



امکان‌سنجی «تعزیر گفتاری» به‌مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران

دکتر مجتبی جاویدی - فرامرز فخرمعانی

مجازات قیادت در فقه امامیه؛ بازخوانی انتقادی بر مبنای تجميع قراین با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

دکتر ابوالقاسم حسینی زیدی - دکتر رضا حق‌پناه - حبیب یوسف‌وند - محمدحسین گلیاری

تأملی در عدم‌شمول روایات کسب مال نسبت به طلاب علوم دینی

دکتر مصطفی دهقان

اعتبارسنجی کارایی فیلم و عکس در اثبات رابطه نامشروع (نقد رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور)

دکتر جواد سلطانی‌فرد - سیدامید موسوی

امکان‌سنجی ارجاع تراحم امتثالی به تعارض ادله

امیرحسین غضنفری

اثبات شرایط مساعد به حال متهم از منظر فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق ایران

دکتر عبدالله غلامی - سیدجواد احسانی - محمدعلی شهرآبادی

تأملی در دیه اعضای داخلی بدن و رویکرد فقهای امامیه در مواجهه با آن

دکتر محمد فردوسی‌پور - دکتر حسین احمري

بررسی شمول قاعده ابطال‌ناپذیری خون مسلمان نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ (همراه با نقد ۹۰ ق.م.ا)

سیدحسین قندیلی - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا - دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان

نقدی بر دیدگاه فیض کاشانی در تحریم حق‌المارّه با تأکید بر مقاصد شریعت

محمدصادق متقی پیشه - دکتر حسین صابری - دکتر حسین ناصری مقدم

بازپژوهی مبانی فقهی-حقوقی فوریت و تراخی در اِعمال خيار فسخ نکاح (ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی)

دکتر مهدی میری - دکتر فرزانه کرمی - دکتر غلامرضا یزدانی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵

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 انگلیسی: دکتر بشری عبدخدائی

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 حروف چینی شده و در سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول، بارگذاری و با سایر اطلاعات مورد نیاز ثبت و ارسال شود.

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

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

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

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

بخش دوم: شیوه نگارش

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

نکات مهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

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

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

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

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

۵.۱. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (ک، و، ـ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیر ملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/معین؛ علی/علی؛ بنا/بنا؛ عَرْضَه/عَرْضَه؛ حَرْف/حَرْف.

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

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

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

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

⁴. <http://www.virastlive.com/>

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

۲. لایه‌بندی

- ۲.۱. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.
- ۲.۲. بدنه اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی‌المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد، بایستی از صورت تیترا درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به‌طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامه آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...
- ۲.۳. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره گذاری نشود.
- ۲.۴. عناوین و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در حالت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری شود.
- ۲.۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده شود. به‌طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوه ارجاع استنادی و تنظیم منابع

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

شیوه ارجاعی نشریه: نظام شیکاگو «پانویشت-منابع»

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

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

۱. چگونگی ارجاع و اجزای اصلی در ساختار پانویشت:

- قسمت‌های پانویشت با ویرگول جدا شود؛
- تنها نام خانوادگی صاحب اثر درج شود؛
- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل نویسی (ایرانیکی) شود؛
- نام آثار خُرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛

- شماره صفحه ارجاعی و احیاناً جلد درج و بین آن دو با اسلش فاصله انداخته شود.

۲. چگونگی تنظیم و اجزای اصلی در ساختار منابع

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

نمونه‌های ارجاع:

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

کتاب:

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

مقاله:

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

سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

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

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

۲. در مورد تقریرات درس، لازم است در منابع پایانی اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) به عنوان پدیدآورنده ذکر شود.

✓ نمونه: صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الاصول. مقرر: هاشمی شاهرودی.

در ارجاع پانویشت نام مقرر لازم نیست افزوده شود.

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

نمونه:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

۴. تاریخ‌نویسی

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

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

۵. قلم متن

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

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

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

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

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۱	امکان سنجی «تعزیر گفتاری» به مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران دکتر مجتبی جاویدی - فرامرز فخرمعانی
۳۹	مجازات قیادت در فقه امامیه؛ بازخوانی انتقادی بر مبنای تجميع قراین با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دکتر ابوالقاسم حسینی زیدی - دکتر رضا حق پناه - حبیب یوسفوند - محمدحسین گلیاری
۶۱	تأملی در عدم شمول روایات کسب مال نسبت به طلاب علوم دینی دکتر مصطفی دهقان
۸۳	اعتبارسنجی کارایی فیلم و عکس در اثبات رابطه نامشروع (نقد رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور) دکتر جواد سلطانی فرد - سیدامید موسوی
۱۰۷	امکان سنجی ارجاع تراحم امتتالی به تعارض ادله امیرحسین غضنفری
۱۳۳	اثبات شرایط مساعد به حال متهم از منظر فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق ایران دکتر عبدالله غلامی - سیدجواد احسانی - محمدعلی شهرآبادی
۱۵۵	تأملی در دیه اعضای داخلی بدن و رویکرد فقههای امامیه در مواجهه با آن دکتر محمد فردوسی پور - دکتر حسین احمدی
۱۸۳	بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ (همراه با نقد ۹۰ ق.م.ا) سیدحسین قندیلی - دکتر علیرضا عابدی سراسیا - دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان
۲۰۷	نقدی بر دیدگاه فیض کاشانی در تحریم حق الماره با تأکید بر مقاصد شریعت محمدصادق متقی پیشه - دکتر حسین صابری - دکتر حسین ناصری مقدم
۲۳۹	بازپژوهی مبانی فقهی-حقوقی فوریت و تراخی در اعمال خیار فسخ نکاح (ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی) دکتر مهدی میری - دکتر فرزانه کرمی - دکتر غلامرضا یزدانی



Assessing the Feasibility of Recognizing “Verbal Ta‘zīr (*ta‘zīr-i guftārī*)” as a Form of Ta‘zīr in *Imāmī* Fiqh and Iranian Law

Dr. Mojtaba Javidi (Corresponding Author) 

Associate Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran

Email: dr-mojtabajavidi@shirazu.ac.ir

Faramarz Fakhrema‘ani 

PhD Candidate, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

Ta‘zīrī responses vary widely and diversely according to the circumstances of the individual in time and place. This diversity is grounded in the principle of personal responsibility in punishment and considerations of public interest. The present study asks whether *Imāmī* Fiqh and Iranian law can recognize a distinct form of *ta‘zīr* known as “verbal *ta‘zīr*”. *Imāmī* jurists have adopted two broad positions on this issue: some do not classify verbal responses as *ta‘zīr*, whereas others regard them as instances of *ta‘zīr*. The present study explores this issue using the descriptive-analytical method. Findings indicate that based on Qur’ānic verses and Hadiths, verbal *ta‘zīr* can indeed be recognized as a form of *ta‘zīr*. Depending on the characteristics of the offender, it may encompass a range of levels, including notification, admonition, exhortation, reprimand, and threatening. The legislator has sporadically identified measures such as exhortation, written and oral admonition, reprimand, and warning in various provisions of the laws currently in force. However, in light of the Qur’ānic and traditional foundations, verbal *ta‘zīr* should not be confined to these cases; rather, it should be used more extensively and in a more organized manner in *ta‘zīrī* laws and regulations.

Keywords: verbal *ta‘zīr*, notification (*īlām*), reprimand, threat, exhortation.





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۳۸ - ۱۱
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۱/۱۷
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.91495.1893	نوع مقاله: پژوهشی

امکان سنجی «تعزیر گفتاری» به مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران

دکتر مجتبی جاویدی (نویسنده مسئول) ^{id}

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

Email: dr-mojtabajavidi@shirazu.ac.ir

فرامرز فخرمعانی ^{id}

دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

چکیده

واکنش‌های تعزیری به فراخور حال شخص در زمان و مکان، گسترده و گوناگون‌اند. این گوناگونی بر پایه اصل شخصی بودن مجازات‌ها و مصلحت‌سنجی استوار است. پرسش پژوهش حاضر آن است که آیا می‌توان در فقه امامیه و حقوق ایران، گونه‌ای تعزیر را با عنوان «تعزیر گفتاری» پذیرفت؟ فقیهان امامیه در این باره دو رویکرد کلان اختیار کرده‌اند: شماری واکنش‌های گفتاری را تعزیر ندانسته و گروهی دیگر، از مصادیق تعزیر به شمار آورده‌اند. در این جستار با بهره‌گیری از شیوه توصیفی تحلیلی این موضوع به بحث کشیده شده و یافته‌ها حاکی از آن است که مستند به آیات و روایات می‌توان ضمن پذیرش تعزیر گفتاری، این گونه تعزیر باتوجه به ویژگی‌های مرتکب دارای مراتبی شامل آگاهانیدن، پند، اندرز، سرزنش یا بیم‌دادن است. قانونگذار در موادی از قوانین جاری به صورت پراکنده، مصادیقی چون وعظ، تذکر کتبی، شفاهی، توبیخ و اخطار را برشمرده است، ولی نظر به پشتوانه‌های قرآنی و روایی، تعزیر گفتاری نباید در این موارد منحصر شود؛ بلکه باید به صورت گسترده‌تر و سازمان‌یافته‌تر در قوانین تعزیری مورد استفاده قرار گیرد.

واژگان کلیدی: تعزیر گفتاری، اعلام، توبیخ، تهدید، وعظ.

مقدمه

نظام کیفرهای نامعین در حقوق جزای اسلامی، محصول تنوع واکنش‌های تعزیری است و این تنوع نیز معلول پذیرش قاعده بسط ید حاکم در قلمرو تعزیرات است. البته اختیار گسترده حاکم در گزینش واکنش تعزیری متناسب با اشخاص گوناگون و با در نظر داشتن اوضاع و احوال، امکان و ازمنه مختلف، بر مصلحت‌سنجی در تعیین واکنش مناسب استوار است. امروزه با گسترده‌گی جوامع، این مصلحت‌سنجی عادتاً از عهده فردی با عنوان حاکم خارج است؛ ازین‌رو حاکم در اینجا شخصیتی حقوقی دارد و در شکل‌گیری این شخصیت، مجموعه‌ای از مصلحت‌سنجان و متخصصان دخیل‌اند.

اکنون جای این پرسش است که آیا می‌توان دایره تعزیر را گسترش داد و «تعزیر گفتاری» را به‌عنوان یکی از واکنش‌های تعزیری پذیرفت؟ پاسخ به این پرسش از آن‌رو ضرورت دارد که عدم‌توجه به این‌گونه واکنش‌ها در مسیر دادرسی می‌تواند موجب برخورد‌های سرکوبگر شود که در سیاست جنایی اسلام جایگاهی ندارد. افزون بر این، گزینش تعزیر گفتاری با مصالح اجتماعی نیز هماهنگی دارد.

اهمیت پذیرش تعزیر گفتاری به‌عنوان یکی از اقسام تعزیرات از آن جهت است که می‌تواند برخی از معضلات دستگاه قضایی را برطرف سازد. تسریع در فرایند دادرسی، کاستن از بار هزینه‌های مالی اجرای احکام غیرگفتاری، بهره‌مندی بهتر و بیشتر از نیروی انسانی و کاستن آسیب‌های اجتماعی برای ادامه زندگی خانواده‌های متخلفان و مجرمان می‌تواند از منافع آن باشند؛ چراکه چنانچه بازدارندگی در شخصی با گفتار حاصل شود، دیگر نیازی به توسل به واکنش‌های سخت و سرکوبگر نیست.

علی‌رغم اهمیت و ضرورت پرداختن به موضوع تعزیر گفتاری، تاکنون پژوهش مستقلی به این موضوع نپرداخته است. مقاله «مراتب تعزیر» ضمن تبیین نظریه مراتب تعزیر، به‌طور مختصر به ذکر مصادیقی از مرتبه گفتاری پرداخته است.^۱ همچنین مقاله «روش‌شناسی مواجهه امام علی (ع) با محرمات فاقد کیفر؛ نقدی بر اطلاق قاعده «التعزیر لکل حرام»، مصادیقی از تعزیر گفتاری را به‌عنوان یکی از تدابیر واکنشی کیفرزدا با وصف غیرسرکوبگر، در سیره امیرالمؤمنان (ع) واکاوی کرده است.^۲

مقاله همایشی «بررسی نهاد وعظ، توبیخ، تهدید در تعزیرات از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران»، برای اثبات مصداق تعزیر بودن وعظ، توبیخ و تهدید به اطلاق قواعد تعزیر همانند «التعزیر لکل حرام» و «التعزیر بما یراه الحاکم» و برخی ادله ثانوی دست یافته است.^۳ اما پژوهش پیش‌رو افزون بر آوردن

۱. میرخلیلی، «مراتب تعزیر»، ۶۷۷.

۲. جاویدی و دیگران، «روش‌شناسی مواجهه امام علی (ع) با محرمات فاقد کیفر؛ نقدی بر اطلاق قاعده «التعزیر لکل حرام»، ۸۳ و ۸۴.

۳. پهلوان، «بررسی نهاد وعظ، توبیخ، تهدید در تعزیرات از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران»، ۱۲.

اعلام به عنوان مصداق دیگری از تعزیر و بررسی دیدگاه فقها و حقوق ایران، به آیات و روایات مربوطه نیز استناد کرده است. بنابراین، بهره‌گیری از عنوان «تعزیر گفتاری» و امکان‌سنجی پذیرش آن در فقه امامیه و حقوق ایران براساس ادله قرآنی و روایی و بررسی رویکرد از مهم‌ترین نوآوری‌های پژوهش پیش‌روست.

