



تأثیر بیهوشی و اغما بر روابط حقوقی مغمی علیه

دکتر محمدمهدی الشریف - دکتر مریم بلندی برزکی

بررسی مضمونی روایت پیامبر (ص) در منع زن از خروج از منزل براساس نظریه موافقت روحی با قرآن

دکتر علی الهی خراسانی - زینب یاراحمدی خراسانی

پژوهشی پیرامون مالیت «رمزارها» با نگاهی بر اندیشه فقهی امام خمینی (ره)

دکتر جواد سلطانی فرد

تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۳۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب)

سیدهای صابری - سیدمحمدهادی قبولی درافشان - دکتر محمدحسن حائری

باز پژوهی جریان استصحاب در شبهات حکمیه

امیرحسین غضنفری

بازخوانی حکم و گستره احتکار با رویکرد عدالت کیفری

دکتر حسین فرزانه - دکتر سیدجعفر علوی گنابادی - دکتر سیدعلی سجادی زاده

بررسی تفاوت مبنای پذیرش حجیت ظهور در گفتار و رفتار

فاطمه ماسچی زاده - دکتر محمدرضا حمیدی - دکتر زهره حاجیان فروشانی

دیه جابه‌جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی

دکتر محمدجواد محمدی

اعتبارسنجی معامله همراه با کم فروشی (تطفیف)

دکتر غلامرضا یزدانی



## فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان 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 فنوائی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

## یادآوری

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

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

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر 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»<sup>۱</sup> 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.

---

<sup>۱</sup> <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»<sup>۲</sup>، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»<sup>۳</sup> و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»<sup>۴</sup> 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، ی) 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).

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

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

<sup>4</sup>. <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 الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

### مقاله:

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

### سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

۱. فقط برای نویسنده اول در فهرست منابع نام خانوادگی پیش از نام کوچک می‌آید. در کتاب‌ها و مقالات با دو و سه نویسنده، نویسنده دوم و سوم به ترتیب با نام کوچک و نام خانوادگی و برای بیش از سه نویسنده، نام نفر اصلی + و دیگران درج شود.

✓ **نمونه:** قنوتی، 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»<sup>۵</sup> است. توضیحات بیشتر در این صفحه<sup>۶</sup> 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<sup>۷</sup>، استفاده شود.

---

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

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

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

## فهرست مندرجات

| صفحه | عنوان                                                                                                                                        |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ۱۱   | تأثیر بیهوشی و اغما بر روابط حقوقی مغمی علیه<br>دکتر محمدمهدی الشریف - دکتر مریم بلندی برزکی                                                 |
| ۳۵   | بررسی مضمونی روایت پیامبر(ص) در منع زن از خروج از منزل براساس نظریه<br>موافقت روحی با قرآن<br>دکتر علی الهی خراسانی - زینب یاراحمدی خراسانی  |
| ۵۷   | پژوهشی پیرامون مالیت «رمزارها» با نگاهی بر اندیشه فقهی امام خمینی(ره)<br>دکتر جواد سلطانی فرد                                                |
| ۸۷   | تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۳۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب)<br>سیدهدانی صابری - سیدمحمدهادی قبولی درافشان - دکتر محمدحسن حائری |
| ۱۱۳  | باز پژوهی جریان استصحاب در شبهات حکمیه<br>امیرحسین غضنفری                                                                                    |
| ۱۳۷  | بازخوانی حکم و گستره احتکار با رویکرد عدالت کیفری<br>دکتر حسین فرزانه - دکتر سیدجعفر علوی گنابادی - دکتر سیدعلی سجادی زاده                   |
| ۱۶۷  | بررسی تفاوت مبنای پذیرش حجیت ظهور در گفتار و رفتار<br>فاطمه ماسچی زاده - دکتر محمدرضا حمیدی - دکتر زهره حاجیان فروشانی                       |
| ۱۹۱  | دیه جابه جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی<br>دکتر محمدجواد محمدی                                             |
| ۲۱۹  | اعتبارسنجی معامله همراه با کم فروشی (تطفیف)<br>دکتر غلامرضا یزدانی                                                                           |



## The Impact of Unconsciousness and Coma on the Legal Relations of a Person in a Comatose State

**Dr. Mohammad Mahdi Alsharif** 

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

**Dr. Maryam Bolandi Barzaki (Corresponding Author)**

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Humanities, University of Kashan, Kashan, Iran

**Email:** [Bolandi290@yahoo.com](mailto:Bolandi290@yahoo.com)

### Abstract

Despite the fact that unconsciousness and coma (*ighmā*) give rise to a wide range of legal complications for the affected individual, the Civil Code addresses only a single aspect of this issue, leaving many related questions unresolved. As a result, most legal scholars have sought to address matters relating to coma through analogy with the doctrine of legal interdiction (*hajr*). The present article aims to clearly distinguish coma from legal interdiction and to clarify the legal status of the acts performed by a comatose person. Based on the findings of this study, which has employed a descriptive-analytical method, although the law speaks of the invalidity of the transactions of the insane, the unconscious, and the intoxicated in the same section, the more accurate position is that the invalidity of a comatose person's transaction is similar to that of an intoxicated person. This is because in both cases, despite the existence of legal capacity (*ahliyyat*), the transaction is void due to the absence of intent to form the contract (*qaṣd-i 'inshā'*) at the time of contract formation, rather than the condition of the insane person, whose lack of intent stems from legal interdiction. On this basis, appointing a legal guardian (*qayyim*) for a comatose person is unjustified, even when the period of unconsciousness is prolonged. Instead, as in the case of an incapacitated person, one may only resort to the institution of appointing a trustee (*amīn*) (or custodian). Similarly, the termination of agency (*vikālat*) and other permission-based contracts (*'uqūd-i iznī*) following a prolonged coma does not originate from the interdiction of the comatose person, but rather from the constitutive role of permission (*izn*) in such contracts.

**Keywords:** coma (*ighmā*); comatose person (*mughmā* 'alayh); permission-based contracts (*'uqūd-i iznī*); legal interdiction (*hajr*); intent to form the contract (*qaṣd-i 'inshā'*)





|                                                                                                                  |                                                             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| HomePage: <a href="https://jfiqh.um.ac.ir/">https://jfiqh.um.ac.ir/</a>                                          | سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان ۱۴۰۴، ص ۳۴ - ۱۱ |
| شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲                                                                                        | شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹                                         |
| تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲                                                                                          | تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۱۷                                   |
| DOI: <a href="https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.81992.1574">https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.81992.1574</a> | تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۹                                    |
|                                                                                                                  | نوع مقاله: پژوهشی                                           |

## تأثیر بیهوشی و اغما بر روابط حقوقی مغمی علیه

دکتر محمد مهدی الشریف

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

دکتر مریم بلندی برزکی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

Email: [Bolandi290@yahoo.com](mailto:Bolandi290@yahoo.com)

### چکیده

به رغم اینکه وقوع بیهوشی شخص مغمی علیه را با مسائل متعدد حقوقی مواجه می‌سازد؛ اما قانون مدنی در این باره تنها به یک مسئله اشاره نموده و مسائل متعدد دیگری را بدون پاسخ گذاشته است. این وضعیت سبب شده اغلب نویسندگان حقوقی مسائل مربوط به اغما را با قیاس به احکام حجر حل و فصل کنند. هدف از این جستار، تفکیک دقیق مقوله اغما از حجر و تعیین وضعیت اعمال حقوقی مغمی علیه است. بر پایه یافته‌های این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی نگاشته شده است، هر چند قانون از بطلان معاملات مجنون و بی‌هوش و مست در کنار یکدیگر سخن گفته، اما درست این است که بطلان معامله بی‌هوش از سنخ بطلان معاملات مست است که به رغم داشتن اهلیت به دلیل عدم تحقق قصد انشا در زمان عقد، معامله‌اش محکوم به بطلان است نه از سنخ معامله مجنون که عدم قصد انشای وی ریشه در حجر وی داشته باشد. بر این اساس نصب قیم برای مغمی علیه هر چند بیهوشی او به درازا بکشد نادرست است و تنها می‌توان همچون فرد عاجز برای وی از نهاد نصب امین استفاده نمود. انفساخ وکالت و سایر عقود اذنی در اثر اغمای طولانی مدت نیز ریشه در حجر مغمی علیه نداشته و از باب تقوّم عقود اذنی به اذن است.

**واژگان کلیدی:** اغما، مغمی علیه، عقود اذنی، حجر، قصد انشا.

## مقدمه

هر جامعه شهروندانی دارد که به علل مختلف در معرض تضییع حقوق قرار دارند، این وضعیت در اکثر موارد به دلیل وجود نقص در این افراد است و منجر به ایجاد شرایط خاص این شهروندان می شود که به سبب آن نمی توانند مثل بیشتر مردم از حقوق خود دفاع کنند، به همین دلیل در قوانین نظام های حقوقی مختلف دنیا برای این اقشار قوانین حمایتی وضع شده است؛ حقوق موضوعه کشور ما نیز در این زمینه اصول و قواعد مختلفی را در حمایت از این افراد وضع کرده است. در یک دسته بندی کلی می توان دو دسته از افراد را مورد حمایت قانونگذار نظام حقوقی ایران دانست: دسته اول، محجورین و دسته دوم افراد غیرمحجوری است که قانونگذار آن ها را به دلایل دیگری غیر از حجر مورد حمایت قرار داده است. شخصی که اغما بر وی عارض می شود از جمله اشخاصی است که به دلیل اخیر بایستی مورد حمایت مقنن قرار گیرد اما با وجود حوادث متعدد جامعه امروزی و بروز اغما در این حوادث، قانونگذار ایران تنها در ماده ۱۹۵ قانون مدنی به ذکر وضعیت عقود در حال بیهوشی پرداخته و سایر مسائل مربوط به بی هوش را بدون پاسخ گذاشته است و موضوع مغمی علیه و حقوق حمایتی وی حتی در قانون و کتب حقوقی نیز تاحدودی محجور مانده است.

حسب بررسی های نگارندگان در زمینه موضوع نوشتار به طور کلی پژوهش هایی صورت گرفته است: حسن رهپیک و آرش ابراهیمی با مقاله «اثر کاهش سطح هوشیاری بر عقود اذنی» در مجله دیدگاه های حقوق قضایی، آرش ابراهیمی با مقاله «اثر کاهش محتوای هوشیاری بر عقود اذنی» در مجله فقه پزشکی، محمود حائری مهریزی و ولی الله نصیری رضی با مقاله «اثر اغما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران» در مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی به موضوع پژوهش حاضر پرداخته اند. چنان که از عناوین مقالات مذکور نیز پیداست، این مقالات بر تأثیر اغما بر عقود اذنی متمرکز است و سایر مسائل مرتبط با مغمی علیه را پوشش نمی دهند. تمایز نوشتار حاضر با مقالات قبل این است که علاوه بر بررسی مبنایی علت عدم صحت عقد مغمی علیه در زمان بیهوشی و اثراتی که بیهوشی بر عقود مبتنی بر اذن و عقود غیراذنی دارد، موضوعات مبتلا به مغمی علیه پس از بیهوشی را نیز کنکاش می کند.

پرسش اصلی این نوشتار عبارت است از: علت بطلان معاملات فرد بی هوش (مغمی علیه) در حقوق ما بر مبنای فقدان اهلیت استوار است یا فقدان قصد انشا؟ در این راستا بدو در بررسی ارتباط مقوله اغما با حجر، رابطه فقدان اهلیت و قصد انشا تبیین می شود و سپس تأثیر اغما بر اعمال حقوقی مغمی علیه با ذکر نظرهای مختلف فقهی و حقوقی بیان می شود.

اغما را در لغت به معنای از دست دادن حس و حرکت بر اثر پیشامد و حادثه‌ای<sup>۱</sup> و در اصطلاح حقوقی آن را به عارض شدن نوعی سستی غیرطبیعی در انسان بدون مصرف مواد بی حس کننده و مخدر که قوای حسی را از عمل باز می‌دارد، تعریف کرده‌اند.<sup>۲</sup> اغما در اصطلاح پزشکی اختلال شدید فعالیت مغزی است که منجر به کاهش شدید سطح هوشیاری می‌شود،<sup>۳</sup> به طوری که بیمار نسبت به تحرکات اطراف خود پاسخ مناسب نمی‌دهد.<sup>۴</sup> به تعبیر دیگر، اغما حالتی است که با اختلال تنفسی و هوشیاری و حسی و حرکتی توأم است و ممکن است از چند دقیقه تا چند سال به طول انجامد.<sup>۵</sup> فرد مبتلا به اغما در اکثر موارد در حداکثر ظرف چند هفته بهبود می‌یابد و هوشیاری بر می‌گردد<sup>۶</sup> اما طول این زمان به علت ایجادکننده آن و شدت ضایعه مغزی وارده بستگی دارد؛ ممکن است فرد در مدتی بسیار کوتاه مجدداً هوشیاری خود را به دست آورد یا اینکه پس از مدتی بهبود نیافته و از اغما وارد مرحله زندگی نباتی شود.

هرچند عرف و علم پزشکی بین اغما و بیهوشی تفاوت می‌نهد و اغما را به نوع خاصی از بیهوشی اطلاق می‌کند که ناشی از ضایعات مغزی است و بهبودی و بازگشت از آن خلاف عادت است و در مقابل، بیهوشی (ارادی یا غیرارادی) را به مواردی اطلاق می‌کند که به هوش آمدن شخص امری مورد انتظار و مطابق با جریان عادی امور است، لکن در اصطلاح فقه و حقوق مفهوم و احکام حاکم بر بی‌هوش و مغمی علیه یکسان است. از لحاظ پزشکی برای تمیز مرگ مغزی از اغما باید بررسی شود که آیا عدم هوشیاری در فرد برگشت پذیر است یا خیر؟ اگر عدم هوشیاری در فرد برگشت پذیر و موقت باشد اغما تلقی می‌شود و این عدم هوشیاری موقت ممکن است در اثر عوامل خاص مثل مسمومیت با تریاک یا مسمومیت دارویی نیز ایجاد شود.<sup>۷</sup> اما اگر پس از بررسی معلوم شود که عدم هوشیاری دائمی و برگشت ناپذیر است مشخص می‌شود که فرد دچار مرگ مغزی شده و این قطع دائمی می‌تواند به لحاظ مرگ سلول‌های مغز باشد.

اغما گاه براساس بروز حوادث و وقایع پیش‌بینی نشده یا بیماری خاص در خصوص افراد حادث می‌شود و گاه نیز به منظور اعمال جراحی با اراده افراد صورت می‌پذیرد. بروز این مسئله سبب شود که انسان

۱. حسینی، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، ۵۷.

۲. انصاری، طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ۳۷۵/۱.

۳. گودرزی، کیانی، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، ۸۳.

۴. عسگری‌پور، نقی‌زاده، «ضوابط تعیین دیه اشخاص واجد زندگی نباتی»، ۷۸.

۵. گودرزی، کیانی، اصول طب قانونی مسمومیت‌ها، ۵۹.

۶. سراجی، «ماهیت مرگ مغزی از نظر قرآن و روایت»، ۶۸؛ عسگری‌پور، نقی‌زاده، «ضوابط تعیین دیه اشخاص واجد زندگی نباتی»، ۷۴.

۷. دیبایی، چکیده طب قانونی، ۱۱۶.

به یک باره توانایی اداره نسبت به امور و مسائل حقوقی و مادی خویش را از دست بدهد؛ مراد ما از اغما در این پژوهش اعم از اغمای کوتاه مدت (قصیر) و بلند مدت (طویل) خواهد بود و در هر مورد که تفکیک میان آن‌ها لازم باشد، به طور خاص به ذکر نوع اغما اشاره می‌شود. حالت بیهوشی عمومی که موقتاً و کنترل شده در فرد ایجاد می‌شود نیز در بحث ما جا می‌گیرد؛ چراکه ماهیت اغما به معنای مصطلح و بیهوشی عمومی یکسان است، هرچند یکی ارادی و قابل پیش‌بینی است و دیگری غیرارادی و غیرقابل پیش‌بینی.

چنان‌که ذکر شد باوجود اینکه علم حقوق بایستی در خصوص تمامی وضعیت‌های خاص افراد تعیین تکلیف کند، در حقوق برای برخی از وضعیت‌های خاص انسان‌ها (جنون، سقه، صغر، ناتوانی) طراحی و برنامه‌ریزی صورت گرفته است اما درباره شخصی که دچار اغما می‌شود (مغمی علیه) چهارچوب‌های حمایت قانونگذار مشخص نیست. آثار و پیامدهایی که با عارض شدن اغما و تداوم آن حاصل می‌شود، تعیین تکلیف قراردادهای جایز مغمی علیه، نحوه حمایت‌های قانونی از مغمی علیه، تعیین تکلیف وظایفی که قانوناً برعهده وی بوده، ازجمله مسائلی است که بایستی از نظر حقوقی بررسی شود. این نوشتار می‌کوشد پس از بررسی رابطه اغما و فقدان اهلیت و وضعیت اهلیت و جنبه‌های حمایتی از مغمی علیه، آثاری که بروز اغما بر روابط حقوقی فرد ایجاد می‌کند را بررسی کند.

## ۱. رابطه فقدان قصد و فقدان اهلیت

قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۵ به تبع از فقه امامیه عقد در حال بیهوشی را باطل می‌داند. هرچند تصور انجام معامله در خصوص فرد بی‌هوش و مغمی علیه غیرممکن به نظر می‌رسد؛ لکن این امر در قانون مدنی و کتب حقوق مدنی به شیوه سنتی ذکر شده و معامله در حال بیهوشی باطل قلمداد شده است. قانون مدنی صراحتاً علت بطلان معامله بی‌هوش را فقدان قصد انشا بیان می‌کند؛ هرچند در فقه برخی از فقها در مبحث شرایط متعاقدين علی‌رغم اینکه علت بطلان معامله هازل (شوخ کننده) را فقدان قصد نقل (قصد انشا) می‌دانند؛ سبب بطلان معاملات بی‌هوش را فقدان عقل ذکر کرده‌اند.<sup>۸</sup>

مسئله حائز اهمیت آن است که در فقه آیا می‌توان از بطلان معامله بی‌هوش و فقدان قصد انشای وی، حجر وی را استنتاج کرد؟ و آیا میان فقدان قصد انشا و حجر ملازمه وجود دارد یا خیر؟ با تدقیق در عبارات فقها مشخص می‌شود که از نظر ایشان بین فقدان اصل قوة عاقله با فقدان عقل در حین معامله تفاوت وجود

۸. نراقی، مستند الشیعه، ۲۶۶/۱۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۶۱۲/۳؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۳/۱؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ۴۴۹/۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۷۲/۴.

دارد؛ فقدان حکومت عقل در حین معامله موجب بطلان معامله است و براین اساس، معاملات مجنون و مست و بی‌هوش باطل قلمداد می‌شود اما فقدان قوه عقل موجب حجر و عدم اهلیت است و از این‌روست که وضعیت مجنون با مست و بی‌هوش تفاوت بنیادین دارد؛ چراکه مست و بی‌هوش فاقد قوه عاقله نیستند، بلکه به‌طور موقت و در اثر عروض عارض خاص، حکومت عقل آن‌ها زائل شده است و دیر یا زود با زوال این عارضه، عقل مجدداً بر کرسی اقتدار خود بر خواهد گشت؛ همچنان‌که هیچ‌کدام از فقها در عدم حجر مست یا مغمی علیه اختلاف‌نظری ندارند.

به‌هرحال، قانون مدنی ایران به‌تبع برخی از فقها بطلان معاملات مست و بی‌هوش را فقدان قصد انشا دانسته و در باب شرایط اساسی معاملات با تفکیک شرط قصد و رضا از شرط اهلیت به‌طور کلی شبهه هرگونه ارتباطی میان بطلان معاملات مجنون و معاملات بی‌هوش را از ذهن زدوده است.

فقها در بررسی شرایط متعاقدين بدو در بخشی مستقل، از شرطیت عقل و بلوغ سخن گفته و پس از آن در بخشی مجزا قصد ایجاد مضمون‌عنه - برای شخصی که توانایی انشای عقد را دارد - را ذکر می‌کنند که در این بخش، عقد صوری و عقد هازل و عقد ساهی خارج می‌شود. نحوه نگارش برخی از اساتید بزرگ حقوق این توهم را ایجاد می‌کند که ایشان از بطلان معاملات مغمی علیه، به الحاق مغمی علیه به مجنون از حیث عدم اهلیت رسیده و به بیان ایشان «شخص مست و بی‌هوش و کسی که در اثر به‌کاربردن مواد مخدر درک و تمیز خود را از دست داده، مانند مجنون است.»<sup>۹</sup> به نظر می‌رسد هرچند در بطلان عقد صادر از سوی شخص بی‌هوش به فرض صدور، به دلیل فقدان قصد انشا - چنان‌که قانون مدنی گفته - یا به دلیل فقدان عقل - چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند - تردیدی نیست، ولی این امر ملازمه‌ای با محجور بودن شخص بی‌هوش ندارد؛ همچنان‌که از بطلان معامله مست و خواب و هازل و امثال آن‌ها نیز راهی به عدم اهلیت ایشان نمی‌توان جست. همان‌طور که ذکر بی‌هوش و مست در ردیف مجنون در کلام برخی از فقها و در ذیل شرط عقل نمی‌تواند مبنایی بر عدم اهلیت مغمی علیه باشد و به همین لحاظ هیچ‌کدام از فقها فتوا به عدم اهلیت مست و بی‌هوش نداده‌اند.

## ۲. نقش اغما در حجر

برخی از حقوق‌دانان با توجه به اینکه از نظر فقهی اغما از عوامل انفساخ عقود اذنی به شمار می‌رود، نظر به عدم اهلیت استیفای مغمی علیه داده‌اند، بدین بیان که: «جایز بودن قرارداد وکالت و ازدست‌دادن اهلیت تصرف (استیفا) در زمان بیهوشی می‌تواند دلیل نظر انفساخ وکالت باشد، با این توضیح که با عارض شدن

۹. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۵۹.

بیهوشی بر وکیل و فقدان اهلیت تصرف، ولایت بر او ثابت می‌شود.» به گفته ایشان «هرچند بیهوشی از مصادیق حجر نیست، با این حال آنچه موجب می‌شود که محجوریت موکل به انفساخ قرارداد وکالت منجر شود در بیهوشی نیز وجود دارد؛ چراکه شخص بی‌هوش اهلیت استیفای خودش را از دست می‌دهد و وکیل تنها در اموری اختیار دارد که موکل دارای اهلیت است.»<sup>۱۰</sup>

قانون مدنی در مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ و با تفصیل بیشتری در مواد ۱۲۰۷ و ۱۲۱۴ محجورین را نام برده و قواعد مرتبط با آن‌ها را ذکر کرده است و در هیچ‌یک از این مواد نامی از بی‌هوش و مغمی علیه نبرده است. مجدداً مقنن در ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی اشخاصی که برای ایشان قیّم مشخص می‌شود را احصا کرده و در آنجا نیز نامی از بی‌هوش و مغمی علیه نبرده است. ممکن است ادعا شود که هرچند قانون مدنی راجع به حجر مغمی علیه ساکت است؛ با استناد به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی مکلف است در موارد سکوت، نقص و ابهام به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر مراجعه کند و براین اساس می‌توان اغما را از اسباب حجر قلمداد کرد. صرف‌نظر از درستی نحوه استدلال، مراجعه به کلام فقها نشان می‌دهد که هیچ فقیهی اغما را در زمره اسباب حجر قلمداد نکرده است.

تحلیل ماهیت حجر به‌خوبی نشان می‌دهد که باوجود اینکه امکان دارد اغما مدت‌زمان زیادی به طول بینجامد و در طول این مدت نیز به اموال مغمی علیه ضرر وارد شود، اما فقها بحث حجر را در خصوص مغمی علیه مطرح نکرده‌اند؛ چراکه در بیان فقها محجور به فردی گفته می‌شود که به جهتی از جهات ممنوع از تصرف در مال خویش شود<sup>۱۱</sup> و قانونگذار نیز افرادی را محجور اعلام کرده که هرچند قادرند به‌لحاظ فیزیکی و جسمانی معامله‌ای را انجام دهند، ولی به‌لحاظ ضعف دماغی نمی‌توانند در معاملات از حقوق خود دفاع کنند و حقوق ایشان در معرض تضییع قرار می‌گیرد<sup>۱۲</sup> و چون تصرفات صغیر، مجنون و سفیه به‌دلیل فقدان عقل یا رشد یا تمیز ممکن است برخلاف مصالح و منافع آنان باشد، قانونگذار با اعلام حجر ایشان تصرفات احتمالی آنان را فاقد اثر حقوقی اعلام کرده است. روشن است که حجر و منع این افراد از تصرف به‌معنای حکم تکلیفی لزوم عدم تصرف نیست؛ زیرا خطاب حکم تکلیفی به مجنون و صغیر ممیز به‌دلیل فقدان شرایط عامه تکلیف امکان‌پذیر نیست، بلکه مراد از حجر و ممنوعیت از تصرف، ممنوعیت وضعی به‌معنای عدم‌ترتب اثر حقوقی کامل بر تصرفات آن‌هاست. با این تحلیل آیا در جایی که اساساً امکان هرگونه تصرف حقوقی ازسوی شخص منتفی است، حجر و منع او از تصرف، حمایت از او به‌شمار

۱۰. حائری مهریزی، نصیری رضی، «تأثیر اغما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران»، ۸۲.

۱۱. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۲/۲.

۱۲. گرچی، «سخنی کوتاه در حقوق بیماران، مجروحان و معلولان از نظر اسلام»، ۷۲.

می‌رود؟ آیا اساساً چنین منعی که تحقق موضوع آن امکان ندارد، عقلایی و زینده قانونگذار حکیم است؟ اساساً حجر در جایی امکان دارد که امکان تصرفات حقوقی در بین باشد و چون برای شخص بی‌هوش فرض تصرفات حقوقی منتفی است، مسئله حجر وی نیز منتفی است.

در خصوص مغمی علیه فرض بر این است که قبل از عروض اغما دارای اهلیت بوده است و باید دید که با عارض شدن اغما تغییری در این خصایص ایجاد می‌شود یا خیر؟ با استناد به قاعده استصحاب می‌توان وجود عقل و رشد را در وی محرز دانست، مغمی علیه به لحاظ وضع طبیعی خود اساساً قادر به انعقاد معامله نیست و این افراد به دلیل اینکه قادر به اداره امور خود نیستند، به سبب وضعیت ویژه نیاز به حمایت‌های خاص حقوقی دارند و لذا نمی‌توان به محجوریت و در نتیجه، ممنوع‌التصرف بودن ایشان قائل بود. افزون بر این، محجور قلمداد کردن مغمی علیه سبب می‌شود که به جنبه اصلی محجوریت، که ممنوع از تصرف بودن آن‌هاست، توجه نشود و فقط بحث حمایت از محجورین مدنظر قرار گیرد، در حالی که فلسفه حجر محجورین در مغمی علیه وجود ندارد. قول به اینکه اغما اهلیت تصرف در فرد را از بین می‌برد، هم سبب ایجاد اختلال در سیستم حقوقی می‌شود و باید آن را به همه موارد مشابه که سبب قطع اراده از انسان می‌شود نیز تسری دارد و هم با موانع دیگری نیز در سیستم حقوقی ما رویه‌روست.

فقه‌ها پس از بیان اینکه با خروج موکل از جواز در تصرف به سبب جنون یا اغما وکالت باطل می‌شود، اظهار می‌دارند که در این مسئله فرقی بین طولانی بودن یا کوتاه بودن زمان اغما نیست.<sup>۱۳</sup> صاحب‌جواهر در این زمینه بیان می‌دارد: «کذا لو خرج الموکل عن جواز التصرف بجنون أو إغماء في بطلان الوكالة بها، بل في المسالك أن بطلانها بذلك من كل واحد منهما موضع وفاق، بل فيها أيضا أنه لا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء وقصره.» همان‌طور که صاحب عروه در این خصوص معتقد است: «الجنون والإغماء من أحدهما من غير فرق بين كون الجنون إطباقاً أو أدوارياً، وكون مدة الإغماء قصيرة أو طويلة، و من غير فرق بين علم الموکل بذلك وجهله، و ظاهرهم الإجماع على البطلان بعروض أحدهما لأحدهما فبعد الإفاقة يحتاج إلى توكيل جديد.» بنابراین، اولین اشکال عملی محجور قلمداد کردن مغمی علیه زمانی نمایان می‌شود که به این موضوع توجه کنیم که به محض بی‌هوش شدن افراد به هر دلیلی، اعم از تصادف یا عمل جراحی حتی برای زمانی کوتاه، همه عقود اذنی وی منفسخ شود و با به‌هوش آمدن او از آن حالت می‌بایست مجدداً به انعقاد عقود منفسخ‌شده بپردازد و چون اغما خصیصه ویژه‌ای نسبت به موارد مشابه ندارد، می‌بایست همین حکم را برای این حالت‌ها جاری دانست: خواب و مستی و سایر مواردی که اذن از

۱۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۲۵/۲۲؛ یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۱۲۵/۱.

منیع خود جدا می‌شود. در پاسخ به این شبهه می‌توان گفت: «هرچند که حیات عقود جایز وابسته به استمرار تراضی است و از بین رفتن پایگاه اذن باعث قطع آن و در نتیجه انفساخ عقود می‌شود، با این حال قطع موقت و کوتاه مدت اذن را عرف نادیده می‌گیرد»<sup>۱۴</sup> و با این بیان می‌توان حالت‌هایی مانند بیهوشی کوتاه مدت و مستی و خواب را با حکم عرف، از بحث انفساخ عقود اذنی خارج کرد. برخی از فقها هرچند اغمای طولانی مدت را در حکم جنون و سبب بطلان عقود اذنی می‌دانند، لیکن اغمای کوتاه مدت را در حکم خواب می‌دانند و منافی با سلطه مغمی‌علیه نمی‌دانند.<sup>۱۵</sup> مانع دیگری که این تفسیر با آن روبه‌روست حصری بودن محجورین در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی است. باتوجه به آمره بودن احکام حجر در حقوق و اینکه در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی نامی از مغمی‌علیه ذکر نشده، نمی‌توان مغمی‌علیه را محجور دانست. در فقه نیز محجورین احصا نشده‌اند، ولی در کتب مختلف در مقام برشمردن محجورین نامی از مغمی‌علیه یا بیمار به عنوان محجور به میان نیامده است.<sup>۱۶</sup> بنابراین، نه در فقه امامیه و نه در قوانین موضوعه، مغمی‌علیه به عنوان محجور محسوب نمی‌شود. افزون بر این، اصل بر استصحاب اهلیت افراد واجد اهلیت است و خروج از اهلیت نیاز به یقین و نص دارد و نمی‌توان به بهانه‌های مختلف افراد را از تصرف در اموالشان ممنوع کرد.

### ۳. اثر اغما بر اعمال حقوقی مغمی‌علیه

از جمله نکات مهم در خصوص اغما تأثیر اغما بر اعمال حقوقی فرد مغمی‌علیه است. این موضوع هم درباره زمانی مطرح است که اغما در حین انعقاد قرارداد و قبل از انعقاد کامل آن و پس از ایجاب بر فرد عارض می‌شود و هم درباره زمانی که پس از انعقاد قرارداد، خصوصاً درباره عقود جایز اغما تحقق می‌یابد. در خصوص تأثیر اغما بر عقود در قانون مدنی صراحتاً تعیین تکلیف نشده است، بنابراین یکی از نکات مهم درخور بررسی در باب اغما مسئله اثر اغما بر عقود است و اینکه بر فرض اگر شخصی چند ساعت از هوش برود، این بیهوشی چه تأثیری در روابط حقوقی او با دیگران دارد؟ آیا این تأثیر به اندازه‌ای است که عقود مبتنی بر اذن را نیز باطل کند؟

#### ۳.۱. اثر اغما بر ایجاب

«ایجاب» وجودی اقتضایی دارد که در صورت عدم پیدایش موانع، قبول مخاطب آن را کامل و دارای اثر

۱۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۳۰/۵.

۱۵. حکیم، منهاج الصالحین، ۲۵۲/۲.

۱۶. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۲/۲. «الشخص ممنوعاً فی الشرع عن التصرف فی ماله بسبب من الأسباب، و هی کثیرة نذكر منها ما هو العمدة. و هی الصغر و السفه و الفلس و مرض الموت.»

حقوقی می‌کند.<sup>۱۷</sup> به عقیده مشهور فقها، از جمله شروط عقد آن است که هریک از ایجاب و قبول در حالی واقع شود که هر دو طرف قادر بر انشا باشند، بنابراین اگر مشتری در حال ایجاب با بیع قابلیت قبول نداشته یا فروشنده در زمان قبول طرف از قابلیت ایجاب خارج شود، عقد تشکیل نمی‌شود.<sup>۱۸</sup> هرآنچه که در صحت عقد شرط است، در تمام فاصله ایجاب تا قبول ضروری است، نه فقط در قسمتی از عقد.<sup>۱۹</sup> با وجود توجهی که فقها از گذشته دور به این مسئله داشته و به بررسی آثار آن پرداخته‌اند؛ قانون مدنی حکم صریحی درباره تأثیر عوامل زائل‌کننده اراده در زوال ایجاب ندارد، لذا به نظر می‌رسد با تدقیق در عبارات فقها باید دید تأثیری که اغما بر ایجاب دارد به چه صورت خواهد بود و براین اساس، راه حل مناسبی را اتخاذ کرد.

شمار بسیاری از فقها نظیر شیخ انصاری در مکاسب<sup>۲۰</sup> و پیش از او محقق در شرایع<sup>۲۱</sup> اغما و بیهوشی را در ردیف جنون آورده و آن را از عوامل نابودکننده ایجاب دانسته‌اند. دلیل ارائه‌شده این عده از فقها برای این حکم آن است که اغما مانع از صدق عقد و معاهده می‌شود و آن‌ها را از قابلیت تخاطب، که لازمه انعقاد عقد است، خارج می‌سازد.<sup>۲۲</sup> صاحب مکاسب در خصوص عدم قابلیت تخاطب مغمی علیه بیان می‌دارد: «ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والاعماء، بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ (أي حين أن كان البائع والمشتري مجنونين، أو ميتين، أو نائمين).» بدین لحاظ ایشان حتی خواب شخص ایجاب‌کننده یا مخاطب و غفلت کلی وی از آنچه واقع کرده است<sup>۲۳</sup> را هم با این بیان باعث از بین رفتن ایجاب می‌داند: «يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جنّ أو أُغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصحّ، وكذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلة.» در مقابل، بعضی دیگر نظیر شهید ثانی در مسالك و علامه در تذکره<sup>۲۴</sup> و خوئی<sup>۲۵</sup> چنین امری را نپذیرفته‌اند. خوئی در این خصوص می‌گوید: «و أمّا ما يعتبر في

۱۷. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۵۲.

۱۸. انصاری، مکاسب، ۱۳۲/۷.

۱۹. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۴۷/۲۹.

۲۰. انصاری، مکاسب، ۱۳۳/۷.

۲۱. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۰۰/۲.

۲۲. انصاری، مکاسب، ۱۳۳/۷.

۲۳. مسئله ۱۶: «يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جنّ أو أُغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصحّ، وكذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه (۱) عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلة.» فاضل لنکرانی، التعليقات على العروة الوثقى، ۷۳۷/۲.

۲۴. به نقل از حکیم، مستمسک العروة الوثقى، ۳۹۰/۱۴.

۲۵. خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۳۶۹/۳۶.

الموجب أو القابل فإنما يعتبر فيه مادام موجباً أو قابلاً لا قبله ولا بعده، مثلاً إذا جنَّ الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو أغمي عليه صح البيع بعد لحوق القبول إلى الإيجاب وهكذا لا يعتبر أن يكون القابل واجداً لما يعتبر في القبول إلا حين القبول لا سابقاً عليه و من حين الإيجاب، و من الظاهر أن العبد يكون واجداً لشرط القبول حين إنشائه ولو لم يكن واجداً له حين الإيجاب.»

صاحب جواهر دلایل پذیرش نظریه زوال ایجاب با عروض اغما را مبتنی بر دو دلیل کرده است: اول اینکه، ایجاب پیش از قبول در حکم عقد جایز است که با جنون و اغما ساقط می‌شود و دوم اینکه، ادله شرطیت عقل، قصد و مانند آن مربوط به مجموع عقد است که مرکب از ایجاب و قبول است، نه فقط مربوط به (زمان) ایجاب.<sup>۲۶</sup>

سید محمد کاظم یزدی با اینکه در حاشیه بر مکاسب با شیخ انصاری مخالفت کرده و فلس را موجب نابودی ایجاب نمی‌داند،<sup>۲۷</sup> اما در عروة الوثقی حتی خواب و غفلت را از عوامل زوال ایجاب بر می‌شمارد. ایشان علاوه بر استدلال شیخ انصاری مبنی بر عدم صدق معاقد و معاهده بر پیوند ایجاب و قبولی که در زمان جنون یا اغمای طرف مقابل صادر شده، دعوی اجماع و انصراف ادله را نیز مطرح ساخته است.<sup>۲۸</sup> آیت الله حکیم نیز با اینکه در تمام ادله مذکور ایرادهایی دیده و با آن مخالفت کرده است و حتی به طور کلی حجر را به دلیل آنکه مانع از صحت و نفوذ انشا می‌شود، نه مانع از صدق تخاطب، موجب زوال ایجاب نمی‌داند و در نهایت، زوال ایجاب در اثر جنون و اغما را به دلیل اینکه مانع از صدق تخاطب می‌شود پذیرفته است.<sup>۲۹</sup>

چنان که ملاحظه می‌شود مشهور فقها عروض اغما در فاصله میان ایجاب و قبول را سبب زوال ایجاب می‌دانند، البته نظرات مخالفی هم در این زمینه ارائه شده است. برای مثال، امام خمینی معتقد است: «فلو فرض أن المشتري مجنون أو مغمی علیه و لا يمكن مخاطبته لا يضر ذلك بإيجاب الموجب، أي التبادل بين المالكين أو تملك العين بالعوض، فإذا أفاق وقبل ما أوجبه تم نصاب موضوع الاعتبار، فوزان الإيجاب والقبول وزان العقد الفضولي والاجازة فكما أن المجيز لا يضر عدم أهليته بصحة البيع ونفوذه مع أهليته حال الاجازة كذلك حال القبول. فقلوه، إن القصد الجدي لا ينقذ في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار أجني عن باب البيع ونحوه، و خلط ناش من زعم أن البيع معاهدة بين الطرفين

۲۶. صاحب جواهر، جواهر الكلام، ۱۴۷/۲۹.

۲۷. یزدی، حاشیه مکاسب، ۹۲/۱.

۲۸. فاضل لنکرانی، التعليقات على العروة الوثقی، ۷۳۷/۲.

۲۹. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۳۹۰/۱۴.

حال ایقاعه، و قد عرفت أنه ليس إلا التملك بعوض، و هو يحصل بفعل البائع، كان الطرف حال الايقاع كالجماد و الحمار أم لا، و ليس التخاطب دخيلا في ماهية المعاملات. هذا إذا كان المشتري غير أهل حين الايجاب، و كذا إذا خرج البائع عن الاهلية حين القبول، فلو أوقع الايجاب فصار مغمى عليه فقبل المشتري لم يضر بالعقد و البيع، فإذا أفاق يرى أن تملكه بالعوض صار مورد القبول و تمت المعاوضة. بل يمكن أن يقال، إنه لو مات صحت معاوضة و إن احتاجت إلى إمضاء الورثة، لأن المال قبل القبول انتقل إليهم، و الورثة قائمون مقامه في ذلك، تأمل. فمقتضى القواعد عدم اعتبار هذا الشرط، نعم لابد من بقاء رضا.<sup>۳۰</sup> چنانکه ملاحظه می شود این دیدگاه مبتنی بر تمامیت عقد با ايجاب تنهاست که نتیجه اش عدم تأثیر جنون یا بیهوشی و حتی مرگ موجب در زوال ايجاب است یا خوئی با وجود اینکه بیان می دارد که درباره بايع بايستی قابليت تخاطب وی تا زمان قبول مشتری باقی باشد و با این عبارت به این امر تأکید می کند: «إنه تعتبر في صحة العقد قابلية كل من المتبايعين للانشاء عند تحقق الايجاب و القبول كليهما، و عليه فلو كان المشتري عند ايجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال قبول المشتري عن قابلية ايجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما، لانه وقتئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهدة و المعاقدة بينهما بوجه، و حيث إن العبد فيما نحن فيه غير قابل للقبول في زمان الايجاب لعدم كونه مأذونا في ذلك من قبل المولى فيحكم حينئذ بفساد العقد. و يتوجه على أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط -على ما ذكرناه في محله- لأن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري و عليه»، لیکن در خصوص مشتری معتقد است: «فإذا تحقق إنشاء البائع حال كون المشتري نائما أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للدالة الدالة على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الانشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشتري. هذا كله فيما إذا وكل المشتري العبد في الاشتراء من سيده. أما لو وكله في الاشتراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا مفوضا فإذا تحقق إنشاء البائع -حال كون المشتري نائما أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع- صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للدالة الدالة على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الانشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشتري.» بنابراین، ایشان بقای اهلیت را فقط درباره بايع (موجب) لازم می داند که نتیجه ای درست عکس مبنای قبلی دارد؛ به این معنا که جنون و

بیهوشی موجب سبب زوال ایجاب است، درحالی که چنین اموری در مشتری (قابل) تأثیری در اعتبار ایجاب ندارد.<sup>۳۱</sup>

باتوجه به سکوت قانون مدنی در این زمینه، برخی از حقوق دانان هرچند عروض جنون را باعث نابودی ایجاب می دانند، اما درباره اغما سکوت کرده اند.<sup>۳۲</sup> بعضی دیگر با سکوت درباره جنون صریحاً ابراز داشته اند که نباید عوارض زودگذری چون بیهوشی را نابودکننده ایجاب دانست.<sup>۳۳</sup> در مقابل، عده ای حتی جنون را از بین برنده ایجاب ندانسته و معتقدند: به وجودآورنده این موجود اعتباری (موجب) می تواند آن را به گونه ای اعتبار کند که پس از موت و جنون او نیز معتبر باقی بماند.<sup>۳۴</sup>

در مجموع باتوجه به مبانی فقهی و قانون مدنی در این زمینه باید چند نکته را مدنظر قرار داد: مسئله اول آنکه، طرفین عقد در حال انعقاد عقد بایستی علاوه بر شرط اهلیت، قابلیت انشا نیز داشته باشند. در واقع با لازم دانستن شرط اهلیت، مجانبین به طور کلی و صغار و سفها در مواردی که قانون معین می کند، توانایی انعقاد عقد را نخواهد داشت و از حیطه مدنظر ما خارج خواهد شد و با شرط قابلیت انشا، مجنون، مست، بی هوش و خواب خارج می شوند؛ لذا بی اعتباری معاملات مغمی علیه نیز به دلیل فقدان قصد عقدی است که در حال اغما و بیهوشی واقع می شود. قانون مدنی ایران به تبع فقه امامیه در ماده ۱۹۵ تصریح می کند که عقد در حالت بیهوشی باطل است و علت بطلان معامله بی هوش را به صراحت فقدان قصد انشا اعلام می کند. چنان که ذکر شد هرچند در فقه برخی از فقها اغما را از شرایط عدم اهلیت دانسته اند، لکن به نظر می رسد ظاهراً در فقه منظور از عدم اهلیت معنای اصطلاحی آن نیست، بلکه عدم قابلیت انشا مدنظر بوده و به همین دلیل خواب و مست و مغمی علیه و مجنون در کنار هم آمده اند.

نکته دیگر، تفکیک میان استمرار قابلیت انشا از هنگام ایجاب تا هنگام قبول و وجود قابلیت انشای هریک از طرفین در زمان انشای طرف دیگر است. اگر قائل باشیم که قابلیت انشای طرفین بایستی از حین ایجاب تا حین قبول استمرار داشته باشد، حتی اگر طرفین در زمان ایجاب و قبول قابلیت انشا را داشته باشند لکن در این فاصله یکی از آنان به اغما رود، سبب عقد منعقد نخواهد شد؛ چراکه قابلیت انشا استمرار نداشته است. اما اگر قابلیت انشای هریک از طرفین در زمان انشای طرف دیگر را ضروری بدانیم، ایجاب و قبول باید زمانی صادر شود که هریک از طرفین عقد صلاحیت انشای عقد را داشته باشند.

۳۱. خونی، موسوعة الامام الخونی، ۳/۳۵۳.

۳۲. امامی، حقوق مدنی، ۱/۱۹۰.

۳۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۳۲۴.

۳۴. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۶۲.

بنابراین، اگر هریک از متعاملین در زمان صدور انشای دیگری قابلیت انشا نداشته باشد عقد منعقد نمی‌شود که این عدم‌قابلیت ممکن است به دو دلیل باشد: عدم‌قابلیت انشا به دلیل اینکه طرفین قابلیت مخاطب واقع شدن را ندارند مثل حالت مرگ، جنون، بیهوشی و خواب و دیگری، عدم‌قابلیت به دلیل بی‌اعتباری رضای آن‌ها مثل سفیه.<sup>۳۵</sup>

مسئله دیگری که باید ذکر شود تفکیک میان موالات عرفی و تخاطب (ارتباط معنوی) بین ایجاب و قبول است. می‌دانیم که بین ایجاب و قبول باید توالی عرفی موجود باشد؛ یعنی قبول زمانی گفته شود که عرف آن را مربوط به ایجاب بداند و موالات بین ایجاب و قبول شرط لازم برای تشکیل عقد است.<sup>۳۶</sup> قانون مدنی در قواعد عمومی قراردادها اشاره‌ای به این شرط نکرده است، ولی درباره نکاح ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی اعلام می‌دارد توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است. پیشینه تاریخی قانون مدنی نشان می‌دهد که مفاد این ماده ویژه نکاح نیست، بلکه مصداقی از قاعده عمومی قراردادهاست که در مبحث نکاح ذکر شده است.<sup>۳۷</sup>

در این زمینه هرچند برخی معتقدند که اگر در انعقاد عقد قابلیت تخاطب را شرط بدانیم اغما و مستی و خواب مضر به ایجاب خواهد بود، ولی اگر تخاطب ملاک نباشد اغما و مستی و خواب خللی به ایجاب وارد نخواهد کرد، مگر آنکه مضر به موالات باشد. به نظر می‌رسد وقتی قابلیت تخاطب باقی است موالات نیز باقی خواهد بود و «مصلحت متعاقدين و بالاتر از آن مصالح اجتماعی است که در این گونه نهادهای حقوقی قضاوت نهایی را می‌کند و چیزی جز استواری روابط و حفظ اعتماد به معاملات ندارد.»<sup>۳۸</sup> بنابراین «باتوجه به مصلحت متعاقدين و استواری و استحکام معاملات نباید تا اندازه‌ای دور رفت که عوارض زودگذر را سبب بطلان ایجاب شمرد»<sup>۳۹</sup> و لذا «هرگاه ایجاب‌کننده بعد از ایجاب و پیش از قبول بخوابد، موجود اعتباری ناشی از ایجاب بر اثر خواب او از بین نمی‌رود، سکر و اغما و جنون سریع الزوال هم از این حیث در حکم خواب است.»<sup>۴۰</sup> باید توجه داشت که در حقوق به لحاظ روش فقهی، اقتضای ادله و سپس اصل از اهمیت برخوردار است و روش استدلالی که صرفاً مبتنی بر مصالح اجتماعی باشد در حقوق جایگاه روشنی ندارد. علاوه بر این، مصالح اجتماعی بر موارد مبتلا به تعلق می‌گیرد، نه امور فوق‌العاده نادر

۳۵. قناتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ۳۳۲.

۳۶. انصاری، المکاسب، ۲۷۳/۱.

۳۷. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۲۶/۱.

۳۸. اسماعیلی، «ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، ۹۲.

۳۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۲۳/۱.

۴۰. جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۶۳.

که قبول یا رد آن هیچ صدمه‌ای به مصالح اجتماعی وارد نمی‌آورد، بنابراین در امور نادری چون اغما اساساً بحث مصلحت‌های اجتماعی نمی‌تواند مطرح شود.

نکته حائز اهمیت دیگر اینکه، از جمله ابزارهای مورد استفاده فقها در بحث معاملات، تحلیل مفاهیم است و بحث تخاطب هم به عنوان یک شرط در عنوان عقد نهفته است نه به عنوان شرطی شرعی، بلکه به عنوان شرطی که مقوم عنوان عرفی است. عقد، یعنی گره خوردن دو اراده و این امر جز با تخاطب امکان پذیر نیست. خویی در این ارتباط معتقد است که موجب بایستی هنگام قبول، اهلیت داشته باشد؛ چراکه ارتقاع اهلیت وی سبب می‌شود که التزام باطنی وی زایل شود و لذا دیگر تحقق عنوان معاهده و معاهده در باره کسی که ایجاب کرده و قبل از قبول به حالت اغما رفته وجود ندارد؛ چراکه تحقق عنوان معاهده و معاهده منوط به پیوند دو التزام به یکدیگر است و وقتی التزام طرف اول به موت و جنون و اغما از بین برود، التزام طرف دیگر به آن متصل نمی‌شود.

به طور کلی دو مبحث را در خصوص عروض اغما پس از ایجاب باید از یکدیگر تفکیک کرد: نخست اینکه، موجب پس از ایجاب دچار اغما شود و در زمان اغمای موجب، طرف معامله ایجاب را بپذیرد؛ در این مورد ضمن اینکه با بیهوشی ایجاب کننده، حق انصراف از ایجاب و خیار مجلس در عقد بیع از او سلب می‌شود و این امر قطعاً در فقه پذیرفته نشده است، عرف نیز چون تخاطب هنگام قبول وجود ندارد اساساً عنوان عقد و معاهده را صادق نمی‌داند. افزون بر آن، هرگاه در اعتبار قبول تردید وجود داشته باشد، در حقیقت تردید در اعتبار عقد وجود داشته و لذا اصل عدم نقل و عدم اثر حاکم خواهد بود. حالت دوم آن است که شخص ایجاب کند و سپس دچار بیهوشی شود و پس از خروج وی از اغما طرف معامله را بپذیرد؛ در این حالت اگر ایجاب مربوط به امر کوچکی باشد که عرفاً ایجاب مربوط به آن برای مدت کوتاهی باقی است، اگر شخص خوابید یا بی‌هوش شد طبیعتاً آن ایجاب از بین رفته است. اگر ایجاب مربوط به اموری باشد که زمان طولانی‌تری عرفاً ایجاب باقی می‌ماند، وقتی که شخص از خواب یا بیهوشی کوتاه مدت خارج شود و عرف باتوجه به شرایط معامله ایجاب را باقی بداند، قبول بایستی در مدت عرفی ملحق شود تا عرفاً بتوان گفت صدق معاهده و عنوان عقد بر آن مترتب می‌شود. بنابراین، تخاطب یا قابلیت تخاطب فی نفسه شرطی افزون بر شرایط صحت عقد نیست، بلکه تحلیلی است که فقها از تحلیل خود مفهوم عقد استخراج کرده‌اند و برای صدق عنوان عقد چنین شرطی لازم است؛ همان طور که از نفس مفهوم عقد شروط دیگری همچون دوطرفه بودن یا لزوم قاطعیت اراده طرفین استنتاج شدند است.

### ۲.۳. اثر اغما بر عقود اذنی

اذن، اثر اصلی عقود اذنی است و اراده طرفین فقط اذن ایجاد کرده است که وابسته به اراده اذن دهنده

است و هرگاه وی اراده کند، این امکان را دارد که از اذن رجوع کند. براین اساس، علاوه بر اینکه عقود اذنی جزو قراردادهای جایز قرار می‌گیرند؛ اگر منشأ اذن از بین برود اذن و عقد مبتنی بر آن نیز زایل و از نظر حقوقی عقد منفسخ می‌شود. در فقه نظر مشهور بر آن است که فوت، جنون و سفه مآذون از اسباب انفساخ عقد جایز به شمار می‌رود.<sup>۴۱</sup> همین امر در قانون مدنی نیز پذیرفته شده و براساس ماده ۹۵۴ قانون مدنی «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است»، سؤال آن است که آیا اغما نیز از موجبات انفساخ عقود اذنی به شمار می‌آید یا خیر؟ فقها اغما را به عنوان یکی از دلایل انفساخ عقد وکالت ذکر کرده‌اند. برخی از ایشان علت این امر را جایز بودن وکالت قلمداد کرده‌اند،<sup>۴۲</sup> لیکن دلیل عمده فقها برای انفساخ وکالت در صورت اغمای وکیل یا موکل اجماع فقها بر سر این موضوع است.<sup>۴۳</sup> اجماع مذکور از نوع اجماع مدرکی، که اعتبار آن محل تردید است، نیست؛<sup>۴۴</sup> لذا ارزش این نوع اجماع باعث شده علی‌رغم نبود دلیل دیگری جز اجماع بر منفسخ شدن وکالت در اثر بیهوشی، اکثر فقها متمایل به این نظر باشند و مطابق اجماع فتوا دهند.<sup>۴۵</sup> برخی دیگر از فقها نیز با تردید به مسئله نگریسته و عدم انفساخ وکالت بر اثر بیهوشی را امر محالی نپنداشته و به این امر استناد کرده‌اند که بیهوشی مانند جنون نیست، بلکه مانند حالت خواب یا مرضی شدید است و ایرادی ندارد اگر معتقد به عدم تأثیر آن بر وکالت شویم.<sup>۴۶</sup> در میان فقهای اهل تسنن نیز کسی بیهوشی را به عنوان دلیل منفسخ‌کننده عقد وکالت نام نبرده است و حتی گاهی صراحتاً بیان شده است که اغما تأثیری بر عقد وکالت ندارد.<sup>۴۷</sup>

علی‌رغم اینکه در فقه امامیه نظر مشهور به استناد اجماع دلالت بر انفساخ وکالت بر اثر بیهوشی دارد؛ قانونگذار ایران در قانون مدنی بیهوشی را در کنار موت و حجر از اسباب انفساخ عقد جایز به شمار نیاورده است. از نظر حقوقی باتوجه به پیشینه فقهی و مفاد قانون مدنی برخی معتقدند گرچه قانون مدنی تنها از فوت، جنون و سفه به عنوان مسقطات اذن نام می‌برد؛ اما واقع آن است که باتوجه به فلسفه وضع ماده ۹۵۴ قانون مدنی و ماهیت اذن باید گفت که در اعمال حقوقی اذنی، اذن، وجود مستقل از اراده ندارد و هر لحظه حیات و بقای خود را از اراده دریافت می‌کند و چنانچه اراده شخص به هر علتی زایل شود، اذن ساقط

۴۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۸۱۲/۲۱؛ فاضل لنکرانی، التعليقات على العروة الوثقى، ۱۳۱/۲.

۴۲. مصطفوی، درس فی فقه المعاملات، ۴۳۰؛ حائری مہریزی، نصیری رضی، «تأثیر اغما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران»، ۸۲.

۴۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۶۲/۲۷.

۴۴. هاشمی شاهرودی و دیگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲۵۵/۱.

۴۵. حائری مہریزی، نصیری رضی، «تأثیر اغما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران»، ۸۲.

۴۶. شوشتری، النجعة فی شرح اللمعة، ۱۶۲/۸.

۴۷. جزیری و دیگران، الفقه على لمذاهب الاربعة و مذهب اهل بیت (ع)، ۲۴۳/۳.

خواهد شد. این مسئله امری طبیعی و خارج از حدود قانونگذاری است، لذا باید گفت مصادیق مندرج در ماده ۹۵۴ قانون مدنی تمثیلی و مربوط به موارد غالب زوال اذن است.<sup>۴۸</sup> از سوی دیگر، باتوجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که قاضی موظف است اگر حکم دعوا را در قوانین مدونه نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و همچنین ماده ۳ قانون آیین داری مدنی که با عبارتی مشابه همین، مفهوم اصل ۱۶۷ را می‌رساند که با سکوت قانون مراجعه به فقه ضروری است، در مسئله تأثیر بیهوشی بر عقد وکالت نیز قانونگذار در بحث طرق انقضای وکالت در ماده ۶۷۸ قانون مدنی سکوت کرده است، پس با مراجعه به فقه و اجماع ذکر شده، در حقوق ایران می‌بایست قائل به انفساخ عقد وکالت در اثر عارضه بیهوشی بود.<sup>۴۹</sup>

به نظر می‌رسد برای تعیین وضعیت اعمال اذنی مغمی علیه در حقوق ایران می‌بایست میان اغمای طولانی مدت و کوتاه مدت تمایز قائل شد: از یک سو در خصوص اغمای طولانی مدت باتوجه به مبانی فقهی قانون مدنی و اینکه فقهای امامیه اجماعاً اغما را موجب انحلال عقود اذنی دانسته‌اند، لذا مستند به اصل چهارم قانون اساسی عدم ذکر اغما در زمره اسباب انحلال عقود اذنی در ماده ۶۸۲ و ۹۵۴ قانون مدنی را بایستی از مصادیق سکوت قانون یا از باب مسامحه قانونگذار و از باب حمل بر مورد غالب قلمداد کرد و اغما را به عنوان یکی از اسباب انقطاع اذن و از بین برنده عقود اذنی تلقی کرد. این تحلیل با مبانی حقوقی نظام حقوقی نیز هماهنگ است؛ چراکه در عقود اذنی، اذن به منبع اذن به خصوص از سوی اذن‌دهنده مرتبط است و حداقل اقتضایش این است که اگر شخص دچار اغما شد دیگر اذن وی معتبر نباشد و عقود منعقدۀ مبتنی بر اذن وی نیز منفسخ شود. لیکن همان‌گونه که برخی از فقهای میان اغمای طولانی و کوتاه تفکیک قائل شده و اولی را سبب بطلان عقد اذنی دانسته و دومی را ندانسته و بیان داشته‌اند که «تبطل المضاربة أيضا بعروض الإغماء للمالك أو للعامل، و لهذا الحكم وجه إذا استمر الإغماء مدة طويلة ذهب فيها شعوره و منعه من التصرف، و اما إذا كانت المدة قصيرة، فيشكل الحكم بالبطلان، كما في الجنون غير المطبق»،<sup>۵۰</sup> در باره اغمای کوتاه مدت باتوجه به اختلاف نظر فقهای در خصوص اغمای کوتاه مدت و اجماعی نبودن انفساخ عقود اذنی در اثر اغمای کوتاه مدت نمی‌بایست بیهوشی کوتاه مدت را مشمول اغمای مصطلح دانست. در اصطلاح اصولی نیز اجماع دلیلی لبی است نه دلیل لفظی و هرچند در دلایل لفظی استناد به اطلاق ممکن است و در مقام شک می‌توان به اطلاق تمسک جست، ولی در ادله لبی

۴۸. ابراهیمی، «اثر کاهش محتوای هوشیاری بر عقود اذنی»، ۱۴۶.

۴۹. حائری مهریزی، نصیری رضی، «تأثیر اغما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران»، ۸۲.

۵۰. زین‌الدین، کلمة التقوی، ۴/ ۴۱۵.

باید به قدر متیقن اکتفا کرد و لذا باتوجه به اینکه اجماع دلیلی لبی است قدر متیقن از اجماع، اغمای طولانی مدت است و براساس آن باید در اغمای طولانی مدت عقود اذنی را منفسخ دانست. این امر کاملاً منطقی و هماهنگ با قضاوت عرف هست و عرف اقتضا می کند که اگر کسی عاریه، ودیعه یا مضاربه ای منعقد کرده بود و سپس دچار اگما شود، اذن وی باقی نباشد. در خصوص اگماهای کوتاه و به طور خاص بیهوشی های ارادی و کوتاه مدت در مقام شک نمی توان به اجماع استناد جست و باتوجه به صحت سابق عقد اذنی و اصل استصحاب دلیل قاطعی برای حکم به انفساخ عقود اذنی وجود ندارد و این حکم نیز مخالفتی با اجماع فقها در خصوص اگما ندارد.

موضوع ماهیت اگما و به تبع تأثیر آن بر اعمال حقوقی مغمی علیه در رویه قضایی نیز مطرح شده است. برای مثال، در پرونده ای با خواسته اعلام انفساخ وکالت و ابطال سند رسمی به این شرح که؛ خوانده ردیف اول حسب مبیعه نامه ای یک باب ساختمان مسکونی را از مرحوم (مورث) خریداری کرده، متعاقباً آن مرحوم برای تنظیم سند رسمی مورد معامله وکالتی را به خواهان ردیف نخست اعطا می کند. ایشان نیز این وکالت را به خوانده ردیف نخست تفویض کرده و در قراردادی عادی مقرر شده است که توافق طرفین به قصد اخذ تسهیلات است و خوانده اخیر حق هیچ گونه نقل و انتقال مورد وکالت را ندارد اما مشارالیه مالکیت مورد وکالت را به طور رسمی به خوانده ردیف دوم منتقل کرده است. متعاقباً مورد معامله به ترتیب به خوانندگان ردیف سوم و چهارم و پنجم منتقل شده و در نهایت، خوانده اخیر طی سند رسمی مورد معامله را در رهن بانک رفاه قرار داده است و اکنون به لحاظ عدم پرداخت تسهیلات/ساختمان موصوف در جریان عملیات اجرایی ثبت و مزایده قرار گرفته است و بعد وراثت با طرح دعوایی مدعی شده اند که اولاً اعطاکنده وکالت در زمان انتقال در اصلی (مرحوم) در بیمارستانی در کرمانشاه در کما بوده و بدین جهت وکالت منفسخ بوده است؛ ... در شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کامیاران استدلال کرده است که به باور دادگاه انفساخ عقد وکالت به سبب اغمای موکل در نظم کنونی حقوقی متکی به دلیلی قاطع نیست و قرائن موجود در قانون مدنی مثبت بقای عقد در این دوران است، زیرا قانون مدنی در ماده ۱۲۰۷ محجورین را احصا کرده و نامی از مغمی علیه نیاورده است و اعتقاد به انفساخ وکالت از باب قطع اذن - به مثابه جوهر عقود اذنی چون وکالت - نیز مقبول نیست؛ چراکه قانون مدنی علی رغم شهرت جدی حکم انفساخ وکالت و به طور کلی عقود جایز به اغمای هریک از متعاقدين نه در باب وکالت و نه در ماده ۹۵۵ قانون مدنی اگما را از اسباب انحلال به حساب نیاورده و به تبع، حقوق دانان نیز آن را از اسباب انفساخ وکالت تلقی نکرده اند. چنان که ملاحظه می شود دادگاه موضوع را هم از دیدگاه فقهی و هم از دیدگاه قانونی تشریح کرده و به دو نتیجه کلی نائل آمده است: اول اینکه، اگما از اسباب حجر به شمار نمی رود و دوم آنکه، عقد وکالت و

به طور کلی عقود اذنی با قطع اذن از باب اغما منفسخ نمی‌شوند. این رأی هرچند از جهت اشتغال بر استدلال و ارجاعات متعدد به منابع معتبر حقوقی و نیز تحلیل درست در باب عدم شمول حجر بر اغما تحسین برانگیز است، اما نقدشده است؛ ازین رو که انفساخ عقود اذنی در اثر اغمای طولانی مدت به لحاظ فقهی حکمی اجماعی است و قانون مدنی نیز ذکری از اغما در اسباب انحلال عقود اذنی نیاورده است، ولی حکم صریح مخالفی ندارد؛ حداکثر می‌توان از سکوت قانون در خصوص این موضوع سخن گفت و قاعده تفسیری مندرج در اصل ۱۶۷ قانون اساسی اقتضا دارد به مبانی معتبر فقهی مراجعه شود که نتیجه آن، انحلال وکالت در اثر اغمای طولانی مدت است.

### نتیجه‌گیری

اغما با وجود شباهت‌هایی که ممکن است نسبت به حجر داشته باشد از مقولات مربوط به حجر نیست و از نظر حکم در زمره موضوعاتی چون مستی و خواب قرار می‌گیرد؛ چراکه مغمی علیه امکان انشا ندارد، نه اینکه فاقد اهلیت باشد. براین اساس، برای مغمی علیه حتی اگر اغمای وی به درازا بکشد نمی‌توان قیم تعیین کرد و حداکثر برای این وضعیت می‌توان از نصب امین سخن گفت. این وضعیت دقیقاً با وضعیت نصب امین برای عاجز مقایسه‌شدنی است. در حقوق ایران میان قابلیت انشا و شرط اهلیت تمایز وجود دارد و بی‌اعتباری معاملات مغمی علیه نیز به دلیل فقدان قصد عقدی است که در حال اغما و بیهوشی واقع می‌شود. به همین دلیل است که قانون مدنی ایران به تبع فقه امامیه در ماده ۱۹۵ تصریح می‌کند که عقد در حالت بیهوشی باطل است و علت بطلان معامله بی‌هوش را به صراحت فقدان قصد انشا اعلام می‌کند. لازم به ذکر است اینکه برخی از فقها اغما را از شرایط عدم اهلیت دانسته‌اند؛ منظور از عدم اهلیت، معنای اصطلاحی آن نیست؛ بلکه عدم قابلیت انشای مدّ نظر است و به همین دلیل، خواب و مست و مغمی علیه و مجنون در کنار هم آمده‌اند.

قانون مدنی علی‌رغم شهرت جدی حکم انفساخ وکالت و دیگر عقود جایزه به سبب اغمای هریک از متعاقبین در بین فقهای امامیه نه در باب وکالت و نه در ماده ۹۵۵ قانون مدنی اغما را از اسباب انحلال وکالت و سایر عقود جایزه به شمار نیاورده است. البته نباید فراموش کرد که مسئله انحلال عقود اذنی به سبب اغما نیز ملازمه‌ای با مسئله حجر مغمی علیه ندارد؛ همان‌طور که در فقه نیز علی‌رغم حکم مشهور و بلکه نزدیک به اجماع انفساخ عقود جایز و اذنی در اثر اغما هیچ‌یک از فقها در باب حجر فتوا به حجر مغمی علیه نداده‌اند. در حقوق ایران در اعمال حقوقی اذنی، اذن، وجود مستقل از اراده ندارد و چنانچه اراده شخص به هر علتی زایل شود اذن نیز ساقط خواهد شد، لذا باتوجه به لزوم استمرار اذن در عقود اذنی

بایستی در اغمای طولانی مدت عقود اذنی را منفسخ تلقی کرد اما اگماهای کوتاه مثل بیهوشی‌های ارادی را محلّ به عقود اذنی ندانست و باید گفت که اجماع فقها در خصوص اگما نیز به نوعی منصرف از اغمای کوتاه مدت و ارادی است و آن را در بر نمی‌گیرد.

## منابع

- ابراهیمی، آرش. «اثر کاهش محتوای هوشیاری بر عقود اذنی»، فصلنامه فقه پزشکی. س ۴ و ۵، ش ۱۳ و ۱۴، ۱۳۹۲، ۹۱ تا ۱۲۲.
- اسماعیلی، محسن. «ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مدرس علوم انسانی. ش ۹، ۷۵ تا ۱۰۰.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیه. ج ۱. چاپ بیست و هشتم، ۱۳۹۹.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المکاسب. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مسعود، محمدعلی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: محراب فکر. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- جزیری، عبدالرحمن و دیگران. الفقه علی لمذاهب الاربعة و مذهب اهل بیت (ع) وفق المذهب اهل البیت علیهم السلام. بیروت: دار الثقلین. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش. چاپ سوم، ۱۳۹۲.
- حائری مهریزی، محمود، ولی‌الله نصیری رضی. «تأثیر اگما بر قرارداد وکالت در فقه و حقوق ایران»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی. س ۳، ش ۴، ۱۳۹۰، ص ۶۹ تا ۸۶. doi: 10.22075/FEQH.2017.1862
- حسینی، محمد. فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی. تهران: سروش. چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۳۸۸.
- حکیم، محمدسعید. منهاج الصالحین. بیروت: دار الصفوة. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، روح‌الله. تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۳۹۲.
- خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسه الخوئی الاسلامیه. ۱۴۴۰ق.
- دیبایی، امیر. چکیده طب قانونی. اهواز: دانشگاه علوم پزشکی. چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- زین‌الدین، محمد امین. کلمة التقوی. قم: مهر. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- سراجی، محمود. «ماهیت مرگ مغزی از نظر قرآن و روایت»، مجله علمی پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی اراک؛ ویژه‌نامه قرآن و طب. س ۱۳، ش ۵، ۱۳۸۹، ۷۷ تا ۷۷.
- شریف، محمد مهدی. «تأثیر اگما در حجر»، خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان. س ۲، ش ۱۸، ۲۱ تا ۲۶.

- شوشتری، محمدتقی. النجعة فی شرح اللمعة. تهران: کتابفروشی صدوق. چاپ هفتم، ۱۴۰۶ق.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادهای تعهدات. تهران: مجد. چاپ دهم، ۱۳۹۳.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العرب. ۱۳۶۲.
- عسگری‌پور، حمید، المیرا نقی‌زاده. «ضوابط تعیین دیة اشخاص واجد زندگی نباتی»، حقوق پزشکی. س ۶، ش ۲۱، ۱۳۹۱، ۷۸ تا ۶۵.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- فاضل لنکرانی، محمد. التعليقات علی العروة الوثقی. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- قنات‌ی، جلیل. مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار. ج ۱. چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵.
- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار. ج ۵. چاپ نهم، ۱۳۹۵.
- گرجی، ابوالقاسم. «سخنی کوتاه در حقوق بیماران، مجروحان و معلولان از نظر اسلام»، فصلنامه پژوهشی مجد. س ۲، ش ۵ و ۶، ۱۳۸۷، ۸۹ تا ۱۰۶.
- گودرزی، فرامرز، مهرزاد کیانی. اصول طب قانونی مسمومیت‌ها. تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران. چاپ اول، ۱۳۸۰.
- گودرزی، فرامرز، مهرزاد کیانی. پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق. تهران: سمت. چاپ چهارم، ۱۳۸۶.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. کفایة الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. بی تا.
- مصطفوی، محمدکاظم. دروس فی فقه المعاملات. قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیة. چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی. بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. مشهد: آل‌البيت (ع) لاحیاء التراث. ۱۴۱۵ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری. چاپ اول، ۱۳۳۷.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

## Transliterated Bibliography

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mu'assisa Nashr Islāmī. Ḥaṭṭ-i Awwal, 1993/1413.

- Anṣārī, Maṣ'ūd. *Dānishnāmih-yi Huqūq Khuṣūṣī*. Tehran: Mihrāb Fikr, Chāp-i Awwal, 2010/1388.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsi*, Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, 1997/1418.
- ‘Asgarīpūr, Ḥamid, Ilmirā Naqizādiḥ. "Zāvābiṭ Ta‘īn Diyih Ashkhāṣ Vājid Zindigī Nabāti". *Huqūq-i Pizishkī*, yr. 6, no. 21 (2013/1391): 65-78.
- Dībāyi, Amīr. *Chizidih Tib Qānūnī*. Ahvāz: University of Medical Sciences, Chāp-i Duwwum, 2005/1384.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *al-Ta‘līqāt ‘alā al-‘Urwa al-Wuthqā* Qum: Markaz-i Fiqh al-A‘imah al-Aṭhār (AS), Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Gūdarzī, Farāmarz. Mihrzād Kiyānī. *Pizishkī Qānūnī barāy Dānishjūyān Huqūq*. Tehran: Samt, Chāp-i Chāhārum, 2007/1386.
- Gūdarzī, Farāmarz. Mihrzād Kiyānī. *Uṣūl Tib Qānūnī Masmūmiyat-hā*. Tehran: Rūznāmah-yi Jumhūrī Islāmī Irān. Chāp-i Awwal, 2002/1380.
- Gurjī, Abū al-Qāsim. "Sukhanī Kūtāh dar Huqūq Bimārān, Majrūḥān va Ma‘lūlān az Naẓar Islām". *Faṣlnāmah-yi Pazhūhish Majd*, yr. 2, no. 5-6 (2009/1387): 89-106.
- Ḥā'irī Mihrizī, Maḥmūd, Vahī Allāh Naṣīrī Razī. "Ta'thīr Ighmā bar Qarārdād Vikālat dar Fiqh va Huqūq Irān". *Majallih-yi Muṭālī‘āt Fiqh-i va Huqūq Islāmī*, yr. 3, no. 4 (2012/1390): 69-86.
- Ḥakīm, Muḥammad Sa‘īd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ṣafwa. Chāp-i Awwal, 1996/1416.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Beirut: Dār Ihyā‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. 2010/1388.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Mazḥab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mū'assisah-yi Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazḥab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā‘id al-‘Allāma*. Beirut: Dār Ihyā‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. s.d.
- Ḥusaynī, Muḥammad. *Farhang Lughāt va Iṣṭilāḥāt Fiqhī*. Tehran: Surūsh, Chāp-i Duwwum, 2007/1385.
- Ibrāhīmī, Ārash. "Athar Kāhish Muḥtavāy Hūshyārī bar ‘Uqūd Izni". *Faṣlnāmah-yi Fiqh Pizishkī*, yr. 4-5, no. 13-14 (2014/1392): 91-122.
- Imāmī, Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmīyyah. Chāp-i Bist va Hashtum, 2021/1399.
- Ismā‘īlī, Muḥsin. "Ijāb va Zavāl ān az Dīdgāh-i Fiqh va Huqūq Taṭbīqī va Convention Bay‘ Biyn al-Milallī Kālā". *Mudaris ‘Ulūm-i Insānī*, no. 9 (1999/1377): 75-100.
- Ja‘farī Langīrūdī, Muḥammad Ja‘far. *Taṣīr Irādih dar Huqūq-i Madanī*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i

Sivum, 2014/1392.

Jaziri, 'Abd al-Rahmān et al. *Al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Arba'a wa Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS) Wafaqa al-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Beirut: Dār al-Thaqalayn. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qavā'id 'Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār, Chāp-i Sizdahum, 2017/1395.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qavā'id 'Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār, Chāp Nuhum, 2017/1395.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mawsū'at al-Imām al-Khū'i*. Qum: Mū'assisa al-Khū'i al-Islāmiyya, 2018/1440.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī, Chāp-i Awwal, 2014/1392.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib, Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu'min. *Kifāyah al-Fiqh*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī. S.d.

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

Muṣṭafāwī, Muḥammad Kāzim. *Durūs fī Fiqh al-Mu'āmalāt*. Qum: al-Markaz al-'Ālamī li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 2012/1390.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fī al-Aḥkām al-Shari'a*. Mashhad: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth, 1995/1415.

Qanavātī, Jalīl. *Muṭālī'ih -yi Taṭbīqī Ijā va Qabūl*. Qum: Būstān-i Kitāb. Chāp-i Awwal, 2004/1383.

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

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

Sharif, Muḥammad Mahdī. "Ta'thīr Ighmā dar Ḥajr". *Khabarnāmah-yi Kānūn Vukalāy Dādgustari Iṣfahān*, yr. 2, no. 18, 21-26.

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

Sirāji, Maḥmūd. "Māhiyat Marg Maghzī az Naẓar Qurān va Rivāyāt". *Majallih-yi 'Ilmī Pazhūhish Arak University of Medical Sciences, Vizhihnāmah-yi Qurān va Tib*, yr. 13, no. 5 (2011/1389): 65-77.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Chāhārum, 1951/1370.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *Takmilat al-Urwa al-Wuthqā*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1958/1337.

Zayn al-Dīn, Muḥammad Amīn. *Kalima al-Taqwā*. Qum: Mihr, Chāp-i Awwal, 1993/1413.



## A Content Analysis of the Prophetic Hadith on Prohibiting a Woman from Leaving Home Based on the Theory of Compatibility with the Meanings of Qur'an

**Dr. Ali Elahi Khorasani**  (Corresponding Author)

Faculty Member, Foundation for Islamic Research, Mashhad, Iran

Email: [parsayan.ali@gmail.com](mailto:parsayan.ali@gmail.com)

**Zeynab Yarahmadi Khorasani** 

Ph.D. Student in Women's Studies, University of Religions and Denominations, Qom, Iran

### Abstract

One of the debated issues in the jurisprudence of women is a husband's prohibition of his wife from leaving home, an issue that also features in juristic analyses of women's employment. In this article, the content of one of the relevant Prophetic hadiths is examined according to Ayatollah Sistānī's theory of Compatibility with the Meanings of Qu'an (*muwāfiqat rūhi*). Ayatollah Sistānī contends that establishing confidence in the issuance of a hadith requires its content to be semantically compatible with the objectives of the *Shari'a*. The content of the narration attributed to the Prophet lacks customary coherence with proper treatment of women and human dignity (as Qur'anic objectives). The article also responds to objections raised regarding the concept of proper treatment and the role of human dignity in jurisprudence, drawing on the views of Ḥaydar Ḥubb Allāh.

**Keywords:** woman's leaving home; objectives of the *Shari'a*; semantic compatibility; *ma'rūf*





## بررسی مضمونی روایت پیامبر (ص) در منع زن از خروج از منزل بر اساس نظریه موافقت روحی با قرآن

دکتر علی الهی خراسانی (نویسنده مسئول)

عضو هیئت علمی بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی، مشهد، ایران

Email: [parsayan.ali@gmail.com](mailto:parsayan.ali@gmail.com)

زینب یاراحمدی خراسانی

دانشجوی دکتری مطالعات زنان دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران

### چکیده

یکی از مسائل فقه زنان، منع زن از خروج از منزل توسط شوهر است که در بررسی فقهی اشتغال زنان نیز مورد نقد و تحلیل قرار می‌گیرد. در این جستار، مضمون یکی از احادیق نبوی مرتبط با توجه به نظریه موافقت روحی از آیت الله سیستانی مورد بررسی قرار می‌گیرد. آیت الله سیستانی برای اطمینان به صدور روایت، لزوم موافقت روحی مضمون روایت با اهداف شریعت را مورد توجه قرار می‌دهد. مضمون روایت منقول از پیامبر (ص) با اصل رفتار شایسته با زنان (معروف) و نیز کرامت انسانی به عنوان اهداف قرآنی سازگاری عرفی ندارد. در این میان به اشکالاتی نسبت به معاشرت به معروف و نیز نقش کرامت انسانی در فقه از حیدر حب الله پاسخ داده شده است.

**واژگان کلیدی:** خروج زن از منزل، اهداف شریعت، موافقت روحی، معروف.

## مقدمه

از موضوعات چالش برانگیز حقوق زنان در مطالعات اسلامی، منع خروج زن از منزل توسط شوهر به شمار می‌رود که به اشتغال زنان در فقه نیز مرتبط می‌شود. در پژوهش‌های اخیر اگرچه کتاب زن در اسلام به جواز اشتغال زنان باور دارد و آن را به سنت و تقریر معصوم از فعالیت‌های اقتصادی زنان مستند می‌کند، اما بیان می‌دارد تنها دلیلی که می‌تواند در مسئله اشتغال زنان محدودیت ایجاد کند مجاز نبودن خروج زن از منزل بدون اجازه شوهر است.<sup>۱</sup> نظریه مشهور فقهی آن است که خروج زن از منزل به اجازه مرد است.

راه حل کتاب زن در اسلام، توافق زن و مرد بر سر اشتغال زن یا شرط ضمن عقد توسط زن برای انجام کار در بیرون از منزل است که در این موارد مرد نمی‌تواند از خروج زن از منزل جلوگیری کند. بدون پردازش اساسی نسبت به «حق مرد» در منع از خروج یا «حق زن» در اشتغال، شروط ضمن عقد می‌تواند راه حلی میانی برای محدودیت‌سازی شوهران و دفاع از حقوق زنان باشد. گفتنی است شروط ضمن عقد در ازدواج نسبت به روابط گوناگون میان همسران در راستای مصالح پیشرفت خانواده در دنیای معاصر ابتکاری بود که امام موسی صدر در سال ۱۳۵۰ شمسی در همایش اسلام و خانواده مراکش مطرح کرد.<sup>۲</sup> روش نگارندگان در این مقاله، بررسی مضمونی روایت در چهارچوب «نقد متن حدیث» براساس مؤلفه عرضه حدیث به قرآن است.<sup>۳</sup> نقد مفاد خبر بدین معناست که اعتبار روایت، «خودبسنده» نیست و محتوای خبر در فرایندی اجتهادی و فقه‌ای باید باتوجه به شاهدی بیرون از خود و منبعی بالادستی، یعنی قرآن مورد سنجش و مقایسه قرار گیرد. البته در اینجا اصول اسلامی و اهداف شریعت در قرآن مدنظر است، نه مدلول مطابقی آیات، که در ادامه خواهد آمد. این روش اعتبارسنجی حدیث و سنجش محتوا با اصول و اهداف اسلامی میان قدما معروف بوده و آیت‌الله سیستانی از آن به «نقد داخلی حدیث» یاد می‌کند.<sup>۴</sup> گفتنی است این رویکرد اجتهادی در بررسی مضمونی روایت باتوجه به اهداف قرآنی به فضای «نظریه مقاصد شریعت» یا «فقه مقاصدی» نزدیک است. توضیح بیشتر آنکه، مقاصد شریعت توسط امام‌الحرمین جوینی (۴۷۴ق) در کتاب البرهان فی اصول الفقه برای اولین بار عنوان شد. جوینی احکام فقه اسلامی را به پنج نوع تقسیم کرد: ضروریات، حاجیات، تحسینیات، کمالیات و تعبدیات.<sup>۵</sup>

۱. علاسوند، زن در اسلام، ۲۸۱.

۲. نک: ضاهر، مسیره الامام السید موسی الصدر، ۱۰۱/۳.

۳. نک: ادلبی، منهج نقد المتن عند علماء الحديث النبوی، ۲۵۹؛ دمنی، مقایس نقد متون السنة، ۵۹ و ۱۱۵؛ سبحانی، الحديث النبوی بین الروایة و الدراية،

۵۴؛ نفیسی، معیارهای نقد متن در ارزیابی حدیث، ۲۰.

۴. نک: قطیفی، الرافد فی علم الاصول، ۱۲.

۵. امام‌الحرمین، البرهان فی اصول الفقه، ۹۱۳/۲ تا ۹۳۷.

پس از آن، غزالی (۵۰۵ق) در کتاب المستصنی فی علم الاصول و آمدی (۶۳۱ق) در کتاب الأحکام فی اصول الأحکام به بحث مقاصد شریعت در فقه پرداختند.<sup>۶</sup>

در ادامه، ابن تیمیه (۷۲۸ق) مباحث مقاصد شریعت را پیش راند. او مقاصد فقه را در امور دنیوی خلاصه نکرد و از مقاصدی چون محبت و خشیت خدا و اخلاص در دین سخن گفت.<sup>۷</sup>

پس از این تلاش‌های علمی، ابواسحاق شاطبی (۷۹۰ق) نخستین اندیشمندی است که به صورت مستقل به مقاصد شریعت در کتاب الموافقات فی اصول الشریعة پرداخت که به درستی می‌توان از او به عنوان پدر علم مقاصد شریعت یاد کرد.<sup>۸</sup>

قرن‌ها بعد با نگرش اصلاح‌گری در دین و بازگشت به اهداف اسلام برای پیشرفت مسلمانان در برابر غرب، محمدطاهر بن عاشور (۱۲۹۶ق) تحت تأثیر سید قطب و عبده به احیای اندیشه مقاصد شریعت پرداخت. او با نگارش کتاب مقاصد الشریعة الاسلامیة آغازگر معرفی دانش مقاصد در عصر جدید به شمار می‌رود.

در دهه‌های اخیر، اندیشمندان اهل سنت به شرح دیدگاه‌های شاطبی و ابن عاشور در مقاصد پرداخته و مباحث نوینی را نیز عنوان کرده‌اند.<sup>۹</sup>

در فقه شیعه اگرچه رگه‌هایی از باور به مقاصد شریعت وجود دارد، اما هیچ‌گاه به طور جدی برای استنباط فقهی مطرح نشد.<sup>۱۰</sup> در میان معاصران، سه تن از فقه‌های شیعه به حضور اهداف شریعت در جنبه‌های خاصی از اجتهاد و فقاہت باور دارند. شهید سید محمد باقر صدر با دورنگه داشتن فقه فتوایی و فردی از مقاصد شریعت، در دو زمینه حکومتی؛ یعنی کشف «مکتب اقتصادی اسلام»<sup>۱۱</sup> و شاخص‌های «قانونگذاری در منطقه الفراغ»<sup>۱۲</sup> به نقش اهداف شریعت پرداخته است. شیخ محمد مهدی شمس الدین نیز جعل احکام الزامی در منطقه الفراغ را وابسته به مقاصد شریعت می‌داند.<sup>۱۳</sup> از سویی دیگر، در فقه فتوایی و نسبت سنجی سنت با کتاب و عرضه روایات به قرآن به خصوص در مقام تعارض و نیز شرط حجیت خبر

۶. غزالی، المستصنی فی علم الاصول، ۲۸۶/۱؛ آمدی، الأحکام فی اصول الأحکام، ۳۹۴/۳.

