحق ساخت و صلح قهری را جاری کرد. دیگر در باب افتراق صلح قهری از احکام دعاوی می نویسد: همان طور که قضاوت در مسئله درهم متوقف بر سوگند دادن نیست و تنها حاکم به تنصیف حکم می کند، در محل بحث نیز بین آن دو به نصف حکم می کند؛ زیرا این امر حکمی شرعی و صلحی قهری است که با دلیل شرعی ثابت شده است.^{۶۵}

سه. صلح قهری با قائم مقامی حاکم یا ولی: مرحله سوم که باز هم در بستر قضا شکل می گیرد آن است که طرفین به انجام صلحی که بر آن ها واجب شرعی است عمل نکنند یا اساساً قادر به انجام آن نباشند، مانند آنکه یکی از دو طرف صغیر است. در چنین مواردی، براساس روایات، اراده حاکم یا ولی، قائم مقام اراده طرفین یا یک طرف می شود: «یصالح الولی الشرعی أو الحاکم».^{۶۶} محقق خوئی نیز می نویسد: در صورت عدم امکان اجبار طرفین بر صلح، حاکم آن ها را بر تصالح اجبار می کند و در صورت امتناع از تصالح، حاکم خود بالمباشرة اقدام به انجام عمل می کند.^{۶۷} چنین عقدی همه عناصر و ارکان عقد به جز رضا را دارد و گویا شارع، اراده خود را قائم مقام رضایت متعاقدان کرده است. چنین خصوصیتی منحصر به فرد نیست و مواردی دیگر نیز در فقه هست که عقد یا ایقاعی به صورت اجباری بر یک طرف یا طرفین تحمیل می شود، نظیر بارز آن در ایقاعات طلاق حاکم از سوی زوج است که قهراً بر او تحمیل می شود یا مواردی که حاکم عقدی را از طرف محجور واقع می سازد. می توان گفت همان طور که حاکم

۶۰. خوئی، موسوعة، ۱۸۳/۳۱.

۶۱. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۲۰۲/۴.

۶۲. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴۶۷/۵.

۶۳. مفید، المقنعه، ۶۳۲.

۶۴. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۴۳.

۶۵. رشتی، کتاب القضاء، ۱۳۱.

۶۶. موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۵۷/۳، ۵۸.

۶۷. خوئی، موسوعة، ۱۸۳/۳۱.

گاهی می‌تواند اقدام به انشای طلاق یا عقد ازسوی دیگری کند، می‌تواند اقدام به انشای صلح ازسوی غیر کند. اینکه حاکم متولی انشای عقد شود، با عقد بودن آن عمل حقوقی تنافی ندارد. همچنین در بیع اموال محترک نیز می‌توان نوعی اجبار و قهر را در انعقاد عقد مشاهده کرد.

کاشف‌الغطاء معتقد است که صلح قهری همواره توسط حاکم درخواست می‌شود، برخلاف صلح اختیاری که توسط خود متنازعان انجام می‌شود.^{۶۸}

یکی از محققان معاصر می‌نویسد: سزاوارتر در همه این موارد؛ یعنی مال مردد بین دو نفر، حکم به تصیف براساس قاعده عدل است که یا از قبیل صلح قهری است به اینکه خود حاکم متولی اجرای صیغه صلح از طرف دو نفر شود، اگرچه که با رضایت آن‌ها هم نباشد یا حاکم تنها حکم به اجرای صلح می‌دهد. اینکه شخص غیر مالک، مالک نصف می‌شود، از باب تبعید صرف است حتی اگر منازعه‌ای هم در میان نباشد.^{۶۹} از عبارت ایشان چنین بر می‌آید که صلح قهری حتماً باید توسط خود طرفین منازعه صورت پذیرد.

در برخی صور که هیچ‌یک از دو مال دارای تعین واقعی و نفس‌الامری نیستند، تنها مصالح و تراضی و در صورت امتناع، اجبار حاکم بر مصالح می‌داند و برای قرعه وجهی نمی‌شناسد. او در ادامه می‌افزاید: چنانچه اجبار به مصالح ممکن نبود، حاکم رأساً به تقسیم مال می‌پردازد.^{۷۰}

یکی از محققان در مسئله تردد مالکیت سه درهم میان غاصب و دیگری می‌نویسد: اگر با صلح و مانند آن تراضی کردند که سخنی نیست و قطعاً صحیح و نافذ است ولی اگر مالک حرام از صلح کردن ابا کرد، چند وجه و بلکه چند قول وجود دارد: نخست، صلح اجبار است؛ یعنی حاکم شرعی او را بر انجام صلح اجبار می‌کند. کاشف‌الغطاء^{۷۱} و گروهی دیگر^{۷۲} این قول را برگزیده‌اند. دلیل آنان این است که حکم شرعی در مقام صلح است و چنانچه یکی از آن‌ها ابا کند، حاکم او را اجبار می‌کند و اگر اجبار او ممکن نبود، خود حاکم متصدی اجرای صلح می‌شود و مال نزد او از باب ولایت حسبی، امانت می‌ماند.^{۷۳}

۶۸. کاشف‌الغطاء، انوار الفقاهه، ۱/۱۸۲ تا ۱۸۳.

۶۹. حلی، اصول الفقه، ۶/۲۲۷، ۲۲۸.

۷۰. موسوی خلیفائی، فقه الشیعة، ۵۱۱/۱. از عبارت برخی چنین به دست می‌آید که مراتب صلح قهری به این صورت است که ابتدائاً باید طرفین خودشان مصالح کنند و رضایت بدهند و اگر خودشان صلح نکردند، حاکم آن‌ها را مجبور به صلح می‌کند و اگر باز هم صلح نکردند حاکم خودش مال را بین آن‌ها تقسیم می‌کند یا قرعه می‌افکند (کاشف‌الغطاء، کشف الغطاء، ۳۶۱) اما حکیم بر این باور است که در صورتی که بر اثر کثرت احتمالات ممکن در مسئله، افکندن قرعه با تعذر مواجه باشد، حاکم باید با صلح قهری مسئله را علاج کند (طباطبائی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۳/۲۳).

۷۱. به نقل از انصاری، مکاسب، ۱/۲۴۵.

۷۲. صاحب‌الجواهر، جواهر الکلام، ۱۶/۷۴، ۷۵.

۷۳. موسوی خلیفائی، فقه الشیعة، ۱/۴۸۷.

البته باید توجه داشت شروطی که حاکم می‌تواند بر آن‌ها اجبار کند، دو دسته است: در یک دسته از شروط، انشا و قصد لازم نیست؛ مانند دوختن و رنگ. در این‌گونه شروط مشکلی وجود ندارد. اما شروطی که نیاز به انشا دارد، اگر فرد امتناع کند دو صورت وجود دارد: أ. حاکم بر انجام دادن آن شرط اجبار کند و نیازی به رضایت فرد نیست؛ چراکه اینجا اکراه به حق است، مثل اکراه محترک بر فروش اموالش که اگر خودش این کار را نکرد حاکم به جای او بفروشد؛ ب. حاکم خودش ابتدائاً می‌تواند انشای عقد کند. هر دو صورت نیز وجیه و دارای توجیه است. همین‌طور در مواردی که نیاز به قصد قربت است اما خود عمل قابلیت الزام دارد، مثل صدقه دادن بر فقرا؛ در اینجا امکان دارد که گفته شود حاکم می‌تواند فرد را ملزم به صدقه دادن کند و خود حاکم به جای فرد قصد تقرب کند؛ مثل اجبارکردن بر پرداخت زکات و خمس.^{۷۴}

خلاصه نظر مختار آن است که نمی‌توان همه موارد صلح قهری را یک‌گونه تفسیر کرد. در مواردی مانند مال مخلوط به حرام، صلح به مثابه یک حکم و الزام شرعی است و تسمیه آن به صلح که مفهوماً دلالت بر رضایت دارد، با مسامحه توأم است. اما در مصادیقی مانند تنصیف در باب ودیعه، در مرحله نخست، تصالح عقدی است که همه ارکان عقد، از جمله قصد و رضا را در بر دارد.

۴. مبانی صلح قهری

اینکه علت یا حکمت دخالت شارع در امری که اولاً و بالذات از حقوق و اختیارات متعاقدان است چیست، نیازمند بازشناسی مبانی چنین صلحی است. با بررسی انجام‌شده سه مصلحتِ حسم ماده نزع، اجرای انصاف، رعایت احتیاط شناسایی شد که در ذیل تحلیل می‌شود:

أ. حسم ماده نزع: موارد بسیاری در متون فقهی وجود دارد که حاکم برای از بین بردن ریشه اختلاف و خشکاندن اصل تنازع، طرفین یا یک طرف دعوا را ملزم به امری می‌سازد. این مداخله گاهی از باب حکم شرعی کلی و تطبیق آن بر مورد خارجی و گاهی به مثابه مداخله‌ای قضایی است. قضیه پیامبر (ص) با سمره بن جندب واجد هر دو ویژگی است. امر پیامبر (ص) به کندن درخت خرما، کنشی قضایی و به منظور پایان دادن حتمی به منازعه سمره با انصاری بود.^{۷۵} اما گزاره «لا ضرر» که در ذیل همین واقعه صادر شد، برای تشریع حکمی کلی برای جلوگیری از تحقق ضرر و اضرار بود^{۷۶} یا درباره تعیین ارش در جراحات خاص، قبلاً از قول امام خمینی (ره) گفته شد که قاضی باید حکمی صادر کند تا ماده نزع ریشه‌کن شود. حال

۷۴. خمینی، کتاب البیع، ۳۳۸/۵.

۷۵. ایروانی، دروس تمهیدی، ۱۳۳/۱.

۷۶. سیستانی، قاعدة لاضرر، ۱۳۷۵:۱۳۵.

قاضی باید یا به مصالحه امر کند یا برحسب مصالح مقدار معادل، تعیین کند یا وی را تعزیر کند.^{۷۷} ایشان صراحتاً قاضی را موظف به صدور حکمی می‌کند که ماده نزاع را قلع و ریشه اختلاف را از بین ببرد و یکی از مصادیق این حکم را امر به مصالحه تعیین می‌کند. این امر به مصالحه، همان صلح قهری است؛ به این شکل که قاضی در شرایطی که حکم مشخصی وجود ندارد و برای رفع ماده نزاع طرفین را امر و اجبار به مصالحه می‌کند. این امر به مصالحه از سوی قاضی قاعداً حکمی اجباری و لازم‌الاجراست و پیشنهاد یا توصیه به صلح نیست.

شیخ انصاری در صلح اجبار دو احتمال را مطرح می‌کند: نخست آنکه، حاکم آن‌ها را تنها بر اصل صلح اجبار می‌کند ولی متعلق صلح را تحمیل نمی‌کند، زیرا چیزی که ثابت است اکراه بر اصل مصالحه است؛ دوم آنکه، آن‌ها را ملزم بر مصالحه به تنصیف کند؛ زیرا اگر یکی بر دیگری افزونی داشته باشد، مانند اینکه همه مال به او داده شود، ترجیح بلا مرجح است.^{۷۸} علت تشریع صلح قهری آن است که شارع در موارد اجرای صلح قهری، به اعتبار ولایتی که بر همه دارد و مالک واقعی است حق چنین چیزی را دارد. از این اخبار دانسته می‌شود که حکم شرعی در این موارد، صلح قهری است و با این صلح هرکدام واقعاً مالک نصف می‌شوند؛ از این رو، اگر کسی که هر دو نصف به او منتقل شده است با آن کنیزی بخرد، مالک او می‌شود.^{۷۹}

ب. اجرای قاعده انصاف (یا تنصیف):^{۸۰} مفاد قاعده انصاف که گاهی عدل و انصاف نیز خوانده می‌شود آن است که حقوق و اموال مشتبّه به طور منصفه میان مدعیان توزیع شود؛ مانند اینکه مالی مشتبّه شده است میان اینکه از آن زید است یا عمرو و علم اجمالی وجود دارد که مال متعلق به یکی از آن دو است ولی اماره‌ای بر تعیین وجود ندارد. در چنین مواردی مال میان دو نفر تقسیم و تنصیف می‌شود. مدرک این قاعده افزون بر جمع بین حقیقین،^{۸۱} روایات بسیاری است که در ابواب مختلف وارد شده است. برای نمونه، صحیحۀ عبدالله بن مغیره از امام صادق (ع) درباره دو نفر که دو درهم داشتند و یکی می‌گفت هر دو متعلق به من است و دیگری می‌گفت یک درهمش مال من است.^{۸۲} ذیل این صحیحۀ، بر تنصیف و قاعده

۷۷. خمینی، تحریر الوسیلة، ۶۳۳/۲.

۷۸. انصاری، کتاب الخمس، ۲۴۳/۱ تا ۲۴۵.

۷۹. جواهری، غایة المأمول، ۶۷/۲.

۸۰. نباید قاعده انصاف را با قاعده‌ای که اخیراً به قاعده عدالت اشتباه یافته است، اشتباه کرد. نک: مهریزی، «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر، ش ۲ و ۳، ۱۳۷۶.

۸۱. اخذ به یکی از دو طرف تنازع، ترجیح بلا مرجح است و با انصاف و عدالت ناسازگار است. ترک دو طرف نیز بی‌وجه و سبب هدر رفتن حقوق است. بنابراین، مقتضای جمع بیان دو طرف شبهه، تنصیف است.

۸۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۶۹/۱۳.

انصاف^{۸۳} دلالت دارد.^{۸۴} محقق خوئی در جایی که ضرر مالی به سبب آفت سماوی بر دو شریک وارد آید، حکم به تنصیف ضرر داده و آن را بر قاعده عدل و انصاف که مبنای عقلایی دارد، استوار می‌سازد.^{۸۵} یکی دیگر از فقیهان معاصر نیز می‌نویسد: «بهتر است در همه این موارد که مالی میان دو نفر مردد است، براساس «قاعده عدالت» حکم به تنصیف شود که یا از قبیل صلح قهری باشد که حاکم شرع متصدی اجرای صیغه صلح از سوی طرفین ولو بدون رضایت آنان باشد یا به صلح قهری حکم می‌کند یا آنچه بدان حکم کرده است، نتیجه صلح است و بالتبع، شخص غیر مالک از باب تعبید شرعی مالک نصف می‌شود. به هر حال، هرکدام در واقع مالک نصف می‌شود. البته اگر یکی از آن دو نفر عالم به خلاف بود، چنین صلح قهری در حقش نافذ نیست یا نتیجه صلح قهری در حق او جریان نمی‌یابد و او مالک نصف نمی‌شود، بلکه بر ملکیت مالکش باقی می‌ماند.»^{۸۶}

ج. رعایت اصل احتیاط: احتیاط، اصلی عملی است که مجرای آن وجود شک در مکلف به است. اجرای احتیاط غالباً همراه با علم به فراغ ذمه و تحصیل واقع مشتبه است. بحث احتیاط و مجاری و ادله آن در مباحث اصول عملیه دانش اصول آمده است.^{۸۷} رعایت احتیاط، از جمله مصالحی است که شارع در موارد مختلف، از جمله در شبهات مالی مقرر داشته است و معتضد به عقل و بنای عقلا نیز می‌باشد. یکی از مصالح و حکمت‌هایی که شارع در باب اختلاف افراد و امور مشتبه مقرر داشته است، رعایت اصل احتیاط است. کاشف‌الغطاء در موضوع اشتباه مقدار مال مخلوط به حرام می‌نویسد: اگر اندازه مجهول باشد، با مالک، صلح اختیاری می‌کند یا از سوی حاکم، صلح قهری صورت می‌پذیرد یا مقداری می‌پردازد که یقین به تفریغ ذمه یابد و همه این احکام به سبب رعایت احتیاط است.^{۸۸} اگر دو نفر فوت کنند که بین ایشان رابطه توارث (مثل پدر و فرزند که از هم ارث می‌برند) برقرار باشد اما زمان فوت آن‌ها مشخص نیست که مقارن هم بوده یا یکی مقدم بر دیگری بوده است. حال، اگر تقدم و تأخری وجود داشت ولی معلوم نباشد کدام یک زودتر فوت کرده است برای تعیین وارث با مشکل و ابهام مواجه خواهیم شد. در چنین حالتی رجوع به قرعه محتمل است و احتیاط، در صلح کردن است که به سبب امر احتیاطی، ظهور در

۸۳. قواعدنویسان معمولاً از این قاعده به انصاف یا تنصیف تعبیر می‌کنند.

۸۴. مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۱۵۹.

۸۵. خوئی، مصباح‌الاصول، ۲/۵۶۳، ۵۶۴.

۸۶. حلی، اصول الفقه، ۶/۲۲۷، ۲۲۸.

۸۷. نانینی، فوائد الاصول، ۴/۶۲۴.

۸۸. کاشف‌الغطاء، انوار الفقاهة، ۱/۱۸۲، ۱۸۳.

صلح قهری دارد.^{۸۹} چهار قول در مقدار دیه شبه‌عمد مطرح است. حکم کردن به اینکه فرد جانی مخیر شود بین یکی از آن‌ها بعید نیست، اگرچه خدشه‌پذیر است و احتیاط واجب در مصالحه کردن است.^{۹۰}

نتیجه‌گیری

صلح قهری در مقابل صلح اختیاری، به معنای مصالحه کردن قهری و جبری دو نفر به سبب اشتباه در برخی امور است که توسط شارع لازم دانسته شده است.

در چیستی صلح قهری اتفاق نظر وجود ندارد؛ یک احتمال عقد بودن صلح قهری است و احتمال دیگر، حکم شرعی بودن آن است. احتمال سوم که در این نوشتار تقویت شده است عبارت است از اینکه: صلح قهری در همه اشکال عقد است و تفاوت، در مبادی و نحوه شکل‌گیری آن است.

شکل‌گیری صلح قهری دارای سه مرتبه است: نخست، توصیه یا امر به مصالح از سوی شارع در مواردی که راهی به جز مصالح وجود ندارد؛ دوم، اجبار طرفین منازعه توسط حاکم؛ سوم، اجرای صلح توسط حاکم یا ولی طرفین. در همه این موارد، فارغ از اینکه منشأ صلح چه باشد، اجرای صلح از سوی دو طرف نوعی تعاهد است. در نهایت، این عقد درباره حکم شرعی به وجوب مصالح، توأم با قصد و غالباً رضایت است ولی در خصوص حکم حاکم، به مثابه حکمی قضایی، طرفین با قصد و غالباً بدون رضایت اقدام به مصالح می‌کنند و درباره اجرای صلح توسط خود حاکم اصولاً انعقاد عقد از اختیار دو طرف خارج است.

امر دو طرف به مصالح، یک حکم شرعی و فتواست که در موارد منصوص جریان می‌یابد، حتی اگر متنازعان به حاکم رجوع نکنند. اما مورد اجبار و قائم مقامی حاکم، موقعیتی قضایی است هرچند در برخی از قواعد و احکام باب دعاوی، منحصر به فرد است.

اینکه شارع به چه سبب عقدی را که ذاتاً امر اختیاری و مبتنی بر تراضی است به طرفین تحمیل کرده است، مسیوق به علل و مصالحی مانند حسم ماده نزاع، رعایت اصل عدالت و انصاف و در راستای رعایت جانب احتیاط است.

منابع

- ابن‌فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۷ق.
ابن‌منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

۸۹. خمینی، تحریر الوسیله، ۶۰۲/۱.

۹۰. خمینی، تحریر الوسیله، ۵۵۷/۲.

- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. به تصحيح رضا استادی. اصفهان: کتابخانه امام اميرالمؤمنين (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امين. المکاسب. قم: کنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاری. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امين. کتاب الخمس. قم: کنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.
- امامی خوانساری، محمد، تسديد القواعد فی حاشية الفرائد، تهران: محمد قوانيني. ۱۳۵۲.
- ايروانی، باقر. دروس تمهيدية فی القواعد الفقهية. قم: مؤسسة الفقه. ۱۴۱۷ق.
- بجنوردی، سيدحسن. القواعد الفقهية. قم: الهادي (ع). ۱۳۷۷.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. بلغة الفقيه. قم: مكتبة الصادق (ع). ۱۳۶۲.
- بحرانی، يوسف بن احمد. الحقائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة. به تصحيح محمد تقی ايروانی، سيد عبدالرزاق مقرر. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- جواهری، محمد تقی. غاية المأمول من علم الاصول. قم: مجمع الفكر الإسلامي. ۱۳۸۶.
- جوهری، اسماعيل بن حماد. الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربية. بيروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.
- حلی، حسين. اصول الفقه. قم: مكتبة الفقه و الاصول المختصة. چاپ اول، ۱۴۳۲ق.
- خمينی، روح الله. تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خميني قدس سره. ۱۳۹۲.
- خمينی، روح الله. كتاب البيع. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خميني قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- خونی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. به تقرير بهسودی. قم: داوری. ۱۴۱۷ق.
- خونی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. به تقرير توحيدى. قم: داوری. بی تا.
- خویى، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئى. به تقرير موسى خلیخالی و همکاران. قم: مؤسسة احیاء آثار امام خوئى. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- رشتی، حبيب الله. كتاب القضاء. به تصحيح سيد احمد حسینی. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۰۱ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار. ۱۴۱۳ق.
- سیستانی، علی. قاعدة لا ضرر. قم: مكتبة آيت الله العظمی سیستانی. ۱۴۱۴ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زين الدين بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. شرح سيد محمد کلانتر. قم: کتابفروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زين الدين بن علی. مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. به تصحیح عباس قوچانی، علی آخوندی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی حکیم، محسن بن مهدی. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۳۷۴.
- طباطبایی حکیم، محمدسعید. مصباح المنهاج؛ کتاب الخمس. بیروت: دار الهلال. چاپ اول، بی تا.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. العروة الوثقی فیما تعم به البلوی. بیروت: اعلمی. ۱۴۰۹ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. حاشیه المکاسب، قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۰ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمدعلی. مجمع البحرین. تهران: مرتضوی. چاپ سوم، ۱۳۷۵.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام. به تصحیح حسن موسوی خراسان. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الاحکام الشرعیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- فراهدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۰۹ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کاشف الغطاء، حسن. انوار الفقاهة. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء العامة. ۱۴۲۲ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. به تصحیح علی اکبر غفاری، محمد آخوندی. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. به تحقیق عبدالحسین محمدعلی بقال. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
- مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۸.
- مصطفوی، محمدکاظم. القواعد: مائة قاعدة فقهية معنی و مدرکاً و مورداً. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۷ق.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۰ق.
- موسوی خلخالی، محمد مهدی. فقه الشيعة کتاب الخمس و الأنفال. قم: دار البشير. چاپ اول، ۱۴۲۷ق.
- موسوی خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. به تصحیح علی اکبر غفاری. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- مهریزی، مهدی. «عدالت به مثابه قاعدة فقهی»، نقد و نظر. ش ۲ و ۳، ۱۳۷۶، ۱۸۴ تا ۱۹۷.
- نائینی، محمد حسین. فوائد الاصول. به تقریر محمدعلی کاظمی خراسان. قم: مؤسسه نشر اسلامی. بی تا.

Transliterated Bibliography

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī, Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fi al-Fiqh*. Ed. Rizā Ustādī, Isfahān: Kitābkhānah-yi Imām Amīr al-Mu'minīn(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.

‘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). 1999/1420.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A‘zam Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Khums*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A‘zam Anṣārī. 1995/1415.

Bahr al-‘Ulūm, Muḥammad ibn Muḥammad Taqī. *Bulghat al-Faqīh*. Qum: Maktaba al-Ṣādiq(AS). 1984/1362.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā‘iq al-Nādira fi Aḥkām al-‘Itra al-Ṭāhira*. Ed. Muḥammad Taqī Īrawānī, Sayyid ‘Abd al-Razzāq Muqarram. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī(AS). 1998/1377.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. 1989/1409.

Ḥillī, Ḥusayn. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Maktaba al-Fiqh wa al-Uṣūl al-Mukhtaṣaḥ. Chāp-i Awwal, 2011/1432.

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

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

Imāmī Khuwānsārī, Muḥammad. *Tasdid al-Qawā‘id fi Sharḥ al-Farā‘id*. Tehran: Muḥammad Qawānīnī. 1973/1352.

Īrawānī, Bāqir. *Durus Tamhīdiyyah fi al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: Mū‘assisa al-Fiqh. 1997/1417.

Jawāhirī, Muḥammad Taqī. *Ghāyat al-Ma‘mūl min ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. 2008/1386.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ; Tāj al-Lughah wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabiya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

- Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan ibn Ja'far. *Anwār al-Faqāhah*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā' al-Āmmah. 2001/1422.
- Kāshif al-Ghiṭā', Ja'far ibn Khaḍir. *Kashf al-Ghiṭā' 'an Mubhamāt Shari'a al-Gharā'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mausū'at al-Imām al-Khū'i*. Muqarr Musā Khalkhālī et al. Qum: Mū'assisa Ihya' Āsār al-Imām al-Khū'i, Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Muqarr Tawhīdī. Qum: Dāvarī. S.d.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Muqarr Bihsūdī. Qum: Dāvarī. 1996/1417.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2014/1392.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. researched by 'Alī Akbar Ghafārī, Muḥammad Ākhūndī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.
- Mihrizī, Mahdī. "Adālat bi Maṣābah-yi Qā'idih-yi Fiqhī", *Naqd va Nazar*. no. 2-3, 1998/1376, 184-197.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.
- Muḥaqqiq Hillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. researched by Muḥammad 'Alī Baqāl. Qum: Ismā'īliyan, 1988/1408.
- Musawī Khalkhālī, Muḥammad Mahdī. *Fiqh al-Shi'a: Kitāb al-Khums wa al-Anfāl*. Qum: Dār al-Bashīr. Chāp-i Awwal, 2006/1427.
- Musawī Khwānsārī, Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Ismā'īliyan. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.
- Muṣṭafavī, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Tehran: Vizārat Farhang va Irshād-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1368.
- Muṣṭafawī, Muḥammad Kāzīm. *al-Qawā'id: Mī'at Qā'idah Fiqhiyah Ma'nan wa Madrikan wa Mawridan*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1997/1417.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad 'Alī Kāzīmīnī Khurāsān. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.
- Rashtī, Ḥabīb Allāh. *Kitāb al-Qaḍā'*. Ed. Sayyid Aḥmad Ḥusaynī. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. Chāp-i

Awwal, 1981/1401.

Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār, 1993/1413.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. researched by ‘Abbās Qūchānī, ‘Alī Ākhūndī. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar‘īyah fī Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiyya fī Sharḥ al-Lum‘ah al-Dimashqīyah*. Sharḥ Sayyid Muḥammad Kalāntar. 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.

Sistānī, ‘Alī. *Qā‘idah lā Ḍarar*. Qum: Maktab Āyat Allāh al-‘Uzmā Sistānī. 1994/1414.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa‘īd. *Miṣbāḥ al-Minhāj; Kitāb al-Khums*. Beirut: Dār al-Hilāl. Chāp-i Awwal, s.d

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥsin ibn Maḥdī. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr. 1996/1374.

Ṭabāṭabāyī Yazdī, Muḥammad Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm. *al-‘Urwa al-Wuthqā fīmā Ta‘ummu bi-hi al-Balwā*. Beirut: ‘Alamī. 1989/1409.

Ṭabāṭabāyī Yazdī, Muḥammad Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm. *Hāshiya al-Makāsib*. Qum: Ismā‘īliyyān. 1990/1410.

Ṭurayhī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad ‘Alī. *Majma‘ al-Baḥrayn*. Tehran: Murtaẓawī. Chāp-i Sivum, 1956/1375.

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



The Conflict Between *Itlāq* (Generality) and *Taqyīd* (Restricted): Disagreement or Convergence Among Scholars

Dr. Saeed Ahmadi Fard  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Fiqh and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Email: S.ahmadi@umz.ac.ir

Seyyede Zahra Sakhaie, Level-Three Seminary Student, Hazrat Khadija Seminary, Babol, Iran

Abstract

Debates regarding the opposition between *itlāq* and *taqyīd* reveal notable divergences among jurists, who have classified them as the opposition of affirmation and negation, as contrariety (in two distinct formulations), and as privation and possession (*ʿadam va-malakāh*). Āyatullah Khūʾī has addressed the issue on both the ontological and the epistemic levels. Ontologically he favors contrariety and epistemologically he favors privation and possession. Drawing on the premise that *itlāq* and *taqyīd* are fundamentally custom-based concepts, the present article argues several points: first, that both ontologically and epistemically, *taqyīd* is existential and *itlāq* is non-existential. Second, by distinguishing between two types of *itlāq*, i.e. *itlāq-i tathīmī* or essential (corresponding to intended usage) and *itlāq-i ihtijājī* or momentary, corresponding to intended meaning, the study reconciles the divergent scholarly views by associating the contrariety model with *itlāq tathīmī* and the privation and possession model with *itlāq ihtijājī*. Third, at the epistemic level, the research shows by outlining three possible configurations that scholarly disagreement ultimately reduces to the third configuration, which includes cases in which *taqyīd* is impossible both ontologically and, consequently, epistemically. Relying on the custom-based and verbal nature of the indication of the absolute and the restricted, the study establishes that in the third configuration, whether in primary or secondary classifications, no *itlāq* is present; rather, the expression is indeterminate (*muhmal*), contrary to Nāʾinī who restricted indeterminacy (*ihmāl*) to secondary classifications on the basis of the impossibility of *taqyīd* in such cases.

Keywords: *itlāq*, *taqyīd*, opposition between *itlāq* and *taqyīd*, primary classifications, secondary classifications, impossibility of *taqyīd*





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۵۷ - ۳۵

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۲

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.84672.1656>

نوع مقاله: پژوهشی

تقابل اطلاق و تقیید، اختلاف یا اتحاد آرای علما

دکتر سعید احمدی فرد (نویسنده مسئول)

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

Email: S.ahmadi@umz.ac.ir

سیده زهرا سخایی

طلبه سطح سه حوزه علمیه حضرت خدیجه، بابل، ایران

چکیده

آرای مطرح شده در تقابل میان اطلاق و تقیید نشان از اختلاف علما دارد که دیدگاه‌هایی چون تقابل سلب و ایجاب، تقابل تضاد (با دو بیان مختلف) و تقابل عدم و ملکه را مطرح کرده‌اند. آیت‌الله خونی بحث را در دو مقام ثبوت و اثبات دنبال کرده، ثبوتاً تقابل تضاد و اثباتاً عدم و ملکه را برگزیده است. در این مقاله با استناد به عرفی بودن مفهوم اطلاق و تقیید، اولاً در مقام ثبوت و در مقام اثبات، تقیید، وجودی و اطلاق، عدمی دانسته شده است. ثانیاً اختلاف علما در مقام ثبوت برطرف شده و با بیان دو نوع اطلاق تفهیمی (ذاتی-مراد استعمالی) و اطلاق احتجاجی (لحظی-مراد جدی) میان انظار اختلافی علما با حمل نظریه تقابل تضاد بر اطلاق تفهیمی و نظریه تقابل عدم و ملکه بر اطلاق احتجاجی همسویی پدید آمده است. ثالثاً در مقام اثبات با بیان صور سه‌گانه، اختلاف به صورت سوم (جایی که تقیید ثبوتاً و به تبع اثباتاً امکان‌پذیر نباشد) انصراف یافته و با استناد به عرفی بودن و لفظی بودن دلالت مطلق و مقید، اثبات شده است که در صورت سوم، چه در تقسیمات ثانوی و چه اولی، اطلاق در کار نیست، بلکه خطاب مهمل است؛ برخلاف نائینی که مهمل بودن خطاب را فقط نسبت به تقسیمات ثانویه و با تکیه بر استحاله تقیید به تقسیمات ثانوی بیان کرده است.

واژگان کلیدی: اطلاق، تقیید، تقابل اطلاق و تقیید، تقسیمات اولیه، تقسیمات ثانویه، استحاله تقیید.

مقدمه

علم اصول بحث از قواعدی است که استنباط احکام شرعیه از مجرای آن قواعد محقق می‌شود. از جمله مباحث مهم این علم، بحث از مطلق و مقید است. البته مطلق و مقید در علم اصول از زوایای متعددی درخور بحث است. در این نوشتار از جهت بررسی تقابل میان اطلاق و تقیید، مطلق و مقید را بررسی می‌کنیم. این بحث در جواز اخذ به اطلاق و عدم آن در تعبدی و توصلی، اشتراک احکام میان عالم و جاهل و مقدمه موصله ثمر دارد. برای مثال، بر چند مورد اشاره می‌شود:

ثمره اول: بنابر اینکه تقابل بین اطلاق و تقیید به طور سلب و ایجاب باشد، اطلاق، همان عدم التقیید خواهد بود و حکم مولا از دو حالت اطلاق و تقیید خارج نخواهد بود اما بنابر مسلک تقابل تضاد، علاوه بر آن دو، حالت سومی هم به نام اهمال وجود خواهد داشت؛ چراکه طبق این مسلک، برای لحاظ اطلاق، لحاظ سریان لازم است و مولا یا لحاظ سریان می‌کند که در نتیجه، حکم را به صورت مطلق جعل می‌کند یا لحاظ سریان نمی‌کند و حکم را به صورت مقید جعل می‌کند یا اینکه لحاظ سریان نمی‌کند اما متمکن از تقیید هم نیست، لذا اهمال می‌کند؛ مثل «المكلف يجب عليه الجهر في صلاة الصبح» که مولا با وجود اینکه غرضش به مقید تعلق گرفته است ولی نمی‌تواند حکم را به طور مقید؛ یعنی «المكلف العالم بوجوب الجهر يجب عليه الجهر» جعل کند و لزومی نیز ندارد که لحاظ سریان و اطلاق کند.

ثمره دوم: طبق فرمایش شهید صدر بنابر مبنای تقابل تضاد بین اطلاق و تقیید، در صورت شک در اطلاق و تقیید در مقام جعل، استصحاب عدم تقیید نمی‌تواند اثبات اطلاق کند، چون اصل مثبت خواهد بود اما بنابر تقابل به طور سلب و ایجاب می‌تواند اطلاق را اثبات کند و اصل مثبت هم نیست؛ مثلاً وقتی مولا می‌گوید: «الدم نجس» شک می‌شود که موضوع جعل «الدم» است یا «الدم الاحمر»، که با استصحاب عدم تقیید موضوع جعل به احمر بودن، اطلاق جعل اثبات می‌شود.^۱

اگر این مطلب تصحیح شود، از جمله مشکلات مهم فقه حل می‌شود و آن مشکل این است که در دوران امر بین اقل و اکثر ارتباطی، گاهی شک در متعلق تکلیف است؛ مثل اینکه خواندن نماز همراه با غسل جنابت بر شخص جنب واجب است و این غسل جنابت - بنابر نظر خوئی و شهید صدر که شرط نماز را خود غسل می‌دانند، نه طهارت مسببه از غسل - متعلق تکلیف است، چون شرط واجب است. در این صورت، غسل جنابت مردد است بین اقل؛ یعنی مطلق غسل و اکثر؛ یعنی غسل همراه با رعایت ترتیب بین طرف چپ و راست بدن. در این صورت، از اکثر؛ یعنی وجوب نماز با غسل همراه با ترتیب، برائت

۱. صدر، بحوث فی علم الاصول، ۳۹۹/۱.

جاری می‌شود. غرض این نیست که تعلق تکلیف به اقل؛ یعنی نماز با غسل لایشرط از ترتیب اثبات شود تا مثبت باشد، بلکه مهم این است که نسبت به تکلیف اکثر مؤمن وجود دارد و لازم نیست تعلق تکلیف به اقل اثبات شود. گاهی شک در موضوع تکلیف است؛ مثل حرمت دخول در مسجد بر شخص جنب که مغیی به غسل جنابت است و غسل جنابت موضوع این حکم است و حکم نیز انحلالی است، در اینجا غسل همراه با ترتیب قطعاً موضوع برای جواز دخول است ولی غسل فاقد ترتیب مشکوک است. اشکال مهم این است که در اینجا نمی‌توان اثبات کرد که موضوع جواز دخول در مسجد، غسل لایشرط از ترتیب است و برائت از اکثر نیز نمی‌تواند اثبات اطلاق و لایشرط بودن نسبت به رعایت ترتیب کند، چون اصل مثبت است. علاوه بر اینکه، برائت اصل موضوعی نیست؛ چون برائت، یعنی عدم وجوب احتیاط نسبت به حکم مشکوک، مثلاً وقتی شارع می‌گوید: «إذا لم يجب الوضوء وجب التيمم» نمی‌توان با برائت از وجوب وضو، موضوع وجوب تیمم را اثبات کرد؛ زیرا برائت اصل موضوعی نیست، بلکه صرفاً نسبت به حکمی که برائت از آن جاری شد، نفی وجوب احتیاط می‌کند ولی آثار شرعی عدم آن حکم را نمی‌توان مترتب کرد و در مقام اثر وضعی نیز این غسل جنابت فاقد شرط، که جواز دخول در مسجد است را نمی‌توان بر برائت از وجوب ترتیب، مترتب کرد و التزام به این اشکال، ما را در موارد مختلف دچار مشکل می‌کند؛ مثلاً طواف مردد است بین مطلق طواف و بین خصوص طواف بین البیت و المقام و نمی‌توان با برائت از شرطیت بین البیت و المقام بودن طواف، اثر وضعی طواف که تحلل از احرام و جواز ارتکاب محرمات احرام بعد از تحلل است مترتب کرد. وجوه مختلفی برای حل این مشکل بیان شده است؛ یکی از این وجوه همین اثبات اطلاق با استصحاب عدم تقیید است؛ چون اولاً مثبت نیست، زیرا اطلاق به معنای عدم تقیید است و ثانیاً استصحاب اصل موضوعی است.^۲

مشهور علما تا قبل از سلطان العلماء، تقابل بین اطلاق و تقیید را تقابل تضاد می‌دانستند؛^۳ چراکه طبق تعریف آن‌ها از مطلق، اطلاق و سریان در موضوع له لفظ مطلق لحاظ شده و اطلاق و تقیید، حیثیت وجودی پیدا می‌کند.^۴ اما از قرن یازده هجری به بعد با توجه به نظریه سلطان العلماء و استفاده اطلاق از قرائن، اطلاق، امری عدمی (عدم تقیید) به شمار آمده و نظریات جدیدی راجع به نوع تقابل بین اطلاق و تقیید به میان آمد. مشهور بین علماست که این تقابل از نوع ایجاب و سلب است. شیخ انصاری در مطرح

۲. خویی، مصباح الاصول، ۴۱۳/۱؛ صدر، موسوعه الشهد السید محمد باقر الصدر، ۸۵/۱۳.

۳. نائینی، فوائد الاصول، ۲۹۴/۱؛ نائینی، فوائد الاصول، ۵۶۵/۲.

۴. نائینی، اجود التقریرات، ۵۲۰/۱.

الأنظار، تقابل بين اطلاق و تقييد را تقابل عدم و ملكه می‌داند.^۵ آخوند نیز در كفاية الاصول قائل به این قول شده است.^۶ همچنین محقق نائینی،^۷ امام در مناهج الوصول^۸ و خوئی در مصباح الاصول^۹ قائل به این نظریه شدند. البته خوئی در محاضرات، تقابل به تضاد را پذیرفته است.^{۱۰} در بین اصولیان، شهید صدر تقابل اطلاق و تقييد را از نوع ايجاب و سلب (ناقص) دانسته است.^{۱۱}

اگرچه علما از نوع تقابل اطلاق و تقييد در ضمن مباحث مطلق و مقید بحث کرده و نظریات مختلفی اتخاذ کرده‌اند؛ اما آنچه نقطه تمایز این مقاله با پژوهش‌های پیشین است عبارت است از اینکه: این نوشتار می‌کوشد تا آرای مختلف به‌طور دقیق بررسی و اختلاف آن‌ها کنکاش شود تا واضح شود که آیا این نظریات حقیقتاً با هم اختلاف دارند یا اینکه همه به نظر واحد بر می‌گردند.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. مفهوم مطلق

أ. مطلق در لغت: اسم مفعول باب افعال از ریشه «طلق»، به معنای چیزی است که شرط یا قیدی آن را مقید نساخته است. «غیر معین» و «عام» و «بدون استثنا» از دیگر معانی این واژه است. ریشه این واژه، تک‌معنایی است و بر خالی بودن و رهایی دلالت دارد.^{۱۲} راغب نیز همین معنا را برگزیده است و در ذکر مصادیق می‌نویسد: «أُطْلِقْتُ البعيرَ من عقاله؛ یعنی پابند شتر را باز و رها کردم.»^{۱۳} به اعتقاد صاحب التحقيق فی کلمات القرآن، اصل این ماده بر رفع حصر دلالت دارد؛ خواه محصور، طبیعی باشد یا به سبب قید ثانویه یا تعهد به حصر درآمده باشد.^{۱۴}

ب. مطلق در اصطلاح: صاحب معالم در تعریف مطلق فرموده است: مطلق، لفظی است که در جنس خودش شیوع دارد؛ یعنی آن مطلق متضمن هر جنسی باشد، در آن جنس سریان و شیوع دارد و

۵. انصاری، مطارح الأنظار، ۳۰۷ تا ۳۰۸/۱.

۶. آخوند خراسانی، كفاية الاصول، ۲۴۷.

۷. نائینی، اجود التقريرات، ۱۱۳/۱.

۸. خمینی، مناهج الوصول، ۳۱۵/۲.

۹. خوئی، مصباح الاصول، ۶۳/۱.

۱۰. خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ۵۱۲/۴.

۱۱. صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴۱۰/۳.

۱۲. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۲۰/۳.

۱۳. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۵۲۳.

۱۴. مصطفوی، التحقيق في کلمات القرآن الکریم، ۱۱۱/۷.

منطبق بر مصادیق متعدد آن جنس است.^{۱۵}

به اعتقاد صاحب فصول، بهتر در تعریف مطلق این است که مطلق، لفظی مستغرق در حصص کثیره است و شمول حکمی نسبت به آن دارد.^{۱۶}

شیخ انصاری می‌گوید: بعید نیست که تعریف را به معنای لغوی مطلق احاله کنیم؛ مطلق در لغت به معنای ارسال است و همان معنا را بگیریم، عرف هم مساعدت دارد. پس لفظ مطلق، شیوع و سریان دارد.^{۱۷} محقق نائینی و خوئی نیز مانند شیخ انصاری معتقدند معنای اصطلاحی و لغوی مطلق، مشترک است.^{۱۸}

ج. تفاوت مطلق و عام: مناسب است در این قسمت اشاره‌ای مختصر به بخشی از تفاوت‌های میان مطلق و عام داشته باشیم. در این زمینه اقوال متعددی مطرح است، لکن به بیان دو نظریه اکتفا می‌کنیم:

نظریه مشهور: بنابر نظر مشهور، فرق بین عام و مطلق این است که دلالت عام، بالوضع است اما دلالت مطلق، بالاطلاق است. بنابراین، عام در هر سه قسمش بالوضع است، مثل «کل» به عنوان عام استغراقی و کلمه «مجموع» به عنوان عام مجموعی و «أی رجل» به عنوان عام علی‌البدل. اما دلالت مطلق، بالوضع نیست؛ بلکه در هر سه قسم استغراقی، مجموعی و بدلی به سبب مقدمات حکمت است؛ مثلاً وقتی مولا می‌گوید: «اکرم العالم»، مولا در مقام بیان بود، متمکن از اتیان قید هم بود ولی قیدی را نیاورد، لذا معلوم می‌شود عالم خاصی را اراده نکرده است که این، نتیجه مقدمات حکمت است یا وقتی می‌گوید: «اکرم عالما»، چون در مقام بیان بود و این‌گونه سخن گفت، به سبب مقدمات حکمت، بدلیت را استفاده می‌کنیم. بدیهی است که «اکرم عالما» برای بدلیت وضع نشده ولی ما از مقدمات حکمت بدلیت را استفاده کردیم. همچنین ممکن است از مطلق، مجموع برداشت شود؛ مثل اینکه گفته شود «اکرم الضیف» و بدانیم که اگر از پنج نفر مهمان یکی را اکرام نکنیم بقیه هم ناراحت می‌شوند و دیگر اکرام‌شدنی نیستند، که در اینجا از مقدمات حکمت به این نتیجه می‌رسیم که مراد، عام مجموعی است. بنابراین طبق نظر مشهور، هر سه قسم مجموعی، بدلی و استغراقی هم در عام و هم در مطلق متصور است، با این تفاوت که دلالت عام بر هریک بالوضع است و دلالت مطلق، بالاطلاق.^{۱۹}

نظریه امام خمینی: در مقابل مشهور، امام می‌فرمایند: اصلاً نوبت به این نمی‌رسد که بگوییم فرق

۱۵. ابن‌شهیّد ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ۱۵۰.

۱۶. حائری اصفهانی، الفصول الغریبه، ۲۱۷.

۱۷. انصاری، مطارح الاظفار، ۲۴۲/۲.

۱۸. نائینی، فوائد الاصول، ۲۵۶/۲؛ خوئی، مصباح الاصول، ۵۶۹/۲.

۱۹. سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ۲۰۲/۱.

عام و مطلق، بالوضع بودن و بالاطلاق بودن است؛ بلکه این‌ها فرق جوهری با هم دارند و آن این است که در عام، نظر به افراد است که یا افراد را استغراقی در نظر می‌گیرد یا مجموعی یا علی‌البدل ولی در مطلق، نظر به افراد نیست؛ بلکه نظر به طبیعت است. لذا وقتی مولا می‌گوید: «اکرم الرجل»، چون قیدی نیاورده است همه افراد رجل را شامل می‌شود و همین‌طور است «العالم خیر من الجاهل» که اصلاً نظری به افراد ندارد و فقط با قراین خارجی و مقدمات حکمت می‌فهمیم که در جایی استغراقی است و در جای دیگر مجموعی یا علی‌البدل است. پس فرق این است که عام، به افراد نظر دارد ولی مطلق، نظر به طبیعت دارد و کاری به افراد ندارد و مانند کلمه «کل»، «أی» و «مجموع» هم اگر دلالت بر مجموع، استغراق یا بدلیت دارند، به دلیل این است که موضوع‌له این‌ها نظر به افراد دارد.^{۲۰}

۲.۱. مفهوم مقید

أ. مقید در لغت: به اعتقاد ابن فارس از هر چیزی که حبس می‌شود، استعاره به قید آورده می‌شود.^{۲۱} از دیدگاه نویسندگان الطراز الاول، «قید، چیزی از جنس براده‌های آهن است که به منظور جلوگیری از نافرمانی کردن و گریختن در پاها قرار داده می‌شود» و «مُقید» موضع قراردادن «قید» در پاست.^{۲۲}

ب. مقید در اصطلاح: علما از باب تعرف الاشياء باضدادها، در تعریف مقید، آن را نقطه مقابل مطلق دانسته‌اند؛ مثلاً صاحب معالم می‌گوید: مطلق، چیزی است که دلالت ندارد بر معنای شایع در جنسش، البته مقید بر معنای دیگری هم اطلاق شده است که عبارت است از: چیزی که از شیاع خارج شده است؛ یعنی مقید، ماهیتی است که سریان و شیوع ندارد، بلکه منحصر در محدوده‌ای است، قید در حقیقت مطلق را به محدوده خاصی منحصر می‌کند؛ مثل «اعتق رقبة مؤمنة»^{۲۳} همان‌طور که خوئی می‌گوید: مقید در مقابل مطلق است. مطلق، مرسل بود که مقید به شئی نباشد، ولی مقید ماهیتی است که مقید به شئی است.^{۲۴}

شیخ انصاری از اشکالی جواب داده است که اشکال این است که این رقبة مؤمنة هم حصص دارد و شیوع و سریانش به این حصص، همان اطلاق است.

۳.۱. مفهوم تقابل

۲۰. خمینی، تهذیب الاصول، ۱۵۹/۲.

۲۱. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۴/۵.

۲۲. کبیر مدنی شیرازی، الطراز الأول و الكنز لما علیه من لغة العرب المعول، ۲۰۶/۶.

۲۳. ابن شهید ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ۱۵۰.

۲۴. خوئی، مصباح الاصول، ۵۶۹/۲.

أ. **تقابل در لغت:** مصدر باب تفاعل، به معنای روبه‌روشدن، برابرشدن، روی هم واقع‌شدن^{۲۵} و روبه‌روی هم واقع‌شدن است.^{۲۶} حکما تقابل را به امتناع اجتماع دوشیء مخالف در موضوع واحد یا محل واحد و در زمان واحد تعریف کرده‌اند.^{۲۷}

ب. **تقابل در اصطلاح:** در علم منطق الفاظ برحسب معانی گاهی مترادفان هستند (دو یا چند لفظ یک معنا دارد)، گاهی متباینان (هر لفظ معنای مختص به خود دارد) لکن متباینان خود دارای اقسامی است؛ یکی از آن‌ها تقابل است که عبارت است از: دو معنا و مفهوم متنافر و غیرقابل اجتماع که اجتماع آن‌ها در مکان و زمان واحد ممتنع است که البته خود دارای اقسامی از این قبیل است: تناقض، تضاد، ملکه و عدم‌ملکه و تضایف.^{۲۸}

۲. بررسی تطبیقی تقابل اطلاق و تقييد از منظر اعلام اربعة (شيخ انصاری، آخوند، نائینی، خویی)

در مسئله تقابل میان اطلاق و تقييد علمای اصول انظار متعددی دارند و با بررسی و تتبع در کتب اصول می‌توان ادعا کرد علما در این مسئله بر سه قول اختلاف دارند:

نظریه شیخ انصاری: ایشان معتقد است تقابل میان اطلاق و تقييد، از نوع تقابل سلب و ایجاب است؛ یعنی یکی عدمی و دیگری وجودی است. تقييد، ایجاب است و اطلاق (قیدزدن یا همان عدم‌القید) امرعدمی است.^{۲۹}

نظریه نائینی: ایشان معتقدند تقابل میان اطلاق و تقييد، عدم و ملکه است؛ یعنی یکی وجودی و دیگری عدمی است، البته عدم‌ملکه در جایی که شأنت ملکه را داشته باشد. تقييد، ملکه است و اطلاق، عدم‌ملکه؛ یعنی عدم‌تقييد در جایی که شأنت تقييد را دارا باشد.^{۳۰}

توضیح مبنای نائینی: همان‌طور که بیان شد وی تقابل میان اطلاق و تقييد را تقابل عدم و ملکه می‌داند به اینکه تقييد، ملکه (قید) است و اطلاق، عدم‌ملکه (عدم‌قید) است در جایی که ملکه، یعنی تقييد امکان‌پذیر باشد؛ یعنی در مسئله اطلاق و تقييد به محل قابل نیاز داریم، لذا مهم تبیین مراد از محل قابل

۲۵. دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ۲۴۴۴/۵.

۲۶. معین، فرهنگ معین، ۴۷۱/۱.

۲۷. ابن‌سینا، الالهیات من کتاب الشفاء، ۳۱۲/۱.

۲۸. مظفر، المنطق، ۵۰.

۲۹. انصاری، مطارح الانظار، ۳۰۷ تا ۳۰۸/۱.

۳۰. نائینی، اجود التقريرات، ۱۱۳/۱؛ نائینی، فوائد الاصول، ۱۴۶/۱.

است. در کجا تقیید ممکن است و نقطه مقابل، در کجا تقیید ممکن نیست؟

نائینی می‌گوید: تقسیم بر دو نوع است:

نوع اول، تقسیمات اولیه: مراد از تقسیمات اولیه یا قبل‌الامری تقسیمات با قطع نظر از حکم است، مثل اجزای صلاة؛ اعم از رکوع، سجود، قیام و... که تقسیمات اولیه نام دارد.

نوع دوم: تقسیمات ثانویه: مراد از تقسیمات ثانویه یا بعد‌الامری تقسیماتی است که بعد از جعل حکم می‌آید؛ مثل قصد امر، قصد وجه و قصد تمیز که تقسیمات ثانویه نام دارد. این تقسیم قبل از آمدن امر معنا ندارد باید امری (حکم) باشد که نماز را به قصد امر اتیان کرد. اگر امر (حکم) نباشد اصلاً قصد امری امکان ندارد.

حال محل قابل، تقسیمات اولیه است که اگر خطاب شرعی مقید به آن‌ها شود، ملکه، یعنی تقیید است و اگر مقید به آن‌ها نشود عدم ملکه، یعنی اطلاق است؛ چراکه تقابل اطلاق و تقیید، تقابل عدم و ملکه است و عدم ملکه عدم مطلق نیست، بلکه عدم است در جایی که شأنیت ملکه را داشته باشد و در تقسیمات اولیه محل قابل داریم، یعنی خطابات شرعی قابلیت تقیید به تقسیمات اولیه را دارد و اگر تقیید نشد می‌شود عدم تقیید یا همان اطلاق در جایی که شأنیت تقیید را دارد. اما در تقسیمات ثانویه چون تقیید محال است و ملکه محال ندارد، اطلاق نیز محال است؛ چون اطلاق، عدم تقیید است در جایی که شأنیت تقیید باشد و در تقسیمات ثانویه اصلاً خطابات شرعی تقییدشدنی به تقسیمات ثانویه نیست تا از عدم تقیید به آن‌ها اطلاق برداشت شود.^{۳۱}

سؤال: چرا خطابات شرعی قابل تقیید به تقسیمات ثانوی نیست؟

جواب: چون اگر تقسیمات ثانوی در متعلق خطاب شرعی اخذ شود، دور می‌شود. صلاة با قصد امر متوقف بر وجود امر است؛ چراکه قصد امر از تقسیمات ثانویه است و بدون امر قصد امر امکان‌پذیر نیست. از طرفی نیز امر به صلاة با قصد امر متوقف بر صلاة با قصد امر است؛ چراکه هر حکمی متوقف بر موضوع خود است.

نائینی متفرع بر تقابل عدم و ملکه میان اطلاق و تقیید می‌گوید: اگر در یک خطاب شرعی که متضمن واجبی است، مثل خمس شک کردیم که آیا تعبدی است یا توصیلی؟ نمی‌توانیم به اصالةالاطلاق تمسک جویم و بگویم واجب توصیلی است و محتاج به قصد امر نیست. بنابراین، ایشان در تقسیمات ثانویه قائل به اهمال است؛ یعنی در مثل خمس خطاب شرعی را نسبت به قصد امر، مهمل می‌داند؛ یعنی نه اطلاق

است و نه تقیید و این مشکلی ندارد. برخلاف شیخ انصاری که می‌گوید: چون تقابل سلب و ایجاب است، با محال‌شدن تقیید در هر موردی اطلاق ضروری می‌شود.

بنابراین، نائینی به دلیل همین مبنا که رابطه اطلاق و تقیید را عدم و ملکه می‌داند یک مقدمه بر مقدمات حکمت اضافه کرد و فرمود: یکی از مقدمات حکمت این است که کلام قابلیت تقیید داشته باشد.^{۳۲}

دیدگاه آخوند خراسانی و آیت‌الله خویی: این دو عالم معتقدند تقابل میان اطلاق و تقیید، تقابل تضاد (امران وجودیان) است، همان‌طور که تقیید، امر وجودی است، اطلاق نیز امر وجودی است و اطلاق، عدم‌القید نیست (این نظریه با دو بیان مطرح می‌شود؛ یکی، بیان آخوند و دیگری، بیان خویی که در ادامه ذکر می‌شود).

خوئی می‌گوید: تقابل بین اطلاق و تقیید، تضاد است؛ یعنی اطلاق و تقیید دو امر وجودی و البته از نوع ضدان لائال هستند. همان‌طور که اهمال نسبت به تقسیمات اولیه محال است، نسبت به تقسیمات ثانویه نیز محال است، لذا همیشه متعلق تکلیف چه در تقسیمات اولیه چه در تقسیمات ثانویه یا مطلق است یا مقید. محال است در موردی خطاب نسبت به اطلاق و تقیید مهممل باشد، آن‌چنان‌که نائینی در تقسیمات ثانوی معتقد بود.^{۳۳}

نتیجه این مبنا با منای شیخ انصاری در اینکه هر جا (اعم از تقسیمات اولیه و ثانویه) تقیید محال است، اطلاق ضروری است، مشترک است؛ با این تفاوت که شیخ انصاری می‌گوید: اذا استحال التقیید، فالاطلاق ضروری، به دلیل اینکه تقابل سلب و ایجاب دارند و اهمال در اطلاق و تقیید موجب ارتفاع تقيضین می‌شود. اما آیت‌الله خویی می‌گوید: اذا استحال التقیید، فالاطلاق ضروری، به دلیل اینکه ضدان لائال هستند.

۳. بررسی مسئله تقابل میان اطلاق و تقیید با تفکیک میان مقام ثبوت و اثبات

مسئله تقابل میان اطلاق و تقیید را باید در دو مقام بحث کرد. یک‌بار در مقام ثبوت که تقابل بین اطلاق و تقیید در مقام ثبوت چه تقابلی است؟ که ظاهر کلمات نائینی مقام ثبوت است و بار دیگر در مقام اثبات که تقابل بین اطلاق و تقیید در مقام اثبات چه تقابلی است؟ (خویی بین آن دو تفکیک کرده است).^{۳۴}

۳۲. نائینی، فوائد الاصول، ۵۷۳/۲.

۳۳. خویی، مصباح الاصول، ۳۰۴/۱.

۳۴. خویی، مصباح الاصول، ۳۱۷/۱.

۳.۱. مقام ثبوت

قبل از هر چیز توجه به این امر لازم است که ارتکاز تنها راه استکشاف نوع تقابل بین اطلاق و تقييد است، چون آیه و روایتی در این زمینه وجود ندارد. مطلق و مقید امری عرفی است، لذا باید تحلیل کنیم که ارتکاز دالّ بر تقابل سلب و ایجاب است که نظریه شیخ انصاری است یا دالّ بر تقابل عدم و ملکه است که نظریه نائینی است یا دالّ بر تقابل تضاد است که نظریه آخوند و خوئی است.

نائینی: وی در اثبات نظریه تقابل عدم و ملکه بین اطلاق و تقييد در مقام ثبوت و رد نظریه تقابل سلب و ایجاب و تقابل تضاد، این گونه استدلال کرده است: ایشان در استدلال بر نظریه خود ادعای وضوح کرده است به اینکه اگر حقیقت مفهوم تقييد روشن شود، اطلاق را نیز درست متوجه خواهیم شد. حقیقت تقييد این است که چیزی را که مقسم دو چیز است، قید می‌آوریم و دو قسم می‌کنیم؛ مثل «اعتق رقبة» که مقسم (برای مؤمنه و کافره) است و با آوردن قید (مؤمنه)، از مقسم بودن خارج می‌شود. حال که قید چیزی است که از مقسم بودن خارج و تبدیل به قسم بودن می‌کند، به قرینه مقابله، اطلاق همان مقسم قرارداد است. از همین جا روشن می‌شود که رابطه عدم و ملکه است؛ چراکه طبق این تعریف، اطلاق جایی است که تقييد ممکن باشد وگرنه نمی‌تواند مقسم شود. اطلاق، عدم ملکه است؛ یعنی چیزی را مقسم قرارداد و تبدیل به قسم نکردن، پس باید قابلیت برای تقسیم داشته باشد. اگر چیزی قابلیت تقسیم ندارد؛ مثلاً صلاة با قصد امر و صلاة بدون قصد امر که از تقسیمات ثانوی است و تقييد صلاة به قصد امر محال است، مقسم بودن نیز محال است. اگر نمی‌شود قسم باشد نمی‌تواند مقسم هم باشد (معنای تقييد، قسم قرارداد است و مقابل آن، مقسم قرارداد است، پس باید قابلیت تقسیم را داشته باشد). این همان نظریه اهمال در تقسیمات ثانوی است که چون قابلیت محل ندارد، نه اطلاق است نه تقييد و از این حیث، مهمل است. این امر، مطلبی ضروری و بدیهی است.^{۳۵}

نقد بر استدلال نائینی: به نظر نویسنده، ادعای وضوح و بدهات بر مطلب خلاف انصاف است؛ چراکه از دو حالت خارج نیست:

حالت اول: اگر مبنا این است که اهمال شارع نسبت به اطلاق و تقييد چه نسبت به تقسیمات اولیه و چه تقسیمات ثانویه معقول نیست و بگوییم آنگاه که مولا خمس را واجب کرد یا به قصد قربت مقصود وی بود و یا مطلق و خوب، در این صورت اهمال ورزی نسبت به خصوصیات در مقام ثبوت معقول نیست، چه خصوصیات اولیه چه خصوصیات ثانویه،^{۳۶} و در این مورد رد نائینی اوضح است.

۳۵. نائینی، فوائد الاصول، ۱/۱۴۶.

۳۶. خوئی، مصباح الاصول، ۱/۳۱۹.

حالت دوم: اگر از حیث مبنایی معتقد باشیم اهمال در مقام ثبوت حتی نسبت به تقسیمات اولیه معقول است؛ یعنی می‌شود که حاکم اصل حکم را جعل کند و بعداً تبصره‌ها را بیان کند. باین وجود، باز هم کلام نائینی مردود است؛ زیرا اینکه تقييد را به معنای قسم قراردادن بگيريم صحيح است، لکن اینکه اطلاق هم باید به معنای مقسم قراردادن باشد، خلاف صواب است. ملازمه‌ای وجود ندارد بین اینکه اگر تقييد، قسم قراردادن است پس مطلق باید مقسم قراردادن باشد. اگرچه تقييد، قسم کردن است، اما اطلاق قسم نکردن است نه مقسم قراردادن. اگر اطلاق قسم نکردن باشد، قسم نکردن اعم از این است که قسم قراردادن محال است. بنابراین، قسم نشده است یا اینکه قسم قراردادن ممکن است ولی قسم قرار داده نشده است.

آیت الله خوئی: ایشان معتقد است تقابل بین اطلاق و تقييد، تقابل تضاد است. اطلاق مثل تقييد امری وجودی است. تقييد امر وجودی و به معنای اخذ القیود است، اطلاق نیز امر وجودی و به معنای رفض القیود است؛ یعنی قیود را دیده و در ذهنش رفض می‌کند. در مقابل، نظریه جمع القیود به اینکه اعتق رقبة؛ یعنی اعتق رقبة مؤمنة او کافرة...^{۳۷}

سؤال: بین اطلاق به معنای رفض القیود و اهمال چه تفاوتی موجود است؟

جواب: اعتق رقبة در مقام اهمال (اگر اهمال ممکن باشد)، وجوب عتق را روی رقبة آورده لکن از حیث مؤمنة یا کافره بودن اهمال گذاشته و به آن التفات نکرده، بلکه به نفس (عتق رقبة) التفات فرمود. اما اعتق رقبة در مقام اطلاق، مولا رقبة را لحاظ کرده و خصوصیات را ولو به صورت اجمالی التفات داشت که اقسام متفاوتی دارد ولی همه را رفض کرد، گویا فرمود: «اعتق رقبة التي رفضت عنها القیود» و این امری وجودی است. پس اطلاق، نوعی لحاظ است؛ یعنی نوع خاصی از ملحوظات شماسست، نه اینکه به معنای عدم لحاظ قید و امر عدمی باشد.

آخوند خراسانی: ظاهر کلام آخوند در مباحث مطلق و مقید از تعریفی که برای مطلق در نظر می‌گیرند این است که ایشان نیز تقابل بین اطلاق و تقييد را تضاد می‌داند، لکن برای تبیین رابطه تضاد، بیانی غیر از بیان خوبی دارد. ایشان می‌گوید: اطلاق را از مقدمات حکمت کشف می‌کنیم از اینکه متکلم طبیعت را شایعه لحاظ کرده است و شما می‌دانید شیوع، امری وجودی است و این همان اطلاق است. پس اطلاق، یعنی لحاظ طبیعت به صورت شایع که امر وجودی است (این همان بیان دوم از رابطه تضاد است).^{۳۸}

به نظر نویسنده، مطلق، امری عرفی است که مکرر از مردم صادر می‌شود و غالباً التفات تفصیلی به

۳۷. خوئی، مصباح الاصول، ۳۲۳/۱.

۳۸. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۴۷.

قيود ندارند. کلام از بی‌قیدی مطلق است و کاشف از یک معنای مطلق است. در خطابات مطلق که تأمل و تحليل می‌کنیم، بیش از بی‌قیدی چیزی احساس نمی‌کنیم. برای مثال، اگر مولا در خطاب عرفی امر به خرید نان کرد، معنایش آن نیست که خصوصیات آن را لحاظ و رفض کرد یا طبیعت را شایعه لحاظ کرد، این‌ها دقت عقلی است، عرف همان عدم‌القید و بی‌قیدی می‌فهمد. لذا به نظر می‌رسد که شیوع که آخوند فرمود و رفض القیود که خویی فرمود، عرفیت ندارد و ادعای نائینی که این‌ها را عدمی دانسته، صواب بوده و ارتکاز، مساعد آن است.

تصحیح کلام نائینی: به نظر علی‌رغم اشکالی که بر مبنای نائینی داشتیم، می‌توان با توجهی کلام نائینی را صحیح انگاشت، به این صورت که دو نوع اطلاق داریم: یکی اطلاق ذاتی و دیگری اطلاق لحاظی یا قابل احتجاج. مراد نائینی از اطلاق، اطلاق کاشف از مراد جدی است که به آن احتجاج می‌شود، اطلاق لحاظی است؛ یعنی اطلاقی که مدّ نظر مولا بوده و قدرت داشته که تقييد بزند ولی نزده است. همان اطلاق که در فقه به آن استدلال و تمسک می‌شود. لذا در مقدمات حکمت در مقدمه‌ای که می‌گویند قرینه برخلاف نباشد، فرمود: مراد از قرینه؛ اعم از متصله و منفصله است،^{۳۹} برخلاف آخوند که فقط متصله را ذکر کرد^{۴۰} و روی سخن وی در اطلاق کاشف از مراد، جدی و قابل احتجاج نیست؛ بلکه مراد ایشان اطلاق ذاتی است که در حیطه مراد استعمالی است؛ یعنی متعلق و موضوع به‌طور مطلق است و حکم عمومیت دارد که توقف بر این ندارد که تقييد ممکن باشد، بلکه حتی اگر تقييد محال باشد، اطلاق ضروری می‌شود. همین که مولا در مقام بیان بود قید نیاورد (اعم از اینکه ممکن نبود یا ممکن بود و نزد کاشف از این است که مدلول (مراد استعمالی) اطلاق دارد. خلاصه با مقدمات حکمت به اطلاق ذاتی می‌رسیم؛ به این معنا که مدلول در مراد استعمالی مطلق است. حکم اطلاق دارد و این اطلاق اعم از این است که قابل احتجاج باشد یا نباشد، لذا ایشان برخلاف نائینی قابلیت تقييد را از جمله مقدمات حکمت قرار نداده است. آخوند معتقد است هر کلامی از متکلم صادر شد و در مقام بیان بود و قید نیاورد، کاشف از این است که مدلولش مطلق است؛ خواه تقييد ممکن باشد یا محال؛ یعنی ایشان به دنبال این است که اطلاق در حیطه مراد استعمالی را با مقدمات حکمت استکشاف کند که مراد، استعمالی مطلق است. بله، اگر تقييد محال باشد، قابل احتجاج نیست، لذا در بحث توصلی و تعبدی فرموده: اذا استحال التقييد، لم یجز الاحتجاج، نه اینکه اطلاق محال باشد، وگرنه از حیث مراد استعمالی همان جا هم اطلاق ذاتی موجود است. همین که قید نیست، اطلاق است، مدلول مطلق است به حسب مراد استعمالی، لکن چون

۳۹. نائینی، فوائد الاصول، ۵۷۴.

۴۰. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۴۷.

قید محال بود استکشاف مراد جدی مولا نمی‌شود.^{۴۱} علی‌القاعده، نائینی نیز نباید منکر این مطلب باشد. وی نیز قبول دارد که اگر مجرد مراد استعمالی میزان باشد، با استحاله تقیید، اطلاق ضروری می‌شود و کلام در حیطه مراد استعمالی اطلاق دارد؛ یعنی مدلول مطلق است، اعم از اینکه تقیید ممکن یا محال باشد، لکن این اطلاق ارزشی ندارد. اطلاق با ارزش و درخور تمسک است که متکلم با تمکن از تقیید، قید نمی‌آورد. بنابراین، نسبت به آن اگر تقیید محال شد اطلاق هم محال می‌شود و نائینی به دنبال این اطلاق است، چون این اطلاق هست که اثر دارد. بنابراین، با این بیان اختلافی میان آخوند و نائینی وجود ندارد. پس اگر اطلاق، یعنی آنچه را که به ما فهمانده (مراد استعمالی) مطلق است، در این صورت نیاز به امکان تقیید ندارد و در این مرحله، تقابل اطلاق و تقیید، سلب و ایجاب است. اما اطلاق به این معنا که آن اطلاق مراد است، در این صورت نیاز به امکان تقیید دارد و در این مرحله، تقابل اطلاق و تقیید، ملکه و عدم ملکه است.

گواه بر توجیه مذکور اینکه روی سخن نائینی در زمینه اطلاق قابل‌یت احتجاج و کاشفیت از مراد جدی است، نه اطلاق ذاتی و کاشفیت از مراد استعمالی، وی ثمرات سه‌گانه ذکر شده توسط شیخ انصاری را انکار می‌کند. شیخ انصاری در مقام بیان ثمرات، سه ثمره ذکر کرده بود: ثمره اول در شک در تعبدیت و توصلیت است، اصالة الاطلاق را مفید توصلیت دانستند. ثمره دوم در مقدمه واجب است که با استناد به اطلاق مطلق المقدمه واجب است. ثمره سوم در تقیید احکام به عالمین است که با استناد به اطلاق، احکام را مشترک بین عالم و جاهل می‌داند. اما نائینی می‌گوید: در این موارد اصلاً امکان تقیید نیست (شارع اصلاً خطاب را نمی‌تواند به قصد قربت یا خصوص عالمین مقید کند، چون سر از دور در می‌آورد) تا بتوان از عدم تقیید استکشاف اطلاق کرد.^{۴۲} این کلام نشان می‌دهد اطلاق را به عنوان اطلاق لحاظی و کاشف از مراد جدی به عنوان اطلاق قابل احتجاج مدّ نظر قرار داده و ثمرات را رد کرده است، والا اگر اطلاق ذاتی مدّ نظر ایشان بود، اصل وجود این اطلاق در حیطه مراد استعمالی موجود است و انکارشدنی نیست، اما این اطلاق ثمری ندارد.

باتوجه به بیان ثمرات توسط شیخ انصاری ظاهراً شیخ در جایی که تقیید محال باشد، احتجاج را صحیح می‌داند؛ یعنی حتی در مواردی که تقیید محال است ایشان اطلاق لحاظی و کاشف از مراد جدی را می‌پذیرد و اطلاق را درخور احتجاج می‌داند و این امر محل اختلاف شیخ انصاری و نائینی است؛ چراکه نائینی می‌گوید: در ثمرات مذکور نمی‌توان به دلیل وجود اطلاق، حکم به توصلی بودن واجب، واجب بودن

۴۱. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۷۵.

۴۲. نائینی، فوائد الاصول، ۱/ ۱۴۶ تا ۱۵۰؛ نائینی، فوائد الاصول، ۱/ ۲۹۴.

مطلق مقدمه و اشتراك تكاليف بين عالم و جاهل كرد.

به نظر نويسنده، اطلاق و تقييد امری عرفی است، لذا مرجع عرف است، پس متبع عرف است. هر جا عرف، وجود اطلاق منجز و معذر را تأييد كرد آنجا اطلاق است، وگرنه اطلاقی نخواهد بود.

بيان مطلب اينكه مطلق و مقيد از مباحث الفاظ و معانی و صور ذهنيه است و ارتباطی با استحاله و امكان ندارد. عرف در جایی كه تقييد عرفی و متعارف باشد، بالين وجود مولا قيد نياورد، اطلاق حكم را منتسب به مولا می داند و می گوید: حكم سعه دارد اما در جایی كه تقييد عرفی نبود ولو تقييد ممكن باشد ولی عرف نمی پسندد، اطلاق را منتسب به مولا نمی داند و می گوید: حكم سعه ندارد. پس عرف با امكان و استحاله کاری ندارد، بلكه تعارف و عدم تعارف تقييد را محور قرار می دهد به اينكه با متعارف بودن تقييد اگر قيد نيامد اينجا اطلاق درخور احتجاج است والا اگر تقييد متعارف نبود حتی اگر ممكن بود، آنجا اطلاق احتجاج شدي نداريم. پس مدار بر امكان و استحاله نيست تا بگوئيم اگر تقييد ممكن بود و قيدي نَزَد اطلاق موجود است و اگر تقييد ممكن نبود اطلاقی هم نيست. خير، ممكن است قيد ممكن باشد اما متعارف نباشد آنجا هم اطلاقی نيست. بنابر اين، از كلام نائيني كه فرمود با استحاله تقييد، اطلاق هم محال می شود و درنتيجه، در مواردی كه تقييد امكان پذير نيست نمی توان اطلاق لحاظی و قابل احتجاج گرفت، پا را فراتر می نهميم و می گوييم: اصلاً نياز به بحث (اذا استحال التقييد استحال الاطلاق) نداريم، بلكه مدار بر تعارف و عدم تعارف تقييد است. بنابر اين، حتی اگر درباره تقسيمات ثانوي و بعدالامر معتقد به امكان اطلاق باشيم؛ به اين معنا كه بگوئيم امكان تقييد به تقسيمات ثانويه موجود است، اما باز می گوييم نسبت به تقسيمات ثانويه اطلاق ممكن نيست، به دليل اينكه معتقديم تقييد نسبت به تقسيمات ثانوي متعارف نيست. اگر خطاب (خمس) به دست عرف داده شود علی رغم امكان تقييد اين خطاب به قصد امر و تبعاً امكان اطلاق در فرض عدم تقييد به قصد امر، عرف می گوید گرچه امكان تقييد موجود است و می تواند تقييد بزند و بگويد نماز به قصد امری كه بعداً می گوييم واجب است اما چنين چیزی عرفيت ندارد. عرف می گوید هنوز امری نيامده است تا بگوئيد خطاب نسبت به آن اطلاق دارد، چون بحث در مقام ثبوت و جعل است و هنوز امری دركار نيست تا اطلاق نسبت به قصد امر و عدم آن باشد. در چنين جایی ولو امكان تقييد هست اما متعارف نيست. حتی اطلاق نسبت به بعضی تقسيمات اوليه و بعدالامر نیز عرفيت ندارد، مثل اطلاق گرفتن از (اقيموا الصلاة) نسبت به اينكه خوانده شود يا خوانده نشود. به اينكه بگوئيم صلاة واجب است؛ چه اتيان به آن شود چه اتيان به آن نشود، عرف چنين اطلاقی را نمی پسندد، چون تقييد آن به اتيان را متعارف نمی بيند (به اينكه صلاة واجب است مادامي كه اتيان نكرده باشد)، پس اطلاق هم متعارف نيست؛ مثل امر مولا به خريدن نان كه تقييد آن مادامي كه اتيان به خريدن نان نشد، متعارف نيست. بنابر اين،

اطلاق آن هم مبنی بر اینکه خریدن نان واجب است مطلقاً؛ چه اتیان به آن شده باشد چه نشده باشد، متعارف نیست؛ بنابراین قاعده این است که هم اصل جعل و هم قیودش باید عرفیت داشته باشد و الا عرف، آن جعل را دارای اطلاق نمی‌داند. عرف جایی جعل مولا را مطلق می‌بیند که علی‌رغم عرفیت تقيید، مولا قید را در حکمش اخذ نکند، آنجاست که عرف حکمش را دارای سعه می‌بیند. اما موردی که علی‌رغم امکان تقيید، صرف اینکه عرفیت نداشته باشد، عرف آن جعل را مطلق نمی‌بیند، بلکه خطاب را نسبت به این خصوصیات دارای اهمال (نه مطلق و نه مقید) می‌بیند.

بنابراین، اگر اطلاق قابل احتجاج مراد باشد، تقابل بین اطلاق و تقيید، تقابل عدم و ملکه به معنای وسیع است نه به معنای منطقی آن، اما اگر مراد مجرد اطلاق ولو غیرقابل احتجاج باشد، سلب و ایجاب است که شیخ انصاری فرمود.

۲.۳. مقام اثبات

براساس مقام ثبوت روشن می‌شود که تقابل اطلاق و تقيید در مقام اثبات نیز چگونه است. استکشاف اطلاق از مدلول خطاب و تمسک به اطلاق کلام مولا در مقام اثبات، مشروط به امکان تقيید است یا خیر؟ آخوند برای وصول به اطلاق در واقع در دو مقام بحث کرده است:

مقام اول: در بحث تعبدی و توصیلی، برای استکشاف اطلاق در حیطه مراد جدی بایستی اثباتاً تقيید ممکن باشد؛ در غیر این صورت، اطلاق قابل احتجاج نخواهیم داشت. بنابراین، علاوه بر اینکه ثبوتاً باید تقيید ممکن باشد، باید در مقام اثبات نیز متمکن از بیان قید باشیم؛ یعنی باید مقام خوف و تقيه نباشد تا اثباتاً هم متمکن از تقيید باشد و از عدم تقيید، اطلاق را استکشاف کنیم. اما اگر در مقام خوف و تقيه باشد که اثباتاً متمکن از تقيید ندارد، از عدم ابراز قید در کلام مولا اطلاق استکشاف نمی‌شود؛ از این رو، این کلام آخوند که قائل است در فرض عدم متمکن از تقيید در مقام اثبات، احتجاج به اطلاق امکان ندارد، صحیح است.^{۴۳}

مقام دوم: انعقاد و عدم انعقاد اطلاق: آخوند در این مقام در مطلق و مقید گفت: حتی اگر متکلم در مقام تقيه است که اثباتاً متمکن از تقيید نیست، مطلق بیان کرده و اطلاق منعقد می‌شود. انعقاد اطلاق به همین است مولا در مقام بیان باشد و قید نیاورد. منظور آخوند همان اطلاق در حیطه مراد استعمالی یا همان اطلاق ذاتی و تفهیمی است. فایده این اطلاق را ضرب القاعده قرار داد.^{۴۴}

اما خوئی می‌گوید: در مقام تقيه که متکلم در مقام اثبات متمکن از تقيید نیست، اگر ثبوتاً تقيید ممکن

۴۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۷۵.

۴۴. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۴۷.

باشد، از عدم تقييد او اطلاق برای کلام منعقد نمی‌شود؛ یعنی رابطه را در مقام اثبات، عدم و ملکه می‌داند و اطلاق را امر عدمی می‌داند. البته مرادشان اطلاق قابل احتجاج و کاشف از مراد جدی است. پس ایشان هم معتقد به وجود اطلاق در حیطه مراد استعمالی است، لکن مراد جدی نیست.^{۴۵}

پس اگر مراد، اطلاق احتجاجی است، این اطلاق در جایی است که علاوه بر ثبوتاً، اثباتاً هم مولا متمکن از تقييد باشد و اگر مراد، اطلاق تفهیمی و ضرب القاعده‌ای است، انعقاد اطلاق است و نیاز نیست اثباتاً مولا متمکن از تقييد باشد، همان‌طور که ثبوتاً نیاز نیست.

به نظر نویسنده، تقابل میان مطلق و مقید در مقام اثبات مثل مقام ثبوت است، لذا اینکه خوئی بین مقام اثبات و ثبوت فرق گذاشته و گفته است: در مقام ثبوت، تقابل تضاد است و در مقام اثبات، تقابل عدم و ملکه است، مرادش از تقابل عدم و ملکه در مقام اثبات ناظر به اطلاق قابل احتجاج در حیطه مراد جدی است. اما اطلاق تفهیمی در حیطه مراد استعمالی که مقدمات حکمت ما را به آن می‌رساند همان‌طور که آخوند در بحث مطلق و مقید می‌گوید، تقابل عدم و ملکه ندارد. بنابراین، حتی اگر تمکن از بیان قید موجود نباشد، برای کلامش اطلاق منعقد می‌شود.^{۴۶} ممکن است کلامی مطلق باشد، اطلاقش تقيه‌ای باشد (اطلاق در حیطه مراد استعمالی-اطلاق ذاتی یا تفهیمی مبتنی بر مقدمات حکمت)، نه اینکه اطلاق نداشته باشد، بلکه اطلاق دارد (مراد استعمالی) اما اطلاق احتجاجی نیست.

به‌طور کل سه صورت متصور است:

صورت اول: اگر مقدمات حکمت در خطابی تام بود و تقييد به قید مشکوک، ثبوتاً ممکن و عرفی بود و اثباتاً نیز مشکلی در ابراز آن نبود، قدر متیقن از حجت بودن کلام بر اطلاق همین مورد است.

صورت دوم: اما اگر تقييد ثبوتاً ممکن و عرفی است اما در مقام اثبات، ابرازش مثلاً به دلیل تقيه ممکن نیست، آخوند معتقد به تفکیک بین اطلاق ذاتی در حیطه مراد استعمالی و اطلاق احتجاجی در حیطه مراد جدی است. به این صورت که این کلام، کاشف از اطلاق و مطلق بودن جعل است؛ یعنی اطلاق منعقد می‌شود ولی مطلق در مقام تفهیم است، مطلق احتجاجی کاشف از مراد جدی را نمی‌توانیم استکشاف کنیم، چون یکی از مقدمات کشف مراد جدی، اصالة الجهة است که در اینجا به دلیل تقيه ساقط است. اما نائینی مثل خوئی فرمود: اصلاً در این فرض اطلاقی ثابت نیست. بیان شد اطلاقی که مدّ نظر آخوند است، اطلاق تفهیمی در حیطه مراد استعمالی است و اطلاقی که نائینی و خوئی بیان می‌کنند اطلاق لحاظی در حیطه مراد جدی است. بنابراین، در این فرض اگر کسی قائل شد اطلاق منعقد است، مرادش اصل انعقاد

۴۵. خوئی، مصباح الاصول، ۳۱۷/۱.

۴۶. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۴۷.

اطلاق تفهیمی و مراد استعمالی است، همچنان که آخوند چنین معتقد است (و درست است؛ چرا که مقدمات حکمت شما را به اطلاق تفهیمی می‌رساند، چون نتیجه مقدمات حکمت این است که آنچه را که به من فهماند مطلق است اما اینکه مراد جدی هم است یا نه، با اصل دیگری به نام اصالةالتطابق بین مراد استعمالی و مراد جدی است و ربطی به مقدمات حکمت ندارد. مقدمات حکمت کارش رساندن اطلاق مدلول و مراد استعمالی است). اگر کسی قائل شد اطلاق منعقد نیست، از باب این است که به دنبال حجت و اطلاق لحاظی قابل احتجاج در حیطه مراد جدی است.

بنابراین نویسنده اطلاق را اطلاق تفهیمی می‌داند، زیرا محصول مقدمات حکمت، جز اطلاق تفهیمی و مراد استعمالی نیست؛ زیرا مقدمات حکمت نهایتاً اطلاق و مطلق بودن مراد استعمالی را می‌رساند و به مخاطب می‌فهماند مطلق است. اما اینکه آیا این اطلاق مراد جدی، یعنی همان اطلاق احتجاجی نیز باشد ارتباطی با مقدمات حکمت ندارد، بلکه اصل تطابق میان ارادة استعمالی و ارادة جدی است که اطلاق احتجاجی و مراد جدی بودن را ثابت می‌کند. لکن درعین حال، با الهام از متداول بودن تقسیم اطلاق به تفهیمی و احتجاجی، اختلاف خوئی و نائینی با آخوند قابل حل و تبدیل به نزاع لفظی است؛ به اینکه آخوند که در صورت دوم قائل به انعقاد اطلاق است، نظرش بر اطلاق تفهیمی است اما نظر خوئی و نائینی بر اطلاق احتجاجی است، لذا معتقدند این اطلاق منعقد نمی‌شود و نزاع حقیقی موجود نیست.

صورت سوم: اگر ثبوتاً تقیید محال است و لامحالة، در مقام اثبات نیز تقیید امکان‌پذیر و ابرازشدنی نیست، در این صورت که تقیید ثبوتاً محال است آیا می‌توان از کلام مولا استکشاف اطلاق کرد؟ محل نزاع است.

شیخ می‌گوید: تقابل سلب و ایجاب است و این تقابل اقتضا دارد که بگوییم جعل مطلق است. در مواردی که تقیید محال است هم به این اصالةالاطلاق تمسک کردند؛ مانند باب توصلی و تعبدی، باب مقدمه موصله و باب اشتراک احکام.

ظاهر کلام خوئی نیز همین است. وی چون ثبوتاً قائل به ضدان لا ثالث است می‌گوید: اطلاق منعقد است و ضروری است و ظاهراً ایشان هم مثل شیخ می‌گویند قابل احتجاج است. ظاهر عبارات ایشان این است که جایی که اثباتاً مشکل دارد، مثل تقیه می‌گویند: احتجاج‌شدنی نیست اما در اینجا که ثبوتاً درخور تقیید نیست ظاهراً مثل شیخ انصاری قابل احتجاج می‌داند، چون ایشان رابطه را ضدان لا ثالث می‌دانست.^{۴۷}

۴۷. خوئی، مصباح الاصول، ۳۱۷/۱.

در مقابل ایشان دو مبنا موجود است:

أ. نائینی می‌گوید: از آنجاکه تقابل اطلاق و تقييد، عدم و ملکه است، وقتی که ثبوتاً تقييد ممکن نیست اصلاً اطلاقی وجود ندارد، جعل نسبت به این قيود (تقسیمات ثانویه) مهمل است؛ لذا نمی‌شود برای اثبات توصیلت به اصالةالاطلاق تمسک جوییم.

ب. سخن دیگر این است که بگوییم تقابل سلب و ایجاب است، اطلاق ذاتی است ولی همچنان درخور احتجاج نیست و اطلاقی که به دلیل ناچاری گفته، از باب اینکه نمی‌توانست قید بیاورد عندالعقلا حجیت ندارد.

تفاوت این سخن با کلام نائینی عبارت است از اینکه: در کلام ایشان انکار موضوع شده است؛ یعنی اطلاق ندارد اما در این سخن اطلاق هست ولی درخور احتجاج نیست.

لازم به ذکر است مدار بحث اطلاق و تقييد بر عرف است؛ هر جا تقييد عرفیت داشت، اطلاق ممکن است و هر جا تقييد عرفیت نداشت، اطلاق هم عرفیت ندارد و جعل مطلق هم معنا ندارد. این کلام اوسع از کلام نائینی است. می‌گوییم درست است که اطلاق، عدم قید و امر عدمی است، برخلاف خوئی و آخوند که وجودی می‌دانند، اما معتقدیم مراد، امر عدمی خاص است البته نه آنکه نائینی می‌گوید، بلکه اطلاق سعه است در جایی که تقييد عرفیت داشته باشد، وگرنه با عدم عرفیت تقييد، اطلاقی در میان نیست. در نتیجه، اینکه علما^{۴۸} معتقدند اطلاق بر دو نوع لحاظی و ذاتی است و اطلاق ذاتی در جایی است که تقييد محال است و عرفیت ندارد، کلام صحیحی نیست. معتقدیم جایی که اطلاق عرفیت ندارد اصلاً اطلاقی نیست لذا اطلاق همیشه لحاظی است که اگر تقييد عرفیت داشت، اطلاق لحاظی منعقد می‌شود و اگر تقييد عرفیت نداشت، جعل مهمل است، نه اینکه اطلاق منعقد باشد ولی لحاظی نباشد، معتقدیم در این صورت که ثبوتاً تقييد عرفیت ندارد اصلاً اطلاقی منعقد نمی‌شود و کلام نسبت به قيود و خصوصیات مهمل است، بدون تفاوت بین تقسیمات اولیه و ثانویه. اگر تقييد عرفیت نداشت مطلقاً، چه در تقسیمات اولیه و چه ثانویه خطاب مهمل است. برخلاف نائینی که بین تقسیمات اولیه و ثانویه تفصیل می‌دهد و می‌گوید نسبت به تقسیمات اولیه اطلاق ضروری است و نسبت به تقسیمات ثانویه کلام مهمل است، معتقدیم تقييد عرفیت نداشتن باشد مطلقاً مهمل است. بنابراین، از جمله مقدمات حکمت عبارت است از: عرفیت داشتن تقييد. استحاله مرتبط با باب الفاظ نیست، از حیث عرفی بودن باید تقييد را بررسی کرد، وگرنه از حیث استحاله مثل خوئی می‌گوییم: تقييد نسبت به انقسامات اولیه و ثانویه اصلاً استحاله

نتیجه اینکه، نویسنده با تکیه بر عرفیت مسئله اطلاق و تقیید و تأکید بر اینکه این بحث از مباحث الفاظ است، که روش بحث در آن بر متفاهم عرف است، معتقد است: برحسب متفاهم عرف، تقیید، امر وجودی و اطلاق، امر عدمی؛ یعنی عدم قید است (همان طور که در نقد مبنای خوئی، که اطلاق را امر وجودی (رفض القيود) می‌دانست مفصل به این مطلب پرداختیم) اما عدمی خاص است که عبارت باشد از: عدم تقیید در جایی که تقیید عرفیت داشته و متعارف بوده باشد؛ زیرا همان طور که بیان شد بحث مطلق و مقید از مباحث الفاظ و بر محور متفاهم عرف است، لذا مطلق، عدم تقیید است در جایی که تقیید متعارف باشد. بنابراین، جایی که تقیید عرفیت ندارد نه اطلاق است و نه تقیید و جعل مهمل است. لذا در صورت سوم معتقدیم نباید اصلاً مسئله استحالة تقیید را مطرح کرد، بلکه باید عدم عرفیت تقیید را مطرح کرد؛ زیرا در بحث الفاظ مسئله استحالة مطرح نمی‌شود، بلکه مناسب با یک بحث لفظی مبتنی بر متفاهم عرف؛ عدم عرفیت تقیید است که در این صورت خطاب مهمل خواهد بود. بنابراین، نائینی که مسئله استحالة تقیید را مطرح کرد به این صورت که اطلاق، عدم تقیید است در جایی که تقیید محال نباشد، به نظر کلام صحیحی نیست؛ چراکه استحالة ارتباطی به بحث لفظی ندارد، بلکه مناسب با یک بحث لفظی، همان عدم عرفیت تقیید است. در این صورت نیز معتقدم کلام مهمل می‌شود، نه اطلاق دارد نه تقیید.