۱. مفهوم‌شناسی تعزیر گفتاری

معانی لغوی و اصطلاحی پرکاربردترین مفاهیم پژوهش پیش‌رو، در این بخش ذکر شده است. **تعزیر:** واژه تعزیر از ریشه (ع، ز، ر) در معانی گوناگونی به کار رفته است. برخی آن‌ها را به معانی مثبت و منفی دسته‌بندی کرده‌اند.^۴ مهم‌ترین معانی عبارت است از: نصرت، تعظیم، توقیر، عتاب، تأدیب و زدن به کم‌تر از حد.^۵

نگارنده محیط تعزیر را سرزنش معنا کرده است که با تعزیر گفتاری مناسبت دارد.^۶ به نظر می‌رسد معنای تأدیب و زدن به کم‌تر از حد، حقیقت لغوی آن نباشد؛ بلکه از حقایق شرعی یا متشرعیه باشد.^۷ مشتقات تعزیر سه بار در قرآن به معنای یاری کردن آمده است: «عَزَّوْتُمُوهُمْ»^۸ «عَزَّوَتْ»^۹ و «تُعَزُّوْهُ»^{۱۰} بنابراین، ریشه تعزیر به «نصرت»؛ همسان یاری در فارسی باز می‌گردد؛^{۱۱} این‌گونه که یاری مجرم با بازداشتن وی از ارتکاب جرم خواهد بود و تعزیر گفتاری در راستای همین یاری‌رسانی به مجرم است.

تعزیر گفتاری: ترکیب «تعزیر گفتاری» در گزاره‌های فقهی نیامده است اما واژگانی دیده می‌شود که تضمناً یا التزاماً به این معنا دلالت دارند. خاستگاه بیشتر این گزاره‌ها، تفسیر موسع از مفهوم تعزیر و عدم انحصار آن به ضرب است. به دیگر سخن، بیشتر فقیهانی که سخن از مصادیق غیرضرب به میان آورده اند، به ذکر مصادیقی از تعزیر گفتاری همانند وعظ، توبیخ، لوم، تهدید و... بسنده کرده‌اند.^{۱۲} بنابراین، گزاره فقهی ویژه‌ای دیده نشده است که به صورت مستقیم به تعزیر گفتاری پرداخته باشد؛ بلکه با الغای خصوصیت از مصادیق، می‌توان تعزیر گفتاری را هرگونه واکنش جزایی بازدارنده فرد در دایره لسان دانست که به دامنه ید نمی‌رسد.

۴. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۲۳.

۵. جوهری، الصحاح، ۷۴۴/۲؛ صاحب‌بن‌عباد، المحيط فی اللغة، ۳۸۳/۱؛ فراهیدی، کتاب العین، ۳۵۱/۱.

۶. صاحب‌بن‌عباد، المحيط فی اللغة، ۳۸۳/۱.

۷. حسینی، فخر معانی، حبس خانگی، ۲۶.

۸. مانده: ۱۲.

۹. اعراف: ۱۵۷.

۱۰. فتح: ۹.

۱۱. مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۴۵۳/۹.

۱۲. جزیری و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البيت علیهم السلام، ۵۸۹/۵؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۵۶.

اعلام: این واژه از ریشه (ع، ل، م)، مصدر ثلاثی مزید باب افعال و در لغت به‌معنای فهماندن است.^{۱۳} همچنین به‌معنای آگاهی‌دادن نیز به کار رفته است.^{۱۴} راغب اصفهانی آن را خبردادن سریع معنا کرده است.^{۱۵} بنابراین، همسان اعلام در فارسی، آگاهی‌بخشیدن است.

وعظ: این واژه از ریشه (و، ع، ظ)، همسان با واژگان «عظة» و «موعظة» و در لغت به‌معنای پنددادن و یادآوری عواقب کارهاست.^{۱۶} نگارنده العین آن را یادآوری نیکی‌ها آن‌گونه که موجب رقت‌پندگیرنده قلب شود، معنا کرده است.^{۱۷} راغب اصفهانی آن را به بازداشتن همراه با بهره‌گیری از ابزار ترس معنا کرده است.^{۱۸} بنابراین، جمع دیدگاه لغویان آن است که مراد از وعظ، پنددادن با هدف بازداشتن از بدی‌ها با بهره‌گیری از یادآوری نیکی‌ها باشد.

توبیخ: این واژه از ریشه (و، ب، خ)، مصدر ثلاثی مزید باب تفعیل و در لغت به‌معنای ملامت است.^{۱۹} برخی از لغویان دو معنای تهدید و تأنیب را نیز به‌معنای ملامت افزوده‌اند.^{۲۰} مناسب‌ترین نتیجه از دیدگاه لغویان، مطابق نظر لغت‌نامه دهخدا آن است که توبیخ همسان سرزنش و نکوهش در فارسی باشد.^{۲۱}

تهدید: این واژه از ریشه (ه، د، د)، مصدر ثلاثی مزید باب تفعیل و در لغت به‌معنای ترساندن است از آنچه وعده داده شده است.^{۲۲} به نظر می‌رسد متبادر به ذهن از تهدید همان ترساندن با بهره‌گیری از ابزاری باشد که گناهکار از آن فشار واهمه دارد. یکی از استادان حقوق، آن را به‌معنای ایجاد بیم بر جان، مال یا آبروی دیگری آورده است.^{۲۳}

۲. تعزیر گفتاری در قوانین موضوعه

رویکرد قانونگذار تنها بیان مصادیق پراکنده‌ای از تعزیر گفتاری در برخی قوانین است. در کتاب کلیات قانون مجازات اسلامی اشاره‌ای به عنوان «تعزیر گفتاری» نشده و به تبع، تعریفی از آن ارائه نشده است. در

۱۳. جوهری، الصحاح، ۱۹۹۰/۵.

۱۴. حمیری، شمس العلوم، ۴۷۴۳/۷.

۱۵. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۵۸۰.

۱۶. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۶۶/۷؛ جوهری، الصحاح، ۱۱۸۱/۳.

۱۷. فراهیدی، کتاب العین، ۲۱۸/۲.

۱۸. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۸۷۶.

۱۹. حمیری، شمس العلوم، ۵۰/۱۱؛ صاحب‌بن‌عباد، المحيط فی اللغة، ۱۴۱۴ق: ۴۲۸/۴؛ فراهیدی، کتاب العین، ۳۱۵/۴.

۲۰. ابن‌منظور، لسان العرب، ۶۶/۳؛ جوهری، الصحاح، ۴۳۴/۱.

۲۱. دهخدا، لغت‌نامه، ذیل واژه توبیخ.

۲۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۳۳/۳؛ جوهری، الصحاح، ۵۵۶/۲؛ حمیری، شمس العلوم، ۶۸۴۴/۱۰؛ فراهیدی، کتاب العین، ۳۴۷/۳.

۲۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۸۳.

کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۷۵ نیز به عنوان یکی از اقسام مجازات‌های تعزیری در مورد افراد عاقل و بالغ استفاده نشده است. همسان تعزیر گفتاری در قوانین مدونه جزایی، واژگان یا گزاره‌هایی است که می‌تواند مصداق اعلام، وعظ، توبیخ یا تهدید باشند و بعضاً در بازدارندگی یا پیشگیری از تخلف یا جرم رخ داده مؤثر هستند. در ادامه، به مصادیق تعزیر گفتاری در قوانین ایران می‌پردازیم.

۲. ۱. قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان...^{۲۴} مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۶۵

ماده ۲ این قانون، تذکر و ارشاد، توبیخ، سرزنش و تهدید را به عنوان مجازات تعزیری برای متخلفان و مجرمان موضوع قانون در نظر گرفته است که مستند به بخش اخیر ماده، دادگاه باتوجه به شرایط و حالات مجرم، دفعات، زمان و مکان وقوع جرم و دیگر مقتضیات، مجرم را به یکی از مجازات‌های مذکور محکوم می‌کند.

مجازات تعزیری تولیدکنندگان داخلی و واردکنندگان و فروشندگان و استفاده‌کنندگان البسه و نشان‌های مذکور در ماده ۱ به این شرح خواهد بود: ۱. تذکر و ارشاد؛ ۲. توبیخ و سرزنش؛ ۳. تهدید.

۲. ۲. قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا مصوب ۲۳ فروردین ۱۳۶۷

به استناد ماده ۵ قانون یادشده، چنانچه متهم برای اولین بار مرتکب یکی از اعمال مذکور در مواد پیشین شده باشد و دادستان در موارد غیر مهم تشخیص دهد که عامل متخلف با وعظ، توبیخ، تهدید یا اخذ تعهد، تأدیب خواهد شد، می‌تواند در مسیر به کارگیری این گونه واکنش‌های گفتاری حرکت کند که صراحتاً همگی مصادیقی از تعزیر گفتاری هستند. گزینش و اعمال این گونه تعزیر برای دادگاه نیز محفوظ است.

۲. ۳. قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۲۳ اسفند ۱۳۶۷

قانونگذار رخداد مرتبه اول در تخلفات زیر را منجر به ثبوت «تذکر کتبی» دانسته که مصداق «اعلام» و به گونه‌ای همسان «توبیخ» در متون فقهی است. همچنین می‌تواند هر دو هدف را در خود داشته باشد.

ماده ۵: عرضه کالا خارج از شبکه.

ماده ۶: عدم درج قیمت به هنگام عرضه کالای مناسب.

ماده ۷: اخفا و امتناع از عرضه کالا به قصد گران‌فروشی یا تبعیض در قیمت.

ماده ۹: عدم اجرای ضوابط قیمت‌گذاری و توزیع.

ماده ۱۱: عدم اجرای تعهدات تولیدکنندگان در قبال دریافت ارز و خدمات دولتی.

ماده ۱۲: نداشتن پروانه کسب واحدهای صنفی متناسب با نوع واحدها.

۲۴. عنوان کامل این قانون عبارت است از: «قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آن‌ها در ملا عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند.»

۲.۴. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰

ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، وعظ، توبیخ و تهدید برای اجبارکننده به جرم و ماده ۴۳ این قانون، وعظ و تهدید برای معاون جرم را یکی از درجات تعزیر بر شمرده است.

۲.۵. قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹

بخش اخیر ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹، راهوران فراجا را مکلف به اخطار به خروج متخلف از محدوده طرح ترافیک کرده است که می‌تواند مصداقی از «اعلام» یا «تهدید» باشد: «نیروی انتظامی ضمن صدور قبض جرمه عبور ممنوع برای متخلف به او اخطار می‌نماید که از محدوده طرح ترافیک خارج شود.»

۲.۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۹

ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، دادگاه را درباره کودکان و نوجوانانی که مرتکب یکی از جرایم تعزیری می‌شوند و سن آن‌ها در زمان ارتکاب، نه تا پانزده سال تمام شمسی است به اتخاذ یکی از تصمیمات زیر مکلف می‌سازد:

پ. نصیحت به وسیله قاضی دادگاه (همسان وعظ)؛

ت. اخطار، تذکر یا اخذ تعهد کتبی به عدم تکرار جرم (همسان تهدید).

۳. تعزیر گفتاری از دیدگاه فقهای امامیه

در عبارات فقها درباره تعزیر گفتاری دو رویکرد مشاهده‌شدنی است: رویکرد نخست، گفتار را به‌عنوان مصداقی از تعزیر نمی‌پذیرد؛ رویکرد دوم، گفتار را یکی از مصادیق تعزیر می‌داند.

۳.۱. پذیرش تعزیر گفتاری

گروهی از فقهای امامیه واکنش‌های گفتاری همانند اعلام، وعظ، توبیخ و تهدید را در شمار مصادیق تعزیر دانسته‌اند و در نظر ایشان، تعمیم مصادیق تعزیر نیز امری قطعی است.^{۲۵} این رویکرد در دو قسمت ادله و مصادیق بررسی می‌شوند.

۳.۱.۱. دلایل قائلان به تعزیر بودن گفتار

خاستگاه این دیدگاه، تفسیر موسع از مفهوم تعزیر و متنوع‌دانستن واکنش‌های تعزیری است که به مواردی استدلال شده است:

أ. تبادر: گروهی متبادر از واژه تعزیر را نصرت یا منع بیان کرده و مصادیق تعزیر گفتاری را برای برخی

افراد، مصداق نصرت یا منع آنان دانسته و از آن، عدم انحصار تعزیر به تازیانه برداشت کرده‌اند.^{۲۶} به دیگر سخن، این گونه نیست که نصرت یا منع مجرم تنها با تازیانه حاصل شود.

ب. اصل عدم: مقدس اردبیلی مستند به اصل عدم، مصادیق تعزیر گفتاری را هماهنگ با نامحدود بودن تعزیر می‌داند.^{۲۷} به دیگر سخن، اصل عدم انحصار تعزیر به تازیانه است و حصری دانستن تعزیر به تازیانه نیازمند دلیل است. بنابراین، تعزیر گفتاری می‌تواند یکی از مصادیق عدم انحصار تعزیرات باشد.

ج. قیاس منصوص العلة: در برخی روایات، علت وجوب تعزیر، آزادیدن مسلمانان از فعل منتج به تعزیر دانسته شده است.^{۲۸} هر چند شاید این مطلب از رهگذر بیان حکمت باشد و نه بیان علت، اما برخی برای تبیین گستردگی معنای تعزیر به آن استناد کرده‌اند. «تعزیر و تأدیب گناهکار برای آن است که با کارهای خلافش موجب ایذا و آزار و اذیت مسلمین نشود؛ چه اینکه تعزیر به وسیله تازیانه باشد یا با جریمه مالی این منظور حاصل شود یا به سبب حبس، سد راه آزار و اذیت‌های او گردیم یا از روش‌های دیگر برای تحقق این هدف بهره جوییم.»^{۲۹} پس این دیدگاه، انحصاریت تعزیر به تازیانه را نمی‌پذیرد. این عدم انحصاریت، پذیرش واکنش‌های گفتاری به عنوان مصادیقی از تعزیر را در پی دارد.