۷. ابن تیمیه، الفتاوی الکبری، ۲۳۴/۳۲.

۸. شاطبی، الموافقات فی اصول الشریعة، ۲.

۹. نک: حسنی، نظریة المقاصد عند الامام محمد الطاهر بن عاشور؛ الریسونی، نظریة المقاصد عند الامام الشاطبی؛ الشیخ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة؛ الحسانة، الفقه المقاصدی عند الامام الشاطبی؛ کیلانی، قواعد المقاصد عند الامام الشاطبی؛ بوخاش، مقاصد الشریعة عند الشاطبی.

۱۰. نک: الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۱۶.

۱۱. صدر، اقتصادنا، ۳۶۲.

۱۲. صدر، الاسلام یقود الحیاة، ۴۸ و ۴۹.

۱۳. شمس الدین، «مجال الاجتهاد و مناطق الفراغ التشريعی»، ۳۱ تا ۳۷.

اطمینانی، آیت‌الله سیستانی از روح و اهداف شریعت سخن به میان آورد و از نظریه‌ای به نام «موافقت روحی با قرآن» دفاع کرد؛ نظریه‌ای که به اندیشه‌های شیخ مفید و دوره قدما و با استناد به روایت صورت‌بندی شده است. به یقین، آیت‌الله سیستانی را نمی‌توان فقیه مقاصدی عنوان کرد. فارغ از نمود این مبنا در فتاوی ایشان، می‌توان به‌کار بست این نظریه در عرصه‌های گوناگون فقهی، به‌ویژه فقه زنان توجه کرد و از آن بهره جست. گفتنی است آیت‌الله سیستانی به حضور اهداف شریعت در اجتهاد به‌صورت محدود باور دارد، آن هم در چهارچوب نص‌گرایی و نیز اطمینانی‌بودن اهداف قرآنی و تطبیق آن بر جزئیات؛ برخلاف فقیهان مقاصدی و باورمندان به نظریه مقاصد شریعت که تمام فقه و فرایند اجتهاد را در پرتو مقاصد شریعت می‌بینند؛ نص‌گرایی و اطمینان‌مداری از ویژگی‌های مکتب فقهی شیعه به شمار می‌رود. گفتنی است تاکنون هیچ پژوهشی با توجه به نظریه آیت‌الله سیستانی به بررسی مضمونی روایت پیامبر(ص) در منع زن از خروج از منزل پرداخته است.

#### ۱. روایت پیامبر(ص) در اثبات منع شوهر از زن نسبت به خروج از منزل

درباره اعتبار مشروط‌بودن خروج زن به اجازه شوهر یا به بیان دیگر، حق شوهر در منع همسر خود نسبت به خروج از منزل، به قول پیامبر(ص) در روایت ذیل استناد می‌شود:

«عن ابی عبد الله (ع) قال: إنّ رجلاً من الأنصار علی عهد رسول الله (ص) خرج فی بعض حوائجهم فعهده الی امرأته عهداً أن لا تخرج من بیتها حتّی یقدم، قال: و أنّ أباهما قد مرض فبعث المرأة الی رسول الله تستأذنه أن تعوده فقال: لا، اجلسی فی بیتک و اطیعی زوجک، قال فمات ابوها فبعثت الیه أنّ ابی قد مات فتأمرنی ان اصلى علیه، فقال: لا، اجلسی فی بیتک و اطیعی زوجک. قال: فدفن الرجل فبعث الیهما رسول الله إنّ الله قد غفر لک و لأبیک بطاعتک لزوجک»؛<sup>۱۴</sup> از امام صادق(ع) روایت شده است که در زمان پیامبر اکرم(ص) مردی از انصار برای انجام برخی از نیازمندی‌های خود از منزل بیرون رفت و از همسر خویش پیمان و عهد گرفت تا زمانی که او برگشته است از خانه خارج نشود. در همین حال، پدر آن زن بیمار شد، زن به پیامبر پیغام فرستاد و از ایشان اجازه خواست که به عیادت پدرش برود. پیامبر فرمود: خیر! در خانه بنشین و از شوهرت اطاعت کن. حال پدر آن زن بدتر شد، زن دوباره از پیامبر برای رفتن به عیادت پدر خود اجازه خواست، دوباره پیامبر فرمود: در خانه بنشین و از شوهرت اطاعت کن. پدر آن زن درگذشت و زن به پیامبر پیغام فرستاد که پدرم فوت کرده است آیا اجازه می‌دهید که بر او نماز گزارم؟ پیامبر فرمود: خیر! در خانه بنشین و از شوهر خود اطاعت کن. هنگامی که پدر دفن شد

۱۴. کلینی، الکافی، ۵/۵۱۳؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۸/۱۲۹؛ ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۴۱.

پیامبر به آن زن پیام فرستاد که خداوند تو و پدرت را به دلیل آنکه از شوهر خود اطاعت کردی بخشیده است.»

برخی فقیهان شیعه بیان داشته‌اند این روایت مطلق است و به حالتی که خروج همسر با حق بهره‌وری جنسی شوهر منافات داشته باشد، مقید نشده است.<sup>۱۵</sup> به بیان دیگر، شوهر در هر حالی و در هر زمانی و به هر دلیلی می‌تواند همسر خود را از رفتن به بیرون از منزل منع کند و او را در خانه نگه دارد. سیاق روایت بیانگر آن است که مورد روایت، «قضیه فی الواقعة» نیست و روایت ناظر به تعهد زن و شوهر است و روایت، ظهور در اطلاق اطاعت از شوهر دارد.

## ۲. نظریه موافقت روحی با قرآن

آیت‌الله سیدعلی سیستانی در کتاب «تعارض الأدلة و اختلاف الحديث» پس از بیان روایات عرضه احادیث بر قرآن و سنجش مضمون با کتاب و سنت، به تفسیر روایات عرضه و بیان دیدگاه خود در موافقت روحی پرداخته است.<sup>۱۶</sup> ابتدا باید به معنای صحیح از نگاه قدمای علمای امامیه پرداخت.

اطمینان حاصل از مبادی عقلایی حجیت دارد و می‌توان با اطمینان به مضمون روایت، اطمینان به صدور روایت از معصوم یافت و روایت با پذیرش مبنای «وثوق به صدور» در دانش رجال معتبر تلقی شود. از این رو، شیخ مرتضی انصاری بر آن است که آنچه بر [حجیت خبر] دلالت دارد، عمل به چیزی را می‌رساند که اطمینان‌آور است و قدما به این خبر اطمینانی، «صحیح» می‌گفتند. معیار در اطمینان بدین صورت است که احتمال مخالفت با واقع بعید باشد و عقلاً به آن اعتنا نکنند و تحیر و تردید پیش نیاید.<sup>۱۷</sup> آیت‌الله سیستانی بر این دیدگاه است که منکران حجیت خبر واحد حتی نسبت به خبر ثقه و عادل به مفاد آن توجه می‌کنند و تبیین و سنجش مضمون را در آن ضروری می‌دانند که اگر اطمینان به صحت مضمون حاصل نشد، خبر واحد از حجیت برخوردار نخواهد بود.<sup>۱۸</sup>

شیخ مفید با انکار حجیت خبر واحد به مضمون روایات توجه دارد و اعتبار خبر را به شواهد تأییدکننده مضمون معطوف می‌کند. او بر این عقیده است که: «خبر واحد تکلیف‌آور همراه با دلیل علم‌آور است که می‌تواند اجماع، شاهد عقلی یا حاکمی از قیاس باشد.»<sup>۱۹</sup>

۱۵. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۸۴/۳۱.

۱۶. نک: سیستانی، تعارض الأدلة و اختلاف الحديث، ۴۷۲ به بعد.

۱۷. انصاری، فرائد الأصول، ۳۶۶/۱.

۱۸. سیستانی، مباحث الحجج، ۱۰۵۹.

۱۹. محقق حلی، معارج الأصول، ۱۸۷: «خبر الواحد القاطع للعذر هو الذي يقترن إليه دليل يفضى بالنظر فيه الى العلم، وربما يكون ذلك اجماعاً أو شاهداً من

آیت الله سیستانی شاهی از عقل را به حسن و قبح عقلی تفسیر می کند که عبارت است از: قانون فطری که خداوند در وجود انسان به ودیعه گذاشته است. رابطه این قانون طبیعی با شرایع الهی که پیامبران ابلاغ و تبیین آن را بر دوش داشتند، به مثابه «اصل و اساس» به «فرع و تطبیقات» است؛ چراکه همه پیامبران به تبیین و بسط قوانین فطری و طبیعی که به صورت اجمالی و ارتکازی در ذهن انسان بوده، پرداخته و ابهام ها را روشن کرده اند. در میان آنچه خداوند در نهاد انسان قرار داده است «فَاللَّهُمَّهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا؛ سپس پلیدکاری و پرهیزگاری اش را به آن الهام کرد»<sup>۲۰</sup> با شرایع الهی، به ویژه شریعت اسلامی رابطه و نسبتی مستقیم و آشکار برقرار است.<sup>۲۱</sup> به بیانی دیگر، پیامبران الهی برانگیخته شدند تا آنچه را که به صورت نهفته در عقل و وجود انسان وجود داشت و قانونی فطری به شمار می آمد، شرح و تبیین کنند. در خطبه نخستین نهج البلاغه پیامبران این گونه معرفی شده اند: «خداوند رسولانش را برانگیخت و پیامبرانش را به دنبال هم به سوی آنان فرستاد تا ادای عهد فطرت الهی را از مردم بخواهند و نعمت های فراموش شده او را به یادشان آورند و با ارائه دلایل بر آنان اتمام حجت کنند و نیروهای پنهان عقول آنان را بر انگیزانند.»<sup>۲۲</sup> باری! نقش پیامبران، یادآوردن و از میان بردن حجاب های ایجاد شده در انسان است. شرایع الهی نیز پرده از ابهام های قوانین فطری (قانون طبیعی) بر می دارد و به تعیین تطبیقات و تبیین جزئیات می پردازد. در قرآن به قانون فطری این گونه اشاره شده است: «فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا، لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ؛<sup>۲۳</sup> با همان سرشتی که خدا مردم را بر آن سرشته است، آفرینش خدا تغییر پذیر نیست.»

بنابراین «شاهی از عقل»، به معنای مطابقت مضمون خبر با قوانین فطری و در طول آن مطابقت با شأن و رسالت پیامبران است و از این رو در آن نورانیت وجود دارد. زراره می گوید: «به خدا قسم هر حرفی از فتاوی جعفر بن محمد (ع) را که می شنوم به ایمانم افزوده می شود.»<sup>۲۴</sup>

این فراز از سخن شیخ مفید که «حاکمی از قیاس» است، به معنای مقایسه و سنجش خبر واحد با امور مسلم در قرآن و سنت قطعی است.

بنابر دیدگاه آیت الله سیستانی، روش اصحاب امامیه نیز در پذیرش خبر واحد براساس ضوابط سه گانه

عقل أو حاکماً من قیاس.»

۲۰. شمس: ۸.

۲۱. سیستانی، مباحث الحجاج، ۱۲.

۲۲. شریف رضی، نهج البلاغة، ۴۳.

۲۳. روم: ۳۰.

۲۴. طوسی، اختیار معرفة الرجال، ۱۳۳: «حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ مَسْعُودٍ، قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ الْقُمِّي، قَالَ حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ الرَّازِيِّ، عَنْ يَكْرِ بْنِ صَالِحٍ، عَنْ ابْنِ أَبِي عُثْمَيْرٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ، عَنْ زُرَّادَةَ قَالَ: «أَسْمَعُ وَاللَّهِ بِالْخُزْفِ مِنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ مِنَ الْقُتَيْبَةِ قَارِئاً بِهِ إِيْمَانًا.»

شیخ مفید بوده و اگر برای خبر یکی از این شواهد وجود داشت، آن را قبول می‌کردند. ازاین‌رو، زراره که از فقیهان عصر صادقین (ع) است می‌گوید: «در اخباری که ابن مُحرز آورده است، نوری وجود دارد.»<sup>۲۵</sup>

عمر بن اذینه هم که از شاگردان زراره بوده است درباره آنچه دیگران برایش نقل می‌کردند تثبیت و تبیین می‌کرده است. در کتاب الکافی آمده است: «عمر بن اذینه به زراره عرض کرد: برخی از ایشان [امام صادق] و پدرشان (ع) روایاتی در باب فرائض نقل کرده‌اند و من آن‌ها را بر تو عرضه می‌کنم، پس اگر در میانشان باطلی قرار داشت، بگو این باطل است و اگر حق بود، بگو این حق است و ساکت باش و آن را نقل مکن. پس برای او آنچه محمد بن مسلم از امام باقر (ع) درباره [سهم] دختر و پدر و دختر و مادر و دختر و ابویں برایش گفته بود را نقل کردم. او در جواب گفت: به خدا سوگند [این موارد بر طریق] حق است.»<sup>۲۶</sup>

عمر بن اذینه با آنکه خودش در فقاها و وثاقت مانند محمد بن مسلم کم‌نظیر است، آنچه محمد بن مسلم برایش روایت کرده است را بر زراره بن‌اعین عرضه می‌دارد.

در موضعی دیگر از کتاب الکافی آمده است: «از عمر بن اذینه نقل شده است که به زراره گفتم: از محمد بن مسلم و بکیر شنیدم که از امام باقر (ع) نقل می‌کنند... زراره پاسخ گفت: همانا این [گفتاری] حق است.»<sup>۲۷</sup>

کلینی نیز در الکافی، بابی با عنوان «باب الأخذ بالسنة و شواهد الكتاب» منعقد کرده و روایاتی که بر این مطلب دلالت دارند را بیان کرده است، از جمله: «إِنَّ عَلَى كُلِّ حَقٍّ حَقِّهَ حَقِيقَةً وَ عَلَى كُلِّ صَوَابٍ نُورًا فَمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ فَخُذُوهُ وَ مَا خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَدَعُوهُ.»<sup>۲۸</sup>

پیش از کلینی نیز برقی در المحاسن ابوابی تحت عنوان «الشواهد من كتاب الله»<sup>۲۹</sup> و «الاحتياط في الدين و الأخذ بالسنة»<sup>۳۰</sup> نگاشته و در آن‌ها روایات مربوط به این بحث را آورده است.

۲۵. کلینی، الکافی، ۱۰۰/۷، ح ۲: «إِنَّ عَلَى مَا جَاءَ بِهِ ابْنُ مُحَرِّزٍ لُتُورًا.»

۲۶. کلینی، الکافی، ۹۵/۷: «قَالَ عُمَرُ بْنُ أَذِينَةَ قُلْتُ لِرُزَّارَةَ: فَإِنْ أَنَا حَدَّثْتُ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ بِأَشْيَاءَ فِي الْفَرَائِضِ فَأَعْرِضْهَا عَلَيْكَ فَمَا كَانَ مِنْهَا بِأَاطِلًا فَقُلْتُ هَذَا بَاطِلٌ وَ مَا كَانَ مِنْهَا حَقًّا فَقُلْتُ هَذَا حَقٌّ وَ لَا يَرْوَاهُ وَ اسْتَكْتُ فَحَدَّثَنِي بِمَا حَدَّثَنِي بِهِ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْإِبْنَةِ وَ الْأَبِّ وَ الْإِبْنَةِ وَ الْأُمِّ وَ الْإِبْنَةِ وَ الْأَبِ فَقَالَ: «هُوَ وَ اللَّهُ الْحَقُّ.»

۲۷. کلینی، الکافی، ۹۶/۷، ح ۱: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ جَمِيعًا عَنْ عُمَرَ بْنِ أَذِينَةَ قَالَ: قُلْتُ لِرُزَّارَةَ إِنِّي سَمِعْتُ مُحَمَّدَ بْنَ مُسْلِمٍ وَ بَكِيرًا يَرْوِيَانِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ... قَالَ رُزَّارَةُ: هَذَا هُوَ الْحَقُّ ...»

همچنین است یونس بن عبد الرحمن که خود از شاگردان هشام بن حکم بوده است. کشی در رجالش به اسناد خود از محمد بن عیسی بن عبید از یونس بن عبد الرحمن روایت کرده است: «أَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِنَا سَأَلَهُ وَ أَنَا حَاضِرٌ، فَقَالَ لَهُ: يَا أَبَا مُحَمَّدٍ! مَا أَشَدَّكَ فِي الْحَدِيثِ وَ أَكْثَرَ إِكْثَارَكَ لِمَا يَرْوِيهِ أَصْحَابُنَا فَمَا الَّذِي يَحْمِلُكَ عَلَى رَدِّ الْأَحَادِيثِ؟ فَقَالَ: حَدَّثَنِي هِشَامُ بْنُ الْحَكَمِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: لَا تَقْبَلُوا عَلَيْنَا حَدِيثًا إِلَّا مَا وَافَقَ الْقُرْآنَ وَ السُّنَّةَ أَوْ تَجِدُونَ مَعَهُ شَاهِدًا مِنْ أَحَادِيثِنَا الْمُتَقَدِّمَةِ.» (طوسی، اختیار معرفة الرجال، ۲۲۴، ح ۴۰۱).

۲۸. کلینی، الکافی، ۶۹/۱، ح ۱.

۲۹. برقی، المحاسن، ۲۲۵/۱.

۳۰. برقی، المحاسن، ۲۲۴ تا ۲۲۵/۱.

### ۳. معنای موافقت و مخالفت مضمونی در نقد متن حدیث

منظور از موافقت، سازگاری با ظواهر قرآن مانند اطلاقات و عمومات آن نیست، بلکه به معنای موافقت از جهت هدف و روح قرآن است. این موافقت براساس برنامه‌ای است که قرآن کریم برای هدایت بشر به لحاظ جوانب فردی، اجتماعی، دنیوی و اخروی وضع کرده است. اهداف والایی که در قرآن تبلور یافته و به سبب لحاظ کردن این جهات است که قرآن مایه هدایت، نور و شفای صدور می‌شود. این اهداف در بخشی از کبریات و قدری از احکام جزئی بروز یافته‌اند، لذا لازم است که خبر با آن‌ها موافقت داشته باشد؛ یعنی در امتداد خط سیر قرآن و در پرتو آن اصول و قواعد باشد. پس منظور از «شاهد» یا «شاهدین»، تمسک جستن به اطلاق و عمومی که با آن موافقت داشته باشد، نیست. بدین ترتیب منظور از مخالفت نیز در قبال موافقت روشن می‌شود.

آیات ناسخ و منسوخ نیز از جهت هدف متفاوت نیستند، زیرا هدف از تشریع آیه ناسخ و منسوخ واحد است. نهایت چیزی که می‌توان گفت آن است که در تشریع آن‌ها تدریج و تدرّج از اخفّ به اشدّ از باب مدارا با مردم رعایت شده است، وگرنه همه آیات ناسخ و منسوخ تحت سیر و هدفی یکسان قرار دارند. در قوانین وضعی معاصر نیز اوضاع به همین منوال است؛ مثلاً جماعتی که اهداف معینی دارند، آن‌گاه که انقلاب می‌کنند همان اهداف را به منزله قانون قرار نمی‌دهند، بلکه اهداف به منزله نظریات و نگرش‌هایی هستند که به فرد یا جامعه و... تعلق دارند و انقلاب نیز مبتنی بر آن‌ها انجام می‌گیرد. پس از آن براساس همان اهداف و نظریات و تحلیل تاریخی، جمعیتی برای نگاشتن قانون اساسی و تدوین آن تأسیس می‌شود. نتیجه آنکه، این اهداف - که خود دارای درجاتی هستند - به مثابه اصول هستند و قوانین مدون نیز براساس آن‌ها شکل می‌گیرند. وقتی قانونی براساس موافقت با اهداف مذکور نوشته شود، منشأ تشریعات دیگری می‌شود که با آن موافقت دارند و بدین وسیله، همه سیاست‌های مربوط به امور داخلی و خارجی و احوال شخصی و... نظم و ترتیب می‌یابند.

اصول در شریعت اسلامی ما عبارت‌اند از: نظریاتی که درباره خداوند متعال، انسان، مبدأ، معاد و روابط اصیل میان بشر، مانند توصیه به رعایت عدل، احسان، مساوات و... وجود دارد. پس برخی از آن‌ها، اهداف اصلی و مبادی عامه دین اسلام هستند و اسلام نیز مبنی این دین فطری است که امروزه از آن به قانون طبیعی تعبیر می‌شود. این قانون طبیعی به صورت ارتکازی در نفوس وجود دارد و مجموعه‌ای از قوانینی است که قرآن کریم آن‌ها را به صورت تفصیلی بیان کرده است، پس از آن نیز سنن نبی اعظم و ائمه طاهرین(ع) آن‌ها را تبیین می‌کند و از همین اصول متفرع می‌شود. پس زمانی که گفته می‌شود خبر باید موافقت با کتاب و سنت قطعیه داشته باشد، منظور موافقت با اهدافی است که در عقل فطری وجود دارد.

همچنین قرآن کریم نیز ترجمان آن عقل فطری است و سنت و روایات اهل بیت (ع) نیز به آن اهداف اشاره و آن‌ها را تبیین می‌کنند.

حاصل آنکه، می‌بایست خبر با این امور پیش گفته توافق و انسجام داشته باشد، نه آنکه تنها با یکی دو کلمه موافقت داشته باشد، بلکه نگاه کلی لازم است. لذا می‌گوییم که مراد از توافق، همانا موافقت از حیث هدف و روح است، نه توافق از حیث اطلاق و عموم. منظور از تخالف نیز به طور تباین یا جزئی و کلی نیست.<sup>۳۱</sup>

آنچه لازم است تا در ملاحظه مفاد روایات مدنظر قرار گیرد، اسلوب و بنای عقلایی است که در همه امم وجود دارد. بنابراین هر کسی که اسلام یا سایر نحله‌ها و مذاهب اجتماعی را بشناسد قادر به تشخیص مطابقت یا عدم مطابقت قوانین مختلف با اسلام است. کارشناسان علم قانونگذاری نیز به درستی می‌دانند که قانون مناسبی که در پرتو اهداف آن نحله اجتماعی می‌بایست وضع شود، چیست.

این امر در اشعار و خطب نیز متداول است؛ بدین صورت که ادیبان می‌توانند رسائل جاحظ و سیدمرتضی و همچنین اشعار متنبی را تشخیص دهند و بگویند که به طور نمونه این شعر متعلق به آن‌هاست یا خیر. آن‌ها در این باره معیارهایی نیز دارند، مثلاً ابن ابی‌الحدید از قول شیخ خود، مصدق بن شیب الواسطی نقل می‌کند که وقتی درباره انتساب خطبه ششقیه به سیدرضی از ابن خشاب سؤال کرد، او این گونه پاسخ داد: «رضی و دیگران کجا چنین اسلوب و روشی دارند؟ ما نامه‌های سیدرضی را بررسی کرده و از شیوه و فن او در نثرش آگاه هستیم.»<sup>۳۲</sup> پس معنای موافقت، همان موافقت در اسلوب است.<sup>۳۳</sup>

بنابراین قرآن به سان قانون اساسی است و رابطه روایت با اهداف شریعت رابطه عموم و خصوص یا اطلاق و تقیید نیست، بلکه تناسب و انسجام با اسلوب و اهداف شریعت است که با عنوان «موافقت روحی» مطرح می‌شود.

در رویکرد وثوق صدوری در دانش رجال، بررسی مضمونی روایات و مطابقت با اهداف و روح شریعت از شاخص‌های اطمینان به صدور روایت از معصوم به شمار می‌رود.

۳۱. سیستانی، مباحث الحجج، ۲۷ تا ۲۳؛ ترجمه برخی عبارات آیت‌الله سیستانی در پایان‌نامه کارشناسی ارشد نقش‌یابی مقاصد شریعت در اجتهاد شیعی و جایگاه آن در نظام‌سازی فقهی نیز آمده است.

۳۲. ابن ابی‌الحدید، شرح نهج البلاغه، ۲۰۵/۱: «قال مصدق: ... فقلت له: إن كثيراً من الناس يقولون إنَّها من كلام الرضی رحمه الله تعالى. فقال: أتى للرضی و لغير الرضی هذا النفس و هذا الأسلوب؟ قد وقفنا على رسائل الرضی و عرفنا طریقه و فنه فی الكلام المنثور.»

۳۳. سیستانی، مباحث الحجج، ۲۷؛ نک: تمدن، الهی خراسانی، حکم، سنت و شریعت، ۹۹.

#### ۴. بررسی مضمونی روایت براساس روح و اهداف قرآن

ابتدا به یکی از اهداف و روح قرآن در زمینه ارتباط با زنان و پس از آن به یکی از اهداف کلی و مهم قرآن می‌پردازیم و مفاد این روایت با هر دو هدف سنجیده خواهد شد.

##### ۴. ۱. امساک به معروف به مثابه هدف مرتبط در حوزه زنان

روشن است که عقل فطری و نیز اهداف شریعت در قرآن، ازجمله اصل تعامل و رفتار شایسته با زن توسط شوهر (امساک به معروف) با حبس زن در منزل و سلب حق او در بیرون رفتن هیچ تناسبی ندارد و عرف کارشناس نیز آن را تأیید می‌کند.

به بیان دیگر، براساس خطوط کلی تشریع در قرآن مضمون این روایت با اصل تعامل شایسته با همسر (امساک به معروف) سازگاری ندارد و نمی‌توان به اطلاق این روایت عمل کرد.<sup>۳۴</sup> بدین توضیح که، هنگام تدبیر در قرآن می‌بینیم که بر معاشرت و ارتباط نیکو و شایسته (معروف) شوهر با همسر خویش تأکید دارد. حال، چگونه ارتباط و تعامل شایسته بر قراردادن خانه به زندان ابدی دینی صادق است؟! وقتی عناوین قرآنی که اساس همه قوانین صادره در اسلام است را در موضوع رابطه همسری و ارتباط شوهر با همسر بررسی می‌کنیم، این مسئله (منع زن از خروج) مفهوم تشریع و اندیشه درباره مفاهیم انسانی و اخلاقی تشریع را از اجزای آن دور می‌کند. راجع به آیاتی مانند «فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»،<sup>۳۵</sup> «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»،<sup>۳۶</sup> «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>۳۷</sup> چنین برداشت می‌کنیم که خداوند اراده کرده است زن در حمایت شوهر خود زندگی طبیعی داشته باشد، به گونه‌ای که انسانیت در این زندگی احساس شود و در نتیجه، شوهر با همسر خود به نیکویی و شایستگی (معروف) رفتار می‌کند. رفتار نیکو و شایسته (معروف) با همسر، یعنی آنکه به زندگی طبیعی زن بی‌احترامی صورت نگیرد.

بنابراین، اگر انسانی بدون هیچ ضرورتی انسان دیگری را در خانه زندانی کند و به سبب میلش بر او فشار آورد، چنین رفتاری در عرف، آسیب‌رساندن به دیگری (اضرار) است و برخلاف اصل رفتار شایسته با همسر (امساک به معروف) به شمار می‌رود.<sup>۳۸</sup>

بدین ترتیب منع همسر نسبت به خروج از منزل در حالت‌های عرفی، با اصل رفتار و تعامل شایسته با همسر سازگاری ندارد. منع زن در این حالت به سان رفتار با اسیر یا کنیزی است که آزادی و کرامت ندارد.

۳۴. فضل‌الله، کتاب النکاح، ۴۲/۱؛ شمس‌الدین، حقوق الزوجية، مسائل الحرجة في فقه المرأة، ۹۲.

۳۵. بقره: ۲۲۹.

۳۶. نساء: ۱۹.

۳۷. بقره: ۲۲۸.

۳۸. فضل‌الله، کتاب النکاح، ۴۲.

چنین رفتاری در نظر عرف، آسیب‌رساندن و ظلم به انسان است.<sup>۳۹</sup>

رفتار شایسته با همسر که از اصل «امساک به معروف» فهمیده می‌شود از اهداف شریعت و روح قرآن در حوزه زنان به شمار می‌رود. اهداف شریعت بیانگر حقوق انسانی است که از این حقوق حمایت می‌کند و آن را مدنظر قرار می‌دهد. در نتیجه، هر حق انسانی مشروع در هر زمینه‌ای از زندگی انسان، در مقاصد شریعت - که بدان تصریح یا اشاره شده - جای می‌گیرد.<sup>۴۰</sup>

بنابراین حق انسانی زن است که برای خروج از منزل آزادی داشته باشد و این حق که با اصل رفتار شایسته با زن (امساک به معروف) در قرآن تأیید شده، نباید توسط شوهر در حبس زن در خانه سلب شود. بدین‌گونه، اصل رفتار شایسته با زن به‌عنوان یکی از اهداف قرآنی شریعت، حق زن در آزادی انتخاب در خروج از منزل را حمایت و پشتیبانی می‌کند. روایت منقول از پیامبر (ص) با این هدف قرآنی مورد نقد متن قرار می‌گیرد. در نهایت، اجازه زن از شوهر می‌تواند عملی مباح به سبب طلب مشورت و آگاهی بخشی یا نصیحتی از سوی شوهر باشد.<sup>۴۱</sup>

**بررسی اشکال حیدر حب‌الله:** راجع به این دیدگاه، که منع زن در خروج از منزل اضرار به وی است و با امساک به معروف به‌عنوان اهداف قرآنی شریعت سازگاری ندارد، حیدر حب‌الله چنین اشکالی را بیان کرده است: «این دیدگاه تنها از حبس زن در حالتی جلوگیری می‌کند که اضرار به زن یا قتل شخصیت وی باشد، مانند حبس ابدی یا مانند آن. در نتیجه، این دیدگاه از روش‌های غیرعقلانی حبس منع می‌کند، نه از مطلق اختیارداشتن شوهر نسبت به حبس زن در منزل. در نتیجه، نصوص قرآنی تقییدکننده اطلاق روایات حبس یا منع زن در خروج بدون اذن شوهر به شمار می‌روند (یعنی حبس زن مقید به عدم اضرار است)، نه آنکه امساک به معروف از اساس با روایت حبس زن منافات داشته باشد به این دلیل که با نصوص قرآنی معارض است.»<sup>۴۲</sup>

طبق نظر حیدر حب‌الله رابطه اصل قرآنی امساک به معروف و روایت حبس زن در خانه، رابطه تقیید و اطلاق است و در نتیجه، نگه‌داشتن زن نباید دارای جلوه‌های غیرعقلانی و ظالمانه باشد اما طبق روایت، اصل منع زن در خروج از منزل و نگه‌داشتن او توسط شوهر جایز است.

**پاسخ:** ابتدا یادآوری این نکته خالی از فایده نیست که مضمون روایات باید با روح و اهداف شریعت

۳۹. شمس‌الدین، حقوق الزوجیه، مسائل الحرجة فی فقه المرأة، ۹۰.

۴۰. خادمی، حقوق الانسان مقاصد الشریعة، ۱۴۹.

۴۱. شمس‌الدین، حقوق الزوجیه، مسائل الحرجة فی فقه المرأة، ۹۱.

۴۲. حب‌الله، دراسات فی الفقه الاسلامی المعاصر، ۲۸۹/۲.

در قرآن تناسب و موافقت داشته باشند. بنابر دیدگاه آیت‌الله سیستانی، مراد از موافقت، توافق با ظواهر قرآن مانند اطلاعات و عمومات آن نیست؛ بلکه مقصود از آن موافقت از حیث هدف و روح است. بنابراین، قرآن به‌سان قانون اساسی است و رابطه روایت با اهداف شریعت «عموم و خصوص یا اطلاق و تقیید» نیست، بلکه تناسب و انسجام با اسلوب و اهداف شریعت است که با عنوان «موافقت روحی» مطرح می‌شود.

اما پاسخ آنکه، ناقد در حقیقت حبس زن را به دو نوع عقلانی و غیرعقلانی تصور کرده و براین اساس، حبس غیرعقلانی را تنها آسیب‌رساندن و نقص زن و ظلم به او می‌داند که با هدف قرآنی امساک به معروف در تعارض است. گویی حبس عقلانی زن هیچ مشکلی ندارد و ظلم به او به شمار نمی‌آید و لذا شوهر مجاز بدین حبس است.

در پاسخ باید گفت: اساس حبس زن و سلب اختیار او در خروج از منزل به‌عنوان یک حق طبیعی در زندگی، سلب حق و اضرار به زن است. حبس عقلانی در حقیقت تناقض‌نماست، چون اساساً هیچ عقلانیتی در حبس زن وجود ندارد و هرگونه حبسی با هر روش و توجیهی توسط شوهر، نابودی شخصیت زن را به دنبال خواهد داشت. در نتیجه، مطلق پدیده حبس زن با هدف قرآنی امساک به معروف هیچ سازگاری عرفی ندارد.

به بیان دیگر، تنها رفتارهای ظالمانه و نگه‌داشتن زن تا ابد در خانه، اضرار و آسیب به زن محسوب نمی‌شود، بلکه اصل اجازه حبس زن به دست شوهر و سلب حق بیرون‌رفتن از منزل و تضییع حق حیات اجتماعی و ارتباطات انسانی زن که حتی نتواند به دیدار پدر بیمار خود و در حال فوت برود، با رفتاری که معروف باشد سازگاری ندارد و عرف چنین سلب حقی را اضرار و آسیب به انسان می‌داند.

این نکته شایان توجه است که حیدر حب‌الله در معنای معروف چنین باور دارد که با توجه به تقابل مفهومی «معروف» و «منکر»، به نظر می‌رسد در عرف و نیز در لغت عربی، معروف به چیزی گفته می‌شود که هم نیکوست و هم انجام آن در خارج نیکو شمرده می‌شود و به همین دلیل، کسی که آن را انجام دهد مورد مدح قرار می‌گیرد. با این وصف، مأنوس بودن یا نامأنوس بودن فعل نزد عرف معیار نخواهد بود؛ بلکه نیکو بودن فعل و مورد مدح قرار گرفتن فاعل آن مدنظر است. همچنین منکر، فعل قبیحی است که فاعل آن سرزنش می‌شود؛ لذا معروف بودن یا منکر بودن از لوازم حُسن ذاتی فعل و ممدوحیت آن است.

این مطالب ربطی به شرع ندارد و به همین دلیل بزرگ‌ترین اشتباه این است که این مفاهیم عرفی با توجه به تقسیم پنج‌گانه احکام تکلیفی تبیین شوند، در حالی که مدلول لغوی و عرفی به این تقسیم ارتباطی ندارد و به عبارت دیگر، این معنای لغوی بعد از تقسیم فوق تطبیق‌شدنی است.

با این توضیحات روشن می‌شود که اولاً تنها مرجع تعیین معروف و منکر شرع نیست، برخلاف کسانی که -هرچند به سبب انکار حسن و قبح عقلی- سعی کردند شرع را تنها مرجع برای این کار معرفی کنند؛ بلکه مرجع تعیین معروف و منکر هم شرع است و هم عقل و حتی طبع عقلایی. به عبارتی، حتی اگر با موردی مواجه شدیم که شرع نسبت به معروف بودن یا منکر بودن آن ساکت است باز هم می‌توان مفهوم معروف و منکر را در آن مورد تصور کرد و این یعنی علاوه بر شرع، مرجع دیگری برای این دو مفهوم نیز وجود دارد که همان عقل باشد؛ ثانیاً افزون بر عقل و شرع، عرف نیز می‌تواند به عنوان مرجعی برای این دو مفهوم به ابفای نقش پردازد. گاهی عرف قطع نظر از عقل و شرع چیزی را در شرایط خاصی قبیح یا حسن می‌شمارد. به بیان دیگر، حتی اگر حسن و قبح عقلی را انکار کنیم و نیز بگوییم شرع در مواردی ورود نکرده است باز هم عرف‌های عام -باتوجه به صدق عنوان معروف یا منکر از جهت لغوی- می‌توانند مصداق معروف و منکر را تعیین کنند، به گونه‌ای که مخالف عقل یا شرع نباشد.<sup>۴۳</sup>

طبق دیدگاه حیدر حب‌الله مرجع تعیین معروف و مصداق آن در حق زن در خروج از منزل عرف است که سلب چنین حقی از زن خلاف معروف و مصداق ظلم شمرده می‌شود؛ حال چه حبس ابدی باشد و چه حبس موقت.

#### ۴. ۲. کرامت انسانی هدف کلی شریعت

آیت‌الله سیستانی تصریح دارد کرامت انسانی از جمله اصول و اهداف اصلی در شریعت و مبادی کلی دین اسلام به شمار می‌رود که در قرآن بیان شده است. این اصول برخاسته از عقل فطری در انسان‌هاست که از آن به قانون طبیعی یاد می‌شود و اسلام مبین این اصول فطری است. در حقیقت، قوانین قرآنی که به صورت تفصیلی ذکر شده، تطبیقات این اصول و اهداف است و قرآن خود تصریح دارد که ترجمان همان عقل فطری است. سنت پیامبر (ص) و امامان (ع) نیز تفصیل و تبیین بیشتر این اصول و اهداف و در امتداد آن محسوب می‌شود. چنین زنجیره متصلی را باید ترسیم کرد و در این میان، سخن جدید و خارج از این زنجیره در بیانات ائمه (ع) وجود ندارد. بنابراین، هر خبری باید با اهدافی که در عقل فطری نمود دارد موافقت داشته باشد.<sup>۴۴</sup>

هنگامی که خداوند در قرآن کریم به تشریح خلقت انسان می‌پردازد و دستور سجده بر انسان را صادر می‌کند، دو دسته خطاب در این خصوص در قرآن کریم وجود دارد: خطاب اول، سجده بر بشر را امر

۴۳. حب‌الله، فقه امر به معروف و نهی از منکر، ۳۷۱.

۴۴. سیستانی، مباحث الحجج، ۲۵.

می‌کند<sup>۴۵</sup> و خطاب دوم، سجده بر آدم<sup>۴۶</sup> مطابق با تفسیر علامه طباطبایی فرمان سجده بر بشر شامل تمام فرزندان آدم است و به‌طورکلی، مقام انسانیت را در بر می‌گیرد.<sup>۴۷</sup> به این ترتیب، این آیه در مقام ارج نهادن به انسان ورای کیش، آیین و رنگ پوست و زبان است که از این ارج نهادن با عنوان کرامت ذاتی یاد می‌شود. در تعریف کرامت آورده‌اند: «نوعی وصف گران‌سنگ ذاتی برای هر انسان بدون ملاحظه اجدادش دانست که دلالت بر بزرگواری، شرافت، ارجمندی، ارزشمندی و عزت می‌کند.»<sup>۴۸</sup> انسان بما هو انسان امکان و ظرفیتی دارد که او را مستحق سجده فرشتگان کرده است. یکسان‌بودن نحوه خلقت انسان، نظیر آفرینش او از ماء، طین و تراب و پس از آن دمیده‌شدن روح در او نشان از یکسان‌بودن انسانیت دارد که این مقام انسانیت چیزی نیست که بتوان با دستور شوهر زیر پا گذاشت.

براساس این اصل، انسان از همه خصوصیت‌ها و ویژگی‌های تکریم و حرمت برخوردار است، مگر مواردی که با استناد به دلیل از وی سلب می‌شود. این، همان نتیجه مهمی است که می‌توان از اصل کرامت انسانی به دست آورد.<sup>۴۹</sup>

به بیانی دیگر، کرامت به‌عنوان یکی از مقاصد مهم شریعت می‌تواند ازجمله حقوق اساسی آدمی به شمار آید که در عداد حق حیات و حق آزادی و امثال آن‌ها قرار گیرد. این حق می‌تواند و باید منشأ وضع و تدوین قوانین بسیاری در قلمرو امور مدنی، جزایی، سیاسی و جز آن قرار گیرد.<sup>۵۰</sup>

ازجمله وجوه ارجاع مفاد روایت به کرامت انسانی و موافقت روحی با قرآن، تفسیر روایات بر محور کرامت انسانی است. از نظر قائلان به اصل کرامت، این اصل در بسیاری از مباحث تفسیر نصوص فقهی اثرگذار خواهد بود. این اصل می‌تواند در مسائل تفسیری و نظری علم فقه به لحاظ فهم احکام، تأویل آیات و استنباط احکام مفید واقع شود. احکام مدنی و جزایی باید با فقه الکرامه بررسی شود و لذا لازم است یک‌بار دیگر این دسته از احکام فقهی، که با مناسبات فرهنگی و اجتماعی عصر گذشته بیان یا استنباط و تنظیم شده است، ارزیابی شود.<sup>۵۱</sup> به بیانی دیگر، احترام کرامت انسانی ازجمله مهم‌ترین اهداف و مقاصد دین به شمار می‌رود و باید نسبت به هرگونه تفسیر متن دینی که کرامت را نقض می‌کند بازنگری کرد. مفاد

۴۵. حجر: ۳۱ تا ۲۸.

۴۶. بقره: ۳۴.

۴۷. طباطبایی، المیزان، ۲۰/۸.

۴۸. ناصری مقدم، سلطانی، کرامت انسانی و فقه، ۳۰.

۴۹. حب‌الله، تعامل با دیگری: از گفت‌وگوی عقلانی تا کرامت انسانی، ۶۵.

۵۰. ناصری مقدم، سلطانی، کرامت انسانی و فقه، ۱۰۲ و ۱۲۰.

۵۱. ایازی، اصل کرامت انسان به مثابه قاعده‌ای فقهی، ۳۱ و ۳۷.

روایتی که با کرامت انسانی تعارض دارد متعلق به تاریخ و بیانگر شرایط عصر زمان خود است.<sup>۵۲</sup>

کرامت انسانی حتی اگر به عنوان حکمت احکام عنوان شود می تواند در زمینه فهم و استنباط احکام اجتماعی (معاملات بالمعنی الاعم / احکام توصیلی) از روایات، کارایی و دخالت داشته باشد.<sup>۵۳</sup>

مفاد روایت مذکور به هیچ عنوان با کرامت انسانی سازگاری ندارد که زنی با تعهدی که به شوهر خود داده است حتی با بیماری و فوت پدرش حق خروج از منزل را نداشته باشد. چنین حبسی، تحقیر و توهین به کرامت این زن است. از این رو، نمی توان اطمینان به صدور چنین روایتی از معصوم را داشت.

**اشکال به نقش کرامت انسانی در فقه:** فقه اسلامی کلاسیک اعتقادی به اصل کرامت انسانی ندارد و به همین دلیل، نه قاعده ای فقهی با این عنوان پیدا می شود و نه اصلی به نام کرامت انسانی می توان یافت تا مرجعی باشد برای تعیین تکلیف هنگام شک.<sup>۵۴</sup>

در عین حال، می توان گفت در قرن اخیر شاهد نفوذ این شیوه از تفکر در کتاب های برخی از علما و فقها و پژوهشگران هستیم که البته در مدارس دینی رسمی که به عنوان مرجع اجتهاد در شریعت و فتوا شناخته می شوند هنوز نتوانسته حضور قوی ای داشته باشد. این مفهوم، حضور مستمر و اجتهادی ندارد. میراث فقهی و دینی مسلمانان با موضوعی همچون کرامت ذاتی انسان بیگانه است.<sup>۵۵</sup>

اما از سیاق آیه، تکریم تشریعی انسان بر نمی آید؛ زیرا آیه تکریم بعد از بیان کرامت انسان به سراغ مسائلی تکوینی می رود، مانند حمل ایشان در خشکی و دریا و رزق پاکیزه برای آن ها و برتری دادن ایشان نسبت به بسیاری از مخلوقات همچون حیوانات و گیاهان. باتوجه به چنین فضایی نمی توان نسبت به دلالت آیه بر تکریم تشریعی و ارزشی اطمینان یافت.<sup>۵۶</sup>

پاسخ: در میراث فقهی با رویکردهای مختلفی روبه رو هستیم. بنابر تحولات اجتماعی و پیشرفت علوم نیز آیه می گوید همین که آدمی عضو جامعه انسانی است احترام و کرامت و عزت دارد تا بتواند تمام استعداد های خویش را در مسیر هدایت به فعلیت برساند و در این دنیا تمام امکانات برای او فراهم شده است. انسانی که حقیر و کوچک و ذلیل باشد توانایی برای رشد و حرکت نخواهد داشت.

عضویت در جامعه انسانی و کرامت همه این اعضا اختصاصی به جنس و عقیده نخواهد داشت و باید

۵۲. رفاعی، الدین و الکرامة الانسانیة، ۳۰۰.

۵۳. الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۵۲. برای شناخت علت و حکمت و چالش پیش روی تأثیر اهداف و مقاصد شریعت نیز بدین منبع می توان رجوع کرد.

۵۴. حب الله، تعامل با دیگری: از گفت و گو عقلانی تا کرامت انسانی، ۷۵.

۵۵. حب الله، تعامل با دیگری: از گفت و گو عقلانی تا کرامت انسانی، ۸۲.

۵۶. حب الله، تعامل با دیگری: از گفت و گو عقلانی تا کرامت انسانی، ۱۰۴.

الهی خراسانی، یاراحمدی خراسانی؛ بررسی مضمونی روایت پیامبر(ص) در منع زن از خروج از منزل ... / ۵۱

از حقوق بنیادین مانند حق حیات و آزادی برخوردار باشند. حبس انسان در خانه بدون هیچ دلیل و جرمی، کشتن استعداد های انسانی و تحقیر او و خلاف حق آزادی است.

شریعت که روش رفتارها و باید و نبایدهاست و سنت، تفصیل آن را برعهده گرفته است نمی تواند با اهداف و روح این شریعت که در قرآن جلوه گر است ناسازگار باشد. به بیان دیگر، حکمت عملی، یعنی فقه نمی تواند با حکمت نظری، یعنی اهداف و ارزش های اسلامی مخالفت داشته باشد.<sup>۵۷</sup> بیان ویژگی خلقت انسان -در بُعد تکوین او- که براساس کرامت است منافاتی ندارد که به عنوان هدفی در نظر گرفته شود که چهارچوب و خط تشریع را مشخص کند. در ادامه، خدا از وجود زمینه های حرکت انسان و بهره مندی او از نعمت ها سخن می گوید تا در قیامت به رستگاری برسد؛ چراکه در این دنیا کور و ناقص نبوده و همه نعمت ها و زمینه های رشد و حرکت را دیده و به کار بسته است.

بنابراین، بیان اهداف در قرآن به مثابه قانون اساسی اگرچه خطاب تشریعی مانند جعل حکم شرعی نیست، اما خطابی تکوینی برای تأثیرگذاری در شریعت است. آیه تکریم در حقیقت ناظر به مقام ملاک ها و بیانگر امور تکوینی است اما ناظر به زیربناهای قانونی به شمار می رود.<sup>۵۸</sup>

## نتیجه گیری

مضمون روایت منقول از پیامبر(ص) در محبوس ماندن زن و عدم ادای حق پدر نسبت به فرزند برخلاف اهداف و روح قرآن است که بر رفتار شایسته با زنان تأکید دارد. این مضمون و جلوگیری از حضور زن در بیرون از منزل نیز با کرامت انسانی سازگاری ندارد. باتوجه به کرامت انسانی به مثابه هدف و روح قرآن باید به نقد مضمونی سنت پرداخت. بدین ترتیب، با هر ویژگی سندی نمی توان اطمینان به صدور چنین نقلی از پیامبر(ص) یافت.

باید گفت اهداف و روح قرآن در ترسیم ویژگی انسان و زندگی او به مثابه قانون اساسی است و با مواد قانونی در سنت به عنوان شارح و تفصیل قانون اساسی تخصیص نمی خورد، بلکه باید باتوجه به قانون اساسی به تفسیر و توضیح مواد قانونی و اعتبارسنجی مضمونی پرداخت.

۵۷. نک: ملایی، بررسی رویکرد مقاصدی به فقه در کارآمدی نظام سیاسی، ۶۲.

۵۸. مددی، «جایگاه قرآن در ققاهت»، ۵۰ تا ۴۸.

## منابع

### قرآن کریم

- آمدی، علی بن محمد. الاحکام فی اصول الأحکام. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۴۲۴ق.
- ابن ابی الحدید، عبدالحمید بن هبة الله. شرح نهج البلاغة. قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي (ره). بی تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۱۳ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. الفتاوی الکبری. بیروت: دار القلم. ۱۴۰۷ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد. مقاصد الشریعة الإسلامیة. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامیة. ۱۴۲۵ق.
- ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین. المغنی. بی جا: مكتبة القاهرة. ۱۳۸۸ق.
- ادلبی، صلاح الدین بن احمد. منهج نقد المتن عند علماء الحديث النبوی. قاهره: دار الفتح. ۱۴۳۴ق.
- الهی خراسانی، علی. جستارهای در مقاصد شریعت. تهران: نگاه معاصر. ۱۳۹۹.
- امام الحرمین، عبد الملک بن عبد الله. البرهان فی اصول الفقه. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. ۱۴۱۹ق.
- ایازی، سید محمد علی. اصل کرامت انسان به مثابه قاعده ای فقهی. تهران: سراپی. ۱۴۰۰.
- بحرانی، یوسف. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- برقی، احمد بن محمد. المحاسن. قم: دار الکتب الإسلامیة. ۱۳۷۱ق.
- بوخناش، نوره. مقاصد الشریعة عند الشاطبی. بیروت: دار الامان. ۱۴۳۳ق.
- تمدن، حمید رضا. نقش یابی مقاصد شریعت در اجتهاد شیعی و جایگاه آن در نظام سازی فقهی. پایان نامه دوره کارشناسی ارشد. به راهنمایی حسینعلی سعدی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع). ۱۳۹۷.
- تمدن، حمید رضا، علی الهی خراسانی. حکم، سنت و شریعت: خوانشی از دیدگاه های اصولی آیت الله سیستانی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع). ۱۳۹۹.
- حب الله، حیدر. تعامل با دیگری: از گفت و گوی عقلانی تا کرامت انسانی. ترجمه محمد رضا ملایی، مصطفی مهدوی. تهران: نگاه معاصر. ۱۴۰۲.
- حب الله، حیدر. دراسات فی الفقه الاسلامی المعاصر. بی جا: بی تا. ۱۴۳۲ق.
- حب الله، حیدر. فقه امر به معروف و نهی از منکر. ترجمه علی الهی خراسانی، حسنعلی شیروی، محمد رضا ملایی. مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی. ۱۳۹۶.
- حسنی، اسماعیل. نظریة المقاصد عند الامام محمد الطاهر بن عاشور. فیرجینیا: المعهد العالمی للفکر اسلامی. ۱۴۲۶ق.
- خادمی، نورالدین بن مختار. حقوق الانسان مقاصد الشریعة. قطر: ادارة البحوث والدراسات الاسلامیة. ۱۴۳۱ق.

- دمینی، مسفر عزم الله. مقایس نقد متون السنة. ریاض: بی نا. ۱۴۰۴ق.
- رفاعی، عبدالجبار. الدین و الکرامة الانسانية. بغداد: الرافدين. ۲۰۲۲م.
- الریسونی، احمد. نظریة المقاصد عند الامام الشاطبی. بی نا: الدار العالمیة للکتاب الإسلامی. ۱۴۱۲ق.
- سبحانی، جعفر. الحدیث النبوی بین الروایة و الدراية. قم: مؤسسة امام صادق(ع). ۱۴۱۹ق.
- سیستانی، سیدعلی. الرافد فی علم الاصول. به تقریر سیدمنیر قطیفی. قم: مکتبة آية الله العظمی السيد السيستانی. ۱۴۱۴ق.
- سیستانی، سیدعلی. مباحث الحجج. به تقریر سید محمدعلی ربانی. رهیاب: www.taghrirat.net
- سیستانی، علی. تعارض الادلة و اختلاف الحدیث. به تقریر سیدهاشم هاشمی. بی جا: بی نا. بی تا.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی. الموافقات فی اصول الشريعة. بیروت: دار الکتب العلمیة. بی تا.
- شریف رضی، محمد بن حسین. نهج البلاغة. به تحقیق صبحی صالح. قم: مرکز البحوث الاسلامیة. ۱۳۷۴.
- شمس الدین، محمد مهدی. «مجال الاجتهاد و مناطق الفراغ التشريعی»، مجلة المنهاج. ش ۳، زمستان ۱۴۱۷ق، ۱۰ تا ۸۱.
- صدر، محمد باقر. اقتصادنا. قم: بوستان کتاب. ۱۴۱۷ق.
- صدر، محمد باقر. الاسلام یقود الحیة. قم: المؤتمر العالمی للإمام الشهيد الصدر. ۱۴۲۹ق.
- صاهر، یعقوب حسن. مسيرة الامام السيد موسی الصدر. بیروت: دار بلال. چاپ دوم، ۲۰۱۴م.
- طباطبایی، سید محمد حسین. المیزان فی التفسیر القرآن. قم: مؤسسه نشر اسلامی. بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. اختیار معرفة الرجال (الرجال الکشی). مشهد: دانشگاه مشهد. ۱۴۰۹ق.
- علا سوند، فریبا. زن در اسلام. قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان. چاپ اول، ۱۳۹۰.
- غزالی، محمد بن محمد. المستصفی فی علم الاصول. قم: دار الذخائر. ۱۳۶۸ق.
- فضل الله، سید محمد حسین. کتاب النکاح. به قلم جعفر ساخوری. بیروت: دار الملائک. ۱۴۱۷ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۴۰۷ق.
- کیلانی، عبدالرحمن بن ابراهیم. قواعد المقاصد عند الامام الشاطبی. دمشق: دار الفکر. ۱۴۲۱ق.
- لحسانة، احسن. الفقه المقاصدی عند الامام الشاطبی. قاهره: دار الاسلام. ۱۴۲۹ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. معارج الاصول. قم: آل البيت. ۱۴۰۳ق.
- مددی، سید احمد. «جایگاه قرآن در فقاہت»، کاوشی نو در فقه اسلامی. ش ۶۲، دی ۱۳۸۸، ۵۶ تا ۳۱.
- ملایی، محمدرضا. بررسی رویکرد فقه مقاصدی در کارایی نظام سیاسی. رساله دوره دکتری. به راهنمایی احمد رهدار. قم: دانشگاه باقر العلوم. آذر ۱۴۰۰.
- ناصری مقدم، حسین، عباسعلی سلطانی. کرامت انسانی و فقه. مشهد: پژوهشکده مطالعات اسلامی. ۱۳۹۹.

## Transliterated Bibliography

*Qurān-i Karīm.*

‘Alāsvand, Faribā. *Zan dar Islām*. Qum: Daftar Muṭālī‘āt va Taḥqīqāt Zanān, Chāp-i Awwal, 2012/1390.

Āmidī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-Aḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya, 2004/1424.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī, 1998/1419.

Ayāzī, Sayyid Muḥammad ‘Alī. *Aṣl Karāmat Insān bi Muthābih Qā’idih-i Fiqhī*. Tehran: Sarāyī, 2021/1400.

Baḥrānī, Yūsuf. *Al-Ḥadā’iq al-Nādira fī Aḥkām al-’Itra al-Ṭāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, s.d.

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

Būḥanāsh, Nūrah. *Maqāṣid al-Sharī‘a ‘ibd al-Shāṭibi*. Beirut: Dār al-Amān, 2012/1433.

Ḍāḥir, Ya‘qūb Ḥasan. *Maysara al-Imām al-Sayyid Mūsā al-Ṣadar*. Beirut: Dār Balāl, Chāp-i Duwum, 2014/1392.

Damīnī, Musfar ‘Azamallāh. *Maqāyīs Naqd Mutūn al-Sunnah*. Riyāḍ: s.n. 1984/1404.

Faḏl Allāh, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Bi Qalam Ja‘far Sākhūrī. Beirut: Dār al-Malāk, 1996/1417.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Dhakhā’ir, 1990/1368.

Ḥasani, Ismā‘īl. *Nazarīya al-Maqāṣid ‘inda al-Imām Muḥammad al-Ṭāḥir ibn ‘Ashūr*. Virginia: al-Ma‘had al-‘Ālimī li-l-Fikr Islāmī, 2005/1426.

Ibn Qudāmah, Abū Muḥammad Muafaq al-Dīn. *al-Mughnī*. S.I. Cairo: Maktaba al-Qāhirah, 1969/1388.

Ibn Abī al-Ḥadīd. ‘Abd al-Ḥamīd ibn Haba Allāh. *Sharḥ Nahj al-Balāghah*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī, s.d.

Ibn ‘Ashūr, Muḥammad Ṭāḥir ibn Muḥammad. *Maqāṣid al-Sharī‘a al-Islāmīyya*. Qatar: Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shu‘ūn al-Islāmīyya. 2004/1425.

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

Ibn Taymiyya, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *al-Fatāwī al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Qalam, 1987/1407.

Idlibī, Ṣalāḥ al-Dīn Aḥmad. *Manhaj Naqd al-Matn ‘ind ‘Ulamā’ al-Ḥadīth al-Nabawī*. Cairo: Dār al-Fath,

2013/1434.

Ilāhī Khurāsānī, 'Alī. *Justār-hā-yi dar Maqāṣid Shari'at*. Tehran: Nigāh Mu'āshir, 2021/1399.

Imām al-Ḥaramiyy, 'Abd al-Malik ibn 'Abd Allāh. *al-Burhān fī Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1997/1418.

Khādīmī, Nūr al-Dīn ibn Mukhtār. *Huqūq al-Insān Maqāṣid al-Shari'a*. Qatar: Idārah al-Buḥūth wa al-Dirāsāt al-Islāmiyya, 2010/1431.

Kilānī, 'Abd al-Rahmān ibn Ibrāhīm. *Qawā'id al-Maqāṣid 'inda al-Imām al-Shāṭibī*. Dimashq: Dār al-Fikr, 2000/1421.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya, 1987/1407.

Lahasāsīnah, Aḥsan. *al-Fiqh al-Maqāṣidī 'inda al-Imām al-Shāṭibī*. Cairo: Dār al-Salām, 2008/1429.

Madadī, Sayyid Aḥmad. "Jāyghā Qurān dar Fiqāhat". *Kāvushī Nū dar Fiqh Islāmī*, no. 62 (Diy 2010/1388): 31-56.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Ma'ārij al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt. 1983/1403.

Muḥib Allāh, Ḥiydar. *Dirāsāt fī al-Fiqh al-Islāmī al-Mu'āshir*. S.l. s.n. 2011/1432.

Muḥib Allāh, Ḥiydar. *Fiqh Amr bi Ma'rūf va Nahy az Munkar*. Translated by 'Alī Ilāhī Khurāsānī, Ḥasan 'Alī Shīravī, Muḥammad Riḍā Mulāyī. Mashhad: Bunyād-i Pazhūhish-hā-yi Islāmī Astān-i Quds-i Razavī, 2018/1396.

Muḥib Allāh, Ḥiydar. *Ta'āmul bā Dīgarī: az Guft va Güy 'Aqlānī tā Karāmat Insānī*. Translated by Muḥammad Riḍā Mulāyī, Muṣṭafā Mahdavi, Tehran: Nigāh Mu'āshir, 2023/1402.

Mulāyī, Muḥammad Riḍā. *Barrisi Rūykard Fiqh Maqāṣidī dar Kārāyī Nizām Siyāsī*. Risālah Dukturi bi Rahnamāyī Aḥmad Rahdār, Qum: University of Bāqir al-'Ulum, 2021/1400.

Nafisī, Shādī. "Mi'yār-hā-yi Naqd Matn dar Arzyābī Ḥadīth". *Maqālāt va Barrisi-hā*, Durīh-yi 70 (winter 2002/1380): 11-44.

Nāshīrmuqadam, Ḥusayn, 'Abbās 'Alī Sulṭānī. *Karāmat Insānī va Fiqh*. Mashhad: Pazhūhishkadih-yi Muṭālī'at Islāmī, 2021/1399.

Raysūnī, Aḥmad. *Nazāriya al-Maqāṣid 'inda al-Imām al-Shāṭibī*. S.l. al-Dār al-'Ālimiyya li-l-Kitāb al-Islāmī, 1995/1416.

Rifā'i, 'Abd Jabār. *al-Dīn wa al-Karāmah al-Insāniyah*. Baghdād: al-Rāfidīn, 2022/1400.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. *al-Islām Yaqūd al-Ḥayāt*. Qum: al-Mū'tamar al-'Ālamī li-l-Imām al-Shahīd al-Şadr, 2008/1429.
- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. Qum: Büstān-i Kitāb, 1996/1417.
- Shams al-Dīn, Muḥammad Mahdī. "Majāl al-Ijtihād wa Manātiq al-Firāgh al-Tashrī'i". *Majalla Minhāj*. No. 3 (winter 1996/1417): 81-106.
- Sharif al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Nahj al-Balāghah*. researched by Şubḥī Şāliḥ, Qum: Markaz al-Buḥūth al-Islāmiyya, 1996/1374.
- Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. *al-Muwāfaqāt fi Uṣūl al-Sharī'a*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, s.d.
- Sīstānī, 'Alī. *Ta'arūḍ al-Adala wa Ikhtilāf al-Ḥadīth*. bi Taqrīr Sayyid Hāshim Hāshimī, s.l. s.n.s.d.
- Sīstānī, Sayyid 'Alī. *al-Rāfid fi 'Ilm al-Uṣūl*. bi Taqrīr Sayyid Munīr Qaṭīfī. Qum: Maktab Āyat Allāh al-'Uzmā al-Sayyid al-Sīstānī. 1994/1414.
- Sīstānī, Sayyid 'Alī. *Mabāhith al-Hujaj*. bi Taqrīr Sayyid Muḥammad 'Ali Rabānī, Rahyāb.
- Subḥānī, Ja'far. *al-Ḥadīth al-Nabawī bayna al-Riwāya wa al-Dirāya*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Şādiq(AS), 1998/1419.
- Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, s.d.
- Tamadun, Ḥamid Riḍā, 'Alī Ilāhī Khurāsānī. *Ḥukm, Sunat va Shari'at: Khānishi az Didgāh-hā-yi Uṣūli Āyat Allāh Sīstānī*. Tehran: Imam Sadiq(AS) University, 2021/1399.
- Tamadun, Ḥamid Riḍā. *Naqshyābi Maqāsid Sharī'at dar Ijtihād Shī'ī va Jāygāh ān dar Nizāmsāzi Fiqhī*. Master Thesis, Supervisor Ḥusayn 'Alī Sa'dī, Tehran: Imam Sadiq(AS) University, 2019/1397.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Ikhtiyār Ma'rifa al-Rijāl (al-Rijāl al-Kashshī)*. Mashhad: Dānishgāh Mashhad, 1989/1409.



## A Study on the Proprietary Value of “Cryptocurrencies” with a look at the jurisprudential thought of Imam Khomeini (RA)

**Dr. Javad Soltanifard** 

Assistant Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Email: [j.soltanifard@motahari.ac.ir](mailto:j.soltanifard@motahari.ac.ir)

### Abstract

One of the emerging forms of money that has attracted increasing attention in contemporary global economic transactions is cryptocurrency. Due to its novelty, numerous ambiguities surround the nature of cryptocurrency and give rise to confusion within society. One of the central obstacles to the legal (*shar'i*) legitimacy of cryptocurrency transactions lies in the requirement that both countervalue in a sale possess proprietary value. The present study uses a descriptive-analytical method and emphasizes the views of Imam Khomeini. The study concludes that: First, proprietary value is a customary and abstract concept grounded in rational demand. Second, cryptocurrencies satisfy the criterion of proprietary value, as their transactional convenience has resulted in steadily increasing global demand, thereby warranting their classification as property. And third, that the lawmaker cannot strip an object of its proprietary value as such, but may only bar the legal consequences of property from taking effect (for example, the transfer of ownership in the case of wine). Accordingly, contrary to the views of some jurists, the absence of prohibition does not count as an essential element of its proprietary value.

**Keywords:** proprietary value; property; exchange value; cryptocurrency; digital currency; Imam Khomeini





|                                                                                                                  |                                                             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| HomePage: <a href="https://jfiqh.um.ac.ir/">https://jfiqh.um.ac.ir/</a>                                          | سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان ۱۴۰۴، ص ۸۶ - ۵۷ |
| شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸                                                                                        | شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸                                         |
| تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰                                                                                          | تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۰۳                                   |
| DOI: <a href="https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.83559.1618">https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.83559.1618</a> | تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۹                                    |
|                                                                                                                  | نوع مقاله: پژوهشی                                           |

## پژوهشی پیرامون مالیت «رمزارها» با نگاهی بر اندیشه فقهی امام خمینی (ره)



دکتر جواد سلطانی فرد

استادیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (ره)

Email: [j.soltanifard@motahari.ac.ir](mailto:j.soltanifard@motahari.ac.ir)

### چکیده

«رمزارها» به سبب نوظهور بودن، با ابهامات فقهی متعددی مواجه اند که یکی از مهم ترین آن ها، بررسی تحقق شرط «مالیت» به عنوان یکی از ارکان صحت بیع است. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با تمرکز بر اندیشه فقهی امام خمینی (ره)، به بررسی امکان احراز مالیت رمزارها می پردازد. یافته ها نشان می دهد: نخست آنکه مالیت مفهومی عرفی و به معنای برخورداری از ارزش مبادلی است که ریشه در رغبت دست کم بخشی از عقلا به یک چیز دارد؛ و دوم آنکه این معیار در مورد رمزارها محقق است، زیرا استقبال گسترده، حجم قابل توجه معاملات و کارکردهای اقتصادی متمایز آن ها -همچون انتقال سریع و کم هزینه، شفافیت بالا و مقاومت نسبی در برابر مصادره- به روشنی از تحقق ارزش مبادلی آن حکایت دارد. بر این اساس، رمزارها مصداق «مال» به شمار می آیند. با این حال، احراز مالیت به تنهایی برای مشروعیت معاملات رمزاری کافی نیست، بلکه صحت شرعی این معاملات منوط به فقدان موانع فقه فردی (مانند ضرر و غرر) و رعایت ملاحظات و ضوابط حکومتی (مانند قاعده نفی سبیل) خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** مالیت، مال، ارزش مبادلی، رمزار، ارز دیجیتال، امام خمینی (ره).

## مقدمه

تحولات شتابان زندگی بشر و دگرگونی الگوهای زیست فردی و اجتماعی، همواره مسائل نوپدید را پیش‌روی فقه اسلامی قرار داده است؛ مسائلی که پاسخ‌گویی به آن‌ها مستلزم بازخوانی مبانی استنباط و تطبیق قواعد کلی فقه بر مصادیق جدید است. یکی از مهم‌ترین نمودهای این تحولات، گذار تدریجی جوامع از زندگی سنتی به زندگی دیجیتال و شکل‌گیری مناسبات اقتصادی در بستر فضای الکترونیک است؛ بستری که در آن، مفاهیم کلاسیکی همچون دارایی، پول و مبادله با چهره‌هایی نوظهور بازتعریف می‌شوند.

در این میان، پیدایش «ارزهای دیجیتال» یا به تعبیر دقیق‌تر «رمزارها» به‌عنوان ابزارهایی مبتنی بر فناوری رمزنگاری و بلاک‌چین، چالشی جدی برای نظام‌های فقهی و حقوقی ایجاد کرده است. رمزارها که برخلاف پول‌های رایج، فاقد نهاد صادرکننده متمرکز بوده و معمولاً از ساختاری غیرمتمرکز برخوردارند، امکان انجام یافتن تراکنش‌های مالی سریع، کم‌هزینه و فرامرزی را فراهم ساخته‌اند. گسترش چشمگیر استفاده از این دارایی‌های نوین و افزایش قابل‌توجه حجم معاملات آن‌ها در سطح جهانی، نشان می‌دهد که رمزارها به تدریج در حال تبدیل شدن به یکی از عناصر اثرگذار در مناسبات اقتصادی معاصر هستند.

با این حال، برای آنکه رمزارها بتوانند در چارچوب ضوابط فقهی، در بازار مورد معامله قرار گیرند، نخست باید وضعیت آن‌ها از حیث «مالیت» روشن شود؛ چراکه مالیت از شروط اساسی صحت بیع به شمار می‌آید. پرسش اصلی آن است که آیا رمزارها، با توجه به ماهیت غیرمادی خود، و وجود چالش‌هایی همچون نبود رغبت عمومی، بی‌پشتوانه بودن و فقدان تضمین و مسئولیت قانونی، واجد عنوان «مال» در فقه امامیه هستند یا خیر. این پرسش، نقطه تلاقی مباحث فقهی سنتی با واقعیت‌های اقتصادی و فناورانه عصر حاضر است و پاسخ به آن، آثار مهمی در مشروعیت یا عدم مشروعیت معاملات رمزاری به دنبال دارد.

در این زمینه، دیدگاه‌های مختلفی در میان فقها و پژوهشگران مطرح است؛ برخی با تأکید بر نوظهور بودن و مخاطرات اقتصادی رمزارها، در مالیت آن‌ها تردید کرده‌اند و برخی دیگر، با تکیه بر معیارهای عرفی و عقلایی، مالیت آن‌ها را پذیرفته‌اند. با وجود این، آنچه در پژوهش‌های پیشین کمتر مورد توجه قرار گرفته، تحلیل دقیق مفهوم «مال» و «مالیت» بر اساس مبانی فقهی و به‌ویژه اندیشه امام خمینی(ره) و سپس تطبیق منسجم این مبانی بر پدیده رمزارهاست.

ازاین‌رو، پژوهش حاضر می‌کوشد با روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا به بازشناسی مفهوم مالیت در فقه امامیه با تمرکز بر مبنای عرفی مورد تأکید امام خمینی(ره) بپردازد و سپس با بررسی کارکردها، ویژگی‌ها و واقعیت‌های اقتصادی رمزارها، امکان انطباق آن‌ها با معیارهای مالیت را ارزیابی کند. اهمیت این پژوهش از آن جهت است که می‌تواند ضمن شفاف‌سازی یکی از بنیادی‌ترین پیش‌فرض‌های فقهی معاملات

رمزارزی، زمینه را برای داوری دقیق‌تر درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت این معاملات و نیز طراحی سیاست‌های فقهی و حقوقی متناسب با شرایط نوین فراهم سازد.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱.۱. رمزارز<sup>۱</sup>

«رمزارز» به یک نمایش دیجیتالی از ارزش<sup>۲</sup> اطلاق می‌شود که از رمزنگاری<sup>۳</sup> برای ایمن‌سازی تراکنش‌ها، کنترل ایجاد واحدهای جدید و تأیید انتقال دارایی استفاده می‌کند. برخلاف پول‌های سنتی (فیات)<sup>۴</sup> که توسط دولت‌ها و بانک‌های مرکزی صادر و تنظیم می‌شوند، رمزارزها معمولاً فاقد یک نهاد صادرکننده مرکزی بوده و ساختاری غیرمتمرکز یا نیمه‌متمرکز دارند؛ به این معنا که برای ثبت و اعتبارسنجی تراکنش‌ها الزاماً به یک مرجع مرکزی مانند بانک متکی نیستند. پشته فناوریانه بیشتر رمزارزها، زنجیره بلوکی یا بلاک‌چین<sup>۵</sup> است. بلاک‌چین یک دفتر کل توزیع‌شده<sup>۶</sup> و عموماً غیرمتمرکز است که کلیه تراکنش‌ها در آن ثبت و توسط شبکه‌ای از رایانه‌ها (گره‌ها)<sup>۷</sup> نگهداری و تأیید می‌شود. این ساختار، سابقه تراکنش‌ها را شفاف، تغییرناپذیر و در برابر دستکاری مقاوم می‌سازد. ایجاد واحدهای جدید یک رمزارز، بسته به طراحی فنی سیستم، ممکن است از طریق روش‌های مختلفی صورت پذیرد؛ از جمله فرآیندی به نام «استخراج»<sup>۸</sup> که در آن رایانه‌های شبکه با حل مسائل ریاضی پیچیده به تأیید تراکنش‌ها و ایجاد واحدهای جدید کمک می‌کنند، یا سایر مکانیزم‌های فنی که توسط پروتکل رمزارز تعیین شده‌اند.<sup>۹</sup>

رمزارزها از منظر ساختار فنی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند:

#### أ. کوین:<sup>۱۰</sup>

رمزارزی است که دارای بلاک‌چین اختصاصی خود است و بر روی این زیرساخت مستقل اجرا می‌گردد. از معروف‌ترین کوین‌ها می‌توان به «بیت‌کوین»<sup>۱۱</sup> اشاره کرد که نخستین پیاده‌سازی عملی فناوری

1. Cryptocurrency

2. Digital Representation of Value

3. Cryptography

4. Fiat Currency

5. Blockchain

6. Distributed Ledger

7. Nodes

8. Mining

9. <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-cryptocurrency>.

10. Coin

11. Bitcoin

بلاک چین محسوب می شود. هر رمزاری که پس از بیت کوین روانه بازار شده است، «آلت کوین»<sup>۱۲</sup> یا «کوین جایگزین» نامیده می شود. آلت کوین ها تنوع فنی گسترده ای دارند؛ برخی از آن ها از نظر سرعت تراکنش، هزینه کارمزد یا حریم خصوصی ممکن است بر برخی جنبه های بیت کوین برتری داشته باشند، هر چند نمی توان به صورت کلی ادعا کرد که همه آن ها از بیت کوین «امن تر» یا «بهرتر» هستند - چرا که امنیت یک شبکه تابع عوامل متعددی از جمله اندازه شبکه و مکانیزم اجماع<sup>۱۳</sup> آن است. کوین ها هر کدام به کیف پول اختصاصی با آدرس منحصر به فردی نیاز دارند که در بلاک چین مربوط به خود قرار گرفته است؛ برای مثال کیف پول بیت کوین و اتریوم<sup>۱۴</sup> کاملاً از هم مجزا بوده و نمی توان دارایی بیت کوین را به آدرس اتریوم ارسال کرد. ایجاد واحدهای جدید کوین ها بسته به طراحی پروتکل شبکه ممکن است از طریق «استخراج» (در سیستم های مبتنی بر اثبات کار<sup>۱۵</sup>) یا سایر مکانیزم های اجماع مانند اثبات سهام<sup>۱۶</sup> صورت پذیرد.<sup>۱۷</sup> یکی از مشخصه های کلیدی برخی کوین ها این است که به عنوان واسطه مبادله<sup>۱۸</sup> طراحی شده اند، هر چند همه کوین ها لزوماً با این هدف ایجاد نشده اند - برخی عمدهً برای پرداخت کارمزد شبکه یا اهداف فنی خاص طراحی شده اند. همچنین بسیاری از کوین ها دسترسی عمومی دارند و محدود به گروه خاصی از افراد نیستند.<sup>۱۹</sup>

#### ب. توکن:<sup>۲۰</sup>

نوع دیگری از رمزارز است که بلاک چین مستقل ندارد و بر روی زیرساخت یک بلاک چین میزبان از پیش موجود مانند بایننس اسمارت چین<sup>۲۱</sup> ساخته می شود و از پروتکل ها و استانداردهای آن بلاک چین پیروی می کند. به عبارت دیگر، توکن ها برای تأیید تراکنش ها و امنیت خود، کاملاً به شبکه بلاک چین

۱۲. «آلت کوین» (Altcoin) ترکیبی از دو کلمه «آلترناتیو» (Alternative) به معنای جایگزین و «کوین» (Coin) به معنای سکه یا ارز است. به تمام رمزارها به جز بیت کوین، آلت کوین گفته می شود.

13. Consensus Mechanism

14. Ethereum

15. Proof of Work

16. Proof of Stake

۱۷. باید توجه داشت که برخلاف تصور رایج، همه کوین ها از طریق فرآیند استخراج ایجاد نمی شوند. دسته ای از کوین ها، غیرقابل استخراج هستند. این دارایی ها عموماً از پیش تولید و عرضه شده اند و کاربران تنها می توانند آنها را از طریق صرافی ها (اکسچنج ها) یا سایر بازارهای ثانویه خریداری کنند. مکانیسم ایجاد این کوین ها بر پایه الگوریتم های اجماعی مانند «اثبات سهام» است که نیازی به حل مسائل محاسباتی انرژی بر (ماینینگ) ندارد. از جمله کوین های معروف غیرقابل استخراج می توان به QTUM، NEM، EOS، XRP و LISK اشاره کرد.

18. Medium of Exchange

۱۹. نک: حاجی ملایری، بلاک چین، ۴۸؛ مور، ارز دیجیتال برای مبتدیان، ۲۱؛ جودمایر و همکاران، بلاک چین، ۴۳؛ فضلی و همکاران، بلاک چین و رمزارزها، ۴۶.

20. Token

21. Binance Smart Chain

اصلی (که کوین مخصوص به خود را دارد) وابسته هستند. توکن‌ها معمولاً برای پروژه‌ای خاص صادر شده و در اکوسیستم آن پروژه کارکردهای مشخصی ایفا می‌کنند. برای درک بهتر، می‌توان آن را به بلیت سینما در دنیای فیزیکی تشبیه کرد: بلیت سینما تنها در محل و زمان مشخصی ارزش کاربردی دارد و نمی‌توان با آن پول غذای رستوران را پرداخت؛ به همین ترتیب، برخی توکن‌ها مانند توکن‌های کاربردی<sup>۲۲</sup> تنها در اکوسیستم خاصی کاربرد دارند و حق دسترسی به خدمات یا محصولات یک پلتفرم را فراهم می‌کنند. با این حال، توکن‌ها تنوع کارکردی گسترده‌ای دارند؛ از جمله توکن‌های امنیتی<sup>۲۳</sup> که نماینده سهام، اوراق قرضه یا سایر ابزارهای مالی بوده و تحت قوانین بازار سرمایه قرار می‌گیرند، و توکن‌های غیرمثلی<sup>۲۴</sup> که نماینده دارایی‌های دیجیتال منحصر به فرد و غیرقابل تقسیم هستند. توکن‌ها معمولاً از طریق رویدادهای جمع‌سپاری مانند عرضه اولیه سکه<sup>۲۵</sup> یا عرضه اولیه صرافی<sup>۲۶</sup> ایجاد و توزیع می‌شوند و خود قابل استخراج نیستند. با این حال، توزیع آن‌ها می‌تواند در قالب مکانیسم‌های پاداش دهی متنوعی صورت پذیرد. برای نمونه، در برخی اکوسیستم‌ها مانند بازی‌های «کسب درآمد»<sup>۲۷</sup> نظیر همستر کامبت<sup>۲۸</sup>، کاربران با صرف منابع محاسباتی یا زمان خود در محیط برنامه، توکن‌های از پیش تعریف شده را به عنوان پاداش دریافت می‌کنند. این فرآیند اگرچه در ادبیات عامه گاهی «استخراج» نامیده می‌شود، اما یک فعالیت درون‌پروتکلی و مبتنی بر قواعد قرارداد هوشمند است و برخلاف استخراج سنتی، تأمین امنیت یک شبکه بلاک‌چین مستقل را بر عهده ندارد. به دلیل استفاده از زیرساخت موجود، توکن‌ها معمولاً سریع‌تر و با هزینه کمتری نسبت به ایجاد یک کوین جدید راه‌اندازی می‌شوند. خرید توکن‌ها معمولاً با کوین‌های پایه (مانند اتریوم) یا پول فیات انجام می‌شود و این دارایی‌ها از طریق صرافی‌های دیجیتال<sup>۲۹</sup> به یکدیگر و به پول سنتی قابل تبدیل هستند.<sup>۳۰</sup>

با وجود تنوع گسترده توکن‌ها، دسته‌بندی واحد و مورد اجماع جهانی برای آن‌ها وجود ندارد. نهادهای ناظر مالی در کشورهای مختلف، از جمله کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا<sup>۳۱</sup> و سازمان نظارت بر بازارهای مالی سوئیس<sup>۳۲</sup>، توکن‌ها را نه بر اساس ساختار فنی، بلکه با توجه به کارکرد اقتصادی و آثار

22. Utility Tokens

23. Security Tokens

24. NFTs / Non-Fungible Tokens

25. ICO

26. IEO

27. Play-to-Earn

28. Hamster Kombat

29. Cryptocurrency Exchanges

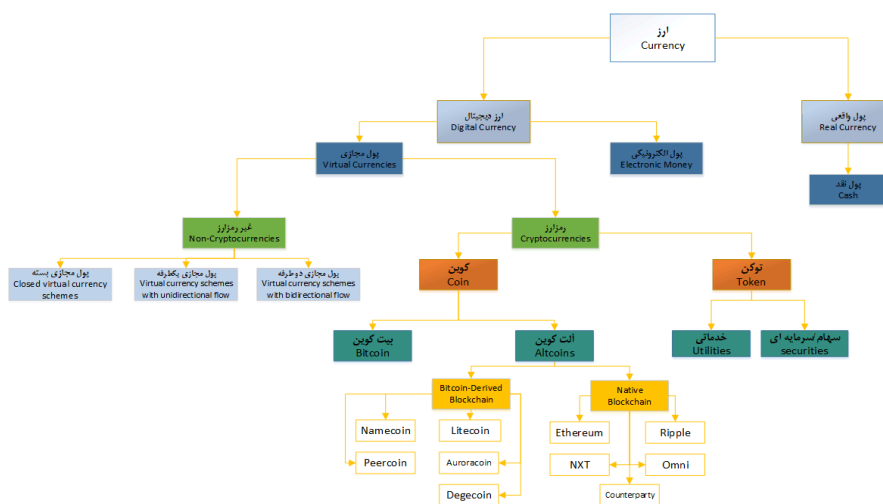
30. <https://www.coinbase.com/learn/crypto-basics/what-is-a-token>

31. SEC

32. FINMA

حقوقی آن‌ها ارزیابی می‌کنند. بر این اساس، توکن‌ها عمدتاً به سه دسته تقسیم می‌شوند: (۱) توکن‌های پرداختی که وظیفه پول را ایفا می‌کنند؛ (۲) توکن‌های کاربردی که دسترسی به خدمات دیجیتال را فراهم می‌سازند؛ و (۳) توکن‌های سرمایه‌ای که نماینده حقوق مالی مانند سهام یا سود هستند و مشمول قوانین بازار سرمایه می‌شوند.<sup>۳۳</sup>

با توجه به تحلیل مفهومی رمزارها و تقسیم‌بندی آن‌ها به «کوین» و «توکن» در بخش پیشین، برای درک جایگاه این دارایی‌ها در نظام گسترده‌تر ابزارهای مالی، برخی پژوهشگران چارچوبی طبقه‌بندی‌شده از انواع ارزها ارائه کرده‌اند.<sup>۳۴</sup> در این چارچوب، رمزارها به‌عنوان یکی از اشکال «ارز دیجیتال» و به‌طور خاص «پول مجازی»، در کنار سایر دسته‌بندی‌های ارزی قرار می‌گیرند. نمودار پیش‌رو، بر اساس این دیدگاه، تلاش دارد طبقه‌بندی ساختاریافته‌ای از انواع ارزها ارائه دهد که می‌تواند به درک دقیق‌تر موقعیت رمزارها در چشم‌اندازی گسترده‌تر کمک کند.



نمودار ۱/ دسته‌بندی انواع ارز

33. <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>.

۳۴. حاجی ملامیرزایی، بلاک‌چین، ۴۸.

## ۱.۲. مال

أ. مال در لغت: «مال» اجوف واوی از ریشه «مول» بوده و جمع مکسر آن «اموال» است.<sup>۳۵</sup> شماری از واژه‌شناسان، همچون فراهیدی، جوهری و فیومی، مال را مفهومی شناخته‌شده و بی‌نیاز از تعریف دانسته‌اند و تنها به برخی مصادیق آن اشاره کرده‌اند.<sup>۳۶</sup> ابن‌منظور در لسان‌العرب، ضمن اشاره به معروف بودن معنای مال، آن را به چیزی که قابلیت تملک داشته باشد تعریف کرده است.<sup>۳۷</sup> ابن‌اثیر نیز بر این باور است که مال در آغاز به آنچه انسان از طلا و نقره مالک می‌شد اطلاق می‌گردید، اما سپس مفهومی عام‌تر یافت و همه اشیای در مالکیت انسان را دربرگرفت.<sup>۳۸</sup> ابن‌واژه در میان عرب بیشترین کاربرد را درباره شتر داشته؛ زیرا شتر یا بخش اصلی دارایی آن‌ها محسوب می‌شد.<sup>۳۹</sup> یا وسیله‌ای برای حمل اموالشان بود. از این مطالب روشن می‌شود کسانی که در تعریف مال به شتر اشاره کرده و گفته‌اند: «الْمَالُ مَعْرُوفٌ وَ هُوَ عِنْدَ الْعَرَبِ الْإِبِلُ»<sup>۴۰</sup>، در واقع به مصداق غالبی و آشکار مال پرداخته‌اند و چنین تعاریفی به محدود کردن مفهوم مال نمی‌انجامد؛ زیرا در غیر این صورت لازم می‌آمد که از نظر عرب، مال تنها بر اعیان -و آن هم فقط بر شتر- صدق کند که بطلان این دیدگاه آشکار است.