نتیجه‌گیری

گرچه اقوال علما در زمینه تقابل بین اطلاق و تقیید در مقام ثبوت و اثبات دارای تشتت و اختلاف است، به گونه‌ای که در مقام ثبوت، شیخ انصاری رابطه را از نوع تقابل سلب و ایجاب، نائینی از نوع تقابل عدم و ملکه، آخوند خراسانی و خوئی از نوع تقابل تضاد می‌دانند؛ اما اولاً ثابت شد که اطلاق و تقیید از مباحث لفظی است و برای بررسی آن باید به سراغ تحلیل عرفی رفت و عرف، اطلاق را عدم قید می‌بیند نه اینکه طبیعت را به لحاظ «رفض القيود» یا «جمع القيود» یا لحاظ شیوع در نظر بگیرد تا اطلاق امر وجودی شود و تقابل تضاد محقق شود؛ چراکه چنین چیزی عرفیت ندارد. پس همان تقابل عدم و ملکه صحیح است؛

نیز اینکه باتوجه به دو نوع اطلاق ذاتی، تفهیمی، مراد استعمالی و اطلاق لحاظی، احتجاجی، مراد جدی نزاع از میان می‌رود؛ چراکه علمایی که رابطه سلب و ایجاد و تضاد را مطرح کردند مرادشان اطلاق ذاتی یا تفهیمی در حیطة مراد استعمالی است و علمایی که تقابل عدم و ملکه را مطرح کردند مرادشان

اطلاق لحاظی، احتجاجی است. بنابراین، علی‌رغم اختلاف ظاهری بین کلمات علما، میان این کلمات توفیق و جمع ایجاد شد و همین مطلب نوآوری این نوشتار به شمار می‌رود؛ زیرا آنچه معهود و متعارف در بحث تقابل میان اطلاق و تقييد است تعدد و اختلاف آرای علما در این مسئله است اما در این جستار باتوجه به تقسیم اطلاق به ذاتی و لحاظی و تطبیق اقوال مطرح شده در زمینه تقابل میان اطلاق و تقييد بر آن، ثابت شد مسئله محل اختلاف نیست، بلکه محل اتفاق است. به عبارت دیگر، ثابت شد در مسئله، نزاع حقیقی بین علما موجود نیست، بلکه صرفاً نزاعی لفظی است و نزاع حقیقی به نزاع لفظی بازگردانده شد. البته در مقام اثبات هم با تحلیل صور مسئله و بیان سه صورت برای مسئله محل اختلاف را منحصر در یک صورت (ثبوتاً قید محال باشد و عرفیت نداشته باشد) کردیم که در آن مورد هم با نقد نظریه نائینی معتقدیم جعل، مهمل می‌شود و اطلاق معنا ندارد؛ یعنی هر جایی که تقييد عرفیت ندارد، اطلاق هم عرفیت ندارد و کلام؛ یعنی جعل، مهمل خواهد بود نه اطلاق و نه تقييد؛ چه نسبت به تقسیمات اولیه و چه نسبت به تقسیمات ثانویه.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق
- ابن سینا، حسین بن عبدالله. الالهیات من کتاب الشفاء. قم: چاپ حسن زاده عاملی. ۱۳۷۶.
- ابن فارس، احمد. معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه. ۱۴۰۴ق.
- سبحانی، جعفر. الوسیط فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ یازدهم، ۱۳۹۷.
- شهید ثانی، حسن بن زین‌الدین. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ نهم، بی‌تا.
- اصفهانی، محمدحسین. بحوث فی الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مطارح الأنظار. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۴ق.
- حائری اصفهانی، محمدحسین. الفصول الغرویه فی الاصول الفقهیه. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- خمینی، روح الله. مناهج الوصول الی علم الاصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح الله. تهذیب الاصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۳۸۱.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول؛ مباحث الفاظ. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- خویی، ابوالقاسم. محاضرات فی اصول الفقه. قم: انصاریان. چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- دهخدا، علی اکبر. لغت نامه دهخدا. تهران: سازمان مدیریت و برنامه ریزی. بی‌تا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. به تحقیق و تصحیح صفوان عدنان داوودی. بیروت-دمشق: دار القلم-الدار الشامیه. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الاصول. بیروت: الدار الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

صدر، محمدباقر. موسوعة الشهيد السيد محمد باقر الصدر. قم: پژوهشگاه علمی تخصصی شهید صدر. چاپ دوم، ۱۴۳۴ق.

کبیر مدنی شیرازی، سیدعلی خان بن احمد. الطراز الأول و الكنز لما علیه من لغة العرب المعول. به تحقیق و تصحیح مؤسسه آل البیت لإحياء التراث. مشهد: آل البیت (ع) لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۳۸۴.

مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۸.

مظفر، محمدرضا. المنطق. قم: دار العلم. چاپ چهارم، ۱۳۸۶.

معین، محمد. فرهنگ معین. تهران: ادنا راه نو. چاپ چهارم، ۱۳۸۶.

نائینی، محمدحسین. فوائد الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.

نائینی، محمدحسین. اجود التقریرات. قم: العرفان. چاپ اول، ۱۳۵۲.

Transliterated Bibliography

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

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Maṭāriḥ al-Anzār*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1984/1404.

Dihkhudā, ‘Alī Akbar. *Lughat Nāmih Dihkhudā*. Tehran: Sāzīmān Mudīriyat va Barnāmahrizī. S.d.

Ḥā’irī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Fuṣūl al-Gharawiyah fī al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Ihya’ al-‘Ulūm al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Ibn Fāris, Aḥmad. *Mu’jam Maqāyīs al-Lughah*. Qum: Daftar-i Tablighāt Islāmī Hawzah-yi ‘Ilmiyah. 1984/1404.

Ibn Shahīd Thānī, Ḥasan ibn Zayn al-Dīn. *Ma’ālim al-Dīn wa Malādh al-Mujtahidin*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Nuhum, s.d.

Ibn Sinā, Ḥusayn ibn ‘Abd Allāh. *al-Ilāhiyāt min Kitāb al-Shifā’*. Qum: Chāp Ḥasanzādih Āmulī, 1998/1376.

Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Buḥūth fī al-Fiqh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Duwwum. 1995/1416.

Kabīr Madanī Shīrāzī, Sayyid ‘Alī Khān ibn Aḥmad. *al-Ṭirāz al-Awwal wa al-Kināz li-mā ‘Alayhi*

min Lughat al-‘Arab al-Mu‘awwal. researched by Mū‘assisa Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Mashhad: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth, Chāp-i Awwal, 1965/1384.

Khū’i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl; Mabāḥith Alfāz*. Qum: Dāwarī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khū’i, Abū al-Qāsim. *Muḥaḍḍarāt fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Anṣāriyān. Chāp-i Sivum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Manāḥij al-Wuṣūl ilā ‘Ilm Uṣūl*. Qum: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Tahdhib al-Uṣūl*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1962/1381.

Mu‘īn, Muḥammad. *Farhang Mu‘īn*. Tehran: Adnā Rāh Nū. Chāp-i Chāhārum, 1967/1386.

Muṣṭafavī, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fi Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Tehran: Vizārat Farhang va Irshād-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1368.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Al-Mantiq*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Chāhārum, 1967/1386.

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

Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā’id al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Alfāz al-Qurān*. Ed. Ṣafwān ‘Adnān Dāwūdī. Beirut: Dār al-Qalam. Dār al-Shāmiya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Beirut: al-Dār al-Islāmīya. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Mawsū‘a al-Shahīd al-Sayyid Muḥammad Bāqir al-Ṣadr*. Qum: Qum: Pazhūhishgāh ‘Ilmī Takḥaṣuṣī Shahīd Ṣadr. Chāp-i Duwwum, 2013/1434.

Subḥānī, Ja‘far. *al-Wasīf fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Yāzdahum, 1977/1397.



An Analysis of the Nature and Conditions of Implementing the Bundle-of-Twigs Penalty (*Zighs*) in Imāmī Jurisprudence

Dr. Masoud Bassami , Assistant Professor, Department of Law, West Islamabad Branch, Islamic Azad University, West Islamabad, Iran

Email: Masoud1360@iau.ac.ir

Abstract

One of the punishments prescribed in Islamic law is *zighs* or “Bundle-of-Twigs”, a penalty applied to an offender who cannot endure the primary punishment (lashing) due to illness. In such cases, the full penalty is converted to *zighs*, which is a lighter substitute. In Iranian criminal law, following *Imāmī* fiqh, the punishment of *zighs* is recognized; however, its conditions and legal nature remain vague and ambiguous and necessitate recourse to jurisprudence (the original source of this penalty) for proper interpretation. The present study is conducted through a descriptive-analytical method and aims to identify the nature and conditions of implementing the punishment of *zighs* in *Imāmī* jurisprudence. The findings indicate that two readings exist within the writings of jurists regarding the offense warranting *zighs*. However, they are not necessarily contradictory. Some jurists, particularly early scholars, discuss *zighs* within the chapter on *zinā* and treat it as one of the forms of punishment for unwed fornication (*zinā-yi ghayr-i muḥṣanah*). Contrarily, contemporary jurists extend the application of *zighs* beyond *zinā* to other *ḥadd* crimes punishable by lashing and even to *taʿzīr* offenses, drawing on issued legal inquiries (*istiftāʾāt*). The reasoning behind this latter view (which appears more accurate) is twofold: First, the factor necessitating the replacement of the offender's punishment with *zighs* is illness; therefore, the same rationale applies wherever such a condition exists. Second, *taʿzīr* penalties may also incorporate this ruling by way of analogy by priority.

Keywords: *ḥadd*, *taʿzīr*, lashing, *zighs*, punishment of the ill.





بررسی ماهیت و شرایط اجرای مجازات ضَعْف در فقه امامیه

دکتر مسعود بسامی ^{ID}

استادیار گروه حقوق، واحد اسلام آباد غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلام آباد غرب، ایران.

Email: Masoud1360@iau.ac.ir

چکیده

یکی از مجازات‌های تعیین شده در شریعت اسلام، «ضعف» است که مجازات بزهکاری است که به دلیل بیماری توانایی تحمل مجازات اصلی (شلاق) را ندارد و بدین رو، مجازات وی به ضعف که مجازات جایگزین و سبک تر است تبدیل می شود. در حقوق کیفری ایران به تاسی از فقه امامیه، مجازات ضعف پذیرفته شده، لیکن شرایط و ماهیت آن مبهم و مجمل است و برای فهم آن‌ها لازم است به فقه که خاستگاه این مجازات است رجوع شود. هدف از انجام پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده، تعیین ماهیت و شرایط اجرای مجازات ضعف در فقه امامیه است. یافته‌های تحقیق بیانگر این است که در کلام فقها در خصوص جرم مستوجب مجازات ضعف دو قرائت وجود دارد که لزوماً مقابل یکدیگر نیستند. برخی از فقها به ویژه متقدمان در آثار خود مجازات ضعف را در کتاب زنا و به عنوان یکی از گونه‌های کیفر زنای غیرمحصنه یاد کرده‌اند. در سوی دیگر، فقهای معاصر طبق استفتایی که از آن‌ها صورت گرفته مجازات ضعف را علاوه بر زنا در سایر جرایم حدی مستوجب جلد و در جرایم تعزیری نیز جاری دانسته‌اند. دلایل دیدگاه اخیر که صحیح به نظر می‌رسد این است که اولاً آنچه باعث تبدیل مجازات زانی به ضعف گردیده «بیماری» است؛ لذا در سایر جرایم نیز هر جا چنین علتی وجود داشته باشد جریان پیدا می‌کند؛ ثانیاً در تعزیرات نیز از طریق قیاس اولویت تعمیم می‌یابد.

واژگان کلیدی: حد، تعزیر، شلاق، ضعف، مجازات بیمار.

مقدمه

پیامبر و ائمه (ع) اهتمام ویژه بر اقامه حدود داشتند و تأخیر در اجرای آن را جایز نمی‌دانستند. نارو بودن تأخیر در اجرای حد، از جمله قواعد فقهی است. براساس این قاعده، که از آن به «لا تأخیر فی حد» و «لیس فی الحدود نظر ساعه»^۱ تعبیر می‌شود، پس از اثبات جرم مستوجب حد، تأخیر در اجرای حد نارواست. به‌سخن دیگر، حدود پس از اثبات باید فوراً اجرا شوند. عموم فقها قائل به حرمت تأخیر در اجرای حدود هستند. البته بعضی فقها تأخیر را از این جهت که سبب تعطیلی و تضییع حدود شود حرام می‌شمردند و در واقع، هر جا بر تأخیر اجرای حد تعطیلی آن صدق کند، حکم حرمت را به آن مترتب کرده‌اند. به‌سخن دیگر، این عده معتقدند تأخیر جایز است ولی تعطیلی حدود حرام است.^۲ با وجود این تأکیدات بر اجرای حدود، استثنائاً در قضاوت‌های معصومان (ع) دیده می‌شود که به دلایلی حدود را اجرا نکرده‌اند یا موقتاً اجرای آن را به تأخیر انداخته‌اند؛ یعنی در شرایط خاص زمانی و مکانی، در سیره معصومان اجرای حد مصلحت نداشته یا در تراحم با مصلحت‌های دیگر بوده است. بنابراین، توجه ائمه به مصالح و مفاسد اجرای احکام بوده و این احکام تعبدی نبوده و براساس مصالح و مقاصد معین اجرا می‌شود، ازین‌رو می‌توان در شرایطی از حکم اولی دست برداشت.^۳ در نتیجه، حاکم می‌تواند با استفاده از عنصر مصلحت، درباره تراحم بین ملاکات احکام شریعت برخی حدود را اجرا نکرده یا برای برخی حدود جایگزین تعیین کند.^۴ برای نمونه، می‌توان گفت: در مواردی که اجرای حد (جلد یا قطع) به قتل شخص منجر شود اجرای آن به تأخیر می‌افتد یا اجرا نمی‌شود؛ زیرا شخصی که جرم مستوجب حد جلد یا قطع انجام داده است مجازات وی سلب حیات نیست و خون وی محترم است (قاعده احتیاط در دماء). پس چنانچه احتمال آن رود که اجرای مجازات باعث مرگ وی شود، باید از اجرای چنین مجازاتی اجتناب کرد.

از جمله مواردی که تبدیل کیفر حد در آن رواست، فرض بیماری مجرم است. این مورد را می‌توان از موارد تغییر در کیفیت اجرای مجازات حد نیز دانست. در این فرض مستند به آیات^۵ و روایات، کیفر حدی تازیانه به کیفر ملایم‌تر و سبک‌تر دیگری به نام «ضغث» تبدیل می‌شود. گاه بیماری مجرم سبب تأخیر حد می‌شود تا مبادا باعث مرگ وی شود و گاه بیماری باعث تأخیر حد نمی‌شود، بلکه نوع کیفر تغییر می‌کند.^۶

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۳۶/۱۸.

۲. حاجی ده‌آبادی، قواعد فقه جزایی، ۲۳۵.

۳. ایادی، ملاکات احکام و شیوه استکشاف آن‌ها، ۱۴۴.

۴. مؤمنی، رستمی نجف‌آبادی، «نقش مصلحت در اجرای مجازات حدی»، ۹.

۵. «وَأَخَذَ بِذُنُوبِكُمْ ضَغِثًا فَاَضْرَبَ بِهِ وَلَا تَحْنُثُ». ص: ۴۴.

۶. خدایاری، نوبهار، «امکان‌سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود»، ۱۸۷.

در حقوق کیفری ایران به تأسی از فقه امامیه مجازات ضغث پذیرفته شده است. در قانون مجازات ۱۳۹۲ که آخرین اراده قانونگذار در بحث جرایم و مجازات‌هاست، بحثی از ضغث وجود ندارد.^۷ باین حال در آیین نامه، نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص نفس و عضو و جرح، دیات، شلاق، تبعید، نفی بلد، اقامت اجباری و منع از اقامت در محل یا محل‌های معین مصوب ۱۳۹۸ به کیفر ضغث به صراحت اشاره شده است. ماده ۱۳۰ آیین نامه موصوف مقرر می‌دارد: «قاضی اجرای احکام کیفری در صورت ادعای محکوم دایر بر وجود مانع پزشکی برای اجرای مجازات شلاق، وی را به پزشکی قانونی معرفی می‌کند. هرگاه به تشخیص پزشک قانونی امید به رفع مانع باشد، تا زمان بهبودی، اجرای مجازات شلاق به تعویق می‌افتد و در غیر این صورت، در شلاق تعزیری وفق ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری اقدام می‌شود و در شلاق حدی به دستور دادگاه با یک دسته ترکه یا شلاق (ضغث) که به تعداد ضربات حد است، فقط یک بار به محکوم زده می‌شود؛ هرچند همه آن‌ها به بدن او نرسد.»

چنان‌که ملاحظه می‌شود آیین نامه مذکور به طور اجمال به مجازات ضغث اشاره کرده و در خصوص ماهیت و شرایط اجرای ضغث، شدت ضربه، قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط آن و... سکوت کرده است. لذا سؤالات و ابهامات چندی وجود دارد که لازمه پاسخ‌گویی و فهم آن‌ها رجوع به فقه است. این امر ضرورت تحقیقی را در این زمینه آشکار می‌سازد. با توجه به بررسی‌های انجام شده پیشینه پژوهش نشان می‌دهد تاکنون تحقیقی راجع به ماهیت و شرایط اجرای کیفر ضغث صورت نگرفته است. پژوهش حاضر که اولین پژوهش در این خصوص است با روش توصیفی تحلیلی و با هدف تعیین ماهیت و شرایط اجرای کیفر ضغث در فقه امامیه صورت گرفته است. بنابراین، سؤال اصلی پژوهش عبارت است از: ماهیت و شرایط اجرای کیفر ضغث در فقه امامیه چیست؟

۱. مفهوم‌شناسی ضغث

در تعریف لغوی ضغث آمده است: «الضغث کل مجموع مقبوض علیه بجمع الک؛ دسته‌ای از هر چیزی که جمع کنند و به دست گیرند.»^۸

الضغث: «قبضه الحشیش المختلط رطبها و یابسها و یقال ملاء الکف من القضبان و الحشیش او الشماریخ.»^۹ «ضغث و هو کل ما جمع و قبض علیه دفعه واحده من عیدان.»^{۱۰} ضغث، دسته‌ای از چوب یا

۷. برخلاف سایر قوانین مجازات بعد از انقلاب.

۸. ابن منظور، لسان العرب، ۱۶۴/۲.

۹. غدیری، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، ۳۲۱.

۱۰. مرعی، القاموس الفقهی، ۱۳۰.

مانند آن مشتمل بر عدد معتبر در حد است که یکبار بر بدن مجرم زده می‌شود، به گونه‌ای که دردآور باشد.^{۱۱}

اما در اصطلاح، ضَعْتُ در منابع فقهی در دو جا استعمال شده است. یکی در باب یمین و دیگری در باب حدود. در باب یمین بدین صورت است که: چنانچه مولا سوگند یاد کند که برده‌اش را صد تازیانه بزند، در صورتی که در زدن مصلحت دینی وجود داشته باشد، می‌تواند با یک بسته صدتایی شاخه نازک درخت، یک ضربه به بدن او بزند و همین کفایت می‌کند. اما در باب حدود نیز بدین صورت است که بر بزهکار بیماری که حدّ او قتل نیست تا زمان بهبودیافتن، حد جاری نمی‌شود و چنانچه مصلحت در تعجیل اجرای حدّ باشد، مانند موردی که بر اثر شدت بیماری امیدی به بهبود او نیست، برای تعطیل نشدن حدود الهی، بسته‌ای از چوب (ترکه) به تعداد ضرباتی که باید بر بزهکار زده شود به دست گرفته و یکبار بر بدن او می‌زنند و همین کفایت می‌کند.^{۱۲}

۲. منابع و مبانی ضَعْتُ

در باب این موضوع که مستند و مبانی مجازات ضَعْتُ چیست، مستنداتی نیز در قرآن و هم در روایات وجود دارد.

أ. قرآن کریم: بسیاری از فقها در خصوص مشروعیت مجازات ضَعْتُ به آیه ۴۴ سوره «ص» در خصوص قصه حضرت ایوب استناد کرده‌اند.^{۱۳} حضرت ایوب بعد از آنکه از ارتکاب گناهی توسط همسرش اطلاع یافت، در حال بیماری سوگند یاد کرد که او را تازیانه بزنند. اما حضرت بعد از بهبودی می‌خواست به پاس وفاداری‌ها و خدمات همسرش او را ببخشد، ولی تنها مشکلی که برای ایوب (ع) مانده بود سوگندی بود که در مورد او خورده بود و نام خدا در میان بود. در این حال، خداوند به جهت صبوری ایشان به حضرت فرمود: «وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضَعْتُهَا فَاصْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ».

ب. روایات: در باب ضَعْتُ روایاتی از معصومان (ع) نقل شده است که به بیان برخی از آن‌ها می‌پردازیم. یحیی بن عباد گوید: «سفیان ثوری به من گفت: جایگاه رفیعی برای تو نزد امام صادق (ع) می‌بینم. از وی در خصوص مردی که زنا کرده و اکنون بیمار است و اگر حدّ بر او جاری شود می‌میرد سؤال کن، بین نظرش چیست؟ یحیی بن عباد گوید: من این سؤال را از امام پرسیدم. امام صادق (ع) فرمود: مردی

۱۱. سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، ۱۰۸ تا ۱۰۷.

۱۲. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذاهب اهل بیت (ع)، ۱۵۰/۵ تا ۱۵۱.

۱۳. طوسی، الخلاف، ۱۷۶/۶؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۲۳/۳۵؛ گلپایگانی، الدر المنصود، ۳۷۱/۱؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۵۹/۹.

را که شکمش بزرگ شده و آب آورده بود و رگ‌های پاهایش پیدا شده و با زنی بیمار زنا کرده بود، نزد پیامبر (ص) آوردند. پیامبر امر فرمود تا شاخه‌ای از درخت خرما که در آن صد خوشه بود، آوردند و با این شاخه رسول خدا یک بار به مرد و به زن نیز یک بار زد. سپس هر دو را آزاد کرد و این آیه را قرائت کرد: وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاصْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ.^{۱۴}

امام صادق (ع) فرمود: «مردی زشت و کوتاه‌قد را که شکمش آب آورده و رگ‌های آن پر خون شده و با زنی زنا کرده بود نزد پیامبر (ص) آوردند. زن گفت: ای رسول خدا، من چیزی نفهمیدم، جز آنکه به یک دفعه این مرد بر من در آمد. پیامبر (ص) به آن مرد فرمود: آیا زنا کردی؟ مرد گفت: آری. سپس رسول خدا شاخه‌ای از درخت خرما درخواست کرد، آن‌گاه آن را شمرده صد خوشه در آن بود و با خوشه‌های آن شاخه یک بار بر مرد زد.»^{۱۵}

ج. قواعد فقهی: اما در توجیه و مبانی ضغث علاوه بر نصوص آورده از آیات و روایات، فقها به برخی قواعد فقهی اشاره کرده‌اند که از جمله آن‌ها بحث حیل‌های شرعی و قاعده میسور است.

حیله شرعی: برخی از فقها ضغث را از مصادیق حیل‌های شرعی می‌دانند و در جواز آن به داستان حضرت ابراهیم و ایوب استناد کرده‌اند.^{۱۶} نمونه آن داستان حضرت ابراهیم (ع) درباره شکستن بت‌هاست. هنگامی که حضرت بت‌ها را شکست و از او سؤال کردند که چه کسی بت‌ها را شکسته است؟ فرمود: از خود بت‌ها سؤال کنید، اگر توانایی سخن‌گفتن دارند.» در جای دیگر در آیه ۴۴ سوره «ص» پروردگار به حضرت ایوب (ع) امر می‌کند: «دسته‌ای از شاخه‌ها را به دست گیرد و با آن‌ها بزن.» این آیه نیز از آیاتی است که درباره حیل‌های شرعی می‌توان به آن استناد کرد. در این قصه، پروردگار ضغث را راه‌گریز از مخالفت با سوگند برای پیامبر خودش حضرت ایوب (ع) دانسته است.^{۱۷} حیله شرعی در واقع نوعی چاره‌جویی است. در داستان حضرت ایوب، حضرت از یک سو سوگند خورده بود که همسرش را صد تازیانه بزند و از سوی دیگر، به دلیل وفاداری و مهربانی یا بی‌گناهی همسرش می‌خواست او را ببخشد. لذا بر سر دو راهی قرار گرفته بود. در این وضعیت خداوند متعال ضغث را به‌عنوان راه‌حل به حضرت ارائه کرد، به‌گونه‌ای که با برداشتن خوشه‌ای به تعداد صد ترکه، حضرت هم صد ترکه را به همسرش زده بود و سوگند خود را به جا آورده بود و هم اینکه چون ضرب یک بار زده شده بود، رنجی به همسرش وارد نکرده بود.

۱۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۸/۲۸؛ بروجردی، منابع فقه شیعه، ۵۶۱/۳۰.

۱۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰/۲۸؛ بروجردی، منابع فقه شیعه، ۵۶۲/۳۰.

۱۶. میرزای قمی، رسائل، ۲۱۴/۱؛ کاشف الغطاء، سفینه النجاة، ۱۴۶/۳؛ مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی صحیح در فقه اسلامی، ۲۳.

۱۷. مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی صحیح در فقه اسلامی، ۲۲.

شیخ طوسی چنین می‌فرماید: «الحیل جائزة في الجملة بلاخلاف إلا بعض الشذاذ، فإنه منع منه أصلاً». اصل حيله‌های شرعی فی الجملة (بدون در نظر گرفتن تک‌تک مصادیق آن) به اجماع فقها جایز است و تنها اشخاص اندکی با آن مخالفت کرده و هیچ حيله‌ای را مجاز نشموده‌اند.^{۱۸} شیخ طوسی پس از ذکر قصه حضرت ایوب و ابراهیم در جواز حيله شرعی به سراغ روایات رفته و حدیثی در این مورد از سوی ابن حنظله نقل می‌کند. سوید بن حنظله می‌گوید: به همراه وائل بن حجر و گروهی دیگر برای دیدار پیامبر (ص) رفتیم، در بین راه وائل بن حجر توسط دشمن اسیر شد. گروه همراه از این موضوع که سوگند بخورند «وائل» جزو قبیله ماست، خودداری کردند. لیکن من به نام پروردگار سوگند یاد کردم که او برادر من است، بدین دلیل دشمن او را آزاد کرد. هنگامی که به خدمت پیامبر رسیدیم، حکایت را برای ایشان بیان کردم، رسول خدا فرمودند: راست گفتی! مسلمان برادر مسلمان است.^{۱۹} براساس این روایت، پیامبر (ص) کار سوید و حيله او را برای نجات مسلمانی تأیید و آن را به نوعی حمل بر توره کرد.^{۲۰}

قاعده میسور: یکی از قواعد فقهی، قاعده «المیسور لایسقط بالمعسور» است. مفاد قاعده ساقط نشدن مقدار متمکن از عمل مکلف به در صورت ناتوانی بر انجام آن به شکل کامل است. بدین صورت که، هرگاه انجام بعضی از اجزا و شرایط عمل، سخت یا غیر ممکن بود و مکلف قادر به انجام آن به صورت کامل نبود، به جا آوردن آن قسمت از آنکه برای مکلف ممکن (میسور) و مقدور است از عهده وی ساقط نمی‌شود، بلکه دیگر اجزا و شرایط عمل به عنوان استحباب یا وجوب باقی خواهد ماند.^{۲۱}

چنان‌که آمد در مجازات‌های حدی، مشهور فقها اصل را بر لازم بودن اجرای فوری حد و عدم تأخیر آن دانسته‌اند. اما اصل مذکور در مواردی ممکن است با حقوق فرد معسر در تعارض باشد که این موضوع موجب تأخیر یا ایجاد مانع برای اجرای حکم می‌شود. باین حال، در صورت دشواری اجرای حدود و احکام به طور متعارف، اصل اجرای آن‌ها تا حدی که ممکن است ساقط نمی‌شود. دلیل این امر علاوه بر روایات، قاعده میسور است. برای نمونه، اجرای حدّ جلد درباره زن شیرده، مستحاضه یا باردار و نیز مریضی که با اجرای حد بیم تلف شدن او می‌رود، تا وقت مناسب به تأخیر می‌افتد ولی ساقط نمی‌شود؛ زیرا اگرچه اجرای فوری حد در وضعیت بارداری، شیردهی، استحاضه یا بیماری، معسور است، اما اصل اجرای آن بعد از زایمان، پایان دوره شیردهی یا بهبودی و سلامت فرد، میسور است و ساقط نمی‌شود. همچنین اگر به

۱۸. طوسی، الخلاف، ۴/۴۹۰.

۱۹. طوسی، الخلاف، ۴/۴۹۱.

۲۰. مکارم شیرازی، حيله‌های شرعی و چاره‌جویی صحیح در فقه اسلامی، ۲۲.

۲۱. فاضل موحّدی لنگرانی، قاعده میسور، ۳۱.

هر دلیل، اجرای مجازات حد بر افراد مذکور و نیز افرادی که دارای ضعف بدنی شدید هستند، در همان حال لازم باشد، حدّ جلد به صورت ضغث اجرا می شود؛ زیرا اگرچه اجرای متعارف حد جلد به صورت ضرب تازیانه به تعداد معین دشوار است، اما اجرای آن به صورت ضغث، میسر است و ساقط نمی شود.^{۲۲} بر همین اساس، فقها گفته اند: «و لو لم يتوقع البرء أو رأى الحاكم المصلحة في التعجيل ضربهم بالضغث المشتمل على العدد من سياط أو شماريخ أو نحوهما لقاعدة الميسور، والإجماع، والنصوص.»^{۲۳}

۳. دیدگاه فقها در خصوص جرم مستوجب ضغث

در خصوص اینکه ضغث مختص به ارتکاب چه جرمی است، برخی نویسندگان اظهار داشته اند: بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، به گونه ای که برخی آن را مختص به جرم زنا می دانند. در حالی که بعضی دیگر در سایر حدود و حتی در تعزیرات نیز ضغث را اعمال شدنی می دانند.^{۲۴} لیکن به نظر نگارنده به دلایلی که خواهد آمد، به نظر می رسد بین فقها اختلاف عقیده نباشد. از آنجاکه نمی توان به صراحت دیدگاه فقها را به موافق و مخالف تقسیم کرد، عناوین بحث به این صورت تنظیم شده است؛ دیدگاه فقهایی که به جرم زنا اشاره داشته اند؛ دیدگاه فقهایی که علاوه بر زنا به سایر جرایم حدی و تعزیرات نیز اشاره داشته اند.

۱.۳. دیدگاه فقهایی که به جرم زنا اشاره داشته اند.

فقهائ متقدم که در باب ضغث بحث کرده اند آن را در کتاب زنا و ذیل عنوان حد زنا یا غیر محصنه بحث کرده اند. اما در اینکه آیا معتقد به تسری آن به سایر جرایم و مجازات ها بوده اند یا خیر، در آثار مورد مطالعه چیزی یافت نشد. در ذیل به بیان آرای برخی از آن ها می پردازیم.

شیخ طوسی معتقد است: ضغث، حکم مریضی است که زنا کرده و غیر محصنه باشد و یأس از بهبودی او وجود داشته باشد، در این صورت دسته ای صحتایی از ترک خرما یا چوب به گونه ای که بعضی به بعض فشار آورد به دست گرفته و یک ضربه به او بزنید، به طوری که باعث تلف نشود.^{۲۵}

ابن ادریس نیز معتقد است: مریض که مرتکب زنا شده است، رجم می شود لیکن تازیانه زده نمی شود، به دلیل جلوگیری از سرایت بیماری و انتظار می کشند تا بهبود یابد اما اگر بنا به نظر حاکم مصلحت در

۲۲. فاضل موحّدی لنگرانی، قاعدة میسر، ۳۹۵.

۲۳. سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۸۲/۲۷.

۲۴. عابدی، اجرای احکام کیفری، ۲۱۸.

۲۵. «المریض المایوس منه إذا زنا وهو بکر، أخذ عذق فيه مائة شمراخ، أو مائة عود يشد بعضه إلى بعض و يضرب به ضربة واحدة، على وجه لا يؤدي إلى التلف.» طوسی، الخلاف، ۳۸۰/۵.

تعجیل بر اجرای حد باشد، با ضغث مشتمل بر عدد معتبر زده می‌شود.^{۲۶}

محقق حلی اظهار داشته است: مریض که مرتکب زنا می‌شود، لیکن تازیانه زده نمی‌شود، به دلیل جلوگیری از سرایت بیماری و انتظار می‌کشند تا بهبود یابد. اما اگر مصلحت بر تعجیل در اجرای حد باشد با ضغث زده می‌شود مشتمل بر عدد معتبر.^{۲۷}

علامه حلی نیز در فصل بیان احکام زنا می‌فرماید: بیمار را نباید حد تازیانه زد اما اگر بر آن سنگسار ثابت شود او را سنگسار کنید، لیکن اگر مصلحت اقتضا کند مریض را پیش از بهبودی حد زنند، ضغث را اجرا می‌کنند با یک دسته که در آن صد تازیانه باشد یک‌بار بر بدن او می‌زنند.^{۲۸}

شهید اول در کتاب لمعه در باب حد زنا می‌فرماید: «و سابعها الضغث المشتمل علی العدد و هو حد المریض مع عدم احتماله الضرب المکرر و اقتضاء المصلحه التعجیل»؛^{۲۹} نوع هفتم از حد زنا، ضغث است که مشتمل بر عدد معتبر است و حد مریضی است که تحمل خوردن تازیانه مکرر را نداشته باشد و مصلحت در اجرای حد فوری باشد.»

شهید ثانی بیان داشته است: بر زانی حد سنگسار و قتل به سبب بیماری به تأخیر نمی‌افتد؛ چون مجازات نفس کامل است و میان بیمار و تندرست بودن آن تفاوتی نیست. اما اگر حد واجب، تازیانه‌زدن باشد و بیماری او از بیماری‌هایی است که بیم از بین رفتن در آن باشد، حدش به تأخیر می‌افتد تا بهبودی یابد تا مبادا هلاک شود و چنانچه حاکم شرع در تسریع اجرای حد بر بیمار مصلحتی بیند، به مقداری که بیمار بتواند تحمل کند با یک دسته چوب و مانند آن زده می‌شود. اگر مریضی از بیماری‌هایی باشد که بیم از بین رفتن نباشد حد به تأخیر نمی‌افتد؛ چون پایدانی که بتوان انتظار آن را داشت متصور نیست تازیانه هم زده نمی‌شود تا بمیرد، بلکه با ضغث زده می‌شود و آن، یک دسته چوب یا یک خوشه خرماست که دارای شاخه‌هایی باشد و مانند آن‌ها یک‌بار بر او زده شود.^{۳۰}

شیخ بهاء‌الدین عاملی بیان داشته است: هفتم از حدود زنا ضغث است؛ یعنی جمع کردن تازیانه‌ها و همگی آن‌ها را به یک‌بار بر زانی زدن و آن حد بیماری است که طاق‌ت تازیانه ندارد و حد او جلد باشد و جایز است تأخیر حد تا وقتی که از مرض بهبود یابد.^{۳۱}

۲۶. ابن‌ادریس، السرائر، ۴۵۴/۳.

۲۷. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۴۵۸/۴ تا ۴۵۹/۱.

۲۸. علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۷۳۳.

۲۹. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲۵۵/۱.

۳۰. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۷/۱۴.

۳۱. شیخ بهایی، جامع عباسی، ۹۱۹.

شیخ احمد کاشف الغطاء می‌فرماید: هفتم از حد زنا ضغث است، مشتمل بر عدد معتبر از چوب یا شمرخ صد یا پنجاه یا غیر آن‌ها و آن حد مریض است که اقتضای مصلحت تعجیل در اجرای حد باشد.^{۳۲} محمدجواد ذهنی تهرانی معتقد است: قسم هفتم حد زنا ضغث است که مشتمل بر عدد حدّ مربوطه و عبارت است از: مجموعه و دسته‌ای از هر چیز مثل دسته‌ای از ساقه جارو که آن‌ها را به هم بسته باشند. مراد از آن این است که تعدادی چوب و امثال آن را به صورت دسته و مجموعه‌ای در آورده و آن را به دست گرفته و یک‌بار به بدن مجرم بزنند.^{۳۳} آیت‌الله گلپایگانی نیز بیان می‌دارد: جواز ضغث هنگامی است که فرد توان ضربات مکرر حد زنا را ندارد.^{۳۴}

ادله دیدگاه مذکور: مستند این دیدگاه یک دسته روایات است که به برخی از آن‌ها در گفتار قبلی اشاره شد، از جمله روایت ثقیان ثوری. علاوه بر آن، روایات دیگری نیز وجود دارد که به ذکر آن‌ها می‌پردازیم. امام صادق (ع) فرمود: «مردی زشت و کوتاه‌قد را که شکمش آب آورده و رگ‌های آن پر خون شده و با زنی زنا کرده بود نزد پیامبر (ص) آوردند. زن گفت: ای رسول خدا، من چیزی نفهمیدم جز آنکه یک‌دفعه این مرد بر من زد آمد. پیامبر (ص) به آن مرد فرمود: آیا زنا کردی؟ مرد گفت: آری. سپس رسول خدا شاخه‌ای از درخت خرما درخواست کرد، آن‌گاه آن را شمرد، صد خوشه در آن بود و با خوشه‌های آن شاخه یک‌بار بر مرد زد.»^{۳۵}

موسی بن جعفر (ع) فرمود: «زنی بیمار و مردی بیمار مبتلا به خوره را که رگ‌های ران‌هایش پیدا شده بود و با زن زنا کرده بود را نزد پیامبر (ص) آوردند. زن برای پیامبر (ص) چنین توضیح داد؛ من پیش این مرد رفتم و به وی گفتم: غذا و آب به من بده که به‌سختی افتاده‌ام. او گفت نمی‌دهم تا با تو زنا کنم. در نتیجه، آن کار را کرد. سپس رسول خدا (ص) بدون آنکه بینه بخواهد، با شاخه‌ای از درخت خرما که صد خوشه داشت یک‌بار بر مرد زد و بعد او را آزاد کرد و زن را شلاق زد.»^{۳۶}

۲.۳. دیدگاه فقهایی که علاوه بر زنا به سایر جرایم حدی و تعزیرات اشاره کرده‌اند.

طی استفتایی که از برخی فقه‌های متأخر صورت گرفته است، مجازات ضغث را علاوه بر زنا، در سایر جرایم حدی مستوجب حد جلد و نیز جرایم تعزیری جاری می‌دانند. دیدگاه‌ها آن‌ها به شرح ذیل است.

۳۲. کاشف الغطاء، سفینه النجاة، ۵۸/۳.

۳۳. ذهنی تهرانی، مباحث الفقهیه، ۱۷۱/۲۷.

۳۴. گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۷؛ فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ۴۱۹.

۳۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰/۲۸؛ بروجردی، منابع فقه شیعه، ۵۶۲/۳۰.

۳۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۱/۲۸.

نظر آیت الله علوی گرگانی:

سؤال: آیا مفاد ترک (الضَرْبُ بِالضَّغْتِ) که در حدّ زنا ثابت است درباره حدود دیگر مانند حدّ شرب خمر و قوادی و لواط و امثالهم در صورت وجود شرایط مربوط قابل تسری است یا خیر؟
پاسخ: ظاهراً «الضرب بالضغّت» مختصّ به زنا نیست و هر جا که مرتکب جنایت تحمل نداشته باشد که تازیانه بخورد باید توسط ضرب به ضغّت، حکم جاری شود.^{۳۷}

سؤال: چنانچه به نظر پزشک قانونی اجرای مجازات حدّ؛ اعّ منقطع یّد، جلد و... یا قصاص عضو بر فرد مریض یا فردی که دچار ضعف شدید بدنی است باعث مرگ یا ابتلای به بیماری یا تشدید آن شود، در این صورت تکلیف چیست؟

پاسخ: اگر بیماری به گونه ای است که امکان درمان وجود دارد، باید اجرای حکم را به تأخیر انداخت تا زمان درمان و بهبودی و اگر بدین شکل نیست چنانچه امکان اجرای حد با ضغّت وجود دارد، با انجام ضغّت حکم اجرا شود در غیر این صورت اجرای حکم ساقط می شود.^{۳۸}

نظر آیت الله مکارم شیرازی:

سؤال: درباره زن ۷۵ ساله ای حکم به حد قذف صادر شده است، ولی با توجه به گواهی پزشکی قانونی زن بیمار است و اجرای مجازات شلاق برای او خطرناک است، آیا مسئله ضغّت در حد قذف یا صبرکردن تا بهبودی نامبرده مطرح است؟ و اگر بیماری هیچ وقت درمان نشود، تکلیف چیست؟
پاسخ: اگر بیم و خطر در اجرای حد باشد، باید از آن خودداری شود و به زمان رفع خطر موکول شود و اگر امید به بهبودی بیمار نیست باید از ضغّت استفاده کرد.^{۳۹}

نظر آیت الله نوری همدانی: سؤال: آیا حکم تأخیر اجرای حد جلد یا اجرای آن به شکل ضغّت که در خصوص زنا مطرح است، به تعزیرات و سایر حدود نیز قابل تعمیم و تسری است؟ جواب: ظاهراً قابل تسری است.^{۴۰}

نظر آیت الله روحانی:

سؤال: آیا حکم تأخیر اجرای حد جلد یا اجرای آن به شکل ضغّت که در خصوص زنا مطرح است، به تعزیرات و سایر حدود هم قابل تسری است؟

۳۷. علوی گرگانی، اجوبة المسائل، ۳۰۹/۲.

۳۸. علوی گرگانی، اجوبة المسائل، ۳۲۰/۲.

۳۹. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة؛ کتاب الحدود و التعزیرات، ۳۵۶/۱.

۴۰. نوری همدانی، هزار و یک مسأله، ۲۳۵/۲.

پاسخ: بله، از علت مذکور در برخی روایات می‌توان استفاده عموم کرد.^{۴۱}

سؤال: چنانچه به نظر پزشکی قانونی اجرای حد؛ اعم از قطع بد، جلد و... یا قصاص عضو بر فرد مریض یا فرد سالمی که دچار ضعف شدید جسمی است موجب مرگ وی یا ابتلای به بیماری یا تشدید آن می‌شود، تکلیف چیست؟

پاسخ: در قصاص عضو در فرض سؤال ظاهراً قصاص به دیه تبدیل می‌شود ولیکن حد باید به تأخیر افتد تا زمانی که بهبودی حاصل شود و در صورت یأس از بهبودی، به صورت ضغث، حد اجرا می‌شود. اما در قطع دست سارق، در صورتی که احتمال عقلایی داده شود که باعث مرگ یا ابتلای وی به بیماری یا تشدید آن می‌شود، قطع ساقط است. قول به حبس بعید نیست، اما اظهار این است که حد ساقط است. اما تعزیر به نحوی که حاکم شرع تعیین کند اجرا می‌شود.^{۴۲}

نظر آیت‌الله موسوی اردبیلی:

سؤال: اگر شخصی دارای بیماری بود و امکان تحمل حد و تعزیر را نداشت، به نحوی که بمیرد یا مریضی او شدت یابد؛ مثل کسی که مبتلا به مرض قلبی است یا کسی که جراحی انجام داده است، آیا حد و تعزیر بر او جاری می‌شود؟

پاسخ: در حکم حبس و جلد و مانند این‌ها مستفاد از روایات آن است که مجازات به تأخیر می‌افتد تا زمانی که بیماری از بین برود و ضرب زده می‌شود با ضغث هنگامی که امیدی به بهبودی نیست.^{۴۳}

نظر آیت‌الله فاضل موحدی لنکرانی:

حد مجرم بیمار اگر زنا یا غیر محصنه کرده باشد صد تازیانه است؛ در این حالت یک دسته صدتایی از شلاق یا از شاخه درخت خرما یا سایر درختان به هم بسته، یک‌بار بر وی می‌زنیم و اگر حد کمتر [از صد تازیانه] باشد، به میزان حد او شلاق یا غیر آن بر می‌داریم.^{۴۴} عبارت «حد کمتر باشد» در کلام مورد اشاره دلالت بر این دارد که ضغث مختص زنا نیست؛ چون حد کمتر از صد تازیانه، ۸ ضربه و ۷۵ ضربه است که خاص جرایمی چون شرب خمر، قذف و قوادی است.

ادله دیدگاه دوم: مهم‌ترین دلایل مورد استناد فقهای متأخر که ضغث را مختص حد زنا نمی‌دانند این است: اولاً آن علتی که موجب تغییر یا تبدیل مجازات به ضغث شده است، بیماری مرتکب است، به نحوی

۴۱. روحانی، استفتانات قوة قضایه، ۱۵۰.

۴۲. روحانی، استفتانات قوة قضایه، ۱۵۰.

۴۳. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۶۹۹/۲.

۴۴. فاضل موحدی لنکرانی، آیین کیفری اسلام، ۴۹۴/۱.

که توانایی تحمل مجازات را ندارد و اجرای مجازات ممکن است باعث مرگ وی یا تشدید بیماری او شود؛ بنابراین، از آنجاکه شخصی که جرم مستوجب حد جلد انجام داده است، مجازات وی سلب حیات نیست و خون وی محترم است (قاعده احتیاط در دماء)؛ چنانچه احتمال آن رود که اجرای مجازات سبب مرگ وی شود باید از اجرای چنین مجازاتی اجتناب کرد. در نتیجه، هرگاه علت مذکور موجود باشد می‌توان از آن استفاده عموم کرد و حکم به ضَعْث داد؛ ثانیاً در تعزیرات نیز از طریق تنقیح مناط و قیاس اولویت می‌توان حکم به ضرب با ضَعْث را استنباط کرد.^{۴۵}

۳.۳. ارزیابی دیدگاه فقها

با بررسی عقاید فقها، به دلایل زیر به نظر می‌رسد مجازات ضَعْث مختص حد زنا نیست و در سایر مجازات‌های حدی و نیز تعزیرات اعمال‌شدنی باشد.

ا. این موضوع که فقهای متقدم ضَعْث را در کتاب زنا بحث کرده‌اند بدان دلیل است که مهم‌ترین جرم مستوجب حد زناست و لذا سعی بر آن شده است احکام حدود بیشتر در فصل مهم‌ترین جرم بحث شود. بنابراین، به‌صراحت نمی‌توان اظهار داشت که آن‌ها ضَعْث را صرفاً مختص حد زنا دانسته‌اند.

ب. در کتب فقها در باب حدود اولین جرم حدی که درباره آن بحث شده، زناست. لذا احکام و قواعد و مقررات ناظر بر حدود غالباً در این قسمت بیان شده است. در نتیجه، در سایر جرایم بعدی مستوجب حد برای جلوگیری از تکرار، فقها لزومی بر ذکر دوباره آن ندیده‌اند. لذا این موضوع که فقها ضَعْث را در کتاب حد زنا بحث کرده‌اند نمی‌تواند دلیل بر انحصار آن به زنا باشد.

ج. علت و مبنای سقوط حد زنا و تبدیل آن به ضَعْث، به‌سبب «وجود بیماری» در مرتکب است تا مبدا اجرای مجازات باعث مرگ بیمار یا تشدید بیماری او شود. لذا در سایر حدود غیر از زنا و نیز تعزیرات چنانچه مرتکب بیمار باشد، به‌گونه‌ای که اجرای حد یا تعزیر باعث مرگ وی یا تشدید بیماری او شود، به‌سبب وجود همان مبنای علت، حد و تعزیر باید ساقط شود و ضَعْث جایگزین آن شود.

د. یکی از قواعد فقهی در حدود، قاعده «درء» است که بیان می‌دارد: حدود با شبهه ساقط می‌شوند. لذا بر مبنای این قاعده چنانچه در ثبوت و اجرای مجازات حدی یا غیر آن بر فرد بیماری شبهه داشتیم، براساس قاعده موصوف نمی‌بایست حد را جاری کرد.

ه. در جرایم مستوجب تعزیر به دو دلیل می‌توان ضَعْث را به این جرایم تسری داد: اول آنکه، وقتی در حدود باوجود مهم‌تر بودن آن‌ها نسبت به تعزیرات و نیز آن همه تأکید معصومان (ع) بر اجرای آن‌ها، به‌دلیل

بیماری مرتکب، حد تام ساقط و ضغث ثابت می‌شود، به طریق اولی در تعزیرات که کم‌اهمیت‌تر است می‌توان تعزیر را ساقط کرد و حکم به ضرب با ضغث داد. دوم آنکه، در نظام فقه جزایی مجازات تعزیری در اختیار حاکم است (التعزیر بماء یراء الحاکم). بنابراین براساس مبانی فقهی، حاکم این اختیار را دارد که نوع مجازات تعزیری را تعیین کند و در صورت مصلحت، مجازات تعزیری تعیین شده را به مجازات دیگر تبدیل کند. در نتیجه، در نظام قانونی نیز قانونگذار می‌تواند با توجه به قاعده فقهی «التعزیر بماء یراء الحاکم»، مجازات ضغث را در تعزیرات بپذیرد.

و. چنان‌که آمد، از جمله منابع و مبانی صدور حکم به مجازات ضغث آیه ۴۴ سوره «ص» است که می‌فرماید: «وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَتْ». در آیه موصوف، به نوع خطا یا گناه همسر حضرت ایوب (ع) اشاره نشده است و لذا تفاسیر متفاوتی از آیه صورت گرفته که فقط در برخی به زنا اشاره شده است. بنابر برخی آراء، شیطان به همسر ایوب گفت: شوهرت سرسختی می‌کند و اگر سخنی که یادش می‌دهم بگویند از بیماری رها می‌شود و مال و فرزندش به او بر می‌گردد. زن قبول کرد و پیام را به شوهرش رساند. ایوب (ع) به خشم آمد و سوگند یاد کرد او را بزند.^{۴۶} در روایت دیگر، از امام صادق نقل شده است: همسر حضرت برای رفع گرسنگی و تهیه نان، گیسوان خود را که زیبا بود فروخت. زمانی که حضرت ایوب باخبر شد با دیدن این وضع خشمگین شد و سوگند به ضرب وی یاد کرد.^{۴۷} ابن کثیر و فخر رازی مشابه این روایت را در تفسیر خود بیان کرده‌اند.^{۴۸} برخی دیگر از مفسران علت ضرب را هم کلامی همسر حضرت با شیطان می‌دانند.^{۴۹} برخی دیگر، علت سوگند یادکردن ایوب (ع) را عدم تمکین همسر ایشان دانسته‌اند.^{۵۰} نهایتاً در برخی اخبار آمده است: به ایوب (ع) خبر دادند که همسرش مرتکب زنا شده و موهای او بریده شده است، چون همسرش برگشت و موهای او را بریده دید قسم خورد که او را صد ضربه شلاق بزند اما بعد از آشکار شدن واقعیت بر او، پشیمان شد.^{۵۱}

چنان‌که ملاحظه می‌شود در تفسیر آیه نظرات مختلفی بیان شده است. بررسی و تحلیل هریک از نظرات مذکور از موضوع و توان پژوهش حاضر خارج است. با این حال، بنابر ضرورت بحث بیان می‌شود تفسیری که در باب زناست به دلایلی از این دست صحیح به نظر نمی‌رسد: أ. این تفسیر با مفاد آیه ناسازگار

۴۶. طبری، جامع البیان، ۱۰۸/۲۳؛ طبرسی، مجمع البیان، ۷۴/۸؛ قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ۲۱۳/۱۶.

۴۷. قُمی، تفسیر قُمی، ۲۴۱/۲.

۴۸. ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ۷۷/۷؛ فخر رازی، مفاتیح الغیب، ۱۷۴/۲۲.

۴۹. بحرانی، البرهان فی تفسیر القرآن، ۶۶۴/۴.

۵۰. مغنیه، التفسیر الکاشف، ۳۸۲/۶.

۵۱. سلطان علی‌شاه، تفسیر بیان السعادة فی مقامات العبادة، ۳۱۱/۳.

است؛ چراکه آیه سوگند ایوب(ع) را تأیید کرده و راه تخفیف آن را به حضرت نشان داده اما طبق این تفسیر، سوگند ایشان نادرست بوده و از آن پشیمان شده است.^{۵۲} ب. میان موضوع آیه، که مسئله نشکستن قسم است و حکم برداشت شده که جاری کردن حد بر زناکار مریض است، تناسبی وجود ندارد. ج. در آیه به تعداد شاخه‌هایی که ضَعْف را تشکیل می‌دهند اشاره نشده است. پس نمی‌توان کیفر صد ضربه شلاق را، که حکم زنای غیرمحصنه است، از آن برداشت کنیم. د. در داستان حضرت ایوب(ع) آن شخصی که مریض بوده حضرت ایوب بوده است نه همسر وی، لذا نمی‌توان حد بیمار زناکار را از آیه مذکور برداشت کرد. ضمن آنکه، در سایر آیات و روایات نیز شاهی بر بیمار بودن همسر ایوب(ع) وجود ندارد. و. اگر همسر ایوب(ع) مرتکب زنا شده بود نباید عفو شود، زیرا استثنای همسر ایشان از جاری کردن حد یا حکم الهی تبعیض به شمار می‌آید. ه. اگر همسر حضرت مرتکب زنا شده بود، جاری کردن حد الهی بر وی تکلیف بوده و نیازی به سوگند یادکردن نداشت.^{۵۳}

اما در باب روایاتی که به‌عنوان منبع حکم ضَعْف به آن‌ها استناد شده است، چند نکته ذکرشدنی است: اولاً معصومان(ع) برحسب موضوع و مسئله ارجاعی به آن‌ها اظهارنظر کرده‌اند. در روایات مربوط به ضَعْف از آنجایی که شخص زانی را نزد معصومان آورده‌اند، ایشان در خصوص فرد زانی اظهار عقیده کرده‌اند و چه‌بسا، شخص قاذف بیماری را نیز نزد ایشان می‌آوردند حکم به ضَعْف می‌دادند. حاصل آنکه، جرم زنا ویژگی خاصی نداشته و در نتیجه، از طریق الغای خصوصیت می‌توان حکم ضَعْف را به سایر جرایم حدی مستوجب شلاق و تعزیرات نیز تسری داد. ثانیاً در برخی از روایات به نوع جرم مستوجب حد اشاره‌ای نشده است، از جمله: امام صادق(ع) فرمود: «مردی که کار موجب حد انجام داده بود و جراحات و بیماری داشت، نزد امیرالمؤمنین علی(ع) آوردند. امیرالمؤمنین فرمود: او را تا زمانی که سلامتی پیدا کند نگاه دارید تا زخم‌هایش باز نشود که می‌میرد، اما آن زمان که بهبودی یافت، او را حد خواهیم زد.»^{۵۴} در روایت دیگری چنین آمده است: «موسی بن بکر از زراره نقل می‌کند که امام باقر(ع) فرمود: اگر کسی دسته‌ای از چوب یا شاخه‌ای که چندین رشته داشته باشد بر گیرد و با آن یک ضربه بر متخلف [بیمار] جاری کند، در صورت تساوی تعداد شاخه‌ها با ضربه‌های حد متخلف، کفایت می‌کند.»^{۵۵} چنان‌که ملاحظه می‌شود در روایت مذکور به نوع جرم مستوجب ضَعْف اشاره نشده، بلکه به‌صورت عام بیان شده؛

۵۲. جعفری، اصلائی، «نقد و بررسی آراء تفسیری فریقین در تفسیر آیه ۴۴ سوره ص»، ۷۷.

۵۳. جعفری، اصلائی، «نقد و بررسی آراء تفسیری فریقین در تفسیر آیه ۴۴ سوره ص»، ۷۹.

۵۴. بروجردی، منابع فقه شیعه، ۵۶۳/۳۰.

۵۵. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۸/۴.

در صورت تساوی تعداد شاخه‌ها با ضربه‌های حد، این کار از اجرای حد کفایت می‌کند.

۴. شرط اجرای ضغث

اما شرط اجرای ضغث، غیر از ارتکاب جرمی که مستوجب حد غیر قتل یا تعزیر (بنابر نظر برخی فقها) باشد، عبارت است از: ۱. وجود بیماری در مرتکب جرم؛ ۲. مصلحت حاکم در تعجیل اجرای حد.^{۵۶}

۴. ۱. بیماری مرتکب

شرط لازم در صدور حکم به مجازات ضغث، وجود حالت بیماری در فرد مجرم است. لذا اجرای این نوع مجازات نسبت به افراد غیر بیمار ممکن نیست. لیکن بحثی که مطرح می‌شود این است که چه نوع بیماری سبب ثبوت حد ضغث و به تعبیر دیگر، باعث تبدیل کیفر تازیانه به شمار می‌شود؟ در پاسخ باید اظهار داشت: فقها بر نوع معین و خاصی از بیماری تصریح نکرده‌اند. برخی از فقها اذعان داشته‌اند: مقصود از بیماری در ضغث، مرض عرفی است که ظن خطر بر حیات دارد؛ یعنی با اقامه حد، حیات بیمار به خطر می‌افتد یا بیماری وی تشدید می‌یابد.^{۵۷} بنابراین، هر نوع بیماری که با اجرای مجازات موجب وخامت حال مریض یا منجر به مرگ او شود سبب سقوط حد تازیانه و اجرای ضغث می‌شود. از جمله بیماری‌هایی که فقها به عنوان نمونه ذکر کرده‌اند می‌توان به این موارد اشاره کرد: استسقا (پرنوشی)، دُمَل (آبسه عفونی)، فلج و زمین گیر بودن،^{۵۸} سل، ضعیف بودن بدن به دلیل ضعف الخلقه^{۵۹} یا ضعیف بودن بدن به دلیل پیری و سرطان،^{۶۰} بیماری قلبی و جراحی.^{۶۱} بنابراین، وجود بیماری شرط لازم است اما شرط کافی نیست؛ یعنی بیماری باید به گونه‌ای باشد که اجرای مجازات شلاق باعث تشدید بیماری یا مرگ وی شود. در نتیجه، بیماری‌های جزئی موجب ثبوت حکم ضغث نمی‌شود. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که از آنجایی که تشخیص وجود یا عدم بیماری امر تخصصی است و از صلاحیت و تخصص حاکم خارج است، مرجع تشخیص آن و درجه وخامت آن پزشک (پزشکی قانونی) است؛ زیرا امکان دارد فرد برای فرار از مجازات خود را به تمارض بزند.^{۶۲}

۵۶. زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی؛ بخش حدود، ۱/۱۷۸.

۵۷. طباطبایی حکیم، مسائل معاصرة فی فقه القضاة، ۱۷۷.

۵۸. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/۳۷۸.

۵۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۳۴۰؛ طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۱۵/۵۰۰؛ سبحانی، الحدود و التعزیرات، ۱۲۲.

۶۰. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۱/۴۹۴.

۶۱. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۲/۶۹۹.

۶۲. طباطبایی حکیم، مسائل معاصرة فی فقه القضاة، ۱۷۷؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۲/۶۹۹.

می‌توان گفت: دو دسته از بیماری‌ها هستند که می‌تواند منجر به صدور گواهی عدم تحمل کیفر ازسوی پزشکی قانونی شود: یکی، بیماری‌های سخت‌درمان که درمان آن‌ها دشوار و دوره درمان آن‌ها زمان‌بر و پرهزینه است و دوم، بیماری‌های درمان‌ناپذیر که هیچ درمانی یا درمان مناسبی برایش وجود ندارد و در کوتاه‌مدت سبب مرگ بیمار می‌شود.^{۶۳} در حال حاضر در قوانین ایران معیار دقیقی برای تعیین بیماری‌های سخت‌درمان و درمان‌ناپذیر وجود ندارد و فقط برخی مصوبات حمایتی وجود دارد که فهرستی از بیماری‌های صعب‌العلاجی را که مشمول حمایت‌های بیمه و از این قبیل می‌شوند ذکر کرده است. اما در عرف پزشکی بیماری‌های سخت‌درمانی وجود دارد که دقیقاً منطبق با مصوبات حمایتی نیستند.^{۶۴} بنابراین، تشخیص بیماری‌های سخت‌درمان تابع دو ضابطه «قانونی» و «عرفی» است. از یک سو، باید به فهرست مصوبات حمایتی به‌عنوان فهرست حداقلی بیماری‌های سخت‌درمان نگریسته شود (ضابطه قانونی) و ازسوی دیگر، چنانچه در عرف پزشکی بیماری‌هایی وجود دارد که درمان آن‌ها دشوار و زمان‌بر و پرهزینه است (ضابطه عرفی) بایستی به‌عنوان بیماری سخت‌درمان شناخته شده و ارفاقات قانونی درباره آن صورت گیرد.^{۶۵}

اما کلام فقها و تعابیر آن‌ها در خصوص دوام و به‌تعبیر دیگر، موقت یا دائمی بودن بیماری مختلف است و دو فرض وجود دارد: فرضی که امید به بهبودی بیمار نیست و فرضی که امید به بهبودی بیمار است. در فرضی که امید به بهبودی بیمار نیست نظر همه فقها بر اجرای ضَعْتُ است. اما در فرضی که امید به بهبودی بیمار است برخی بیان داشته‌اند که حد به تأخیر می‌افتد تا زمانی که بیمار بهبود یابد. بعضی دیگر نیز اظهار داشته‌اند که حاکم مختار است بین اینکه اجرای حد را به تأخیر بیندازد تا زمان بهبودی بیمار و بعد از بهبودی، حد کامل اجرا شود یا اینکه در صورت مصلحت، در حالت مرض ضَعْتُ اجرا شود. به دلیل مختلف بودن تعابیر فقها و جمع نشدن تحت یک عنوان و همچنین به دلیل جلوگیری از تحریف کلام آنان لازم دیده شد عبارات هریک به صورت جداگانه ذکر شود:

برخی از فقها بدون اینکه بر قابلیت بهبودی یا عدم بهبودی بیمار اشاره کنند، بیان داشته‌اند: بر بیماری که تحمل ضرب مکرر را نداشته باشد و مصلحت تعجیل در اجرای حد باشد، حد ضَعْتُ زده می‌شود.^{۶۶}

۶۳. حیدری، «مبانی، قلمرو و آثار فقهی-حقوقی؛ حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت درمان»، ۵۶.

۶۴. در نظام قانونی ایران برخی دستورالعمل‌ها در خصوص حمایت از بیماران صعب‌العلاج یا سخت‌درمان وجود دارد، از جمله: دستورالعمل مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نیز مصوبه ستاد کل نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۶ که ۲۹ بیماری را جزو بیماری‌های صعب‌العلاج دانسته است. مصوبه اخیر، تنها دسته‌بندی جامع از بیماری‌های صعب‌العلاج و سخت‌درمان در نظام حقوقی ایران است.

۶۵. حیدری، «مبانی، قلمرو و آثار فقهی-حقوقی؛ حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت درمان»، ۴۹.

۶۶. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲۵۵/۱؛ کاشف الغطاء، سفینة النجاة، ۵۸/۳؛ ذهنی تهرانی، عناوین الاحکام، ۱۷۵/۴.

برخی دیگر بیان داشته‌اند: ضغث، حد بیماری است که امید به بهبودی آن نباشد.^{۶۷}
برخی بیان داشته‌اند: ضغث، حد بیماری است که طاقت تازیانه ندارد لیکن اگر امیدی به بهبودی باشد تأخیر در اجرای حد جایز است.^{۶۸}

مریض که مرتکب زنا شده است رجم می‌شود لیکن تازیانه زده نمی‌شود، به دلیل جلوگیری از سرایت بیماری و انتظار می‌کشند تا بهبود یابد، اما اگر بنا بر نظر حاکم، مصلحت در تعجیل بر اجرای حد باشد، با ضغث زده می‌شود مشتمل بر عدد معتبر.^{۶۹}

بر بیماری که خوف آن می‌رود در اثر اجرای تازیانه بمیرد یا بیماری‌اش وخامت یابد حد جاری نمی‌شود تا زمانی که بهبود یابد و در صورتی که امید به بهبودی نباشد با استفاده از ضغث یک‌بار زده می‌شود.^{۷۰} در این صورت، حد به تأخیر نمی‌افتد؛ زیرا برای بیماری پایانی متصور نیست که بتوان انتظار آن را داشت.^{۷۱}

اگر مصلحت اقتضا کند بیمار را قبل از بهبودی حد زنند با یک دسته تازیانه یک‌بار بر او می‌زنند.^{۷۲}
بیمار حد جلد نمی‌خورد تا بهبود یابد، برای جلوگیری از مرض و اگر رأی حاکم مصلحت در تعجیل باشد؛ مانند هنگامی که امید به بهبودی نیست، یک‌بار با ضغث بر وی زده می‌شود.^{۷۳}
ضغث برای فردی است که یا ضعیف است یا بیماری شدید دارد که امکان بهبودی ندارد، که در این حالت چنانچه مصلحت تعجیل در اجرای حد باشد، پس به صورت ضغث مشتمل بر عدد معتبر از حد از شمار یخ یا چوب یا شلاق زده می‌شود. از جمله مصالحی که باعث تعجیل در اجرای حد می‌شود، هنگامی است که بدانیم امیدی به بهبودی مریض وجود ندارد.^{۷۴}

دلیل مختلف بودن تعبیر روایات است. در برخی از روایات آمده: معصومان (ع) حد ضغث را در حالت بیماری مرتکب جاری کرده‌اند، که به این دسته از روایات در بخش‌های گذشته اشاره شد و به دلیل جلوگیری از تکرار، از ذکر مجدد آن‌ها خودداری می‌شود. اما در برخی دیگر از روایات آمده است که معصومان حد را در حالت بیماری مرتکب جاری نکردند و صبر کردند تا بیمار بهبود یابد، که در ذیل به

۶۷. طوسی، الخلاف، ۳۸۰/۵.

۶۸. شیخ بهایی، جامع عباسی، ۹۱۹.

۶۹. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۴۵۸/۴ تا ۴۵۸/۵؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۴۲۴؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۵۴/۳.

۷۰. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۱۱/۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۸/۱۴.

۷۱. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۸/۱۴.

۷۲. علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۷۳۴.

۷۳. طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۰۰/۱۵؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۵۰/۵.

۷۴. گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۱/۱.

آن‌ها اشاره می‌شود:

امام صادق(ع) فرمود: «مردی که کار موجب حد انجام داده بود و جراحی (قروح) و بیماری داشت، نزد امیرالمؤمنین علی(ع) آوردند. حضرت فرمود: او را تا زمانی که سلامت و بهبودی می‌یابد نگاه دارید، برای آنکه زخم‌هایش باز نشود که می‌میرد، اما آن زمان که بهبود یافت وی را حد می‌زنیم.»^{۷۵}

امیرالمؤمنین علی(ع) فرمود: «مردی را که خیلی سخت بیمار و نزدیک به موت بود و کاری انجام داده بود که حد بر وی ثابت می‌شد، نزد پیامبر(ص) آوردند. پیامبر(ص) فرمود: آیا تو به خود مشغول نشدی و از حرام باز نماندی؟ وی گفت: ای پیامبر خدا، حالتی به من روی داد که اختیار خود را نداشتم. پیامبر(ص) فرمود: او را بگذارید تا بهبودی یابد، آن وقت حد بر او اجرا می‌شود.» امیرالمؤمنین علی(ع) فرمود: «فرد مبتلا به حصبه و جذامی حد ندارد تا زمانی که سلامت یابد. می‌ترسم که حد بر او جاری کنم و جراحاتش باز شود و بمیرد ولی آن‌گاه که سلامتی یابد، او را حد خواهیم زد.»^{۷۶}

همچنان‌که ملاحظه می‌شود برخی روایات دلالت دارند که حد به تأخیر انداخته می‌شود تا مریض بهبودی یابد؛ زیرا اجرای حد باعث تشدید بیماری مرتکب می‌شود و این کار ممکن است مقدمه مرگ مجرم بیمار باشد. لیکن دسته‌ای دیگر از روایات بیان می‌دارند که معصومان حد را به تأخیر نینداخته و در همان حال بیماری مجرم، حد را به شکل ضَعْتُ بر وی اجرا کردند. حال به چه شکل این دو دسته روایات را با هم جمع کنیم؟ در این مورد، دو راه حل ارائه داده‌اند:

راه حل اول. روایات تأخیر در اجرای حد مربوط به زمانی است که امید به سلامت بیمار باشد. از این رو، کلمه «تبرء» در آن‌ها به کار رفته است. اما روایات شمراخ زمانی است که امیدی به رفع مریضی نباشد. در زمان گذشته کسی که مبتلا به استسقا و آب‌آوردن شکم می‌شد راه درمانی برای آن نمی‌دانستند، از این رو چون امید به سلامت و بهبودی بیمار نبود، رسول خدا(ص) حد را بر بیمار جاری ساختند.

راه حل دوم. پیامبر(ص) مصلحتی در تعجیل اجرای حد دیدند و به همین دلیل حد را جاری کردند، ولی روایات قروح مربوط به زمانی است که مصلحتی در تعجیل حد نباشد.

این دو راه حل برای جمع روایات، مقابل یکدیگر نیست و می‌توان هر دو را موجه دانست؛ بنابراین، اگر امید به بازیابی سلامت مجرم نباشد یا حاکم مصلحت در تعجیل بر اجرای حد دید، دسته‌ای از صد شمراخ یا غیر آن تهیه کرده و یک مرتبه به فرد می‌زنند.^{۷۷}

۷۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰/۲۸؛ بروجردی، منابع فقه شیعه، ۵۶۳/۳۰.

۷۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۸/۲۸.

۷۷. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۵۰۳/۱.

در مجموع می‌توان گفت: اگر حد مریض تازیانه باشد، صبر می‌کنند و به انتظار بهبودی او می‌نشینند تا مبدا اجرای حد موجب مرگ یا سرایت بیماری به سایر اعضا شود و بعد از بازیافتن سلامت، حد جاری می‌شود. اما اگر بیماری مجرم به‌صورتی است که امیدی بر بهبودی و شفای وی نمی‌رود یا حاکم مصلحت را در تعجیل اجرای حد ببیند، هرچند امید به شفای بیمار باشد، در این صورت یک دسته صدتایی (اگر حد مجرم صد تازیانه است) از تازیانه یا شاخه خرما یا شاخه سایر درختان به هم بسته، یک‌بار بر او زده می‌شود.^{۷۸} بر همین اساس، امام خمینی در تحریر الوسیله بیان داشته‌اند: حد بر مریض در صورتی که قتل یا رجم باشد، واجب است. اما هیچ‌کدام از آن‌ها جلد زده نمی‌شود، به دلیل بیم سرایت و برای خوب شدن آن صبر کرده و اگر توقع خوب شدن نباشد یا حاکم مصلحت بداند که تعجیل شود، آن‌ها را به وسیله یک دسته که مشتمل بر عدد است، از تازیانه‌ها یا شاخه‌های کوچکی که به شکل خوشه روی شاخه‌های درخت سبز می‌شود یا مانند این‌ها می‌زند.^{۷۹}

۲.۴. مصلحت

شرط دوم اجرای حد ضغث، وجود مصلحت بود. اما منظور از مصلحت چیست؟ در این خصوص چند نظر وجود دارد: برخی فقها گفته‌اند: مراد از مصلحت، نظر حاکم است.^{۸۰} برخی دیگر بیان داشته‌اند: از مصادیق مصلحت، موردی است که امیدی به بهبودی بیمار نیست، در این حالت برای تعطیل نشدن حدود الهی بسته‌ای از چوب به تعدادی که باید بر بزه‌کار زده شود، یک‌بار به بدن او می‌زنند.^{۸۱} برخی دیگر اظهار داشته‌اند: مراد از تعجیل و مصلحت باعث انزجار دیگران شدن و ترس به از بین رفتن فواید حد است.^{۸۲} بعضی دیگر، مصلحت را آن دانسته‌اند که قانون‌شکنی کم‌تر شود و حریم قانون و ظاهر حفظ شود؛ زیرا شارع به حفظ ظاهر اهمیت می‌دهد.^{۸۳}

از جمع نظرات مذکور می‌توان گفت: مرجع تشخیص مصلحت، حاکم است و چنانچه حاکم تشخیص دهد که امیدی به بهبود بیمار نیست، برای ایجاد رعب دیگران و جلوگیری از بین رفتن فواید و آثار حد می‌تواند حد را جاری سازد. البته نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که موضوع بهبودی یا عدم بهبودی بیمار و نیز تشخیص نوع بیماری که مانع تحمل مجازات می‌شود، امری فنی و اظهار نظر درباره

۷۸. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۴۹۴/۱.

۷۹. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۹۱/۴.

۸۰. گلپایگانی، الدر منضود، ۳۷۷/۱.

۸۱. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۵۰/۵.

۸۲. آبی، کشف الرموز، ۵۴۹/۲؛ طباطبایی حکیم، مسائل معاصره فی فقه القضاء، ۱۷۶.

۸۳. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۱۵/۳.

آن در تخصص کارشناس، که در حال حاضر سازمان پزشکی قانونی می‌باشد، است و قاضی در این زمینه رأساً عمل نمی‌کند. در واقع، قاضی زمانی می‌تواند با احراز مصلحت، حکم به اجرای ضَعْتُ دهد که طبق پزشکی قانونی فرد محکوم به دلیل بیماری توانایی تحمل کیفر را نداشته باشد. بر همین اساس، در ماده ۵۰۲ قانون قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ آمده است: «هرگاه محکوم علیه به بیماری جسمی یا روانی مبتلا باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی وی شود، قاضی اجرای احکام کیفری با کسب نظر پزشکی قانونی تا زمان بهبودی، اجرای مجازات را به تعویق می‌اندازد. چنانچه در جرایم تعزیری امیدی به بهبودی بیمار نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری پس از احراز بیماری محکوم علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات، با ذکر دلیل، پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات به مرجع صادرکننده رأی قطعی ارسال می‌کند.» ماده ۱۳۰ آیین نامه نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص نفس و عضو و جرح، دیات، شلاق، تبعید، نفی بلد، اقامت اجباری و منع از اقامت در محل یا محل های معین مصوب ۱۳۹۸ نیز مقرر می‌دارد: قاضی اجرای احکام کیفری در صورت ادعای محکوم دایر بر وجود مانع پزشکی برای اجرای مجازات شلاق، وی را به پزشکی قانونی معرفی می‌کند. هرگاه به تشخیص پزشک قانونی امید به رفع مانع باشد، اجرای مجازات شلاق تا زمان بهبودی به تعویق می‌افتد و در غیر این صورت، در شلاق تعزیری وفق ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری اقدام می‌شود و در شلاق حدی به دستور دادگاه با یک دسته ترکه یا شلاق (ضَعْتُ) که به تعداد ضربات حد است، فقط یک بار به محکوم زده می‌شود؛ هرچند همه آن‌ها به بدن او نرسد.

۵. حکم باز یافت سلامتی بعد از ضَعْتُ

موضوعی که باید به آن توجه داشت این است که با اجرای ضَعْتُ، حد جاری شده و به عبارتی دیگر، حد ساقط می‌شود. بر همین اساس، فقها بیان کرده‌اند: چنانچه بعد از اجرای ضَعْتُ، فرد مجرم سلامتی خود را باز یابد مجدداً حد اعاده نمی‌شود.^{۸۴} دلیل این امر را اولاً اطلاق ادله می‌دانند که ضرب ضَعْتُ کفایت می‌کند و ثانیاً قاعده درء.^{۸۵} برخی دیگر در توجیه عدم اعاده گفته‌اند: این مسئله به نماز و عبادتی شبیه است که پس از انجام آن، بار دیگر با حصول شرایط، اعاده ندارد.^{۸۶} لذا جاری ساختن حد برای مرتبه

۸۴. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۴۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۴۱/۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۹/۱۴؛ شهید ثانی، شرح لمعة دمشقیة، ۸۲/۱۳؛ فاضل موحّدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۴۹۴/۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۳۰/۳؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۹۷/۴؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۸۲/۲۷.

۸۵. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۴۱/۱.

۸۶. فاضل موحّدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۴۹۴/۱.

دوم بی‌معناست؛ زیرا در زمان اجرای حد، مجرم بیمار بوده و حدی که شارع برای او تعیین کرده بود اجرا شده است و دلیلی بر اجرای دوباره آن نداریم.^{۸۷} آرای مذکور صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا وقتی چیزی ساقط شد از بین می‌رود و دیگر وجود ندارد که مجدداً اعاده شود؛ مانند زمانی که فردی از ارتکاب جرمی نزد حاکم توبه کند که در این حال با توبه مجازات او ساقط می‌شود، لیکن چنانچه فرد بعد از توبه مجدداً به دلایلی مرتکب جرمی شود به شرط آنکه توبه وی صوری نبوده باشد، مجازات بزه سابق اعاده و اجرا نمی‌شود.

۶. وسیله اجرای ضغث

در خصوص اینکه وسیله‌ای که با آن ضغث اجرا می‌شود چه چیزی باید باشد، کلام فقها مختلف است. برخی فقط به شمراخ (خوشه خرما) اشاره کرده‌اند.^{۸۸} برخی چوب (ترکه) و شمراخ را گفته‌اند.^{۸۹} بعضی به چوب، شمراخ و تازیانه اشاره کرده‌اند.^{۹۰} برخی گفته‌اند: چوب و مانند آن.^{۹۱} بعضی فقط تازیانه را گفته‌اند.^{۹۲} در بررسی آرای مذکور می‌توان گفت: آنچه از آیه ۴۴ سورة «ص» در باب داستان حضرت ایوب و روایات وارده از معصومان برداشت می‌شود عبارت است از اینکه: وسیله‌ای که با آن ضغث اجرا شده، دسته‌ای از ترکه‌ها؛ چوب‌های نازک گیاهان یا درختان بوده است و در روایات وارد، به تازیانه (نوار چرمی به هم بافته شده) اشاره‌ای نشده است. در نتیجه، عقیده آن دسته از فقها که به تازیانه اشاره کرده‌اند صحیح به نظر نمی‌رسد.

۷. کمیت و کیفیت ضرب با ضغث

۷.۱. کمیت ضرب

در خصوص تعداد ضرباتی که با ضغث باید زده شود در مباحث گذشته اشاره شد که «یک ضربه» است. لذا در این قسمت به دلیل عدم تکرار، از ذکر مجدد آن‌ها خودداری می‌شود و فقط به عنوان نمونه به

۸۷. فاضل موحّدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۵۰۵/۱.

۸۸. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۴ تا ۵/۴۵۸؛ خویی، مبانئ تکملة المنهاج، ۲۱۲/۱؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۵۳۱/۳.

۸۹. طوسی، الخلاف، ۳۷۹/۵.

۹۰. خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۹۷/۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۶۲/۱۰؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۱/۱؛ طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۰۰/۱۵.

مکارم شیرازی، انوار الفقاهة: کتاب الحدود و التعزیرات، ۳۳۷/۱.

۹۱. ذهنی تهرانی، مباحث الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، ۱۷۲/۲۷؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۵۰/۵؛ شهید ثانی، شرح لمعه دمشقیه، ۸۱/۱۳.

۹۲. شیخ بهایی، جامع عباسی، ۹۱۹؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۷۳۴.

کلام برخی اشاره می‌شود. آیت‌الله خویی می‌فرماید: بر مریضی که خوف آن می‌رود در اثر اجرای حد شلاق بمیرد حد جاری نمی‌شود تا زمانی که بهبود یابد و در صورتی که امید به بهبودی وی نباشد با استفاده از ضَعْتُ مشتمل بر عدد معتبر، یک‌بار بر او زده می‌شود و لازم نیست تمام شاخه‌ها به بدن او اصابت کند.^{۹۳}

نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که در ضَعْتُ وصول همه ترکه‌ها را به بدن مجرم لازم نمی‌دانند و غالباً با این عبارت موضوع را مطرح کرده‌اند: «ولا یشرط وصول کُل شمراخ الی جسده».^{۹۴} علت این موضوع را اطلاق ادله و دشواری و محال چنین امری دانسته‌اند،^{۹۵} زیرا هنگامی که یک قبضه از ترکه‌ها یا تازیانه‌ها درست شود، تعدادی از آن‌ها در وسط و بالا قرار می‌گیرد و فقط مقداری که در زیر واقع می‌شود با بدن مجرم تماس پیدا کند. لذا قاعداً وصول تمام ترکه‌ها به بدن ناممکن است. پس آنچه لازم است عبارت است از اینکه: عنوان ضرب، به مجموع ترکه‌ها اطلاق شود؛ یعنی با آن مجموعه، ضربه بر بدن مجرم وارد شود.^{۹۶}

فقها فرض دیگری را مطرح کرده‌اند و آن این است که چنانچه تعداد ترکه‌ها یا تازیانه در ضَعْتُ به گونه‌ای باشد که در یک دسته جا نشود، به گونه‌ای که نتوان همه آن‌ها را در دست گرفت و به یک‌بار با آن‌ها ضربه زد، در این صورت تکلیف چیست؟ در پاسخ به این مسئله برخی فقها چنین اظهار داشته‌اند: اگر تعداد چوب‌ها آن گونه بود که همه آن‌ها در دست جا نگیرد، نصف آن را (۵۰ تا) بر می‌دارد و دو بار بر بدن مجرم می‌زند.^{۹۷} برخی دیگر از فقها اظهار داشته‌اند: اگر عدد چوب‌ها به قدری بوده که وقتی به صورت مجموعه و دسته در آمدند در دست جا نگرفته و مجری حدّ نتوانست آن‌ها را به دست بگیرد و یک‌بار به بدن مجرم بزند، حکم این است که مجموعه را چند بسته کوچک‌تر کرده و چند بار به بدن مجرم بزند تا جایی که عدد نصاب حدّ کامل شود.^{۹۸} آرای مذکور قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً آنچه از آیه ۴۴ سوره ص

۹۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۱۱/۱.

۹۴. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۳، ۴۵۸/۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۸/۱۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۱۳/۹؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج،

۲۱۲/۱؛ منتظری، کتاب الحدود، ۹۸/۱؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۴۱؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۶/۱؛ تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات،

۱۳۱؛ فخر وجدانی، الجواهر الفخریة، ۱۲۶/۱۶؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۵۴/۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۶۲/۱۰.

۹۵. گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۶/۱؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۴۱؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۶۲/۱۰؛ سبحانی، الحدود و التعزیرات، ۱۲۲؛

تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۱۳۱؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۵۴/۳.

۹۶. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۵۰۳/۱.

۹۷. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۷۷/۱۴؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۷۱/۱؛ منتظری، کتاب الحدود، ۹۷/۱؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب

اهل بیت، ۱۵۰/۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۴۱.

۹۸. شهید ثانی، شرح لمعه دمشقیه، ۸۱/۱۳؛ ذهنی تهرانی، مباحث الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، ۱۷۱/۲۷.

برداشت می‌شود آن است که خداوند به ایوب (ع) فرمود یک دسته بردار و یک ضرب بزَن «وَحُذْ بِيدِكَ ضَعْفًا فَاصْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ». واژه «فاضرب» مفرد است و دلالت بر یک ضربه دارد؛ ثانیاً روایت وارده از معصومان نیز دلالت بر ضرب واحد دارد؛ ثالثاً آنچه در ضغث مدنظر بوده، رعایت حال بیمار و جلوگیری از وخامت حال وی است، به همین دلیل ترکه‌ها باید آن قدر نازک باشد که در یک دسته جا گیرد و یک بار زده شوند، وگرنه چنانچه ترکه‌ها ضخیم باشد، به گونه‌ای که در دست جا نشوند و مثلاً در جرم زنا پنج دسته بیست تایی را تشکیل دهد، نتیجه این امر نه تنها ضربات متعدد خواهد بود، بلکه دردآوری بیشتر برای مجرم بیمار و وخامت حال او را ممکن است به دنبال داشته باشد، که این امر با فلسفه ضغث منافات دارد. ضمن آنکه به دسته‌ها و چوب‌های ضخیم نیز عرفاً دیگر عنوان ضغث اطلاق نخواهد شد.

۲.۷. کیفیت ضرب

در باب نحوه ضرب در ضغث چند مسئله مطرح می‌شود: ۱. آیا ضربه می‌بایست دردآور باشد یا خیر؟ ۲. نحوه زدن ضربه چگونه باید باشد؟

اما از حیث شدت، ضربه باید به گونه‌ای باشد که عنوان ضرب بر آن صدق کند؛ یعنی باعث درد شود. پس صرفاً دست را بالا آوردن و گذاشتن ترکه‌ها روی بدن کافی نیست.^{۹۹} بنابراین، بایستی عنوان «ضرب» صدق کند و دردآور باشد، هر چند که از فاصله کم باشد. پس اگر آن قبضه را یک وجب بالا بیاورد و بر بدن زانی بزند، عنوان «ضرب» صادق نیست.^{۱۰۰} دلیل این امر نیز مشخص است؛ چراکه اولاً اگر هدف این می‌بود که دردی بر مجرم وارد نشود اصولاً می‌بایست مجازات ساقط می‌شد، نه اینکه به ضغث تبدیل شود؛ ثانیاً چنانچه دردآوری ملاک نباشد، نتیجه آن خواهد بود که صرفاً نمایشی ظاهری بوده که این امر باعث لوٹ‌شدن اجرای احکام اسلامی می‌شود و مسلم است چنین موضوعی مدنظر شارع نبوده است. بنابراین، مجرد اتصال دسته‌ها و برخورد با بدن کافی نیست. به همین دلیل، فقها عنوان کرده‌اند چنانچه دسته‌ها کامل به بدن اصابت نکند و اجمالاً دردآور نباشد، حد ساقط نمی‌شود.^{۱۰۱}

نتیجه‌گیری

از جمله مجازات‌های در نظر گرفته شده در شرع اسلام، مجازات ضغث است. مجازات ضغث، کیفر

۹۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۷۲/۱۴؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۸۱/۱۳؛ ذهنی تهرانی، مباحث الفقہ فی شرح الروضة البهیة، ۱۷۱/۲۷؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۴۱؛ سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمیة و الدینیة، ۱۰۸/۱؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۶۳/۱۰؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۸۲/۲۷.

۱۰۰. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۵۰۳/۱.

۱۰۱. محمدی، حقوق کیفری اسلام؛ ترجمه مسالک الافهام، ۴۱.

بزهکاری است که به دلیل بیمار بودن توانایی تحمل مجازات اصلی و کامل جرم ارتكابی‌اش را ندارد. لذا برای آنکه اجرای کیفر باعث تشدید بیماری او یا مرگش نشود، مجازات اصلی وی به مجازات سبک‌تری به نام ضَعْث تبدیل می‌شود.

در اینکه مجازات ضَعْث، خاص چه نوع جرمی است، در کلام فقها دو روایت وجود دارد: برخی از فقها، خصوصاً فقهای متقدم در آثار خود ضَعْث را در کتاب زنا و به‌عنوان یکی از مجازات‌های زنای غیر محصنه ذکر کرده‌اند (لیکن به‌صراحت نمی‌توان گفت با اجرای ضَعْث در سایر جرایم مخالف هستند). در مقابل، عده‌ای دیگر از فقهای متأخر معتقدند که ضَعْث در تمامی جرایم حدی که مجازات آن از نوع جلد است و نیز در تعزیرات نیز اعمال‌شدنی است. به دلایلی از این دست دیدگاه اخیر صحیح‌تر به نظر می‌رسد: اولاً آن عاملی که موجب تبدیل مجازات اصلی به ضَعْث شده، «بیماری مرتکب» است، به‌طوری که اجرای مجازات اصلی ممکن است باعث تشدید بیماری وی یا مرگ او شود که این امر مورد تأیید شرع اسلام نیست؛ زیرا شخصی که جرم مستوجب حد جلد یا قطع انجام داده است، مجازات وی سلب حیات نیست و خون وی محترم است. پس چنانچه احتمال آن رود که اجرای مجازات باعث مرگ وی شود، باید از اجرای چنین مجازاتی اجتناب کرد. در نتیجه، در سایر جرایم و مجازات‌ها نیز هرگاه این علت (بیماری مرتکب) موجود باشد، می‌توان از آن استفاده عموم کرد و حکم به ضَعْث داد؛ ثانیاً وقتی مجازات حدی با وجود مهم‌تر بودن آن نسبت به تعزیرات به ضَعْث تبدیل می‌شود، در تعزیرات از راه تنقیح مناط و قیاس اولویت می‌توان حکم ضرب با ضَعْث را استنباط کرد.