د. مصداقیت ضرب و جلد: بسیاری بر این باورند که ذکر ضرب، سوط و جلد در برخی روایات، از باب ذکر مصداق تعزیر است؛ نه از باب بیان مفهوم تعزیر. در واقع تعزیر، کلی مشکک و دارای مراتب است و سخن از ضرب، سوط و جلد هنگام بیان مصادیق، تنها از رهگذر بیان اظهر و اشد افراد و مراتب تعزیر است.^{۳۰} بنابراین، ضرب و جلد مفهوم تعزیر نیست؛ بلکه مصداق آن است. تعزیر گفتاری نیز مصداق تعزیر به شمار می‌آید؛ چراکه نصرت مجرم گاه با گفتار حاصل می‌شود و از این رو گفتار صلاحیت تعزیر واقع شدن را دارد.

ه. مصلحت سنجی حاکم: این دلیل برخاسته از قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است و برای پذیرش مصادیق گفتاری در جایگاه تعزیر استناد شده است؛^{۳۱} این گونه که گاهی حاکم صلاح را در این می‌بیند تا با بهره‌گیری از ابزارهای تربیتی و بعضاً در چهارچوب ابزارهای گفتاری، شخص را متنبه سازد؛ یعنی همین

۲۶. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۶۹.

۲۷. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۷۶/۱۳.

۲۸. کلینی، الکافی، ۲۴۳/۷؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۸۰/۱۰.

۲۹. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۸۲.

۳۰. جزیری و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، ۵۸۹/۵؛ طبری، موارد السجن في النصوص و الفتاوی، ۵۵۱؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۶۴؛ منتظری، دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، ۳۲۳/۲.

۳۱. جزیری و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، ۵۸۹/۵؛ مؤمن، مبانی تحریر الوسيلة: کتاب الحدود، ۱۰۵.

جاویدی، فخرمعانی؛ امکان‌سنجی «تعزیر گفتاری» به‌مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران/ ۱۹

اندازه که اعلام، وعظ، توبیخ، تهدید یا هر شیوه درخور دیگری بتواند مجرم را از برخی گناهان باز دارد، در تعزیر او کافی است. البته برخی این نوع واکنش‌های گفتاری را برای گناهان کوچک‌تر مناسب می‌دانند.^{۳۲}

و. روایات: عمده دلیل پذیرندگان گفتار به‌عنوان مصداق تعزیر، روایاتی است که پیش‌تر بیان شد و در آن‌ها از آگاه‌کردن گناهکار به گناه^{۳۳} پنددادن به او^{۳۴} سرزنش و نکوهش برخی فرماندهان و فرمانداران توسط امیرالمؤمنان(ع)^{۳۵} و تهدیدهایی در سیره نبوی یاد شده است.^{۳۶} محقق اردبیلی مستند به مرسله‌ای از امیرالمؤمنان(ع)، اساساً انحصار تعزیر به ضرب را مردود دانسته است.^{۳۷}

۳. ۱. ۲. مصادیق تعزیر گفتاری در گزاره‌های فقهی

برای تعزیر گفتاری چهار مصداق در گزاره‌های فقهی یافته شد:

اعلام: در اصطلاح فقهی در معنای آگاهی‌دادن به کار رفته است؛ یعنی در پاره‌ای موارد صرف آگاه‌کردن گناهکار به گناه خود در بازدارندگی کفایت می‌کند. بنابراین، این‌گونه واکنش، نقشی تربیتی را ایفا کرده است و دیگر نیازی نیست که نوبت به زدن و به درد آوردن برسد.^{۳۸}

وعظ: تعیین تعزیر موکول به نظر حاکم دانسته شده است و برخی باتوجه‌به این مطلب، پندوانداز را در شمار تعزیر آورده‌اند.^{۳۹} بیان شده است هرگاه حاکم جامعه اسلامی خطای اندکی را مرتکب شود، شیوه تعزیر وی آن است که ارشاد و نصیحت شود.^{۴۰} برخی با استناد به روایت جراح مدائنی در صورتی که وعظ در مجرم مؤثر باشد، آن را به‌عنوان عقوبت پذیرفته‌اند.^{۴۱} مقدس اردبیلی با استناد به روایت یادشده با گزاره «التعزیر غیر محدود» عملاً تعزیر گفتاری را پذیرفته است.^{۴۲}

توبیخ: این واکنش در مقایسه با سه واکنش دیگر، بیشترین کاربرد را در گزاره‌های فقهی دارد. شیخ طوسی در خلاف و مبسوط^{۴۳} و بسیاری دیگر از فقیهان امامیه، توبیخ را به‌عنوان مصداق تعزیر پذیرفته

۳۲. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۵۶.

۳۳. آمدی، تصنیف غرر الحکم و درر الکلم، ۱۸۸.

۳۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ۸۱/۱۰؛ کلینی، الکافی، ۲۴۱/۷.

۳۵. شریف رضی، نهج البلاغة، نامه‌های ۳، ۴۳، ۴۵، ۶۱.

۳۶. طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۵/۳.

۳۷. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۷۶/۱۳.

۳۸. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۴۸/۱؛ طبسی، موارد السجّن فی النصوص و الفتاوی، ۵۵۱؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۸۱؛ منتظری،

دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ۳۲۵/۲؛ منتظری، رساله استفتائات، ۵۳۶/۲.

۳۹. مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ۳۵۵/۳.

۴۰. منتظری، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ۵۹۴/۱.

۴۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۱۹/۴؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۷۱.

۴۲. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۷۶/۱۳.

۴۳. طوسی، المبسوط، ۶۶/۸؛ الخلاف، ۴۹۷/۵.

اند.^{۴۴} «التعزیر یكون بالضرب، أو الحبس، أو التوبيخ، أو بما يراه الإمام.»^{۴۵} «تعزیر منحصر به شلاق زدن نیست، بلکه جرمه‌های مالی و زندان و حتی معرفی خطاکار در وسایل ارتباط جمعی و یا انواع مختلف توبیخ را نیز شامل می‌شود.»^{۴۶} شهید ثانی توبیخ را یکی از واکنش‌های درخور برای تأدیب کسی دانسته که در محکمه به قاضی اسائه ادب کرده است.^{۴۷}

تهدید: برخی باتوجه به غرض تعزیر آن را از پایه گونه‌ای تهدید دانسته‌اند و از این رو باور به کارایی تهدید گناهکاران را نیز ضمناً پذیرفته‌اند. «غرض از تعزیر، تأدیب فاعل و بازداشتن وی و همچنین بازداشتن و تهدید هر کسی است که ببیند و بشنود.»^{۴۸} کاربرد تهدید در آخرین مرحله گفتار و مربوط به جایی است که مجرم با اعلام، وعظ یا توبیخ اصلاح نمی‌شود.^{۴۹} ابوالصلاح حلبی بیان داشته است: «هرگاه کودکی برای نخستین بار دزدی نماید، تهدید می‌شود.»^{۵۰} در این جایگاه نوبت به تهدید می‌رسد و چنانچه تهدید مؤثر نباشد، کیفر به گونه‌ای غیر از گفتار همانند ضرب، حبس، اخذ مال و... خواهد بود.

۳.۲. عدم پذیرش تعزیر گفتاری

برخی از فقها اساساً تعزیر را به عنوان گفتار نمی‌پذیرند. برای مثال، فاضل هندی و برخی دیگر بر این باورند، نظر به لزوم رعایت مراتب انکار منکر، چنانچه گناهکاری با نهی، توبیخ و کارهایی همانند این دو بازداشته شود، نوبت به تعزیر نمی‌رسد.^{۵۱} از دید ایشان، موارد یادشده سالب موضوع تعزیر است؛ زیرا با بازدارندگی مجرم، غرض از کیفر تأمین شده است. دیدگاه یادشده از دو جهت مورد تردید واقع شده است: ۱. ادله تعزیر اطلاق دارند؛ خواه مرتکب با توبیخ بازداشته شود، خواه بازداشته نشود. همچنین متوقف بر این نشده‌اند که هرگاه مرتکب با امری غیر از ضرب بازداشته شود، نوبت به تعزیر نمی‌رسد؛^{۵۲} نهی از منکر مربوط به پیش از عمل و تعزیر مربوط به پس از عمل است. از این رو، موضع انجام هریک با دیگری تفاوت دارد.^{۵۳} به باور برخی، شاید کشف اللثام و هم نظران وی دچار خلط میان تعزیر و نهی از منکر شده

۴۴. ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۷۳/۵؛ جزیری و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البيت علیهم السلام، ۵۸۹/۵؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۵۶؛ مکارم شیرازی، استفتانات جدید، ۳۵۵/۳؛ منتظری، رساله استفتانات، ۵۳۶/۲.

۴۵. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳۴۹/۵.

۴۶. خمینی، توضیح المسائل، ۹۲۱/۲.

۴۷. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۷۶/۱۳.

۴۸. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۴۰/۱.

۴۹. منتظری، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ۳۳۴/۲؛ منتظری، رساله استفتانات، ۵۳۶/۲.

۵۰. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۱۱.

۵۱. فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام، ۵۴۴/۱۰؛ ترحینی عاملی، الزبدة الفقہیة، ۳۲۰/۹؛ طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۶۳/۱۶؛ خوانساری، جامع المدارک، ۱۲۱/۷.

۵۲. فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعة: الحدود، ۴۱۸؛ گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۰۰.

۵۳. گلپایگانی، الدر المنضود، ۳۰۰.

اند.^{۵۴} البته اگر تعزیر یکی از مراتب نهی از منکر دانسته شود، دیدگاه هر دو می‌تواند درست باشد.^{۵۵} همچنین دیدگاه شیخ طوسی در خصوص قائم‌مقام بودن گفتار نشانه عدم‌پذیرش تعزیر گفتاری است. وی کلام مؤثر در بازداشتن مجرم همانند تعنیف را فی‌الجمله جایگزین مناسبی برای تعزیر بیان کرده و آن را موکول به نظر امام دانسته است. «التعزیر إلى الإمام بلا خلاف إلا أنه إذا علم أنه لا يردعه إلا التعزير لم يجز له تركه، وإن علم أن غيره يقوم مقامه من الكلام والتعنيف كان له أن يعدل إليه، ويجوز له تعزيره.»^{۵۶} براین اساس، حاکم مخیر است از تعزیر استفاده کند یا به تذکر کلامی و تعنیف بسنده کند. ظاهراً مراد ایشان از تعزیر، ضرب است.

مخالفان پذیرش گفتار به‌عنوان یکی از مصادیق تعزیر حسب مورد به یک یا چند مورد از دلایل زیر تمسک جسته‌اند:

أ. تبادر: برخی از فقها تعزیر را در گستره کاربردهای لغوی به‌معنای ضرب دون حد در نظر گرفته‌اند. ازاین‌رو، در برگرفتن حبس، توبیخ و همانند آن را در مفهوم تعزیر به‌طورکلی رد کرده‌اند. افزون‌بر این، همه مواردی را که در روایات آمده است، بر معنای تازیانه‌زدن حمل کرده‌اند.^{۵۷}

ب. استصحاب حرمت: به باور ایشان تعزیر با تازیانه مورد پذیرش همگان است و روایات بسیاری بر آن دلالت دارند، اما عقوبت با حبس، گرفتن مال، جرح و... خلاف اصل و حرام است؛ چراکه اصل حرمت حبس دیگری، گرفتن مال یا جرح اوست و ازاین‌رو نیازمند دلیل و مجوز است که وجود ندارد.^{۵۸}

ج. اصل اشتغال ذمه: تقریب استدلال به این اصل چنین است: در موارد وجوب تعزیر، امر دائر میان تعیین تعزیر به ضرب و تخییر میان ضرب و دیگر مواردی همچون حبس و گرفتن مال است. در این هنگام، حصول امثال با اتیان فعل معین یا یکی از افعال مخیر مردد است؛ برای زدودن شک تحقق با غیرضرب، مقتضای اصل اشتغال یقینی، برائت یقینی است که تنها با ضرب حاصل می‌شود.^{۵۹} البته ایشان تعلق مصلحت به کم‌تر از حد را چنانچه مرتکب غیرمصر باشد، در دایره گفتاری همانند توبیخ می‌پذیرند.^{۶۰}

۳.۳. واکاوی دیدگاه‌ها

تعزیر می‌تواند با گفتار نیز محقق شود و بهره‌گیری از ابزارهای گفتاری می‌تواند از مصادیق مفهوم

۵۴. منتظری، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ۲/۳۲۰.

۵۵. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۳۹.

۵۶. طوسی، الخلاف، ۴۹۷/۵.

۵۷. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۲۴.

۵۸. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۲۵.

۵۹. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۲۶.

۶۰. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۲۷.