ب. مال در اصطلاح: در میان فقها، بسیاری به دلیل روشن بودن مفهوم «مال»، چندان در پی بازشناخت عناصر تشکیل‌دهنده آن یا ارائه تعریف دقیقی از آن نبوده‌اند. با این حال، دانشمندانی که به تبیین ماهیت مال پرداخته‌اند، در این زمینه با یکدیگر اتفاق نظر نداشته و هریک معیارها و ویژگی‌هایی را برای آن برشمرده‌اند.<sup>۴۱</sup> با جست‌وجو در کلام آنان، می‌توان مهم‌ترین ملاک‌های ذکرشده برای مال را به این شکل جمع‌بندی کرد و گفت: مال، اعتباری عقلایی است<sup>۴۲</sup> که تکویناً قابلیت ذخیره‌سازی<sup>۴۳</sup> و از نظر عقلا قابلیت اقتناء (نگهداری)<sup>۴۴</sup> و اختصاص<sup>۴۵</sup> دارد و از منفعت عقلایی برخوردار است<sup>۴۶</sup> که در اثر آن عقلا

۳۵. ابن‌منظور، لسان العرب، ۶۳۵/۱۱. برخی به اشتباه «مال» را اجوف یائی و از ریشه «میل» به معنای «برگردیدن و عدول به یک طرف» دانسته و وجه تسمیه متعلقات انسان به مال را از آن نظر دانسته‌اند که مال پیوسته مانل و زائل است و از این گروه به آن گروه میل می‌کند (نک: راغب‌اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۷۸۳ و ۷۸۴؛ جعفری‌لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۶۲۲)، حال آنکه مال اجوف واوی است نه یائی.

۳۶. فراهیدی، کتاب‌العین، ۳۴۴/۸؛ جوهری، الصحاح، ۱۸۲۱/۵؛ فیومی، المصباح‌المنیر، ۵۸۶/۲.

۳۷. ابن‌منظور، لسان العرب، ۶۳۵/۱۱.

۳۸. ابن‌اثیر، النهاية، ۳۷۳/۴.

۳۹. ابن‌اثیر، النهاية، ۳۷۳/۴.

۴۰. صاحب‌بن‌عباد، المحيط فی اللغة، ۳۵۸/۱۰.

۴۱. برای بررسی تفصیلی دیدگاه‌ها در این زمینه، به مقاله «بازی‌پوهی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه» از نگارنده مراجعه شود.

۴۲. حکیم، نهج‌الفقاهه، ۳۲۵/۱.

۴۳. خویی، مصباح‌الفقاهه، ۳/۲.

۴۴. نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۴۵. مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ۶۲ و ۶۳؛ نک: کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۹.

به دلیل رفع نیازهای دنیوی و اخروی خود<sup>۴۷</sup> بدان میل و رغبت دارند<sup>۴۸</sup>. گفتنی است فرقی ندارد که نیازهای انسان به مال، بالذات (مانند غذا) باشد یا بالعرض (مانند پول)<sup>۴۹</sup>. همچنان که فرقی ندارد نیاز بالذات، اولی باشد (مانند غذا) یا ثانوی (مانند دوا) یا اساساً رفاهی و برای به دست آوردن لذت باشد (مانند بعضی از میوه ها)<sup>۵۰</sup>. باید توجه داشت که صرف موارد گفته شده، برای مال بودن چیزی کافی نیست، بلکه دو شرط دیگر نیز لازم است: اول آنکه، آن چیز نباید به گونه ای باشد که به سبب فراوانی اش همچون آب در کنار رودخانه<sup>۵۱</sup> یا به دلیل کمی آن همچون یک دانه گندم<sup>۵۲</sup> عقلاً حاضر به پرداخت مال در مقابلش نباشند. دوم آنکه، نباید در شریعت از آن چیز نهی شده باشد (مانند شراب)<sup>۵۳</sup>.

## ۲. بررسی دیدگاه امام خمینی (ره) در مسئله

با اینکه از نظر برخی از فقها مال چیزی است که دارای منفعت عقلایی (مقصودة للعقلاء) یا منفعت درخور اعتنا (معتدّ بها) باشد،<sup>۵۴</sup> امام خمینی در تعریف از مال، ملاک «مورد رغبت عقلاً بودن» را محور قرار داده است. به نظر ایشان، مال آن چیزی است که عقلاً بدان میل و رغبت داشته باشند (ما یرغب فیه العقلاء) و در قبال آن حاضر به پرداخت بها باشند.<sup>۵۵</sup>

به نظر می رسد ملاک «مورد رغبت عقلاً بودن» از مشخصه «منفعت عقلایی داشتن» دقیق تر و جامع تر باشد؛ زیرا صرف برخورداری از منفعت عقلایی برای تحقق مالیت کافی نیست. برای نمونه، هوا با آنکه دارای منفعت عقلایی و بلکه حیاتی است، در عرف مال محسوب نمی شود و در شرایط عادی - که در دسترس همگان قرار دارد - کسی حاضر نیست برای تحصیل آن عوضی بپردازد. از این رو، افزون بر وجود منفعت عقلایی، عواملی همچون کمیابی و ندرت نسبی نیز در تحقق رغبت و در نتیجه مالیت دخیل اند. از همین جا، مسئله نسبت میان «منفعت» و «رغبت» به عنوان دو عنصر کلیدی در تحقق مالیت، به طور

۴۶. شهید اول، الدروس، ۱۶۷/۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۵۳/۸؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۸/۱۳؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۲؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۹/۴؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۴۷. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱۶۵/۱.

۴۸. خمینی، کتاب البیع، ۳۷/۱؛ خمینی، البیع، ۲۸۳/۱؛ حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱.

۴۹. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱۶۵/۱.

۵۰. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱.

۵۱. نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵؛ حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱.

۵۲. نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۵۳. نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۵۴. نک: شهید اول، الدروس، ۱۶۷/۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۵۳/۸؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۸/۱۳؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۲؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۹/۴؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۵۵. خمینی، کتاب البیع، ۳۷/۱؛ خمینی، البیع، ۲۸۳/۱.

جدی مطرح می‌شود.

## ۱.۲. نسبت منفعت و رغبت

در تبیین این نسبت، برخی بر این باورند که اساساً معیار تشخیص مالیت، وجود رغبت است نه منفعت؛ زیرا ممکن است چیزی همچون سیگار فاقد منفعت باشد - بلکه حتی ضرر محض تلقی شود - اما به سبب رغبت مردم، مال محسوب گردد. این گروه معتقدند منفعتی که در این گونه موارد فرض می‌شود، منفعتی موهوم است، نه واقعی، و عقل آن را تصدیق نمی‌کند.<sup>۵۶</sup>

در برابر این دیدگاه، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان موردی را تصور کرد که فاقد هرگونه منفعت باشد اما مورد رغبت واقع شود و مالیت پیدا کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است؛ زیرا رغبت، تابع منفعت است و تحقق رغبت بدون فرض نوعی منفعت - هرچند شخصی - قابل تصور نیست. در مثال سیگار نیز می‌توان گفت مصرف آن برای خریدار دارای منفعت روحی است؛ چراکه موجب آرامش خاطر یا ارضای نوعی میل روانی می‌شود. پیش‌تر نیز اشاره شد که مفهوم منفعت، مفهومی موسّع است: گاه در رفع نیازهای اولیه نقش دارد (مانند خوراک)، گاه در رفع نیازهای ثانویه (مانند دارو) و گاه صرفاً از باب لذت‌بردن است.

شهید مطهری نیز در تعریف مال به همین گستردگی مفهوم منفعت اشاره کرده و می‌گوید: «ثروت یا مال عبارت است از هر چیزی که یکی از حوایج طبیعی یا اعتباری، ضروری یا تجملی بشر را برآورد».<sup>۵۷</sup> بر این اساس، می‌توان گفت حتی در مواردی مانند سیگار، هرچند مصرف آن در واقع برای بدن زیان‌بار است، اما از آنجا که مصرف‌کننده آن را واجد منفعت می‌پندارد، همین تصور منفعت منشأ رغبت و در نتیجه مالیت می‌شود. ازاین‌رو، منفعت را باید اعم از منفعت واقعی و منفعت موهوم دانست.

## ۲.۲. نقدی بر تفکیک رغبت از منفعت در کلام امام

از این منظر، می‌توان اشکالی را نسبت به برخی عبارات امام خمینی مطرح کرد؛ آنجا که ایشان بیان می‌دارد که اگر چیزی مطلقاً منفعت نداشته باشد، اما در خرید و نگهداری آن غرضی سیاسی یا غیرسیاسی از اغراض عقلایی وجود داشته باشد، همین غرض موجب رغبت و در نتیجه مالیت آن می‌شود.<sup>۵۸</sup> این بیان قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر نسبت به چیزی رغبت شکل گرفته باشد، همین امر کاشف از وجود نوعی منفعت در آن است؛ خواه این منفعت ذاتی باشد، خواه عارضی، یا حتی رفاهی و تجملی. بنابراین، به

۵۶. ترابی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۳۹۹/۰۹/۱۸.

۵۷. مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ۴۴.

۵۸. خمینی، المکاسب المحرمة، ۱/۱۶۴.

نظر می‌رسد نمی‌توان رغبت را مستقل از منفعت تصور کرد، بلکه وجود رغبت خود نشانه‌ای از تحقق منفعت است.

البته باید توجه داشت که هر منفعتی لزوماً به تحقق رغبت نمی‌انجامد؛ زیرا ممکن است چیزی منفعت داشته باشد، اما به سبب فراوانی و سهولت دسترسی، رغبتی به تحصیل آن وجود نداشته باشد؛ مانند آب در کنار رودخانه.<sup>۵۹</sup> از این رو، وجود منفعت عقلایی را باید شرط لازم مالیت دانست، نه شرط کافی.

### ۳.۲. شخصی بودن یا نوعی بودن منفعت عقلایی

با فرض اینکه منفعت عقلایی شرط لازم برای مالیت است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این منفعت باید نوعی (عمومی و فراگیر) باشد، یا منفعت شخصی نیز برای تحقق عنوان «منفعت عقلایی» کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد وجود منفعت شخصی کافی است؛ چرا که دلیلی برای سلب احکام مالیت از موارد دارای منفعت شخصی وجود ندارد. توضیح آنکه باید میان شخصی بودن و نوعی بودن، و نیز میان عقلایی بودن و غیرعقلایی بودن تفکیک کرد. اگر مقصود از منفعت عقلایی، فراگیری آن در میان همه عقلای باشد، چنین قیدی نمی‌تواند در تحقق مالیت معتبر باشد؛ زیرا ممکن است شخصی برای تحصیل یادگاری خاص، که نزد دیگران بی‌ارزش است، هزینه قابل توجهی بپردازد و این رفتار نزد عقلا تخطئه نشود.<sup>۶۰</sup> اما اگر مراد از عقلایی بودن، غیرسفهی بودن رفتار است - هرچند شخصی باشد - چنین معیاری قابل پذیرش است.<sup>۶۱</sup> شاهد بر این مطلب آن است که اگر برای مالیت چیزی وجود منفعت فراگیر ملاک باشد، عنوان مالیت از چیزهای بسیاری که مال بودن آن‌ها مسلم است سلب خواهد شد؛ مانند غذاها و میوه‌های برخی از مناطق جهان که بسیار یا بخشی از مردم دیگر مناطق از آن‌ها مشمئز و متنفرند یا بعضی از لباس‌ها که برای برخی از مردم پوشش مطلوب به شمار می‌آید، درحالی‌که در جایی دیگر کسی حاضر به پرداخت بهایی برای به دست آوردن آن‌ها نیست.<sup>۶۲</sup>

از همین روست که امام خمینی در این باره می‌نویسد: «بر فرض که در صدق بیع، مالیت عوضین معتبر باشد، شرط نیست که نزد نوع عرف مال باشد، بلکه اگر شیء در نگاه گروهی یا در ناحیه‌ای دارای خاصیت

۵۹. از همین جا روشن می‌شود پول - که امری اعتباری است - هرچند فاقد ارزش مصرفی است، اما ارزش مبادلاتی آن نیز بر پایه نوعی منفعت عقلایی استوار است؛ منفعتی که در کارکرد مبادلاتی آن نهفته است. پول به عنوان وسیله مبادله، مورد نیاز عقلا در تنظیم روابط اقتصادی است و همین کارکرد، منشأ رغبت عمومی به آن و در نتیجه سبب تحقق مالیت و ارزش مبادلاتی آن می‌شود.

۶۰. منتظری، دراست فی المکاسب، ۴۲۳/۲.

۶۱. نک: سلطانی‌فرد و دیگران، «بازپژوهی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه»، ۱۸۳ به بعد.

۶۲. بیاتی و همکاران، «بررسی فقهی رمزارها با تمرکز بر اشکالات ناشی از واحد مبادله بودن و ساختار الکترونیکی آن‌ها»، ۲۰.

باشد، بیع آن صحیح است.<sup>۶۳</sup>» محقق خوئی نیز به نوعی شخصی بودن منفعت را با عقلایی بودن آن قابل جمع دانسته و می نویسد: «بر فرض پذیرش اعتبار مالیت در بیع، کافی است که مبیع در نظر طرفین معامله مال محسوب شود به شرطی که [اعتبار مالیت برای آن چیز] عقلایی باشد، و لازم نیست که نزد تمام عقلا مال تلقی شود.»<sup>۶۴</sup>

## ۲. ۴. عرفی بودن یا شرعی بودن مفهوم مالیت

همان گونه که لغت دانان نیز تأکید کرده اند، مال برای عرف مفهومی روشن و واضح دارد و برای شناساندن آن، نیازی به این همه تکلف و پیچیده گویی نیست؛ زیرا مردم در زندگی روزمره خود، معمولاً بدون آنکه با مشکلی در این زمینه مواجه شوند، مال را تشخیص می دهند. پیش از این نیز گفته شد که در کتب فقهی هم نوعاً به مفهوم شناسی «مالیت» و «مال» پرداخته نشده که این مطلب نشانگر آن است که مال در اصطلاح فقها تفاوت معنایی چندانی با مال نزد عرف و اهل لغت نداشته است. شاید به سبب چنین وضوحی است که برخی از فقها در تعریف مال گفته اند: «الْمَالُ مَا يُدَلُّ بِإِزَائِهِ الْمَالُ» (مال، چیزی است که به ازای آن، مال داده می شود)؛<sup>۶۵</sup> یعنی اگر در مقابل چیزی، چیز دیگری که مالیت دارد بذل شود، آن چیز اول مال به شمار می آید.

به نظر می رسد «مالیت» عنوانی عرفی است و تنها راه احراز مالیت چیزی، توجه به معاوضات عرفیه و تحلیل رفتار عقلا در ارتباط با آن است.<sup>۶۶</sup> بر این اساس، «مالیت» - بر خلاف نظر برخی همچون محقق نایینی<sup>۶۷</sup> - مفهومی نیست که منوط به بیان شارع باشد، نهایت آنکه شارع بما هو شارع می تواند برخی یا تمام آثار حقوقی آن را سلب کند؛ یعنی متعلق احکام را - که فعل مکلف است - مورد توجه قرار داده و برای آن، حکم شرعی جعل و اعتبار کند؛ از باب مثال، از شرب خمر نهی کند یا معامله آن را باطل اعلام کند؛ زیرا اعتبار شارع تابع مصالح و مفاسد بوده و مصالح و مفاسد نیز در افعال مکلفان است؛ اما در خود عناوین عرفی و عقلایی همچون مالیت، هیچ گونه مصلحتی نهفته نیست تا شارع آن را اسقاط نماید. به علاوه، اساساً چنین کاری لغو و بیهوده خواهد بود؛ چه، اگر شارع هزاران بار بگوید من عنوان «مال» را از شراب ساقط کردم، با وجود این، مردم همچنان آن را معامله کرده و مصرف نمایند، هرگز عنوان مالیت از آن ساقط

۶۳. خمینی، کتاب البیع، ۸/۳.

۶۴. خوئی، مصباح الفقاهة، ۶۷/۱.

۶۵. میرزای شیرازی، حاشیه المکاسب، ۱۰۲/۲؛ عراقی، حاشیه المکاسب، ۶۶؛ نک: نایینی، منية الطالب، ۳۳۹/۱.

۶۶. برخلاف دیدگاه شمار قابل توجهی از فقها که مال را امری عرفی اعتباری می دانند، به نظر می رسد «مالیت» عنوانی عرفی انتزاعی به شمار می آید؛ به همین دلیل است که هیچ معیّری نمی تواند امری انتزاعی - که منشأ خارجی دارد - را ملغا کند، نهایت آنکه می تواند برخی از آثار اعتباری امور انتزاعی را اعتبار نکند.

برای مطالعه تفصیلی، نک: سلطانی فرد و دیگران، «بازیرویی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه»، ۱۹۰.

۶۷. نایینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

نمی‌شود. از همین روست که امام خمینی (ره) معتقد است امکان ندارد شارع به عنوان شارع عناوین عرفیه را ساقط نماید.<sup>۶۸</sup> مؤید این مطلب آن است که هنگام مراجعه به آیات قرآن و روایات هیچ‌گاه آیه یا روایتی یافت نخواهد شد که شارع مقدس یا معصومان (ع) معامله‌ای را به دلیل مال نبودن ثمن یا مثن باطل اعلام کرده باشند؛ هرچند ممکن است معامله با آن مال از جهت صدق عناوینی همچون غرر، ضرر و اکل مال به باطل صحیح نباشد.<sup>۶۹</sup>

با روشن شدن مبنای امام در این مسئله، می‌توان گفت که تحقق مالیت مستلزم اجتماع قیودی همچون وجود منفعت عقلایی و ندرت نسبی است؛ قیودی که در کنار یکدیگر موجب شکل‌گیری رغبت عقلی، ارزش مبادلی و در نهایت، پدید آمدن عرضه و تقاضا می‌شوند. در همین راستا، یکی از دانشمندان بر این باور است که هرچه کالا منفعت بیشتری داشته باشد، رغبت به آن افزایش می‌یابد و هرچه دستیابی به آن آسان‌تر و فراوان‌تر باشد، رغبت کاهش یافته و ارزش مبادلاتی آن تنزل می‌کند. از این رو، کمیابی یا دشواری دسترسی به کالا نقشی اساسی در تقویت رغبت و افزایش ارزش مبادلاتی آن دارد.<sup>۷۰</sup>

بر پایه آنچه گفته شد، و در امتداد مبنای عرفی مورد تأکید امام خمینی، مال را می‌توان چنین تعریف کرد: «آنچه نزد همه یا برخی از مردم دارای ارزش مبادلی باشد، مال نامیده می‌شود.»<sup>۷۱</sup>

این تعریف ضمن اشاره به مسئله اعتبار شخصی بودن منفعت و همچنین عرفی بودن مفهوم مالیت می‌تواند بسیاری از مشخصاتی که فقها در تبیین معنای مال بیان کرده‌اند (همچون مورد نیاز بودن، منفعت عقلایی داشتن، کمیابی نسبی، قابل اختصاص بودن و در نهایت، مورد رغبت بودن) را در برگیرد، در عین آنکه از تکلفات بی مورد نیز به دور است. براساس این تعریف، با وجود دو عنصر عرضه و تقاضا و نیز تحقق معاوضات عرفیه است که می‌توان در مبادلات برای یک چیز قائل به ارزشمندی شد و مالیت آن را احراز کرد.

### ۳. بررسی ارزش مبادلی (مالیت) رمزارها

همان‌طور که گفته شد، مال چیزی است که دارای ارزش مبادلی باشد و طبیعی است که چنین ارزشی از تمایل و رغبت مردم با دست کم برخی از آنان به آن چیز نشأت می‌گیرد؛ هرچند که تحقق رغبت نیز خود

۶۸. نک: خمینی، کتاب البیع، ۱۰ و ۹/۳.

۶۹. ممکن است در تأیید این دیدگاه به روایتی که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده نیز بتوان تمسک جست: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ حَرَمَ جَمْعِهِ» (ابن ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، ۱۱۰/۲)؛ زمانی که خداوند چیزی را حرام کند، ثمنش را نیز حرام می‌کند. این روایت بدان معناست که معامله آن چیز حرام است اما نه اینکه آن چیز دیگر مال نباشد.

۷۰. نک: صدر، اقتصادنا، ۱۹۷ و ۱۹۸.

۷۱. سلطانی فرد و دیگران، «بازپژوهی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه»، ۱۹۲.

از عواملی همچون منفعت داشتن و در دسترس همگان نبودن ناشی می‌شود. با حفظ این نکته، باید دانست که امروزه تمایل و رغبت جمع زیادی از عقلا به پدیده نوظهور رمزارزها انکارناپذیر است. میلیون‌ها نفر از مردم جهان چه با استخراج و چه با معامله به دنبال دریافت رمزارز هستند. نمودار زیر ارزش کل بازار<sup>۷۲</sup> رمزارزها را با بیش از ۱۲۳ میلیارد دلار و حجم معاملات ۲۴ ساعته<sup>۷۳</sup> آن را با ۲/۶۸ تریلیون دلار در بازه زمانی آوریل ۲۰۲۴ تا آوریل ۲۰۲۵ نشان می‌دهد.



#### نمودار ۲/ ارزش بازار و حجم معاملات روزانه رمزارزها<sup>۷۴</sup>

روشن است که هرچقدر ارزش کل بازار و همچنین حجم معاملات روزانه بیشتر باشد، نشانگر آن است که خریدوفروش در آن بازار محبوبیت و اقبال بیشتری در میان سرمایه‌گذاران دارد. بر این اساس بدون هیچ شکی تسابق دست‌کم بخشی از مردم نسبت به دریافت رمزارز ثابت است و در نتیجه، آن را می‌توان یکی از مصادیق بارز مال به شمار آورد.

برخی از مهم‌ترین منافع که ارزهای رمزنگاری شده دارد و موجب شده تا تمایل مردم به سمت آن‌ها صورت بگیرد عبارت است از:

أ. **انتقال سریع:** انتقال وجه در رمزارزها به صورت مستقیم (فردبه‌فرد) و بدون واسطه انجام می‌شود. مدت زمان انتقال بسته به نوع رمزارز متفاوت است: رمزارزهای سریع مانند رپل در کمتر از ۵ ثانیه، رمزارزهای با سرعت متوسط مانند اتریوم در ۲ تا ۵ دقیقه، و بیت‌کوین در حدود ۱۰ دقیقه (که با پرداخت کارمزد بیشتر قابل کاهش به ۲-۳ دقیقه است) انجام می‌شوند. کاربران می‌توانند با افزایش کارمزد تراکنش،

72. Market Capitalization

73. Volume (24h)

74. <https://coinmarketcap.com/charts>.

سرعت تأیید آن را بالا ببرند. در مقابل، سیستم‌های بانکی سنتی به دلیل فرآیندهای دستی، محدودیت ساعات کاری و وجود واسطه‌های متعدد، معمولاً برای انتقالات بین‌المللی به ۱ تا ۵ روز کاری زمان نیاز دارند.<sup>۷۵</sup>

**ب. انتقال کم‌هزینه:** رمزارها نه تنها در سرعت، بلکه در کاهش چشمگیر هزینه‌های عملیاتی نیز پیش‌تاز هستند. در نظام‌های پرداخت سنتی، هزینه‌های معاملاتی بین‌المللی به دلیل حضور نهادهای واسطه (مانند بانک‌ها و شرکت‌های پرداخت) اغلب بالا است. در مقابل، رمزارها با حذف این واسطه‌ها، هزینه‌ها را کاهش می‌دهند. البته هزینه تراکنش‌ها در رمزارها کاملاً حذف نمی‌شود و میزان آن بستگی به نوع رمزارز و ترافیک شبکه دارد، اما در مقایسه با سیستم‌های متمرکز، معمولاً مقرون به صرفه‌تر است؛ برای مثال، انتقال بین‌المللی با سوئیفت<sup>۷۶</sup> ممکن است ۳۰ تا ۵۰ دلار هزینه داشته باشد، درحالی که همین انتقال با بیت‌کوین یا ریپل<sup>۷۷</sup> ممکن است کمتر از ۵ دلار باشد.<sup>۷۸</sup>

**ج. انتقال شفاف:** شفافیت تراکنش‌ها<sup>۷۹</sup> در رمزارها به این معناست که همه می‌توانند جزئیات هر تراکنش را ببینند و بررسی کنند. وقتی کسی بیت‌کوین یا هر رمزارز دیگری را جابجا می‌کند، این اطلاعات در دفتر کل عمومی به نام بلاکچین ثبت می‌شود و برای همیشه قابل مشاهده باقی می‌ماند. بنابراین می‌توان بدون نیاز به اجازه از بانک یا دولت، تاریخچه کامل هر تراکنش -از جمله مقدار ارسال شده، آدرس‌های مبدأ و مقصد، و زمان دقیق انتقال- را در ابزارهایی مثل اکسپلوررهای بلاکچین<sup>۸۰</sup> دید. این شفافیت موجب می‌شود تقلب و دستکاری در تراکنش‌ها دشوارتر شود، چرا که تمام تراکنش‌ها در بلاکچین ثبت شده و برای تمام اعضای شبکه قابل مشاهده و بررسی هستند؛<sup>۸۱</sup> برای نمونه، وقتی یک مؤسسه خیریه از رمزارها استفاده می‌کند، تمامی کمک‌های مالی و نحوه هزینه‌کرد آنها به صورت شفاف و عمومی قابل ردیابی است، به طوری که هرکس می‌تواند جریان وجوه را دقیقاً پیگیری کند.<sup>۸۲</sup>

75. <https://www.osl.com/hk-en/academy/article/pros-and-cons-of-cryptocurrency>.

۷۶. «سوئیفت» (SWIFT) مخفف عبارت Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication است که یک سیستم پیام‌رسانی بین‌المللی امن اما قدیمی بین بانک‌ها و مؤسسات مالی محسوب می‌شود.

77. Ripple

78. <https://www.investopedia.com/terms/d/digital-currency.asp>.

79. Transaction Transparency

80. Blockchain Explorers

۸۱. البته این شفافیت کامل گاهی برای حریم خصوصی چالش ایجاد می‌کند، به همین دلیل بعضی رمزارها مثل مونرو (Monero) امکان انجام یافتن تراکنش‌های ناشناس را نیز فراهم کرده‌اند.

82. <https://www.currencytransfer.com/blog/expert-analysis/cryptocurrency-vs-traditional-currency>.

برای درک بهتر مزایای رمزارزها در انتقالات مالی، نمودار حاضر مقایسه‌ای گویا بین فناوری نوین ریپل و سیستم سنتی سوئیفت را در سه شاخصه کلیدی پیش گفته، یعنی سرعت تراکنش، هزینه تراکنش و شفافیت ارائه می‌دهد.



نمودار ۳/ مقایسه فناوری نوین ریپل و سیستم سنتی سوئیفت<sup>۸۳</sup>

د. مقاومت در برابر مصادره و بلوکه شدن: رمزارزها به دلیل ساختار غیرمتمرکز خود، در برابر مصادره و بلوکه شدن دارایی‌ها توسط دولت‌ها مقاوم هستند، در حالی که در سیستم‌های مالی سنتی - به‌ویژه در شرایط بحران‌های سیاسی یا اقتصادی (مانند تحریم‌های بین‌المللی یا تنش‌هایی نظیر روابط ایران و آمریکا) - دولت‌ها به راحتی می‌توانند اموال اشخاص و نهادها را مسدود یا مصادره کنند.<sup>۸۴</sup> نکته حائز اهمیت آن است که این مقاومت مشروط به نگهداری دارایی‌ها در کیف پول‌های غیرمتمرکز<sup>۸۵</sup> است و شامل دارایی‌های موجود در صرافی‌های متمرکز (که تابع مقررات دولتی هستند) نمی‌شود.<sup>۸۶</sup>

ه. پایداری در برابر تورم: بیت‌کوین - به‌عنوان یکی از مهم‌ترین رمزارزها - با طراحی خاص خود که

83. <https://101blockchains.com/ripple-vs-swift>.

84. <https://www.ledger.com/academy/topics/economics-and-regulation/4-times-governments-confiscated-money-why-censorship-resistant-money-like-bitcoin-matters>.

85. Non-custodial wallets

۸۶. البته مقاومت رمزارزها در برابر مسدود شدن می‌تواند از منظر دیگر، به‌عنوان یک چالش حاکمیتی محسوب شود؛ برای مثال، دولت از باز پس گرفتن اموال از غاصبان و متخلفان ناتوان خواهد بود. بررسی بیشتر این موضوع در خلال تبیین قاعده «نهی سبیل» پی گرفته خواهد شد.

عرضه آن را به ۲۱ میلیون واحد محدود کرده، به عنوان «طلای دیجیتال»<sup>۸۷</sup> شناخته می شود؛ چه، ویژگی های کلیدی طلای فیزیکی (محدود بودن ذخایر طلای جهان و سخت و پرهزینه بودن استخراج آن) را در دنیای دیجیتال تقلید می کند. این محدودیت مصنوعی موجب می شود برخلاف پول های ملی (مثل ریال و دلار) که دولت ها می توانند به صورت نامحدود چاپ کنند، بیت کوین در بلندمدت ارزش خود را حفظ کند.<sup>۸۸</sup> نمونه های عینی این مزیت را می توان در کشورهایی مانند ونزوئلا مشاهده کرد که در اوج تورم حدود ۱۰۰۰۰۰ درصدی در سال ۲۰۱۹<sup>۸۹</sup>، بسیاری از شهروندان به خرید بیت کوین روی آوردند.<sup>۹۰</sup> و. نوآوری در قراردادهای هوشمند:<sup>۹۱</sup> پلتفرم هایی مانند اتریوم امکان ایجاد قراردادهای هوشمند را فراهم کرده اند.<sup>۹۲</sup> این قراردادها به صورت خودکار و بدون نیاز به واسطه اجرا می شوند و کاربردهای گسترده ای در امور مالی، بیمه، املاک و سایر حوزه ها دارند. علاوه بر موارد گفته شده، استفاده از رمزارها مشخصاً برای کشور منافع دیگری همچون «کاهش قدرت تحریم دلاری آمریکا بر ضد اقتصاد ایران»، «تسهیل در جهانی شدن کسب و کارهای داخلی و بهبود صادرات غیرنفتی» و «امکان افزایش سرمایه گذاری خارجی» را می تواند به دنبال داشته باشد.<sup>۹۳</sup>

#### ۴. بررسی چند اشکال

نسبت به مالیت ارزهای رمزنگاری شده، اشکالاتی مطرح است که در این بخش، مهم ترین آن ها طرح و سپس بررسی می شود.

##### ۴. ۱. اشکال اول: نبود رغبت عمومی به رمزارها

بر اساس یکی از این اشکالات، ارزهای رمزنگاری شده را نمی توان «مال اعتباری عرفی» از نوع عرف عام دانست؛ زیرا به ادعای مطرح شده، تنها نوعی عرف خاص درباره آن ها شکل گرفته است که آن نیز

87. Digital Gold

88. <https://www.osl.com/hk-en/academy/article/bitcoin-as-digital-gold-protecting-your-wealth-from-inflation>.

89. <https://www.reuters.com/article/economy/venezuelas-inflation-tumbles-to-9586-in-2019-central-bank-idUSKBN1ZZ09K>.

90. <https://crypto4innovation.org/crypto-usage-grows-in-venezuela-despite-government-mismanagement>.

91. Smart Contracts

92. <https://www.antiersolutions.com/blogs/understanding-and-comparing-the-5-popular-smart-contract-development-platforms>.

۹۳. ناگفته نماند که معاملات رمزارها در کنار منافعی که دارد، با چالش هایی جدی نیز روبروست؛ مواردی همچون فقدان قوانین و مقررات مشخص، مشخص نبودن هویت فرستنده و گیرنده، نوسانات شدید قیمت و بی ثباتی، تضعیف بانک مرکزی و نهادهای واسطه، امکان فرار مالیاتی و پول شویی و بروز مشکلات امنیتی که باید در جای خود بدان پرداخته شود.

عمدتاً در میان سفته‌بازان و با هدف کسب سود رواج دارد. افزون بر این، گفته می‌شود این گروه معمولاً توجه و دقتی نسبت به ماهیت ارزشهای رمزنگاری‌شده -از حیث کالا بودن یا پول‌بودن- ندارند و انگیزه اصلی آنان صرفاً تحصیل سود است. بر این اساس، سفته‌بازان نوعی عرف بی‌توجه تلقی می‌شود و از آن نمی‌توان دلالتی بر مالیت رمزارزها به دست آورد.<sup>۹۴</sup>

**نقد و بررسی:** این اشکال، هویت مال را وابسته به رغبت عمومی می‌داند و عرف خاصی را که درباره رمزارزها وجود دارد نیز محرز مالیت آن نمی‌داند. در پاسخ به این اشکال لازم است به دو نکته توجه کرد: اولاً. همان‌طور که گفته شد، وجود منفعت عقلایی در چیزی به معنای رغبت بالفعل تمامی عقلا به آن نیست؛ بلکه اگر حتی یک نفر از آنان نیز به آن رغبت داشته باشد، برای صدق عنوان «دارای منفعت عقلایی بودن» کفایت می‌کند.

ثانیاً. ادعای اینکه تنها جمع محدودی از مردم اهل تسامح بدون توجه به ارزش مالی اقدام به معامله بیت‌کوین می‌کنند، صحیح نیست. آنچه آشکار است، مردمانی با ملیت‌ها و فرهنگ‌های گوناگون به استخراج و به‌ویژه مبادله بیت‌کوین -به‌عنوان یکی از مهم‌ترین رمزارزها- رغبت نشان می‌دهند. وجود صرافی‌های متعدد و تراکنش‌های چندصد میلیارد دلاری ارزش‌های یادشده، نشان می‌دهند که گروه گسترده‌ای از مردم و عقلا مالیت آن را پذیرفته‌اند.

#### ۴. ۲. اشکال دوم: انکار مالیت شرعی رمزارزها

بر فرض آنکه رغبت عمومی در تحقق مالیت چیزی دخالت نداشته باشد و صرف رغبت برخی از عقلا برای تحقق مالیت عرفی آن کافی باشد، باز هم امضای شارع و تحقق مالیت شرعی آن قابل اثبات نیست؛ ازاین‌رو مبادله آن با اشکال شرعی مواجه خواهد بود.<sup>۹۵</sup>

**نقد و بررسی:** پیش از این تبیین شد که مالیتی که در فقه از شروط صحت خرید و فروش به شمار می‌آید، مالیت عرفی است. بنابراین هرگاه مالیت عرفی چیزی ثابت شود، عمومات و اطلاقات ادله‌ای چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شامل معامله آن خواهند شد،<sup>۹۶</sup> مگر آنکه وجود مانعی شرعی -مانند ضرر یا غرر- در مورد آن معامله احراز گردد.

#### ۴. ۳. اشکال سوم: بی‌پشتوانه بودن رمزارزها

۹۴. میرزاخانی و سعدی، «بیت‌کوین و ماهیت مالی-فقهی پول مجازی»، ۷۹؛ نک: میثمی و بیابانی، تحلیل ماهیت، استخراج و مبادله انواع رمزارزها، ۳۶ و ۳۵.

۹۵. نک: میثمی و بیابانی، تحلیل ماهیت، استخراج و مبادله انواع رمزارزها، ۳۵؛ عیوضلو و همکاران، «تحلیل فقهی-حقوقی مبادله ارزش‌های قابل استخراج در اقتصاد اسلامی»، ۲۰۳.

۹۶. مروی، فقه رمزارزها، ۸۹ و ۹۰.

هنگام معامله یک مال یا دارایی، آن مال یا باید مستقیماً و به خودی خود دارای ارزش باشد که به واسطه آن مالیت یافته و قابل مبادله شود (مانند خوراکی‌ها)، یا دارای ارزش اعتباری باشد (مانند پول). در فرض دوم، مالیت نیازمند اعتبار معتبر است؛ چراکه هیچ اعتباری بدون وجود اعتباردهنده تحقق نمی‌یابد. از آنجاکه رمزارها فاقد ارزش ذاتی اند، این پرسش مطرح می‌شود که اعتباردهنده آن‌ها کیست؟ بدیهی است که این اعتبار از سوی نهادهای رسمی، بانک‌ها یا مؤسسات مالی اعطا نشده است؛ چنان‌که در صورت بروز مشکل نیز هیچ نهادی مسئولیت و پاسخ‌گویی در این زمینه را بر عهده نمی‌گیرد. عرف عام نیز -دست‌کم تاکنون- به‌عنوان اعتباردهنده این ارقام و رموز شناخته نمی‌شود؛ زیرا نمی‌توان ادعا کرد که عموم عقلاً به آن‌ها اعتبار داده‌اند. به همین جهت، تاکنون هیچ شناخت روشنی از اعتباردهنده رمزارها وجود ندارد.<sup>۹۷</sup>

**نقد و بررسی:** در تحلیل این اشکال، توجه به چند نکته اساسی ضروری است:

**اولاً.** وضعیت رمزارها از نظر پشتوانه داشتن یا نداشتن یکنواخت نیست؛ چنان‌که برخی از آن‌ها دارای پشتوانه پول‌های رایج (فیات) هستند، برخی به دارایی‌های فیزیکی یا دیجیتال خاصی متصل‌اند و تنها بخشی از رمزارها -مانند بیت‌کوین- فاقد پشتوانه متمرکز و معین‌اند. بنابراین، نقد بی‌پشتوانگی تنها نسبت به قسم اخیر به‌طور کامل مطرح است.<sup>۹۸</sup> نمونه بارز این امر، رمزارز «تتر»<sup>۹۹</sup> است که به‌عنوان یک رمزارز با پشتوانه پول فیات معرفی می‌شود و ارزش آن به‌طور اسمی به دلار آمریکا متصل است. این نمونه نشان می‌دهد که برخلاف تصور رایج، همه رمزارها فاقد پشتوانه نیستند و برخی از آن‌ها دقیقاً با هدف برخورداری از پشتوانه مشخص و کاهش نوسانات طراحی شده‌اند.

**ثانیاً.** این اشکال -بر خلاف نظر برخی از پژوهشگران<sup>۱۰۰</sup>- اساساً در صورتی قابل طرح است که رمزارها به‌عنوان «پول» شناخته شوند؛ اما اگر به‌عنوان «کالا» تلقی شوند، شرط وجود پشتوانه موضوعیت ندارد. بسیاری از کالاهای متعارف بازار -از فلزات گران‌بها تا آثار هنری- فاقد پشتوانه‌اند، ولی این امر مانع صحت معاملات آن‌ها نیست. بنابراین، برای قدم اول و در فرض کالابودن رمزارها، استدلال مبتنی بر بی‌پشتوانگی و جاهت لازم را ندارد.

**ثالثاً.** با فرض پذیرش پول‌بودن دست‌کم برخی از رمزارها و همچنین پذیرش این دیدگاه که پشتوانه

۹۷. نک: محمدی، «تحلیل ارزش‌های مجازی در پرتو فقه، حقوق و مطالعات تطبیقی»، ۵۱۳؛ علوی و ثوقی و غلامی، «نگاهی نو به ماهیت فقهی رمزارها و معاملات آن»، ۳۴۰.

۹۸. نک: حاج آقا بزرگی و عیوضلو، «بررسی مالیت انواع رمزارها و طبقه‌بندی آن‌ها بر اساس معیارهای اقتصاد اسلامی»، ۱۳.

۹۹. USDT

۱۰۰. الهام و میرزاخانی، «بررسی فقهی مالیت در رمزارها»، ۳۵۰.

پول عبارت است از هر آنچه ثبات ارزش اقتصادی و قدرت خرید آن را تضمین می‌کند،<sup>۱۰۱</sup> می‌توان گفت آنچه امروزه در عمل پشتوانه پول محسوب می‌شود، نه دارایی‌های مادی، بلکه اعتبار دولت‌های صادرکننده و پذیرش عمومی مردم است.<sup>۱۰۲</sup> به عبارت دیگر، ارزش پول‌های رایج غالباً از قدرت حکومت‌ها و اعتماد عمومی ناشی می‌شود، نه از پشتوانه‌های فیزیکی.

با این ملاحظه، در رمزارزهایی مانند بیت‌کوین نیز چه‌بسا بتوان گفت پشتوانه آن نه نهاد یا شخص خاص، بلکه مجموعه‌ای از عوامل غیرمتمرکز است؛ از جمله شبکه قدرتمند بلاک‌چین که ضامن امنیت و کارکرد آن است، در کنار اعتماد و اقبال روزافزون کاربران و مشارکت فعال مجموعه‌ای از استخراج‌کنندگان، توسعه‌دهندگان و سازمان‌های مرتبط. به بیان دیگر، اعتباردهنده رمزارزها نه دولت‌ها یا اشخاص حقیقی، بلکه یک سیستم اجتماعی-فناورانه غیرمتمرکز است که بر پایه اعتماد جمعی و اجماع عرف خاص شکل گرفته است. از این رو، ممکن است بتوان این شبکه را نوعی پشتوانه غیرمتمرکز دانست که در جای خود ثبات نسبی و مقبولیت رمزارزها را تضمین می‌کند.

رایعاً. هرچند نهادهای مالی رسمی هنوز رمزارزها را به‌طور گسترده معتبر نمی‌دانند، اما شواهدی از پذیرش تدریجی آن‌ها وجود دارد. برخی کشورها با به رسمیت شناختن رمزارزها، حتی مالیات بر معاملات آن وضع کرده و آن را به‌عنوان ثمن یا مثنی در مبادلات پذیرفته‌اند.<sup>۱۰۳</sup> به‌عنوان مثال، به‌تازگی در کشور قانون «مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی» در تاریخ ۱۴۰۴/۰۵/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که برای نخستین بار، مفاهیمی چون «رمزپول» و «رمزدارایی» در زمره دارایی‌های مشمول مقررات مالیاتی و الزام به صدور صورتحساب الکترونیکی و ثبت تراکنش‌ها قرار گرفته‌اند.<sup>۱۰۴</sup> این اقدام را می‌توان نشانه‌ای از حرکت تدریجی نظام حقوقی کشور به‌سوی تنظیم‌گری و شفاف‌سازی معاملات رمزارزی دانست؛ حرکتی که هرچند به معنای تأیید مطلق مشروعیت فقهی رمزارزها نیست، اما بیانگر آن است که با تدوین چارچوب‌های دقیق اقتصادی، فنی و حقوقی می‌توان زمینه را برای بررسی مجدد و رفع تدریجی موانع فقهی فراهم ساخت و مسیر تعامل قانون‌مند با این پدیده را هموارتر کرد.

از این رو، ادعای فقدان اعتبار مطلق از سوی تمامی نهادها و عقلاً صحیح به نظر نمی‌رسد. مؤید این مطلب آن است که شرکت‌های خصوصی نیز توانایی ایجاد رمزارز را دارند؛ نمونه بارز آن، رمزارز «تتر»

۱۰۱. یوسفی، ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن، ۱۳۸.

۱۰۲. نک: مکارم‌شیرازی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۳۷۲/۰۴/۲۲؛ جوادی‌آملی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۳۹۳/۱۰/۰۷؛ شهیدی‌پور، تقریرات درس خارج فقه، ۱۳۹۷/۱۱/۰۳.

۱۰۳. نورمفیدی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۴۰۲/۰۲/۲۷.

است که در سال ۲۰۱۴ میلادی توسط شرکت خصوصی Tether Limited Inc راه اندازی شد.<sup>۱۰۵</sup> به همین جهت، لزومی ندارد که پشتوانه رمزارها حتماً حاکمیت‌های رسمی باشند.

#### ۴.۴. اشکال چهارم: نبود تضمین و مسئولیت قانونی

از آنجاکه یکی از مهم‌ترین عوامل شکل‌گیری رمزارها، فرار از نظارت دولت‌ها و بانک‌های مرکزی و جلوگیری از دخالت‌هایی است که ممکن است به تورم بینجامد، این دارایی‌ها عمدتاً خارج از حاکمیت نظارتی نهادهای مالی سنتی عمل می‌کنند. این ماهیت غیرمتمرکز موجب می‌شود هیچ نهاد معتبری مسئولیت مستقیمی در قبال ارزش، پایداری یا جبران خسارت‌های ناشی از سرقت، کلاهبرداری یا مشکلات فنی (مانند آسیب در فرایند استخراج یا مبادله) بر عهده نگیرد. در نتیجه، هیچ ضمانتی برای این دارایی‌ها وجود ندارد و در صورت بروز مشکل، امکان اقدامات متعارف حمایتی مانند مسدود کردن حساب‌های مسروقه میسر نیست. حتی در برخی نظام‌های حقوقی داخلی تصریح شده که استفاده از رمزارها مشمول حمایت و ضمانت دولت نیست.<sup>۱۰۶</sup> این نبود تضمین، احتمال از دست دادن ناگهانی ارزش یا دارایی را افزایش داده و خود به عنوان مانعی در راه به رسمیت شناختن مالیت این ارزها محسوب می‌شود.<sup>۱۰۷</sup>

**نقد و بررسی:** در مورد فقدان مسئولیت و ضمانت اجرایی در بازار رمزارها می‌توان گفت:

**اولاً.** به چه دلیل برای صحت یک معامله، وجود تضمین نسبت به عوضین آن ضرورت دارد؟

**ثانیاً.** این ادعا که دولت‌ها مطلقاً نتوانند در بازار رمزارها ورود کنند نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در عمل، برخی دولت‌ها با وضع مقرراتی، در جهت پیشگیری از مشکلات احتمالی و سامان‌دهی این بازار گام برداشته‌اند؛ هرچند که اثربخشی و حدود این‌گونه مداخلات هنوز کاملاً روشن نیست و نمی‌توان با قاطعیت در مورد موفقیت‌آمیز بودن آن‌ها قضاوت کرد. برای نمونه، ابلاغ «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز»<sup>۱۰۸</sup> و همچنین تصویب کلیات طرح سامان‌دهی رمزارزها در

105. <https://coinmarketcap.com/academy/article/what-is-tether>.

۱۰۶. در اولین بند «تصویب‌نامه هیئت‌وزیران» مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ آمده است: «استفاده از رمزارزها صرفاً با قبول مسئولیت خطرپذیری (ریسک) از سوی متعاملین صورت می‌گیرد و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور مجاز نیست.»

۱۰۷. نک: راضی‌الشمیری، التأسیل الفقهی للعمالات الافتراضية، ۷۳؛ به نقل از: مروی، فقه رمزارزها، ۱۲۱.

۱۰۸. در دی‌ماه سال ۱۴۰۱، پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات فراجا، مستندی را تحت عنوان «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز» به تعدادی از مدیران سکوهاي تبادل رمزارزها به‌صورت غیررسمی و در ضمن سیزده صفحه ابلاغ کرد. بر اساس یکی از این الزامات، مقرر شد شرکتی که صرافتی دارد باید تضامنی باشد. همچنین ارائه خدمات در حوزه رمزارز به اتباع خارجی ممنوع گردید. در بند دیگر آمده که اگر پس از ارزیابی‌ها، بازربینی‌ها و تذکرات پلیس فتا، این نهاد به این نتیجه رسید که فعالیت صرافتی‌ها سازگاری با روح این الزامات ندارند، از طریق شاپرک نسبت به مسدود شدن درگاه آن‌ها اقدام خواهد شد. در بخش فراهم کردن امنیت برای پلتفرم‌های فعال در حوزه رمزارز نشانه‌هایی از انحصار هم دیده می‌شد، چراکه اعلام شد شرکت‌های فعال در این بخش

کمیسیون اقتصادی مجلس در تاریخ ۱۳ آذر ۱۴۰۲ را می‌توان از جمله این اقدامات در کشور دانست.

#### ۴. ۵. اشکال پنجم: زوال‌پذیری مالیت رمزارزها بر اثر افزایش عرضه استخراجی

بیت‌کوین و برخی رمزارزها به دلیل ماهیت استخراجی خود، فاقد مالیت پایدارند؛ زیرا با استخراج روزانه مقادیر جدید، عرضه آن‌ها به‌طور مستمر افزایش می‌یابد و این امر موجب کاهش ارزش و بی‌ثباتی قیمت می‌شود. از این‌رو، چنین دارایی‌هایی نمی‌توانند موضوع مبادله‌ای معتبر قرار گیرند؛ چراکه مالیت آن‌ها در معرض زوال تدریجی است و با افزایش عرضه، ارزش اقتصادی آن‌ها کاهش می‌یابد.

**نقد و بررسی:** در پاسخ به این اشکال، توجه به چند نکته ضروری است:

**اولاً.** افزایش عرضه به‌خودی‌خود موجب زوال مالیت کالا نمی‌شود؛ زیرا در بسیاری از کالاهای متعارف، امکان افزایش عرضه وجود دارد، بدون آنکه این امر مانعی برای مشروعیت معاملات آن‌ها گردد. عامل تعیین‌کننده در ارزش اقتصادی، صرف افزایش عرضه نیست، بلکه نسبت میان عرضه و تقاضا و شرایط واقعی بازار است. چه‌بسا افزایش عرضه، هم‌زمان با رشد تقاضا صورت گیرد و موجب کاهش ارزش نشود.

**ثانیاً.** در مورد بیت‌کوین، میزان استخراج و عرضه نهایی آن از پیش مشخص و محدود است و برخلاف بسیاری از کالاها، امکان افزایش نامحدود عرضه وجود ندارد. از این‌رو، نمی‌توان به‌طور قطعی ادعا کرد که استخراج مستمر آن، به‌صورت لزومی به کاهش ارزش و زوال مالیت می‌انجامد؛ بلکه این امر تابع شرایط بازار و رفتار اقتصادی کاربران است.<sup>۱۰۹</sup>

**ثالثاً.** همانند اشکال بی‌پشتوانگی، این اشکال نیز ناظر به همه رمزارزها به‌صورت یکسان نیست؛ چراکه رمزارزها از حیث سازوکار عرضه، نوع استخراج و کنترل تورم، اقسام گوناگونی دارند. برخی رمزارزها دارای عرضه محدود و قابل پیش‌بینی‌اند، برخی با سازوکارهای کنترلی مانع از تورم شدید می‌شوند و برخی دیگر اساساً مبتنی بر استخراج کلاسیک نیستند. بنابراین، تعمیم اشکال «تزلزل مالیت از حیث استخراج» به تمامی رمزارزها، خالی از دقت تحلیلی است و نیازمند بررسی موردی هر رمزارز خواهد بود.

#### ۴. ۶. اشکال ششم: اختلاف نظر متخصصان در مورد مالیت رمزارزها

باید به‌صورت دوره‌ای و هر شش ماه یک‌بار نسبت به انجام تست امنیتی توسط یک شرکت ارزیاب «مورد تأیید پلیس فتا / مرکز افتا» اقدام کنند. از دیگر الزامات این بود که شرکت‌ها را ملزم می‌کرد کلیه اطلاعات مرتبط با سوابق معاملات و تراکنش‌های کاربران را حداقل به مدت ۱۰ سال و به‌صورت امن نگهداری کنند. بر اساس بندی دیگر، هرگونه تبلیغات فریبنده با هدف ترویج ارزهای رمزپایه، اعم از داخلی یا خارجی، تشویق و ترغیب مردم به سرمایه‌گذاری در رمزارزها یا سایت‌های مدعی پرداخت سودهای کلان و غیره ممنوع گشت (نک: <https://ramzarz.news>).

۱۰۹. آزادپرور و همکاران، «بررسی فقهی مالیت بیت‌کوین در بستر فضای مجازی»، ۱۳۹.

از دیگر اشکالات مطرح شده در مسئله مالیت رمزارها، اختلاف نظر عمیق و گسترده صاحب نظران و متخصصان در حوزه های فقه و حقوق است. این که دیدگاه ها میان پذیرش کامل و انکار مطلق در نوسان است، خود نشان می دهد رمزارها فاقد وضوح مفهومی و ثبات اقتصادی لازم برای تحقق «مالیت» هستند. بر اساس این استدلال، پذیرش آن ها نه بر مبنایی معیاری و مستحکم، بلکه عمدتاً بر پایه یک توهم جمعی یا فعالیت های سفته بازانه استوار شده است.

**نقد و بررسی:** پیش تر اشاره شد که مال و مالیت، مفاهیمی عرفی هستند، نه شرعی. از این رو، معیار تشخیص مالیت عرفی یک چیز، اساساً نظر فقها نیست، بلکه انطباق آن با تعریف و اوصاف مال است.<sup>۱۱۰</sup> افزون بر این، تعدد دیدگاه ها در هر مسئله نوپدیدی امری طبیعی است و صرف اختلاف نظر، دال بر نامشروع بودن آن پدیده نخواهد بود. نمونه آن، اختلاف نظرهای اولیه درباره بسیاری از معاملات جدید (مانند بیمه) است که با گذر زمان و تثبیت کارکردشان در چارچوب معیارهای کلی، در نهایت مورد پذیرش قرار گرفتند. بنابراین، داوری نهایی در این زمینه باید با رجوع به معیارهای ثابت و تعریف شده مالیت (از جمله دارا بودن ارزش مبادلی نزد دست کم بخشی از مردم) و نیز واقعیات عینی میدانی (مانند میزان استقبال عمومی و حجم معاملات رمزارها) صورت پذیرد، نه با تکیه بر آمار نظرات موافق و مخالف. با توجه به آنچه گذشت، تردیدی باقی نمی ماند که رمزارها، دارای ارزش مبادلی و در نتیجه واجد «مالیت» هستند. البته اثبات مالیت، به معنای اثبات مشروعیت فقهی معاملات آن ها نیست. از همین روست که آیت الله شبیری زنجانی، از فقهای معاصر، با پذیرش ضمنی مالیت و ارزش اقتصادی این پدیده نوظهور، جواز خرید و فروش بیت کوین را مشروط به فقدان مفسده اقتصادی و عدم مخالفت با قانون می داند.<sup>۱۱۱</sup> این موضع فقهی نشان می دهد که بحث اصلی درباره رمزارها نه اصل مالیت، بلکه شروط شرعی و قانونی استفاده از آن هاست.

## نتیجه گیری

بر پایه مباحث مطرح شده در این پژوهش و با تکیه بر مبنای فقهی امام خمینی (ره)، «مالیت» مفهومی عرفی است که محور آن تحقق ارزش مبادلی ناشی از رغبت دست کم برخی از عقلا به یک چیز است. بررسی مؤلفه هایی همچون منفعت عقلایی (اعم از نوعی یا شخصی)، کمیابی نسبی و شکل گیری عرضه و تقاضا نشان داد که رمزارها به طور روشن واجد این معیار بوده و در نتیجه، مصداق مال عرفی به شمار

۱۱۰. نورمفیدی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۴۰۱/۱۱/۱۱.

۱۱۱. <https://ijtihadnet.ir>.

می‌آیند. استقبال گسترده کاربران، حجم بالای معاملات و کارکردهای اقتصادی متمایز رمزارزها، تحقق این ارزش مبادلی را به خوبی تأیید می‌کند. افزون بر این، اشکالاتی همچون نبود رغبت عمومی، انکار مالیت شرعی، بی‌پشتوانه بودن، فقدان تضمین و مسئولیت قانونی و نیز اختلاف نظر متخصصان، با توجه به عرفی بودن مفهوم مالیت و تحقق ارزش مبادلی رمزارزها نزد دست‌کم بخشی از مردم جهان، ناتوان از نفی مالیت این ارزها هستند. با این حال، اثبات مالیت رمزارزها به معنای مشروعیت مطلق معاملات آن‌ها نیست؛ بلکه صحت شرعی این معاملات منوط به فقدان موانع فقهی همچون ضرر و غرر و نیز رعایت ملاحظات حکومتی و مصالح عمومی است. از این رو، می‌توان گفت رمزارزها از حیث مالیت، قابلیت ورود به معاملات را دارند، اما داوری نهایی درباره مشروعیت هر نوع تعامل با آن‌ها نیازمند بررسی دیگر چالش‌های موجود در این زمینه است.

## منابع

قرآن کریم

ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی. عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة. قم: دار سید الشهداء للنشر. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية فی غریب الحديث و الأثر. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۶۷.

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

آزادپور، مهدی؛ فائزی، محمد و آذریان، سیدصادق. «بررسی فقهی مالیت بیت‌کوین در بستر فضای مجازی»، فقه و اجتهاد، دوره ۶، ش ۱۲، مهر ۱۳۹۸، ۱۲۷ تا ۱۴۳.

الهام، صادق و میرزاخانی، رضا. «بررسی فقهی مالیت در رمزارزها»، بورس اوراق بهادار، دوره ۱۶، ش ۱، زمستان ۱۴۰۲، ۳۳۷ تا ۳۵۴.

doi: ۱۰/۲۲۰۳۴/jse.۲۰۲۴/۱۲۳۸۳/۲۲۳۷

انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. بی‌جا: تراث الشیخ الاعظم. بی‌تا.

ایروانی، علی. حاشیه المکاسب. تهران: کیا. ۱۳۸۴.

بیاتی، محمد حسین؛ جاودان، محمدصادق و زمانیان، حسین. «بررسی فقهی رمزارزها با تمرکز بر اشکالات ناشی از واحد مبادله‌بودن و ساختار الکترونیکی آن‌ها»، اقتصاد اسلامی، دوره ۲۳، ش ۸۹، بهار ۱۴۰۲، ۳۳ تا ۵۳.

ترابی، مرتضی. تقریرات درس خارج فقه. <https://eshia.ir/feqh/archive/text/torabi/feqh2/99/990918>. (دسترسی در ۱۳۹۹/۰۹/۱۸).

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ سی و پنجم، ۱۴۰۰.

سلطانی فرد؛ پژوهشی پیرامون مالیت «رمزارزها» با نگاهی بر اندیشه فقهی امام خمینی (ره) ۸۱/

جواد آملی، عبداللّه. تقریبات درس خارج فقه. <https://eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/feqh/93/931007> (دسترسی در ۱۳۹۳/۱۰/۰۷).

جودمایر، الوشا؛ استیفر، نیکلاس؛ کرامپهولز، کاترین و گارویپ، اد. بلاکچین (معرفی بیت کوین، رمزارزها و مکانیزم توافق به وجود آمدن آن‌ها). ترجمه مدیری و عظیم‌زادگان. تهران: پشتیبان. ۱۳۹۹.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.  
حاج آقابرگی، مهدی و عیوضلو، حسین. «بررسی مالیت انواع رمزارزها و طبقه‌بندی آن‌ها بر اساس معیارهای اقتصاد اسلامی»، مطالعات اقتصاد اسلامی، دوره ۱۶، ش ۳۱، آبان ۱۴۰۴، ۴۶ تا ۶۱.

doi: ۱۰/۳۰۴۹۷/ies.۲۰۲۵/۲۴۴۵۵۳/۲۱۵۷

حاجی ملامیرزایی، حامد. بلاکچین. تهران: انتشارات دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی. ۱۳۹۹.

حسینی عاملی، محمدجواد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.  
حکیم، سیدمحسن. نهج الفقاهة. قم: ۲۲ بهمن. چاپ اول، بی‌تا.

خمینی، سیدروح‌الله. البیع. به‌تقریر حسن طاهری خرم‌آبادی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.

خمینی، سیدروح‌الله. المکاسب المحرمة. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

خمینی، سیدروح‌الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

خویی، سیدابوالقاسم. مصباح الفقاهة. به‌تقریر توحیدی تبریزی. قم: داوری. چاپ اول، ۱۳۷۷.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار القلم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

سلطانی فرد، جواد، احمدعلی یوسفی، احمد محمدی. «بازپژوهی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه»، فقه و اصول، دوره ۵۷، ش ۱۴۱، مرداد ۱۴۰۴، ۱۷۱ تا ۲۰۰.

doi: 10.22067/jfiqh.2024.81361.1550

شهید اول، محمدبن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، بی‌تا.  
شهیدی‌پور، محمدتقی. تقریبات درس خارج فقه.

<https://eshia.ir/feqh/archive/text/shahidi/feqh2/97/971103> (دسترسی در ۱۳۹۷/۱۱/۰۳).

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۳۶۲.

صدر، سیدمحمدباقر. اقتصادنا. قم: بوستان کتاب. ۱۳۸۵.

عراقی، ضیاءالدین. حاشیه المکاسب. به تقریر نجم‌آبادی. تهران: الغفور. چاپ اول، ۱۳۷۹.  
علوی‌وثوقی، سیدیوسف، هادی غلامی. «نگاهی نو به ماهیت فقهی رمازرها و معاملات آن»، فقه اجتماعی، دوره ۱۱، ش ۲۲، شهریور ۱۴۰۲، ۳۳۷ تا ۳۵۸.

doi: 10.30497/sj.2023.244296.1238

عیوضلو، حسین، محسن رضایی، جواد نوری. «تحلیل فقهی-حقوقی مبادله ارزشهای قابل استخراج در اقتصاد اسلامی»، اقتصاد اسلامی، دوره ۲۰، ش ۷۷، بهار ۱۳۹۹، ۱۸۳ تا ۲۱۰.  
فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۰۹ ق.  
فضلی، حسن، مهدی چمندار، هادی زمردی. بلاکچین و رمازرها. تهران: ناقوس. ۱۳۹۸.  
فیومی، احمدبن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير. قم: دار الهجرة. چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.  
کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ پنجاه و چهارم، ۱۴۰۰.  
محمودی، اصغر. «تحلیل ارزشهای مجازی در پرتو فقه، حقوق و مطالعات تطبیقی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۹، ش ۳، مهر ۱۳۹۸، ۵۰۳ تا ۵۲۲.

doi: ۱۰/۲۲۰۵۹/jlq.۲۰۱۹/۲۶۵۶۸۵/۱۰۰۷۰۹۵

مروی، جواد. فقه رمازرها. قم: مؤسسه انتشارات حوزه‌های علمیه. چاپ اول، ۱۴۰۱.  
مطهری، مرتضی. نظری به نظام اقتصادی اسلام. تهران: صدرا. چاپ اول، بی‌تا.  
مقدس اردبیلی، احمدبن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. بی‌جا: مؤسسه النشر الإسلامی. بی‌تا.  
مکارم شیرازی، ناصر. تقریرات درس خارج فقه. <https://eshia.ir/feqh/archive/text/makarem/mostahdeseh/72/720422> (دسترسی در ۱۳۷۲/۰۴/۲۲).

منتظری، حسینعلی. دراسات فی المکاسب المحرمة. قم: مکتب آیت‌الله العظمی المنتظری. ۱۴۱۷ ق.  
مور، وارن. ارز دیجیتال برای مبتدیان. ترجمه روحانی. مشهد: دیده‌بان قلم فرتاک. ۱۴۰۱.  
میثمی، حسین، زینب بیابانی. تحلیل ماهیت، استخراج و مبادله انواع رمازرها و توکن‌ها از منظر فقه اسلامی و قوانین کشور. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی. ۱۳۹۹.  
میرزاخانی، رضا، حسینعلی سعدی. «بیت‌کوین و ماهیت مالی-فقهی پول مجازی»، جستارهای اقتصادی بارویکرد اسلامی، دوره ۱۵، ش ۳۰، مهر ۱۳۹۷، ۷۱ تا ۹۲.

doi: 10.30471/iee.2018.1555

میرزای شیرازی، محمدتقی. حاشیه المکاسب. بی‌جا: الشریف الرضی. بی‌تا.

سلطانی فرد؛ پژوهشی پیرامون مالیت «رمزارها» با نگاهی بر اندیشه فقهی امام خمینی(ره)/۸۳

نایینی، محمدحسین. المكاسب و البیع. به تقریر محمدتقی آملی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ اول، بی تا.  
نایینی، محمدحسین. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب. به تقریر موسی نجفی خوانساری. بی جا: المكتبة المحمدية.  
بی تا.

نورمفیدی، تقریرات درس خارج فقه. <https://m-noormofidi.com> (دسترسی در ۱۴۰۲/۰۲/۲۷).  
نورمفیدی، سیدمجتبی. تقریرات درس خارج فقه. <https://m-noormofidi.com> (دسترسی در ۱۴۰۱/۱۱/۱۱).  
یوسفی، احمدعلی. ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.  
۱۳۷۷.

<https://www.antiersolutions.com>

<https://www.coinbase.com>

<https://www.coinmarketcap.com>

<https://www.coinmarketcap.com>

<https://www.cryptoforinnovation.org>

<https://www.currencytransfer.com>

<https://www.finma.ch>

<https://www.ijtihadnet.ir>

<https://www.investopedia.com>

<https://www.kaspersky.com>

<https://www.ledger.com>

<https://www.osl.com>

<https://www.ramzarz.news>

<https://www.rc.majlis.ir>

<https://www.reuters.com>

## Transliterated Bibliography

*Qurān-i Karīm.*

‘Alawī Vuṣūqī, Sayyid Yūsuf va Hādī Ghulāmī. "Nigāhī Nū bi Mahiyat Fiqhī Ramz Arz-hā va Mu‘āmalāt ān". *Fiqh Ijtīmā‘ī*, Durīh-yi 11, no. 22 (Shahrīvar 2023/1402): 337-358.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. S.l: Tūrāth al-Shaykh al-A‘ẓam, s.d.

Āzādparvar, Mahdī, Muḥammad Fā’izī va Sayyid Ṣādiq Āzarīyān. "Barrisī Fiqhī Mālīyat Bitcoin dar Bastar

Fazāy Majāzi". *Fiqh va Itihād*, Durih-yi 6, no. 12 (Mihir 2020/1398): 127-143.

Bayātī, Muḥammad Ḥusayn, Muḥammad Ṣādiq Jāvidān va Ḥusayn Zamāniyān. "Barrisi Fiqhī Ramz Arz-hā bā Tamarkuz bar Ishkālāt Nāshī az Vāḥid Mubādilih Budan va Sākhṭār Ilīktrūnikī ān-hā". *Iqtisād Islāmī*, Durih-yi 23, no. 89 (Bahār 2023/1402): 5-33.

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

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr*. Qum: Dār al-Hijrah, Chāp-i Duwwum, 1994/1414.

Fazlī, Ḥasan, Mahdī Chamandār va Hādī Zumurudī. *Blockchains va Ramz Arz-hā*. Tehran: Nāqūs, 2020/1398.

Ḥājāqābuzurgī, Mahdī va Ḥusayn ʿIyvaṣlū. "Barrisi Māliyat Anwāʿ Ramz Arz-hā va Ṭabaqihbandī ān-hā bar Asās Miʿyār-hā-yi Iqtisād Islāmī". *Muʿālīʾāt Iqtisādī Islāmī*, Durih-yi 16, no. 31 (Ābān 2025/1404): 1-46.

Ḥājī Mulā Mirzāyī, Ḥamid. Blockchains. Tehran: Intishārāt-i University va Pazhūhishgāh ʿĀlī Dīfāʿ Millī va Taḥqīqāt Rāhburdī, 2021/1399.

Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. *Nahj al-Faqāha*. Qum: 22 Bahman, Chāp-i Awwal, s.d.

Ḥusaynī ʿĀmulī, Muḥammad Javād. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāma*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Ibn Abī Jumhūr. Muḥammad ibn ʿĀlī. *ʿAwālī al-Laʾālī al-ʿAzīziyah fī al-Aḥādīth al-Dīniyah*. Qum: Dār al-Sayyid al-Shuhadā li-l-Nashr, Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Ibn Āthīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qum: Ismāʿīliyyān, Chāp-i Chāhārum, 1989/1367.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1994/1414.

Ilhām, Ṣādiq va Rizā Mirzākhānī. "Barrisi Fiqhī Māliyat dar Ramz Arz-hā". *Būrs Urāq Bahādār*, Durih-yi 16, no.1 (winter 2023/1402): 337-354.

ʿIrāqī, Ṣiyyāʾ al-Dīn. *Hāshiya al-Makāsib*. bi Taqrīr Najmābādī, Tehran: al-Ghafūr, Chāp-i Awwal, 2001/1379.

ʿIrāwānī, ʿĀlī. *Hāshiya al-Makāsib*. Tehran: Kiyā, 1965/1384.

ʿIyvaṣlū, Ḥusayn, Muḥsin Rizāyī Ṣadrābādī, Javād Nūrī. "Tahlil-i Fiqhī-Ḥuqūqī Mubādilih-yi Arz-hā-yi Qābil Istikhraj dar Iqtisād Islāmī". *Iqtisād Islāmī*, Durih-yi 20, no. 77 (Bahār 2021/1399): 183-210.

Jaʿfarī Langirūdī, Muḥammad Jaʿfar. *Tirmīnūlūzhī Ḥuqūq*. Tehran: Kitābkhanah Ganj-i Dānish. Chāp-i Si

va Panjum, 2021/1400.

Javādī Āmūlī, ‘Abd Allāh. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 2014/12/28; 1393/10/07.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ Taj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Judmayer, Aljoshā; [Nicholas Stifter](#), [Katharina Krombolz](#), [Edgar Weippl](#). *Blockchains (Mu‘arifi Bitcoin, Ramz Arz-hā va Mikānizm Tavāfuq bi Vujūd Āmadan ān-hā)*. Translated by Mudīrī va ‘Azīmzādīgān, Tehran: Pushtibān, 2021/1399.

Kātūziyān, Nāšir. *Amvāl va Mālīkiyat*. Tehran: Mizān, Chāp Panjāh va Chāhārum, 2021/1400.

Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Muqarr Muḥammad ‘Alī Tawḥīdī, Qum: Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1998/1377.

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. *al-Bay‘*. Muqarr Ḥasan Ṭāhirī Khurāmābādī. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Ismā‘īliyān, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

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

Maḥmūdī, Aṣghar. "Taḥlīl Arz-hā-yi Majāzī dar Partū Fiqh, Ḥuqūq va Muṭālī‘āt Taṭbiqī". *Muṭālī‘āt Ḥuqūq Khusūsī*, Durīh-yi 49, no. 3 (Mīhr 2020/1398): 503-522.

Makārim Shīrāzī, Nāšir. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 1993/07/13; 1372/04/22.

Marvī, Javād. *Fiqh Ramz Arz-hā*. Qum: Mū‘assisah-yi Intishārāt Ḥawzah-hā-yi ‘Ilmiyah, Chāp-i Awwal, 2023/1401.

Mīrzākhānī, Rizā va Ḥusayn ‘Alī Sa‘dī. "Bitcoin va Mahiyat Mālī-Fiqhī Pūlī Majāzī". *Justār-hā-yi Iqtisādī bā Rūykard Islāmī*, Durīh-yi 15, no. 30 (Mīhr 1977/1397): 71-92.

Miythamī, Ḥusayn va Zīnab Biyābānī. *Taḥlīl Mahiyat, Istikhrāj va Mubādilih-yi Anwā‘ Ramz Arz-hā va Tūkan-hā az Manẓar Fiqh Islāmī va Qawānīn Kishvar*. Tehran: Pazhūhishkadih-yi Pūlī va Bānkī, 2021/1399.

Moore, Warren. *Arz Digital Barāy Muḥtadīyān*. translated by Rūḥānī, Mashhad: Dīdihbān Qalam Fartāk, 2023/1401.

Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Dirāsāt fī al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Maktab Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Muntazirī, 1996/1417.

- Muqaddas Ardabili, Ahmad ibn Muhammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. S.l: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.
- Muṭaharī, Murtaḍā. *Nazarī bi Nizām Iqtisādī Islām*. Tehran: Šadrā, Chāp-i Awwal, s.d.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Makāsib wa al-Bay'*. bi Taqrīr Muḥammad Taqī 'Āmulī, Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, s.d.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Munya al-Ṭālib fī Ḥāshiya al-Makāsib*. bi Taqrīr Mūsā Najafī Khuwānsārī, s.l. al-Maktaba al-Muḥammadiya, s.d.
- Nūr Mufidī. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 2023/01/31; 1401/11/11.
- Nūr Mufidī. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 2023/05/17; 1402/02/27.
- Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Allāz al-Qurān*. Beirut: Dār al-Qalam. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Šadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. *Iqtisādanā*. Qum: Mū'assisah-yi Būstān-i Kitāb, 2007/1385.
- Šāhib ibn 'Abād, Ismā'il ibn 'Abād. *al-Muḥīṭ fī al-Lughā*. Beirut: 'Ālim al-Kutub, 1993/1414.
- Šāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī, Chāp-i Haftum, 1984/1362.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Durūs al-Shar'iyah fī Fiqh al-Imāmiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, s.d.
- Shahīdīpūr, Muḥammad Taqī. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 2019/02/19; 1397/11/30.
- Shirāz Shirāzī, Muḥammad Taqī. *Ḥāshiya al-Makāsib*. s.l. al-Sharīf al-Raḍī, s.d.
- Sulṭānifard, Javād, Ahmad 'Alī Yūsufi va, Ahmad Muḥammadī. "Bāzpažūhī Ma' nāshinākhtī Māl az Manzar Fiqh Imāmiyah". *Fiqh va Uṣūl*, Durīh-yi 57, no. 141 (Murdād 2025/1404): 171-200.
- Turābī, Murtaḍā. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. dastras dar 2020/12/08; 1399/09/18.
- Yūsufi, Ahmad 'Alī. *Māhiyat Pūl va Rāhburd-hā-yi Fiqhī va Iqtisādī ān*. Tehran: Pažūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī, 1998/1377.



## A Jurisprudential and Legal Reflection on Article 326 of the Civil Code (Purchase of Usurped Property with Knowledge of Usurpation)

**Seyed Hani Saberi** , Master's degree in Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

**Dr. Mohammad Hasan Haeri**  (Corresponding Author), Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

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

**Dr. Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan** , Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

### Abstract

According to Article 326 of the Civil Code, if a person aware of the usurpation purchases property from a usurper (*ghāṣīb*), they may refer to the seller (*bāyʿ*) in order to recover the price (*saman*). However, according to the well-known view of Imami jurists, such a purchaser has no right of recourse against the usurper (*ghāṣīb*). The apparent meaning of the aforementioned Article indicates the legislator's support for a purchaser who knowingly acquires usurped property, and this approach is in contrast with considerations of justice and the spirit of legislation. The famous position of jurists, who maintain that a purchaser with knowledge of usurpation cannot claim return of the purchase price is itself contrary to fairness and justice in certain hypothetical cases. The purchaser's consent to payment of the price, the Rule of Assumption of Risk (*qāʿidī-yi iqdām*), the non-applicability of the rule of liability by possession (*qāʿidī-yi ʿalā al-yad*), and relinquishment of property are among the arguments advanced to deny the knowledgeable purchaser any right of recourse against the usurping seller. Conversely, supporters of allowing such a purchaser to seek recourse against the usurper invoke considerations such as the absence of legally valid ownership, the invalidity of the transaction, the applicability of the rule of beneficence (*qāʿidī-yi ihsān*), and analogy with a void sale (*bāyʿ-i fāsid*). The present study uses a descriptive-analytical method and undertakes a careful evaluation of the arguments advanced by both proponents and opponents and concludes that if a purchaser buys property with knowledge of its usurpation but without the intention of collaboration in sin and wrongdoing, they may seek recourse against the usurper in the event of loss of the purchase price. Otherwise, he or she will have no right of recourse against the unauthorized seller (*bāyʿ-i fuṣūlī*).

**Keywords:** usurper; Civil Code; Article 326; The Famous Jurists; knowledge of usurpation





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان ۱۴۰۴، ص ۱۱۱ - ۸۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۲

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.84903.1675>

نوع مقاله: پژوهشی

## تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۳۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب)

سیدهانی صابری <sup>ID</sup>

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر محمدحسن حائری (نویسنده مسئول) <sup>ID</sup>

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

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

دکتر سیدمحمدهادی قبولی درافشان <sup>ID</sup>

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

### چکیده

طبق ماده ۳۲۶ قانون مدنی در صورتی که شخص عالم به غصب کالایی را از غاصب بخرد می تواند برای دریافت ثمن خود به بايع رجوع کند، حال آنکه مطابق دیدگاه مشهور فقیهان امامی وی حق رجوع به غاصب را ندارد. ظاهر ماده یادشده نشان دهنده حمایت قانونگذار از مشتری عالم به غصب است و این امر خلاف عدالت و روح قانونگذاری است. مشهور فقها که معتقدند عالم به غصب نمی تواند مطالبه ثمن کند نیز دیدگاهشان در بعضی فروض خلاف انصاف و عدالت است. رضایت مشتری به دادن ثمن، قاعده اقدام، عدم جریان قاعده علی البدل و اعراض از مال از جمله ادله ای است که برای عدم رجوع مشتری عالم به غصب به بايع غاصب ذکر شده است. در طرف مقابل نیز موافقان رجوع مشتری مذکور به غاصب، دلایلی چون عدم حصول ملکیت شرعی، بطلان معامله، جریان قاعده احسان و قیاس با بيع فاسد را مطرح کرده اند. جستار حاضر به روش توصیفی تحلیلی، ادله موافقان و مخالفان را مورد ارزیابی دقیق قرار داده و به این نتیجه دست یافته است که اگر مشتری با علم به غصب کالایی را خریداری کند ولی قصد تعاون بر اثم و عدوان را نداشته باشد، در صورت تلف ثمن نیز می تواند به غاصب مراجعه کند و در غیر این صورت حق مراجعه به بايع فضولی را نخواهد داشت.

**واژگان کلیدی:** غاصب، قانون مدنی، ماده ۳۲۶، مشهور فقها، علم به غصب.

## مقدمه

فقه‌ها با توجه به اهمیت مبحث غصب، در کتب خود مبحثی را به غصب اختصاص داده و به فروعات آن در قسمت‌های مختلف پرداخته‌اند. در اکثر فروعات غصب فقها اتفاق نظر دارند و حقوق‌دانان نیز در این امر اختلاف نظری ندارند. لازم به ذکر است که در بعضی از فروعاتی که فقها از دیرباز دارای اختلاف نظراتی بوده‌اند، اختلاف نظرها پا به حقوق نیز باز کرده است و به تبع آن، حقوق‌دان‌ها به بحث درباره آن پرداخته‌اند. یکی از این فروعات، مبحث بیع با شخص غاصب است زمانی که مشتری علم به غصب دارد. در خصوص ضرورت پژوهش حاضر باید گفت: با استقرای صورت گرفته، در این زمینه تحقیق مستقلی انجام نشده است و گویی محققان به نظر دکترین حقوقی اکتفا کرده‌اند. نویسندگان در این نوشتار می‌کوشند که با بیان نظر دکترین حقوقی و ادله ایشان و مقابله آن با ادله‌ای که فقهای امامی در کتب فقهی خود ذکر کرده‌اند به وجه جامعی برسند و طرحی نو در افکنند.

امروزه که اجتماعات انسانی بزرگ‌تر شده است جرائم نیز اشکال مختلفی به خود گرفته‌اند. با توجه به اینکه قسمت زیادی از دعاوی شکل گرفته در دادگاه‌ها مربوط به غصب است، لازم است به فروعات آن بسیار دقت شود تا حتی از کسی ضایع نشود. اگر بخواهیم مثالی امروزی برای این بحث بزنیم که اهمیت مسئله را برای ما روشن سازد می‌توانیم به رابطه سارق و شخصی که به عرف امروزی به آن مال‌خر گویند اشاره کنیم، مثلاً سارقی گوشی تلفن همراهی یا اتومبیلی را سرقت کرده است و سپس به شخص مال‌خری فروخته است، مال‌خر توسط نیروی انتظامی دستگیر می‌شود و به مالک اصلی قیمت کالا را می‌پردازد؛ حال اگر بتواند به ثمن خود به سارق رجوع کند، موافق نظر قانون مدنی است. این کار باعث افزایش مال‌خری در جامعه می‌شود و شخص مال‌خر با اطمینان خاطر اجناس مسروقه را خرید و فروش می‌کند. این سخن دو روی دیگر نیز دارد: یکی اینکه، فرد اطمینان از جنس مسروقه ندارد ولی از آدمی می‌خرد که به سارق بودن مشهور است یا از بازاری می‌خرد که به فروش اموال مسروقه شهرت یافته است. روی دیگر مسئله این است که فرد علم به غصب دارد اما با توجیهاتی خریده است (به طوری که احراز آن فرد قصد مال‌خری نداشته است). به نظر می‌رسد نمی‌توان به این سه مسئله یک پاسخ داد و هر سه فرد را به یک قانون ارجاع داد.

با توجه به پویایی فقه این فرع فقهی بین فقها مطرح بوده، به طوری که علامه حلی در دو باب این سخن را مطرح می‌کنند و در یک مبحث ظاهر کلمات ایشان وجود اجماع بر عدم رجوع است.<sup>۱</sup> اما در بابی دیگر،

۱. «ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا»؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۸/۱۰.

دلیل عدم رجوع مشتری عالم به غضب را اباحه مشتری در اتلاف مالش به بایع می‌دانند.<sup>۲</sup> این موضوع در بین فقهای اهل تسنن نیز مطرح بوده و درباره آن بحث‌هایی کرده‌اند، به طوری که غزالی-همانند مشهور فقهای امامیه- قائل به عدم رجوع مشتری است و دلیلش را مبنی بر این می‌داند که مشتری همانند غاصب است و گویی کالا تحت ید خودش تلف شده است.<sup>۳</sup>

با تمام بحث‌های انجام‌شده این موضوع هنوز حل نشده است، زیرا قانون مدنی خلاف سخن مشهور فقهای بایع غاصب را نسبت به ثمن مشتری عالم ضامن می‌داند.<sup>۴</sup> شیخ انصاری بعد از بررسی ادله هر طرف نسبت به مستندات مشهور فقها از عبارت «لایخلوا من غموض» استفاده کرده و در نهایت، با تمام اشکالاتی که به ادله طرفین وارد می‌کند، نظر نهایی خود را مطرح نکرده و نسبت به این مسئله سکوت می‌کند.<sup>۵</sup> نظر قانون مدنی برخلاف نظر مشهور فقها باعث می‌شود از مقبولیت این قانون کاسته شود، مگر اینکه دلایل محکم و متقنی برای نظر خود داشته باشد. در این نوشتار می‌کوشیم به بیان دلایل صاحب‌نظران بپردازیم و در قسمت‌هایی که مبانی صاحب‌نظران باعث اختلاف نظر شده، به مبانی آن‌ها اشاره کنیم.

## ۱. غضب در لغت و اصطلاح

أ. غضب در لغت: «شیء را ظلماً، عدواناً و قهراً از فردی گرفتن».<sup>۶</sup>  
 ب. غضب در اصطلاح: مشهور فقها غضب را سلطه بر مال غیر از روی ستم و عدوان تعریف کرده‌اند.<sup>۷</sup> اما شهید ثانی به جای کلمه مال در تعریف غضب، کلمه حق را ترجیح می‌دهد؛ چراکه ایشان معتقد است اگر کلمه مال را در تعریف غضب بیان کنیم جامع افراد نیست و شامل حق تحجیر، حق مسجد، حق مدرسه و حق کاروان‌سرا و امثال این موارد نمی‌شود با اینکه غضب در این موارد تحقق می‌یابد. درباره چیزی که عرفاً مال محسوب نمی‌شود ولی حق مالک است، نظیر یک دانه گندم که اگر کسی این یک دانه گندم را تصرف کرد با اینکه مال گفته نمی‌شود اما بنابر اینکه مالک بر آن یک دانه گندم خود حق دارد بر متصرف لازم است که آن را به مالک برگرداند.<sup>۸</sup>

۲. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۴۰.

۳. غزالی، الوسیط فی المذهب، ۴۱۹/۳.

۴. ماده ۳۲۶ ق.م. «اگر عوضی که مشتری عالم بر غضب در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاد بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاد نمی‌تواند رجوع به بایع کند ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد.»

۵. انصاری، مکاسب، ۵۷/۲.