فقهای اسلام شرایط کیفر ضَعْث را به‌تفصیل و به‌صورت جزئی بیان کرده‌اند که این شرایط عبارت‌اند از: ۱. مرتکب باید بیمار باشد؛ ۲. بیماری وی باید شدید باشد، به‌گونه‌ای که اجرای مجازات باعث مرگ بیمار یا تشدید بیماری وی شود؛ ۳. باید امیدی به بهبودی بیمار نباشد، وگرنه می‌توان تا زمان بهبودی، اجرای مجازات اصلی را به تأخیر انداخت؛ ۴. چنانچه امید به بهبودی بیمار باشد و حاکم مصلحت را در اجرای فوری حد بداند، می‌تواند در همان حالت بیماری حد ضَعْث را اجرا کند؛ ۵. ضربه‌ای که به‌عنوان ضَعْث وارد می‌شود باید عنوان ضرب به آن صدق کند و اجمالاً دردآور باشد و صرف بالا آوردن دست و زدن ضربه جزئی کفایت نمی‌کند؛ ۶. هنگام اجرای ضَعْث لازم نیست تمام ترک‌ها یا تازیانه‌ها که با آن ضَعْث اجرا می‌شود به بدن محکوم اصابت کند؛ ۷. در صورتی که محکوم بیمار بعد از اجرای ضَعْث سلامت خود را باز یابد، مجازات اصلی اعاده نمی‌شود.

منابع

- آبی، حسن بن ابیطالب. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. تفسیر القرآن العظیم. بیروت: دار الکتب العلمیه. چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ سوم، ۱۴۱۹ق.
- ایازی، محمد علی. ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن‌ها. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- بحرانی، هاشم بن سلیمان. البرهان فی تفسیر القرآن. تهران: بعثت. ۱۴۱۶ق.
- بروجردی، حسین. منابع فقه شیعه: ترجمه جامع الاحادیث الشیعه. ترجمه احمد اسماعیل تبار، احمد رضا حسینی، مهدی حسینیان، تهران: فرهنگ سبز. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- تبریزی، جواد. أسس الحدود و التعزیرات. قم: مهر. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- جعفری، محمد، مهدی اصلانی. «نقد و بررسی آراء تفسیری فریقین در تفسیر آیه ۴۴ سوره ص»، پژوهش‌های تفسیری تطبیقی. دوره ۶، ش ۱، پیاپی ۱۱، ۱۳۹۹، ۹۲ تا ۶۷. doi:10.22091/PTT.2020.4371.1560
- حاجی ده‌آبادی، احمد. قواعد فقه جزایی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: آل‌البت (ع) لاحیاء التراث. چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
- حیدری، علی مراد. «مبانی، قلمرو و آثار فقهی-حقوقی؛ حق سلامت زندانیان دارای بیماری سخت درمان»، آموزه‌های حقوق کیفری. دوره ۱۶، ش ۱۷، ۱۳۹۸، ۲۹ تا ۶۶.
- 20.1001.1.22519351.1398.16.17.2.4doi
- خدایاری، حسین، رحیم نوبهار. «امکان‌سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی. دوره ۱۲، ش ۲، ۱۳۹۷، ۱۸۳ تا ۲۰۷. Doi ندارد.
- خمینی، روح‌الله. تحریر الوسیله. ترجمه علی اسلامی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۳.
- خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. نجف: الآداب. ۱۹۷۵م.
- ذهنی تهرانی، محمد جواد. عناوین الاحکام. قم: وجدانی. چاپ اول، ۱۳۷۳.
- ذهنی تهرانی، محمد جواد. مباحث الفقهیه فی شرح الروضة البهیة. قم: وجدانی. چاپ سوم، ۱۳۷۶.
- روحانی، محمد صادق. استفتائات قوة قضاییه. تهران: حدیث دل. چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- زراعت، عباس. شرح قانون مجازات اسلامی؛ بخش حدود. تهران: ققنوس. چاپ اول، ۱۳۸۰.
- سبحانی، جعفر. الحدود و التعزیرات فی الشریعة الاسلامیه. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۳۲ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: المؤلف. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.

- سرور، ابراهیم حسین. المعجم الشامل للمصطلحات العلمية و الدينية. بیروت: هادی. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- سلطان علیشاه، سلطان محمد بن حیدر. بیان السعادة فی مقامات العبادة. بیروت: الأعلمی. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية. بیروت: دار التراث الدار الاسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. شرح اللمعة الدمشقية؛ کتاب الحدود و القصاص و الدیات. ترجمه علی شیروانی. قم: دار العلم. چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة. چاپ سوم، ۱۴۲۵ق.
- شیخ بهایی، محمد بن حسین. جامع عباسی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۳۶۲.
- طباطبایی حکیم، محمد سعید. مسائل معاصرة فی فقه القضاء. نجف: دار الهلال. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر قرآن. تهران: ناصر خسرو. ۱۳۷۲.
- طبری، محمد بن جریر. جامع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۰ق.
- عابدی، احمد رضا. اجرای احکام کیفری. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه. چاپ هشتم، ۱۴۰۱.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمین. ترجمه ابوالحسن شعرانی. قم: اسلامیة. چاپ هفتم، ۱۳۹۰.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علوی گرگانی، محمد علی. اجوبة المسائل. قم: دفتر آیت الله علوی گرگانی. چاپ اول، ۱۳۸۴.
- غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية. بیروت: دار الطبعة البيضاء. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. آیین کیفری اسلام؛ شرح فارسی تحریر الوسيلة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار. چاپ اول، ۱۳۹۰.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. قاعدة میسور. تنظیم مرتضی محقق. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار. چاپ اول، ۱۳۹۶.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام عن قواعد الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر. مفاتیح الغیب. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ سوم، ۱۴۲۰ق.
- فخر وجدانی، قدرت الله. الجواهر الفخرية فی شرح الروضة البهية. قم: سماء القلم. چاپ دوم، ۱۳۸۴.

فیض، علیرضا. مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام. تهران: سازمان چاپ و انتشارات. چاپ هشتم، ۱۳۸۹.

قرطبی، محمدبن احمد. الجامع لاحکام القرآن. تهران: ناصر خسرو. چاپ اول، ۱۳۶۴.

قمی، علی بن ابراهیم. تفسیر قمی. به تحقیق سیدطیب موسوی جزایری. قم: دار الکتب. چاپ اول، ۱۳۶۷.

کاشف الغطاء، احمد. سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادت. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

گلپایگانی، محمدرضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. گردآوری علی کریمی جهرمی. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: البعثة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: رشید. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.

محمودی، ابوالحسن. حقوق کیفری اسلام: ترجمه حدود، تعزیرات، قصاص و دیات از کتاب شرایع الاسلام-محقق حلی و مسالک الافهام شهید ثانی. تهران: مرکز نشر دانشگاهی. چاپ اول، ۱۳۷۴.

مرعی، حسین عبدالله. القاموس الفقهی. بیروت: دار المجتبی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

مغنیه، محمدجواد. التفسیر الکاشف. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة؛ کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

مکارم شیرازی، ناصر. حیلہ های شرعی و چاره جویی صحیح در فقه اسلامی. تهیه و تنظیم ابوالقاسم علیان نژادی. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. چاپ دوم، ۱۳۸۳.

مکارم شیرازی، ناصر. کتاب النکاح. تنظیم مسعود مکارم. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. چاپ اول، ۱۳۸۱.

منتظری، حسین علی. کتاب الحدود. قم: دار الفکر. چاپ اول، بی تا.

منتظری، حسین علی. مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: نگین. چاپ دوم، ۱۳۷۶.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.

مؤمنی، عابدین، حامد رستمی نجف آبادی. «نقش مصلحت در اجرای مجازات حدی»، فقه مقارن. ش ۵، ۱۳۹۴، ۳۹ تا ۹.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. رسائل. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۳۸۵.

نوری همدانی، حسین. هزار و یک مسأله فقهی. قم: مهدی موعود (قدسیان). چاپ دوم، ۱۳۸۸.

هاشمی شاهرودی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). قم: دائرة المعارف اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۲.

Transliterated Bibliography

Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭālib. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

ʿĀbidī, Aḥmad Rizā. *Ijrāy Aḥkām Kayfārī*. Tehran: Markaz Maṭbūʿāt va Intishārāt Quvīh-yi Qazāyīh, Chāp-i Hashtum, 1981/1401.

ʿAlawī Gurgānī, Muḥammad ʿAlī. *Ajvibat al-Masāʾil*. Qum: Daftar Āyat Allāh ʿAlawī Gurgānī. Chāp-i Awwal, 2006/1384.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawāʿid al-Aḥkām*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Mutaʿallimīn*. Tarjumah Abū al-Ḥasan Shīʿrānī. Qum: Islāmīyya. Chāp-i Haftum, 1970/1390.

Ayāzī, Muḥammad ibn ʿAlī. *Malākāt Aḥkām va Shīvīh-hā-yi Istikshāf ān-hā*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 1970/1389.

Bāhrānī, Ḥāshim ibn Sulaymān. *al-Burhān fī Tafṣīr al-Qurʾān*. Tehran: Baʿthat. 1996/1416.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Manābīʿ Fiqh Shīʿah: Tarjamah-yi Jāmiʿ al-Aḥādīth al-Shīʿa*. Translated by Aḥmad Ismāʿīltabār, Aḥmad Rizā Ḥusaynī, Mahdī Ḥusaynīyān, Tehran: Farhang Sabz, Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ʿan Qawāʿid al-Aḥkām*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ʿUmar. *Maḥāṣin al-Ghayb*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Tūrāth al-ʿArabī. Chāp-i Sivum, 2000/1420.

Fakhr Vujdānī, Qudrat Allāh. *al-Jawāhir al-Fakhriyya fī Sharḥ al-Rawḍa al-Bahīya*. Qum: Smāʾ Qalam. Chāp-i Duwwum, 2006/1384.

Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī. Muḥammad. *Āyīn Kayfārī Islām; Sharḥ Fārsī Tahṛīr al-Wasīlah*. Qum: Markaz-i Fiqhī Aʾimah Athār. Chāp-i Awwal, 2012/1390.

Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī. Muḥammad. *Qāʾidah-yi Maysūr*. Tanẓīm Murtaẓā Muḥaqqiq. Qum: Markaz-i Fiqhī Aʾimah Athār. Chāp-i Awwal, 2017/1396.

Fayḍ, ʿAlī Rizā. *Muqārīnih va Taṭbīq dar Ḥuqūq-i Jazā-yi ʿUmūmī Islām*. Tehran: Sāzimān-i Chāp va Intishārāt, Chāp-i Hashtum, 2011/1389.

Ghadīrī, ʿAbd Allāh ʿIsā Ibrāhīm. *al-Qāmūs al-Jāmiʿ li-l-Muṣṭalaḥāt al-Fiqhiyya*. Beirut: Dār al-Ṭabʾ al-Bayḍāʾ. Chāp-i

Awwal, 1997/1418.

Gulpāygānī, Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḡūd fi Ahkām al-Hudūd*. Girdāvari 'Alī Karīmī Jahrumī. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Ḥājīdihābādī, Aḥmad. *Qawā'id Fiqh Jazāyī*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. Chāp-i Duwwum, 2011/1389.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Dāyrah al-Ma'ārif Islāmī. Chāp-i Awwal, 2014/1392.

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shi'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. Chāp-i Sivum, 1995/1416.

Ḥydarī, 'Alī Murād. "Mabānī, Qalamrū va Āsār Fiqhī-Ḥuqūqī; Ḥaq Salāmat Zindāniyān Dārāy Bimārī Sakht Darmān". *Āmūzih-hā-yi Huqūq-i Kayfārī*. Durīh-yi 16, no.17(2020/1398): 29-66.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1984/1363.

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 Kathīr, Ismā'īl ibn 'Umar. *Tafsīr al-Qurān al-'Azīm*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. Chāp-i Duwwum, 1998/1419.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Sivum, 1998/1419.

Ja'farī, Muḥammad, Maḥdī Aṣlānī. "Naqd va Barrisī Ārā'yī Tafsīrī Fariqiyn dar Āyih-yi 44 Sūrah-yi Ṣād". *Pazhūhish-hā-yi Tafsīrī Taṭbiqī*, Durīh-yi 6, no. 1 (2021/1399): 67-92.

Kāshif al-Ghiṭā', Aḥmad. *Safinat al-Najāt wa Mishkāt al-Hudā wa Miṣbāḥ al-Sa'ādāt*. Najaf: Mū'assisa Kāshif al-Ghiṭā' al-'Āmah. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Khudāyārī, Ḥusayn, Raḥīm Nūbahār. "Imkānsanjī Kārbast Nahād-hā-yi Jazāyī Nūpadid dar Ḥudūd". *Pazhūhish-hā-yi Huqūq Jazā va Jurmshināsī*. Durīh-yi 12, no. 2 (2019/1397): 183-207.

Khū'ī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Najaf: al-Ādāb. 1975/1395.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasilah*. Translated by 'Alī Islāmī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp Bist va Yikum, 2005/1383.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb-i al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī

Ṭālib. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Hilīh-hā-yi Shar'ī va Chārihjūyī Ṣaḥīḥ dar Fiqh Islāmī*. Tahiyih va Tanzīm Abū al-Qāsim 'Uliyānnizhād. Qum: Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib. Chāp-i Duwwum, 2005/1383.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Tanzīm Mas'ūd Makārim. Qum: Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib. Chāp-i Awwal, 1962/1381.

Mar'ī, Ḥusayn 'Abd Allāh. *al-Qāmūs al-Fiqhī*. Beirut: Dār al-Mujtabā. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *Rasā'il*. Qum: Būstān-i Kitāb. Chāp-i Awwal, 2007/1385.

Mughniyah, Muḥammad Javād. *Tafsīr-i al-Kāshif*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 2003/1424.

Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. *Huqūq-i Kiyfarī Islām: Tarjamah Ḥudūd, Ta'zīrāt, Qaṣāṣ va Diyāt az Kitāb Sharāy' al-Islām- Muḥaqqiq Ḥillī va Masālik al-Afhām Shahīd Thānī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i Dānishgāhī. Chāp-i Awwal, 1996/1374.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nafi' fi Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: al-Ba'tha, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Rashīd, Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Mu'minī, 'Ābidīn, Ḥamid Rustamī Najafābādī. "Naqsh Maṣliḥat dar Ijray Mujaẓāt Ḥadī". *Fiqh-i Muqārīn*, no. 5 (2016/1394): 9-39.

Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. *Kitāb-i al-Ḥudūd*. Qum: Dār al-Fikr, Chāp-i Awwal, s.d.

Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. *Mabānī Fiqhī Hukumat Islāmī*. Qum: Nigīn. Chāp-i Duwwum, 1998/1376.

Mūsawī Ardabilī, 'Abd Karīm. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Mū'assisa al-Nashr li-Jāmi'ah al-Mufid. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.

Nūrī Hamadānī, Ḥusayn. *Hizār va Yik Mas'alih-yi Fiqhī*. Qum: Mahdī Maw'ūd (Qudsiyān). Chāp-i Duwwum, 2010/1388.

Qumī, 'Alī ibn Ibrāhīm. *Tafsīr Qumī*. researched by Sayyid Ṭib Musavī Jazāyri. Qum: Dār al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1989/1367.

Qurṭabī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-Aḥkām al-Qurān*. Tehran: Nāṣir Khusrū. Chāp-i Awwal, 1986/1364.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Istiftā'āt Quvīh-yi Qazā'iyyih*. Tehran: Ḥadith Dil. Chāp-i Duwwum, 2003/1382.

Sabzawārī, 'Abd al-'Alā. *Muḥadhdhab al-Aḥkām fi Bayān Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Mu'allif, Chāp-i Chāhārum. 1993/1413.

- Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-ʿArabī. Chāp-i Haftum, 1984/1362.
- Shahid Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Lum'a al-Dimashqiya*. Beirut: Dār al-Tūrāth; Dār al-Islāmiya. Chāp-i Awwal, 1989/1410.
- Shahid Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqiyah*. Qum: al-Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- Shahid Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām fi Sharḥ Sharā' al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif-i al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 2004/1425.
- Shahid Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiya; Kitāb-i al-Hudūd wa al-Qaṣāṣ wa al-Diyāt*. translated by 'Alī Shīrāvanī. Qum: Dār al-ʿIlm. Chāp-i Chāhārum, 1965/1384.
- Shaykh Bahāyī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Jāmi' 'Abbāsī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2007/1386.
- Subḥānī, Ja'far. *al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt fi al-Sharī'a al-Islāmiya*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 2011/1432.
- Sulṭān 'Alīshāh, Sulṭān Muḥammad ibn Hiydar. *Bayān al-Sa'āda fi Maqāmāt al-'Ibāda*. Beirut: A'lamī, Chāp-i Duwwum, 1988/1408.
- Surūr, Ibrāhīm Ḥusayn. *al-Mu'jam al-Shāmil li-Muṣṭalaḥāt al-'Ilmiyya wa Dīniyah*. Beirut: Hādī. Chāp-i Awwal, 2008/1429.
- Ṭabarī, Muḥammad ibn Jarīr. *Jāmi' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Dār al-Ma'rifa, Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāṣir Khusrū. 1994/1372.
- Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'id. *Masā'il Mu'aṣira fi Fiqh al-Qaḍā'*. Najaf: Dār al-Hilāl. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.
- Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Masā'il fi Bayān al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt (AS). Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Tabrizī, Javād. *Ususu al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Mihr. Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1999/1420.
- Zihni Tihirānī, Muḥammad Javād. *Anāvin al-Aḥkām*. Qum: Vujdānī, Chāp-i Awwal, 1995/1373.
- Zihni Tihirānī, Muḥammad Javād. *Mabāḥith al-Fiqhiyah fi Sharḥ al-Rawḍa al-Bahiya*. Qum: Vujdānī, Chāp-i Sivum, 1998/1376.
- Zirā'āt, 'Abbās. *Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī; Bakhsh Hudūd*. Tehran: Quqnūs. Chāp-i Awwal, 2002/1380.



A Critical Assessment of the Proposition "*lā tasquṭ al-ṣalāh bi-hāl*" (Prayer Is Never Dropped Under Any Circumstance)

Dr. Mohammadebrahim Roshanzamir  (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Qur'anic and Ḥadīth Studies, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: Roshanzamir@razavi.ac.ir

Dr. Seyyed Ali Delbari , Associate Professor, Department of Qur'anic and Ḥadīth Studies, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Hadi Marvi , Ph.D. Candidate in Qur'anic and Ḥadīth Studies, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Abstract

The statement "*lā tasquṭ al-ṣalāh bi-hāl*" is invoked to establish the obligation of prayer even when certain parts or conditions are unattainable, or when prayer conflicts with other acts. The present article aims to examine the accuracy of attributing this statement to an Infallible *Imām*, assess its textual content, and determine the scope of its evidentiary force using library sources and a descriptive-analytical method. The findings indicate that this statement first appeared in a *ḥadīth*-like sentence in *Jawāhir al-Kalām*. Although the statement is not classified as a *ḥadīth* in the technical sense, because the precise wording is absent in the transmitted traditions, the harmony of its content with the Qur'an, *Sunnah*, scholarly consensus (*ijmā'*), and other valid indicators confirms the soundness of its meaning. Aside from exceptional cases such as prayer during menstruation, loss of intellect, or involuntary unconsciousness, in which prayer is unanimously deemed non-obligatory, the scope of validity for this statement includes the case of *fāqīd al-ṭahūrayn*, for whom most jurists have permitted the omission of prayer.

Keywords: pseudo-*ḥadīth*, prayer (*ṣalāt*), criticism of the chain of *ḥadīth* (*naqd sanadī*), criticism of the meaning of *ḥadīth*





اعتبارسنجی و تحلیل گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»

دکتر محمد ابراهیم روشن ضمیر (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

Email: Roshanzamir@razavi.ac.ir

دکتر سیدعلی دلبری

دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

هادی مروی

دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

چکیده

برای وجوب نماز در صورت ممکن نبودن برخی از اجزا و شرایط و یا تراحم آن با افعال دیگر، به گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» استناد شده است. بررسی درستی انتساب این گزاره به امام معصوم (ع)، عیارسنجی محتوایی و گستره دلالت آن با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی تحلیلی از اهداف این جستار است. یافته‌های پژوهش حکایت از آن دارد که این گزاره اولین بار به صورتی حدیث‌گونه در کتاب جواهر الکلام نقل شده است. هرچند با توجه به عدم وجود این گزاره با این الفاظ در منابع روایی، در اصطلاح حدیث تلقی نمی‌شود، اما همسویی محتوایی آن با قرآن کریم، سنت، اجماع و دیگر قرائین معتبر، درستی محتوایی آن را تأیید می‌کند. گستره اعتبار گزاره، به جز مواردی چون: نماز در ایام حیض، زوال عقل و بیهوشی غیراختیاری که به اتفاق فقیهان نماز در آن‌ها ساقط است، شامل فاقد الطهورین که بیشتر فقیهان قائل به جواز ترک نماز وی شده‌اند، نیز می‌شود.

واژگان کلیدی: حدیث نما، نماز، نقد سندی، نقد محتوایی.

مقدمه

عبادت و بندگی خداوند از نظر قرآن و روایات دارای جایگاه مهمی است. در قرآن از عبادت به عنوان هدف آفرینش انسان یاد شده است^۱ و تک تک انسان‌ها به عبادت پروردگار فرا خوانده شده‌اند.^۲ عبادت موضوعی فرعی و حاشیه‌ای نیست؛ چراکه یکی از اصول مشترک تمام انبیا و پیامبر اسلام (ص) دعوت به عبادت خداوند بوده است.^۳ در روایات همسان با قرآن، بر توجه داشتن به نعمت عبادت^۴ تأکید شده است؛ بنابراین عبادت در منظومه دین از جایگاه والایی برخوردار است.

نماز، از جمله اعمال عبادی است که از منظر قرآن و روایات و دیدگاه فقهی توجه ویژه‌ای بدان شده است.^۵ واژه نماز «الصلوة» بدون مشتقات، ۶۱ بار و با مشتقات، ۹۸ بار در قرآن به کار رفته است. قرآن مجید در حدود هشتاد آیه درباره دستور به اقامه نماز،^۶ پاسداشت حریم نماز،^۷ کمک گرفتن از نماز،^۸ گسترش و مطرح کردن نماز در جامعه،^۹ تمجید از نمازگزاران،^{۱۰} توبیخ بی‌نمازان،^{۱۱} آثار معنوی نماز^{۱۲} و احکام آن^{۱۳} سخن گفته است. نماز آن چنان مهم است که حتی مجاهدان اسلام هنگام رویارویی با دشمن نیز نمازشان را که به نماز خوف معروف است، باید بخوانند.^{۱۴}

روایات فراوانی درباره اهمیت نماز و احکام آن وارد شده است^{۱۵} که اشاره به گوشه‌ای از آن‌ها از حوصله این نوشتار خارج است.

فقیهان از سده‌های اول تا کنون، در آثار فقهی خود بر اهمیت نماز اتفاق نظر دارند. عبارت: «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»، از جمله گزاره‌هایی است که در لسان فقها و به ویژه در دوره پس از قداما با توجه به گستره

۱. ذاریات: ۵۶.

۲. یوسف: ۴۰؛ اسراء: ۲۳؛ یس: ۶۱.

۳. انبیاء: ۲۵؛ مؤمنون: ۲۳ و ۳۲.

۴. کلینی، الکافی، ۸۳/۲.

۵. نک: طوسی، مصباح المتعجل، ۵/۱.

۶. حج: ۷۷.

۷. بقره: ۲۳۸.

۸. بقره: ۴۵.

۹. حج: ۴۱.

۱۰. فاطر: ۲۹ و ۳۰.

۱۱. مدثر: ۴۰ تا ۴۳.

۱۲. عنکبوت: ۴۵.

۱۳. نساء: ۴۳.

۱۴. نساء: ۱۰۲.

۱۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۷/۴، باب ۱، ۲، ۶، ۷، ۸، ۱۱.

کاربردش در مشروعیت بخشی به بدل های اضطراری مربوط به نماز،^{۱۶} محل استناد و استشهاد قرار گرفته است. از این عبارت، در کتب فقهی به عنوان گزاره ای حدیثی^{۱۷} یا قاعده عبادی^{۱۸} یاد شده است. با بررسی انجام شده به اثری برخورد نکردیم که گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» را بررسی سندی و دلالی کرده باشد، البته در لایه لای مباحث فقهی درباره نماز،^{۱۹} مباحثی درباره آن مطرح شده است.

درباره این گزاره سؤال هایی مطرح است که این جستار درصدد پاسخ به آن هاست: ۱. آیا شاهی بر انتساب این گزاره به معصوم (ع) وجود دارد؟ ۲. گستره دلالت آن تا کجاست؟ ۳. آیا این حدیث و دلالت ادعایی آن بر عدم جواز ترک نماز در هر وضعیتی، از اعتبار لازم برخوردار است؟

۱. بررسی سندی گزاره

بنابر تحقیق صورت گرفته مشخص شد که در هیچ یک از منابع حدیثی متقدم و متأخر، از این گزاره به حدیث تعبیر نشده است. اولین فقیهی که عبارت وی اشاره به حدیث بودن این گزاره دارد، نجفی، نویسنده کتاب جواهر است؛ زیرا با واژه «قوله» که به نسبت دادن گزاره به امام معصوم إشعار دارد، آن را گزارش کرده است.^{۲۰} پس از ایشان، بر لسان فقها به همان شکل^{۲۱} یا به گونه های دیگر؛ چون «الصَّلَاةُ لَا تَسْقُطُ بِحَالٍ»،^{۲۲} «الصَّلَاةُ لَا تَدْعُ بِحَالٍ»،^{۲۳} «لَا تَدْعُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»،^{۲۴} «لَا تَدْعِي الصَّلَاةُ بِحَالٍ»^{۲۵} و «لَا تُشْرِكُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»^{۲۶} رواج یافته است و با تعبیری که به نسبت دادن این عبارت ها به امام معصوم (ع) اشاره دارد در کتب فقهی خود از آن ها یاد کرده اند.

برخی از فقیهان گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» را نقل به معنای «لَا تَدْعُ الصَّلَاةُ عَلَى حَالٍ»،^{۲۷} که

۱۶. اراکی، کتاب الصلاة، ۲/۲۶۲.

۱۷. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۶/۶۹.

۱۸. سیفی مازندرانی، دروس فی القواعد التفسیریة، ۱/۱۴۱.

۱۹. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۷/۴۲۹؛ کاشف الغطاء، انوار الفقاهة، ۲/۱۳۹؛ محقق داماد، کتاب الصلاة، ۴/۵۰؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی،

۴/۳۵۶؛ آل کاشف الغطاء، مبادئ الإيمان، ۶۳؛ عراقی، روائع الأملی فی فروع العلم الاجمالی، ۸۶؛ طباطبائی تبریزی، بغیة الهداة فی شرح وسیلة النجاة،

۲/۸۲۱؛ موسوی سبزواری، مهذب الأحکام، ۴/۳۸۵؛ خونی، موسوعة، ۱۰/۲۶۳.

۲۰. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۷/۴۲۹.

۲۱. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۴/۳۸۶، ۶/۶۶؛ موسوی سبزواری، مهذب الأحکام، ۶/۱۸۶.

۲۲. روحانی، فقه الصادق، ۷/۱۰۰.

۲۳. روحانی، زبدة الأصول، ۳/۱۲۲.

۲۴. خونی، موسوعة، ۱۰/۲۹۶.

۲۵. شاهرودی، موسوعة الفقه الإسلامی، ۳۳/۳۳۶.

۲۶. اراکی، کتاب الصلاة، ۲/۲۸۶.

۲۷. کلینی، الکافی، ۳/۹۹؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/۱۷۴.

بخشی از صحیح زراره است، دانسته‌اند،^{۲۸} ولی به لحاظ دلالت و گستره تفاوت‌هایی وجود دارد. برخی دیگر از فقها گزاره «لَا تَدَعُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» را جزئی از مرسله یونس^{۲۹} پنداشته‌اند.^{۳۰} این در حالی است که در روایت یونس چنین الفاظی وجود ندارد. به نظر می‌رسد برداشت چنین مطلبی برخاسته از در نظر گرفتن محتوای حدیث باشد؛ چراکه در این حدیث امام(ع) وظایف بانوان در ایامی که خون می‌بینند را به تفصیل بیان می‌کنند و می‌فرمایند: در حالتی که حیض است نماز را رها کن (تَدَعُ الصَّلَاةَ) و در غیر آن حالت می‌فرمایند: نماز بخواند. شاید گزاره «لَا تَدَعُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» از کنار هم نهادن این گفتارها به دست آمده باشد.

جست‌وجوی گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» در آثار حدیثی نشان‌دهنده آن است که: صدور چنین حدیثی با عین همین الفاظ از سوی امام معصوم(ع) ثابت نیست؛ چراکه در منابع حدیثی اثری از آن نیست.^{۳۱}

۲. سنجش گزاره با معیارهای نقد محتوایی حدیث

برای عیارسنجی محتوایی گزاره عدم سقوط نماز، آن را با برخی از پرکاربردترین معیارهای پذیرفته شده مثل قرآن، سنت، مسلمات اعتقادی، عقل و اجماع محک می‌زنیم.

۲.۱. قرآن

در قرآن کریم از نماز به عنوان فریضه‌ای ثابت و غیرقابل تغییر^{۳۲} یاد شده و بر اقامه^{۳۳} و محافظت داشتن بر آن^{۳۴} در حالت‌های مختلف و دشوار، مثل زمان جنگ^{۳۵} دستور داده شده است. از جمله آیاتی که با گزاره مورد بحث هم‌نوایی ویژه‌ای دارد، آیه «وَأَعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ»^{۳۶} است و چه عبادتی بالاتر از نماز که انسان تا هنگامه مرگ آن را ترک نکند.^{۳۷} بنابراین، وجوب نماز تا لحظه

۲۸. سبحانی تبریزی، احکام صلاة القضاء، ۵۴.

۲۹. کلینی، الکافی، ۸۳/۳.

۳۰. روحانی، فقه الصادق، ۲۹۶/۴؛ روحانی، زیادة الأصول، ۱۶۰/۵.

۳۱. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۶۹/۶.

۳۲. نساء: ۱۰۳.

۳۳. بینه: ۵.

۳۴. بقره: ۲۳۸.

۳۵. نساء: ۱۰۲.

۳۶. حجر: ۹۹.

۳۷. نک: مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۴۲/۱۱.

جان دادن تکلیفی است که «لَا تَسْقُطُ بِحَالٍ». درباره آیه «وَأْمُرْنَا لِنُسَلِّمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ* وَأَنْ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَاتَّقُوا»^{۳۸} گفته شده است که «اگر حقیقت رب العالمین فهمیده شود، لازم عقلی و پیامد حتمی آن، تسلیم محض او شدن است که از جلوه‌های بارز آن، به پاداشتن نماز و رعایت تقواست»^{۳۹} و همچنین آورده شده است که: «وَأَنْ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَاتَّقُوا؛ أَيْ وَأْمُرْنَا بِإِقَامَةِ الصَّلَاةِ وَبِتَقْوَاهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ.»^{۴۰}

بنابراین، این گزاره موافق قرآن است یا دست‌کم مخالف با آیات قرآن نیست.

۲.۲. سنت

در بررسی درستی انتساب گزاره به امام معصوم(ع)، در بخش‌های پیشین گذشت که حدیثی با چنین الفاظی در کتب حدیثی یافت نمی‌شود، ولی احتمال نقل به معنا و برداشت از عمومات احادیث نیز وجود دارد. بنابراین، احادیث هم‌آهنگ با گزاره بررسی می‌شود.

۲.۲.۱. احادیث مشابه لفظی

در میان احادیث نقل شده، برخی از آن‌ها با گزاره مطرح شده شباهت لفظی بیشتری دارند و از این جهت، احتمال نقل به معنا نیز وجود دارد. برای بررسی این احتمال، احادیث ذکر شده را بیان و بررسی می‌کنیم:

أ. درباره نماز بانوان در دوره زایمان، ماهیگی و استحاضه در صحیح زراره چنین نقل شده است: «قُلْتُ لَهُ النَّفْسَاءُ مَتَى تُصَلِّي قَالَ تَقْعُدُ بِقَدْرِ حَيْضِهَا وَتَسْتَظْهَرُ بِيَوْمَيْنِ فَإِنْ انْقَطَعَ الدَّمُ وَإِلَّا اغْتَسَلَتْ وَاحْتَسَنَتْ وَاسْتَقَرَّتْ وَصَلَّتْ وَإِنْ جَارَ الدَّمُ الْكُرْسُفَ تَعَصَّبَتْ وَاغْتَسَلَتْ ثُمَّ صَلَّتِ الْغَدَاةَ يَغْسِلُ وَ الظُّهْرَ وَ الْعَصْرَ يَغْسِلُ وَ الْمَغْرِبَ وَ الْعِشَاءَ يَغْسِلُ وَإِنْ لَمْ يَجْزِ الدَّمُ الْكُرْسُفَ صَلَّتْ يَغْسِلُ وَاحِدٍ قُلْتُ وَ الْحَائِضُ قَالَ مِثْلَ ذَلِكَ سِوَاءَ فَإِنْ انْقَطَعَ عَنْهَا الدَّمُ وَإِلَّا فِي مُسْتَحَاضَةٍ تَصْنَعُ مِثْلَ النَّفْسَاءِ سِوَاءَ ثُمَّ تُصَلِّي وَ لَا تَدْعُ الصَّلَاةَ عَلَى حَالٍ فَإِنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ الصَّلَاةُ عِمَادُ دِينِكُمْ.»^{۴۱}

وظیفه زن در دو دوره زایمان و ماهیگی، ترک نماز است و در صورت ادامه خون‌ریزی باید با توجه به دستورالعمل‌هایی که با سختی و مشقت‌هایی همراه خواهد بود، نوع استحاضه خود را تشخیص دهد و بر طبق آن عمل کند و این‌ها دلیلی برای ترک نماز در حالت استحاضه نیست؛ چراکه پیامبر(ص) می‌فرماید: نماز ستون دین است.

۳۸. انعام: ۷۲ و ۷۱.

۳۹. جواد آملی، تسنیم: تفسیر قرآن کریم، ۵۷۰/۲۵.

۴۰. ابن‌کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ۲۵۱/۳.

۴۱. کلینی، الکافی، ۹۹/۳؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۷۴/۱.

تکیه بر دو قاعده «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص المورد» و «العلّة تعمّم و تخصص» موجب دست برداشتن از ویژگی های اختصاصی روایت خواهد شد.^{۴۲} و حکم رها نکردن نماز باتوجه به تعلیل روایت، برای هر شخص و حالتی قابل تسری و تعمیم خواهد بود؛ چه مستحاضه و غیر آن و چه استحاضه و غیر آن. بنابراین، گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» نقل به معنای صحیحۀ زراعه است.

برخی از فقها وجود ارتباط بین گزاره مورد بحث و این روایت را نپذیرفته و مجرای برای جریان یافتن این دو قاعده در نظر نگرفته اند.^{۴۳} بنابراین، روایت دلیلی بر عدم سقوط نماز در هر حالتی نیست؛ چرا که اولاً، عبارت «الصَّلَاةُ عِمَادُ دِينِكُمْ» علت نیست، بلکه حکمت است و گفته شده که: «حکم دایرمدار حکمت نیست.»^{۴۴} ثانیاً، اگر این عبارت را علت نیز بدانیم، علت در صورتی می تواند موجب تعمیم حکم شود که وجود علت در سایر موضوعات روشن باشد تا بتوان حکم را تعمیم داد. برای نمونه، در عبارت «لا تشرب الخمر لانه مسکر» از آنجاکه عرف مفهوم و مصادیق آشکار مسکر را می شناسد، در هر موردی که وجود علت را احراز کرد، حکم (حرمت) را به آن مورد تعمیم می دهد.^{۴۵} اما در عبارت «وَلَا تَدْعُ الصَّلَاةَ عَلَى حَالٍ فَإِنَّ النَّبِيَّ قَالَ الصَّلَاةُ عِمَادُ دِينِكُمْ»، عرف در احراز وجود علت (ستون دین بودن) در سایر موارد ناتوان است، مانند فقدان طهورین که فقها حکم به ساقط بودن نماز می کنند. به عبارت روشن تر، عرف نمی تواند بفهمد که نماز فاقد شرایط و اجزاء، عماد دین است تا حکم به عدم جواز ترک آن کند یا خیر. ثالثاً، درباره زکات هم تعبیر ارزشمندی در روایات وجود دارد: «أَوْصِيَكُمْ ... بِالزَّكَاةِ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ (ص) يَقُولُ: الزَّكَاةُ قَنْطَرَةُ الْإِسْلَامِ فَمَنْ آذَاهَا جَارَ الْقَنْطَرَةُ وَمَنْ مَنَعَهَا احْتَبَسَ دُونَهَا، وَهِيَ تُطْفِئُ غَضَبَ الرَّبِّ»^{۴۶} و «لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَا زَكَاةَ لَهُ»^{۴۷} ولی فقها وجوب در هر حالتی را از این روایات برداشت نکرده اند. ب. «عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ خَمْسُ صَلَوَاتٍ لَا تَتْرُكُ عَلَى كُلِّ حَالٍ إِذَا طُفَّتْ بِالْبَيْتِ وَإِذَا أَرَدْتَ أَنْ تُحْرِمَ وَصَلَاةُ الْكُسُوفِ وَإِذَا نَسِيتَ فَصَلِّ إِذَا ذَكَرْتَ وَصَلَاةُ الْجَنَازَةِ»^{۴۸} اگرچه روایت از جهت لفظی با گزاره مورد بحث نزدیک است؛ اما ارتباطی با نمازهای پنج گانه روزانه ندارد.

۴۲. نک: خونی، فقه الشیعة؛ کتاب الطهارة، ۲/۴؛ طباطبایی قمی، الدلائل فی شرح منتخب المسائل، ۴۴۳/۱؛ صالحی مازندرانی، مفتاح البصيرة، ۲۲۸/۳.

۴۳. موسوی سبزواری، مهذب الأحكام، ۳۸۵/۴؛ ترحیمی عاملی، الزبدة الفقهية، ۴۴۰/۲.

۴۴. نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۲۷/۵.

۴۵. اصغری، مهاجری، سنایی، «علت و حکمت از دیدگاه آیت الله العظمی شیری زنجانی دام ظلّه»، ۲۶.

۴۶. طوسی، الأمالی، ۵۲۲.

۴۷. مجلسی، بحار الأنوار، ۲۹/۹۳.

۴۸. کلینی، الکافی، ۲۸۸/۳.

ج. «عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: إِذَا رَأَتْ الْحَامِلُ الصُّغْرَةَ تَوَضَّأَتْ وَصَلَّتْ، وَإِذَا رَأَتْ الدَّمَ اغْتَسَلَتْ وَصَلَّتْ وَلَا تَدْعُ الصَّلَاةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ».^{۴۹}

در این روایت نیز روی سخن با زن بارداری است که در ایام بارداری خون ببیند و چون زن در چنین حالتی حیض نمی‌شود، گفته شده است که نمازش را در چنین وضعیتی ترک نکند.

۲.۲.۲. احادیث درباره اهمیت نماز

درباره وجوب نمازهای پنج‌گانه و اهمیت آن‌ها روایات فراوانی رسیده است،^{۵۰} از جمله:

أ. پیامبر (ص) فرمود: «مَنْ تَرَكَ الصَّلَاةَ مُتَعَمِّدًا فَقَدْ بَرَّئَ مِنْ ذِمَّةِ اللَّهِ وَ ذِمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ (ص)».^{۵۱}

ب. امام باقر (ع) فرمود: «إِنَّ تَارِكَ الْفَرِيضَةِ كَافِرٌ».^{۵۲}

ج. «عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَ الشَّرِكِ إِلَّا تَرْكُ الصَّلَاةِ، فَإِذَا تَرَكَهَا فَقَدْ أَشْرَكَ».^{۵۳}

ترک عمدی نماز در حال اختیار و با امکان اجرای تمام اجزا و شرایط، آثار و پیامدهای پیش‌گفته را در پی خواهد داشت. حال، در فرضی که امکان انجام بخشی از اجزا و شرایط نماز وجود ندارد، بین دو حالت ترک کلی یا اتیان باقی اجزا و شرایط نماز، حالت دوم موافق با عمومات سنت است.

۲.۳. ضرورت دینی

از برخی امور به‌عنوان ضروری دین یاد می‌شود؛ مانند نماز که جزء بودن آن در دین برای دین‌داران روشن است، مگر برای کسانی که به‌تازگی به آن گرویده باشند.^{۵۴} هر حدیثی که با ضرورت این امور مخالفت داشته باشد نیاز به تأویل دارد یا کنار گذاشته می‌شود. گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» در سنجش با ضرورت نماز، هماهنگ و در راستای تثبیت جایگاه نماز است. بنابراین می‌توان ادعا کرد که صحت گزاره، دارای پشتوانه ضرورت نیز می‌باشد، همچنان که فقها در کتب فقهی متأخر نسبت به صحت آن ادعای ضرورت داشته‌اند.^{۵۵}

بنابراین، جایگاه نماز و پابندی به اقامه آن، در اذهان متشرعه امری واضح بوده است، همان‌طور که در

۴۹. صنعانی، المصنف، ۳۱۷.

۵۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۷/۴، باب ۱، ۲، ۶، ۷، ۸، ۱۱.

۵۱. کلینی، الکافی، ۲/۲۸۷.

۵۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۸/۲.

۵۳. ابن‌ماجه، سنن ابن‌ماجه، ۲/۲۸۶.

۵۴. مجلسی، حق‌یقین، ۲/۵۵۳.

۵۵. موسوی سبزواری، مهذب الأحکام، ۵/۴۰۰ و ۶/۲۲۶؛ ايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ۱۱۹/۲؛ محقق داماد، کتاب الصلاة، ۵۷/۴.

روایتی نقل شده است که: شخصی از عمر بن خطاب پرسید که اگر جنب شدم و به آب دسترسی نداشتم وظیفه چیست؟ عمر در پاسخ گفت: نماز نخوان. عمار در واکنش به این جواب گفت: «أَمَا تَذْكُرُ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ! إِذْ أَنَا وَ أَنْتَ فِي سَرِيَّةٍ فَأَجَبْنَا. فَلَمْ نَجِدْ مَاءً. فَأَمَّا أَنْتَ فَلَمْ تُصَلِّ. وَأَمَّا أَنَا فَتَمَعَّكْتُ فِي الثَّرَابِ وَ صَلَّيْتُ. فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ «إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيكَ أَنْ تَضْرِبَ بِيَدَيْكَ الْأَرْضَ. ثُمَّ تَنْفُخَ. ثُمَّ تَمْسَحَ بِهِمَا وَجْهَكَ وَ كَفْيَكَ» فَقَالَ عُمَرُ: اتَّقِ اللَّهَ. يَا عَمَرُ! قَالَ: إِنْ شِئْتَ لَمْ أُحَدِّثْ بِهِ.»^{۵۶}

همان‌طور که در روایت مشاهده شد، بر فرض که عمار حکم تیمم را هم به صورت درست فرا نگرفته باشد اما بر اهمیت فریضة نماز واقف بوده و سعی داشته است تا با وجود جنابت و نبود آب شرایطی را فراهم سازد تا نماز از او ترک نشود.

اگرچه گزاره مدّ نظر با مسئله وجوب نماز، که از ضروریات دین محسوب می‌شود، هماهنگ است؛ ولی فقها از این گزاره چیزی فراتر از وجوب نماز را استخراج می‌کنند و آن، وجوب نماز در صورت فقدان اجزا و شرایط است. از سوی دیگر، وجوب ضروری بودن موضوعی مثل روزه، حج، زکات و...، وجوب در هر حالت و شرایط را نتیجه نخواهد داد. به عبارت دیگر، آیا هنگام غرق شدن و سوختن در آتش پرداخت زکات واجب است؟!

۲. ۴. اجماع

برخی از فقها برای اثبات صحت گزاره به اجماع استناد کرده‌اند. اثبات وجود اجماع با توجه به عملکرد عالمان دین در عصر بعد از پیامبر (ص) است که هرگاه بر پدیده‌ای شرعی دارای فتوا و نظر و عمل واحد باشند، به دست می‌آید.^{۵۷} صاحب‌جواهر عمل به گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» را امری پذیرفته‌شده از سوی سیدمرتضی معرفی می‌کند.^{۵۸} نزدیک‌ترین عبارت‌های عالمان درباره گزاره مدّ نظر، کلام شیخ طوسی در مصباح‌المتّه‌جد است. ایشان در ابتدای سخن، دو مورد از استثنائات ساقط نشدن نماز را بر می‌شمرد: «إِعْلَمُ أَنَّ الْعِبَادَاتِ بَعْضُهَا أَكْدُ مِنْ بَعْضٍ فَأَكْثَرُهَا الصَّلَاةُ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ إِلَّا بِزَوَالِ الْعَقْلِ أَوْ الْعَارِضِ كَالْحَيْضِ فِي النِّسَاءِ.» سپس به مقایسه نماز با سایر عبادات می‌پردازد که در آن‌ها به سبب برخی شرایط، از بسیاری از مکلفان ساقط می‌شود؛ مثل حکم روزه از مریض و این در حالی است که نماز در مقایسه با آن شرایط از کسی ساقط نمی‌شود، لذا می‌نویسد: «لَا يَسْقُطُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الصَّلَاةُ بِحَالٍ.»^{۵۹} با توجه به

۵۶. قشیری نیشابوری، صحیح مسلم، ۲۸۰/۱ و ۲۸۱.

۵۷. علم‌الهدی، رسائل الشریف المرتضی، ۲۶۲/۲.

۵۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۵۱/۵.

۵۹. طوسی، مصباح‌المتّه‌جد، ۵/۱.

اینکه شیخ طوسی تنها در مقام مقایسه نماز با دیگر عبادات نسبت به برخی شرایط بوده است، برداشت عمومیت از کلام ایشان برای عدم سقوط نماز در همه حالات مورد تردید است.

شیخ طوسی درباره حدیثی که حضرت علی (ع)، عمار بن یاسر و هاشم بن عتبّه را بدون خواندن نماز میت دفن کردند، می‌فرماید: «قَوْلُهُ وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِمَا وَهُمْ مِنَ الرَّأْيِ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا تَسْقُطُ عَنْهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ»^{۶۰} و در کتاب دیگرش مرجع ضمیر «عنه» را آشکار و واژه «میت» را ذکر می‌کند.^{۶۱} بنابراین، عبارت وی ناظر به موردی است که وجوب نماز ثابت شده باشد؛ مانند وجوب نماز بر میت، لذا ارتباطی ندارد به مواردی که وجوب نماز مورد تردید است.

عبارتی هم از شافعی نقل شده که می‌گوید: «لَا تَتْرُكُ الصَّلَاةَ عَلَى أَحَدٍ مِمَّنْ يُصَلِّي الْقَبْلَةَ بَرًّا كَانَ أَوْ فَاجِرًا.»^{۶۲} این عبارت هم درباره نماز میت بیان شده است.

توجه به سخنان مطرح شده از سوی قدام این مطلب را می‌رساند که از عباراتشان عمومیت گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» برداشت شدنی نیست و بعید هم نیست افرادی که در این زمینه نیز ادعای اجماع بر صحت گزاره را داشته‌اند،^{۶۳} اجماعشان از نوع مدرکی باشد و مدرک اجماع، همان احادیثی باشد که درباره زن مستحاضه گذشت یا برخاسته از استنباط و اجتهاد شخصی از آموزهای دینی در ارتباط با نماز باشد که اعتبارش مشخص است، مگر آنکه گفته شود مدرک آن، حدیثی است که به دست ما نرسیده و اجماع مدرکی نیست.

۲. ۵. عقل

از جمله راه‌های بازشناسی گزاره حق از باطل، توجه به دریافت‌های عقل در مواجهه با آن است. مقصود از عقل در سنجش گزاره‌های حدیث نما، اصطلاح فلسفی آن نیست؛ بلکه مراد، عقل سلیم و عرفی است که «به وسیله آن میان صلاح و فساد و میان حق و باطل و میان راست و دروغ فرق می‌گذارد.»^{۶۴} بنابراین، عقل در مواجهه با برخی از امور قدرت اظهار نظر را دارد. با تکیه بر این معیار به ارزیابی گزاره مورد بحث می‌پردازیم:

۲. ۵. ۱. ملازمه امر به شیء و نهی از ضد

اکثر اصولیان امامیه در اقتضای امر به شیء از نهی از ضد عامش هم‌نظر هستند و تنها در کیفیت اقتضا

۶۰. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۳۱/۱.

۶۱. طوسی، الاستبصار، ۲۱۴/۱.

۶۲. ابن‌منذر، الأوسط فی السنن و الإجماع و الاختلاف، ۴۰۷.

۶۳. خوئی، موسوعة، ۱۰۰/۱۰.

۶۴. طباطبائی، المیزان، ۴۰۵/۱.

اختلاف نظر دارند.^{۶۵} همین که شارع امر فرمود: نماز بخوان «اقم الصلاة» و مشخص شد که بر ادای آن نیز تأکیدهای فراوانی داشته «فی کل الاحوال»، حتی بنابر فرض بسیط بودن امر و جوب باز هم لازمه عقلی آن عدم ترک نماز خواندن «لا تترك الصلاة بحال» است و نیازی نیست که شارع از ضدش نیز نهی کند و در موردی هم اگر شارع نهی کند «لا تسقط الصلاة بحال»، نهی مولوی نیست، بلکه ارشاد به حکم عقل است.^{۶۶}

۲.۵.۲. لزوم دفع ضرر محتمل

اگر انسان نماز را از روی عمد ترک کند، با توجه به آیات^{۶۷} و احادیث^{۶۸} یقین می‌یابد که آن آثار نامطلوب برایش محقق خواهد شد و از ضررهای اخروی که دامن گیرش می‌شود، ایمن نخواهد بود. بنابراین، در فرض تعدد از برخی از اجزا و شرایط، با ترک کلی نماز، عقاب محتمل است و به حکم عقل، چنین ضرری با ادای نماز بدون آن اجزا و شرایط دفع‌شدنی است.

۲.۶. مقاصد شریعت

مقصود از «شریعت»، نظام‌نامه‌ای است که اعمال و رفتار انسان‌ها را در جهتی که دین می‌خواهد هدایت می‌کند و مراد از «مقاصد»، همان اهدافی است که دین در پی آن است و یکی از مهم‌ترین اهداف، مؤمن ساختن انسان‌ها به دو اصل مبدأ و معاد است^{۶۹} و انسان با انجام نماز، اعتقاد درونی و رفتارش را در دو عرصه ایمان به مبدأ و معاد در پیشگاه خداوند به صورت عملی به نمایش می‌گذارد. برخی با استناد به میزان اهتمام شارع به نماز و عدم رضایت وی به ترک نماز در همه حالات و حتی شرایط دشوار،^{۷۰} ارسال گزاره را ترمیم و در حکم مسند قرار داده‌اند.^{۷۱}

در روایتی، معاویه بن وهب از امام صادق (ع) درباره بافضیلت‌ترین چیزی که بندگان را به خدا نزدیک می‌کند و از آن محبوب‌تر در درگاه او نباشد، می‌پرسد؟ امام (ع) در پاسخ می‌گوید: «مَا أَعْلَمُ شَيْئًا بَعْدَ الْمَعْرِفَةِ أَفْضَلَ مِنْ هَذِهِ الصَّلَاةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ الصَّالِحَ - عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ (ع) قَالَ وَ أَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَ الزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا.»^{۷۲}

۶۵. انصاری، مطرح الأنظار، ۵۵۳/۱.

۶۶. نک: صالحی مازندارنی، شرح کفایة الأصول، ۳۷۷/۲؛ مظفر، اصول الفقه، ۳۵۸/۲.

۶۷. ماعون: ۴؛ مریم: ۵۹.

۶۸. کلینی، الکافی، ۲۸۷/۲؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۸/۲.

۶۹. مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۶۶/۱.

۷۰. کلینی، الکافی، ۴۵۶/۳.

۷۱. موسوی سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۸۶/۶.

۷۲. مریم: ۳۲.

اگرچه در آیه، زکات هم‌ردیف با نماز قرار گرفته؛ اما اولویت تقدیم، نشان از اهمیت نماز نسبت به زکات است.^{۷۴} از اهتمام ویژه شارع به نماز به اغراض و اهداف نهفته در آن پی می‌بریم؛ چراکه «اگر کسی بر این باور باشد که افعال الهی هیچ هدف و غرضی ندارد، لازمه آن این است کارهای خداوند عبث و بیهوده باشد و این با حکیم‌بودن خدا منافات دارد و خداوند همیشه در افعالش جهت خاصی را موردنظر دارد.»^{۷۵}

امام رضا(ع) در بیانی زیبا فلسفه وجوب نماز را مبتنی بر اقرار به ربوبیت خداوند و کنارگذاشتن سایر معبودان و قرارگرفتن در پیشگاه خداوند جبار با نهایت کوچکی و ذلت و نیازمندی و اعتراف به بندگی خداوند و... معرفی می‌کنند.^{۷۶} در این نگاه، نماز، آب حیات‌بخش آدمی است که در هر روز و به دفعات به آن نیازمند است. بنابراین، گزاره مورد بحث، تضمین‌کننده و تأییدی بر حفظ اهدافی است که شارع از جعل نماز برای انسان در نظر گرفته است.

۲.۷. اصول عملیه

استصحاب، ازجمله اصول عملیه به شمار می‌آید و در فرض نبود ادله اجتهادی به آن توجه می‌شود، ولی به‌عنوان مؤید می‌تواند در کنار سایر قرائن جای گیرد. هنگام ورود به زمان نماز، وجوب ادای نماز امری پذیرفته می‌شود و یقین سابق را برای انسان محقق می‌سازد و در زمانی که برخی از اجزا یا شرایط مفقود شد، برای مکلف شک حاصل می‌شود که آیا نماز از وی ساقط شده یا خیر؟ به‌کمک اصل استصحاب که می‌گوید حکم به بقای حکم شرعی یا موضوع حکم که بقای آن مشکوک است،^{۷۷} اصل وجوب نماز بدون آن اجزا و شرایط هنوز وجود دارد و در اینکه آیا به این هیئت باقی‌مانده نماز گفته می‌شود یا خیر؟ معتقدیم که موضوع نماز همچنان باقی است و میان اجزا و شرایط نماز تفاوتی وجود ندارد و طهارت هم مانند سایر شروط است. وظیفه مکلف در موقعیت پیش‌آمده، ادای نماز است و نسبت به برخی از اجزا و شرایط هم متعذر است، ولی خداوند انسان را تکلیف به ما لایطاق نیز نمی‌کند.

ازجمله قواعدی که در بیشتر ابواب فقهی کاربرد دارد، قاعده میسور است که مراد از آن این است که اگر شارع موضوع مرکبی مثل نماز که دارای اجزا و شرایطی است را از مکلف مطالبه کند اما او از انجام‌دادن آن مرکب به‌صورت کامل عاجز شود، دستور به میسور باقی است؟ از این قاعده، با تعبیر قاعده «ما لا

۷۳. کلینی، الکافی، ۲/۳۶۴.

۷۴. مازندرانی، شرح الکافی الاصول و الروضة، ۶۱/۸.

۷۵. فاضل مقداد، اللوامع الإلهية، ۲۲۱.

۷۶. ابن بابویه، عیون اخبار الرضا(ع)، ۱۰۴/۲.

۷۷. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۸۴.

یدرک» یا قاعده «استطاعت» نیز یاد می‌کنند.^{۷۸}

بحثی که درباره این قاعده مطرح است آن است که تشخیص میسر از معسور اگر برعهده عرف باشد عرف در تشخیص اغراض ناتوان است، بنابراین باید این قاعده در امور عبادی محدود به مواردی باشد که شارع خودش بدل اضطراری جزء یا شرط مفقود را اعلام کرده باشد.^{۷۹} بر فرض که چنین چیزی را بپذیریم اما فقها در مقام بیان وظیفه مکلف در حالاتی که بدل اضطراری برایش تعیین نشده است، مانند نماز شخصی که در حال سوختن است (صلاة الحریق)، با تنقیح مناط و تطبیق با مواردی که شارع بیان فرموده و گزاره عدم سقوط نماز، وظیفه مکلف را تبیین و او را از جهالت خارج می‌کنند.^{۸۰}

۳. گستره دلالت گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»

برای روشن شدن گستره دلالت این گزاره، توجه به نکات ذیل لازم است:

أ. مقصود از «صلاة» در گزاره‌ای که فقیهان متأخر تحت عنوان «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» به کار می‌گیرند، خصوص نمازهای پنج‌گانه روزانه است،^{۸۱} هرچند در احادیث در غیر آن نیز به کار گرفته شده است؛ مانند روایتی که امام صادق (ع) می‌فرماید: «خَمْسُ صَلَوَاتٍ لَا تُتْرَكُ عَلَى كُلِّ حَالٍ إِذَا طُفَّتِ بِالْبَيْتِ وَ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تُحَرِّمَ وَ صَلَاةُ الْكُفُوفِ إِذَا نَسِيتَ فَصَلِّ إِذَا ذَكَرْتَ وَ صَلَاةُ الْجَنَازَةِ».^{۸۲}

ب. مجرای مطرح شدن این گزاره، در فرض دشوار شدن انجام نماز با تمام اجزا و شرایط است؛ حال که اجابت امر اولی به انجام نماز به صورت کامل فراهم نشد، آیا گزاره مورد اشاره می‌تواند مشرّع و مجوزی برای ادای نماز بدون جزء یا شرط مفقود باشد یا خیر؟^{۸۳} در بسیاری از موارد، شارع برای فرض اضطرار برایش بدلی مشخص معرفی کرده است، مثلاً: ایستاده، نشسته، درازکشیده یا با اشاره نمازخواندن.^{۸۴} در چنین مواردی وظیفه انسان رجوع به بیان شارع است و اختلافی هم وجود ندارد. اما سخن در مواردی است که شارع نسبت به آن سکوت کرده، مثل نماز فاقد الطهورین. در چنین حالتی وظیفه عدم انجام نماز^{۸۵} یا استخراج حکم براساس موارد مشابه است. محل گفت‌وگو درباره این گزاره، بحث از گستردگی دامنه

۷۸. ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، ۲۵۹.

۷۹. فرحی، تحقیق در قواعد فقهی اسلامی، ۷۹۳.

۸۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۹۱/۱۴.

۸۱. صدر، بحوث فی صلاة الجمعة، ۱۳۰.

۸۲. کلینی، الکافی، ۲۸۸/۳.

۸۳. اراکی، کتاب الصلاة، ۲۶/۲.

۸۴. نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۱۱۷/۴.

۸۵. موسوی سبزواری، مهذب الأحكام، ۳۸۵/۴.

شمولیت آن در مواردی است که شارع بدلی برایش معرفی نکرده است، مواردی چون نماز فاقد الطهورین. ج. در اطلاق «صلاة» بر نماز جامع تمام اجزا و شرایط اختلافی بین صحیحی و اعمی وجود ندارد. سخن درباره این است که بنابر هر دو قول و به ویژه اعمی، چه قدر جامعی وجود دارد که بر تمامی اقسام نماز شخص حاضر، مسافر، میت، مضطر، غریق و... اطلاق «صلاة» شده است، علی رغم اینکه در روایت آمده است: «الصَّلَاةُ ثَلَاثَةٌ أَثْلَاثٌ ثُلُثٌ طَهُورٌ وَ ثُلُثٌ رُكُوعٌ وَ ثُلُثٌ سُجُودٌ».^{۸۶}

در این گونه اطلاقات، گاهی از ارکان نماز و گاهی از طهارت هم صرف نظر شده است؛ مثل نماز میت که نیاز به طهارت و رکوع و سجود ندارد و ادعای اطلاق مجازی نیز پذیرفتنی نیست. به دلیل وجود اطلاقات گسترده نماز بر اقسام مختلف با اجزا و شرایط متفاوت، فقیهان وجود جامع ترکیبی از اجزا را محال دانسته و رو به بیان جامع بسیط آورده اند. برخی چون آخوند خراسانی با توجه به آثاری که برای نماز بیان شده، قدر جامع را نمازی می دانند که دارای آثاری چون «الناهية عن الفحشاء» و «معراج المؤمن» باشد اما برخی دیگر پس از نقد آن، تعریف بهتری ارائه داده و گفته اند که: قدر جامع توجه خاص و خشوع ویژه ای از سوی عبد در برابر مولایش است که با اولین جزء نماز محقق می شود.^{۸۷} براساس این مبنا، اطلاق «صلاة» بر نماز فاقد اکثر اجزا و شرایط اشکالی ندارد.

د. مقصود از عدم سقوط، اتیان امر در همان ابتدای زمان وجوب نماز نیست، بلکه مکلف باید سعی کند تا تمام جوانب را برای امثال هر چه بیشتر امر شارع فراهم سازد. چنان که برای مکلف در وقت وجوب نماز زمینه ادای نماز با تمام اجزا و شرایط فراهم نشد، درباره لزوم صبر برای از بین رفتن موانع و احراز وجود شرایط یا اتیان نماز در همان زمان وجوب، ولو به صورت ناقص اختلاف نظر وجود دارد. در صورتی که انسان برای طهارت تنها به برف و یخ (ثلج) دسترسی داشته باشد، برخی چون سیدمرتضی معتقدند که روی همان تیمم کند و نمازش را بخواند ولی برخی چون شیخ طوسی و شیخ مفید معتقدند که: باید یخ را بشکند و با آبش وضو بگیرد و چنان که بر جاننش خوف داشته باشد می تواند با قراردادن دست ها روی یخ و کشیدن بر اعضای وضو و مسح با رطوبت باقی مانده، نماز را به جا آورد و اگر از همین هم بر خودش خوف داشته باشد نماز را به تأخیر بیندازد تا شاید شرایط برای دستیابی به آب یا چیزی که تیمم بر آن صحیح باشد فراهم شود.^{۸۸} به نظر می رسد که حق با قول دوم است؛ چرا که در این حالت زمینه انجام نماز با تمام شرایط به صورت گام به گام فراهم می شود و با این عملکرد، سقوط نماز هم صدق نمی کند.

۸۶. کلینی، الکافی، ۲/۲۷۳.

۸۷. بروجردی، نهاية الأصول، ۴۷.

۸۸. ابن ادریس، السرائر، ۱/۱۳۸.

ه. قواعد فقهی معمولاً استثنای پذیر اند. از جمله استثنائات وجوب نماز که مورد اتفاق فقهاست، ساقط شدن وجوب نماز از اشخاص نابالغ، افرادی که دچار زوال عقل و بیهوشی غیر اختیاری شده‌اند، بانوان هنگام حیض و نفاس و کافر اصلی است که این افراد نیازی به قضای نماز ندارند.^{۸۹} در قرآن کریم، از نماز خواندن در حالت مستی نهی شده است: «لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى».^{۹۰}

در صورتی که حالت مستی آن چنان بر انسان غالب شود که هیچ درک درستی نداشته باشد، به دلیل آنکه یکی از شرایط عامه تکلیف^{۹۱} را از دست داده، خطاب «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» شامل وی نمی‌شود، وگرنه اگر مستی به حالت جزئی باشد شبیه به دیگر موارد نهی می‌شود، از قبیل آنچه درباره خواندن نماز در حال خطبه جمعه^{۹۲} یا همراه داشتن خلخال^{۹۳} یا خضاب داشتن^{۹۴} در نماز وارد شده است و بر کراهت و قلت ثواب حمل می‌شود. بنابراین، گزاره در جایی قادر به صدور حکم خواهد بود که مشروعیت نماز در آن وضعیت ثابت شده باشد و از مواردی که وجوب نماز ساقط است، محسوب نشود. سپس به کمک دلیل «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»، حکم به صحت نماز بدون جزء یا شرط متعذر شود.^{۹۵}

و. شناخت دشواری انجام فعل نماز بر عهده خود مکلف است؛ چراکه امام صادق (ع) درباره مرز بیماری‌ای که موجب می‌شود نماز ایستاده ترک شود، با استناد به آیه «بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ»^{۹۶} می‌گویند: خود فرد به توانایی‌اش آگاه‌تر است.^{۹۷}

ز. بر فرض اثبات اعتبار گزاره عدم سقوط نماز، این گزاره تنها بر وجوب ادای نماز در شرایط ویژه دلالت دارد اما بر کیفیت انجام واجب در فرض دشواری جزء یا شرط دلالتی ندارد.^{۹۸}

مسئله فاقد الطهورین: یکی از مسائل بحث برانگیز در فقه، حکم نماز فاقد الطهورین است؛ یعنی کسی که در وقت نماز، آب یا چیزی که بر آن تیمم صحیح باشد را در دسترس ندارد. هنگام برشمردن استثنائات سقوط وجوب نماز به فاقد الطهورین نیز اشاره می‌شود. مشهور اصحاب معتقدند که: وجوب

۸۹. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۵۸۳/۹.

۹۰. نساء: ۴۳.

۹۱. مظفر، اصول الفقه، ۱۳۵/۱.

۹۲. کلینی، الکافی، ۴۲۴/۳؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۴۱/۳.

۹۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۳۸/۳.

۹۴. کلینی، الکافی، ۴۰۸/۳؛ طوسی، الاستبصار، ۳۹۰/۱.

۹۵. طباطبایی حکیم، مصباح المنهاج؛ الطهارة، ۷۷/۸.

۹۶. قیامة: ۱۴.

۹۷. حویزی، تفسیر نور الثقلین، ۴۶۲/۵.

۹۸. روحانی، فقه الصادق، ۱۸۴/۴.

خواندن نماز به صورت ادایی ساقط می شود و قضا واجب است، به این دلیل که حدیث «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ»^{۹۹} می گوید: در فرض نداشتن طهارت، نمازی حقیقتاً وجود ندارد، لذا مجرای برای «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» باقی نمی ماند.^{۱۰۰} در مقابل، عده ای همچون جد سیدمرتضی معتقدند که: خواندن نماز به صورت ادایی واجب است و نماز نباید ترک شود و طهارت هم مانند سایر شروط است و دلیل «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» بر دلیل «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ» حکومت دارد.^{۱۰۱}

از نکات درخور تأمل در مسئله آن است که: فقیهان با تمسک جستن به قاعدة «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» و روایات درباره نماز شخص در گل مانده یا شخص در حال غرق شدن و موارد مشابه آن، تنها به کیفیت ادای نماز می پردازند و سخنی از طهارت مطرح نمی کنند و این در حالی است که طبق مبنای خودشان یا باید طهارت آن شخص را مفروض گرفته باشند که بعید به نظر می رسد یا طهارت را نسبت به آن ها استثنا کرده باشند و اگر قاعدة طهارت استثنای پذیر است، چرا نسبت به شخص فاقد الطهورین چنین گفته نمی شود!^{۱۰۲}

حدیث «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ» به صورت کامل چنین نقل شده است: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ وَ يُجْزِيكَ مِنَ الْإِسْتِجَاءِ ثَلَاثَةُ أَحْجَارٍ بِذَلِكَ جَرَتْ السُّنَّةُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ (ص) وَ أَمَّا الْبَوْلُ فَإِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ غَسْلِهِ.»^{۱۰۳}

حدیث «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ» به دلایل زیر نمی تواند بر قاعدة مورد بحث نظارت داشته باشد:

۱. نفی وارد در این حدیث همانند نفی وارد بر سایر شروط و اجزای نماز است، مانند «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»، «الَا بِسَاتِرٍ»، «الَا بِالْقِبْلَةِ». در این موارد، واژه «صَحِيحَةً» در تقدیر گرفته شده و حمل بر حالت اختیار شده است و در فرض تعدل این اجزا و شرایط، حکم وجوب ادای نماز ساقط نمی شود،^{۱۰۴} پس چرا نسبت به حدیث «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهُورٍ» چنین سخنی گفته نمی شود؟

۲. نماز از شمار واجبات مطلق است که به دلیل خودش واجب شده و بدون قید، امر به نماز شده ایم؛ «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ»^{۱۰۵} و «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي»^{۱۰۶} اما طهارت، وجوبش غیر

۹۹. طوسی، تهذیب الأحکام، ۵۰/۱.

۱۰۰. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۶۲/۷؛ آملی، مصباح الهدی، ۲۵۳/۷؛ خونی، موسوعة، ۲۶۳/۱۰؛ سبحانی تبریزی، احکام صلاة القضاء، ۵۴.

۱۰۱. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۶۳/۷.

۱۰۲. علوی گرگانی، المناظر الناضرة في احکام العترة الطاهرة: الطهارة، ۳۷۹/۸.

۱۰۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ۵۰/۱.

۱۰۴. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۰/۷.

۱۰۵. اسراء: ۷۸.

۱۰۶. طه: ۱۴.

است. پس اگر بخواهد وجوب نماز به دلیل عدم طهارت ساقط شود لازم می آید که وجوبش مقید، شبیه حج نسبت به استطاعت شود و چون لازم باطل است، ملزومش هم باطل است.

۳. پیامبر (ص) می فرماید: «إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»^{۱۰۷} و ما امر به طهارت و نماز شده ایم و هنگام تعذر طهارت، نماز ساقط نمی شود.

۴. هرچند واژه «طهور» مشترک بین طهارت حدثی و طهارت خبثی است، اما باتوجه به اینکه در این حدیث امام (ع) آن را در مقام استنجا با آب و سنگ به کار گرفته اند، مشخص می شود که مقصود، طهارت خبثی است. این در حالی است که نسبت به نمازی که شخص فاقد طهارت خبثی خوانده است، کسی حکم به سقوط صحت نمازش نمی کند.

بله، روایتی دیگر نیز در مسئله داریم: «قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْبَاقِرُ (ع) إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ وَجِبَ الطَّهُّورُ وَ الصَّلَاةُ وَ لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَّهُّورٍ»^{۱۰۸}

این روایت می تواند استدلال را دچار خدشه سازد اما روایت مرسله است و در مقام استدلال، فقیهان به آن استناد نمی کنند و اگر اجماعی هم در مسئله ادعا شود نیاز به اثبات دارد و کشف رأی معصوم (ع) از آن دشوار است.^{۱۰۹}

لذا در فرض فاقد الطهورین نیز حکم کردن به وجوب نماز به صورت ادایی موافق با احتیاط و اقرب به واقع است و لسان دلیل «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ»، آبی از تخصیص است.^{۱۱۰}

نتیجه گیری

عین الفاظ گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» به صورت حدیث به دست ما نرسیده است و اولین بار توسط صاحب جواهر ایراد شده است. اما برای سنجش محتوایی این گزاره، معیارهای پذیرفتنی وجود دارد؛ به صورتی که اگر تمام قرائن در کنار یکدیگر دیده شوند، برای انسان اطمینان خاطری به درستی محتوا حاصل می شود. این اطمینان بیانگر آن است که نماز از منظر شارع مقدس از جایگاه ویژه ای برخوردار است و باوجود هر عذری، به جز موارد استثناسده که مورد اتفاق همه علماست، شارع راضی به ترک نماز نخواهد بود. البته به این نکته توجه داریم که میان درستی محتوا و انتساب هر سخن درستی به امام

۱۰۷. احمد بن عیسی، رأب الصدع، ۱/۱۱۴.

۱۰۸. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳۳/۱.

۱۰۹. جزائری، کشف الأمرار، ۳۷۰/۲.

۱۱۰. علوی کرگانی، المناظر الناضرة فی احکام العترة الطاهرة؛ الطهارة، ۳۷۹/۸.

معصوم (ع) تفاوت وجود دارد.

استنباط عدم سقوط نماز در فضای خارج از جو زمین و از انسان در گل مانده (گرفتار باتلاق) و در حال غرق شدن و سوختن و حتی نسبت به فاقد الطهورین و زمانی که مکلف نمی داند به اندازه یک رکعت از وقت برای اتیان نماز باقی است یا خیر، از نتایج توجه به شمولیت گزاره «لَا تَسْقُطُ الصَّلَاةُ بِحَالٍ» است.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.

آل کاشف الغطاء، محمدحسین. مبادئ الإيمان. قم: مؤسسة کاشف الغطاء العامة. بی تا.

آملی، محمدتقی. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. تهران: مؤلف. ۱۳۸۰ق.

ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

ابن بابویه، محمد بن علی. عیون اخبار الرضا علیه السلام. به تصحیح مهدی لاجوردی. تهران: جهان. ۱۳۷۸ق.

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. ترجمه علی اکبر غفاری. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. تفسیر القرآن العظیم. به تصحیح محمدحسین شمس الدین. بیروت: دار الکتب العلمیة، محمدعلی بیضون. ۱۴۱۹ق.

ابن ماجه، محمد بن یزید. سنن ابن ماجه. به تحقیق بشار عواد معروف. بیروت: دار الجیل. ۱۴۱۸ق.

ابن منذر، محمد بن ابراهیم. الأوسط فی السنن و الإجماع و الاختلاف. ریاض: دار طیبه. ۱۴۰۵ق.

احمد بن عیسی. امالی (رأب الصدع). علی بن اسماعیل مؤید صنعانی. بیروت: دار المحجة البيضاء. چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.

اراکي، محمدعلی. کتاب الصلاة. قم: آیت الله العظمی شیخ محمدعلی اراکی. ۱۳۷۹.

اصغری، علیرضا، علیمراد مهاجری، حسین سنایی. «علت و حکمت از دیدگاه آیت الله العظمی شبیری زنجانی دام

ظله»، پژوهش‌های فقهی تا اجتهاد. ش ۱۳، زمستان ۱۳۹۳، ۳۶ تا ۵.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. مطارح الأنظار. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۳۸۳.

ایروانی، باقر. دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه. قم: مؤسسه الفقه. ۱۳۸۴.

بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۵ق.

بروجردی، حسین. نهاية الأصول. به قلم حسینعلی منتظری. تهران: تفکر. ۱۴۱۵ق.

ترحینی عاملی، محمدحسن. الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية. بی جا: دار الفقه. ۱۳۸۵.

جزائري، نعمت الله بن عبد الله. كشف الأسرار في شرح الإستبصار. به تصحيح طيب موسوي جزائري. قم: دار الكتاب. ۱۴۰۸ق.

جوادى آملی، عبد الله. تسنيم: تفسير قرآن كريم. تهيه و تنظيم روح الله زرقی، حيدرعلى ايوبی، ولی الله عيسى زاده. قم: مركز نشر اسراء. چاپ دوم، ۱۳۹۱.

حر عاملی، محمد بن حسن. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.
حسينی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. به تصحيح محمد باقر خالصی. قم: مؤسسه نشر اسلامي. ۱۴۱۹ق.

حكيم، محسن. مستمسك العروة الوثقى. قم: دار التفسير. ۱۳۷۴.
حویزی، عبد علی بن جمعه. تفسير نور الثقلين. به تصحيح هاشم رسولى. قم: اسماعيليان. چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.
خوئى، ابوالقاسم. فقه الشيعة؛ كتاب الطهارة. به تقرير محمد مهدى موسوى خلى. قم: الآفاق. ۱۴۱۸ق.
خوئى، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئى. قم: مؤسسه احياء آثار امام خوئى. ۱۴۱۸ق.
روحانى، محمد صادق. زبدة الأصول. تهران: حديث دل. چاپ دوم، ۱۳۸۲.
روحانى، محمد صادق. فقه الصادق. قم: آيين دانش. ۱۴۳۵ق.

سبحانى تبريزی، جعفر. احكام صلاة القضاء. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۳۹۲.
سيفى مازندراني، على اكبر. دروس في القواعد التفسيرية. قم: مؤسسه نشر اسلامي. ۱۴۲۸ق.
شاهرودى، سيد محمود و ديگران. موسوعة الفقه الإسلامى طبقاً لمذهب أهل البيت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت (ع). ۱۴۲۳ق.
صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربى. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

صالحى مازندراني، اسماعيل. شرح كفاية الأصول. قم: صالحان. ۱۳۸۲.
صالحى مازندراني، اسماعيل. مفتاح البصيرة في فقه الشريعة. قم: مكتب آيت الله العظمى اسماعيل صالحى مازندراني. ۱۳۷۶.

صدر، محمد. بحوث فى صلاة الجمعة. قم: محبين. ۱۴۳۲ق.
صنعانى، عبدالرزاق بن همام. المصنف. بيروت: المجلس العلمى. ۱۴۰۳ق.
طباطبايى تبريزى، محمد جواد. بغية الهداة فى شرح وسيلة النجاة. نجف: مطبعة الآداب. بى تا.
طباطبايى حكيم، محمد سعيد. مصباح المنهاج؛ الطهارة. بى جا: المنار. ۱۴۱۷ق.
طباطبايى قمى، تقى. الدلائل فى شرح منتخب المسائل. قم: محلاتى. ۱۳۸۱.
طباطبايى، محمد حسين. تفسير الميزان. ترجمه سيد محمد باقر موسوى همدانى. قم: مؤسسه نشر اسلامي.

چاپ پنجم، ۱۳۷۴.

طوسی، محمدبن حسن. الاستبصار فی ما اختلف من الأخبار. به تحقیق حسن موسوی خراسان. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۳۹۰ق.

طوسی، محمدبن حسن. الأمالی. به تصحیح مؤسسة البعثة. قم: دار الثقافة. ۱۴۱۴ق.

طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. به تحقیق حسن موسوی خراسان. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۰۷ق.

طوسی، محمدبن حسن. مصباح المتهجد. بیروت: فقه الشیعة. ۱۴۱۱ق.

عراقی، ضیاءالدین. روائع الأمالی فی فروع العلم الإجمالی. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۴۱۴ق.

علم الهدی، علی بن حسین. رسائل الشریف المرتضی. قم: دار القرآن الکریم. ۱۴۰۵ق.

علوی گرگانی، محمدعلی. المناظر الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ الطهارة. قم: فقیه اهل بیت (ع). ۱۳۹۵.

فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله. اللوامع الإلهیة فی المباحث الكلامیة. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۳۸۰.

فرحی، سیدعلی. تحقیق در قواعد فقهی اسلامی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع). ۱۳۹۰.

قشیری نیشابوری، مسلم بن حجاج. صحیح مسلم. به تحقیق محمدفؤاد عبدالباقی. قاهره: دار الحديث. ۱۴۱۲ق.

کاشف الغطاء، حسن. انوار الفقاهة. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة. ۱۴۲۲ق.

کلینی، محمدبن یعقوب. الکافی. به تصحیح علی اکبر غفاری، محمد آخوندی. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۰۷ق.

مازندرانی، محمد صالح بن احمد. شرح الکافی الاصول و الروضة. حاشیة ابوالحسن شعرانی. تهران: المكتبة الإسلامية. ۱۳۸۲ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. بحار الأنوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. حق الیقین. تهران: اسلامیة. ۱۳۸۶.

محقق داماد، محمد. کتاب الصلاة. قم: مؤسسة نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.

مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة نشر اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.

مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از نویسندگان. تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ دهم، ۱۳۷۱.

مکارم شیرازی، ناصر. دائرة المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۳۸۵.

مکارم شیرازی، ناصر. کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۴ق.

موسوی سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری. ۱۴۱۳ق.

نوری، حسین بن محمدتقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۸ق.

ولایی، عیسی. فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. تهران: نی. چاپ ششم، ۱۳۸۷.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Aḥmad ibn ‘Īsā. *Amālī (Rāb al-Ṣad‘)*. Ali ibn Ismā‘il Mu‘ayyad Ṣan‘ānī. Beirut: Dār al-Maḥjja al-Bayḍā’, Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

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

Āl Kāshif al-Ghiṭā’, Muḥammad Ḥusayn. *Mabādī Imān*. Qum: Mū‘assisa Kāshif al-Ghiṭā’ al-‘Āmah . s.d.

‘Alam al-Hudā, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Rasā’il al-Sharīf al-Murtaẓā*. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. 1985/1405.

‘Alawī Gurgānī, Muḥammad ‘Alī. *Al-Manāẓir al-Nāḍira fi Ahkām al-‘Itira al-Tāhira; al-Tahāra*. Qum: Fiqh Āl al-Bayt(AS), 2017/1395.

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

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Muṭṭār al-Anẓār*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2005/1383.

Arākī, Muḥammad ‘Alī. *Kitāb al-Ṣalāt*. Qum: Āyat Allāh al-‘Uzmā Muḥammad ‘Alī Arākī. 1960/1379.

Aṣgharī, ‘Alī Rizā, ‘Alimurād Muhājirī, Ḥusayn Sanāyī. "‘Ilal va Ḥikmat az Diḡāḡ Āyat Allāh al-‘Uzmā Shubiyri Zanjāni". *Pazhūh-hā-yi Fiqhī tā Ijtihād*. No. 13 (winter 2015/1393): 5-36.

Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā’iq al-Nāḍira fi Ahkām al-‘Itira al-Tāhira*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1405.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Naḥāya al-Uṣūl*. Muqarr Ḥusayn ‘Alī Muntazirī. Tehran: Tafakur. 1995/1415.

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Lawāmi‘ al-Ilāhiya fi al-Mabāḥith al-Kalāmiya*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1961/1380.

Farahī, Sayyid ‘Alī. *Tahqīq dar Qawā’id Fiqhī Islāmī*. Tehran: Imam Sadiq(AS) University. 2012/1390.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr, 1996/1374.

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

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā’id al-‘Allāma*. Ed Muḥammad Bāqir Khālīshī. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.

Ḥūwayzī, ‘Abd ‘Alī ibn Jum‘ah. *Tafsīr Nūr al-Thaḡalayn*. ed. Hāshim Rasūlī, Qum: Ismā‘īliyyān. Chāp-i Chāhārum, 1995/1415.

- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Translated by ‘Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1993/1413.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *‘Uyūn Akhbār al-Rizā (AS)*. Ed. Maḥdī Lājivardī. Tehran: Jahān. 1959/1378.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Hāwī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Ibn Kathīr, Ismā‘īl ibn ‘Umar. *Tafsīr al-Qurān al-‘Aẓīm*. ed. Muḥammad Ḥusayn Shams al-Dīn. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya, Muḥammad ‘Alī Bayḍūn. 1998/1419.
- Ibn Mājih, Muḥammad ibn Yazīd. *Sunan Ibn Mājih*. researched by Bashshār ‘Awwād Ma‘rūf. Beirut: Dār al-Jīl. 1997/1418.
- Ibn Mundhar, Muḥammad ibn Ibrāhīm. *al-Awsaṭ fi al-Sunan wa al-Ijmā‘ wa al-Ikhtilāf*. Riyāḍ: Dār Ṭayibih. 1985/1405.
- ‘Irāqī, Zayā’ al-Dīn. *Al-Rawā’i‘ al-Amālī fi Furū‘ al-‘Ilm al-Ijmālī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1414.
- ‘Irawānī, Bāqir. *Durus Tamhīdīyah fi al-Qawā’id al-Fiqhiya*. Qum: Mū’assisa al-Fiqh. 2006/1384.
- Javādī ‘Āmulī. ‘Abd Allāh. *Tasnīm: Tafsīr Qurān Karīm*. Tahyīyah va Tanzīm Rūḥ Allāh Zarqī, Ḥiydar ‘Alī Ayūbī, Valī Allāh ‘Īsāzādīh. Qum: Markaz Nashr Asrā’. Chāp-i Duwwum, 2012/1391.
- Jazāyri, Ni‘mat Allāh ibn ‘Abd Allāh*. Kashf al-Asrār fi Sharḥ al-Istibṣār. Ed. Ṭīb Musawī Jazāyri. Qum: Dār al-Kitāb. 1988/1408.
- Kāshif al-Ghiṭā’, Ḥasan. *Anwār al-Faqāhah*. Najaf: Mū’assisa Kāshif al-Ghiṭā’ al-‘Āmmah. 2001/1422.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Fiqh al-Shi‘a; Kitāb al-Ṭahāra*. Muqarr Muḥammad Maḥdī Mūsawī Khalkhālī. Qum: Āfāq. 1997/1418.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū’ī*. Qum: Mū’assisa Ihya’ ‘Āsār al-Imām al-Khū’ī. 1997/1418.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Ed. ‘Alī Akbar Ghafārī, Muḥammad Ākhūndī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1987/1407.
- Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Duwwum, 1983/1403.
- Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ḥaq al-Yaqīn*. Tehran: Islāmiyya. 2007/1386.

- Makārim Shīrāzī, Nāṣir et al. *Tafsīr-i Numūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Dahum, 1992/1371.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Dāyrah al-Maʿārif-i Fiqh-i Muqārin*. Qum: Madrisah-yi Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (AS). 1966/1385.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Qum: Madrisah-yi Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (AS), 2003/1424.
- Māzandarānī, Muḥammad Ṣāliḥ ibn Aḥmad. *Sharḥ al-Kāfi, al-Uṣūl wa al-Rawḍa*. Ḥāshiyah-yi Abū al-Ḥasan Shaʿrānī, Tehran: al-Maktab al-Islāmiyya. 1963/1382.
- Muḥaqqiq Dāmād, Muḥammad. *Kitāb al-Ṣalāt*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwum, 1996/1416.
- Musawī Sabzawārī, ʿAbd al-Aʿlā. *al-Muḥadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Sayyid ʿAbd al-Aʿlā Sabzawārī, 1993/1413.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 2009/1430.
- Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasāʾil wa Mustanbaṭ al-Masāʾil*. Qum: Āl al-Bayt (AS). 1988/1408.
- Qushyirī Nayshābūrī, Muslim ibn Ḥajāj. *Ṣaḥīḥ Muslim*. researched by Muḥammad Fuʾād ʿAbd al-Bāqī. Cairo: Dār Ḥadīth, 1992/1412.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qum: Āyīn Dānish, 2014/1435.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Zubda al-Uṣūl*. Tehran: Ḥadīth Dil. Chāp-i Duwum, 2003/1382.
- Ṣadr, Muḥammad. *Buḥūth fi Ṣalāt al-Jumʿah*. Qum: Muḥibbīb, 2011/1432.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāyʿ al-Islām*. Beirut: Dār Ihyaʾ al-Tūrāth al-ʿArabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.
- Ṣāliḥī Māzandarānī, Ismāʿīl. *Miftāḥ al-Baṣira fi Fiqh al-Shariʿa*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-ʿUzmā Ismāʿīl Ṣāliḥī Māzandarānī, 1998/1376.
- Ṣāliḥī Māzandarānī, Ismāʿīl. *Sharḥ Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Ṣāliḥān. 1963/1382.
- Ṣanʿānī, ʿAbd al-Razzāq ibn Hammām. *al-Muṣannaf*. Beirut: al-Majlis al-ʿIlmī. 1983/1403.
- Sayfī Māzandarānī, ʿAlī Akbar. *Durūs fi al-Qawāʾid al-Tafsīriyya*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. 2007/1428.
- Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd et al. *Mawsūʿat al-Fiqh al-Islāmī Tibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum:

- Mü'assisa Däyra al-Ma'ārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2002/1423.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Aḥkām Ṣalāt al-Qaḍā'*. Qum: Mü'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 2014/1392.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Dalā'il fī Sharḥ Muntakhab al-Masā'il*. Qum: Maḥalātī. 1962/1381.
- Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *Miṣbāḥ al-Minhāj; al-Tajārah*. S.l: al-Minār. 1997/1417.
- Ṭabāṭabāyī Tabrizī, Muḥammad Javād. *Bughyah al-Hudāt fī Sharḥ Vasilah al-Najāt*. Najaf: al-Maṭba'at al-Ādāb. S.d.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Tafsīr al-Mizān*. translated by Sayyid Muḥammad Bāqir Mūsawī Hamadānī. Qum: Mü'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 1996/1374.
- Tarḥīnī 'Āmilī, Muḥammad Ḥasan. *al-Zubda al-Fiqhiya fī Sharḥ al-Rawḍa al-Bahiya*. S.l. Dār al-Fiqh, 2007/1385.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. researched by Sayyid Ḥasan Mūsawī Kharsān. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. 1987/1407.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Amālī*. Ed. Mü'assisa al-Ba'tha, Qum: Dār al-Thaqāfa. 1994/1414.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fī mā Ikhtalafā min al-Akḥbār*. ed. Ḥasan Mūsawī Kharsān. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1970/1390.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Miṣbāḥ al-Mutahajjid*. Beirut: Fiqh al-Shi'a. 1991/1411.
- Vilāyī, 'Isā. *Farhang Tashriḥi Iṣṭilāḥāt Uṣūl*. Tehran: Niy, Chāp-i Shishum, 2009/1387.



Master-Seller Sale (*Bay'i Mustarsil*): Re-assessing the Nature, Effects, and Relationship to Sales Based on the One Cosignatories

Dr. Nabi Sobhani  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Islamic Studies, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran

Email: n.sobhani@ilam.ac.ir

Dr. Karim Kukha'izadeh, Associate Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran.

Abstract

Jurists have discussed narrations containing the term *mustarsil* with respect to their implication for the legitimacy of the option of fraud (*khiār-i ghabn*), yet they have not explored the meaning of this term or its relation to a sale in which one of the contracting parties demands the sale. After presenting the relevant narrations, the study aims to analyze the concept and nature of *mustarsil*, articulate its ruling, and analyze the relationship between a *bay'i mustarsil* (sale involving a *mustarsil*) and a sale governed by the judgment of one of the contracting parties. Using the descriptive-analytical method, the study concludes in its conceptual analysis that a *mustarsil* is one who entrusts the pricing of the commodity to the other party. This delegation of price determination does not occur solely prior to the contract, but it may also take place concurrently with the contract or after its conclusion. Consequently, in cases where the price is set after the contract, the transaction qualifies as a form of sale determined by one of the contracting parties, establishing a relationship of partial overlap (general-particular from both sides) between master-seller sale, and sale based on the judgment of one contracting party. Accordingly, given the validity of master-seller sale, the latter category of sale is also valid in certain instances, and considering such a sale as invalid is restricted to situations in which no criterion for determining the price has been mentioned.