گسترده تعزیر باشد. گرچه خود ترکیب «تعزیر گفتاری» در گزاره‌های فقیهان امامیه نیامده باشد؛ اما تعبیری به کار برده شده است که از آن همین معنا اراده شده است. افزون بر این، بسیاری از ایشان اجمالاً بازدارندگی با ابزار گفتار و زبان را پذیرفته‌اند؛ تنها تفاوت ایشان در تعزیر محسوب کردن آن و شمار مصادیق ذکر شده است. نکته دیگر آنکه همواره این گونه نیست که تعزیر گفتاری شفاهی باشد؛ بلکه همان گونه که در سیره امیرالمؤمنان (ع) دیده می‌شود، گاه ایشان با فرستادن نامه و به گونه کتبی مرتکب را به فعل ارتكابی آگاه کرده است. افزون بر ادله‌ای که قائلان تعزیر بودن گفتار به آن‌ها دست یافته‌اند، برای اثبات گونه تعزیر گفتاری در فقه به ادله دیگری نیز می‌توان استناد کرد که موارد زیر آن جمله‌اند.

۱. آیه ایذا: بسیاری از مفسران، مراد از ایذا را در آیه «وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا» آزاردن مجرم با ابزارهای گفتاری همانند توییح بیان کرده‌اند.^{۶۱} پذیرش این دیدگاه حاکی از پیشینه تعزیر گفتاری در میان قوانین جزایی اسلامی است. از سویی واژه ایذا در آیه اطلاق دارد و اعم از آزار گفتاری و بدنی است. بنابراین، آزار گفتاری یکی از مصادیق ایذا، قدرمتیقن و اخف مراتب آن است. برخی معتقدند این آیه نسخ شده است^{۶۲} و برخی دیگر نسخ آن را نپذیرفته‌اند.^{۶۳} حتی در فرض پذیرش نسخ، می‌توان صلاحیت مجازات واقع شدن آزار زبانی را برداشت کرد؛ این گونه که ایذا پیش‌تر صلاحیت مجازات بودن را داشته است. اکنون تردید وجود دارد که می‌تواند در جایگاه مجازات واقع شود؟ اصل بر این است که اقتضای مجازات واقع شدن موجود است و مانع برای زدودن این مقتضی مفقود است. نسخ نیز بر فرض پذیرش آن، تنها مربوط به مورد خاص آیه هست.

۲. روایات: حتی اگر روایات ذکر شده برای اثبات تعزیر گفتاری یا نامه‌های نهج البلاغه به لحاظ سندی ضعیف یا مرسل باشند، روی هم رفته از جهت صراحت در دلالت می‌توانند جواز بهره‌گیری از ابزارهای زبانی همچون آگاه‌سازی، پند، اندرز، سرزنش، نکوهش، هشدار و... را در جایگاه تعزیر اثبات کنند.

۳. هماهنگی با مذاق شارع: ظاهراً معنای تعزیر حقیقت شرعی یا متشرعیه در تأدیب با غرض بازداشتن از گناه است. متبادر به ذهن از واژه تعزیر در فضای حقوق جزای اسلامی نیز همین است و تعزیر گفتاری می‌تواند در پاره‌ای موارد این غرض را تأمین کند و سبب بازداشتن از گناه شود. به نظر می‌رسد آنان که تعزیر را به ضرب معنا کرده‌اند، دچار خلط میان مصداق و مفهوم شده‌اند. همچنین به کارگیری تعزیر

۶۱. قطب راوندی، فقه القرآن، ۳۷۰/۲؛ طبرسی، تفسیر جامع الجوامع، ۲۴۳/۱؛ طوسی، المبسوط، ۲/۸؛ فاضل جواد، مسالک الأفهام، ۱۹۰/۴؛ مقدس

اردبیلی، زبدة البیان، ۶۵۹.

۶۲. عیاشی، التفسیر، ۲۲۸/۱.

۶۳. جرجانی، تفسیر شاه‌ی، ۶۵۵/۲؛ خویی، البیان، ۳۰۹؛ مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ۶۵۹.

گفتاری با اصل فردی کردن مجازات‌ها هماهنگی دارد و قاعده «الایسر فالایسر» در آن مراعات شده است.

۴. **قیاس اولویت:** آن‌گاه که بسیاری از فقیهان برای گزینش گونه تعزیر، موارد سرکوبگری همچون حبس، ضرب، اخذ مال، تبعید، تفریب و... را به‌عنوان مصادیق تعزیر پذیرفته‌اند، چرا نباید تعزیر گفتاری در قالب آگاه‌سازی، پندوانداز، سرزنش و نکوهش، هشدار و... پذیرفته شود؟ نظر به اینکه اصل بر حرمت از میان بردن آزادی انسان با حبس، گرفتن اموال وی، زدن، تراشیدن مو و دورسازی وی از محل سکونتش است، هرگاه چنین مواردی در تحدید حقوق انسان جایز باشد و فردی با گفتار از گناه بازداشته شود، به‌طریق اولی می‌توان از مصادیق تعزیر گفتاری بهره جست. از دیگر سوا این مصادیق قدرمتیقن از تعزیر هستند و هنگام تردید در جواز مجازات به‌ویژه برای محرماتی که کیفر معینی ندارند، به قدرمتیقن بسنده می‌شود.

۵. **نبود اصل عملی:** برخی درصدداند برای اثبات انحصاریت تعزیر به تازیانه، تأسیس اصل کنند؛^{۶۴} حال آنکه باوجود دلایلی که بر اعتبار تعزیر گفتاری بیان و سپس تقویت شد، از پایه نوبت رجوع به اصل عملی نمی‌رسد و تأسیس اصل امری بیهوده است. بنابراین از جهت دلالت اصول عملیه در جایی که دلیل دیگری در کار نیست، هرگونه استناد به اصولی همچون اشتغال و حظر در مقام کیفردهی فرو می‌ریزد.

۶. **تأمین اغراض شارع در تعزیر گفتاری:** آنچه زاجر و رادع از میل به گناه باشد ولو در قالب زبان، برای حصول مقصود پاک‌سازی فرد و جامعه مؤثر است.^{۶۵} البته از آنجایی که فساد دفعتهً ایجاد نشده تا دفعتهً نیز از بین برود، در تعزیر گفتاری تدرّج در مجازات رعایت می‌شود تا اندک‌اندک ماده فساد برچیده شود.^{۶۶}

تعزیر گفتاری برخاسته از دو اصل پایه‌ای در حقوق جزای اسلامی است: یکی تنوع واکنش‌های تعزیری و دیگری فردی بودن واکنش تعزیری نسبت به افراد گوناگون. مصلحت‌سنجی حاکم هنگام گزینش مجازات تعزیری مستند به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، با در نظر داشتن اصل فردی کردن مجازات صورت می‌پذیرد^{۶۷} و نامعین بودن نظام تعزیرات معلول این اصل است. تعزیر گفتاری کلی مشکک به شمار می‌آید و دارای مراتبی است که این مراتب همان مصلحتی است که حاکم باید آن‌ها را پیش از صدور حکم بسنجد.^{۶۸}

به‌کارگیری واکنش‌های سرکوبگر به گونه گسترده، به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند مقصود شارع از جعل احکام

۶۴. صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ۲۶.

۶۵. قطب، فی ظلال القرآن، ۶۰/۱؛ سبزواری، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، ۳۶۹/۷.

۶۶. سبزواری، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، ۳۶۹/۷.

۶۷. خوئی، تکملة المنهاج، ۵۵.

۶۸. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۳۲۳/۱؛ منتظری، رساله استفتانات، ۵۳۶/۲.

جزایی باشد و در سیاست جنایی اسلام دست یافتن به واکنش های سخت، آخرین راهکار واکنشی است.^{۶۹} شارع با پیش بینی تدابیر بازدارنده قصد دارد تا جایی که می شود نوبت به تدابیر واکنشی نرسد.^{۷۰} حال اگر به هر دلیلی نوبت به کارگیری قدرت برسد، باید با مراعات «الایسر فالایسر» و اصل فردی کردن مجازات، مجازات مناسب پیش بینی و اعمال شود. در این راستا، تعزیر گفتاری می تواند از نخستین واکنش ها در برابر بزه باشد که مراتب کیفردهی و گوناگونی افراد بزهکار در آن مد نظر قرار گرفته است.

براین اساس، حاکم می تواند در همه جرایم به فراخور اشخاص و احوال و با در نظر داشتن دو عنصر زمان و مکان، نسبت به تعزیر گفتاری مرتکب اقدام کند. این گونه که در برخی افراد تنها اعمال تعزیر گفتاری کافی است؛ یعنی تعزیر گفتاری در جایگاه مجازات اصلی باشد و در برخی دیگر که مجازات اصلی برای آن پیش بینی شده است؛ خواه از قبیل حدود و قصاص باشد یا تعزیرات منصوص شرعی، افزون بر مجازات اصلی، تعزیر گفتاری نیز در مقام مجازات تکمیلی یا تبعی صورت پذیرد. این گونه جمع میان تعزیر گفتاری و دیگر مجازات ها مانعی ندارد و چه بسا درباره برخی اشخاص از میزان تأثیر بیشتری برخوردار باشد؛ از آن جهت که مقتضای اطلاق نصوص مطلق پیرامون تعزیر است و مصلحت حاکم نقشی کلیدی در گزینش گونه تعزیر دارد.^{۷۱}

برخی تعزیر را تابع مفسده دانسته اند^{۷۲} و مفسده اعم از حرام و غیر حرام است. حال اگر کسی مرتکب غیر حرام شود، به کارگیری واکنش های سخت بدنی چندان با رویکرد تربیتی شارع هماهنگ نیست. شاید از این روست که قانونگذار مواردی همچون ارشاد، تذکر، توبیخ، تهدید، نصیحت و... را پذیرفته است. بنابراین در برخورد با برخی مفاسد خرد یا در نخستین مراحل تعزیر می توان از ابزار گفتار بهره جست.^{۷۳} با پذیرش گفتار به عنوان گونه ای از تعزیرات، با هر متخلفی برخورد متناسب صورت می پذیرد و قاعده «التعزیر لکل حرام» به عموم خود باقی می ماند.^{۷۴} مرتکبان مفاسد نیز با واکنش های سرکوبگر و سخت در مرحله نخست مواجه نمی شوند، همچنان که در سیره معصومان (ع) نیز بهره گیری از ابزار گفتار در برخورد با برخی مفاسد دیده شده است.^{۷۵}

حاصل آنکه، هر چند به گونه پراکنده مصادیق تعزیر گفتاری در گزاره های فقهی امامیه دیده شده و به

۶۹. صادقی، جرایم علیه اشخاص، ۱۷.

۷۰. جاویدی و دیگران، «روش شناسی مواجهه امام علی (ع) با محرمات فاقد کیفر: نقدی بر اطلاق قاعده «التعزیر لکل حرام»»، ۶۸.

۷۱. مؤمن، مبانی تحریر الوسيلة: کتاب الحدود، ۱۱۲.

۷۲. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۴۳/۲.

۷۳. میرخلیلی، «مراتب تعزیر»، ۷۰۱.

۷۴. مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۸۴ و ۸۵.

۷۵. جاویدی و دیگران، «روش شناسی مواجهه امام علی (ع) با محرمات فاقد کیفر: نقدی بر اطلاق قاعده «التعزیر لکل حرام»»، ۸۳ و ۸۴.

مصادیقی همانند توبیخ تصریح شده است؛ اما عملاً این گونه واکنش تعزیری جایگاه ویژه‌ای در کتب فقهی امامیه ندارد. حال آنکه می‌تواند اغراض شارع در تعزیر را تأمین کند و مستنداتی در کتاب و سنت برای آن وجود دارد که بیان می‌شود.

۴. واکاوی مصادیق تعزیر گفتاری در آیات و روایات

مصادیق اعلام، وعظ، توبیخ و تهدید به‌عنوان چهار واکنشی که می‌تواند از اقسام تعزیر گفتاری شمرده شود در آیات و روایات قابل دنبال است. این چهار نوع واکنش از نظر خفّت و شدت با یکدیگر متفاوت هستند؛ این گونه که اعلام اخفّ مراتب و تهدید اشدّ مراتب آن است.

۴.۱. اعلام

سه آیه زیر می‌تواند بر مفهوم اعلام دلالت داشته باشد. در این سه آیه واژه «الذِّكْرُ» دیده می‌شود که به‌معنای تذکر دانسته شده است.^{۷۶} این واژه، همسان یادآوری در نظر گرفته شده است.^{۷۷} راغب اصفهانی آن را به کثرت ذکر معنا کرده که از دید وی مرتبه بالاتر از ذکر است.^{۷۸}

ا. «وَذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرَ تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ»^{۷۹} و پیوسته تذکر ده، زیرا تذکر مؤمنان را سود می‌بخشد.

ب. «أَوْ يَذَّكَّرُ فَتَنْفَعَهُ الذِّكْرُ»^{۸۰} یا متذکر گردد و این تذکر به حال او مفید باشد!

ج. «فَذَكِّرْ إِنْ نَفَعَتِ الذِّكْرُ»^{۸۱} پس، تذکر ده اگر تذکر مفید باشد!

یادآوری عاقبت گناه حتی اگر تنها گاهی سودمند افتد، می‌تواند بر [پاک‌سازی روح] انسان‌های بالیمان خطاکار اثرگذار باشد.^{۸۲} بنابراین، دست‌کم برای برخی از مجرمان قابلیت اعمال دارد.

درباره اعلام، مرسله‌ای از امیرالمؤمنان (ع) نقل شده است: «رُبَّ ذَنْبٍ مُّقْدَرُ الْعُقُوبَةِ عَلَيْهِ إِعْلَامُ الْمُذْنِبِ بِهِ» چه‌بسا گناهی که اندازه سزایش تنها آگاهی گناهکار به گناهش است.^{۸۳} بنابراین، برای برخی گناهان، صرف آگاه‌کردن گناهکار نسبت به گناهش، حکم کیفر را خواهد داشت.