۶. فراهیدی، العین، ۳۷۴/۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ۶۴۸/۱.

۷. محقق حلی، المختصر النافع، ۲۴۷؛ ابن سعید، الجامع للشرائع، ۳۴۶؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۱۲؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۲۴۵/۴.

۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷/۱ تا ۱۷.

۱. اینکه در تعریف مشهور از غصب سلطه غاصب بر مال قید شده سبب می شود این مورد خارج شود: جایی که غاصب در مال تصرف نمی کند بلکه فقط مالک مال را از تصرف در مال خود منع می کند تا اینکه آن مال تلف شود و نیز زمانی که متصرف مستقلاً بر مال دیگری تصرف ندارد، نظیر کسی که دست خود را روی پیراهن کسی که آن را پوشیده است قرار می دهد.

۲. با لحاظ قید «مال دیگری» که در تعریف آمده، آنجا که رهن به عدوان و تعدی مال خود را از مرتهن بگیرد یا وراثت در ترکه مورث در حالت بدهکاری مورث تصرف کنند از شمول تعریف خارج می شود.

۳. با قید عدوان، ید مرتهن بر عین مرهونه، ید وکیل بر مال موکل، ید ولی بر مال مولی علیه، ید مستأجر بر مال موجر و ید مستعیر بر مال معیر از تعریف غصب خارج است و به این افراد غاصب گفته نمی شود.<sup>۹</sup>  
ج: تعریف غصب از منظر قانون مدنی: ماده ۳۰۸ قانون مدنی بیان می دارد: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.»

قانون مدنی برخلاف مشهور فقها از کلمه حق به جای کلمه مال استفاده کرده است و همچنین مقصود از اثبات ید بر مال غیر موردی است که شروع استیلاء به اذن ملک باشد ولی بدون مجوز ادامه یابد.<sup>۱۰</sup> با این سخن، در غصب باید استیلاء باشد،<sup>۱۱</sup> هر چند که این استیلاء به صورت مشاع باشد.<sup>۱۲</sup> تشخیص این استیلاء نیز با عرف است.<sup>۱۳</sup>

با این تعریفی که قانون مدنی از غصب کرده است فرد می تواند برای هر کدام از حقوق خود، از جمله حق تحجیر، حق مسجد، حق مدرسه یا حتی یک دانه گندم خود طرح شکایت کند و از غاصب درخواست هزینه کند. به نظر می رسد این سخن با نظم عمومی جامعه تناقض داشته باشد، زیرا فروض زیادی برای حق یک فرد می توان قائل شد که اگر برای هر کدام بخواهد طرح شکایت کند مجالی برای رسیدگی به این همه پرونده نخواهد بود.

اما در ماده ۳۱۱ ق.م آمده است: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید...». قانونگذار در این ماده و همچنین دیگر مواد مبحث غصب از حق سخن به میان نیاورده است و اگر بخواهیم یک وجه جمعی بین ماده ۳۰۸ ق.م و ۳۱۱ ق.م و سایر مواد موضوع غصب به دست آوریم، باید بگوییم اگر فرد حقی از او غصب شده بود در صورتی می تواند درخواست خسارت کند که آن حق او دارای مالیت و

۹. طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۳۰۰/۲.

۱۰. کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد، ۲۱۳/۲.

۱۱. حسینی مراغی، العناوین، ۴۱۸/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۷۹/۱۹.

۱۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۲/۱۲.

۱۳. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۵/۱۹.

منفعت عقلایی باشد. البته می‌توان به این مورد حقی که دارای ارزش مالی و معنوی برای خود شخص دارد را نیز اضافه کرد.<sup>۱۴</sup>

بعضی از اساتید حقوق عناصر غصب را این‌گونه می‌شمارند: ۱. وجود حق، اعم از مالی یا غیرمالی مانند غصب نام خانوادگی؛ ۲. تصرف بدون اذن ذی‌حق صورت بگیرد؛ ۳. سوءنیت غاصب؛ ۴. تصرف همراه با تقلب نباشد؛ ۵. تصرف مقرون به نقض اعتماد ذی‌حق نباشد که در این صورت خیانت است و تصرف با قهر و غلبه نباشد، وگرنه عمل او غارت است.<sup>۱۵</sup>

## ۲. دلایل رجوع مشتری عالم به غصب به غاصب

### ۲.۱. عدم حصول ملکیت شرعی

چنانچه ثمن باقی باشد مشتری حتی باوجود علم به فضولی بودن عقد حق رجوع به ثمن را دارد، زیرا ثمن فقط در اختیار بایع فضولی قرار داده شده و حصول ملکیت شرعی اتفاق نیفتاده است.<sup>۱۶</sup> به این دلیل اشکالی وارد نیست،<sup>۱۷</sup> چون مشتری در مقابل ثمنی که داده است عوض دریافت نکرده و همچنین ثمن را رایگان در اختیار فضول قرار نداده است.<sup>۱۸</sup> حتی اگر درنهایت بگوییم هبه بوده، مشتری می‌تواند به موهوب مراجعه کند.<sup>۱۹</sup> در این فرض اگر بگوییم مشتری حق رجوع به بایع فضولی را ندارد داراشدن بلاجهت رخ می‌دهد، چراکه براساس ماده ۳۶۵ ق.م.بیع فاسد اثری در تملک ندارد و همچنین ماده ۳۶۶ ق.م.بیان می‌دارد: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید...» در ماده ۳۰۳ ق.م.نیز به صراحت آمده: «کسی که مالی را من غیرحق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است...»<sup>۲۰</sup>

### ۲.۲. بطلان معامله

بدین جهت حق رجوع به مشتری داده شده است که معامله باطل بوده و در معامله باطل عوضین باید به صاحب اصلی آن‌ها برگردد. افزون بر آن، اگر چنین حقی برای مشتری شناخته نمی‌شد کمک به غاصب بوده است؛ زیرا غاصب عمل نامشروعی را انجام داده و باید مجازات شود و این‌گونه می‌تواند مالک ثمن

۱۴. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۲۰.

۱۵. نک: جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲۷۲/۴.

۱۶. انصاری، المکاسب، ۵۳/۲.

۱۷. سبحانی تبریزی، احکام البیع فی الشریعة الاسلامیة الغراء، ۸۶/۲.

۱۸. انصاری، الموسوعة الفقهية المیسرة، ۳۱۵/۷.

۱۹. روحانی، منهاج الفقاهة، ۲۰۳/۴.

۲۰. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۸۱.

شود، بدون اینکه چیزی از مال خود داده باشد.<sup>۲۱</sup>

اینکه گفته شده غاصب باید مجازات شود پس باید ثمن را باز گرداند سخن دقیقی نیست؛ زیرا غاصب از جهت غاصب بودن خود مجازات می شود و پرداخت ثمن نیاز به دلیل دومی دارد. اگر فرض بر این باشد که مشتری عالم به غصب باشد و فضول جاهل به غصب است، در واقع مشتری که عالم به فضولی بودن است باید مجازات شود همان طور که در ماده ۶۶۲ ق.م.ا مجازات آن را بیان کرده است. اگر بنابر مجازات باشد باید مشتری مجازات شود؛ چراکه او از روی علم مال خود را ضایع کرده است و این کار از نظر شرع منع شده است.<sup>۲۲</sup> در نتیجه، نمی توان به دلیل مجازات یکی از طرفین دعوا رابطه مالکیت آن ها را از بین برد. به علاوه رابطه مالکیت افراد نسبت به اموالشان رابطه قوی ای است و نمی توان به هر دلیلی این رابطه را قطع کرد، مگر در موارد نادر مثل قاچاق کالا که در مواردی خاص قانون حکم به انهدام کالای قاچاق شده می دهد.<sup>۲۳</sup>

## ۳. ۲. عدم تفصیل بین علم و جهل در فزونی به مال غصبی

اگر فزونی در مال مغضوب، عین باشد، غاصب می تواند آن عین را بگیرد و فقها بر این سخن اجماع دارند.<sup>۲۴</sup> البته این نظر فقها به دلیل نصوص وارده در این زمینه است، نظیر خبر عقبه بن خالد از ابا عبد الله (ع) که درباره غصب زمین برای زراعت فرمودند: «للزارع زرعته و لصاحب الارض كراء ارضه.»<sup>۲۵</sup> باتوجه به همین اخبار وارده حتی بین فقها مشهور شده است که می گویند: «الزرع للزارع و لو كان غاصبا.»<sup>۲۶</sup> باتوجه به این سخن بیان شده که فقها بر این مسئله اجماع دارند و همچنین در این مسئله قائل به تفصیل بین غاصب عالم و متصرف جاهل نشده اند، می توان این گونه نتیجه گرفت: حتی اگر غاصب عالم باشد و در زمینی زراعت کند که غصبی است یا بالعکس، مالک زمینی حبه را غصب کند و در زمین خود بکار، محصول برای صاحب حبه است.<sup>۲۷</sup> ماده ۳۳ ق.م.نیز در تأیید همین سخن بر آمده و بعضی از حقوق دان ها بیان می کنند: «در تعارض در مالکیت تبعی (طبیعی و مصنوعی) مالکیت مصنوعی حاکم است و ارزش کار بر سرمایه می چربد. به همین جهت مالکیت تبعی صاحب حبه بر مالکیت صاحب زمین رجحان پیدا

۲۱. صفایی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، ۴۲.

۲۲. کاشف الغطاء، انوار الفقهاء، ۲۹۲/۱؛ طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۴۳/۱.

۲۳. نک: بند ۳ ماده ۵۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز.

۲۴. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۹/۱۹؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱۹۶/۳.

۲۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۵۷/۱۹.

۲۶. نک: تسخیری، القواعد الاصولية و الفقهية، ۵۷۵/۲؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۷۰/۶.

۲۷. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۸.

کرده است.<sup>۲۸</sup>

حال باید گفته شود غاصب در صورتی که عالم بر غصب باشد حق دارد عین افزوده شده بر مال مغضوب را بگیرد، ولی اگر ثمن را داده باشد نمی تواند پس بگیرد. از طرفی می توان این گونه بیان کرد که هر دلیلی برای رجوع نکردن به ثمن آورده شود همان دلیل برای رجوع نکردن بر عین افزوده شده به مال مغضوب نیز کفایت می کند، مگر اینکه گفته شود این رجوع به عین به سبب اخبار وارده استثنا شده است. باید گفت: عدم رجوع به ثمن در صورت عالم بودن فرد به غصب برخلاف عمومات و اصل نظیر «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» است. اینکه غاصب می تواند عین افزوده شده بر مال مغضوب را بگیرد در واقع موافق اصل است.

**احادیث «الزرع للزراع و لو كان غاصبا» دلالت بر جهل متصرف می کند:** همان طور که بیان شد فقها حکم کرده اند که اضافه بر مال مغضوب اگر عین و قابل جداسازی باشد به غاصب بر می گردد.<sup>۲۹</sup> در مبحث مزارعه و مساقات نیز اگر غاصب صاحب حبه باشد زرع از آن او می شود و به دو حدیث در این مورد تمسک بسته اند.<sup>۳۰</sup> ممکن است گفته شود که احادیث وارده در این زمینه دلالت بر جهل متصرف می کند، لذا به این دلیل امام (ع) حکم به ملکیت صاحب حبه کرده اند اما وقتی صدر هر دو حدیث را نگاه می کنیم چیزی که بر علم یا جهل متصرف دلالت کند نمی یابیم. در واقع، هر دو حدیث از نظر دلالت نه به علم متصرف برای غصب دلالت می کند و نه به جهل متصرف؛ پس حال که شک برای ما حاصل شد باید به قدر متیقن اکتفا شود و گفته شود منظور معصوم (ع) متصرف جاهل است و اگر عالم باشد حتی اگر صاحب حبه باشد چیزی به او نمی رسد، این سخن نیز دارای اشکال است؛ چرا که اگر فرد جهل به تصرف در مال غیر داشته باشد، بنابر تعریفی که از غاصب کردیم دیگر به این شخص غاصب گفته نمی شود و همچنین قدر متیقن در جایی گرفته می شود که دلیل ما لبی باشد و در مدلول دلیل لبی شک شود.<sup>۳۱</sup> اما در اینجا نص داریم و امکان تمسک به اطلاق کلام معصوم (ع) است که فرمودند: «للزراع زرعه».

## ۴.۲. جریان قاعده احسان

دلیل دیگری که می توان برای دریافت ثمن توسط مشتری عالم به غصب بیان کرد این است که، اگر فرد اصیل علم به غصب داشته باشد اما از روی احسان آن مال را بخرد<sup>۳۲</sup> و سپس مالک بیع را اجازه ندهد، آیا

۲۸. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۶۵ تا ۱۶۰.

۲۹. آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ۱۵۱/۳؛ ذهنی تهرانی، عناوین الاحکام، ۱۰/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۱/۷.

۳۰. نک: کلینی، الکافی، ۴۹۲/۱۰؛ موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۲۲۶/۵.

۳۱. حکیم، حقائق الاصول، ۵۱۴/۱.

۳۲. نک: حسینی مراغی، العناوین، ۴۷۷/۲.

مشتري محسن در صورت تلف ثمن نبايد به ثمن خود برسد؟ اين در حالي است كه فقها به اجماع اذعان داشته‌اند «ما على المحسنين من سبيل»<sup>۳۳</sup> و فرد محسن را ضامن نمي‌دانند.<sup>۳۴</sup> اما حق اين است كه قاعده احسان از احكام ثانويه است و احكام ثانويه نسبت به احكام اوليه حكومت دارند.<sup>۳۵</sup> پس عالم و جاهل بودن غاصب ربطی به آن پيدا نمي‌كند و ازسوي ديگر، به فرد محسن غاصب گفته نمي‌شود، زيرا همان‌طور كه گفته شد در تعريف غاصب عنوان عدواناً نيز بايد باشد.

## ۵.۲. قياس با بيع فاسد

اگر مشتري عالم به غصب باشد و ثمن او باقي باشد، به دليل اينكه مجرد تسليط موجب انتقال مال به بايع نمي‌شود و اگر چنين بود، در بيع فاسد لازم مي‌آمد كه انتقال ملكيت صورت بگيرد.<sup>۳۶</sup> قياس صورت گرفته مع الفارق است؛ چراكه در بيع فاسد صورتي است كه متعاملين جهل به فساد معامله داشته باشند و بحث ما در اينجا علم به فضولي بودن بيع است.<sup>۳۷</sup> اگر در بيع فاسد طرفين مجاناً اموال را به تملك يكديگر در آورند، اين تملك صحيح است.<sup>۳۸</sup> در نگاه ابتدائي شايد بتوان اين گونه بيان كرد: وقتي مشتري با علم به فضولي بودن و بطلان بيع، ثمن را تسليم بايع غاصب مي‌كند، در واقع ثمن را مجاناً به تملك بايع در مي‌آورد و اين تملك مشكلي ندارد. قانونگذار به موجب ماده ۳۹۱ ق.م.مدرج مي‌دارد: در صورت مستحق للغير برآمدن كل يا بعض از مبيع، بايع بايد ثمن مبيع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتري به وجود فساد بايع بايد از عهده غرامات وارده بر مشتري نيز بر آيد. از عبارات اين ماده و مخصوصاً از كلمه «نيز» كه در آخر آن آمده به وضوح معلوم مي‌شود كه بايع در هر حال، خواه مشتري عالم يا جاهل به فساد باشد ضامن ثمن مشتري است.<sup>۳۹</sup>

با اينكه از ظاهر ماده ۳۹۱ ق.م.م اين چنين برداشت مي‌شود كه ضمانت بايع نسبت به ثمن، اعم از جهل يا علم مشتري به بيع فضولي و فساد آن است، اما سخني درباره تلف شدن ثمن نزد بايع بيان نشده است. براي مثال، اگر سبلي آمد و ثمن نزد بايع فضولي تلف شد دليل ندارد كه او را ضامن دانست، زيرا خود مشتري از روي طيب نفس ثمن را به بايع تسليم کرده است.

۳۳. توبه: ۹۱.

۳۴. حسيني مراغي، العناوين، ۴۷۵/۲.

۳۵. فاضل موحدي لنگراني، ايضاح الكفاية، ۱۹۳/۵.

۳۶. انصاري، المكاسب، ۵۳/۲.

۳۷. ميلاني، كتاب البيع، ۳۳۹/۴.

۳۸. ايرواني، حاشية المكاسب، ۱۴۹/۱.

۳۹. عدل، حقوق مدني، ۲۴۷.

## ۶.۲. قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده<sup>۴۰</sup>

براساس قاعده «ما یضمن» عقد بیع صحیحی که دارای ضمان است، فاسد آن هم دارای ضمان است؛ به طوری که اگر ثمن معامله تلف شود بایع ضامن است. در واقع، علم مشتری به فضولی بودن معامله مانع از اجرای قاعده ما یضمن می شود؛ چراکه اقدام مشتری، حاکم بر قاعده ما یضمن است. البته قاعده ما یضمن که از سوی فقها مطرح شده است به صورت مطلق بیان شده است؛ یعنی اعم از اینکه مشتری علم به فضولی بودن بیع داشته باشد و چه نداشته باشد. پس باین وجود باید حکم به ضمان بایع فضولی نسبت به ثمن کرد.<sup>۴۱</sup> اما با اینکه فقها بر اعتبار قاعده ما یضمن اتفاق نظر دارند به نظر می رسد مستند فقهی این قاعده را مجموع قواعد فقهی ید، اقدام و احترام به مال مسلم می دانند.<sup>۴۲</sup>

پس باتوجه به اینکه نصی وجود ندارد و فقها از فحوای روایات به این قاعده رسیده اند باید به قدر متیقن در این قاعده اکتفا کرد و گفته شود در صورتی که مشتری جهل بر غصب داشته باشد می تواند به ثمن رجوع کند و اگر علم داشته باشد بایع فضولی ضامن نیست ولی این گونه نیست، بلکه فقها در باب رهن در ذیل بحث شرط بیع در رهن بیان می کنند: اگر در عقد رهن شرط شود هنگام سر رسید دین اگر رهن دین خود را نپردازد مالی را که به عنوان رهن گذاشته شده است به مرتهن فروخته شود، هم رهن باطل می شود و هم بیع و رهن و مرتهن هردو بنا بر اطلاق قاعده ما یضمن، چه عالم به فساد عقد باشند چه نباشد، ضامن هستند.<sup>۴۳</sup> از عبارت شهید ثانی بر می آید که در اطلاق این قاعده شکی نیست و کسی با آن مخالفت نکرده است.<sup>۴۴</sup> در مواردی اطلاق این قاعده نقض می شود و آن جایی است که ثمن یا مضمن یا هردو مالیت نداشته باشند نظیر شراب یا خوک، که این امر باعث بطلان بیع می شود اما در صورت تلف، طرفین ضامن نیستند.<sup>۴۵</sup> اگر ثمن تلف شده باشد و فرد به بطلان معامله علم داشته باشد نیز ضامن نیست.<sup>۴۶</sup> اگر شخص با مجنون معامله کند سپس مبیع تلف شود نیز همین گونه است<sup>۴۷</sup> و همچنین عکس این سخن نیز صادق است؛ اگر شخص مالی را از غیر بالغ یا مجنون به عنوان ودیعه قبول کند، ضامن است.<sup>۴۸</sup> این در حالی است

۴۰. نک: قزوینی، رساله فی العدالة، ۱۸۵ تا ۱۹۲.

۴۱. انصاری، هدی الطالب، ۵/۵۰۲.

۴۲. محقق داماد، قواعد فقه، ۲/۲۲۸.

۴۳. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴/۵۶۵ تا ۵۶۶؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۸۸.

۴۴. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴/۵۶۶.

۴۵. هاشمی شاهرودی، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، ۸/۲۶۲.

۴۶. انصاری، مکاسب، ۲/۵۶۶.

۴۷. خوانساری نجفی، منیه الطالب، ۱/۱۳۰.

۴۸. نک: محقق داماد، قواعد فقه، ۲/۲۲۹ تا ۲۳۳؛ گلپایگانی، مجمع المسائل، ۳/۵.

که اگر بخواهیم براساس قاعده مایضمن حکم کنیم باید بگوییم شخص گیرنده ودیعه ضامن نیست. حتی شیخ انصاری که در مبحث مقبوض به عقد فاسد قائل به عمومیت قاعده و ضمان هست و فرقی بین علم و جهل قرار نمی دهد<sup>۴۹</sup> ما یملک را از ما لا یملک جدا می داند و در ما لا یملک قائل به ضمان نیست.<sup>۵۰</sup>

برای جمع بندی باید معامله فاسد را از جهت علم و جهل مشتری و فروشنده به چهار قسم تقسیم کنیم: ۱. موردی است که هر دو جاهل به فساد هستند که در این صورت قطعاً شامل قاعده مایضمن می شود؛ ۲. مشتری علم داشته باشد و بایع جاهل به فساد باشد؛ ۳. عکس صورت دوم است؛ ۴. علم هر دو به فساد است. اشکال در این سه قسم اخیر است که گروهی از فقها همان طور که گفته شد قائل به ضمان هستند اما گروهی دیگر علم طرفین یا یکی از آنها را سبب سقوط ضمان می دانند.<sup>۵۱</sup>

سیدخونی و هم فکran ایشان که از طرف داران نظر ضمان هستند این گونه بیان می کنند: اینکه گفته شود تسلیط به صورت مجانی صورت گرفته، خلاف وجدان است؛ زیرا فروشنده، خریدار را به طور معاوضه مسلط بر مالش کرده است و اگر در این موضوع قائل به عدم ضمان شویم باید در قمار و بیع خمر نیز بگوییم که ضمانی وجود ندارد. از سوی دیگر اگر گفته شود قابض که جاهل است از باب غرور می تواند به دافع عالم رجوع کند و در صورت تلف مال دافع عالم ضمانی برای قابض جاهل نیست، این استدلال نیز صحیح نیست، زیرا قاعده غرور دو پایه دارد؛ یکی علم غار و دیگری جهل مغرور. در اینجا درست است که مغرور جهل به فساد داشته اما علم به ضمان نیز داشته است، زیرا که با انجام بیع در واقع ضمان المسمی را بر ذمه خود گرفته و می توان گفت که مغرور نسبت به زائد ثمن المسمی ضمانی ندارد.<sup>۵۲</sup>

خونی بیان کرده: خریدار برای معاوضه تسلیط را صورت داده نه اینکه مجاناً باشد؛ باید گفت چگونه می شود خریدار با علم به فساد معامله تسلیط به صورت معاوضه صورت داده باشد. به عبارت دیگر، او وقتی می داند معاوضه ای در واقع رخ نمی دهد چگونه می تواند تسلیط را به صورت معاوضه صورت داده باشد. اگر عالم به فساد نمی بود می توانست بگوید قصد من معاوضه بوده ولی حال که علم به فساد معاوضه دارد نمی تواند بگوید من قصد معاوضه کردم و اینکه گفته شد اگر در این مبحث ضمان را نپذیریم باید قمار و بیع خوک را نیز نپذیریم، باید گفته شود درباره قمار طیب نفس وجود ندارد و اگر طیب نفس باشد مصداق

۴۹. نک: ماده ۳۶۶ ق.م: انصاری، مکاسب، ۳۹۲/۱.

۵۰. انصاری، مکاسب، ۵۶/۲.

۵۱. «التحقیق عدم الضمان مع علم الدافع خصوصاً مع جهل القابض لأن الإذن في التصرف مسقط للضمان ودعوى أنه مقيد مدفوعة بأن قیده حاصل إذ هو مقيد بالملکة المنشأة للدافع وهي حاصلة لا بالملکة الشرعیة»؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۹۴/۱؛ صدر، کتاب البیع، ۷۶/۳؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۹۴/۱.

۵۲. خونی، موسوعة، ۲۴۱ تا ۲۴۰/۳۶.

بارز اکل مال به باطل است<sup>۳</sup> و دلیل خاص بر آن داریم<sup>۴</sup> و ربطی به قاعده مایضمن ندارد، زیرا قمار اصلاً مصادق صحیحی ندارد. اما درباره بیع خوک که ما لایمک است در جای خودش بیان کردیم که چنانچه تلف شود ضمان نیست.<sup>۵</sup>

باتوجه به مطالبی که مطرح شد اگر فرد با علم به فضولی بودن بیع انجام دهد، زمانی قاعده مایضمن شامل حال آن فرد خواهد شد که قصد بیع نیز داشته باشد، پس اگر شخصی با علم به فضولی بودن ثمن خود را به فرد غاصب دهد و قصد او کسب درآمد نامشروع باشد دیگر قاعده مایضمن شامل حال این شخص نمی شود؛ چراکه گفتیم قاعده مایضمن زمانی شامل حال طرفین معامله می شود که قصد ضمانت طرف مقابل خود را کرده باشند. برای مثال، بایع در بیع صحیح با دادن مبیع، مشتری را ضامن ثمن می کند و مشتری با دادن ثمن بایع را ضامن مبیع می کند؛ اما در مبحث ما همان طور که بیان شد قصد کسب درآمد نامشروع با قصد ضمانت طرف مقابل سازگاری ندارد. حال که ضمانت غاصب اول برای ما ثابت نشد فقط در این انتقال ثمن و کالا (بین غاصب اول و فردی که علم به غصب دارد) یک اذن باقی می ماند و آن اذن، دادن ثمن به غاصب اول است.

### ۳. دلایلی که مشتری فضولی اگر علم به غصب داشته باشد و ثمن تلف شده باشد نمی تواند به ثمن رجوع کند.

أ. رضایت مشتری به دادن ثمن: مشتری ثمن را با طیب نفس به بایع فضولی داده است که معصوم (ع) بیان کرده است: «لایجوز اخذ مال المسلم بغیر طیب نفس منه».<sup>۶</sup> در این حالت مال برای بایع فضولی حلال بوده و تلف در زمانی رخ داده است که مشتری مال را از روی طیب نفس به بایع داده، پس دلیلی برای ضامن بودن بایع فضولی وجود ندارد.<sup>۷</sup> قراین معتبره ای نیز اگر وجود داشته باشد که مشتری خود اقدام به هتک حرمت مالش کرده است در این صورت نیز نمی تواند به بایع رجوع کند.<sup>۸</sup>

ب. قاعده اقدام:<sup>۹</sup> در لغت به معنای پیشی گرفتن در امری است<sup>۱۰</sup> و اقدام در جنگ به معنای

۵۳. بطلان این معاملات به دلیل بیهودگی و تعارض با قواعد اخلاقی است که نفوذ حقوقی را از آن ها می گیرد؛ کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، ۲/۲۲۴؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ۳۳/۲.

۵۴. نک: آیات ۲۱۹ سوره بقره و ۹۰ سوره مائده و همچنین: کلینی، الکافی، باب النرد و الشطرنج.

۵۵. نک: صفحه هشت همین مقاله.

۵۶. نوری، مستدرک الوسائل، ۸۸/۱۷.

۵۷. نک: سبزواری، مهذب الاحکام، ۳۴۵/۱۶.

۵۸. سبزواری، مهذب الاحکام، ۳۴۴؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۳۹۲/۱۸.

۵۹. نک: مصطفوی، القواعد الفقهية، ۵۷.

شجاعت داشتن است<sup>۶۱</sup> اما در اصطلاح، قاعده اقدام دارای دو معناست که معنای اول آن، اقدام به زیان است؛ هرگاه شخصی باتوجه به آگاهی عملی را انجام دهد که توسط دیگران موجب ورود زیان به او شود، زیان رساننده ضامن نخواهد بود؛ چراکه خود اقدام به زیان خود کرده است،<sup>۶۲</sup> نظیر کسی که با علم به فضولی بودن جنسی را می خرد و ثمن او تلف شود<sup>۶۳</sup> یا اینکه فرد با علم به غبن معامله کند.<sup>۶۴</sup> اینجا نیز می توان قاعده لاضرر را جاری دانست، زیرا رجوع نکردن مشتری عالم به فضولی بودن به ثمن سبب ضرر مشتری است و در اسلام از ضرر نهی شده است. صحت این کلام نیاز به بررسی نسبت قاعده لاضرر با اقدام دارد که قاعده اقدام بر لاضرر حکومت دارد، پس وقتی فرد خیار غبن خود را ساقط می کند یا با علم به فضولی بودن خرید می کند نمی تواند به قاعده لاضرر تمسک جوید.<sup>۶۵</sup>

معنای دوم قاعده اقدام عبارت است از: فرد در تصرف مال غیر یا اخذ مال اقدام به ضمان کند؛ مثلاً دو نفر عقد اجاره ای با یکدیگر می بندند سپس مشخص می شود که این عقد اجاره مورد امضای شارع نیست و باطل است. در اینجا با اینکه عوض المسمی به موجد تعلق نمی گیرد اما مستأجر ضمان واقعی دارد، زیرا که متعاقدين اقدام بر ضمان یکدیگر کرده اند.<sup>۶۶</sup>

این معنا از اقدام هم در مبحث ما جاری نمی شود و نمی توان گفت فروشنده ضامن ثمن است؛ چراکه موضوع قاعده اقدام در این تعریف، اقدام کردن متعاقدين بر ضمان است و در مسئله ای که بیان شده است این موضوع مفقود است (زیرا مشتری علم به فضولی داشته است).<sup>۶۷</sup>

**ج. قاعده احترام مال مسلم:**<sup>۶۸</sup> قاعده احترام عبارت است از: اگر مالی در ملک مالک باشد هیچ کسی حق ندارد در آن مال بدون اجازه مالک آن مال تصرف کند و چنانچه به غیراذن تصرف کرد و آن مال تلف شد، ضامن است.<sup>۶۹</sup> اگر براساس نظر امام خمینی (ره) بیان شود که قاعده احترام مال مسلم شامل احکام وضعی نیز می شود،<sup>۷۰</sup> اشکالات دیگری نیز وارد است که نمی توان بایع فضولی را ضامن ثمن

۶۰. جوهری، الصحاح، ۲۰۰۷/۵.

۶۱. ابن منظور، لسان العرب، ۴۱۷/۱۲.

۶۲. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۲۱/۱.

۶۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۹/۲.

۶۴. یزدی، العروة الوثقی، ۳۵/۵.

۶۵. نک: محقق داماد، قواعد فقه، ۲۲۱ تا ۲۲۲؛ مصطفوی، القواعد الفقهية، ۵۹.

۶۶. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱۱۷/۷.

۶۷. انصاری، هدی الطالب، ۴۹۰/۵.

۶۸. نک: محقق داماد، قواعد فقه، ۲۱۳ تا ۲۱۶.

۶۹. خمینی، تهذیب الاصول، ۱۲۵/۳.

۷۰. نک: قزوینی، ینایع الاحکام، ۶۳۰/۵.

دانست، ازجمله: در تعریف قاعده آمده است اگر بدون اذن در مال مالک تصرف کند، در صورتی که در فرض ما مشتری با اذن ثمن را در اختیار بایع فضولی قرار می دهد و خود او احترام مال خود را شکسته است.

د. عدم جریان علی الید: <sup>۷۱</sup> مشهور است که فقها راجع به کسی که مال غیر را اخذ کرده، بنابر حدیث نبوی «علی الید ما اخذت حتی تودی» حکم بر ضمان در صورت تلف کرده اند. <sup>۷۲</sup>

قاعده علی الید نیز در فرض ما جاری نمی شود، زیرا مخصّص قاعده علی الید صورت امانت است و اگر فردی شخصی را امین خود قرار دهد مال خود را به دست او بسپارد و تلف شود امین ضامن نیست، نظیر ودیعه و عاریه و عین مستأجره در دست مستأجر. پس در فرضی که مشتری عالم بر غصب است و ثمن خود را نزد بایع فضولی قرار داده، گویی اذن در اتلاف آن ثمن داده است و به طریق اولی ضمان وجود ندارد. <sup>۷۳</sup>

شیخ انصاری در واقع علم مشتری به فضولی را مساوی با اتلاف ثمن دانسته است ولی همیشه این گونه نیست و کمتر پیش می آید که فرد بخواهد این گونه اقدام کند، بلکه ممکن است مشتری با علم به فضولی بودن، بیع را انجام دهد به امید اینکه خود بتواند از مالک اصلی اجازه بگیرد، همانند جایی که بایع مبیعی را می فروشد که قدرت تسلیم آن مبیع را ندارد اما مشتری قدرت به قبض آن را دارد که فقها در اینجا حکم به صحت بیع کرده اند. <sup>۷۴</sup> با توجه به مطالب گذشته و استثنائات قاعده علی الید، در واقع غاصب دوم که از روی طیب نفس ثمن را در اختیار غاصب اول قرار داده است می تواند مخصّص قاعده علی الید باشد، زیرا این قاعده در جایی جاری است که اذنی در کار نباشد و با آمدن اذن قاعده علی الید کنار می رود.

ه. اعراض از مال: اعراض در صورتی است که شخص با طیب نفس مال را از ملکیت خود آزاد کند و این آزاد کردن از ملکیت بر وجه هبه، بیع، اجاره و... نباشد. <sup>۷۵</sup> در اینکه آیا اعراض اباحه تصرف می آورد یا ملکیت آور است، اختلاف شده است و مشهور بیان کرده اند: اعراض ملکیت فرد را زائل می کند و برای فرد مقابل ملکیت آور است. <sup>۷۶</sup>

قانون مدنی راجع به اعراض، ماده مخصوصی بیان نکرده ولی در ماده ۱۷۸ می گوید: مالی که در دریا

۷۱. نک: ابن ابی جمهور، عوالی اللئالی، ۲۲۴/۱ فیض کاشانی، الوافی، ۹۶۸/۱۸.

۷۲. نک: ایروانی، حاشیه المکاسب، ۹۳/۱؛ نک: خمینی، کتاب البیع، ۳۷۸ تا ۳۷۳/۱؛ نراقی، عوائد الایام، ۳۱۵.

۷۳. انصاری، المکاسب، ۵۴/۲.

۷۴. طباطبایی کربلایی، الشرح الصغیر، ۳۲/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۵۰/۳.

۷۵. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱/۲.

۷۶. خوئی، موسوعة، ۴۶۸/۳۰.

صابری و دیگران؛ تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۲۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب) / ۱۰۱

غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد. ماده مزبور اگرچه درباره مالی است که در دریا غرق شده است و کسی باید آن را بیرون بیاورد، ولی خصوصیتی در غرق مال و بیرون آوردن آن از دریا نیست؛ بلکه هرکس مالی را که مالک از آن اعراض کند حیات کند مالک آن می شود. اعراض از حقوق عینی مانند ابراء از حقوق دینی است که صاحب حق در آن آزاد و مختار است، چنان که مسافری که به وسیله اتومبیل در صحرا مسافرت می کند و در اثر بدی راه بار اتومبیل را کاسته و مقداری از اثاثیه خود را در بیابان بیندازد و از آن صرف نظر کند.<sup>۷۷</sup>

شخصی از امام صادق (ع) درباره کشتی ای که در آب غرق شود و اموال مردم در دریا بیفتند سؤال کرد، امام (ع) در پاسخ فرمودند: چنانچه اموال را دریا به ساحل برساند اموال از برای صاحبان آن هاست اما چنانچه فردی به وسیله غواصی اموال را به دست آورد آن اموال برای غواص است، زیرا آن غواص محق تر بر آن اموال است.<sup>۷۸</sup> البته در حدیث دیگری در این باب از امام صادق (ع) این قید که «مردم آن را ترک کرده باشند» نیز آمده است.<sup>۷۹</sup>

باتوجه به احادیث بیان شده و همچنین تعریف اعراض می توان گفت: مشتری عالم به غصب در واقع از مال خود اعراض کرده است و از ملکیت خود بر ثمن دست برداشته است و در صورت تلف حق رجوع ندارد، هر چند که اعراض را اباحه تصرف یا ملکیت آور بدانیم فرقی به حال موضوع مسئله ما ندارد.

با واکاوی موضوع در فقه به این نتیجه دست می یابیم که جز فقهای معاصر<sup>۸۰</sup> در سایر کتب فقهی باب مستقلى به عنوان اعراض گشوده نشده است. فقها در ذیل بحث خاک طلا و نقره در زرگری و نقره سازی به مسئله اعراض پرداخته اند. در همین مبحث نیز بین فقها اختلاف نظرهایی دیده می شود و حتی مجلسی حدیث استناد شده در این باب را ضعیف می شمارد.<sup>۸۱</sup>

به نظر می رسد طرح مسئله اعراض با موضوع حاضر با دشواری روبه روست، زیرا همان طور که گفته شد نهاد اعراض در فقه نهادی متزلزل است و در حقوق نیز افرادی که قائل به تعمیم ماده ۱۷۸ به سایر موارد هستند در مبحث ما اعراض را نمی پذیرند.<sup>۸۲</sup> در اعراض از مال، فرد چیزی به دست نمی آورد اما مشتری عالم به غصب، معاوضه ای صورت داده هر چند که به صورت ادعایی خود را مالک دانسته باشد.

۷۷. امامی، حقوق مدنی، ۱۵۲/۱.

۷۸. نک: وسائل الشیعة، کتاب اللقطة باب ۱۲ به بعد.

۷۹. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۵۵/۲۵.

۸۰. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۷۰/۲؛ هاشمی شاهرودی، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، ۷۸/۶.

۸۱. مجلسی، مرآة العقول، ۱۳ تا ۱۹.

۸۲. امامی، حقوق مدنی، ۳۷۶/۱.

و. جمع بین ماده ۳۲۴ و ۳۲۶ قانون مدنی: در ماده ۳۲۴ ق.م.آ آمده است: «در صورتی که مشتری عالم به غصب باشد، حکم رجوع هریک از بایع و مشتری به یکدیگر در آنچه که مالک از آن‌ها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده...»، حال اگر این گونه فرض شود که مال غصبی در دست مشتری تلف شده و مالک به او رجوع کرده است، بر طبق ماده ۳۲۴ و ۳۱۸ ق.م.چه مشتری عالم و چه جاهل به غصب باشد نمی‌تواند به غاصب قبل خود رجوع کند، زیرا مال در ید او تلف شده است.<sup>۸۳</sup> این سخن در حالی است که ماده ۳۲۶ ق.م.بر مواد ۳۱۸ و ۳۲۴ ق.م.استثنائی قائل شده است و در واقع حکم عام، مواد را تخصیص می‌زند و برای مشتری عالم بر غصب حق رجوع به ثمن را می‌دهد.

بنابراین باید گفت که اگر مشتری جاهل بر غصب باشد و مال غصبی در ید او تلف شده باشد حق رجوع به سایر غاصبان را ندارد اما اگر عالم بر غصب باشد حق رجوع به ثمن خود را دارد، حال آنکه در ظاهر چنین نتیجه‌ای صحیح نیست؛ زیرا به فردی که عالم بر غصب است ارفاق بیشتری صورت گرفته است.<sup>۸۴</sup> به نظر می‌رسد وجه جمع مواد یادشده این است که گفته شود ماده ۳۲۶ ق.م.در صورتی جاری است که ثمن نزد بایع فضولی باقی باشد و در صورتی که ثمن تلف شده باشد طبق ماده ۳۲۴ و ۳۱۸ ق.م.حق رجوعی برای او نیست. در این وجه جمع هم داراشدن ناروا رخ نمی‌دهد و همچنین قاعده تلف مبیع در تعاقب ایادی رعایت شده است.<sup>۸۵</sup>

ز. استناد به آیه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»<sup>۸۶</sup> و حدیث «لیس لعرق ظالم حق»<sup>۸۷</sup> کسی که با علم به مالک نبودن بایع کالایی را می‌خرد، در واقع با آن غاصب تعاون کرده است که شارع از این عمل نهی فرموده است،<sup>۸۸</sup> به گونه‌ای که این کار سبب افزایش غصب به روش‌های مختلف و درآمدزایی از مال غصبی است. البته باید در معاونت بر اثم و عدوان توجه داشت که قصد، شرط است<sup>۸۹</sup> و اگر فرد قصد نداشته باشد ولی علم به غصب داشته باشد، نمی‌تواند عنوان معاونت بر آن صدق کند. عقل نیز عمل کسی

۸۳. نک: خمینی، تحریر الوسیلة، ۱۹۷/۲.

۸۴. اگر اشکال شود ماده ۳۲۵ ق.م.به فرد جاهل بر غصب در صورت تلف مبیع حق رجوع داده است، در جواب باید گفته شود این حق رجوع از باب قاعده غرور است نه قاعده تعاقب ایادی در غصب. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۸۱.

۸۵. نک: عدل، حقوق مدنی، ۲۴۷ تا ۲۴۵.

۸۶. ترجمه آیه: (هرگز) در راه گناه و تعدی همکاری ننمائید؛ مانده: ۲؛ این قاعده غیراصطیادی است و در کتب قواعد فقه با عناوینی همچون «حرمة المعانة على الإثم»؛ قاعده الإعانة على الإثم والعدوان؛ إنَّ الإعانة على الطاعة طاعة والإعانة على الإثم إثم» بحث شده است. نک: مظاهری، عوائد القواعد الفقہیة، ۱۷۱/۱؛ نک: قبولی درافشان، بررسی موضوعی و حکمی اعانه بر حرام در فقه قراردادها، ۱۹ به بعد.

۸۷. «و یاسنادہ عن محمد بن علی بن محبوب عن علی بن محمد بن شیرة عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن واقد عن عبد العزیز بن محمد قال سمعت أبا عبد الله ع يقول من أخذ أرضاً بغير حقها أو بئى فيها قال يرفع بناؤه و تسلم التربة إلى صاحبها ليس لعرق ظالم حق»؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۵۷/۱۹.

۸۸. نک: حسینی حائری، فقه العقود، ۳۷۵/۱.

۸۹. نراقی، عوائد الایام، ۷۵.

صابری و دیگران؛ تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۲۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب) ۱۰۳/

که اعانت بر منکر کند را همانند مجرم آن عمل، البته به حد کمتری قبیح می‌داند و از این روست که در قوانین عرفی برای کسی که معاونت در جرمی صورت داده، جرم تعیین شده است، همانند کسی که در سرقت معاونت کند یا مقدمات آن را فراهم کند که در قوانین جزایی او را مجرم می‌دانند.<sup>۹۰</sup>

دلیلی ندارد قانون مدنی از شخصی که معاونت بر جرم غصب صورت داده حمایت کند و این شخص بتواند در صورت تلف ثمن علیه شخص مقابل خود اقامه دعوا کند. البته به این موضوع اشاره کردیم که غاصب از آنجایی که غاصب است مجرم است و باید پاسخ‌گوی غصب خود باشد.

در حدیثی از امام صادق (ع) بیان شده: برای اصل و ریشه ظالم حقی نیست. البته این سخن معصوم درباره شخصی بوده که در زمین غصبی بنایی را ساخته است اما امام (ع) برای ما قاعده‌ای کلی بیان می‌کنند و نمی‌توان گفت فقط در مثال مذکور مورد استفاده است. شخصی که با علم به غصب مالی را بخرد یا بفروشد در ظالم بودن آن شکی نیست و حقی نباید برای او قائل شد. به عبارت دیگر، اصل، حق نداشتن غاصب است مگر در مواردی که استثنا آمده باشد. به عبارتی، هنگام دقت به حدیث «لیس لعرق ظالم حق» یا قاعده «الغاصب یؤخذ بالحق الاحوال» و... متوجه می‌شویم نظر شارع بر این است که غاصب حقی ندارد، مگر در مواردی مثل افزودن زیاده بر مال غصبی در صورتی که قابل جداسازی باشد.

## نتیجه‌گیری

باتوجه به فرض مسئله، که اگر شخص عالم بر غصب باشد و کالایی را از بایع فضولی خرید کند و ثمن او تلف شود؛ قانون مدنی نظر به رجوع مطلق مشتری به ثمن را دارد ولی مشهور فقها نظر به عدم رجوع مشتری به ثمن را دارند. اما با ادله‌ای که بیان شد به نظر می‌رسد که نظر قانون مدنی و حقوق‌دان‌ها به صورت کلی درخور دفاع نباشد، زیرا آن‌ها این مسئله را از باب داراشدن غیرعادلانه و اکل مال به باطل می‌خواهند حل کنند. این در حالی است که فرد با طیب نفس مال خود را در اختیار غاصب قرار داده و اگر عین موجود باشد می‌تواند به آن رجوع کند و همچنین است اگر اتلاف صورت گرفته باشد. اگر این سخن مفسران حقوقی را بپذیریم باید گفته شود درباره زائد بر ثمن هم فرد عالم به غصب می‌تواند به بایع رجوع کند اما قانونگذار این اجازه را نمی‌دهد. مشهور فقها نیز در صورت تلف ثمن، به طور کلی ضمانتی برای بایع قائل نشده‌اند. عمومیت و کلیت این سخن مشهور فقها را نمی‌توان پذیرفت، زیرا روابط اجتماعی می‌تواند وجوه مختلفی داشته باشد و نمی‌توان همه را به یک چشم دید و برای همه حکم واحدی صادر کرد. عمده دلیل فقها برای عدم ضمانت نیز این است که فرد مال خود را با رضایت در اختیار غاصب قرار داده است و

۹۰. خمینی، مکاسب المحرمه، ۲۱۸/۱؛ منتظری، دراسات فی المكاسب المحرمه، ۳۴۳/۲.

ازسوی دیگر، در صورت تلف نمی توان بایع را ضامن دانست، زیرا اسباب ضمان موجود نیست. مواردی یافت می شود با اینکه مشتری از غضب آگاه است اما اقدام به ضمان کرده است، مثل جایی که مشتری عالم به غضب است اما چون با مالک دوستی دیرینه ای دارد و امید به رضایت او به این بیع دارد، کالا را می خرد. عکس این صورت هم ممکن است اگر شخصی مال خر باشد، یعنی شغل او خرید وسایل مسروقه است و شهرتی در این کار دارد، در این صورت صدور حکم واحد برای افراد یادشده خلاف عدالت است. پیشنهاد می شود که ماده ۳۲۶ قانون مدنی این گونه اصلاح شود: اگر عوضی که مشتری عالم بر غضب است در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاد بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاد نمی تواند رجوع کند و به مقدار ثمن در صورتی حق رجوع دارد که تعاون بر اثم و عدوان نکرده باشد.

## منابع

- قرآن کریم. ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین. تحریر المجلة. قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین. عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیة. قم: دار سیدالشهید. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. قم: سیدالشهدا (ع). چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. ۱۴۱۴ق.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیة. چاپ بیست و یکم، ۱۳۷۹.
- انصاری، محمد علی. الموسوعة الفقهية الميسرة ويلها الملحق الاصول ملحق تراجم الفقهاء والاصوليين. قم: مجمع الفكر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مکاسب. قم: دار الذخائر. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. هدی الطالب الی شرح مکاسب. به شرح محمد جعفر جزایری. بی جا: طلیعة النور. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ایروانی، علی. حاشیه مکاسب. قم: نجفی. چاپ دوم، ۱۳۷۹ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۳.
- تسخیری، محمد علی. القواعد الاصولية و الفقهية. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامة،

المعاونية الثقافية. چاپ دوم، ۱۴۳۱ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ دوم، ۱۳۸۱.  
جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.  
حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.  
حسینی حائری، کاظم. فقه العقود. قم: مجمع الفكر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.  
حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.  
حکیم، محسن. حقائق الاصول. قم: کتاب فروشی بصیرتی. چاپ پنجم، ۱۴۰۸ق.  
خمینی، روح الله. مکاسب المحرمه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره). چاپ چهارم، ۱۳۹۲.

خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره). چاپ سوم، ۱۳۹۲.  
خمینی، روح الله. تهذیب الاصول. قم: دار الفكر. چاپ اول، ۱۳۸۲.  
خمینی، روح الله. کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره). چاپ چهارم، ۱۳۹۲.  
خوانساری نجفی، موسی بن محمد. منية الطالب فی شرح مکاسب. تهران: المکتبیه المحمدیه. چاپ اول، ۱۳۷۳ق.  
خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: احیاء آثار الامام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.  
ذهنی تهرانی، محمدجواد. عناوین الاحکام. قم: وجدانی. چاپ اول، ۱۳۷۳.  
روحانی، محمدصادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. ۱۴۲۹ق.  
سبحانی تبریزی، جعفر. احکام البيع فی الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۳۸۷.  
سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.  
شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

صدر، محمد. کتاب البيع. قم: محبین. چاپ اول، ۱۴۳۲ق.

صفایی، سیدحسین. مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: سمت. چاپ یازدهم، ۱۳۹۷.  
طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی. الشرح الصغير فی شرح المختصر النافع. قم: مکتبه آية الله العظمی المرعشی النجفی (ره). چاپ اول، ۱۳۶۸.

- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- عدل، مصطفی. حقوق مدنی. تهران: امیرکبیر. چاپ هفتم، ۱۳۴۲.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- غزالی، محمد بن محمد. الوسیط فی المذهب. قاهره: دار السلام. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. کنز العرفان فی فقه القرآن. تهران: مرتضوی. چاپ پنجم، ۱۳۷۲.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. ایضاح الکفایة. قم: نوح. چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. العین. بیروت: دار و مكتبة الهلال. بی تا.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمومنین علی (ع). چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- قبولی درافشان، محمد هادی. بررسی موضوعی و حکمی اعانه بر حرام در فقه قراردادها با مقایسه در نظام های حقوقی ایران، مصر و انگلستان. تهران: میزان. چاپ سوم، ۱۳۹۸.
- قزوینی، علی بن اسماعیل. رساله فی العدالة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- قزوینی، علی بن اسماعیل. ینایع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- کاتوزیان، ناصر. الزام های خارج از قرارداد. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ نوزدهم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی: عقود معین. تهران: گنج دانش. چاپ پانزدهم، ۱۴۰۱.
- کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان. چاپ شصت و دوم، ۱۴۰۰.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. انوار الفقاهة. نجف: کاشف الغطاء العامة. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- گلپایگانی، محمد رضا. مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم. چاپ دوم، بی تا.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۳۶۳.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقه الامامية. تهران: قسم الدراسات الإسلامية فی مؤسسه البعثة. چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مصطفوی، محمد کاظم. القواعد الفقهية. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ چهارم، ۱۴۲۱ق.

صابری و دیگران؛ تأملی فقهی و حقوقی بر ماده ۲۲۶ قانون مدنی (خرید کالای غصبی با علم به غصب)/۱۰۷

- مظاهری، حسین. عوائد القواعد الفقهية. اصفهان: مؤسسة فرهنگی مطالعاتی الزهراء(ع). چاپ اول، ۱۳۹۷.
- مکارم شیرازی، ناصر. کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع). چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- منتظری، حسینعلی. دراسات فی مکاسب المحرمه. قم: تفکر. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- موسوی خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: صدوق. چاپ دوم، ۱۳۵۵.
- میلانی، محمدهادی. کتاب البیع. قم: مرکز الحقائق الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. عوائد الایام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۵.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل. بیروت: آل البيت(ع) لاحیاء التراث. ۱۴۰۹ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود. موسوعة الفقه الاسلامی المقارن. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع). چاپ اول، ۱۴۳۲ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. العروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. حاشیه مکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق.

## Transliterated Bibliography

*Qurān-i Karīm*. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī.

‘Adl, Muṣṭafā. *Huqūq Madanī*. Tehran: Amīr Kabīr. Chāp-i Haftum, 1963/1342.

Āl Kāshif al-Ghiṭā’, Ḥasan ibn Ja‘far. *Anwār al-Faqāhah*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā’ al-‘Āmah. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Āl Kāshif al-Ghiṭā’, Muḥammad Ḥusayn. *Tahrīr al-Majala*. Qum: al-Majma‘ al-‘Ālamī li-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta'allimīn fī Aḥkām al-Dīn*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. Chāp-i Awwal. 1991/1411.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Anṣārī, Muḥammad ‘Alī. *Mawsū'a al-Fiḥriyya al-Muyassara wa Yalīhā al-Mulḥaq al-Uṣūlī Mulḥaq Tarājīm al-Fuqahā wa al-Uṣūliyyin*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Dār al-Dhakhā'ir, Chāp-i Awwal, 1991/1411.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Hudā al-Ṭālib fī Sharḥ al-Makāsib*. bi Sharḥ Muḥammad Ja‘far

- Jazāyri, s.l. Ṭaliyah al-Nūr, Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā'iq al-Nādira fi Ahkām al-'Itra Ṭāhira*. Qum: Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal. 1985/1363.
- Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1958/1377.
- Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn 'Abd Allāh. *Kanz al-'Irfān fi Fiqh al-Qurān*. Tehran: Murtaẓawī. Chāp-i Panjum, 1994/1372.
- Farāhidī, Khalil ibn Aḥmad. *al-'Ayn*. Beirut: Dār wa Maktaba al-Hilāl, s.d.
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Wāfi*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī (AS). Chāp-i Awwal, 1986/1406.
- Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī, Muḥammad. *Īdāh al-Kifāya*. Qum: Nūḥ. Chāp-i Panjum, 2007/1385.
- Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Wasīf fi al-Madhhab*. Cairo: Dār al-Salām. Chāp-i Awwal, 1997/1417.
- Gulpāyigānī, Muḥammad Riẓā. *Majma' al-Masā'il*. Qum: Dār al-Qurān-i al-Karīm. Chāp-i Duwwum, s.d.
- Ḥā'irī, Kāzim. *Fiqh al-'Uqūd*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 2002/1423.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Ḥaqā'iq al-Uṣūl*. Qum: Kitābfurūshī Baṣīratī, Chāp-i Panjum, 1988/1408.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī al-Muqārin*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS), Chāp-i Awwal, 2011/1432.
- Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shī'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Duwwum, 1989/1409.
- Ḥusaynī Marāghī, 'Abd al-Fattāḥ ibn 'Alī. *al-Anāwīn*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1996/1417.
- Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad ibn 'Alī. *'Awālī al-Lā'ālī al-'Azīziyah fi Ahādith al-Dīniyah*. Qum: Dār Sayyid al-Shuhadā. Chāp-i Awwal. 1985/1405.
- 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 Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-'Arabiya*. Beirut: Dār al-'Ilm, Jawharī, Ismā'il li-l-Malāyīn, Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. 1993/1414.
- Ibn Sa'īd, Yaḥyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-l-Sharāy'*. Qum: Sayyid al-Shuhadā 'Ilmiyyah. Chāp-i Awwal,

1985/1405.

Imāmī, Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmīyyah. Chāp-i Bist va Yikum, 2001/1379.

Ṭrawānī, ‘Alī. *Ḥāshiya al-Makāsib*. Qum: Najafī, Chāp-i Duwwum, 1960/1379.

Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *Mabsūṭ dar Tirmīnūlūzhī Huqūq*. Tehran: Kitābkhānah-yi Ganj-i Dānish. Chāp-i Duwwum, 2003/1381.

Kātūziyān, Nāšir. *Amvāl va Mālīkiyat*. Tehran: Mizān, Chāp-i Nūzdahum, 2007/1386.

Kātūziyān, Nāšir. *Huqūq-i Madanī: Uqūd-i Mu‘ayyan*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Pānzdahum, 2023/1401.

Kātūziyān, Nāšir. *Ilzām-hā-yi Khārij az Qarārdād*. Tehran: Mū‘assisah-yi Intishārāt va Chāp University of Tehran, Chāp-i Sivum, ۲۰۰۸/1387.

Kātūziyān, Nāšir. *Qānūn Madanī dar Naẓm Huqūqī Kunūnī*. Tehran: Mizān. Chāp-i Sašt va Duwwum, 2022/1400.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū‘ī*. Qum: Mū‘assisa Ihya’ Āṣār al-Imām al-Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Chāhārum, 2014/1392.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay‘*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Chāhārum, 2014/1392.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Fikr, Chāp-i Awwal, 2003/1382.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Sivum, 2014/1392.

Khuwānsārī Najafī, Mūsā ibn Muḥammad. *Munya al-Ṭālib fī Ḥāshiya al-Makāsib*. Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiya. Chāp-i Awwal, 1994/1373.

Khuwānsārī, Aḥmad. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Tehran: Ṣadūq, Chāp-i Duwwum, 1977/1405.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth, Chāp-i Awwal, 2008/1429.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ma‘āṭ al-Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1985/1363.

- Makārim Shīrāzī, Nāshir. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), Chāp-i Awwal, 2003/1424.
- Mazāhiri, Ḥusayn. *‘Awā’id al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Isfahān: Mū’assisah-yi Farhangī Muṭālī‘ātī al-Zahrā. Chāp-i Awwal, 2019/1397.
- Milānī, Muḥammad Hādī. *Kitāb al-Bay’*. Qum: Markaz al-Ḥaqā’iq al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 2008/1429.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawā’id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulum-i Islāmī. Chāp-i Davāzdahum, 1986/1406.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Mukhtaṣar al-Nāfi‘ fi Fiqh al-Imāmiyya*. Tehran: Qim Dirāsāt al-Islāmiyya fi Mū’assisa al-Ba’tḥa. Chāp-i Sivum, 1990/1410.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā’i‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Tehran: Qum: Ismā‘īliyyān, Chāp-i Duvvum, 1988/1408.
- Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Dirāsāt fi al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Tafakur. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Muṣṭafāwī, Muḥammad. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: Mū’assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 2000/1421.
- Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *‘Awā’id al-Ayām*. Qum: Mū’assisa Nashr Islāmī. Chāp-i Awwal, 1997/1375.
- Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā’il*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth, 1989/1409.
- Qabūli Durafshān, Muḥammad Hādī. *Barrisi Mawḍū‘ī va Hukmī I‘ānīh bar Ḥarām dar Fiqh Qarārdād-hā bā Muqāyisih dar Nizām-hā-yi Huqūqī Irān, Miṣr va England*. Tehran: Mizān. Chāp-i Sivum, 2020/1398.
- Qazwīnī, ‘Alī Ismā‘īl. *Risālah fi al-‘Adālah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Qazwīnī, ‘Alī Ismā‘īl. *Yanābi‘ al-Aḥkām fi Ma’rifā al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2003/1424.
- Rūḥānī, Muḥammad Šādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anwār al-Hudā. 2008/1429.
- Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Sayyid ‘Abd al-A‘lā Sabzawārī. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.
- Šadr, Muḥammad. *Kitāb-i al-Bay’*. Qum: Buḥibīn, Chāp-i Awwal, 2011/1432.
- Šafāyī, Sayyid Ḥusayn. *Mas’ūliyat-i Madanī (Ilzāmāt Khārij az Qarārdād)*. Tehran: Samt. Chāp-i Yazdahum,

2019/1397.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fi Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqīya*. Qum: al-Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1989/1410.

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

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *al-Bay' al-Adhhān fi al-Shar'i al-Islāmīya al-Gharra'*. Qum: Mū'assisa Imām Šādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1968/1387.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *al-Sharḥ al-Šaghīr fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī. Chāp-i Awwal, 1990/1368.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Riyāḍ al-Msā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Taskhīrī, Muḥammad 'Alī. *al-Qawā'id al-Uṣūliya wa al-Fiqhiya*. Qum: al-Majma' al-'Ālamī li-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīya. Chāp-i Awwal, Majma' Taqrīb Madhāhib Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2010/1431.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn 'Abd al-'Azīm. *al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Mū'assisa Nashr Islāmī. Chāp-i Awwal, 2002/1421.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn 'Abd al-'Azīm. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Chāhārum, 1990/1410.

Zihnī Tihirānī, Muḥammad Javād. *'Anāvin al-Aḥkām*. Qum: Vujdānī, Chāp-i Awwal, 1995/1373.





## Reassessing the Application of Presumption of Continuity (*Istiṣhāb*) in Legal Suspicion

Amirhossein Ghazanfari 

Level Four Seminary Student, Qom Seminary, Qom, Iran

Email: [almontazeralmahdi@gmail.com](mailto:almontazeralmahdi@gmail.com)

### Abstract

As jurists grow increasingly distant from the period in which the revealed texts (*nuṣūṣ*) were issued, and with the unprecedented rise of legal questions, the lack of sufficient *ijtihād*-based evidence to resolve all doubts necessitates recourse to juristic principles capable of encompassing all forms of uncertainty in determining the obligations of the legally responsible individual (*mukallaf*). Among the jurisprudential principles, Presumption of Continuity (*istiṣhāb*) plays a pivotal role due to its evidentiary and status-preserving (*muḥrīz*) function. Nevertheless, the applicability of *istiṣhāb* to legal suspicion has been subject to debate. Opponents of its application have variously argued that the proof of *istiṣhāb* lacks sufficient generality (*itlāq*), or that its constant internal conflict results in mutual cancellation (*tasāquṭ*), and the impossibility of relying on it in legal doubts. The majority of *uṣūlī* scholars, however, have rejected both claims. Adopting a descriptive-analytical approach and advancing a new formulation, this study examines the arguments proposed by both proponents and opponents of this idea. It concludes that *istiṣhāb* is indeed applicable in legal suspicion, because the generality of its proofs with respect to such doubts is established and no obstacle exists to prevent its application.

**Keywords:** *istiṣhāb*; legal suspicion; non-enactment (*‘adam-i -ja’l*); persistence of the enacted ruling (*baqā-yi maj’ūl*)





## باز پژوهی جریان استصحاب در شبهات حکمیة



امیرحسین غضنفری

طلبة سطح چهار حوزه علمیه قم، قم، ایران

Email: [almontazeralmahdi@gmail.com](mailto:almontazeralmahdi@gmail.com)

### چکیده

با دورافتادن از عصر صدور نصوص و پیدایش مسائل نوظهور و باتوجه به عدم دسترسی به دلایل اجتهادی کافی برای رفع شبهات، بایستی برای تعیین وظیفه مکلف، به ادله فقهاتی که توانایی شمول نسبت به همه شبهات را دارند، تمسک جست. در میان ادله فقهاتی اصل استصحاب به جهت محرز بودن، نقش مهمی در حل این نوع از مشکلات دارد. از سویی جریان استصحاب در شبهات حکمیة با تردیدهایی روبه رو شده است. قائلان به عدم جریان استصحاب در این گونه شبهات گاه با تمسک به عدم اطلاق دلیل استصحاب و گاه با ادعای تعارض دائمی استصحاب، قائل به تساقط و عدم امکان تمسک به آن در شبهات حکمیة شده اند. در مقابل، مشهور اصولیان این دو استدلال را نپذیرفته اند. در این نوشتار به روش تحلیلی توصیفی با تقریری جدید به بررسی ادله موافقان و مخالفان جریان استصحاب پرداخته ایم. نتیجه به دست آمده این است که استصحاب در شبهات حکمیة جاری است؛ چراکه اطلاق ادله نسبت به شبهات حکمیة ثابت بوده و مانعی از تمسک به آن وجود ندارد.

**واژگان کلیدی:** استصحاب، شبهات حکمیة، عدم جعل، بقای مجعول.

## مقدمه

اصول فقه امامیه با پیش فرض وجود احکام واقعی در نفس الامر که گاهی نیز از آن به لوح محفوظ تعبیر می شود، در تمامی مباحث مربوط به حجج و امارات و اصول عملیه در حقیقت در پی کشف حکم واقعی است. از نتایج التزام به همین پیش فرض، اتصاف فقها و اصولیان مکتب فقهی امامیه به مخطئه است؛ چراکه در امتداد وجود حکم واقعی و راه هایی برای کشف آن و باتوجه به عدم تطابق همیشگی این راه ها با واقع به سبب عدم قطعی بودن تعداد بسیاری از آن ها و امکان شکل گیری جهل مرکب در راه های قطعی، طبیعی است که کشف حکم واقعی گاهی منجر به خطا شود و مجتهد صرفاً در خیال و اعتقاد خود حکم واقعی را کشف کرده باشد، در حالی که اساساً حکم واقعی در تناقض یا تضاد با آن چیزی باشد که کشف شده است. بنابراین، چون احتمال خطا در کشف حکم واقعی مطرح است و انکارشدنی نیست، مجتهدان امامیه متصف به مخطئه شده اند.<sup>۱</sup> در مقابل، مجتهدان اهل سنت متصف به تصویب هستند و آن ها را مصوبه می نامند، این اتصاف نیز ناشی از انکار وجود حکم واقعی در لوح محفوظ یا تغییر آن با حکم مؤدای اماره در نظر برخی دیگر از آنان است.<sup>۲</sup>

باتوجه به مطالب بیان شده روشن شد که رویکرد اصولی امامیه، رویکردی کشف گرا نسبت به حکم واقعی است، از این روست که تمامی مباحث مطرح شده در قسمت دوم کتب اصولی؛ یعنی بحث از حجج و امارات، اصول عملیه و تعارض ادله، صرفاً درصدد کشف حکم واقعی است، به گونه ای که طرح بحث اصول عملیه برای چاره جویی درباره مواردی است که مجتهد موفق به کشف حکم واقعی نشده است. در بحث حجج و امارات کتب اصولی به بررسی ادله قطعی و ظنی می پردازیم که توان کشف حکم واقعی را دارا هستند. در بحث اصول عملیه نیز از اصول عام و مشترکی بحث صورت گرفته است که درصدد تعیین وظیفه عملی مکلف نسبت به حکم واقعی مشکوک است. در این مجال حکم واقعی کشف نمی شود، بلکه صرفاً وظیفه مکلف در مواجهه با وقایع، به گونه ای که سبب خروج او از حیرت شود، روشن می شود. اما از جهت کمیت و دایره پوشش، فرق موجود بین دو بحث امارات و اصول عملیه در این است که امارات و ادله ظنی توان فراگیری نسبت به همه وقایع موجود، خصوصاً مسائل نوظهور را ندارند؛ چراکه عمده مصداق امارات، خبر واحد است و حال اینکه، در بسیاری از مسائل فقهی اساساً خبری وجود ندارد. همین مسئله باعث شده است که مباحثی نظیر الغای خصوصیت و تمسک به اطلاعات در موضوعات مستحدثه در کتب

۱. خونی، الهدایة فی الأصول، ۳۷۶/۴.

۲. اصفهانی، وسیلة الوصول، ۳۱۸/۲.

اصولی بحث شوند؛ چراکه این مسائل با پیش فرض عدم وجود دلیل اجتهادی یا همان امارات نسبت به بسیاری از مسائل در صدد تعمیم حکم بیان شده در امارات موجود نسبت به مسائل نوظهور یا مسائلی است که حکمی درباره آن‌ها بیان نشده است.<sup>۳</sup> البته این مطلب به معنای این نیست که نوع حکم مستفاد از اطلاعات در مسائل مستحدثه با حکم مستفاد از آن در مسائل مسبوق به سابقه متفاوت باشد، بلکه صرفاً بیانگر عدم وجود دلیل اجتهادی که مبین حکم واقعی باشد نسبت به همه مسائل است؛ چراکه تمسک به اطلاعات در مسائل مستحدثه بحثی اختلافی است و منشأ آن عدم وجود تصریحی در امارات راجع به حکم مسائل مستحدثه است. اما در هر صورت این فراگیری در اصول عملیه فرض شده است؛ چراکه اصول عملیه با حصر موجود در مجاری آن‌ها امکان تعیین وظیفه عملی مکلف نسبت به هر شبهه‌ای را داراست،<sup>۴</sup> به گونه‌ای که حتی در موارد قیام اماره یا حتی دلیل قطعی نیز اصل عملی می‌تواند وظیفه مکلف را روشن کند؛ از این روست که در باب تعارض کتب اصولی بحثی راجع به علت تقدیم دلیل قطعی و اماره بر اصل عملی مطرح شده است، زیرا در هر موردی که دلیل قطعی یا اماره بیانگر حکمی است، اصل عملی نیز می‌تواند وظیفه عملی مکلف را روشن سازد.<sup>۵</sup> البته هر چند نتیجه این بحث در کتب اصولی تقدیم ادله قطعی بر امارات و تقدیم امارات بر اصول عملیه به صورت ورود یا حکومت است، اما این مطلب به نوعی شاهد بر شمولیت و عمومیت اصول عملیه نسبت به همه وقایعی است که مکلف با آن‌ها مواجه می‌شود.

از جمله اصول عملیه، استصحاب است. اصل استصحاب گاهی در شبهات موضوعیه جریان می‌یابد، مثلاً اگر مکلف روی لباس خود قرمزی ببیند و شک کند که آیا علت تحقق این قرمزی، خون است و لباس او نجس شده است یا اینکه علت قرمزی لباس، برخورد لباس با میوه‌ای قرمز است، در این حالت اصل عملی استصحاب شبهه او را مرتفع می‌سازد و حکم به بناگذاری بر حالت سابقه قبل از این شک می‌کند. بنابراین، اگر قبل از شک لباس طاهر باشد، حکم به طهارت لباس می‌شود و اگر حالت سابقه لباس نجاست باشد، استصحاب نیز حکم به نجاست آن لباس می‌کند. گاهی استصحاب در شبهات حکمیه جریان می‌یابد، مانند اینکه اگر مکلفی شک کند که آیا نماز جمعه در عصر غیبت نیز واجب است یا اینکه وجوب آن مختص به عصر حضور امام (ع) است، در این حالت استصحاب در صورت جریان، حکم نماز جمعه در عصر غیبت را مشخص می‌کند و وجوب آن را بر ذمه عباد منجز می‌سازد. استصحاب در شبهات حکمیه در مسائل مستحدثه و کاربردی نیز تطبیق دادنی است و در برخی کلمات تطبیق داده شده است،

۳. لجنة فقه المعاصر، الفائق، ۱۷۷.

۴. نک: صدر، دروس فی علم الأصول، ۳۲۱/۳.

۵. صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۶۴/۱.

مثلاً در بحث حکم حلیت یا حرمت خوردن گوشت‌های پرورشی بیان شده است که اگر سلول‌های این گوشت از حیوان حرام گوشت گرفته شده باشند و بعد از پرورش گوشت در حلیت یا حرمت این گوشت شک شود، استصحاب، حکم به حرمت چنین گوشتی می‌دهد. همچنین در صورتی که گوشت پرورشی از سلول‌های حیوان حلال گوشت و تذکیه شده گرفته شده باشند، در این حالت به حکم استصحاب، گوشت پرورشی نیز حلال خواهد بود.<sup>۶</sup> البته فارق از اینکه جریان استصحاب در این مثال‌ها با مناقشاتی روبه‌روست یا خیر، اما این موارد کاشف از اهمیت جریان استصحاب در شبهات حکمیه است.

البته تعیین مراد از شبهه موضوعیه و شبهه حکمیه نیازمند نوشتاری مستقل است اما در محل بحث، مراد ما از شبهه حکمیه، شبهه‌ای است که رفع آن به دست شارع باشد و منشأ آن فقدان، تعارض یا اجمال نص است، به گونه‌ای که در این حالت تنها کسی که می‌تواند شبهه را مرتفع سازد شارع است. اما شبهه موضوعیه شبهه‌ای است که منشأ آن خلط امور خارجیه است و اساساً شارع بما هو شارع نمی‌تواند آن را مرتفع سازد، زیرا شارع صرفاً قانونگذار است و تعیین امور خارجیه ربطی به جنبه قانونگذاری ندارد.<sup>۷</sup> با این بیان روشن می‌شود که تقسیم حکم به حکم جزئی و کلی که در کلمات برخی دیده می‌شود، کاربردی در محل بحث ندارد؛ زیرا رفع شبهه حکمیه جزئی از آنجاکه باز هم به دست شارع نیست، در حقیقت این نوع شبهه ملحق به شبهه موضوعیه است.<sup>۸</sup>

جریان استصحاب در شبهات موضوعیه حتی اگر به سر حد اجماع نرسد، مطلبی مسلّم نزد فقها و اصولیان است. اما در شبهات حکمیه مطلب به این سادگی نیست؛ چراکه جریان استصحاب در این گونه شبهات از دو جهت محل اشکال واقع شده است: عده‌ای با بیان اینکه ادله استصحاب شامل استصحاب در شبهات حکمیه نمی‌شوند اساساً مقتضی جریان استصحاب را منکر شده‌اند و عده‌ای نیز با بیان اینکه استصحاب در شبهات حکمیه همیشه در تعارض است، استصحاب را مبتلا به تعارض دانسته و آن را ساقط دانسته‌اند. موافقان جریان استصحاب در شبهات حکمیه نیز با انکار این دو دلیل، مقتضی جریان استصحاب در شبهات حکمیه را اطلاعات ادله دانسته و تعارض تصویر شده را حل کرده و آن را وارد ندانسته‌اند.

در خصوص پیشینه بحث باید گفت: اختلاف در این بحث در میان علما به زمان اخباریان باز می‌گردد، اخباریان خصوصاً امین استرآبادی با بیان اینکه ادله استصحاب قاصر از شمول استصحاب نسبت

۶. کمالی، زاهدی، «اکاوی ابعاد فقهی حکم تولید و مصرف گوشت آزمایشگاهی»، ۱۷۰.

۷. انصاری، فراند الأصول، ۱۸/۲.

۸. نک: وحید بهبهانی، الرسائل الأصولية، ۴۲۵.

به شبهات حکمیه اند، منکر جریان استصحاب در شبهات حکمیه شده اند.<sup>۹</sup> در میان اصولیان نیز اولین نفر محقق نراقی بوده است که منکر جریان استصحاب در شبهات حکمیه به سبب تعارض و تساقط استصحاب در این موارد شده است.<sup>۱۰</sup> البته بعد از شیخ انصاری این بحث در کلمات بسیاری از فقها و اصولیان بررسی شده است اما با کاوش صورت گرفته در آثار پژوهشی، نوشتاری مستقل در این زمینه یافت نشد که به بررسی همه جوانب جریان استصحاب در شبهات حکمیه پرداخته باشد. البته مقاله «الاستصحاب فی الشبهات الحکمیة» به بررسی گوشه‌ای از شبهات درباره محل بحث پرداخته است<sup>۱۱</sup> اما تمام شبهات حول جریان استصحاب در شبهات حکمیه مطرح نشده است. نوشتار پیش رو به تمامی ادله مخالفان جریان استصحاب در شبهات حکمیه اشاره و تقریب‌های موجود در کلمات اصولیان را بیان می‌کند و سپس به بررسی و نقد ادله قائم شده می‌پردازد و در انتها نیز نظریه صحیح را مطرح می‌کند.

## ۱. ادله مانعین از جریان استصحاب در شبهات حکمیه

۱.۱. دلیل اول: عدم وجود یا عدم امکان تمسک به اطلاق در ادله استصحاب نسبت به شبهات حکمیه

باتوجه به اینکه جریان استصحاب نزد علمای امامیه بعد از والد شیخ بهائی عموماً به سبب تمسک به روایات بوده است،<sup>۱۲</sup> جریان استصحاب در هر موردی وابسته به دلالت روایات است و در میان هیچ کدام از روایات باب استصحاب، شبهات حکمیه نیست.<sup>۱۳</sup> امکان الغای خصوصیت از روایتی که استصحاب را بر شبهات موضوعیه تطبیق داده اند نیز وجود ندارد، زیرا احتمال دخل خصوصیت در تطبیق استصحاب بر شبهات موضوعیه جدی است و از نگاه عرفی نمی‌توان آن را منتفی دانست. به تصریح اصولیان در چنین مواردی امکان الغای خصوصیت وجود نخواهد داشت.<sup>۱۴</sup> البته در صدد بیان استدلال قائلان به دلیل اول مبنی بر نفی مقتضی در ادله استصحاب نسبت به شبهات حکمیه هستیم، پاسخ از این استدلال در بخش نقد این دلیل ذکر خواهد شد.

اساساً می‌توان ادعا کرد که این روایات متضمن اطلاق نیست و از این طریق نیز نمی‌توان شمول آن‌ها

۹. استرآبادی، الفوائد المدنیة، ۱۴۳.

۱۰. نراقی، مناهج الأحکام، ۲۳۷.

۱۱. احمدی شاهرودی، الاستصحاب فی الشبهات الحکمیة، ۱۸۳.

۱۲. انصاری، فرائد الأصول، ۱۴/۳.

۱۳. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۳/۱۱۳.

۱۴. لجنة فقه المعاصر، الفائق فی الأصول، ۱۸۱.

نسبت به شبهات حکمیة را اثبات کرد، زیرا گرچه ذیل روایات با تعبیری همچون «لا تنقض البتین ابدا بالشک» اطلاق دارد و می‌تواند شامل شبهات حکمیة نیز باشد،<sup>۱۵</sup> اما باتوجه به صدر روایت و سؤال روات احتمال قرینیت موجود وجود دارد و چنین احتمالی مانع از تمسک به اطلاق می‌شود.<sup>۱۶</sup> قول به وجود اطلاق در این ادله از جهت دیگر نیز دارای مانع است؛ چراکه اطلاق تعبیری همچون تعبیر مذکور، همان‌طور که به اطلاق افرادی شامل شبهات حکمیة و موضوعیة می‌شود، به اطلاق احوالی شامل شبهات قبل الفحص و بعد الفحص نیز خواهد بود. واضح است که این ادله نسبت به شبهات قبل الفحص دارای اطلاق نیستند؛ چراکه شرط جریان تمامی اصول عملیة در شبهات حکمیة فحص از دلیل اجتهادی و یأس از حصول بر آن است. اما در شبهات موضوعیة چنین شرطی وجود ندارد و در این‌گونه شبهات چه قبل از فحص و چه بعد از آن امکان جریان اصل عملی وجود دارد. باتوجه به این نکته باید بیان کرد که اگر ادله استصحاب متضمن اطلاق افرادی و شامل شبهات حکمیة باشند، در این صورت باید مرتکب تقیید اطلاق احوالی آن ادله شد و آن‌ها را در حالت شبهات حکمیة قبل الفحص قید زد؛ یعنی در این حالت اطلاق افرادی ادله استصحاب را اخذ کرده و آن را شامل شبهات حکمیة و موضوعیة دانسته‌ایم اما اطلاق احوالی این ادله را مخدوش کرده‌ایم؛ چراکه در شبهات حکمیة قبل الفحص استصحاب جاری نخواهد بود. همچنین راه دیگر این است که بر اطلاق احوالی این روایات تحفظ کرده و اطلاق افرادی آن را مخدوش کرد؛ به این بیان که گفته شود اساساً این روایات شامل شبهات حکمیة نمی‌شوند و اطلاق افرادی این ادله قابل تمسک نیست اما اطلاق احوالی آن ثابت است، زیرا در فرد باقی‌مانده در ذیل روایات که شبهة موضوعیة است؛ چه در حالت قبل فحص و چه در حالت بعد از فحص امکان جریان استصحاب وجود دارد و از این جهت اطلاق احوالی ادله قابل تمسک است.

باتوجه به اینکه در هر صورت در حالت وجود اطلاق در روایات استصحاب باید خلاف ظاهر مرتکب شویم؛ چراکه اطلاق افرادی و احوالی این روایات با هم قابل تمسک نیست، روایات مجمل می‌شوند، زیرا قرینه‌ای بر تصرف بر اطلاق احوالی و بقای اطلاق افرادی وجود ندارد تا شمول این روایات نسبت به شبهات حکمیة ثابت شود، همان‌طور که قرینه‌ای بر تصرف در اطلاق افرادی و بقای اطلاق احوالی وجود ندارد، بنابراین این روایت مجمل شده و توان اثبات جریان استصحاب در شبهات حکمیة را نخواهد داشت.<sup>۱۷</sup>

۱۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۴۵/۱.

۱۶. حکیم، حقائق الأصول، ۹۴/۲.

اصل ادعا در کتاب نکاح آیت‌الله شبیری، ۳۲۹/۱۰ آمده است. اما تقریب ادعا در درس خارج استاد سیدمحمدجواد شبیری به آدرس ذیل ذکر شده است. ۱۷.

**نقد دلیل اول:** به نظر می‌رسد مجموع مطالب بیان‌شده در دلیل اول قابل التزام نیست و همگی مردود است، زیرا روایاتی در باب استصحاب وجود دارد که اساساً بر شبهات حکمیه تطبیق شده‌اند،<sup>۱۸</sup> مانند روایتی که در آن امام (ع) حکم به وجوب صوم و وجوب افطار براساس جریان استصحاب کرده‌اند<sup>۱۹</sup> و عده‌ای از اصولیان تمسک به این روایات را برای اثبات اعتبار استصحاب صحیح دانسته‌اند.<sup>۲۰</sup> حتی با بیانی می‌توان صحیحۀ اول زرارۀ در باب استصحاب، که درباره چرت و نقض‌کننده بودن آن نسبت به وضو است، را حمل بر شبهۀ حکمیه کرد؛ چراکه در این روایت سؤال از این بوده است که آیا صرف چرت‌زدن سبب ابطال و نقض وضو می‌شود یا خیر؟ همراه با فرض اینکه عنوان خواب که از نواقض وضوست بر چرت صادق نیست. به بیان دیگر، اگر فرض شود که سؤال راوی از اینکه آیا یک چرت یا دو چرت سبب نقض وضو می‌شود به دلیل خلط امور خارجیه و عدم احراز صدق عنوان خواب بر چرت ازسوی راوی نبوده است، بلکه به سبب این بوده که او شک داشته که چرت به خودی خود از نواقض وضوست یا خیر؟ در این حالت اساساً صحیحۀ اول زرارۀ نیز درصدد بیان جریان استصحاب در شبهات حکمیه است.<sup>۲۱</sup>

راجع به سایر روایاتی که بر شبهات موضوعیه تطبیق شده‌اند، مانند صحیحۀ دوم زرارۀ نیز می‌توان قائل به الغای خصوصیت شد، زیرا بعد از ملاحظۀ کثرت تطبیق این کبرا در روایات بر امور مختلف، عرف خصوصیت مورد را نادیده گرفته و به آن توجهی نخواهد داشت،<sup>۲۲</sup> در این حالت است که از ادله‌ای که صرفاً بر شبهات موضوعیه تطبیق شده‌اند الغای خصوصیت می‌کند و جریان استصحاب را به تمامی شبهات نسبت می‌دهد، البته این الغای خصوصیت بعد از ملاحظۀ روایات متعدد و تطبیق استصحاب بر موارد مختلف است و قبل از آن امکان ندارد.<sup>۲۳</sup> همچنین با ملاحظۀ ارتکازی بودن کبرا موجود در این روایات امکان اثبات عمومیت آن وجود دارد، همان‌طور که برخی از اصولیان از همین جهت اختصاص این روایات به بعضی از موارد شبهۀ موضوعیه را انکار کرده‌اند.<sup>۲۴</sup>

با این بیان روشن می‌شود که اساساً در این روایات محتمل القرینۀ وجود ندارد که بحث شود آیا محتمل القرینۀ مانع از شکل‌گیری اطلاق می‌شود یا خیر؟ چراکه عرف بعد از ملاحظۀ تطبیق این کبرا بر

۱۸. خمینی، الاستصحاب، ۵۹.

۱۹. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۸۴/۷.

۲۰. انصاری، فوائد الأصول، ۷۱/۳.

۲۱. تبریزی، دروس فی مسائل علم الأصول، ۱۳۸/۵.

۲۲. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۸۹.

۲۳. صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۵۳/۱.

۲۴. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۲۹/۴.

موارد متعدد در حقیقت ذکر موضوع خاص و تطبیق بر مورد خاص را قرینه بر عدم اراده اطلاق نمی‌بینند، مانند قید غالبی که در نگاه عرفی مانع از شکل‌گیری اطلاق نخواهد بود.<sup>۲۵</sup>

اما درباره ادعای اجمال این روایات و دوران بین رفع ید از اطلاق افرادی و اطلاق احوالی نیز باید بیان شود که چنین ادعایی از دو جهت ایراد دارد:

اول اینکه، باید روشن شود که دلیل دالّ بر اشتراط فحص در شبهات حکمیه چیست. به تصریح بعضی از اصولیان، این دلیل علم اجمالی به ورود واجبات و محرمات کثیره است و مانع از اجرای اصل قبل از فحص از دلیل می‌شود.<sup>۲۶</sup> در این حالت اساساً اطلاق احوالی روایات استصحاب که شامل شبهه قبل و بعد از فحص می‌شد تخصیص نمی‌خورد، بلکه چون موضوع این روایات شک است، تا قبل از فحص و حصول یأس به سبب وجود علم اجمالی، موضوع این ادله محقق نشده است و به دلیل عدم تحقق موضوع امکان تمسک به آن‌ها وجود ندارد، نه اینکه اطلاق احوالی این روایات تخصیص خورده باشد. حتی اگر دلیل اشتراط فحص در شبهات حکمیه اجماع باشد باز هم این حرف ثابت است، زیرا اجماع تبعدی در مسئله محقق نیست و منشأ اجماع دلیلی همانند وجود علم اجمالی است. در این حالت حتی اگر علم اجمالی موضوع دلیل استصحاب را از بین نبرد باز هم استصحاب جاری نخواهد بود، زیرا جریان استصحاب در تمام اطراف ممکن نیست؛ چراکه مستلزم مخالفت قطعی است و جریان در بعض اطراف هم ترجیح بلا مرجح است و ممکن نیست.