Keywords: *mustarsil*, master-seller sale (*bay'i mustarsi*), sale determined by one contracting party, the option of fraud (*khiār-i ghabn*)





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۱۳۶ - ۱۱۵

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۱

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.87461.1766>

نوع مقاله: پژوهشی

بیع مسترسِل؛

بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان

دکتر نبی سبحانی (نویسنده مسئول) ^{id}

استادیار گروه معارف اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

Email: n.sobhani@ilam.ac.ir

دکتر کریم کوخایی زاده

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

چکیده

فقها روایات مشتمل بر واژه «مسترسِل» را از جهت دلالت بر مشروعیت خیار غبن مورد بحث قرار داده، اما به تحلیل مفهوم این واژه و اینکه چه ارتباطی با بیع به حکم یکی از متعاقدان دارد، نپرداخته‌اند. هدف این پژوهش بعد از ذکر روایات، تحلیل مفهوم و ماهیت مسترسِل، بیان حکم آن و بررسی رابطه بین بیع مسترسِل با بیع به حکم یکی از متعاقدان است. این پژوهش به روش تحلیلی توصیفی صورت گرفته است و در مفهوم‌شناسی مسترسِل به این نتیجه رسیده که مسترسِل کسی است که به طرف مقابل در قیمت‌گذاری کالا اعتماد می‌کند و این واگذاری قیمت تنها قبل از عقد نیست، بلکه می‌تواند هم‌زمان با عقد و یا بعد از عقد باشد؛ از این رو در فرض تعیین قیمت بعد از عقد از مصادیق بیع به حکم یکی از متعاقدان است که نتیجه آن اثبات رابطه عموم و خصوص من وجه بین بیع مسترسِل با بیع به حکم یکی از متعاقدان است و با توجه به صحت بیع مسترسِل، بیع به حکم یکی از متعاقدان نیز در برخی مصادیق صحیح خواهد بود و قول به بطلان این بیع محدود به موردی است که معیاری برای تعیین قیمت بیان نشده باشد.

واژگان کلیدی: مسترسِل، بیع مسترسِل، بیع به حکم احد متعاقدین، خیار غبن.

مقدمه

امروزه در بسیاری از موارد در معاملات خرد که بیشتر به صورت معاطات صورت می‌گیرد، مشاهده می‌شود که مشتری بدون چانه‌زنی یا کسب اطلاع از قیمت کالا، قیمت‌گذاری را صرفاً براساس اعتماد و اطمینانی که به فروشنده دارد، به او واگذار می‌کند. این وضعیت ممکن است از سوی فروشنده نیز رخ دهد؛ به این صورت که فروشنده از قیمت کالای خود خبر ندارد و تعیین قیمت را به مشتری می‌سپرد و انتظار دارد که مشتری کالا را به قیمتی که عرف بازار است، از او خریداری کند. در آثار فقهی واژه مسترسیل بر این اشخاص اطلاق شده است؛ یعنی به شخصی که در تعیین قیمت کالا به طرف مقابل اطمینان و اعتماد می‌کند، مسترسیل گفته‌اند. این عنوان در موردی مطرح است که مسترسیل توسط شخصی که به او اطمینان شده و عهده‌دار تعیین قیمت شده است، مغبون واقع شود. در روایات، این وضعیت تحت عنوان «غبن ال‌مسترسیل» ذکر شده و احکامی برای آن بیان شده است. مدلول التزامی روایات و اقوال فقها اغلب بر صحت معامله مسترسیل مغبون دلالت دارد. از سوی دیگر، در آثار فقهی هنگام بحث از لزوم علم به ثمن، درباره معامله‌ای که در آن تعیین ارزش کالا به یکی از طرفین یا شخص سومی واگذار شده است، در مجموع سه نظریه ارائه شده است: ۱. عده‌ای حکم به بطلان چنین معامله‌ای داده و ادعای اجماع بر بطلان آن کرده‌اند؛^۱ ۲. گروهی با استناد به روایتی صحیح^۲ چنین معامله‌ای را صحیح دانسته‌اند؛^۳ ۳. برخی قائل به تفصیل شده‌اند؛ در بیع به حکم مشتری، معامله را باطل و در بیع به حکم بایع، معامله را صحیح دانسته‌اند.^۴

با وجود اینکه به نظر می‌رسد بین مسترسیل و معامله به حکم یکی از متعاقدان ارتباطی وجود دارد، ولی هیچ‌کدام از فقها در استدلال بر نظرات فوق به روایاتی که در موضوع آن‌ها عنوان مسترسیل آمده است استناد نکرده‌اند و تنها این روایات را در مباحث خیار از جهت دلالت بر خیار غبن مورد بحث قرار داده‌اند.

راجع به پیشینه عنوان پژوهش حاضر می‌توان گفت که: در آثار فقهی، از بیع مسترسیل به عنوان نوعی از معامله بحثی مستقل انجام نشده است. تنها در بحث خیار غبن روایات مرتبط با مسترسیل از جهت دلالت بر خیار غبن مورد بحث قرار گرفته‌اند. همچنین در ضمن بحث از بیع به حکم یکی از متعاقدان به

۱. ابن‌ادریس، السرائر، ۲/۲۸۶؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰/۱۰۰.

۲. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۳۰.

۳. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۸/۴۶۰ تا ۴۶۵؛ شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۷/۹۹.

۴. مفید، المقنعة، ۵۹۳؛ طوسی، النهایة، ۳۸۷؛ بیهقی نیشابوری کیدری، اصباح الشیعة، ۲۲۹.

آن اشاره نشده است. نه تنها در کتب فقهی امامیه، بلکه در آثار پژوهشی دانشگاهی، مقاله یا پایان نامه و رساله‌ای با این عنوان یافت نشد.

اما درباره موضوعات مرتبط می‌توان به بحث بیع به حکم یکی از متعاقدين که در کتب فقهی در مبحث لزوم علم به ثمن مطرح است یا آثار پژوهشی با موضوع ثمن باز اشاره کرد، از جمله: مقاله‌ای با عنوان «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش موانع فقهی و حقوقی-راهکارها»؛^۵ این مقاله به بررسی شرط لزوم علم به ثمن در قراردادهای پیش فروش پرداخته است و در نتیجه، قابلیت تعیین ثمن را در صحت این نوع قراردادهای کافی دانسته است. جهت فقهی در مقاله «مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس»^۶ بحث و بررسی معامله به حکم یکی از متعاقدين است که نتیجه‌ای که نویسندگان مقاله گرفته‌اند صحت چنین معاملاتی است. مقاله «بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی»^۷ ناظر به شرط لزوم علم به ثمن است که نگارندگان به این نتیجه رسیده‌اند که آنچه لزوم دارد، غرری نبودن معامله است. اما معلومیت ثمن مادامی که منجر به غرری شدن معامله نشود، شرط نیست. همچنین نگارنده مقاله «بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس)»^۸ معاملاتی را که در آن‌ها تعیین ثمن به کارشناس یا شخص ثالث یا قیمت روز بازار واگذار شده است بررسی کرده و صحت چنین معاملاتی را نتیجه گرفته است. مقاله «بررسی فقهی وضعیت ثمن شناور از دیدگاه صاحب‌جواهر، آیت‌الله خویی، با تکیه بر دیدگاه‌های امام خمینی»^۹ نیز لزوم تعیین ثمن را از دیدگاه این سه فقیه بررسی کرده است.

وجه تمایز نوشتار حاضر با موارد مذکور در این است که نوشتار حاضر به مفهوم‌شناسی بیع مسترسیل پرداخته و روایات مربوط به آن را بررسی کرده و در بخشی از نوشتار به رابطه آن با بیع به حکم یکی از متعاقدين، که مصداقی از معاملات به ثمن نامعین است، پرداخته است و می‌کوشد در زمینه مسترسیل به سؤالات مطرح در این موضوع پاسخ دهد، از جمله: مفهوم و ماهیت مسترسیل چیست؟ چه ارتباطی بین مسترسیل و بیع به حکم یکی از متعاقدين وجود دارد؟ تبیین حکم بیع مسترسیل چه تأثیری می‌تواند بر دیگر احکام فقهی مثل حکم بیع به حکم احد متعاقدين یا شرط لزوم علم به ثمن داشته باشد؟

باتوجه به مرسوم بودن این شیوه از معاملات که مبتنی بر اعتماد یکی از طرفین معامله به دیگری در

^۵ شعاریان، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش موانع فقهی و حقوقی-راهکارها».

^۶ یحیی‌پور، الهویی نظری، «مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس».

^۷ آهنگران، رضائزاد، «بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی».

^۸ مقدادی، «بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس)».

^۹ جعفرزاده، رزمی، کاظمی، «بررسی فقهی وضعیت ثمن شناور از دیدگاه صاحب‌جواهر، آیت‌الله خویی، با تکیه بر دیدگاه‌های امام خمینی».

سبحانی، کوخایی‌زاده؛ بیع مسترسیل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط‌سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/۱۱۹

رعایت انصاف و غبطه هنگام تعیین قیمت است، مفروض این است که چنین معامله‌ای مصداقی از بیع به حکم یکی از متعاقدين و صحیح است و براساس این فرضیه، حکم کلی و عمومی بطلان معامله‌ای که یکی از متعاقدين تعیین‌کننده قیمت است متزلزل می‌شود، لذا تعیین مصادیق علم و جهل در نظریه لزوم علم به ثمن نیازمند بازنگری است.

۱. روایات

در کتب فقهی، مطالب مرتبط با بیع مسترسیل با محوریت سه روایتی است که در آن‌ها واژه مسترسیل به صورت مضاف‌الیه کلمه غبن استعمال شده است: ۱. «غَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ سُحْتُ»؛ ۲. «غَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ رَبًّا»؛ ۳. «وَلَا تَغْبِنِ الْمُسْتَرَسِلَ، فَإِنَّ غَبْنَهُ لَا يَحِلُّ»^{۱۲}

روایت اول و دوم در کتب اربعه حدیثی ذکر شده‌اند، ولی روایت سوم در وسائل الشیعة، از کتاب فتح الابواب نقل شده است ولی در کتب اربعه اثری از آن نیست.

در سند روایت «غَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ سُحْتُ»، محمدبن علی وجود دارد که در کتب رجالی به ضعیف‌بودنش تصریح شده است.^{۱۳} در سند روایت «غَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ رَبًّا»، عمروبن جمیع وجود دارد که او نیز در کتب رجالی به ضعیف‌بودنش تصریح شده است.^{۱۴} و روایت سوم، روایتی مرسل است. بنابراین، هر سه روایت از لحاظ سندی ضعیف هستند، ولی باوجود ضعف سندی فقهای زیادی این روایات را تحلیل و بررسی کرده‌اند.

اغلب فقیهانی که به این روایات توجه داشته‌اند بدون اظهارنظر درباره اعتبار روایات و بدون بیان صحت یا بطلان مطلق بیع مسترسیل به بررسی دلالت این روایات بر مشروعیت خیار غبن پرداخته‌اند. البته هیچ‌کدام از این روایات به دلالت مطابقی و صراحت، صحت یا فساد بیع مسترسیل را ثابت نمی‌کند، اما برخی از فقها با استناد به همین روایات و تحلیل مفاهیم مستعمل در آن‌ها درباره صحت و فساد بیع مسترسیلی که در آن مسترسیل مغبون واقع شده است اظهارنظر کرده‌اند. برخی با استناد به دلالت التزامی این روایت، قائل به صحت^{۱۵} و برخی قائل به فساد^{۱۶} چنین بیعی شده‌اند.

۱۰. کلینی، الکافی، ۲/۴۱۰؛ ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲/۲۷۲/۳.

۱۱. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲/۲۷۲/۳.

۱۲. ابن‌طاووس، فتح الابواب، ۱۶۰؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳/۳۸۵/۱۷.

۱۳. علامه حلی، رجال، ۲/۲۵۳/۱؛ نجاشی، رجال، ۱/۳۳۲/۱؛ ابن‌غضائری، الرجال، ۱/۹۴/۱.

۱۴. طوسی، رجال، ۱/۲۵۱/۱؛ علامه حلی، رجال، ۱/۲۴۱/۱؛ نجاشی، رجال، ۱/۲۸۸/۱.

۱۵. شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۷/۹۹.

در صورتی که صحت بیع مسترسیل مغبون ثابت شود، صحت مطلق بیع مسترسیل به دلیل اولویت اثبات می شود؛ به عبارتی وقتی بیع مسترسیل مغبون صحیح باشد، به طریق اولی مسترسیلی که مغبون نشده است بیعش صحیح خواهد بود. به نظر نگارنده مستفاد از مباحث مطرح شده این است که فقها بیع مسترسیل را با بیع به حکم احد متعاقدين مساوی ندانسته اند، زیرا مراد فقها از اعطای حق تعیین ثمن که در بیع به حکم احد متعاقدين مطرح است، اعطای این حق در ضمن عقد است که بعد از عقد به وسیله یکی از متعاقدين تعیین ثمن انجام می گیرد. اما در مباحث مربوط به مسترسیل، واگذاری تعیین ثمن، ناشی از اطمینان و اعتماد است، به همین دلیل، در هر دو حالت غبن و عدم غبن، ادله یکسان بر صحت یا بطلان ارائه نشده است. اغلب فقها بیع به حکم یکی از متعاقدين را باطل دانسته اند،^{۱۷} در حالی که در بیع مسترسیل تنها در صورت مغبون شدن مسترسیل اختلاف نظر در صحت و بطلان وجود دارد؛ برخی قائل به صحت^{۱۸} و برخی قائل به فساد^{۱۹} چنین بیعی شده اند. بنابراین، می توان به این نتیجه رسید که فقها از مسترسیل، نوع خاصی از اعطای حق تعیین ثمن را اراده کرده اند که با واگذاری تعیین ثمن به حکم احد متعاقدين متفاوت است. تبیین رابطه بیع مسترسیل با بیع به حکم یکی از متعاقدين و مفهوم شناسی مسترسیل نیازمند تحلیل و بررسی معنای لغوی مسترسیل است.

۲. مفهوم شناسی مسترسیل در لغت و اصطلاح فقها

۲.۱. مسترسیل در لغت

واژه «مسترسیل» اسم فاعل از «استرسال» است که ریشه این کلمه، «رسل» است. لغت شناسان گفته اند که استرسال مثل استئناس و اطمینان است^{۲۰} و برخی نیز این واژه را به معنای گشاده رویی و انس گرفتن دانسته اند^{۲۱} و برخی گفته اند: مسترسیل به معنای انس گرفتن و اطمینان کردن به کسی و تأیید حرف اوست.^{۲۲}

۲.۲. مسترسیل در اصطلاح فقهی

۱۶. نک: کلینی، الکافی، ۲۴/۱۰.

۱۷. ابن ادریس، السرائر، ۲۸۶/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰۰/۱۰.

۱۸. شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۹۹/۷.

۱۹. نک: کلینی، الکافی، ۲۴/۱۰.

۲۰. فراهیدی، کتاب العین، ۲۴۱/۷؛ صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۳۰۳/۸.

۲۱. جوهری، الصحاح، ۱۷۰۹/۴.

۲۲. ابن اثیر، النهاية، ۲۲۳/۲؛ ابن منظور، لسان العرب، ۲۸۳/۱۱.

سبحانی، کوخایی‌زاده؛ بیع مسترسیل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط‌سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/۱۲۱

واژه مسترسیل در سه موضع از مباحث فقهی به کار رفته است: ۱. باب طهارت که از اوصاف مو و به معنای موی بلند و آویخته است؛^{۲۳} ۲. در باب صید و ذباحت که در بحث احکام صید به معنای روانه کردن و فرستادن سگ برای شکار است؛^{۲۴} ۳. در باب تجارت و به معنای اطمینان و اعتماد است^{۲۵} که استرسال با این معنای سوم محل بحث این نوشتار است.

در کتب فقهی امامیه عنوان مسترسیل به عنوان اصطلاحی فقهی معروف نشده است. تعریفی که از این واژه در کتب فقها بیان شده است تفاوت اساسی با معنایی که لغت‌دانان گفته‌اند ندارد، مثلاً در تعریف آن گفته شده است: «مسترسیل» کسی است که امور را به دیگری وا می‌گذارد و به او اعتماد می‌کند.^{۲۶} همچنین گفته شده است: «مسترسیل» کسی است که زمام امور را به دیگری سپرده است.^{۲۷} شبیه به همین فقیه دیگری گفته است: «مسترسیل» کسی است که به طرف مقابل اطمینان می‌کند^{۲۸} و نیز گفته شده است: «مسترسیل» مشتری است که تعیین قیمت نمی‌کند، بلکه تعیین قیمت را به نظر بایع موکول می‌کند و مقدار ثمن براساس حکم بایع مشخص می‌شود.^{۲۹} در همه تعاریف مذکور، مسترسیل به صورت اسم فاعل ملاحظه شده است.

دیگری در شرح حدیث «غبن ال مسترسیل سحت» بدون تصریح به تعریف مسترسیل درباره مسترسیل نوشته است که: هر وقت فروشنده به خریدار بگوید که معامله خوبی با تو می‌کنم یا در معامله با تو با احسان رفتار می‌کنم یا هر عبارت دیگری که بیانگر گشاده‌رویی و خوش‌رویی با مشتری باشد، در این صورت نباید فروشنده مشتری را مغبون کند یا از او سود بگیرد، بلکه سزاوار است که به قیمت پایین‌تر از سرمایه بفروشد.^{۳۰} این فقیه، مسترسیل را به دو صورت اسم فاعل و اسم مفعول ملاحظه کرده است.

برخی نیز در تحلیل مسترسیل و وجه نام‌گذاری آن گفته‌اند: استرسال در اصل به معنای سیرکردن و روان‌شدن است، گویا مسترسیل با گوینده که تعیین‌کننده قیمت کالا است سیر می‌کند و می‌رود، به همین دلیل به چنین شخصی مسترسیل می‌گویند و در ادامه بیان می‌دارد: استرسال در اصل به معنای سیرکردن و

۲۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۵۵/۱۰.

۲۴. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۲۵/۱۱.

۲۵. شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۹۹/۷.

۲۶. آل کاشف‌الغطاء، شرح خیرات اللمعة، ۱۲۶.

۲۷. اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲۴۷/۴.

۲۸. آل کاشف‌الغطاء، تحریر المجلة، بخش دوم، ۱۰۱/۱.

۲۹. شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۹۹/۷.

۳۰. مجلسی، روضة المتقین، ۲۶۷/۷.

روان شدن است.^{۳۱}

صرف نظر از تفاوتی که تعاریف از لحاظ اطناب و ایجاز با هم دارند اما ماهیت همه تعاریف یک چیز است و آن اینکه، مستتر بیل مبتنی بر اطمینانی که به طرف مقابل دارد تعیین قیمت کالا را به او واگذار می‌کند، لذا می‌توان در تعریف این گونه گفت: مستتر بیل کسی است -چه فروشنده باشد و چه خریدار- که به طرف مقابلش نسبت به رعایت انصاف در تعیین قیمت کالا اطمینان و اعتماد می‌کند و تعیین قیمت کالا را به او واگذار می‌کند.

۳. تحلیل و بررسی

در همه روایات مرتبط با مستتر بیل، ترکیب اضافی «غبن ال مستتر بیل» موضوع واقع شده است. اما محمول با تعابیر متفاوت بیان شده است؛ در یکی «سحت» و در دیگری «ربا» و در سومی «لا یحل» یا تعابیر مترادف با «لا یحل» است. تحلیل‌های متفاوت از واژگان به‌کاررفته در روایات، منشأ اختلاف اقوال و سبب دشواری استنباط نتیجه از روایات شده است.

۳.۱. غبن

درباره غبن که موضوع روایات است دو احتمال داده شده است: ا. غبن در این روایات با فتح «با»، که در این صورت به معنای فریب‌دادن در مشورت است.^{۳۲} بر همین اساس، برخی از فقها به این معنا اشاره کرده و گفته‌اند: منظور از غبن در روایات، به‌جز روایت «غبن ال مستتر بیل سحت»، خیانت در مشورت است؛^{۳۳} ب. غبن با سکون «با» که در این صورت به معنای خدعه و فریب در معامله است،^{۳۴} همان معنای غبن در تجارت است که به معنای ضرر فاحشی است که ناشی از فریب و نیرنگ باشد که با شرایطی سبب می‌شود مغبون حق خیار غبن داشته باشد. تنها در روایت «غبن ال مستتر بیل سحت» احتمال دوم قوی‌تر است، زیرا سحت مربوط به امور مالی است و از مناسبت بین حکم و موضوع این احتمال تقویت می‌شود. به نظر نگارنده رابطه بین غبن با فتح «با» و غبن با سکون «با» از نوع جناس ناقص حرکتی است؛ مثل واژه «جد» با فتحه جیم به معنای بهره‌مندی و واژه «جد» با کسر جیم به معنای تلاش که اراده هرکدام از

۳۱. حسینی شیرازی، ایصال الطالب، ۶۰/۱۲.

۳۲. جوهری، الصحاح، ۲۱۷۲/۶؛ ابن منظور، لسان العرب، ۳۰۹/۱۳.

۳۳. فشارکی، الرسائل الفشارکیة، ۵۴۷؛ آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، بخش دوم، ۱۰۱/۱؛ مدنی کاشانی، تعلیقه شریفه علی بحث الخیارات و الشروط.

۷۵؛ حسینی شیرازی، ایصال الطالب، ۶۱/۱۲.

۳۴. جوهری، الصحاح، ۲۱۷۲/۶؛ ابن منظور، لسان العرب، ۳۰۹/۱۳.

سبحانی، کوخایی‌زاده؛ بیع مسترسیل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط‌سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/ ۱۲۳

معانی تابع قراین لفظی یا معنوی موجود در کلام است. به همین دلیل برخلاف نظر غالب فقها - که در دو موردی که محمول، کلمه «ربا» و «لایحل» است، دو احتمال را به صورت یکسان مطرح کرده‌اند - به نظر می‌آید در روایات مربوط به مسترسیل احتمال غبن با سکون «با» قوی‌تر است، زیرا حمل غبن بر خیانت در مشورت زمانی است که قرینه‌ای لفظی یا معنوی وجود داشته باشد. در این عبارات، نه مضاف‌الیه غبن و نه مسندالیه غبن مفید معنای مشورت نیستند، زیرا در روایات مذکور خود واژه غبن به تنهایی معنای مشورت نمی‌دهد و مسترسیل - که مضاف‌الیه غبن است - نیز به تصریح لغت‌دانان و فقها معنای مشورت نمی‌دهد و قرینه دیگری در روایات نیست که سبب ترجیح معنای غبن در مشورت شود.

۲.۳. مسترسیل

در باره اطمینان که به عنوان معنای مسترسیل ذکر شده، دو حالت متصور است:

۱. اینکه اطمینان در امور مقدماتی معامله حاصل شود؛ یعنی مسترسیل با اعتماد به فروشنده و عدم آگاهی از قیمت واقعی کالا، تعیین قیمت را به وی واگذار می‌کند و ثمنی که فروشنده تعیین می‌کند در ضمن عقد ذکر می‌شود؛ به عبارتی هنگام اجرای عقد، عقد خالی از ثمن نیست. در این شیوه که عقد خالی از ثمن نیست، اعتماد خریدار به فروشنده که مربوط به قبل از اجرای عقد است به دو صورت متصور است - هرچند ممکن است طرفین به هیچ کدام از این دو فرض توجه نداشته باشند - یا این اعتماد و اطمینان به صورت مشورت است یا به شکلی شبیه به توکیل. تفاوت مشورت و شبه توکیلی را می‌توان به این صورت فرض کرد که در مشورت، مسترسیل با اعتماد و اطمینانی که به بائع دارد تعیین و ارزش‌گذاری کالا را از بائع می‌خواهد و بعد از مشورت با فروشنده، خریدار قیمت کالا را می‌داند و قیمت‌گذاری فروشنده صرفاً پیشنهادی مشورتی است ولی در شبه توکیل مسترسیل به بائع اعتماد و اطمینان کرده، لذا تعیین قیمت و ارزش کالا به وسیله او انجام می‌گیرد. در این حالت ممکن است بائع مسترسیل را از قیمت تعیین شده مطلع نکند، لکن در زمان اجرای عقد، عقد خالی از ذکر ثمن نیست و تعیین‌کننده قیمت شبیه به وکیل شده است و خود او نقش طرفین عقد را برعهده می‌گیرد و به این صورت ارکان عقد تکمیل می‌شود.

۲. اینکه مسترسیل با اطمینان کردن به بائع عقد را اجرا می‌کند و حکم تعیین ثمن را به بائع واگذار می‌کند؛ در این حالت ممکن است به شیوه تعیین مقدار ثمن تصریح شود و ممکن است تصریح نشود. در صورت عدم تصریح می‌توان گفت: مستفاد عرفی از حالت اطمینان و اعتماد تعیین ثمن به شیوه‌ای است که تعیین‌کننده قیمت، همان طوری که برای وکیل در معامله رعایت غبطه موکل شرط است، نسبت به طرف مقابل رعایت انصاف و غبطه را داشته باشد. بحث از صحت و فساد عقد به این شیوه که تعیین ثمن برعهده یکی از متعاقدين یا شخص ثالث باشد در کتب فقهی تحت عنوان بیع به حکم احد متعاقدين مطرح شده

باتوجه به مباحث پیش گفته می توان گفت: مستتر سیل کسی است که نسبت به رعایت عدالت و انصاف در تعیین ثمن مثنی به طرف مقابل اطمینان و اعتماد می کند؛ اعم از اینکه قبل از عقد تعیین ثمن صورت گیرد یا بعد از عقد. همچنین مستتر سیل ممکن است خریدار باشد یا فروشنده و آن زمانی است که به دلیل جهل یا خبر نبودن یا وجود شیوه خاص از قیمت گذاری که جهل و علم طرفین در آن اثر ندارد، یکی از طرفین به دیگری اطمینان می کند. برای نمونه، خریدهایی که در آن مشتری با علم به نوسانات بازار کالای مورد نیاز را از فروشنده می گیرد و فروشنده اقلام فروخته شده را در حساب دفتر مشتری یادداشت می کند و براساس توافق قبلی زمان پرداخت به قیمت روز محاسبه می کند، مصداقی از استرسال مشتری است.

۳.۳. محمول روایات

در محمول این روایت احتمالاتی داده شده است که استدلال به روایت را دچار مشکل کرده است که در مجموع در محمول روایت «غَبْنُ الْمُسْتَرِیْلِ سَحَتْ»^{۳۶} سه احتمال ذکر شده است:

۱. منظور از سحت بودن غبن این باشد که غابن مستحق عقاب است، چون به منزله کسی است که مال حرام می خورد؛ زیرا با فریب دادن مشتری مال حرام به دست آورده است.^{۳۷}
۲. منظور این باشد مبلغ اضافه ای که فروشنده دریافت کرده است حکم سحت دارد، بنابراین حرام و ضامن آن است.^{۳۸}

۳. مجموع مال دریافتی حکم سحت دارد، لذا کل مال دریافتی حرام است و این حرام بودن یا سبب حرمت مالکیت می شود که در این صورت معامله فاسد است یا حرام بودن تصرف که در این صورت با مالکیت منافات ندارد؛^{۳۹} مثل حرمت تصرف ورشکسته مجبور که مالکیت دارد ولی تصرفش حرام است. باوجود این احتمالات نمی توان به روایت «غبن الـمستریل سحت» بر بطلان بیع مستریل مغبون استدلال کرد.

در بقیه روایات احتمال داده شده است که غبن معنای فریب در مشورت بدهد، زیرا اگر غبن با فتح «با» باشد، در این صورت معنای حقیقی آن فریب دادن در مشورت است و اگر با سکون «با» باشد، در این صورت فریب دادن در مشورت، معنای مجازی آن است. در هر صورت مقصود این است که فریب دادن

۳۵. ابن ادریس، السرائر، ۲/۲۸۶؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰/۱۰۰.

۳۶. کلینی، الکافی، ۱۰/۲۴؛ ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۲.

۳۷. فشارکی، الرسائل الفشارکیه، ۵۴۷.

۳۸. فشارکی، الرسائل الفشارکیه، ۵۴۷.

۳۹. انصاری، کتاب المکاسب، ۵/۱۶۵؛ کاشف الغطاء، مورد الأثام، ۴/۵۴؛ رشتی، فقه الإمامیه؛ قسم الخیارات، ۳۹۸.

سبحانی، کوخایی زاده؛ بیع مسترسیل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/ ۱۲۵

مسترسیل به عنوان یک حکم تکلیفی حرام است و دلالت بر بطلان معامله ندارند.^{۴۰} برخی احتمال داده اند که معنای روایت این است که فریب دادن کسی که به خریدار اطمینان کرده در حرام بودن به منزله ریاست و معصوم (ع) خواسته با این بیان شدت حرمت فریب دادن مسترسیل را بیان کند.^{۴۱} در این روایات حتی در صورتی که غبن با سکون «با» و به معنای حقیقی اش؛ یعنی غبن در معامله باشد باز دلالت روایات بر بطلان معامله قطعی نیست؛ زیرا در محمول این روایات احتمالات دیگری مطرح است، از جمله: منظور از غبن، مبلغ اضافه ای باشد که به سبب بیع غبنی به دست آمده که این تشبیه شده به مبلغ اضافه ای که با بیع ربوی به دست می آید که در این صورت باز بطلان معامله قطعی نیست، چون در چنین معامله ای هم احتمال بطلان هست هم احتمال صحت،^{۴۲} لذا به طور قطع نمی توان گفت معامله باطل است.

در مقابل تحلیل بیان شده که نتیجه آن عدم قطع به بطلان معامله مسترسیل مغبون است، برخی با استناد به روایت «غبن ال مسترسیل سحت» و تلفظ غبن در روایات با سکون «با» که به معنای غبن در معامله و از مصادیق اکل مال به باطل است، معامله را باطل دانسته اند. همچنین با استناد به اینکه در روایت «غبن ال مسترسیل ربا» چیزی که با غبن مسترسیل به دست آمده، از مصادیق ربا دانسته می شود و همان طور که معامله ربوی باطل است، معامله غبنی را نیز باطل دانسته اند.^{۴۳} و نیز استناد شده است به اینکه استرسال، نوعی وکالت است و در وکالت رعایت غبطه موکل لازم است و چون در صورت غبن، غبطه مسترسیل رعایت نشده است، پس معامله باطل است. علاوه بر این، عدم رضایت مسترسیل را دلیل دیگری بر بطلان چنین معامله ای ذکر کرده است.^{۴۴}

دو قول مطرح شده درباره بیع مسترسیل مغبون، نتیجه تفسیر و تحلیل هایی است که از روایات شده است که مستفاد از تحلیل و تفسیر فقها درباره معامله مسترسیل مغبون این است که آن گروه از فقها که غبن در روایات را با فتح «با» و به معنای فریب در خیانت و مشورت گرفته اند یا مفاهیم مستعمل در محمول این روایات را بر معنای مجازی حمل کرده اند؛ مثل حمل کلمه سحت و ربا بر معنای خلاف ظاهر آن ها، چنین معامله ای را صحیح دانسته اند^{۴۵} و آن گروه از فقها که غبن را با سکون «با» و به معنای غبن در معامله معنا کرده اند و مفاهیم مستعمل در محمول را به همان معنای ظاهری کلمات گرفته اند، حکم به بطلان این

۴۰. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴/۱۹؛ شریعت اصفهانی، نخبة الازهار، ۱۷۴.

۴۱. خمینی، کتاب البیع، ۴/۱۶.

۴۲. خمینی، کتاب البیع، ۴/۱۷.

۴۳. نک: کلینی، الکافی، ۱۰/۲۴.

۴۴. نک: کلینی، الکافی، ۱۰/۲۴.

۴۵. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴/۱۹؛ شریعت اصفهانی، نخبة الازهار، ۱۷۵؛ خمینی، کتاب البیع، ۴/۱۶.

نوع معامله داده‌اند.^{۴۶}

به نظر نگارنده غبن در روایات مستترسِل، ظهور در معنای غبن در معامله دارد؛ زیرا ترجیح یکی از دو معنای غبن بر دیگری نیازمند قرینه است. واژه غبن به تنهایی از حیث دلالت نسبت به یکی از دو معنا یکسان است، بلکه استفاده معنای خیانت در مشورت از روایات «غبن الـمستترسِل» خلاف ظاهر است؛ زیرا مستترسِل که مضاف الیه این کلمه واقع شده است نه براساس معنای لغوی و نه براساس معنای اصطلاحی، دلالت بر معنای مشورت ندارد. ازسوی دیگر، واژه‌های سحت و ربا و لایحل که محمول روایات‌اند، در اموال به کار برده می‌شوند. قرینه بیرونی هم وجود ندارد، لذا باتوجه به تناسب بین حکم و موضوع، واژه غبن ظهور در غبن در معامله دارد اما این سبب نمی‌شود که روایات حتی روایت «غبن الـمستترسِل سحت» دلیل بر بطلان بیع مستترسِل مغبون باشند؛ زیرا همان‌طور که برخی از فقها بیان کرده‌اند ممکن است منظور از سحت بودن یا در حکم ربابودن، مقدار مال اضافه‌ای باشد که غابن با فریب از مغبون دریافت کرده است که به دلیل حرام بودن، غابن ضامن پس دادن آن است؛^{۴۷} همان‌طور که در موارد دیگری از غبن، غابن در صورت عدم رضایت مغبون ضامن است. با این تفاوت که در مستترسِل به دلیل معامله مبتنی بر اطمینان، حرمت شدیدتر است، همان‌طور که برخی از فقها اشاره کرده‌اند تعبیر به سحت و ربا در غبن مستترسِل دلیل بر شدت تحریم است.^{۴۸} اما تشبیه آن به بیع وکیل و ذکر عدم رعایت غبطه به عنوان دلیل بطلان، موجه نیست، زیرا همان‌طور که برخی فقها تصریح کرده‌اند رعایت نکردن قیمت المثل به وسیله وکیل در جایی که وکالت نسبت به تعیین قیمت اطلاق دارد، باعث بطلان بیع نیست؛ بلکه عقدی که انجام داده فضولی خواهد بود و تنفیذ آن مبتنی بر اجازه موکل است.^{۴۹}

نتیجه آنکه، در حالتی که مستترسِل مغبون شده باشد، بیع مستترسِل باطل نیست؛ بلکه حداکثر ثبوت حق خیار برای فرد مغبون است و وقتی بیع مستترسِل مغبون باطل نباشد، به طریق اولی مطلق بیع مستترسِل باطل نیست.

۴. نسبت سنجی مستترسِل با بیع به حکم یکی از متعاقدين

با وجود اینکه به نظر می‌رسد از نظر مصداقی بین این دو وجه اشتراکی باشد، در کتب فقهی به ارتباط و

۴۶. نک: کلینی، الکافی، ۲/۱۰.

۴۷. فشارکی، الرسائل الفشارکیة، ۵۴۷.

۴۸. مجلسی، روضة المتقین، ۲۶۷/۷.

۴۹. نک: فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۳۴۷/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۷۱/۴؛ جزیری و همکاران، الفقه علی مذاهب الاربعة و مذهب اهل البيت علیهم السلام، ۲۲۳/۳.

نسبت بین این دو اشاره‌ای صورت نگرفته است.

۴. ۱. تمایز در مصداق

موضوع بیع به حکم احد متعاقدين، جهل به ثمن است؛ به طوری که عقد خالی از ذکر ثمن است اما موضوع بیع مستسرسل مشورت قبل از عقد است، به گونه‌ای که عقد خالی از ذکر ثمن نیست و بر همین اساس، این دو دارای احکام متفاوت هستند. اکثر فقهای که روایات غبن ال‌مستسرسل را در خیار غبن بررسی کرده‌اند، موضوع این روایات را فریب در مشورت ملاحظه کرده‌اند. براین اساس، حکم موجود در روایات را حکمی تکلیفی گرفته‌اند، ولی بیع به حکم یکی از متعاقدين حکم وضعی دارد. البته درباره این حکم وضعی اختلاف نظر وجود دارد. فقهای که ذکر ثمن را شرط صحت معامله و جهل به ثمن را سبب بطلان عقد اعلام کرده‌اند، تعیین ثمن به وسیله یکی از متعاقدين یا شخص ثالث که بعد از اجرای عقد رخ می‌دهد را سبب این می‌دانند که معامله از مصادیق جهل به ثمن باشد و جهل به ثمن از مصادیق معامله‌گری است.^{۵۰} همچنین گفته شده است معامله‌ای که ثمن آن به حکم خریدار یا بایع تعیین می‌شود، اساساً منعقد نشده و فاقد اثر است^{۵۱} و عنوان بیع بر چنین معامله‌ای صدق نمی‌کند.^{۵۲} اما براساس نظر برخی از فقها چنین معامله‌ای حداقل در برخی حالات صحیح است. برای مثال، برخی این گونه بیان داشته‌اند: معامله‌ای که در آن قیمت به حکم بایع باشد مشروط به اینکه بایع به کمتر از قیمت حکم کند، صحیح و حتی در صورت حکم به بیشتر از قیمت با رضایت مشتری نیز صحیح خواهد بود^{۵۳} و نیز گفته شده است که اگر مشتری تعیین قیمت عادلانه را برعهده فروشنده گذارد و او خیانت کند و بیش از نرخ بها بستاند، بر وی حرام است و دلیل آن را روایت «غبن ال‌مستسرسل سحت» و عدم رضایت مشتری به قیمت‌گذاری فروشنده دانسته و در ادامه بیان شده است: هر معامله که بی‌رضای مالک باشد مانند فضولی یا فروش اجباری، منوط به اجازه مالک است. اگر پس از اطلاع از غبن اجازه داد صحیح است و اگر نداد باطل است^{۵۴} و این یعنی اینکه اصل معامله صحیح است لکن مشروط به رضایت مغبون است، همان‌طور که برخی به اینکه اصل معامله صحیح است اشاره کرده‌اند.^{۵۵}

مستند صحت بیع به حکم مشتری روایتی است که در آن روای می‌گوید: به امام صادق(ع) عرض

۵۰. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳/۴۹۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳/۲۶۴؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۳/۱۸۳.

۵۱. محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۱/۲.

۵۲. خمینی، کتاب البیع، ۳/۳۴۹.

۵۳. طوسی، النهاية، ۳۸۷.

۵۴. شعرانی، ترجمه و شرح تبصرة المتعلمین، ۱/۲۵۴.

۵۵. شوشتری، النجعة فی شرح اللعة، ۷/۹۹.

کردم با صاحب کنیزی درباره خرید کنیز گفت و گو کردم که کنیز را به من بفروشد به هر قیمتی که من روی آن بگذارم، من با این قرار کنیز را از او گرفتم، سپس هزار درهم برای فروشنده فرستادم و گفتم این قیمتی است که من بر کنیز تو گذاشته‌ام، وی از من نپذیرفت و من قبل از آنکه وجه را برای صاحبش بفرستم با آن کنیز خلوت کرده بودم. امام فرمود: نظر من این است که برای کنیز قیمتی عادلانه در نظر بگیرید، پس اگر آن قیمت عادلانه بیش از آن مقداری بود که تو برای او فرستاده‌ای، بر تو لازم است که باقی قیمت را برای او بفرستی و اگر قیمتش کمتر از آن چیزی بود که برای او فرستاده‌ای، مقدار فرستاده شده از آن اوست و کنیز از آن تو. عرض کردم: قربانت شوم اگر پس از آنکه با او هم بستر شدم در او عیبی یافتم چه؟ امام فرمود: نمی‌توانی او را باز گردانی، فقط می‌توانی فرق میان قیمت سالم و ناسالم را از فروشنده بگیرد.^{۵۶} برخی با استناد به این روایت، بیع مبتنی بر حکم احد متعاقدين را صحیح می‌دانند.^{۵۷} برخی از حاشیه‌نویسان کتاب مکاسب گفته‌اند که بیع به حکم یکی از متعاقدين در برخی از حالات صحیح است و آن در صورتی است که تعیین قیمت مقید به قیمت روز بازار (سوقیه) باشد که در این حالت، عموم ادله بیع مقتضی صحت این معامله است و غرر که مانع از صحت بیع است در اینجا منتفی است.^{۵۸}

به نظر می‌رسد متمایزدانستن این دو در موضوع و مصداق سبب شده است که برای هر کدام حکمی متفاوت بیان شود، زیرا موضوع یکی مشورت در دریافت قیمت و دیگری واگذاری تعیین قیمت است. اما دلیل و قرینه‌ای پذیرفتنی بر اراده معنای مشورت از مستترِ بیل بیان نشده است.

۲.۴. نسبت عموم و خصوص من وجه

باتوجه به معنای لغوی و تعریف اصطلاحی مستترِ بیل، اطمینان جزئی از معنای مستترِ بیل است که نسبت به قبل یا هم‌زمانی و یا بعد از عقد اطلاق دارد. براین اساس، تخصیص بیع مستترِ بیل به حالتی که استرسال و اطمینان مربوط به قبل از عقد باشد لزومی ندارد. به عبارتی، ممکن است اعتماد مستترِ بیل به تعیین قیمت مربوط به قبل از عقد یا حین عقد و حتی بعد از عقد باشد اما در بیع به حکم یکی از متعاقدين اطمینان جزئی از معنا نیست، بلکه ممکن است بدون وجود اطمینان واگذاری تعیین قیمت صورت گیرد؛ مثل حالتی که یکی از متعاقدين شرط معامله را وا گذاشتن تعیین قیمت به خودش قرار دهد. بنابراین، می‌توان گفت که بین بیع مستترِ بیل و بیع به حکم احد متعاقدين از جهت اطلاق و تقیید تفاوت است؛ زیرا بیع به حکم احد متعاقدين نسبت به قید اطمینان، مطلق است اما بیع مستترِ بیل نسبت به قید اطمینان،

۵۶. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۳۰/۳.

۵۷. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۶۲/۱۸.

۵۸. لاری، التعلیقة علی المكاسب، ۲۲۹/۲.

سبحانی، کوخایی زاده؛ بیع مسترسِل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/ ۱۲۹

مقید است. البته این تقیید، تقییدی ضمنی است؛ زیرا اطمینان، جزئی از معنای مسترسِل است، لذا از جهت مصداقی بین این دو رابطه عموم و خصوص من وجه خواهد بود؛ به این صورت که مصداقی که فقط مسترسِل هست، حالتی است که خریدار اطمینان می کند و تعیین ثمن قبل از عقد انجام می گیرد و هنگام اجرای عقد، عقد خالی از ثمن نیست و مصداقی که فقط بیع به حکم یکی از متعاقدين است، حالتی است که بدون اطمینان کردن در ضمن عقد تعیین ثمن به یکی از متعاقدين واگذار می شود و مورد اجتماع، بیعی است که واگذاری قیمت به یکی از متعاقدين مبتنی بر اعتماد و اطمینان و در ضمن عقد است. این سه حالت دارای حکم یکسان نیستند.

در حالتی که مسترسِل تعیین قیمت را قبل از عقد منظور کرده باشد، چون عقد خالی از ذکر ثمن نیست با فرض تحقق سایر شرایط، معامله صحیح است. در صورتی که اعتماد و اطمینان مشتری مربوط به زمان عقد یا بعد از عقد باشد؛ یعنی عقد خالی از ذکر ثمن باشد نیز می توان گفت: معامله صحیح است، زیرا مشتری اعتماد و اطمینان کرده است به اینکه فروشنده در تعیین ثمن انصاف دارد و فریب کاری نمی کند. براین اساس، می توان سخن کسانی که بیع به حکم مشتری را صحیح دانسته اند حمل بر چنین حالتی کرد که مستند این سخن روایتی است که ظاهر آن این است که معصوم (ع) بیع به حکم مشتری را صحیح و مشتری را به رعایت قیمت عادلانه راهنمایی کرده است.^{۵۹} همچنین روایاتی که موضوع آن ها غبن مسترسِل است به دلالت التزامی صحت این نوع معامله را تأیید می کنند و این روایات قابلیت استناد به عنوان دلیل بر صحت بیع به حکم یکی از متعاقدين، حداقل در برخی مصداقی، را دارند و آن در فرضی است که تعیین قیمت مقید به امری باشد که معامله را از حالت غرری خارج کند؛ مثل حالتی که مبتنی بر رعایت قیمت روز بازار یا قیمت عادلانه و انصاف و غبطه طرف مقابل باشد. اما چون بیع به حکم یکی از متعاقدين به صورت مطلق و بدون تقیید به قیمت بازار (سوقیه) یا بدون تقیید به رعایت عدالت و انصاف و... سبب جهل و غرر است، نمی توان قائل به صحت آن به طور مطلق شد. همان طور که برخی به این نکته اشاره کرده و صحت بیع به حکم یکی از متعاقدين را مقید به قیمت بازار (سوقیه) کرده اند^{۶۰} و نظر برخی از فقهای معاصر که تمام ادله لزوم علم به ثمن را مورد مناقشه قرار داده اند^{۶۱} و بیع به حکم یکی از متعاقدين را با استناد به عموم ادله بیع و عدم نهی از آن صحیح دانسته اند،^{۶۲} نظریه فوق را پذیرفتنی تر می سازد.

۵۹. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۳۰/۳.

۶۰. لاری، التعلیقه علی المکاسب، ۲۲۹/۲.

۶۱. خویی، مصباح الفقاهة، ۳۱۹/۵؛ طباطبایی قمی، دراستنا من الفقه الجعفری، ۳۳۵/۳.

۶۲. طباطبایی قمی، الدلائل فی شرح منتخب المسائل، ۳۳۶/۴.

نتیجه‌گیری

از نظر مفهوم‌شناسی، مستتر سبیل کسی است که نسبت به رعایت عدالت و انصاف در تعیین ثمن مضمن به طرف مقابل اطمینان و اعتماد می‌کند؛ اعم از اینکه قبل از عقد تعیین ثمن صورت گیرد یا بعد از عقد. رابطه مستتر سبیل و بیع به حکم احد متعاقدين، عموم و خصوص من وجه است: در مواردی که اطمینان به تعیین ثمن، قبل از عقد حاصل است و عقد با ذکر ثمن انشا شود، فقط عنوان مستتر سبیل صدق می‌کند. در جایی که اعتماد و اطمینان به طرف مقابل در تعیین قیمت، مربوط به بعد از انشای عقد است؛ هم عنوان مستتر سبیل و هم حکم بیع به حکم احد متعاقدين صدق می‌کند. در فرضی که تعیین ثمن به یکی از طرفین عقد بدون حصول اطمینان واگذار شود بیع به حکم احد متعاقدين صدق می‌کند. از نظر حکم، باتوجه به دلالت ضمنی روایات و کلام فقها، بیع مستتر سبیل حتی در فرض اجتماع با عنوان بیع به حکم یکی از متعاقدين صحیح است. بیع به حکم احد متعاقدين برخلاف نظر برخی از فقها به طور مطلق باطل نیست، بلکه در فرضی که تعیین ثمن یا مضمن مبتنی بر اعتماد و اطمینان به رعایت عدالت و انصاف یا قیمت سوقیه باشد صحیح است.

منابع

- آهنگران، محمدرسول، لقمان رضانژاد. «بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه. س ۲۸، ش ۱، پیاپی ۱۰۵، بهار ۱۴۰۰، ۳۸ تا ۶۵.
- <https://doi.org/10.22081/jf.1402.2102.58441>
- آل کاشف الغطاء، علی بن جعفر. شرح خيارات اللمعة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین. تحرير المجلة. نجف: المكتبة المرتضوية. چاپ اول، ۱۳۵۹ق.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية في غريب الحديث والأثر. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، بی تا.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن طاووس، علی بن موسی. فتح الأبواب. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- ابن غضائری، احمد بن حسین. الرجال لابن الغضائری. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث، سازمان چاپ و نشر.

سبحانی، کوخایی زاده؛ بیع مسترسِل؛ بازپژوهی ماهیت، آثار و ارتباط سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/ ۱۳۱

۱۳۸۰.

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

اصفهان، محمد حسین. حاشیه کتاب المکاسب. قم: انوار الهدی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

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

بحرانی، یوسف بن احمد. الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین. اصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

جعفرزاده، مراد، محسن رزمی، محمدرضا کاظمی. «بررسی فقهی وضعیت ثمن شناور از دیدگاه صاحب جواهر، آیت الله خویی، با تکیه بر دیدگاه‌های امام خمینی»، مطالعات فقهی و فلسفی. دوره ۱۲، ش ۲، پیاپی ۴۶، تابستان ۱۴۰۰، ۱۱ تا ۱۱.

جزیری، عبدالرحمن و دیگران. الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام. بیروت: دار الثقلین. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشيعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

حسینی شیرازی، محمد. ایصال الطالب إلى المکاسب. تهران: علمی. چاپ اول، بی تا.

حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة؛ المکاسب. بی تا. بی جا. بی تا.

رشتی، حبیب الله. فقه الإمامية؛ قسم الخيارات. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

شعاریان، ابراهیم. «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش؛ موانع فقهی و حقوقی - راهکارها»، فقه و حقوق اسلامی. س ۳، ش ۵، پاییز - زمستان ۹۱، ۸۳ تا ۱۱۹.

شعرانی، ابوالحسن. ترجمه و شرح تبصرة المتعلمين في أحكام الدين. تهران: اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۹ق.

شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد. نخبة الأزهار في أحكام الخيار. قم: دار الكتاب. چاپ اول، ۱۳۹۸ق.

شوشتری، محمد تقی. النجعة في شرح اللمعة. تهران: کتاب فروشی صدوق. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. حاشیه کلانتر. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طباطبای قمی، تقی. الدلائل في شرح منتخب المسائل. قم: کتاب فروشی محلاتی. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- طباطبای قمی، تقی. دراساتنا من الفقه الجعفري. قم: خیام. چاپ اول، ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب العربي. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن. رجال الطوسی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۲۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذكرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. رجال العلامة الحلی. قم: الشریف الرضی. ۱۴۰۲ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العين. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- فشارکی، محمد. الرسائل الفشاركية. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- کاشف الغطاء، مهدی. مورد الأنام في شرح شرائع الإسلام. نجف: کاشف الغطاء. چاپ اول، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحديث. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- لاری، عبدالحسین. التعليقة على المكاسب. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه. قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانور. چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرايع الاسلام في مسائل الحرام والحلال. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- مدنی کاشانی، رضا. تعلیقه شریفه علی بحث الخيارات و الشروط. بی جا: چاپخانه آیت الله مدنی کاشانی. ۱۴۰۹ق.
- مقدادی، محمد مهدی. «بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس)»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول. س ۴۲، ش ۱، پیاپی ۸۴، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ۱۵۲ تا ۱۲۷.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره). چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- نجاشی، احمد بن علی. رجال النجاشی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۶۵.
- یحیی پور، جمشید. مهدی الهوی نظری. «مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام های حقوقی ایران و انگلیس»، حقوقی دادگستری. ش ۸۰، زمستان ۱۳۹۱، ۱۱۹ تا ۱۴۰. <https://doi.org/10.22106/11040/jlj.10>

Transliterated Bibliography

Åhangarān, Muḥammad Rasūl, Luqmān Rizānizhād. " Barrisī Taṭbīqī Ma'lūmiyat Thaman dar

سبحانی، کوخایی‌زاده؛ بیع مسترسِل؛ بازی‌رویی ماهیت، آثار و ارتباط‌سنجی با بیع به حکم یکی از متعاقدان/ ۱۳۳

Huqūq-i Madanī Irān va Miṣr bā Rahyāfī bi Mustanadāt Fiqhī". *Faṣlnāmih-yi 'Ilmī Pazhūhish Fiqh*, yr. 28, no. 1 (spring 2022/1400): 38-65.

Āl Kāshif al-Ghiṭā', 'Alī ibn Ja'far. *Sharḥ Khīyārāt al-Lum'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Āl Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad Ḥusayn. *Tahrīr al-Majala*. Najaf: al-Maktaba al-Murtaẓawīya. Chāp-i Awwal, 1940/1359.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Rijāl al-'Allāmah al-Ḥillī*. Qum: al-Sharīf al-Raḍī. 1982/1402.

'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'īyah 'alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A'zam Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā'iq al-Nādira fī Aḥkām al-'Itra Ṭāhira*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

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

bn Ghaḍā'irī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *al-Rijāl li-Ibn al-Ghaḍā'irī*. Qum: Mū'assisah-yi 'Ilmī Farhangī Dār al-Ḥadīth, Sāzimān-i Chāp va Nashr. 1961/1380.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Īdāḥ Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Qum: Ismā'iliyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Farāhidī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-'Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.

Fishārakī, Muḥammad. . *Al-Rasā'il al-Fishārakiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

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

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id 'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

- Husaynī Shīrāz, Muḥammad. *al-Ayṣāl al-Ṭālib ilā al-Makāsib*. Tehran: A‘lamī, Chāp-i Awwal, s.d.
- Ibn Āthīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qum: Ismā‘īlīyān. Chāp-i Awwal, s.d.
- 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. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1993/1414.
- Ibn Ṭāwūs, ‘Alī ibn Mūsā. *Fath al-Abwāb*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Awwal, 1989/1409.
- Isfahānī, Muḥammad Husayn. *Ḥāshiyā Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Anwār al-Hudā. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Ja‘farzādih, Murād, Muḥsin Razmī, Muḥammad Riḍā Kāzīmī. " Barrisī Fiqhī Vẓ‘iyat Thaman Shināvar az Didgāh Şāhib Jawāhir, Āyat Allāh Khū‘ī, bā Tikīyih bar Didgāh-hā-yi Imām Khumaynī". *Muṭālī‘āt Fiqhī va Falsafī*, Durīh-yi 12, no. 2 (summer 2022/1400): 1-11.
- Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Şihāḥ Tāj al-Lughā wa Şihāḥ ‘Arabīya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, 1990/1410.
- Jazīrī, ‘Abd al-Raḥmān et al. *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’, Maḥdī. *Mawrid al-Anām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā’. Chāp-i Awwal, s.d.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah; al-Makāsib*. s.l. s.n. s.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay‘*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth, Chāp-i Awwal, 2008/1429.
- Lārī, Sayyid ‘Abd Husayn. *al-Ta‘liqa ‘alā al-Makāsib*. Qum: Mū‘assisa al-Ma‘ārif al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Madanī Kāshānī, Rizā. *Ta‘liqa Shrifā ‘alā Baḥth al-Khiyārāt wa al-Shurūṭ*. S.l. Chāpkhānah-yi

Āyat Allāh Madanī Kāshānī. 1989/1409.

Majlisi, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ‘Alī. *Rawḍa al-Muttaqin fi Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqih*. Qum: Mū’assisah-yi Farhangī Islāmī Kūshānbūr, Chāp-i Duwwum, 1986/1406.

Miqdādī, Muḥammad Maḥdī. " Barrisī Mabānī Fiqhī Vāguzārī Thaman bi Naẓar Kārshinās (Bay‘ bā Naẓar Kārshinās)". *Muṭālī‘āt Islāmī: Fiqh va Uṣūl*. Yr. 2, no. 1 (spring and summer 2011/1389): 127-152.

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

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

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

Najāshī, Aḥmad ibn ‘Alī. *Rijāl Najāshī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1365.

Rashtī, Ḥabīb Allāh. *Fiqh al-Imāmiyah; Qism al-Khiyārāt*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ṣāhib ibn ‘Abād, Ismā‘il ibn ‘Abād. *Al-Muḥiṭ fi al-Lughah*. Beirut: ‘Ālim al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiyya fi Sharḥ al-Lum‘ah al-Dimashqiyyah*, Ḥāshiyih Kalāntar. Qum: Kitābfurūshī, Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shā‘rānī, Abū al-Ḥasan. *Tarjumah va Sharḥ Tabṣira al-Muta‘allimīn fi Ahkām al-Dīn*. Tehran: Islāmī. Chāp-i Panjum, 1998/1419.

Shrī‘at Isfahānī, Fath ibn Muḥammad Javād. *Nukhba al-Azhār fi Ahkām al-Khiyār*. Qum: Dār al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 2020/1398.

Shu‘āriyān, Ibrāhīm. " Thaman Nāmu‘ayan dar Qarārdād-hā-yi Pishfurūsh; Mavānī‘ Fiqhī va Ḥuqūqī-Rāhkār-hā". *Fiqh va Huqūq Islāmī*, yr. 3, no. 5 (autumn and winter 1971/1391): 83-119.

Shushtarī, Muḥammad Taqī. *al-Naj‘a fi al-Sharḥ al-Lum‘a*. Tehran: Maktaba al-Ṣadūq. 1986/1406.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Dalā’il fi Sharḥ Muntakhab al-Masā’il*. Qum: Kitābfurūshī Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Dirāsātānā min al-Fiqh al-Ja'farī*. Qum: Khayām. Chāp-i Awwal, 1980/1400.

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. *Rijāl al-Ṭūsī*. Qum: Mu'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2006/1427.

Yahyāpūr, Jamshīd. Maḥdī Alhūyī Nazārī. " Muṭāli'ih-yi Taṭbīqī Qābiliyat Ta'īyn Saman dar Nizām-hā-yi Huqūqī Irān va England". *Huqūqī Dādgustarī*. No. 80 (winter 1971/1391): 119-140.



An Exploration of the Father's Disposition over the Property of a Mature Child from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Law

Dr. Abdolsamad Aliabadi  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran

Email: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

Dr. Hadi Khoshnoudi , Assistant Professor, Shahid Mahallati Higher Complex, Qom, Iran

Shoaib Salehi , M.A. Graduate, Department of Comparative Fiqh and Islamic Private Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran

Abstract

A father's disposition over the property of his child has been one of the fundamental issues from the dawn of human history to the present, and it has consistently appeared as a significant topic within divine legal traditions. Islam has likewise given particular attention to this matter and mentioned it in numerous rulings in Qur'anic verses and narrations related to it. However, most of these rulings concern the manner in which a father may dispose of the property of his minor child due to his guardianship over the child. In contrast, the question of a father's disposition over the property of his adult child without the latter's permission remains subject to ambiguity. The central question of this study is whether a father may legitimately dispose of his adult child's property without his/her consent. Jurists have expressed differing opinions. The majority permit such disposition under two conditions: first, that the father is in need; and second, that the son has not already provided for the father from his own wealth. Others allow the father's use of the property restricted to where he faces the fear of destruction or death. Another group holds that if the father lacks the financial means to perform *hajj*, he may draw upon the property of his child. The fourth view permits such disposition unconditionally. The present study, employing a descriptive-analytical method, demonstrates that each of these views encounters significant difficulties, and that allowing disposition in cases of fear of destruction is not exclusive to the father but applies universally under the rule of necessity ('*iztirār*'). In conclusion, a father's disposition regarding the property of his adult child is no different from that of any other individual, and the father-child relationship does not grant the father any special privilege.

Keywords: The father's disposition, property of the adult child, financial rights of parents, financial rights of children





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۱۵۵ - ۱۳۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۷

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.86769.1739>

نوع مقاله: پژوهشی

واکاوی تصرف پدر در اموال فرزند بالغ از منظر فقه و حقوق ایران

دکتر عبدالصمد علی آبادی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و حقوق امامیه، دانشکده فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران

Email: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

دکتر هادی خوشنودی

استادیار مجتمع عالی شهید محلاتی (ره)، قم، ایران

شعيب صالحی

دانش آموخته کارشناسی ارشد گروه فقه مقارن و حقوق خصوصی اسلامی، دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران

چکیده

تصرف پدر در اموال فرزند، یکی از مسائل اصلی از آغاز تاریخ بشر تاکنون بوده و در شرایع الهی نیز همواره به عنوان یک موضوع مهم مطرح شده است. اسلام نیز به این مسئله توجه خاصی داشته و در بسیاری از آیات و روایات احکام مربوط به آن را بیان کرده است. البته بیشتر این احکام به چگونگی تصرف پدر در اموال فرزند صغیر به دلیل ولایت بر وی اشاره دارند و در زمینه تصرف پدر در اموال فرزند بالغ بدون اجازه وی با ابهاماتی مواجه است. سؤال اصلی این تحقیق آن است که آیا پدر بدون اجازه فرزند بالغ حق دارد در مال وی تصرف کند؟ فقها در این باره اختلاف نظر دارند. مشهور با دو شرط این تصرف را مجاز می دانند: نخست، نیازمندی پدر و دوم، عدم اعطای مال از سوی پسر به پدر. برخی دیگر، تصرف را در صورت خوف از هلاکت پدر مجاز می دانند و گروهی دیگر معتقدند که اگر پدر برای انجام حج مالی ندارد، می تواند از اموال فرزند استفاده کند. دیدگاه چهارم نیز به طور مطلق این تصرف را مجاز می داند. پژوهش حاضر که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته، نشان می دهد که هریک از این دیدگاه ها با اشکالاتی روبه روست و جواز تصرف پدر در صورت بیم تلف نیز اختصاص به پدر ندارد و براساس قاعده اضطرار بر همگان جایز است. نتیجه آنکه، تصرف پدر نسبت به اموال فرزند بالغ مثل سایر افراد بوده و نسبت پدر و فرزندی به پدر حق ویژه ای نمی بخشد.

واژگان کلیدی: تصرف پدر، اموال فرزند بالغ، حقوق مالی والدین، حقوق مالی فرزندان.

مقدمه

پدر در اسلام به عنوان شخصیتی ارجمند و محترم تصویری برجسته در جامعه دارد و در قرآن کریم پس از فرمان به اطاعت از خداوند و پرستش او، تأکید بر احسان به پدر به عنوان یکی از ارکان اسلامی شده است. این توصیه نشان از اهمیت ویژه‌ای دارد که اسلام به احترام و ارادت به پدر می‌دهد و این ارادت را به عنوان قدرتی مهم در راستای سعادت جاودانه انسان معرفی می‌کند. از این رو، در فقه احکام بسیاری معطوف به روابط پدر با فرزند خود است که یکی از آن احکام در خصوص تصرفات پدر در اموال فرزند است. تصرف در اموال فرزند به معنای هرگونه تملک و تصرف غیرقانونی پدر در اموال فرزند بالغ است که می‌تواند شامل استفاده از اموال به صورت خوردن، پوشیدن یا سکونت باشد. باتوجه به ولایت پدر نسبت به فرزند صغیر، تصرف وی با شرایطی در اموال فرزند صغیرش مورد پذیرش فقهاست. با این حال، دیدگاه فقها راجع به اینکه آیا پدر بدون اذن فرزند بالغ و باتوجه به عدم ولایت او بر فرزند بالغ، حق تصرف در اموال او را دارد، چندان روشن نیست. تحلیل حکم تصرف پدر در اموال فرزند بالغ، نه تنها به فهم بهتر ارتباطات خانوادگی و اجتماعی در جوامع اسلامی کمک می‌کند، بلکه سبب فهم عمیق‌تری از اصول و ارزش‌های اسلامی می‌شود و نقش پدر را در این سیاق روشن می‌کند. اکنون این مسئله مطرح می‌شود که آیا تعامل مالی بین پدر و فرزند بالغ مانند دیگر روابط مالی میان افراد در جامعه اسلامی، عادی در نظر گرفته می‌شود یا اینکه به عنوان ویژگی‌ای استثنایی و معین در قوانین اسلامی مطرح شده است؛ مانند استثنای حرمت ربا بین والد و ولد. این تحقیق به بررسی نظرات فقهی و حقوقی مربوط به استفاده پدر از پدر در بالغ بدون اذن فرزندان از دیدگاه فقه و حقوق امامیه، با هدف فهم بهتر از محدوده و ابعاد این تعاملات میان والدین و فرزندان انجام می‌شود.

در باره پیشینه بحث، مقاله‌ای که به طور منسجم و مستقل به این موضوع پرداخته باشد یافت نشد اما دو مقاله کمی شبیه به این موضوع وجود دارد: اولی با عنوان «واکاوی فقهی استفاده بدون اذن از مال فرزند جهت ادای حج»، به قلم سیدمهدی جوکار و محمدحسن صفائی، که در شماره سوم پژوهشنامه حج به چاپ رسیده است، نویسندگان در پی اثبات تصرف بدون اذن پدر در اموال فرزند برای رفتن به حج هستند. مقاله دوم با عنوان «بررسی ابعاد فقهی و حقوقی حدیث أَنْتَ وَ مَالُكَ لِابْنِكَ (ولایت پدر بر فرزند)»، به قلم خلیل الله احمدوند و حسن تال، که دو فصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی چاپ شده است، نویسندگان در پی اثبات حد و مرز اثبات ولایت پدر بر فرزند هستند. اما نوشتار حاضر در پی تحلیل و بررسی جواز یا عدم جواز تصرف پدر در اموال فرزند بالغ بدون اجازه از وی است.

۱. حکم تصرف پدر در اموال فرزند بالغ

فقه‌های امامیه درباره تصرف بدون اجازه پدر در اموال فرزند اختلاف نظر دارند. در ادامه، به اقوال و ادله آنها اشاره می‌شود:

۱.۱. جواز تصرف پدر در اموال فرزند مطلقاً

أ. **تقریر نظریه:** برخی از فقه‌های امامیه معتقدند پدر بدون اجازه می‌تواند در اموال فرزند تصرف کند، شیخ صدوق می‌نویسد: «لَا بَأْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْكُلَ وَيَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ»^۱؛ یعنی بر هر مردی جایز است که بدون اجازه از اموال فرزند خود چیزی بخورد و مالی را بر دارد. علامه حلی این نظریه را به پدر شیخ صدوق نیز نسبت داده است.^۲ محقق اردبیلی در شرح این جمله از کتاب ارشاد الازدهان «و یحرم الأكل من بیت من تضمّنته...»^۳ می‌گوید: از این حکم چند مورد استثنا شده: «(الثالث) أكل الوالد من مال ولده علی احتمال»؛ یعنی خوردن پدر از مال فرزندش ممکن است. این فقیه در ادامه، قول شیخ طوسی که جواز را مقید به احتیاج کرده است، رد می‌کند.^۴ علامه مجلسی در روضة المتقین به این دیدگاه گرایش دارد.^۵

ب. **مستندات نظریه:** برای اثبات این نظریه به چندین روایت می‌توان استناد کرد، از جمله: یکم: در روایتی محمد بن مسلم می‌گوید: از امام صادق (ع) درباره مردی که احتیاج به مال فرزندش دارد پرسیدم، فرمود: به هر مقدار که دلش خواست از مال فرزندش بر دارد، البته بدون اینکه اسراف کند. سپس فرمود: در کتاب حضرت علی (ع) وارد شده است که فرزند از مال پدرش چیزی بر نمی‌دارد، مگر با اذن او و پدر از مال فرزندش هر چه خواست بر دارد: «يَأْخُذُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ مَا شَاءَ» و رسول خدا (ص) فرمود: تو و مالت متعلق به پدرت هستید.^۶

مجلسی اول درباره سند روایت می‌نویسد که این روایت را شیخ در زمره روایات صحیح شمرده و کلینی در زمره روایات قوی، بلکه صحیح آورده است، گرچه در طریق آن سهل وجود دارد؛ زیرا از کتاب حسن بن محبوب گرفته شده است همان‌گونه که شیخ از او نقل می‌کند.^۷

۱. ابن بابویه، المقنع، ۳۷۱.

۲. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۲/۵.

۳. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۳۰۵/۱۱.

۴. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۳۰۹.

۵. مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۳/۶.

۶. طوسی، الاختصار، ۴۸/۳.

۷. مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۴/۶.

دوم: در روایتی دیگر امام محمد باقر (ع) فرمود: رسول خدا (ص) به مردی گفت تو و مالت متعلق به پدرت هستی.^۸ روایت از نظر سند، قوی و بلکه صحیح است.^۹

از نظر محقق اردبیلی این روایات بر جایز بودن تصرف پدر در اموال فرزند خود دلالت می‌کنند و نمی‌توان این روایات را مقید کرد به اینکه پدر فقط در نفقه واجب می‌تواند در اموال فرزند تصرف کند.^{۱۰}

علامه مجلسی در تفسیر این حدیث می‌نویسد: از این روایات متواتر چنین بر می‌آید که پدر ولایتی دارد که دیگران مانند مادر و سایرین از آن برخوردار نیستند. به عبارت دیگر، پدر می‌تواند در اموال فرزندش تصرف کند. اما این دیدگاه با نظر مشهور فقها مغایرت دارد. نظر مشهور فقها این است که فرزند مانند دیگران است و پدر حق ویژه‌ای برای تصرف در اموال او ندارد، مگر درباره ولایت بر صغیر. مشهور فقها این روایات را به مواردی که فرزند صغیر است، تفسیر کرده‌اند و درباره فرزند بالغ مستحب دانسته‌اند که پدر و جد پدری از او اجازه بگیرند. به عبارت دیگر، تصرف پدر در اموال فرزند بالغ بدون اجازه او حتی در صورت نیاز جایز نیست. البته ممکن است این روایات بر تقیه حمل شوند. بنابراین، ممکن است این روایات در شرایط خاصی بیان شده باشند که بیان عقیده واقعی ممکن نبوده است و در نهایت، بهتر است جانب احتیاط رعایت شود.^{۱۱}

شاهد ثانی نیز بیان می‌کند که این روایت تأکیدی بر مستحب بودن بذل مال به پدر توسط فرزند است. همچنین، این روایت می‌تواند دلالت بر جواز برداشتن مال فرزند توسط پدر در زمان نیاز داشته باشد. علاوه بر این، ممکن است این روایت به مواردی حمل شود که با ادله‌ای که دلالت بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن وی می‌کند، منافات نداشته باشد. به عبارت دیگر، شاهد ثانی سه احتمال را در تفسیر این روایت مطرح می‌کند: ۱. تأکید بر مستحب بودن کمک مالی فرزند به پدر؛ ۲. جواز تصرف پدر در اموال فرزند در صورت نیاز؛ ۳. حمل روایت بر مواردی که با اصول و قواعد فقهی حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن، تناقض نداشته باشد.^{۱۲}

۲.۱. جواز تصرف پدر در صورت احتیاج

أ. **تقریر نظریه:** از نظر مشهور فقهای امامیه اگر پدر نیاز داشته باشد و فرزند به پدر انفاق نکند، پدر بدون اذن فرزند می‌تواند در اموال وی تصرف کند و برای خود چیزی بر دارد، البته با این قید که اسراف

۸. کلینی، الکافی، ۱۳۵/۵.

۹. مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۵/۶.

۱۰. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۳۰۸/۱۱.

۱۱. مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۶/۶.

۱۲. شهید ثانی، فوائد القواعد، ۵۲۳.

نکند؛^{۱۳} یعنی به مقداری بر دارد که با آن احتیاجش برطرف شود. بنابراین، تا زمانی که پسر به مقدار مورد نیاز پدر خرج وی را می‌دهد و لباس و خوراکش را به‌طور معقول پوشش می‌دهد، وی حق ندارد از اموال پسر چیزی بر دارد^{۱۴} و فرقی نمی‌کند که برای پرداخت قرض خود باشد یا ازدواج یا حج یا هر چیز دیگری، حق برداشتن اموال فرزند را ندارد.^{۱۵} اگر پدر بی‌نیاز باشد نیز حق تصرف در اموال فرزند را ندارد، مگر با اجازه پسر.^{۱۶}

ب. مستندات نظریه: ۱. روایات: حسین بن ابی‌علاء می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: چه مقدار از مال فرزند برای پدر حلال است؟ حضرت فرمود: «قُوْتُهُ بَغَيْرِ سَرْفٍ إِذَا اضْطَرَّ إِلَيْهِ»؛^{۱۷} یعنی هرگاه ناچار شود می‌تواند به اندازه خوراک روزانه خود بر دارد، به شرطی که در حد اسراف نباشد. این روایت از نظر سندی در حد روایت صحیح است.^{۱۸}

در روایتی از امام کاظم (ع) درباره مردی سؤال شد که از مال فرزندش بر دارد، فرمود: «لَا إِلَّا أَنْ يَضْطَرَّ إِلَيْهِ، فَلْيَأْكُلْ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ»؛^{۱۹} جایز نیست، مگر اینکه اضطرار به این برداشتن داشته باشد و در این صورت به اندازه عرفی تصرف کند. روایت از نظر سندی ضعیف است.^{۲۰}

از امام باقر (ع) نقل شده که رسول خدا به مردی فرمود: تو و مالت متعلق به پدرت هستی. سپس امام باقر (ع) فرمود: «وَمَا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا احتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»؛^{۲۱} یعنی دوست ندارم که پدر از مال فرزندش بر دارد، مگر زمانی که احتیاج دارد و مجبور است؛ زیرا خدا فساد را دوست ندارد. علامه مجلسی در کتاب ملاذ سند روایت را صحیح می‌داند^{۲۲} و در کتاب مرآة العقول همین روایت را ضعیف دانسته است.^{۲۳} البته از نظر فقهای دیگر این روایت صحیح است.^{۲۴} از لحاظ دلالی این روایات بر عدم جواز تصرف پدر در اموال فرزند، مگر در صورت احتیاج، دلالت

۱۳. طوسی، النهاية، ۳۶۰؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۶۲/۱۲؛ ابن‌براج، المذهب، ۳۴۸.

۱۴. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۷۴/۱۸.

۱۵. ابن‌ادریس، السرائر، ۲۰۷/۲.

۱۶. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۷۴/۱۸.

۱۷. کلینی، الکافی، ۱۳۶/۵؛ ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۷۷/۳.

۱۸. مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۶/۶.

۱۹. عریضی، مسائل علی‌بن‌جعفر، ۲۷۵.

۲۰. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۳۰۳/۱۰.

۲۱. کلینی، الکافی، ۱۳۵/۵.

۲۲. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۳۰۳/۱۰.

۲۳. مجلسی، مرآة العقول، ۱۰۵/۱۹.

۲۴. آل‌عصفور، الاثوار اللوامع، ۴۰۸/۱۰.

۲. اجماع: به اجماع فقها تصرف در مال دیگران بدون اذن مالک جایز نیست و این اجماع^{۲۶} شامل تصرف پدر در اموال فرزند بالغ نیز می شود.

۳. ۱. جواز تصرف در صورت خوف تلف

أ. **تقریر نظریه:** برخی از فقها علاوه بر احتیاج، خوف تلف را نیز شرط می دانند: «يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ الْبَالِغِ شَيْئاً إِلَّا بِإِذْنِهِ إِلَّا مَعَ الضَّرُورَةِ الْمَخُوفِ مَعَهَا التَّلَفُ مَعَ غَنَائِهِ أَوْ إِنْفَاقِ وَلَدِهِ عَلَيْهِ»^{۲۷}؛ یعنی حرام است که شخص در مال فرزند بالغش تصرف کند، مگر در دو صورت: ۱. در جایی که از او اذن بگیرد، البته اگر ضرورتی ایجاد شود که خوف تلف پدر باشد و فرزند هم غنی باشد در این صورت اذن هم لازم نیست و پدر می تواند تصرف کند؛ ۲. بر پدرش انفاق کند. بنابراین، با دو شرط، تصرف بدون اذن جایز است: در صورت ضرورتی که خوف تلف پدر باشد و نیز غنی و بی نیاز بودن فرزند.

ب. **مستندات نظریه:** عدم تفاوت بین پدر و دیگران: دلیل اینکه پدر در صورت ضرورت همراه با خوف تلف می تواند از اموال فرزند برای رفع احتیاج خود بر دارد آن است که در اینجا پدر به منزله بیگانه است؛^{۲۸} یعنی همان طور که بر بیگانه جایز است از اموال دیگران در صورتی که نیازش به حدی باشد که ممکن است هلاک شود برای خود بر دارد، پدر هم برای حفظ جان خود مثل بیگانه می تواند از اموال فرزند بر دارد و این ارتباطی به رابطه ابوت و بنوت بین آنها ندارد.

بر همین اساس شهید ثانی می گوید: پدر باید عوض آن مال را در آینده به پسر بر گرداند؛^{۲۹} زیرا پدر بودن خصوصیتی ندارد و در اینجا مثل اجنبی است. همان طور که اجنبی وقتی به دلیل حفظ جان مالی را که برداشته است باید عوض آن را بر گرداند، پدر نیز باید عوض مال فرزند را بر گرداند. همچنین کاشف الغطاء می نویسد که اگر برای پدر امکان مراجعه به حاکم وجود دارد واجب است که به حاکم مراجعه کند تا حاکم از اموال فرزند به وی بپردازد.^{۳۰} ظاهراً مقصود آن است که حاکم به عنوان نفقه از اموال فرزند بر می دارد و به پدر می دهد.

۴. ۱. جواز تصرف در اموال فرزند برای حج

۲۵. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۷۶/۱۷.

۲۶. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۵۲۳/۱۲.

۲۷. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۲/۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۴۱۷/۱۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۷/۴.

۲۸. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۷/۴.

۲۹. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۵۲۳.

۳۰. کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۱۱۴.

أ. **تقریر نظریه:** گروهی از فقها تصرف پدر در اموال فرزند برای رفتن به حج واجب را جایز دانسته‌اند، شیخ طوسی می‌نویسد: «وَ إِذَا كَانَ لِلْوَلَدِ مَالٌ، وَلَمْ يَكُنْ لَوَالِدِهِ، جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَحُجُّ بِهِ حَاجَةً إِلَى الْإِسْلَامِ. فَأَمَّا حَاجَةُ التَّطَوُّعِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَفَقَتَهَا مِنْ مَالِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ»؛ یعنی اگر پدر مالی ندارد اما فرزند وی دارد، برای پدر جایز است که برای انجام حج واجب -حجۃ الإسلام- از اموال فرزند بر دارد، اما برای حج مستحبی اجازه برداشت از اموال فرزند را ندارد.^{۳۱} حتی شیخ برداشت مال از اموال فرزند برای انجام حج را واجب می‌داند.^{۳۲} وی می‌نویسد: «إِذَا كَانَ لَوْلَدِهِ مَالٌ، رَوَى أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَجُّ، وَ يَأْخُذُ مِنْهُ قَدْرَ كِفَايَتِهِ وَ يَحُجُّ بِهِ، وَ لَيْسَ لِلْإِبْنِ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ»؛^{۳۳} یعنی اگر فرزند کسی مال داشته باشد، از اصحاب ما روایت شده که حج بر او واجب است؛ به این صورت که از مال فرزند به اندازه کفایتش بر می‌دارد و با آن حج انجام می‌دهد. فرزند هم حق امتناع ندارد و همین دیدگاه به شیخ مفید نیز نسبت داده شده است.^{۳۴} مراد از «يَأْخُذُ»؛ یعنی گرفتن با زور یا به صورت مخفیانه و بدون رضایت برداشتن است.^{۳۵} شیخ در تهذیب قید «مِنْ غَيْرِ إِسْرَافٍ وَ تَقْتِيرٍ»^{۳۶} و در النهایة قید «قَدْرَ مَا يَحُجُّ بِهِ الْأَقْتِصَادُ»^{۳۷} را نیز ذکر کرده است؛ یعنی به مقداری بر دارد که بتواند حج را به جا آورد، بدون اینکه اسراف کند یا بر خود سخت گیرد.

در مقابل فقهای متأخر، علامه حلی^{۳۸} تصرف پدر در اموال فرزند برای انجام حج را جایز نمی‌داند.^{۳۹} البته برخی از متأخران می‌گویند که اگر پدر واجب‌النفقة فرزند باشد و هزینه ماندن پدر در خانه و شهر خود بیشتر یا مساوی با سفر حج باشد، در این صورت حج‌گزاردن واجب است.^{۴۰} امام خمینی در فرض اخیر قائل به عدم وجوب شده است: «بَلِ الظَّاهِرُ عَدَمُ الْوَجُوبِ».^{۴۱}

ب. **مستندات نظریه:** روایت: راوی از امام صادق (ع) سؤال می‌کند: «الرَّجُلُ يَحُجُّ مِنْ مَالِ ابْنِهِ وَ هُوَ

۳۱. طوسی، الاستبصار، ۱/۱۹۹؛ ابن‌براج، المذهب، ۱/۲۶۷.

۳۲. طوسی، النهایة، ۲۰۴.

۳۳. طوسی، الخلاف، ۲/۲۵۰.

۳۴. موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۵۲/۷.

۳۵. یزدی، عروة الوثقی، ۴/۴۱۵.

۳۶. طوسی، تهذیب الاحکام، ۸/۱۸۵.

۳۷. طوسی، النهایة، ۲۰۴.

۳۸. «إِنْ الْإِسْطَاعَةَ شَرَطَ إِجْمَاعًا، وَهِيَ مَفْسُورَةٌ بِمَلِكِ الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَمَلِكُ الْوَلَدِ لَيْسَ مَلِكًا لِلْوَالِدِ، فَقَدْ عَدِمَ شَرْطُ الْوَجُوبِ فَلَمْ يَثْبُتْ وَلَئِنْ الْأَصْلُ بِرَاءَةِ الذِّمَّةِ».

۳۹. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۷/۶۲؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۴/۹؛ موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۷/۵۲؛ محقق سبزواری، ذخيرة المعاد، ۲/۵۶۱؛

خویی، موسوعة، ۲۶/۱۲۶؛ خویی، معتمد العروة الوثقی، ۱/۴۰۷.

۴۰. یزدی، عروة الوثقی، ۴/۴۱۵.

۴۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۱/۱۳۲.

صَغِيرٌ قَالَ «نَعَمْ يَحُجُّ مِنْهُ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ» قُلْتُ وَ يُنْفِقُ مِنْهُ قَالَ «نَعَمْ» ثُمَّ قَالَ «إِنَّ مَالَ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ إِنْ رَجُلًا اخْتَصَمَ هُوَ وَ وَالِدُهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ فَقَضَى «أَنَّ الْمَالَ وَ الْوَلَدَ لِلْوَالِدِ»؛^{۴۲} یعنی پدر می تواند از نقدینه فرزند صغیرش برداشت کند و به حج برود؟ ابوعبدالله گفت: بلی، از مال فرزندش بر می دارد و به حج فریضه اسلامی می پردازد. من گفتم: می تواند برای مخارج زندگی از مال فرزندش بر دارد؟ ابوعبدالله گفت: بلی. ابوعبدالله گفت: مال فرزند به پدرش تعلق دارد. مردی به همراه پدرش شکایت به محضر رسول خدا(ص) برد که پدرم با مال من چنین و چنان می کند. جدم رسول خدا چنین داوری کرد که فرزند با آنچه مالک است به پدرش تعلق دارد.

روایت از نظر سندی صحیح است.^{۴۳} از نظر شیخ طوسی و ابن براج این روایت بر جواز اخذ اموال فرزند توسط پدر برای انجام حج واجب دلالت می کند.^{۴۴} نحوه استدلال بدین صورت است که در این روایت تأکید شده است که مال فرزند در واقع مال پدر است، لذا پدر می تواند با آن حج به جا آورد. البته شیخ طوسی در الخلاف با استناد به روایت فوق برداشت مال از اموال فرزند را واجب دانسته است؛^{۴۵} زیرا اموال فرزند به پدر تعلق دارد، پس پدر مستطیع شده و بر وی به جا آوردن حج واجب است.

البته کسانی که برداشت آن ها وجوب است، می گویند: «يَحُجُّ مِنْهُ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ»، جمله خبریه است و بیشتر از صیغه امر دلالت بر وجوب می کند و کسانی که می گویند: این روایت دلالت بر جواز می کند به فقره «نَعَمْ يَحُجُّ مِنْهُ» استناد کرده و گفته اند که این جمله برای دفع توهم منع تصرف است؛ یعنی ظاهراً راوی گمان می کرده است که تصرف جایز نیست و این جمله برای دفع این توهم است و دلالت بر وجوب نمی کند.^{۴۶}

اشکال در این روایت که راوی از تصرف پدر در مال صغیر سؤال می کند لذا شامل فرزند بالغ نمی شود، وارد نیست؛ چراکه هر چند راوی از اموال صغیر سؤال کرده است اما پاسخ امام(ع) اطلاق دارد و شامل فرزند بالغ نیز می شود، زیرا در یک فقره فرموده است که مال فرزند به پدرش تعلق دارد و افزون بر آن، در فقره آخر با نقل روایتی از پیامبر گرامی اسلام «أَنَّ الْمَالَ وَ الْوَلَدَ لِلْوَالِدِ» تأکید می کند.

البته مخالفان به مقابله با این روایت پرداخته و آن را این گونه تأویل کرده اند: أ. مشهور فقها از این

۴۲. طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۵/۵.

۴۳. مجلسی، روضة المتقین، ۲۰۷/۷.

۴۴. طوسی، المبسوط، ۱۹۹/۱؛ ابن براج، المهذب، ۲۶۷/۱.

۴۵. طوسی، الخلاف، ۲۵۰/۲.

۴۶. هاشمی شاهرودی، کتاب الحج، ۱۸۳/۱.

روایت اعراض کرده‌اند و اعراض فقها دلالت بر ضعف سند می‌کند.^{۴۷}

اشکال: در اینجا اعراضی صورت نگرفته است؛ زیرا اولاً این مسئله اختلافی است و شیخ طوسی و شیخ مفید با نظر به این روایت همین قول را اختیار کرده‌اند،^{۴۸} حتی شیخ طوسی ادعای اجماع کرده است؛^{۴۹} ثانیاً ممکن است بسیاری از متأخران که طبق این روایت فتوا نداده‌اند به این دلیل است که آن‌ها بعد از مشاهده تعارض بین روایات و عدم وجود مرجح بین این دو دسته از روایات از باب تخییر به روایاتی که اخذ مال از اموال فرزند برای حج را جایز نمی‌دانند، تمسک جسته‌اند.^{۵۰} به بیان دیگر، هنگام تعارض باید سراغ قواعد ترجیح رفت که از حیث شهرت، روایات مجوزه و غیر مجوزه هر دو مشهورند. از حیث موافقت با کتاب و مخالفت با عامه، یکی موافقت با قرآن (عدم جواز تصرف) و دیگری مخالفت با عامه (جواز تصرف) دارد. بنابراین، دلیلی وجود ندارد بر ترجیح یکی بر دیگری که ثمره آن اعراض باشد.^{۵۱}

ب. احتمال دارد این روایت بر قرض گرفتن از فرزند برای سفر به حج دلالت کند.^{۵۲}

ج. این روایت مربوط به موردی می‌شود که پدر نیازمند بوده و نفقه وی بر فرزند واجب است و از سوی دیگر، نفقه وی نسبت به ماندن در وطن و رفتن به حج مساوی باشد.^{۵۳}

د. این روایت شامل جایی می‌شود که برعهده پدر حج واجب مستقر شده و وی کوتاهی کرده و به حج نرفته است، در این صورت از مال پسر به نیت قرض بر دارد و حج به جا آورد.^{۵۴}

برخی از فقها مثل صاحب مدارک^{۵۵} این تأویلات را رد کرده‌اند؛ زیرا با مقتضای روایت سازگاری ندارد.^{۵۶}

دوم. اجماع: شیخ طوسی این حکم را اجماعی دانسته است.^{۵۷}

۴۷. یزدی، عروة الوثقی، ۴/۱۵۰.

۴۸. فاضل موحّدی لنگرانی، التفصیل، ۱/۲۴۱.

۴۹. طوسی، الخلاف، ۲/۲۵۰.

۵۰. هاشمی شاهرودی، کتاب الحج، ۱/۱۸۳.

۵۱. هاشمی شاهرودی، کتاب الحج، ۱/۱۸۳.

۵۲. فاضل هندی، کشف اللثام، ۵/۱۱۵.

۵۳. فاضل هندی، کشف اللثام، ۵/۱۱۵.

۵۴. طوسی، الاستبصار، ۳/۵۰؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۵/۳۰.

۵۵. موسوی عاملی، مدارک الاحکام، ۷/۵۳.

۵۶. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۴/۱۰۹.

۵۷. طوسی، الخلاف، ۲/۲۵۰.

۲. تصرف پدر در اموال فرزند بالغ از منظر قانون ایران

در قانون ایران ماده یا تبصره‌ای وجود ندارد که به تصرف پدر در اموال فرزند بالغ اشاره کرده باشد اما از مواد قانونی که درباره نفقه پدر آمده است فهمیده می‌شود که پدر حتی در صورت نیاز اجازه تصرف در اموال فرزند را ندارد و در صورت نیاز و استتکاف فرزند از پرداخت نفقه، دادگاه خود در اموال فرزند تصرف می‌کند و به پدر می‌دهد. ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی ایران درباره نفقه والدین آمده است: «نفقه ابویین با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اولاد و اولاد اولاد است.» و ماده ۱۲۰۵ قانون مدنی ایران می‌گوید: «در موارد غیبت یا استتکاف از پرداخت نفقه، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقه برعهده اوست ممکن نباشد دادگاه می‌تواند با مطالبه افراد واجب‌النفقة به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستتکف در اختیار آن‌ها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستتکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازه دادگاه می‌توانند نفقه را به‌عنوان قرض بپردازند و از شخص غایب یا مستتکف مطالبه نمایند.»^{۵۸}

بنابراین، پدر وقتی به‌هیچ‌عنوان اجازه تصرف در اموال فرزند برای برداشت نفقه خود که بر فرزند واجب است را ندارد، پس به‌طریق اولی اگر پدر نیازمند و واجب‌النفقة نباشد نمی‌تواند در اموال فرزند خود تصرف کند. در واقع، پدر در امور مالی مثل اجنبی است.

۳. ارزیابی دیدگاه‌ها

فقه‌های امامیه در پاسخ به سؤال مطرح‌شده درباره اینکه آیا پدر می‌تواند بدون اذن از پسر در اموال وی تصرف کند، به چهار قول مختلف دست یافته‌اند: ۱. جواز تصرف پدر در اموال فرزند مطلقاً؛ ۲. جواز تصرف پدر در صورت احتیاج؛ ۳. جواز تصرف در صورت خوف تلف؛ ۴. جواز تصرف در اموال فرزند برای حج، که برای بررسی بهتر و دقیق‌تر اقوال و ارزیابی ادله و مستندات آن‌ها شایسته است به‌صورت مستقل و مجزا به نکاتی در این باره اشاره شود که توجه به آن‌ها می‌تواند در راستای دست‌یافتن به نظریه صائب در این زمینه کارساز باشد.