۴.۲. وعظ

آیات بسیاری در قرآن به موضوع وعظ پرداخته است. برخی برای اثبات گونه وعظ در دایره تعزیرات به

۷۶. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۴۴۲/۶.

۷۷. قرشی بنایی، قاموس قرآن، ۲۰/۳.

۷۸. راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ۳۲۸.

۷۹. ذاریات: ۵۵.

۸۰. عبس: ۴.

۸۱. اعلی: ۹.

۸۲. طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ۳۸۵/۱۸.

۸۳. آمدی، تصنیف غرر الحکم و درر الکلم، ۱۸۸.

آیه زیر استناد کرده‌اند.^{۸۴} «وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ» آن دسته از زنان را که از سرکشی و مخالفتشان بیم دارید، پند و اندرز دهید!^{۸۵} البته موضوع آیه، ناشزات است که وظیفه شوهران ابتدا وعظ آنان است^{۸۶} اما خصوص مورد، نافی این نیست که در غیر ایشان قابلیت اِعمال دارد؛ بلکه نظر به عموم دیگر آیات و روایات که نکویی و اثرگذاری وعظ را جزماً پذیرفته‌اند، قابلیت اِعمال برای افرادی را دارد که با وعظ از گناه بازداشته می‌شوند.

آیه دیگری از قرآن می‌فرماید: «ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ»؛ با حکمت و اندرز نیکو به راه پروردگارت دعوت نما.^{۸۷} محقق اردبیلی موعظه حسنه را این‌گونه تأویل کرده است: «گرداندن از زشتی به گونه‌ای که به رهانمودن آن تشویق شود و از انجام‌دادن آن ترسیده شود. موعظه نرم‌نمودن قلب است، به گونه‌ای که موجب فروتنی می‌گردد.»^{۸۸} برخی بیان داشته‌اند: «آیه به هدایتگران و هشداردهندگان از علما، کارگزاران و زمامداران فرمان داده است... پس از آن [دعوت با حکمت]، راه موعظه و نصیحت را برای توضیح خواسته‌ها و فهماندن آن‌ها به مخاطب در پیش بگیرند؛ به گونه‌ای که مؤمن پیر و حق حس نماید که آن مطلب مباحثه یا غیرمباحثه لازم است رعایت شود. پس از خیر و سعادت پیروی می‌کند و به آن می‌رسد. این شیوه برای کسانی است که برهان را درک نمی‌کنند و بیشترین نفرات را در بر می‌گیرند.»^{۸۹} تعزیر گفتاری نیز می‌تواند گونه‌ای دعوت به‌سوی پروردگار باشد که خداوند به‌کارگیری شیوه موعظه نیکوی آن را به حاکمان جامعه اسلامی فرمان داده است. ازاین‌رو، عموم آیه می‌تواند تعزیر گفتاری از گونه وعظ را نیز شامل بشود.

در روایتی موعظه امری زندگی‌بخش دانسته شده است^{۹۰} که تأثیر بسزایی در بازسازی گناهکاران دارد. همچنین در روایاتی افزون‌بر واعظ بیرونی به واعظ درونی نیز اشاره شده است. «وَمَنْ كَانَ لَهُ فِي نَفْسِهِ وَاعِظٌ...»^{۹۱} بیشتر روایات دال بر موعظه عام و برای همه مجرمان استفاده‌شدنی هستند. غرض از وعظ، پیشگیری است که با واعظ درونی محقق می‌شود تا شخص اصلاً مرتکب جرم نشود؛ هم بازدارندگی است که با واعظ بیرونی محقق می‌شود تا جرم دیگر تکرار نشود. بنابراین حاکم می‌تواند داخل در عموم روایات

۸۴. عامر، التعزیر فی الشریعة الاسلامیة، ۴۳۹.

۸۵. نساء: ۳۴.

۸۶. فاضل جواد، مسالک الأفهام، ۲۵۹/۳؛ مقدس اردبیلی، زیادة البیان، ۵۳۶؛ یزدی، فقه القرآن، ۴۲/۳.

۸۷. نحل: ۱۲۵.

۸۸. مقدس اردبیلی، زیادة البیان، ۵۳۶.

۸۹. یزدی، فقه القرآن، ۳۱۵/۴.

۹۰. ابن شعبه، تحف العقول عن اخبار آل الرسول، ۶۹.

۹۱. مجلسی، بحار الأنوار، ۶۷/۷۵.

دالّ بر وعظ بیرونی باشد تا نقش بازدارنده جرم را ایفا کند.

در سیره امیرالمؤمنان(ع) مصادیق متعددی از ارشاد، موعظه و نصیحت در برخورد با خطاهای کوچک فرمانداران و کارگزاران حکومتی دیده می‌شود:^{۹۲}

أ. وعظ شریح‌بن حارث؛ قاضی کوفه که خانه‌ای به بهای هشتاد دینار خریداری کرده بود.^{۹۳}

ب. وعظ عثمان‌بن حنیف انصاری، فرماندار بصره که بر سفره رنگین یکی از سرمایه‌داران و بزرگان بصره وارد شده بود.^{۹۴}

۳.۴. توبیخ

واژه توبیخ در قرآن نیامده است اما ایدای موجود در این آیه به توبیخ تفسیر شده است: «وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهِمَا مِنْكُم فَأُذُوهُمَا؛ و از میان شما، آن مردان و زنانی که (همسر ندارند و) مرتکب آن کار (زشت) می‌شوند، آن‌ها را آزار دهید.»^{۹۵}

برخی از مفسران آیه را منسوخ دانسته و گروهی دیگر نسخ آن را نپذیرفته‌اند. باید گفت ظاهراً هیچ‌گونه دلیل قطعی بر نسخ موجود نیست و اصل عدم‌نسخ هنگام تردید راهگشاست. از دیدگاه محقق خوبی، «هیچ موجب قابل اعتمادی بر نسخ این آیه وجود ندارد و آنچه بدان استناد شده است، تنها تقلید از پیشینیان است. به دو خبر دالّ بر نسخ نیز نمی‌توان اعتماد نمود؛ زیرا در زمره اخبار آحاد قرار می‌گیرند.»^{۹۶} ایذا بیشتر ماهیت تربیتی دارد که برای آگاهی مجرم و اصلاح وی صورت می‌پذیرد.^{۹۷} ازاین‌رو، شاید ایذا از مصادیق تدابیر کیفرزدا و واکنش‌های غیرسرکوبگر باشد که در حقوق جزای اسلامی پیش‌بینی شده است.^{۹۸}

راغب اصفهانی ایذا را «مطلق ضرری که به جاندار برسد» معنا کرده است.^{۹۹} برخی آن را «چیز ناخوش» دانسته‌اند.^{۱۰۰} همسان فارسی آن «رنجاندن» است.^{۱۰۱} شاید ایذا ایراد هرگونه زیان به دیگری باشد و زیان‌دیدن عادتاً ناخوشایند است. به‌باور بسیاری، مراد از ایذا، آزار زبانی و سزادهی گفتاری است و

۹۲. جاویدی و دیگران، «روش‌شناسی مواجهه امام علی(ع) با محرمات فاقد کیفر؛ نقدی بر اطلاق قاعدة «التعزیر لکل حرام»»، ۸۴.

۹۳. شریف رضی، نهج البلاغة، ۳۱۰.

۹۴. شریف رضی، نهج البلاغة، ۳۵۸.

۹۵. نساء: ۱۶.

۹۶. خوبی، البیان فی تفسیر القرآن، ۳۱۱.

۹۷. طالقانی، پرتوی از قرآن، ۱۱۱/۶.

۹۸. جاویدی و دیگران، «روش‌شناسی مواجهه امام علی(ع) با محرمات فاقد کیفر؛ نقدی بر اطلاق قاعدة «التعزیر لکل حرام»»، ۸۳.

۹۹. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۷۱.

۱۰۰. ابن‌فارس، معجم مقانیس اللغة، ۷۸/۱؛ قرشی بنایی، قاموس قرآن، ۵۸/۱.

۱۰۱. میبیدی، کشف الاسرار و عدة الایار، ۴۴۷/۲.

بسیاری آن را به معنای «تعبیر» و «تویخ» همسان سرزنش و نکوهش در فارسی دانسته‌اند.^{۱۰۲} در نهج البلاغه موارد بسیاری از سرزنش و نکوهش رفتارهای خلاف مروت فرماندهان، فرمانداران و صاحبان دیگر مناصب، توسط امیرالمؤمنان (ع) نقل شده است^{۱۰۳} که در اینجا به دو مورد از آن‌ها اشاره می‌شود:

ا. تویخ مصقلة بن هبيرة شیبانی؛ فرماندار اردشیرخره فارس که خویشانش را در تقسیم بیت‌المال بر دیگران برتری داده بود.^{۱۰۴}

ب. تویخ کمیل بن زیاد؛ فرماندار هیت که ناتوانی او جایی آشکار شد که از برابر سپاهیان معاویه گریخت و شهر را بی‌دفاع رها کرد.^{۱۰۵}

۴.۴. تهدید

شاید بتوان از آیه پیش‌رو، جواز اعمال تعزیر گفتاری از گونه تهدید آن را برداشت کرد: «لَئِنْ لَمْ يَنْتَهِ الْمُنافِقُونَ وَ الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ وَ الْمُؤْمِنُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا»^{۱۰۶} اگر منافقان و بیماردلان و آن‌ها که اخبار دروغ و شایعات بی‌اساس در مدینه پخش می‌کنند، دست از کار خود بردارند، تو را بر ضد آنان می‌شورانیم، سپس جز مدت کوتاهی نمی‌توانند در کنار تو در این شهر بمانند!

شان نزول این آیه درباره آن دسته از منافقان، دشمنان اسلام و بیماردلانی است که از ایشان با عنوان مرجفون یاد شده است. گفته شده است آنان با پراکندن شایعات و اخبار دروغین در پی تضعیف دل‌ها و روحیات مسلمانان بودند.^{۱۰۷} بخش «لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ» دلالت بر تهدیدشدن ایشان دارد که اگر دست از گناهان چینی بر ندارند، منتظر عواقب قتال و بیرون‌رفتن و دورشدن از مدینه باشند.

ابن‌سنان روایتی را از امام صادق (ع) نقل کرده که در آن پیامبر برای ایجاد بازدارندگی از مفسده‌ای به صرف تهدید بسنده کرده است: «إِنَّ أَنَسًا كَانُوا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ أَبْطُوا عَنِ الصَّلَاةِ فِي الْمَسْجِدِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ لِيُوشِكُ قَوْمٌ يَدْعُونَ الصَّلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ أَنْ نَأْمُرَ بِحَطِّ قِيُوضَعٍ عَلَى أَبْوَابِهِمْ فَتَوَقَّدَ عَلَيْهِمْ نَارٌ فَتُحْرَقَ عَلَيْهِمْ بُيُوتُهُمْ؛ گروه مردمانی در زمان پیامبر (ص) بودند که از برپایی نماز در مسجد خودداری

۱۰۲. حمیری، شمس‌العلوم، ۲۲۳/۱؛ زمخشری، الکشاف، ۴۸۸/۱؛ طبرسی، تفسیر جوامع الجامع، ۲۴۳/۱؛ طوسی، المبسوط، ۲/۸؛ فخر رازی، التفسیر الکبیر، ۵۳۲/۹.

۱۰۳. حسینی، فخرمعانی، «مروت و شرطیت آن در تحقق عدالت از دیدگاه امامیه و شافعیه»، ۱۳۴.

۱۰۴. شریف رضی، نهج البلاغه، ۳۵۶.

۱۰۵. شریف رضی، نهج البلاغه، ۳۸۹.

۱۰۶. احزاب: ۶۰.

۱۰۷. طبرسی، تفسیر جوامع الجامع، ۳۳۳/۳؛ فیض کاشانی، تفسیر الصافی، ۲۰۵/۴.

جاویدی، فخرمعانی: امکان سنجی «تعزیر گفتاری» به مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران/ ۲۹

می کردند. پس پیامبر خدا(ص) فرمودند: نزدیک است گروهی برای نماز در مسجد فراخوانده شوند که فرمان دهم بر در خانه هایشان هیزم نهاده شود. سپس آتشی روی آن هیزم ها افکنده شود و خانه هایشان بر سرشان سوزانده شود.^{۱۰۸}

مجلسی اول و دوم سند این روایت را صحیح می دانند.^{۱۰۹} هرچند بسیاری از فقیهان برای اثبات برتری نماز جماعت به آن استناد کرده اند^{۱۱۰} اما جواز تهدید افراد یادشده می تواند از آن قابل استفاده باشد. همچنین اگر این واکنش در برخی از مجرمان ایجاد بازدارندگی کند می تواند مفید باشد. در نهج البلاغه نقل شده است که امیرالمؤمنان(ع) در مواجهه با خیانت زیادبن ابیه، والی فارس در بیت المال، به صرف تهدید وی بسنده کرده است.^{۱۱۱}

نتیجه گیری

غرض شارع از پیش بینی تعزیر تنها این نیست که مجرم تازیانه بخورد یا زندان یا جریمه نقدی شود، بلکه همان گونه که در سیره حضرت امیرالمؤمنان(ع) نیز دیده می شود، واکنش می تواند از گونه گفتاری و دارای مراتب خفیف یا شدید از قبیل اعلام، وعظ، توبیخ یا تهدید باشد. از دیگر سو، ادله ای که اصل مشروعیت تعزیر را ثابت می کند، اطلاق دارند و هیچ گونه دلالتی بر انحصار ضرب ندارند. تعزیر گفتاری به عنوان یکی از واکنش های درخور جزایی در حقوق اسلامی و تدابیر واکنشی کیفرزداي غیرسرکوبگر است که می تواند برای محرمات فاقد کیفر معین و هماهنگ با قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و اصل «فردی کردن مجازات ها» اعمال شود.