اگر دلیل اشتراط فحص وجود روایاتی خاص مانند «أفلا تعلمت حتی تعمل» باشد،<sup>۲۷</sup> که در ظاهر مکلف را امر به وجوب فحص و تعلیم کرده است، این روایات مطلق است و اشتراط فحص را در شبهات موضوعیه و حکمیه ثابت می‌کنند، در این حالت می‌گوییم که اطلاق احوالی روایات استصحاب در هر صورت غیرقابل تمسک و مخدوش است و فرقی ندارد که روایات اطلاق افرادی داشته باشند و شامل شبهه حکمیه نیز شوند یا اینکه اطلاق افرادی نداشته و شامل شبهه حکمیه نشوند، زیرا در هر صورت شامل شبهه موضوعیه است و اطلاق احوالی این روایت در شبهه موضوعیه به سبب وجود روایات دالّ بر وجوب فحص تقیید خورده و قابل تمسک نیستند. در این حالت، دیگر روایات استصحاب مجمل نخواهند بود، زیرا اطلاق احوالی در هر صورت مخدوش خواهد بود؛ چه اطلاق افرادی داشته باشیم و چه نداشته باشیم، بنابراین وجهی از رفع ید از اطلاق افرادی وجود نخواهد داشت و از آنجاکه حسب فرض اطلاق روایات از

۲۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۰۷.

۲۶. عراقی، نهایة الافکار، ۴۷۰/۳.

۲۷. مفید، الأمالی، ۲۹۲؛ مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۱۹۴/۳.

لحاظ افرادی و شمول آن به نسبت به شبهات حکیمه ثابت شده بود، شمول روایات نسبت به شبهه حکمیه بدون اشکال خواهد بود.

به بیان دیگر، در تقریب سوم در ادله مانعین، اطلاق افرادی روایات باب استصحاب پذیرفته شده بود و صرفاً دوران بین رفع ید از اطلاق افرادی و اطلاق احوالی مانع از تمسک به آن و حصول اجمال در روایت شده بود. اما در پاسخ بیان شد که اطلاق احوالی این روایات قطعاً مخدوش خواهند بود، بنابراین دیگر دورانی بین رفع ید از میان این دو اطلاق وجود ندارد و در این حالت چون دوران مرتفع شده است، به مقتضای اصالت الإطلاق، اطلاق افرادی روایات ثابت است و تمسک به استصحاب در شبهات حکمیه بدون مانع خواهد بود.

این تقریب با بیان مشهور اصولیان که فحص را در شبهات موضوعیه لازم نمی‌دانند، جمع‌شدنی است؛ چراکه عدم وجوب فحص در شبهات موضوعیه می‌تواند به سبب وجود سیره یا دلیلی دیگر باشد که مختص به این باب است،<sup>۲۸</sup> هرچند که در بعضی حالات شبهات موضوعیه نیز عده‌ای فحص را لازم دانسته‌اند.<sup>۲۹</sup> دوم اینکه، اساساً اینکه شمول روایات نسبت به حالت قبل و بعد از فحص ناشی از اطلاق احوالی و شمول روایات نسبت به شبهات حکمیه و موضوعیه ناشی از اطلاق افرادی باشد، مطلب واضحی نیست؛ زیرا می‌توان هر دو را ناشی از اطلاق افرادی دانست و در این صورت باز هم دست برداشتن از اطلاق افرادی در ناحیه قبل فحص نسبت به شبهات حکمیه ضروری است و دیگر دورانی که موجب اجمال باشد وجود نخواهد داشت.

#### ۲.۱. دلیل دوم: وجود معارض در جریان استصحاب نسبت به شبهات حکمیه

قائلان به این دلیل در حقیقت دلیل اول را مردود دانسته و اطلاق ادله استصحاب راجع به شبهات حکمیه را پذیرفته‌اند.<sup>۳۰</sup> به بیانی دیگر، قائلان به این دلیل اصل وجود مقتضی جریان استصحاب در شبهات حکمیه را پذیرفته اما این استصحاب را در تعارض با استصحابی دیگر دانسته‌اند. البته در نتیجه، آن‌ها نیز در شبهات حکمیه در نهایت استصحاب را جاری نمی‌دانند اما از آنجاکه مانع از جریان استصحاب در این حالت در حقیقت وجود مانع و معارض است؛ اگر در بعضی حالات استصحاب معارض وجود نداشته باشد، استصحاب در شبهات حکمیه طبق این دلیل جاری خواهد بود.<sup>۳۱</sup>

۲۸. حیدری، اصول الاستنباط، ۲۶۱.

۲۹. نانینی، اجود التقریرات، ۲۲۵/۲.

۳۰. نک: صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۲۸/۷؛ خونی، مصباح الأصول، ۴۲/۲.

۳۱. خونی، مصباح الأصول، ۳۳۹/۱.

توضیح این دلیل به این گونه است که در شبهات حکمیه، استصحاب بقای مجعول همیشه در تعارض با استصحاب عدم جعل است؛ مثلاً اگر فرض شود که دلیل اجتهادی وجود ندارد و مجتهد در صدد اثبات حکم نماز جمعه در عصر غیبت برآمده است، در این حالت استصحاب بقای مجعول حکم به وجوب نماز جمعه می‌دهد، زیرا نماز جمعه در عصر حضور واجب است و الآن شک داریم که آیا هنوز آن وجوب باقی مانده است یا خیر؟ در این حالت استصحاب حکم به بقای وجوب می‌کند. اگر کار به همین جا ختم شود، جریان استصحاب در شبهات حکمیه بدون اشکال خواهد بود اما در این حالت استصحاب دیگری وجود دارد که در تعارض با استصحاب قبل است؛ به این بیان که قبل از جعل حکم وجوب برای نماز جمعه توسط شارع در عصر حضور، عدم وجوب نماز جمعه معلوم بوده است و سپس به میزان عصر حضور علم به عدم وجوب نقض شده و وجوب در آن عصر ثابت شده است، اما بعد از عصر حضور شک می‌کنیم که آیا باز هم نماز جمعه واجب خواهد بود یا اینکه وجوب منتفی شده است، در این حالت به حکم استصحاب، عدم جعل وجوب نسبت به نماز جمعه در عصر غیبت ثابت می‌شود. در این حالت استصحاب اول که از آن تعبیر به بقای مجعول می‌شود حکم به وجوب نماز جمعه می‌کند و استصحاب دوم که از آن تعبیر به استصحاب عدم جعل می‌شود، حکم به عدم وجوب آن می‌کند. بنابراین بین دو استصحاب تعارض ایجاد شده و دلیلی بر تقدیم یکی بر دیگری وجود ندارد، لذا هر دو ساقط می‌شود و در نتیجه، عدم امکان تمسک به استصحاب در شبهات حکمیه خواهد بود<sup>۳۲</sup> یا در ضمن مثالی دیگر می‌شود بیان کرد که به موجب پیوند ازدواج، زن و شوهر از یکدیگر ارث می‌برند، حال اگر زن ناشزه شود و شک ایجاد شود که آیا در این حالت نیز او از شوهر خود ارث می‌برد یا خیر، استصحاب بقای مجعول حکم به ارث بردن او از شوهر می‌کند؛ چراکه از حین تحقق عقد ازدواج ارث بردن زن و شوهر از یکدیگر ثابت شده است اما استصحاب عدم جعل، حکم به عدم ارث بردن آن‌ها از یکدیگر می‌کند، زیرا قبل از تحقق عقد ازدواج این دو از یکدیگر ارث نمی‌بردند، حال بعد از ناشزه شدن زن شک می‌شود که آیا حکم توارث صرفاً برای زمان نکاح و عدم نشوز است یا اینکه حتی در زمان نشوز هم ثابت است، در این حالت استصحاب عدم جعل، حکم به عدم جعل حکم توارث نسبت به بعد از نشوز می‌دهد. البته لازم به ذکر است که جریان استصحاب و تمامی اصول عملیه منوط به فرض فقدان دلیل اجتهادی است و در صورت وجود دلیل اجتهادی که حکم مسئله را روشن سازد، نوبت به اصل عملی نخواهد رسید.

می‌توان در مسئله خمس نیز برای این بحث مثالی را مطرح کرد؛ چراکه به مقتضای برخی از ادله،

۳۲. نراقی، مناهج الأحکام، ۲۳۷؛ خونی، مصباح الأصول، ۴۲/۲.

پرداخت خمس در برخی از اعصار برای شیعیان واجب نبوده است،<sup>۳۳</sup> حال اگر در زمان حاضر شک شود که آیا پراخت خمس واجب است یا خیر، دو استصحاب در محل بحث قابل تطبیق خواهد بود؛ استصحاب بقای مجعول که حکم به عدم وجوب خمس در زمان حاضر می‌دهد و استصحاب عدم جعل که حکم به عدم جعل دلیل دالّ بر تحلیل خمس بر شیعیان نسبت به زمان حاضر می‌دهد و نتیجه آن وجوب خمس است و به مقتضای دلیل دوم بر منع جریان استصحاب در شبهات حکمیه، بین این استصحاب تعارض برقرار می‌شود.

در تفاوت موردی این دلیل با دلیل قبل در عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه می‌توان به استصحاب عدم توجه تکلیف مثال زد، زیرا بر طبق دلیل اول که اساساً ادله استصحاب را قاصر از شمول نسبت به شبهات حکمیه دانست، حتی در این موارد نیز استصحاب قابلیت تطبیق در شبهه حکمیه را ندارد و مثلاً در صورت شک در وجوب رعایت حجاب توسط دختران بعد از رسیدن به سن بلوغ نمی‌توان با استصحاب، عدم وجوب یا اباحه را ثابت کرد، اما طبق این دلیل دوم که علت عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه را تعارض استصحاب در این موارد عنوان کرده است، در این گونه موارد استصحاب جاری است؛ چراکه استصحاب عدم جعل هیچ گونه معارضی ندارد، زیرا قبل از بالغ شدن، مجعولی وجود نداشته تا بقای آن استصحاب شود، بنابراین استصحاب عدم جعل در همان مثال مذکور طبق این مبنا جاری خواهد بود.

این دلیل ابتدا در کلمات محقق نراقی ذکر شده است،<sup>۳۴</sup> البته او این دلیل را در همه شبهات حکمیه جاری ندانسته است. او در جایی که شبهه حکمیه به سبب شک در رافع باشد، استصحاب را جاری دانسته است، زیرا به عقیده او در این موارد استصحاب عدم رافع با استصحاب عدم جعل تعارض می‌کند و استصحاب بقای مجعول بدون هیچ گونه معارضی باقی خواهد ماند.<sup>۳۵</sup>

عده‌ای دیگر همچون آیت الله خوئی این حالت تعارض را نیز در استصحاب شبهات حکمیه جاری دانسته و در این موارد نیز قائل به تعارض و تساقط شده‌اند. البته ایشان در مواردی دیگر از شبهات حکمیه، مانند موارد شک در حکم غیرالزامی و شک در حکم وضعی، استصحاب بقای مجعول را جاری دانسته‌اند، زیرا که به تصریح ایشان در این موارد استصحاب عدم جعل کاربردی ندارد؛ چراکه اباحه احتیاجی به جعل ندارد، از این رو استصحاب عدم جعل اباحه جاری نخواهد بود و در این موارد صرفاً استصحاب بقای

۳۳. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۵۱۸/۹.

۳۴. نراقی، مناهج الأحکام، ۲۳۷.

۳۵. نراقی، مناهج الأحکام، ۲۳۸.

مَجْعُول بدون معارض جاری است. در احکام وضعی نیز مسئله از این قرار است، زیرا مثلاً اگر شک کنیم آبی بعد از برخورد با نجاست نجس شده است یا خیر؟ در این حالت استصحاب عدم جعل طهارت جاری نخواهد بود؛ چراکه طهارت نیاز به جعل ندارد، بلکه صرفاً استصحاب بقای مجعول جاری خواهد بود.<sup>۳۶</sup> لازم به ذکر است که به تصریح شاگرد ایشان نظریه محقق خوئی ابتدا عدم جریان استصحاب در تمامی شبهات حکمیه بوده و این موارد استثناً به تدریج در نظر ایشان حاصل شده است.<sup>۳۷</sup>

**بررسی دلیل دوم:** قبل از شروع به نقد این دلیل لازم است تفصیلاتی که در کلمات اصولیان مذکور در رابطه با موارد عدم وقوع تعارض بین دو استصحاب مطرح شده است بررسی شود؛ چراکه بررسی این موارد در نقد کلی ما بر صاحبان این مسلک راهگشا خواهد بود.

تفصیل محقق نراقی مبنی بر موارد شک در رافع مثل جایی که مکلف یقین به طهارت داشته باشد سپس مذی از او خارج شود و شک در بقای طهارت پیدا کند، در این حالت شک او در شبهه حکمیه است و طبق فرض ایشان باید استصحاب عدم جعل طهارت نسبت به بعد خروج مذی با استصحاب بقای طهارت بعد از خروج مذی تعارض کرده و تساقط کنند. اما ایشان در این حالت ادعا کرده است که استصحاب عدم رافعیّت مذی نسبت به طهارت جاری است و بر استصحاب عدم جعل حاکم است و استصحاب عدم جعل را از بین می برد و در این حالت استصحاب بقای مجعول بدون معارض جاری می شود و طهارت مکلف بعد از خروج مذی ثابت است.<sup>۳۸</sup>

به نظر می رسد که ادعای ایشان از دو جهت ایراد دارد: اول اینکه اصل عدم رافعیّت، حکومتی بر استصحاب عدم جعل ندارد، زیرا استصحاب عدم جعل سبب طهارت نسبت به بعد از خروج مذی، عدم سببیت طهارت را ثابت می کند و اینکه مذی رافع باشد یا نباشد، از لحاظ شرعی ربطی در سببیت طهارت یا عدم آن ندارد.<sup>۳۹</sup> دوم اینکه استصحاب عدم رافعیّت اگر هم جاری شود و توان حکومت بر استصحاب عدم جعل را داشته باشد نمی تواند مانع از جریان استصحاب عدم جعل باشد، زیرا صرف عدم رافعیّت موضوع اثر شرعی نیست؛ بلکه باید تأثیر سبب ثابت شود و اثبات تأثیر سبب نسبت به بعد از خروج مذی اصل مثبت است و اعتباری ندارد.<sup>۴۰</sup> به بیان دیگر، بعد از خروج مذی منشأ شک در بقا یا نقض طهارت قبل خروج مذی، رافعیّت یا عدم رافعیّت مذی نسبت به طهارت نیست تا با استصحاب

۳۶. خوئی، مصباح الأصول، ۵۵/۲.

۳۷. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۲۷/۶.

۳۸. نراقی، مناهج الأحکام، ۲۳۸.

۳۹. انصاری، فرائد الأصول، ۳۴۹/۲.

۴۰. حکیم، التفتیح، ۳۲۳/۵.

عدم رافعیت این شک برطرف شود، بلکه منشأ شک، شک در حدود طهارتی است که قبل از مذی ثابت شده بود، البته گرچه لازمه عقلی، استصحاب عدم رافعیت طهارت به سبب خروج مذی بقای طهارت است، اما این لازمه ای عقلی است و ترتب آن از موارد اصل مثبت است که اعتباری ندارد. البته ممکن است با بیان اینکه ولو واسطه عقلی در این مقام وجود دارد اما این واسطه خفیه است به گونه ای انتقال از لازم به ملزوم به راحتی نزد عرف صورت می گیرد، این اشکال را مردود دانست، زیرا به نظر عده ای اصل مثبت در مواردی که واسطه خفیه باشد معتبر است.<sup>۴۱</sup>

به نظر می رسد تفصیل محقق خوئی مبنی بر عدم تعارض استصحاب عدم جعل و بقای مجعول در شبهات حکمیه غیرالزامی و حکم وضعی صحیح نباشد، زیرا همان طور که احکام الزامی نیازمند جعل هستند، احکام ترخیصی و احکام وضعی نیز نیازمند جعل هستند، خصوصاً که خود محقق خوئی احکام وضعی را دارای جعل استقلالی دانسته است.<sup>۴۲</sup> بنابراین اینکه ایشان فرموده است اباحه یا طهارت چون اصل در اشیاست و نیازمند جعل نیست، مطلبی صحیح نیست. نهایتاً باید گفته شود که در اباحه و طهارت و مانند این امور ما جعلی کلی داریم اما وجود جعل کلی در ناحیه استصحاب مضر نیست و مانع از جریان استصحاب عدم جعل نسبت به موضع شک نمی شود، زیرا اگر جعل کلی به صورت انحلالی باشد به طوری که حالت بعد از شک را شامل شود، که اطلاق دلیل اجتهادی وجود داشته و نوبت به استصحاب نرسیده و اساساً شکی که مجرای استصحاب باشد وجود نخواهد داشت، اما اگر فرض شود که حتی در حالت وجود جعل کلی بر اباحه یا طهارت یا مانند این موارد با وجود جعل کلی باز هم شک وجود دارد و جعل کلی انحلالی لحاظ نشده است، استصحاب عدم جعل جاری است، همان طور که استصحاب بقای مجعول نیز جاری خواهد بود.<sup>۴۳</sup>

ایراد دیگر بر کلام ایشان نیز اخص بودن آن از مدعاست، زیرا اگر فرض شود که ما علم به نجاست آب کر به سبب تغییر رنگ آن داشتیم، سپس رنگ آب بنفسه تغییر کرد و صفت رنگ نجاست از آن زائل شد، در این حالت استصحاب بقای مجعول حکم به بقای نجاست آب می کند اما استصحاب عدم جعل، حکم به طهارت آب می کند؛ زیرا شک داریم جعل نجاست برای آب متغیر فقط نسبت به حالت وجود تغییر بوده است یا حالت زوال صفت نجاست بنفسه را نیز شامل می شود. بنابراین در این مثال که حکم وضعی در آن مطرح بود، باز هم دو استصحاب تعارض می کند و این گونه نیست که صرف استصحاب بقای مجعول

۴۱. انصاری، فرائد الأصول، ۲/۲۴۴.

۴۲. خوئی، مصباح الأصول، ۲/۹۸.

۴۳. روحانی، منتقى الأصول، ۶/۷۵.

جاری باشد، زیرا حتی طبق پذیرش ادعای محقق خوئی از عبارات ایشان این نکته قابل استفاده است که نجاست نیازمند جعل است و مانند طهارت نیست.<sup>۴۴</sup> از این رو، پاسخ ایشان از این جهت نیز نقدشدنی است.

در صورت پذیرش این مبنا از محقق خوئی، موارد بسیاری وجود خواهد داشت که استصحاب عدم جعل در آن‌ها جاری نخواهد بود، مانند موارد ملکیت و اعتبارات عقلایی که امضائی شارع هستند، در حالی که محقق خوئی بر جریان استصحاب در این موارد و عدم معارضه آن ملتزم نشده است.<sup>۴۵</sup>

## ۲. نقد دلیل دوم

پس از اینکه به بررسی قول قائلان به وجود معارضه بین استصحاب در شبهات حکمیه پرداختیم و بیان کردیم که تفاصب موجود در کلماتشان به نظر صحیح نیست، بنابراین یا مطلقاً باید قائل به معارضه شد یا مطلقاً معارضه را منفی دانست، در این مقام به نقد دلیل اینان بر وجود معارضه بین استصحاب عدم جعل و بقای مجعول می‌پردازیم. به بیان دیگر، در بحث بررسی این دلیل به حدود اشکال وارد شده و سپس نقد اصل دلیل اقامه شده برای وقوع معارضه می‌پردازیم.

مشهور علما قائل به جریان استصحاب در شبهات حکمیه هستند، از این رو در مقام پاسخ به اشکالات وارد شده از سوی محقق نراقی و محقق خوئی برآمده‌اند. در این قسمت پاسخ‌های بیان شده را بررسی می‌کنیم.

### ۲.۱. مثبت بودن استصحاب عدم جعل

ظاهر کلمات محقق نائینی این است که ایشان اشکال فاضل نراقی را صرفاً به سبب مثبت بودن استصحاب عدم جعل نپذیرفته است.<sup>۴۶</sup> به نظر ایشان استصحاب عدم جعل به خودی خود کاربردی ندارد، بنابراین استصحاب عدم جعل وجوب نسبت به بعد شک اگر نتواند عدم فعلیت حکم را در حالت بعد از شک ثابت کند فایده‌ای ندارد و اثبات عدم فعلیت حکم نیز به سبب این استصحاب ممکن نیست، زیرا لازمه شرعی عدم جعل، عدم فعلیت حکم نیست؛ بلکه عدم فعلیت حکم لازمه عقلی عدم جعل حکم است و واضح است که لوازم عقلی بر مستصحب مترتب نمی‌شوند.<sup>۴۷</sup>

به نظر می‌رسد استصحاب عدم جعل برای اثبات عدم مجعول اگر به معنای اثبات و ادعای واقعی

۴۴. خوئی، مصباح الأصول، ۵۶/۲.

۴۵. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۴۴/۶.

۴۶. نائینی، فوائد الأصول، ۴۴۷/۴؛ نائینی، اجود التقريرات، ۴۰۶/۲.

۴۷. نائینی، اجود التقريرات، ۴۰۶/۲؛ روحانی، منتقى الأصول، ۷۶/۶.

عدم وجود مجعول باشد، اصل مثبت خواهد بود و ایراد محقق نائینی بر آن وارد است. اما در محل بحث به دنبال اثبات عدم مجعول نیستیم، بلکه صرفاً در پی اثبات عدم جعل هستیم، حال وقتی جعلی وجود نداشته باشد موضوعی نیز نخواهد داشت تا بعد از تحقق موضوع، حکم عقل به وجوب اطاعت محقق شود. بنابراین در همان مثال مذکور درباره نماز جمعه با استصحاب عدم جعل وجوب نسبت به زمان غیبت، دیگر حکمی نیست تا بعد از تحقق موضوع آن عقل حکم به وجوب اطاعت آن بدهد، بنابراین نفس استصحاب عدم جعل می تواند به منزله معارض با استصحاب بقای مجعول تلقی شود.<sup>۴۸</sup>

## ۲.۲. تساقط استصحاب عدم جعل

در محل بحث استصحاب عدم جعل خود در معارضه با استصحاب عدم جعل دیگر است و بعد از تساقط این دو استصحاب، استصحاب بقای مجعول بدون معارض جاری خواهد بود. در همان مثال نماز جمعه استصحاب عدم جعل وجوب نماز جمعه در عصر غیبت مثلاً با استصحاب عدم جعل اباحه برای آن تعارض می کند و هر دو ساقط می شوند و در این حالت استصحاب بقای مجعول بدون معارض جاری خواهد بود.

این پاسخ نیز به نظر صحیح نیست، زیرا اگرچه جریان این استصحاب ها در ناحیه جعل با علم اجمالی به وجود حکم برای نماز جمعه در عصر غیبت در تعارض است، اما این گونه نیست که ابتدا دو استصحاب عدم جعل وجوب و اباحه جاری و ساقط شود، سپس استصحاب بقای مجعول بلامعارض جاری باشد؛ چراکه از ابتدا هر سه استصحاب طرف معارضه خواهند بود، یعنی بعد از حصول شک در بقای مجعول، هر سه استصحاب جاری می شود و تعارض خواهند کرد،<sup>۴۹</sup> زیرا محل جریان هر سه استصحاب، بعد از شک در بقای مجعول است؛ چراکه واضح است که تا هنگامی که مجعول باقی است علم به جعل داریم و شکی نداریم تا استصحاب عدم جعل کنیم و استصحاب عدم جعل در حقیقت به این نکته که آیا جعل شارع مقید به زمانی خاص است یا دائمی است بازگشت دارد، از این رو اتصال زمانی یقین و شک نیز محفوظ است.<sup>۵۰</sup>

## ۳.۲. عدم جریان استصحاب در ناحیه جعل

عده ای دیگر بیان داشته اند که استصحاب در ناحیه جعل جاری نخواهد بود؛ چراکه سعه و ضیق مجعول نمی تواند مؤثر در ناحیه جعل باشد، زیرا به نظر مشهور اصولیان حقیقت انشای استعمال لفظ در

۴۸. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۳۰/۶.

۴۹. خونی، مصباح الأصول، ۵۱/۲.

۵۰. خونی، مصباح الأصول، ۴۸/۲.

معنای بداعی تحقق اعتبار در ظرف مناسب با آن است و از آنجاکه این انشا غالباً با معانی حرفی مثل صیغه امر و نهی که از زمره هیئات و معانی حرفی است انجام می‌شود، قابل اتصاف به سعه و ضیق نیست؛ بلکه صرفاً یک نحوه از وجود را داراست. بنابراین، تصویر سعه و ضیق در ناحیه انشا ممکن نیست. از این رو، استصحاب عدم جعل جاری نخواهد بود، زیرا حالت سابقه در آن وجود ندارد؛ چراکه اصل وجود جعل که امری یقینی است و مفروض این است که با سعه و ضیق مجعول، نفس جعل و سعه و ضیق پیدا نمی‌کند، بنابراین صرفاً کیفیت جعل امری مشکوک است و امکان جریان استصحاب عدم جعل وجود نخواهد داشت.<sup>۵۱</sup>

حال که استصحاب عدم جعل از اساس جاری نیست، استصحاب بقای مجعول جاری است و جریان استصحاب در شبهات حکمیة مانند شبهات موضوعیه بلامعارض خواهد بود.

همان‌طور که از تقریب این پاسخ روشن شد، این پاسخ تمامی فروض مسئله را شامل نمی‌شود؛ بلکه صرفاً در مواردی که جعل با صیغه امر یا نهی و معانی حرفیه صورت گرفته است جاری خواهد بود. همچنین این پاسخ طبق مبنایی که حقیقت انشا را ابراز اعتبار نفسانی می‌داند، نه استعمال لفظ در معنای برای تحقق اعتبار، جاری نخواهد بود، زیرا اعتبار نفسانی می‌تواند متصف به سعه و ضیق شود. بنابراین ابراز این اعتبار که صرفاً کاشف از آن است نیز امکان اتصاف به این دو عنوان را دارد.<sup>۵۲</sup> طبق مبنایی که این پاسخ بر آن بنا شده و به مشهور اصولیان نیز نسبت داده شده است نیز به نظر این اشکال تمام نیست، زیرا هر چند در این حالت جعل قابلیت اتصاف به سعه و ضیق را ندارد و صرفاً اصل تحقق آن ثابت است و بقا یا عدم بقای مجعول هم نمی‌تواند از سعه یا ضیق دایره جعل پرده برداری کند، اما در محل بحث اساساً جعل ثانی نسبت به حالت بعد از شک مشکوک است و همین، مجرای استصحاب عدم است.

به بیان دیگر، در این پاسخ فرض گرفته شده است که یک جعل داریم و آن هم قابلیت اتصاف به سعه و ضیق را ندارد و بعد نتیجه‌گیری شده که امکان جریان استصحاب عدم جعل وجود ندارد، چون جعل قطعاً وجود دارد و شک در کیفیت جعل است. اما در حقیقت وقتی جعل قابلیت سعه و ضیق ندارد، شک در بقای مجعول همان‌طور که محتمل است ناشی از همین جعل اول باشد، می‌تواند ناشی از جعل ثانی باشد و صرف همین فرض کافی است که شک در اصل جعل ثانی تصویر شده و استصحاب عدم جعل نسبت به آن صورت گیرد و وجود یقینی جعل اول نیز منحل به استصحاب عدم جعل ثانی نیست، زیرا با شک در مجعول جعل اول، وجود آن فاعده تأثیری در دایره منجزیت و معذرت تکلیف نخواهد داشت.

۵۱. روحانی، منتقى الاصول، ۸۷/۶.

۵۲. روحانی، منتقى الاصول، ۸۶/۶؛ نک: خونی، مصباح الفقاهة، ۵۱/۲.

## ۴.۲. عدم تصویر جریان توأمان استصحاب عدم جعل و بقای مجعول

عده‌ای از اصولیان ادعا کرده‌اند که اساساً تصویر جریان این دو استصحاب با هم ممکن نیست تا درباره تعارض و سپس تساقط آن‌ها بحث کنیم،<sup>۵۳</sup> زیرا در محل بحث شک بعد از گذر زمانی در بقا مجعول ایجاد شده است. حال اگر زمان، قید برای مجعول بوده است که بعد از گذر آن دیگر بقای مجعول قابل استصحاب نیست؛ زیرا با فرض قیدبودن زمان، بعد از انتفای قید دیگر وحدت موضوع که شرط جریان استصحاب است، وجود ندارد.<sup>۵۴</sup> در این حالت صرفاً استصحاب عدم جعل جاری خواهد بود. اما اگر زمان ظرف برای مجعول باشد، بعد از گذر زمان استصحاب بقای مجعول ممکن است، زیرا شرط وحدت موضوع محقق است. اما در این حالت امکان استصحاب عدم جعل وجود ندارد، زیرا عدم سابقه به سبب جعل حکم در زمان لاحق نقض و تبدیل به وجود شده است، بنابراین جریان استصحاب در آن معنا ندارد.<sup>۵۵</sup> می‌توان ادعا کرد که در این حالت از لحاظ عقلی می‌توان عدم جعل را استصحاب کرد، اما باتوجه به نگاه عرفی که در باب تشخیص موضوع در استصحاب معتبر است،<sup>۵۶</sup> در این حالت صرفاً استصحاب بقای مجعول جاری است.<sup>۵۷</sup>

این پاسخ نیز تام نیست، زیرا اگرچه در حالت اول استصحاب بقای مجعول به سبب عدم حفظ وحدت موضوع جاری نخواهد بود، در حالت دوم که محل بحث ما نیز هست، یعنی جایی که زمان ظرف موضوع باشد؛ به این معنا که موضوع با لحاظ زمان متعدد نشده و وحدت خود را نسبت به آنات مختلف زمانی حفظ کند، استصحاب بقای مجعول جاری خواهد و ارکان جریان استصحاب عدم جعل نیز تام است،<sup>۵۸</sup> زیرا در حقیقت شک در این است که آن چیز که ازسوی شارع جعل شده است صرفاً مقید به زمانی خاص است یا دوام دارد و محدودیت زمانی ندارد. در این حالت هم استصحاب بقای مجعول امکان جریان دارد و هم استصحاب عدم جعل، زیرا اگر مقدار حکم مجعول فقط به میزان زمان معلوم بوده باشد، شارع نسبت به زمان مشکوک حکمی ندارد و صرف همین احتمال، مصحح جریان استصحاب عدم جعل در حالت شک است.<sup>۵۹</sup> از سویی رابطه بین استصحاب بقای مجعول با استصحاب عدم جعل، رابطه اصل سببی و

۵۳. انصاری، فرائد الأصول، ۲/۱۱۳؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۴۱۰.

۵۴. سبحانی، ارشاد العقول، ۱۴/۴.

۵۵. انصاری، فرائد الأصول، ۲/۱۲۳.

۵۶. انصاری، فرائد الأصول، ۲/۹۵.

۵۷. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۴۰۹.

۵۸. خوئی، مصباح الأصول، ۴۵/۲.

۵۹. نک: روحانی، منتقى الأصول، ۷۵/۶.

مسببی نیست تا از باب تقدم اصل سببی بر مسببی اصل بقای مجعول مقدم شود، زیرا شک در یک استصحاب مسبب شک در دیگری نیست، بلکه شک در هر دو مسبب از عدم علم مکلف به مجعول شارع در زمان مشکوک است.<sup>۶۰</sup>

## ۵.۲. غفلت نوعیه از استصحاب عدم جعل

به نظر می‌رسد تنها پاسخ از اشکال معارضه استصحاب عدم جعل با بقای مجعول بیان‌شدنی است، اشاره به غفلت نوعی موجود نزد عقلا و کشف رضایت شارع به آن با توجه به عدم وصول ردع است؛ به این معنا که عقلا هنگام مواجهه با مسئله‌ای از قبیل حکم نماز جمعه در زمان غیبت یا حکم وطی زوجه بعد از انقطاع دم حیض و قبل غسل، استصحاب بقای مجعول را جاری می‌کنند و توجهی به استصحاب عدم جعل ندارند، در حالی که ارکان استصحاب نسبت به استصحاب عدم جعل نیز تمام است و از لحاظ ساختار اصولی مانعی در جریان آن نیست. اما از آنجاکه عقلا نسبت به استصحاب عدم جعل غافل‌اند و عدم ردع شارع از این غفلت کاشف از رضایت اوست؛ استصحاب بقای مجعول به سبب عدم اعتبار استصحاب عدم جعل جاری است و به سبب آن، جریان استصحاب در شبهات حکمیه بدون مانع خواهد بود. به نظر می‌رسد که در این بیان فرقی وجود ندارد میان اینکه استصحاب را به سبب بنای عقلا معتبر بدانیم یا اینکه استصحاب را به سبب وجود روایات دالّ بر آن پذیرفته باشیم؛ چرا که در حالت اول واضح است که با وجود غفلت نوعیه از وجود ارکان استصحاب در استصحاب عدم جعل، اساساً دلیل استصحاب که حسب فرض همین بنای عقلاست در این موارد جاری نیست و با فرض عدم وجود مقتضی برای استصحاب عدم جعل، مجالی برای تصویر تعارض باقی نمی‌ماند. در حالت دوم، یعنی جایی که روایات دلیل بر اعتبار استصحاب باشند نیز باید بیان شود که وجود این غفلت نوعیه مسلّم نزد عقلا و مخاطبان خطاب باعث عدم شکل‌گیری اطلاق خطاب نسبت به استصحاب عدم جعل در محل بحث است؛ چرا که با وجود غفلت نوعیه از وجود ارکان استصحاب نسبت به استصحاب عدم جعل، عرفی که مخاطب خطاب است اطلاق بدوی ادله استصحاب را منصرف به استصحاب بقای مجعول دانسته، از این رو باز هم مجالی برای تصویر معارضه وجود نخواهد داشت، زیرا اساساً مقتضای جریان استصحاب که حسب فرض روایات هستند، شامل استصحاب عدم جعل نمی‌شوند.

تنها اشکال مطرح‌شده درباره این پاسخ این است که استصحاب در شبهات حکمیه در زمان معصومان(ع) رواج نداشته است؛ چرا که مردم حکم را از امام(ع) می‌پرسیدند، بنابراین احراز عدم ردع

شارع از این غفلت نوعیه ممکن نخواهد بود.<sup>۶۱</sup> این اشکال نیز مخدوش است، زیرا اولاً جریان اصول عملیه در شبهات حکمیه امری نادر نبوده است،<sup>۶۲</sup> بلکه در روایات متعددی اصول عملیه و قواعد فقهیه که همگی وظیفه عملی مکلف را هنگام شک و عدم قیام دلیل محرز مشخص می‌سازند و از این جهت تفاوتی ندارند، بر شبهات حکمیه تطبیق شده‌اند.<sup>۶۳</sup> در همین بحث استصحاب در مواردی بر شبهات حکمیه تطبیق شده است که در اول مباحث به آن اشاره شد و ثانیاً دسترسی به امام(ع) به سبب دوری شیعیان و فضای اختناق جامعه در زمان معصومان(ع) به آسانی نبوده است، به همین دلیل اصحاب و متشرعه به اصول عملیه در ناحیه احکام شرعیه تمسک جستجاند، از این رو می‌توان با توجه به اهمیت مسئله و عدم وصول ردعی نسبت به غفلت نوعیه از جریان استصحاب عدم جعل، این غفلت نوعیه را از ناحیه شارع مقدس امضا شده دانست.<sup>۶۴</sup>

### نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد که استصحاب در شبهات حکمیه جاری باشد، زیرا اولاً بعضی از روایات استصحاب بر شبهات حکمیه تطبیق شده‌اند و برخی روایات دیگر با اطلاق استصحاب در شبهات حکمیه را نیز شامل می‌شوند و مانعی از تمسک به اطلاق این ادله وجود ندارد. گرچه پاسخ‌های بیان شده از سوی اصولیان درباره تعارض ادعایی بین استصحاب عدم جعل و بقای مجعول نقدشدنی است، اما با توجه به غفلت نوعیه عقلاً از جریان استصحاب عدم جعل و عدم ردع آن از سوی شارع می‌توان استصحاب بقای مجعول را جاری دانست و بدین سان جریان استصحاب بقای مجعول در شبهات حکمیه را بدون مانع دانست.

### منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت(ع). ۱۴۰۹ق.  
احمدی شاهرودی، عبدالله. «الاستصحاب فی الشبهات الحکمیه»، پژوهش‌های اصولی. دوره ۱ و ۲ و ۳، ش ۲، خرداد ۱۳۸۲، ۱ تا ۲۰.  
استرآبادی، محمدامین بن محمدشریف. الفوائد المدنیة و الشواهد المکیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۲۴ق.

۶۱. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۳/۳۱۳.

۶۲. ایروانی، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، ۱/۱۸۵؛ بجنوردی، قواعد فقهیه، ۱/۳۷۹.

۶۳. کلینی، الکافی، ۷/۳۸۷؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۹/۳۵۶.

۶۴. اصولیان در موارد متعددی برای اثبات مراد خویش به غفلت نوعیه و سکوت شارع در مقابل آن که مساوی با تأیید آن است، تمسک کرده‌اند. برای نمونه به «صدر، بحوث، ۸/۲۴» رجوع کنید.

- اصفہانی، سید ابوالحسن. وسیلة الوصول إلى حقائق الأصول. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۴۲۲ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: دار الفکر. ۱۴۲۸ق.
- ایراوانی، باقر. دروس تهمیدیه فی الفقه الإستدلالی. قم: دار الفقه. ۱۴۲۶ق.
- بجنوردی، سید محمد. قواعد فقهیه. قم: عروج. ۱۴۰۱ق.
- تبریزی، میرزا جواد. دروس فی مسائل علم الأصول. قم: دار الصدیقة الشهیده (س). ۱۳۸۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۹ق.
- حکیم، سید محسن. حقائق الأصول. قم: کتاب فروشی بصیرتی. ۱۴۰۸ق.
- حکیم، سید محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۴۱۶ق.
- حکیم، محمد سعید. التنقیح. بیروت: مؤسسة الحکمة الثقافة الاسلامیه. ۱۴۳۱ق.
- حیدری، علی نقی. اصول الإستنباط. قم: لجنة ادارة الحوزة العلمیه. ۱۴۱۲ق.
- خمینی، روح الله. الإستصحاب. تهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام. ۱۳۸۱.
- خوئی، ابوالقاسم. الهدایة فی الأصول. قم: مؤسسة صاحب الأمر (عج). ۱۴۱۷ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. قم: مؤسسة احیاء آثار امام خوئی. ۱۴۲۲ق.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. بی جا: بی نا. بی تا.
- روحانی، سید محمد. منتقى الأصول. قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی. ۱۴۱۳ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. ارشاد العقول إلى مباحث الأصول. قم: مؤسسة امام صادق (ع). ۱۴۲۴ق.
- شیرازی زنجانی، سید موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز. ۱۴۱۹ق.
- صدر، محمد باقر. بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی علی المذهب اهل بیت (ع). ۱۴۱۷ق.
- صدر، محمد باقر. دروس فی علم الأصول. قم: دار الهدی. ۱۴۲۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. قم: دار الکتب الاسلامیه. ۱۴۰۷ق.
- عراقی، ضیاء الدین. نهاية الأفكار. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۴۱۷ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. ۱۴۲۹ق.
- کمالی، محمد مهدی، امیر زاهدی. «واکاوی ابعاد فقهی حکم تولید و مصرف گوشت آزمايشگاهي»، فقه و اصول. س ۵۴، ش ۴، زمستان ۱۴۰۱، ۱۷۴ تا ۱۵۷. [10.22067/jfiqh.2021.71018.1132](https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.71018.1132)
- لجنة فقه المعاصر. الفائق فی الأصول. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه. ۱۴۴۱ق.
- مفید، محمد بن محمد. الأمالی. قم: کنگره شیخ مفید. ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. بی جا: مؤسسة امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۸ق.

- نائینی، محمدحسین. اجود التقريرات. قم: عرفان. ۱۳۵۲.
- نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۷۶.
- نراقی، محمد مهدی. مناهج الأحكام و الأصول. نسخه نرم افزار جامع اصول فقه شرکت تحقیقات نرم افزاری نور.
- وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. الرسائل الأصولية. قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی. ۱۴۱۶ق.

### Transliterated Bibliography

- Aḥmadī Shāhruḍī, ‘Abd Allāh. "al-Istishāb fī al-Shubahāt al-Ḥukmīyah". *Pazhūhish-hā-yi Uṣūlī*. Durīh-yi 1-3, no. 2 (Khurdād 2003/1382): 183-201.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt (AS), 1989/1409.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr, 2007/1428.
- Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad. *Qawā’id Fiqhiyah*. Qum: ‘Urūj. 1981/1401.
- Ḥakīm, Muḥammad Sa’id. *al-Tanqīh*. Beirut: Mū’assisa al-Ḥikmat al-Thaqāfa al-Islāmiyya, 2010/1431.
- Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. *Ḥaqā’iq al-Uṣūl*. Qum: Kitābfurūshī Baṣīratī, 1988/1408.
- Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr, 1995/1416.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1989/1409.
- Hydarī, ‘Alī Naqī. *Uṣūl al-Istinbāṭ*. Qum: Lajnat Idāra al-Ḥawzah al-‘Ilmiyyah, 1992/1412.
- ‘Irāqī, Ḍiyā’ al-Dīn. *Naḥāya al-Afkār*. Qum: Mū’assisah Nashr Islāmī. 1996/1417.
- Īrawānī, Bāqir. *Durus Tamhīdiyyah fī Fiqh al-Istidlālī*. Qum: Dār al-Fiqh, 2005/1426.
- Isfahānī, Sayyid Abū al-Ḥasan. *Wasālah al-Wuṣūl ilā Ḥaqā’iq al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisah Nashr Islāmī, 2001/1422.
- Istarābādī, Muḥammad Amīn ibn Muḥammad Shrif. *al-Fawā’id al-Madanīya wa al-Shawāhid al-Makiyah*. Qum: Mū’assisah Nashr Islāmī, 2003/1424.
- Kamālī, Muḥammad Maḥdī, Amīr Zāhidī. "Vākāwī Ab’ād Fiqhī Ḥukm Tūlīd va Maṣraf Gūshṭ Āzimāyishgāhī". *Fiqh va Uṣūl*, yr. 54, no. 4 (winter 2023/1401): 157-174.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *al-Hidāya fī al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisah Ṣāhib al-Amr, 1996/1417.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. s.l. s.n. s.d.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āthār-i al-Imām al-Khū’ī, 2001/1422.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Istishāb*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām, 2003/ 1381
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya’qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth, 2008/1429.

- Lajnat al-Fiqh al-Mu'āshir. *al-Fā'iḳ fī al-Uṣūl*. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-hā-yi 'Ilmiyya. 2019/1441.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. S.l: Madrisah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS), 2007/1428.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Amālī*. Qum: Kungirah-yi Shaykh Mufid, 1993/1413.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: 'Irfān, 1973/1352.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī. 1998/1376.
- Narāqī, Muḥammad Mahdī. *Manāḥij al-Aḥkām wa al-Uṣūl*. Nuskhih-yi Narm Afzār Jāmi' Uṣūl Fiqh Shirkat Taḥqīqāt Narm Afzārī Nūr.
- Rūḥānī, Sayyid Muḥammad. *Muntaqā al-Uṣūl*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Ḥusaynī Rūḥānī, 1993/1413.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif Fiqh-i Islāmī 'alā al-Mazhab Ahl-i Bayt(AS), 1996/1417.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Hudā, 2001/1422.
- Shubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra'ypardāz. 1998/1419.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Irshād al-Uqūl ilā Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Imām Ṣādiq(AS), 2004/1424.
- Tabrizī, Mīrzā Javād. *Durūs fī Masā'il 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Ṣidiqa al-Shahīda, 1967/1387.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya, 1987/1407.
- Waḥīd Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *al-Rasā'il Uṣūliyya*. Qum: Mū'assisa al-'Allāmah Waḥīd Bahbahānī, 1995/1416.





## A Reassessment of the Ruling and Scope of Hoarding from the Perspective of Criminal Justice

**Dr. Hossein Farzaneh**  (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: [Dr.farzaneh@razavi.ac.ir](mailto:Dr.farzaneh@razavi.ac.ir)

**Dr. Seyed Ja'far Alavi Gonabadi** 

Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

**Dr. Seyed Ali Sajjadizadeh** 

Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

### Abstract

Hoarding (*ihtikār*) is a religious prohibition (*ḥarām-i sharʿī*) according to the majority of jurists. Also, from a legal perspective, it is considered as a discretionary offense (*jurm-i taʿzīrī*), for which punishments such as imprisonment, flogging, confiscation of property, and, in certain exceptional circumstances, even execution as corruption on earth (*ifsāʾ fi al-arḍ*) have been issued. The ruling and scope of hoarding are some of the disputed issues among jurisprudence scholars. Prohibition (*ḥurmat*) and reprehensibility (*kirāhat*) are two normative characterizations traceable in jurisprudential works. With respect to its scope, some jurists have limited unlawful hoarding to certain foodstuffs, whereas others have extended it to all types of food and even broader human needs and necessities. The present study seeks to reassess the evidences of hoarding from the perspective of criminal justice and to judge the views on this basis. The findings indicate that taking into account standards of criminal justice (such as the principle of proportionality between crime and punishment) in analyzing the relevant texts strengthens the theory supporting the prohibition of hoarding. Regarding its scope, justice functions as a contextual indicator that establishes interpretive approaches that treat the narrations of exclusivity as illustrative (*tamsīl*), governmental (*ḥukūmi*), or context-specific (*khārijīyyah*) by reinforcing the apparent meaning of general proofs and thereby reinforce the theory of generalization.

**Keywords:** hoarding (*ihtikār*); justice; discretionary crime (*jurm-i taʿzīrī*); proportionality of crime and punishment





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان ۱۴۰۴، ص ۱۶۵ - ۱۳۷

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۴

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.85523.1698>

نوع مقاله: پژوهشی

## بازخوانی حکم و گسترهٔ احتکار با رویکرد عدالت کیفری

 دکتر حسین فرزانه (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: [Dr.farzaneh@razavi.ac.ir](mailto:Dr.farzaneh@razavi.ac.ir)

 دکتر سیدجعفر علوی گنابادی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

 دکتر سیدعلی سجادی زاده

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

### چکیده

احتکار، در نگاه مشهور فقیهان، حرام شرعی و از منظر قانون، جرمی تعزیری است که کیفرهایی نظیر حبس، شلاق، ضبط اموال و حتی در شرایط خاص، اعدام، به عنوان افساد فی الارض، برای آن مقرر شده است. حکم و گستره احتکار از موضوعات اختلافی در میان دانشیان فقه است. حرمت و کراهت دو انگاره حکمی قابل ردیابی در آثار فقهی است. در گستره موضوعی عده‌ای از فقیهان، احتکار شرعی را منحصر به برخی کالاهای خوراکی خاص دانسته و در مقابل، گروهی دیگر، آن را به هر نوع طعام و بلکه سایر نیازها و احتیاجات انسانی تعمیم داده‌اند. این جستار در پی آن است که از منظر عدالت کیفری به بازخوانی ادله احتکار پرداخته و با این رویکرد به داوری میان دیدگاه‌ها بنشیند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که لحاظ موازین عدالت کیفری، از قبیل اصل تناسب جرم و مجازات در تحلیل نصوص مرتبط با احتکار، سبب می‌شود تا نظریه حرمت‌انگاری از استقامت فزون‌تری برخوردار باشد. در مورد گستره احتکار نیز عدالت قرینه‌ای است که با تقویت ظهور ادله عام، انگاره تمثیل، حکومتی یا خارجیه‌انگاری روایات انحصار را تثبیت می‌کند و در نتیجه، به تقویت نظریه تعمیم می‌انجامد.

**واژگان کلیدی:** احتکار، عدالت، جرم تعزیری، تناسب جرم و مجازات.

احتکار از منظر فقهی، امری مرجوح و از نگاه قانونگذار، جرمی تعزیری است. دربارهٔ حکم احتکار دو نظریهٔ حرمت و کراهت در آثار فقها قابل ردیابی است. گرچه حرمت‌انگاری از شهرت بیشتری برخوردار است، اما کراهت‌انگاران نیز به تحکیم مبانی خود پرداخته‌اند. ازسوی دیگر، صرف‌نظر از افرادی که فاقد مسئولیت کیفری‌اند (نظیر صبی و مجنون)، کیفرهای تعزیری تنها در خصوص افعال حرام و نامشروع اجراشدنی است. بنابراین، جرم‌انگاری قانونی احتکار و تعیین مجازات برای آن -به‌عنوان تعزیری شرعی و در قالب احکام اولیه- تنها در فرض اثبات نظریهٔ حرمت امکان دارد؛ چراکه در فرض تثبیت انگارهٔ کراهت، جرم‌دانستن احتکار و تعیین مجازات‌های قانونی برای محتکران، البته به‌عنوان یک تعزیر شرعی اولی با چالش‌های فقهی از قبیل تناقض با قاعدهٔ «التعزیر لکل عمل مُحَرَّم» روبه‌رو خواهد شد. درست است که نسبت میان جرم و گناه، عام و خاص من‌وجه است و برخی مُحَرَّمات از نظر قانون جرم‌انگاشته نشده‌اند و نیز بعضی جرایم به حکم اولی حرام نیستند و براین اساس، حتی در نظریهٔ کراهت‌انگاری نیز می‌توان احتکار را جرم تلقی کرد، اما همان‌گونه که در ادامه خواهد آمد تمرکز جستار حاضر بر تعیین حکم اولیهٔ احتکار و کیفر آن در قالب تعزیرات شرعی و نه حکومتی است.

موضوع اختلاف‌برانگیز دیگر، دامنه و گسترهٔ احتکار است. برخی فقها به تبعیت از روایات نظریهٔ انحصار را برگزیده‌اند، بدین معنا که احتکار را در دایرهٔ کالاهای مشخص و محدودی جاری می‌دانند اما گروه دیگری بر نظریهٔ تعمیم اصرار دارند و احتکار را به همهٔ احتیاجات انسانی تعمیم می‌دهند.

این جستار درصدد است تا از منظری تازه به این دو اختلاف سرنوشت‌ساز نظر کند و با تکیه بر برخی اصول عدالت کیفری از قبیل اصل تناسب جرم و مجازات به بازخوانی ادلهٔ هریک از اقوال بپردازد. گرچه دربارهٔ حکم و گسترهٔ احتکار تحقیقات فاخر فراوانی صورت پذیرفته است؛ اما آنچه این نوشتار را از سایر تحقیقات متمایز می‌سازد بازکاوی مبانی احتکار از منظر عدالت کیفری است. نگارنده می‌کوشد تا با لحاظ یکی از مقاصد مهم شریعت، یعنی عدالت، ادلهٔ احتکار را از نظر حکم و گستره مورد بازخوانی انتقادی قرار دهد اما هیچ‌گاه از موازین و چهارچوب‌های متعارف فقه امامیه نیز خارج نشده است. استفادهٔ منضبط و فقیهانه از مقاصد شریعت در استنباطات فقهی، موضوعی تازه و درخور تأمل است که این جستار بر خصوص مسئلهٔ احتکار تمرکز کرده و نشان داده است که چگونه لحاظ عدالت می‌تواند در نصوص و ادلهٔ باب احتکار ظهور تازه‌ای و نتایج متفاوتی ایجاد کند.

احتکار از منظر قانون عنوانی مجرمانه تلقی می‌شود، لذا تحقیق دربارهٔ این موضوع و بررسی جوانب آن

از منظر تأثیرگذاری بر قوانین، اهمیت و ضرورتی مضاعف می‌یابد. بدین منظور لازم است ابتدا به مفهوم‌شناسی احتکار و نیز تبیین برخی اصول عدالت کیفری نظیر قاعده تناسب جرم و مجازات پردازیم.

## ۱. تعریف احتکار

جست‌وجو در کتاب‌های لغت نشان می‌دهد واژه احتکار در اصل، به معنای «ظلم و بدرفتاری» است و سپس در «حبس، امساک و نگهداری چیزی که مردم به آن نیازمندند» استعمال می‌شود<sup>۱</sup> و آمدن «طعام» در کلمات برخی اهل لغت<sup>۲</sup> صرفاً تمثیل به یکی از بارزترین احتیاجات انسانی است، وگرنه در اصل معنا چنین تضيیقی (حبس طعام) وجود ندارد و احتکار در ارتکاز لغوی و عرفی، منحصر به اشیای به‌خصوصی نیست.

در دانش فقه تعاریف مختلفی از احتکار ارائه شده است که ریشه این اختلاف، در مبانی و اسناد شرعی مرتبط با این جرم است. تعریف پرتکرار بدین قرار است: «نگهداری و حبس مطلق طعام و یا اقلام خوراکی خاص، به گونه‌ای که موجب بروز تنگنا و مشقت در زندگی مردم شود.» واضح است که فقها در پی ارائه تعریف وضعی یا لغوی نیستند، بلکه درصدد بیان موضوع نهی‌ای هستند که در روایات از آن سخن به میان آمده و تقیید احتکار به طعام یا دسته‌ای خاص از خوردنی‌ها ریشه در روایات باب دارد، نه عرف یا لغت.

در تعریف اصطلاحی احتکار، وفاق واحدی در میان فقیهان به چشم نمی‌خورد. برخی فقهای متقدم در تعریف احتکار می‌نویسند: «احتکار، حبس گندم، جو، خرما، کشمش و روغن است و در غیر این اجناس، احتکار وجود ندارد.»<sup>۳</sup> یکی دیگر از دانشیان فقه نیز تعریف مشابهی را ارائه کرده است.<sup>۴</sup> در مقابل، برخی از دانشیان فقه دایره احتکار را توسعه داده و آن را در هر نوع خوراکی (مطلق طعام) جاری دانسته‌اند.<sup>۵</sup> البته برخی فقهای هم‌عصر نیز به صراحت احتکار شرعی را به همه نیازمندی‌های عمومی مانند خوراک، پوشاک، مسکن و... تعمیم داده‌اند<sup>۶</sup> که در ادامه به تفصیل بدان می‌پردازیم.

۱. زبیدی، تاج العروس، ۳۰۰/۶؛ فیومی، المصباح المنیر، ۱۴۵/۲؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۹۲/۲.

۲. ابن منظور، لسان العرب، ۲۰۸/۴؛ جوهری، الصحاح، ۶۳۵/۲.

۳. طوسی، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ۳۷۴.

۴. ابن ادریس، السرائر، ۲۳۸/۲.

۵. از آن جمله می‌توان به شیخ مفید، المقنعة، ۶۱۶؛ ابن زهره، غنية النزوع، ۲۳۱؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۶۰ و... اشاره کرد.

۶. محقق داماد، تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام، ۵۵.

## ۲. احتکار از منظر قانون

احتکار در تلقی مشهور فقیهان، حرامی شرعی و از منظر قانون، جرمی تعزیری است که در قوانین مربوطه مجازات‌هایی برای مرتکبان آن در نظر گرفته شده است. در اصل ۴۳ قانون اساسی ایران منع احتکار به عنوان یک ضابطه، به منظور تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کنی فقر و محرومیت و نیز برآوردن نیازهای انسان لحاظ شده است. در اصل ۴۹ قانون اساسی، که در آن دولت موظف به بازگرداندن ثروت‌های نامشروع به صاحبان حق یا بیت‌المال شده، قانونگذار ثروت‌های ناشی از احتکار و قاچاق و گران‌فروشی را نیز در شمول این اصل قرار داده است.<sup>۷</sup> در قانون تعزیرات حکومتی ایران، احتکار به نگهداری کالا به صورت عمده با تشخیص مرجع ذی صلاح و امتناع از عرضه آن به قصد گران‌فروشی یا اضرار به جامعه پس از اعلام ضرورت عرضه توسط دولت تعریف شده است.<sup>۸</sup> از نظر قانونگذار، احتکار در شرایط خاصی می‌تواند از مصادیق افساد فی الارض تلقی شود و به مجازات اعدام بینجامد.<sup>۹</sup>

## ۳. عدالت کیفری

عدالت کیفری به مجموعه‌ای از اصول، قوانین و فرایندهایی اطلاق می‌شود که به منظور مقابله با جرایم و حفظ نظم و امنیت جامعه تدوین و اجرا می‌شوند. این نوع از عدالت شامل بررسی و پاسخ‌گویی به رفتارهای جنایی و شبه‌جنایی است و در پی ایجاد تعادلی میان حقوق بزه‌دیدگان و حقوق متهمان است. از جمله اهداف اصلی عدالت کیفری، اصلاح رفتار مجرمان و بازگشت آن‌ها به جامعه است. این رویکرد که به «عدالت ترمیمی» معروف است، بر اهمیت ترمیم خسارات وارده به بزه‌دیده و جامعه تأکید دارد و می‌کوشد از طریق مشارکت فعالانه بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه به راه‌حل‌های سازنده و پایدار دست یابد.<sup>۱۰</sup> در نظریه‌های حقوقی، عدالت کیفری به معنای تناسب میان جرم و مجازات تعریف می‌شود. به عبارت دیگر، مجازات باید به گونه‌ای تعیین شود که با شدت و نوع جرم ارتكابی سازگاری داشته باشد. این اصل که به نام «تناسب جرم و مجازات» شناخته می‌شود، از اصول پایه‌ای عدالت کیفری است.<sup>۱۱</sup> عدالت

۷. ماده واحده قانون شمول اجرای قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی دربارهٔ ثروت‌های ناشی از احتکار و گران‌فروشی و قاچاق (مصوب ۱۳۶۸/۱۱/۲۹) بیان می‌کند که دادگاه‌های مربوط به اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی موظف‌اند مطابق قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی ثروت‌های محتکران، گران‌فروشان، قاچاقچیان را بررسی دقیق کرده و نسبت به ضبط و ثبت و اخذ ثروت‌هایی که برخلاف ضوابط دولت جمهوری اسلامی ایران در اثر احتکار و گران‌فروشی و قاچاق کسب شده به عنوان مجازات، به نفع دولت جمهوری اسلامی ایران اقدام کنند.

۸. ماده ۴ قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳.

۹. ماده ۲ قانون قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹.

۱۰. عباسی، «عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری»، ۸۷.

۱۱. فلچر، مفاهیم بنیادی حقوق کیفری، ۹۶.

کیفری همچنین به مفاهیم گسترده‌تری نظیر عدالت اجتماعی پیوند می‌خورد. در این رویکرد، عدالت کیفری نه تنها به مجازات بزه‌کاران می‌پردازد، بلکه در پی کاهش عوامل اجتماعی و اقتصادی مؤثر در وقوع جرم نیز هست. براین اساس، عدالت اجتماعی و عدالت کیفری به عنوان دو روی یک سکه تلقی می‌شوند که بدون وجود یکی، دیگری نیز نمی‌تواند به طور کامل محقق شود.<sup>۱۲</sup>

در نهایت، عدالت کیفری به عنوان نظامی پیچیده و چندوجهی نیازمند رویکردهای چندرشته‌ای است که شامل علوم جزایی، جرم‌شناسی، حقوق بشر و سیاست‌گذاری اجتماعی می‌شود. این نظام به طور مستمر در حال تحول است تا بتواند به نیازهای متغیر جامعه پاسخ دهد و از حقوق و آزادی‌های اساسی افراد محافظت کند.<sup>۱۳</sup>

#### ۴. قاعده تناسب جرم و مجازات

از جمله مهم‌ترین اصول عدالت کیفری، اصل تناسب جرم و مجازات است. برخی اندیشمندان معاصر معتقدند، تناسب، مفهوم خود را از عدالت؛ یعنی اعطای حق به صاحب حق می‌گیرد؛ مراد از تناسب جرم و مجازات، وجود نوعی نسبت، سنخیت و شباهت بین مجازات‌ها با جرایم است.<sup>۱۴</sup>

تناسب جرم و کیفر، به عنوان یکی از مصادیق برجسته عدالت همواره مدنظر فقها و حقوق‌دانان بوده است، به گونه‌ای که این اصل، از جمله شاخصه‌های عدالت کیفری شمرده شده است که به عنوان اصلی قانونی و شرعی و عقلی، قدمتی به اندازه حیات بشری دارد. رعایت این تناسب آن قدر اهمیت دارد که برخی آن را ترجمان عدالت کیفری و از اصول اولیه عدالت و انصاف دانسته‌اند که مقبول همه نظام کیفری است.<sup>۱۵</sup> شکی نیست که رعایت تناسب، به معنای هماهنگی و توازن میان جرم و مجازات از سوی قانونگذار و مجریان قانون به تحقق عدالت در نظام کیفری می‌انجامد.<sup>۱۶</sup> دانشیان حقوق، ناهمسویی میان جرم و مجازات و عدم رعایت تناسب این دو را نقض عدالت کیفری و ناسازگار با فلسفه حقوق جزا می‌دانند.<sup>۱۷</sup>

تناسب جرم و مجازات، از جمله اصول حاکم بر مجازات‌های اسلامی نیز هست. در آیه ۲۶ از سوره نبا

۱۲. حبیب‌زاده، هژبر الساداتی، «عدالت اجتماعی و عدالت کیفری؛ جدایی یا پیوند»، ۲۸.

۱۳. زراعت، «ضمانت اجرای کیفری نقض اصول قانون اساسی»، ۶۹.

۱۴. علیان، فاکر مبینی، «تناسب جرم و مجازات براساس آیات قصاص»، ۳۲.

۱۵. بیگی، یوسف، «تناسب جرم و مجازات در سیاست جنایی ایران با رویکرد آموزه‌های توزیع کیفر»، ۲۲۶.

۱۶. سبزواری‌نژاد، «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، ۱۳۶.

۱۷. ابراهیم‌پور لیالستانی، اهداف و مبانی مجازات در دو رویکرد حقوق جزا و آموزه‌های دینی، ۳۲؛ بیگی، یوسف، «تناسب جرم و مجازات در سیاست جنایی ایران با رویکرد آموزه‌های توزیع کیفر»، ۲۳۲.

سخن از مفهومی به نام «جزای وفاق» به میان آمده است<sup>۱۸</sup> که به معنای کیفر متناسب و موافق با جرم است.<sup>۱۹</sup> علامه طباطبایی معتقد است واژه وفاق، مصدر به معنای اسم فاعل است و بدین معناست که جزا داده می‌شوند مطابق با اعمال و رفتارشان. ایشان احتمال داده است که لفظ وفاق با حفظ معنای مصدری، به منظور تأکید و مبالغه و بیان موافقت کامل و تامّ میان جرایم و مجازات‌ها به کار رفته است.<sup>۲۰</sup> برخی مفسران دیگر نیز «جزای وفاق» را مجازاتی متناسب با شدت جرم دانسته‌اند؛ بدین معنا که چون جرم شرک شدیدترین گناهان است، آتش نیز که سخت‌ترین نوع مجازات‌هاست، متناسب با آن تعیین شده است و بنابراین مشرکان در آتش قرار می‌گیرند. ایشان بر این باور است که مجازات‌های الهی را از آن جهت جزای وفاق نامیده‌اند که به مقدار اعمال مجرمانه و نیز میزان استحقاق بر گنهکاران نازل می‌شود.<sup>۲۱</sup>

از منظر اهداف و فلسفه مجازات نیز تردیدی وجود ندارد که تحقق و پیاده‌سازی عدالت، از مقاصد نظام جزایی اسلام است، به گونه‌ای که می‌توان گفت مهم‌ترین تأثیر وضع و اجرای قوانین جزایی تحقق عدالت است. بدیهی است که تنها مجازات‌هایی می‌توانند این هدف را تأمین کنند که خود از وصف عدالت بی‌بهره نباشند؛ چراکه منطبق بر اصل سنخیت علی و معلولی نمی‌توان از طریق مجازات‌های ناعادلانه و ناهمگون و نامتناسب با جرم به عدالت کیفری و جزایی دست یافت.<sup>۲۲</sup> برخی نویسندگان معاصر بر این باورند که اصل تناسب در حقوق کیفری اسلام مدّ نظر تام قرار گرفته است و تمامی آیاتی که انسان را به اجرای عدل فرا می‌خواند، در واقع به رعایت اصل تناسب جرم و مجازات نیز دعوت می‌کند.<sup>۲۳</sup> دیگران بر این باورند که مجازات‌های اسلامی به گونه‌ای تعیین شده است که تأمین‌کننده اهداف مشخصی باشد و مجازات ناهمگون و نامتناسب نمی‌تواند ما را به اهداف شارع از تشریع مجازات‌ها برساند.<sup>۲۴</sup>

## ۵. اختلافات فقهی در مسئلهٔ احتکار

همان‌گونه که گذشت در احتکار دو اختلاف مهم میان فقیهان به چشم می‌خورد: یکی، در حکم احتکار (کراهت یا حرمت) و دیگری، در گستره و دامنهٔ آن.<sup>۲۵</sup> در ابتدا به اختلافات فقهی دربارهٔ حکم

۱۸. انبیاء: ۲۶.

۱۹. مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۴۱/۲۶.

۲۰. طباطبایی، المیزان، ۱۷۰/۲.

۲۱. طبرسی، مجمع البیان، ۲۴۵/۱۰.

۲۲. علیان، فاکر میبدی، «تناسب جرم و مجازات براساس آیات قصاص»، ۴۳.

۲۳. علیان، فاکر میبدی، «تناسب جرم و مجازات براساس آیات قصاص»، ۳۷.

۲۴. دانش‌پژوه، خسروشاهی، فلسفه حقوق، ۲۱۱.

۲۵. مجلسی، مرآة العقول، ۱۵۴/۱۹.

احتکار می‌پردازیم و در ادامه نیز افتراق آرا در گستره احتکار را بررسی می‌کنیم و در نهایت، به تحلیل این موضوع می‌پردازیم که عدالت کیفری چه جایگاهی در استنباط احکام مربوط به احتکار و حلّ و فصل اختلافات موجود در آن دارد.

## ۵. ۱. حکم احتکار

توضیح اختلاف فقیهان درباره حکم احتکار را از کلام سیدجواد عاملی، صاحب مفتاح الکرامه پی می‌گیریم: «احتکار اجماعاً مورد نهی شارع است؛ همان‌گونه که شیخ طوسی در نهایة الاحکام بدان تصریح کرده و مراد ایشان (شیخ طوسی)، از نهی، به قرینه ما بعد، اعمّ از کراهت است و مصنف (علامه حلی در قواعد) قائل به حرمت احتکار است که در این نظریه با مقنع، ظاهر کتاب من لا یحضره الفقیه، هدایة از صدوق (چنان‌که به آن نسبت داده شده)، استبصار، سرائر، تحریر، تذکره، دروس، جامع المقاصد، مسالک و روضه توافقی دارند و البته این نظریه (حرمت احتکار) قوی است، همان‌گونه که در تنقیح و میسیه نیز قوی معرفی شده است. از قاضی، حلی (در یکی از دو قول وی) و منتهی نیز قول به حرمت نقل شده است... ولی قول به کراهت، نظریه برگزیده مقنعه، نهاییه، مبسوط، مراسم، شرایع، نافع، ارشاد، مختلف و ایضاح است.»<sup>۲۶</sup>

فارغ از صحت و دقت این انتساب‌ها، آنچه خدشه‌ناپذیر است اتفاق و اجماع بر مرجوحیت احتکار و نیز حضور دو انگاره حرمت و کراهت در میان فقهاست. صاحب‌جواهر احتکار را به‌عنوان اولی، مکروه دانسته و کراهت را شبهه به اصول و قواعد مذهب می‌داند. او بر این باور است که تنها در صورت عروض امر خارجی، نظیر اضطرار و مانند آن می‌توان قائل به حرمت احتکار شد.<sup>۲۷</sup> در مقابل، محقق خویی قول به حرمت را نظریه مشهور فقها دانسته است.<sup>۲۸</sup> در میان معاصران، امام خمینی،<sup>۲۹</sup> آیت‌الله سیستانی،<sup>۳۰</sup> آیت‌الله وحید خراسانی<sup>۳۱</sup> فتوا به حرمت احتکار داده‌اند.

پی‌جویی کلمات فقیهان و نیز روایات باب احتکار نشان می‌دهد هر دو نظریه حرمت یا کراهت، در فرض نیاز مردم و در شرایطی است که نگهداری کالا سبب گرفتاری و تنگنا و فشار بر آن‌ها شود، وگرنه در صورت وفور کالا یا عدم‌نیاز مردم اساساً موضوع احتکار شرعی محقق نمی‌شود. بنابراین نباید گمان کرد

۲۶. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۳۵۲/۱۲.

۲۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۷۸/۲۲.

۲۸. خویی، مبانی تکرمة المنهاج، ۴۹۳/۵.

۲۹. خمینی، تحریر الوسیلة، ۵۰۱/۱.

۳۰. سیستانی، منهاج الصالحین، ۲۱/۲.

۳۱. وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۱۹/۳.

که فتوا به کراهت احتکار مربوط به زمان وفور (یا عدم نیاز) و در مقابل، انگارهٔ حرمت مختص به شرایط احتیاج و کمبود و شدت است.<sup>۳۲</sup> براین اساس، اختلاف فقها در حرمت یا کراهت احتکار را نباید دعوایی لفظی تلقی کرد، بلکه محور نزاع در هر دو انگارهٔ حرمت و کراهت را باید موضوع واحد دانست که همانا فرض کمبود و تنگنا و شدت بر مردم است.

نکتهٔ مهم دیگر که نباید از نظر دور داشت آن است که محل بحث، عنوان اولی احتکار است؛ یعنی در شرایطی که کمبود و تنگنا و احتیاج به حد اضطراب یا اختلال نظام نرسیده باشد؛ چراکه در صورت حصول اضطراب و مانند آن، دیگر احتکار موضوعیت نخواهد داشت و مثل هر عمل دیگری تحت عناوین ثانوی قرار می‌گیرد و تابع ادلهٔ آن عناوین خواهد بود. صاحب‌جواهر به صراحت بر این تفکیک اصرار می‌ورزد و معتقد است که موضوع احتکار، نگهداری طعام برای بالا رفتن قیمت بدون قصد زیان‌رساندن به مسلمانان است، وگرنه حرمت حبس طعام به قصد ایجاد قحطی یا به منظور تهدید مصالح عمومی جامعه یا اضرار به مسلمانان یا مقاصد پلید دیگر، به سبب عناوین ثانوی ای است که ارتباطی با عنوان احتکار ندارد.<sup>۳۳</sup>

**اول. ادلهٔ حرمت احتکار:** همان‌گونه که گذشت، فتوای به حرمت احتکار را باید قول مشهور فقیهان دانست که عمده دلیل آن، روایات نسبتاً فراوانی است که فصل مشترک آن، نهی از احتکار و ممنوعیت آن است. از جمله مهم‌ترین این روایات، صحیحہ سالم حنّاط است، او می‌گوید: «امام صادق (ع) از من پرسید: شغلت چیست؟ گفتم: گندم می‌فروشم، گاهی بازار پر رونق و گاه کساد است، در کساد بازار کالایم را نگه می‌دارم و نمی‌فروشم. امام فرمود: در این صورت مردم دربارهٔ تو چه می‌گویند؟ گفتم: می‌گویند محتکر است. امام پرسید: آیا کس دیگری هست که گندم بفروشد؟ گفتم من، به اندازهٔ یک هزارم بازار می‌فروشم. امام صادق فرمود: عیبی ندارد، مردی در قریش بود که به او حکیم بن حزام می‌گفتند، هرگاه گندم وارد شهر می‌شد او همهٔ آن را می‌خرید. پیامبر بر او گذشت و فرمود: ای حکیم! پرهیز از اینکه احتکار کنی.»<sup>۳۴</sup>

احتکار در روایات سبب دخول در آتش و در کنار گناهان کبیره‌ای چون شرب خمر و قوادی قرار گرفته و محتکر مورد لعن شارع و بدتر از سارق معرفی شده است که حتی بوی بهشت بر او حرام است.<sup>۳۵</sup> ضمن آنکه، جرم‌انگاری احتکار از منظر شارع و جعل عقوبت برای آن و اجبار او بر فروش کالا - که در روایات

۳۲. منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ۵/۵۷.

۳۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۸۰/۲۲.

۳۴. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۲۸/۱۷.

۳۵. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۲۴/۱۷، ۴۲۷.

قابل ردیابی است - دلالت واضحی بر حرمت این عمل دارد. برخی دانشیان فقه در این باره گفته‌اند: «از جمله چیزهایی که مؤید حرمت احتکار است، روایاتی است که دال بر الزام محترک به بیع است، چنین الزامی ظهور در حرمت حبس و نگهداری دارد؛ چراکه الزام بر ترک مکروه، خلاف ظاهر و خلاف قاعده سلطنت است.»<sup>۳۶</sup>

افزون بر همه این‌ها، بعضی از فقهای هم‌عصر بر این باورند که امکان ندارد عملی که برای جامعه مضر و سبب کمبود و فشار بر عموم می‌شود (حتی اگر این کمبود و فشار تاحدی شدید نباشد که سبب صدق عناوین ثانویه‌ای نظیر اختلال نظام یا اضطرار شود) مورد رضایت شارع باشد؛ لذا مناسبات حکم و موضوع اقتضا دارد که نظریه حرمت احتکار را بپذیریم.<sup>۳۷</sup>

**دوم. بررسی مبانی کراهت احتکار:** فقیهانی که انگاره کراهت احتکار و نه حرمت را برگزیده‌اند،<sup>۳۸</sup> به دلایلی استناد کرده‌اند که مهم‌ترین آن، صحیح‌ه حلبی است که در آن به صراحت واژه کراهت ذکر شده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ وَ يَتَرَبَّصُّ بِهِ هَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ فَقَالَ أَنْ كَانَ الطَّعَامُ كَثِيرًا يَسَعُ النَّاسَ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَأَنْ كَانَ الطَّعَامُ قَلِيلًا لَا يَسَعُ النَّاسَ فَإِنَّهُ يَكْرَهُ أَنْ يَحْتَكِرَ الطَّعَامَ وَ يَشْرِكَ النَّاسَ لَيْسَ لَهُمْ طَعَامٌ»؛<sup>۳۹</sup> یادکردنی است که به نظر می‌رسد عبارت «لا يسع الناس» اطلاق دارد؛ بدین معنا که شامل کمبودهای معمولی و نیز سختی و تنگناهای شدید (اضطرار، عسرو حرج و اختلال نظام) می‌شود، بنابراین روایت مزبور را نمی‌توان منحصر به حالت عروض عناوین ثانویه دانست.

استدلال به این روایت، که اصلی‌ترین دلیل مدعیان به شمار می‌رود، برای اثبات کراهت احتکار با چالش جدی روبه‌روست که همانا خلط میان استعمال روایی واژه کراهت با اصطلاح علمی آن است. توضیح مطلب آنکه، از جمله نکات مهم در استظهار از نصوص دینی، توجه به واژه‌های به‌کاررفته در آن و تعیین مدلول لغوی و عرفی واژگان است. در مجموعه روایات و کتب فقهای متقدم واژه‌هایی به کار رفته است که در ظاهر، مشابه الفاظ مستعمل در کتب فقهی و اصولی متأخرند اما با دقت در قراین می‌توان فهمید آنچه که امروز از برخی واژه‌ها دریافت می‌کنیم غیر از معنای مقصود در زمان صدور است؛ واژه کراهت از این سنخ کلمات است.

**سوم. واژه کراهت در روایات فقهی:** تعامل فقیهان با واژه کراهت و مشتقات آن را می‌توان در سه‌گانه

۳۶. روحانی، منهاج الفقاهة، ۱۸۹/۵.

۳۷. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۸۹/۵.

۳۸. علامه حلبی، قواعد الأحكام، ۳۸/۵.

۳۹. «از آن حضرت پرسیدم مردی طعام را احتکار می‌کند و در انتظار گرانی آن است. آیا این عمل، شایسته و جایز است؟ فرمودند: اگر طعام فراوان و مردم در گشایش‌اند، مانعی ندارد و اگر کم است و کفاف مردم را نمی‌دهد احتکار آن و مردم را بدون طعام رها کردن کار زشت و مکروه است.» کلینی، الکافی، ۱۶۵/۵.

زیر طبقه‌بندی کرد: برخی معتقدند که واژه کراهت در روایات ظهور در معنای اصطلاحی آن دارد (امر مرجوحی که مانع از نقیض نیست). مطابق نظر شهید ثانی معنای حقیقی واژه کره، همان مفهوم مصطلح کراهت (تنزیه) است و اگر گاهی در معنای تحریم به کار رفته است از باب مجاز و به مؤنه قراین صارفه است.<sup>۴۰</sup>

برخی دیگر از دانشیان فقه، مدلول «کره» در روایات و نیز کتب فقهی متقدم را «حرمت» دانسته‌اند. این دسته از فقها، موضوع له را اعم از کراهت به معنای اصطلاحی و حرمت و از قبیل مشترک معنوی می‌دانند که اگر به طور مطلق بیان شود، انصراف به معنای تحریم خواهد داشت. به دیگر بیان، در فرض فقدان قراین خاص، از واژه کراهت، مبعوضیت تحریمی؛ یعنی حرمت استفاده می‌شود و تنها با وجود قرینه است که می‌توان از این معنا دست برداشت و آن را حمل بر کراهت کرد. محقق خویی در این باره می‌نویسد: «أنّ التعبير بالكراهة يدلّ على عدم الجواز ما لم يثبت ما يدلّ على خلافه».<sup>۴۱</sup> دسته سوم از فقها بر این باورند که واژه کراهت، مشترک معنوی است که مفهومی اعم از کراهت اصطلاحی و حرمت دارد اما تعیین هریک از دو معنای حرمت یا کراهت اصطلاحی صرفاً براساس قراین امکان‌پذیر است. لازمه چنین رویکردی آن است که در فرض فقدان قرینه خاص، واژه کراهت را بایستی بر قدر متیقّن آن، که همان «مطلق مبعوضیت و مرجوحیت» است، حمل کرد. به عنوان نمونه‌ای از این طرز تفکر می‌توان از فخرالمحققین در ایضاح،<sup>۴۲</sup> صاحب حدائق،<sup>۴۳</sup> نراقی در مستند<sup>۴۴</sup> نام برد.

قلم‌زن این سطور معتقد است که گرچه تاریخ دقیق جداسازی و طبقه‌بندی احکام در قالب احکام خمسة تکلیفی معین نیست، اما شکی نیست که در عصر تشریع نیز اراده احکام خمسة و تمایز کراهت و حرمت مطرح بوده است، هرچند الفاظ دالّ بر آن با اصطلاح امروزی متفاوت باشد. کثرت استعمال «کره» و مشتقات آن، در موارد حلیّت یا حرمت قطعی مؤید این نکته است که موضوع له این واژه، اعم از معنای مصطلح امروزی است. پی‌جویی موارد استعمال این واژه در کتاب و سنت به‌خوبی این حقیقت را آشکار می‌سازد.

در قرآن کریم از واژه کراهت در موارد حرمت قطعی نظیر کفر و فسوق و عصیان استفاده شده است.<sup>۴۵</sup>

۴۰. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۰۲/۵.

۴۱. خویی، موسوعة الامام الخوئی، ۱۱۳/۳۲.

۴۲. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۱۲۶/۳.

۴۳. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۸۸/۲۳.

۴۴. نراقی، مستند الشیعة، ۷۵/۱۶.

۴۵. حجرات: ۷.

در سوره اسراء پس از ذکر گناهانی نظیر زنا، قتل، اکل مال یتیم، همه این موارد را نزد خداوند «مکروه» معرفی می‌کند.<sup>۴۶</sup> کثرت این موارد در آیات و روایات تاحدی است که مانع انعقاد ظهور ماده «کره» در کراهت اصطلاحی خواهد بود. ازسوی دیگر، از آنجاکه این واژه در کراهت اصطلاحی نیز به فراوانی استعمال شده است باید گفت: در فرض فقدان قراین، مدلول اطلاقی و ظهور استعمالی آن مجمل است و باید به قدر متیقن (مطلق مرجوحیت و منافرت) اکتفا کرد. شاید به همین دلیل است که برخی معاصران درباره صحیح حلبی پیش‌گفته نوشته‌اند: «این روایت هیچ‌گونه ظهوری در کراهت اصطلاحی فقهی ندارد تا بتوان از روایات فراوانی که ظهور در حرمت شدید احتکار دارند صرف‌نظر نمود.»<sup>۴۷</sup> براساس آنچه گذشت می‌توان ادعا کرد، اثبات کراهت احتکار براساس روایت حلبی بسیار بعید به نظر می‌رسد.

**چهارم. حکم احتکار از منظر عدالت کیفری:** این تحقیق در پی جایگاه عدالت در نزاع میان حرمت‌انگاران و مکروه‌انگاران حکم احتکار است؛ بدین معنا که آیا عدالت به‌عنوان یکی از مقاصد شریعت می‌تواند تأثیری در این اختلاف داشته باشد و مؤید یا دلیلی برای یکی از طرفین دعوا تلقی شود یا خیر؟

گذشت که لزوم تناسب میان جرم و مجازات یکی از مصادیق عدالت کیفری به شمار می‌رود. اگر تنها از منظر عدالت به این نزاع بنگریم باید گفت: حرام‌انگاری احتکار به عدالت کیفری نزدیک‌تر است، زیرا در فرض کراهت احتکار راه برای جرم‌انگاری و تعیین مجازات (به‌عنوان تعزیری شرعی) بسته خواهد شد؛ چراکه صرف‌نظر از افراد فاقد مسئولیت کیفری، مجازات‌های تعزیر شرعی تنها برای اعمال حرام (نه مکروه) اعمال‌شدنی است. ازسوی دیگر، هم در فقه و هم در قانون، جرایمی به مراتب سبک‌تر و پایین‌تر از احتکار، جرم‌انگاری شده و برای آن مجازات تعیین شده است. برخی از این بزه‌ها موضوعاتی کاملاً شخصی‌اند که مفاسد محدودی دارند. برای مثال، در فقه به‌تبع روایات برای مباشرت با همسر در ماه رمضان مجازات شلاق تعزیری تعیین شده است.<sup>۴۸</sup> باین وجود، عادلانه نخواهد بود که محکمی که دارو، آذوقه، وسایل پزشکی، حتی زمین و مسکن را حبس کرده و با عدم عرضه آن در بازار و افزایش قیمت‌ها مردم را به‌سختی و مشقت در تهیه مایحتاجشان دچار کرده است را نتوان تحت‌عنوان اولیه فقهی مرتکب فعل حرام و در نتیجه، مستوجب تعزیر شرعی دانست. حتی لازم نیست این مشقت آن‌قدر شدید باشد که تا حد اضطراب و اختلال نظام برسد. بدیهی است که چنین عدم‌توازی در جرایم و مجازات‌ها به‌معنای نقض اصل

۴۶. اسراء: ۳۸.

۴۷. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۸۵/۵.

۴۸. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۵۶/۱۰.