دیدگاه اول، که مدعی است پدر بدون اذن فرزند می‌تواند از اموال وی برای خود بر دارد، با عمومات همخوانی ندارد. خداوند در قرآن کریم^{۵۹} مخاطبان را به جلوگیری از مصرف نامشروع اموال یکدیگر تشویق می‌کند و تأکید دارد که مصرف اموال باید به‌صورت تجارت با رضایت هر دو طرف انجام شود. بنابراین، با مفهوم و مضمون این آیه هماهنگ نیست. افزون‌بر آن، اگر در «أنت و مالک لأیک»، «لام» دال بر مالکیت باشد و مال فرزند، همچون مال خود پدر تلقی شود و نیز خود فرزند ملک پدر باشد، با اجماع

امت بر حرام بودن فروش فرزند در تضاد است؛ چراکه تمام علمای امت اسلام بر این مطلب اتفاق دارند که پدر حق فروش فرزند خود را ندارد.

به قول دوم این اشکال وارد است که محتاج بودن به خودی خود اجازه‌ای برای برداشتن از اموال دیگران را نمی‌دهد؛ زیرا طبق قاعده احترام^{۵۹} مال مسلمان مثل خون وی محترم است و همان طور که ریختن خون مسلمان حرام است از بین بردن مال وی نیز حرام است. پس مال پسر مثل خون پسر برای پدر حرمت دارد. بله، در یک صورت تصرف و خوردن مال دیگری جایز است و آن هم در جایی است که خوف هلاکت نفس موجود باشد^{۶۰} که همان دیدگاه سوم است. طبق این دیدگاه، پدر در صورت خوف تلف می‌تواند از اموال پسر بر دارد. اما این دیدگاه نیز با یک اشکال مواجه است و آن اینکه: جواز اخذ به سبب قاعده اضطرار است و این عمومیت دارد و اختصاص به پدر ندارد، هرکسی که مضطر باشد به طوری که خوف تلف وجود دارد می‌تواند از اموال دیگری بر دارد اما این اضطرار مبطل حق غیر نیست؛^{۶۱} یعنی این شخص ضامن است و باید در زمان مناسب، خود را بری‌الذمه کند. بنابراین، پدر می‌تواند از اموال فرزند بر دارد اما ضامن است.

قول چهارم نیز ایراد دارد؛ زیرا اولاً ظاهراً این روایات مورد إعراض اصحاب قرار گرفته است و اکثراً طبق آن فتوا نداده‌اند؛ ثانیاً علاوه بر این نیز سیره متشرعه بر عدم جواز دلالت دارد؛ چون هیچ شاهی بر وجوب اتفاق برای حج پدر در میان مسلمانان وجود ندارد و اگر وجود داشت حتماً شیوع می‌داشت و ظاهر می‌شد، درحالی که چنین چیزی در بین مؤمنان وجود ندارد، همان طور که محقق خوبی بعد از مواجهه با روایات جواز تصرف پدر و روایات عدم جواز تصرف پدر در اموال فرزند نتیجه می‌گیرد که تعارض، بین دو دسته از روایات رخ می‌دهد و از جمله مواردی که دلالت این روایات بر عدم جواز را تأیید یا تقویت می‌کند، امر امام (ع) به قیمت‌گذاری جاریه فرزند است، در صورتی که پدر بخواهد با او نزدیکی کند. حال، اگر جاریه مال پدر بود، جواز نزدیکی به تقویم و حساب ارزش برای فرزند نیاز نداشت. به هر حال، تعارض بین دو دسته روایات رخ می‌دهد و باید قواعد تعارض اعمال شود و مقتضای این قواعد، ترجیح با موافقت کتاب و سنت است که بر عدم جواز تصرف در مال دیگری بدون اذن دلالت دارند. در نتیجه، دسته دوم روایات مقدم می‌شود. حتی اگر در ترجیح با کتاب در خصوص این مقام اشکال وارد شود، نوبت به تخییر نمی‌رسد؛ زیرا همان طور که در محل خود ذکر شد دلیلی بر تخییر بین دو خبر متعارض وجود ندارد. بنابراین، تعارض بین

۵۹. مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۲۴.

۶۰. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۳۳۳.

۶۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۴/۱۳۸.

علی آبادی و دیگران؛ واکاوی تصرف پدر در اموال فرزند بالغ از منظر فقه و حقوق ایران/ ۱۴۹

دو دسته روایات تحقق می‌یابد و هر دو ساقط می‌شوند و مرجع بعد از آن، عمومات و اطلاقات است که بر عدم جواز تصرف در مال دیگری بدون اذن دلالت دارند.^{۶۲}

۴. نظریه مختار

بنابراین نظرات فقها درباره تصرف پدر در اموال فرزند بالغ بدون اشکال نیست و نگارندگان در این زمینه دیدگاه خود را ارائه خواهند داد:

۴. ۱. اصل عصمت مال غیر

همانطور که برخی از فقها اشاره کرده‌اند^{۶۳} اصل، عصمت مال غیر است: «الاصل عصمة ما الغير»؛ یعنی اصل این است که مال دیگران باید محفوظ و مصون از غیر باشد. این اصل به‌طور کلی بیانگر اهمیت و احترام مال دیگران و عدم اجازه به دیگران برای تصرف مال دیگران است. به عبارت دیگر، افراد ملزم به احترام مال دیگران و عدم تجاوز به آن‌ها هستند، مگر آنکه دلیلی بیاید و فردی را از تحت آن اصل خارج کند. پس برای خروج یک حکم یا مستثنا کردن از این اصل باید دلیل موجه وجود داشته باشد و همان‌طور که گذشت روایاتی که پدر را از این اصل خارج می‌کردند به دلیل ضعف سندی و تعارضی که داشتند چنین قدرتی ندارند.

۴. ۲. اطلاق عنوان سارق بر پدر در صورت سرقت اموال فرزند

سرقه در فقه به عنوان یک جرم تلقی می‌شود و اسلام برای این جرم، حد؛ یعنی قطع دست تعیین کرده است که با وجود شرایطی اجرا می‌شود.^{۶۴} این حکم اطلاق دارد و شامل همه می‌شود اما پدر از این حکم خارج شده است؛ یعنی اگر پدر از اموال پسر سرقت کند دست وی قطع نمی‌شود^{۶۵} و در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی نیز بدان اشاره شده است. پس در اینجا بر پدر عنوان سارق اطلاق می‌شود و فقط حد سرقت به سبب رابطه پدر و فرزندی ساقط می‌شود. بنابراین، اگر پدر بدون اذن فرزند این اجازه را داشت که در اموال پسر خود تصرف کند، نباید به او سارق گفته می‌شد و به تبع آن نیازی به این استثنا نبود. همین استثنا کردن دلالت می‌کند بر اینکه پدر اولاً اجازه برداشتن اموال فرزند بدون رضایت وی ندارد؛ ثانیاً اگر بدون اجازه برداشت، به این کار پدر سرقت و به وی سارق گفته می‌شود؛ ثالثاً فقط حد از وی به سبب شبهه پدر فرزندی ساقط می‌شود، نه عنوان سارق.

۶۲. خوئی، موسوعة، ۱۶۶/۲۶.

۶۳. علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۷۸/۱۵.

۶۴. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۸۳/۱۶.

۶۵. مرعشی، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، ۹۴.

۳.۴. عدم جواز تقاص پدر از اموال فرزند در صورت پرداخت نکردن نفقه پدر

تقاص در فقه امامیه به این معناست که داین، حق خود را از اموال مدیون، که در دسترس اوست، استیفا کند.^{۶۶} طبق نظر مشهور نفقه زن هم تکلیف است و هم متضمن حکم وضعی است، برخلاف نفقات سایر اقارب از جمله پدر که تنها حکم تکلیفی است و حکم وضعی بر آن مترتب نمی‌شود؛^{۶۷} یعنی اگر شخصی ملزم به پرداخت نفقه به پدرش باشد و این وظیفه را انجام ندهد، حکم مدیون بار نمی‌شود و فقط معصیت کرده است. لذا چون فرزند مدیون نیست، پدر نمی‌تواند تقاص کند؛ یعنی نفقه خود را از اموال فرزند بر دارد.^{۶۸} باتوجه به آنچه گفته شد به نظر نگارنده در بحث مدّ نظر، پدر اگر فقیر هم باشد و محتاج نفقه باشد نمی‌تواند بدون اجازه فرزند از اموال او بر دارد.

۵. دیدگاه فقهای معاصر (مراجع عظام تقلید)

در پاسخ به این سؤال که آیا پدر و مادر بدون اجازه فرزند حق تصرف در مال او را دارند؟ (قبل و بعد از ازدواج) چنین پاسخ داده‌اند: امام خامنه‌ای: «در مورد فرزند کبیر و رشید چنین حقی ثابت نیستند»، بهجت: «خیر، حق ندارد»، تبریزی: «پدر در موارد ضرورت و احتیاج، خودش می‌تواند به مقدار ضرورت در اموال فرزند تصرف کند و در این فرض احتیاج به اذن فرزند ندارد و تصرف مادر در اموال فرزند باید به اذن فرزند باشد و اگر فرزند صغیر است باید به اذن ولی فرزند باشد. والله العالم»، سیستانی: «چنین حقی را ندارند»، صافی گلپایگانی: «حق ندارند. والله العالم»، فاضل لنکرانی: «خیر، چنین حقی ندارند»، مکارم شیرازی: «جایز نیست، ولی بهتر است فرزند به آن‌ها اجازه تصرف بدهد»، نوری همدانی: «در صورتی که بالغ باشند بدون اجازه فرزند حق تصرف را ندارند، مگر اینکه به منزل فرزند وارد شوند که با رعایت شرایطش می‌توانند از خوردنی‌ها و آشامیدنی‌های موجود در آنجا استفاده کنند».^{۶۹}

نتیجه‌گیری

فقها در خصوص جواز تصرف پدر در اموال فرزند اختلاف نظر دارند. بنابر قولی، که به مشهور فقها نسبت داده شده است، پدر در صورت نیازمندی و خودداری فرزند از کمک به او، می‌تواند در اموال فرزند خود به مقدار نیاز تصرف کند. دیدگاه دوم این است که پدر در صورت نیاز و خوف تلف می‌تواند در اموال

۶۶. نراقی، مستند الشیعة، ۴۵۲/۱۷.

۶۷. خویی، موسوعة، ۴۵۸/۳۱.

۶۸. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۳/۱.

۶۹. آستان مقدس حضرت زینب(س)، ۱۳۹۳/۰۱/۲۷.

فرزند تصرف کند. طبق دیدگاه سوم جایز است پدر در اموال فرزند خود مطلقاً تصرف کند. بنابر قول چهارم پدر صرفاً در صورت نداشتن مال برای رفتن به حج می تواند در اموال فرزند تصرف کند و با آن به حج برود. همچنین ادله مستند بر جواز بدون اذن پدر در اموال فرزند بالغ به نظر ناتمام است؛ زیرا ادله آن ها اولاً مخالف اطلاقات قرآن است و ثانیاً اصل بر این است که مال مسلمان دارای احترام است و روایات نیز یا از نظر سندی ضعیف یا با هم تعارض دارند، لذا این قدرت را ندارند که تصرف پدر را از اصل احترام مال مسلمان خارج کنند. همچنین از نظر قانون مدنی ایران پدر حق استفاده در اموال فرزند خود را ندارد، بنابراین تصرف بدون اذن پدر در مال فرزند بالغ حرام است و بیشتر مراجع تقلید نیز جایز ندانسته و حرام شمرده اند.

منابع

قرآن کریم

آستان مقدس حضرت زینب سلام الله علیها. حکم تصرف والدین در مال فرزند (قبل و بعد از ازدواج).

<https://haramzeinabie.ir>، ۱۳۹۳/۰۱/۲۷

آل عصفور، حسین بن محمد. الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع. قم: بحرانی. ۱۳۷۲.

ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: اسلامیه. ۱۴۳۰ق.

ابن بابویه، محمد بن علی. اکمال الدین و اتمام النعمة. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۳۹۵ق

ابن بابویه، محمد بن علی. المقنع. قم: امام هادی (ع). ۱۴۱۵ق.

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۳ق.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر. المذهب. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۶ق.

بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۵ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت لاحیاء التراث. ۱۴۰۹ق.

حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۹ق.

خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. بی جا: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۷۹.

خویی، ابوالقاسم. معتمد العروة الوثقی. قم: لطفی. ۱۴۱۶ق.

خویی، ابوالقاسم. موسوعة الامام خوئی. قم: توحید. ۱۴۱۸ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. ۱۴۱۰ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. فوائد القواعد. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۹ق.

صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الکلام. تهران: اسلامیه. ۱۳۹۲.

- طباطبای کرلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). ١٤١٨ ق.
- طباطبائی کرلانی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: آل البيت. ١٤١٨ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فی ما اختلف من الأخبار. تهران: دار الكتب الاسلامیه. ١٣٩٠ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ١٤٠٧ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الغیبه. تهران: دار المعارف الاسلامیه. ١٤١١ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: مرتضوی. ١٣٨٧ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی. ١٤٠٠ ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام. تهران: دار الكتب الاسلامیه. ١٣٦٥ ق.
- عریضی، علی بن جعفر. مسائل علی بن جعفر. قم: آل البيت (ع). ١٣٦٨ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکره الفقهاء. قم: آل البيت (ع). ١٤٠٠ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ١٣٩٨ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعہ فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ١٤١٣ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: آستان قدس رضوی. ١٤١٢ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام عن قواعد الاحکام. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. ١٤٠٥ ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن حسن. کشف الغطاء عن مبهمات شریعة الغراء. قم: بوستان کتاب. ١٤٢٢ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الكتب الاسلامیه. ١٤٠٧ ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور. چاپ دوم، ١٤٠٦ ق.
- مجلسی، محمد باقر. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. ١٤٠٦ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. نجف: حیدری. ١٣٩٩ ق.
- محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ١٤٠٦ ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد اکمل. ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد. قم: آل البيت. بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. ١٤١١ ق.
- مرعشی، سید شهاب الدین. احکام السرقة علی ضوء القرآن و السنة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. ١٤٢٤ ق.
- مصطفوی، محمد کاظم. مائة قاعدة فقهية. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ چهارم، ١٤٢١ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ١٤٠٣ ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی. مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام. قم: آل البيت. ١٤١١ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة في أحكام الشريعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۵ق.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. کتاب الحج. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار. ۱۴۰۱.

یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. العروة الوثقی. قم: داورى. ۱۴۱۴ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Āl ‘Uṣfūr, Ḥusayn ibn Muḥammad. *al-Anwār al-Lawāmi‘ fī Sharḥ Mafātīḥ Sharā’i’*. Qum: Baḥrānī, 1952/1372.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shr‘a fī al-Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Mū‘assisah-yi Nashr Islāmī. 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madhhab*. Mashhad: Astān-i Quds-i Raḥavī. 1992/1412.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā‘id al-Aḥkām fī Ma‘rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū‘assisah-yi Nashr Islāmī. 1978/1398.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1980/1400.

Āstān Muqadas Ḥazrat Zaynab. *Hukm Taṣaruf Vālidīyn dar Māl Farzand (Qabl va Ba‘d az Izdvāj)*. 2024/4/16; 1393/01/27.

Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā‘iq al-Nādira fī Aḥkām al-‘Itira al-Tāḥira*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1405.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ‘an Qawā‘id al-Aḥkām*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. 1985/1405.

Ḥashimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Kitāb al-Hajj*. Qum: Markaz-i Fiqhī A‘imāh Aṭṭhār. 1981/1401.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shi‘a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Tūrāth, 1989/1409.

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā‘id ‘Allāma*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Muqni‘*. Qum: Imām Ḥādī. 1995/1415.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Ikmāl al-Dīn wa Itmām al-Ni‘mah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya, 1975/1395.

- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1993/1413.
- Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Azīz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1986/1406.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Tahrīr al-Fatāwī*. Qum: Islāmīyya, 2009/1430.
- Kāshif al-Ghiṭā’, Ja‘far ibn Ḥasan. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Mubhamāt al-Sharī‘a al-Gharā’*. Qum: Būstān-i Kitāb. 2001/1422.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū’ī*. Qum: Tawhīd, 1997/1418.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mu‘tamad al-Urwa al-Wuthqā*. Qum: Luṭfī, 1995/1416.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. S.I: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2001/1379.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1987/1407.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Maṣā‘at al-Uṣūl fi Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Najaf: Hydarī. 1979/1399.
- Majlisī, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ‘Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn fi Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisah-yi Farhangī Islāmī Kūshānbūr, Chāp-i Duwwum, 1986/1406.
- Majlisī, Muḥammad. *Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhīb al-Akhhbār*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. 1986/1406.
- Mar‘ashī, Sayyid Shahāb al-Dīn. *Aḥkām al-Sariqa ‘alā Ḍaw’ al-Qurān wa al-Sunna*. Qum: Kitābkhānah Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. 2004/1424.
- Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *Dhakhira al-Ma‘ād fi Sharḥ al-Irshād*. Qum: Āl al-Bayt, s.d.
- Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Qawā’id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulum Islāmī. 1986/1406.
- Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawā’id*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth, 1991/1411.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū’assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.
- Mūsawī ‘Āmilī, Muḥammad ibn ‘Alī. *Madārik al-Aḥkām fi Sharḥ Sharā’i‘ al-Islām*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1991/1411.

Muṣṭafāwī, Muḥammad Kāzim. *Mī at Qā'idah Fiqhiyah*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 2000/1421.

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

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām*. Tehran: Islāmīyya. 1972/1392.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. . *Fawā'id al-Qawā'id*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.

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

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Riyāḍ al-Masā'il fi Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt, 1997/1418.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Ghayba*. Tehran: al-Ma'ārif al-Islāmīyya. 1991/1411.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fi mā Ikhtalafa min al-Akḥbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1970/1390.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: Murtaẓawī. 1968/1387.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1987/1365.

'Urayzī, 'Alī ibn Ja'far. *Masā'il 'Alī ibn Ja'far*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1990/1368.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dāwarī, 1994/1414.



Historicity in the Tradition (*Sunnah*) of the Infallibles from the Viewpoint of Muḥaqqiq Nāʾinī and Shahīd Ṣadr, with an Emphasis on the Theories of “Constitutional Governance” and “Manṭaqat al-Farāgh”

Marjan Gholami , Ph.D. Candidate, Department of Qurʾanic and Hadith Sciences, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran

Dr. Mohammad Mahdi Ajilian Mafogh  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Qurʾanic and Hadith Sciences, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran

Email: majilian@shirazu.ac.ir

Dr. Mahdi Ahmadi, Assistant Professor, Department of Qurʾanic and Hadith Sciences, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

The notion of historicity in the tradition of the Infallibles (*maʾsūmān*) refers to the existence of propositions within the texts of the *sunnah* whose persistence and validity depend on the temporal conditions and the specific circumstances of their emergence. The present study employs the comparative-analytical approach and examines the views of Muḥaqqiq Nāʾinī and Shahīd Ṣadr regarding the historical limits of the propositions issued by the Infallibles. According to the findings, although Muḥaqqiq Nāʾinī considers part of the governing and social laws as historically conditioned and variable according to context, he does not enter the field of text, and considers textual laws explicitly issued by the Infallibles as fixed, akin to the texts of the Qurʾān, and eternally binding. In contrast, Shahīd Ṣadr speaks of the dual aspects of the Infallible in legislation and distinguishes a portion of the texts of the *sunnah* as variable or discretionary (*ḥukūmī*), separating them from the fixed and mandatory provisions and considering them subject to change. Moreover, despite emphasizing stability and immutability in part of the texts of the *sunnah*, both perspectives implicitly acknowledge the historicity of other portions of the texts and the contingent nature of certain present-day obligations derived from the *sunnah*.

Keywords: historicity, Tradition of the Infallibles, text, fixed and variable, Mohaqqiq Nāʾinī, Shahīd Ṣadr.





سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۱۸۱ - ۱۵۷	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۱۱
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.88113.1781

تاریخمندی در سنت معصومان (ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر دو نظریه «حکومت مشروطه» و «منطقة الفراغ»

مرجان غلامی

دانشجوی دکتری رشته علوم قرآن و حدیث، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

دکتر محمدمهدی آجیلیان مافوق (نویسنده مسئول)

استادیار بخش علوم قرآن و حدیث، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

Email: majilian@shirazu.ac.ir

دکتر مهدی احمدی

استادیار بخش علوم قرآن و حدیث، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

چکیده

مراد از تاریخمندی در سنت معصومان (ع)، وجود گزاره‌هایی در میان نصوص سنت است که بقا و اعتبار آن، وابسته به شرایط زمانی و موقعیت ویژه مؤثر در پیدایش آن است. پژوهش حاضر با رویکرد تحلیلی تطبیقی، به بررسی آرای محقق نائینی و شهید صدر درباره حدود تاریخی بودن در گزاره‌های صادر شده از معصومان می‌پردازد. براساس نتایج پژوهش، محقق نائینی اگرچه بخشی از قوانین حاکمیتی و اجتماعی را به حسب موقعیت، تاریخی و متغیر دانسته است، اما در محدوده متغیرها اصلاً وارد حوزه نص نشده و قوانین منصوص صادر شده از معصومان را مانند نصوص قرآن، ثابت و برای همیشه لازم‌الاجرا می‌داند؛ در مقابل، شهید صدر از شئون دوگانه معصوم در قانونگذاری سخن می‌گوید و بخشی از نصوص سنت را با عنوان احکام متغیر یا حکومتی - با مشخصه مباح بودن - از ثابت‌ها و الزامی‌ها جدا نموده و تغییر پذیر دانسته است. همچنین این دیدگاه‌ها به‌رغم تأکید بر ثبات و تغییرناپذیری در بخشی از نصوص سنت، در لوازم خود، به تاریخی بودن بخش دیگری از نصوص و الزامات کنونی سنت ورود پیدا می‌کند.

واژگان کلیدی: تاریخمندی، سنت معصومان، نص، ثابت و متغیر، محقق نائینی، شهید صدر.

مقدمه

«تاریخ‌مندی^۱ و تاریخی‌بودن از عناوین و صفاتی است که به هرچه الصاق شود، کنایه از موقت‌بودن و عَرَضی‌بودن آن شیء است، از آن حیث که زائیدهٔ اوضاع خاص است و فراخور همان اوضاع، کارآمدی دارد و در زمان یا مکان یا اوضاع دیگر اصلاً کارایی ندارد یا کارایی زمان خود را از دست داده است و به ماهیتی دیگر متفاوت از سابق تبدیل شده است.»^۲ اگرچه کاربرد این کلمه در رابطه با دین و متون دینی در دنیای اسلام سابقهٔ زیادی ندارد؛ اما اگر مفهوم عام آن، یعنی «موقت‌بودن و عدم ثبات»، را در نظر بگیریم، به کارگیری این مفهوم دربارهٔ برخی از گزاره‌های دینی، ریشه‌های مشترکی با مباحث ثابت و متغیر در دین دارد. واقعیت این است که بحث از وجود متغیرات در گزاره‌های دینی و قوانین شریعت، از گذشته‌های دور در کلام اندیشمندان حوزه‌های مختلف علوم دینی؛ اعم از کلام و حدیث و فقه، با عناوین گوناگون و ضمن مباحث مختلفی مثل امکان و جواز اجتهاد پیامبر(ص)، قلمرو اجتهاد نبوی، دامنه و محدودهٔ عصمت پیامبر(ص)، نقش عرف در استنباط احکام و جز آن مطرح بوده است و نکتهٔ مشترکی که ضمن تمام این مباحث دیده می‌شود نیز انحصار موارد متغیر به گزاره‌های سنت و مصون‌دانستن ساحت قرآن از راهیابی هرگونه تغییر و تاریخت است.

اما اندیشهٔ تاریخ‌مندی دین و احکام شریعت، که به‌طورکلی برخاسته از تفکر ناکارآمدی قوانین دینی در ادارهٔ جوامع و ضرورت تغییر آن است، از قرن نوزدهم و هم‌زمان با راهیابی مدرنیته به دنیای اسلام، در میان جوامع اسلامی پدیدار شد. این اندیشه که با عناوین مختلف و در قالب‌های گوناگون نظری ازسوی برخی از مکاتب فکری عصر جدید مطرح شده است، باعث شد تا اندیشمندان مسلمان در مقام پاسخ‌گویی به آن بر آیند. در این شرایط، بحث ثابت و متغیر در شریعت به‌طور جدی‌تری مطرح شد و نیاز جوامع اسلامی تبیینی از این مسئله بود که پاسخ‌گوی مسائل روز آن‌ها باشد و بتواند به‌شکل کاربردی جایگاه شریعت را در دنیای معاصر تبیین کند.

دو نظریهٔ مهم شیعی که در شمار اولین نظریاتی است که هرکدام به‌نوعی در مقام پاسخ‌گویی به اندیشهٔ تقابل سنت و مدرنیته مطرح شده است، عبارت‌اند از: ۱. نظریهٔ «حکومت مشروطه» است که محقق برجسته، محمدحسین نائینی، به‌عنوان نظریه‌پرداز فقهی سیاسی آن شناخته می‌شود؛ ۲. نظریهٔ «منطقهٔ الفراغ» که سالیانی پس از حکومت مشروطه و توسط شهید صدر مطرح شده است. شهید صدر در این

1. Historicity.

۲. عرب‌صالحی، تاریخی‌نگری و دین، ۵۱.

نظریه، محدوده مجاز تغییر قوانین را از نظر شریعت بیان می‌کند. هدف مشترک در این دو دیدگاه، تبیین انعطاف‌پذیری اسلام در مواجهه با تغییرات طبیعی جوامع بوده است که این معنا در حقیقت بیانی است از اثبات کارآمدی شریعت اسلام در تنظیم و اداره جوامع انسانی در ظروف زمانی، مکانی و احوالی مختلف. از جمله وجوه اشتراک در این دو دیدگاه این است که محدوده متغیرات را در حوزه تصمیمات و فرامین ولی‌امر معرفی می‌کند که مرتبه اعلای آن به ولایت مستقیم یا مورد تأیید معصوم در زمان حضور می‌رسد. از این رو، بحث متغیرات یا تاریخمندی در این دو دیدگاه، خود به بخشی از گزاره‌های صادرشده از معصومان می‌رسد. براین اساس، پژوهش پیش‌رو درصدد است تا در مرتبه نخست از طریق بیان و تحلیل هرکدام از این دو نظریه، نگاه این دو شخصیت را راجع به تاریخمندی سنت و حدود مجاز تغییر در گزاره‌های آن تبیین کند. در گام دوم، آرای این دو اندیشمند را به صورت تطبیقی بررسی و نقاط اشتراک و افتراق میان آن‌ها را بیان می‌کند.

در خصوص پیشینه موضوع باید گفت: درباره نظریه منطقه الفراغ پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است، مانند: حکمت‌نیا (۱۳۸۱ش) در پژوهش خود از جایگاه منطقه الفراغ در شریعت و وجوه مختلف این نظریه، دلایل اثبات این نظریه، تفاوت آن با احکام ثانویه و حکم اباحه مسائل متغیر بحث می‌کند. در پژوهش حسینی و همکاران (۱۳۹۱ش)، این نظریه از وجوه مختلف، مثل اقتضای ماهیت متغیر برخی مسائل و نیز عدم تغایر میان حکم اولی اباحه و تحلیل و تحریم آن توسط ولی‌امر یا مرجع قانونگذار بررسی شده است. اسماعیلی و همکاران (۱۳۹۳ش) این نظریه را از این جهت نقد کرده‌اند که تعارض با قانونگذاری خداوند را تنها در موارد تعارض با واجبات و محرمات دانسته است، درحالی‌که تعارض با مباح، مکروه و مستحب نیز از همان مقوله است و همان مصلحتی که برای وضع واجب و حرام در نظر گرفته، در وضع آن سه حکم دیگر نیز لحاظ شده است. همچنین این نظریه را در حوزه عمل راهگشای مشکلات عملی جامعه نمی‌دانند؛ با این استدلال که اصلی‌ترین مشکلات حکومت اسلامی در مواجهه با محرمات قطعیه است، نه مباحات و مکروهات. پژوهش قانیدی (۱۳۹۲ش) نیز به برخی نقدها، از جمله منافات با شمولیت شریعت، انحصار قانونگذاری به خداوند و مخالفت با حکم خداوند در تغییر مباحات پاسخ داده است.

در حوزه ثابت و متغیر در دین و شریعت نیز پژوهش‌های متعددی انجام گرفته است که از مرتبط‌ترین آن‌ها با پژوهش حاضر می‌توان به پژوهش علی اکبریان (۱۳۸۶) اشاره کرد که در آن بر مبنای نظریه احکام حکومتی و ولایی، معیارهایی برای تمیز متغیرات از ثوابت در محتوای روایات ارائه کرده است. همچنین مبلغی (۱۳۷۶) در مقاله خود به مقایسه دیدگاه‌های علامه طباطبایی، امام خمینی و شهید صدر درباره

ثابت و متغیر در دین پرداخته و در آن، عدم تشریع در منطقه خاص و تدارک آن با جعل ولایت در آن حوزه را از عناصر مشترک در نظریه منطقه الفراغ و دیدگاه علامه طباطبایی معرفی کرده است.

اغلب پژوهش‌های مربوط به نظریه حکومت مشروطه، بر رویکرد عقلانی آیت‌الله نائینی در اندیشه فقهی سیاسی ایشان تمرکز یافته است. در این آثار، بحث ثابت و متغیر عمدتاً در همان محدوده‌ای که خود نائینی بدان اشاره کرده، بررسی شده و غالباً به عنوان شاهد مثالی بر تأیید وی بر اصل اختیار ولی امر در امر قانونگذاری بیان شده است.

از جمله این آثار می‌توان به پژوهش حیدری کاشانی (۱۳۸۲ش) با عنوان «قلمرو فقه سیاسی از دیدگاه علامه نائینی»، پژوهش بهشتی و همکاران (۱۳۹۵ش) با عنوان «نقش عقلانیت دینی در نظریه سیاسی محمدحسین نائینی»، پژوهش مشکانی سبزواری (۱۳۹۹ش) با عنوان «بررسی تطبیقی مبانی فقه حکومتی از دیدگاه صاحب‌جواهر و میرزای نائینی» اشاره کرد.

وجه تمایز نوشتار حاضر با پژوهش‌های یادشده این است که هرکدام از این دو نظریه را به‌طور خاص از نظر جایگاه تاریخمندی سنت در آن‌ها واکاوی می‌کند. برای مثال، راجع به نظریه منطقه الفراغ، تمرکز این تحقیق بر شناخت و تبیین حدود مجاز تغییر در نصوص رسیده از سنت معصومان و صحت‌سنجی آن براساس مبانی فکری شهید صدر است. همچنین این تحقیق براساس نتایج مرحله اول، مسئله تاریخمندی در نصوص سنت را در نگاه این دو اندیشمند مورد مقایسه و تطبیق قرار می‌دهد.

۱. محقق نائینی و نظریه حکومت مشروطه

مهم‌ترین مفاد نظریه حکومت مشروطه را می‌توان در قالب سه عنوان ذیل بیان کرد:

۱.۱. اقسام حکومت

در نگرش سیاسی فقهی محقق نائینی، حکومت و سلطنت حاکمان بر مردم به‌طور کلی بر دو نوع است: «سلطنت تملیکیه» و «سلطنت ولایتیه». در سلطنت تملیکیه، پادشاه و شخصی که رأس حکومت قرار دارد، نسبت به مملکت و مردم نگاه مالکانه دارد؛ به این معنا که برای خود اختیار تام قائل است که با آن‌ها هرگونه که می‌خواهد بدون هیچ قید و شرطی عمل کند و کسی هم از او بازخواست نمی‌کند. در این نوع حکومت هیچ‌گونه حقی برای مردم تصور نمی‌شود و آنچه برای آن‌ها هست، تنها وظیفه است. وظیفه آن‌ها اجرای اوامر و برآوردن نیازهای حاکم خواهد بود. در مقابل، در سلطنت ولایتیه، حکومت بر مردم به‌سان امانتی است که به دست حاکم سپرده شده و او در قبال آن مسئولیت دارد.^۳ در واقع، تفاوت سلطنت ولایتیه

۳. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۴۵ تا ۴۰.

نسبت به تملیک به دو جهت است: اول اینکه، در سلطنت ولایتیه اختیارات حاکم از حالت اطلاقی که در تملیک به وجود داشت محدود می شود به حوزه خاصی از امور، که از آن به «امور نوعیه» تعبیر کرده است؛ «نوع» در این تعبیر، اشاره به نوع انسان دارد^۴ و در مقابل «ذات» به معنای شخص قرار می گیرد^۵ و مراد از آن عموم مردم جامعه است. امور نوعیه را نیز می توان به اجمال «مجموعه امور سیاسی و اجتماعی جامعه» تعریف کرد.^۶ دوم آنکه، در آن محدوده اختیارات هم حقوق متقابل برای مردم و حاکم تعریف می شود که هر دو هم در قبال آن مسئولیت دارند و هم درباره این مسئولیت بازخواست می شوند؛ یعنی حاکم هم مانند مردم در برابر عملکرد خود مسئول است و باید در قبال آن پاسخگو باشد.

مطابق این دیدگاه، از میان این دو نوع، سلطنت ولایتیه، حاکمیت مورد تأیید اسلام است و اساس نهضت مشروطه نیز در دیدگاه نائینی به عنوان یکی از فقههای حامی این نهضت، تبدیل حکومت وقت ایران از حالت استبدادی (مطلقیه) به ولایتیه بوده است.

چنان که بیان شد وظیفه حکومت در سلطنت ولایتیه، تدبیر امور نوعیه است. محقق نائینی وظایف حکومت ولایتیه را در این حوزه از امور در دو دسته برشمرده است: «۱. حفظ نظامات داخلیه مملکت و تربیت نوع اهالی و رسانیدن هر ذی حقی به حق خود و منع از تعدی آحاد ملت؛ ۲. تحفظ از مداخله بیگانگان و تحذر از حیل معمول در این باب و تهیه قوه دفاعیه و ابزار جنگی و غیرذلک»^۷ که می توان به اجمال آن را تدبیر صحیح در امور داخلی و سیاست خارجی کشور دانست.

از آنجاکه صلاح و قوام هر کشور و ملتی در درستی این امور و انجام شایسته این دو وظیفه توسط متولیان آن است، در جامعه اسلامی نیز به دلیل محافظت از استقلال و صلاح مملکت اسلامی و امت مسلمان، متصدی این امور باید شخص یا گروهی باشد که بتواند در چهارچوب موازین اسلامی به خوبی از عهده این مهم بر آید و بر آن محافظت کند.

۱. ۲. مراتب تصدی ولایت بر امت در مذهب شیعه

نائینی برای تصدی مسئولیت ولایت بر امت، از دیدگاه مذهب شیعه سه حالت و سه مرتبه طولی را به عنوان صور مشروع حکومت بیان کرده است:

یک. در زمان حضور معصوم این مسئولیت برعهده ولی معصوم است، چنان که در این باره می گوید:

۴. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۳۹، ۸۴، ۱۷۰، ۱۷۱ و... .

۵. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۰۷.

۶. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۳۹ تا ۴۰.

۷. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۳۹ تا ۴۰.

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر ۱۶۳/...

«... در شریعت مطهره، حفظ بیضه اسلام را از اهمّ جمیع تکالیف و سلطنت اسلامیّه را از وظایف و شئون امامت مقرر فرمود.»^۸ و در جای دیگر، عصمت را قوه حافظه ولایت و مانع از تبدلش به مالکیت مطلقه و سلطنت استبدادی و رادع از هرگونه تعدی و تقریط در آن بیان کرده است.^۹

دو. در شرایط عدم دسترسی به معصوم (عصر غیبت)، مسئولیت ولایت بر امت را از وظایف نواب عام عصر غیبت (فقها) می‌داند^{۱۰} و این مسئله را از اصول اعتقادی طایفه امامیه معرفی کرده است. در واقع، او ولایت بر امور نوعیه جامعه اسلامی در دوران غیبت را از مهم‌ترین امور حسیه می‌داند که در حوزه ولایت فقیه قرار می‌گیرد و در صورت امکان، فقیه باید رأساً به آن اقدام کند.^{۱۱}

سه. حالت سوم نیز مانند حالت دوم مربوط به ولایت فقیه در دوران غیبت است اما در شرایط عدم بسط ید او و در صورت اغتصاب مقام حکومت. در این شرایط، حکومت زمانی می‌تواند مشروع باشد که مسلمانان و به‌طور ویژه فقهای شیعه بتوانند از طریق نظارت بیرونی، ولایت حاکم را از حالت مطلق (استبدادیه) خارج کنند و در چهارچوب مطابقت با قوانین شرع و حفظ صلاح امت، محدود و مقید کنند.^{۱۲} منظور از نظارت بیرونی، در مقابل عامل درونی «عصمت» در وجود معصوم است که آن را عامل حفظ حکومت ولایتیه می‌دانست.

برای حالت دوم که ولایت مستقیم فقیه در دوران غیبت بود، عامل نگهدارنده حکومت از تبدلش به استبدادیه را ملکه تقوا و عدالت و علم می‌داند که در نهاد فقیه عالم به شریعت و آگاه به زمانه مستقر شده است. اما در حالت سوم (حاکم مستبد)، که این قوه درونی وجود ندارد، وظیفه مردم (مسلمانان) است که با تدابیری عقلایی سازوکاری ایجاد کنند که به‌عنوان ناظر بیرونی بتواند تا حد امکان اولاً دایره حکومت آن حاکم را به حوزه سیاست و امور نوعیه محدود کند و ثانیاً در آن دایره او را به رعایت حقوق امت و موازین شرع ملزم سازد. تحقق این مسئله را نیز بر دو امر متوقف دانسته است: تدوین قانون اساسی و تشکیل مجلس شورای ملی، که هر دو باید با نظارت گروهی از مجتهدان صورت گیرد^{۱۳} و در واقع، اساس نهضت مشروطه نیز همین بوده است.

۳.۱. قوانین منصوص و غیرمنصوص

۸. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۳۹.

۹. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۴۵ تا ۴۶.

۱۰. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۴۹.

۱۱. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۷۵ تا ۷۶.

۱۲. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۴۷.

۱۳. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۴۷ تا ۴۸.

باتوجه به آنچه تاکنون بیان شد اساس تشکیل مشروطه از دیدگاه محقق نائینی و هم‌فکران او، برپایی حاکمیت قانون به‌ویژه در خصوص عملکرد حکومت و کارگزاران آن بوده است. آنچه در اینجا محل بحث است و با مسئله تاریخمندی سنت نیز ارتباط می‌یابد، ماهیت این قانون به‌لحاظ الهی یا بشری بودن و ارتباط آن با شریعت است. در تبیین این مباحث لازم است به تقسیم دوگانه‌ای توجه شود که نائینی از امور نوعیه (یا همان قوانین مربوط به حوزه اداره حکومت و امت) ارائه داده است. او این امور را به دو گونه ثابت و متغیر تقسیم کرده است؛ قوانینی که به هریک از این دو دسته تعلق دارند، به مقتضای طبیعت متفاوتشان، ویژگی‌های متمایزی نیز خواهند داشت. نائینی این مطلب را هنگام تبیین وظایف نمایندگان مجلس این‌گونه بیان کرده است: «بدان که مجموعه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت، خواه دستورات اولیه متکلفه اصل دستورات العمل‌های راجعه به وظایف نوعیه باشد و یا ثانویه متضمنه مجازات بر مخالفت دستورات اولیه، علی کل تقدیر، خارج از دو قسم نخواهد بود؛ چه بالضروره یا منصوباتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است و یا غیر منصوبی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیرمعین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است و واضح است که همچنان که قسم اول نه به اختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف است و نه جز تعبد به منصوص شرعی الی قیام الساعة وظیفه و رفتاری در آن متصور تواند بود؛ همین طور قسم ثانی هم تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار و به اختلاف آن قابل اختلاف و تغییر است و چنانچه با حضور و بسط ید ولی منصوب الهی -عز اسمہ- حتی در سایر اقطار هم به نظر و ترجیحات منصوبین از جانب حضرتش -صلوات الله علیه- موکول است، در عصر غیبت هم به نظر و ترجیحات نواب عام یا کسانی که در اقامه وظایف مذکوره عمن له ولایة الإذن مأذون باشد، موکول خواهد بود.»^{۱۴}

محقق نائینی در این سخن خود ابتدا قوانین مربوط به امور نوعیه را به دو دسته تقسیم کرده است: با عناوین دستورات اولیه و دستورات ثانویه. لازم به ذکر است که عناوین اولیه و ثانویه در این کلام او با اصطلاحات اولیه و ثانویه در احکام شریعت متفاوت است و این دسته‌بندی، تقسیمی جدید به‌اعتبار فقه مشروطه است که به عقیده برخی محققان منطبق بر نظریات پاره‌ای از حقوق‌دانان غربی، از جمله هربرت هارت (۱۹۰۷-۱۹۹۹م) است.^{۱۵} دستورات اولیه در این تقسیم، در رابطه با تعیین وظایف شهروندان و دولت در مسائل سیاسی و اجتماعی (نوعیات) است و دستورات ثانویه، قوانین ناظر به حسن اجرای قانون

۱۴. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملک، ۱۳۴ تا ۱۳۴.

۱۵. فیرخی، آستانه تجدد، ۵۰.

توسط مکلفان یاد شده است که بنابر ماهیت خود، متضمن مجازات بر مخالفت دستورات اولیه نیز هست.^{۱۶} او در ادامه، قوانین جای‌گرفته ذیل هریک از این دو گونه را نیز به دو نوع تقسیم کرده است:

یک. منصوصات: یعنی احکام و قوانینی که ازسوی شارع مقدس صادر شده است. حوزه منصوصات اساساً شامل مسائل و اموری است که طبیعتاً ثابت دارند و گذر زمان و تغییر شرایط، تغییری در کلیت و اصل آن‌ها ایجاد نمی‌کند. بر همین اساس، حکم خداوند هم ناظر به آن امر ثابت و همیشگی و تغییرناپذیر است. درباره این امور وظیفه قانونگذار (در این نظریه: نمایندگان مجلس شورای ملی) تطبیق قوانین موضوعه با احکام شریعت است. در واقع در این حوزه، قانون جدید وضع نمی‌شود،^{۱۷} بلکه وظیفه نمایندگان مجلس، «عملیات تشخیص، تفریع و تطبیق بر شرعیات» و به عبارت دیگر، تبدیل آن به مواد قانونی قابل اجراست.^{۱۸} با این توضیح که، آن‌ها باید نسبت به قوانین ثابت و متغیر که منطبق بر قوانین منصوص و غیرمنصوص است، آگاه باشند و مصادیق آن را در زمینه‌های مختلف از امور نوعیه تشخیص دهند و در رابطه با امور ثابت، محدوده عملکرد آن‌ها، تفریع و تطبیق است نه وضع قانون. نائینی این مطلب را این‌گونه بیان کرده است: «از اصول و مهم‌ وظایف مذکوره (نمایندگان مجلس)، تشخیص کیفیت قرارداد دستورات و وضع قوانین و ضابط تطبیق آن‌ها بر شرعیات و تمیز مواد قابل‌نسخ از ماعدای آن است.»^{۱۹} پس از تقسیم قوانین به دو نوع منصوص و غیرمنصوص نیز گفته است: «قوانین و دستوراتی که در تطبیق آن‌ها بر شرعیات باید مراقبت و دقت شود، فقط به قسم اول (منصوص) مقصور و در قسم دوم (غیرمنصوص) اصلاً این مطلب بدون موضوع و بلامحل است.»^{۲۰}

دو. غیرمنصوص: این حوزه مشتمل بر اموری است که ذاتاً متغیرند و به همین دلیل نمی‌توان قانون ثابتی برای آن‌ها وضع کرد و شارع مقدس نیز به اقتضای طبیعت متغیرشان حکم مشخصی برای آن بیان نکرده است، بلکه آن را در چهارچوب ضوابط کلی، به نظر و صلاحدید ولی مأذون در هر زمان واگذار کرده است. محدوده این امور، چنان‌که نائینی بیان داشته، «معظم سیاسات نوعیه» است که در موقعیت‌های زمانی و مکانی مختلف، اقتضانات متفاوتی دارد و به تبع آن، قوانینش هم تغییر می‌یابد. در این حوزه چنان‌که در نقل پیشین از او گزارش شد، تطبیق قوانین موضوعه با احکام شرعی موضوعیت ندارد^{۲۱} و وظیفه نهاد

۱۶. فیرحی، آستانة تجدد، ۵۰.

۱۷. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۴ تا ۱۳۵.

۱۸. فیرحی، آستانة تجدد، ۵۰.

۱۹. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۳.

۲۰. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۴ تا ۱۳۵.

۲۱. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۴ تا ۱۳۵.

قانونگذاری، نظارت بر عدم مخالفت قوانین وضع شده با موازین شریعت است.^{۲۲}

۴.۱. لوازم دیدگاه محقق نائینی

در بررسی این نظریه باید توجه داشت که نائینی یک حوزه از مسائل را از دایره قانونگذاری مستقیم شارع خارج کرده و آن‌ها را اموری عقلایی دانسته است که قانونگذاری در آن به عقل بشری و در چهارچوب ضابطه کلی عدم مخالفت با شریعت واگذار شده است. محدوده این امور نیز تنها در حوزه تدبیرات حکومتی؛ یعنی مسائل سیاسی و اجتماعی است، اما در این حوزه، قسمت عمده مسائل را در بر می‌گیرد. او در راستای اثبات اصالت شرعی این دیدگاه و نقد مخالفان مذهبی آن، در مواضع متعددی از کتاب خود دیدگاه کسانی را که قانونگذاری مجلس و تغییر قوانین را با مبنای کلامی دال بر انحصار حق قانونگذاری به شارع و ثبات احکام شریعت، در تعارض یافته و این کار را تعدی بر مقام الهی و حرام دانسته‌اند،^{۲۳} گزارش و نقد کرده و در بخشی از کلام خود این‌گونه آورده است: «... و از این عجیب‌تر آنکه منتحلین اسلام چگونه از لوازم و مقتضیات اصول مذهب غفلت و یا تغافل و تجاهل نموده، مغالطه تردیدی خلی بی‌ربط، که «آیا این نسخ و تغییر، عدول از واجب به حرام و یا از حرام به واجب و یا از مباح به مباح دیگر است؟» برای تشویش اذهان عوام القا و بر هر تقدیر نغمه مضحکه سرودند! چه، دانستی که این نسخ و تغییر از تمام شقوق تردید مغرضانه مذکوره خارج و از باب عدول از فرد واجب است به فرد دیگر...»^{۲۴}

«فرد واجب» در این کلام او به معنای کسی است که اطاعت از او در حوزه «ما لا نص فیه» ازسوی شارع واجب شده است. مطابق مراتب سه‌گانه‌ای که در قسمت دیدگاه ایشان بیان شد، صاحب این جایگاه ابتدا معصوم است و سپس نواب خاص یا عام او.^{۲۵} منظور از «عدول از فرد واجب به فرد دیگر»، چنان‌که از مجموع دیدگاه او بر می‌آید، رجوع به فرد ممکن از این سلسله مراتب در صورت عدم امکان رجوع به مرتبه بالاتر یا تغییر مرجع قانونگذار از دوره‌ای به دوره دیگر است.

محقق نائینی با این کلام خود بیان می‌دارد که در محدوده «لا نص فیه»، احکام خاصی ازسوی شارع بیان نشده است؛ به این صورت که هر مسئله‌ای فاقد حکم مشخصی چه الزامی و چه غیرالزامی است، بلکه اساساً حکم کلی در این قلمرو، واگذاری به ولی امر در هر زمان است که چه به‌طور مستقیم و چه از طریق نظارت بر قانونگذاری شورا، ولایتش را در این حوزه اعمال کند و در هر دو حالت شوری یا ترجیح ولی

۲۲. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۴ تا ۱۳۵، ۱۲۶ تا ۱۲۵، ۱۳۵.

۲۳. این اوصاف اشاره به شیخ فضل‌الله نوری است. نک:

http://movarekhan.com/blog/sheikh_fazlallah_and_constitutionalism/

۲۴. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۴ تا ۱۳۵، ۱۳۷.

۲۵. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۵.

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر ۱۶۷/...

امر، قانون وضع شده، به صورت تشریع غیرمستقیم، به عنوان حکم الزامی از سوی شارع تلقی می شود. بر این اساس است که می گوید: تغییر قوانین، تغییر عنوان شرعی حکم در یک مسئله نیست، بلکه تغییر دیدگاه یک ولی در شرایط مشخصی نسبت به نظر ولی دیگر در شرایط متفاوت از شرایط نخست نسبت به همان مسئله است و مبنای تصمیم و ترجیح هر کدام نیز چنان که در ادامه نقل اخیر و در مواضع دیگر بیان داشته، حفظ نظام و مصلحت امت^{۲۶} است. معنای این سخن این است که در این حوزه از مسائل، اعتبار هر قانون تا زمانی است که تأمین کننده این مصلحت باشد و هرگاه شرایط به گونه ای تغییر یابد که اجرای یک حکم برخلاف حفظ نظام و سیاست امور امت باشد، آن قانون اعتبار خود را از دست می دهد و با قانون مناسب دیگر جایگزین می شود.

در تحلیل این دیدگاه می توان گفت: اگرچه او نص را از حوزه متغیرات جدا دانسته و اساساً تغییر را در حوزه منصوبات وارد نمی داند؛ اما با توجه به اینکه از یک سو، یکی از شئون وجودی معصوم را ولایت و حاکمیت سیاسی بر امت دانسته و از سوی دیگر، معظم امور نوعیه و قوانین حکومتی را جزو متغیرات قلمداد کرده است و نیز در سویی دیگر در نظریه او محدوده این امور به روشنی مشخص نشده و تنها معیار اعتبار آن، تضمین دو مقصد کلان شریعت؛ یعنی حفظ نظام اسلامی و صلاح امت دانسته شده، لازمه این دیدگاه آن است که اگر در برهه ای از زمان شرایطی پیش آید که در آن عمل به قانونی صادر شده از ولی معصوم در حوزه سیاست عامه (نوعیه)، برخلاف مصلحت امت و نظام اسلامی باشد، قانونگذار یا ولی زمانه می تواند با آن قانون مانند حکمی حکومتی یا ولایی موقعیت مند برخورد کند، آن را کنار گذارد و قانون متناسب با مصلحت وقت جامعه را وضع و ابلاغ کند. برای مثال، در روایات متعدد رسیده از پیامبر اسلام(ص) و امامان معصوم(ع) امر یا توصیه به فرزندآوری و تکثیر نسل شده است.^{۲۷} با این وجود، اگر در زمانی عمل به این توصیه یا امر، با مصلحت جامعه اسلامی در تعارض باشد و به جای تأمین قوای جامعه، با تکلیف هزینه های بسیار مانع بزرگی برای ارتقای جامعه در زمینه های مختلف اقتصادی، اجتماعی، فکری و فرهنگی بشود، ولی امر جامعه اسلامی می تواند برای تأمین هدف کلان آن روایات؛ یعنی اقتدار جامعه اسلامی، به حکمی دیگر مثل تعدیل تعداد فرزندان امر کند.

۲. شهید صدر و نظریه منطقه الفراغ

۲.۱. ساختار نظام اجتماعی

۲۶. نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۱۳۶، ۱۳۷.

۲۷. نک: کلینی، الکافی، ۳۳۳/۵، ۲/۶؛ ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳۹۲/۳.

در دیدگاه شهید صدر خاستگاه جامعه انسانی، نیازهای اجتماعی انسان است؛ با این توضیح که انسان برای رفع نیازهای خود ناگزیر از برقراری ارتباط با انسان‌های دیگر است. بنابراین، روابط اجتماعی که پایه شکل‌گیری نظام اجتماعی در هر جامعه است، در صورت‌های گوناگون خود پاسخی است به نیازهای مختلف اجتماعی انسان.^{۲۸} شهید صدر معتقد است که نیازهای اجتماعی انسان بر دو گونه است:

نیازهای ثابت: این نیازها را با عنوان نیازهای اصلی و اولیه معرفی می‌کند و آن را برخاسته از ویژگی‌ها و جهت ثابت در نوع انسان، از جمله ساختار اعضای بدن و قابلیت‌های عمومی آن شامل سیستم تغذیه و تولد و توانایی ادراک و احساس و جز آن می‌داند. این بخش از احتیاجات انسانی همواره ثابت است و تغییرات زمان و مکان در بقا و زوال آن تأثیری ندارد.

نیازهای متغیر: بخش دیگر از نیازهای انسانی که آن را حاجت‌های ثانویه نامیده است، ثابت نیستند. این نیازها که از نظر او بخش بزرگی از احتیاجات انسانی را در بر می‌گیرد، از آن جهت ثانویه نامیده شده که اصیل نیست و به تدریج و همراه با رشد و توسعه زندگی انسانی (در جوامع) پدیدار شده است و مطابق با تطورات دانش و تجربه انسان‌ها نیز تغییر می‌یابد.^{۲۹}

خلاصه آنچه بیان شد این است که شهید صدر ازسویی، خاستگاه روابط و نظام اجتماعی در جوامع را نیازهای انسانی می‌داند و ازسوی دیگر، معتقد است که این نیازها بر دو گونه ثابت و متغیر است. او سپس از این دو اصل به نتیجه می‌رسد که یک نظام اجتماعی صالح آن است که به تناسب نیازهای اجتماعی انسان، دارای دو بخش ثابت و متغیر باشد و در حرکت خود در طول تاریخ، این دو جهت را در نظر داشته باشد.^{۳۰}

۲.۲. ثابت و متغیر در نظام اجتماعی اسلام

شهید صدر نظام اجتماعی اسلام را مصداق کامل این نوع نظام صالح معرفی می‌کند و در این باره می‌گوید: «و هذا هو الواقع في النظام الاجتماعي للإسلام تماماً، فهو يشتمل على جانب رئيسي ثابت يتصل بمعالجة الحاجات الأساسية الثابتة في حياة الإنسان، كحاجته إلى الضمان المعيشي والتوالد والأمن، وما إليها من الحاجات التي عولجت في أحكام توزيع الثروة، وأحكام الزواج والطلاق، وأحكام الحدود والقصاص، ونحوها من الأحكام المقررة في الكتاب والسنة. ويشتمل النظام الاجتماعي في الإسلام أيضاً على جوانب مفتوحة للتغير وفقاً للمصالح والحاجات المستجدة، وهي الجوانب التي سمح فيها الإسلام لولي الأمر أن يجتهد فيها وفقاً للمصلحة والحاجة على ضوء الجانب الثابت من النظام. كما زود الجانب

۲۸. صدر، اقتصادنا، ۳۷۰.

۲۹. صدر، اقتصادنا، ۳۷۰.

۳۰. صدر، اقتصادنا، ۳۷۱.

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر .../۱۶۹

الثابت من النظام بقواعد تشريعية ثابتة في صيغها القانونية غير أنّها تتكيف في تطبيقها بالظروف و الملايسات...»^{۳۲۱}

مطابق این کلام، نظام اجتماعی اسلام با در نظر گرفتن نیازهای دوگانه جوامع انسانی، دو بخش ثابت و متغیر دارد که هر کدام از این دو جهت، بنابر اقتضانات ویژه خود ویژگی‌های متفاوتی دارد:

بخش ثابت یا شریعت متعین الهی: این بخش، جانب اصلی نظام اجتماعی است که متوجه برآوردن نیازهای اساسی و ثابت در زندگی انسان است. قوانینی که شریعت اسلامی برای این بخش از نظام اجتماعی تشریع کرده، همواره ثابت است. قوانین توزیع ثروت، ازدواج و طلاق، حدود و قصاص و مانند آن، از این نوع است.

بخش متغیر یا منطقه فراغ تشریعی: آن است که بر حسب مصلحت‌ها و نیازهای نوپدید، پیوسته در معرض تغییر است. برای این بخش، شریعت اسلام قانون ثابتی وضع نفرموده و به همین دلیل شهید صدر آن را «منطقة الفراغ في التشريع» نامیده است؛ یعنی مواردی که حکم شرعی ثابت برای آن ابلاغ نشده و قوانین آن در شرایط مختلف می‌تواند دچار تغییر شود.

هر چند که اصطلاح منطقه الفراغ را در رابطه با نظام اقتصادی اسلام به عنوان جزئی از نظام عام اجتماعی آن بیان کرده، اما چنان که در نقل اخیر از وی گزارش شد، مفهوم آن را که بیانگر دو بخش ثابت و متغیر برای شریعت است، برای مجموعه نظام اجتماعی نیز بیان کرده است. باتوجه به اینکه این نظریه خود را در مقام نقد مکتب فکری و اقتصادی مارکسیسم بیان کرده، در بیان مصادیق قول خود، تمرکزش بر نظام و قوانین اقتصادی اسلام و به طور عمده، قوانین توزیع ثروت‌ها در جامعه بوده است.

نظریه منطقه الفراغ از دو جهت در رابطه با تاریخمندی سنت معصومان دارای اهمیت است: ۱. متولی قانونگذاری در منطقه الفراغ؛ ۲. محدوده موضوعات و مسائل این حوزه.

۲.۲.۱. متولی قانونگذاری در منطقه الفراغ

شهید صدر هنگام توضیح منطقه الفراغ بیان می‌کند که مسئولیت قانونگذاری در این حوزه برعهده دولت یا ولی امر جامعه اسلامی است: «فان المذهب الاقتصادي في الإسلام يشتمل على جانبين: أحدهما

۳۱. دقیقاً همین وضعیت در نظام اجتماعی اسلام نیز وجود دارد. این نظام یک جنبه ثابت و اصلی دارد که به نیازهای اساسی و پایدار انسان می‌پردازد؛ مانند تأمین معاش، تولید نسل و امنیت و احکام و قوانین مرتبط با آن؛ مثل احکام مربوط به تقسیم ثروت، ازدواج و طلاق، حدود و قصاص و سایر احکام مانند آن که در قرآن و سنت آمده است. نظام اجتماعی اسلام جنبه متغیر نیز دارد که به اقتضای مصلحت‌ها و نیازهای جدید تغییر می‌کند. اسلام به ولی امر اجازه داده است تا در این جنبه‌ها باتوجه به مصلحت و نیاز و بر مبنای جنبه ثابت نظام اجتهاد کند. جنبه ثابت نظام نیز اصول تشریعی‌ای دارد که گرچه صورت قانونی آن‌ها ثابت است اما نحوه عمل به آن در شرایط و موقعیت‌های مختلف متفاوت می‌شود.

۳۲. صدر، اقتصادنا، ۳۷۱.

قد ملیء من قبل الإسلام بصورة منجزة، لا تقبل التغيير و التبديل. و الآخر يشكّل منطقة الفراغ في المذهب قد ترك الإسلام مهمة ملئها إلى الدولة أو ولي الأمر يملؤها وفقاً لمتطلبات الأهداف العامة للاقتصاد الإسلامي، و مقتضياتها في كل زمان.^{۳۴۳}

او سند این قول خود را آیه قرآن دانسته است که می فرماید: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ»^{۳۵} کلمه «اولی الامر» در این آیه کلمه ای است که در تعیین مصادیق آن میان مسلمانان اختلاف نظرهایی وجود دارد اما در مفهوم آن اختلافی نیست و مراد از آن افرادی است که مرجعیت آن ها برای حکومت بر جامعه اسلامی ازسوی شریعت تأیید شده است.^{۳۶}

وی مطابق اعتقاد شیعه مصداق اولیة اولوا الامر را پیامبر گرامی اسلام (ص) می داند که در زمان حیات شریفش، مقام اول حکومت اسلامی و ولی امر جامعه اسلامی بوده است و پس از ایشان نیز امامان معصوم (ع) ازسوی خداوند برای تصدی این مقام مأذون بوده اند. او معتقد است که آن بزرگواران در مقام ولایت بر جامعه اسلامی به طور عام و در رابطه با امامانی که حکومت در دستشان نبوده است، به طور خاص در جامعه شیعی برای امور پیش آمده در منطقه فراغ تشریعی، قوانین لازم را مطابق شرایط عصر و جامعه خود وضع کرده اند.

شهید صدر با این سخن، میان دو وجه شخصیتی پیامبر و امامان معصوم تفکیک کرده است:

أ. تبلیغ شریعت الهی: مراد از شریعت در اینجا بُعد ثابت شریعت است که در کتاب و سنت بیان شده و از لسان پیامبر و ائمه به مردم ابلاغ شده است. در اینجا، تفکیکی ضمنی میان قرآن و سنت نیز وجود دارد و بیانگر این معناست که هرآنچه در قرآن آمده، جزو شریعت ثابت الهی است و تغییر در آن راه ندارد اما راجع به سنت معصومان این گونه نیست و بیان می کند که یکی از مبناهای صحیح فهم سنت، اعتقاد به وجود دو شأن شخصیتی برای معصومان است: شأن تبلیغی و شأن ولایی. آن بزرگواران در مقام تبلیغ شریعت الهی هرآنچه که بیان فرموده اند، ازسوی خداوند بوده و بدون تقید به زمان و مکان صدور تا ابد ثابت خواهد بود و التزام به آن نیز بر تمام مسلمانان در هر عصر و سرزمینی واجب است.

ب. ولایت و رهبری و حاکمیت بر جامعه اسلامی: بُعد دیگر از شخصیت معصومان، رهبری

۳۳. مکتب اقتصادی اسلام شامل دو بخش است: یک بخش آن قوانینی است که از ناحیه شارع ابلاغ شده؛ (این قسمت) ثابت و تغییرناپذیر است؛ بخش دیگر، منطقه فراغ (تشریعی) است که اسلام مسئولیت قانونگذاری در آن را برعهده دولت یا ولی امر گذاشته تا براساس مقاصد عمومی اقتصاد اسلامی و مقتضیات (خاص) آن در هر زمان، در این حوزه به وضع قانون بپردازد.

۳۴. صدر، اقتصادنا، ۴۴۶.

۳۵. نساء: ۵۹.

۳۶. صدر، اقتصادنا، ۳۲۸.

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر .../۱۷۱

جامعه اسلامی و ولایت بر امت است. شهید صدر معتقد است که در این مقام، پیامبر یا امام معصوم(ع) درصدد پاسخ‌گویی به نیازهایی بوده‌اند که برآمده از شرایط خاص زمانی و موقعیتی جامعه ایشان بوده است. لذا نمی‌توان سخنان و قوانینی را که به‌عنوان راهکار برای حل این مسائل ارائه فرموده‌اند، به‌عنوان سنت و تشریع ثابت تلقی کرد و این بخش از سنت ایشان (احکام حکومتی)، قوانینی موقعیت‌مند است که البته آن را از روح کلی شریعت و قوانین عمومی نظام اجتماعی آن برگرفته‌اند.^{۳۷}

مطابق این دیدگاه، قانونگذاری در منطقه الفراغ در عصر حضور معصوم برعهده ایشان بوده که مصادیق کامل اولوالأمر بوده‌اند، اما در زمان غیبت مطابق نظریه «خلافت (ولایت) امت و نیابت مرجعیت» این قانونگذاری برعهده شورای حل و عقد (مجلس شورای اسلامی) و تحت نظارت و اشراف فقیه جامع الشرایط است.^{۳۸}

۲.۲.۲. محدوده منطقه الفراغ

ملاکی که شهید صدر برای تبیین قلمرو منطقه الفراغ و تمییز احکام حکومتی از تشریعی بیان کرده، «مباح بودن» است.^{۳۹} مباح و اباحه که در کلام دانشمندان علم اصول برای بیان حکم شرعی بخشی از امور و افعال به کار می‌رود، معنای واحدی ندارد و حداقل دو معنا برای آن ذکر شده است:

یک. اباحه به معنای اخص: اباحه به معنای اخص، زمانی است که فعل و ترک یک عمل در نظر مولا یکسان است و هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارد، به همین دلیل فرد مکلف در رابطه با انجام یا ترک آن آزاد و مخیر و ازسوی شارع معذور است؛ اباحه به این معنا، در کنار وجوب، حرمت، استحباب و کراهت، یکی از احکام پنج‌گانه تکلیفی است.^{۴۰}

دو. اباحه به معنای اعم: تمام احکام ترخیصیه؛ یعنی مستحبات، مکروهات و مباحات خاص (اباحه به معنای اخص) را در بر می‌گیرد. ترخیص در مقابل الزام قرار دارد و عنوان ترخیصیه اشاره به این معناست که مکلفان بر انجام یا ترک این امور سه‌گانه ازسوی شارع رخصت یافته‌اند، برخلاف الزامات؛ یعنی دو حکم واجب و حرام. بنابراین مباح به معنای اعم به معنای حکم غیرالزامی است.^{۴۱}

شهید صدر در موضع دیگر از کلام خود مشخص می‌کند که منظور او از مباح، معنای عام آن است که هر حکم غیرالزامی در دین را در بر می‌گیرد: «و حدود منطقة الفراغ التي تتسع لها صلاحيات أولي الأمر،

۳۷. صدر، الإسلام يقود الحياة، ۵۱ تا ۵۰.

۳۸. صدر، الإسلام يقود الحياة، ۲۴ تا ۲۳.

۳۹. صدر، اقتصادنا، ۷۶۹/۱.

۴۰. اشکنانی، دروس في اصول الفقه، ۱۸۰/۱، ۱۹۷.

۴۱. اشکنانی، دروس في اصول الفقه، ۱۹۸ تا ۱۹۷.

تضمّن في ضوء هذا النصّ الكريم كلّ فعلٍ مباحٍ تشريعياً بطبيعته، فأَيّ نشاط و عمل لم يرد نصّ تشريعي يدل على حرمة أو وجوبه يسمح لوليّ الأمر بإعطائه صفة ثانوية، بالمنع عنه أو الأمر به. فإذا منع الإمام عن فعل مباح بطبيعته أصبح حراماً، وإذا أمر به أصبح واجباً. وأمّا الأفعال التي ثبت تشريعي تحريمها بشكل عام، كالربّا مثلاً، فليس من حقّ وليّ الأمر، الأمر بها. كما أنّ الفعل الذي حكمت الشريعة بوجوبه، كإنفاق الزوج على زوجته، لا يمكن لوليّ الأمر المنع عنه؛ لأنّ طاعة أولي الأمر مفروضة في الحدود التي لا تتعارض مع طاعة الله و أحكامه العامة. فألوان النشاط المباحة بطبيعتها في الحياة الاقتصادية هي التي تشكّل منطقة الفراغ.^{۴۳۴۲}

در این رابطه، اموری مثل احیای اراضی موات و استخراج معادن و احداث رودخانه‌ها و مانند آن را به عنوان اموری مباح مثال می‌زند و می‌گوید که این امور را شریعت اسلام به‌طور کلی مباح دانسته است و همین اباحه در حکم جوازی است برای ولی امر جامعه اسلامی که اگر در شرایط متفاوت از زمان صدور حکم، صلاح جامعه را در الزام به انجام یا ترک هریک از آن امور ببیند، بتواند مطابق ضوابط قانونگذاری در منطقه الفراغ، حکم آن را از اباحه به آن امر الزامی تغییر دهد.^{۴۴}

عبارت «لأنّ طاعة أولي الأمر مفروضة في الحدود التي لا تتعارض مع طاعة الله و أحكامه العامة» گویای این است که از نظر شهید صدر تعارض حکم ولی امر با حکم خداوند، تنها زمانی به وجود می‌آید که او در حوزه الزامیات ورود کند و بخواهد آن را تغییر دهد. در غیر این صورت؛ یعنی تغییر در حکم مستحبات، مکروهات و مباحتات خاص، تعارض با حکم خداوند به شمار نمی‌آید. علت این مطلب هم این است که خداوند خود در این امور، حکم را الزام نفرموده و رخصتی قائل شده است. بنابراین، حتی در مستحبات و مکروهات نیز اگر ولی امر جامعه اسلامی به اقتضای مصلحت امت خود، حکم را تغییر دهد، نه تنها تعارض با حکم الهی نیست، بلکه امثال امر عام او در کنترل و نظارت بر قوانین این حوزه است.

۳.۲. لوازم دیدگاه شهید صدر

چنان که بیان شد در دیدگاه شهید صدر، معصوم در بیان احکام و قوانین دارای دو شأن است: شأن

۴۲. محدوده منطقه الفراغ - که محدوده اختیارات ولی امر است - به موجب این آیه کریمه، هر عمل تشریعی ای را که ذاتاً مباح باشد شامل می‌شود؛ یعنی هر فعالیت و عملی که نص تشریعی بر حرمت یا وجوب آن وارد نشده باشد... ولی امر می‌تواند به عنوان حکم ثانویه آن را واجب الاجرا گردانده یا از آن نهی کند، پس هرگاه وی از عملی که ذاتاً مباح است نهی کند، آن عمل حرام می‌شود و هرگاه بدان امر کند، انجام آن واجب می‌شود. اما درباره اموری که حکم تشریعی حرمت برای آن‌ها ثابت شده باشد؛ مانند ربا، ولی امر حق ندارد به انجام آن امر کند. همچنین درباره عملی که شریعت به وجوب آن حکم کرده؛ مانند نفقه‌دادن مرد به همسرش، ولی امر نمی‌تواند از آن نهی کند؛ زیرا وجوب اطاعت از امر ولی امر در محدوده‌ای است که با اطاعت از خدا و احکام کلی او تعارضی نداشته باشد. بنابراین، منطقه الفراغ شامل انواع فعالیت‌های اقتصادی انسان است که در حکم اولیه‌شان مباح هستند.

۴۳. صدر، اقتصادنا، ۸۰۴.

۴۴. صدر، اقتصادنا، ۳۲۹.

تبلیغی و شأن ولایی. در احکام ولایی که موقعیتی و زمانی است ولی بعد از ایشان - که ممکن است معصوم هم نباشد - می تواند به صلاحدید خود و به اقتضای زمان و شرایط جامعه خودش، آن را تغییر دهد. از طرفی نیز حوزه احکام حکومتی را در محدوده نص، نصوص غیرالزامی یا مباح دانسته است. حال این سؤال مطرح می شود که معیار تشخیص نصوص غیرالزامی در قوانین صادرشده از معصوم چیست؟ و فقیه با چه دلیلی این حکم را از احکام الزامی (واجب و حرام) مستثنا کرده است؟ به نظر می رسد که عامل تشخیص حکم تکلیفی در گزاره های نصوص صادرشده از معصوم (مانند سایر نصوص)، اجتهاد فقیه است و همان گونه که یک فقیه با شواهد و قراینی که برای استنباط یک حکم در اختیار دارد، ممکن است در اجتهاد خود به الزامی بودن یک گزاره منصوص برسد، این امکان هم وجود دارد که فقیه دیگر - در شرایط و موقعیت دیگر - به دلیل محذورات و موانعی که می تواند قرینه عقلی باشد، بر نفی الزام به آن نص، در اجتهاد خود به اباحه آن عمل فتوا دهد و برخلاف فقیه قبلی آن را در قلمرو احکام ولایی قلمداد کند.

برای مثال، نصوصی که از قیام علیه حاکم جور و تشکیل حکومت به اسم اسلام تا قبل از قیام قائم (عج) نهی فرموده است^{۴۵} تا مدت های طولانی در استنباط های فقهای شیعی به عنوان نهی الزامی و مفید حرمت تلقی می شده است اما با گذشت زمان و در شرایطی مثل دوران معاصر، ولی امر جامعه اسلامی (مجتهد جامع الشرایط) به دلیل اینکه عمل به این روایات را برخلاف مصلحت امت می بیند، آن ها را بازبینی می کند و در اجتهاد خود به این استنباط می رسد که نهی واردشده در این روایات، نهی مطلق نیست؛ بلکه به قیود و شروطی مقید است که این نهی در نبود آن اعتبار ندارد.^{۴۶} براین اساس، به این نتیجه می رسد که قیام و تشکیل حکومت در شرایط جامعه عصر او، نه تنها جایز، بلکه امری ضروری است و به وجوب آن^{۴۷} فتوا می دهد. چنان که شهید صدر نیز از طرفداران این نظر است و اگر نگوییم به وجوب، اما به طور قطع به جواز آن قائل است.^{۴۸} همچنین برخی پژوهش های متأخر با بررسی تبارشناسانه این روایات، آن را منحصر به دوران سه امام چهارم، پنجم و ششم شیعیان می داند و می گوید که قبل از آن، این معنا در روایات وجود نداشته و بعد از این دوره نیز سیره ائمه به گونه دیگری بوده که مؤید اطلاق این روایات نیست. درنهایت، به این استنباط می رسد که این نهی، حکمی ولایی بوده است و نه حکم الزامی ابدی^{۴۹} و این در حالی است که می بینیم در همین عصر هم هنوز عده ای از فقها به تبلیغی و الزامی بودن این نصوص معتقد

۴۵. نک: کلینی، الکافی، ۲۹۵/۸؛ نعمانی، الغنیة، ۲۷۹؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۵۱/۱۵.

۴۶. نک: خمینی، صحیفه امام، ۱۵ تا ۱۴/۲۱.

۴۷. خمینی، ولایت فقیه، ۵۲ تا ۵۳.

۴۸. حسینی، صدر، حیاة حافلة، فکر خلاق، ۱۹۵ تا ۱۹۷.

۴۹. محمدی هوشیار، شهبازیان، «تحلیلی بر دلایل منع قیام در دوران غیبت»، نشست علمی.

بنابراین عنوان «مباح» در نظریه شهید صدر، برخلاف مقام نظر، در عمل معیاری روشن برای مرزبندی میان ثابت و متغیر در نصوص سنت نیست و می‌تواند امری نسبی و وابسته به اجتهاد فقیه باشد. در مجموع، لازمه این معنا این است که حتی نصوصی از سنت معصومان که امروز و در استنباط فقه‌های زمان ما به عنوان حکم الزامی تلقی می‌شود نیز ممکن است در زمان و شرایط دیگر از سوی مجتهدان آن زمان و براساس قرآینی که با گذشت زمان به آن تفطن می‌یابند، به عنوان حکم ولایی، غیرالزامی و متغیر تلقی شود.

۳. تطبیق آرای دو اندیشمند درباره تاریخمندی سنت

در مطالعه تطبیقی دو نظریه حکومت مشروطه و منطقه الفراغ در رابطه با تاریخمندی سنت، دو محور درخور طرح و بررسی است: ۱. اصل وجود قوانین متغیر؛ ۲. محدوده تغییرات در نسبت با شریعت.

۳. ۱. اصل وجود قوانین متغیر

محقق نائینی و شهید صدر به این واقعیت اذعان دارند که بخشی از امور زندگی انسان متغیر است و باتوجه به اینکه امر متغیر نمی‌تواند در شرایط مختلف تحت قانونی ثابت قرار گیرد، معتقدند که پاسخ‌گویی به این امور و کنترل آن نیازمند وجود یک رشته از قوانین است که بتواند در هر دوره و هر موقعیت، متناسب با شرایط همان دوره و موقعیت، به‌روزرسانی شود. در این به‌روزرسانی ممکن است برخی از آن قوانین حذف یا دچار تغییر شود یا برای برخی موارد نیز قوانین تازه‌ای اندیشیده و وضع شود.

شریعت اسلام نیز که از سوی خداوند متعال برای بشر نازل شده است، در قوانین خود این واقعیت را که از طبیعت انسان برآمده است، در نظر گرفته و قانونگذاری در این امور را با بیان ضوابط و چهارچوب‌های کلی به عقول عباد واگذار کرده است تا برای هر مسئله از این حوزه، متناسب با شرایط خاص آن مسئله و با در نظر گرفتن موقعیت عرفی و فرهنگی جامعه انسانی در هر زمان، قانون متناسب وضع شود.

شهید صدر این امور را در حوزه نیازها و روابط اجتماعی دانسته و معتقد است که در شریعت ثابت، معیارها و اصولی بیان شده که قانونگذاری در مسائل این حوزه باید بر مبنای آن امور ثابت و در توافق با آن صورت پذیرد. این معیارها و اصول که در کلام او با تعبیر «مؤشرات عامه» معرفی شده است،^{۵۱} از مقاصد کلی شریعت به دست می‌آید. مقاصدی مثل برقراری عدالت اقتصادی و اجتماعی و توزیع متوازن سرمایه‌های طبیعی در میان مردم و موارد دیگری که برخی از آنها به‌طور صریح در نصوص قرآن و سنت بیان شده

۵۰. حسینی، صدر، حیاة حافلة، فکر خلاق، ۱۹۱.

۵۱. صدر، الاسلام یقود الحیاة، ۴۵.

است و برخی دیگر در ورای قوانین حکومتی و متغیر معصومان(ع)^{۵۲}.

محقق نائینی نیز امور متغیر را داخل در مجموعه سیاست‌های اجتماعی و قوانین حکومتی و بخشی از آن دانسته است اما برخلاف شهید صدر برای قانونگذاری در این حوزه، از تشریع مبتنی بر شریعت سخن نگفته و تنها عدم مخالفت با قوانین شرع را شرط دانسته است.

۲.۳. محدوده متغیرات

شهید صدر با تفکیک میان دو شأن تبلیغی و حاکمیتی یا ولایی برای معصومان، بخشی از قوانین و گزاره‌های صادرشده از سوی آن بزرگواران را موقعیت‌مند و تاریخی دانسته و آن را با عنوان «احکام حکومتی» از سنت تشریعی و تبلیغی جدا کرده است. اما محقق نائینی هنگام تفکیک میان قوانین ثابت و متغیر، متغیرات را با عنوان «غیرمنصوصات» معرفی کرده و معتقد است که قوانین منصوص، جزو ثوابت شریعت است و اگر تغییری در آن صورت بگیرد، تنها در نحوه تطبیق و تفریع آن است و نه در اصل حکم.

شهید صدر در مقام تمیز میان ثابت و متغیر در گزاره‌های رسیده از معصومان، مباح بودن را به‌عنوان مشخصه احکام حکومتی مطرح کرده است؛ به این معنا که حاکم جامعه اسلامی تنها در حوزه مباحات مجاز به قانونگذاری و تغییر قوانین است. براین اساس، در میان گزارش‌ها و منقولات رسیده از معصومان نیز تنها مواردی می‌تواند در زمره متغیرات قلمداد شود، که در حوزه امور مباح باشد و چنان‌که بیان شد منظور از مباح در کلام شهید صدر، اباحه به معنای عام است؛ یعنی اموری که نص الزامی از سوی شارع برای آن صادر نشده است و این موارد شامل سه حکم مستحب، مکروه و مباح به معنای خاص می‌شود.

اما «قوانین غیرمنصوص» که در کلام محقق نائینی به عنوان قوانین متغیر بیان شده و محدوده مسائل آن به عنوان محدوده مجاز قانونگذاری غیرمعصوم معرفی شده است، تعبیر دیگری از «قوانین عرفیه» در نزد اوست.

تقسیم امور امت و قوانین آن به دو گونه شرعی و عرفی، تقسیمی پذیرفته شده نزد مجتهدان معاصر محقق نائینی بوده است.^{۵۳} در این تلقی، بخشی از امور مربوط به حکومت‌داری و سیاست، از مسائلی است که شارع مقدس برای آن حکمی صادر نفرموده و از این رو قانونگذاری در آن در شرایط مختلف مطابق با عرف حاکم در آن شرایط صورت می‌گیرد. منشأ این قوانین نص نیست و بر مبنای تدبیر فرد یا افراد بشری وضع شده است. از این جهت آن را با عناوین قوانین عرفی در مقابل قوانین شرعی یا قوانین غیرمنصوص در مقابل قوانین منصوص نام‌گذاری کرده‌اند.

۵۲. صدر، الاسلام يقود الحياة، ۴۵ تا ۵۶.

۵۳. نک: فیرحی، آستانة تجدد، ۹۰، ۲۷۰.

محقق نائینی با برشمردن مراتب مجاز تصدی مقام قانونگذاری در این حوزه در حکومت مورد تأیید شارع، قوانین وضع شده توسط این قانونگذاران را اگرچه با عنوان عرفی از قوانین شرعی جدا کرده، اما آن را در طول قوانین شریعت دانسته است که به دلیل لازم‌الاطاعه بودن قانونگذار مورد تأیید شرع در این مسائل، قوانین وضع شده از سوی او را نیز لازم‌التبعیه دانسته است.

اما در پاسخ به این سؤال که مراد از غیرمنصوص در کلام نائینی، مفهوم مطلق این کلمه است یا بخشی از نصوص مثل نصوص غیرالزامی؟ باتوجه به شواهد و مصادیقی که برای آن ذکر کرده، باید گفت: در این تعبیر، مفهوم نص به طور مطلق مراد است. شاهد بر این مطلب اینکه، نائینی چگونگی قانونگذاری در متغیرات را برای دوره حضور معصوم یا به طور خاص برای عهد حاکمیت معصوم به دو شکل بیان کرده است:

أ. حالت اول آن در ضمن مصادیق و نمونه‌هایی از قانونگذاری‌هایی است که توسط والیانی که از سوی معصوم برای اداره سرزمین‌های تحت حکومت ایشان منصوب شده‌اند، صورت گرفته است. مواردی همچون جزئیات پرداخت خراج و تعیین میزان آن و... که والیان ولایت‌های مختلف به عنوان نایبان خاص ولی معصوم، از سوی خود ایشان برای قانونگذاری در خصوص آن مأذون بوده‌اند. او از این قوانین به «ترجیحات ولات» تعبیر کرده است.^{۵۴} این حوزه شامل مواردی است که اساساً نص خاصی از سوی خداوند یا معصوم برای آن صادر نشده است.

ب. حالت دوم برای تصمیم‌گیری در امور نظامی و تدابیر و سیاست‌های جنگ‌ها و مسائلی مانند آن است که در زمان حاکمیت معصوم از طریق شورای عقلا صورت می‌گرفته است؛ به این صورت که مثلاً پیامبر اسلام (ص) و امام علی (ع) برای تصمیم‌گیری درباره این امور، نظر صحابه و مردم را نیز جویا شده و بر مبنای نتیجه شورا رأی نهایی را صادر می‌کرده‌اند. تصمیم به حفر خندق در جنگ احزاب و خروج از مدینه برای جنگ با قریشیان در غزوة احد از نمونه‌های این موارد است.^{۵۵} درباره این موارد نیز در انحصار آن به آن موقعیت‌های خاص تردیدی وجود ندارد.

نائینی برای متغیرات در عصر معصوم، حالت سومی را متصور نشده است و در اقسامی که برای قوانین متغیر در عصر معصوم ذکر کرده، اساساً وارد حوزه نص نشده و آن را مصون از راهیابی تغییر دانسته است. درنهایت، مطابق این شواهد باید گفت که مفهوم نص در اصطلاح غیرمنصوص، به طور مطلق مراد بوده است و تمام قوانین منصوص در قرآن و سنت را شامل می‌شود.

۵۴. نائینی، تنبیه الأئمة و تنزیه الملة، ۱۳۶ تا ۱۳۷.

۵۵. نائینی، تنبیه الأئمة و تنزیه الملة، ۱۱۶ تا ۱۱۷.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه بیان شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

محقق نائینی در بحث ثابت و متغیر و در نظریه حکومت مشروطه، به نوعی بر شمولیت شریعت تأکید کرده است؛ به این معنا که شریعت اسلامی به تمام حوزه‌های زندگی فردی و اجتماعی انسان توجه داشته است و حوزه سیاست و قوانین حکومتی نیز از این شمولیت مستثنا نیستند. منتها برای برخی مسائل - که از نظر او این مسائل جزو ثابتهای بوده و قوانینش هم ثابت و تغییرناپذیر است - شریعت به طور مستقیم وضع قانون کرده است و برای برخی دیگر از مسائل - که متغیر ذاتی هستند و به همین دلیل تحت ضابطه و قانون خاص قرار نمی‌گیرند - به شکل غیر مستقیم و با بیان شرایط و چهارچوب شرعی برای قانونگذاری در آن تعیین تکلیف کرده است. این دیدگاه او بیانگر شمولیت شریعت است و با بیان جواز و چهارچوب شرعی وضع قوانین عرفی، به آن هم وجهه شرعی داده است. در دیدگاه شهید صدر نیز شمولیت شریعت اصلی مسلم فرض شده است و قوانین منطقه الفراغ به عنوان قوانین غیر مستقیم شارع تلقی می‌شوند که فعل و ترک آن مترتب ثواب و عقاب است.

در مقایسه میان این دو دیدگاه، فارغ از خاستگاه اجتماعی و رویکردهای تاریخی‌نگری که این دو اندیشمند را به بحث از ثابت و متغیر و تبیین متغیرات مجاز در شریعت سوق داد، اگر فضای درونی جامعه علمی شیعه را در نظر بگیریم، نظریه حکومت مشروطه حداقل نیم قرن قبل از نظریه منطقه الفراغ مطرح شده و در آن زمان، فضای تفکر دینی شیعه هنوز متأثر از رویکردهای اخباری بود و سخن از هرگونه تغییر در نصوص شریعت با واکنش شدید برخی از مجتهدان بانفوذ اخباری مسلک مواجه می‌شد.^{۵۶} در این شرایط، محقق نائینی در بحث از متغیرات از دو دسته ثابت و متغیر بودن قوانین حاکمیتی و اجتماعی سخن گفته و در بحث متغیرات اصلاً وارد حوزه نص نشده است. قوانین منصوص صادرشده از معصومان را مانند نصوص قرآن ثابت و لازم‌التبعیه برای تمام جوامع می‌داند. اما همین نظریه وی راه را برای تفکر بیشتر و نظریه پردازی در حوزه حکومت دینی و قوانین آن و جایگاه عقل در حوزه استنباط احکام و قانونگذاری باز کرد. نظریه منطقه الفراغ نیز جزو همین نظریات است که مطابق آنچه بیان شد از دیدگاه محقق نائینی گامی فراتر نهاده است و از شئون دوگانه معصوم در قانونگذاری سخن می‌گوید و بخشی از نصوص سنت را با عنوان متغیرات یا احکام حکومتی از ثابتهای جدا کرده و محتمل تغییر دانسته است. چنان‌که ملاحظه شد، این دیدگاه‌ها در لوازم خود به تاریخت الزامیات کنونی سنت نیز ورود می‌یابد؛

۵۶. او در کتاب تنبیه الأئمة از این مخالفان با عنوان «جهله اخباریه» یاد کرده است (نائینی، تنبیه الأئمة و تنزیه الملة، ۱۰۸، ۱۰۹).

یعنی مواردی از احکام آنکه در اجتهاد فقهای امروز به عنوان واجب یا حرام شناخته می شود. این بدان معناست که معیارهای بیان شده در تعیین حوزه متغیرات، معیارهای جامعی نبوده اند؛ نه در نظریه حکومت مشروطه که نص را مصون از تاریخت دانسته، اما در لوازم خود به تاریخت خود نص نیز وارد می شود و نه در منطقه الفراغ، که تنها نصوص غیرالزامی یا مباحات را محل تغییر دانسته، اما به دلیل متأثر بودن اجتهاد فقیه - که در بسیاری از موارد عامل تشخیص الزامیات سنت از غیرالزامیات آن است - از زمان و مکان، دامنه آن می تواند به الزامیات کنونی سنت نیز کشیده شود. در مجموع، این معیار هم ملاک تعیین کننده و قاطعی نیست. مصادیق این سخن در قسمت های لوازم دو دیدگاه بیان شد.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. به تحقیق علی اکبر غفاری. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۳ق.
- اسماعیلی، محسن، محمدرضا اصغری شورستانی، رضا رشیدی. «تأملی در نظریه منطقه الفراغ از منظر شهید صدر و نقدها و نقص های آن»، فصلنامه دانش حقوق عمومی. س ۳، ش ۸، ۱۳۹۳، ۶۴ تا ۴۵.
- اشکنانی، محمدحسین. دروس فی اصول الفقه؛ توضیح الحلقة الثانية. قم: باقیات. ۱۴۳۰ق.
- بهشتی، سیدعلیرضا، احمد آذین، علیرضا گلشنی. «نقش عقلانیت دینی در نظریه سیاسی محمدحسین نائینی»، اسلام و علوم اجتماعی. س ۸، ش ۱۵، ۱۳۹۵، ۱۱۱ تا ۱۳۲.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. به تحقیق مؤسسه آل البیت (ع). قم: آل البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
- حسینی، سید محمد، مریم غنی زاده، مریم مهاجری. «ظرفیت نظریه منطقه الفراغ و احکام حکومتی»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی. س ۱، ش ۲، ۱۳۹۱، ۱۴۹ تا ۱۷۶.
- حسینی، محمد، محمدباقر صدر. حیاة حافلة، فکر خلاق. بیروت: دار المحجة البيضاء. ۲۰۰۵م.
- حکمت نیا، محمود. «تبیین نظریه منطقه الفراغ»، اقتصاد اسلامی. س ۲، ش ۸، ۱۳۸۱، ۱۰۷ تا ۱۲۰.
- حیدری کاشانی، محمدجواد. «قلمرو فقه سیاسی از دیدگاه علامه نائینی»، پژوهش های فقه و مبانی حقوق اسلامی. س ۱، ش ۱، ۱۳۸۲، ۷۴ تا ۵۵.
- خمینی، روح الله. صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۸۹.
- خمینی، روح الله. ولایت فقیه: حکومت اسلامی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۷۸.
- صدر، محمدباقر. اقتصادنا. <https://lib.eshia.ir>.
- صدر، محمدباقر. الإسلام يقود الحياة، المدرسة الإسلامية، رسالتنا. به تحقیق لجنة التحقیق التابعة للمؤتمر العالمی للامام الشهيد الصدر. قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصی للشهید الصدر. ۱۴۲۱ق.
- عرب صالحی، محمد. تاریخی نگری و دین. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۹۱.