پذیرش تعزیر گفتاری به مثابه یکی از اقسام تعزیر، با مقاصدی از شرع همچون «حفظ کرامت انسان» و «بازپروری مجرم» همسوست، هدف بازدارندگی را نیز تأمین می کند. ضمن اینکه این قسم تعزیر، قدرمتیقن از کیفر و مداخله در تمامیت جسمانی افراد است. تعزیر گفتاری موجب می شود تا بزهکار در نخستین مرتبه مجازات با سرکوب خشن روبه رو نشود و قاعده «الایسر فالایسر» مراعات شود. همچنین می تواند بسیاری از هزینه های رسیدگی و نگهداری مجرمان، متخلفان و عوامل اجرایی قضایی را کاهش دهد. مراجعه به آیات و روایات نیز امکان لحاظ مصادیق آن به عنوان شیوه های تعزیر گفتاری را فراهم می کند.

در شیوه دادرسی معصومان(ع) واکنش گفتاری مراتبی دارد. هر مرتبه باتوجه به مقتضیات احوال،

۱۰۸. طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۵/۳.

۱۰۹. مجلسی، روضة المتقین، ۴۸۴/۲؛ مجلسی، ملاذ الأخیار، ۶۹۲/۴.

۱۱۰. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۲۵۵/۸؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۶۲/۱۱؛ کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۳۰۹/۳.

۱۱۱. شریف رضی، نهج البلاغه، ۳۲۲.

اشخاص، از مننه و امکنه گوناگون در نظر گرفته می‌شود. آگاه‌شدن گناهکار نسبت به گناه، پند و اندرز وی، سرزنش و نکوهش یا ترساندن و بیم‌دادن از جمله مصادیقی است که نظر به خاستگاه قرآنی و روایی، در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرفته شده است. علی‌رغم اینکه در قوانین گوناگونی به صورت پراکنده به برخی مصادیق تعزیر گفتاری تصریح شده است اما جایگاه آن در قوانین کیفری و رویه قضایی چندان روشن نیست. بنابراین شایسته است قانونگذار با بازنگری در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون مجازات اسلامی و توجه به تعزیر گفتاری و مصادیق آن به عنوان مرتبه‌ای از تعزیر، آن را نظام‌مند و منقح سازد تا پس از آن شایسته کاربرد گسترده‌تر در آرای قضایی شود.

منابع

- قرآن مجید، ترجمه ناصر مکارم شیرازی. قم: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی. چاپ دوم، ۱۳۷۳.
- آمدی، عبدالواحد بن محمد. تصنیف غرر الحکم و درر الکلم. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۶.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن شعبه، حسن بن علی. تحف العقول عن اخبار آل الرسول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. مصابیح الظلام فی شرح مفاتیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- پهلوان، طیب. «بررسی نهاد وعظ، توبیخ، تهدید در تعزیرات از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران»، ششمین کنفرانس بین‌المللی مطالعات اجتماعی، حقوق و فرهنگ عامه. تهران. ۱۴۰۱،
- <https://civilica.com/doc/1522805>
- ترحینی عاملی، سید محمد حسن. الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية. قم: دار الفقه. چاپ چهارم، ۱۴۲۷ق.
- جاویدی، مجتبی، رحیم کاظمی، زهرا آتشی. «روش‌شناسی مواجهه امام علی (ع) با محرّمات فاقد کیفر معین؛ نقدی بر اطلاق قاعده «التعزیر لکل حرام»»، دو فصلنامه پژوهشی پژوهشنامه علوی. ش ۱، س ۱۳، بهار و

جاویدی، فخرمعانی: امکان‌سنجی «تعزیر گفتاری» به‌مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران/ ۳۱

تابستان ۱۴۰۱، ص ۹۱ تا ۹۱.

<https://doi.org/10.30465/alavi.2022.7949>

جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم. تفسیر شاهی. تهران: نوید. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
جزیری، عبدالرحمن و دیگران. الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البيت عليهم السلام. بیروت: دار الثقلین.
چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. چاپ اول، ۱۳۶۳.
جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح. تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
حسینی، سیدمحمد، فرامرز فخرمعانی. «مروت و شرطیت آن در تحقق عدالت از دیدگاه امامیه و شافعیه»، دو فصلنامه مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت). س ۱۷، ش ۵۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۳۰ تا ۱۴۱.

[20.1001.1.22520678.1400.17.56.9.5](https://doi.org/10.1001.1.22520678.1400.17.56.9.5)

حسینی، سیدمحمد، فرامرز فخرمعانی. حبس خانگی. اصفهان: دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی. چاپ اول، ۱۴۰۲.
حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

خمینی، روح‌الله. توضیح المسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ هشتم، ۱۴۲۴ق.
خوانساری، سیداحمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۵ق.
خویی، سیدابوالقاسم. تکملة المنهاج. قم: مدینه العلم. چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.
خویی، سیدابوالقاسم. البیان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
دهخدا، علی اکبر. لغت‌نامه. تهران: دانشگاه تهران. ۱۳۷۷.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم-الدار الشامیه. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
زمخشری، محمود بن عمر. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقوال فی وجوه التأویل. بیروت: دار
الکتاب العربی. چاپ سوم، ۱۴۰۷ق.

سبزواری، سیدعبدالاعلی. مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن. قم: دفتر معظم‌له. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
شریف‌رضی، محمد بن حسین. نهج البلاغه. قم: مؤسسه نهج البلاغه. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. قم: کتاب‌فروشی مفید. بی‌تا.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط فی اللغة. بیروت: عالم‌الکتاب. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
صاحب‌جواهر، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

- صادقی، محمدهادی. جرایم علیه اشخاص؛ صدمات جسمانی. تهران: میزان. چاپ بیست و یکم، ۱۳۹۴.
- صافی گلپایگانی، لطف الله. التعزیر، احکامه و حدوده. بی جا: بی نا. بی تا.
- طالقانی، سید محمود. پرتوی از قرآن. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، سید محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: الأعلمی. چاپ دوم، ۱۳۹۰ق.
- طبرسی، فضل بن حسن. تفسیر جوامع الجامع. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- طبری، نجم الدین. موارد السجّن فی النصوص و الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- عامر، عبدالعزیز. التعزیر فی الشریعة الإسلامیه. قاهره: دار الفكر العربی. چاپ اول، ۱۳۸۹ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- عیاشی، محمد بن مسعود. التفسیر. تهران: مكتبة العلمیه الإسلامیه. چاپ اول، ۱۳۸۰ق.
- فاضل جواد، جواد بن سعید. مسالک الأفهام إلى آیات الأحکام. بی جا: بی نا. بی تا.
- فاضل موحّدی لنگرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة: الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر. التفسیر الکبیر. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ سوم، ۱۴۲۰ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. تفسیر الصافی. تهران: مكتبة الصدر. چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
- قرشی بنابی، سید علی اکبر. قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ ششم، ۱۴۱۲ق.
- قطب راوندی، سعید بن هبة الله. فقه القرآن. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- قطب، سید. فی ظلال القرآن. بیروت: دار الشروق. چاپ سی و پنجم، ۱۴۲۵ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

جاویدی، فخرمعانی: امکان‌سنجی «تعزیر گفتاری» به‌مثابه یکی از اقسام تعزیر در فقه امامیه و حقوق ایران/ ۳۳

- گلپایگانی، سیدمحمد رضا. الدر المنصود فی احکام الحدود. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. بحار الأنوار. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی. روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: کوشانپور. چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی. دائرة المعارف بزرگ اسلامی. تهران: انتشارات مرکز. ۱۳۹۸.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. زبدة البیان فی احکام القرآن. تهران: المكتبة المرتضوية. چاپ اول، بی تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. استفتانات جدید. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. تعزیر و گستره آن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- منتظری، حسینعلی. دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية. قم: تفکر. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- منتظری، حسینعلی. رسالة استفتانات. قم: دفتر معظم له. چاپ اول، بی تا.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: جامعة المفید. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- مؤمن، محمد. مبانی تحریر الوسيلة: کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

میرخلیلی، سید محمود. «مراتب تعزیر»، پژوهش‌های فقهی. ش ۴، س ۱۰، زمستان ۱۳۹۳ ص ۶۷۷ تا ۷۰۶.

[10.22059/jorr.2014.53577](https://doi.org/10.22059/jorr.2014.53577)

میبدی، احمد بن محمد. کشف الاسرار و عدة الابرار. تهران: امیرکبیر. چاپ پنجم، ۱۳۷۱.

یزدی، محمد. فقه القرآن. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Majīd. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī. Qum: Daftar Muṭālī‘āt Tārīkh va Ma‘ārif Islāmī.

Chāp-i Duvvum. 1995/1373.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Kitābkhanah-yi ‘Umūmī Imām Amīr al-Mu‘minīn(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.

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

- Āmidī, ‘Abd al-Wāḥid ibn Muḥammad. *Taṣnīf Ghurar al-Ḥikam va Durar al-Kalim*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1988/1366.
- ‘Āmir, ‘Abd ‘Azīz. *al-Ta’zīr fī al-Sharī‘a al-Islāmīyya*. Cairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī. Chāp-i Awwal. 1970/1389.
- ‘Ayyāshī, Muḥammad ibn Mas‘ūd. *Al-Tafsīr*. Tehran: al-Maktaba al-‘Ilmiyya al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 1961/1380.
- Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *Maṣābiḥ al-Zalām fī Sharḥ Mafātīḥ Sharā‘i’*. Qum: Mū’assisa al-‘Allāmah al-Mujaddid al-Wahid Bahbahānī. Chāp-i Awwal, 2003/1424.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā’iq al-Nādira fī Ahkām al-‘Itra Ṭāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Dihkhudā, ‘Alī Akbar. *Lughat Nāmih*, Tehran: University of Tehran, 1999/1377.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā’id al-Aḥkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *Tafsīr Kabīr*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Sivum, 2000/1420.
- Farāhidī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Fāzil Jawād, Jawād ibn Sa‘īd. *Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Aḥkām*. s.l. s.n. s.d.
- Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla: al-Ḥudūd*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A‘imah al-Aṭḥār(AS). 2001/1422.
- Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *Tafsīr al-Ṣāfi*. Tehran: al-Maktaba al-Ṣadr. Chāp-i Duwwum. 1995/1415.
- Gulpāyḡānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḡūd fī Aḥkām al-Ḥudūd*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ḥimyarī, Nashwān ibn Sa‘īd. *Shans al-‘Ulūm wa Dawā’ Kalām al-‘Arab min al-Kulūm*. Beirut: Dār al-Fikr al-Mu’āṣir. Chāp-i Awwal, 1999/1420.
- Ḥusaynī, Sayyid Muḥammad, Farāmarz Fakhr Ma‘ānī. "Murūvat va Shartīyat ān dar Taḥaqquq ‘Idālat az Dīdgāh-i Imāmīyah va Shāfi‘īyah". *Dū Faṣlnāmah-yi Muṭālī‘āt Taqrībī Madhāhib Islāmī(Furūgh Vahdat)*. Yr. 17, no. 56, autumn and winter 2022/1400, 130-141.
- Ḥusaynī, Sayyid Muḥammad, Farāmarz Fakhr Ma‘ānī. *Ḥabs Khānigī*. Isfahān: Shahid Ashrafi Isfahani University. Chāp-i Awwal, 2023/1402.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum. 1993/1413.

Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muḥadhdhab al-Bārī‘ fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu‘jam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

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

Ibn Shu‘bah, Ḥasan ibn ‘Alī. *Tuḥaf al-Uqūl ‘an Akhbār Al al-Rasūl*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.

Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *Tirmīnūlūzhī Huqūq*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Awwal, 1984/1363.

Jāvidī, Mujtabā, Raḥīm Kāzimī, Zahrā Ātashī. " Ravishshināsī Imām ‘Alī (AS) Bā Muḥaramāt Faqīd Kiyfar Mu‘ayan; Naqdī bar Itlāq Qā‘idih-yi al-Ta‘zīr li-Kul-i Ḥarām". *Dū Faṣlnāmah-yi Pazhūhish Pazhūhishnāmih-yi ‘Alawī* No. 1, yr. 13, spring and summer 2023/1401, 61-91.

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

Jazīrī, ‘Abd al-Raḥmān et al. *Al-Fiqh ‘alā al-Madhāhib al-Arba‘a wa Mazḥab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Beirut: Dār al-Thaqalayn. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Jurjānī, Abū al-Faṭḥ ibn Makhdum. *Tafsīr Shāhī*. Tehran: Navīd. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

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

Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *al-Bayān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āṣār al-Imām al-Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Takmilat al-Minhāj*. Qum: Madīnah al-‘Ilm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tawḍīḥ al-Masā’il*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Hashtum, 2003/1424.

Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Ismā‘īliyyān, 1985/1405.

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

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī.

Chāp-i Duvvūm, 1983/1403.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhib al-Akhhbār*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Marʿashī Najafī, Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Majlisi, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ʿAlī. *Rawḍa al-Muttaqīn fi Sharḥ Man Lā Yahḍuruh al-Faqih*. Qum: Kūshānbūr, Chāp-i Duwwum, 1986/1406.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Istiftāʾāt Jadīd*. Qum: Madrisah-yi Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Taʿzīr va Gustariḥ-yi ān*. Qum: Madrisah-yi Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Markaz Dāyrah al-Maʿārif Buzurg Islāmī. *Dāyrah al-Maʿārif Buzurg Islāmī*. Tehran: Intishārāt Markaz, 2020/1398.