تناسب جرم و کیفر به عنوان یکی از اصول عدالت کیفری به نظر می‌رسد. به بیان دیگر، عدالت به عنوان قرینه‌ای در تعیین ظهور الفاظ برخی روایات نقش آفرین می‌شود. نگارنده معتقد است لحاظ عدالت قرینه ای است که نشان می‌دهد در روایات احتکار و در دوران امر میان حمل واژه «کره» بر کراهت اصطلاحی یا حرمت، کفه حرمت سنگین‌تر است و این لفظ، ظهور بیشتری در جانب حرمت دارد. علاوه بر این، فرمان امام علی (ع) در عهدنامه مالک‌اشتر مبنی بر لزوم مجازات محتکران و نیز نهی و منع رسول خدا قرینه دیگری بر حرمت و لزوم جرم‌انگاری احتکار به شمار می‌رود.<sup>۴۹</sup>

## ۵.۲. گستره احتکار

علاوه بر حکم تکلیفی، دربارهٔ گستره و دامنهٔ احتکار -یعنی اقلامی که در آن احتکار شرعی محقق می‌شود- نیز اختلاف نسبتاً فاحشی میان دانشیان فقه وجود دارد. شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «احتکار، حبس گندم، جو، خرما، کشمش و روغن است و در غیر این اجناس، احتکار وجود ندارد.»<sup>۵۰</sup> ابن‌ادریس حلی در فتوایی مشابه می‌گوید: «از احتکار نهی شده است و احتکار نزد اصحاب امامیه، نگهداری و حبس گندم، جو، خرما، کشمش و روغن است و در چیزی غیر از این اجناس، احتکار حرام محقق نمی‌شود.»<sup>۵۱</sup> علامه حلی نیز در تذکره و قواعد<sup>۵۲</sup> همین مسیر را پیموده و معتقد است: «تحریم احتکار مختص به مواد غذایی است که از آن جمله است خرما و کشمش، ولی همهٔ اطعمه را شامل نمی‌شود، این را شافعی نیز گفته است.»<sup>۵۳</sup> اما شهید اول روغن زیتون و نمک را بر غلات اربعه افزوده<sup>۵۴</sup> و تعداد اقلام مشمول احتکار را به هفت عدد رسانده است.<sup>۵۵</sup> محمدباقر مجلسی بر این باور است که مشهور فقهای امامیه تنها به حرمت احتکار در موارد منصوص اکتفا کرده و آن را به موارد دیگر تعمیم نداده‌اند، گرچه برخی نمک و روغن را نیز به این اقلام افزوده‌اند.<sup>۵۶</sup> محقق نجفی، صاحب‌جواهر نیز انحصار احتکار را به اقلام مشخص را فتوای مشهور دانسته که بر آن نیز ادعای اجماع شده است.<sup>۵۷</sup> صاحب‌جواهر را می‌توان از باورمندان به نظریهٔ اختصاص دانست، زیرا ایشان حرمت احتکار در

۴۹. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۷/۴۲۷.

۵۰. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ۳۷۴.

۵۱. ابن‌ادریس، السرائر، ۲/۲۳۸.

۵۲. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۱/۲.

۵۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۲/۱۶۷.

۵۴. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۳/۱۸۰.

۵۵. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳/۲۹۹.

۵۶. مجلسی، مرآة العقول، ۱۹/۱۵۴.

۵۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۲/۴۸۱.

غیراقدام منصوص را به ملاک ضرورت و عناوین ثانوی دانسته است، نه به عنوان حکم اولی.<sup>۵۸</sup> محقق حائری نیز در نظریه همسو با صاحب جواهر با الغای خصوصیت از طعام و تمسک به ادله حرج و ضرر، حرمت حبس و نگهداری را به همه ضروریات مسلمانان درخور تعمیم می‌داند، هرچند معتقد است واژه احتکار به معنای مصطلح شرعی بر آن صادق نیست.<sup>۵۹</sup> بدیهی است که معنای چنین استدلالی آن است که دامنه احتکار ممنوع را تنها در فرض بروز عناوین ثانویه‌ای چون اضطرار، عسرو حرج و اختلال نظام می‌توان گسترش داد، وگرنه به حکم اولی و در شرایط عادی، احتکار منحصر در اقدام منصوص است. در میان معاصران، امام خمینی در نظریه‌ای همسو اگرچه حبس و نگهداری هرآنچه مورد نیاز مردم است را عملی ناپسند و نفرت‌انگیز معرفی کرده است، اما احتکار شرعی را تنها در غلات اربعه، روغن حیوانی و روغن زیتون محقق می‌داند.<sup>۶۰</sup>

در مقابل، برخی فقیهان دایره احتکار را توسعه داده و آن را در هر نوع خوراکی (مطلق طعام) جاری دانسته‌اند که از آن جمله می‌توان به شیخ مفید در مقنعه،<sup>۶۱</sup> ابن زهره در غنیه<sup>۶۲</sup> و ابوالصلاح حلبی در کافی<sup>۶۳</sup> و... اشاره کرد. برخی از فقهای هم‌عصر نیز احتیاط واجب را ترک احتکار در جمیع ضروریات معاش مردم دانسته‌اند.<sup>۶۴</sup> دیگر مجتهد معاصر، ضابط کلی حرمت احتکار را هر چیزی دانسته است که مردم را از نظر طعام و آذوقه در تنگنا قرار دهد. باین وجود، احتیاط مستحب را ترک احتکار در مطلق احتیاجات مسلمانان می‌داند<sup>۶۵</sup> اما برخی محققان به صراحت احتکار شرعی را به همه نیازمندی‌های عمومی مانند خوراک، پوشاک، مسکن و... تعمیم داده‌اند.<sup>۶۶</sup>

کوتاه سخن آنکه، پس از تتبع آرای فقیهان می‌توان ادعا کرد که درباره گستره احتکار و دامنه شمول ادله آن وفاقی به چشم نمی‌خورد، اگرچه انحصار احتکار به اقدام خوراکی خاص یا مطلق طعام، فتوایی مشهورتر در میان امامیه به شمار می‌رود.

۵۸. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴/۸۳/۲۲.

۵۹. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۱۱۰/۵.

۶۰. خمینی، تحریر الوسیله، ۵۰۲/۱.

۶۱. مفید، المقنعه، ۶۱۶.

۶۲. ابن زهره، غنیه النزوع، ۲۳۱.

۶۳. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۶۰.

۶۴. مکارم شیرازی، الفتاوی الجدیدة، ۱۹۳/۲.

۶۵. سیستانی، منهاج الصالحین، ۲۲/۲.

۶۶. محقق داماد، تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام، ۵۵.

## ۶. بررسی ادلهٔ احتکار

عمده ادله در بحث احتکار روایات است، لذا شایسته است به اختصار این روایات را بازخوانی کنیم. به نظر می‌رسد اگر تنها بر گسترهٔ احتکار، یعنی دامنهٔ اقلام و کالاهایی که حبس و نگهداری آن مورد نهی قرار گرفته است تمرکز کنیم و سایر اختلافات را از صحنهٔ مدیریت ادله خارج کنیم، می‌توان مجموعه روایات احتکار را در سه‌گانه زیر جا داد:

**دستهٔ اول:** روایاتی که بر ممنوعیت احتکار به طور مطلق دلالت می‌کند. عباراتی نظیر «فَأَمْنَعُ مِنَ الْإِحْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) مَنَعَ مِنْهُ»،<sup>۶۷</sup> «أَنَّ عَنِ الْحُكْرَةِ»،<sup>۶۸</sup> «الْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»<sup>۶۹</sup> و «نَهَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) عَنِ الْحُكْرَةِ فِي الْأَمْصَارِ»<sup>۷۰</sup> و... نمونه‌هایی از عمومات و اطلاقات نهی و تقبیح احتکارند. در دانش اصول فقه بیان شده است که حذف متعلق، مفید عموم است و باتوجه به اینکه در این دسته از روایت، متعلق احتکار محذوف است، می‌توان از آن عمومیت گسترهٔ مصادیق احتکار را برداشت کرد. بدیهی است که اگر این احادیث را از نظر مصادیق و گسترهٔ احتکار در مقام بیان ندانیم، نمی‌توان آن را از ادلهٔ مربوط به گسترهٔ احتکار دانست.

**دستهٔ دوم:** روایاتی که بر ممنوعیت احتکار در مطلق طعام (هر نوع طعام) دلالت دارد. نصوصی نظیر «لَا يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ إِلَّا خَاطِئٌ»<sup>۷۱</sup> از این دسته‌اند.

**دستهٔ سوم:** روایاتی که بر انحصار احتکار در طعام‌های خاص (برخی خوراکی‌های معدود) دلالت دارد. برخی از این دسته روایات با لسان حصر، احتکار شرعی را در اقلام مشخصی منحصر ساخته‌اند. عبارتی نظیر «لَيْسَ الْحُكْرَةُ إِلَّا فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمْنِ»<sup>۷۲</sup> و مشابه آن در احادیث قابل ردیابی است.<sup>۷۳</sup>

## ۷. مبانی انحصار احتکار در اقلام خاص

پس از اشاره به روایات و اسناد مرتبط با احتکار، مستند فتوای مشهور مبنی بر انحصار احتکار شرعی به اقلام غذایی معدود آشکار می‌شود. حمل مطلق بر مقید اقتضا می‌کند تا روایات دال بر انحصار احتکار در

۶۷. شریف رضی، نهج البلاغة، ۳۷۷.

۶۸. ابن حیون، دعائم الإسلام، ۳۶/۲.

۶۹. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۲۴/۱۷.

۷۰. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۲۶/۱۷.

۷۱. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۶۶/۳.

۷۲. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۴۲۶/۱۷.

۷۳. نوری، مستدرک الوسائل، ۲۵۷/۱۳.

اقلام ویژه، مقتید اسنادی در نظر گرفته شوند که مطلق احتکار یا احتکار مطلق طعام را ممنوع دانسته‌اند. به نظر می‌رسد پیمودن چنین طریقی سبب شده است تا مشهور فقهای امامیه ممنوعیت احتکار را منحصر به چند قلم کالای مشخص - یا حداکثر، مطلق خوراکی‌ها - بدانند. یکی از فقیهان هم‌عصر در توضیح مبنای فتوای مشهور چنین نوشته است: «احتکار منهی عنه نزد اصحاب ما منحصر است در طعام یا مواد خوراکی یا اجناس پنج‌گانه یا شش‌گانه یا هفت‌گانه که ذکر آن گذشت و مستند آنان نیز روایات مذکوره پس از حمل مطلقات آن بر مقتیدات است.»<sup>۷۴</sup>

## ۸. مبانی تعمیم گستره احتکار

همان‌گونه که گذشت برخی از فقهای محقق، نظریه انحصار احتکار به اقلام خاص یا حتی مطلق خوراکی‌ها را بر نمی‌تابند و معتقدند دامنه احتکار شرعی را باید به همه احتیاجات بشری توسعه داد. اما چالشی که در برابر نظریه تعمیم وجود دارد، روایات صحیحیه‌ای است که با صراحت با استفاده از لسان حصر، اقلام احتکار را به چند کالای خوراکی مشخص محدود کرده‌اند.

برخی از فقها با تأکید بر تعبدی‌نبودن حکم احتکار بر این باورند که با مراجعه به ادله می‌توان ملاک و علتِ مرجوحیتِ احتکار را کشف کرد. برای مثال، در صحیح‌ه حلبی این‌گونه آمده است: «اگر طعام به‌گونه‌ای است که همه مردم می‌توانند بدان دسترسی داشته باشند اشکالی در نگهداری آن نیست، ولی اگر مقدار آن کم است و کفاف نیازمندی‌های مردم را نمی‌دهد، ناپسند است که طعام احتکار شود و مردم بدون طعام بمانند.»<sup>۷۵</sup> از منظر این دسته از فقها این روایت و نظایر آن نشان می‌دهد که هدف شارع تأمین آسایش مردم و تسهیل دسترسی به مواد غذایی است. از طرفی، خوراکی‌هایی که غالباً به‌عنوان غذا یا قوت غالب در جوامع استفاده می‌شود در گذر زمان و مکان کاملاً تغییر می‌کنند و نمی‌توان برای تمام جوامع و زمان‌ها مصادیق یکسانی را به‌عنوان طعام مطرح کرد. این محققان براساس این کشفِ مناط و نیز توجه به مناسبات حکم و موضوع نتیجه می‌گیرند که بایستی به اطلاق ادله‌ای که از احتکار به‌طور مطلق - چه در طعام چه غیرطعام - نهی کرده عمل کنیم و دایره احتکار را به تمام احتیاجات جامعه انسانی، از قبیل پوشاک، خوراک، مسکن، دارو و... تعمیم دهیم.<sup>۷۶</sup>

نگارنده هرچند با توسعه موارد احتکار به همه احتیاجات جامعه بشری موافق است، اما بحث بر سر

۷۴. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۱۰۰/۵.

۷۵. کلینی، الکافی، ۱۶۵/۵.

۷۶. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۱۰۲/۵.

شیوه و راهکار این تعمیم است. دانشیان اصول فقه تأکید دارند که تنقیح مناط و استفاده از ملاکات احکام در توسعه یا سرایت حکم تنها در فرض حصول علم و قطع امکان پذیر است و تنقیح مناط ظنی، فاقد حجیت و شبه به قیاس است. ازاین رو، کشف ملاکات و تعمیم حکم از طریق آن همواره با چالش ظنی بودن و عدم حجیت روبه روست.

## ۹. گسترهٔ احتکار از منظر عدالت

باتوجه به جرم انگاری احتکار از منظر قانونی و فقهی، این سؤال به ذهن خطور می کند که آیا می توان شخصی که مقداری نمک، کشمش یا روغن زیتون را انبار کرده و مانع عرضهٔ آن در بازار شده است ذیل عناوین مجرمانه قرار داد و مجازات های قانونی را علیه او اعمال کرد اما کسی که دارو، تجهیزات پزشکی، مواد سوختی، پوشاک، آب یا حتی مسکن و زمین را حبس کرد و از این طریق مردم در تنگنا و سختی معشیت قرار داده - حتی اگر این تنگناها آن قدر شدید نباشد که به حد ضرورت و اضطراب یا اختلال نظام برسد - را مصداق احتکار ندانست و از مجازات های مربوط به احتکار مُعاف دانست؟

انحصار حرمت احتکار به اقلام خاص خوراکی یا حتی به مطلق طعام به این معناست که انبوه سازی که صدها آپارتمان را به طمع سود بیشتر حبس می کند و در بازار عرضه نمی کند را نمی توان به عنوان «محتکر» تعزیر کرد اما کسی که مثلاً کشمش یا روغن زیتون را - که در جامعه امروز اساساً طعام به معنای قوت غالب مردم محسوب نمی شود و حداکثر در زمرهٔ تنقلات قرار می گیرند - احتکار کرد، تحت مجازات تعزیری قرار می گیرد؟ چگونه می توان حبس صدها تُن برنج، ذرت، گوشت یا سایر مواد خوراکی - که به مراتب بیش از زیتون یا کشمش و نمک مورد نیاز مردم است - را مصداق احتکار شرعی ندانست و به تبع، امکان جرم انگاری و مجازات را از سیستم قضایی سلب کرد؟ اما نگهداری نمک در انبار را به عنوان جرم تعزیری مجازات کرد!

واضح است که عدالت جزایی و کیفری و نیز عدالت اقتصادی چنین تبعیضی در برخورد با محتکران را نمی پذیرد و حتی عرف عوام جامعه چنین سیستم ناعادلانه قضایی را به سُخره می گیرد. محمدجواد مغنیه در این باره می گوید: «آیا شما اعتقاد دارید که احتکار نفت و برق حرام نیست؟ با اینکه زندگی بدون آن ها محال است و احتکار سلاح و منع آن از افرادی که می خواهند از خودشان دفاع کنند، حلال است و اشکالی ندارد؟ بفرمایید احتکار خرما و کشمش امروزه چه ضرری دارد؛ به نظر من استعمارگران امروزه اگر فتویٰ شما را می دانستند آن را با طلا می نوشتند و در همه جا انتشار می دادند! تا زمانی که احتکار فقط در خرما و کشمش باشد و طلای سیاه و سفید مشمول آن نشود، چه چیزی آن ها را تهدید می کند؟ از نظر من،

جمود بر نصّ در چنین چیزهایی طعنِ دین و شریعتِ سیدالمرسلین است.<sup>۷۷</sup> گرچه عبارات نویسنده مزبور ظهور در مواردی دارد که شدت تنگناهای حاصل از احتکار به حد اختلال در نظام حیات انسانی رسیده باشد (حکم ثانوی)، اما نگارنده بر این باور است که لازم نیست سختی و ضیق یا اختلال حاصل از احتکار در آن حد شدت یابد که نظام حیات انسانی را فلج و مختل سازد یا جامعه را به اضطراب بکشانند، بلکه حتی در شدت‌های فروتر نیز اختصاص ممنوعیت احتکار به اقلام خوراکی محدود و در نتیجه، خروج سایر اقلام مهم و مؤثر زندگی انسان، از دایره احتکارات شرعی ناموجه و نپذیرفتنی به نظر می‌رسد. براین اساس، فقیه در یک چالش قرار می‌گیرد و عمل به روایاتی که با لسان حصر دالّ بر انحصار احتکار در اقلام خاص و معدود است، او را با دشواری‌ای روبه‌رو می‌کند که همان ناسازگاری با عدالت است. این اصطکاک ریشه در تغییرات طبیعی دارد که در نیازهای جامعه انسانی در گذر زمان و مکان اتفاق می‌افتد. تنوع نیازمندی‌ها موجب می‌شود که منحصر ساختن احتکار به اقلام خاص و سپس جرم‌انگاری آن و اجرای مجازات بر مجرمان به عنوان تعزیر، با عدالت کیفری و حقوقی و نیز عدالت اقتصادی در تضاد قرار گیرد.

کوتاه سخن اینکه، نظریه انحصار احتکار شرعی به اقلام خاص خوراکی یا حتی مطلق طعام، از منظر عدالت عدالت کیفری نامقبول و تبعیض‌آمیز به نظر می‌رسد. ناسازگاری یک فتوا با عدالت می‌تواند قرینه‌ای باشد بر لزوم بازخوانی ادله.

راقم این سطور معتقد است که لحاظ عدالت، دست‌کم دو اثر مهم در فهم و تفسیر اسناد شرعی مرتبط با احتکار دارد: اول آنکه عدالت قرینه‌ای است که با تقویت ظهور ادله عام، انگاره تمثیل‌انگاری روایات خاص را قوّت می‌بخشد؛ دوم آنکه عدالت می‌تواند قرینه استواری برای حمل برخی احادیث این باب، بر حکم حکومتی یا بیان قضیه خارجی باشد. توضیح این دو ادعا نیازمند مقدمه‌ای کوتاه درباره اصول لفظیه است.

## ۱۰. مقاصد شریعت، قرائین ظهور ساز

دانشیان اصول فقه در آثار خود مبحثی را با عنوان «اصول لفظیه» گشوده‌اند؛ مراد از اصول لفظیه، قواعدی است که هنگام شک در مراد گوینده متن به آن رجوع و تردید زائل می‌شود.<sup>۷۸</sup> اصولیان تأکید دارند که یگانه دلیل بر حجیت و اعتبار اصول لفظیه، بنائات عقلایی است؛ به این معنا که شیوه متعارف عاقلان

۷۷. مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۱۴۵/۳.

۷۸. مظفر، اصول الفقه، ۲۸/۱؛ عراقی، نهاية الأفکار، ۸۵/۳.

در خطابات و محاورات عرفی، تمسک به چنین قواعدی در موارد شک در مراد متکلم است و از آنجا که شارع مقدس این روش را ردع نکرده است، این گونه بنائات مورد امضای او نیز است.<sup>۷۹</sup> برخی اصولیان معتقدند که تمام اصول لفظیه را باید به اصلی واحد، یعنی اصالة الظهور برگرداند.<sup>۸۰</sup> برخی دیگر نیز تمامی اصول مذکور را به اصل عدم قرینه بر می گرداند.<sup>۸۱</sup>

واضح است که در اصول لفظیه یا هر اصل عرفی و عقلایی دیگر - نظیر حمل مطلق بر مقید یا حمل عام بر خاص و... - از آنجا که تنها مستند و دلیل این قواعد بنائات عقلایی است، باید در اجرا و مجرای این اصول کاملاً تابع روش عقلایی بود. تأمل در روش های عقلایی در محاورات عرفی نشانگر این واقعیت است که در میان عقلا و در مقام تعیین مراد متکلم هیچ اصل تبعیدی و از پیش تعیین شده ای وجود ندارد. به نظر می رسد که آنچه در تمامی موارد شیوهٔ عقلاست، عمل براساس اطمینان و قرار و سکون نفس است. به دیگر بیان، آنچه به عنوان اصول لفظیه طرح می شود، هیچ کدام اصول تبعیدی نیستند، بلکه تابع میزان اطمینان و ظنی هستند که تولید می کنند.

در رویه های فقهی نیز چنین است؛ فقها تنها زمانی به عموم یا اطلاق یک نص شرعی عمل می کنند که با تجمیع قرائن و لحاظ تمامی شواهد به اطمینان و قرار مناسبی نسبت به عموم (یا اطلاق) دست یابند، وگرنه اگر به هر دلیل چنین اطمینانی حاصل نشود، اطلاق و عموم را نمی پذیرند. در واقع باید گفت: اصول لفظیه به خودی خود اصالت و استقلال ندارند؛ آنچه ملاک و معیار حقیقی است، حصول اطمینان و ظن است. می توان چنین ادعا کرد که در عرف عقلا تنها یک اصل وجود دارد که همان پیروی از علم و اطمینان و در مرحلهٔ بعدی، متابعت از ظن است.

یکی از محققان هم عصر در این باره می نویسد: «آنجا که کشف، فهم، استخراج، دلالت و هدایت مطرح است این اصول {اصول لفظیه} در محاورات، هیچ کدام به کار نمی آیند و عقلا چنین اصولی در محاورات خود ندارند؛ بنایی که عقلا دارند و شارع مقدس هم امضا فرموده است، اصل مراجعه به اطمینان و قرار فهمنده است و اگر حصول اطمینان میسر نبود، به ظن و حدس به عنوان «خیر الطُّرُق» مراجعه کنند.»<sup>۸۲</sup>

آنچه برای فقیه یا هر فهمندهٔ متنی می تواند قرار و اطمینان تولید کند، توجه به قرائن مختلف و تجمیع

۷۹. مظفر، اصول الفقه، ۳۱/۱.

۸۰. آخوند خراسانی، در الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد، ۸۴.

۸۱. مظفر، اصول الفقه، ۱۵۰/۲.

۸۲. علیدوست، فقه و مصلحت، ۷۴۴.

ظنون متکثر است. به همین دلیل باید گفت که بخش مهمی از فرایند اجتهاد، قرینه‌شناسی است. اهمیت شناخت قرائن به حدی است که می‌توان آن را یکی از سنجه‌های تعیین و شناخت «فقیه اعلم» دانست؛ تردیدی نیست فقیهی که می‌تواند از الفاظ، کیفیت تحقیق سیره‌ها، شأن نزول آیات و روایات، وضعیت و چگونگی زمان و مکان صدور، وجه و انگیزه مبین نص و... قرائن مؤثری در استنباط به دست آورد، نسبت به فقیهی که فاقد چنین توانایی است اعلم و افقه است.

همان‌گونه که برخی محققان نیز تصریح کرده‌اند، از جمله قرائن تأثیرگذار در فهم نصوص شرعی، توجه به مقاصد شریعت است. توجه به مقاصد شریعت، ظهورساز و ظهورشکن است؛ بدین معنا که لحاظ مقاصد گاه مانع فهم عمومیت از ادله عام‌نما می‌شود و بالعکس، گاه موجب می‌شود که از دلیل به ظاهر خاص، عمومیت و شمول استفاده شود.<sup>۸۳</sup> در ادامه، به توضیح این مطلب و تطبیقش بر احتکار می‌پردازیم.

#### ۱.۱۰. تمثیل‌انگاری

اینک و با گذر از مقدمات، به بحث اصلی خود؛ یعنی جایگاه عدالت در استنباط احکام احتکار باز می‌گردیم. همان‌گونه که گذشت، اصولی که تحت عنوان اصول لفظیه در دانش اصول فقه مطرح‌اند، اصول تبعیدی نیستند؛ بلکه همان سیره‌های عقلایی تفسیر متن هستند که ملاک و مناطی جز حصول قرار و اطمینان ندارند. حمل مطلق بر مقید یا عام بر خاص نیز از زمره همین اصول‌اند. عرف عقلا در کشف مراد یک گوینده، خاص را بر عام یا مقید را بر مطلق مقدم می‌کند، تنها بدین جهت که خاص یا مقید را دارای ظهور بیشتر و قوی‌تری می‌داند و در نتیجه، اطمینان می‌یابد که مقصود گوینده، تخصیص یا تقیید عام یا مطلق بوده است.

اگر ملاک، حصول ظن و اطمینان باشد، در صورتی که به هر دلیلی این ظن حاصل نشود، تخصیص یا تقییدی صورت نخواهد گرفت. طریق عقلایی دستیابی به ظن اطمینان‌بخش در تفسیر یک متن نیز لحاظ تمامی قرائن و تجمیع آن‌هاست. حال اگر فرض کنید در مواردی براساس قرائن خاصی، عام یا مطلق ظهور قوی‌تر نسبت به خاص پیدا کرد، طبیعی است که دیگر خاص بر عام مقدم نمی‌شود، بلکه این عام است که بر خاص مقدم می‌شود و سبب می‌شود دلیل خاص، نه عنوان مخصص، بلکه به عنوان دیگری مثل بیان مصداق، تمثیل یا تأکید و... تحلیل شود.

ما بر این باوریم که از جمله قرائن مهم در فهم نصوص دینی، لحاظ مقاصد شریعت است. در مسئله احتکار نیز همان‌گونه که بیان شد، انحصار احتکار به کالاهای خاص و معدودی که در روایات از آن یاد

۸۳. علیدوست، فقه و مصلحت، ۷۴۶.

شده، به نقض گستردهٔ عدالت کیفری و تبعیض در برخورد با مجرمان می‌انجامد. این تبعیض خصوصاً در جوامع کنونی آن‌گونه است که سیستم قضایی اسلامی را ناعادلانه و حتی نامعقول نزد عرف عام و خاص جلوه می‌دهد.

براین اساس باید گفت، لحاظ عدالت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مقاصد شریعت موجب می‌شود تا نصوص دال بر حرمت و ممنوعیت مطلق احتکار (دستهٔ اول روایات پیش‌گفته)، ظهور قوی‌تری نسبت به ادلهٔ خاص پیدا کند؛ این امر بدان معناست که روایات خاص (دستهٔ دوم و سوم روایات) - که بر ممنوعیت احتکار در اقلام خوراکی خاص یا حرمت احتکار در هر نوع طعامی دلالت دارند - نمی‌توانند اطلاق عام را تخصیص بزنند و بر آن مقدم شوند. در نتیجه، آنچه به‌عنوان حجت ظهور اقوی دارد، همان اطلاعات و عموماتی که در آن از احتکار به‌صورت مطلق و بی‌قید نهی شده است و روایاتی که در آن از مطلق طعام یا طعام‌های مخصوص نام برده شده است را صرفاً بایستی از باب تمثیل و بیان مصادیقی از مهم‌ترین احتیاجات جامعهٔ مسلمانان در عصر صدور روایت در نظر گرفت.

#### ۱۰. ۲. خارجی یا حکومتی‌انگاری روایات انحصار

توجه به مقاصد شریعت را می‌توان از قراین تفکیک میان قضایای خارجی از حقیقه دانست. به نظر می‌رسد در مسئله محل بحث نیز اصطکاک روایات انحصار احتکار به اقلام خاص با اصل عدالت قرینه‌ای است که احتمال خارجی‌بودن این روایات را تقویت می‌کند. این برداشت از سوی برخی فقها تصریح شده است. شیخ مرتضی حائری در این باره می‌نویسد: «روایات دسته دوم {از روایات} به نحو قضیهٔ خارجیّه هست، نه به نحو قضیهٔ حقیقه، یعنی امام یا پیامبر اگر روایات حصری دارند، برای بیان وضعیت خارجی است؛ یعنی گفته‌اند در خارج الآن آنچه احتکار می‌شود این چند چیز است.»<sup>۸۴</sup>

در نگرشی همسو، یکی دیگر از فقیهان معاصر نیز چنین نگاشته است: «اگر گفته شود با این برداشت پس روایات حصرکننده را چگونه باید تفسیر کرد؟ در پاسخ باید گفت: در آن چند وجه محتمل است: اول اینکه قضیه، قضیهٔ خارجیّه باشد نه حقیقه، بدین بیان که عمدهٔ مایحتاج مردم در زمان صدور خبر و در آن شرایط، همین اجناس به‌خصوص بوده و به همین جهت همین‌ها حبس و نگهداری می‌شده است و سایر اجناس و متاع‌ها یا بسیار فراوان بوده که کسی نسبت به احتکار آن‌ها رغبتی نشان نمی‌داده یا مصرف آن‌ها آن‌قدر کم بوده که با احتکار آن‌ها رفتاری ای برای عموم مردم به وجود نمی‌آمده و زبانی به آن‌ها نمی‌رسیده است. به همین جهت روغن زیتون در کلام پیامبر (ص) آمده، ولی در روایت منقول از امیرالمؤمنین (ع)

همان گونه که گذشت، به نظر نگارنده صحت گزاره‌های مذکور متوقف بر آن نیست که شدت رفتاری و سختی حاصل از احتکار حتماً به حدّ اضطرار و اختلال نظام حیات انسانی برسد. همان گونه که مشاهده می‌شود این دو فقیه، روایات حاصره را به عنوان قضیه خارجیّه تحلیل کرده‌اند. اگرچه ایشان به مسئله عدالت و جایگاه آن در این تحلیل اشاره نمی‌کنند، اما به نظر می‌رسد می‌توان با توجه به پیامدهای انحصار جرم‌انگاری احتکار در اقلام خاص و مغایرت آن با عدالت کیفری، قرینه‌ای بر خارجیه بودن روایات مذکور یافت.

این تحلیل را می‌توان به گونه‌ای متفاوت و در قالب فقهی دیگری نیز ارائه کرد؛ بدین معنا که ناسازگاری روایات انحصار احتکار به اقلام خاص با عدالت کیفری و اقتصادی در کنار تغییرات وسیعی که در احتیاجات جوامع انسانی رخ داده است، ذهن فقیه را به این سو هدایت می‌کند که اساساً این گونه احادیث را نباید به عنوان روایات فقهی مشتمل بر احکام فرازمانی و فرامکانی تحلیل کرد؛ بلکه نصوص مذکور باید به عنوان احکام حکومتی تفسیر شوند که در آن شارع نه به عنوان یک قانونگذار، بلکه در قامت حاکم و مدیر جامعه اسلامی حکمی را بیان کرده است.

علاوه بر این، تفاوت‌هایی که در روایات حاصره وجود دارد نیز مؤید حکومتی بودن روایات مذکور است؛ مثل اینکه روغن زیتون در روایت پیامبر آمده است اما در حدیث امام علی (ع) وجود ندارد.<sup>۸۵</sup> این اختلافات قرینه‌ای بر آن است که حاکم در هر زمان براساس مصالح روز آنچه را محلّ ابتلا و احتیاج مردم می‌دانسته، به عنوان اقلام احتکار شرعی معرفی کرده است.

## نتیجه‌گیری

در این نوشتار کوشیدیم تا به مسئله احتکار صرفاً از زاویه عدالت کیفری نگاه کنیم. آنچه ادعا شده آن است که فقیه باید در تفسیر نصوص، مقاصد شریعت را لحاظ کند؛ این مقاصد، ظهورساز و ظهورشکننده‌اند و می‌توانند در کنار سایر قرائن از راه تجمیع ظنون برای فقیه اطمینان و قرار تولید کنند. به دیگر بیان، از عدالت صرفاً به عنوان ابزار و قرینه در تفسیر نصوص شرعی بهره جستیم، نه اینکه با معیار عدالت، دلیل معتبری را کنار نهیم یا صدور روایاتی را تضعیف کنیم. در واقع، با لحاظ عدالت، نوعی جمع عرفی برقرار کردیم میان ادله‌ای که به ظاهر تعارض غیرمستقر

۸۵. منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۱۰۵/۵.

۸۶. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ۴۲۶/۱۷.

داشتند و ظهور مطلق در اطلاق را تقویت کردیم. در این روش، به سبب عدالت الغای خصوصیت نکردیم و تنقیح مناطی صورت ندادیم؛ بلکه ظهور دلیل عام را تقویت و قرینه‌ای بر خارجیه یا حکومتی بودن برخی نصوص ارائه دادیم. نتیجه آن شد که در کشاکش حرمت‌انگاری و مکروه‌انگاری، نظریهٔ حرمت احتکار ترجیح یابد. دربارهٔ گسترهٔ احتکار حرام نیز نظریهٔ تعمیم احتکار به همهٔ احتیاجات جامعهٔ انسانی بر نظریهٔ اختصاص احتکار به کالاهای معدود برتری یافت.

## منابع

### قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد. تهران: وزارة الثقافة و الإرشاد الإسلامی. ۱۴۱۰ق.

ابراهیم پور لیاستانی، حسین. اهداف و مبانی مجازات در دو رویکرد حقوق جزا و آموزه‌های دینی. قم: بوستان کتاب، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه. ۱۳۸۷.

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

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۰۴ق.

ابن حیون، نعمان بن محمد. دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحکام. قم: دار المعارف، آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۳۸۵ق.

ابن زهره، حمزة بن علی. غنیة النزوع إلى علمي الأصول و الفروع. قم: امام صادق (ع). ۱۴۱۷ق.

ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. ۱۴۰۴ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع) العامة. ۱۴۰۳ق.

اصفهان، ابوالحسن. وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمینی. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۴۲۲ق.

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

بیگی، جمال، امیر طاهر یوسف. «تناسب جرم و مجازات در سیاست جنایی ایران با رویکرد آموزه‌های توزیع کیفر»، حقوق ملل. ش ۶، ۱۳۹۵، ۲۴۸ تا ۲۲۵.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم للملایین. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

حبیب زاده، محمدجعفر، هانیة هژبر الساداتی. «عدالت اجتماعی و عدالت کیفری؛ جدایی یا پیوند»، فصلنامه حقوق کیفری. دوره ۱۱، ش ۸، ۱۳۹۳، ۵۴ تا ۲۵.

حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم، جامعه مدرسين في حوره العلميه، ١٤١٩ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. تفصيل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. بیروت: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ١٤١٢ق.

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

خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. ١٤٢٢ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. به تقرير محمد علی توحیدی. قم: انصاریان. ١٤١٧ق.

خویی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخویی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. ١٤١٨ق.

دانش پژوه، مصطفی، قدرت الله خسروشاهی. فلسفه حقوق. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی. ١٣٨٤.

روحانی، محمد صادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. ١٤٢٩ق.

زیبیدی، محمد بن محمد مرتضی. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفكر. ١٤١٤ق.

زراعت، محدثه. «ضمانات اجرای کیفری نقض اصول قانون اساسی»، پژوهشنامه حقوق کیفری. س ١٢، ش ٢٣،

١٤٠٠، ٥٣ تا ٧٤. ٢٢١٢٤/١٠/١٩٠٩. ١٦٣٥٦. ٢٠٢١. jol.2021.16356.1909/10/22124

سبزواری نژاد، حجت. «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، دیدگاه های حقوق

قضایی، ش ٧٧، فروردین ١٣٩٦، ١٣٣ تا ١٦٤.

سیستانی، علی. منهاج الصالحین. قم: مکتبه آیه الله العظمی السید السیستانی. ١٤١٥ق.

شریف رضی، محمد بن حسین. نهج البلاغه. قم: نهج البلاغه. ١٤١٤ق.

شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: مؤسسه نشر اسلامي. ١٤١٧ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: جامعة النجف الدينية، مکتبه الداوری.

١٤١٠ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

١٤٠٤ق.

طباطبایی، محمد حسین. المیزان في تفسیر القرآن. بیروت: الأعلمی. ١٣٩٤.

طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان في تفسیر القرآن. تهران: ناصر خسرو. ١٣٧٢.

طوسی، محمد بن حسن، النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتاب العربی، ١٤٠٠.

عباسی، مصطفی. «عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری»، فصلنامه حقوق کیفری. دوره ٥، ش ٩، ١٣٨٢،

٨٥ تا ١٢٨.

عراقی، ضیاء الدین، نهایة الأفكار، قم، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسه النشر الإسلامی. ١٤١٧ق.

- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشيعة في احكام الشريعة. قم: مؤسسة نشر اسلامی. ۱۴۱۳ق.
- علیان، عیسی، محمد فاکر میبیدی. «تناسب جرم و مجازات براساس آیات قصاص»، مطالعات تفسیری. س ۹، ش 36، ۱۳۹۷، ۴۶ تا ۶۹.
- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و مصلحت. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۹۵.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد في شرح اشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان. ۱۳۸۷ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. العین. قم: دار الهجرة. ۱۴۰۹ق.
- فلچر، جورج پی. مفاهیم بنیادین حقوق کیفری. ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی. ۱۳۸۴.
- فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الهجرة. ۱۴۱۴ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۰۷ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول في شرح اخبار آل الرسول. بیروت: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۱۵ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، مصطفی. تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام. قم: اندیشه های نو در علوم اسلامی. ۱۳۶۲.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: اسماعیلیان. ۱۳۷۵.
- مغنیه، محمد جواد. فقه الإمام جعفر الصادق. قم: انصاریان. ۱۳۷۹.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی شیخ مفید. ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. الفتاوی الجديدة. قم: مدرسه امام علی (ع). چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۳۹۳.
- منتظری، حسینعلی. مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری. بی جا: کیهان. ۱۴۰۹ق.
- منتظری، حسینعلی. دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية. قم: المركز العالمي للدراسات الإسلامية. ۱۴۰۹ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشيعة في احكام الشريعة. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۱۵ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: آل البيت (ع). ۱۴۰۸ق.
- وحید خراسانی، حسین. منهاج الصالحین. بی جا: بی نا. بی تا.

*Qurān-i Karīm*

‘Irāqī, *Žiyā’ al-Dīn. Nihāya al-Atkāf*. Qum: Jāmi‘ah al-Mudarrisin fī al-Ḥawzah al-‘Ilmiyah bi-Qum, Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī, 1996/1417.

‘Abbāsī, Muṣṭafā. “Adālat Tarmimī, Dīdgāh Nuvin ‘Adālat Kayfārī”. *Faṣlnāmah-yi Huqūq-i Kayfārī*, Durīh-yi 5. No. 9 (2003/1382): 85-128.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī, Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī (AS) al-‘Āmah, 1983/1403.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzim ibn Ḥusayn. *Durar al-Fawā'id fī al-Ḥāsiyah ‘alā al-Farā'id*. Tehran: Vizārat al-Thaqāfa wa al-Irshād al-Islāmī, 1990/1410.

‘Alidūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va Maṣliḥat*. Tehran: Sāzimān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh Farhang va Andishihi-yi Islāmī., 2017/1395.

‘Aliyān, ‘Isā, Muḥammad Fākir Miybudī. “Tanāsub Jurm va Mujāzāt bar Asās Āyāt Qiṣās”. *Muṭālī‘āt-i Tafsīrī*, yr. 9, no. 36 (2019/1397): 29-46.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī‘a fī al-Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Mū‘assisah-yi Nashr Islāmī, 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū‘assisah Nashr Islāmī, 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS) Ihya’ al-Tūrāth, 1994/1414.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadā'iq al-Nāḍira fī Aḥkām al-Itira Ṭāhira*. Qum: Mū‘assisah Nashr Islāmī, 1985/1405.

Biyygī, Jamāl, Amīr Ṭāhir Yūsuf. “Tanāsub Jurm va Mujāzāt dar Siyāsāt Jināyī Irān bā Rūykard Āmūzih-hā-yi Tawzī‘ Kiyfar”. *Huqūq Milāl*. no. 6 (2017/1395): 225-248.

Dānishpazhūh, Muṣṭafā, Quḍrat Allāh Khusrūshāhī. *Falsafah Huqūq*. Qum: Mū‘assisah-yi Āmūzish va Pazhūhish Imām Khumaynī, 2005/1384.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Ishkālāt al-Qawā'id*. Qum: Ismā‘iliyān, 1967/1387.

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

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munir fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li-l-Rāfi‘i*. Qum: Dār al-

Hijrah, 1994/1414.

Fletcher, Georg P. *Mafāhīm Bunyādīn Huqūq-i Kayfarī. translated by Sayyid Mahdī Sayyidzādih thānī*. Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences, 2006/1384.

Ḥabībzādih, Muḥammad Jaʿfar, Hānīyih Huzhabr al-Sādātī. "Adālat Ijtimaʿī va Adālat Kayfarī; Judāyī yā Piyyand". *Faṣlnāmah -yi Huqūq Kayfarī*. Durīh-yi 11, no. 8 (2015/1393): 25-54.

Ḥurr ʿĀmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasāʾil al-Shiʿa ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Shariʿa*. Beirut: Āl al-Bayt (AS) li-Ihyāʾ al-Tūrāth, 1992/1412.

Ḥusaynī ʿĀmulī, Muḥammad Jawād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawāʿid ʿAllāma*. Qum: Jāmiʿah al-Mudarrisīn fi Ḥawzah al-ʿIlmiyyah, 1998/1419.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ʿAlī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mūʾassisah Nashr Islāmī, 1984/1404.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Muʿjam Maqāyīs al-Lughah*. Qum: Maktab al-ʿIlām al-Islāmī, 1984/1404.

Ibn Ḥayyūn, Nuʿmān ibn Muḥammad. *Daʿāʾim al-Islām wa Dhikr al-Ḥalāl wa al-Ḥarām wa al-Qaḍāyā wa al-Aḥkām*. Qum: Dār al-Maʿārif, Āl al-Bayt(AS) Ihyāʾ al-Tūrāth, 2007/1385.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarāʾir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mūʾassisa Nashr Islāmī. 1990/1410.

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

Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn ʿAlī. *Ghunya al-Nuzūʿ ilā ʿIlmī al-Uṣūl wa al-Furūʿ*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). 1996/1417.

Ibrāhimpūr Layālistānī, Ḥusayn. *Ahdāf va Mabānī Mujāzāt dar Dū Rūykard Huqūq Jazā va Āmūzih-hā-yi Dīmī*. Qum: Būstān Kitāb, Daftar-i Tablighāt-i Islāmī Ḥawzah-yi ʿIlmiyyah, 2009/1387.

Isfahānī, Abū al-Ḥasan. *al-Wasīlah al-Najāt maʿa Ḥawāshī al-Imām al-Khumaynī*. Qum: Mūʾassisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī, 2001/1422.

Jawharī, Ismāʿīl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ Tāj al-Lughah wa Ṣiḥāḥ ʿArabiya*. Beirut: Dār al-ʿIlm li-l-Malāyīn, Chāp-i Awwal, 1989/1410.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mūʾassisa Āṣār-i Imām Khūʾī, 2001/1422.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Mawsūʿat al-Imām al-Khūʾī*. Qum: Mūʾassisa Ihyāʾ Āṣār al-Imām al-Khūʾī, 1997/1418.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. bi Taqrīr Muḥammad ʿAlī Tawḥīdī, Qum: Anṣāriyān, 1996/1417.

- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm, s.d.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya, 1987/1407.
- Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Mar‘āt al-Uqūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Beirut: Dār al-Kutub al-Islāmiyya, 1995/1415.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Fatāwā al-Jadīda*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī (AS), Chāp-i Duwwum, 2007/1385.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Tafsīr-i Numūnah*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), 2015/1393.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni‘a*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Shaykh Mufid, 1993/1413.
- Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq (AS)*. Qum: Anṣāriyān, 1960/1379.
- Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Taḥlīl va Barrisi Ihtikār az Nazargāh Fiqh Islām*. Qum: Andishih-hā-yi Nū dar ‘Ulūm Islāmī, 1984/1362.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘iliyān, Chāp-i Duwwum, 1988/1408.
- Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Mabānī Fiqhi Hukumat Islāmī. translated by Maḥmūd Ṣalavātī va Abū al-Faḍl Shakūrī*, s.l. Kiyhān, 1989/1409.
- Muntazirī. Ḥusayn ‘Alī. *Dirāsāt fī Walāya al-Fiqhiya wa Fiqh al-Dawla al-Islāmiyya*. Qum: Markaz al-‘Ālamī li-l-Dirāsāt al-Islāmiyya, 1989/1409.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Ismā‘iliyān, 1997/1375.
- Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi‘a fī Ahkām al-Shari‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihyā’ al-Tūrāth, 1995/1415.
- Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā’il wa Mustanbat al-Masā’il*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1988/1408.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anwār al-Hudā. 2008/1429.
- Sabzavārīnizhād, Ḥujat. "Jāyghā Aṣl Tanāsib Jurm va Mujāzāt dar Ḥuqūq-i Kayfarī Irān va Ingilistān". *Didgāh-hā-yi Huqūq Qaḍāyī*, no. 77 (Farvardīn 2018/1396): 133-164.
- Ṣāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Beirut: Dār Ihyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī, 1984/1404.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Sharīyah fī Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Mū‘assisah Nashr

Islāmī, 1996/1417.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lum’a al-Dimashqīya*. Qum: Jāmi’ah al-Najaf al-Dīniya, Maktaba al-Dāwarī, 1990/1410.

Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Nahj al-Balāghah*. Qum: Nahj al-Balāghah, 1993/1414.

Sistānī, ‘Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Sayyid al-Sistānī, 1995/1415.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma’ al-Bayān fī Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Nāṣir Khusrū, 1994/1372.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: al-A‘lamī, 2016/1394.

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

Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. S.l. s.n. s.d.

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

Zirā‘at, Muḥadiṣih. "Zīmānat Ijrāyī Kayfarī Naqz Uṣūl Qānūn-i Asāsī". *Pazhūhishnāmah-yi Huqūq Kayfarī*, yr. 12, no. 23 (2022/1400): 53-74.



## Analyzing the Difference in the Foundations for Accepting the Validity of Manifestation in Speech and Conduct

**Fatemeh Maschi Zadeh**

M.A. Graduate, Fiqh and Foundations of Islamic Law, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

**Dr. Mohammadreza Hamidi**  (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

Email: [m.hamidi@scu.ac.ir](mailto:m.hamidi@scu.ac.ir)

**Dr. Zohre Hajian Foroushani**

Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

### Abstract

Works of *uṣūl al-fiqh* contain extensive discussions concerning the validity of manifestation (*ḥujjiyyat zawāhir al-alfāz*). The dominant position among *uṣūlī* scholars affirms this authority, and a wide range of juristic and judicial rulings are grounded in it. In contrast, the probative authority of the apparent meanings of actions (*ḥujjiyyat zawāhir al-aʿāl*) has received comparatively limited attention and has generated greater disagreement. The present study seeks to trace the roots of this issue through a descriptive–analytical method. The study also explores the doubts surrounding the probative authority of the appearances of actions. While factors such as the non-conventional nature of the signification of actions, the uncertainty of contextual indicators, and the absence of clear principles in cases of doubt pose serious challenges to recognizing their probative authority, adopting Shahīd Ṣadr's theory regarding probability appears to provide a viable solution. In this way, where the apparent meaning of an action produces subjective certainty and offers a reliable indication of a particular meaning, it may constitute a legitimate basis for the judge's knowledge (*ʿilm al-qāḍī*).

**Keywords:** validity (*ḥujjiyya*); validity of manifestation in speech; validity of manifestation in conduct; judge's knowledge (*ʿilm al-qāḍī*)





افهور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۷ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۴۳ - زمستان ۱۴۰۴، ص ۱۸۹ - ۱۶۷

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۷

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.87390.1762>

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی تفاوت مبنای پذیرش حجیت ظهور در گفتار و رفتار

فاطمه ماسچی زاده

دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

دکتر محمدرضا حمیدی (نویسنده مسئول)



استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

Email: [m.hamidi@scu.ac.ir](mailto:m.hamidi@scu.ac.ir)

دکتر زهره حاجیان فروشانی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

### چکیده

در منابع اصول فقه مطالب انبوهی پیرامون حجیت ظواهر الفاظ وجود دارد؛ مشهور اصولیان، حجیت ظواهر الفاظ را پذیرفته‌اند و احکام فقهی و قضایی فراوانی بر این نظر بار شده است، در این میان در خصوص حجیت ظواهر افعال، بحث کمتری در گرفته و اختلاف بیشتری پدید آمده است. در این نوشتار تلاش بر آن است که با به‌کارگیری روش تحلیلی توصیفی مسئله یادشده ریشه‌یابی شود و تردیدها در خصوص حجیت ظواهر افعال مورد بررسی قرار گیرد. اگرچه قراردادی نبودن دلالت افعال بر معانی، قطعی نبودن قرائن و عدم وجود اصول روشن برای مراجعه در مورد شک موانعی را بر سر راه حجیت ظواهر افعال قرار می‌دهد، اما به نظر می‌رسد با مبنا قراردادن نظریه شهید صدر در باب احتمالات می‌توان راهی را گشود. براین اساس، ظواهر افعال در صورت ایجاد یقین موضوعی و دلالت اطمینان‌بخش بر یک معنا می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد.

**واژگان کلیدی:** حجیت، حجیت ظواهر الفاظ، حجیت ظواهر افعال، علم قاضی.

## مقدمه

انسان‌ها به منظور اظهار وجود برای پیشبرد امور خویش و ارتباط با دیگران، به‌طورکلی از دو شیوه سخن‌گفتن و عمل‌کردن استفاده می‌کنند؛ به‌گونه‌ای که هریک از گفتار و کردار آن‌ها نزد دیگران دارای معنایی که در میان ایشان رایج است تلقی می‌شود و به این وسیله زندگی اجتماعی انسان‌ها شکل می‌گیرد. علی‌رغم معناداشتن قول و فعل، گاه تفاوت‌هایی در لحاظ‌کردن و معتبرشمردن آن‌ها صورت می‌پذیرد؛ توضیح آنکه از نگاه عرف اگر فردی سخنی که دربردارنده معنای خاصی است را بگوید، آن معنا از آن کلام برداشت می‌شود و از اعتبار نیز برخوردار است اما اگر عملی که همان معنا را دارد جایگزین سخن خویش سازد، به‌آسانی نمی‌توان چنین معنایی از آن دریافت یا لحاظ‌کردن آن معنا از این فعل، به‌اندازه معنای سخن معتبر نیست. در فراگرفتن و دستیابی به مسائل دینی و احکام شرعی، اصلی‌ترین معیارهایی که مدنظر فقها قرار می‌گیرد قول «آیات قرآن و روایات» و فعل «عمل معصومان(ع)» شارع است؛ ازاین‌رو در دانش اصول فقه راجع به این دو مقوله و مسائلی که در ارتباط با آن‌هاست بحث‌های مفصلی شکل گرفته و قواعدی وضع شده است تا فقیه با به‌کارگیری آن‌ها احکام شرعی را استخراج کند.

این قواعد به‌دلیل عقلایی‌بودن علاوه‌بر قوانین شرعی، در تفسیر قوانین بشری و حتی در امور روزمره زندگی اجتماعی نیز استفاده می‌شوند. از آنجاکه اهمیت قول و فعل انسان‌ها در حیات بشری، در مسائل حقوقی و فقهی بیشتر از سایر مسائل نمود می‌یابد؛ بررسی تفاوت‌داشتن یا نداشتن معنایی که از ظاهر هر قول و فعل مرتبط با آن برداشت می‌شود و نیز چرایی و چگونگی آن می‌تواند در مسائل مربوط به دادرسی‌ها مفید واقع شود. براین اساس، نخست به بررسی چیستی و مبانی حجیت ظواهر گفتار و نیز افعال از دیدگاه اصولیان و شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو با یکدیگر می‌پردازیم و سپس ضمن بیان نقش و جایگاه هریک در دادرسی‌ها، تأثیر تفاوت‌های آن‌ها در دادرسی و راه‌حل آن را بررسی می‌کنیم.

در خصوص پیشینه بحث باید گفت: در سال‌های اخیر درباره حجیت ظواهر الفاظ و نیز تعارض اصل و ظاهر، پژوهش‌های ارزشمندی صورت گرفته است؛ براینکلی پژوهش‌های انجام‌شده در این زمینه را می‌توان پذیرش کلیت حجیت ظواهر الفاظ و نیز منقح‌کردن حجیت ظواهر افعال (نه پذیرش کلی و نه رد کلی) دانست. مسئله اصلی این نوشتار بررسی دلیل همین تفاوت نگرش است. به بیان دیگر، چگونه است که برداشت عرفی از یک گفتار حجت است اما درباره برداشت عرفی از یک رفتار اختلاف‌نظر به وجود می‌آید. ازاین‌رو، پژوهش‌هایی که برای اثبات حجیت ظهور الفاظ یا بررسی حجیت ظواهر افعال و تعارض اصل و ظاهر انجام شده‌اند، به‌طور خاص مسئله این نوشتار را بررسی نکرده‌اند. از آنجا که روش و یافته‌های

آن‌ها در حل مسئله یادشده به کار گرفته می‌شود، به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود: «بررسی مبنائشناسی بحث تعارض اصل و ظاهر و موارد کاربردی آن در خصوص مهریه و نفقه»، نوشته احسان عوض‌پور و همکاران، چاپ‌شده در مجله فقه و حقوق اسلامی، دوره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۱۶؛ در این مقاله، تعارض اصل و ظاهر حال (که مصداقی از ظواهر حال، ظواهر افعال است) بررسی شده و براین نظر مؤلف آن است که به دلیل اختلاف مبانی، رویه ثابت قضایی در این زمینه وجود ندارد. وجه تفاوت ظواهر الفاظ و افعال و نیز نظریه شهید صدر درباره تراکم ظنون مورد تحقیق نبوده است.

«نظریه معنایی اصالت ظهور در اصول فقه شیعه»، نوشته علی افخمی و غلامحسین نودهی، چاپ‌شده در مجله دانشکده ادبیات دانشگاه تهران، دوره ۱ و ۲، اردیبهشت ۱۳۸۱، شماره ۵۸۸؛ در این مقاله نویسندگان به بررسی تطبیقی رویکردها و نظریه‌های زبان‌شناسان و اصولیان درباره ابهام‌زدایی از جملات مبهم و متون پرداخته و کوشیده‌اند تا نظریه اصالت ظهور را با محوریت اصل تبادر، در مقایسه با دیگر نظریه‌ها به عنوان شیوه‌ای راه‌گشا در این زمینه نشان دهند، اما ظواهر افعال و تفاوت و شباهت آن با ظواهر الفاظ، مبانی مشترک حجیت این دو و تأثیر آن‌ها در دادرسی‌ها بررسی نشده است.

«مفهوم قرینه و نقش آن در فهم معنای یک متن»، نوشته سیدمصطفی محقق داماد و محمد عبدالصالح شاه‌نوش فروشانی، چاپ‌شده در فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۸۶؛ در این مقاله، ارتباط قراین لفظی و غیرلفظی با معنای مدّ نظر گوینده و معنای دریافت‌شده توسط شنونده بررسی شده است و مسئله تفکیک میان ظواهر الفاظ و افعال و مبانی آن مدّ نظر نویسندگان نبوده است.

«مصادیق تعارض اصل و ظاهر در حقوق مدنی ایران»، نوشته سیدابوالقاسم نقیسی و همکاران، چاپ‌شده در مجله پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۴؛ در این مقاله، نگارندگان ضمن بررسی فقهی و حقوقی نمونه‌هایی از تعارض اصل و ظاهر حال نتیجه می‌گیرند که به دلیل نبود رویه قضایی مشخص در این خصوص قاضی باید براساس علم خویش که ناشی از خصوصیات دعاوی است صدور حکم کند؛ اما مسئله ظواهر الفاظ و نقشی که در دادرسی دارد، مقایسه آن با ظواهر افعال و نیز نقاط اشتراک حجیت این دو بررسی نشده است.

## ۱. بیان مسئله

از دیدگاه بسیاری از اصولیان موضوع اصلی دانش اصول فقه «حجت برای فقه» است و سایر مسائل این دانش راجع به مفهوم یادشده شکل می‌گیرند.<sup>۱</sup> حجت در لغت به معنای دلیل و آنچه شایستگی احتجاج

۱. علامه حلی، نهاية الوصول، ۱۳/۱؛ سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۳۳/۱؛ بروجردی، لمحات الأصول، ۳۱۵؛ خمینی، انوار الهدایة، ۲۷۰/۱.

و استدلال طرفینی دارد به کار می‌رود.<sup>۲</sup> در اصطلاح خاص اصولی مراد از آن اعتبار واقع‌دادن به مسائلی است که در ذات خود امکان خطاپذیری دارند، به گونه‌ای که احتمال خلاف، صفر انگاشته شود؛<sup>۳</sup> برای مثال درباره خبری که چند فرد معتمد و راست‌گو به یک‌گونه نقل کنند، همچنان می‌توان وقوع به‌گونه‌ای دیگر یا حتی احتمال اشتباه یا دروغ‌گویی راویان را محتمل دانست اما امکان دارد شریعت یا عرف عقلا یا رویه قضایی و... از این احتمال خلاف چشم‌پوشی کنند و اعتبار واقع را به آن بدهند. غرض اصلی در طرح مسئله حجیت در علم اصول آن است که مسائل درخور احتجاج میان خداوند و بندگان در موارد مربوط به کيفردهی اخروی شناسایی شوند.

اعتباردادن به مسائل خطاپذیر، مسئله‌ای عقلایی و نه عقلانی به شمار می‌آید (یعنی از نظر عقلی میان احتمال ۹۹ درصد و ۱۰۰ درصد تفاوت وجود دارد اما عقلا از این تفاوت چشم‌پوشی می‌کنند)؛ لذا بحث حجیت اخروی با حجیت عقلایی به شدت درهم تنیده شده است. بدین بیان که، اصولیان کوشیده‌اند برای شناسایی مسائل احتجاج‌پذیر میان خداوند و بندگان، به احتجاج‌پذیری آن در بنات عقلایی استناد و استدلال کنند؛ در این رهگذار به‌طور ناخواسته مطالب ارزشمندی درباره حجت‌های عقلایی نیز گرد هم آمده‌اند که می‌توانند مستقلاً (نه به‌عنوان واسطه اثبات حجت‌های شرعی) در اثبات مسائل حقوقی و نیز مصادیق احکام شرعی به کار آید؛ مثلاً اگر حجیت عقلایی ظواهر الفاظ پذیرفته شود (که در اصول فقه از آن برای اثبات حجیت ظواهر قرآنی استفاده می‌شود) می‌توان از آن برای تفسیر قراردادها و اثبات مسائل فقهی و حقوقی مرتبط با آن استفاده کرد.

حجیت ظواهر از جمله مباحث برجسته اصولی است؛ بدین بیان که آن دسته از معانی را که عرفاً مقصود گوینده به شمار می‌آیند می‌توان به گوینده نسبت داد، هرچند احتمال خلاف درباره آن‌ها وجود داشته باشد.<sup>۴</sup> از این رهگذار، معانی عرفی عبارات شرعی دارای حجیت قلمداد می‌شوند. روشن است که حجیت ظواهر به معنای ساده‌انگاری دریافت معنا نیست، بلکه شنونده می‌بایست تمام قرائن متنی، فرامتنی، قواعد زبانی و... را به کار بگیرد و برایند عرفی آن‌ها را به‌عنوان معنای ظاهر قلمداد کند. باوجود آنکه حجیت ظواهر الفاظ در علم اصول فقه و نیز در رویه قضایی پذیرفته شده است، اما در خصوص ظواهر افعال وضع بدین روشنی نیست؛ توضیح آنکه همان‌طور که هر گفتاری می‌تواند دارای معنای ظاهر باشد، افعال نیز می‌توانند دارای معنای ظاهر قلمداد شوند؛ مثلاً واریز وجه از سوی کارفرما در وجه کارگر می‌تواند

۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۲/۲۲۸.

۳. مظفر، اصول الفقه، ۱۳/۲.

۴. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۱۳۳/۳.

به معنای آن باشد که وی وظیفه محوله را انجام داده است، درعین حال بسیاری از فقها در پذیرش حجیت ظواهر افعال تردید داشته اند؛ در نگاه نخست این تردید می تواند صغروی یا کبروی قلمداد شود؛ یعنی یا در اصل اینکه افعال -مانند گفتار- دارای دلالت ظاهر باشند تردید وجود دارد یا در پذیرش حجیت چنین دلالتی. در هر حال، به نظر می رسد بررسی دلیل برخورد متفاوت با این دو مسئله مفید خواهد بود.

## ۲. حجیت ظواهر لغوی و عقلایی الفاظ

گزاره های دارای معنا را می توان به حصر عقلی در سه دسته قرار داد: یک معنای محتمل دارند؛ چند معنا درباره آن ها متصور است که این معانی مختلف نیز یا به یک اندازه محتمل هستند یا احتمال یکی بیشتر است. این معانی، به ترتیب نص و مجمل و ظاهر نامیده می شوند.<sup>۵</sup> به بیان دیگر، «نص» گزاره ای است که تنها در یک معنا صراحت دارد و قابلیت توجیه و حمل بر معنای دیگری را ندارد. در مقابل، «ظاهر» گزاره ای را گویند که در یک معنا صراحت قطعی ندارد و می تواند بر معنای دیگری نیز توجیه و حمل شود اما درعین حال، یک معنا زودتر در ذهن نقش می بندد.<sup>۶</sup> براین اساس، ظهور لفظ هنگامی است که احتمال اراده کردن یکی از معانی لفظ توسط گوینده افزون تر از دیگر معانی باشد که در این صورت، چنین معنایی ظهور آن لفظ خواهد بود.<sup>۷</sup>

اصولی ها برای تشخیص و اثبات مقصود گوینده در موارد غیرنص، قواعدی تحت عنوان اصول لفظیه وضع کرده اند که شامل اصالت های حقیقت، عموم، اطلاق، ظهور و... می شود.<sup>۸</sup> ویژگی مشترک این اصول از بین بردن احتمال وجود قرینه و در نتیجه، اصل قراردادن همان ظاهر گفتار تا زمان حصول یقین به وجود قرینه برخلاف است. می توان گفت تعدد این اصول از آن روست که سرچشمه های تردید در مراد گوینده (از نظر اراده کردن معنای مجازی، مقید و...) متعدد است؛ این اصول نیز در واقع، بیانگر و به عبارتی تأییدکننده ظاهر کلام اند. از این روست که از نگاه شماری از اصولیان، همه اصول لفظیه زیر مجموعه های اصالت ظهور است و بازگشت تمام آن ها به این اصل است.<sup>۹</sup> براین اساس، نتیجه این بازگشت آن است که هرگاه ظاهر کلام مثلاً دلالت بر مجاز، تخصیص و... داشته باشد ولی مخاطب تردید در مقصود گوینده داشته و احتمال اراده خلاف ظاهر (حقیقت، عموم و...) بدهد، طبق اصالت ظهور، اصل بر مجاز بودن و

۵. صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۷۹/۲.

۶. ملکی اصفهانی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ۳۶۴/۱.

۷. جمعی از نویسندگان، فرهنگ نامه اصول فقه، ۵۵۷.

۸. انصاری، فراند الأصول، ۵۴/۱؛ عراقی، نهاية الأفكار، ۸۵/۳.

۹. مظفر، اصول الفقه، ۳۰/۱؛ سبحانی تریزی، الموجز، ۲۰.

تخصیص و... که همان ظهور کلام‌اند، خواهد بود؛ زیرا حجیت اصول لفظیه تا زمانی است که با اصالت ظهور هماهنگی داشته باشد.<sup>۱۰</sup> اصولیان قراردادن یک واژه برای دلالت بر معنایی خاص را وضع می‌نامند.<sup>۱۱</sup> تعدد وضع (مانند وضع واژه شیر برای حیوان و مایع خوراکی) و استفاده از واژه در غیر معنای وضع شده (مانند کاربرد شیر برای فرد شجاع) موجب بخشی از کژتابی‌های زبانی می‌شود. مشکلات معنایی به ساختارهای زبانی باز می‌گردد؛ چنان‌که در عبارت «من مانند برادرم هنرمند نیستم»، با آنکه معنای تک‌تک واژگان روشن است، با دو معنای محتمل روبه‌رو خواهیم بود.

در مواجهه با کژتابی‌های زبانی توجه به قراین نقش مهمی ایفا می‌کنند. واژه قرینه از مقارنه گرفته شده و در اصطلاح، به معنای چیزی است که مطلوب را نمایان می‌سازد.<sup>۱۲</sup> از این‌رو، در مباحث اصول فقه به هر آنچه همراه گفتار گوینده باشد و مخاطب را به سوی معنایی که مقصود جدی گوینده است سوق دهد، قرینه گویند؛ به گونه‌ای که در صورت فقدان آن، معنایی جز معنای مقصود گوینده برداشت خواهد شد. قرینه‌ها از نظر جنس و محتوایشان در دو دسته لفظی (مقالیه) و غیرلفظی (حالیه) قرار می‌گیرند.<sup>۱۳</sup> برای مثال، هرگاه به فردی گفته می‌شود «آن لیوان شیر را به من بده»، قرینه لفظی (لیوان)، نمایانگر مراد گوینده از واژه شیر است و اگر همین جمله با حذف واژه لیوان، در یک فروشگاه لوازم ساختمانی و بهداشتی بیان شود، مکان و شرایط بیان سخن، روشنگر مقصود خواهد بود.

در علم معناشناسی کاربردی نیز دو مفهوم بافت درون‌زبانی و بافت برون‌زبانی، ارتباط نزدیکی با قراین لفظیه و حالیه در سخن دارند. بافت، محیط و فضایی است که جملات یک زبان در آن ایجاد می‌شوند؛ بدین معنا که مجموعه روابطی است که میان صورت (دستور و کلمات) و دنیای بیرون وجود دارد و درواقع، معنای خارجی زبان را تشکیل می‌دهد. ممکن است این فضا، محیط خارج از زبان باشد، به گونه‌ای که جملات زبان در آن محیط کاربرد خود را بیابند و این محیط، در تغییر معنا نقش داشته باشد که به چنین فضایی بافت موقعیتی یا برون‌زبانی اطلاق می‌شود یا محیط درون زبان و متنی باشد که به شکل دسته‌ای از جملات زبان قبل و بعد از هر جمله آمده است که در این صورت آن را بافت زبانی یا درون‌زبانی نامیده‌اند.<sup>۱۴</sup> بنابر آنچه گفته شد، جملات و سخنان مبهم با قرارگرفتن در بافت حاکم بر آن‌ها معنای حقیقی

۱۰. سیداشرفی، نهاية الإیصال، ۲۵۵/۱؛ شیروانی، تحریر اصول فقه، ۳۵.

۱۱. خمینی، تهذیب الأصول، ۸/۱.

۱۲. جرجانی، التعریفات، ۷۵.

۱۳. اسلامی، قواعد کلی استنباط، ۲۶۳/۱ تا ۲۶۴؛ جمعی از نویسندگان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۶۳۰ و ۶۳۲؛ تهنوی، موسوعة کشف اصطلاحات الفنون و العلوم، ۱۳۱۵/۲.

۱۴. رستمیان، طباطبائی، «بررسی تطبیقی بافت موقعیت از دیدگاه فرث، هایمز و لوینس با سیاق حالی»، ۳۱ تا ۳۰.

خویش را آشکار می‌سازند و از این رو این بافت‌ها نقشی کلیدی در رفع ابهام از زبان دارند.<sup>۱۵</sup> براین اساس، مشخص می‌شود که می‌توان قراین لفظیه را با بافت درون‌زبانی و قراین حالیه را با بافت برون‌زبانی منطبق دانست.

به هر حال، چه از دیدگاه اصولی و چه معناشناسی برای درک درست مفهوم یک گزاره می‌بایست اجزا و بافت آن مدّ نظر قرار گیرد. با رعایت این نکته در منابع متنی دینی (قرآن و احادیث)، معنای دریافت‌شده و صفتِ حجت را خواهد داشت؛ یعنی اگر معنا طبق مقصود گوینده باشد، تکلیف‌آور است و اگر طبق آن نباشد، شنونده در اشتباه خود معذور خواهد بود. از این دو ویژگی در اصول فقه با عنوان منجزیت و معذرت یاد می‌شود. این مسئله در مسائل قضایی بدین‌گونه نمود می‌یابد که بر معنای ظاهر یک کلام می‌توان اثر واقع را مترتب کرد و خطای آن برعهده قاضی یا دیگران نیست؛ مثلاً اگر کسی اقرار کند «فرد الف را کشته است»، قاضی می‌تواند معنای ظاهر این کلام را مبنای حکم قرار دهد هرچند بعدتر مشخص شود مقصود وی کشتن نبوده و مثلاً کتک کاری شدید بوده است. وجه دیگر این قضیه، پیشگیری از فریب‌کاری و سوءاستفاده در قراردادها و... است؛ مثلاً اگر کسی ضمن عقد نکاح شرط کند در صورت طلاق نصف اموال خود را به زوجه خواهد داد، تصیّف را باید به معنای تملیک به زوجه دانست نه نصف کردن فیزیکی! در چنین مواردی گوینده ملزم به پذیرش آثار معنای ظاهر کلام خود خواهد شد، حتی اگر چنین مقصودی نداشته باشد. به بیان دیگر، گوینده در برابر معنایی که عرف از کلامش دریافت می‌کند مسئولیت حقوقی دارد، حتی اگر آن کلام را به قصد دیگری و به منظور فریب به کار برده باشد.

### ۳. ظواهر افعال و دیدگاه اصولیان درباره آن

در برخی تقسیم‌بندی‌ها گفتار و رفتار (الفاظ و اعمال) قسیم یکدیگر قرار می‌گیرند. اگرچه در نگاهی می‌توان گفتار را نیز نوعی عمل به شمار آورد، اما به نظر می‌رسد تفکیک میان این دو در مباحث اصولی از جهاتی ضروری است؛ از جمله در مباحث مربوط به دلالت و حجت، دلالت گفتار بر مقصود از نوع دلالت قراردادی به شمار می‌آید، درحالی‌که دلالت افعال بر معانی از نوع قراردادی نیستند؛ مثلاً تقبل حواله اگرچه می‌تواند إشعار به بدهکاری داشته باشد اما این إشعار یا دلالت به سبب قرارداد نیست، همچنان که نمی‌توان آن را دلالت عقلی نیز دانست؛ چراکه دلالت عقلی صددرصدی است و خطاپذیر نیست. به نظر می‌رسد چنین دلالت‌هایی بر پایه عادت غالب هستند و لذا ایجاد ظن می‌کنند. ظواهر افعال یا ظاهر حال افزون بر مسائل اصولی، در عرف و فقه و حقوق نیز کاربردهای فراوان دارد؛ مثلاً در روابط و

۱۵ افخمی، نودهی، «نظریه معنایی اصالت ظهور در اصول فقه شیعه»، ۳۴۹.

مسائل روزمره انسان‌ها با یکدیگر از نگاه عرف درازکردن پاها در حضور جمع نشانه‌ای بر بی‌احترامی تلقی می‌شود، مصافحه کردن نشان از محبت و دوستی افراد با یکدیگر دارد و... همین مسئله در امور فقهی و حقوقی نیز جریان دارد؛ برای مثال هدیه دادن شوهر به همسرش بعد از وضع حمل به عنوان قرینه، ظهور در اقرار به نسب دارد؛ چراکه از نظر عرف و عقل زمانی که شوهر منکر آن فرزند از خویش باشد این فعل را انجام نمی‌دهد. از این رو، اگر مرد پس از مدتی ادعای نفی انتساب فرزند به خود را مطرح کند، افزون‌بر اینکه اصل دلالت بر عدم نفی نسب می‌کند، ظاهر این فعل نیز بر آن دلالت می‌کند. از نگاه فقیهان این دسته از ظواهر در زمره ظواهر حال قرار می‌گیرند؛ توضیح آنکه ظاهر حال، به شواهد و قرائن و شرایط و احوالی اطلاق می‌شود که برای افراد نسبت به مسائل ظن به وجود می‌آورند.

براین اساس، دلایل ظن‌آفرینی همچون بیته در موضوعات یا سنت در احکام از آن رو که حجیت آن‌ها از سوی شارع اثبات شده است و به اصطلاح ظن خاص نامیده می‌شوند از دایره ظواهر حال بیرون‌اند؛ زیرا مستند ظواهر حال از آنجاکه ظنی مطلق است، حکم شارع نیست؛ بلکه قرائن و عرف و عادت غالب، غلبه ظن و مانند آن است. از این روست که فقها در مسائل فقهی و قضایی بدون هیچ‌گونه تردیدی ظواهری را که ظن خاص هستند بر اصل ترجیح می‌دهند اما درباره تقدم ظواهر حال بر اصل هنگام تعارض این دو با یکدیگر میان ایشان اختلاف نظر وجود دارد و به این دلیل است که میان ظنون خاص و اصل، با ترجیح دادن این‌گونه ظنون بر اصل، تعارضی رخ نخواهد داد اما میان ظواهر حال و اصل از آنجاکه رویه قطعی میان فقها وجود ندارد، تعارض پیش می‌آید.<sup>۱۶</sup> ظواهر افعال نیز در مسائل قضایی و دعاوی حقوقی، به تبع ظواهر حال گاه با اصل در تعارض قرار می‌گیرند و برای این امر نمونه‌های فراوانی در فقه بیان شده است، از جمله آنکه هرگاه خریدار مبیع را تحویل بگیرد و سپس مدعی نقصان آن شود، در این حالت فقها میان حضورداشتن یا نداشتن مشتری هنگام وزن کردن مبیع قائل به تفکیک شده و در صورت حضور، قول فروشنده اما در صورت عدم حضور، قول مشتری را مقدم دانسته‌اند. توضیح مطلب از این قرار است که در این دو صورت، اصل بر عدم دریافت کردن مبیع به طور کامل توسط مشتری است و زمانی که خریدار هنگام سنجش کالا حضور نداشته باشد، پذیرش سخن وی به علت این اصل، بر پذیرش سخن فروشنده ترجیح دارد اما هنگامی که خریدار حضور داشته باشد، به تبع آن در رعایت مقدار مبیع مراقبت دارد و ظاهر آن است که مبیع را جز به طور کامل دریافت نکرده باشد، بنابراین در اینجا اصل با ظاهر که حضورداشتن خریدار و واکنش نشان‌دادن وی نسبت به نقصان احتمالی است تعارض می‌یابد که در این حالت پذیرش سخن فروشنده

۱۶. شهید ثانی، تمهید القواعد، ۳۰۱ تا ۳۰۰؛ محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۹۳/۳؛ حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۵۹۷/۲.

به علت تقدم ظاهر بر اصل ترجیح دارد.<sup>۱۷</sup> همان گونه که مشخص است در این مثال ظاهر فعل خریدار که در واقع همان عکس العمل نشان دادن از خود یا به تعبیری سکوت کردن وی است عقلاً و عرفاً قرینه ای بر کاستی نداشتن کالا است؛ چرا که در صورت کاستی داشتن، خریدار آن را از فروشنده دریافت نمی کرد.

ظواهر حال را در اصطلاح حقوقی می توان همان امارات قضایی دانست. مقصود از اماره قضایی احوال و شرایط خارجی است که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود؛ به این صورت که قاضی به سبب آن ها نسبت به امر مجهول یقین حاصل می کند، مثلاً اگر طلبکار بی آنکه اجبار یا حيله ای در کار باشد سند دین را به مدیون باز گرداند، احتمال دارد این عمل او در نظر قاضی دلیل بر براءت ذمه مدیون باشد. بر این اساس، اماره قضایی در هر موردی تحقق می یابد که قراینی در خارج قاضی را به سوی حقیقت هدایت کنند. در اماره قضایی نیز اجتماع قراین شرط است و یک قرینه به عنوان اماره قضایی شناخته نمی شود.<sup>۱۸</sup>

از نظر قواعد اصولی، ظواهر حال در واقع ظنونی مطلق هستند و اختلاف نظر فقها در مسئله تعارض اصل و ظاهر را نیز می توان ناشی از انسدادی بودن یا افتتاحی بودن آن ها دانست؛ به گونه ای که از نظر فقهای انسدادی، ظاهر حال به دلیل ظن آفرین بودن همواره بر اصل مربوطه مقدم است اما از نگاه فقیهان افتتاحی تنها در صورتی که به درجه اطمینان آفرینی برسد می تواند به علت حجت بودن اطمینان، اقوی از اصل مرتبط با خود شود و به این ترتیب بر آن تقدم یابد. ظاهر حال برای اطمینان آفرینی و قوی بودن نیازمند شرایطی است که شاید مهم ترین آن ها این است که همراه با قراینی قوی (که مخالف با اصل اند) باشد تا بدین وسیله بتواند اقوی از اصل مربوطه شود. از سوی دیگر، اصل نیز تنها در صورت داشتن یک سری شرایط می تواند قوت گیرد، از جمله آن شرایط عبارت است از: عدم وجود قرینه یا قراین قوی و نیز وجود داشتن عرف خاص و مشخصی.<sup>۱۹</sup>

#### ۴. شباهت و تفاوت ظاهر کردار و ظاهر گفتار

همان گونه که در مباحث پیشین بیان شد، ظاهر گفتار آن گاه که قرینه ای برخلاف آن (چه در ساختار خود جمله و چه در فضای بیرونی که جمله در آن محیط بیان می شود) وجود نداشته باشد، مطابق اصول لفظیه است اما زمانی که قراینی در درون یا بیرون در معنایی جز آنچه اصول لفظیه بر آن دلالت می کنند ظهور داشته باشند، به دلیل ارجحیت داشتن اصالت ظهور بر دیگر اصول لفظیه، ظاهر کلام بر اساس آن

۱۷. بحرانی، الحقائق الناضرة، ۱۸۴/۱۹؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۰۶/۴؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۶۹/۲.

۱۸. محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۸۷/۳؛ مدنی، ادلة اثبات دعوی، ۲۰۵ تا ۲۰۲.

۱۹. محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۸۷/۳؛ رئیسی، تعارض اصل و ظاهر در فقه و قانون، ۱۰۷ تا ۱۰۰.

قراین خواهد بود. به این ترتیب، وجود قرینه‌ها به شنونده در فهمیدن مقصود حقیقی گوینده از کلمات و جملاتی که بر زبان جاری می‌کند، کمک بسیاری می‌کند. همین مسئله با اندکی تفاوت درباره ظاهر کردار نیز صادق است؛ مثلاً از دیدگاه عرف، دست سال‌خوردگان یا بزرگان عرصه‌های علمی، دینی، هنری و... را بوسیدن نشان از اکرام کردن آنان، بوسه زدن بر دست یک نوزاد نشانه علاقه وافر به او و بوسیدن دست فرد هم‌سن یا کوچک‌تر از خود از آن جهت که ثروتمند است بیانگر تملق و چاپلوسی است. حال در این مثال، بوسیدن دست، که یک فعل است، سه معنای متمایز از هم پیدا کرده است در صورتی که خود فعل تغییری نکرده است، بلکه این تفاوت معنا از تفاوت در وضعیت خارجی (موقعیت فرد مقابل، شرایط زمانی و مکانی و...) ناشی شده است. بنابراین، این شرایط خارجی که قرآینی حالی و منشأ آن‌ها عرف است سبب پی‌بردن افراد به معنای این فعل می‌شوند. همان‌گونه که واژه‌ها و جملات نیز در شرایط و موقعیت‌های مختلف علی‌رغم عدم تغییر در آن‌ها (شکل گفتاری و نوشتاری آن‌ها) معانی گوناگونی می‌یابند و مثال‌های آن در مباحث قبل گفته شد. از این‌رو به نظر می‌رسد ظاهر فعل و ظاهر لفظ از نظر تأثیر قراین در نمایان ساختن معنای آن‌ها با یکدیگر تفاوتی ندارند و آنچه موجب تفاوت داشتن ظاهر فعل با ظاهر لفظ می‌شود، وجود رابطه قراردادی میان لفظ و معنا و عدم وجود این رابطه میان فعل و معناست؛ چراکه افعال مشخص می‌توانند در اثر انجام شدن توسط افراد مختلف یا در مکان‌ها و زمان‌های گوناگون معانی گوناگونی پیدا کنند، مثلاً سکوت کردن بسته به شرایط زمانی و مکانی و موقعیت فردی که سکوت می‌کند می‌تواند بر معانی مختلفی از جمله ترس، رضایت، رنج بسیار و... دلالت داشته باشد. در صورتی که واژه‌ها به علت داشتن رابطه قراردادی با معانی حتی در شرایط مختلف و استعمال آن‌ها توسط افراد مختلف نیز تنها یک معنای حقیقی که در اثر وضع ایجاد شده، خواهند داشت و معانی دیگر، مجازی و نیازمند قرینه است. براین اساس می‌توان گفت: تفاوت فعل و لفظ ناشی از این است که لفظ یک معنای همیشگی و قراردادی دارد و در صورت عدم وجود قراین نیز می‌توان معنای آن را درک کرد اما از آنجاکه فعل به گونه قراردادی بر معانی دلالت نمی‌کند، معانی مختلفی می‌تواند داشته باشد و تنها راه فهم معنای آن وجود قراین است. تفاوت دیگری که به تبع تفاوت نخست می‌توان برای گفتار و کردار تصور کرد آن است که در گفتار از آنجاکه مواردی که مقصود گوینده چیزی غیر از معنای ظاهری سخن او باشد استثنایی و اندک است، می‌توان با استفاده از قراین و نیز اصول لفظیه تا حد اطمینان بخشی به مقصود جدی گوینده از آن کلام نزدیک شد اما در کردار با وجود قراین و با استفاده از آن‌ها تنها می‌توان معنای آن فعل را فهمید اما نمی‌توان گفت که مقصود حقیقی فاعل از انجام آن فعل نیز همان بوده است؛ مثلاً در اتهام تجاوز به عنف، سکوت قربانی و عدم استمداد می‌تواند دلیلی بر رضایت وی قلمداد شود. در عین حال که می‌تواند بر اثر

بهت یا شوک نیز باشد؛ روشن شدن قراین دیگر می‌تواند یکی از این دو احتمال را قوت بخشد و می‌تواند احتمالات دیگری را نیز ایجاد کند.

بنابر آنچه گفته شد می‌توان نقطه اشتراک ظاهر گفتار و ظاهر کردار را پدید آمدن آن‌ها از قراین و مجموع قرینه‌ها دانست و با استفاده از همین نقطه اشتراک، حجیت هر دو را از یک طریق اثبات کرد. در ادامه به بیان شیوه اثبات حجیت ظواهر گفتار و کردار با استفاده از نظریه شهید صدر خواهیم پرداخت.

## ۵. اثبات حجیت ظواهر الفاظ و افعال با استفاده از نظریه شهید صدر

شهید صدر در کتاب الأسس المنطقية للاستقراء برای اثبات حجیت استقراء بحث‌های متعددی مطرح کرده و به تبیین مذهب خود در این باره با عنوان «مذهب ذاتی» پرداخته و حجیت دلیل استقرایی را بر مبنای این مذهب اثبات کرده است.<sup>۲۰</sup> ایشان این روش و نظریه را که موسوم به «حساب احتمالات» است مختص اثبات حجیت استقراء ندانسته و از نگاه وی هر یقین به قضیه استنتاج شده براساس تراکم قراین احتمالی، یقین استقرایی نامیده می‌شود، لذا روش‌هایی که معمولاً برای اثبات ادله شرعی نظیر تواتر و اجماع و سیره ذکر می‌شود، همه از لوازم همین یقین استقرایی است<sup>۲۱</sup> و برای اثبات حجیت آن‌ها نیز به همین شیوه استناد کرده‌اند. به نظر می‌رسد درباره ظواهر گفتار و کردار نیز می‌توان به این نظریه استناد کرد؛ چراکه این ظواهر از تجمیع احتمالات و ظنون وجود یافته‌اند. براین اساس، ابتدا به‌طور مختصر این نظریه را بررسی می‌کنیم و سپس با ذکر مثال‌هایی به تطبیق این نظریه با ظواهر الفاظ و افعال می‌پردازیم.

از نگاه شهید صدر هر معرفتی دارای دو جنبه است: جنبه ذاتی و جنبه موضوعی. جنبه ذاتی، ادراک و فهم ماست و جنبه موضوعی، همان قضیه‌ای است که به سبب ما ادراک شده است و آن قضیه، مستقل از ادراک ما، حقیقتی ثابت دارد. براین اساس، ایشان در نظریه مذهب ذاتی خویش دو روش را برای رشد معرفت در پیش می‌گیرد: یکی توالد موضوعی و دیگری توالد ذاتی و معتقد است که با این نظریه، امکان تفسیر بخش عمده‌ای از معرفت‌های ما براساس توالد ذاتی فراهم می‌شود. توالد موضوعی به معنای آن است که میان یک قضیه یا مجموعه‌ای از قضایا و قضیه دیگری تلازم و هم‌بستگی وجود داشته باشد و آن‌گاه معرفت ما به آن قضیه، از معرفت ما به قضایای دیگری که مستلزم آن هستند نشأت بگیرد؛ مانند اینکه از معرفت ما به گزاره‌های «خالد انسان است» و «هر انسانی فانی است»، معرفت به گزاره «خالد فانی است» حاصل شود.

۲۰. صدر، الأسس المنطقية للاستقراء، ۱۲۳.

۲۱. آل فقیه عاملی، دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة)، ۳۲۸/۱.