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر ۱۷۹/...

علی اکبریان، حسن علی. معیارهای بازشناسی ثابت و متغیر در روایات. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. ۱۳۸۶.

فیرحی، داود. آستانه تجدد. تهران: نی. ۱۳۹۵.

قائدی، عبدالمجید. «تحلیل و ارزیابی نقدهای موجود بر نظریه منطقه الفراغ شهید صدر»، حکومت اسلامی. س ۱۸، ش ۴، ۱۳۹۲، ۱۴۷ تا ۱۷۴.

کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. به تحقیق علی اکبر غفاری، محمد آخوندی. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۰۷ ق. مبلغی، احمد. «ثابت و متغیر در نگاه امام خمینی، علامه طباطبایی و شهید صدر»، کیهان اندیشه. ش ۷۱، ۱۳۷۶، ۲۸ تا ۳۸.

محمدی هوشیار، علی، محمد شهبازیان. تحلیلی بر دلایل منع قیام در دوران غیبت (نشست علمی). برگرفته از <https://dte.bz/mahdaviyat>. دسترسی در ۱۷/۱۱/۱۴۰۲.

مشکانی سبزواری، عباس علی، یعقوب علی برجی. «بررسی تطبیقی مبانی فقه حکومتی از دیدگاه صاحب جواهر و میرزای نائینی»، گفتمان فقه حکومتی. س ۴، ش ۷، ۱۳۹۹، ۷۱ تا ۹۸.

نائینی، محمد حسین. تنبیه الأمة و تنزیه الملة. به تحقیق سید جواد ورعی. قم: بوستان کتاب. ۱۳۸۸.

نعمانی، محمد بن ابراهیم. الغيبة. به تحقیق علی اکبر غفاری. تهران: صدوق. ۱۳۹۷.

Transliterated Bibliography

‘Alī Akbariyyān, Ḥasan ‘Alī. *Mi‘yār-hā-yi Bāzshināsī Šābit va Mutaghayir dar Rivāyāt*. Qum: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm va Farhang-i Islāmī. 2007/1386.

‘Arab Šālihi, Muḥammad. *Tārikhnigari va Dīn*. Tehran: Sāzimān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī. 2013/1391.

Bihishti, Sayyid ‘Alī Rizā, Aḥmad Āzīn, ‘Alī Rizā Gulshanī. "Naqsh ‘Aqlāniyat Dīnī dar Nazāriyah-yi Siyāsī Muḥammad Ḥusayn Nā‘īnī". *Islām va ‘Ulum Ijtimā‘ī*, yr. 8, no. 15 (2017/1395): 111-132.

Fīrahī, Dāwud. *Āstānih-yi Tajadud*. Tehran: Niy, 2017/1395.

Ḥikmatniyā, Maḥmūd. "Tabyīn Nazāriyah-yi Manṭiqah al-Farāgh". *Iqtisād Islāmī*, yr. 2, no. 8 (2003/ 1381): 107-120.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī‘a*. researched by Mū’assisa Āl al-Bayt(AS). Qum: Āl al-Bayt(AS), 1989/1409.

Ḥusaynī, Muḥammad, Muḥammad Bāqir Šadr. *Ḥayāt Ḥāfilah, Fikr Khalāq*. Beirut: Dār al-Maḥjja al-Bayḍā’, 2005/1384.

- Husaynī, Sayyid Muḥammad, Maryam Ghanizādih, Maryam Muhājirī. "Zarfiyat Nazariyah-yi Mantiqah al-Faragh va Ahkam Hukumati". *Muṭāli'āt Huquqī Dawlat Islāmī*. Yr. 1, no. 2 (2013/1391): 149-176.
- Hydari Kāshānī, Muḥammad Javād. "Qalamrū Fiqh Siyāsi az Didgāh 'Allāmah Nā'ini". *Pazhūhish-hā-yi Fiqh va Mabānī Huquq Islāmī*, yr. 1, no. 1(2003/1382): 55-74.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh*. ed. 'Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- Ishkanānī, Muḥammad Husayn. *Durūs fi Uṣūl al-Fiqh; Tawḍīḥ al-Ḥalqa al-Thāniya*. Qum: Bāqiyāt, 2009/1430.
- Ismā'īlī, Muḥsin, Muḥammad Rizā Aṣgharī Shūristānī, Rizā Rashīdī. "Ta'ini dar Nazariyah-yi Mantiqah al-Faragh az Manzar Shahīd Sadr va Naqd-hā va Naqs-hā-yi ān". *Faṣlnāmih-yi Dānish Huquq 'Umūmī*. Yr. 3, no. 8 (2015/1393): 45-64.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Ṣaḥīfah-yi Imām*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2011/1389.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Walāyat Faqīh: Hukumat Islāmī*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2000/1378.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. ed. 'Alī Akbar Ghafārī, Muḥammad Ākhūndī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1987/1407.
- Mishkānī Sabzawārī, 'Abbās 'Alī, Ya'qūb 'Alī Burjī. "Barrisi Taṭbīqī Fiqh Hukumati az Didgāh Ṣāḥib Jawāhir va Mīrzā-yi Nā'ini". *Guftimān Fiqh Hukumatī*. Yr. 4, no. 7 (2021/1399): 71-98.
- Mubalighī, Aḥmad. "Ṣābit va Mutaghayir dar Nigāh Imām Khumaynī, 'Allāmah Ṭabāṭabāyī va Shahīd Sadr". *Kiyhān Andishih*. No. 71 (1998/1376): 28-38.
- Muḥammadī Hūshyār, 'Alī, Muḥammad Shahbāziyān. "Taḥlīlī bar Dalā'il Man' Qiyām dar Dawrān Ghiybat (Nishast 'Ilmī)". 2024/2/6; 1402/11/17.
- Nā'ini, Muḥammad Husayn. *Tanbīh al-Ummah wa Tanzih al-Millah*. researched by Sayyid Javād War'ā. Qum: Būstān-i Kitāb. 1969/1388.
- Nu'mānī, Muḥammad ibn Ibrāhīm. *al-Ghayba*. researched by 'Alī Akbar Ghafārī. Tehran: Ṣadūq, 1977/1397.
- Qā'idī, 'Abd al-Majīd. "Taḥlīl va Arzyābi Naqd-hā-yi Mavjūd bar Nazariyah-yi Mantiqah al-Faragh Shahīd

غلامی و دیگران؛ تاریخمندی در سنت معصومان(ع) از نگاه محقق نائینی و شهید صدر با تأکید بر .../۱۸۱

Şadr". *Hükumat Islāmī*, yr. 18, no. 4 (2014/1392):147-174.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *al-Islām Yaḡūd al-Ḥayāt, al-Madrisah al-Islāmīyya, Risālatanā*. researched by al-Lajna al-Taḥqīq al-Tābī'a li-l-Mū'tamar al-Ālamī li-l-Imām al-Shahīd al-Şadr. Qum: Markaz al-Ibḥūth wa al-Dirāsāt al-Takḥaṣuṣī li-l-Shahīd al-Şadr. 2000/1421.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādanā*.



An Analysis of the Islamic Republic of Iran's Criminal Policy in the Criminalization of *Muḥārabah* (Terrifying Conflict): Foundational and Operational Challenges

Dr. Mostafa Nasiri , Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, Shahid Motahari Seminary and University, Tehran, Iran

Email: m69nasiri@gmail.com

Abstract

Despite the considerable advances made in the 1292 A.S. / 2013 A.D. Islamic Penal Code compared to earlier legislation, the legislator's approach to criminalizing offenses against *ḥadd*-level security still face foundational and operational challenges. The foundational challenges arise from the inadequate use of the capacities of jurisprudence in criminalizing *Muḥārabah* (Armed Enmity or Terrifying Conflict) in relation to the other *ḥadd*-based security offenses, namely *ifsād fi l-arḥ* and *baghī*. Although these theoretical shortcomings did not produce significant effects on judicial decision-making, more than a decade after the Code's enactment, important challenges have surfaced in adjudicating cases of *muḥārabah*. Some of these challenges are new, whereas others have precedents in the rulings of jurists, yet the law has not addressed them. Examples include ambiguities in cases where the perpetrator's intent is directed at a specific individual, and the absence of discussion regarding situations in which no direct relationship exists between the perpetrator's act and public insecurity. The latter category has created concrete difficulties in judicial practice; therefore, they are referred to as operational challenges. The present study identifies the major instances of both types of challenges and proposes pathways for resolving them by drawing upon the opinions of early and later jurists concerning *muḥārabah*.

Keywords: *muḥārabah*, crimes against security, legislative ambiguities, jurisprudential challenges in *muḥārabah*.





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۲۰۶ - ۱۸۳

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۴

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.86395.1729>

نوع مقاله: پژوهشی

ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی

دکتر مصطفی نصیری ^{ip}

استادیار گروه فقه و حقوق، مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

Email: m69nasiri@gmail.com

چکیده

تدابیر قانونگذار در جرم‌انگاری جرایم علیه امنیت حدی به‌رغم پیشرفت‌های قابل توجه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مقایسه با قوانین پیشین، همچنان با چالش‌های مبنایی و اجرایی مواجه است. چالش‌های مبنایی ناظر به عدم بهره‌برداری شایسته از ظرفیت فقه در جرم‌انگاری محاربه نسبت به سایر جرایم علیه امنیت حدی؛ یعنی افساد فی الارض و بغی پدیدار شده، هرچند از جهت عملی و اجرایی این دسته از چالش‌ها در پاسخ به پرونده‌های قضایی تأثیر محسوسی ندارند. نیز با گذشت بیش از ده سال از تصویب قانون، چالش‌های مهمی در رسیدگی به پرونده‌های قضایی محاربه پدید آمده که برخی جدید و برخی دارای سابقه در آرای فقهاست، ولی قانون برای آن‌ها تعیین تکلیف نکرده است. ازجمله این موارد می‌توان به ابهام قانون در مواردی که قصد مرتکب متوجه شخص خاص است و عدم طرح بحث از موردی که بین عمل مرتکب و ناامنی رابطه مستقیم وجود ندارد، اشاره کرد. دسته اخیر به این دلیل که عملاً در رسیدگی به پرونده‌های قضایی اشکالاتی ایجاد کرده‌اند، چالش‌های اجرایی نامیده شده‌اند. در این پژوهش ضمن احصای مصادیق چالش‌های دوگانه فوق، با استفاده از آرای فقهای متقدم و متأخر در محاربه، راهکارهایی در خصوص رفع آن‌ها ارائه شده است.

واژگان کلیدی: محاربه، جرایم علیه امنیت، ابهامات قانونگذاری، چالش‌های فقهی جرم محاربه.

مقدمه

سیاست کیفری جمهوری اسلامی در خصوص جرایم علیه امنیت بیانگر دغدغه‌توأمان‌پابندی به نصوص شرعی و تأمین امنیت کشور است و قوه مقننه از ابتدای انقلاب اسلامی در دوره‌های مختلف قانونگذاری به منظور صیانت از این دو ارزش تدابیر مختلفی را در پیش گرفته است. طبعاً چالش‌های مختلف امنیتی که در سال‌های ابتدایی انقلاب اسلامی وجود داشته و تغییر الگوی این چالش‌ها در دهه‌های بعدی، بر نحوه جرم‌انگاری‌ها در قلمرو جرایم امنیتی تأثیرگذار بوده است. از جمله جرایم حدی برآمده از منابع اسلامی محاربه است که از ابتدای انقلاب تاکنون به طرق مختلف از ظرفیت آن در مواجهه با جرایم علیه امنیت استفاده شده و به همین دلیل در پژوهش‌های مختلف فقهی و حقوقی مد نظر قرار گرفته است. بخش مهمی از پژوهش‌های اولیه در این حوزه به تبیین مفهوم و قلمرو محاربه و نسبت آن با عناوین مشابه، از جمله افساد فی الارض اختصاص یافته است.^۱ علاوه بر پژوهش‌های سابق‌الذکر، تحقیقات دیگری به صورت جزئی‌تر ابعاد و ارکان محاربه را بررسی کرده‌اند.^۲

به نظر می‌رسد تدابیر قانونگذار در جرم‌انگاری جرایم حدی علیه امنیت علی‌رغم پیشرفت‌های شایان توجه آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مقایسه با دوره‌های قبلی قانونگذاری همچنان با چالش‌های مبنایی و اجرایی مواجه است که بررسی آن‌ها در پژوهش‌های علمی مهم و مفید تلقی می‌شود. چالش‌های مبنایی به دلیل عدم بهره‌برداری مناسب از ظرفیت فقه در جرم‌انگاری محاربه در نسبت با سایر جرایم علیه امنیت حدی، یعنی افساد فی الارض و بغی ایجاد شده است. این اشکالات عمدتاً ناظر به قلمرو هریک از عناوین است و به لحاظ مبنایی و اصولی اشکالاتی را ایجاد کرده است، هرچند از جهت عملی و اجرایی این دسته از چالش‌ها در پاسخ به پرونده‌های قضایی تأثیر محسوسی ندارند.

همچنین با گذشت بیش از ۱۰ سال از تصویب قانون مجازات اسلامی چالش‌های مهمی در رسیدگی به پرونده‌های قضایی محاربه مطرح شده است که برخی جدید و برخی دارای سابقه در آرای فقهاست ولی قانون برای آن‌ها تعیین تکلیف نکرده است. از جمله این موارد می‌توان به ابهام قانون در مواردی که قصد مرتکب متوجه شخص خاص است و عدم طرح بحث از مواردی که بین عمل مرتکب و ناامنی رابطه مستقیم وجود ندارد، اشاره کرد. دسته اخیر به این دلیل که عملاً در رسیدگی به پرونده‌های قضایی اشکالات محسوسی ایجاد کرده‌اند، چالش‌های اجرایی نامیده شده‌اند. مسئله اصلی این پژوهش، ارزیابی

۱. مؤمن قمی، «کاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»؛ هاشمی شاهرودی، «محارب کیست و محاربه چیست؟» (بخش اول)؛ الهام، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مرعشی «محاربه و افساد فی الارض» و... .

۲. زرگوش‌نسب، «شورشیان سبز بین بغی و محاربه»، موسوی مشهدی، «بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی» و... .

این تدابیر قانونی است. طبعاً ارزیابی این موارد مستلزم طرح روند قانونگذاری در این حوزه و تبیین تحولات بنیادین هر دوره در مقدمه به شرح ذیل است.

در قانون «حدود و قصاص و مقررات آن» مصوب سال ۱۳۶۱ در مواد ۱۹۶ تا ۲۰۰ مصادیق محاربه مطرح شده بود. قانونگذار در ماده ۱۹۶ ضمن اتخاذ رویکردی منطبق با کلام مشهور فقها، محاربه را این گونه تعریف کرده بود: «هرکس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب می باشد.» در عین حال، علاوه بر مصداق مشهور محاربه در ماده ۱۹۸ تا ۲۰۰، اقدامات مسلحانه علیه نظام جمهوری اسلامی با قیودی مشمول محاربه دانسته شده بود.

قانون مذکور در کنار عنوان محاربه در ماده ۱۹۹ و ۲۰۰ و همچنین در مواد مربوط به راه های اثبات محاربه و مجازات محاربه نیز بلافاصله بعد از محارب عبارت «افساد فی الارض» را ذکر کرده بود. با توجه به نحوه انشای مواد در تلقی قانونگذار مستنبط از نظر امام خمینی (ره) در تحریر الوسيلة، محاربه و افساد، عنوان واحد با یک حکم دانسته شده بود؛ با این تفاوت که «اقدام مسلحانه علیه نظام جمهوری اسلامی» به عنوان مصداق جدید تحت شمول عنوان محاربه قرار گرفته بود. البته از حیث ضمانت اجرا تفاوتی میان مصادیق مختلف محاربه نبود و محارب در مواد مختلف قانون مشمول مجازات های چهارگانه محاربه قرار می گرفت.

به نظر می رسد قانونگذار در پذیرش اقدام مسلحانه علیه نظام جمهوری ذیل عنوان محاربه برخلاف نظر مشهور فقهای متقدم و متأخر دیدگاهی را برگزیده بود که پاسخ گوی تهدیدهای شدید امنیتی علیه کشور باشد. برابر دیدگاه پذیرفته شده در قانون مصوب ۱۳۶۱ دلیل و نصی بر اراده خلاف ظاهر از آیه محاربه نداریم. همچنین دلیلی نداریم که عنوان محارب را منحصر در کسی بدانند که برای ارباب مردم سلاح کشیده است، بلکه محارب عنوانی عام است و شامل کسی که در مقابل دولت اسلامی قیام مسلحانه کرده نیز می شود. درباره چنین کسی می توان یکی از حدود چهارگانه مذکور در آیه را به عنوان محاربه اجرا کرد.^۳

همسو با نظریه فوق و البته همچنان مغایر با دیدگاه مشهور، در دوران اعتبار قانون حدود و قصاص و مقررات آن در دهه ۶۰، برخی رفتارهای مجرمانه، از جمله قاچاق مواد مخدر و جعل اسکناس و اختلال در نظام اقتصادی در برخی قوانین خاص تحت عنوان افساد فی الارض جرم انگاری شد. البته علی رغم وحدت دیدگاه های اخیر در صدق افساد فی الارض نسبت به رفتارهای فوق، اختلاف نظرهایی در خصوص امکان مجازات این اقدامات ذیل عنوان محاربه یا افساد فی الارض^۴ وجود داشت که ظاهراً افساد فی الارض با

۳. مؤمن قمی، «کاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»، ۶۲.

۴. نک: فتحی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (حدود).

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/ ۱۸۷

اقبال بیشتری مواجه شده و لذا در قوانین خاص دهه ۶۰ برای رفتارهایی مثل قاچاق مواد مخدر، ذیل افساد، مجازات اعدام تعیین شد.

حاصل اینکه، در دهه شصت، محاربه بالمعنی الاخص و اقدامات مسلحانه علیه نظام جمهوری اسلامی تحت عنوان «محاربه» و مشمول مجازات‌های چهارگانه قرار می‌گرفت و برخی مفاسد اقتصادی و اجتماعی مهم ذیل عنوان افساد فی الارض جای داشت و برای آن رأساً مجازات اعدام در نظر گرفته می‌شد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، رویکرد قانونگذار در قانون حدود و قصاص ۱۳۶۱ با تفاوت‌های جزئی در همه مواد مرتبط با این قانون در کنار یکدیگر تکرار شد. در این مواد به افساد فی الارض در کنار محاربه اشاره شده بود، قانونگذار همسو با نظر امام خمینی (ره) در تحریر الوسيلة محاربه را از افساد فی الارض متمایز نکرده بود و به تفکیک این دو عنوان رسماً اعتبار نداده بود، هرچند که قوانین خاص مصوب دهه شصت به عنوان قوانین خاص مقدم در زمان تصویب و اعتبار قانون ۱۳۷۰ معتبر بود و در آرای قضایی نیز ملاک عمل قرار می‌گرفت.

علاوه بر موارد فوق، با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (بخش تعزیرات) و همچنین قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح در سال ۱۳۸۲ برخی رفتارها محاربه یا در حکم محاربه دانسته شد که سنخیتی با تعریف این رفتار در قانون ۱۳۶۱ یا ۱۳۷۰ نداشت و ظاهراً موهم توسعه تلقی فوق‌الذکر از آیت الله مؤمن بود که براساس آن مجازات مفاسد اجتماعی و اقتصادی ذیل عنوان محاربه ممکن بود.

وضعیت فوق از حیث انطباق با مبانی فقهی و نیز در پاسخ به پرونده‌های قضایی این حوزه اشکالات متعددی داشت و لذا قانونگذار در فرایند تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به منظور حل چالش‌های این حوزه، تدابیر جدیدی را با استفاده از ظرفیت منابع فقهی در پیش گرفت. با توجه به گذشت یک دهه از اجرای قانون مجازات اسلامی و تجربیات ارزشمندی که در عمل از مقررات این قانون در خصوص محاربه حاصل شده، مجال برای ارزیابی این قانون فراهم شده و لذا تحقیقاتی در این خصوص در سال‌های اخیر انجام شده است.^۵ البته در پژوهش‌های اخیر به طور غیرقابل توجهی ظرفیت‌های فقهی محاربه مغفول مانده و به دلیل نوآوری‌های قانونی در حوزه افساد فی الارض و بغی، پژوهش‌های اخیر عمدتاً متوجه این نهادها شده‌اند. لذا این ضرورت وجود دارد که با تمرکز مجدد بر عنوان محاربه، سیاست کیفری کشور در حوزه جرایم علیه امنیت ارزیابی شود. بنابراین، در پژوهش اخیر با رویکردی جامع چالش‌های جرم‌انگاری محاربه از حیث انطباق با مبانی فقهی در نسبت با عناوین افساد فی الارض و بغی و همچنین چالش‌هایی

۵. پورمحمدی، «ابهام در جرم‌انگاری بغی»؛ برهانی، «افساد فی الارض؛ ابهام مفهومی، مفاسد عملی، تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی».

که عملاً در پرونده‌های قضایی و در پیاده‌سازی احکام محاربه مطرح شده‌اند، بررسی شده است. در پیگیری این مقصود ابتدائاً تدابیر قانون مجازات ۱۳۹۲ در خصوص محاربه، به‌طور تفصیلی بررسی شده است.

۱. تدابیر اتخاذشده در قانون فعلی در رفع اشکالات دوره‌های قبلی

به‌منظور سامان‌دهی اشکالات مذکور، قانونگذار در قانون ۱۳۹۲، افساد فی الارض و بغی را به‌عنوان دو جرم حدی مستقل از محاربه در کنار سایر جرایم حدی جرم‌انگاری کرد. همچنین در خصوص محاربه بالمعنی‌الاخص نیز با استفاده از تجربیات حاصله تغییراتی ایجاد کرده است. به‌عبارت دقیق‌تر، قانونگذار اقداماتی از قبیل براندازی مسلحانه و نیز مفاسد کلان اجتماعی و اقتصادی را مبتنی بر رویکردی مبنائاً متفاوت با دو دوره قبلی قانونگذاری جرم‌انگاری کرده است.

۱.۱. تفکیک بغی از محاربه

در قانون ۱۳۹۲ مصادیقی که مرتکبان اقدام به برهم‌زدن امنیت محیط می‌کنند از مواردی که مرتکبان اقدام به قتال و مبارزه با نظام اسلامی می‌کنند تفکیک شده است. هرچند اصل جنگیدن و مقابله مسلحانه با گروه‌هایی که علیه حکومت اسلامی اقدام می‌کنند در شریعت تجویز شده است، اما فقها در خصوص جایگاه این نوع مقابله اختلاف نظرهای درخور توجهی دارند. قانونگذار در سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ همسو با رویکردی که قائل به شمول ادله محاربه بر مخالفان مسلح نظام اسلامی بود،^۶ برخلاف نظر مشهور فقها اقدام به جرم‌انگاری این رفتارها ذیل عنوان محاربه کرده بود و همان ضمانت‌اجراهای چهارگانه را نسبت به این اشخاص در نظر گرفته بود. دو اشکال اساسی به این نوع مواجهه این بود که اولاً محاربه با توجه به قیودی که دارد ناظر به اقدامات غیر از قتال با حکومت اسلامی است و با فسادهایی که به برهم‌زدن امنیت ملازمه دارد، اختصاص دارد.^۷ قانونگذار با حذف این عناوین از ذیل محاربه با رویکردی سلبی به‌درستی بیان کرده است که محاربه مستنبط از فقه امامیه هرچند مستلزم تعدی و تعرض است، منصرف از تعدی‌های علیه حکومت و نظام اسلامی است، بلکه ناظر به تعدی‌هایی است که مقید به سلب امنیت و افساد است^۸ و از این جهت اقدامات مسلحانه به‌قصد براندازی نظام اسلامی ولو به سلب امنیت عمومی و تحقق آثار مشابه محاربه منتهی شود غیر از محاربه است.

۶. مؤمن قمی، «اکاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»، ۲۵.

۷. هاشمی شاهرودی، «محارب کیست و محاربه چیست؟» (بخش اول)، ۱۷۱ تا ۱۷۳.

۸. طباطبائی، المیزان، ۳۲۷/۵.

درحالی‌که پاسخ‌دهی به اقدامات مسلحانه علیه نظام جمهوری اسلامی ذیل مجازات‌های چهارگانه محاربه آن‌گونه که در دو دوره قانونگذاری قبلی ملاک عمل قرار گرفته بود، توجیه‌پذیر بود، به‌تبع تغییر رویکرد فوق، این ضمانت‌اجراها در خصوص این اقدامات قابلیت اعمال نداشت و بر همین مبنا، قانونگذار در سال ۱۳۹۲ این مصادیق محاربه در قوانین قبلی را تحت‌عنوان بغی جرم‌انگاری کرده و مجازات اعدام را که با ضمانت‌اجرای محاربه تفاوت دارد برای این رفتار در نظر گرفته است.

البته آیه ۹ سورة حجرات به‌عنوان مبنای این جرم‌انگاری ظاهراً ناظر به اقدامات گروهی از مسلمانان علیه حکومت اسلامی است، ولی در ماده ۲۸۷ به اطلاق اقدامات گروه‌هایی که علیه نظام اسلامی اقدام کنند مشمول این عنوان دانسته شده است. در مقام ارزیابی، صرف‌نظر از اشکالات احتمالی که ممکن است در جرم‌انگاری بغی وجود داشته باشد، از منظر پرسش اصلی این پژوهش که ناظر بر عنوان مجرمانه محاربه است، اقدام قانونگذار در خارج کردن مصادیق مقابله مسلحانه با نظام اسلامی و امثال آن از مصادیق محاربه اقدامی موجه و از جهت مبنایی صحیح است که در منقح‌شدن جایگاه محاربه در قانون آثار مثبتی به‌همراه داشته است. البته همچنان، مصادیقی که در قانون تعزیرات و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح به‌اعتبار مفهوم محاربه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در حکم محاربه تلقی شده‌اند با اشکالات فوق مواجه‌اند که در دوره‌های بعدی قانونگذاری باید اصلاح شوند.

۲.۱. تفکیک افساد فی الارض از محاربه

ازجمله اقدامات دیگر در قانون ۱۳۹۲ جداکردن قید افساد فی الارض از محاربه و رسمیت‌بخشی به این عنوان مجرمانه مستقل از محاربه بوده است. با تصویب ماده ۲۸۶ و تفکیک افساد از محاربه، از نظر اجرایی به برخی ابهامات موجود در نظام قانونگذاری خاتمه داده و تفاوت این دو عنوان ظاهراً شفاف‌تر شد. قانونگذار برخلاف دو دوره قانونگذاری قبلی رسماً پذیرفت که محاربه از افساد فی الارض مستقل است. با تفکیک محاربه از افساد، مجازات واحد اعدام در مقابل مجازات‌های چهارگانه محاربه تعیین شد و دسته شایان توجهی از رفتارهای مجرمانه در صورت تحقق با قیود خاصی مشمول عنوان افساد فی الارض دانسته شد.

علی‌رغم نظم و انسجامی که در صورت و شکل قانون در نتیجه این تدبیر حاصل شده است، این تفکیک در نظر و عمل با مخالفت‌های شایان توجهی مواجه شده است. طرح افساد فی الارض و محاربه، به‌عنوان دو جرم مستقل محل اختلاف میان فقها بوده و مشهور ایشان در ابواب کتاب حدود به‌طور مستقل بابت تحت‌عنوان افساد مطرح نکرده‌اند. در میان فقهای معاصر نیز این اختلاف‌نظر به‌طور مشهودی وجود دارد؛ با این توضیح که برخی از ایشان قائل‌اند این دو یک عنوان مجرمانه‌اند که مصادیق آن تفکیک‌شدنی

نیست و لذا افساد فی الارض عنوان مجرمانه مستقلی از محاربه نیست^۹ و برخی دیگر از آن‌ها بر استقلال این دو عنوان نظر داده‌اند.^{۱۰}

صرف نظر از نزاع در خصوص اصل جایگاه عنوان افساد فی الارض به عنوان جرم مستقل حدی، گستره و قلمرو رفتارهای مشمول افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی به گونه‌ای است که طیف متنوعی از اقدامات از قبیل جنایات، جرایم علیه امنیت و جرایم اقتصادی را در بر می‌گیرد و از این جهت نیز باتوجه به ضابطه معین و مشخص بودن موجب در جرایم حدی با چالش‌های جدی فقهی مواجه شده است.

به نظر می‌رسد که تصویب ماده ۲۸۶ به نوعی به قانونگذار این اطمینان خاطر را داده است که برخی عناوین در مرز محاربه را که با تلقی‌های مضیق‌تر فقها از محاربه هم‌خوانی ندارند، در صورت به همراه داشتن آثار و پیامدهای ناگوار شدید می‌توان تحت عنوان افساد فی الارض محاکمه کرد. این در حالی است که خروج از شمول محاربه نمی‌تواند مبنای مناسبی برای توسعه عنوان افساد فی الارض تلقی شود. در مقابل نظر فقهای امامیه، محاربه توان این را دارد که برخی مصادیق مطرح شده تحت عنوان افساد فی الارض را پوشش بدهد ولی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به دلیل نحوه جرم‌انگاری و اتکای بیش از حد به عنوان افساد فی الارض، این ظرفیت بالفعل نشده است. در صورت توفیق در تثبیت این مدعا که در گفتار سوم مقاله (اشکالات قانون فعلی و ظرفیت‌های موجود برای حل آن‌ها) مطرح شده، بخشی از مصادیق افساد تحت عنوان محاربه قابلیت تعقیب پیدا خواهند کرد و با کاهش مصادیق افساد، اشکالات به قلمرو بسیار گسترده ماده ۲۸۶ کاسته خواهد شد. از جمله پیامدهای مبارک این موضوع امکان اعمال مجازات‌های چهارگانه در مقابل مجازات واحد اعدام است.

۳.۱. تصریح به محاربه تلقی شدن اقدام علیه جان، مال و ناموس

قانونگذار در دوره‌های قبلی تعریف مضیقی از محاربه را پذیرفته بود؛ در این تعریف قصد ارباب موضوعیت داشت و برای صدق محاربه ضرورتاً باید این قصد مرتکب احراز می‌شد. از جمله تدابیر اتخاذ شده در ماده ۲۷۹، توسعه مصادیق محاربه از مواردی که مرتکب به قصد ارباب دیگری سلاح می‌کشید (ماده ۱۸۳ قانون ۱۳۷۰) به مواردی بود که علاوه بر مورد فوق، مرتکب بدون قصد شخصی اقدامی علیه جان، مال یا ناموس افراد انجام می‌دهد و این اقدام به ایجاد ناامنی در محیط منتهی می‌شود. باتوجه به رویکرد اتخاذ شده در قانون فعلی اقداماتی که مرتکب به قصد جان، مال، ناموس یا ارباب مردم

۹. هاشمی شاهرودی، «محارب کیست و محاربه چیست؟ (بخش دوم)»، ۶۵.

۱۰. به منظور مطالعه بیشتر در خصوص نظرات فقهای موافق و مخالف تکنیک عنوان محاربه و افساد، مراجعه شود: فتحی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲؛ حدود.

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/ ۱۹۱

انجام می‌دهد و این موارد به ایجاد ناامنی در محیط منتهی می‌شود، محاربه تلقی می‌شود. نتیجه این تغییر در جرم‌انگاری نسبت به دوره‌های قبلی این است که دادگاه در بررسی محاربه مکلف به احراز قصد ارباب به‌عنوان تنها مؤلفه تشکیل‌دهنده رکن روانی نیست و قصد ارباب صرفاً یکی از مؤلفه‌های رکن روانی است که در کنار سایر موارد می‌تواند به محاربه منتهی شود. هرچند نفس این رویکرد در پیش‌گرفته‌شده با مبانی انطباق دارد، این توسعه قلمرو، محاربه را به عناوین و حوزه‌های دیگر نزدیک می‌کند و ممکن است در برخی موارد تمییز محاربه از عناوین دیگر، از جمله قتل و سرقت و امثال آن با دشواری مواجه شود. قانونگذار با التفات به این چالش احتمالی تلاش کرده در قیودی که در ذیل ماده ۲۷۹ و مواد بعدی به قانون ملحق می‌کند از دامنه اشکالات احتمالی بکاهد.

۱. ۴. افساد فی الارض از طریق ایجاد ناامنی به‌عنوان انگیزه اصلی مرتکبان محاربه

از جمله موضوعات کلیدی در درک مفهوم و قلمرو محاربه، التفات به قید «سعی در فساد» مذکور در آیه ۳۳ سوره مائده به‌عنوان مستند اصلی جرم‌انگاری محاربه است. باتوجه به این قید برای اینکه مرتکب مشمول محاربه باشد باید اقدامات خود را بر وجه افساد انجام دهد و در این صورت است که قتل موجب قصاص، از محاربه‌ای که در آن قتل نیز رخ می‌دهد متمایز می‌شود.

برخی از فقها قائل به اطلاق فساد در این آیه شده‌اند و نزد ایشان همه مواردی که ذیل افساد فی الارض قرار می‌گیرند را می‌توان با استفاده از آیه ۳۳ سوره مائده جرم‌انگاری کرد. نزد این دسته از فقها «سعی در افساد زمین» علت اساسی و تمام سبب برای ترتب چند مجازات مذکور است و هر زمان این عنوان محقق شد ترتب مجازات‌های آیه ۳۳ سوره مائده در محاربه و غیر آن محقق می‌شود.^{۱۱}

در مقابل، برخی دیگر از نویسندگان در تبیین مفهوم فساد، بر ملازمه محاربه و افساد با هم تأکید کرده و بر این باورند که هر نوع فساد مشمول حکم محاربه نیست و صرفاً فسادهایی که بر وجه حرب و مقاتله انجام می‌شوند مشمول این حکم هستند و به‌عنوان فصل ممیزه این دسته از فساد، بر قید ترس و ناامنی به‌عنوان نتیجه قهری قتال تأکید کرده‌اند.^{۱۲}

یکی دیگر از فقها نیز ضمن تصریح به این قید، مفهوم آن را نیز تصریح کرده‌اند: «لا بد فی تحقیق المحاربة من أن يتوفر فيها القصد الجنائي بمعنى أن يكون فعله بداعي الإفساد في الأرض وإخافة أهل المجتمع، فلو جرد سلاحه لا لإرادة الإفساد بل للملاعبة أو لإخافة المحارب ودفع فساد أو للاعتداء على شخص أو لأخذ الثأر منه أو لدفعهم عن الإيذاء والإهانة وغير ذلك ولو لم يكن ذلك فعلاً مشروعاً،

۱۱. مؤمن قمی، «کاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»، ۵۵.

۱۲. طباطبایی، المیزان، ۳۲۷/۵.

فالظاهر عدم تحقق عنوان المحاربة، بل في تحقق المحاربة بمقابلة جماعة خاصة لجماعة أخرى كذلك لأغراض خاصة فاسدة فيما بينهم، تأمل و إشكال ما لم يكن ذلك بقصد الإفساد في المجتمع و الإخلال بالأمن.^{۱۳}

قانونگذار در سال ۱۳۹۲ در محاربه قصد افساد را حمل بر ایجاد ناامنی کرده و سایر تلقی‌ها از مفهوم افساد را از شمول عنوان محاربه خارج دانسته است. به نظر می‌رسد همین رویکرد، یعنی قصد ایجاد افساد فی الارض که در بسیاری از موارد توأم با ایجاد ناامنی است، با سیاق روایات ذیل محاربه همخوانی بیشتری دارد و بیشتر پذیرفتنی است و از این جهت، اشکالی در قانون فعلی به چشم نمی‌خورد. اما آنچه زمینه انتقادات را فراهم کرده این است که قانونگذار به این سطح از مفهوم افساد اکتفا نکرده و در مواجهه با تهدیدات امنیتی که از سنخ محاربه نیستند، در ماده ۲۸۶ افساد فی الارض را علی‌رغم چالش‌های نظری مرتبط با آن مستقلاً جرم‌انگاری کرده و ظاهراً بر مبنای مستقلاً مجازات اعدام را برای مرتکبان در نظر گرفته است. طبعاً به دلیل خروج بحث اخیر از موضوع محاربه امکان طرح آن به صورت تفصیلی وجود ندارد، ولی به نظر می‌رسد در صورت رفع اشکالاتی که ذیلاً در جرم‌انگاری محاربه به آن‌ها اشاره خواهد شد، مصادیق درخور توجهی از عنوان افساد فی الارض ذیل محاربه قرار خواهد گرفت و در نتیجه، نیاز به جرم‌انگاری افساد مستقل موضوعاً به صورت چشم‌گیری کاهش خواهد یافت.

۲. اشکالات قانون ۱۳۹۲ در جرم‌انگاری محاربه و ظرفیت‌های موجود برای حل آن‌ها

با مطالعه و بررسی مباحث تفصیلی فقهای متقدم و متأخر در خصوص محاربه و تطبیق آن‌ها با مواد قانون مجازات اسلامی، برخی اشکالات به شرح ذیل خودنمایی می‌کند:

۲.۱. مشروط‌بودن محاربه به تحقق کشیدن سلاح

از جمله قیودی که در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی همچون دوره‌های قبلی قانونگذاری به آن تصریح شده، مقیدکردن محاربه به کشیدن سلاح است. باتوجه به روایات متعدد ناظر به تحقق محاربه با کشیدن سلاح، برخی از فقها در تعریف محاربه این قید را نیز در تعریف آورده‌اند: «المحارب کل من جرد السلاح لإخافة الناس في بر أو بحر ليلا كان أو نهارا في مصر وغيره»^{۱۴} اما پرسش اساسی این است که آیا اگر شخص یا اشخاصی به طریق دیگری غیر از کشیدن سلاح اقدام به سلب امنیت عمومی کنند، نمی‌توان

۱۳. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۵۱۷/۳.

۱۴. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۶۷/۴.

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/۱۹۳

این افراد را محارب دانست؟ برای مثال، اگر شخصی با رانندگی رعب‌آور خود اقدام به زیرگرفتن تعدادی از شهروندان کند یا اشخاصی با شکستن سدی که در بالای یک شهر است خانه‌های زیادی را زیر آب ببرد و افرادی را در سیل تلف کند و به تبع، سبب از بین رفتن امنیت آن‌ها شود از شمول محاربه خارج هستند؟ برخی نویسندگان با این استدلال که تحقق افساد و اخلال در امنیت طبعاً و عادتاً از طریق به‌کاربردن سلاح محقق می‌شود، تحقق محاربه را به کشیدن سلاح مشروط کرده‌اند. نزد این نویسندگان باتوجه به قید «یحاربون» در آیه ۳۳ سوره مائده، تمسک به اصالة الحقیقه و فقد قرینه در به‌کارگیری مجاز مطلق افساد موجب تحقق محاربه نیست، بلکه افسادی که از طریق قتال و امثال آن محقق می‌شود، محاربه است و لذا تحقق محاربه را مشروط به استفاده از سلاح دانسته‌اند.^{۱۵} ضمن پذیرش دیدگاه فوق به نظر می‌رسد نتیجه استدلال فوق، محدود کردن تحقق محاربه در به‌کارگیری سلاح نیست؛ زیرا سلاح تنها یکی از مواردی است که با آن قتال متصور است و در نتیجه، هر چیزی که عرف آن را ابزار حرب و قتال تلقی کند می‌تواند وسیله تحقق محاربه قرار گیرد. در تأیید این مدعا اشاره به برخی نظرات فقها درخور توجه است. برای مثال، در کشف اللثام به جای سلاح بر قید «کل ما یقاتل به» تأکید شده است.^{۱۶} همچنین در کتاب جواهر الکلام بر عدم ضرورت کشیدن سلاح برای تحقق محاربه تصریح شده و در مقابل، ملاک، قصد اخافه‌ای دانسته شده که با آن فساد در زمین محقق می‌شود.^{۱۷} شهید ثانی در روضه، مقید کردن محاربه به کشیدن سلاح را به تبعیت از روایات دانسته و باتوجه به اطلاق آیه ۳۳ سوره مائده از نظر ایشان قول قوی‌تر آن است که با ابزارهایی غیر از سلاح حتی سنگ و عصا نیز محاربه محقق است.^{۱۸}

در تفصیل الشریعة نیز آمده است که هر چند در تحقق محاربه به صرف اِعمال زور و تهدید اشکال وارد شده است، ولی انحصار تحقق محاربه به کشیدن سلاح نیز صحیح نیست. از جمله دلایلی که بر عدم انحصار تحقق محاربه با کشیدن سلاح دلالت دارد، روایت سکونی از امام صادق (ع) است که ایشان از امام علی (ع) روایت کرده‌اند که حضرت درباره شخصی که آتش در منزلی انداخته و منزل و وسایل آن سوخته بود حکم به قتل مرتکب داد و این حکم بر محارب دانستن مرتکب حمل شده است.^{۱۹} صریح‌تر از همه استدلال‌های مذکور، در فقه الحدود و التعزیرات تصریح شده: «انجام هر رفتار جنایی به قصد محاربه و اخلال در نظام اجتماعی، قرارداد مردم در ترس، از بین بردن امنیت... به هر طریقی که اتفاق بیفتد به دلیل

۱۵. هاشمی شاهرودی، «محارب کیست و محاربه چیست؟» (بخش اول)، ۱۹۳.

۱۶. فاضل هندی، کشف اللثام، ۶۳۶/۱۰.

۱۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۵۶۶/۴۱.

۱۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۹۱/۹.

۱۹. فاضل موحیدی لنگرانی، تفصیل الشریعة؛ کتاب الحدود، ۶۴۰.

عموم آیه ۳۳ سوره مائده و نیز روایاتی از قبیل اشعال نار فی دار قوم که محاربه دانسته شده است»،^{۲۰} مشمول محاربه است.

به نظر می‌رسد با توجه به استدلال‌های اخیر، به طریق اولی تحقق محاربه با وسایل و ابزارهای دیگر که سلاح تلقی نمی‌شوند ولی ابزار قتل و قتل قرار می‌گیرند، متصور است و قید سلاح در برخی روایات و کلام فقها را باید به عنوان قید غالبی و نه احترازی تلقی کرد.^{۲۱} علی‌رغم استدلال‌های فوق، ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی با مشروط کردن محاربه به قید کشیدن سلاح بسیاری از اقدامات جنایی که امنیت عمومی را از بین می‌برند و حقیقتاً و در چهارچوب ادله شرعی از مصادیق محاربه هستند، صرفاً با این قید که سلاح نیستند از شمول محاربه خارج کرده و از سوی دیگر، به دلیل اینکه ناچار بوده به دلیل آثار بسیار شدید این رفتارها بر زندگی اجتماعی با آنها مقابله کند، تلاش کرده این خلأ را با توسعه قلمرو جرم افساد فی الارض پر کند. به نظر می‌رسد این تدبیر علاوه بر اینکه از جهت مبانی فقهی جرم‌انگاری با چالش مواجه است، از حیث ضمانت اجرا نیز در مقایسه با محاربه که چهار ضمانت اجرای متفاوت دارد، صرفاً به مجازات اعدام محدود شده و از این جهت نیز به صورت غیرموجهی در این بخش، مصادیق اعدام را توسعه داده است. با توجه به موارد فوق ضروری است در اصلاح مقررات محاربه قید «کشیدن سلاح» حذف و جرم‌انگاری به گونه‌ای صورت پذیرد که بتواند این مفاسد را ذیل محاربه جانمایی کند.

۲.۲. ابهام قانون در مواردی که قصد مرتکب متوجه شخص خاص است.

در قانون سال ۱۳۹۲ همچون دوره‌های قبلی قانونگذاری و همسو با نظر مشهور فقها که قید «لاخافه الناس» را در تعریف محاربه ذکر کرده‌اند، تصریح شده است چنانچه مرتکب با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد، محارب محسوب نمی‌شود. هرچند این مقرر نتیجه منطقی صدر ماده محسوب می‌شود، نحوه انشای این بخش از ماده اختلاف‌نظرهایی را ایجاد کرده است.

برخی از حقوق‌دان‌ها با تمرکز بر قید «انگیزه شخصی و قصد یک یا چند شخص خاص» چنین نتیجه گرفته‌اند که: محاربه صرفاً در مواردی محقق می‌شود که مرتکب با قصد ایجاد رعب و ناامنی در محیط دست به سلاح می‌برد. قائلان به این دیدگاه با تمسک به مواردی، از قبیل اعمال قاعده درأ قاتل‌اند: قید «عمل او جنبه عمومی نداشته باشد» مفهوم مخالف ندارد و لذا حتی با جنبه عمومی، پیدا کردن اقدامات مرتکبانی که قصد آن‌ها متوجه اشخاص خاص است محاربه محقق نمی‌شود. از نظر این نویسندگان اگر

۲۰. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۵۱۵/۳.

۲۱. آهنگران، «تحلیل روانی قید سلاح در تحقق جرم محاربه»، ۱۴۰.

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/ ۱۹۵

مرتکب اقدام به شلیک فرد واحد کند، در هر صورت اقدام او از شمول محاربه خارج است، ولی چنانچه به سمت گروهی شلیک کند و یک نفر از این جمعیت کشته شود محاربه متصور است.^{۲۲} در مقابل دیدگاه فوق ممکن است استدلال شود که قید «عمل او جنبه عمومی نداشته باشد» حاکم بر دو قید قبلی است و انگیزه شخصی و امثال آن تنها زمانی مانع تحقق محاربه می‌شوند که عمل مرتکب جنبه عمومی نیابد.

البته تفسیر اخیر نیز با این اشکال مواجه است که در مواردی که مرتکب بدون قصد افساد و بدون التفات به نتایج و پیامدهای رفتار خود با انگیزه شخصی مرتکب جنایتی شده و از قضا در نتیجه اقدام او ناامنی در محیط رخ داده است، چرا باید به مجازاتی فراتر از مقصود خود محکوم شود؟ باتوجه به این نقص و اجمالی که آشکارا در ماده ۲۷۹ به چشم می‌خورد ضروری است این بخش از ماده به گونه‌ای اصلاح شود که به این ابهامات پایان دهد. اما به منظور پیشنهاد دقیق‌تر به قانونگذار برای پایان دادن به ابهامات موجود در این بخش از قانون، بررسی دقیق‌تر ادله ناظر به این بخش از احکام محاربه ضروری به نظر می‌رسد.

۲. ۲. ۲. روایات تصریح‌کننده به قید «لاخافة الناس»

با بررسی روایات ناظر به محاربه مشخص می‌شود که در این روایات به شرط بودن قصد اخافه صراحتاً اشاره نشده است. برای مثال، به دو روایت معتبری که عمدتاً مورد استناد مشهور قرار گرفته، اشاره می‌شود: از محمد بن یونس از امام صادق (ع) روایت شده: «من شهر السلاح في مصرٍ من الأمصارِ فعقرَ، اقتَصَّ منه، وَ نَفِيَّ مِنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ؛ وَ مَنْ شَهَرَ السَّلَاحَ فِي غَيْرِ الْأَمْصَارِ، وَ ضَرَبَ وَ عَقَرَ وَ أَخَذَ الْمَالَ وَ لَمْ يَقْتُلْ، فَهُوَ مُحَارِبٌ، فَجَزَاؤُهُ جَزَاءُ الْمُحَارِبِ، وَ أَمْرُهُ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُ، وَ إِنْ شَاءَ صَلَبَهُ، وَ إِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَ رَجَلَهُ.»^{۲۳}

همچنین در معتبره ضریس کناسی از امام باقر (ع) نقل شده است: «مَنْ حَمَلَ السَّلَاحَ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مُحَارِبٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الرِّيَّةِ.»^{۲۴}

علی‌رغم اطلاق این روایات و سایر روایات مرتبط با محاربه، مشهور فقها باتوجه به قید «سعی در فساد» مذکور در آیه ۳۳ سوره مائده، اطلاق روایات را در مقام بیان ندانسته و آن را به «سعی در فساد» مقید کرده و در نتیجه، قصد اخافه را برای تحقق محاربه شرط دانسته‌اند. اما به منظور درک دقیق‌تر مقصود از قید مذکور در آیه ۳۳، توجه به قراین و شواهد دیگر، از جمله شأن نزول این آیه مبارکه درخور توجه است.

۲. ۲. ۲. شأن نزول آیه ۳۳ سوره مائده

۲۲. آقایی‌نیا، حقوق کیفری اختصاصی ۲ (جرائم علیه مصالح عمومی کشور)، ۲۹.

۲۳. کلینی، الکافی، ۲/۴۸۷.

۲۴. کلینی، الکافی، ۲/۴۶۷.

باتوجه به شأن نزول آیه ۳۳ سوره مائده که ناظر بر محارب دانستن قاتلان ساربانان شترهای زکات است، به نظر می‌رسد سعی در افساد که از آن نوعاً تحت عنوان ایجاد ناامنی برداشت شده، صرفاً به قصد اخافه عمومی آن‌گونه که از ماده ۲۷۹ برداشت شده است نیست، هرچند که آشکارترین مصداق آن است. در مقابل، آن‌گونه که در ماجرای شتران زکات از اقدام مرتکبان علیه کارگزاران پیامبر اکرم (ص) و سرقت شتران به دست می‌آید سعی در افسادی که موجب محاربه است حتی بدون انگیزه ایجاد ناامنی عمومی از سوی مرتکبان هم محقق می‌شود و به نظر می‌رسد همین سطح از التفات و آگاهی مرتکبان به تأثیرگذاری اقدامات ایشان در محیط برای تحقق محاربه کافی است.

در تأیید این بحث، کلام صاحب‌جواهر جالب توجه است که ایشان در ذیل بحث تعریف محاربه، کشیدن سلاح روی یک نفر را نیز مشروط بر اینکه اراده افساد در زمین صدق کند کافی دانسته است.^{۲۵} بنابراین، اینکه گاهی متعلق قصد فرد ایجاد ترس یا جنایت علیه فرد خاص با انگیزه نیست، ولی درعین حال پیامد اقدامات مرتکب به ایراد جنایت به شخص خاص از افراد حاضر در محل ارتکاب جرم محدود می‌شود منافاتی با تحقق محاربه ندارد.

۳.۲.۲. سرقت ثوب در مسیر مسجد

در روایت دیگری در باب محاربه از سوره بن‌کلب نقل شده که سؤالی از امام صادق (ع) پرسیده است: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ يَخْرُجُ مِنْ مَنْزِلِهِ يُرِيدُ الْمَسْجِدَ أَوْ يُرِيدُ الْحَاجَةَ فَيَلْقَاهُ رَجُلٌ أَوْ يَسْتَقْفِيهِ فَيَضْرِبُهُ وَ يَأْخُذُ ثَوْبَهُ قَالَ أَيُّ شَيْءٍ يَقُولُ فِيهِ مَنْ قَبْلَكُمْ قُلْتُ يَقُولُونَ هَذِهِ دَعَاةٌ مُعَلَّنَةٌ وَإِنَّمَا الْمُحَارِبُ فِي قُرَى مُشْرِكِيَّةٍ فَقَالَ أَيُّهُمَا أَعْظَمُ حُرْمَةً دَارُ الْإِسْلَامِ أَوْ دَارُ الشُّرْكِ قَالَ فَقُلْتُ دَارُ الْإِسْلَامِ فَقَالَ هَؤُلَاءِ مِنْ أَهْلِ هَذِهِ الْآيَةِ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ»^{۲۶}

آنچه از روایت برداشت می‌شود این است که مرتکب، بزه‌دیده را در مسیر مسجد مورد ضرب و جرح قرار داده و لباس او را می‌رباید و امام معصوم بر محارب بودن چنین شخصی تأکید می‌کند. همان‌گونه که مشخص است این دسته از روایات حتی ضابطه را سهل‌گیرانه‌تر لحاظ کرده و ظاهراً حتی مواردی که قصد مرتکب متوجه شخص خاص بوده را نیز مشمول محاربه دانسته‌اند. البته ممکن است روایت را حمل بر این کنیم که امام معصوم در مقام احصای شرایط محاربه نبوده‌اند و صرفاً به امکان تحقق محاربه در موارد مشابه اشاره داشته‌اند اما در هر صورت از این روایت به‌طور انکارناپذیری برداشت می‌شود که مرتکب ممکن است در اقدامی نسبت به شخص واحدی محارب تلقی بشود و لذا از این جهت، این روایت نیز مؤید

۲۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۵۶۴/۴۱.

۲۶. کلینی، الکافی، ۲۴۵/۷.

استدلالی است که قصد اخافه عمومی در تحقق محاربه شرط نیست.

در مقام جمع‌بندی با لحاظ ظاهر روایات مختلف در باب محارب به نظر می‌رسد اقدام علیه یک نفر یا بیشتر در تحقق محاربه موضوعیت ندارد، بلکه آن‌گونه که صاحب‌جواهر تصریح کرده است حتی اقدام علیه یک نفر در صورتی که مقید به وصف قصد افساد باشد برای تحقق محاربه کفایت می‌کند. در این صورت، قصد اخافه در واقع اعم از مواردی است که مرتکب حقیقتاً قصد ایجاد ناامنی در محیط را دارد و در مواردی نیز که با علم و التفات به آثار و پیامدهای رفتار اقدام به ارتکاب رفتاری علیه جان و مال و ناموس قربانی می‌کند، محقق می‌شود. بنابراین، اگر اقدامات مرتکب صرفاً جنبه شخصی داشته باشد و مرتکب هم التفات ندارد اقدامات او جنبه عمومی می‌یابد (که در این فرض عرفاً و منطقاً سعی در فساد از مرتکب ساقط است)، از شمول محاربه خارج و در سایر موارد با تحقق سایر قیود می‌تواند مشمول محاربه قرار گیرد.

البته قانونگذار به چنین موضوعی تصریح نکرده و لذا ضمن تأکید بر وجود ابهام در نگارش ماده مذکور تا زمان اصلاح قانون استفاده از ظرفیت ذیل ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص ضرورت احراز علم به نتیجه در مواردی که قصد نتیجه در جرایم مقید اثبات‌شدنی نیست، قابل توجه و استفاده است. بنابراین، در مواردی که مرتکب قصد اقدام علیه شخص خاصی را دارد و قصد نتیجه جرم محاربه در اقدامات او محرز نیست ولی از قرائن مختلف مشخص است که مرتکب التفات دارد اقدامات او علیه شخص مدّ نظر خود با توجه به شلوغی محل، ایجاد صدای مهیب و امثال آن به ایجاد نتیجه (ترس و رعب عمومی) منتهی می‌شود نیز محاربه محقق است.

در تأیید دیدگاه فوق یکی از نویسندگان بدون اشاره به ماده ۱۴۴ تصریح کرده که: «قصد غیر مستقیم هم کفایت می‌کند. بنابراین، هرگاه قصد و نیت اولیه کسی از کشیدن سلاح عبارت از ربودن هواپیما یا مال دیگری باشد، همین که می‌داند که این کار وی موجب سلب امنیت خواهد شد، در واقع می‌توان گفت که قصد غیر مستقیم سلب امنیت را دارد و در نتیجه، محاربه محقق خواهد شد.»^{۲۷}

۳.۲. عدم طرح بحث از مواردی که بین عمل مرتکب و ناامنی رابطه مستقیم وجود ندارد.

صرف‌نظر از فرض‌های پیشین، از جمله موضوعاتی که در سال‌های اخیر همسو با تحولات فناوری‌های ارتباطی مجال طرح یافته و در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ به‌رغم تشکیل برخی پرونده‌های قضایی مرتبط، مدّ نظر قرار نگرفته، اقداماتی است که در اثر آن‌ها ناامنی و ارعاب در پی انعکاس وقایع در رسانه‌ها

۲۷. میرمحمد صادقی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، ۴۸.

و شبکه‌های اجتماعی و نه در نتیجه اقدامات مرتکب به وقوع می‌پیوندد و در نتیجه، احراز ارکان جرم در مقایسه با مصادیقی که محاربه در فضای حقیقی و بدون مداخله ابزارهای رسانه‌ای به وقوع می‌پیوندد دشوارتر به نظر می‌رسد. در ادامه دو فرض عمده ناظر به این موارد اشاره شده است:

۲.۳.۱. مداخله مستقیم یا غیرمستقیم مرتکب در انتشار فیلم و تصویر

در این فرض کلی نیز باید میان فروض جزئی‌تر قائل به تفصیل شد. گاهی مرتکب، شخصاً یا با همکاری دیگران، جنایت تعرض به ناموس یا سرقتی را مرتکب می‌شود و سپس با انگیزه ایجاد رعب و قدرت‌نمایی یا بدون این موارد ولی با علم و التفات به تأثیرگذاری این اقدامات در ایجاد رعب در بینندگان فیلم مرتبط با ارتکاب جرم خود را در فضای مجازی منتشر می‌کند. در این موارد هرچند از نظر هم‌زمانی رکن مادی و معنوی ظاهراً اشکالی در تحقق جرم وجود دارد؛ با این توضیح که ظاهراً در زمانی که مؤلفه نتیجه، رکن مادی تحقق می‌یابد (ایجاد ناامنی پس از انتشار در رسانه‌ها) رکن معنوی ایجاد رعب وجود ندارد و از این جهت، تحقق محاربه با اشکال مواجه است، اما به نظر می‌رسد اساساً رکن معنوی هم‌زمان با انتشار فیلم در فضای مجازی حداقل تا زمان متعارفی از سوی مرتکب در حال تجدید است و لذا عرفاً هم‌زمانی رکن مادی و معنوی در این موارد محرز بوده^{۲۸} و محارب تلقی کردن چنین اشخاصی با لحاظ سایر شرایط با مانع جدی مواجه نیست.

فرض دیگر، مواردی است که مرتکب بدون ورود به عملیات اجرایی جنایت، تعرض به نوامیس و... تهدید به ارتکاب این اقدامات می‌کند؛ مثل مواردی که فرد یا گروهی در فضای مجازی اقدام به تهدید شهروندان به ارتکاب اقدامات تروریستی و مانند آن می‌کنند. به نظر می‌رسد با در نظر داشتن ماده ۶۱۷ قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ که در آن تهدید با فرض عدم تحقق شرایط محاربه موجب تعزیر دانسته شده، در اینجا نیز چنانچه اقدامات مرتکب با قصد ایجاد رعب در افراد غیر مشخص یا با علم به تحقق این نتیجه باشد، می‌تواند مصداق محاربه تلقی شود و تحقق رکن روانی نیز با توضیح فوق پس از انتشار در فضای مجازی محقق به نظر می‌رسد. طبعاً در مواردی که مرتکب موفق به ایجاد ناامنی نمی‌شود و موارد دیگری که مؤلفه‌های اساسی محاربه در آن مفقود است، نمی‌تواند به محاربه منتهی شود. در مجموع اینکه اقدامات مرتکب در فضای مجازی به وقوع پیوسته، نمی‌تواند به صورت مطلق مبنایی برای

۲۸. این طرز تلقی، ملهم از رویکردی است که در نظام حقوقی کامن‌لا، دادگاه‌ها در خصوص هم‌زمانی رکن مادی و معنوی انعطاف قائل می‌شوند، از جمله مواردی که در این نظام حقوقی عدم انطباق رکن مادی و معنوی مانعی در تحقق جرم محسوب نمی‌شود، زمانی است که مجموعه اقدامات مرتکب در قالب اقدامات از پیش مشخص صورت می‌گیرد، به طوری که اقدامات اخیر وی از اقدامات اولیه، که در آن هم‌زمانی رکن مادی و معنوی مشهودتر است، تفکیک‌شدنی نیست (Elliot, 2000: 26)

عدم تحقق محاربه دانسته شود.

۲.۳.۲. عدم مداخله مستقیم یا غیرمستقیم مرتکب در انتشار فیلم و تصویر

در مواردی که مرتکب اساساً مداخله‌ای در انتشار فیلم یا تصاویر اقدامات خود ندارد و این تصاویر بدون اراده او در فضای مجازی منتشر می‌شود، موضوع کمی دشوارتر به نظر می‌رسد. پرسش این است که چنانچه اقدامات فرد که منتهی به ایجاد ناامنی عمومی می‌شود از طریق رسانه‌ها یا شبکه‌های اجتماعی انتشار یابد و احساس ناامنی از این طریق در سطح عموم سرایت یابد، آیا این موارد می‌تواند مصداقی از محاربه تلقی شود یا خیر؟ در برخی پرونده‌های قضایی در سال‌های اخیر مشاهده شده است که مرتکبان در محیط‌های خلوت اقدامات خشونت‌آمیزی از قبیل زورگیری و سرقت همراه با به‌کارگیری سلاح سرد کرده و پس از منتشر شدن فیلم و تصاویر این اقدامات به صورت گسترده در فضای مجازی، موجی از ناامنی و هراس در جامعه ایجاد شده است. نکته درخور تأمل اینکه، علی‌رغم عدم قصد ایجاد رعب از سوی مرتکبان و فقد علم به ایجاد ناامنی عمومی و نیز باوجود عدم تحقق ناامنی در محیط به دلیل خلوت بودن محل ارتکاب جرم و امثال آن، در برخی از این پرونده‌ها مرتکبان تحت عنوان محاربه تعقیب و محاکمه شده‌اند.

به نظر می‌رسد با توجه به ضرورت وجود رابطه سببیت میان فعل و نتیجه حاصله در حقوق کیفری (زورگیری و تحقق ارباب عمومی در پرونده‌های اخیرالذکر) و نیز ضرورت هم‌زمانی رکن مادی و معنوی، ایجاد احساس ناامنی که بدون مداخله مستقیم یا غیرمستقیم مرتکب در فرایند انتشار صورت می‌پذیرد، مانع تحقق رابطه سببیت مذکور شده و محاربه تلقی کردن این اقدامات خالی از اشکال نیست.

۲.۴. ابهام در محارب تلقی شدن قاچاقچی و راهزن مسلح مذکور در ماده ۲۸۱

ازجمله مقررات مندرج ذیل احکام محاربه که مشابه دوره‌های قبلی قانونگذاری در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ منعکس شده، محارب تلقی کردن سارق و قطاع‌الطریق است. البته آنچه ماده ۲۸۱ قانون فعلی را از قوانین قبلی متمایز می‌سازد این است که علاوه بر جایگزین کردن واژه «راهزن» به جای قطاع‌الطریق، قاچاقچیان نیز به اشخاصی اضافه شده‌اند که با تحقق شرایط، مشمول حکم محارب می‌شوند.

ابهام اساسی در بررسی ماده ۲۷۹ و ۲۸۱ این است که به‌ویژه با توجه به تصریح ماده ۲۸۱ به قید «اموال» که منطقی‌تر محاربه‌هایی دلالت دارد که از کانال راهزنی و امثال آن به وقوع می‌پیوندد، چه نیازی به ذکر مجدد احکام این قبیل محاربه‌ها در ماده‌ای مستقل وجود داشته است. به نظر می‌رسد ماده اخیرالذکر با دو اشکال اساسی مواجه است و حذف آن علاوه بر اینکه اساساً خللی به قانون وارد نمی‌کند از طرح

برخی شبهات نیز جلوگیری می‌کند. در اثبات این مدعا مروری بر پیشینه این ماده در قوانین قبلی مفید به نظر می‌رسد.

در قانون حدود، قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ در ذیل احکام محاربه در ماده ۱۹۷ با الهام از مسئله ۸ فصل محاربه از کتاب حدود تحریر الوسيلة^{۲۹} مقرر شده بود که سارق و قطاع‌الطریق که امنیت مردم و جاده را با سلاح بر هم بزند و رعب و وحشت ایجاد کند، محارب است. در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیز در ماده ۱۸۵ عیناً همین مقرر تکرار شد و در قانون ۱۳۹۲ نیز با برخی تغییرات جزئی ماده ۲۸۱ به تصویب رسید.

با بررسی دقیق‌تر مسئله ۸ تحریر الوسيلة و مقایسه آن با مواد قوانین مجازات اسلامی مشخص می‌شود که ظاهراً قانونگذار با انشای نامناسب ماده مربوط به راهزنان مسلح، مسیری خلاف آنچه مقصود امام خمینی و سایر فقهای که متذکر این مسئله شده‌اند، پیموده است. توضیح اینکه، مقصود فقها از طرح این مسئله در ذیل احکام محاربه توسعه مصادیق محاربه نیست و بالعکس ایشان این مسئله را به منظور جلوگیری از سوء برداشت از برخی روایات و زدودن اطلاق محاربه بر سارقان مسلح و راهزنان در کتاب‌های خود مطرح کرده‌اند.

در روایات معتبر از امام صادق(ع) این‌گونه نقل شده است که سارق مسلح حکم محارب را دارد. در یکی از این روایات این‌گونه مطرح شده: «إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَهْلَكَ وَ مَالَكَ فَأَبْدُرُهُ بِالصَّرْبَةِ إِنْ اسْتَطَعْتَ فَإِنَّ اللَّصَّ مُحَارِبٌ لِلَّهِ وَ لِرَسُولِهِ ص - فَمَا تَبِعَكَ مِنْهُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ عَلَيَّ»^{۳۰} در روایت دیگری با همین مضمون امام صادق(ع) فرموده‌اند: «إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ اللَّصُّ يُرِيدُ أَهْلَكَ وَ مَالَكَ فَإِنْ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْدُرَهُ وَ تَصْرِبَهُ فَأَبْدُرَهُ وَ اضْرِبْهُ وَ قَالَ اللَّصُّ مُحَارِبٌ لِلَّهِ وَ لِرَسُولِهِ فَاقْتُلْهُ فَمَا مِنْكَ مِنْهُ فَهُوَ عَلَيَّ»^{۳۱}

ظاهر روایات موهم این برداشت است که حقیقتاً سارق مسلح حتی بدون تحقق سایر شرایط مورد نیاز، حکم محاربه را دارد. این در حالی است که فقها در بررسی مدلول این روایات تصریح کرده‌اند که این روایات در بیان توسعه مصادیق محارب نیست، بلکه امام معصوم در این روایات در مقام تجویز مقابله و قتال با شخصی است که در مقام سرقت یا تعرض به ناموس به خانه فرد وارد شده است. به تعبیر دقیق‌تر، «محارب» در این روایات به منزله شخصی است که دفاع از مال و ناموس در مقابل او مجاز است، ولو اینکه به قتل شخص مهاجم منتهی شود. برای مثال، محقق حلی در شرایع در بیان مفهوم محارب در این

۲۹. خمینی، تحریر الوسيلة، ۴۹۳/۲.

۳۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۸۴/۲۸.

۳۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۸۴/۲۸.

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/ ۲۰۱

روایات این‌گونه توضیح داده است: «إذا دخل دارا متغلبا كان لصاحبها محاربة فإن أذى الدفع إلى قتله كان دمه هدرا ضائعا لا يضمه الدافع و لو جنى اللص عليه ضمن.»^{۳۲}

همچنین شهید ثانی در شرح لمعه در بیان مفهوم محارب بودن سارق مذکور در عبارت شهید اول فرموده است: «بمعنى أنه بحكم المحارب في أنه يجوز دفعه و لو بالقتال، و لو لم يندفع إلا بالقتل كان دمه هدرا، أما لو تمكن الحاكم منه لم يحده حد المحارب مطلقاً، و إنما أطلق عليه اسم المحارب تبعاً لإطلاق النصوص.»^{۳۳}

در کتاب سرائر نیز ابن‌ادریس حلی ضمن تأیید برداشت فوق از معنای محارب در روایات وارد تصریح کرده است: به دلیل اینکه محارب در اینجا به معنای محارب بالمعنى الاخص نیست، صرفاً تا زمانی که در مقام تهاجم است می‌توان با او مقابله کرد و چنانچه به هر دلیلی این شخص از ادامه تهاجم خود منصرف شود امکان قتال و مقابله با او جایز نیست و در صورت ایراد جراحت بعد از انصراف می‌توان ضارب را قصاص کرد،^{۳۴} این در حالی است که با تحقق محاربه حتی پس از انصراف مرتکب علی‌الاصول مجازات از مرتکب ساقط نمی‌شود.

باتوجه به این تلقی، نحوه انشای این موضوع در آثار فقها بهتر درک می‌شود، از جمله اینکه محقق حلی به این مسئله در تعریف محاربه اشاره نکرده و آن را در مصادیق محاربه نیز ذکر نکرده، بلکه پس از طرح تعریف محاربه، ادله اثبات و مجازات در قسمت مسائل و فروعات محاربه و با هدفی که در بالا ذکر شد به این مسئله پرداخته است. در تحریر الوسيله نیز امام خمینی در مسئله ۸، فصل محاربه به روشنی بیان کرده‌اند که سارق برای اینکه محارب، در معنای اصطلاحی آن تلقی شود باید شرایط محاربه را دارا باشد و در غیر این صورت، یعنی در صورت ناتمام بودن شرایط محاربه، اطلاق محاربه بر چنین شخصی صحیح نیست، ولی از جهت دفاع در مقابل چنین شخصی احکامی وجود دارد که در کتاب امر به معروف و نهی از منکر به آن‌ها اشاره شده است.^{۳۵} همچنین برخی از فقها به منظور جلوگیری از این سوء برداشت‌ها به درستی لفظ محارب را برای چنین اشخاصی به کار نبرده‌اند و صرفاً به ذکر اینکه دفاع در مقابل مهاجم مجاز است ولو اینکه به قتل او منتهی شود، اکتفا کرده‌اند.^{۳۶}

باتوجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد اساساً طرح راهزن و سارق در ماده ۲۸۱ مستقل از مصادیق ماده

۳۲. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۶۸/۴.

۳۳. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۰۲/۹.

۳۴. ابن‌ادریس، السرائر، ۵۰۷/۳.

۳۵. خمینی، تحریر الوسيلة، ۴۹۳/۲.

۳۶. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۴۹/۱.

۲۷۹ ضرورت ندارد، به‌ویژه جرم‌انگاری محاربه در قانون ۱۳۹۲ به‌گونه‌ای است که حتی به‌صورت جزئی مصلحتی برای طرح ماده ۲۸۱ باقی نگذاشته است. توضیح اینکه، در ماده ۲۷۹ برخلاف دوره‌های قبلی قانونگذاری که صرفاً قصد ارباب در مرتکب تصریح شده بود، در قانون فعلی به اینکه مرتکب به قصد جان، مال، ناموس و ارباب اقدام کند و این اقدامات منتهی به سلب امنیت شود تصریح شده است. ازاین‌رو، اگر در دوره‌های قبلی به‌دلیل این نقص در تعریف محاربه ذکر امکان محارب‌دانستن سارق و راهزن در صورت تحقق شرایط محاربه تاحدی موجه به نظر می‌رسید، در وضعیت فعلی این توجیه نیز وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد اقداماتی که قانونگذار در فرایند جرم‌انگاری جرایم حدی علیه امنیت در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مقایسه با دوره‌های قبلی قانونگذاری در پیش گرفته، علی‌رغم پیشرفت‌هایی که داشته است همچنان با اشکالات شایان توجهی روبه‌روست. اشکالات جرم‌انگاری محاربه را می‌توان در دو بُعد مدنظر قرار داد. برخی از این موارد به دیدگاه‌های مختلف و گاهی متعارض در خصوص مفهوم محاربه و افزایش یا کاهش مصادیق مشمول آن بازگشت دارد که البته قانونگذار با توجه به ملاحظات مختلف، به‌ویژه ضرورت تضمین امنیت شهروندان به نظریاتی متمایل شده که به‌طور جامع‌تری رفتارهای علیه امنیت اعم از امنیت جانی، اجتماعی و اقتصادی را در بر می‌گیرد. تفکیک محاربه از افساد فی الارض و جرم‌انگاری افساد، به‌صورت مستقل از مهم‌ترین جلوه‌های این اقدام است. صرف‌نظر از اختلاف‌نظرها در این حوزه با بررسی دقیق‌تر مفهوم محاربه در این پژوهش مشخص شد بخشی از مصادیق محاربه به‌دلیل اشکال در نحوه جرم‌انگاری ازجمله در شرط دانستن کشیدن سلاح در تحقق محاربه، به‌سمت عنوان مجرمانه افساد فی الارض با مجازات اعدام سوق داده شده و از این جهت، تعریف محاربه در نسبت با عناوین مرتبط دیگر دارای اشکال است.

صرف‌نظر از موارد فوق، از حیث مفهوم و قلمرو محاربه بالمعنی الاخص نیز اشکالات شایان توجهی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ وجود دارد که برخی از آن‌ها، از قبیل عدم تعیین تکلیف در خصوص مواردی که ناامنی در نتیجه انعکاس و انتشار تصاویر مربوط به جرم در فضای مجازی به وقوع می‌پیوندد، خلأهای قانون در مواجهه با مسائل نوظهور به شمار می‌رود. در مقابل، برخی از اشکالات، از قبیل عدم تبیین دقیق ضابطه قصد افساد و اکتفا به قصد اخافه در تحقق محاربه، ازجمله مسائل مسبوق به سابقه در آثار فقهای متقدم و متأخر است که در قانون به‌طور دقیق مطرح نشده و در نتیجه، پیامدهای نامطلوبی را

نصیری؛ ارزیابی سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری محاربه؛ چالش‌های مبنایی و اجرایی/۲۰۳

در فرایند رسیدگی به پرونده‌های قضایی مرتبط با این جرم ایجاد کرده است.

منابع

قرآن کریم

آقای‌نیا، حسین، هادی رستمی. حقوق کیفری اختصاصی ۲: جرایم علیه مصالح عمومی کشور. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۴۰۰.

آهنگران، محمدرسول و همکاران. «تحلیل روانی قید سلاح در تحقق جرم محاربه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی. ش ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ۱۲۳ تا ۱۴۸. ۱۴۰۱/۲۲/۱۰/۲۱۰۲/jf. ۵۸۴۴۱/۲۰۲۱

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق. الهام، غلامحسین. «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مجله حقوقی دادگستری. ش ۱۰، ۱۳۷۳، ۳۵ تا ۶۶.

برهانی، محسن، افساد فی الارض؛ ابهام مفهومی، «مفاسد عملی (تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی. دوره ۲، ش ۲ و ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ۱۹ تا ۴۴.

پورمحمدی، محسن و همکاران. «ابهام در جرم‌انگاری بغی»، مجلس و راهبرد. ش ۱۱۴، ۱۴۰۲، ۱۶۳ تا ۱۹۳.

تبریزی، جواد. اسس الحدود و التعزیرات. تهران: دفتر مؤلف. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

خمینی، روح‌الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. نجف: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی(ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

زرگوش نسب، عبدالجبار. «شورشیان سبز بین بغی و محاربه»، معرفت. ش ۱۵۳، ۱۳۸۹، ۵۵ تا ۷۰.

صاحب‌جواهر، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العرب. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

طباطبایی، محمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: اعلمی. ۱۳۵۲.

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

فاضل هندی، محمدبن‌حسن. کشف اللثام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

فتحی، حجت‌الله. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲؛ حدود. تهران: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی. ج ۲، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
مرعشی، سید محمد حسن، «محاربه و افساد فی الارض»، مجله دادرسی. ش ۱۰، ۱۳۷۷، ۱۶ تا ۱۰.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید (ره). چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
موسوی مشهدی، سیده قدسیه. «بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی»، فقه و اصول. ش ۹۶، ۱۳۹۳، ۱۳۳ تا ۱۵۸.
مؤمن قمی، محمد. «کاوشی در مجازات محارب و مفسد فی الارض»، مجله فقه اهل بیت. ش ۳۵، پاییز ۱۳۸۲، ۶۲ تا ۳.
میر محمد صادقی، حسین. جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی. تهران: میزان. چاپ بیست و یکم، ۱۳۹۲.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. «محارب کیست و محاربه چیست؟» (بخش اول)، مجله فقه اهل بیت (ع). ش ۱۱ و ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۷۶، ۱۴۳ تا ۲۰۰.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. «محارب کیست و محاربه چیست؟» (بخش دوم)، مجله فقه اهل بیت (ع). ش ۱۳، بهار ۱۳۷۷، ۸۲ تا ۳.

- Catherine Elliott (Catherine Elliott and Frances Quinn.), Criminal Law, Pearson Longman, 2000

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Āhangarān, Muḥammad Rasūl et al. " Tahlil Rivāyī Qiyd Silāḥ dar Taḥaqq Jurm Muḥāribih". *Muṭālī'āt Fiqh-i va Huqūq Islāmī*, no. 23 (autumn and winter 2020/1399): 123-148.

Āqāyīniyā, Ḥusayn, Hādī Rustamī. *Huqūq-i Kayfārī Ikhtisāṣī 2: Jarāyīm 'Alayhi Maṣālīḥ 'Umūmī Kishvar*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 2021/1400.

Burhānī, Muḥsin. " Ifsād fi al-Arḍ; Ibhām Mafhūmī, "Mafāsīd 'Amālī (Tahlīl-i Huqūqī Madih-yi 286 Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī)". *Muṭālī'āt Huqūq-i Kayfārī va Jurmshināsī*. Durīh-yi 2, no. 2-3 (spring and summer 2016/1394): 19-44

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

Faṭḥī, Ḥujat Allāh. *Sharḥ Mabsūṭ Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī 1972/1392, al-Hudūd*. Tehran: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī. Chāp-i Duvvum, 2018/1396.

Fāzil Muwahidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī'a fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla; Kitāb-i al-Hudūd*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A'imah al-Aṭḥār(AS), Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. " Muḥārib Kīst va Muḥāribih Chīst?". (Bakhsh Awwal), *Majalīh-yi Fiqh Āl al-Bayt(AS)*. No. 11-12 (autumn and winter 1998/1376): 143-200.

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. " Muḥārib Kīst va Muḥāribih Chīst?". (Bakhsh Duvvum), *Majalīh-yi Fiqh Āl al-Bayt(AS)*. No. 13, spring 1998/1377, 3-82.

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

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

Ilām, Qulām Ḥusayn. " Barrisī Jurm Muḥāribih va Ifsād fi al-Arḍ dar Fiqh va Qawānīn Mawzū‘ah". *Huqūqī Dādḡustarī*, no. 10 (1995/1373): 35-66.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Najaf: Mū’assisa Iḥyā’ ‘Āṣār Imām al-Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 2002/1422.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, 2001/1421.

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

Mar‘ashī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. " Muḥāribih va Ifsād fi al-Arḍ". *Majalīh-yi Dādrisī*. No. 10 (1958/1377): 10-16.

Mīr Muḥammad Šādiqī, Ḥusayn. *Jarāym ‘Alayh Amniyat va Āsāyish ‘Umūmī*. Tehran: Mizān. Chāp Bist va Yikum, 2013/1392.

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

Muḥsin Qumī, Muḥammad. "Kāvūshī dar Mujāzāt Muḥārib va Mufsid fi al-Arḍ". *Majalīh-yi Fiqh Āl al-Bayt*. No. 35 (autumn 2003/1382): 3-62.

Mūsawī Ardabīlī, ‘Abd Karīm. *Fiqh al-Hudūd wa al-Ta‘zīrāt*. Qum: Mū’assisa al-Nashr li-Jāmi‘ah al-Mufid. Chāp-i Duwvum, 2006/1427.

Mūsawī Mashhadī, Sayyidah Qudsiyih. " Bāzkhānī Māhiyat va Mašādiq Muḥāribih dar Jarāym ‘Alayhi Naẓm ‘Umūmī". *Fiqh va Uṣūl*. No. 96 (2015/1393): 133-158.

Pūrmuḥammadī, Muḥsin et al. "Ibhām dar Jurmingārī Baghi". *Majlis va Rāhburd*. No. 114 (2023/1402): 163-193.

Šāḥib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth

al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: al-A‘lamī. 1973/1352.

Tabrizī, Javād. *Ususu al-Ḥudūd wa al-Ta‘zīrāt*. Tehran: Daftar Mu‘allif. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Zargūshnasab, ‘Abd al-Jabār. "Shūrishiyān Sabz Biyn Baghī va Muḥāribih". *Ma‘rifāt*. No. 153 (2011/1389):

55-70.



Health-Centered Fiqh Principles and Their Impact on Increasing Life Expectancy

Dr. Saeid Nazari Tavakkoli , Professor, Department of Jurisprudence & the Essentials of the Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran.

Dr. Fatemeh Kerachiyani Sani , (Corresponding Author), Postdoctoral Researcher, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: sa.sani86@gmail.com

Abstract

The life expectancy of citizens is shaped by the cultural, social, economic, and health conditions of their society. As individuals' overall wellbeing improves, their life expectancy also increases. In the present study, we aim to demonstrate by examining the concept of life expectancy within the social sciences the extent to which the extension of lifespan and its underlying factors, including the preservation and development of physical and mental health, have been emphasized by religious leaders. The study is done based on religious teachings and with reference to the principles of jurisprudence.

The research, carried out through a descriptive-analytical method and based on library sources, shows that the extension of lifespan acquires religious significance only when paired with physical and mental wellbeing and directed toward the performance of commendable actions. Therefore, safeguarding bodily and intellectual health are the two ultimate objectives of legislation in the Islamic jurisprudence system. As a result, self-harm and engaging in dangerous behavior are deemed *haram*, just as general principles such as the obligation to avert probable harm, the obligation to preserve the inviolable self, and similar rules mandate the necessity of striving to maintain one's physical and mental health. Consequently, the Muslim individual is not permitted to harm their own wellbeing or neglect its preservation under the pretext of personal autonomy.

Keywords: life expectancy, quality of life, obligation to preserve health, Islamic jurisprudence





افقه‌ور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۲۴۰ - ۲۰۷

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۳۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.86227.1718>

نوع مقاله: پژوهشی

قواعد فقهی سلامت محور و تأثیر آن در افزایش امید به زندگی

دکتر سعید نظری توکلی ^{id}

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

دکتر فاطمه کراچیان ثانی (نویسنده مسئول) ^{id}

پژوهشگر پسداکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Email: sa.sani86@gmail.com

چکیده

امید به زندگی شهروندان، اثر پذیرفته از وضعیت فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و بهداشتی آن جامعه است. هرچه میزان سلامت افراد افزایش یابد، امید به زندگی نیز افزایش پیدا می‌کند. در این پژوهش بر آن هستیم ضمن بررسی مفهوم امید به زندگی در علوم اجتماعی، نشان دهیم بر پایه آموزه‌های دینی و با استناد به قواعد فقهی تا چه میزان افزایش طول عمر و زیرساخت‌های آن، از جمله رعایت و توسعه بهداشت و سلامت جسمی و روانی مورد توجه رهبران دینی قرار دارد.

پژوهش حاضر که به روش تحلیلی توصیفی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، نشان می‌دهد که افزایش طول عمر هنگامی از ارزش دینی برخوردار است که همراه با سلامت جسمانی روانی و به منظور افزایش کارهای پسندیده باشد؛ بدین ترتیب، تأمین سلامت بدن و عقل دو هدف نهایی قانونگذاری در نظام فقه اسلامی است. در نتیجه، آسیب‌رسانی به خود و انجام کارهای مخاطره‌آمیز امری حرام به شمار می‌رود؛ همچنان که قواعد و عموماًتی چون وجوب دفع ضرر محتمل، وجوب حفظ نفس محترمه و... بر وجوب تلاش برای حفظ سلامت جسمانی و روانی دلالت دارند و شخص مسلمان مجاز نیست به استناد به اختیار ذاتی‌اش، به سلامت خود آسیب وارد کند یا از آن حفاظت نکند.

واژگان کلیدی: امید به زندگی، کیفیت زندگی، وجوب حفظ سلامت، فقه اسلامی.

مقدمه

پدر در اسلام به‌عنوان شخصیتی ارجمند و محترم تصویری برجسته در جامعه دارد و در قرآن کریم پس از سلامت، محور توسعه پایدار اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی است. گسترش بهداشت فردی و مراقبت‌های پیشگیرانه، رونق اقتصادی یک جامعه را افزایش می‌دهد؛ چراکه هزینه‌های سنگین درمان بیماری‌های خاص، مراقبت‌های پزشکی از بیماران، نگهداری از کودکان معلول و دارای اختلال‌های ژنتیکی، پیامدهای اقتصادی سنگینی برای کشور دارد که کم‌ترین آن، ازدست‌دادن نیروی انسانی کارآمد است. به همین دلیل، دولت‌ها در تلاش‌اند با فراهم کردن محیط زیست پاک، آب سالم و در دسترس، غذای باکیفیت و... شهروندان را از ابتلا به بیماری‌های مختلف صیانت کنند. در آموزه‌های دینی نیز رعایت بهداشت فردی جزئی از ایمان شمرده شده است؛ «الْطَّافَةُ مِنَ الْإِيْمَانِ»^۱ و انجام بسیاری از رفتارهای عبادی مشروط به پاکیزه کردن بدن شده است. همچنان که حفظ سلامت جسم و روان نیز از دیرباز مورد تأکید فقهای مسلمان بوده است و با صدور احکام الزامی (وجوب و حرمت) و احکام غیرالزامی (استحباب و کراهت)، مکلفان را ملزم یا توصیه به حفظ سلامتی خود کرده‌اند.

از آنجاکه «امید به زندگی» یکی از نشانه‌های سلامت و نتیجه تأثیرگذاری عوامل گوناگون اقتصادی، اجتماعی، زیست‌محیطی و... است و به هر اندازه که شاخص‌های بهداشتی و درمانی در کشور ارتقا و توسعه یابد، امید به زندگی نیز در شهروندان آن کشور افزایش می‌یابد؛ در پژوهش حاضر که به‌روش تحلیلی و توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، درصدد هستیم میزان هم‌گرایی آموزه‌های فقهی با توسعه سلامت و در نتیجه، افزایش امید به زندگی را بسنجیم. برای این منظور ضروری است تا ضمن بررسی مبانی فقهی حاکم بر قلمرو سلامت، برخی از احکام فقهی ناظر به حوزه بهداشت را براساس یافته‌های پزشکی بررسی کنیم و نشان دهیم که پابندی به آن‌ها چه تأثیری بر افزایش امید به زندگی دارد. در این پژوهش به‌سبب گستردگی مباحث مرتبط با سلامت، فقط به تبیین اقداماتی پرداخته شده است که انجام‌دادن آن‌ها موجب افزایش سلامت می‌شود و از بیان اقداماتی که انجام‌دادن آن‌ها ارتقای سلامت را به‌دنبال دارند، خودداری کردیم. همچنان که به تبیین فقهی مسائل مرتبط با سلامت بسنده شد و به ابعاد اخلاقی آن توجه نکردیم.

هرچند امید به زندگی از مسائل مطرح در جامعه‌شناسی است و کم‌تر از منظر دینی به آن پرداخته شده است، اما مؤمنی در کتاب امید در زندگی از منظر قرآن کریم (قم، دفتر تبلیغات اسلامی، پژوهشگاه علوم و

۱. پاینده، نهج الفصاحة، ۷۹۰.

فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۷) و میرابوالقاسمی در کتاب امید به زندگی از دیدگاه اسلام، (تهران، نشر رزا، ۱۳۹۸) در مقاله «رابطه باورهای دینی و امید به زندگی با سلامت معنوی» (تهران، مطالعات میان فرهنگی، ۱۳۹۲، دوره ۷، شماره ۱۸، ۱۳۵ تا ۱۵۷) کوشیده‌اند رابطه باورهای دینی و امید به زندگی با سلامت معنوی را بررسی کنند. باین وجود، پژوهش حاضر از این جهت نسبت به آثار پیش گفته دارای نوآوری است که با در نظر گرفتن قواعد فقهی و آموزه‌های دینی زیرساختی آن همچون سلامت جسمی و روانی و بهداشت مورد توجه اندیشمندان دینی قرار دارد.

۱. واژگان پر بسامد

۱.۱. امید به زندگی

امید به زندگی از شاخص‌های با اهمیت و بیانگر وضعیت فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و بهداشتی هر جامعه‌ای به شمار می‌آید. این شاخص در ارزشیابی خدمات انجام شده مفید است. سازمان جهانی بهداشت از این شاخص در کنار شاخص‌های دیگر؛ یعنی درآمد سرانه، میزان باسوادی و تولید ناخالص ملی، میزان توسعه انسانی را ارزیابی می‌کند.^۲

منظور از امید به زندگی^۳ در ادبیات جامعه‌شناسی، متوسط سال‌های عمر است که هرکس هنگام تولد یا از هر سنی امید دارد (احتمال می‌دهد) زندگی کند.^۴ به عبارت دیگر، عمر متوسطی است که با احتساب میانگین تعداد سال‌های عمر در زمان معین به هریک از افراد یک نسل از تولد تا پایان زندگی تعلق می‌گیرد.^۵ بدین ترتیب، «امید زندگی» با «عمر متوسط» مفهومی همسو دارد؛ با این تفاوت که عمر متوسط را براساس سن در هنگام مرگ و براساس آمارهای ثبتی سالانه فوت‌شدگان محاسبه می‌کنند.^۶ برای محاسبه امید به زندگی، آگاهی از اندازه جمعیت در گروه‌های سنی و همچنین تعداد مرگ در طول یک سال ضروری است. میزان امید به زندگی در بدو تولد به این روش محاسبه می‌شود:

$$e_x = \frac{T_x}{l_x}$$

در این فرمول، e_x = امید به زندگی در سن معین، T_x = تعداد کل سال‌های زندگی در هر سن (مجموع

۲. خوشنویس، پرویان، «بررسی تأثیر آلودگی محیط زیست بر شاخص توسعه انسانی در کشورهای توسعه‌یافته»، ۴۰.

۳. life expectancy.

۴. شیخی، مبانی و مفاهیم جمعیت‌شناسی، ۱۰۱؛ سربای، روش‌های مقدماتی تحلیل جمعیت، ۱۰۱.

۵. معزی، مبانی جمعیت‌شناسی، ۸۴.

۶. شیخی، مبانی و مفاهیم جمعیت‌شناسی، ۱۰۱.

سال‌های زندگی نسل از سن X به بعد؛ I_x = تعداد اشخاصی که در آغاز دوره محاسبه در هر سن زنده بوده‌اند.^۷

به‌هرروی، نرخ امید به زندگی در یک شخص یا یک گروه جمعیتی به متغیرهای زیادی از این قبیل وابسته است: نوع تغذیه، سبک زندگی، میزان شادی‌های عمومی و مجاز، سطح آموزش سلامت در رسانه‌های عمومی، سلامت محیط زیست، شیوه ارائه خدمات بهداشتی، میزان دسترسی به امکانات بهداشتی، وضعیت اقتصادی.^۸

بررسی منابع دینی نشان می‌دهد که افزایش طول عمر با چهار رویکرد مدّ نظر قرار گرفته است:
۱. با ارزش بودن طول عمر بیشتر: «الشَّيْخُ فِي أَهْلِهِ كَالنَّبِيِّ فِي أُمَّتِهِ»؛^۹ «الْخَيْرُ مَعَ أَكْبَرِكُمْ»؛^{۱۰} «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يُوقَّرْ كَبِيرًا».^{۱۱}

روشن به نظر می‌رسد که افزایش عمر انسان ارزشی ذاتی ندارد، تنها در صورتی ارزشمند است که منجر به انجام رفتارهای شایسته باشد: «طوبى لِمَنْ طَالَ عُمُرُهُ وَحَسَنَ عَمَلُهُ... وَوَيْلٌ لِمَنْ طَالَ عُمُرُهُ»^{۱۲}
۲. آرزوی طول عمر بیشتر داشتن: مسئله طول عمر، گاه به‌عنوان یکی از خواسته‌های انسان از خداوند و در قالب دعا مطرح شده است: «اللَّهُمَّ... وَاجْعَلْ فِيهَا تَقْضَى وَتَقْدَرُ، أَنْ تُطِيلَ عُمُرِي»؛^{۱۳} «اللَّهُمَّ... وَاجْعَلْنِي مِمَّنْ أَطَلَّتْ عُمُرُهُ»؛^{۱۴} «يُمَدِّدُ اللَّهُ فِي عُمُرِكَ»؛^{۱۵} «مُدَّ عُمُرَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ عُمَرًا بِالْعَافِيَةِ».^{۱۶}
۳. تلاش برای افزایش طول عمر: بنابر گزارش رهبران دینی، داشتن چند ویژگی یا انجام چند کار طول عمر انسان را زیاد می‌کند:

یک. اخلاق نیکو داشتن (حسن خلق): «الْبِرُّ وَحُسْنُ الْخُلُقِ يَعْمُرَانِ الدِّيَارَ وَيَزِيدَانِ فِي الْأَعْمَارِ»؛^{۱۷}
دو. نیکوکاری (بر): «الْبِرُّ وَالصَّدَقَةُ السَّرِّيَّةُ يَنْفِيَانِ الْفَقْرَ وَيَزِيدَانِ فِي الْعُمُرِ وَيُدْفَعَانِ سَبْعِينَ مِائَةَ

۷. کاظمی‌پور، مبانی جمعیت‌شناسی، ۹۵.

http://www.economist.com/media/pdf/QUALITY_OF_LIFE.pdf

۹. نوری، مستدرک الوسائل، ۳۹۴/۸.

۱۰. پاینده، نهج الفصاحة، ۴۷۷.

۱۱. کلینی، الکافی، ۱۶۵/۲.

۱۲. مجلسی، بحار الانوار، ۴۰۰/۶۶.

۱۳. ابن طاووس، اقبال بالأعمال الحسنة، ۷۹/۱.

۱۴. طوسی، مصباح المتهجد، ۵۹۴/۲.

۱۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۳/۱۴.

۱۶. جاهد، داروخانه معنوی، ۴۰.

۱۷. کلینی، الکافی، ۱۰۰/۲.

السَّوَّء»؛^{۱۸}

سه. نیکی کردن به پدر و مادر: «إِنْ أَحَبَّتَ أَنْ يَزِيدَ اللَّهُ فِي عُمْرِكَ فَسَرَّ أَبَوَيْكَ»؛^{۱۹}
چهار. ارتباط با خویشاوندان (صله رحم): «يَكُونُ الرَّجُلُ يَصِلُ رَحِمَهُ، فَيَكُونُ قَدْ بَقِيَ مِنْ عُمَرِهِ ثَلَاثُ سِنِينَ، فَيَصِيرُهَا اللَّهُ ثَلَاثِينَ سَنَةً»؛^{۲۰}
پنج. کمک مالی کردن به دیگران (صدقه): «فَإِنَّ الصَّدَقَةَ ... زِيَادَةٌ فِي أَعْمَارِكُمْ»؛^{۲۱}
شش. رفتار شایسته با همسایگان: «حُسْنُ الْجَوَارِ زِيَادَةٌ فِي الْأَعْمَارِ»؛^{۲۲}
هفت. رفتار عادلانه با زیردستان داشتن: «مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا ... وَإِذَا عَدَلَ فِيهِمْ مُدَّ فِي عُمَرِهِ»؛^{۲۳}

هشت. رعایت بهداشت پیش و پس از غذا خوردن: «اغْسِلُوا أَيْدِيَكُمْ قَبْلَ الطَّعَامِ وَبَعْدَهُ فَإِنَّهُ ... يَزِيدُ فِي الْعُمُرِ»؛^{۲۴}

نه. کم غذا خوردن: «إِذَا قَلَّ طُعْمَةُ الْمَرْءِ عَاشَ طَوِيلًا»؛^{۲۵}

ده. سپاسگزاری از خداوند: «زِيَادَةُ الشُّكْرِ ... تَزِيدُ فِي الْعُمُرِ».^{۲۶}

۴. تلاش برای جلوگیری از کاهش طول عمر: بنابر گزارش رهبران دینی، انجام چند کار طول عمر انسان را کم می کند، شود که یکی از آن ها عبارت است از: خشمگین کردن خداوند: «إِذَا غَضِبَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى أُمَّةٍ ... قَصُرَتْ أَعْمَارُهَا».^{۲۷}

هرچند افزایش طول عمر و تلاش برای تحقق آن امری پسندیده است، اما در آموزه های دینی هم زمان به سه مسئله دیگر نیز توجه شده است:

أ. طول عمر و افزایش بهره‌وری: مفهوم «برکت در عمر» در ادبیات دینی ناظر به نگاه نتیجه‌گرا به زندگی است؛ یعنی طول عمر برابر افراد همیشه به معنای برابری بازدهی زندگی آن ها نیست. برخی با طول عمر

۱۸. ابن بابویه، خصال، ۴/۱.

۱۹. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۷۲/۱۸.

۲۰. کلینی، الکافی، ۱۵۰/۲.

۲۱. محمدی ری شهری، میزان الحکمة، ۲۲۰/۶.

۲۲. کلینی، الکافی، ۶۶۷/۲.

۲۳. متقی، کنز العمال، ۱۴/۶.

۲۴. برقی، المحاسن، ۲۰۲/۲.

۲۵. مشکینی اردبیلی، مواعظ العددیة، ۳۳۲/۱.

۲۶. لثی واسطی، عیون الحکم، ۲۷۵.

۲۷. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۵۲۴/۱.

کمتر و بازدهی بیشتر و برخی با طول عمر بیشتر و بازدهی کمتر، زندگی خود را سپری می‌کنند. بنابراین، انسان مسلمان از خداوند می‌خواهد که به عمر او برکت دهد و نه فقط آن را طولانی‌تر کند: «بَرَکَةُ الْعُمْرِ فِي حُسْنِ الْعَمَلِ».^{۲۸}

ب. طول عمر و انجام رفتارهای پسندیده: افزایش طول عمر از آن جهت اهمیت دارد که بستر انجام کارهای نیک بیشتر است. در نتیجه، اگر طول عمر سبب افزایش کارهای نیک شخص نشود یا موجب افزایش کارهای ناپسند او شود، دیگر ارزش ندارد. بهترین انسان‌ها کسی است که عمرش طولانی و رفتارش نیکوست (مَنْ طَالَ عُمُرُهُ وَحَسَنَ عَمَلُهُ) و بدترین انسان‌ها، کسی است که عمرش طولانی و رفتارش ناپسند است (مَنْ طَالَ عُمُرُهُ وَسَاءَ عَمَلُهُ).^{۲۹}

ج. طول عمر و سلامت جسمی: به شکل عادی، از دوره میانسالی به بعد هر چه بر طول عمر افزوده می‌شود، توانمندی‌های جسمانی کمتر می‌شود، حتی اگر شخص دچار بیماری نشود: «وَمَنْ نُعَمِّرْهُ نُنَكِّسْهُ فِي الْخَلْقِ»؛^{۳۰} همچنان که می‌تواند توان ادراکی و شناختی او نیز کاهش چشمگیری یابد: «وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أُولَئِكَ الْعُمُرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا»؛^{۳۱} رسیدن به چنین وضعیتی می‌تواند در سن هفتاد و پنج سالگی رخ دهد.^{۳۲} روشن به نظر می‌رسد که افزایش طول عمر همیشه همراه با سلامتی نبوده است و افزون‌بر پیری می‌تواند بیماری‌زا نیز باشد: «تَمَرُّهُ طَوْلُ الْحَيَاةِ السَّقَمِ وَالْهَرَمِ».^{۳۳}

بدین ترتیب، طول عمری که از یک سو منجر به انجام رفتار شایسته شود و از سوی دیگر منجر به بیماری نشود، امری ارزشمند است؛ هر چند گریزی از عوارض جسمانی پیری نیست.

۲.۱. کیفیت زندگی

کیفیت زندگی^{۳۴} مفهومی پیچیده و چندوجهی دارد که برای ارزیابی آن معیار یکسانی وجود ندارد و به میزان درخور توجهی متأثر از شرایط زمانی و مکانی، جغرافیایی و فرهنگی، فردی و اجتماعی است. کیفیت زندگی در دو دهه اخیر بیشتر ناظر به سلامتی و توان بخشی معلولان، ناتوان‌های جسمی و ذهنی، کهنسالان، کودکان و زنان بوده است. از نظر کامپ (۲۰۰۳م) مفهوم کیفیت زندگی به شکل گسترده از تفکر

۲۸. آمدی، غرر الحکم، ۳۱۲.

۲۹. ترمذی، سنن ترمذی، ۵۶۶/۴؛ مجلسی، بحار الانوار، ۴۰۰/۶۶.

۳۰. یس: ۶۸.

۳۱. نحل: ۷۰؛ قمی، تفسیر قمی، ۲۳۶/۷.

۳۲. حویزی، تفسیر نور الثقلین، ۶۸/۳.

۳۳. آمدی، غرر الحکم، ۳۲۷.

۳۴. Quality of Life.

مرتبط با سلامت ناشی می‌شود و دیدگاه یکسانی درباره علت آن وجود ندارد. سازمان بهداشت جهانی کیفیت زندگی را این‌گونه تعریف می‌کند: «ادراک افراد از موقعیتشان در زندگی، در متن فرهنگ و نظام‌های ارزشی که در آن زندگی می‌کنند و در ارتباط با اهداف، انتظارات و نیازهایشان است.»^{۳۵} همچنین به این تعریف‌ها نیز می‌توان اشاره کرد: «میزان رضایتمندی ذهنی از زندگی که توسط فرد تخمین زده می‌شود»؛ «حدی که شخص از امکانات مهم زندگی اش لذت می‌برد.»^{۳۶}

بنابر آموزه‌های دینی، هر انسانی از دو نوع زندگی دنیوی و اخروی برخوردار است اما راه رسیدن به زندگی اخروی سعادت‌مندانه، داشتن زندگی دنیوی خوب است. به نقل از قرآن کریم، از جمله خواسته‌های مؤمنان داشتن زندگی خوب در دنیا و آخرت است: «وَمِنْهُمْ مَّنْ يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً.»^{۳۷} همچنان که امام سجاد نیز از خداوند می‌خواهند که به ایشان زندگی نیکو و با شادمانی ماندگار عطا کند: «وَاجْعَلْنِي مِمَّنْ أَحْيَيْتُهُ حَيَاةً طَيِّبَةً فِي أَدْوَمِ السُّرُورِ.»^{۳۸} در سخنی از امام عصر، داشتن زیست‌گاهی سرسبز، خوش، فراخ و آسوده تا زمان مرگ، آرزو شده است: «أَنْ يَرْجِعَنِي مِنْ حَضْرَتِكُمْ خَيْرَ مَرْجِعٍ إِلَى جَنَابِ مُفَرِّجِ وَخَفَضِ عَيْشٍ مُّوسِعٍ وَدَعَةٍ وَ مَهَلٍ إِلَى حِينِ الْأَجَلِ.»^{۳۹}

افزون بر این، داشتن خانواده خوب (همسر و فرزندان شایسته)، درآمد زیاد، خانه بزرگ، وسیله سواری مناسب، از جمله خواسته‌های انسان از خداوند و نشانه‌های سعادت‌مندی وی برشمرده شده است: «مِنْ سَعَادَةِ الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ الزَّوْجَةُ الصَّالِحَةُ وَالْمَسْكَنُ الْوَاسِعُ وَالْمَرْكَبُ الْبَهِيُّ وَالْوَلَدُ الصَّالِحُ»؛^{۴۰} «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي ذَنْبِي وَوَسِّعْ لِي فِي ذَارِي وَبَارِكْ لِي فِي رِزْقِي»؛^{۴۱} «مِنْ سَعَادَةِ الْمَرْءِ أَنْ يَتَسَّعَ مَنْزِلُهُ»؛^{۴۲} «ثلاث خصال من سعادة المرء المسلم في الدنيا: الجار الصالح والمسكن الواسع والمركب الهنيء.»^{۴۳}

۳.۱. سلامت

سلامتی^{۴۴} از واژه‌های پُربسامد پزشکی است که از دیرباز در طب سنتی و پس از آن در طب مدرن

۳۵. عباسی، حسنی، نژادحمیدی، نگاهی به مفهوم کیفیت زندگی، ۲۲ تا ۲۰؛ عظیمی، باجلان، مطالعات کیفیت زندگی، ۱۹ تا ۱۲؛ مختاری، نظری، جامعه‌شناسی کیفیت زندگی، ۲۴ تا ۱۶.

۳۶. عباسی، حسنی، نژادحمیدی، نگاهی به مفهوم کیفیت زندگی، ۲۰.

۳۷. بقره: ۲۰۱.

۳۸. طوسی، مصباح‌المنتهجد، ۵۹۴/۲.

۳۹. ابن طاووس، اقبال بالأعمال الحسنة، ۱۸۴/۳.

۴۰. ابن‌اشعث، الاثنتیات، ۹۹/۱.

۴۱. نسنانی، السنن الکبری، ۳۶/۹.

۴۲. برقی، المحاسن، ۶۱۰/۲.

۴۳. پابنده، نهج الفصاحة، ۴۱۵.

Health. ۴۴

امروزی محل بحث قرار گرفته و ابعاد آن واکاوی شده است. جالینوس، سلامتی را «نسبت معینی از عناصر تشکیل‌دهنده گرمی، سردی، رطوبت و خشکی» می‌داند.^{۴۵} از نظر ابن‌سینا، سلامتی «ملکه‌ای در بدن است که به خاطر آن افعال طبیعی و دیگر افعال، به شکلی عادی و مطلوب صادر می‌شود.»^{۴۶} جرجانی مدعی است: «تندرستی مطلق آن است که مزاج هر اندامی معتدل باشد... و ترکیب اندام‌های مرکب، همه درست باشد و اندام بدن عدد و آن اندازه و آن شکل باشد که باید.»^{۴۷} در پزشکی نوین، سلامتی مفهومی چندسویه دارد و برخلاف آموزه‌های طب سنتی، محدود به صحت جسم نمی‌شود. سازمان جهانی بهداشت، سلامت را چنین تعریف می‌کند: «بهزیستی کامل جسمی، روانی، اجتماعی و اقتصادی، نه فقط بیمار یا رنجور نبودن.»^{۴۸}

۴.۱. حق بر سلامت

برای نخستین بار در سال ۱۹۴۶ میلادی، حق بر سلامتی^{۴۹} در اساسنامه سازمان جهانی بهداشت^{۵۰} به رسمیت شناخته شد. در مقدمه این اساسنامه، بهره‌مندی از بالاترین شاخصه‌های قابل دسترسی به سلامتی، از جمله حقوق بنیادی هر انسانی در نظر گرفته شده است. در بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ میلادی، سلامتی در زمره حق بر بهره‌مندی از معیارهای مناسب زندگی قرار داده شد. کامل‌ترین بیان از حق بر سلامتی در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب سال ۱۹۶۶ میلادی دیده می‌شود. بند ۱ ماده ۱۲ این میثاق مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو میثاق، حق هرکس را برای بهره‌مندی از بهترین حال سلامتی و روحی قابل دسترسی به رسمیت می‌شناسد.» در ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز آشکارا بر حق بر سلامتی اشاره شده است: «هرکس حق دارد که سطح زندگی او، سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث غذا و مسکن و مراقبت‌های طبی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند و همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضا، بیوه‌گی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان، وسایل امرار معاش او از بین رفته باشد از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار گردد.»^{۵۱} از حق بر سلامت با تعبیر مختلفی همچون «حق بر مراقبت

۴۵. ابن‌سینا، قانون، ۱۰۵/۱.

۴۶. ابن‌سینا، شفا، ۲۵۱/۱.

۴۷. جرجانی، ذخیره خوارزمشاهی، ۱۵۸.

۴۸. مرمری‌پور، رهیافتی بر سلامت روان، ۴.

۴۹. The Right to health.

WHO. ۵۰.

۵۱. مرادی، حق سلامت انسان در حقوق بین‌الملل بشر، ۲۷ تا ۲۵.

سلامتی»،^{۵۲} «حق بر مراقبت پزشکی»^{۵۳} و «حق بر حمایت از سلامتی»^{۵۴} یاد شده است.^{۵۵}

به هر روی، حق بر سلامت، برآمده از کرامت ذاتی بشر در برخورداری از حیات اجتماعی شرافتمندانه و همراه با رشد مادی و معنوی است.^{۵۶} منظور از آن، برخورداری از سلامت به مفهوم رایج آن نیست؛ بلکه بنابر بند دوم ماده ۱۲ اعلامیه حق بر سلامت، دربرگیرنده طیف وسیعی از عوامل اجتماعی و اقتصادی است که شرایط و وضعیتی را پیش‌بینی و ارتقا می‌دهد که مردم قادر باشند زندگی سالمی داشته باشند و به عوامل اساسی مؤثر بر سلامتی، نظیر آب سالم، تغذیه کافی، مسکن مناسب و بهداشت عمومی و حرفه‌ای دسترسی داشته باشند.^{۵۷} به عبارت دیگر، حق بر سلامتی امری فراتر از نبود بیماری است و متضمن بهره‌مندی از عالی‌ترین استانداردهای سلامتی است.^{۵۸}

۱. ۵. سلامت و امید به زندگی

رابطه معناداری میان «کیفیت زندگی» و «امید به زندگی» وجود دارد؛ یعنی هرچه کیفیت زندگی نیز مطلوب‌تر باشد، نرخ امید به زندگی نیز بیشتر می‌شود، زیرا با افزایش شاخصه‌های سلامت جسمی و روانی به عنوان یکی از زیرساخت‌های کیفیت زندگی، ابتلا به انواع بیماری‌ها کم می‌شود و در نتیجه، میانگین عمر افراد نیز افزایش می‌یابد. همچنان که با کاهش خدمات بهداشتی و برخورداری افراد از سطح سلامت پایین‌تر، میانگین عمر آن‌ها نیز کاهش می‌یابد.^{۵۹}

به عبارت دیگر، سطوح بالای امید به زندگی با سلامت جسمی و روان‌شناختی، خودارزشی بالا، روابط اجتماعی و تفکر مثبت، رابطه مثبت دارد؛ به این ترتیب که امیدواری سبب سلامت روان‌شناختی و احساس ارزشمندی می‌شود و به ایجاد روابط اجتماعی برای افزایش سلامت کمک می‌کند. ارتقای امید در بهبود کیفیت زندگی بیماران نیز مؤثر است؛ چراکه امیدافزایی عامل افزایش سطح خودمراقبتی، کیفیت زندگی و ارتقای سلامت عمومی آن‌ها می‌شود.^{۶۰} رابطه امید و کیفیت زندگی، دوسویه است؛ یعنی بیمارانی که فرصت بیان احساسات خود را داشته‌اند در روند بهبودی آن‌ها تأثیر محسوسی داشته است. ازسوی دیگر،

۵۲. right to health care.

۵۳. right to medical care.

۵۴. right to health protection.

۵۵. Mahoney & Mahoney, Human rights in the twenty-first century Dordrecht, 481-482.

۵۶. آل کجیاف، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، ۱۴۱ تا ۱۴۲.

۵۷. اصلانی، حق بر سلامت، ۳۸.

۵۸. Commission on Human Rights, Res, 2002/31, para : 20.

۵۹. http://www.economist.com/media/pdf/QUALITY_OF_LIFE.pdf

۶۰. علاقه‌مند، ثروت، زارع‌پور، «بررسی رابطه بین کیفیت زندگی و امید به زندگی»، ۱۸۰ تا ۱۸۱.

بیمارانی که ناامید از درمان بوده و استرس زیادی را تجربه کرده‌اند با کوچک‌ترین نشانه، زودتر از دنیا رفته‌اند، درحالی‌که میزان بیماری آن‌ها به مراتب از دیگر بیماران کمتر بوده است.^{۶۱}

اما باید توجه داشت که هرچند از قرن نوزدهم به بعد با مهار بیماری‌های عفونی از طریق جمع‌آوری زباله‌ها، ایجاد حمام‌های بهداشتی، توسعه سیستم‌های زهکشی و فاضلاب، بالارفتن سطح بهداشت غذایی، ساخت خانه‌های مناسب و شرایط کاری ایمن‌تر، بوده است. افزایش حس داشتن زندگی عادلانه، کاهش استرس‌های شغلی، عضویت در سازمان‌های خدمات داوطلبانه، خوش‌بینی، نداشتن احساس خصومت یا پرخاشگری نسبت به دیگران، داشتن دوستان زیاد و شادبودن، تأثیر مستقیمی بر سلامت و درنتیجه، افزایش نرخ امید به زندگی دارد.^{۶۲}

۲. سلامت در آموزه‌های دینی

سلامت، ازجمله مسائلی است که در آموزه‌های دینی به شکل‌های مختلف مورد تأکید پیامبر گرامی اسلام و امامان معصوم قرار گرفته است.

أ. اهمیت سلامتی: در منابع دینی از سلامتی به‌عنوان برترین نعمت یا نعمت پنهان یاد شده است: «الصَّحَّةُ أَفْضَلُ النَّعَمِ»،^{۶۳} «الْعَافِيَةُ نِعْمَةٌ خَفِيَّةٌ».^{۶۴} همچنین، نعمتی که مردم قادر به شکرگزاری آن نیستند: «الْعَافِيَةُ نِعْمَةٌ يُعْجِزُ الشُّكْرُ عَنْهَا».^{۶۵}

سلامتی تا آنجا اهمیت دارد که پنهان کردن بیماری و عدم اقدام به درمان آن خیانت به بدن شمرده شده است: «مَنْ كَتَمَ الْأَطِبَاءَ مَرَضَهُ خَانَ بَدَنَهُ».^{۶۶}

ب. سلامت بدن: در آموزه‌های اسلامی به عوامل متعددی برای سلامت بدن اشاره شده است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:

۱. کم‌خوردن غذا و کم‌نوشیدن آب: «إِنَّ صِحَّةَ الْجِسْمِ مِنْ قِلَّةِ الطَّعَامِ، وَ قِلَّةِ الْمَاءِ»؛^{۶۷} «مَنْ اقْتَصَرَ فِي أَكْلِهِ كَثُرَتْ صِحَّتُهُ»؛^{۶۸} «لَا صِحَّةَ مَعَ النَّهَمِ».^{۶۹} ازجمله راه‌های عملی برای کاهش مصرف غذا، روزه‌داری

۶۱. شعاع کاظمی، مؤمنی جاوید، «بررسی رابطه بین کیفیت زندگی و امید به زندگی»، ۲۶.

۶۲. ویلکینسون، جامعه‌شناسی سلامت، ثروت و عدالت، ۸۴ تا ۸۷.

۶۳. آمدی، غرر الحکم، ۵۶.

۶۴. فتال نیشابوری، روضة الواعظین، ۴۷۲/۲.

۶۵. ابن‌بابویه، امالی، ۲۲۹.

۶۶. آمدی، غرر الحکم، ۶۲۲.

۶۷. ابن‌شعبه، تحف العقول، ۱۷۲.

۶۸. لیبی واسطی، عیون الحکم، ۴۳۷.

است: «صُومُوا تَصِحُّوا». ^{۷۰}

۲. کاهش وزن: به شکل طبیعی، کم کردن مصرف غذا سبب کاهش وزن می شود و در نتیجه، یکی از راه های رسیدن به سلامتی، جلوگیری از چاقی و کاهش وزن است: «أَحْبَبُكُمْ إِلَى اللَّهِ أَقْلُكُمْ طَعْمًا، وَأَخَفُكُمْ بَدَنًا». ^{۷۱}

۳. استفاده از غذاهای سالم و نخوردن غذاهای آلوده: «وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ». ^{۷۲}

۴. خوردن و نوشیدن متعادل: «كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا». ^{۷۳}

۵. خوردن شامگاهی: «لَا تَدْعُوا الْعِشَاءَ وَلَوْ عَلَى حَشْفَةٍ». ^{۷۴}

۶. خوردن زود هنگام صبحانه: «مَنْ أَرَادَ الْبَقَاءَ لَا بَقَاءَ: فَلْيُبَاكِرِ الْعَدَاءَ». ^{۷۵}

ج. سلامت روحی: انسان در دیدگاه دینی موجودی دوبعدی است که افزون بر جسم مادی، روحی غیرمادی دارد. روح به عنوان موجود مجرد که در آموزه های دینی با نام های مختلفی همچون «نفس»، «قلب» و «عقل» شناخته می شود، با «روان» به عنوان پدیده ای مادی متفاوت است. به هر روی، مسئله سلامت روحی با پدیده «قلب سلیم» در آموزه های قرآنی پیوند مستحکمی دارد. منظور از قلب سلیم، روحی عاری از باورهای نادرست و نیز منش های اخلاقی نارواست. ^{۷۶} فرد برخوردار از قلب سلیم، با ایجاد تعادل میان قوای متضاد درونی، رفتارهای برخاسته از غرایز و محیط را به گونه ای مدیریت می کند که زمینه نزدیکی انسان به خداوند را فراهم کند. ^{۷۷} قلب سلیم از نظر شناختی، در باور به خداوند شک ندارد، با حقایق و واقعیت ها به دور از تعصب برخورد می کند، ظرفیت مناسبی برای درک حکمت های عالم هستی دارد. همچنین از نظر عاطفی، انگیزه های زیستی، از جمله نیاز جنسی و گرسنگی، او را از حد تعادل خارج نمی کند، طمع به کسب مادیات در او کم تر دیده می شود، محبت خداوند بر او غالب است، نسبت به مردم

۶۹. قطب راوندی، دعوات، ۷۷.

۷۰. ابن حیون، دعائم الاسلام، ۳۴۲/۱.

۷۱. متقی، کنز العمال، ۲۶۱/۱۵.

۷۲. اعراف: ۱۵۷.

۷۳. اعراف: ۳۱.

۷۴. برقی، المحاسن، ۴۲۱/۲.

۷۵. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۵۵۵/۳.

۷۶. طباطبائی، المیزان، ۱۴۷/۱۷.

۷۷. زعفری زاده، بهداشت روانی از دیدگاه قرآن و روایات، ۱۴.

مهربان است، کینه‌ورز نیست، آنچه برای خود دوست دارد برای دیگران نیز همان را می‌خواهد.^{۷۸}

د. لزوم درمان بیماری: حفظ نفس یکی از مصالح و ضروریات و واجبات دینی است.^{۷۹} در نتیجه، درمان گاه به‌عنوان واجب مستقل و گاه به‌عنوان مقدمه واجب برای انجام واجبات شرعی، همچون نماز و روزه و حج مورد بحث فقها قرار گرفته است. ازسوی دیگر، درمانگری واجب کفایی است^{۸۰} و چون درمانگری بدون درمان‌شونده متصور نیست، درمان برای شخص بیمار نیز واجب خواهد بود.^{۸۱} خودداری از درمان اگر زمینه‌ساز مرگ انسان شود، مصداق خودکشی و عملی حرام است؛^{۸۲} همچنان که می‌تواند مصداق القای در تهلکه باشد که به حکم آیه «وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»^{۸۳} حرام است.^{۸۴} افزون‌بر این، عقل، مستقل از آموزه‌های دینی حکم می‌کند به نیکوییِ درمان و زشتی ترک درمان، زمانی که منجر به آسیب‌رسانی به خود شود.^{۸۵}

بیمار نمی‌تواند با استناد به اصل خودمختاری و سلطنت بر تمامیت جسمانی خود (قاعده سلطنت) از درمان‌پذیری خودداری کند؛ زیرا مالکیت انسان نسبت به بدن خود، امری غیراصیل و وابسته به رعایت حق الهی در حفظ سلامت بدن است.^{۸۶}

۳. مبانی سلامت در فقه اسلامی

قرآن کریم مسئله پرسشگری و بازخواست اخروی از نعمت‌ها را مطرح کرده است «ثُمَّ لَنَسْأَلَنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ»^{۸۷} مفسران در اینکه منظور از این نعمت چیست، احتمال‌های مختلفی بیان کرده‌اند: خوراکی‌ها و نوشیدنی‌ها، لذت‌ها، تندرستی و امنیت.^{۸۸}

براین‌اساس، اگر سلامتی نعمتی است که انسان در برابر آن بازخواست می‌شود، بایستی براساس رابطه میان حق و تکلیف بپذیریم که بدن انسان از یک سو، متعلق حق الهی است که اگر آن حق را رعایت نکند

۷۸. حسینی محمدآباد، سیدابوذر، علی اصغر حسینی محمدآباد، روش‌های اسلامی تأمین بهداشت روان، ۵۹.

۷۹. علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۲/۱۵۰، ۱۴/۱۸۵؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۷۹/۷، ۱۲۹/۹؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴/۶۵۴؛ شهید ثانی، روضة البهية، ۷/۳۵۴.

۸۰. انصاری، مکاسب، ۱/۲۴۸ تا ۲۴۷.

۸۱. روحانی، منهاج الفقهاء، ۲/۲۶۳.

۸۲. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۴/۹۵.

۸۳. بقره: ۱۹۵.

۸۴. طبرانی، تفسیر الکبیر، ۱/۳۳۳؛ طبرسی، مجمع البیان، ۲/۵۱۵.

۸۵. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية-الکویت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۱/۱۱۷ تا ۱۱/۱۲۹؛ فاضل مقداد، التنقيح الرائع، ۴/۴۶۹.

۸۶. نانینی، تنبيه الأمة و تنزيه الملة، ۴.

۸۷. تکاثر: ۸.

۸۸. انصاری، کشف الاسرار، ۱۰/۵۹۹؛ طباطبائی، المیزان، ۲۰/۳۵۲.

بازخواست می‌شود و ازسوی دیگر، انسان حق دارد از سلامتی برخوردار باشد. در نتیجه، شریعت موظف به پاسداشت این حق است و متعهد است هیچ تکلیفی وضع نکند که موجب نادیده گرفتن این حق باشد. براساس حق الهی، از آن‌رو که بدن انسان متعلق حق الهی است، انسان مجاز به خودکشی یا آسیب‌رساندن به بدن خود نیست و رضایتش هم تأثیری در این حکم ندارد (تقدم اصل حرمت اضرار به نفس بر قاعده سلطنت بر نفس).^{۸۹}

بررسی آموزه‌های فقه اسلامی نشان می‌دهد که سلامت همه‌جانبه انسان مدنظر قانونگذار اسلام نیز بوده است و احکام شرعی تکلیفی و وضعی تضمین‌کننده سلامت جسمی، عقلی، جنسی و مالی انسان است. اهمیت حفظ سلامتی تا جایی است که در صورت تعارض با انجام واجبات عبادی، حفظ سلامتی تقدم دارد، انجام عبادت ناسازگار با سلامتی، جنبه تقریبی بودن خود را از دست می‌دهد و حرام خواهد بود.^{۹۰}

به‌هرروی، برای اثبات این منظور افزون بر برخی احکام جزئی که ناظر به مسائل خاص مکلفان هستند، به قواعد فقهی عام نیز می‌توان استناد جست؛ هرچند در فهم مفاد این قواعد گاه اختلاف نظرهایی نیز میان فقهای مسلمان وجود دارد. از این‌رو، ضروری است با بازخوانی محتوای این قواعد، میزان تأثیر آن‌ها را در حفظ سلامت انسان بررسی کنیم.

۳. ۱. قواعد فقهی سلامت‌محور

بنابر وابستگی احکام شرعی به وجود مصالح و مفاسد^{۹۱} باید بپذیریم شارع در جعل احکام شرعی، هدف یا هدف‌هایی را دنبال کرده است^{۹۲} که در متون اصول فقه و فقه از آن به «مقاصد شریعت» یاد می‌شود؛ اهدافی که شناخت آن‌ها هم برای مردم به‌عنوان مکلف و هم برای فقیه هنگام استنباط احکام و فهم نصوص دینی ضروری است.^{۹۳}

فقهای اهل سنت به تفصیل ابعاد مقاصد شریعت را واکاوی کرده‌اند. مقاصد شریعت که با گزاره‌هایی همچون «تبعیت احکام از مصالح و مفاسد» و «الواجبات الشرعیه الطاف فی الواجبات العقلیه» نیز توصیف شده است، در سه عنوان کلی خلاصه می‌شوند: ضروریات، حاجیات و تحسینیات.^{۹۴}

۸۹. خرازی، بحوث الهامه، ۳۰۴/۲؛ انصاری، موسوعة احکام الاطفال، ۱۱۹/۱.

۹۰. خمینی، الطهارة، ۱۲۲/۲؛ فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۲۷۱/۱؛ خوانساری، تکمیل مشارق الشمس، ۳۸۲.

۹۱. علم‌الهدی، الذریعة الی اصول الشریعة، ۵۷۰/۱ تا ۵۷۲؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۳۸/۱ تا ۳۹/۲، ۲۲۳/۲.

۹۲. فاسی، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۷.

۹۳. زحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱۰۱۷/۲.

۹۴. غزالی، المستصفی، ۱۷۴.

با چشم پوشی از حاجیات؛ یعنی احکام شرعی که عمل با هدف آسان شدن زندگی و رهایی از عس و حرج وضع شده اند^{۹۵} و تحسینات؛ یعنی احکام شرعی که ناظر به آداب و رسوم پسندیده هستند،^{۹۶} مهم ترین گونه مقاصد شریعت، ضروریات است. منظور از ضروریات، احکامی است که بدون آن ها دین و دنیای مردم قوام پیدا نمی کند. این ضروریات در پنج عنوان کلی تقسیم می شوند: دین، نفس، عقل، نسل و مال.^{۹۷}

به هر روی، یکی از مقاصد ضروری شریعت، «حفظ جان» است.^{۹۸} منظور از حفظ نفس که «حفظ اعضای بدن» را نیز در بر می گیرد، صیانت از جان افراد در برابر آسیب های جسمانی قبل از وقوع آن^{۹۹} یا پیشگیری از بیماری^{۱۰۰} یا جلوگیری از از بین رفتن اعضا و اندام های بدن است.^{۱۰۱} از سوی دیگر، حفظ عقل نیز یکی از مقاصد شریعت در تدوین احکام الهی است. منظور از حفظ عقل، جلوگیری از ورود هر عیب یا نقصی در سیستم ادراکی مکلف با جعل احکام شرعی است؛ مانند حرمت مصرف مشروبات الکلی و مواد مخدر.^{۱۰۲}

براین اساس، از یک سو احکام اسلامی تضمین کننده سلامت جسمی انسان و حفظ حیات و همچنین سلامت عقلی اوست و از سوی دیگر، انسان مسلمان وظیفه دارد از انجام هر کاری که به سلامت جسمی یا عقلی او آسیب می زند، خودداری کند.^{۱۰۳}

هر چند فقهای امامیه به صورت غیر مستقیم از این مقاصد کلی بحث کرده اند،^{۱۰۴} اما این رویکرد دینی در برخی از قواعد فقهی مشاهده شدنی است.

شایان یادآوری است اقدامات مرتبط با حفظ و ارتقای سلامت جسمی و روانی بر دو گونه است: خودداری از انجام کارهایی که سلامت مکلف را در معرض خطر قرار داده یا به آن آسیب وارد می کند (اقدامات سلبی)؛ انجام کارهایی که سبب حفظ سلامت یا ارتقای سطح آن می شود (اقدامات ایجابی).

۹۵. زحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱۰۲۲/۲.

۹۶. شاطبی، الموافقات، ۲۲/۲.

۹۷. شاطبی، الموافقات، ۲۰/۲.

۹۸. سویدان، ۲۰۲۲، suwaidan.com

۹۹. ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۳۹/۲.

۱۰۰. الرئاسة العامة، مجلة البحوث الاسلامیة، ۵۹/۱۲.

۱۰۱. تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامی، مجلة مجمع الفقه الاسلامی، ۳۲۳/۱۳.

۱۰۲. ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۳۹/۲.

۱۰۳. <https://almunajjid.com/courses/lessons>

۱۰۴. شهید اول، موسوعة، ۲۴/۱۵، ابن ابی جمهور، اقطاب الفقهیة، ۴۴ تا ۴۳.

باتوجه به گستردگی بحث، همان گونه که پیش تر نیز گفته شد استدلال به قواعد فقهی در این پژوهش فقط ناظر به گونه اول است، بررسی تأثیر قواعد فقهی در اثبات وجوب انجام کارهایی که سبب حفظ یا ارتقای سلامت جسمی یا روانی مکلف می شود، نیازمند پژوهش مستقل است.

۳. ۱. ۱. قاعدة حرمت اضرار به نفس

از جمله قواعد فقهی که می توان براساس آن آسیب زدن به تمامیت جسمانی را حرام دانست، قاعدة نفی ضرر است که به حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» مستند است، هر چند برخی از روایات وارد در توضیح دلیل حرمت برخی از مواد خوراکی^{۱۰۵} و نیز حکم عقل به لزوم پرهیز از آسیب رساندن به خود^{۱۰۶} می تواند مستند آن تلقی شود. عالمان اصول فقه در تبیین قاعدة نفی ضرر، چهار احتمال مطرح کرده اند: نفی حکم به لسان نفی موضوع، نفی حکم ضرری، نفی ضرر غیر متدارک و نهی تحریمی.^{۱۰۷} بنابر نظر نویسندگان، از این چهار احتمال در معناشناسی حدیث، احتمال چهارم درخور دفاع است؛ زیرا از یک سو، واژه «لا» در معنای حقیقی خود؛ یعنی نفی به کار رفته است و از سوی دیگر، جمله «لا ضرر و لا ضرار»، جمله ای خبری است که خبر آن حذف شده است اما ادعای عدم وجود ضرر در جهان خارج، نشان از عدم رضایت شارع به تحقق آن دارد. این چنین مبغوضیتی برای ایجاد ضرر، مفهومی جز حرمت آن ندارد.^{۱۰۸} بدین ترتیب، حرمت آسیب زدن به تمامیت جسمانی خود، قاعدة ای کلی است که به حوزه خاصی از مسائل فقه اختصاص ندارد و از مجموعه روایات وارد در مسائل فقه نیز اثبات شدنی است.^{۱۰۹} شایان یادآوری است که ضررهای اندک و جزئی مشمول این حکم نیستند.^{۱۱۰}

حرمت آسیب رساندن به تمامیت جسمانی دیگران از اصول مسلم فقه اسلامی است^{۱۱۱} که افزون بر کیفر اخروی، مسئولیت کیفری و مدنی نیز به دنبال دارد و شخص آسیب رسان بسته به عمدی یا غیر عمدی بودن اقدامش، به قصاص عضو یا پرداخت دیه محکوم می شود.^{۱۱۲}

پذیرش اصل حرمت آسیب رسانی به تمامیت جسمانی خود و دیگران هر چند بیانگر رویکرد بازدارندگی فقه اسلامی است، اما دربرگیرنده رویکرد ایجابی نیز هست و نتیجه منطقی حرمت

۱۰۵. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۳/۳۴۵.

۱۰۶. علم الهدی، الانتصار، ۴۴۹؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳/۳۷۶.

۱۰۷. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۳۸۱ تا ۳۸۲؛ انصاری، مکاسب، ۳/۳۴۳؛ شریعت اصفهانی، قاعدة الاضرار، ۲۵ تا ۲۴.

۱۰۸. نظری توکلی، توفیق و زرع الاعضاء، ۲۸ تا ۲۹.

۱۰۹. خمینی، الطهارة، ۲/۶۴.

۱۱۰. سبحانی، ایضاحات السنية للقواعد الفقهية، ۳/۲۴۱ تا ۲۴۲.

۱۱۱. انصاری، مکاسب، ۱/۲۲۵ تا ۲۲۶.

۱۱۲. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۲/۵۱۴؛ خویی، موسوعة، ۴۲/۲۲۹.

آسیب‌رسانی به خود و دیگران، ضرورت تلاش برای حفظ و ارتقای سلامت خود و دیگران نیز با ملاحظه شرایط اختصاصی هریک از این دو مورد نیز هست؛ زیرا تمام اقداماتی که موجب حفظ و ارتقای سلامت خود و دیگران می‌شوند، مقدمه‌ای هستند برای جلوگیری از حرمت آسیب‌رساندن به تمامیت جسمانی خود و دیگران و بالعکس، عدم‌مراقبت از حفظ و ارتقای سلامت خود و دیگران سبب آسیب‌رسانی (بالقوه یا بالفعل) به تمامیت جسمانی خود و دیگران می‌شود.

۳. ۱. ۲. قاعدة حرمت تغیر به نفس

منظور از اصطلاح «تغیر به نفس»، انجام کارهای خطرناک است.^{۱۱۳} از مجموع مستندات قرآنی و روایی می‌توان مدعی شد بنابر آموزه‌های دینی، انجام هر کاری که انسان را در معرض خطر قرار می‌دهد، حرام است. بنابر مفاد آیه «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»^{۱۱۴} قراردادن خود در «تهلکه» عمل حرامی است. هرچند برخی از مفسران بر این مطلب تأکید دارند که منظور از آن زیاده‌روی در اقدامات مالی خیرخواهانه است؛^{۱۱۵} اما با توجه به کاربردهای فقهی آن، مانند حج هنگام بیم از تأمین هزینه سفر،^{۱۱۶} اضطراب به خوردن غذای دیگران،^{۱۱۷} تیمم از بیم سرما^{۱۱۸} می‌توان مدعی شد تهلکه، هر عمل خطرناک است؛ چه موجب ضرر باشد یا نباشد.^{۱۱۹} همچنین آیه «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ»^{۱۲۰} با ملاحظه صدر و ذیل آن مفهومی گسترده‌تر از خودکشی دارد و دلالت بر حرمت «خود را به کشتن ندهید» دارد.^{۱۲۱} گواه بر این فهم، انطباق آیه بر آبریختن بر بدن در سرمای زمستان^{۱۲۲} و بی‌مبالاتی در حمله به دشمن^{۱۲۳} است. پرهیز از اقدامات مخاطره‌آمیز از نظر عقلی امری پسندیده (حسن) و انجام چنین کارهایی امری ناپسند (قبیح) است. در نتیجه، می‌توان به استناد قاعدة ملازمه حکم عقل و حکم شرع، به حرمت شرعی چنین اقداماتی حکم کرد.^{۱۲۴}

۱۱۳. نراقی، عوائد الایام، ۸۷.

۱۱۴. بقره: ۱۹۵.

۱۱۵. آلوسی، روح المعانی، ۷۷/۲.

۱۱۶. الهادی، الاحکام فی الحلال و الحرام، ۲۹۵/۱.

۱۱۷. ابن‌براج، جواهر الفقه، ۲۰۸.

۱۱۸. ابن‌قدامة، المغنی، ۱/۱۹۲ تا ۱۹۳.

۱۱۹. نظری توکلی، ترفیع و زرع الاعضاء، ۹۷.

۱۲۰. نساء: ۲۹.

۱۲۱. نظری توکلی، ترفیع و زرع الاعضاء، ۱۰۷.

۱۲۲. عیاشی، تفسیر عیاشی، ۲۳۶/۱.

۱۲۳. قمی، تفسیر قمی، ۱۳۶/۸.

۱۲۴. طباطبائی حکیم، محکم فی اصول الفقه، ۱۶۱/۲.

۳. ۱. ۳. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

وجوب دفع ضرر محتمل، از جمله قواعد کلامی است^{۱۲۵} که در متون فقهی نیز مورد استناد فقها قرار گرفته و گاه از آن به قاعده فقهی نیز یاد شده است.^{۱۲۶} ضرر محتمل در این قاعده هر چند می تواند شامل هر ضرری شود که احتمال وقوع آن اندک باشد؛^{۱۲۷} اما کاربست های فقهی این قاعده و قرار گرفتن آن در زمره دلایل ظنی نشان می دهد که مقصود از محتمل، ضرری است که احتمال وقوع آن در مرتبه ظن قرار گیرد.^{۱۲۸} همچنان که منظور از وجوب در این قاعده، وجوبی عقلی است، نه وجوب شرعی؛ یعنی دفع ضرر محتمل، عمل واجبی نیست که شارع به آن امر کرده است، بلکه عقل مستقل و بدون نیاز به شرع آن را تأیید می کند.^{۱۲۹} هر چند برخی از اصولیان بر این باورند که منظور، ضرر اخروی و در نتیجه، لزوم پرهیز از انجام هر کاری است که می تواند منجر به کیفر اخروی شود؛ چرا که دفع ضرر دنیوی قطعی هم لازم نیست.^{۱۳۰} اما انحصار در ضرر اخروی موجه به نظر نمی رسد، این قاعده افزون بر آن می تواند ضرر دنیوی را نیز در بر گیرد.^{۱۳۱}

به هر روی، از آن جهت که احکام عقلی تخصیص بردار نیستند، وجوب دفع ضرر محتمل در همه ابعاد زندگی انسان جریان یافته است.^{۱۳۲}

از این رو، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل می تواند در حوزه سلامت فردی به کار رود و عاملی برای پذیرش اقدامات پیشگیرانه در حوزه بهداشت و درمان باشد. هر چند خودداری از مراقبت های بهداشتی منجر به آسیب دیدگی قطعی شخص نمی شود و انجام آن ها نیز تأمین کننده سلامت همه جانبه وی نمی شود، اما انجام آن ها می تواند خطر ابتلا به بیماری را کاهش دهد. این قاعده در حوزه سلامت عمومی نیز به کار رفته است و قابلیت دارد تا دولت ها را موظف به انجام کارهایی کند که سطح سلامت جامعه را ارتقا دهند و از به وجود آمدن یا گسترش بیماری های فراگیر جلوگیری کند.

۳. ۱. ۴. قاعده وجوب حفظ نفس محترم

۱۲۵. علامه حلی، الفین فی امامة، ۳۷۴، ۳۹۹.

۱۲۶. مصطفوی، القواعد الفقهية، ۳۰۶.

۱۲۷. نائینی، فوائد الأصول، ۲۱۴ تا ۲۱۵.

۱۲۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۱۰/۵.

۱۲۹. نائینی، فوائد الأصول، ۲۱۴/۳.

۱۳۰. خرازی، عمدة الاصول، ۵۵۰/۵؛ خویی، مصباح الأصول، ۲۸۷/۱.

۱۳۱. بجنوردی، قواعد الفقهية، ۳۳۴/۷.

۱۳۲. تراقی، مستند الشیعة، ۳۷۶/۳؛ شهید ثانی، روضة البهية، ۳۲۸/۷.

یکی از قواعد مهم فقهی، قاعده وجوب حفظ نفس محترم است.^{۱۳۳} منظور از نفس محترم در این قاعده، تمامی انسان‌ها و حیوانات روح‌دار است.^{۱۳۴} بنابر حکم تکلیفی وجوب حفظ نفس محترم، بر هر مکلف قادری واجب است تا جان خود و دیگر انسان‌ها و حیوانات را از خطر مرگ نجات دهد؛ بدین ترتیب، نه تنها خودکشی و دیگرکشی و حیوان‌کشی عملی حرام است؛ بلکه اگر جان خود یا انسان دیگری یا حیوانی در معرض خطر مرگ قرار گرفت، لازم است با اقدام مؤثر از وقوع این رخداد جلوگیری کرد.^{۱۳۵} اما باتوجه به شناوربودن مفهوم حفظ نفس محترم، از حفظ از خطر مرگ تا حفظ سلامت، بنابراین می‌توان مدعی شد همان‌گونه که رهانیدن خود و دیگران و حیوانات از خطر مرگ واجب است، تلاش برای حفظ سلامت آن‌ها نیز واجب است. روشن است این وجوب از گونه وجوب عینی کفایی است که در صورت نبود افراد مناسب و توانمند، تبدیل به وجوب عینی تعیینی می‌شود.^{۱۳۶} بهترین گواه برای این ادعا، کاربست فقهی قاعده و استناد فقها به آن در مسائل مختلف فقهی است، از جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: وجوب تقیه برای حراست از جان انسان، وجوب غذادادن به زندانیان (اسیران)، وجوب قطع نماز برای رهایی انسان از خطر و هلاکت، وجوب شکافتن شکم زن حامله مرده برای بیرون آوردن جنین زنده.^{۱۳۷}

۳. ۱. ۵. قاعده ضرورت احیای نفس محترم

در برخی از متون فقهی به استناد آیه «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»^{۱۳۸} از قاعده‌ای با عنوان «وجوب احیای نفس محترم» یاد شده است.^{۱۳۹} احیای نفس محترم چنان اهمیتی دارد که در صورت تعارض آن با دیگر واجبات شرعی، احیای نفس تقدم دارد،^{۱۴۰} هر چند آن عمل، یکی از عبادات همچون نماز باشد.^{۱۴۱}

هر چند عنوان نفس محترم در این قاعده و قاعده وجوب نفس محترم به یک معنا به کار رفته است و همین امر سبب شده تا یکسان انگاشته شوند؛ اما به نظر می‌رسد قاعده «احیای نفس محترم» از دو جهت خاص‌تر از قاعده «حفظ نفس محترم باشد»، زیرا شامل خود مکلف نمی‌شود؛ یعنی عنوان احیا بر عمل

۱۳۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳۳/۳۶؛ خواجه‌ی، جامع الشتات، ۳۰.

۱۳۴. انصاری، موسوعة الفقهية الميسرة، ۱۹۸/۱.

۱۳۵. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۴۰۶/۲.

۱۳۶. فضل‌الله، فقه الشريعة، ۶۱۲/۱؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۸۹/۱.

۱۳۷. نظری توکلی، ترویج و زرع الاعضاء، ۱۱۸ تا ۱۱۷.

۱۳۸. مانده: ۳۲.

۱۳۹. انصاری، مکاسب، ۲۴۹/۱.

۱۴۰. روحانی، منهاج الفقاهة، ۲۶۳/۲.

۱۴۱. علامه حلی، منتهی المطلب، ۲۵/۳.

مكلف نسبت به جان خود صدق نمی‌کند، همچنان که عنوان احیای تنها بر رهانیدن دیگران از خطر مرگ صادق بوده، شامل حفظ سلامت وی در مراتب پایین‌تر از مرگ نمی‌شود.

ازاین‌رو، هرچند منظور از احیای نفس آفریدن انسانی زنده یا زنده‌کردن انسانی مرده نیست؛^{۱۴۲} اما این احیا می‌تواند به شکل‌های مختلفی انجام شود، همچون نجات انسان‌ها یا حیوانات از خطر مرگ در حوادث طبیعی یا از خطر انسان‌های آسیب‌رسان، مانند اشرار یا خطر حیوانات آسیب‌رسان.^{۱۴۳} از آنجاکه احیاکردن مفهومی عرفی دارد، بنابر فهم مفسران، شخصی که انسانی را از غرق‌شدن یا سوختن یا زیر آواررفتن یا هر عامل کشنده دیگری نجات دهد یا او را از گم‌شدن رهایی بخشد، مانند آن است که همه انسان‌ها را زنده کرده است.^{۱۴۴} همچنین پزشکی (کادر درمان) که بیمار را با درمان‌کردن از خطر مرگ می‌رهاند، او را احیا کرده است.^{۱۴۵}

۳. ۱. ۶. قاعده لزوم انجام کار خیر

براساس مفاد آیه «فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ»^{۱۴۶} برخی از فقها از قاعده‌ای به نام «لزوم انجام کار خیر» یا «لزوم پیشی‌گرفتن در انجام کار» یاد کرده‌اند.^{۱۴۷} بدون شک، واژه خیر به معنای مرتبط با شأن نزول آیه محدود نشده است و معانی دیگری را نیز در بر می‌گیرد، همچون کارهای شایسته،^{۱۴۸} آنچه باعث اطاعت از خداوند می‌شود، آنچه در دنیا و آخرت سودمند است، احکام و تکالیف شرعی،^{۱۴۹} فرامین الهی.^{۱۵۰} باتوجه به کاربست صیغه امر «فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ» و ظهور صیغه امر در وجوب،^{۱۵۱} پیش‌دستی در انجام کار خیر امری واجب است، مگر جایی که دلیل (قرینه) بر استحباب آن باشد.^{۱۵۲} از آنجاکه براساس آموزه‌های دینی تلاش برای حفظ جان انسان‌ها از خطر مرگ و نیز ایجاد آسایش ناشی از بازیابی سلامت خود، از بارزترین نمونه‌های کار خیر؛ بلکه بالاترین آن‌هاست، بر افرادی که صلاحیت دخالت در چنین کاری دارند واجب است اقدامات لازم دراین‌باره را تا هر سطح و اندازه‌ای که می‌توانند

۱۴۲. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی، ۲۳۲/۷.

۱۴۳. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی، ۲۳۱/۷.

۱۴۴. بیضاوی، انوار التنزیل، ۱۲۴/۲.

۱۴۵. طباطبائی، المیزان، ۳۱۷/۵.

۱۴۶. بقره: ۱۴۸؛ مائده: ۴۸.

۱۴۷. سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۵۲/۱۵.

۱۴۸. صدیق حسن‌خان، فتح البیان، ۲۱۸/۱.

۱۴۹. طباطبائی، المیزان، ۳۵۳/۵.

۱۵۰. شوکانی، فتح القدیر، ۱۸۳/۱؛ نسفی، تفسیر نسفی، ۲۲۰/۱.

۱۵۱. مظفر، اصول الفقه، ۶۳/۱.

۱۵۲. سبحانی، الموجز، ۵۶/۱.

انجام دهند، به‌ویژه اگر شخص مصدوم یا بیمار در وضعیت اورژانس باشد.

۲.۳. قواعد فقهی سلامت‌گرایز

باوجود آنچه گذشت، در میان متون فقهی به قواعدی بر می‌خوریم که می‌توان از نگاه نخست به آن‌ها به دست آورد که حفظ سلامت خود، ضروری نیست و مکلف می‌تواند بسته به صلاح‌دید خود از سلامتی‌اش چشم‌پوشی کند، هرچند این نگاه با نقدهای جدی روبه‌روست.

أ. قاعدة سلطنة: قاعدة سلطنة، ازجمله قواعد مسلم فقهی است. هرچند خوانش مشهور از آن به‌استناد حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»، سلطه انسان بر اموال خود است؛^{۱۵۳} ولی باتوجه‌به عقلایی بودن مفاد این قاعده، برخی از فقهای مسلمان، مفاد آن را تعمیم داده و بر این باورند که سلطنت بر جان همچون سلطنت بر مال، امری پذیرفته شده است.^{۱۵۴} بنابراین، ضعف سندی حدیث نبوی آسیبی به اعتبار آن نمی‌زند.^{۱۵۵}

باچشم‌پوشی از حرمت خودکشی که مستند به آیه «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ»^{۱۵۶} است و فقهای مسلمان نیز بر آن اتفاق‌نظر دارند،^{۱۵۷} اطلاق سلطه انسان بر تمامیت بدن خود می‌تواند اثبات‌کننده اختیار مشروع انسان در انجام هر کاری باشد که به سلامت او آسیب زند.^{۱۵۸} اما همان‌گونه که تصرف انسان بر اموال خود دارای محدودیت است،^{۱۵۹} تصرف انسان در تمامیت جسمانی خود نیز اطلاق ندارد و شارع آن را محدود به جایی کرده که موجب آسیب‌رسانی به خود نشود (تقدم حرمت اضرار به نفس بر سلطنت).^{۱۶۰}

ب. قاعدة تفویض کارهای مؤمن به خودش: بنابر مفاد جمله «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا» از روایت ابوالحسن احمدی؛^{۱۶۱} خداوند حق تصمیم‌گیری درباره امور مؤمن را به خود او واگذار کرده است.^{۱۶۲} اگر به چنین برداشت گسترده‌ای از این روایت پایبند باشیم، از آنجاکه یکی از امور مؤمن، مسائل مرتبط با سلامت جسمانی اوست؛ باید بپذیریم مؤمن مجاز است نسبت به سلامت خود

۱۵۳. ابن‌ابی‌جمهور، اقطاب الفقهیة، ۲۰۸/۳.

۱۵۴. خویی، مصباح الفقاهة، ۲۱۷/۶.

۱۵۵. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۲۸.

۱۵۶. نساء: ۲۹.

۱۵۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۷۰/۳۶.

۱۵۸. منتظری، دراسات فی ولاية الفقهیة، ۳۴۲/۲.

۱۵۹. ایروانی، دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة، ۱۰۴/۲.

۱۶۰. بحرانی، حدائق الناضرة، ۴۴/۲۲؛ خرازی، بحوث الهامة، ۳۰۴/۲.

۱۶۱. کلینی، الکافی، ۶۳/۵.

۱۶۲. مؤمن فقی، کلمات سدیدة، ۱۶۴.

تصمیم‌گیری کند و بنابر تشخیص خود کارهایی را انجام دهد یا کارهایی را انجام ندهد که نتیجه آن به خطراتادن سلامت باشد.^{۱۶۳}

چنین برداشتی از این قاعده موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا از یک سو گزاره «تفویض هر چیزی به مؤمن»، از نظر مفهومی مجمل است و از سوی دیگر چون اصل در قید، احترازی بودن است،^{۱۶۴} «مؤمن بودن» در این قاعده نقش اساسی دارد. روشن است که مؤمن از جهت انسان بودن وظایفی دارد و از جهت مؤمن بودن تکالیفی دیگر. مؤمن به سبب ایمان خود ملزم به رعایت قوانین و فرامین دینی (انجام واجبات و ترک محرمات) است و نمی‌تواند درحالی که مؤمن است مقررات دینی را در تصمیم‌گیری و رفتار خود نادیده بگیرد. در نتیجه، اگر آن‌گونه که پس از این خواهد آمد بپذیریم آسیب‌رسانی به تمامیت جسمانی خود حرام و حفظ سلامت خود واجب است، دیگر نمی‌توان به استناد قاعده تفویض، انجام کارهایی که سلامت انسان را به خطر می‌اندازد مشروع دانست.^{۱۶۵}

نتیجه‌گیری

سیاست‌گذاران در حوزه مسائل اجتماعی با استفاده از معیار «امید به زندگی»، سطح سلامت جامعه را سنجیده و با بهره‌گیری از این شاخص در پی ارتقای سطح آن در جامعه هستند. امید به زندگی با کیفیت زندگی، دو مؤلفه به هم پیوسته هستند، به گونه‌ای که افزایش کیفیت زندگی، نرخ امید به زندگی را نیز افزایش می‌دهد. با توجه به تأثیر مستقیم سلامت جسمی و روانی در کیفیت زندگی، عدم برخورداری از سلامت جسمی یا روانی سبب کاهش کیفیت زندگی و در نتیجه، کاهش نرخ امید به زندگی می‌شود. مسئله امید به زندگی در آموزه‌های دینی با چهار رویکرد مورد توجه قرار گرفته است: ارزشمندی طول عمر بیشتر، مطلوب بودن آرزوی طول عمر بیشتر داشتن، تلاش برای افزایش طول عمر با انجام کارهای نیکو و تلاش برای جلوگیری از کاهش طول عمر ناشی از عدم انجام کارهای خیر یا انجام کارهای ناپسند. با وجود اهمیت طول عمر و لزوم تلاش برای افزایش و جلوگیری از کاهش آن در منابع دینی؛ این طول عمر هنگامی از ارزش دینی برخوردار است که همراه با سلامت جسمانی روانی و به منظور افزایش کارهای پسندیده (عمل صالح) باشد. تأمین سلامت بدن و عقل دو هدف نهایی از قانونگذاری در نظام فقه اسلامی در نظر گرفته شده است

۱۶۳. مؤمن قمی، کلمات سدیدة، ۱۶۴.

۱۶۴. مظفر، اصول الفقه، ۱/۱۱۴.

۱۶۵ نظری توکلی، ترقیع وزرع الاعضاء، ۱۶۰

و به همین جهت، آسیب‌رسانی به خود (اضرار به نفس) و انجام کارهای مخاطره‌آمیز (تغریر به نفس) امری حرام به شمار می‌آید؛ مکلف در صورت آسیب‌رسانی یا به خطر انداختن سلامت جسمانی و عقلی خود یا دیگران، افزون‌بر کیفر اخروی، بسته به مورد، مسئولیت کیفری و مدنی نیز دارد.

و جوب دفع ضرر محتمل، و جوب حفظ نفس محترم، ضرورت احیای نفس محترم و لزوم انجام کار خیر، از جمله قواعد فقهی به شمار می‌آیند که هم‌بستگی معنایی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر وجوب تلاش برای حفظ سلامت جسمانی و روانی دلالت دارند.

احترام به خودمختاری انسان در تصمیم‌گیری نسبت به تمامیت جسمانی خود هر چند در قالب دو قاعده «سلطنت بر نفس» و «تفویض امور مؤمن به خودش» مورد تأکید فقهای مسلمان قرار گرفته است، ولی باتوجه به اینکه بدن انسان متعلق حق الهی نیز قرار دارد، مکلف مجاز نیست به استناد به خودمختاری ذاتی که دارد به سلامت خود آسیب وارد کند یا از سلامتش حفاظت نکند.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.

آل کجباف، حسین. «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی. ۷، ش ۲۴، ۱۳۹۲، ۱۳۹ تا ۱۷۰.

آلوسی، محمود بن عبدالله. روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۴۱۵ق.

آمدی، عبدالواحد بن محمد. غرر الحکم و درر الکلم. قم: دار الکتب الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی. اقطاب الفقهیة علی مذهب الامامیة. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی. ۱۴۱۰ق.

ابن‌اشعث، محمد بن محمد. الاشعثیات. تهران: مکتبة النینوی الحدیثة. بی‌تا.

ابن بابویه، محمد بن علی. الأمالی. تهران: کتابچی. چاپ ششم، ۱۳۷۶.

ابن بابویه، محمد بن علی. الخصال. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۶۲.

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر. جواهر الفقه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۱ق.

ابن‌حیون، نعمان بن محمد. دعائم الإسلام. قم: آل‌البیت (ع). چاپ دوم، ۱۳۸۵.

ابن‌سینا، حسین بن عبدالله. شفاء المنطق. قم: چاپخانه آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی (ره). ۱۴۰۵ق.

ابن‌سینا، حسین بن عبدالله. قانون فی الطب. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۲۰۰۵م.

- ابن شعبه، حسن بن علی. تحف العقول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- ابن طاووس، علی بن موسی. اقبال بالأعمال الحسنة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۷۶.
- ابن عاشور، محمد طاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ۱۴۲۵ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. مصر: مكتبة القاهرة. ۱۳۸۸ق.
- اصلائی، سیاوش. حق بر سلامت، تأثیر بین المللی در حق بر سلامت به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر در حقوق عمومی ایران. تبریز: آیدین و یانار. ۱۳۹۶.
- انصاری، قدرت الله. موسوعة احكام الاطفال و ادلتها. قم: مركز فقهی ائمة اطهار (ع). ۱۴۲۹ق.
- انصاری، محمد علی. الموسوعة الفقهية الميسرة و يليها الملحق الاصولی. قم: مجمع الفكر الاسلامی. ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المكاسب. قم: دار الذخائر. ۱۴۱۱ق.
- انصاری، عبدالله بن محمد. كشف الاسرار و عدة الابرار. تهران: امیر کبیر. چاپ پنجم، ۱۳۷۱.
- ایروانی، باقر. دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه. قم: مؤسسه الفقه. ۱۳۸۴.
- بجنوردی، حسن. قواعد الفقهیه. قم: الهادی. ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد. حدائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۶۳.
- برقی، احمد بن محمد. المحاسن. قم: دار الكتب الإسلامية. چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- بیضاوی، عبدالله بن عمر. انوار التنزیل و اسرار التأویل. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۱۸ق.
- پاینده، ابوالقاسم. نهج الفصاحة. تهران: دنیای دانش. چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
- تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الاحکام. قم: دار الصدیقة الشهیده. چاپ سوم، ۱۴۲۷ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی. سنن الترمذی. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. چاپ دوم، ۱۳۹۵ق.
- تصدير عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة. مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجدة. نرم افزار مكتبة الشاملة.
- جاهد، رضا. داروخانه معنوی. مشهد: هاتف. چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۰.
- جرجانی، سید اسماعیل. ذخیره خوارزمشاهی. تهران: فرهنگستان علوم پزشکی جمهوری اسلامی ایران. ۱۳۸۰.
- جمعی از پژوهشگران. موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت. ۱۴۲۳ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.
- حسینی محمد آباد، سید ابوذری، علی اصغر حسینی محمد آباد. روش های اسلامی تأمین بهداشت روان. مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی. ۱۳۹۴.
- حویزی، عبدعلی بن جمعه. تفسیر نور الثقلین. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.

- خرازی، محسن. البحوث الهامة في المكاسب المحرمة. قم: مؤسسة در راه حق. ۱۴۲۳ق.
- خرازی، محسن. عمدة الأصول، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۲۲ق.
- خمینی، روح الله. کتاب الطهارة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۳۹۲.
- خواجهوبی، اسماعیل بن محمد حسین. جامع الشتات. بی جا: بی نا. ۱۴۱۸ق.
- خوانساری، رضی الدین محمد بن حسین، تکمیل مشارق الشموس، بی جا: بی نا، بی تا.
- خوشنویس، مریم، جمشید پژویان. «بررسی تأثیر آلودگی محیط زیست بر شاخص توسعه انسانی در کشورهای توسعه یافته»، فصلنامه علوم اقتصادی. ش ۲۰، ۱۳۹۱، ص ۶۷ تا ۷۹.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول، قم: مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. نجف: حقوق الطبع محفوظة للمؤلف المطبعة الحيدرية. ۱۳۷۸ق.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئي. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی. ۱۴۱۸ق.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. چاپ پنجم، ۱۴۲۹ق.
- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد. مجلة البحوث الإسلامية. نرم افزار مکتبه الشاملة.
- زحیلی، وهبه. اصول الفقه الإسلامی. دمشق: دار الفكر. ۱۴۰۶ق.
- زعفری زاده، مهدیه. بهداشت روانی از دیدگاه قرآن و روایات. تهران: پندار قلم. ۱۳۹۷.
- سبحانی، جعفر. ایضاحات السنیه للقواعد الفقهیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۳۶ق.
- سبحانی، جعفر. الموجز في اصول الفقه يبحث عن الأدلة اللفظية والعقلية. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۰ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مذهب الاحکام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سرابی، حسن. روش های مقدماتی تحلیل جمعیت. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- سويدان، طارق. الشريعة الإسلامية-مقاصدها و خصائصها. ۲۰۲۲م. <https://suwaidan.com>
- شاطبی، ابراهیم بن موسی. الموافقات في اصول الشريعة. بی جا: دار ابن عفان. ۱۴۱۷ق.
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد. قاعدة لا ضرر. قم: مؤسسه نشر اسلامی. بی تا.
- شعاع کاظمی، مهرانگیز، مهرآور مؤمنی جاوید. «بررسی رابطه بین کیفیت زندگی و امید به زندگی در بیماران مبتلا به سرطان بعد از عمل جراحی»، فصلنامه بیماری های پستان ایران. ش ۳ و ۴، ۱۳۸۸، ۲۰ تا ۲۷.
- شوکانی، محمد. فتح القدير. دمشق: دار ابن كثير. ۱۴۱۴ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. به تحقیق سید عبدالهادی حکیم. قم: مکتبه المفید. بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی. موسوعة الشهيد الاول. قم: مکتبه الاعلام الاسلامی. ۱۴۳۰ق.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی. روضة البهية فی شرح لمعة الدمشقية. قم: داورى. ۱۴۱۰ق.
- شیخی، محمد تقی. مبانی و مفاهیم جمعیت شناسی. تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۷۷.
- صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، بی تا.
- صدیق حسن خان، محمد صدیق. فتح البیان فی مقاصد القرآن. لبنان: دار الکتب العلمیة، محمد علی بیضون. ۱۴۲۰ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: آل البيت لاحیاء التراث. ۱۴۰۴ق.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید. محکم فی اصول الفقه. قم: المنار. ۱۴۱۴ق.
- طباطبائی، محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: اعلمی. چاپ دوم، ۱۳۹۰ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد. التفسیر الکبیر: تفسیر القرآن العظیم. اردن: دار الکتب الثقافی. ۲۰۰۸م.
- طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصر خسرو. چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- طوسی، محمد بن حسن. مصباح المتهجد و سلاح المتعبد. بیروت: فقه الشیعة. ۱۴۱۱ق.
- عباسی، فاطمه، اکرم حسنی، ندا نژاد حمیدی. نگاهی به مفهوم کیفیت زندگی. اراک: آی سانا. ۱۳۹۵.
- عزیزی، فریدون، گروه سلامت معنوی فرهنگستان علوم پزشکی جمهوری اسلامی ایران. سلامت معنوی: چیستی، چرایی و چگونگی. تهران: انتشارات حقوقی. ۱۳۹۴.
- عظیمی، لیلا، علی باجلان. مطالعات کیفیت زندگی. اراک: نشر نویسنده. ۱۳۸۸.
- علاقه مند، مریم، فرخ لقا ثروت، فاطمه زارع پور. «بررسی رابطه بین کیفیت زندگی و امید به زندگی در بیماران مبتلا به سرطان پستان»، دو ماهنامه علمی پژوهشی. ش ۲، ۱۳۹۵، ۱۷۵ تا ۱۸۵.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. الالفین فی امامة امیر المؤمنین علی بن ابی طالب علیه السلام. بیروت: بی نا. ۱۴۰۲ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت لاحیاء التراث. ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: آستانة الرضویه المقدسة، مجمع البحوث الاسلامیة. ۱۴۱۲ق.
- علم الهدی، علی بن حسین. الذریعة الی اصول الشریعة. به تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرگی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۴۶.
- علم الهدی، علی بن حسین. الانتصار. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۵ق.
- عیاشی، محمد بن مسعود. تفسیر عیاشی. تهران: مکتبة العلمیة الاسلامیة. ۱۳۸۰.
- غزالی، محمد بن محمد. المستصفی فی علم الاصول. بی جا: دار الکتب العلمیة. ۱۴۱۳ق.
- فاسی، علال. مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها. رباط: دار الامان. چاپ چهارم، ۱۴۱۱ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: آیت الله العظمی مرعشی. ۱۴۰۴ق.

فاضل موحدی لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه (کتاب الحج)، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.

فتال نیشابوری، محمد بن احمد. روضة الواعظین و بصيرة المتعظین. قم: رضی. ۱۳۷۵.

فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان. ۱۳۸۷.

فضل الله، محمد حسین. فقه الشریعة. بیروت: دار الملائک. چاپ نهم، ۱۴۳۱ق.

قطب راوندی، سعید بن هبة الله. دعوات. قم: مدرسه امام مهدی. ۱۴۰۷ق.

قمی، علی بن ابراهیم. تفسیر قمی. قم: دار الکتاب. چاپ سوم، ۱۳۶۳.

کاظمی پور، شهلا. مبانی جمعیت‌شناسی. تهران: مرکز مطالعات و پژوهش‌های جمعیتی آسیا و اقیانوسیه. چاپ دوم، ۱۳۸۳.

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

لیثی واسطی، علی بن محمد. عیون الحکم و المواعظ. قم: دار الحدیث. ۱۳۷۶.

متقی، علی بن حسام‌الدین. کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. مؤسسة الرسالة. چاپ پنجم، ۱۴۰۱ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه، بخش مدنی. تهران: مرکز نشر اسلامی. چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.

محمدی ری‌شهری، محمد. میزان الحکمة. ترجمه حمیدرضا شیخی. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث. چاپ یازدهم، ۱۳۸۹.

مختاری، مرضیه، جواد نظری. جامعه‌شناسی کیفیت زندگی. تهران: جامعه‌شناسان. ۱۳۸۹.

مرادی، علی، حق سلامت انسان در حقوق بین الملل بشر، تهران: قانون‌یار، ۱۳۹۵.

مرمزی‌پور، زهرا. رهیافتی بر سلامت روان: نظریه و کاربری. تبریز: اختر. ۱۳۹۹.

مشکینی اردبیلی، علی. المواعظ العددیه. ترجمه سیدمرتضی موسوی قافله‌باشی. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث. ۱۳۹۲.

مصطفوی، محمد. القواعد الفقهیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ چهارم، ۱۴۲۱ق.

مظفر، محمد رضا. اصول الفقه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

معزی، اسدالله. مبانی جمعیت‌شناسی. تهران: آوای نور. ۱۳۷۱.

منتظری، حسینعلی. دراسات فی ولاية الفقهیه. قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

مؤمن قمی، محمد. کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۵ق.

نائینی، محمد حسین. تنبیه الأمة و تنزیه الملة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۲۴ق.

- نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۳۷۶.
- نراقی، احمدبن محمد مهدی. عوائد الایام من مهمات الأحکام. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۳۷۵.
- نراقی، احمدبن محمد مهدی. مستند الشیعة. قم: آل البيت لاحیاء التراث. ۱۴۱۵ق.
- نسائی، احمدبن علی. السنن الکبری. بیروت: الرسالة. ۱۴۲۱ق.
- نسفی، عمر بن محمد. تفسیر نسفی. تهران: صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، سروش. ۱۳۶۷.
- نظری توکلی، سعید. ترفیع و زرع الاعضا فی الفقه الاسلامی. مشهد: آستانة الرضویة المقدسة، مجمع البحوث الاسلامی. ۱۳۸۰.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۸ق.
- وزارة الأوقاف والشنون الإسلامية-الکویت. الموسوعة الفقهية الكويتية. کویت: دار السلاسل. چاپ دوم، ۱۴۰۴ تا ۱۴۲۷ق.
- ویلیکینسون، ریچارد. جامعه شناسی سلامت، ثروت و عدالت. ترجمه شیرین احمدنیا، ابوالقاسم پوررضا. تهران: سمت. ۱۳۹۳.
- الهادی، یحیی بن حسین. الاحکام فی الحلال و الحرام. بی جا: بی نا. ۱۴۱۰ق.

http://www.economist.com/media/pdf/QUALITY_OF_LIFE.pdf

Mahoney, K.E & Mahoney, P. (eds), Human rights in the twenty-first century Dordrecht, Kluwer, 1993.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

- ‘Abbāsī, Faṭimah; Akram Ḥasanī, Nidā Nizhādḥamdi. *Nigāhī bi Maḥūm Kiyfiyat Zindigī*. Arāk: Āy Sānā, 2017/1395.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzim ibn Ḥusayn. *Kitāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.
- Āl Kajbāf, Ḥusayn. "Maḥūm va Jāyghā Ḥaq bar Salāmat dar Asnād Biyn al-Milallī Ḥuqūq-i Bashār". *Faṣlnāmih-yi Ḥuqūq-i Pizishkī*. Yr. 7, no. 24 (2014/1392): 139-170.
- ‘Alam al-Hudā, ‘Alī ibn Ḥusayn. *al-Intishār*. Qum: Mū āssisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1415.
- ‘Alam al-Hudā, ‘Alī ibn Ḥusayn. *al-Dharī‘a ilā Uṣūl al-Sharī‘a*. ed. Abū al-Qāsim Gurjī. Tehran: Intishārāt-i University of Tehran, 1367/1346.
- ‘Alāqihmand, Maryam, Farukhlaqā Ṣirvat, Faṭimah Zārī ‘pūr. " Barrisī Rābiṭih-yi Bayn Kiyfiyat Zindigī va Umīd bi Zindigī dar Bimārān Muṭtalā bi Saraṭān Pistān". *Du Māhnāmah ‘Ilmī Pazūhish*, no. 2 (2017/1395): 175-185.
- al-Hādī, Yahyā ibn Ḥusayn. *al-Aḥkām fi al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. s.l. s.n. 1990/1410.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Al-Alafayn fi Imāma Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS)*. Beirut: s.n.

1982/1402.

‘Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madhhab*. Mashhad: Āstānih Raḍawīya al-Muqadasah, Majma‘ Buḥūth al-Islāmiyya. 1992/1412.

‘Allāmah Ḥilli, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt Ihyā’ al-Tūrāth. 1994/1414.

al-Riāsa al-‘Āma li-Idārāt al-Buḥūth al-‘Ilmiyya wa al-Iftā’ wa al-Da’wa wa al-Irshād. *al-Majala al-Buḥūth al-Islāmiyya*. Narm Afzār Maktaba al-Shāmila.

Ālūsī, Maḥmūd ibn ‘Abd Allāh. *Rūḥ al-Ma‘ānī fī Tafsīr al-Qurān al-‘Azīm wa al-Sab‘ al-Mathānī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya, 1994/1415.

Āmidī, ‘Abd al-Wahīd ibn Muḥammad. *Ghurar al-Ḥikam va Durar al-Kalim*. Qum: Dār al-Kitāb al-Islāmī, Chāp-i Duwwum, 1990/1410.

Anṣārī, ‘Abd Allāh ibn Muḥammad. *Kashf al-Asrār wa ‘Udda al-Abrār*. Tehran: Amīr Kabīr, Chāp-i Panjum, 1993/1371.

Anṣārī, Muḥammad ‘Alī. *Mawsū‘at al-Fiqhiyyah al-Miysarah wa Yalīhā al-Mulḥaq al-Uṣūlī*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. 1995/1415.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Dār al-Dhakhā‘ir, 1991/1411.

Anṣārī, Qudrat Allāh. *Mawsū‘at Ahkām al-Atfāl wa Adillatihā*. Qum: Markaz-i Fiqhī A‘imāh Athār(AS). 2008/1429.

Aṣlānī, Siyāvash. *Ḥaq bar Salāmat, Ta‘thīr Biyn al-Milallī dar Ḥaq bar Salāmat bi ‘Unvān Yikī az Maṣādiq Ḥuqūq Bashār dar Huqūq ‘Umūmī Irān*. Tabriz: Āyḍīn wa Yānār, 1976/1396.

‘Ayyāshī, Muḥammad ibn Mas‘ūd. *Tafsīr ‘Ayyāshī*. Tehran: Maktaba al-‘Ilmiyya al-Islāmiyya. 1961/1380.

‘Azīmī, Liylā, ‘Alī Bājlan. *Muṭālī‘āt Kiyfiyat Zindigī*. Arāk: Nashr Nivisandih. 1969/1388.

‘Azizī, Firiyyūn. Gurūh Salāmat Ma‘navī Farhangistān ‘Ulūm Pizishki Jumhūrī Islāmī Irān. *Salāmat Ma‘navī: Chishti, Chirāyi va Chigūnigi*. Tehran: Intishārāt-i Huqūqī, 2016/1394.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā‘iq al-Nāḍira fī Ahkām al-‘Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.

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

Bayḍawī, ‘Abd Allāh ibn ‘Umar. *Anwār al-Tanzīl wa Asrār al-Ta‘wīl*. Beirut: Dār Ihyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1997/1418.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyya*. Qum: al-Hādī. 1998/1377.

Faḍīl Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā‘i li-Mukhtaṣar al-Sharā‘i*. Qum: Āyat Allāh al-‘Uzmā al-

Mar'ashī. 1984/1404.

Fakhr al-Muḥaqqiqin, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Qum: Ismā'iliyān. 1967/1387.

Fāsi, 'Alāl. *Maqāsid al-Shari'a al-Islāmiya wa Makārimhā*. Ribāt: Dār al-Amān. Chāp-i Chāhārum, 1991/1411.

Fattāl Nayshābūrī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Rawḍa al-Wā'izīn wa Baṣīra al-Mutta'izīn*. Qum: Raḍi, 1997/1375.

Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Shari'a (Kitāb al-Hajj)*. Beirut: Dār al-Ta'aruf li-l-Maṭbū'āt. Chāp-i Duwum, 1997/1418.

Fāzil Allāh, Muḥammad Ḥusayn. *Fiqh al-Shari'a*. Beirut: Dār al-Malāk, Chāp-i Nuhum, 2010/1431.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā fī 'Ilm al-Uṣūl*. S.l: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. 1993/1413.

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

Ḥusaynī Muḥammadābād, Sayyid Abūzar, 'Alī Aṣghar Ḥusaynī Muḥammadābād. *Ravish-hā-yi Islāmī Ta'mīn Bihdāsh Ravān*. Mashhad: Bunyād-i Pazhūhish-hā-yi Islāmī. 2015/1394.

Ḥūwayzī, 'Abd 'Alī ibn Jum'ah. *Tafsīr Nūr al-Thaqalayn*. Qum: Ismā'iliyān. Chāp-i Chāhārum, 1995/1415.

Ibn Qudāmāh, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Miṣr: al-Qāhirah. 1969/1388.

Ibn Abi Jumhūr. Muḥammad ibn 'Alī. Aqṭāb *al-Fiqhiya 'alā Madhhab al-Imāmiya*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī. 1990/1410.

Ibn Ash'ath, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Ash'athiyāt*. Tehran: Maktaba Niynawā al-Ḥadītha. s.d.

Ibn 'Āshūr, Muḥammad Ṭāhir. *Maqāsid al-Shari'a al-Islāmiyya*. Qatar: Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shu'ūn al-Islāmiyya, 2004/1425.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Amālī*. Tehran: Kitābchī. Chāp-i Shishum, 1998/1376.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Khiṣāl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1984/1362.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwum, 1993/1413.

Ibn Barrāj, 'Abd 'Aziz ibn Niḥrīr. *Jawāhir al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1991/1411.

Ibn Ḥiyūn Nu'mān ibn Muḥammad. *Da'ā'im al-Islām*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwum, 2007/1385.

Ibn Shu'bāh, Ḥasan ibn 'Alī. *Tuḥaf al-Uqūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwum, 1984/1404.

Ibn Sinā, Ḥusayn ibn 'Abd Allāh. *al-Qānūn fī al-Ṭib*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. 2005/1383.

Ibn Sinā, Ḥusayn ibn 'Abd Allāh. *al-Shifā' al-Mantiq*. Qum: Chāpkhānah-yi Āyat Allāh al-'Uzmā Mar'ashī Najafī,

1985/1405.

Ibn Ṭāwūs, ‘Ali ibn Mūsā. *Iqbal al-A‘mal al-Hasana*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1376.

Īrawānī, Bāqir. *Durus Tamhidiyah fi al-Qawā'id al-Fiqhiya*. Qum: Mū‘assisa al-Fiqh. 1965/1384.

Jahid, Riḍā. *Dārūkhānih Ma‘navī*. Mashhad: Hātif. Chāp Bist va Sivum, 2002/1380.

Jam‘ī az Pazhūhishgarān. *Mawsū‘at al-Fiqh al-Islāmī Tibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt*. Qum: Mū‘assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt. 2002/1423.

Jurjānī, Sayyid Ismā‘īl. *Zakhīrih Khārazmshāhi*. Tehran: Farhangistān ‘Ulūm Pizishki Jumhūrī Islāmī Irān, 2002/1380.

Karāzī, Muḥsin. *Al-Buḥūth al-Hāma fi al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū‘assisah-yi dar Rāh Ḥaqq, 2002/1423.

Karāzī, Muḥsin. *al-Umda al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisah-yi dar Rāh Ḥaqq, 2001/1422.

Kāzīmīpūr, Shahlā. *Mabānī Jam‘iyatshināsī*. Tehran: Markaz Muṭālī‘āt va Pazhūhish-hā-yi Jam‘iyatī Āsiyā va Uqiyānūsīyih. Chāp-i Duwwum, 2005/1383.

Khājawī, Ismā‘īl ibn Muḥammad Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Shitāt*. s.l. s.n. 1997/1418.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū‘ī*. Qum: Mū‘assisa Ihya‘ Āṣār al-Imām al-Khū‘ī. 1997/1418.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Najaf: Ḥuqūq al-Ṭabī‘a Maḥfūza li-l- Mu‘allif al-Maktaba al-Ḥyderiyya. 1959/1378.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: al-Maktaba al-Dawari, Chāp-i Panjum, 1996/1417.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb al-Ṭahāra*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2014/1392.

Khūshnīvis, Maryam, Jamshīd Pazhūyān. " Barrisī Ta thīr Ālūdigī Muḥīt Zist bar Shākhiṣ Tūsi‘ih-yi Insānī dar Kishvar-hā-yi Tūsi‘ihyāftih". *Faṣlnāmih-yi ‘Ulūm Iqtisādī*. No. 20 (2012/1391): 39-67.

Khuwānsārī, Raḍī al-Dīn Muḥammad ibn Ḥusayn. *Takmil Mashāriq al-Shumūs*. s.l. s.n. s.d.

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

Liythī Wāsiṭī, ‘Ali ibn Muḥammad. *Uyūn al-Ḥikam wa al-Mawā‘iz*. Qum: Dār al-Ḥadīth, 1998/1376.

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li-Durar Akhbār A‘imma al-Athār*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Duvvum, 1983/1403.

Marmazīpūr, Zahrā. *Rahyāftī bar Salāmat Ravān: Naẓariyih va Kārbast*. Tabriz: Akhtar, 2021/1399.

Mishkīnī Ardabili, ‘Alī. *al-Mawā‘id al-‘Adadayh*. Translated by Sayyid Murtaẓā Mūsawī Qāfilihbāshī. Qum: Mū‘assisah-yi ‘Ilmi Farhangī Dār al-Ḥadīth. 2014/1392.

Muḥammadīrī Shahrī, Muḥammad. *Mizān al-Ḥikma*. Translated by Ḥamīd Riḍā Shaykhī. Qum: Mū‘assisah-yi ‘Ilmi

- Farhangī Dār al-Ḥadīth. Chāp-i Yazdahum, 2010/1389.
- Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Qawā'id Fiḥ: Bakh Madanī*. Tehran: Markaz Nashr Islāmī, 2005/1383.
- Mu'izī, Asad Allāh. *Mabānī Jam'iyatshināsī*. Tehran: Āvāy Nūr. 1992/1371.
- Mukhtārī, Marziyih, Javād Nazārī. *Jāmi' ahshināsī Kiyfiyat Zindigī*. Tehran: Jāmi' ahshināsān, 2010/1389.
- Mu'in Qumī, Muḥammad. *Kalamāt Sadīda fi Masā'il Jadīda*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1995/1415.
- Muntaẓirī. Ḥusayn 'Alī. *Dirāsāt fi Walāya al-Fiqhiya*. Qum: Markaz al-'Ālamī li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya. Chāp-i Duvvum, 1989/1409.
- Murādī, 'Alī. *Ḥaq Salāmat dar Huqūq Bayn al-Milal*. Tehran: Qānūnyār, 2017/1395.
- Muṣṭafawī, Muḥammad. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 2000/1421.
- Muttaqī, 'Alī ibn Ḥisām al-Dīn. *Kanz al-Ummāl fi Sunan al-Aqwāl wa al-Af'āl*. Beirut: Mū'assisa Risālah. Chāp-i Panjum, 1981/1401.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 1951/1370.
- Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1376.
- Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Millah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2003/1424.
- Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *'Awā'id al-Ayām min Muḥamāt al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1997/1375.
- Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a*. Qum: Āl al-Bayt Iḥyā' al-Tūrāth. 1995/1415.
- Nasafī, 'Umar ibn Muḥammad. *Tafsīr Nasafī*. Tehran: Šidā va Šimāy Jumhūrī Islāmī Irān, Surūsh. 1989/1367.
- Nasā'ī, Aḥmad ibn 'Alī. *al-Sunan al-Kubrā*. Beirut: al-Risālah. 2000/1421.
- Nazarī Tavakulī, Sa'id. *Tarqī' wa Zar' al-A'zā fi al-Fiqh Islāmī*. Mashhad: Āstānīh al-Raḍawīya al-Muqadasah, Majma' Buhūth al-Islāmī. 1961/1380.
- Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbat al-Masā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1988/1408.
- Pāyandih, Abū al-Qāsim. *Nahj al-Faṣāḥa*. Tehran: Dunyāy Dānish, Chāp-i Chāhārum, 2003/1382.
- Qumī, 'Alī ibn Ibrāhīm. *Tafsīr al-Qumī*. Qum: Dār al-Kitāb. Chāp-i Sivum, 1985/1363.
- Qutb Rāwandī, Sa'id ibn Haba Allāh. *Da'awāt*. Qum: Madrisah-yi Imām Mahdī. 1987/1407.
- Rūḥānī, Muḥammad Šādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anwār al-Hudā. Chāp-i Panjum, 2008/1429.
- Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām*. Qum: Sayyid 'Abd al-A'lā Sabzawārī. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, s.d.