در بیان شهید صدر، منظور از توالد ذاتی آن است که معرفتی از معرفت دیگری ناشی شود، به گونه‌ای که تلازمی میان جنبه موضوعی آن دو معرفت با یکدیگر وجود نداشته باشد و بلکه این توالد براساس تلازم بین نفس آن دو معرفت باشد.<sup>۲۲</sup> از دیدگاه ایشان، تعمیمات استقرائیه و به‌طورکلی هر معرفت ثانویه‌ای که عقل بر پایه توالد ذاتی خود کسب می‌کند دو مرحله را طی می‌کند: نخست مرحله توالد موضوعی و سپس مرحله توالد ذاتی. در مرحله توالد موضوعی، معرفت استقرائیه به‌صورت احتمالی آغاز می‌شود و سپس این احتمال به‌سبب ازدیاد تجربه‌ها یا مشاهدات در فرایند استقرای پیوسته افزایش می‌یابد تا اینکه به بالاترین درجه احتمال برسد که از نظر ایشان این موضوع ناشی از نظریه احتمال و بدیهیات آن است. اما این مرحله از رساندن معرفت به درجه یقین ناتوان است؛ به همین علت در این هنگام مرحله توالد ذاتی به‌منظور دستیابی به این امر آغاز می‌شود و در این مرحله، معرفت استقرائیه به درجه یقین می‌رسد.<sup>۲۳</sup> منظور ایشان از یقین در این مرحله، یقین موضوعی است و نه منطقی؛ چراکه نهایت چیزی که به‌سبب استقرا می‌توانیم بفهمیم این است که الف سبب ب باشد، اما دیگر نمی‌توانیم فرض کنیم محال است الف سبب ب نباشد؛ حال آنکه در یقین منطقی علاوه بر علم به خود گزاره، علم به محال بودن نقیض آن نیز شرط است.<sup>۲۴</sup>

«یقین موضوعی» یقینی است که از مجموعه‌ای از گزاره‌ها حاصل می‌شود که عقلاً متضمن و مستلزم گزاره استنتاج‌شده از آن‌ها نیستند اما هریک از آن‌ها درجه‌ای از ارزش احتمالی را برای اثبات آن گزاره تشکیل می‌دهند و با متراکم شدن این ارزش‌های احتمالی، درجه احتمال آن گزاره زیاد می‌شود تا اینکه احتمال نقیض آن نزدیک به صفر می‌شود و به‌سبب همین ضعیف شدن احتمال خلاف، از اهمیت آن کاسته شده و از بین می‌رود، زیرا ذهن انسان به‌گونه‌ای آفریده شده است که به احتمالات ضعیف نزدیک به صفر اعتنایی نمی‌کند.<sup>۲۵</sup> یقین موضوعی در کلمات اصول‌دانان با نام علم عادی یا اطمینان که اکثر اصولی‌ها قائل به حجیت آن هستند شناخته می‌شود.

به نظر می‌رسد درباره گفتارها و کردارهای انسان‌ها می‌توان همانند استقرا با استناد به حساب احتمالات، مفید یقین موضوعی بودن و در نتیجه حجیت داشتن آن‌ها را اثبات کرد، زیرا از آنچه تاکنون گفته شد می‌توان پی برد که ظواهر الفاظ و افعال مشابه استقراست؛ چراکه همان‌گونه که در استقرا پس از مشاهده و بررسی چندین حکم جزئی که دارای ملاکی مشترک هستند به حکمی کلی دست می‌یابیم، در

۲۲ صدر، الأسس المنطقية للإستقراء، ۱۲۴ تا ۱۲۵.

۲۳ صدر، الأسس المنطقية للإستقراء، ۱۳۰ تا ۱۳۱ و ۲۲۷ تا ۲۲۸.

۲۴ صدر، الأسس المنطقية للإستقراء، ۳۲۹.

۲۵ آل فقیه عاملی، دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة)، ۳۲۷/۱.

این ظواهر نیز از ترکیب چندین ظنّ ضعیف و جزئی که هریک دارای مضمونی مشترک هستند که نتیجه آن، هم‌راستایی آن‌ها در اثبات معنای گفتار و کردار است، به معنای آن دو دست می‌یابیم. وجه مشترک دیگر این دو نیز ضروری بودن تجمیع موارد جزئی با یکدیگر برای رسیدن به مطلوب است، به گونه‌ای که هریک از آن موارد جزئی به تنهایی دارای ارزش و اعتباری نیست. برای روشن شدن این مطالب با ذکر مثال‌هایی به بررسی تطبیق ظواهر گفتار و کردار با حساب احتمالات می‌پردازیم.

ظواهر الفاظ، از جمله ظنون خاص‌اند و دلیل حجیت آن‌ها نیز بنای عقلاست، لذا استفاده از نظریه حساب احتمالات برای تصدیق کردن این بنای عقلا مفید است. همان‌گونه که گفته شد ظواهر الفاظ از حیث وجود داشتن یا نداشتن قرائن خلاف ظاهر، دو حالت می‌یابد: در حالتی که قرائنی برخلاف ظاهر کلام در درون یا بیرون از سخن موجود نباشد اما در عین حال تردید در مقصود گوینده وجود داشته باشد، با جاری کردن اصول لفظیه چنین تردیدی برطرف خواهد شد که می‌توان اصول لفظیه را مبتنی بر حساب احتمالات دانست؛ چراکه هریک از اصول لفظیه سبب نفی یک احتمال خلاف ظاهر از سخن می‌شود، مثلاً اصالت حقیقت احتمال مجاز، اصالت اطلاق احتمال قید داشتن، اصالت عموم احتمال تخصیص خوردن و... نفی می‌کنند که مجموع همه این اصول (اصالت ظهور) یک احتمال بسیار قوی می‌آفریند و سبب تمسک افراد به ظاهر کلام یکدیگر و در نتیجه، حجیت این ظاهر می‌شود. در حالت دیگر که مربوط به زمانی است که قرائنی لفظیه یا حالیه برخلاف ظاهر سخن وجود داشته باشند، مثل جمله «امشب ماه کامل را دیدم اما پس از دقایقی به خواب رفت»، قرائنی از قبیل به خواب رفتن ماه، شناخت گوینده و شنونده این سخن نسبت به نوزادی که زیباروست و قبل از این سخن نیز گفت‌وگوی این دو درباره او بوده است، عادت داشتن گوینده به استفاده از مجاز و آرایه‌های ادبی در گفتارهایش و آگاه بودن شنونده به این موضوع، هریک به تنهایی احتمالاتی هستند که با پیوستن آن‌ها به یکدیگر، این احتمالات ضعیف تبدیل به یک ارزش احتمالی بزرگ شده و به سبب بزرگ بودن این احتمال، یقینی موضوعی راجع به معنای واژه ماه کامل در این سخن و مقصود گوینده از آن ایجاد می‌شود. هر چند که احتمال بسیار ضعیفی می‌توان داد و محال نیست که مثلاً مقصود از ماه کامل، نه نوزاد زیبارو، بلکه همان ماه آسمان و مقصود از به خواب رفتن آن، پشت ابر رفتن آن باشد! اما به دلیل بسیار بعید بودن این احتمال به آن اعتنایی نمی‌شود. درباره ظواهر کردار نیز می‌توان دلالت قرائن بر معنای کردار افراد را بر مبنای حساب احتمالات تصور کرد؛ مثلاً در صورت ضرب و شتم شدید فرزندی توسط پدرش و پیش چشمان مادرش، معنای اقدام نکردن و واکنش نشان ندادن مادر در قبال ضرب و شتم فرزندش به سبب قرائنی همچون جدل مادر با فرزند قبل از حادثه، تحریک کردن پدر به تنبیه فرزند توسط مادر و نیز آماده کردن و دادن ظرف مشروب به پدر توسط او پیش از

وقوع حادثه قابل تفسیر می‌شود که در اینجا هریک از این قراین به‌تنهایی به‌علت آفریدن احتمالی ضعیف فاقد اعتبارند اما پس از تجمیع آن‌ها با یکدیگر، این احتمالات کوچک به احتمالی بزرگ تبدیل می‌شوند که عدم اقدام کردن مادر ظهور در شریک بودن مادر با پدر در ضرب و شتم فرزندشان دارد، اگرچه محال نیست که مقصود وی از این فعل، ترس از ضرب و شتم خویش یا حیرت وی از آن واقعه باشد.

#### ۶. تأثیر تفاوت‌های میان ظاهر گفتار و کردار در دادرسی‌ها و راهکار آن

چنان‌که بیان شد، میان ظواهر گفتار و کردار دو تفاوت وجود دارد: نخست، وجود رابطه قراردادی میان واژه و معنا و عدم وجود این رابطه میان فعل و معناست و دوم، در ظواهر کردار تنها معنای فعل را می‌توان فهمید که آن لزوماً مقصود فاعل از انجام آن فعل نیست برخلاف ظواهر گفتار که می‌تواند مقصود گوینده از سخنش را تا حد اطمینان‌آوری نمایان سازد. حال به‌علت وجود این تفاوت‌ها، در دادرسی‌ها نیز میان پذیرش قول و فعل افراد تفکیک‌هایی شکل می‌گیرد، به‌گونه‌ای که شاید بتوان گفت در مسائل قضایی، ظاهر گفتار افراد به‌دلیل ظن خاص بودن آن به‌مثابه اماره قانونی شمرده می‌شود؛ چراکه به‌موجب ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، اماره قانونی اماره‌ای است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است و از آنجاکه بنای عقلا، تنها دلیل حجیت این ظن خاص است و ظاهر گفتار به‌سبب داشتن رابطه قراردادی با معنا، حتی در صورت فقدان قرینه نیز با لحاظ اصول لفظیه معنایی اطمینان‌آور دارد، حجیت آن پذیرفته شده است اما ظاهر کردار افراد از آنجاکه ظنی مطلق است، همان‌گونه که گفته شد در زمره امارات قضایی در نظر گرفته می‌شود و تنها در صورت افزوده شدن قراین و ظنون مطلق دیگری به آن، قابلیت اطمینان‌آفرینی خواهد یافت که در صورت رسیدن به چنین درجه‌ای، ظاهر کردار نیز به‌علت بنای عقلا حجیت پیدا خواهد کرد.

براساس مطالب یادشده اگر طلبکار خطاب به بدهکار بگوید آنچه از مال من که بر ذمه توست را بخشیدم، ظاهر این سخن نزد قاضی دلالت دارد بر بری‌الذمه کردن بدهکار توسط طلبکار و این ظاهر اماره‌ای قانونی محسوب می‌شود، از این‌رو طلبکار نمی‌تواند مدعی عدم پرداخت دین خود باشد اما هنگامی که طلبکار به جای گفتن چنین سخنی سند دین را به بدهکار باز گرداند، چه‌بسا این عمل به‌تنهایی نتواند موجب اقناع وجدان قاضی بر بری کردن ذمه بدهکار توسط طلبکار باشد و نیاز به قراین و امارات قضایی دیگری داشته باشد. همچنین است زمانی که فردی با دوستش در حال قدم‌زدن باشد و سپس دوستش را هل بدهد و در همان حین تیری به دوستش اصابت کند، در اینجا فعل هل دادن به‌تنهایی نمی‌تواند اثبات‌کننده جرم آن فرد باشد و نیاز به قراینی دارد که معنای این فعل را برای قاضی و سایرین روشن کند اما اگر فرد خودش با زبان خویش اقرار کند که به‌دستور شخص تیرانداز برای اینکه بتواند فرد را

نشانه گرفته و مورد اصابت قرار دهد، اقدام به هل دادن آن فرد کرده‌ام و بابت این عمل پولی هم دریافت کرده‌ام، این سخن دلالت روشنی بر گناهکاری وی دارد و اماره‌ای قانونی است، هرچند پس از لحظاتی منکر آنچه گفته است شود. گفتار افراد اگرچه گونه‌ای از کردار آن‌هاست اما به سبب رابطه قراردادی با معنا دلالت آشکاری بر معنای خویش دارد و تشخیص ظهور آن، کار سختی نیست؛ زیرا همان‌گونه که شهید صدر بیان می‌کند ظهور لفظ به ذاتی و موضوعی تقسیم می‌شود و موضوع اصالت ظهور منحصر در ظهور موضوعی است، نه ذاتی. توضیح آنکه، مقصود از ظهور ذاتی، ظهوری شخصی است که برای ذهن فرد افراد (به طور جداگانه) به وجود می‌آید اما ظهور موضوعی ظهوری نوعی است که در فهم آن، اهل عرف و محاوره با یکدیگر اشتراک دارند.

براین اساس این دو ظهور ممکن است با یکدیگر متفاوت باشند، زیرا امکان دارد که فرد تحت تأثیر شرایط و احوال و سنت‌های فرهنگی یا حرفه‌ای و... خود قرار گیرد و در ذهنش انس خاصی به معنای خاصی شکل گیرد که عرف، آن معنا را از آن لفظ درک نکند؛ از این رو مشخص می‌شود که ظهور ذاتی، نسبی است و ممکن است از فردی به فرد دیگر متفاوت باشد اما ظهور موضوعی از آنجاکه به موجب قوانین خاصی است که نزد اهل عرف و لغت برای گفت‌وگوهایشان وجود دارد و این قوانین ثابت هستند، حقیقتی مطلق و ثابت است.<sup>۲۶</sup> به نظر می‌رسد لزوم موضوعی بودن ظهور، درباره افعال نیز صادق است اما از آنجاکه رابطه‌ای وضعی میان آن‌ها و معنایشان حکم فرما نیست و تنها در کنار و در بطن قراین است که تفسیر می‌شوند، تشخیص چنین ظهوری دشوارتر از الفاظ و تنها در صورت وجود قراین قوی اتفاق می‌افتد؛ مثلاً اگر در مثال اول قرآینی از این قبیل وجود داشته باشد: شهادت یک شاهد مبنی بر بازگرداندن سند دین به بدهکار توسط طلبکار با رضایت کامل وی، بسیار فقیر بودن فرد بدهکار یا در مثال دوم وجود داشتن مدارکی دال بر واریز شدن مبلغ هنگفتی به حساب فرد هل دهنده از سوی فرد تیرانداز و نیز بر تماس برقرارکردن این دو با یکدیگر دقایقی پیش از حادثه و همچنین قهر بودن فرد هل دهنده با دوستش تا روز پیش از این حادثه و...، این قراین می‌توانند سبب درک و تشخیص معنای این دو عمل شوند و از آنجایی که چنین ظهوری هنگام وجود داشتن این قراین موضوعی است و نه ذاتی، نمی‌توان به راحتی از آن دست برداشت و مثلاً ادعای فرد هل دهنده را مبنی بر اینکه مقصودش از هل دادن دوستش شوخی با او بوده، پذیرفت. این مسئله در آرای فقها و در رویه قضایی نیز مشاهده شدنی است؛ مثلاً از نگاه شماری از فقیهان چنانچه زنای محصنه با شهادت شهود اثبات شود اما این شهود هنگام اجرای سنگسار اقدام به فرار کنند، حد از متهم

ساقط می شود؛ چراکه غیبت ایشان اگر همراه با قرآینی باشد که به سبب آن‌ها بتوان بر آن عنوان فرار را منطبق کرد، ظهور در دروغ‌گویی و معتقد نبودن آن‌ها به آنچه شهادت داده‌اند داشته و در نتیجه باعث افزون شدن احتمال کذب شهادت از صدق آن و خارج شدن این دو احتمال از حالت تساوی می شود.<sup>۲۷</sup> چنان‌که در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۹۰۱۳۲۰ پس از ادعای زوجه مبنی بر ترک انفاق از سوی زوج و شهادت دادن شهودی بر آن و در نتیجه، صدور رأی بدوی به صورت غیابی علیه زوج، دادگاه تجدیدنظر استان با استناد به سکونت زوجه در منزل مشترک و نیز قبض وجوه واریزی از ناحیه متهم (زوج) به حساب شکایه (زوجه) که هریک از این‌ها ظاهر حال و قرینه‌ای بر پرداخت نفقه و عدم تحقق بزه ترک انفاق است، زوج را از این اتهام تبرئه کرده است.<sup>۲۸</sup> در رأی دیگری به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۶۶۲ نیز برای اثبات بزه جعل مهر و اوراق سازمان تأمین اجتماعی، دادگاه تجدیدنظر استان با استفاده از قراین و شواهد موجود در پرونده که عبارت‌اند از: تأیید تعلق داشتن مهرهای کشف شده به متهم توسط همسرش اگرچه آن‌ها در منزل غیر (پدر همسر متهم) کشف شده‌اند، نحوه دستگیری متهم که در حال فرار از کوچه‌های اطراف و پشت‌بام همسایه‌ها بوده است و نیز شهادت دادن دارندگان دفترچه‌های بیمه تأمین اجتماعی مبنی بر خریداری کردن دفترچه‌ها از متهم، رأی به محکومیت متهم صادر کرده است؛ زیرا هریک از این‌ها قرینه‌ای بر انجام جعل توسط متهم است.<sup>۲۹</sup>

راهکاری که در این باره می‌توان بیان کرد آن است که به دلیل آنکه تشخیص ظهور کردار افراد نسبت به ظهور گفتار آنان دشوار است، تنها زمانی می‌توان بر ظهور کردار افراد استناد کرد و مطابق با آن دادرسی و صدور حکم کرد که قرآینی قوی بتواند ظاهر کردار را برای قاضی و هر فرد دیگری تفسیر کند و چنین چیزی نیازمند به آن است که هریک از آن قراین، به تعبیر شهید صدر احتمالی موضوعی - که درجه آن با درجه تعیین شده توسط توجیهات موضوعی برابری می‌کند - و نه ذاتی - که بیانگر درجه احتمالی باشد که در نفس فردی مشخص، چه مطابق با توجیهات باشد و چه نباشد، وجود دارد -<sup>۳۰</sup> برای افراد بیافرینند. چنان‌که این رویکرد در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی<sup>۳۱</sup> در توضیح و تبیین علم قاضی و قراین مستند آن مشهود است

۲۷. گلپایگانی، الدر المنضود، ۴۷۱/۱ تا ۴۷۲؛ فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۲/۲۳ تا ۲۵؛ منتظری، کتاب الحدود، ۱۲۰.

28. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21354> (دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۱)

29. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۸۱۱۵> (دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۲)

۳۰. صدر، الأسس المنطقية للإستقراء، ۳۲۶.

۳۱. ماده ۲۱۱ ق.م.ا: علم قاضی عبارت است از: یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قراین و امارات بین مستند علم خود را به‌طور صریح در حکم قید کند. تبصره: مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قراین و امارات که نوعاً علم آور باشند می‌توانند مستند علم قاضی قرار گیرند. در هر حال، مجزّد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.

و در رویه قضایی نیز می‌توان مواردی را مشاهده کرد که دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور با استناد به ضعیف بودن قرائن مورد استناد دادگاه بدوی و لزوم قوی بودن قرائن و شواهد مستند حکم قضات، حکمی برخلاف رأی بدوی صادر کرده‌اند.<sup>۳۲</sup>

### نتیجه‌گیری

از دیدگاه اصولیان معنایی که از ظاهر گفتارها و متون برداشت می‌شود، در صورتی که با تمام قرائن لفظی و غیرلفظی - یا به عبارت دیگر، بافت درون‌زبانی و برون‌زبانی که با آن سخن یا متن همراه است - همراه باشد، برای گوینده و نویسنده و همچنین شنونده و خواننده آن حجیت دارد و قابل احتجاج است. در عین حال چنانچه قرینه‌ای در دست نباشد اما احتمال وجود قرینه‌ای دالّ برخلاف ظاهر آن کلام و متن داده شود، اصول لفظیه‌ای جاری می‌شود که مطابق با همان ظاهر گفتار و تأییدکننده آن هستند و معیار، همان معنای ظاهری قرار می‌گیرد. بنابراین ظاهر گفتارها در صورت عدم وجود قرائن مغایر با آن، همان اصول لفظیه و در صورت وجود قرائن مخالف با آن، همان قرائن مغایر آن خواهد بود. این در حالی است که تشخیص معنای ظاهری در فعل‌های متناسب و هم‌معنا با آن قول‌ها چندان آسان نیست. از نظر قواعد اصولی، ظاهر فعل برخلاف ظاهر سخن که ظنی خاص است، ظنی مطلق است و در شمار ظواهر حال - که منشأ آن‌ها عرف و عادت و مانند آن است - قرار می‌گیرد. از این رو، برای معتبر شناخته شدن نیازمند رسیدن به درجه اطمینان‌آفرینی برای افراد است که برای نیل به این هدف وجود قرائنی قوی همراه با فعل ضروری می‌نماید تا معنای آن را به گونه اطمینان‌آوری برای عموم آشکار گردانند. به این ترتیب، وجود قرائن در افعال نیز همانند گفتار سازنده ظاهر آن‌هاست. همین وجه تشابه میان این دو زمینه‌ساز اثبات حجیت هر دو به یک شیوه، که آن نظریه حساب احتمالات شهید صدر است، می‌شود. توضیح آنکه، از نگاه شهید صدر، معرفت احتمالی، در صورت افزوده شدن قرائن احتمالی دیگر به آن و تراکم این قرائن، تبدیل به درجه احتمالی قوی‌ای می‌شود و در نهایت این احتمال قوی به درجه یقین موضوعی - که یقینی است که به سبب تجمع ارزش‌های احتمالی با یکدیگر و در نتیجه، بسیار ضعیف شدن احتمال نقیض در آن به گونه‌ای که مورد اعتنا قرار نمی‌گیرد به وجود می‌آید - می‌رسد. علی‌رغم این شباهت، به علت تفاوت‌های این دو، که عبارت‌اند از: وجود رابطه قراردادی میان واژگان و معانی و نبود آن در بین افعال و معانی آن‌ها و نیز

قابلیت داشتن ظواهر گفتار در نشان دادن مقصود گوینده آن به طور اطمینان بخشی علاوه بر معانی آن‌ها و نبود چنین قابلیت در ظواهر افعال، افراد در دادرسی‌ها و حتی در امور روزمره، از میان ظواهر گفتار و ظواهر افعال یکدیگر، ظواهر گفتار را از جهت صریح‌تر بودن آن مدنظر قرار می‌دهند، به گونه‌ای که می‌توان در دادرسی‌ها ظواهر گفتار را به مثابه اماره قانونی اما ظواهر افعال را در جرگه امارات قضایی بر شمرده که تنها چنانچه معنای آن‌ها به سبب تراکم قرآینی قوی که هریک احتمالی موضوعی برای قاضی و دیگران به وجود آورند آشکار شود، می‌توانند سبب علم قاضی شوند و از این طریق، اثبات دعاوی صورت پذیرد. جست‌وجو در فتاوی فقهی و رویه قضایی نیز نشان از چیرگی چنین دیدگاهی دارد.

## منابع

آل فقیه عاملی، ناجی طالب. دروس فی علم الأصول (شرح الحلقه الثالثه). بیروت: دار الهداة المیامین. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار بیروت. چاپ اول، ۱۳۷۵ق.

اسلامی، رضا. قواعد کلی استنباط. قم: مؤسسه بوستان کتاب. چاپ پنجم، ۱۳۸۷.

افخمی، علی، غلامحسین نودهی. «نظریه معنایی اصالت ظهور در اصول فقه شیعه»، مجله دانشکده ادبیات دانشگاه تهران. دوره ۱ و ۲، ش ۵۸۸، اردیبهشت ۱۳۸۱، ۳۶۲ تا ۳۴۱.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۶ق.

بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۶۳.

بروجردی، حسین. لمحات الأصول. به تقریر روح الله خمینی. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

تهانوی، محمد علی بن علی. موسوعة کشف اصطلاحات الفنون و العلوم. بیروت: مکتبه لبنان ناشرون. ۱۹۹۶م.

جرجانی، علی بن محمد. التعریفات. قاهره: دار الکتاب المصری. ۱۴۱۱ق.

جمعی از نویسندگان. فرهنگ نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۹.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین الفقهیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۷ق.

خمینی، روح الله. انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایا. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.

خمینی، روح الله. تهذیب الأصول. به تقریر سبحانی. قم: دار الفکر. چاپ اول، ۱۳۸۲.

رستمیان، مرضیه، سید کاظم طباطبایی. «بررسی تطبیقی بافت موقعیت (برون زبانی) از دیدگاه فرث، هایمز و لوئیس با سیاق حالیه»، دو فصلنامه تخصصی پژوهش‌های میان رشته‌ای قرآن کریم. دوره ۲، ش ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

رئیس، سید ابراهیم. تعارض اصل و ظاهر در فقه و قانون. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۷.  
سبحانی تبریزی، جعفر. ارشاد العقول الی مباحث الأصول. به تقریر محمدحسین حاج عاملی. قم: مؤسسه امام  
صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۴ق.

سبحانی تبریزی، جعفر. الموجز فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ چهاردهم، ۱۳۸۷.  
سید اشرفی، حسن. نهاية الإیصال. قم: قدس. چاپ اول، ۱۳۸۵.  
شهید ثانی، زین الدین بن علی. تمهید القواعد. قم: مکتب الإعلام الاسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۴.  
شیروانی، علی. تحریر اصول فقه. قم: دار العلم. چاپ دوم، ۱۳۸۵.  
صدر، محمدباقر. الأسس المنطقية للاستقراء. بیروت: دار التعارف للمطبوعات. ۱۴۰۶ق.  
صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به تقریر محمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه  
اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.  
صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۸ق.  
عراقی، ضیاء الدین. نهاية الأفكار. به تقریر محمدتقی بروجردی نجفی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ سوم،  
۱۴۱۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. نهاية الوصول الی علم الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۵ق.  
عوض پور، احسان، علی پورجوهری، محمدعلی حیدری. «بررسی مبناشناسی بحث تعارض اصل و ظاهر و موارد  
کاربرد آن در خصوص مهریه و نفقه»، فقه و حقوق اسلامی. دوره ۹، ش ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ۵۷ تا ۸۸.

<https://doi.org/10.22034/law.2018/8534>

فاضل موحدی لنکرانی، محمد. آیین کیفری اسلام. به تقریر اکبر ترابی. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول،  
۱۳۹۰.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره).  
۱۴۰۴ق.

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

محقق داماد، سید مصطفی. مباحثی از اصول فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۲.  
محقق داماد، سید مصطفی، محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی. «مفهوم قرینه و نقش آن در فهم معنای یک متن»،  
تحقیقات حقوقی. دوره ۲۲، ش ۸۶، تابستان ۱۳۹۸، ۷۱ تا ۹۸.

<https://doi.org/10.29252/lawresearch.22/86/71>

- محقق کرکی، علی‌بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل‌البیت(ع) لإحياء التراث. ۱۴۱۴ق.
- مدنی، سیدجلال‌الدین. ادلة اثبات دعوی. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ دوم، ۱۳۷۲.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: اسماعیلیان. چاپ پنجم، ۱۳۷۵.
- ملکی اصفهانی، مجتبی. فرهنگ اصطلاحات اصول. قم: عالمه. چاپ اول، ۱۳۷۹.
- منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود. قم: دار الفکر. بی‌تا.
- نقیبی، سیدابوالقاسم، افتخار دانش‌پور، اکرم محمدی آرانی. «مصادیق تعارض اصل و ظاهر در حقوق مدنی ایران»، پژوهش‌های فقهی. دوره ۱۷، ش ۴، زمستان ۱۴۰۰، ۱۲۵۱ تا ۱۲۸۱.

<https://doi.org/10.22059/jorr.2020/289502/1008610>

(دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۱) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21354>

(دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۲) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/8115>

(دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۲) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/3653>

(دسترسی در ۱۴۰۳/۳/۲۲) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/1896>

### Transliterated Bibliography

- Afkhamī, ‘Alī va Qulām Ḥusayn Nūdihi. "Naẓariyih Ma‘nāyī Iṣālat Zuhūr dar Uṣūl Fiqh Shī‘ah". *Majallih-yi Dānishkadīh-yi Adabiyāt* University of Tehran, Durīh-yi 1-2, no. 588 (Urdībihisht 2003/1381): 341-362.
- Āl Faqīh ‘Āmilī, Najī Ṭālib. *Durūs fi ‘Ilm al-Uṣūl (Sharḥ al-Ḥalqah al-Thālithah)*. Beirut: Dār al-Hudāh al-Mayāmīn, Chāp-i Awwal, 2002/1423.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Nihāya al-Wuṣūl ilā ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisa Imām al-Ṣādiq(AS), Chāp-i Awwal, 2004/1425.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā‘id al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Panjum, 1995/1416.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadāiq al-Nāḍira fi Ahkām al-Itra Ṭāhira*. Qum: Mū‘assisah Nashr Islāmī, 1985/1363.
- Burūjirdī, Ḥusayn. *Lamaḥāt al-Uṣūl*. Taqrīr Rūḥ Allāh Khumaynī, Qum: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsar-i Imām Khumaynī, Chāp-i Awwal, 2001/1421.
- Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā‘i li-Mukhtaṣar al-Sharā‘i*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī. 1984/1404.

- Fāzil Muwaḥidī Lankarānī. Muḥammad. *Āyīn Kayfārī Islām*. Taqrīr Akbar Turābī. Qum: Markaz-i Fiqhī A'imah Athār (AS). Chāp-i Awwal, 2012/1390.
- Gulpāyḡānī, Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḍūd fī Ahkām al-Hudūd*. Taqrīr 'Alī Karīmī Jahrumī, Qum: Dār al-Qurān al-Karīm, Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Husaynī Marāghī, 'Abd al-Fattāḥ ibn 'Alī. *al-'Anāwīn al-Fiqhiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.
- Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār Beirut, Chāp-i Awwal, 1956/1375.
- 'Irāqī, Ḥayy al-Dīn. *Nihāya al-Afkār*. Taqrīr Muḥammad Taqī Burūjirdī Najafī. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī, Chāp-i Sivum, 1996/1417.
- Islāmī, Riḍā. *Qawā'id Kulī Istinbāt*. Qum: Mū'assisah-yi Būstān-i Kitāb, Chāp-i Panjum, 2009/1387.
- 'Ivāzpur, Iḥsān, 'Alī Pūr Javāhirī, Muḥammad 'Alī Hydarī. " Barrisī Mabnāshināsī Baḥṭh Ta'arūḍ Aṣl wa Ḥāḥir va Mavārid Kārburdī ān dar Khuṣūṣ Mihriyih va Nafaqih". *Fiqh va Huqūq Islāmī*, Durih-yi 9, no. 16 (spring and summer 2019/1397): 57-88.
- Jam'ī az Nivīsandigān. *Farhangnāmah-yi Uṣūl Fiqh*. Qum: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2011/1389.
- Jurjānī, 'Alī ibn Muḥammad. *al-Ta'rīfāt*. Cairo: Dār al-Kitāb al-Miṣrī, 1991/1411.
- Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Anwār al-Hidāya fī al-Ta'līqā 'alā al-Kifāya*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Ḥāzrat Imām Khumaynī. Chāp-i Duwwum, 1995/1415.
- Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Taqrīr Subḥānī. Qum: Dār al-Fikr, Chāp-i Awwal, 2003/1382.
- Madanī, Sayyid Jalāl al-Dīn. *Adilīh Ithbāt Da'wī*. Tehran: Kitābkhānah-yi Ganj-i Dānish, Chāp-i Duwwum, 1994/1372.
- Malikī Isfahānī, Mujtabā. *Farhang Iṣṭilāḥāt Uṣūl*. Qum: 'Ālamah, Chāp-i Awwal, 2001/1379.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Mabāḥithī az Uṣūl Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm Islāmī, Chāp-i Awwal, 1984/1362.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. Muḥammad 'Abd al-Ṣāliḥ Shāhnūsh Fūrūshānī. "Mafhūm Qarīnih va Naqsh ān dar Fahm Ma'nāy Yik Matn". *Tahqīqāt Huqūqī*, Durih-yi 22, no. 86 (summer 2020/1398): 71-98.
- Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Husayn. *Jāmi' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā'id*. Qum: Āl al-Bayt (AS), 1994/1414.
- Muntazirī, Husayn 'Alī. *Kitāb-i al-Hudūd*. Qum: Dār al-Fikr, s.d.

Muzaffar, Muhammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Ismā‘īliyyān, Chāp-i Panjum, 1997/1375.

Naqībī, Sayyid Abū al-Qāsim, Iftikhār Dānishpūr, Akram Muḥammadī Ārānī. "Maṣādiq Ta‘āruḍ Aṣl wa Ṣāḥib dar Ḥuqūq-i Madanī Irān". *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*, Durīh-yi 17, no. 4 (winter 2022/1400): 1251-1281.

Raṭsī, Sayyid Ibrāhīm. Ta‘āruḍ Aṣl wa Ṣāḥib dar Fiqh va Qānūn. Qum: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2019/1397.

Rustamiyyān, Marziyih, Sayyid Kāzim Ṭabātabāyī. " Barrisī Taṭbiqī Bāft Mūqi‘iyat (Burūn Zabānī) az Dīdgāh Firth, Hymes va Lewis bā Siyāq Ḥālīyih". *Dū Faṣlnāmāh-yi Takhaṣuṣī Pazhūhish-hā-yi Miyyān Rishtih-i Qurān-i Karīm*, Durīh-yi 2, no. 4 (spring and summer 2012/1390): 29-36.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Al-Ususu al-Mantiqiyya li-l-Istiqra’*. Beirut: Dār al-Ta‘āruḍ li-l-Maṭbū‘āt, 1986/1406.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī, Qum: Mū‘assisa Dāyrah al-Ma‘ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Sivum, 1996/1417.

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

Sayyid Ashrafī, Ḥasan. *Nihāya al-Iṣāl*. Qum: Quds, Chāp-i Awwal, 2007/1385.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Tamhīd al-Qawā’id*. Qum: Maktab al-I‘lām al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1996/1374.

Shiravānī, ‘Alī. *Tahrīr Uṣūl Fiqh*. Qum: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Duwum, 2007/1385.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *al-Mūjaz fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Chāhārdahum, 1967/1387.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Irshād al-‘Uqūl ilā Mabāḥith al-Uṣūl*. Taqrīr Muḥammad Ḥusayn Ḥajj ‘Āmulī. Qum: Mū‘assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2003/1424.

Tahānawī, Muḥammad ‘Alī ibn ‘Alī. *Mawsū‘a Kashāf Iṣṭilāḥāt al-Funūn wa al-‘Ulum*. Beirut: Maktaba Lubnān Nashirūn, 1996/1416.





## Blood Money (*diyyah*) for Bone Displacement with a Critical Approach to Article 569 of the Islamic Penal Code

Dr. Mohammadjavad Mohammadi 

Instructor of Advanced Seminary Studies, Member of the Fiqh of Criminal Law Department, Research Center of the Institute for Advanced Fiqh and Islamic Sciences, Qom, Iran

Email: [444mahmood444@gmail.com](mailto:444mahmood444@gmail.com)

### Abstract

One of the most common injuries resulting from accidents is bone fracture, which in its general sense may occur in various forms. Bone displacement is one type of fracture in which the fractured bones are displaced from their original position, making it necessary for treatment and healing to first restore the bones to their proper place. Numerous *hadiths* specify a particular amount of blood money (*diyyah*) for bone displacement. Nevertheless, the chapter on Blood Money (*diyyāt*) in the Islamic Penal Code makes no reference to this injury or to the amount of compensation prescribed for it. In addition, the blood money for bone displacement has been mistakenly mentioned under the section for joint dislocation in some cases. Through a critical analysis of the provisions related to bone injuries (Articles 569–575) in the Islamic Penal Code, the present study examines relevant narrational and jurisprudential sources with the aim of identifying the *sharʿī* criterion for determining the blood money of bone displacement (*naql al-ʿazam*). Findings indicate that based on reliable narrations, the blood money for bone displacement is systematically equal to half of the blood money for fracture of the affected limb (except in certain cases), and this amount is to be added to the blood money for the fracture itself. Accordingly, it is suggested to enact a new statutory provision reflecting this rule and specify the exceptional cases in a note.

**Keywords:** bone displacement; *naql al-ʿazam*; *manqqilah*; blood money (*diyyah*); bone dislocation





## دیة جابه‌جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی



دکتر محمدجواد محمدی

مدرس سطوح عالی حوزه، عضو گروه فقه جزا مرکز پژوهشی مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران

Email: [444mahmood444@gmail.com](mailto:444mahmood444@gmail.com)

### چکیده

یکی از صدمات متداول در حوادث، شکستگی استخوان است که به معنای عام آن به شکل‌های مختلفی قابل وقوع است. جابه‌جایی استخوان یکی از انواع شکستگی است که در آن استخوان‌های شکسته از موضع خود جابه‌جا شده و برای درمان شکستگی و التیام لازم است ابتدا استخوان‌ها به جای خود بازگردانده شود. در احادیث متعدد برای جابه‌جایی استخوان میزان خاصی از دیه تعیین شده است. در عین حال در کتاب دینات قانون مجازات اسلامی هیچ اشاره‌ای به این صدمه و میزان دیه آن نشده است. در پاره‌ای از موارد نیز دیه جابه‌جایی استخوان به اشتباه ذیل دیه دررفتگی مفصل استخوان درج شده است. این مقاله به هدف کشف ضابطه شرعی در تعیین میزان دیه جابه‌جایی استخوان (نقل العظم) و با رویکرد نقد و تحلیل مواد مرتبط با صدمات استخوانی (مواد ۵۶۹ تا ۵۷۵) قانون مجازات اسلامی، به مطالعه متون روایی و فقهی پرداخته است. یافته‌های این پژوهش حاکی از این است که براساس متون روایی معتبر، میزان دیه جابه‌جایی استخوان -جز در موارد استثنا- به شکل ضابطه‌مند نصف دیه شکستگی عضو است که این میزان به دیه شکستگی عضو افزوده می‌شود؛ از این رو مناسب است ماده جدیدی مطابق قاعده مذکور تأسیس و موارد استثنا نیز در تبصره بیان شود.

**واژگان کلیدی:** جابه‌جایی استخوان، نقل العظم، منقله، دیه، دررفتگی استخوان.

## مقدمه

از جمله آسیب‌های شایع در صدمات استخوانی، شکستگی استخوان است. شکستگی استخوان در پی وارد شدن نیروی بیش از حد قابل تحمل به استخوان اتفاق می‌افتد و به شکل‌های متفاوتی بروز می‌یابد. گاهی شکستگی به اندازه‌ای شدید است که سبب خرد شدن و تبدیل استخوان به ذرات متعدد کوچک می‌شود. گاهی نیز ضربه به حدی است که سبب شود استخوان به دو یا حتی چند قطعه جدا از هم تبدیل شود و احیاناً سبب جابه‌جایی استخوان‌های شکسته شده می‌شود. در این صورت، برای التیام شکستگی لازم است ابتدا استخوان‌های شکسته را به موضع نخست خود برگرداند و سپس مدتی بی حرکت نگاه داشته شود تا به اصطلاح جوش بخورد. گاهی نیز شدت ضربه کمتر است و شکستگی بدون جابه‌جایی استخوان اتفاق می‌افتد، مثلاً ممکن است تنها یک ترک مویی در استخوان حادث شود.<sup>۱</sup>

در احادیث متعدد برای جابه‌جایی استخوان میزان خاصی از دیه تعیین شده است. در متون فقهی نسبت به میزان دیه اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از فقها -تفصیل نظرات در بحث آرای فقهی بیان خواهد شد- در اینجا متعرض قاعده کلی شده‌اند. در عین حال، درباره مضمون قاعده و میزان دیه اتفاق نظر وجود ندارد و دو نظر کلی دیده می‌شود. برخی نیز اشاره به قاعده کلی ندارد و تنها به دیة جابه‌جایی استخوان در برخی اعضای خاص اشاره کرده‌اند.

قانون مجازات اسلامی نیز با وجود آنکه در فصل دوم از بخش دوم کتاب دیات به قواعد عمومی دیة اعضا پرداخته است اما هیچ اشاره‌ای به این صدمه و میزان دیة آن نکرده است. در مقالات و پژوهش‌های منتشر شده نیز اثری راجع به این موضوع یافت نشد. هرچند در رابطه با اصل قاعده شکستگی و نقد آن، همچنین صدمه در رفتگی استخوان از مفصل مقالاتی نگاشته شده است،<sup>۲</sup> اما در این مقالات هیچ‌گونه اشاره‌ای به صدمه جابه‌جایی استخوان بر اثر شکستگی و دیة آن نشده است. از این‌رو، شاید نزدیک‌ترین مقاله به موضوع یادشده، مقاله «مطالعه تطبیقی دیة در رفتگی استخوان در فقه و حقوق موضوعه» باشد و به نظر می‌رسد این تحقیق نخستین پژوهش درباره موضوع یادشده باشد. در متون فقهی فقیهان امامی نیز تنها به صورت موردی و جزئی در برخی اعضا به تبعیت از فقرات روایت ظریف اشاره به میزان دیه شده است. اما راجع به مفهوم‌شناسی و ماهیت آسیب و حکم کلی مسئله در قالب قاعده فقهی مقاله‌ای دیده نمی‌شود. این جستار با هدف کشف ضابطه شرعی در تعیین میزان دیة جابه‌جایی استخوان (نقل العظم) و با

۱. مراحل درمان شکستگی استخوان کدام‌اند؛ <https://www.iranorthoped.com/fa/news/42/> (دسترسی در ۱۴۰۱/۹/۱۵).

۲. بای، «تأملی در قاعده دیة شکستگی استخوان‌ها»، ۵۹ تا ۳۱؛ صادق‌پور، «قاعده دیة شکستگی: بازتاب فاصله‌ای میان مشهور و مأثور»، ۷۴۹ تا ۷۳۳؛ شاکر، بای، «مطالعه تطبیقی قاعده در رفتگی استخوان در فقه و حقوق موضوعه»، ۳۶ تا ۷.

رویکرد به تحلیل و نقد مواد مرتبط با صدمات استخوانی (مواد ۵۶۹ تا ۵۷۵) قانون مجازات اسلامی به مطالعه متون روایی و فقهی می‌پردازد. شیوه پژوهش، تحلیلی و انتقادی و اجتهادی است. گردآوری محتوا نیز به روش کتابخانه‌ای و جست‌وجو در منابع فقه است. از این رو، در ادامه پس از تفسیر اصطلاحات مرتبط با موضوع و بیان آرای فقهی به مطالعه و ارزیابی روایات مربوط به دیه «نقل العظم» می‌پردازیم و می‌کوشیم با تحلیل روایات، قواعد مربوط به تعیین دیه جابه‌جایی استخوان را استخراج کنیم.

## ۱. ادبیات پژوهش

صدمات گوناگون وارد بر جسم در ادبیات فقهی دارای عناوین خاصی است. از این رو، پیش از ورود به مباحث حکمی دیات، شناخت اصطلاحات متداول در این بخش و تفکیک آن‌ها از یکدیگر ضروری است. برای نمونه، در بخش جراحات، عناوینی مانند حارصه، دامیه، باضعه، متلاحمه، سمحاق و... نیازمند به تعریف و بازشناسی هستند. ذیل صدمات وارد بر استخوان نیز اصطلاحات متعددی وجود دارد؛ فک (در رفتگی مفصل)،<sup>۳</sup> صدع (ترک برداشتن)،<sup>۴</sup> کسر (شکستن)،<sup>۵</sup> رض (کوبیدگی و خرد شدن)<sup>۶</sup> و نقل (جابه‌جایی)<sup>۷</sup> عناوینی هستند که در بخش صدمات استخوانی قرار می‌گیرند. همچنین ممکن است شکستگی‌ها متعدد باشد و در چند موضع اتفاق بیفتد.<sup>۸</sup> از نظر پزشکی هرگونه ایجاد گسستگی و تفرق در بافت استخوان که دارای بافتی منسجم و سخت است، شکستگی خوانده می‌شود. بنابراین شکستگی از نگاه پزشکی مفهوم عامی دارد که مواردی مانند ترک برداشتن، درهم فرو رفتن و فشرده شدن، کنده شدن استخوان و... همگی از مصادیق آن به شمار می‌رود.<sup>۹</sup>

### ۱.۱. مفهوم «نقل العظم» در ادبیات روایی

«نقل» به معنای جابه‌جایی و تغییر مکان است.<sup>۱۰</sup> «نقل العظم» به معنای جابه‌جایی استخوان است و در ترکیب «نقل العظم» تأسیس اصطلاح جدیدی مدنظر نیست.

۳. جابه‌جایی سطوح مفصلی و در رفتن مفصل از جای خود؛ ممکن است سطح تماس به‌طور کامل قطع شود (dislocation) یا اینکه همچنان تماس برقرار باشد (subluxation).

۴. شکستگی بر اثر ضربه جزئی که فاقد حرکت ضعیف است و تنها یک خط مویی ایجاد می‌شود (Hire Line Fracture).

۵. از هم گسستگی استخوان که ممکن است به شکل‌های مختلف مانند عرضی یا مایل باشد (Spiral Fracture-Transverse Fracture).

۶. شکستگی که بر اثر آن استخوان به قطعات متعدد تقسیم شود (Comminuter Fracture).

۷. جابه‌جاشدن استخوان بر اثر شکستگی، به‌گونه‌ای که در مان متوقف بر برگرداندن استخوان به جای نخست خود باشد (Displacement).

۸. زمانی که استخوان از چند نقطه مختلف شکسته شود (Segmental Fracture)، مثلاً استخوان باز و هم از نزدیک آرنج و هم از نزدیک شانه دچار شکستگی شود.

۹. اعلامی هرندی و دیگران، ارتوپدی و شکستگی‌ها، ۲۰ تا ۲۱۷؛ احمدی و دیگران، مبانی آسیب‌های استخوان و مفاصل در بخش اورژانس، ۳۲ تا ۳۶.

۱۰. جوهری، الصحاح، ۱۸۳۳/۵؛ ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۶۳/۵.

جابه جايي استخوان به دو شکل متصور است: ۱. در رفتگی؛ در این شکل از آسیب، قسمت ابتدا یا انتهای استخوان که محل تلاقی آن با استخوان دیگر بوده و در اصطلاح «مفصل» نامیده می شود از محل خود خارج می شود. خروج استخوان از ناحیه مفصل در عرف «در رفتگی استخوان» نامیده می شود. در این قسم از جابه جايي، شکستگی و تفرق در ساختار استخوان اتفاق نمی افتد؛ ۲. جابه جايي ناشی از شکستگی؛ توضیح اینکه شکستگی استخوان به شکل های مختلف اتفاق می افتد: گاهی شکستگی خفیف است، به گونه ای که تنها سبب ترک خوردگی خفیف یا نسبتاً شدید می شود اما استخوان در امتداد خود باقی می ماند و جابه جايي اتفاق نمی افتد. در این حالت، درمان استخوان آسان تر است و برای ترمیم آن کافی است که استخوان برای مدتی بدون حرکت و فشار باقی بماند و نیازی به جراحی یا جابه جايي استخوان نیست. اما گاهی شکستگی شدید و به گونه ای است که استخوان حداقل به دو قطعه تبدیل می شود و از جای خود حرکت می کند. در این صورت درمان و ترمیم استخوان نیازمند جابه جايي و قراردادن استخوان ها در جای نخست خود است تا به تدریج شکستگی استخوان التیام یابد و به اصطلاح جوش بخورد.<sup>۱۱</sup>

مقصود از «نقل العظم» در روایات، شکل اخیر از شکستگی است. انتخاب معنای اخیر مستند به دلایل متعددی است: اول. عنوان «نقل العظم» در روایات و متون فقهی مقابل عنوان «فک العظم» قرار می گیرد و از عبارات لغت دانان و برخی از فقها استفاده می شود که «فک العظم» به معنای در رفتگی استخوان است،<sup>۱۲</sup> از این رو تفسیر مناسب برای «نقل العظم» در میان دو معنای یاد شده، معنای اخیر است.

دوم. در فقرات متعدد - روایات مربوطه در ادامه بیان خواهد شد - ديه «نقل العظم» با ديه شکستگی و موضحه جمع و سپس بیان می شود، حال آنکه در رفتگی مفصل ملازمه ای با ديه شکستگی ندارد، اما جابه جايي استخوان به بیانی که گذشت ملازمه دائمی با شکستگی دارد و در بسیاری از موارد با موضحه نیز همراه است. برای نمونه، در حدیث صحیح ظریف درباره آسیب های شانه آمده است: «... فَإِنْ أُضِغَ فِدْيَتُهُ رُبْعَ دِيَّةِ كَسْرِهِ خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ دِينَارًا فَإِنْ نَقَلَتْ مِنْهُ الْعِظَامُ فِدْيَتُهُ مِائَةُ دِينَارٍ وَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ دِينَارًا مِنْهَا مِائَةُ دِينَارٍ دِيَّةُ كَسْرِهِ وَ خَمْسُونَ دِينَارًا لِنَقْلِ الْعِظَامِ وَ خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ دِينَارًا لِلْمُوضَحَةِ»؛<sup>۱۳</sup> اگر استخوان شانه جابه جا شود، ديه آن یکصد و هفتاد و پنج دینار است که از این مقدار، یکصد دینار آن برای شکستگی استخوان، پنجاه دینار آن برای جابه جايي استخوان و بیست و پنج دینار آن برای جنایت موضحه است.

۱۱. المن و دیگران، پرسش و پاسخ پزشکی، ۹۹ تا ۹۵.

۱۲. ابن درید، جمهرة اللغة، ۱/۱۶۱؛ ابن اثیر، النهاية فی غریب الحديث و الاثر، ۳/۴۶۶؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴/۴۳۳؛ مدنی کاشانی، کتاب الدیات، ۲۵۵؛ حکیم، منهاج الصالحین، ۳/۳۰۸ تا ۳۱۰.

۱۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۰/۳۰۰.

سوم. دیه «نقل العظم» در روایت بیشتر از دیه «فک العظم» تعیین شده است. تناسب میزان صدمه و دیه قرینه دیگری است بر اینکه مقصود از «نقل العظم» جابه جایی ناشی از شکستگی است، نه دررفتگی مفصل؛ زیرا به روشنی پیداست که جابه جایی استخوان ناشی از شکستگی، آسیب شدیدتری نسبت به جابه جایی ناشی از دررفتگی مفصل استخوان به شمار می‌رود.

چهارم. تعبیر به «نقل العظم» در برخی فقرات نسبت به عضوی مطرح شده است که قابلیت در رفتن ندارد، مثل بازو، ساق پا (در ادامه متن فقرات مختلف حدیث مطرح خواهد شد). استعمال ساق و اراده مفصل زانو یا مفصل مچ پا بعید و خلاف ظاهر است، به ویژه اینکه در خصوص زانو، دیه «نقل العظم» و «فک العظم» آن جداگانه بیان شده است.<sup>۱۴</sup> از این رو، نمی‌توان مقصود از «نقل العظم» در ساق پا را نیز در این روایت دوباره به دررفتگی زانو تفسیر کرد.

پنجم. تصریح بسیاری از فقیهان؛ بسیاری از فقیهان احکام جنایات وارده بر سر را به ترتیب از ضعیف به شدید بیان کرده‌اند. در عبارات ایشان، جنایت «منقله» پس از جنایت «هاشمه» که به معنای شکستن و خرد شدن استخوان است و پیش از جنایت مأمومه ذکر شده است.<sup>۱۵</sup>

صاحب جواهر در ذیل جنایت «منقله» پس از بیانی نسبتاً مفصل درباره معنای این واژه و نقل عبارات دیگران، معنای منتخب در اینجا را برگزیده است. ایشان می‌نویسد: «منقله، همچنان که در عبارات جمعیه از فقها آمده است، جنایتی است که به دلیل شکسته شدن استخوان نیاز به جابه جایی استخوان دارد. عبارات برخی دیگر از فقها نیز که گفته‌اند منقله، جنایتی است که در آن استخوان شکسته و برای درمان، انسان نیاز به جابه جایی استخوان از مکانش به جای دیگر دارد، به این معنا بر می‌گردد.»<sup>۱۶</sup>

ابن قدامه از فقیهان عامه نیز درباره جنایت منقله آورده است: «الْمُنْقَلَةُ: زائدة على الهاشمة، وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها، فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم. وفيها خمس عشرة من الإبل. باجماع من أهل العلم»؛<sup>۱۷</sup> منقله جنایتی شدیدتر از هاشمه است و عبارت است از اینکه: استخوان‌ها بشکند و از جای خود حرکت کند، در نتیجه برای التیام نیاز به این است که ابتدا استخوان را جابه‌جا کنند و سر جای خود قرار دهند.

تهانوی درباره صدمه «منقله» می‌گوید: اگر ضربه به سر به مرتبه‌ای برسد که پوست و گوشت را

۱۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۵/۱۰.

۱۵. کلینی، الکافی، ۳۹۵/۷؛ طوسی، النهاية، ۷۷۵؛ آبی، کشف الرموز، ۶۷۰/۲؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۲۵۹/۴؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمين، ۲۰۴؛

فاضل مقداد، التنقيح الرائع، ۵۰۴/۴ و دیگران.

۱۶. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۳۲/۴۳.

۱۷. ابن قدامه، المغنی، ۱۶۴/۱۲.

محمدی؛ دیه جابه‌جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی/۱۹۷

بشکافد و استخوان سر بشکند و علاوه بر شکستگی، استخوان جابه‌جا شود اما نه مقداری که به مغز برسد، به آن منقله گفته می‌شود.<sup>۱۸</sup>

براساس آنچه گفته شد روشن می‌شود که «نقل العظم» در امتداد صدمه شکستن استخوان است و در صورتی اتفاق می‌افتد که بر اثر شکستگی، استخوان‌ها از موضع خود جابه‌جا شود، به گونه‌ای که درمان و التیام استخوان نیازمند این باشد که ابتدا استخوان‌های شکسته را سر جای نخست خود برگردانند. بنابراین، سخن برخی نویسندگان که «نقل العظم» را به معنای دررفتگی مفصل استخوان دانسته‌اند، نادرست است.<sup>۱۹</sup> این سوء برداشت از روایات در برخی آثار پژوهشی دیگر نیز دیده می‌شود، مانند اینکه درباره «دررفتگی» مهره‌های ستون فقرات حکم به پنجاه دینار شده و مستند به روایاتی شده است که در آن دیه «نقل العظم»، نصف دیه «کسر العظم» دانسته شده است.<sup>۲۰</sup>

## ۲. دیه جابه‌جایی استخوان در قوانین موضوعه

قانون مجازات اسلامی در قواعد عمومی دیه اعضا از ماده ۵۶۸ تا ۵۷۴ به دیه انواع آسیب‌های وارده به استخوان پرداخته است. در ماده ۵۶۹ دیه انواع آسیب‌های استخوان؛ اعم از شکستن، خردشدن، ترک برداشتن و نیز موضعه و نافذه اشاره شده است. باین حال، اشاره‌ای به جابه‌جایی استخوان نشده است. در ماده ۵۷۱ قانون مذکور نیز دیه دررفتگی به صورت ضابطه کلی بیان شده است. آنچه در اینجا در این ماده اشاره شده است نیز مطابق قاعده جابه‌جایی استخوان نیست. در مبحث دوازدهم از فصل سوم (دیه مقدر اعضا) در ماده ۶۵۴ به طور خاص به دیه موضعه، ترک خوردن و دررفتگی دنده‌ها پرداخته و میزان دیه در رفتن دنده‌های محیط به قلب، هفت و نیم هزارم و سایر دنده‌ها پنج هزارم دیه کامل تعیین شده است. در ماده ۶۵۷ دیه موضعه نیز ترک خوردن و دررفتگی استخوان‌های ترقوه بیان شده است. براساس ماده مذکور دیه دررفتگی استخوان ترقوه بیست هزارم دیه کامل تعیین شده است.

مقادیر تعیین شده در دو ماده اخیر مربوط به صدمه جابه‌جایی استخوان است اما در این ماده با عنوان دررفتگی آمده است که مورد انتقاد است. بررسی و نقد مواد یادشده در انتهای مقاله مطرح می‌شود.

۱۸. نهانوی، کشف اصطلاحات الفنون، ۱/۱۰۰۸.

۱۹. شاکر، بای، «مطالعه تطبیقی قاعده دررفتگی استخوان در فقه و حقوق موضوعه»، ۱۲.

۲۰. شاکر، صدیق آخا، «تأملی در دیه صدمات وارده بر ستون فقرات»، ۲۶۰.

### ۳. دیه جابه‌جایی استخوان در فقه

درباره ملاک تعیین دیه در جابه‌جایی استخوان دو بیان مختلف در متون فقهی مشاهده می‌شود: ۱. تعیین میزان دیه به تناسب دیه جابه‌جایی استخوان سر؛ ۲. نصف دیه شکستگی آن استخوان. برخی نویسندگان، این اختلاف بیان در شیوه محاسبه را حاکی از تفاوت دیدگاه‌ها دانسته و اظهار داشته‌اند درباره دیه «نقل العظم» دو نظریه فقهی وجود دارد<sup>۲۱</sup> اما به نظر می‌رسد این برداشت نادرست است و میزان دیه «نقل العظم» در هر دو بیان یکسان است، هرچند در شیوه محاسبه دیه تفاوت دیده می‌شود.

#### ۳. ۱. دیدگاه نخست: تعیین دیه به تناسب دیه جابه‌جایی استخوان سر

جمعی از فقهای متقدم معتقدند که دیه جابه‌جایی استخوان‌ها باید به تناسب دیه جابه‌جایی استخوان سر محاسبه شود. بنابراین باتوجه به اینکه دیه جنایت ناقله سر (جابه‌جایی استخوان سر) پانزده درصد دیه کامل است، دیه جابه‌جایی در سایر موارد، پانزده درصد دیه آن عضو تعیین می‌شود. برای نمونه، دیه آرنج، نصف دیه کامل؛ یعنی ۵۰۰ دینار است. بنابراین دیه جابه‌جایی آرنج ۱۵ درصد دیه آن، یعنی ۷۵ دینار خواهد بود.

شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «في نقل عظام الأعضاء لفسادها، مثل ما في نقل عظام الرأس بحساب دية العضو. وكذلك في غيرها من الجراحات.»<sup>۲۲</sup> نظیر این عبارت در کتب برخی دیگر از فقها نیز به چشم می‌خورد.<sup>۲۳</sup>

همچنان که پیداست دیه تعیین شده در عبارت شیخ طوسی و سایر متون فقهی - به جز کتاب المراسم - مطلق نیست و مقید به قید «لفسادها» است. در کتب فقهی - چه کتب فقهی مذکور و چه در سایر کتب فقهی - تفسیر و توضیحی درباره این عبارت یافت نشد. در تفسیر این عبارت چند احتمال است:

احتمال یکم. مقصود از این عبارت همان صدمه جابه‌جایی شایع در استخوان است. با این توضیح که، «فساد» نقطه مقابل «صلاح» است.<sup>۲۴</sup> راغب اصفهانی فساد را به «خروج شیء از اعتدال» معنا کرده است.<sup>۲۵</sup> طریحی واژه «صالح» در آیه «لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ»<sup>۲۶</sup> را به معنای فرزند سالم و

۲۱. شاکر، بای، «مطالعة تطبیقی قاعدة در رفتگی استخوان در فقه و حقوق موضوعه»، ۱۴ تا ۱۶.

۲۲. طوسی، النهاية، ۷۷۷.

۲۳. مفید، المقنعة، ۷۶۸؛ سلار دیلمی، المراسم العلویة، ۲۴۸؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۱۱/۳؛ محقق حلی، نکت النهاية، ۴۵۶/۳.

۲۴. فراهیدی، کتاب العین، ۲۳۱/۷؛ ازهری، تهذیب اللغة، ۳۵۷/۱۲؛ صاحب‌بن‌عباد، المحیط فی اللغة، ۲۸۸/۸؛ جوهری، الصحاح، ۵۱۹/۲.

۲۵. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۶۳۶/۱.

۲۶. اعراف: ۱۸۹.

محمدی؛ دیة جابه‌جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی/۱۹۹

خالی از عیب و نقص دانسته است.<sup>۲۷</sup> بنابراین، منظور از عبارت یادشده جابه‌جا کردن استخوانی است که منشأ آن خروج استخوان از محل طبیعی خود (فساد) باشد. به عبارت دیگر، «نقل العظام» در راستای درمان فساد است. فساد در اینجا به معنای خروج استخوان از محل طبیعی خود است و «نقل العظام» به معنای جابجایی استخوان است.

براساس این احتمال، منظور از این عبارت «فی نقل عظام الاعضاء لفسادها...» این است که هرگاه ایراد صدمه به عضوی سبب جابه‌جایی استخوان شود، به گونه‌ای که درمان و اصلاح آن نیازمند جابه‌جا کردن و جابجایی استخوان داشته باشد، دیة آن به تناسب دیة جابه‌جایی استخوان سر (پانزده درصد) تعیین می‌شود.

احتمال دوم. مقصود از قید «لفسادها» جابه‌جایی استخوانی است که معلول فساد استخوان باشد، نه معلول مستقیم ضربه و جنایت. بنابراین، منظور از جابه‌جایی استخوان در اینجا آن نوع جابه‌جایی است که منشأ آن فساد استخوان باشد. به بیان دیگر، «نقل عظام» در اینجا اثر مستقیم ایراد ضربه بر مجنی‌علیه نیست، اثر با واسطه آن است؛ به این شکل که ایراد جنایت سبب فساد استخوان شده و این فساد استخوان سبب جابه‌جایی آن شده است.

براساس این تفسیر، «نقل عظام» به معنای آن نوع جابه‌جایی نیست که اثر مستقیم اثر جانی باشد؛ زیرا ظاهر تعلیل «لفسادها» حاکی از این است که «نقل عظام» به طور مستقیم مسبب از فساد عظام است، نه مسبب از ایراد ضربه جانی.

از میان قدماء، سلار دیلمی تنها فقیهی است که قید «لفسادها» را ذکر نکرده و به صورت مطلق دیة جابه‌جایی استخوان‌های سایر اعضا را مانند دیة جابه‌جایی استخوان‌های سر دانسته است.<sup>۲۸</sup>

**تحلیل و نقد معیار نخست:** طرف‌داران معیار نخست، دلیلی بر مدعای خویش اقامه نکرده‌اند. ممکن است دلیل ایشان روایات دیة شجاج (دیة جراحات سر و صورت) بوده است. برای نمونه، در صحیحہ حلبی آمده است: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: فِي الْمَوْضِعَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِثْلِ وَفِي السَّمْحَاقِ أَرْبَعٌ مِنَ الْإِثْلِ وَ الْبَاضِعَةِ ثَلَاثٌ مِنَ الْإِثْلِ وَ الْمَأْمُومَةِ ثَلَاثٌ وَ ثَلَاثُونَ مِنَ الْإِثْلِ وَ الْجَانِفَةِ ثَلَاثٌ وَ ثَلَاثُونَ مِنَ الْإِثْلِ وَ الْمُثْقَلَةِ خَمْسٌ عَشْرَةَ مِنَ الْإِثْلِ.»<sup>۲۹</sup> مقصود از جنایات یادشده در این روایت و روایات مشابه، جنایات وارده بر سر و صورت است و قراین

۲۷. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۶/۲.

۲۸. سلار دیلمی، المراسم العلویة، ۲۴۸.

۲۹. کلینی، الکافی، ۳۲۶/۶.

متعددی این ادعا را تأیید می‌کند: نخست، برخی از عناوین ذکر شده در اینجا مانند «مأمومه» اختصاص به سر دارد؛<sup>۳۰</sup> دوم، مقادیر تعیین شده متناسب با دیه جراحات سر و صورت هستند و در سایر اعضا به تناسب دیه آن عضو دیه متغیر خواهد بود. برای مثال، میزان دیه موضعه یا باضعه اگر در یکی از دو دست یا یکی از انگشتان دست اتفاق بیفتد، متفاوت خواهد بود.<sup>۳۱</sup> سوم، کلینی و سایر محدثان این روایت را در ضمن جنایات شجاج (جراحات سر و صورت) آورده‌اند و فهم عموم فقیهان نیز اختصاص موارد یاد شده به جنایات سر است.<sup>۳۲</sup>

بنابراین، استدلال به این روایت مبتنی بر الغای خصوصیت از مورد روایت؛ یعنی شجاج (جنایات سر و صورت) و تعمیم آن به جابه‌جایی استخوان‌های سایر اعضاست اما این استدلال نادرست است، زیرا الغای خصوصیت در جایی اتفاق می‌افتد که احتمال اختصاص حکم به مورد مذکور در روایت منتفی باشد.<sup>۳۳</sup> اما در اینجا احتمال خصوصیت مورد مذکور در روایت، یعنی سر و صورت منتفی نیست. سر در میان اجزای بدن، یکی از مهم‌ترین اجزا شمرده می‌شود و ممکن است احکام یاد شده به سبب اهمیت ویژه سر و صورت، اختصاص به آن داشته باشد. همچنان که دیه شکستگی استخوان‌های بدن - در فرض عدم بهبودی - در بیشتر اعضای بدن، یک پنجم دیه آن عضو یا نزدیک به این مقدار تعیین شده است.<sup>۳۴</sup> اما دیه شکستگی ستون فقرات معادل دیه کامل نفس تعیین شده است.<sup>۳۵</sup>

افزون بر اینکه - با فرض مغایرت میان این معیار و معیار دوم - این روایت با روایات مورد استناد معیار دوم مانند روایت یونس، که در آن به صراحت بیان شده است که دیه جابه‌جایی استخوان نصف دیه شکستگی آن است، تنافی دارد. با وجود روایت یونس و سایر روایات خاصه، الغای خصوصیت از روایت حلبی نادرست است. روایات مورد اشاره در ادامه به تفصیل مطرح خواهد شد.

به نظر نگارنده، این شیوه محاسبه دیه با معیاری که در ادامه به عنوان معیار دوم مطرح خواهد شد، هر دو به یک میزان از دیه بر می‌گردد. توضیح اینکه، در روایت حلبی میزان دیه منقله یکصد و پنجاه دینار تعیین شده است؛ یعنی دیه شکستگی سر (هاشمه) به علاوه نصف آن. از سوی دیگر براساس دیدگاه دوم، دیه نقل

۳۰. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۶۷/۴؛ سلار دیلمی، المراسم العلویة، ۲۴۷؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۰۰؛ ابن ادریس، السرائر، ۴۰۷/۳.

۳۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۷ تا ۲۹۷/۱۰.

۳۲. کلینی، الکافی، ۳۲۶/۶؛ مجلسی، روضة المتقین، ۴۷۰/۱۰؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۱۵۳/۲؛ مجلسی، مرآة العقول، ۱۱۶/۲۴.

۳۳. لجنة الفقه المعاصر، الفائق فی الاصول، ۱۸۱.

۳۴. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۸۴/۴، ۸۵، ۸۹.

۳۵. کلینی، الکافی، ۳۱۱/۷؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۶۰/۱۰.

محمدی؛ دیه جابه‌جایی استخوان شکسته با رویکرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی/۲۰۱

العظم، نصف دیه شکستگی آن عضو است که به دیه شکستگی آن عضو افزوده می‌شود. بنابراین هرگاه شکستگی سبب نقل العظم شود، دیه مجموع شکستگی و نقل العظم یک‌ونیم برابر دیه شکستگی آن عضو است؛ مثلاً دیه دست پانصد دینار است. دیه شکستگی آن یکصد دینار است و دیه نقل العظم آن، پنجاه دینار است. پس در شکستگی استخوان دست که سبب جابه‌جایی استخوان آن شود، در مجموع یکصد و پنجاه دینار که یک‌ونیم برابر دیه شکستگی آن است، ثابت می‌شود. دیه نقل العظم واقع در سر نیز به همین شکل تعیین شده است؛ یعنی دیه منقله یکصد و پنجاه دینار تعیین شده است، با این تفاوت که در خصوص سر، دیه نقل العظم و شکستگی (هاشمه) با هم جمع شده و یکجا بیان شده است. اما در سایر اعضا دیه نقل العظم جدا از دیه شکستگی عضو بیان شده است که در نهایت به دیه شکستگی آن عضو افزوده می‌شود.

### ۳.۲. دیدگاه دوم: نصف دیه شکستگی استخوان‌ها

جمعی دیگر از فقیهان معتقدند که میزان دیه جابه‌جایی به شکل کلی و قاعده‌مند در همه استخوان‌ها، به جز موارد خاصی که میزان دیگری برای آن تعیین شده است مثل استخوان سر و صورت یا دنده‌ها، عبارت است از نصف دیه شکستگی همان استخوان.<sup>۳۶</sup>

حال اگر قاعده شکستگی اعضا را بپذیریم، میزان دیه جابه‌جایی نیز از این قاعده تبعیت خواهد کرد. براساس قاعده شکستگی اعضا، شکستگی استخوان در صورت عدم بهبودی موجب یک‌پنجم دیه آن عضو (معادل ۲۰ درصد) و در صورت بهبودی کامل موجب چهارپنجم از یک‌پنجم دیه آن عضو (معادل ۱۶ درصد) خواهد بود. بنابراین، دیه جابه‌جایی استخوان در فرض بهبودی، معادل هشت درصد دیه آن عضو و در فرض عدم بهبودی، معادل ده درصد دیه آن عضو تعیین می‌شود.

طبق نظر مختار این نوشتار -همسو با برخی فقیهان- قاعده دیه شکستگی اعضا پذیرفتنی نیست،<sup>۳۷</sup> لذا قهراً میزان دیه جابه‌جایی در هر عضوی وابسته به میزان دیه شکستگی است که برای آن عضو مقدر شده است. در مواردی که میزان دیه شکستگی تقدیر معینی ندارد بایستی ارش تعیین شود.

تحلیل و نقد معیار دوم: معیار دوم متکی به دو دلیل است:

أ. بیان قاعده کلی در صحیحہ یونس: در این روایت، معیار در محاسبه دیه «نقل العظم» به صورت قاعده‌ای کلی بیان شده است. متن کامل این حدیث با عنوان معروف «کتاب ظریف» با اسناد متعدد در

۳۶. ابن سعید، الجامع للشرائع، ۶۱۱؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۴۳/۱۱؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۰۴/۴۲؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۵۰/۲۹؛ تبریزی، تنقیح مبانی الأحكام؛ کتاب الدیات، ۲۳۴؛ روحانی، فقه الصادق، ۲۹۶/۲۶.  
۳۷. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۰۰/۴۲.

کتب روایی نقل شده است. شیخ صدوق و شیخ طوسی این حدیث را به طور کامل در کتاب من لایحضره الفقیه و تهذیب الاحکام نقل کرده اند. کلینی نیز در کتاب کافی بخش های مختلف این حدیث را به مناسبت موضوعات مختلف در باب دیات نقل کرده است. کتاب ظریف، مهم ترین و مفصل ترین روایت در باب دیات است. کلینی با چهار سند، شیخ صدوق با یک سند و شیخ طوسی با هفت سند این روایت را نقل کرده اند. برخی از اسناد یادشده صحیح و برخی موثق است.<sup>۳۸</sup> در مسائل دیات نیز به طور فراوان مورد استناد فقها قرار گرفته است. از این رو، از جهت سند جای تردید و بحث نیست و بدون شک، حدیث معتبر است.

بخش هایی از این روایت نیز جداگانه در کتب روایی بیان شده است. برای نمونه، کلینی در کافی آورده است:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ (ع) وَ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ قَالَ عَرَضْتُ الْكِتَابَ عَلَى أَبِي الْحَسَنِ (ع) فَقَالَ هُوَ صَحِيحٌ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي دِيَةِ جَرَاحَاتِ الْأَعْضَاءِ كُلِّهَا فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وَ سَائِرِ الْجَسَدِ ... فَإِنَّ دِيَةَ كُلِّ عَظْمٍ كَسِيرٍ مَعْلُومٌ دِيَّتُهُ وَ نَقْلُ عِظَامِهِ نِصْفُ دِيَةِ كَسَرِهِ.»<sup>۳۹</sup>

این حدیث مشتمل بر دو سند است: سند نخست، علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن ابی الحسن (ع)؛

سند دوم، علی بن ابراهیم عن ابیه ابراهیم بن هاشم عن ابن فضال قال عرضت الكتاب على أبي الحسن (ع).

هر دو سند نیز معتبر و مشتمل بر راویان مشهور و ثقه است.

از نظر دلالتی، امام (ع) پس از تأیید مفاد کتاب ظریف که مشتمل بر احکام بیان شده توسط امیرالمؤمنین (ع) راجع به جنایات اعضاست، به دیات برخی از جنایات پرداخته و فرمود: دیه جابه جایی استخوان نصف دیه شکستگی آن استخوان است. سخن امام (ع) در اینجا مطلق است و اختصاص به عضو خاصی ندارد، بنابراین مفید قاعده ای کلی راجع به جابه جایی استخوان هاست.

ب. الغای خصوصیت از موارد خاصه در روایت ظریف: علاوه بر آنچه به صورت کلی در روایت یونس بیان شد، در روایت معروف ظریف میزان دیه «نقل العظم» در اعضای متعدد بدن بیان شده است.

۳۸. برای نمونه: علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن ابی الحسن الرضا علیه السلام؛ کلینی، الکافی، ۳۲۴/۷.

علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن فضال عن ابی الحسن الرضا علیه السلام؛ کلینی، الکافی، ۳۲۴/۷.

علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن الرضا علیه السلام؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۹۵/۱۰.

۳۹. کلینی، الکافی، ۳۲۷/۷.

مقادیر یادشده همواره دارای نسبت هماهنگ با دیه شکستگی، یعنی نصف دیه شکستگی است. در برخی موارد -مثل ترقوه، بازو، ران پا، ساق- نیز به این نکته تصریح شده است که این مقدار دیه، نصف دیه شکستگی آن است. با الغای خصوصیت از این موارد می‌توان از آن به قاعده‌ای کلی درباره این نوع جنایت دست یافت:

۱. استخوان ترقوه: «وَفِي التَّرْقُوهِ إِذَا انْكَسَرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ أَرْبَعُونَ دِينَارًا... فَإِنْ نُقِلَ مِنْهَا الْعِظَامُ فَلَدَيْتُهَا نِصْفُ دِيَةِ كَسْرِهَا عِشْرُونَ دِينَارًا»؛<sup>۴۰</sup> دیه ترقوه هرگاه شکسته شود و بدون عیب بهبودی یابد چهل دینار است... دیه جابه‌جایی آن نصف دیه شکستگی آن، معادل بیست دینار است.

۲. استخوان شانه: «دِيَةُ الْمَنْكِبِ إِذَا كُسِرَ خُمُسُ دِيَةِ الْيَدِ مِائَةً دِينَارًا... إِنْ نُقِلَتْ مِنْهُ الْعِظَامُ فَلَدَيْتُهَا... خَمْسُونَ دِينَارًا لِنَقْلِ الْعِظَامِ»؛<sup>۴۱</sup> استخوان شانه اگر بشکند یک‌پنجم دیه دست، معادل یکصد دینار و دیه دررفتگی آن پنجاه دینار است.

۳. دنده‌ها: «وَفِي الْأَضْلَاعِ مِمَّا يَلِي الْعِضْدَيْنِ دِيَةُ كُلِّ ضِلْعٍ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ إِذَا كُسِرَ... وَدِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهِ خَمْسَةُ دَنَانِيرٍ»؛<sup>۴۲</sup> دیه شکستگی هریک از دنده‌های کنار بازوها دیه دینار... و دیه جابه‌جایی استخوان آن، پنج دینار است.

۴. دررفتگی بازو: «وَفِي الْعِضْدِ إِذَا كُسِرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَلَدَيْتُهَا خُمُسُ دِيَةِ الْيَدِ مِائَةً دِينَارًا... وَدِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهَا نِصْفُ دِيَةِ كَسْرِهَا خَمْسُونَ دِينَارًا»؛<sup>۴۳</sup> اگر استخوان بازو بشکند و بهبودی کامل یابد، دیه آن یکصد دینار است و دیه جابه‌جایی آن پنجاه دینار است.

۵. جابه‌جایی آرنج: «فِي الْمِرْفَقِ إِذَا كُسِرَ فَجُبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَلَدَيْتُهَا مِائَةً دِينَارًا... وَلِنَقْلِ الْعِظَامِ خَمْسُونَ دِينَارًا»؛<sup>۴۴</sup> دیه استخوان آرنج اگر بشکند و بهبودی کامل پیدا کند، یکصد دینار و دیه جابه‌جایی آن پنجاه دینار است.

۶. جابه‌جایی استخوان باسن: «فِي الْوَرَكِ إِذَا كُسِرَ فَجُبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجْلَيْنِ مِائَتًا دِينَارًا... لِنَقْلِ عِظَامِهَا خَمْسُونَ دِينَارًا»؛<sup>۴۵</sup> دیه شکستگی استخوان باسن هرگاه بهبودی یابد، دویست دینار است و دیه جابه‌جایی آن استخوان باسن نیز پنجاه دینار است.

۴۰. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۰/۱۰.

۴۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۰/۱۰.

۴۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۴/۱۰.

۴۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۱/۱۰.

۴۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۱/۱۰.

۴۵. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۵ تا ۳۰۴/۱۰.

در این روایت دیه شکستگی استخوان نشیمن گاه معادل یک پنجم دیه عضو، یعنی دویست دینار تعیین شده است. از عبارت «خمس دية الرجلین مائتا دینار» روشن می شود که مقصود استخوان هر دو ران است.<sup>۴۶</sup> دیه جابه جایی نیز پنجاه دینار تعیین شده است که یک چهارم دیه شکستگی است، نه نصف آن. بنابراین -همچنان که جمعی از فقیهان تصریح کرده اند- در تعیین پنجاه دینار، جابه جایی یکی از دو استخوان باسن مدنظر قرار گرفته است.<sup>۴۷</sup>

۷. جابه جایی استخوان ران: «فِي الْفَخِذِ إِذَا كُسِرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلَيْنِ مَائَتَا دِينَارٍ... وَ دِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهَا نِصْفُ دِيَةِ كَسْرِهَا مَائَةُ دِينَارٍ»؛<sup>۴۸</sup> اگر استخوان ران (هر دو پا) دچار شکستگی شود و سپس بهبودی کامل یابد، دیه آن یک پنجم دیه پا، یعنی دویست دینار است... و دیه جابه جایی آن یکصد دینار است.

۸. جابه جایی زانو: «فِي الرُّكْبَةِ إِذَا كُسِرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلَيْنِ مَائَتَا دِينَارٍ... وَ دِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهَا مَائَةُ دِينَارٍ وَ خَمْسَةُ وَ سَبْعُونَ دِينَارًا مِنْهَا فِي دِيَةِ كَسْرِهَا مَائَةُ دِينَارٍ وَ فِي نَقْلِ عِظَامِهَا خَمْسُونَ دِينَارًا»؛<sup>۴۹</sup> شکستگی استخوان زانو در فرضی که کاملاً بهبودی پیدا کند دویست دینار است... و جابه جایی (یک) زانو موجب پنجاه دینار است، نظیر آنچه ذیل جابه جایی استخوان باسن گفته شد در اینجا تکرار می شود؛ یعنی در ابتدا نظر به هر دو عضو است اما در برخی صدمات مثل نقل و نقب و فک مقصود یکی از آن دو است.<sup>۵۰</sup>

۹. جابه جایی ساق: «و فِي السَّاقِ إِذَا كُسِرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلَيْنِ... وَ فِي نَقْلِ عِظَامِهَا رُبُعُ دِيَةِ كَسْرِهَا خَمْسُونَ دِينَارًا»؛<sup>۵۱</sup> شکستگی ساق پا در فرض بهبودی کامل یک پنجم دیه پا، یعنی دویست دینار است و جابه جایی ساق پا یک چهارم شکستگی آن، یعنی پنجاه دینار است. برخی از فقیهان مثل مجلسی اول و دوم، مقصود از نقل عظام را جابه جایی استخوان یکی از دو پا دانسته اند. بنابراین در شکستن ساق یکی از دو پا نصف این مقدار، یعنی یکصد دینار ثابت است. در این صورت این فقره نیز موافق با قاعده ادعایی در باب جابه جایی استخوان ها خواهد بود و تعیین پنجاه دینار

۴۶. مجلسی، روضة المتقین، ۲۶۵/۱۰.

۴۷. تبریزی، تنقیح مبانی الأحکام؛ کتاب الدیات، ۲۲۸؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۱۶/۴۲؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۵۷۴/۳، دیگران.

۴۸. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۵/۱۰.

۴۹. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۵/۱۰.

۵۰. مجلسی، مرآة العقول، ۱۴۸/۲۴.

۵۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۵/۱۰.

برای جابه‌جایی معادل نصف دیه شکستگی است.<sup>۵۲</sup>

۱۰. جابه‌جایی استخوان کف پا: «و فِي الْقَدَمِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلِ مِائَتًا دِينَارٍ ... وَ فِي نَقْلِ عِظَامِهَا مِائَةُ دِينَارٍ نِصْفُ دِيَةِ كَسْرِهَا»؛<sup>۵۳</sup> شکستگی (هر دو قدم) در فرض بهبودی کامل یک‌پنجم دیه پا، یعنی دویست دینار است... دیه جابه‌جایی استخوان نصف آن، یعنی یکصد دینار است.

۱۱. جابه‌جایی بند آخر انگشت شست: «دِيَةُ قَصَبَةِ الْإِبْهَامِ الَّتِي فِي الْكَفِّ تُجَبَّرُ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ خُمُسُ دِيَةِ الْإِبْهَامِ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ إِذَا اسْتَوَى جَبْرُهَا وَ ثَبَّتَ ... وَ دِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهَا سِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثَا دِينَارٍ»؛<sup>۵۴</sup> دیه شکستگی بند انتهایی انگشت شست (متصل به کف) در فرض بهبودی کامل سی‌وسه دینار و یک‌سوم دینار است و دیه جابه‌جایی استخوان آن شانزده دینار و دوسوم دینار است.

۱۲. جابه‌جایی بند آخر انگشتان غیر از شست: «وَ دِيَةُ كَسْرِ كُلِّ مَفْصِلٍ مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ الَّتِي تَلِي الْكَفَّ سِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثَا دِينَارٍ ... وَ فِي نَقْلِ عِظَامِهَا ثَمَانِيَةَ دَنَانِيرٍ وَ ثُلُثُ دِينَارٍ»؛<sup>۵۵</sup> دیه شکستگی بند متصل به کف در هریک از انگشتان غیر از شست، شانزده دینار و دوسوم دینار است و دیه جابه‌جایی آن هشت دینار و یک‌سوم دینار است.

۱۳. جابه‌جایی بند ناخنی شست پا: «دِيَةُ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى مِنَ الْإِبْهَامِ وَ هُوَ الثَّانِي الَّذِي فِيهِ الظُّفْرُ سِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثَا دِينَارٍ ... وَ فِي نَقْلِ عِظَامِهِ ثَمَانِيَةَ دَنَانِيرٍ وَ ثُلُثُ دِينَارٍ»؛<sup>۵۶</sup> دیه شکستگی بند بالای انگشت شست پا که دارای ناخن است شانزده دینار و دوسوم دینار است... و دیه جابه‌جایی آن هشت دینار و یک‌سوم دینار است.

جدول دیه در بندهای موافق قاعده

| عضو آسیب‌دیده | دیه شکستگی    | دیه جابه‌جایی استخوان | دیه مجموع شکستگی و جابه‌جایی |
|---------------|---------------|-----------------------|------------------------------|
| ۱             | استخوان ترقوه | بیست دینار            | شصت دینار                    |

۵۲. مجلسی، مرآة العقول، ۱۴۸/۲۴.

۵۳. کلینی، الکافی، ۳۴۰/۷.

۵۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۲/۱۰.

۵۵. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۳/۱۰.

۵۶. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۶/۱۰.

|    |                            |                        |                       |                    |
|----|----------------------------|------------------------|-----------------------|--------------------|
| ۲  | استخوان شانه               | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۳  | دنده‌های کنار بازو         | ده دینار               | پنج دینار             | پانزده دینار       |
| ۴  | استخوان بازو               | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۵  | استخوان آرنج               | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۶  | استخوان باسن               | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۷  | استخوان ران دو پا          | دویست دینار            | یکصد دینار            | سیصد دینار         |
| ۸  | استخوان زانو               | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۹  | استخوان ساق                | یکصد دینار             | پنجاه دینار           | یکصد و پنجاه دینار |
| ۱۰ | استخوان کف هر دو پا        | دویست دینار            | یکصد دینار            | سیصد دینار         |
| ۱۱ | استخوان بند آخر انگشت شست  | سی و سه دینار و یک سوم | شانزده دینار و دو سوم | پنجاه دینار        |
| ۱۲ | بند آخر انگشتان غیر از شست | شانزده دینار و دو سوم  | هشت دینار و یک سوم    | بیست و پنج دینار   |
| ۱۳ | بند ناخنی انگشت شست پا     | شانزده دینار و دو سوم  | هشت دینار و یک سوم    | بیست و پنج دینار   |

#### ۴. استثنائات قاعده جابه‌جایی استخوان

با وجود کبرای کلی که درباره دیه جابه‌جایی در روایت ظریف بیان شده و نیز فروعاً متعددی که جداگانه نیز مطرح شده است، در مواردی نیز دیه تعیین شده برای جابه‌جایی مخالف با قاعده مذکور است.