Sarābī, Hasan. *Ravish-hā-yi Muqadamātī Taḥlīl Jam’iyat*. Tehran: Mū’assisah-yi Intishārāt va Chāp University of Tehran, Chāp-i Chāhārum, 2009/1387.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā’id wa al-Fawā’id*. researched by Sayyid ‘Abd al-Hādī Ḥakīm, Qum: Maktaba, s.d.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Mawsū’a al-Shahīd al-Awwal*. Qum: Maktab al-A’lām al-Islāmī. 2009/1430.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum’a al-Dimashqīya*. Qum: Dāwari. 1990/1410.

Shari’at Iṣfahānī, Faṭḥ Allāh ibn Muḥammad Javād. *Qā’idah lā Ḥarar*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.

Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. *al-Muwāfaqāt fi Uṣūl al-Shari’a*. s.l. Dār Ibn ‘Afān, 1996/1417.

Shawkānī, Muḥammad. *Faṭḥ al-Qadir*. Dimashq: Dār Ibn Kathīr, 1994/1414.

Shaykhī, Muḥammad Taqī. *Mabānī wa Maḥālim Jam’iyatshināsī*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār. 1998/1377.

Shu’a, Mihrangiz, Mihrāvar Mu’min Jāvid. "Barriṣi Rābiṭih-yi Bayn Kiyfiyat Zindigī va Umīd bi Zindigī dar Bimārān Muṭtalā bi Sarātān ba’d az ‘Amal Jarāhi". *Faṣlnāmih-yi Bimārī-hā-yi Pistān Irān*. No. 3-4 (2010/1388): 20-27.

Şidiq Ḥasankhān, Muḥammad Şidiq. *Faṭḥ al-Bayān fi Maqāsid al-Qurān*. Lubnān: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, Muḥammad ‘Alī Bayḍūn. 1999/1420.

Subḥānī, Ja’far. *Idāhāt al-Saniya li-l-Qawā’id al-Fiqhiya*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Şadiq(AS). 2015/1436.

Subḥānī, Ja’far. *al-Mūjaz fi Uṣūl al-Fiqh Yabḥath ān al-Adala al-Lafziya wa al-‘Aqliyn*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Şadiq(AS). Chāp-i Duwwum, 1999/1420.

Suwaydān, Ṭāriq. *al-Shari’a al-‘Ilmiyya- al-Maqāsid-hā wa Khaṣā’is-hā*. 2022/1400.

Ṭabarānī, Sulaymān ibn Aḥmad. *al-Tafsīr al-Kabīr, Tafsīr al-Qurān al-‘Azīm*. Urdun: Dār al-Kitāb al-Thaqāfi. 2008/1429.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma’ al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāṣir Khusrū. Chāp-i Sivum, 1994/1372.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa’id. *al-Muḥkam fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: al-Minār. 1994/1414.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, ‘Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Mas’al*. Qum: Āl al-Bayt Iḥyā’ al-Tūrāth. 1984/1404.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Qum: al-A’lāmī, Chāp-i Duwwum, 1970/1390.

Tabrizī, Javād. *Tanqīḥ Madani al-Aḥkām*. Qum: Dār al-Şidiqa al-Shahīda. Chāp-i Sivum, 2006/1427.

Taşdur ‘ān Munāẓama al-Mu’tamar al-Islāmī bi Jadda. *Majallah Majma’ al-Fiqh al-Islāmī al-Ṭabī’a Li-Munāẓama Al-Mu’tamar al-Islāmī bi Jadda*. Narm Afzār Maktaba al-Shāmila.

Tirmidhī, Muḥammad ibn ʿ^{Isā}. *Sunan al-Tirmidhī*. Egypt: Shirka Maktaba wa Maṭbaʿa Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī, Chāp-i Duwum, 1975/1395.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Miṣbāḥ al-Mutahajjīd wa Silāḥ al-Mutaʿabbid*. Beirut: Fiḥ al-Shiʿa, 1991/1411.

Wilkinson, Richard. *Jāmiʿ ahshināsī Salāmat, Sirvat va ʿAdālat*. Translated by Shīrīn Aḥmadnīyā, Abū al-Qāsim Pūr Riḍā. Tehran: Samt, 2015/1393.

Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shuʿūn al-Islāmiyya-al-Kuwait. *Al-Mawsūʿa al-Fiḥīyah al-Kuwaitiyya*. Kuwait: Dār al-Slāsīl. Chāp-i Duwwum, 1984/1404; 2006/1427.

Zaʿfarizādih, Mahdiyih. *Bihdāsh Ravānī az Didgāh-i Qurān va Rivāyāt*. Tehran: Pindār Qalam, 1977/1397.

Zuḥaylī, Wahbah. *Uṣūl al-Fiḥ al-Islāmī*. Dimashq: Dār al-Fikr, 1986/1406.



Assessing the Capacity of Inferential Statistics for Identifying Customary Practice (*'Urf*) in the Process of *Ijtihād*

Morteza Niazi  (Corresponding Author), Ph.D. Candidate, Department of Decision Sciences and Complex Systems, Faculty of Industrial Management, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: morteza.niazi@ut.ac.ir

Dr. Mohammad Hossein Bayati , Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, University of Edalat, Tehran, Iran

Mahdi Hamzehpoor, Associate Professor of Decision Sciences and Complex Systems, Faculty of Islamic Studies and Management, Imam Sadiq University, Tehran, Iran

Abstract

Customary practice (*'Urf*) refers to the prevailing practice and established custom among people, and is one of the most significant and frequently invoked concepts in jurisprudence and principles of jurisprudence (*uṣūl-i fiqh*). A central issue concerning customary practice is the method by which it should be inferred. Various approaches have previously been proposed for inferring it, such as intuitive analysis, enumeration of elements, inductive reasoning, transmission, and testimonial evidence. The present study seeks to introduce inferential statistics as a methodological tool for the inference of customary practice. Inferential statistics generalizes characteristics derived from a sample to the entire population by employing probability calculus and clear logical procedures. Using estimation theory or statistical hypothesis testing, it can determine whether a given hypothesis holds for the larger community with a high degree of confidence. Thanks to its low-margin error, inferential statistics can move beyond conjecture and assist the jurist or legally responsible individual in gaining confidence regarding the proper inference of the common understanding of a given matter. Alternatively, it may challenge a certitude (*qaṭ'*) generated purely by subjective intuition, destabilize it, and thereby strip it of legal authority (*hujjiyyah*). In such instances, the relevant practical principle appropriate to the issue at hand must then be applied.

Keywords: Customary practice (*'urf*), inference of *'urf*, statistics, inferential statistics, estimation theory, certainty (*qaṭ'*), legal authority (*hujjiyyat*)





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۴۲ - پاییز ۱۴۰۴، ص ۲۶۷ - ۲۴۱

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۳

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.85484.1721>

نوع مقاله: پژوهشی

ظرفیت سنجی آمار استنباطی در جهت استظهار عرف در فرایند اجتهاد

مرتضی نیازی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری گروه علوم تصمیم و سیستم‌های پیچیده، دانشکده مدیریت صنعتی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Email: morteza.niazi@ut.ac.ir

دکتر محمدحسین بیاتی

استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

دکتر مهدی حمزه‌پور

دانشیار علوم تصمیم و سیستم‌های پیچیده، دانشکده معارف اسلامی و مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

چکیده

عرف به معنای امر متداول و عادت مسلم بین مردم است و از مهم‌ترین و پربسامدترین مفاهیم فقهی و اصولی به شمار می‌رود. یکی از مهم‌ترین مباحث پیرامون عرف، نحوه استظهار آن می‌باشد. پیش از این راه‌های مختلفی همچون تحلیل وجدانی، عناصر شماری، استقرا، نقل و شهادت برای استظهار عرف پیشنهاد شده است. این پژوهش درصدد آن است تا یکی از شاخه‌های علم آمار به نام آمار استنباطی را به عنوان یکی از ابزارها در جهت استظهار عرف معرفی کند. آمار استنباطی با استفاده از حساب احتمالات و منطقی روشن، براساس نمونه آماری، ویژگی‌هایی را به کل مجموعه تعمیم می‌دهد و قادر است با تئوری تخمین یا آزمون فرضیه آماری نشان دهد آیا فرضیه موردنظر با درصد اطمینان بالا در کل جامعه نیز صادق است یا خیر. آمار استنباطی می‌تواند با خطای پایین خود از دایره ظنون خارج شده و تا حد اطمینان فقیه یا مکلف را نسبت به استظهار صحیح نظر عرف در باب یک موضوع یاری رساند و یا دست کم قطع ناشی از وجدانیات وی را زیر سؤال برده و با متزلزل ساختن آن، حجیت را از آن جدا کند که در این هنگام باید متناسب با موضوع مورد استنباط، به اصل عملی مربوط به آن مراجعه کرد.

واژگان کلیدی: عرف، استظهار عرف، آمار، آمار استنباطی، تئوری تخمین (برآورد)، قطع، حجیت.

مقدمه

امروزه جایگاه عرف در استنباط احکام شرعیه و دستورهای دینی بر هیچ‌کس پوشیده نیست. بسیاری از قواعد فقهی و اصولی به آیات و روایات مستند است و یکی از مناسب‌ترین مراجع برای تشخیص ظواهر عرف است. تشخیص ظهوراتی نظیر ظهور امر و نهی و مصادیق قمار و غنا و... تنها گوشه‌ای از جایگاه عرف در منظومه استنباطی فقیه به شمار می‌رود. این اهمیت وقتی دوچندان می‌شود که بدانیم علاوه بر کاربرد عرف در علم اصول فقه که قواعد مشترکه همه ابواب فقهی برای استنباط احکام شرعیه است،^۱ در خود علم فقه نیز محدود به باب خاصی از ابواب فقهی نیست و از طهارت تا حدود و دیات شامل مواردی هستند که عرف در آن‌ها نقش بسزایی دارد.

از جمله موارد بسیار مهم راجع به بحث عرف، نحوه تشخیص آن است. به بیان دیگر، باتوجه به نقش بسیار مهم مرجعیت عرف عام در شناخت موضوعات احکام و مفاهیم عرفیه، از چه راه‌هایی می‌توان عرف را کشف کرد؟ این مسئله تا جایی اهمیت دارد که گاهی فقها بر سر یک مسئله در تشخیص عرف با یکدیگر به اختلاف بر خورده‌اند. برای مثال، مفهوم مال مفهومی عرفی است و اینکه چه مؤلفه‌هایی از مقومات مال شمرده می‌شود، باید از عرف و عادت عقلا فهمیده شود. در همین مسئله فقها در تشخیص اینکه عرف چه چیزهایی را جزو مقومات مفهوم مالیت می‌داند، دچار اختلاف شدند؛ برخی فقها در تحقق مالیت، رفع حاجت و تحصیل با اعمال عمل را معتبر دانسته‌اند.^۲ برخی دیگر مدعی شده‌اند که برای تحقق مالیت لازم است شیء مدّ نظر کمیاب باشد و این غلبه تقاضا بر عرضه موجب مورد رغبت واقع شدن آن شود.^۳ در راستای چگونگی استظهار عرف باید گفت: علی‌رغم اهمیت نحوه استظهار عرف، در متون فقهی و اصولی به صورت مجزا مورد بحث و بازبینی قرار نگرفته است.^۴

از سویی دیگر، آمار استنباطی که یکی از شاخه‌های علم آمار است، به بررسی این موضوع می‌پردازد که چگونه می‌توان با وجود محدودیت‌های سرشماری نظیر هزینه، زمان بر بودن، دردسترس نبودن و...، تحت ضوابطی خاص، نمونه‌گیری انجام داد و نتایج حاصل از آن نمونه را باتوجه به قواعدی معلوم و تعریف شده با درصد خطای کم و قابلیت اطمینان زیاد به کل جامعه تعمیم داد.^۵ در شرایطی که سرشماری امکان عملی نخواهد داشت، با در دست داشتن نمونه‌ای تصادفی و به اندازه کافی، می‌توان با استفاده از

۱. صدر، دروس فی علم الاصول، ۴۶/۱.

۲. اپروانی، حاشیه المکاسب، ۱۶۵/۱.

۳. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵.

۴. علی‌دوست، فقه و عرف، ۳۹۲.

۵. آذر و مؤمنی، آمار و کاربرد آن در مدیریت، ۲/۱.

تئوری تخمین در فاصله اطمینان تعریف شده و با درصد خطای معین که می توان به صورت حداکثری آن را کاهش داد، به پاسخی رسید که تا حدود زیادی از طریق سرشماری یا همه شماری به دست می آید.

در این پژوهش درصدد آن هستیم تا با بررسی دقیق آمار استنباطی و ضوابط حاکم بر آن نشان دهیم یکی از راه های استظهار عرف، استفاده از آمار استنباطی است، به طوری که استفاده از آن می تواند در تشخیص نظر عرف عام به فقیه کمک کند و نتایج مربوط به آن در حق فقیه حجیت خواهد داشت. تعیین یک چهارچوب علمی برای تشخیص عرف عام باعث کاهش این اختلافات و تشخیص درست موضوعات در مواردی است که تشخیص موضوع به عرف محول شده است و در نتیجه، استنباط احکام شرعیه فرعیه متقن تر خواهد شد. در این راستا، می توان پاسخ به سؤالات زیر را محور اصلی این نوشتار به شمار آورد:

ضوابط حاکم بر عرف چیست؟ ضوابط حاکم بر آمار استنباطی چیست؟ آیا می توان برای تشخیص عرف عام در مسائل گوناگون از آمار استنباطی بهره جست؟ با وجود همراهی همیشگی نتایج آمار استنباطی با خطا، آیا نتایج حاصل از آمار استنباطی در تشخیص عرف عام برای فقیه حجیت حاصل می کند یا خیر؟

پیش از پرداختن به سؤالات مذکور باید پرسید تاکنون چه راه هایی برای استظهار عرف پیشنهاد شده است؟ با تمام اهمیت این بحث در میان موضوعات مختلف فقهی، کمتر به آن پرداخته شده و جز در برخی بخش ها بحثی از آن به میان نیامده است^۶ اما با دقت در آثار فقها می توان به چند مورد دست یافت. یکی از طرقی که می توان از آن برای به دست آوردن نظر عرف استفاده کرد، تحلیل وجدانی است. هنگامی که انسان مسئله ای را به وجدان و مرتکزات خود عرضه می کند، می یابد که در برابر آن مسئله به سوی یک موقف عملی مشخصی حرکت می کند و آن موقف عملی نزد وجدانش کاملاً واضح است، به طوری که از فردی به فرد دیگر و از حالتی به حالت دیگر این وضعیت تغییری نمی کند و همه افراد نیز همان موقف عملی را به دلیل تحلیل وجدانی اتخاذ می کنند و این مسئله باعث اطمینان بیش از پیش شخص به وجدانیاتش خواهد شد.^۷ همچنان که شیخ انصاری نیز در بحث از چگونگی تشخیص مصادیق لهُو در خارج، وجدان و یافت شخص را به عنوان مرجعی برای تطبیق مصداق عرفی معرفی می کند.^۸ راه دیگری که به نوعی شباهت به طریق قبلی دارد این است که به مرتکزات و وجدانیات افراد دیگر رجوع شود. بررسی مرتکزات مردم پیرامون یک مفهوم و مصادیق آن می تواند فقیه را در کشف بسیاری از مفاهیم و مصادیق یاری کند. برای مثال، درباره صدق عرفی ربا در مواردی که وام دهنده به جبران کاهش ارزش زمانی پول در مدت قرض،

۶. علی دوست، فقه و عرف، ۳۹۲.

۷. جمعی از نویسندگان، الفائق فی الاصول، ۶۱.

۸. انصاری، المکاسب، ۲۱۷/۳.

مقدار بیشتری از اصل پول را برای پس‌گرفتن آن مطالبه کند، باید اذهان افراد عرف را مورد کاوش قرار داد که آیا چنین چیزی را از مصادیق ربا به شمار می‌آورند یا خیر؟^۹

راه دیگر کشف عرف، استقراست؛ به این بیان که، نظر عرف در خارج موجود است و نمودی خواهد داشت، پس اگر تعدادی از افراد را مشاهده کردیم که علی‌رغم تفاوت‌های شخصی که با هم داشتند بر یک موضوع اتفاق نظر دارند، آن مسئله را می‌توان به‌عنوان نظر عرف استظهار کرد.^{۱۰} در برخی متون از این راه به‌عنوان عناصر شماری یاد شده است و برخی حقوق‌دانان این راه را تنها طریق کشف نظر عرف معرفی کرده‌اند^{۱۱} که می‌تواند در کشف عرف بسیار راهنما باشد.

نقل و شهادت نیز به‌عنوان یکی از راه‌های دیگر کشف عرف است، به‌گونه‌ای که اگر به‌سبب کثرت نقل‌ها یا ضمیمه‌کردن قرائن و شواهد به علم یا اطمینان رسید. البته به‌شرطی است که نقل مذکور شرایط حجیت را داشته باشد (مانند خبر واحد ثقة).^{۱۲}

۱. ادبیات موضوع

۱.۱. عرف

«عرف» در لغت به‌معنای پی‌درپی بودن و تتابع اتصال،^{۱۳} معرف و شناخت،^{۱۴} امر شناخته‌شده بین مردم^{۱۵} و خوی و عادت^{۱۶} است. در میان تمامی معانی ذکرشده برای عرف، به‌کاربردن آن در معنای امر متداول بین مردم و عادت مسلّم است.^{۱۷} معنای اصطلاحی عرف نیز عبارت است از: «آنچه که مردم به آن عادت و مطابق آن سیر کرده‌اند؛ اعم از قول یا فعل یا ترک که گاهی گروهی خاصی از مردم و گاهی عامه مردم به این شیوه رفتار کرده‌اند.»^{۱۸} یا تعریفی که بیان می‌دارد: «عرف، همان استمرار عمل عقلا - از آن جهت که عاقل هستند - بر موضوعی است و گاهی از طریق عقلایی که منجر به بنای عرف می‌شود حکایت دارد و مراد از آن، عرف عام است و مبدأ این طریق عقلایی یا خبر خارجی است که به‌مرور جزو مرتکبات

۹. علی‌دوست، فقه و عرف، ۳۹۶.

۱۰. جمعی از نویسندگان، الفائق فی الاصول، ۶۰.

۱۱. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۶۰.

۱۲. علی‌دوست، فقه و عرف، ۳۹۷.

۱۳. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن کریم، ۳۴۳.

۱۴. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲۸۱/۴.

۱۵. فراهیدی، العین، ۱۲۱/۲.

۱۶. عمید، فرهنگ فارسی عمید، ۷۲۸.

۱۷. علی‌دوست، فقه و عرف، ۴۶.

۱۸. بحرانی، المعجم الاصولی، ۳۱۵/۲.

خواهد شد و یا شارع مقدس است که با دستورات خود امری را جزو مرتکبات مردم می‌سازد و یا منشأ آن فطرت انسان‌هاست.^{۱۹} در تعریف دیگری اشاره شده است که: «فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که به صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد.»^{۲۰}

از عوامل شکل‌گیری عرف می‌توان به درک عقل، فطرت، وحی، اجبار حاکم و سلطان و... اشاره کرد. برخی منابع علت شکل‌گیری عرف را صرفاً عقل بیان می‌کنند و عقلاً را بماهم عقلاً ایجادکننده عرف دانسته‌اند. برخی دیگر، فطرت را علت برای شکل‌گیری و پیدایش عرف دانسته‌اند؛ نظیر محقق نائینی که عرف را ناشی از فطرتی می‌داند که حق تعالی در اذهان برای حفظ نظام مرتکز کرده است.^{۲۱} همچنین وحی نیز می‌تواند سبب پیدایش عرف شود که در این صورت نام سیره متشرعه بر آن اطلاق می‌شود.^{۲۲} سلطه حاکمان نیز می‌تواند یکی از عوامل قهری برای پیدایش عرف باشد، چنان‌که محقق نائینی نیز بدان تصریح کرده است.^{۲۳} عوامل دیگری نیز همچون مسامحه و راحت‌گزینی و... نیز می‌تواند از عوامل پیدایش عرف باشند.

عرف از یک منظر به اعتبار تعداد و نوع افرادی که آن را پذیرفته‌اند به سه قسم تقسیم می‌شود: عرف عام‌العام، عام و خاص. عرف عام‌العام، عرفی است که افراد با چشم‌پوشی از زمان و مکانی که در آن زندگی می‌کنند، آن را پذیرفته و مطابق آن عمل می‌کنند. این قسم از عرف از زمانی به زمان دیگر یا از مکانی به مکان دیگر تغییر نکرده و به همین اعتبار آن را عرف اعصار یا امصار نیز نامیده‌اند.^{۲۴} عرف عام عرفی است که در میان اهل یک سرزمین یا دین یا مذهب یا... شیوع دارد و همه افراد آن محدوده بر آن توافق دارند و آن را پذیرفته‌اند اما همه ادیان یا اقوام از آن اطلاعی نداشته و در میان آن‌ها رواج ندارد؛ مانند زبان یک قوم که الفاظ را در معانی مربوط به آنکه متعلق به همان منطقه است، استعمال می‌کنند.^{۲۵} عرف خاص نیز عرفی است که یا در منطقه‌ای خاص پذیرفته شده است و فقط افراد آن منطقه خاص مطابق آن عمل می‌کنند (عرف خاص مکانی) یا عرفی که در یک زمان توسط افرادی پذیرفته شده بود و در زمان دیگر رواج ندارد (نظیر بیع منابذه پیش از اسلام) (عرف خاص زمانی) یا عرفی که در میان جماعتی خاص رواج دارد و

۱۹. نائینی، فوائد الاصول، ۱۹۲/۳ تا ۱۹۳/۱.

۲۰. علیدوست، فقه و عرف، ۶۱.

۲۱. نائینی، فوائد الاصول، ۱۹۲/۳.

۲۲. خویی، دراسات فی علم الاصول، ۲۴۷/۴.

۲۳. نائینی، فوائد الاصول، ۱۹۳/۳.

۲۴. شاطبی، الموافقات، ۵۰۹/۲.

۲۵. خرازی، «حقیقت عرف و اقسام و مبادی آن»، ۱۵۳/۱۴.

مخصوص تمام اهل یک مکان یا زمان نیست، بلکه به قشری خاص در منطقه‌ای خاص تعلق دارد که از آن با عنوان عرف خاص‌الخاص یاد می‌شود؛ مانند اصطلاحاتی که میان اصناف مختلف در محلی خاص رواج دارد.^{۲۶} از جهت دیگری به دو قسم مقارن و غیر مقارن بنابر تأخیر یا سبقت نسبت به موضوعات شرعی و اجتماعی تقسیم‌شدنی است.^{۲۷} همچنین از نگاه دیگر، عرف بنابر دقت یا مسامحه و بی‌دقتی و تخمین به دو قسم عرف دقیق و عرف مسامحی تقسیم می‌شود.^{۲۸} در تقسیمی دیگر نیز عرف به اعتبار تطبیق یا عدم تطبیق با احکام و دستورهای شارع مقدس به دو قسم صحیح و فاسد تقسیم می‌شود. عرف صحیح با دستورات شرع موافق است و برخی از دانشیان میان عرف صحیح و سیره عقلای فرقی قائل نیستند^{۲۹} و عرف فاسد نیز با شریعت مخالف است و باعث گمراهی و عقوبت می‌شود، هرچند در بین مردم رواج داشته باشد؛ مانند مشغول‌بودن مردم به لهو و لعب.^{۳۰}

۲.۱. کاربردهای عرف

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، عرف به دلیل کاربردهای مختلف و پرشمار خود، ازجمله مهم‌ترین مباحث فقهی به شمار می‌رود. برخی عرف را تابع یا ذخیره احتیاطی برای سایر ادله معرفتی کرده‌اند^{۳۱} و برخی دیگر نیز آن را هم‌ردیف سایر مدارک و منابع استنباط حکم شرعی قرار داده‌اند؛^{۳۲} آن دسته از کسانی که معتقدند عرف در کنار سایر ادله نمی‌تواند منبعی مستقل برای استنباط احکام شرعی قرار گیرد و عرف را تنها در خدمت سایر ادله و دارای نقش آلی و نه اصالی می‌پذیرند، کاربردهای مختلفی در نقش ابزار برای عرف ذکر می‌کنند. برای مثال، عرف می‌تواند مرجعی برای فهم مفاهیم مفردات به کاررفته در لسان ادله کاشف از حکم شرعی قرار گیرد. این کاربرد عرف برای همه پذیرفتنی است؛ چراکه قانونگذار برعهده ما وظایفی قرار داده و این وظایف را از طریق خطابات شرعیه به ما رسانده است و فهم ما از این خطابات را برای دانستن وظیفه و عمل به آن دارای حجت می‌داند.^{۳۳} همچنین از کاربردهای دیگر عرف به عنوان ابزار می‌توان مرجعیت آن برای برداشت از ادله را نام برد. برای مثال، در فهم خطابات که به صورت مطلق یا مقید ذکر شده‌اند، مراجعه به عرف می‌تواند راهگشای درک و تشخیص این مطلب باشد یا برای درک مناسب

۲۶. واسعی، جایگاه عرف در فقه، ۴۴ تا ۴۳.

۲۷. منصوری، دراسة موضوعية حول نظرية العرف و دورها في عملية الاستنباط، ۵۵.

۲۸. خمینی، الرسائل، ۲۲۸/۱.

۲۹. فیض، مبادی فقه و اصول مشتمل بر: بخشی از مسائل آن دو علم، ۲۲۴.

۳۰. حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۴۲۱.

۳۱. عالی، نظام الدولة و القضاء و العرف في الاسلام: دراسة مقارنة، ۴۲۱.

۳۲. علیدوست، فقه و عرف، ۱۵۱.

۳۳. انصاری، المکاسب، ۲۳۴/۴.

میان حکم و موضوع می‌توان به عرف مراجعه کرد یا در مواردی که می‌خواهیم اولویت عرفی را تشخیص دهیم.^{۳۴} کاربرد دیگر که موجب اهمیت عرف در مباحث فقهی و اصولی شده، این است که در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق، به عرف مراجعه کنیم.^{۳۵} البته برخی فقیهان این کاربرد از کاربردهای متعدد عرف را زیر سؤال برده و مجالی برای عرف در تشخیص و تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق در نظر نمی‌گیرند.^{۳۶} از دیگر کاربردهای غیراستقلالی عرف می‌توان به استفاده از عرف در قانونگذاری اشاره کرد.^{۳۷} تأثیر عرف در فرایند و نتیجه جعل، کیفیت و بیان حکم شرعی را نمی‌توان انکار کرد. همچنین شارع مقدس هم رویه دیگری را برای قانونگذاری به جز رویه معمول میان مردم اعلام نفرموده است، لذا از شیوه آنان برای جعل و اعلام احکام شرعی و ضوابط استفاده و تبعیت کرده است.

۲. اختلاف‌ها در استظهار عرف

باوجود اینکه هر فقهی هنگام استظهار نظر عرف ادعا می‌کند که وی توانسته نظر عرف در زمینه مربوطه را کشف کند اما در مواردی شاهد اختلاف میان نظرات هستیم. ذکر این قبیل موارد از آن جهت است که اگرچه فقیه بالوجدان نظر عرف را دریافته و آن را بدیهی معرفی کرده است، ولی ادعای این مورد ازسوی طرف‌های این اختلاف، لزوم وجود روش و چهارچوبی مشخص برای کشف نظر عرف را بیش‌ازپیش ضروری می‌سازد.

در بحث دلالت جمله شرطیه بر مفهوم، عده‌ای قائل به وجود مفهوم برای آن شدند؛ چراکه در وضع جمله شرطیه، قصد واضع این بود که شرط علتی انحصاری برای جزا باشد تا علیت منحصره در ذهن عرف متبادر شود و به همین دلیل هنگام انتفای شرط، نتیجه نیز منتفی می‌شود و در نتیجه، وجود مفهوم برای جمله شرطیه ثابت می‌شود.^{۳۸} در مقابل، برخی مانند آخوند خراسانی، صاحب کفایة الاصول، مدعی شده‌اند که جمله شرطیه، بر مفهوم دلالتی ندارد، مگر اینکه قرینه‌ای بر آن اقامه شود.^{۳۹}

درباره اینکه عرف چه چیزهایی را به‌عنوان مقومات مالیت قبول دارد، فقها دچار اختلاف شده‌اند؛ برخی از آنان در تحقق مفهوم مال، مورد رغبت بودن و ذخیره کردن آن برای زمان حاجت به آن را ذکر

۳۴. مددی، تقریرات درس خارج اصول، ۳۴۷، <https://mfef.ir/home/osulsh>، ۹۶/۰۹/۰۵.

۳۵. خمینی، کتاب البیع، ۳۸۱/۱؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۷/۲۲.

۳۶. نائینی، فوائد الاصول، ۵۷۴/۴.

۳۷. علیدوست، فقه و عرف، ۲۸۲.

۳۸. شهید ثانی، تمهید القواعد، ۱۱۰.

۳۹. خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ۷۱/۵.

کرده‌اند^{۴۰} و برخی دیگر منفعت، مورد رغبت بودن و کمیابی را از ملزومات تحقق مفهوم مال ذکر کرده‌اند.^{۴۱} همچنین فقهای برطرف‌کننده نیازبودن و نیز ناشی از کاربودن را جزو مقومات مفهوم مال دانسته‌اند.^{۴۲}

در علم اصول در بسیاری از مباحث که بحث بر سر استظهار است، مانند ظهور افعال و... در واقع بحث در این است که عرف چه تشخیصی هنگام مواجه‌شدن با این موارد می‌دهد. برخی مدعی شده‌اند فهم عرف و قضاوت عقلا بر این است که صیغه «إِفْعَلْ» ظهور در وجوب دارد و هر جا به کار رفته باشد، بر وجوب حمل می‌شود و اراده استصحاب از آن قرینه خاص می‌طلبد و استعمال آن در این موارد ندبی، استعمال مجازی خواهد بود^{۴۳} اما به بیان برخی دیگر از فقها، صیغه امر برای جامع بین طلب بین وجوب و استصحاب وضع شده است ولی اگر به طور مطلق ذکر شود، وجوبی بودن طلب از آن فهم خواهد شد.^{۴۴} در تمسک به آیه «... وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا...»^{۴۵} برای تصحیح بیع معاطاتی نیز برخی ادعای اطلاق برای آیه شریفه کرده‌اند؛ چراکه مولا در مقام بیان بوده و می‌خواسته است تمام معاملات بیع را تصحیح کند. بنابراین، بیع به غیر صیغه و... نیز که نام بیع بر آن‌ها اطلاق می‌شود را نیز می‌توان با اطلاق آیه شریفه تصحیح کرد^{۴۶} اما در اینجا نیز برخی دیگر، اطلاق آیه مذکور را قبول نداشته و مولا را در مقام بیان ندانسته‌اند.^{۴۷}

با اشاره به موارد بالا به عنوان نمونه‌ای از اختلافات میان فقها مشخص شد که تا چه اندازه‌ای نیازمند چهارچوبی برای تعیین دقیق‌تر استظهارات عرفی هستیم.

۳. آمار^{۴۸}

براساس تعریف انجمن آمار آمریکا، علم آمار عبارت است از علم یادگیری از داده‌ها، یادگیری از اندازه‌گیری و همچنین کنترل و تعامل با عدم قطعیت. تاریخچه آمار به قدمتی هزاران ساله باز می‌گردد. در

۴۰. خوبی، مصباح الفقاهة، ۳/۲.

۴۱. حکیم، نهج الفقاهه، ۳۲۵.

۴۲. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱۶۵/۱.

۴۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۷۰.

۴۴. عراقی، نهایة الافکار، ۱۷۹/۱.

۴۵. بقره: ۲۷۵.

۴۶. غروی، حاشیه کتاب المکاسب، ۱۰۸/۱.

۴۷. فخر رازی، تفسیر مفاتیح الغیب، ۱۰۰/۷.

دوره باستان انسان‌ها نیاز داشتند تا اطلاعات مربوط به جمعیت، خراج و منابع را جمع‌آوری کنند. در حوزه سیاست، تاریخچه آمار به دوره یونان باستان باز می‌گردد، زیرا در آن زمان از آمار برای جمع‌آوری و تحلیل اطلاعات سیاسی استفاده می‌شد.

در قرن شانزده پیشرفت‌های بسیار مهمی در علم آمار به وجود آمد که به‌عنوان نمونه می‌توان به مطالعات گراونت^{۴۹} درباره آمار حیاتی، بیمه و اقتصاد اشاره کرد. در دهه ۱۷۳۰، تعریف توزیع نرمال و سپس توسعه آن در سال‌های بعد، انقلابی بزرگ در عرصه علم آمار به شمار می‌رود. در اواخر قرن نوزدهم، مسائل مربوط به رگرسیون و هم‌بستگی توسعه یافت و در پژوهش‌های اجتماعی به کار برده شد. در قرن بیستم استنباط آماری گسترش یافت و درباره توزیع آماری نمونه و فاصله اطمینان پژوهش صورت گرفت و این موارد به آمار استنباطی راه یافتند. بعد از جنگ جهانی دوم نیز به موارد مربوط به آمار ناپارامتریک پرداخته شد تا بتوان جوامعی که توزیع نرمال ندارند و نمونه‌هایی کیفی با تعداد پایین دارند را بررسی کرد.^{۵۰}

تاریخچه آمار نشان می‌دهد که این علم از زمان‌های اولیه تا امروز تکامل یافته است و نقش مهمی در تحقیقات علمی، تصمیم‌گیری‌های سیاستی و تحلیل داده‌های بزرگ ایفا می‌کند. توسعه روش‌های آماری و فناوری‌های مرتبط به آمار در آینده نیز ادامه خواهد یافت و این علم بهبود و توسعه خواهد یافت تا به ما کمک کند تا داده‌ها را به بهترین شکل ممکن تحلیل و درک کنیم.

استفاده از آمار و داده‌های آماری و علم آمار در کشورهایی مانند ایران می‌تواند بسیار مفید و مؤثر باشد. در واقع، اطلاعات آماری و داده‌های آماری در زمینه‌های مختلف، از جمله اقتصاد، بهداشت، آموزش، جمعیت‌شناسی و سایر زمینه‌ها برای تصمیم‌گیری‌های مهم در سطح کشوری و حتی محلی بسیار ارزشمندند. این اطلاعات می‌تواند به تصمیم‌گیران و سیاست‌گذاران کمک کند تا راهبردها و سیاست‌های بهتری را برای حل مسائل و بهبود وضعیت جامعه اتخاذ کنند.

اما برای استفاده مؤثر از داده‌های آماری در کشورهایی مانند ایران، چندین چالش وجود دارد که شامل موارد زیر می‌شود:

۱. دسترسی به داده‌های کامل و دقیق: در بسیاری از موارد، داده‌های آماری و اطلاعات مربوط در دسترس عموم نیستند یا کیفیت آن‌ها پایین است. این مسئله می‌تواند موجب کاستی در تجزیه و تحلیل صحیح اطلاعات شود.

49. Graunt.

۵۰. آذر، مؤمنی، آمار و کاربرد آن در مدیریت، ۸/۱.

۲. استانداردسازی و کیفیت داده‌ها: اطلاعات آماری باید استانداردسازی شوند تا بتوانند مقایسه‌پذیر باشند و به تصمیم‌گیران در ارزیابی وضعیت کمک کنند. این موضوع نیازمند بهبود فرایندهای جمع‌آوری و تحلیل داده‌هاست.

۳. آموزش و توانمندی‌سازی: استفاده از داده‌های آماری به‌طور مؤثر نیازمند داشتن توانمندی‌های تحلیلی و فنی در جامعه است. این شامل آموزش افراد در زمینه تحلیل داده‌ها و همچنین استفاده از ابزارهای مرتبط، مانند نرم‌افزارهای آماری است.

۴. حفظ حریم خصوصی و امنیت داده‌ها: در جمع‌آوری و استفاده از داده‌های آماری، حفظ حریم خصوصی افراد و امنیت داده‌ها بسیار مهم است و نیازمند سیاست‌ها و قوانین مربوط است. با این حال، باتوجه به توانمندی‌های موجود و با اعمال تلاش‌های لازم برای حل چالش‌های موجود، استفاده از داده‌های آماری و علم آمار در ایران نیز می‌تواند بهبود و پیشرفت بسیاری را برای جامعه ایجاد کند.

در یک تقسیم‌بندی کلی، علم آمار به دو شاخه اصلی تقسیم می‌شود؛ آمار توصیفی و آمار استنباطی که در ادامه به تبیین هرکدام می‌پردازیم. البته باید توجه داشت که باتوجه به گره‌خوردن ایده اصلی مقاله با شاخه استنباطی آمار، این قسم از آمار با تفصیل بیشتر بررسی خواهد شد.

۳.۱. آمار توصیفی^{۵۱}

شاخه‌ای از علم آمار است که در آن به سرشماری تمام عناصر جامعه می‌پردازد و در قالب شاخص‌هایی که به دو دسته مرکزی و پراکندگی تقسیم می‌شوند، اطلاعات مفیدی درباره جامعه در اختیار ما قرار می‌دهد. این شاخه از علم آمار درصدد است تا با ارائه تصویر اولیه از داده‌هایی که در ابتدا به‌صورت خام وجود دارد، محقق و آماردان یا کاربر را در درک بهتر از جامعه مورد بررسی یاری رساند. شاخص‌های عددی و محاسبه و تحلیل آن‌ها از مهم‌ترین مباحث در آمار توصیفی هستند که خود به سه نوع تقسیم می‌شوند: مرکزی، پراکندگی و پراکندگی نسبی.

شاخص‌های مرکزی، توصیف‌کننده مرکزیت داده‌هاست که عبارت‌اند از: میانگین، میانه و مد؛ میانگین به ما می‌گوید که در متوسط، داده‌ها به چه مقداری می‌رسند. میانگین معمولاً با جمع کردن تمام داده‌ها و تقسیم بر تعداد آن‌ها محاسبه می‌شود. میانگین می‌تواند نقطه مرجعی برای ارزیابی داده‌ها و مقایسه مجموعه‌های مختلف باشد. مد، بیانگر مقداری است که در مجموعه داده بیشترین بار تکرار

می‌شود. به عبارت دیگر، مد نشان می‌دهد که کدام عنصر یا مقدار در داده‌ها بیشترین تکرار را دارد. میانه نیز مقداری است که دقیقاً در وسط مجموعه داده قرار می‌گیرد، به طوری که نصف داده‌ها بزرگ‌تر از آن و نصف دیگر کوچک‌تر از آن هستند.^{۵۲}

همچنین شاخص‌های پراکندگی، میزان پراکندگی داده‌های جامعه را نسبت به مرکزیت خود نشان می‌دهند. این شاخص‌ها نشان می‌دهند که به چه میزان داده‌ها به مرکزیت خود متمایل هستند یا از آن انحراف دارند. دامنه تغییرات، اولین شاخص پراکندگی است که فاصله میان کم‌ترین و بیشترین داده را اندازه‌گیری و بیان می‌کند که حداکثر میزان پراکندگی داده‌ها چقدر است. «واریانس» دومین شاخص پراکندگی است که میزان متوسط اختلاف داده‌ها از میانگین را نشان می‌دهد و برای محاسبه آن باید ابتدا میانگین داده‌ها و میانگین مربع اختلاف هریک از داده‌ها نسبت به میانگین محاسبه شود. واحد واریانس به واحد مربع داده‌ها مربوط می‌شود. بنابراین، واریانس نشان می‌دهد که داده‌ها چقدر از میانگین پراکنده هستند. اگر واریانس بزرگ باشد، نشان‌دهنده این امر است که داده‌ها پراکنده‌تر هستند، در حالی که واریانس کوچک‌تر نشانگر پراکندگی کمتر است. مشکلی که برای واریانس وجود دارد، یکای آن است که مربع شده یکای اصلی است؛ به همین منظور اگر از واریانس جذری بگیریم، شاخص سوم به دست می‌آید که انحراف معیار نام دارد و شاخص خوبی برای سنجش پراکندگی داده‌ها نسبت به میانگین است.^{۵۳}

شاخص‌های دیگری در آمار توصیفی نظیر ضریب تغییرات و ضریب چولگی و ضریب کشیدگی و... نیز وجود دارد که اکنون فرصت توضیح تفصیلی آن‌ها وجود ندارد.

۳.۲. آمار استنباطی^{۵۴}

آمار استنباطی، شاخه‌ای از آمار است که برای استنتاج و نتیجه‌گیری درباره جامعه براساس داده‌های نمونه استفاده می‌شود. در آمار استنباطی، اطلاعاتی که از نمونه‌ها به دست می‌آید به منظور ارائه استنباط‌ها و تصمیم‌گیری درباره جامعه هدف استفاده می‌شود. علت‌های گوناگونی برای صرف‌نظر از سرشماری و رجوع به نمونه و تعمیم نتایج به کل وجود دارد که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: هزینه، به‌روزرسانی، صحت، زمان‌بر بودن، در دسترس نبودن و آزمون مخرب؛ قطعاً نمونه‌گیری از سرشماری هزینه کمتری خواهد داشت، به طوری که اگر بخواهیم مثلاً از همه افراد جامعه مد نظر درباره سؤال تحقیق، که برای مثال میزان تحصیلات یا حقوق یا... است، مصاحبه بگیریم، هزینه بسیار هنگفتی را باید صرف نیروی انسانی،

52. Blommers & Forsyth, Elementary Statistical Methods in Psychology and Education, 332.

۵۳. آذر، مؤمنی، آمار و کاربرد آن در مدیریت، ۱۵/۲.

تجهیزات، رفت‌وآمد و... کنیم تا به پاسخ برسیم. همچنین زمان بسیار زیادی باید تخصیص داده شود تا از همه پرسش به عمل آید و سرشماری انجام شود و به همین دلیل است که این کار با فواصل زمانی زیادی از هم ممکن است صورت گیرد، مثلاً سالی یک بار و این باعث می‌شود تا اطلاعات به‌روزی در دسترس نباشد، به‌خصوص در دنیای امروز که پویایی‌های ناشی از عوامل گوناگون به‌صورت لحظه‌ای جامعه را تحت‌تأثیر قرار می‌دهد. بنابراین، با استفاده از نمونه‌گیری می‌توان به‌طور مداوم سنجش را انجام داد. همچنین برای سرشماری ممکن است اصلاً برخی از اعضای جامعه در فواصل بسیار دوری باشند یا اصلاً اکنون موجود نباشند و به همین دلیل نمی‌توان سرشماری را ولو با صرف هزینه و زمان زیاد صورت داد. دلیل دیگر نیز این است که گاهی با انجام آزمایش مانند کنترل کیفیت، عنصر جامعه مورد آزمایش از بین می‌رود؛ در این صورت اگر بخواهیم سرشماری کنیم، به‌طورکلی تمام اعضای جامعه از بین خواهد رفت و نقض غرض صورت خواهد گرفت. بنابراین، گریزی از نمونه‌گیری و تعمیم نتایج وجود ندارد. همین نقاط ضعف اشاره‌شده در آمار توصیفی سبب ابداع و پیشرفت آمار استنباطی شد.^{۵۵}

حال که به اهمیت نمونه‌گیری پی بردیم، باید گفت: راه‌های مختلفی برای نمونه‌گیری وجود دارد. در ابتدا این نکته حائز اهمیت به شمار می‌رود که نمونه خوب، نمونه‌ای است که به‌صورت تصادفی انتخاب شود؛ یعنی اساس احتمالات و آمار استنباطی مبنی بر این است که عنصر نمونه به‌صورت تصادفی انتخاب شده است اما گاهی با استفاده از برخی تکنیک‌ها می‌توان کاری کرد که نمونه انتخاب‌شده به‌صورت تصادفی، به شکل بهتری بیانگر جامعه باشد. به بیان دیگر، در آمار استنباطی، که هدف تعمیم نمونه به جامعه است، نمونه خوب نمونه‌ای است که بهتر خواص جامعه را در خود داشته باشد و بهتر نمایاننده جامعه باشد و این تکنیک‌ها باعث می‌شود تا این خصوصیت در نمونه انتخاب‌شده تقویت شود. در ادامه به سه تکنیک از مهم‌ترین تکنیک‌های نمونه‌گیری که پژوهشگر را در اخذ نمونه بهتر از جامعه یاری می‌کند اشاره می‌شود:^{۵۶}

۱. **نمونه‌گیری سیستماتیک:** یک روش نمونه‌گیری است که در آن نمونه‌ها با یک الگوی منظم از جامعه یا فهرست هدف انتخاب می‌شوند. در این روش، محقق یک قاعده یا الگوی مشخص را برای انتخاب نمونه‌ها اعمال می‌کند. نمونه‌گیری سیستماتیک مزایایی مانند نمونه‌گیری تصادفی و همچنین حفظ ترتیب و نظم در انتخاب نمونه‌ها دارد.

۲. **نمونه‌گیری گروهی:** در این روش نمونه‌گیری جامعه به گروه‌های کوچک‌تری تقسیم می‌شود که

افراد هر گروه دارای ویژگی‌های مشابهی هستند. پس از این تقسیم صورت گرفته، تعداد نمونه نسبت به هر گروه تعیین و نمونه‌گیری از هرکدام از گروه‌ها انجام می‌شود. نمونه‌گیری گروهی، از مزایای زمانی و هزینه‌ای برخوردار است، زیرا جامعه به گروه‌های کوچک‌تر تقسیم می‌شود و تنها گروه‌های انتخاب‌شده نیاز به بررسی جزئی‌تر دارند. همچنین، این روش می‌تواند مفید باشد اگر دسترسی به تمام اعضای جامعه مورد سختی قرار بگیرد. برای مثال، در مطالعاتی که نیاز به مصرف زمان و هزینه زیاد دارند.

۳. نمونه‌گیری خوشه‌ای: هرگاه تمام اعضای جامعه در دسترس نباشند و جامعه بسیار بزرگ باشد، می‌توان از این روش استفاده کرد؛ به این صورت که ابتدا جامعه به چند خوشه تقسیم‌بندی می‌شود و بعد یک یا چند خوشه به صورت تصادفی انتخاب می‌شود و پس از آن از میان خوشه‌های تصادفی انتخاب‌شده، تعدادی عنصر به صورت تصادفی انتخاب می‌شوند. در این روش، انتخاب مناسب خوشه‌ها و تعیین تعداد مناسب آن‌ها نیز از اهمیت بسیاری برخوردار است. اگر خوشه‌ها به طور اشتباه انتخاب شوند یا تعداد آن‌ها کافی نباشد، نتایج نمونه‌گیری خوشه‌ای ممکن است تبعیضی یا ناصحیح باشند.

گفته شد تحلیل در آمار به دو صورت انجام می‌شود: یا از طریق سرشماری اعضای جامعه و استفاده از فنون آمار توصیفی یا با استفاده از نمونه‌گیری و تعمیم نتایج حاصل از نمونه به کل جامعه و بهره‌گیری از آمار استنباطی؛ آمار استنباطی شامل فنون تخمین آماری و آزمون فرضیه‌هاست. اینکه از کدام راه به استنباط پردازیم به سؤال تحقیق بستگی دارد. در این قسمت به هرکدام از این دو دسته فنون آمار استنباطی اشاره خواهد شد. همچنین باید اشاره شود که در موضوع مورد بررسی ما؛ یعنی استظهار عرف از طریق آمار استنباطی، با فرضیه تحقیق مواجه هستیم؛ یعنی فقیه یا مکلف حدسی عالمانه دارد درباره اینکه چه چیزی مورد پذیرش عرف است و با استفاده از فنون آزمون فرض آماری درصدد است تا فرضیه خود را تأیید یا رد کند.

۳.۳. تخمین آماری

تخمین آماری به معنای برآورد کردن یک پارامتر^{۵۷} یا ویژگی مدّ نظر در جامعه براساس اطلاعاتی (آماره‌ای)^{۵۸} است که از نمونه‌ای از جامعه به دست می‌آید. هدف از تخمین آماری، تخمین تقریباً دقیق و قابل اعتماد مقدار واقعی پارامتر یا ویژگی در جامعه است.

57. Parameter.

شاخص به دست آمده از جامعه آماری را با استفاده از همه‌شماری، پارامتر گویند.

58. Statistic.

شاخص به دست آمده از یک نمونه n تایی از جامعه را آماره می‌نامند.

برای انجام تخمین آماری، ابتدا نمونه‌ای از جامعه برداشت می‌شود. سپس براساس اطلاعات موجود در نمونه، تخمینی از مقدار پارامتر یا ویژگی مدنظر در جامعه به دست می‌آید. این تخمین معمولاً به صورت نقطه‌ای (تخمین نقطه‌ای)^{۵۹} یا بازه‌ای (تخمین بازه‌ای یا فاصله‌ای)^{۶۰} ارائه می‌شود. برای تخمین نقطه‌ای، یک تابع از داده‌های نمونه استفاده می‌شود تا تخمینی از مقدار واقعی پارامتر یا ویژگی محاسبه شود، مثلاً میانگین نمونه می‌تواند تخمینی از میانگین جامعه باشد. تخمین نقطه‌ای برای تخمین پارامتر مدنظر جامعه مفید نیست؛ چراکه احتمال یک نقطه در یک بازه برابر صفر خواهد بود. تخمین بازه‌ای به جای ارائه یک عدد، یک بازه اطمینان برای مقدار واقعی پارامتر یا ویژگی ارائه می‌دهد. برای مثال، میانگین نمونه همراه با بازه اطمینان ۹۵٪ می‌تواند تخمینی از میانگین جامعه باشد.^{۶۱}

تخمین آماری باید با استفاده از روش‌های آماری صحیح و مناسبی انجام شود و باید مراقب بررسی دقت و اعتبار تخمین‌های خود بود. همچنین، نمونه‌گیری مناسب و اندازه‌گیری دقیق و جامع اطلاعات نمونه نیز از مباحث مهم در تخمین آماری است.

۴.۳. آزمون فرض آماری

مجموعه فنون دیگری که در آمار استنباطی برای تعمیم نتایج حاصل از نمونه (آماره) به جامعه (پارامتر) از آن استفاده می‌شود، مجموعه فنون آزمون فرض آماری است که در آن پژوهشگر یک حدس عالمانه را به عنوان فرضیه خود در نظر می‌گیرد و طی گام‌هایی که اشاره خواهد شد، مورد آزمون قرار می‌دهد تا ببیند فرضیه وی تأیید یا رد می‌شود.^{۶۲} برای اینکه امکان دارد فرضیه یادشده ازسوی پژوهشگر درست یا نادرست باشد، دو فرضیه در نظر گرفته می‌شود: یکی فرضی که ادعای صحیح را مطرح می‌کند و آن را با H_0 نشان می‌دهند و دیگر فرضیه مکمل آن که نقیض آن را مطرح می‌کند و با H_1 نمایش داده می‌شود. ازجمله مهم‌ترین اقداماتی که پژوهشگر باید در این راستا انجام دهد این است که فرضیه خود را در قالب آزمون فرض آماری صورت‌بندی کند؛ یعنی باتوجه به فرضیه خود تشخیص دهد که H_0 و H_1 کدام است. گاهی گفته می‌شود که ادعا همان فرض صفر و نقیض آن فرض یک است و براین اساس باید صورت‌بندی فرضیات را انجام داد اما با کمی دقت می‌توان گفت: مهم‌ترین قاعده‌ای که باید در صورت‌بندی فرضیه از آن تبعیت کرد، قاعده آزمون‌پذیری H_0 است. به بیان دیگر، آن فرضی H_0 است که

59. Point estimation.

60. Interval estimation.

61. Fabian & Hannan, Introduction to Probability and Mathematical Statistics, 217.

62. Mendenhall & Reinmuth & Beaver, Statistics for Management and Economics, 833.

دارای تساوی باشد و H_0 همواره دربرگیرنده تساوی است و در مقابل نقیض آن؛ یعنی H_1 خواهد بود. در گام بعدی باید سطح معناداری که همان خطای نوع اول است تعیین شود. این مقدار که با α نمایش داده می‌شود بیانگر میزان احتمال آن است که H_0 درست باشد اما رد شود. به بیان دیگر، در آزمون فرض، فرض H_0 را رد کنیم. اگر احتمال وقوع مقدار حاصل شده از آزمون آماری برابر یا کمتر از مقدار سطح معناداری یا همان α باشد، مقدار مرسوم برای انتخاب سطح معناداری 0.05 و 0.01 است که بسته به میزان حساسیت موضوع، این مقدار ممکن است تغییر کند.^{۶۳}

همچنین در این مرحله باید حجم نمونه نیز تعیین شود. میزان حجم نمونه به عوامل مختلفی بستگی دارد، از جمله: مقیاس متغیر که کیفی یا کمی است؛ دقت برآورد که نشان‌دهنده میزان دقتی است که تصمیم‌گیران مدنظر دارند؛ انحراف معیار جامعه که اگر جامعه دارای پراکندگی بیشتر باشد، برای تعمیم آماره به پارامتر نیازمند نمونه بزرگتری هستیم تا بتواند بهتر خواص جامعه را در خود داشته باشد؛ سطح اطمینان و همچنین اندازه جامعه. باتوجه به این عوامل، رابطه تحت‌عنوان رابطه کوکران مطرح می‌شود که براساس آن می‌توان اندازه نمونه را به دست آورد:^{۶۴}

$$n = \left(\frac{Z_{\alpha/2} * \sigma_x}{\varepsilon} \right)^2$$

فرمول یادشده در صورتی است که جامعه نامحدود یا به عبارت دیگر جامعه بزرگ باشد؛ اما اگر جامعه نامحدود بود، باید از رابطه زیر برای تعیین حجم نمونه استفاده کرد:^{۶۵}

$$n = \frac{N * Z_{\alpha/2}^2 * \sigma_x^2}{(N - 1)\varepsilon^2 + Z_{\alpha/2}^2 * \sigma_x^2}$$

البته در حال حاضر از نرم‌افزارهای اختصاصی برآورد حجم نمونه نسبت به حجم جامعه، نظیر G-Power و Sample Power استفاده می‌شود.

در مرحله بعد باید باتوجه به پارامتر مدنظر، آماره مناسب را انتخاب کرد و مقدار بحرانی^{۶۶} تعیین شود؛ یعنی برحسب نوع آماره، آزمون مقدار استاندارد از جدول مربوطه به عنوان مقدار بحرانی استخراج و مقدار

63. Newbold & Carlson & Thorne, Statistics for Business and Economics, 461.

۶۴. آذر و مومنی، آمار و کاربرد آن در مدیریت، ۷۳/۲.

۶۵. آذر و مومنی، آمار و کاربرد آن در مدیریت، ۷۳/۲.

66. Critical Value.

آماره محاسبه می‌شود و باتوجه به سطح معناداری تعیین شده در گام قبل، وضعیت آماره نسبت به نقطه بحرانی و سطح معناداری سنجیده می‌شود و پس از مقایسه، اگر مقدار محاسبه شده در ناحیه H_0 قرار گیرد، شواهد حاصل از نمونه‌ها در سطح اطمینان مورد نظر تأییدکننده H_0 خواهند بود و در غیر این صورت، شواهد حاصل از نمونه‌ها در سطح معناداری α تأییدکننده H_1 است.^{۶۷}

در مسئله مدّ نظر ما؛ یعنی استظهار عرف از طریق آمار استنباطی، همان‌طور که گفته شد فقیه یا مکلف یک حدس عالمانه در باب اینکه نظر عرف در باره موضوع مدّ نظر چیست، در نظر می‌گیرد؛ پارامتر مناسب برای این‌گونه مسائل، P ؛ یعنی میزان موفقیت خواهد بود و آماره متناسب با آن نیز $\bar{P}$ است. حال H_0 را می‌توان بزرگ‌تر از $۰/۵$ در نظر گرفت. اگر منظورمان از نظر عرف این باشد که بیش از نیمی از افراد جامعه به موضوع یادشده معترف و هم‌نظر باشند یا می‌توان میزان آن را تغییر داد، در این صورت آزمون از نوع یک دنباله به چپ خواهد بود. حال میزان α به‌گونه‌ای تعیین می‌شود تا فقیه یا مکلف اطمینانی هرچه بیشتر نسبت به نتیجه حاصل کند. این بحث در ادامه در راستای حجیت نتیجه در صورت یقینی‌بودن یا اطمینان بخش بودن به کار خواهد آمد و به‌طور مبسوط بحث خواهد شد. پس از آن، آماره مربوطه؛ یعنی $\bar{P}$ محاسبه و مقدار بحرانی هم مشخص می‌شود و از مقایسه موارد یادشده، فرضیه رد یا تأیید می‌شود؛ یعنی مشخص می‌شود که مثلاً بیش از ۵۰ درصد افراد جامعه مدّ نظر به موضوع مورد بحث اقرار دارند یا خیر؟

۴. تطبیق

حال باید به سؤال اصلی مقاله پاسخ داد که آیا می‌توان از ظرفیت آمار استنباطی برای گریز از محدودیت‌های سرشماری برای به‌دست آوردن نظر عرف در مصادیق احکام شرعیه استفاده کرد یا خیر؟ اولین نکته‌ای که شایان ذکر است این است که فقها در بیان نظر خود از عرف معمولاً از جهت احساسی و نه ادراکی نکته‌ای را به عرف نسبت می‌دهند؛ یعنی این‌گونه نیست که اگر با حساب احتمالات محاسبه کنیم، اغلیبیت لزوماً هم‌نظر با فقها خواهند بود به‌گونه‌ای که مورد مشکوک را نیز بتوان به اغلب ملحق کرد، بلکه انسان برحسب طبیعتی که دارد اگر یک چیز را برای دو یا چند بار مشاهده کند، این اتفاق در نفس او اثر می‌گذارد و با همان احساس برآمده از این مشاهدات، متعلق مشاهدات خود را به کل تعمیم می‌دهد.^{۶۸} دراین‌باره باید گفت که: می‌توان تناظری جهت احساسی و تصمیم‌گیری مبتنی بر شهود^{۶۹} برقرار کرد.

67. Shavelson, Statistical Reasoning for the Behavioral Sciences, 409.

۶۸. سیستانی، القواعد الفقهية، ۲۰۹ تا ۲۱۱.

69. Intuitive decision making.

تصمیم‌گیری مبتنی بر شهود، گونه‌ای از تصمیم‌گیری است که از عقلانیت^{۷۰} فاصله دارد و مدیران اغلب در صورت عدم برخورداری از شواهد،^{۷۱} داده‌ها^{۷۲} و اطلاعات^{۷۳} کافی به این نوع تصمیم‌گیری روی می‌آورند. سایمون، دانشمند علم مدیریت، رویکرد شهودی را استفاده از تجارب گذشته می‌داند که در حافظه فرد باقی مانده و هنگام تصمیم‌گیری بازایی می‌شود.^{۷۴} در این نوع از تصمیم‌گیری، تصمیم‌گیرنده یا مدیر ابتدا باتوجه به علاقه و سلیقه خود گزینه را انتخاب می‌کند و در ادامه، آن را برای اقدام در پیش می‌گیرد.^{۷۵} در برابر این نوع تصمیم‌گیری، تصمیم‌گیری مبتنی بر داده^{۷۶} مطرح می‌شود که می‌توان آن را متناظر با جهت ادراکی در نظر گرفت. در تصمیم‌گیری مبتنی بر داده، داده‌ها براساس اهداف جمع‌آوری و پردازش شده و اطلاعات و دانش‌های مورد نیاز از دل آن‌ها استخراج می‌شود و مبنای تصمیم‌گیری قرار خواهد گرفت.^{۷۷} این نوع تصمیم‌گیری از اتقان بیشتری برخوردار است و می‌تواند ضامن تصمیم و اقدام نزدیک‌تر به حقیقت شود.^{۷۸} در زمینه استظهار عرف نیز باید گفت که: با بهره‌گیری از آمار استنباطی و اتخاذ جهت ادراکی و رویکرد داده‌محوری می‌توان به حقیقت نزدیک شد.

ازسوی دیگر، به دلیل محدودیت‌های سرشماری، آمار استنباطی با استفاده از نمونه‌گیری به تعمیم نتایج حاصل از برآوردهای نمونه به کل، تحت شرایط و ضوابطی خاص و علمی و مبتنی بر محاسبات آماری و عقلی می‌پردازد. شاید ازسوی عده‌ای خدشه وارد شود که این روش علمی، در دایره استقرا قرار می‌گیرد و مبتنی بر فقه امامیه، استقرا نیز مانند قیاس حجت ندارد و برای استنباط حکم شرعی نمی‌توان از آن استفاده کرد.^{۷۹} در پاسخ باید گفت که: باتوجه به خطای بسیار پایین در نتایج مربوط به آمار استنباطی و همچنین توالد ذاتی و موضوعی دلیل استقرایی و مطابق با حساب احتمالات، دلیل استقرایی نیز می‌تواند مورد یقین واقع شود؛ به این بیان که در دلیل استقرایی می‌توان با تکرار آزمایش‌ها که در اینجا هم‌ارز با افزایش تعداد نمونه‌هاست، تصدیق ظنی قوی ایجاد کرد و پس از آن، از تصدیق به وجود آمده، که احتمال صدق آن به

70. Rationality.

71. Evidence.

72. Data.

73. Information.

74. Intuition and Emotion. Academy of Management Perspectives, 57-64.

75. Daft, Theory and Design, 154.

76. Data driven decision making

77. Provost & Fawcett, Data Science for Business: What You Need to Know about Data Mining and Data-Analytic Thinking, 35.

۷۸. ایرج، سهرابی، علم داده: مفاهیم و مهارت‌ها، ۹۷.

۷۹. محقق حلی، معارج الاصول، ۲۲۰.

دلیل بالارفتن تکرار آزمایشات زیاد شده، یقین به نتیجه متولد می‌شود.^{۸۰}

ازسوی دیگر، حجیت ظن انسدادی مطرح می‌شود؛ به این بیان که سرشماری به دلیل محدودیت‌هایی که دارد؛ اعم از زمان، هزینه و... امکان‌پذیر نیست و همین مسئله همان‌طور که گذشت مبنای آمار استنباطی و ابداع آن بوده است؛ لذا راه رسیدن به قطع و یقین با استفاده از سرشماری محال و غیرممکن است. در چنین شرایطی که نمی‌توان به واقع و حکم واقعی دست یافت و مکلف نیز نمی‌تواند بدون تکلیف و همراه با تحیر در مقام عمل بماند، لذا شارع ما را متعبد نسبت به عمل به ظن کرده است.^{۸۱} اما باید گفت که جعل حجیت برای ظنون هنگام انسداد طریق واقعیت در این مسئله کاربردی ندارد؛ چراکه مقدمات دلیل انسداد بر فرض تمامیت، چه بنابر کشف چه بنابر حکومت، موضوعات یا متعلقات احکام را اثبات نمی‌کنند.

نکته دیگر این است که وقتی فقیه یا مجتهد نسبت به عرفی بودن موضوعی حکم می‌کند، در واقع وجدان خود را گرچه با رویکرد احساسی بیان می‌کند که ممکن است مصاب به واقع باشد یا از جهل مرکب ناشی شده باشد، ولی در هر صورت نسبت به وجدان خود قطع دارد. اینکه فقیه امری را وجدانی می‌داند؛ یعنی احتمال خطا در آن نمی‌دهد و حجیت آن در حق وی به صورت ذاتی خواهد بود؛^{۸۲} یعنی قطع وی در حق او حجیت دارد و این حجیت از ذات قطع است و از آن جدا نمی‌شود و شارع نمی‌تواند حجیت را از قطع وی جدا کند؛ چراکه نسبت به آن علم و حتی بالاتر از آن (وجدان) ادعا شده و این علم وی برای او تکلیف آور خواهد بود و همراه با منجزیت و معذرت در حق اوست. حال، اگر با استفاده از آمار استنباطی و آزمون فرض، فرضیه‌ای را مطابق نظر فقیه، که ادعای وجدانی بودن آن را کرده است، قرار دهیم (H_0) و نقیض آن را نیز معادل نقیض فرض قرار دهیم (H_1) و سپس با استفاده از روش‌شناسی آماری به بررسی فرض پردازیم و فرضیه تأیید شود، روش علمی و امر وجدانی فقیه یکدیگر را تأیید کرده و نظر وی تقویت خواهد شد. اما مسئله اینجاست که اگر نتیجه آزمون فرض با ادعای فقیه در تضاد و تناقض بود، باید چه کرد؟ همان‌طور که گفته شد، وجدانی بودن ادعای فقیه در حق وی حجیت ایجاد می‌کند و شارع نمی‌تواند حجیت ذاتی قطع وی را از او جدا کند و آمار استنباطی هم به دلیل قرارداشتن در دایره ظنون دارای حجیت نیست اما در اینجا می‌توان با استفاده از آمار استنباطی و نتایج حاصل از آن، پایه‌های قطع فقیه یا

۸۰. صدر، الأسس المنطقية للاستقراء، ۱۶۸ تا ۱۵۶.

۸۱. طباطبائی حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۱۵۳/۳؛ خمینی، تحریرات فی الاصول، ۱۰۵/۳.

۸۲. خویی، مصباح الاصول، ۳۵۱/۳.

مكلف را متزلزل کرد.^{۸۳} در این فرض با استفاده از روش علمی، نتیجه‌ای برخلاف ادعای فقیه به دست آمد و باعث شد تا وی در درست و مطابق با واقع بودن وجدانیات خود تشکیک کند. در این صورت، امر وجدانی وی نیز در دایره ظنون، وارد و از حجیت ساقط می‌شود. ازسوی دیگر، استقرا و نتیجه آمار استنباطی نیز دارای حجیت نیست و مكلف نیز نمی‌تواند متحیر باشد و اینجاست که متمسک به اصول عملیه می‌شود. اصول عملیه، مجموعه قواعدی هستند که در صورت خالی شدن دست فقیه از ادله و شک در حکم شرعی و تکلیف عملی، ازسوی شارع برای آن جعل حجیت صورت گرفته است تا وظیفه مكلف روشن شود؛^{۸۴} یعنی در این هنگام فقیه برای روشن شدن وظیفه عملی به سراغ اصول عملیه مطابق با موضوع مورد بررسی خود می‌رود. برای مثال، شخصی را فرض کنید که می‌خواهد بداند آیا یک موسیقی خاص از مصادیق غنا به شمار می‌رود یا خیر و نیز خود به وجدان خود می‌یابد که این موسیقی از منظر عرف، از مصادیق غناست. حال، اگر وی به سراغ آمار استنباطی رود و مشخص شود که این موسیقی از مصادیق غناست که یقین وی مورد تقویت واقع می‌شود و اگر نتیجه آمار استنباطی؛ یعنی نمونه‌گیری و تعمیم آن به کل، این شود که این موسیقی از مصادیق غنا نیست، باتوجه به اینکه آمار استنباطی در دایره ظنون قرار دارد و نتیجه آن در حق مكلف حجیت ندارد، نمی‌تواند برای تولید حجیت در باب غنائبودن این موسیقی به نتیجه نمونه‌گیری و تعمیم آن به کل متمسک جوید اما پایه‌های قطع اولیه وی نسبت به نظر عرف متزلزل می‌شود و قطع وی از دایره قطع خارج و ملحق به دایره ظنون می‌شود. حال مكلف با دو ظن که هیچ‌یک در حق او حجیت ندارد، باقی می‌ماند و از طرفی هم نمی‌تواند متحیر باقی بماند، لذا باید به اصول عملیه مراجعه کند که این مسئله مجرای برائت شرعیه خواهد بود و با اجرای برائت حکم به غنائبودن آن موسیقی خاص می‌کند.

در میان عرف‌های مختلف، عرف خاص به‌منظور استفاده از ابزار آمار استنباطی برای استظهار عرف مناسب‌تر است؛ در تفکیک بین عرف عام و عرف خاص بیان شد که عرف عام در میان اهل یک سرزمین یا دین یا مذهب رواج دارد و بر سر آن توافق وجود دارد و عرف خاص در منطقه‌ای خاص یا در زمانی خاص پذیرفته شده است. حال، اگر بخواهیم نمونه‌گیری کرده و مطابق با قوانین و قواعد آمار استنباطی نتیجه را به کل تعمیم دهیم، به‌دلیل اینکه در عرف خاص تعداد اعضای جامعه کم‌تر می‌شود و به تعبیری، جامعه محدود بوده و باتوجه به توافق این جامعه محدود بر سر موضوع مدّ نظر، واریانس یا انحراف معیار جامعه کم‌تر است و نمونه با دقت بیشتری می‌تواند پارامتر مورد نیاز از جامعه را هدف‌گیری کند و نتیجه

۸۳. صدر، دروس فی علم الاصول، ۶۸/۱.

۸۴. مظفر، اصول الفقه، ۲۳۴/۲.

درست‌تری را به ما نشان دهد.

نتیجه‌گیری

توجه به رویکردهای شواهدمحور^{۸۵} به جای رویکردهای شهودی، ازجمله مهم‌ترین تغییرات در پارادایم‌های تصمیم‌گیری است که در اغلب رشته‌ها و زمینه‌های علمی به آن توجه می‌شود. یکی از حوزه‌هایی که نباید از این غافله عقب بماند، حوزه فقه و اصول است. گرچه استفاده از شواهد و مدارک نظیر استنباط از ادله اربعه از ابتدای پیدایش این علوم توأمان وجود داشته‌است، اما استفاده از شواهدی نظیر آمارهای عینی به جای تکیه بر شواهد ذهنی و تجربیاتی که امکان به‌وجودآمدن جهل مرکب در آن‌ها زیاد است، ضروری به نظر می‌رسد. ازجمله مباحثی که فقیه یا مکلف می‌تواند از رویکرد شواهدمحور یا داده‌محور به جای تکیه بر شهود خود استفاده کند، مسئله استظهار عرف است که به‌وسیله آمار استنباطی و اخذ نمونه و آزمون فرض آماری می‌توانند فرضیه خود را درباره نسبت‌دادن یک حقیقت به عرف بسنجند و فرضیه خود را رد یا تأیید کنند.

هنگام استفاده از آمار استنباطی می‌توان ضریب اطمینان را تا ۹۵ یا حتی ۹۹ درصد بالا برد که به‌معنای این است که می‌توان خطا را تا ۵ یا حتی ۱ درصد کاهش داد. اینجا اطمینانی نسبت به مسئله حاصل می‌شود که می‌تواند طبق نظریه توالد ذاتی و موضوعی دلیل استقرایی، این اطمینان از دلیل استقرایی نیز مورد یقین واقع شود و از آنجا که حجیت قطع ذاتی است، نتیجه آزمون فرض آماری نیز می‌تواند در حق او حجیت داشته باشد.

اگر مورد یقین واقع‌شدن دلیل استقرایی را باتوجه به امکان کاهش خطای آزمون فرض آماری تا حد یک درصد نپذیریم و هنوز هم نتایج مربوط به آمار استنباطی را به‌دلیل نمونه‌گیری و تعمیم نتایج جز به کل و همراه‌بودن آن با خطای همیشگی ولو کوچک را در دایره ظنیات به شمار آوریم و آن را فاقد حجیت بدانیم، باید گفت: حداقل نتیجه این است که می‌تواند درصورت رد فرضیه فقیه یا مکلف مبنی بر نسبت‌دادن نظر عرف به یک حقیقت، پایه‌های قطع فقیه یا مکلف متزلزل شود و از این راه، فرض وی نیز وارد دایره ظنیات شود که در این صورت باید بنابر اقتضای مسئله به اصل عملیه مناسب مراجعه شود.

هنگام انعقاد چندین عرف نیز باید به عرف عام مراجعه کرد؛ یعنی اگر در موضوعی چندین عرف منعقد شود، به‌دلیل اینکه خطابات شارع مقدس القای به عموم شده، باید عرف عام را ملاک قرار داد. برای مثال، در قضیه جنون، عرف عام به برخی از افراد لفظ مجنون اطلاق می‌کند اما در روان‌شناسی به طیف زیادی از

افراد مجنون می‌گویند که هریک از یک منظر خاص علمی که در آن علم مورد بحث قرار می‌گیرد، مجنون شناخته می‌شوند. در چنین مواردی که با تعدد عرف عام و خاص مواجه هستیم، عرف عام ملاک خواهد بود؛ چراکه مخاطب شارع عموم هستند. در این صورت باید علی‌رغم پاسخ‌گویی بهتر عرف خاص به نتایج آمار استنباطی که پیش‌تر اشاره شد، عرف عام را ملاک قرار داد و فرایند نمونه‌گیری و تعمیم به کل را باتوجه به آن انجام داد.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. به تحقیق مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث. قم: آل البيت (ع). چاپ سوم، ۱۳۷۵.
- آذر، عادل، منصور مؤمنی. آمار و کاربرد آن در مدیریت. تهران: سمت. ۱۳۹۱.
- آذر، عادل، منصور مؤمنی. آمار و کاربرد آن در مدیریت. تهران: سمت. ۱۳۹۶.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. بیروت: دار الفکر. ۱۳۹۹ق.
- اصفهانى، محمدحسین. حاشیه کتاب المکاسب. به تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع. قم: دار المصطفی (ص) لاحیاء التراث. ۱۴۱۹ق.
- الافنى، محمدجبر. «العرف: بحث فقهيّ مقارن». مجموعه مقالات مؤتمر اسلامى جده. ۱۴۰۹ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: الهادی. ۱۴۱۹ق.
- ایرج، حمیده، بابک سهرابی. علم داده: مفاهیم و مهارت‌ها. تهران: سازمان جهاد دانشگاهی تهران. ۱۳۹۵.
- ایروانی، علی. حاشیه المکاسب. تهران: کیا. ۱۳۸۴.
- بحرانی، محمدصنقر علی. المعجم الاصولی. قم: نقش. ۱۴۲۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. ۱۳۷۴.
- حکیم، محسن. نهج الفقاهة. به تحقیق جواد قیومی اصفهانی. قم: دار الفقه. ۱۳۷۹.
- حکیم، محمدتقی. الاصول العامة للفقہ المقارن. به تصحیح مجمع جهانی اهل بیت (ع). قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع). ۱۴۱۸ق.
- خرازی، سیدمحسن. «حقیقت عرف و اقسام و مبادی آن»، مجموعه مقالات کنگره نقش زمان و مکان در اجتهاد. ۱۳۷۴.
- خمینی، روح الله. الرسائل. قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۰ق.
- خمینی، روح الله. کتاب البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). ۱۴۲۱ق.
- خمینی، مصطفی. تحریرات فی الاصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). ۱۴۱۸ق.
- خویی، ابوالقاسم. دراسات فی علم الاصول. گردآوری سیدعلی هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی. ۱۳۸۴.
- خویی، ابوالقاسم. محاضرات فی اصول الفقه. قم: انصاریان. ۱۴۱۰ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. گردآوری محمدسرور واعظ حسینی. قم: داوری. ۱۴۲۲ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. گردآوری محمدعلی توحیدی تبریزی. قم: انصاریان. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

- راغب اصفهانی. حسین بن محمد. مفردات الفاظ قرآن. قم: ذوی القربی. ۱۳۸۳.
- سیستانی، علی. القواعد الفقهية. گردآوری سیدهاشم هاشمی. قم: دار التفسیر. ۱۴۴۱ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی. الموافقات. گردآوری بن حسن آل سلمان. قاهره: دار ابن عفان. ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. تمهید القواعد. گردآوری مکتب الإعلام الإسلامی. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. ۱۴۱۶ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. گردآوری عباس قوچانی. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۳۶۲.
- صدر، محمدباقر. الأسس المنطقية للاستقراء. بیروت: دار التعارف. ۱۴۰۶ق.
- صدر، محمدباقر. دروس فی علم الاصول. گردآوری لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للامام الشهيد الصدر. قم: دار الصدر. ۱۴۲۹ق.
- طباطبایی حکیم، محمد سعید. المحکم فی اصول الفقه. قم: المنار. ۱۴۱۴ق.
- عالیه، سمیر. نظام الدولة والقضاء والعرف فی الاسلام: دراسة مقارنة. بیروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ۱۹۹۷م.
- عراقی، ضیاء الدین. نهاية الافکار فی مباحث الالفاظ. گردآوری محمدتقی بروجردی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۶۳.
- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عرف. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۹۸.
- عمید، حسن. فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر. ۱۳۷۵.
- فخر رازی، محمد بن عمر. تفسیر مفاتیح الغیب. بیروت: دار الفکر. ۱۴۰۱ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. گردآوری مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی. بیروت: اعلمی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- فیض، علیرضا. مبادئ فقه و اصول مشتمل بر: بخشی از مسائل آن دو علم. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۹۵.
- لجنة الفقه المعاصر. الفائق فی الاصول. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه. ۱۳۹۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. معارج الاصول. گردآوری محمدحسین رضوی کشمیری. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۰۳ق.
- مددی، احمد. تقریرات درس خارج اصول. ۱۳۹۶: <https://mfeb.ir/home/osulsh-347/>.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۷۰.
- منصوری، خلیل رضا. دراسة موضوعية حول نظرية العرف و دورها فی عملية الاستنباط. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

نائینی، محمدحسین. فوائد الاصول. گردآوری محمدعلی کاظمی خراسانی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۷۶.
واسعی، محمد. جایگاه عرف در فقه. تهران: کانون اندیشه جوان. ۱۳۸۶.

Blackwell, D. Basic Statistics. McGraw Hill: January 1, 1969

Blommers, P; Forsyth, R. Elementary Statistical Methods in Psychology and Education, Second Edition.
University Press Of America: April 19, 1983

Daft, R. Organization Theory and Design, 11th Edition. Cengage Learning: March 21, 2012

Fabian, V; Hannan, J. Introduction to Probability and Mathematical Statistics, First Edition. John Wiley &
Sons Inc: January 1, 1985

Mendenhall, W; Reinmuth, J; Beaver, R. Statistics for Management and Economics, 7th Edition. South-
Western College Pub: January 15, 1993

Newbold, P; Carlson, W; Thorne, B. Statistics for Business and Economics, 6th Edition. Prentice Hall:
January 1, 2006

Provost, F; Fawcett, T. Data Science for Business: What You Need to Know about Data Mining and Data-
Analytic Thinking, 1st Edition, Kindle Edition. O'Reilly Media: July 27, 2013

Shavelson, R. Statistical Reasoning for the Behavioral Sciences, 3rd Edition. Allyn and Bacon: January 1,
1996

Simon, H. A. Making Management Decisions: the Role of Intuition and Emotion. Academy of Management
Perspectives, 1(1), 57–64.

doi: 10.5465/ame.1987.4275905

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. researched by Mū'assisa Āl al-Bayt (AS)
Iḥyā' al-Tūrāth. Qum: Āl al-Bayt (AS). Sivum, 1997/1375.

Al-Alfi, Muḥammad Jabr. "al-'Urf: Baḥṭh Fiqhī Muqārīn". *Majmū'ah Maqālāt Mu'tamar Islāmī Jadda*.
1989/1409.

'Alidūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va 'Urf*. Tehran: Pazhūhishgāh-i Farhang va Andīshih-yi Islāmī. 2020/1398.

'Aliya, Samīr. *Nizām al-Dawla wa al-Qaḍā wa al-'Urf fī al-Islām: Dirāsa Muqārana*. Beirut: Mū'assisa

Jāmi'īya li-l-Dirāsāt wa al-Nashr wa al-Tawzī', 1997/1418.

‘Amīd, Ḥasan. *Farhang Fārsī ‘Amīd*. Tehran: Amīr Kabīr. 1996/1375.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: al-Hādī. 1998/1419.

‘Āzar, ‘Ādil, Maṣṣūr Mu’minī. *Āmār va Kārburd ān dar Mudīriyat*. Tehran: Samt, 2013/1391; 2018/1396.

Bahrānī, Muḥammad Ṣanqūr ‘Alī. *al-Mu‘jam al-Uṣūlī*. Qum: Naqsh. 2005/1426.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *Tafsīr Mafātīḥ al-Ghayb*. Beirut: Dār al-Fikr, 1981/1401.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. researched by Maḥdī Makhzūmī va Ibrāhīm Sāmarrāi. Beirut: A‘lamī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Fiḍl, ‘Alī Rizā. *Mabādī Fiqh va Uṣūl Mushtamal bar: Bakhshī az Masā’il ān du ‘Ilm*. Tehran: Mū’assisah-yi Chāp va Intishārāt University of Tehran, 2017/1395.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-‘Āmah fī Al-Fiqh al-Muqārīn*. Ed. Majma‘ Jahānī Āl al-Bayt(AS). Qum: Majma‘ Jahānī Āl al-Bayt(AS). 1997/1418.

Ḥakīm, Muḥsin. *Nahj al-Faqāha*. researched by Javād Qayūmī Iṣfahānī. Qum: Dār al-Fiqh, 2001/1379.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu‘jam Maqāyīs al-Lughā*. Beirut: Dār al-Fikr. 1979/1399.

Īraj, Ḥamidīh. Bābak Suhrābī. *Ilm Dādih: Mafāhīm va Mahārat-hā*. Tehran: Sāzīmān Jahād Dānishgāhī Tehran, 2017/1395.

‘Irāqī, Žiyā’ al-Dīn. *Naḥāya al-Afkār fī Mabāḥith al-Allāz*. Girdāvarī Muḥammad Taqī Burūjirdī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.

Īrawānī, ‘Alī. *Ḥāshīya al-Makāsib*. Tehran: Kiyā, 1965/1384.

Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Ḥāshīya Kitāb-i al-Makāsib*. researched by Shaykh ‘Abbās Āl Sabā’. Qum: Dār al-Muṣṭafā (pbuh) Iḥyā’ al-Tūrāth. 1998/1419.

Ja‘farī Langīrūdī, Muḥammad Ja‘far. *Tirminūlūzhi Huqūq*. Tehran: Ganj-i Dānish. 1996/1374.

Kharāzī, Sayyid Muḥsin. "Ḥaqīqat ‘Urf va Aqsām va Mabādī ān". *Majmū‘ah Maqālāt Kungirah-yi Naqsh Zamān va Makān dar Ijihad*. 1996/1374.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Dirāsāt fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Sayyid ‘Alī Ḥāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī. 2006/1384.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Girdāvarī Muḥammad ‘Alī Tawḥīdī Tabrizī, Qum: Anṣāriyān. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.

- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad Surūr Wā'iz Ḥusaynī. Qum: Dāwarī, 2001/1422.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Muḥāḍarāt fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Anṣāriyān. 1990/1410.
- Khumaynī, Muṣṭafā. *Tahrīrāt fī al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 1997/1418.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Rasā'il*. Qum: Ismā'īliyyān. 1990/1410.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2000/1421.
- Lajnat al-Fiqh al-Mu'āṣir. *al-Fā'iḳ fī Uṣūl*. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-hā-yi 'Ilmiyya. 1977/1397.
- Madadī, Aḥmad. *Taqrīrāt Dars-i Khārij Uṣūl*. 2018/1396.
- Manṣūrī, Khalīl Riḍā. *Dirāsā Mawḍū'īya Ḥawl Nazāriya al-'Urf wa Dawrahā fī 'Ilmiyya al-Istinbāt*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1372.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Ma'ārij al-Uṣūl*. Girdāvarī Muḥammad Ḥusayn Raḍawī Kishmīrī. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. 1983/1403.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1951/1370.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Girdāvarī Muḥammad 'Alī Kāzimī Khurāsānī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1376.
- Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *al-Mufradāt Alfāẓ Qurān*. Qum: Dhawil al-Qurbā, 2005/1383.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Al-Ususu al-Mantiqiyya li-l-Istiqrā'*. Beirut: Dār al-Ta'aruf, 1986/1406.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl*. Girdāvarī al-Lajna al-Taḥqīq al-Tābi'a li-l-Mū'amar al-'Ālamī li-l-Imām al-Shahīd al-Ṣadr. Qum: Dār al-Ṣadr. 2008/1429.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. researched by 'Abbās Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1362.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Tamhīd al-Qawā'id*. Girdāvarī Maktab al-A'lam al-Islāmī. Qum: Maktab al-A'lam al-Islāmī, 1995/1416.
- Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. *al-Muwāfaqāt*. Girdāvarī ibn Ḥasan Āl Salmān. Cairo: Dār Ibn 'Aān, 1996/1417.
- Sīstānī, 'Alī. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Girdāvarī Sayyid Ḥāshim Ḥāshimī. Qum: Dār al-Tafsīr. 2020/1441.
- Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *al-Muḥkam fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: al-Minār. 1994/1414.
- Vāsī'i, Muḥammad. *Jāyghāh 'Urf dar Fiqh*. Tehran: Kānūn Andishih-yi Javān, 2007/1386.

Table of Contents

A Reflection on the Nature and Foundations of "Compulsory Peace" in Imāmī Fiqh	11
Dr. Reza Avan - Dr. Seyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan - Dr. Hossein Naseri Moghaddam	
The Conflict Between Itlāq (Generality) and Taqyīd (Restricted): Disagreement or Convergence Among Scholars	35
Dr. Saeed Ahmadi Fard - Seyyedeh Zahra Sakhaie	
An Analysis of the Nature and Conditions of Implementing the Bundle-of-Twigs Penalty (Žighs) in Imāmī Jurisprudence	59
Dr. Masoud Bassami	
A Critical Assessment of the Proposition "lā tasquṭ al-ṣalāh bi-ḥāl" (Prayer Is Never Dropped Under Any Circumstance)	91
Dr. Mohammad Ebrahim Roshan Zamir - Dr. Seyyed Ali Delbari - Hadi Marvi	
Master-Seller Sale (Bay'i Mustarsil): Re-assessing the Nature, Effects, and Relationship to Sales Based on the One Cosignatories	115
Dr. Nabi Sobhani - Dr. Karim Kukha'izadeh	
An Exploration of the Father's Disposition over the Property of a Mature Child from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Law	137
Dr. Abdolsamad Aliabadi - Dr. Hadi Khoshnoudi - Shoaib Salehi	
Historicity in the Tradition (Sunnah) of the Infallibles from the Viewpoint of Muḥaqqiq Na'inī and Shahīd Ṣadr, with an Emphasis on the Theories of "Constitutional Governance" and "Manṭaqat al-Farāgh"	157
Marjan Gholami - Dr. Mohammad Mahdi Ajilian Mafogh - Dr. Mahdi Ahmadi	
An Analysis of the Islamic Republic of Iran's Criminal Policy in the Criminalization of Muḥāraba (Terrifying Conflict): Foundational and Operational Challenges	183
Dr. Mostafa Nasiri	
Health-Centered Fiqh Principles and Their Impact on Increasing Life Expectancy	207
Dr. Saeed Nazari Tavakoli - Dr. Fatemeh Kerachiyani Sani	
Assessing the Capacity of Inferential Statistics for Identifying Customary Practice (ʿUrf) in the Process of Ijtihād	241
Morteza Niazi - Dr. Mohammad Hossein Bayati - Mahdi Hamzehpoor	



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 57, No. 3: Issue 142, Autumn 2025

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Journal Expert: Shahsaman Shahrokh Shahian

Page Designer: Hussein Zekavatizadeh

Translation of Abstracts: Mina Mollaie

Editor: Sayeda Marzieh Khaleghi Miran

Transliterator: Maryam Oraee

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. 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



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASIHAD

Journal of Fiqh and Usul

Faculty of Theology and Islamic Studies

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

Vol. 57, No. 3: Issue 142, Autumn 2025

Contents

A Reflection on the Nature and Foundations of "Compulsory Peace" in Imāmī Fiqh

Dr. Reza Avan - Dr. Seyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan - Dr. Hossein Naseri Moghaddam

The Conflict Between Itlāq (Generality) and Taqyīd (Restricted): Disagreement or Convergence Among Scholars

Dr. Saeed Ahmadi Fard - Seyyedeh Zahra Sakhaie

An Analysis of the Nature and Conditions of Implementing the Bundle-of-Twigs Penalty (Žighs) in Imāmī Jurisprudence

Dr. Masoud Bassami

A Critical Assessment of the Proposition "lā tasquṭ al-ṣalāh bi-ḥāl" (Prayer Is Never Dropped Under Any Circumstance)

Dr. Mohammad Ebrahim Roshan Zamir - Dr. Seyyed Ali Delbari - Hadi Marvi

Master-Seller Sale (Bayʿi Mustarsil): Re-assessing the Nature, Effects, and Relationship to Sales Based on the One Cosignatories

Dr. Nabi Sobhani - Dr. Karim Kukha'izadeh

An Exploration of the Father's Disposition over the Property of a Mature Child from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Law

Dr. Abdolsamad Aliabadi - Dr. Hadi Khoshnoudi - Shoaib Salehi

Historicity in the Tradition (Sunnah) of the Infallibles from the Viewpoint of Muḥaqqiq Naʿīnī and Shahīd Ṣadr, with an Emphasis on the Theories of "Constitutional Governance" and "Maṭāʾat al-Farāgh"

Marjan Gholami - Dr. Mohammad Mahdi Ajilian Mafogh - Dr. Mahdi Ahmadi 1

An Analysis of the Islamic Republic of Iran's Criminal Policy in the Criminalization of Muḥāraba (Terrifying Conflict): Foundational and Operational Challenges

Dr. Mostafa Nasiri

Health-Centered Fiqh Principles and Their Impact on Increasing Life Expectancy

Dr. Saeed Nazari Tavakoli - Dr. Fatemeh Kerachiyani Sani

Assessing the Capacity of Inferential Statistics for Identifying Customary Practice (ʿUrf) in the Process of Ijtihād

Morteza Niazi - Dr. Mohammad Hossein Bayati - Mahdi Hamzehpoor