این موارد را -اگر موجب نقض قاعده ندانیم- باید جزء استثنائات قاعده به شمار آورد.

از میان موارد یادشده، دو مورد -استخوان ساعد و استخوان کف دست- توجیه‌شدنی است:

استخوان ساعد: دیه شکستگی آن سیصدوسی‌وسه دینار و یک‌سوم دینار است و دیه جابه‌جایی آن یکصد دینار است.<sup>۵۷</sup>

این فقره توجیه‌شدنی است، زیرا هرچند میزان تعیین‌شده در ابتدای روایت ابهام دارد، اما در ادامه جزئیات دیه به تفصیل منعکس شده است. براساس آنچه در ادامه روایت بیان شده است، ساعد متشکل از دو استخوان (زند اعلی و زند اسفل) است. شکستن هر دو موجب یکصد دینار، شکستن هریک از زند اعلی و اسفل، موجب پنجاه دینار و جابه‌جایی استخوان هریک از آن دو موجب بیست و پنجاه دینار است.<sup>۵۸</sup> استخوان کف دست: دیه شکستگی آن چهل دینار و دیه جابه‌جایی آن بیست دینار و نصف دینار است.<sup>۵۹</sup>

این فقره نیز توجیه‌شدنی است، زیرا علاوه بر اینکه میزان تعیین‌شده تفاوت بسیار اندکی با قاعده مدّ نظر دارد،<sup>۶۰</sup> در نقل شیخ طوسی تعارض وجود دارد و ایشان در جای دیگر نقل می‌کند که دیه جابه‌جایی استخوان کف دست، یکصد و هفتاد و هشت دینار است که نصف دیه شکستن آن است.<sup>۶۱</sup> براساس نقل کتاب کافی، دیه شکستگی یکصد دینار و دیه جابه‌جایی آن پنجاه دینار بیان شده است که مطابق قاعده محسوب می‌شود.<sup>۶۲</sup>

مواردی که استثنا از قاعده است و توجیه‌شدنی نیست، به جز یک مورد اختصاص به انگشتان دارد:

۱. دنده‌های محیط به قلب: دیه شکستگی آن موجب بیست و پنج دینار و دیه جابه‌جایی آن معادل هفت و نیم دینار است.<sup>۶۳</sup>

۲. بند ناخن انگشت شست دست: دیه شکستگی آن شانزده دینار و دوسوم دینار و دیه جابه‌جایی آن پنج دینار است.<sup>۶۴</sup>

۵۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۱/۱۰؛ کلینی، الکافی، ۳۳۵/۷.

۵۸. کلینی، الکافی، ۳۳۵/۷.

۵۹. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۳/۱۰.

۶۰. همچنین با لحاظ سایر فقرات مشابه -این احتمال نیز بعید نیست که واژه نصف اندکی جابه‌جا شده، یعنی دیه نقل عظامه عشرون دیناراً نصفه (نصف دیه کسره) یا عبارتی مشابه این بوده است.

۶۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۲/۱۰.

۶۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۳/۱۰.

۶۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۴/۱۰.

۶۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۲/۱۰.

۳. بند وسط سایر انگشتان دست: دیه شکستگی آن یازده دینار و یک سوم دینار است و دیه جابه جایی آن پنج دینار و یک سوم دینار است.<sup>۶۵</sup>
۴. بند ناخن سایر انگشتان پا: دیه شکستگی آن پنج دینار و چهار پنجم دینار است و دیه جابه جایی آن دو دینار و یک پنجم دینار است.<sup>۶۶</sup>
۵. بند شست متصل به کف پا: دیه شکستگی آن شصت و شش دینار و دو سوم دینار است و دیه جابه جایی آن بیست و شش دینار و دو سوم دینار است.<sup>۶۷</sup>
۶. بند وسط سایر انگشتان پا: یازده دینار و یک سوم دینار و دیه جابه جایی آن پنج دینار و یک سوم دینار است.<sup>۶۸</sup>

همچنان که مشاهده می شود موارد استثنا (به جز دنده های محاذی قلب) نیز اختصاص به انگشتان دست و پا دارد. در هر صورت، باتوجه به اینکه دیه جابجایی به شکل عام و قاعده مند بیان شده و در موارد متعدد نیز در روایت براساس آن حکم شده است، به نظر می رسد موارد خلاف قاعده ضرری به کلیت قاعده وارد نمی سازد و این موارد را باید استثنایی و مقید قاعده به شمار آورد.

نتیجه سخن در دیه جابه جایی استخوان این شد که مقصود از جابه جایی استخوان، آن نوع از شکستگی استخوان است که در آن جابه جایی استخوان اتفاق بیفتد و برای ترمیم و درمان نیاز به جابه جایی و جالنداختن استخوان باشد. براساس روایات دیه جابه جایی استخوان - به جز موارد استثنا که به آن ها اشاره شد - به صورت قاعده مند نصف دیه شکستگی است که این مقدار دیه به دیه شکستگی افزوده می شود.

دلیل اینکه میزان دیه به طور دقیق ۳۰ درصد دیه کامل عضو تعیین نشده است - همچنان که در ذیل دیدگاه دوم اشاره شد - این است که دیه شکستگی عضو همیشه ۲۰ درصد دیه کامل عضو نیست. برای نمونه، دیه شکستگی سر و ستون فقرات یکصد دینار است. در سایر اعضا نیز در موارد متعدد دیه شکستگی در فرض بهبودی دیه عضو ۱۶ درصد دیه کامل عضو است و ۲۰ درصد در فرض عدم بهبودی. همچنین مطابق روایت ظریف دیه شکستگی در برخی اعضا در فرض بهبودی کامل ۲۰ درصد دیه آن عضو است.<sup>۶۹</sup>

۶۵. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۳/۱۰.

۶۶. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۷/۱۰.

۶۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۶/۱۰.

۶۸. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۷/۱۰.

۶۹. ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۸۳/۴، ۸۴، ۸۸، ۸۹، ۹۰.

## ۵. دیه جابه‌جایی مهره‌های ستون فقرات

بر اساس تفسیری که در جابه‌جایی استخوان بیان شد، مقصود از جابه‌جایی ستون فقرات، آن نوع شکستگی ستون فقرات است که در آن استخوان‌ها بر اثر شکستگی جابه‌جا شده‌اند، به گونه‌ای که برای ترمیم و جوش خوردن استخوان لازم باشد ابتدا استخوان‌ها در جای اول خود قرار بگیرد. براساس نصوص معتبر و فتاوی فقیهان شکستگی ستون فقرات در فرض بهبودی کامل یکصد دینار و در فرض عدم‌بهبودی هزار دینار است.<sup>۷۰</sup> بنابراین، جابه‌جایی ستون فقرات در اینجا در دو صورت کلی متصور است:

یکم. جابه‌جایی ستون فقرات در اثر شکستگی، با فرض اینکه پس از جافتادن و درمان بهبودی کامل حاصل شود؛ در این صورت دیه جابه‌جایی پنجاه دینار است که این مقدار دیه با قطع نظر از دیه شکستگی و سایر آسیب‌های وارده مثل دیه موضعه است. بنابراین، اگر در جابه‌جایی ستون فقرات هیچ آسیب دیگری - مثل موضعه - وارد نشده باشد، مجموعاً حکم به یکصد و پنجاه دینار می‌شود که یکصد دینار آن به‌ازای اصل شکستگی و پنجاه دینار آن بابت جابه‌جایی استخوان است.

دوم. جابه‌جایی ستون فقرات در اثر شکستگی، با فرض اینکه شکستگی بهبودی پیدا نکند. در این صورت به نظر می‌رسد حکم به هزار دینار می‌شود؛ یعنی دیه بیشتری نسبت به دیه شکستگی تعلق نمی‌گیرد، زیرا مطابق ادله دیه شکستگی ستون فقرات در فرض عدم‌بهبودی معادل دیه کامل یک انسان است. این مقدار، حداکثر دیه‌ای است که در مقابل آسیب یک عضو تعلق می‌گیرد. ازسوی دیگر، جابه‌جایی استخوان در حقیقت همان شکستگی استخوان از نوع شدید است، به طوری که چه‌بسا عدم‌بهبودی شکستگی به‌سبب جابه‌جایی استخوان باشد؛ یعنی اگر شکستگی مهره کمر بدون جابه‌جایی استخوان اتفاق می‌افتاد یا پس از جابه‌جایی دوباره در جای خود قرار می‌گرفت، بهبودی حاصل می‌شد. بنابراین حکم به هزار دینار در ازای شکستگی شدیدی است که در نهایت به بهبودی کامل ختم نشده است. به‌طور قهری احتمال عدم‌بهبودی کامل در شکستگی شدیدی که در آن استخوان‌ها جابه‌جا شده و از مسیر طبیعی خود منحرف شود بسیار بیشتر از شکستگی‌ای است که در آن استخوان‌ها همچنان در امتداد هم قرار دارد و جابه‌جایی اتفاق نیفتاده است.

ازاین‌رو، جابه‌جایی ستون فقرات با جابه‌جایی استخوان سایر اعضا که دیه شکستگی آن یک‌پنجم دیه آن عضو بود و مجموع دیه شکستگی و جابه‌جایی با هم نیز از دیه کامل کمتر بود، متفاوت است، زیرا در

۷۰. کلینی، الکافی، ۳/۱۱۱، ۳۳۸، مفید، المقنعة، ۷۶۷؛ طوسی، النهایة، ۷۷۶؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۳/۴۱۰؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۹۹.

آنجا در بیشتر موارد شکستگی عضو سبب ثبوت یک پنجم دیه آن عضو بود، حال اگر شکستگی شدیدتر بوده و سبب جابه جایی استخوان می شد، مجال تشدید میزان دیه وجود داشت و میزان دیه از ۲۰ درصد دیه عضو به ۳۰ درصد افزایش پیدا می کرد. اما در اینجا فرض این است که برای شکستگی ستون فقرات در فرض عدم بهبودی، حداکثر دیه یک عضو؛ یعنی دیه کامل لحاظ شده است. نتیجه اینکه، شکستگی ستون فقرات اگر به قدری شدید باشد که موجب جابه جایی استخوان شود، در صورت بهبودی کامل موجب یکصد و پنجاه دینار و اگر بهبودی حاصل نشود موجب دیه کامل است.

## ۶. ارزیابی و نقد قانون مجازات اسلامی

با وجود اینکه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در قواعد عمومی دیه اعضا از ماده ۵۶۸ تا ۵۷۴ به دیه انواع آسیب های وارده به استخوان پرداخته است، اما هیچ اشاره ای به این نوع صدمه - که در روایات پرتکرار نیز هست - نشده است، به ویژه آنکه در ماده ۵۶۹ انواع آسیب های استخوان اعم از شکستن، خرد شدن، ترک برداشتن و نیز موضعه و نافذه بیان شده و میزان دیه هریک به صورت قاعده مند تعیین شده است. با این حال، هیچ اشاره ای به جابه جایی استخوان نشده است.

ماده ۶۵۴ درباره دیه دنده ها چنین مقرر داشته است: «... دیه ترک خوردن هریک از دنده های محیط به قلب، یک هشتادم دیه کامل و دیه در رفتگی آن، هفت و نیم هزارم دیه کامل است. دیه ترک خوردن هریک از دنده های دیگر هفت هزارم دیه کامل و دیه در رفتگی آن ها پنج هزارم دیه کامل است.»

روایات راجع به «نقل العظام» اعضای مختلف بدن گذشت و بیان شد که در روایت ظریف درباره دنده ها چنین آمده است: «و فِي الْأَضْلَاعِ فِيمَا خَالَطَ الْقُلْبَ مِنَ الْأَضْلَاعِ... دِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهِ سَبْعَةُ دَنَانِيرَ وَ نِصْفٌ... وَ فِي الْأَضْلَاعِ مِمَّا يَلِي الْعِضْدَيْنِ... دِيَةُ نَقْلِ عِظَامِهِ خَمْسَةُ دَنَانِيرَ»؛<sup>۷۱</sup> دیه جابه جایی هریک از دنده های محیط به قلب، هفت و نیم دینار است... و دیه جابه جایی هریک از دنده های کنار بازوها پنج دینار است. قانونگذار از عبارت «نقل عظامه» در رفتگی را برداشت کرده است، در حالی که معادل در رفتگی در متون روایی «فك العظم» است، نه «نقل العظم» و میزان دیه این دو نیز متفاوت از یکدیگر است.

مشابه این ایراد درباره ماده ۶۵۷ نیز تکرار شدنی است. در این ماده نیز دیه در رفتگی استخوان ترقوه بیست هزارم دیه کامل تعیین شده است. در حالی که مطابق روایت «و فِي التَّرْقُوتِ إِذَا انْكَسَرَتْ... فَإِنْ نُقِلَ مِنْهَا الْعِظَامُ فَدِيَتُهَا نِصْفُ دِيَةِ كَسْرِهَا عِشْرُونَ دِينَارًا»؛<sup>۷۲</sup> دیه جابه جایی استخوان ترقوه نصف دیه شکستگی آن

۷۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۴/۱۰.

۷۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۰۰/۱۰.

معادل بیست دینار است.

بر فرض که از نظر قانونگذار عبارت «نقل العظم» به معنای دررفتگی است، ایراد دیگری وارد می‌شود که چرا در موارد پرشمار دیگر در روایت ظریف که عبارت «نقل العظم» به کار رفته، آن را به معنای دررفتگی معنا نکرده است؟ برای نمونه، در روایات همین تعبیر «نقل عظامه» یا نزدیک به آن درباره استخوان شانه، بازو، آرنج، نشیمن‌گاه، ران، زانو، ساق، کف پا، ساعد، کف دست و... آمده است، درحالی‌که در مواد قانونی تنها دیه دررفتگی دنده‌ها و ترقوه بیان شده است.

همچنین اگر از نظر قانونگذار «نقل العظم» به معنای دررفتگی مفصل استخوان است، چرا در ماده ۵۷۱ آنچه فقیهان امامی درباره دیه «فک العظم» به صورت قاعده‌مند ذکر کرده‌اند<sup>۷۳</sup> را در اینجا به دررفتگی ترجمه کرده و ذیل دیه دررفتگی آورده است؟ حال آنکه، از متون روایی و فقهی به وضوح پیداست که «فک العظم» غیر از «نقل العظم» است و دیه هریک نیز متفاوت از دیه دیگری است.

گزیده سخن اینکه، مواد قانون مجازات اسلامی در تفسیر متون روایی و فقهی درباره دیه دررفتگی و جابه‌جایی استخوان آشفتگی دارد. از سویی راجع به دیه جابه‌جایی استخوان خلأ قانونی دیده می‌شود و باوجود فقرات روایی پرشمار درباره این صدمه، قاعده یا ماده‌ای در قانون مجازات اسلامی تأسیس نشده است. ازسوی دیگر، در برخی موارد میان دیه دررفتگی و جابه‌جایی استخوان، اشتباه و خلط مشاهده می‌شود.

پیشنهاد می‌شود در بخش «قواعد عمومی دیه اعضا»، دیه جابه‌جایی استخوان‌ها نیز در ماده‌ای مجزا به صورت ضابطه‌مند بیان شود و در تبصره به موارد استثنا اشاره شود.

باتوجه به اینکه دیه صدمات ستون فقرات متفاوت از سایر استخوان‌هاست و احکام آن به‌طور جداگانه در بند ۶۴۷ آمده است نیز پیشنهاد می‌شود بند دیگری نیز در این ماده راجع به دیه جابه‌جایی استخوان ستون فقرات درج شود.

## نتیجه‌گیری

مقصود از «نقل العظم» در ادبیات روایی، جابه‌جایی استخوان بر اثر شکستگی است، به‌گونه‌ای که ترمیم و التیام صحیح استخوان نیازمند جابه‌جایی و قراردادن دو سر استخوان‌ها در جای نخست است. این عنوان نباید با عنوان «فک العظم» که به معنای دررفتگی مفصل استخوان است، درهم آمیخته و خلط شود.

۷۳. مفید، المقنعة، ۷۶۷؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۳۹۹؛ سلاز دیلمی، المراسم العلویة، ۲۴۸؛ طوسی، النهایة، ۷۷۷؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۴۱۱/۳؛ آبی، کشف الرموز، ۶۶۲/۲؛ محقق حلبی، شرائع الإسلام، ۲۵۴/۴.

میزان دیه جابه جایی استخوان - جز در موارد استثنا - به صورت قاعده مند نصف دیه شکستگی آن عضو است. این مقدار به دیه شکستگی استخوان افزوده می شود.

اقوال مطرح شده از سوی فقیهان درباره دیه جابه جایی استخوان هر چند در شیوه محاسبه متفاوت هستند، اما در نتیجه و میزان دیه تفاوتی وجود ندارد.

شکستگی ستون فقرات اگر به قدری شدید باشد که سبب جابه جایی استخوان شود، در صورت بهبودی کامل موجب یکصد و پنجاه دینار و اگر بهبودی حاصل نشود موجب دیه کامل است.

مواد قانون مجازات اسلامی در تفسیر متون روایی و فقهی راجع به دیه در رفتگی و جابه جایی استخوان دچار آشفتگی است. برای اصلاح و ارتقای قانون پیشنهاد می شود در بخش «قواعد عمومی دیه اعضا» دیه جابه جایی استخوان ها نیز در ماده ای مجزا به صورت ضابطه مند بیان شود و در تبصره به موارد استثنا اشاره شود.

دیه صدمات ستون فقرات متفاوت از سایر استخوان هاست و احکام آن به طور جداگانه در بند ۶۴۷ آمده است، لذا پیشنهاد می شود بند دیگری نیز در این ماده راجع به دیه جابه جایی استخوان ستون فقرات درج شود. برای نمونه، «چنانچه شکستگی ستون فقرات سبب جابه جایی استخوان شود، به گونه ای که درمان شکستگی متوقف بر قراردادن آن در جای نخست باشد، موجب پانزده درصد دیه کامل خواهد بود.»

## منابع

قرآن کریم

- آبی، حسن بن ابی طالب. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۷ق.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية فی غریب الحديث و الاثر. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، بی تا.
- 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، ۱۴۱۳ق.
- ابن درید، محمد بن حسن. جمهرة اللغة. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۹۸۸م.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. قم: سیدالشهداء. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. ریاض: دار عالم الكتاب. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- احمدی، کوروش، محسن ابراهیمی، علی طاهری نیا. مبانی آسیب های استخوان و مفاصل در بخش اورژانس. تهران: اندیشه رفیع. چاپ اول، ۱۳۹۲.

محمدي؛ ديه جابه جايي استخوان شكسته با رويكرد به نقد ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامي/۲۱۳

- ازهری، محمدبن احمد. تهذيب اللغة. قم: دار احیاء التراث العربی. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- اعلمی هرندي، بهادر، سعیدرضا مهرپور، محمد آيتی، سيدامير محليشا كاظمی. ارتوپدی و شكستگی ها. تهران: اندیشه رفیع. چاپ چهارم، ۱۴۰۱.
- المن، الكساندر و دیگران. پرسش و پاسخ پزشکی. ترجمه م كاشيگر. تهران: جانزاده. چاپ دوم، ۱۳۶۷.
- تبریزی، جواد. تنقيح مباني الاحكام؛ كتاب الديات. قم: دار الصديقة الشهيدة. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- تهانوی، محمدبن علی بن علی. كشف اصطلاحات الفنون. به تحقیق علی دحروج. بيروت: لبنان ناشرون. چاپ اول، ۱۹۹۶م.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة و الصحاح العربیة. بيروت: دار العلم. چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- حكيم، سيد محمد سعيد. منهاج الصالحين. بيروت: دار الصفوة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- خویی، ابوالقاسم. مباني تكملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. بی تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بيروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، سيد صادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الكتاب. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- سبزواری، سيد عبدالاعلی. مهذب الاحكام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزيز. المراسم العلوية فی الاحكام النبوية. قم: منشورات الحرمين. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بيروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۴ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط فی اللغة. بيروت: عالم الكتاب. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی. چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بيروت: دار الكتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذيب الاحكام. تهران: دار الكتب الاسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمين فی احكام الدين. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي. چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام عن قواعد الاحكام. قم: مؤسسه نشر اسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فراهدی، خليل بن احمد، كتاب العين. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. مفاتيح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ اول، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الكتب الاسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

محقق حلي، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعيليان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

مدنی کاشانی، رضا. کتاب الدیات. قم: مؤسسۂ نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.

منصوری، مهرداد. «آناتومی جامع سستون مهره»، ایران ارتوپدی؛

9%88%D9%85%D9%8A-%D8%AC%D8%A7%D9%85%D8%B9-

در ۱۴۰۱/۹/۱۵

## مقالات

شاكر، محمد حسين و باي، حسين علي. «مطالعه تطبيقي قاعده در رفتگي استخوان در فقه و حقوق موضوعه»، فقه

یزشکی. دوره ۸، ش ۲۸-۲۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ۷ تا ۳۹.

شاكر، محمد حسين، حميد صديق آخا. «تأملی در دیهٔ صدمات وارده بر ستون فقرات»، پژوهش حقوق کیفری.

س ۶، ش ۲۳، تابستان ۱۳۹۷، ۲۴۹ تا ۲۸۰.

صادق پور، محمدجعفر. «قاعده دیه شکستگی؛ بازتاب فاصله‌ای میان مشهور و مأثور»، پژوهش‌های فقهی. دوره

۱۸، ش ۳، یاییز ۱۴۰۱، ۷۳۳ تا ۷۵۲.

## Transliterated Bibliography

*Qurān-i Karīm.*

Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭālib. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-

Islāmī. Chāp-i Duvvum. 1987/1407.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Kitābkhānah-yi Amīr al-Mu'minin(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Aḥmadī, Kūrūsh, Muḥsin Ibrāhīmī, 'Alī Ṭāhirīniyā. *Mabānī Āsīb-hā-yi Ustukhān va Mafāṣil dar Bakhsh Urzhāns*. Tehran: Andīshih-yi Rafī', Chāp-i Awwal, 2013/1392.

A'lamī Harandī, Bahādūr, Sa'īd Rizā Mihrpūr, Muḥammad Āyatī, Sayyid Amīr Maḥlishā Kāzīmī. *Orthopedic va Shakastigī-hā*. Tehran: Andīshih-yi Rafī', Chāp-i Chāhārum, 2023/1401

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta'allimīn fī Ahkām al-Dīn*. Tehran: Mū'assisah-yi Chāp va Nashr Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1991/1411.

Azhārī, Muḥammad Ibn Aḥmad. *Tahdhib al-Lughā*. Qum: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Bāy, Ḥusayn 'Alī. " Ta'mulī dar Diyih Shakastigī Ustukhān-hā". *Huqūq Islāmī*, Durīh-yi 12, no. 44 (Bahār 2016/1394): 31-65.

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

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn 'Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā'i li-Mukhtaṣar al-Sharā'i'*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

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

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

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Sa'īd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ṣafwa, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Ibn Qudāmāh, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Riyāḍ: Dār 'Ālim al-Kitāb, Chāp-i Sivum, 1997/1417.

Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Niḥāya fī Gharīb al-Hadīth wa al-Athar*. Qum: Ismā'īliyyān, 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 Duvvum. 1993/1413.

Ibn Durayḍ, Muḥammad ibn Ḥasan. *Jamhara al-Lughā*. Beirut: Dār al-'Ilm. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1984/1404.

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

Ibn Sa'īd, Yaḥyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-l-Sharāy'*. Qum: Sayyid al-Shuhadā. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Ilman, Alexander et al. *Pursish va Pāsukh Pizishki*. Translated by M. Kāshīgar, Tehran: Jānzādih, Chāp-i Duwwum, 1989/1367.

Jawharī, Ismā'īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ 'Arabīya*. Beirut: Dār al-'Ilm, Chāp-i Sivum, 1989/1410.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū'assisa Āsār-i Imām Khū'i, s.d.

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

Lajnat al-Fiqh al-Mu'āshir. *al-Fā'iḳ fī Uṣūl*. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-hā-yi 'Ilmiyya. Chāp-i Panjum, 2020/1441.

Madanī Kāshānī, Rizā. *Kitāb-i al-Diyāt*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Mar'āt al-'Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.

Majlisi, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd 'Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisah Farhangī Kūshānbūr, Chāp-i Duwwum, 1995/1416.

Manṣūrī, Mihrād. "Ānātūmī Jāmi' Sutūn Muhrih", Irān Orthopedic.

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

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Nukat al-Nihāya*. Qum: Mū'assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1992/1412.

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

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

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

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

Ṣādiqpūr, Muḥammad Ja'far. "Qā'idih-yi Diyih Shakastigī; Bāztāb Faṣīlih-i Miyān Mashhūr va Ma'thūr".

*Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*, Durīh-yi 18, no. 3 (autumn 2023/1401): 733-752.

Şāhib ibn 'Abād, Ismā'īl ibn 'Abād. *al-Muḥīṭ fī al-Lughā*. Beirut: 'Ālim al-Kutub Chāp-i Awwal. 1993/1414.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. 1984/1404.

Salār, Ḥamza ibn 'Abd 'Azīz. *Al-Marāsīm al-'Alawīya fī al-Nabawīya*. Qum: Manshūrāt al-Ḥaramīn. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Shākir, Muḥammad Ḥusayn, Ḥamīd Şidīqākhā. "Ta'mulī dar Diyih Şadamāt Vāridih bar Sutūn Faqarāt".

*Pazhūhish Ḥuqūq-i Kayfārī*, yr. 5, no. 23 (summer 2019/1397): 249-280.

Shākir, Muḥammad Ḥusayn, Ḥusayn 'Alī Bāy. " Muṭālī'ih-yi Taṭbīqī Qā'idih-yi Darraftigī dar Fiqh va Ḥuqūq Mawḍū'ah". *Fiqh Pizishkī*, Durīh-yi 8, no. 28-29 (autumn and winter 2017/1395): 7-39.

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

Tahānawī, Muḥammad 'Alī ibn 'Alī. *Kashāf Iştilāḥāt al-Funūn*. researched by 'Alī Daḥrūj. Beirut: Lubnān Nāshirūn, Chāp-i Awwal, 1996/1416.

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma' al-Baḥrayn*. Tehran: Kitābfurūshī Murtaẓavī. Chāp-i Sivum, 1995/1416.

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

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

Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Minḥāj al-Şāliḥīn*. Qum: Madrisah-yi Imām Bāqir (AS). Chāp-i Panjum, 2007/1428.





## Assessing the Validity of Transactions Involving Underselling ( *Tatfif* )

Dr. Gholamreza Yazdani 

Associate Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: [dr.ghyazdani@razavi.ac.ir](mailto:dr.ghyazdani@razavi.ac.ir)

### Abstract

*Tatfif* (underselling) is a *shar'ī* prohibition and causes the invalidity of a transaction. However, doubt arises regarding the validity of a contract in which the quantity is specified but one party delivers less than the stipulated amount due to underselling at the time of delivery. Some scholars consider such a transaction valid and hold the underseller liable for the deficient amount, while others contend that although the transaction is valid, the injured party is entitled to the option of partial rescission (*khiyār-i tab'īz-i ṣafqī*). Still others draw a distinction between transactions involving usurious commodities (*amvāl-i ribavī*) and non-usurious commodities.

Using a descriptive–analytical method, the present study concludes that where the subject matter of the transaction is a generic obligation, underselling does not render the contract void, though the underseller remains liable for the shortfall. Where the subject matter is a specific object, if the stipulated quantity constitutes a contractual consideration, then the contract is void in case the subject matter is a usurious commodity. Otherwise, it is valid, but the injured party acquires the option for breach of condition (*khiyār-i takhalluf-i shart*). If the commodity is non-usurious, the transaction is valid in all cases, and the injured party acquires the option for breach of condition or description (*khiyār-i takhalluf-i shart yā vaṣf*), unless the quantity has been treated as a basis for distributing the price over the subject matter, in which case the contract is valid with respect to the existing amount and void with respect to the deficiency.

**Keywords:** *tatfif*; underselling; diminution in measure and weight; price deficiency





## اعتبار سنجی معامله همراه با کمفروشی (تطفیف)

 دکتر غلامرضا یزدانی

دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: [dr.ghyazdani@razavi.ac.ir](mailto:dr.ghyazdani@razavi.ac.ir)

### چکیده

تطفیف (کمفروشی)، از اعمال حرام شرعی و موجب بطلان معامله است. ولی در مورد صحت قراردادی که از حیث مقدار مشخص بوده ولی در وقت تسلیم به سبب کمفروشی یکی از طرفین کمتر از آن مقدار در می آید، تردید وجود دارد؛ برخی از محققان چنین معامله ای را صحیح دانسته و کمفروش را ضامن مقدار کم دانسته اند و برخی دیگر بر این باورند که معامله صحیح است ولی طرف متضرر، خیار تبعض صفت دارد و در این میان برخی نیز بین معامله نسبت به شیء ربوی و غیرربوی تفصیل داده اند. در پژوهش حاضر با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی این نتیجه به دست آمده است که هرگاه موضوع معامله، کلی باشد، کمفروشی باعث بطلان قرارداد نشده ولی کمفروش، ضامن مقدار کسری است و هرگاه موضوع قرارداد، عین معین باشد، اگر مقدار شرط عوض قراردادی باشد، چنانچه موضوع قرارداد مال ربوی باشد، قرارداد باطل و الا صحیح است ولی طرف متضرر، خیار تخلف شرط خواهد یافت و چنانچه کالای موضوع قرارداد، غیرربوی باشد، معامله در حال صحیح است و طرف متضرر حسب مورد، خیار تخلف شرط یا وصف خواهد یافت، مگر اینکه مقدار به عنوان توزیع ثمن بر مبیع لحاظ شده باشد که در این صورت، قرارداد نسبت به مقدار موجود، صحیح و نسبت به کسری، باطل است.

**واژگان کلیدی:** تطفیف، کمفروشی، بخش در مکیال و وزن، نقصان قیمت.

## مقدمه

قانون مدنی در مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ به طور ناقص به شرایط مورد عقد پرداخته است و این نقصان در مواد دیگر قانون مدنی مثل ماده ۳۴۸، ۱۰۶۴ و... قانون مدنی برطرف شده است. در مجموع می‌توان گفت به نظر قانون مدنی مورد معامله باید شرایطی از این دست داشته باشد: موجود بودن، مالیت داشتن، معین بودن، معلوم بودن، مقدورالتسلیم بودن، قابل تملک بودن، مملوک انتقال دهنده بودن. با مراجعه به فقه در یافت می‌شود که فقها شرط دیگری را نیز در موضوع قرارداد معتبر می‌دانند و آن عبارت است از: هرگاه موضوع قرارداد فعلی از افعال است باید آن فعل، مشروع و مجاز باشد و از این رو، افعال حرام نمی‌تواند موضوع معامله قرار گیرند. بنابراین قراردادهایی که موضوع آن‌ها تدلیس، تزئین الرجل بما یحرم علیه، مجسمه سازی و... است طبق دیدگاه کسانی که این افعال را حرام می‌دانند با مشکل روبه‌روست. از جمله مواردی که در اعتبار آن تردید وجود دارد، قراردادهای همراه با تطفیف و کم‌فروشی است. گروهی از محققان حکم به بطلان این دسته از قراردادهای داده و البته جمعی از محققان «تطفیف» را در مکاسب محرمه بیان نکرده‌اند؛<sup>۱</sup> شاید علت آن باشد که محور بحث در مکاسب محرمه عموماً افعالی است که شخص با کمک آن‌ها اقدام به درآمدزایی می‌کند، نظیر تنجیم و... ولی تطفیف فی نفسه حرام است نه اینکه با کمک این فعل، شخص اقدام به انجام معامله حرام کند و لذا شیخ انصاری می‌گوید: کسانی که تطفیف را در مکاسب محرمه ذکر کرده‌اند احتمالاً بحث استطرادی طرح کرده‌اند.<sup>۲</sup>

کم‌فروشی که در فقه از آن به عنوان «تطفیف» یاد می‌شود، به شدت مورد نهی قرآن کریم قرار گرفته و در روایات متعدد نیز نسبت به این کار هشدارهای جدی داده شده است.

راجع به موضوع کنونی پژوهش‌هایی انجام شده است، از جمله: «تطفیف (کم‌فروشی)»، از سیدمحسن خرازی که در سال ۱۳۸۳ در مجله فقه اهل بیت (ع) چاپ شده است. در این نوشته، نویسنده ضمن اشاره به حکم تکلیفی مسئله، در خصوص وضعیت معامله مبتنی بر تطفیف پژوهش کاملی انجام نداده و مباحث را صرفاً با تکیه بر دیدگاه آیت‌الله خوئی سامان داده است. «بررسی فقهی کم‌فروشی در معاملات» که توسط علی اکبر ایزدی فرد در مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی در شماره یک به چاپ رسیده است، مطالب را با تکیه بر آثار اجتماعی اقتصادی تطفیف سامان داده است. در مقاله «قلمرو کم‌فروشی در

۱. مفید، المقنعة، ۵۸۶؛ طوسی، النهایة، ۳۶۳؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۵/۲؛ محقق حلی، مختصر النافع، ۱۱۶/۱؛ محقق حلی، نکت النهایة، ۹۹/۲؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۳۵۷/۱؛ شهید اول، غایة المراد، ۸/۲؛ شهید اول، اللمعة، ۵۶؛ شهید ثانی، حاشیة الارشاد، ۸/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۰۶/۳؛ شهید ثانی، مسالك، ۱۲۶/۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۲۸/۸؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۲۲؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ۳۱۸؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۰۰/۱۸؛ حکیم، منهاج الصالحین، ۵/۲؛ همو، همان، ۱۸/۲؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۹۳/۱.

۲. انصاری، مکاسب، ۱۹۹/۱.

فقه و حقوق ایران» اثر حمید محمدی‌راد، چاپ‌شده در مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی در سال ۱۳۹۷، نگاه نویسنده به قلمرو کم‌فروشی است و درصدد اثبات این امر است که کم‌فروشی اختصاص به بیع ندارد و در حوزه‌های کاری، حقوقی، عبادی و... نیز کم‌فروشی حرام است. نوشتار حاضر بر حکم وضعی و معاملات ناشی از کم‌فروشی تکیه دارد، امری که در پژوهش‌های پیش‌گفته کم‌تر بررسی شده است. ابتدا مفهوم تطفیف بررسی و سپس ادله حرمت تکلیفی به اختصار اشاره می‌شود تا صغرای استدلال تثبیت شود و درنهایت، به بررسی وضعیت اعتبار این نوع معاملات می‌پردازیم.

## ۱. مفهوم تطفیف در لغت و اصطلاح

«تطفیف» از «طفّ» (تطف) مشتق شده است. طفّ در لغت به معنای چیز کم است و تطفیف، یعنی نقص در کیل و میزان.<sup>۳</sup> به دیگر سخن، تطفیف، یعنی کسی در پیمان و وسیله سنجش کالا نقصان ایجاد کند؛ یا به این شکل که پیمان را کوچک کند یا پیمان را پر نکرده و در آن نقصان ایجاد کند.<sup>۴</sup> در اصطلاح، تطفیف، کم‌فروشی در کیل و وزن است.<sup>۵</sup> گفته شده است مفهوم تطفیف، یعنی کم‌فروشی؛ اعم از اینکه در مکیل و موزون باشد یا در معدودات.<sup>۶</sup>

کم‌فروشی‌ای که موضوع حکم حرمت و سایر احکام وضعی است صرفاً نقصان در کیل و وزن نیست، بلکه آن است که عنوان ظلم و خیانت عرفاً بر آن مترتب شود.<sup>۷</sup> ازاین‌رو، آن قسم از کم‌فروشی که ظلم و خیانت محسوب می‌شود و موضوع حکم حرمت است، حرمت نفسی دارد، نه غیری؛<sup>۸</sup> چراکه در ادله شرعی، ازجمله آیه اول سوره مطففین، نفس تطفیف مورد ویل و وعید قرار گرفته است.<sup>۹</sup> بنابراین اگر متعلق بیع، مال کلی فی‌المعین باشد و فروشنده هنگام تسلیم، بخشی از مبیع را تسلیم نکند، بدون تردید عمل وی مصداق تطفیف و کم‌فروشی است. به نظر می‌رسد کم‌فروشی اختصاص به مکیل و موزون ندارد و شامل

۳. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۴۰۵/۳: «طف» الطاء والفاء يدل على قلة الشيء يقال هذا شيء طفيف ويقال إناء طفان أي ملآن والتطفيف نقص المكيال والميزان قال بعض أهل العلم إنما سمي بذلك لأن الذي ينقصه منه يكون طفيفاً أو يقال لما فوق الإناء الطفاف والطفاة.»

۴. زمخشری، أساس البلاغة، ۵۸۸: «و طفافه و طقفه و طفه مقدار النقص عن ملئه و في الحديث كلکم بنو آدم طف الصاع لم تملؤوه قال جندب بن ضمرة لنا صاع إذا قلنا طفاف\* تطففها ونوفي للوفي و طفف المكيال و شئ طفيف قليل و ما بقي في الإناء إلا طفاة شيء يسير و أطف له السيف و غيره أهوى به إليه و غشيه به قال عدي أطف لأنفه الموسى قصير ليجده و كان به ضئينا.»

۵. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۲۸۱: ابن‌براج، المذهب، ۳۴۵/۱.

۶. خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۳/۱.

۷. فاضل مقداد، تنقيح الرائج، ۴۰/۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۹۹/۱۲؛ کاشف‌الغطاء، شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة، ۷۴.

ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۲/۱؛ خونی، موسوعة الامام الخونی، ۳۷۸/۳۵.

۸. امامی خوانساری، الحاشیة الثانية علی المکاسب، ۲۷؛ نک: ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۲/۱.

۹. خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۳/۱.

معدودات نیز می‌شود و اینکه در لغت و عبارات برخی از علما کم‌فروشی مقید به کم‌فروشی در کیل یا وزن شده است، از باب تقييد موضوع به فرد شایع است<sup>۱۰</sup> یا اگر هم کم‌فروشی موضوعاً مختص به کم‌فروشی در مکيل و موزون باشد، حداقل حکم تطفیف و کم‌فروشی شامل کم‌فروشی در معدودات هم می‌شود.<sup>۱۱</sup>

نکته دیگری که درباره مفهوم کم‌فروشی باید مد نظر قرار گیرد، تأثیر یا عدم تأثیر قصد و علم در تحقق عنوان تطفیف و کم‌فروشی است. در حقیقت، این سؤال مطرح است که برای تحقق عنوان کم‌فروشی آیا قصد و علم شرط است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال باید از یک سو قصد و علم کم‌فروش و از سوی دیگر علم و جهت متضرر بررسی شود. به نظر می‌رسد نسبت به شخص کم‌فروش، علم و صدق وی در تحقق مفهوم کم‌فروشی اخذ نشده است؛ یعنی برای تحقق کم‌فروشی و تطفیف لازم نیست شخص، کم‌فروشی را با قصد انجام دهد و اگر شخص، بدون قصد و علم مرتکب کم‌فروشی شود عنوان تطفیف بر آن صدق می‌کند. هر چند ممکن است به سبب جهل، عمل وی حکم تکلیفی حرمت را نداشته باشد، ولی احکام وضعی مترتب بر کم‌فروشی نسبت به آن اعمال می‌شود. این مطلب از ظاهر فرمایش علامه حلی در کتاب نهایی در خور استفاده است. ایشان در نهایی می‌نویسند: «تطفیف در کیل و وزن حرام است... و شایسته نیست کسی که آشنای به کیل و وزن نیست متصدی اندازه‌گیری شود تا مبتلا به کسر یا زیادی نشود.»<sup>۱۲</sup>

از طرف متضرر نیز ظاهراً وضعیت مشابهی برقرار است؛ یعنی علم و جهل وی به اینکه طرف مقابل مرتکب کم‌فروشی شده است در تحقق عنوان تطفیف نقشی ندارد، ولو برخی خلاف آن را اظهار کرده‌اند.<sup>۱۳</sup> از این رو، اگر متضرر آگاه باشد که طرف مقابل کمتر از آنچه در قرارداد توافق شده است به وی تسلیم می‌کند، باز هم عنوان تطفیف و کم‌فروشی محقق است. اگر متضرر با وجود علم و آگاهی از کم‌فروشی اقدام به معامله کند، چنانچه وی ناچار از انجام معامله باشد در اینجا تطفیف صدق می‌کند، ولی اگر وی ناچار به معامله نباشد و با اراده آزاد مرتکب معامله شده باشد اقدام وی به معامله، ظهور در اسقاط حق دارد.

۱۰. امامی خوانساری، الحاشیه الأولى علی المکاسب، ۷؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۲۲/۱؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۴/۱؛ منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۹/۳.

۱۱. انصاری، المکاسب، ۹۷/۱: «ثم إن البخش في العد و الذرع - يلحق به حکما وإن خرج عن موضوعه.» قطب راوندی، فقه القرآن، ۵۵/۲.

۱۲. طوسی، النهاية، ۴۷۳/۲.

۱۳. کاشف الغطاء، انوار الفقاهة؛ کتاب المکاسب، ۱۵۱/۸: «و هو تنقیص الکيل و الوزن في باب المعاوضة أو تنقیص کل مقدار مع جهل القابض بنقصانه نقصاناً یخل فی باب المعاوضة.»

## ۲. حکم تکلیفی تطفیف و کم‌فروشی

بدون تردید، از نظر حکم تکلیفی کم‌فروشی و تطفیف حرام است<sup>۱۴</sup> و چه بسا از گناهان کبیره باشد؛<sup>۱۵</sup> چراکه وعده عذاب بر آن داده شده است.<sup>۱۶</sup> دلیل بر حرمت تکلیف آن از یک سو آیات قرآنی است، نظیر: «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ. وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ. أَلَا يَظُنُّ أُولَٰئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ»؛<sup>۱۷</sup> «أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ. وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ. وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ»؛ «يَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ»؛ «وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ. أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ. وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ».

از سوی دیگر، حکم قطعی عقل مبنی بر قبیح بودن ظلم به دیگران است؛ چراکه کم‌فروشی ظلم به دیگری است.<sup>۱۸</sup> علاوه بر این، اجماع بر حرمت کم‌فروشی وجود دارد<sup>۱۹</sup> و برخی از محققان ادعای اتفاق همه مسلمانان را کرده‌اند.<sup>۲۰</sup> در کنار سه دلیل قبلی روایات متعددی نیز دلالت بر حرمت کم‌فروشی دارند. کثرت این روایات تاحدی است که برخی ادعای تواتر کرده‌اند،<sup>۲۱</sup> از جمله این روایات عبارت‌اند از:

صحیحه محض الاسلام؛ در این روایت امام هشتم (ع) می‌فرمایند: «محض اسلام، شهادت به وحدانیت خداوند و... و اجتناب از گناهان کبیره است که عبارت‌اند از: قتل نفس که خداوند تعالی آن را حرام کرده است، زنا، سرقت، شرب خمر، عاق والدین شدن... و کم‌فروشی در کیل و وزن...»<sup>۲۲</sup>

صحیحه حرمان بن اعین؛ امام صادق (ع) می‌فرمایند: «رَأَيْتَ الرَّجُلَ إِذَا مَرَّ بِهِ يَوْمٌ وَلَمْ يَكْسِبْ فِيهِ الذَّنْبَ

۱۴. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۲/۸۱؛ ابن براج، المذهب، ۱/۳۴۵؛ ابن ادریس، السرائر، ۲/۲۱۶؛ علامه حلبی، تحریر الاحکام، ۲/۲۶۲؛ علامه حلبی، تذکره، ۱۴۸/۱۲؛ علامه حلبی، قواعد الاحکام، ۲/۱۰؛ علامه حلبی، النهایه، ۲/۴۷۳؛ فخرالمحققین، ایضاح القواعد، ۱/۴۰۷؛ شهید اول، الدروس، ۳/۱۷۵؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۲/۲۹۹؛ انصاری، مکاسب، ۱/۱۹۹؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴/۳۵.

۱۵. منظور از گناه کبیره، گناهی است که وعده عذاب بر آن داده شده باشد. همچنان‌که از خطبه نخست نهج البلاغه این معنا استفاده می‌شود: «من کبیر اوعد علیه نیراته».

۱۶. شهید اول، الدروس، ۳/۱۷۵؛ کاشف الغطاء، انوار الفقاهه؛ کتاب مکاسب، ۱۵۱/۸.

۱۷. مطفیفین: ۱.

۱۸. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۲/۲۹۹؛ کاشف الغطاء، شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه، ۷۴؛ انصاری، مکاسب، ۱/۱۹۹؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۲۲/۱؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۴۳؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهه؛ کتاب التجاره، ۱۸۵.

۱۹. علامه حلبی، تذکره، ۱۴۸/۱۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۲/۲۹۹؛ کاشف الغطاء، شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه، ۷۴؛ انصاری، مکاسب، ۱۹۹/۱.

۲۰. خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۴۲؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهه؛ کتاب التجاره، ۱۸۵.

۲۱. منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمه، ۱۱/۳.

۲۲. ابن بابویه، عین اخبار الرضا، ۲/۱۲۹؛ «ستل المأمون علي بن موسى الرضا عليهما السلام أن يكتب له محض الاسلام على سبيل الإيجاز والاختصار فكتب عليه السلام له أن محض الاسلام شهادة أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له إلهوا أحدا أحدا فردا صمدا ... واجتناب الكبائر وهي قتل النفس التي حرم الله تعالى والزنا والسرقة وشرب الخمر وعقوق الوالدين ... والبخس في المكيال والميزان...»

الْعَظِيمَ مِنْ فُجُورٍ، أَوْ يَخْسِ مِكْيَالَ أَوْ مِيزَانَ أَوْ عُشْيَانَ حَرَامٍ أَوْ شُرْبِ مُسْكِرٍ كَثِيباً حَزِيناً يَحْسَبُ أَنَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ عَلَيْهِ وَضِيعَةٌ مِنْ عُمْرِهِ.»<sup>۲۳</sup> در این روایت، حضرت کم گذاشتن در کیل و وزن را گناه عظیم شمرده است. صحیحۀ ابو حمزه از امام باقر(ع)؛ حضرت می‌فرمایند: «إذا ظهر الزنا كثر موت الفجأة وإذا طفف المكيال أخذهم الله بالسنين والنقص وإذا منعوا الزكاة منعت الأرض بركاتها من الزرع والثمار والمعادن كلها وإذا جاروا في الأحكام تعاونوا على الظلم والعدوان وإذا نقصوا العهود سلط الله عليهم عدوهم.»<sup>۲۴</sup> باتوجه به آثار شدیدی که بر کم‌فروشی در این روایت بیان شده و نیز به قرینۀ سیاق به موجب این روایت، کم‌فروشی حرام است؛ از نظر حکم وضعی، معاملات موضوع کم‌فروشی و تطفیف از دو جهت محل بحث قرار می‌گیرد: یکی بررسی اعتبار معامله‌ای که در آن کم‌فروشی رخ داده است و دیگری بررسی اعتبار قراردادی که برای کم‌فروشی منعقد می‌شود. در ادامه، این دو معامله به طور جداگانه بررسی می‌شود.

### ۳. اعتبارسنجی معامله موضوع کم‌فروشی

معامله‌ای که شخص در آن مرتکب کم‌فروشی شده است از نظر صحت و بطلان چه وضعیتی دارد؟ مثلاً شخصی ده کیلو برنج به دیگری می‌فروشد ولی نه کیلو به وی تسلیم می‌کند و یک کیلو کم‌فروشی می‌کند، این معامله صحیح است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال برخی از محققان حکم به صحت معامله و ضمان کم‌فروشی کرده‌اند؛<sup>۲۵</sup> بدین معنا که معامله‌ای که در آن کم‌فروشی رخ داده، صحیح است ولی شخصی که مرتکب کم‌فروشی شده است به همان میزان ذمه‌اش مشغول است و باید از عهده آن بر آید. برخی دیگر از محققان در این مورد حکم به صحت معامله داده و خیار تبعض صفقه برای متضرر قائل شده‌اند،<sup>۲۶</sup> بدین سبب که مبیع در این معامله بعضی بعض شده است؛ چراکه وقتی موضوع قرارداد ده کیلو گندم بوده، ولی آنچه در خارج وجود داشته و به خریدار تسلیم شده است نه کیلوست، نسبت به بعض مبیع (نه کیلو) بیع صحیح واقع شده و نسبت به بعض مبیع (یک کیلو) بیع واقع نشده است و لذا خریدار خیار تبعض صفقه دارد.

با وجود این، به نظر می‌رسد در تمامی معاملاتی که در آن‌ها کم‌فروشی رخ داده است نمی‌توان حکم واحدی داد و بلکه مسئله صوری دارد که باید جداگانه بررسی شوند. در حقیقت، برای پاسخ به این سؤال باید بین معامله شیء ربوی و غیرربوی فرق گذاشت و حکم هریک جداگانه بررسی شود؛ چراکه موضوع

۲۳. کلینی، الکافی، ۱۱۳/۱۵.

۲۴. ابن بابویه، الأمالی، ۳۸۵/۱.

۲۵. علامه حلی، نهاية الاحکام، ۴۷۳/۲.

۲۶. کاشف الغطاء، انوار الفقاهة؛ کتاب المکاسب، ۷۴.

قراردادی که در آن کم‌فروشی رخ داده است، گاهی کالای ربوی (اشیای مکمل یا موزون) و گاهی غیرربوی است و حکم این دو با هم یکسان نیست. از این رو ابتدا وضعیت معامله کالای غیرربوی و سپس معامله کالای ربوی بررسی می‌شود. این تفصیل برای نخستین بار توسط شیخ انصاری در مکاسب انجام شده<sup>۲۷</sup> و پس از آن مدّ نظر سایر محققان قرار گرفته است.

### ۳. ۱. کم‌فروشی در معامله مال غیرربوی

در مواردی که موضوع قرارداد کالای غیرربوی (غیرمکمل و موزون) باشد، ممکن است قرارداد به صورت کلی فی‌الذمه یا به صورت عین معین باشد. در ادامه، حکم هر یک به طور مجزا بررسی می‌شود.

أ. کم‌فروشی مال غیرربوی به صورت کلی در ذمه: گاه مورد قرارداد، مال غیرربوی است و قرارداد به صورت کلی در ذمه منعقد می‌شود ولی متعهد در زمان تسلیم کالا مرتکب کم‌فروشی و تطفیف می‌شود؛ مثلاً شخصی ده عدد پیراهن کلی را به مبلغ ۱۰ میلیون تومان به دیگری می‌فروشد ولی فروشنده در زمان تسلیم کالا به جای ده عدد پیراهن، مقدار کمتری به خریدار تسلیم می‌کند و مرتکب تطفیف می‌شود، در این صورت به نظر می‌رسد قرارداد صحیح است ولی ذمه فروشنده نسبت به مقداری که کم‌فروشی کرده، مشغول است و خریدار می‌تواند مقدار کسری را مطالبه کند.<sup>۲۸</sup> دلیل صحت قرارداد این است که هنگام عقد تمامی شرایط صحت مهیا بوده و قرارداد به همان شکلی منعقد شده است که مورد اراده طرفین بوده است اما فروشنده هنگام اجرای قرارداد نقض عهد می‌کند و مقداری که تسلیم خریدار می‌کند کمتر از مقداری است که مورد توافق بوده است.

ب. کم‌فروشی مال غیرربوی به صورت عین معین: گاهی مورد معامله عین معین (عین شخصی) است؛ مثلاً یک جعبه تخم مرغ نزد فروشنده است. فروشنده اعلام می‌کند که این جعبه تخم مرغ را که ده عدد تخم مرغ دارد به مبلغ صد هزار تومان به شما می‌فروشم و بعد از معامله مشخص می‌شود که جعبه حاوی نه عدد تخم مرغ بوده است. در این صورت، حکم این قرارداد چگونه خواهد بود؟ برای پاسخ به این سؤال باید بین سه صورت فرق گذاشت؛ چراکه «مقدار» گاهی به صورت شرط در عقد مدّ نظر طرفین است و گاهی به صورت وصف و گاهی مقدار، اماره تقسیط است.

اول. شرط بودن مقدار: گاهی مقداری که در معامله ذکر می‌شود به صورت شرط برای یکی از عوضین مدّ نظر طرفین قرار می‌گیرد، نظیر اینکه فروشنده جعبه تخم مرغ حاضر را به شرطی که ده عدد باشد به خریدار در مقابل صد هزار تومان می‌فروشد و بعد از عقد مشخص می‌شود که مقدار مبیع نه عدد است؛ در

۲۷. انصاری، مکاسب، ۱/۱۹۹.

۲۸. ابروانی، حاشیه‌المکاسب، ۱/۲۳؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۱/۲۴۲؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۱/۱۳۴.

این صورت، موضوع قرارداد جعبه حاضر است ولی طرفین برای آن شرط و تعهد ضمنی هم ذکر کرده‌اند؛ در این مورد به نظر می‌رسد عقد صحیح باشد ولی خریدار به سبب تخلف شرط، خیار تخلف شرط داشته باشد؛<sup>۲۹</sup> چراکه شرط حاضر، شرط صفت است و تخلف از آن اصولاً سبب بطلان قرارداد نمی‌شود، بلکه صرفاً باعث ایجاد خیار تخلف شرط می‌شود. قانون مدنی در ماده ۲۳۵ به ضمانت اجرای تخلف شرط صفت اشاره و مقرر کرده است: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.»

**دوم. وصف بودن مقدار:** گاهی مقداری که در معامله ذکر می‌شود به صورت وصف برای یکی از عوضین مدنظر طرفین قرار می‌گیرد، نظیر اینکه فروشنده اعلام می‌کند این جعبه تخم مرغ که حاوی ده عدد تخم مرغ است را به صد هزار تومان به شما فروختم و بعد از عقد مشخص می‌شود که جعبه صرفاً حاوی نه عدد است. در این مورد، مقدار به عنوان وصف خاص مورد معامله بوده است و برخی از محققان بر این اعتقادند که چنین قراردادی باطل و بلا اثر است؛<sup>۳۰</sup> چراکه «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع»؛ بدین توضیح که آنچه طرفین آن را قصد کرده بودند جعبه حاوی ده عدد بوده ولی آنچه در خارج وجود داشته و موضوع عقد قرار گرفته است، جعبه حاوی نه عدد است. به نظر می‌رسد در این فرض نیز معامله صحیح باشد،<sup>۳۱</sup> زیرا تخلف وصف عارضی باعث عدم صدق عنوان نمی‌شود، بلکه وصف آن تخلف شده است. تخلف از وصف یکی از عوضین، خیار تخلف وصف برای متضرر ایجاد می‌کند. ماده ۴۱۰ قانون مدنی در این خصوص مقرر کرده است: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.»

**سوم. تقسیط بودن مقدار:** گاهی هدف طرفین از ذکر مقدار آن است که ثمن را بر آن توزیع کنند؛ مثلاً در نظر طرفین هر عدد تخم مرغ معادل ده هزار تومان است. حال، طرفین که مقدار مشخصی مثلاً ده عدد را در قرارداد بیان می‌کنند هدفشان آن است که به ازای هر ده هزار تومان یک عدد تخم مرغ قرار گیرد. در صورتی که مبیع کمتر از مقدار شرط شده باشد، بیع نسبت به مقدار موجود صحیح است و نسبت به مقدار ناقص باطل خواهد بود، نظیر بیع مالایاکل و بیع ماکول.<sup>۳۲</sup> این حکم را می‌توان از ملاک ماده ۳۸۴ قانون

۲۹. خونی، مصباح الفقاهة، ۲/۴۵؛ ابروانی، حاشیه المکاسب، ۲۲/۱.

۳۰. ابروانی، حاشیه المکاسب، ۲۳/۱.

۳۱. مکرم شیرازی، انوار الفقاهة: کتاب التجارة، ۱۸۶.

۳۲. خونی، مصباح الفقاهة، ۲/۴۵؛ یزدانی، تاثیر خیار بر محدودیت های تصرفات مالی ناقل، ۱۹۸.

مدنی نیز استفاده کرد: «هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول کند و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است.»

البته برخی از محققان حکم به فساد بیع داده‌اند.<sup>۳۳</sup> ظاهراً علت حکم به فساد آن است که تصور ایشان از شرط تقسیط با آنچه سایر محققان گفته‌اند و بیان شد متفاوت بوده است. تصور ایشان از شرط تقسیط آن است که در مقابل همین شرط مقدار، بخشی از ثمن قرار گرفته باشد؛ مثلاً آقای الف یک کیسهٔ نه کیلویی گندم داشته و آن را به شرط ده کیلو در مقابل یک کیسهٔ گندم ده کیلویی می‌فروشد و قصد و لحاظش آن است که مبیع عبارت از گندم‌های موجود (نه کیلو) و شرط مقدار باشد، به‌گونه‌ای که یک کیلو از ثمن در مقابل همین شرط مقدار قرار گیرد.

### ۲.۳. کم‌فروشی در معامله ربوی

فرض دوم بحث جایی است که کم‌فروشی در معاملهٔ اشیای ربوی رخ می‌دهد؛ بدین معنا که معامله نسبت به کالایی است که هرگاه کم‌فروشی رخ دهد ربا لازم می‌آید، نظیر اینکه ده کیلو گندم در مقابل ده کیلو گندم به فروش می‌رسد ولی مبیع به جای ده کیلو، نه کیلوست. اینجا کم‌فروشی سبب می‌شود که ربا رخ دهد. برای بررسی حکم این صورت نیز باید بین مبیع کلی و عین شخصی فرق گذاشت.

أ. کم‌فروشی مال ربوی به صورت کلی: گاهی مورد معامله، مال کلی است؛ نظیر اینکه شخص ده کیلو گندم کلی را به ده کیلو گندم کلی دیگر می‌فروشد؛ مثلاً گندم نوید را به گندم جهادی معاوضه می‌کنند، ولی فروشنده در مقابل تطبیق کلی بر مصداق و تحویل مبیع، نه کیلو به خریدار تسلیم می‌کند. در این صورت، توافق بر مقدار مساوی بوده (ده کیلو در مقابل ده کیلو) و ربا رخ نداده است و معامله از این جهت مشکلی ندارد، ولی به دلیل کم‌فروشی و تسلیم نشدن مقداری از مبیع و تعهد فروشنده، فروشنده نسبت به مقداری که کمتر از مورد توافق تسلیم کرده، ضامن و ذمه‌اش مشغول است.<sup>۳۴</sup>

ب. کم‌فروشی مال ربوی به صورت عین معین: گاهی مورد معامله، عین خارجی است؛ نظیر اینکه شخص یک کیسهٔ گندم مشخص را که ۱۰ کیلو گندم دارد به یک کیسهٔ گندم مشخص ده کیلویی می‌فروشد و بعد از معامله مشخص می‌شود که مبیع کسر داشته و به جای ده کیلو گندم، مثلاً نه کیلو داشته است. در این صورت، آیا قرارداد صحیح است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، برخی از محققان بدون تفکیک بین اینکه مقدار به عنوان شرط در معامله لحاظ شده یا وصف، به سبب ربوی شدن معامله حکم به بطلان معامله

۳۳. لاری، التعلیقة علی المکاسب، ۱۰۷/۱؛ طباطبائی قمی، عمدة المطالب، ۱۷۹/۱.

۳۴. انصاری، المکاسب، ۱۹۹/۱؛ مامقانی، غایة الآمال، ۷۵/۱؛ لاری، التعلیقة علی المکاسب، ۱۰۶/۱؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۴/۱.

داده‌اند.<sup>۳۵</sup> حق این است که باید بین این دو فرق گذاشت؛ چراکه گاهی برای مبیع شرط مقدار می‌شود و گاه وصف مقدار؛ هریک از این دو صورت جداگانه بررسی می‌شود:

**اول. شرط بودن مقدار:** گاهی برای مبیع شرط مقدار می‌شود، مثل اینکه فروشنده کیسه گندم موجود را به شرطی که ده کیلو باشد در مقابل کیسه ده کیلویی خریدار می‌فروشد. چنانچه معلوم شود که بعد از عقد مقدار مبیع صرفاً نه کیلو بوده است، برخی معتقدند که معامله صحیح است ولی طرف متضرر خیار تخلف شرط دارد.<sup>۳۶</sup> به نظر می‌رسد در این صورت عقد باطل باشد؛ زیرا تخلف شرط سبب برهم خوردن تعادل عوضین شده و چون عوضین ربوی است، قرارداد به سبب ربوی بودن باطل است.<sup>۳۷</sup>

**دوم. وصف بودن مقدار:** گاهی برای مبیع وصف مقدار می‌شود؛ بدین معنا که گاهی برای مبیع مقداری ذکر می‌شود و هدف این است که مقدار، وصف مبیع باشد. در مواردی که مقدار به عنوان وصف در مبیع لحاظ می‌شود، برخی از محققان بدون تفصیل بین صور مختلف مسئله حکم به بطلان آن داده‌اند.<sup>۳۸</sup> ولی حق این است که مسئله سه حالت پیدا می‌کند؛ چراکه هدف طرفین گاه تعلیق و گاه تشریط و گاه توزیع است.

أ. تعلیق بودن وصف مقدار: در مواردی که مقدار مبیع به عنوان وصف در قرارداد لحاظ می‌شود، گاه هدف طرفین تعلیق قرارداد است؛ یعنی گویا طرفین توافق کرده‌اند که اگر کیسه موجود ده کیلو باشد قرارداد واقع شود. در این صورت، قرارداد به دو دلیل محکوم به بطلان است: اول اینکه، این قرارداد تعلیق در انشاست و تعلیق در انشا سبب بطلان عقد می‌شود؛<sup>۳۹</sup> دوم اینکه قرارداد به سبب برهم خوردن توازن عوضین ربوی شده و در نتیجه، باطل است.

ب. تشریط بودن وصف مقدار: در مواردی که مقدار مبیع به عنوان شرط در قرارداد لحاظ می‌شود و هدف طرفین آن است که مقدار به عنوان شرط لحاظ شده باشد؛ یعنی فروشنده اعلام کرده است کیسه موجود را به شرطی که ده کیلو باشد به کیسه گندم خریدار می‌فروشد و بعد از عقد مشخص می‌شود که کیسه مبیع حاوی نه کیلو بوده است. در این صورت، به نظر می‌رسد به علت به هم خوردن تعادل عوضین و ربوی شدن معامله عقد باطل خواهد بود.<sup>۴۰</sup>

۳۵. انصاری، مکاسب، ۱/۱۹۹؛ مامقانی، غایة الآمال، ۱/۷۵.

۳۶. لاری، التعلیق علی مکاسب، ۱/۱۰۶.

۳۷. ایروانی، حاشیة مکاسب، ۱/۲۳؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۱/۲۴۶.

۳۸. لاری، التعلیق علی مکاسب، ۱/۱۰۶.

۳۹. خونی، مصباح الفقاهة، ۱/۲۴۵؛ طباطبایی قمی، عمدة المطالب، ۱/۱۷۹.

۴۰. طباطبایی قمی، عمدة المطالب، ۱/۱۷۹.

ج. توزیع بودن وصف مقدار: در مواردی که مقدار مبیع به عنوان وصف در قرارداد لحاظ می شود، گاه هدف طرفین توزیع ثمن بر مبیع است. در این صورت، به نظر می رسد قرارداد نسبت به مقدار موجود از مبیع (نه کیلو) عقد صحیح باشد و نسبت به مقدار کسری مبیع (یک کیلو) بیع از اساس باطل باشد.<sup>۴۱</sup>

#### ۴. اعتبارسنجی معامله برای کم فروشی

گاهی خود تطفیف و کم فروشی موضوع عقد و متعلق آن است، نظیر اینکه شخصی با دیگری قرارداد اجاره منعقد می کند تا اینکه مستأجر کم فروشی کند. این مورد به دو صورت متصور است؛ چراکه تطفیف و کم فروشی گاه شرط در عقد است و گاه خود موضوع عقد.

أ. شرط بودن کم فروشی: گاهی متعلق قرارداد، نفس کم فروشی نیست؛ بلکه کم فروشی به عنوان شرط در عقد درج می شود، مثل اینکه موجر با شخصی قرارداد اجاره شخص می بندد و شرط می کند که مستأجر در فعالیت خود اقدام به کم فروشی کند؛ مثلاً آقای الف مغازه زعفران دارد و با کارگری قرارداد اجاره منعقد می کند و شرط می کند که کارگر در معاملاتی که انجام می دهد کم فروشی کند. در این صورت، به نظر می رسد خود قرارداد صحیح است ولی شرط (شرط تطفیف) باطل و بلا اثر باشد؛ چراکه شرط، شرط نامشروع است و شرط نامشروع باطل و بلا اثر است. البته اگر کسی بر این اعتقاد باشد که فساد شرط به عقد سرایت می کند، عقد اجاره نیز باطل خواهد بود.<sup>۴۲</sup>

ب. موضوع عقد بودن کم فروشی: گاهی موضوع قرارداد خود کم فروشی و تطفیف است؛ نظیر اینکه شخص، دیگری را برای کم فروشی و تطفیف اجاره می کند. در این صورت، برخی معتقدند معامله صحیح است؛<sup>۴۳</sup> چراکه صرف کم فروشی و تطفیف، عمل حرامی نیست تا اگر موضوع قرارداد قرار گیرد آن قرارداد باطل باشد؛ بلکه در باب کم فروشی آنچه حرام است عبارت است از: تصنیع حق غیر و عدم وفای حق غیر به طور کامل.<sup>۴۴</sup>

به نظر می رسد قرارداد به سبب نامشروع بودن موضوع باطل است، زیرا تطفیف و کم فروشی، حرمت نفسی دارند و لذا هرگاه موضوع عقدی قرار گیرد، این عمل (انجام مورد معامله) به سبب نامشروع بودن فاقد مالیت است؛ چراکه عمل در صورتی مالیت دارد که علاوه بر قابل تخصیص بودن و منفعت عقلایی داشتن،

۴۱. انصاری، المکاسب، ۲۰۰/۱؛ مامقانی، غایة الآمال، ۷۵/۱؛ ایروانی، حاشیة المکاسب، ۶۸/۱؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۶/۱؛ طباطبایی قمی، عمدة المطالب، ۱۷۹/۱.

۴۲. ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۳/۱.

۴۳. ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۳/۱.

۴۴. ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۳/۱.

دارای منفعت مشروع نیز باشد.<sup>۴۵</sup> برخی در تأیید این حکم گفته‌اند اجاره برای تطفیف، نظیر اجاره نفس برای انجام سایر اعمال حرام باطل است.<sup>۴۶</sup>

## نتیجه‌گیری

از متون فقهی استفاده می‌شود که از جمله شرایط صحت قرارداد، حلال بودن فعل مورد معامله است. از این رو، اگر فعل موضوع قرارداد، عمل حرامی باشد، قرارداد باطل خواهد بود. از جمله اعمالی که در خصوص صحت و بطلان آن تردید وجود دارد، تطفیف است. در مواردی که خود تطفیف و کم‌فروشی موضوع عقد قرار می‌گیرد، بدون تردید معامله باطل خواهد بود. در مواردی که معامله‌ای انشا می‌شود ولی در ضمن آن، یکی از طرفین اقدام به تطفیف و کم‌فروشی می‌کند، باید بین صور مختلف فرق گذاشت. به نظر می‌رسد در تمامی مواردی که عقد به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی فی‌المعین انشا می‌شود ولی متعهد قراردادی هنگام اجرای تعهد اقدام به کم‌فروشی می‌کند معامله صحیح است ولی متخلف، ضامن مقداری است که کم‌فروشی کرده است. اما در مواردی که موضوع قرارداد عین معین باشد، اگر مقدار به صورت شرط ملحوظ طرفین بوده است، عقد صحیح است ولی متضرر، خیار تخلف شرط خواهد داشت، مگر اینکه معامله نسبت به اشیای ربوی باشد که در این صورت، عقد به سبب ربوی شدن باطل خواهد بود. در مواردی که مقدار به عنوان وصف یکی از عوضین در قرارداد ملحوظ است، اگر هدف طرفین تعلیق باشد، عقد باطل و اگر تشریط باشد در کالای غیر ربوی عقد صحیح و در کالای ربوی عقد باطل است و در موارد توزیع ثمن بر مبیع، بیع نسبت به مقدار موجود صحیح و نسبت به مقدار کسری باطل خواهد بود. باتوجه به اینکه قانون مدنی در این خصوص مقرره‌ای ندارد پیشنهاد می‌شود موارد زیر به قانون مدنی اضافه شود:

۱. هرگاه معامله‌ای به منظور کم‌فروشی منعقد شود قرارداد باطل است، مگر اینکه کم‌فروشی به عنوان شرط ضمن معامله مورد توافق قرار گیرد که در این صورت، عقد صحیح ولی شرط باطل خواهد بود.
۲. هرگاه در حال معامله، مبیع مقدار معین باشد ولی وقت تسلیم کمتر از آن در آید، اگر بیع کلی باشد عقد صحیح است و متخلف ضامن ما به التفاوت است. اگر بیع به صورت عین معین باشد در صورتی که مقدار، شرط یکی از عوضین بوده است، متضرر خیار تخلف شرط خواهد داشت و اگر مقدار، وصف یکی از عوضین باشد، متضرر خیار تخلف وصف خواهد داشت، مگر اینکه اراده طرفین بر توزیع ثمن بر مبیع باشد که در این صورت، بیع نسبت به مقدار موجود صحیح و نسبت به مقدار کسری باطل خواهد بود.

۴۵. یزدانی، حقوق اموال، ۳۶؛ جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ۵۴.

۴۶. خونی، مصباح الفقاهة، ۲۴۴/۱؛ منتظری، دراسات في المكاسب المحرمة، ۱۴/۳.

تبصره: در مواردی که موضوع قرارداد کالای ربوی و بیع به صورت عین معین باشد، در صورتی که یکی از عوضین کمتر از مقدار مقرر در آید بیع باطل خواهد بود.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. الأمانی. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. عیون اخبار الرضا علیه السلام. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن حریر. المذهب. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین (ع). ۱۴۰۳ق.
- اصفهان، ابوالحسن. وسیلة النجاة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- امامی خوانساری، الحاشیة الثانية على المكاسب. بی جا: بی نا. بی تا.
- امامی خوانساری، محمد. الحاشیة الأولى على المكاسب. بی جا: بی نا. بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المكاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی. حاشیة المكاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- تبریزی، جواد. ارشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب. قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۶ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.
- حکیم، سید محسن. منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- حکیم، سید محمد سعید. منهاج الصالحین. بیروت: دار الصفوة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. حقوق اموال. تهران: گنج دانش. چاپ هشتم، ۱۴۰۱ش.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.
- خوئی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. بی جا: بی نا. بی تا.
- خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی (ره). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- زمخشری، محمود. اساس البلاغة. بیروت: دار صادر. چاپ اول، ۱۳۹۹ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية فی فقه الامامية. بیروت: دار التراث. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

- شهيد ثاني، زين الدين بن علي. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: كتاب فروشى داوري. ١٤١٠ق.
- شهيد اول، محمد بن مكي. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ دوم، ١٤١٧ق.
- شهيد اول، محمد بن مكي. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ اول، ١٤١٤ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي. حاشية الإرشاد. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ اول، ١٤١٤ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة معارف اسلامي. چاپ اول، ١٤١٣ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام. بيروت: دار احياء التراث العربي. چاپ هفتم، ١٤٠٤ق.
- طباطبای قمی، سيدتقي. عمدة المطالب في التعليق على المكاسب. قم: كتاب فروشى محلاتي. چاپ اول، ١٤١٣ق.
- طوسي، محمد بن حسن. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب العربي. چاپ دوم، ١٤٠٠ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول، ١٤٢٠ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. تذكرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ١٤١٤ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ اول، ١٤١٣ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: مؤسسة نشر اسلامي. چاپ اول، ١٤١٠ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. نهاية الاحكام في معرفه الاحكام. قم: اسماعيليان. چاپ دوم، ١٤١٠ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. تنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: كتابخانه آيت الله مرعشي (ره). چاپ اول، ١٤٠٤ق.
- فخرالمحققين، محمد. ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد. قم: اسماعيليان. چاپ اول، ١٣٨٧ق.
- قطب راوندي، سعيد بن هبة الله. فقه القرآن. قم: كتابخانه آيت الله مرعشي (ره). چاپ دوم، ١٤٠٥ق.
- كاشف الغطاء، جعفر. شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة. بی جا: مؤسسة كاشف الغطاء. ١٤٢٠ق.
- كاشف الغطاء، حسن. انوار الفقاهة؛ كتاب المكاسب. نجف: مؤسسة كاشف الغطاء. ١٤٢٢ق.
- كليني، محمد بن يعقوب. الكافي. تهران: دار الكتب الاسلامية. چاپ چهارم، ١٤٠٧ق.
- لاری، سيد عبدالحسين. التعليقة على المكاسب. قم: مؤسسة معارف اسلامي. چاپ اول، ١٤١٨ق.
- مامقاني، محمد حسن بن عبدالله. غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامية. چاپ اول، ١٣١٦ق.
- محقق حلي، جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية. چاپ ششم، ١٤١٨ق.
- محقق حلي، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعيليان. چاپ دوم، ١٤٠٨ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن. نکت النهایة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة: کتاب التجارة. قم: مدرسه امام علی (ع). چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- منتظری، حسینعلی. دراسات فی مکاسب المحرمة. قم: تفکر. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- یزدانی، غلامرضا. تاثیر خيار بر محدودیت های تصرفات مالی ناقل. پژوهش های فقهی ۲۱(۳)، ۱۹۵ تا ۲۰۸، ۱۴۰۴ش. 10.22059/JORR.2025.386833.1009549
- یزدانی، غلامرضا. حقوق اموال. تهران: مجد. چاپ اول، ۱۳۹۷.
- یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. حاشیه مکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.

### Transliterated Bibliography

- Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī, Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Kitābkhānah-yi ‘Umūmī Imām Amīr al-Mu’minīn(AS), 1983/1403.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Nihāyat al-Aḥkām fī Ma’rifat al-Aḥkām*. Qum: Ismā‘īlīyān, Chāp-i Duvvum, 1990/1410.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Aḥkām al-Īmān*. Qum: Mū’assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Aḥkām fī Ma’rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar’iyah ‘alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā’iq al-Nāḍira fī Aḥkām al-’Itra Ṭāhira*. Qum: Mū’assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Faḍīl Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā’i li-Mukhtaṣar al-Sharā’i*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat

Allāh Mar‘ashī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad. *Īdāḥ al-Fawā'id fi Sharḥ Ishkālāt al-Qawā'id*. Qum: Ismā'īliyyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Sa'id. *Minḥāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ṣafwa, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. *Minḥāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ta'aruf, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id 'Allāma*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1998/1419.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Amālī*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *'Uyūn Akhbār al-Rizā (AS)*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Ibn Barrāj, 'Abd 'Azīz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1984/1404.

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

Imāmī Khuwānsārī, Muḥammad. *al-Ḥāshīya al-Thāniya al-Ūlā 'alā al-Makāsib* s.l. s.n. s.d.

Imāmī Khuwānsārī. *al-Ḥāshīya al-Thāniya 'alā al-Makāsib* s.l. s.n. s.d.

Īrawānī, 'Alī. *Ḥāshīya al-Makāsib*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī, Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Isfahānī, Abū al-Ḥasan. *Wasīlah al-Najāt*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī, Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Ja'fari Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Huqūq Amvāl*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp Hashtum, 2023/1401.

Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb-i al-Makāsib*. Najaf: Mū'assisa Kāshif al-Ghiṭā'. 2001/1422.

Kāshif al-Ghiṭā', Ja'far. *Sharḥ al-Shaykh Ja'far alā Qawā'id al-'Allāma*. S.l. Mū'assisa Kāshif al-Ghiṭā', 2000/1420.

Khū'ī, Abū al-Qāsim. *Mausū'at al-Imām al-Khū'ī*. Qum: Mū'assisa Iḥyā' Āṣār al-Imām al-Khū'ī, Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Khū'ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. S.l. s.n. s.d.

- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Awwal, s.d.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārūm. 1987/1407.
- Lārī, Sayyid ‘Abd Ḥusayn. *al-Ta‘līqā ‘alā al-Makāsib*. Qum: Mū‘assisa al-Ma‘ārif al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Makārim Shīrāzī, Nāshir. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb-i al-Tajārah*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī (AS). Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Māmaqānī, Muḥammad Ḥasan ibn ‘Abd Allāh. *Ghāya al-Āmāl fī Sharḥ Kitāb al-Makāsib*. Qum: Majm‘ al-Dhakhā‘ir al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1898/1316.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqnī‘a*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Hizāriḥ Shaykh Mufid. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Muḥaqqiq Ḥillī, Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘iliyān, Chāp-i Duvvum, 1988/1408.
- Muḥaqqiq Ḥillī, Ja‘far ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘ fī Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: Mū‘assisa al-Maṭbū‘āt al-Dīniyya, Chāp-i Shishum, 1997/1418.
- Muḥaqqiq Ḥillī, Ja‘far ibn Ḥasan. *Nukat al-Nihāya*. Qum: Mū‘assisah-yi Nashr Islām, Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Maqāsid fī Sharḥ al-Qawā‘id*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Dirāsāt fī al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Tafakur, Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Qum: Mū‘assisah Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1983/1403.
- Qutb Rāwandī, Sa‘īd ibn Haba Allāh. *Fiqh al-Qurān*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.
- Ṣāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī, Chāp-i Haftum, 1984/1404.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar‘iyah fī al-Fiqh al-Imāmiyyah*. Qum: Mū‘assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum‘a al-Dimashqiyya fī Fiqh al-Imāmiyya*. Beirut: Dār al-Tūrāth,

Chāp-i Awwal, 1989/1410.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiya fī Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī. 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Hāsiyah al-Irshād*. Qum: Mū'assisa Nashr Islāmī, Chāp-i Awwal, 1994/1414.

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

Ṭabāṭabāyī Qumī, Sayyid Taqī. *Umda al-Maṭālib fī al-Ta'liq 'alā al-Makāsib*. Qum: Kitābfurūshī Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Tabrīzī, Javād. *Irshād al-Ṭālib ilā al-Ta'liq 'alā al-Makāsib*. Qum: Ismā'īliyyān. 1995/1416.

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

Yazdānī, Qulām Rizā. "Ta'ṣīr Khiyār bar Maḥdūdiyat-hā-yi Taṣarufāt Mālī Nāqil". *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*, no. 3 (2025/1404): 195-208.

Yazdānī, Qulām Rizā. *Huqūq Amvāl*. Tehran: Majd. Chāp-i Awwal, 2019/1397.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *Hāshiya al-Makāsib*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Duvvum, 2000/1421.

Zamakhsharī, Maḥmūd. *Asās al-Balāghah*. Beirut: Dār Ṣādir, Chāp-i Awwal, 1979/1399.

# Table of Contents

|                                                                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>The Impact of Unconsciousness and Coma on the Legal Relations of a Person in a Comatose State</b>                                                        | 11  |
| Dr. Mohammad Mahdi Alsharif - Dr. Maryam Bolandi Barzaki                                                                                                    |     |
| <b>A Content Analysis of the Prophetic Hadith on Prohibiting a Woman from Leaving Home Based on the Theory of Compatibility with the Meanings of Qur'an</b> | 35  |
| Dr. Ali Elahi Khorasani - Zeynab Yarahmadi Khorasani                                                                                                        |     |
| <b>A Study on the Proprietary Value of "Cryptocurrencies" with a look at the jurisprudential thought of Imam Khomeini (RA)</b>                              | 57  |
| Dr. Javad Soltanifard                                                                                                                                       |     |
| <b>A Jurisprudential and Legal Reflection on Article 326 of the Civil Code (Purchase of Usurped Property with Knowledge of Usurpation)</b>                  | 87  |
| Seyed Hani Saberi - Dr. Mohammad Hasan Ha'eri - Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan                                                                     |     |
| <b>Reassessing the Application of Presumption of Continuity (Istishāb) in Legal Suspicion</b>                                                               | 113 |
| Amirhossein Ghazanfari                                                                                                                                      |     |
| <b>A Reassessment of the Ruling and Scope of Hoarding from the Perspective of Criminal Justice</b>                                                          | 137 |
| Dr. Hossein Farzaneh - Dr. Seyyed Ja'far Alavi Gonabadi - Dr. Seyyed Ali Sajjadizadeh                                                                       |     |
| <b>Analyzing the Difference in the Foundations for Accepting the Validity of Manifestation in Speech and Conduct</b>                                        | 167 |
| Fatemeh Maschi Zadeh - Dr. Mohammadreza Hamidi - Dr. Zohre Hajian Foroushani                                                                                |     |
| <b>Blood Money (diyah) for Bone Displacement with a Critical Approach to Article 569 of the Islamic Penal Code</b>                                          | 191 |
| Dr. Mohammadjavad Mohammadi                                                                                                                                 |     |
| <b>Assessing the Validity of Transactions Involving Underselling (Tatfif)</b>                                                                               | 219 |
| Dr. Gholamreza Yazdani                                                                                                                                      |     |



## **Journal of Fiqh and Usul**

Vol. 57, No. 4: Issue 143, Winter 2026

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

### **License Holder**

Ferdowsi University of Mashhad

**Journal Expert:** Shahsaman Shahrokh Shahian

**Page Designer:** Hussein Zekavatizadeh

**Translation of Abstracts:** Mina Mollaie

**Editor:** Sayeda Marzieh Khaleghi Miran

**Transliterator:** Maryam Oraee

### **Address:**

Faculty of Theology and Islamic Studies  
Ferdowsi University of Mashhad Campus  
Azadi Sq. Mashhad – Iran

**Zip Code:** 9177948955

**Tel:** +98 (51) 38803863

### **Managing Editor & Editor in Chief**

Dr. M.T. Fakhla'i

## **Editorial Board**

### **Dr.J. Īravanī**

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

### **Dr. A. A. Īzādīfard**

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

### **Dr. A. Baqirī**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

### **Dr. M. H. Hā'irī**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Dr. H. Sābirī**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Dr. M.T. Fakhla'i**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshan**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Dr. J. Qanavā'i**

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 MASHAHAD

# Journal of Fiqh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

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

Vol. 57, No. 4: Issue 143, Winter 2026

## Contents

**The Impact of Unconsciousness and Coma on the Legal Relations of a Person in a Comatose State**

Dr. Mohammad Mahdi Alsharif - Dr. Maryam Bolandi Barzaki

**A Content Analysis of the Prophetic Hadith on Prohibiting a Woman from Leaving Home Based on the Theory of Compatibility with the Meanings of Qur'an**

Dr. Ali Elahi Khorasani - Zeynab Yarahmadi Khorasani

**A Study on the Proprietary Value of "Cryptocurrencies" with a look at the jurisprudential thought of Imam Khomeini (RA)**

Dr. Javad Soltanifard

**A Jurisprudential and Legal Reflection on Article 326 of the Civil Code  
(Purchase of Usurped Property with Knowledge of Usurpation)**

Seyed Hani Saberi - Dr. Mohammad Hasan Ha'eri - Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan

**Reassessing the Application of Presumption of Continuity (Istiṣḥāb) in Legal Suspicion**

Amirhossein Ghazanfari

**A Reassessment of the Ruling and Scope of Hoarding from the Perspective of Criminal Justice**

Dr. Hossein Farzaneh - Dr. Seyyed Ja'far Alavi Gonabadi - Dr. Seyyed Ali Sajjadizadeh

**Analyzing the Difference in the Foundations for Accepting the Validity of Manifestation in Speech and Conduct**

Fatemeh Maschi Zadeh - Dr. Mohammadreza Hamidi - Dr. Zohre Hajian Foroushani

**Blood Money (diyah) for Bone Displacement with a Critical Approach to Article 569 of the Islamic Penal Code**

Dr. Mohammadjavad Mohammadi

**Assessing the Validity of Transactions Involving Underselling (Taṭfīf)**

Dr. Gholamreza Yazdani