Mir Khalīlī, Sayyid Maḥmūd. "Marātib Taʿzīr". *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. No. 4, yr. 10, winter 2014/1393, 677-706.

Miybudī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Kashf al-Asrār wa ʿUdda al-Abrār*. Tehran: Amīr Kabīr, 1993/1371.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawāʿid Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlum Islāmī. Chāp-i Davāzdahum, 1986/1406.

Muʾmin, Muḥammad. *Mabānī Tahṛīr al-Wasīlah: Kitāb-i al-Hudūd*. Qum: Mūʾassisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsar-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Muntazirī, Ḥusayn ʿAlī. Risālah Istiftāʾāt. Qum: Daftar Muʿzamalāh. Chāp-i Awwal, s.d.

Muntazirī. Ḥusayn ʿAlī. *Dirāsāt fi Walāya al-Faqih wa Fiqh al-Dawla al-Islāmīyya*. Qum: Tafakur. Chāp-i Duwwum. 1989/1409.

Muqaddas Ardabilī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majmaʿ al-Fāʾida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Muqaddas Ardabilī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Zubda al-Bayān fi Ahkām al-Qurān*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya. Chāp-i Awwal, s.d.

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

Mūsawī Ardabilī, Sayyid ʿAbd Karīm. *Fiqh al-Hudūd wa al-Taʿzīrāt*. Qum: li-Jāmiʿah al-Mufīd. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.

Pahlivān, Tayibih. " Barrisī Nahād Va'z, Tawbīkh, Tahdīd dar Ta'zīrāt az Manẓar Fiqh Imāmīyah va Huqūq-i Kayfarī Irān". *Shishumīn Kunfirāns Biyn al-Milallī Muṭālī'āt Ijtimā'ī Huqūq va Farhang 'Āmīh*. Tehran, 2023/1401.

Qurashī Bunābī, Sayyid 'Alī Akbar. *Qāmūs Qurān*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. Chāp-i Shishum, 1992/1412.

Quṭb Rāwandī, Sa'īd ibn Haba Allāh. *Fiqh al-Qurān*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. Chāp-i Duwwum. 1985/1405.

Quṭb, Sayyid. *fi Zālāl al-Qurān*. Beirut: Dār al-Shurūq. Chāp-i Si va Panjum, 2004/1425.

Rāghib Ishfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Alfāz al-Qurān*. Beirut: Dār al-'Ilm- Dār al-Shāmīya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Sabzawārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. *Mawāhib al-Raḥmān fi Tafsīr-i al-Qurān*. Qum: Daftar Mu'zamalāh. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.

Ṣādiqī, Muḥammad Hādī. *Jarāyim 'Alayhi Ashkhāṣ; Ṣadamāt Jismānī*. Tehran: Mīzān, Chāp Bist va Yikum, 2016/1394.

Ṣafī Gulpāygānī, Luṭf Allāh. *al-Ta'zīr: Ahkāmuhu wa Hudūduhu*. s.l. s.n. s.d.

Ṣāhib ibn 'Abād, Ismā'īl ibn 'Abād. *Al-Muḥīṭ fi al-Lughah*. Beirut: 'Ālim al-Kitāb. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

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

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id*. Qum: Kitābfurūshī Mufid, s.d.

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.

Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Husayn. *Nahj al-Balāghah*. Qum: Mū'assisa Nahj al-Balāghah, Chāp-i Awwal, 1993/1414.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Tafsīr Jawāmi' al-Jāmi'*. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyah. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Ṭabasī, Najm al-Dīn. *Mawārid al-Sijn fi al-Nuṣūṣ wa al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, s.d.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Riyāḍ Masā'il fi Taḥqīq al-Ahkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-

Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: A‘lamī. Chāp-i Duwwum, 1970/1390.

Ṭāliqānī, Sayyid Maḥmūd. *Partūyī az Qurān*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār, Chāp-i Chāhārum, 1984/1362.

Tarḥīnī ‘Āmilī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. *al-Zubda al-Fiqhiya fī Sharḥ al-Rawḍa al-Bahiya*. Qum: Dār al-Fiqh, Chāp-i Chāhārum, 2006/1427.

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawī. Chāp-i Sivum, 1968/1387.

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

Yazdī, Muḥammad. *Fiqh al-Qurān*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Zamakhsharī, Maḥmūd ibn ‘Umar. *al-Kashāf ‘an Ḥaqā’iq Ghawāmiḍ al-Tanzīl wa ‘Uyūn al-Aqāwīl fī Wujūh al-Ta’wī*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī. Chāp-i Sivum, 1987/1407.



An Analysis of the Punishment for Intermediary for adultery (*Qiyāda*) in Imāmī Jurisprudence, with a Critique of the Islamic Penal Code of 1392 AH (2013–2014 AD)

Dr. Abolghasem Hoseini Zeidi (Corresponding Author) , Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: hoseinzeidi@razavi.ac.ir

Dr. Reza Hagh Panah, Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Habib Yusufvand, PhD Candidate, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Mohammad Hossein Golyari, PhD Candidate, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Abstract

In *Imāmī* jurisprudence, intermediary for adultery is subject to different rulings and penalties due to differences in the underlying principles of juristic reasoning. Among these, seventy-five lashes are regarded as the punishment on which the jurists have reached agreement, and this appears to provide conclusive evidence of the position of the Infallible. The present study employs a descriptive-analytical methodology, analyzes the punishment prescribed for intermediary for adultery in Imāmī jurisprudence, and critically evaluates its treatment in the Islamic Penal Code. It argues that the punishment for intermediaries for adultery may be aggravated in four forms. This argument is supported through a cumulative assessment of indicia (*tajammūʿ-i qarāʾin*), including the compensation for weakness in the chain of transmission by reference to the rulings of early jurists, the reliability of the consensuses attributed to early jurists, the evidentiary value of the apparent meaning of the report attributed to ‘Abd Allāh b. Sinān, and the corroborative significance of the report contained in *Fiqh al-Riḍā*.

Keywords: Intermediary for adultery (*qiyāda*), fourfold punishments for intermediary for adultery, cumulative assessment indicia (*tajammūʿ-i qarāʾin*), report of ‘Abd Allāh b. Sinān.





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۶۰ - ۳۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۸

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.88789.1803>

نوع مقاله: پژوهشی

مجازات قیادت در فقه امامیه؛ بازخوانی انتقادی

بر مبنای تجميع قراین با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

دکتر ابوالقاسم حسینی زیدی (نویسنده، مسئول)

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: hoseinzeidi@razavi.ac.ir

دکتر رضا حق پناه

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

حبيب يوسفوند

دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

محمدحسین گلیاری

دانشجوی دکتری گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

چکیده

قیادت در فقه امامیه بنابر تفاوت مبانی اجتهادی، دارای احکام و مجازات‌های متفاوتی است. در این میان، ۷۵ ضربه شلاق به عنوان مجازات مورد توافق فقها به شمار می‌آید و چنین می‌نماید که به طور قاطع نشان‌دهنده نظر معصوم باشد. این پژوهش با به کارگیری روش تحلیلی توصیفی به بررسی مجازات قیادت در فقه امامیه و نقد آن در قانون مجازات اسلامی پرداخته است. مدعا این است که مجازات قیادت می‌تواند به چهار صورت تشدید شود. این ادعا به کمک تجميع قراین، از جمله جبران ضعف سند با فتوای متقدمان، وثاقت اجماعات متقدمان، اعتبار ظهور روایت عبدالله بن سنان و نقش تأییدکنندگی روایت فقه رضوی، به اثبات رسیده است.

واژگان کلیدی: قیادت، مجازات‌های چهارگانه قیادت، تجميع قراین، روایت عبدالله بن سنان.

مسئله قیادت از جمله مسائل ریشه دار اسلام است که در کتب فقیهان امامیه در حدود، مکاسب محرمة، نکاح محرم بدان پرداخته شده است. در این مسئله همانند سایر مسائل در میان فقها اقوال متفاوتی وجود دارد که منشأ آن را در روش شناسی اجتهاد آن بزرگواران می توان جست.

پیشینه مسئله در میان فقها به شیخ مفید در المقنعة و سیدمرتضی در الانتصار و شیخ طوسی در النهایة بر می گردد. در دروس مربوط به درس خارج هم به این مبحث پرداخته است (مانند درس خارج آیت الله سبحانی، فقیهی، نجفی و...) و در این زمینه مقالاتی نگاشته شده است که در آن ها تبیین مجازات ها و مناہج فقهی و تحلیل های مبنایی اجتهادی کم تر مشاهده می شود (مانند بازجستی فقهی در ماهیت قوادی از محمد محسنی دهکلانی، قوادی و مجازات آن در فقه و قانون مجازات اسلامی از هادی مؤمنی). در نگارش این مقاله از مطالب مقالات استفاده نشده است و سعی در ارائه چهارچوبی دقیق از مجازات قیادت و تقسیم بندی آن شده است که مقایسه مقالات بهترین گواه بر این مطلب است، وانگهی در این پژوهش سعی شده براساس تجمیع قراین، که از مبانی منهج وثوق صدوری^۱ است، به این موضوع بنگرد و در حد توان به نقد آرای دیگر بپردازد.

ضرورت بحث در این است که حد قیادت به نوعی با کمبود منابع از جمله روایت روبه روست، به طوری که براساس منهج وثوق صدوری تنها دو روایت از امام صادق و امام رضا(ع) در این باره وجود دارد که متضمن حکم جزایی قیادت است^۲ و براساس منهج وثوق، سندی یا روایت نداریم یا با مسامحه یک روایت از امام صادق(ع) را می پذیریم. این در حالی است که روایات پیامبر و دیگر روایات باب قیادت مشتمل بر حکم جزایی این حد نیست، بلکه فقط بر مبعوضیت آن اشاره کرده است.

در این جستار بر مبنای وثوق صدوری و تکیه بر تجمیع قراین می توان چهار مجازات را هم نوا با شیخ طوسی بیان کرد. گرچه تفاوت مبنا در میان فقها در این باره باعث نظر اساسی است؛ لذا طرفداران مکتب وثوق سندی دو مجازات را برگزیده اند.

۱. این گروه بر این باورند که معیار و تراز عمل به حدیث، اطمینان به صدور آن از معصوم است و صدور آن از معصوم، از دوراه ثابت می شود: ۱. از راه سند؛ یعنی سلسله سند آن باید موثق باشد؛ ۲. از راه قرینه ها و نشانه ها. اینان بر این باورند: نمی توان با بودن یک راوی ضعیف، روایت را ضعیف انگاشت؛ زیرا ممکن است از راه دیگری اعتبار روایت ثابت شود. قرینه ها و نشانه های خارجی که نشان از اعتبار روایت دارند، تنها در سند خلاصه نمی شوند و احوال راوی در کتاب های رجال، دلیل ضعیف راوی نیست.

۲. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۴/۴۷.

۱. بررسی^۳ اقوال

چهار قول در این مسئله مطرح است:

۱.۱. یک مجازات

بدون تردید می‌توان این قول را برای کسانی که شهرت فتوایی قدما را قبول نداشته و تبعید در مرتبه دوم را معتبر نمی‌دانند، جاری دانست. همچنان‌که «قانون مجازات اسلامی» در جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ این قول را پذیرفته است.

در ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «حد قوادی برای مرد هفتاد و پنج ضربه شلاق است و برای بار دوم علاوه بر هفتاد و پنج ضربه شلاق به عنوان حد، به تبعید تا یک سال نیز محکوم می‌شود که مدت آن را قاضی مشخص می‌کند و برای زن فقط هفتاد و پنج ضربه شلاق است.»^۴ همین حکم در قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ مطرح بوده است. با اینکه این قانون نسخ شده است اما مفاد آن مورد تأیید فقهایی است که تبعید را در مرحله دوم شرط می‌دانند؛ این فقیهان از طرفداران سه مجازات‌اند که در رأس آن‌ها سیدمرتضی قرار دارد و در مباحث آینده خواهد آمد. از این رو، قانون مجازات در این حکم از منهج اجتهادی سیدمرتضی در تبعید در مرحله دوم،^۵ از منهج محقق حلی در عدم اعتبار شهرت فتوایی^۶ و نیز از حکم قطعی اجماعات امامیه در هفتاد و پنج ضربه شلاق استفاده کرده است. به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی مبنایش را در آن برهه زمانی در موضوع قیادت، بر تخفیف و تسهیل و عدم تشدید مجازات استوار کرده، به گونه‌ای که شهرت فتوایی قدما و اجماعات قدما را در دو حکم تبعید و تراشیدن سر - به سبب مصالحی - نادیده گرفته است. بنابراین اگر قیادت به دلیل شرایط اجتماعی و... گسترش یافت، قانون مجازات اسلامی می‌تواند به دلیل مصلحت نظام اسلامی و جلوگیری از فساد، به تشدید مجازات بر مبنای شیخ الطائفه در چهار مجازات یا سه مجازات بر مبنای سیدمرتضی یا دو مجازات بر مبنای محقق حلی عمل کند.

۱.۲. دو مجازات

طرفداران دو مجازات، به «شلاق» و «تبعید در مرتبه اول» اعتقاد دارند و شهرت قدما را قبول ندارند. می‌توان گفت: اینان غالباً طرفداران مکتب وثوق سندی هستند که سردمداران آن سیدبن طاووس و محقق

۳. باتوجه به حجم بالای مقاله به توضیح قیادت در لغت و اصطلاح پرداخته نشده است.

۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲، ماده ۲۴۳، مبحث حد قوادی.

۵. سیدمرتضی تأکید دارد که تبعید باید براساس شرایط و ضوابط خاصی انجام شود؛ ایشان در فتوای خود در موضوع قیادت، تبعید را در مرحله دوم اجرای حد معتبر می‌دانند.

۶. محقق حلی معتقد است که شهرت فتوایی به خودی خود نمی‌تواند دلیلی برای اثبات حکم شرعی باشد، زیرا این شهرت ممکن است ناشی از اشتباه یا عدم دقت در استنباط احکام باشد. در نتیجه، برای پذیرفتن یک فتوا نیاز به دلایل معتبر و مستند وجود دارد.

حلی هستند. همچنین ابن جنید، علامه حلی، فخرالمحققین، شهید ثانی و... در این گروه قرار دارند. البته فقهای نامدار دیگری مانند شهید اول، شیخ انصاری و دیگران نیز بر این قول هستند.

پيروان مکتب وثوق سندی، به سند روایت و رجال آن توجه دارند و نیز شهرت قدما را جابر ضعف سند نمی‌دانند. طبق نظر این فقیهان مجازات تبعید در مرحله اول است که مناسب با قول شیخ طوسی و مخالف با شیخ مفید و سیدمرتضی است.

محقق حلی قائل به تبعید در مرتبه اول است که متناسب با روایت عبدالله بن سنان است.^۷ در ضمن ایشان حکم تراشیدن سر و شهرت را به (قیل) نسبت داده است که بیان (قیل) دلالت بر ضعف این قول در نظر محقق حلی دارد.^۸

همچنان که ابن فهد حلی تبعید در مرتبه اول را «أشهر و أنسب» با عموم روایت عبدالله بن سنان دانسته و مجازات شلاق را اجماعی دانسته است، ایشان در دو مجازات دیگر اظهار نظری نکرده است. از این رو، ایشان طرفدار دو مجازات است.^۹

علامه حلی تبعید را در مرتبه اول موافق با مشهور دانسته است که از روایت عبدالله بن سنان^{۱۰} به دست می‌آید.^{۱۱} نظیر استدلال محقق حلی را شهید اول در دو حکم را بیان کرده است.^{۱۲} شهید ثانی و ابن جنید^{۱۳} از اتباع مکتب وثوق سندی نیز دو حکم شلاق و نفی در مرتبه اول را از روایت عبدالله بن سنان برداشت کرده‌اند و شهرت قدما را معتبر نمی‌دانند.^{۱۴} فخرالمحققین، فرزند علامه حلی دو مجازات شلاق و تبعید را در مرتبه اول معتبر می‌داند که در روایت آمده است.^{۱۵} شیخ انصاری نیز مانند دیگر فقیهان دو مجازات شلاق و نفی را برای قوای بیان کرده است (مراد ایشان تبعید در مرتبه اول است) و مستند ایشان روایت ابن سنان است.^{۱۶}

۷. کلینی، الفروع من الکافی، ۲/۶۱، ح ۱۰؛ ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۴؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۰/۶۴.

۸. محقق حلی، شرایع الإسلام، ۴۲۹.

۹. ابن فهد حلی، المذهب الباری، ۵/۶۱.

۱۰. «عن عبدالله بن سنان، قال، قلت لابی عبدالله (ع): اخبرنی عن القواید ما حدّ؟ قال: لا حدّ علی القواید. ایس انما یعطى الاجر علی ان یقود؟ قلت: جعلت فداک انما یجمع بین الذکر و الانثی حراماً؟ قال: ذاک المؤلّف بین الذکر و الانثی حراماً؟ قلت: هو ذاک، جعلت فداک؟ قال: یضرب ثلاثة ارباع حدّ الزانی [خمسة وسبعین سوطاً] و ینفی من المصر الذی هو فیه» (کلینی، الفروع من الکافی، ۲/۶۱).

۱۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۰۲/۹.

۱۲. شهید اول، اللّمة الدمشقیة، ۱/۲۳۹.

۱۳. باتوجه به اینکه کتاب ابن جنید در دسترس نبود، به برداشت شهید ثانی از کلام ابن جنید در مسالک الأفهام اعتماد کردیم.

۱۴. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۳/۱۴.

۱۵. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴/۴۹۵.

۱۶. انصاری، المکاسب، ۱/۳۸۵.

۱. ۳. سه مجازات

پیشینه این دیدگاه را می‌توان در کلام شیخ مفید در المقنعة و سیدمرتضی در الإلتصار بیان کرد. شیخ مفید بیان کرده: «كان على السلطان أن يجعله [القواد] خمساً و سبعين جلدَةً و يحلق رأسه و يشهّره في البلد الذي يفعل ذلك فيه و...»^{۱۷} شیخ مفید در فتوای خود در موضوع قیادت قائل به تفصیل «تکرار و عدم تکرار» فعل قیادت در اجرای حد مجازات شده است که تبعید را در مرحله دوم اجرای حد معتبر می‌داند. بنابراین در ابتدا سه مجازات را برای مرد قواد و یک مجازات را برای زن در نظر گرفته است. بعد از شیخ مفید، اتباع وی قائل به این سه مجازات شدند و در این باره می‌توان بیان کرد آن دسته از اقوالی که سه مجازات و یک مجازات را برای قواد در وهله نخست در نظر گرفته‌اند در تبعید در مرتبه دوم اشتراک دارند.

سیدمرتضی سه مجازات شلاق و حلق رأس و اشهار بلد را برای قواد در کتاب فتوای خود بیان کرده و مستندش اجماع امامیه است.^{۱۸} نظیر وی، ابوالصلاح حلبی (التقی) است که تبعید را در مرتبه اول بیان نکرده است و این خود قرینه بر این مطلب است که تبعید در مرتبه دوم معتبر است.^{۱۹} همچنین ابن زهره سه مجازات را برای قواد ذکر کرده است: هفتاد و پنج ضربه شلاق، تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر.^{۲۰} ابن حمزه طوسی نیز سه مجازات را ذکر می‌کند اما در صورت تکرار فعل حد قیادت، تبعید را در مرحله دوم معتبر می‌داند.^{۲۱}

به نظر می‌رسد منشأ اختلاف فقیهان را باید در «مفهوم‌گیری عدد» در روایت عبدالله بن سنان جست‌وجو کرد. در روایت به اصل تبعید اشاره شده ولی صراحتی در مرتبه اول یا دوم ندارد، بنابراین روایت مجمل است. همچنان‌که در اصول بیان شده است که عدد در برخی موارد مفهوم ندارد و مورد زیر از آن دسته است. با نگاهی به ادله فقیهان می‌توان مهم‌ترین مستند در تبعید در مرتبه دوم را اجماع دانست.

أ. اجماع و تعیین: ابن زهره در این باره ادعای اجماع کرده است.^{۲۲} به قول صاحب جواهر، ابن زهره اجماع در تبعید در مرتبه دوم را مرجح از روایت عبدالله بن سنان قرار داده است. بنابراین روایت عبدالله بن سنان صراحت دارد و لذا اجماع ابن زهره بر تبعید در مرتبه دوم روایت را مقید می‌کند،^{۲۳} بلکه

۱۷. مفید، المقنعة، ۷۹۱.

۱۸. سیدمرتضی، الإلتصار، ۵۱۵/۱.

۱۹. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۱۰/۱.

۲۰. ابن زهره، غنیة النزوع، ۴۲۷.

۲۱. ابن حمزه، الوسیلة، ۴۱۴.

۲۲. ابن زهره حلبی، غنیة النزوع، ۴۷۷.

۲۳. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۴۰۰.

سیدعلی طباطبایی در ریاض المسائل تبعید در مرتبه دوم را متعین دانسته است.^{۲۴} بدون تردید، چنین اجماعی از ابن زهره یا اتباع وی، در منهج وثوق صدور پذیرفته نیست؛ زیرا فقیهانی از قدما مانند شیخ طوسی و دیگران با این اجماع مخالفت کرده‌اند که در جای خود به آن اشاره خواهد شد.

ب. اصل عملی احتیاط: طرفداران تبعید، مرتبه دوم را موافق با اصل عملی احتیاط دانسته‌اند. به این بیان که، چون شک در تبعید در مرتبه اول یا دوم داریم و در روایت قیادت به صراحت این مورد مشخص نشده است، از این رو با فقدان روایت نوبت به رجوع به اصول عملیه می‌رسد که مقتضای احتیاط با تبعید در مرتبه دوم سازگار است.^{۲۵}

ج. قاعده درء: این بیان مستفاد از کلام آیت الله منتظری است که صرفاً بیان شده است اما دیدگاه وی نیست: «اگر در سند روایت عبدالله بن سنان مناقشه نمود که ضعف سندش در این حکم جبران نمی‌شود [ضعف سند با عمل مشهور فقها جبران نمی‌شود] و اگر جبران ضعف سند نماید فقط برای اصل حد است [اصل حد در ۷۵ ضربه شلاق است] بنابراین قاعده «الحدود تدرء بالشبهات» - حدود با شبهه از بین می‌روند - [شبهه در تبعید در مرتبه اول یا دوم است که قاعده درء آن را در مرتبه دوم بیان می‌کند].^{۲۶} مهم‌ترین نقد بر قائلان بر تبعید در مرتبه دوم را باید در مخالفت با ظاهر روایت عبدالله بن سنان دانست؛ از این رو حمل کردن خلاف ظاهر روایت و مقدم دانستن آن بر ظاهر روایت، در علم اصول پذیرفته شده نیست. همچنان که آیت الله سبحانی بر این مورد اشکال می‌کند که برداشت تبعید در مرتبه دوم برخلاف روایت عبدالله بن سنان است که نفی را در مرحله اول می‌داند.^{۲۷}

۴. ۱. چهار مجازات

پیشینه این دیدگاه بدون تردید در کلام شیخ طوسی در کتاب النهایة است: «يجب عليه [القَوَاد] ثلاثة أرباع حد الزانی خمسة و سبعون جلدَةً و یحلق رأسه و یشهر فی البلد، ثم ینفی عن البلد الذی فعل ذلک فیه إلی غیره من الأمصار.»^{۲۸}

ایشان چهار مجازات تعریف شده را بیان کرده که در سه مجازات شلاق، تراشیدن سر و مشهور گردانیدن در شهری که مرتکب فعل قَوادی شده است را با «واو عطف» و سپس مجازات چهارم را با «ثم عاطفه» که

۲۴. طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۱۵/۱۳.

۲۵. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۶۱/۴.

۲۶. منتظری، کتاب الحدود فی مباحث الزنا و اللواط و السحق و القیادة، ۲۶۷/۱.

۲۷. سبحانی، خارج فقه، ۱۳۹۸/۱۱/۲۷.

۲۸. طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ۷۱۰.

دلالت بر تأخیر زمانی و ترتیب حکم دارد، بیان کرده است. ظهور کلام ایشان با تبعید در مرتبه اول سازگار است.

بعد از شیخ طوسی، اتباع وی به این بیان پرداختند: ابن ادریس حلی و قاضی ابن براج چهار مجازات را به ترتیب هفتاد و پنج ضربه شلاق، تراشیدن سر، مشهور گردانیدن در داخل شهر و تبعید را در کتاب فتوای خود بیان کرده است.^{۲۹}

به نظر می‌رسد ابن ادریس حلی در فتوای خود متأثر از شیخ طوسی بوده است با اینکه مستندی از دو حکم تراشیدن سر و شهرت ذکر نکرده است و منهج ایشان مانند سید مرتضی بر عدم اعتبار خبر واحد است، اما در این مورد بر شهرت فتوایی قدما مانند شیخ مفید، شیخ طوسی و سید مرتضی اعتماد کرده، در حالی که روایتی در این مورد نداریم و این خود می‌تواند نشان از وصول خبری در آن دوران باشد که به دست ما نرسیده است.

۱. ۴. ۱. مستند قائلان به تبعید در مرتبه اول

این دسته بر این باورند که ظهور روایت عبدالله بن سنان بر تبعید، در مرتبه اول است. به عبارتی، طرفداران دو و چهار مجازت بر این بیان اقامه دلیل کرده و از آن‌ها می‌توان به شیخ طوسی در رأس چهار مجازات و ابن فهد حلی، محقق حلی و علامه حلی در رأس دو مجازات اشاره کرد.

صاحب جواهر بیان می‌کند: تبعید در مرتبه اول موافق با روایت عبدالله بن سنان است که این روایت اصل در مسئله قیادت است.^{۳۰} آیت الله سبحانی نیز بیان می‌کند: برای دو مجازات شلاق و تبعید، روایت عبدالله بن سنان را داریم.^{۳۱} از کلام ایشان بر می‌آید که ایشان نیز نفی بلد را در مرتبه اول معتبر دانند.

گیریم ظهور روایت عبدالله بن سنان را در تبعید مرتبه اول ندانستیم، با استفاده از منهج وثوق صدوری، روایت ضعیف در فقه رضوی مساعد و مؤید روایت ابن سنان است که تبعید را در مرتبه اول ثابت می‌کند.^{۳۲} محقق حلی تبعید در مرتبه اول را موافق با روایت عبدالله بن سنان یا فقه رضوی می‌داند.^{۳۳} صاحب جواهر بیان می‌کند: «تبعید در مرتبه اول نیز با روایتی که در «کتاب رضوی» آمده است موافق است.»^{۳۴} این همان فتوای براساس مکتب وثوق صدوری است که روایت ضعیف را طرد نمی‌کنند؛ بلکه اگر با روایات دیگر موافق باشد از طریق تجميع قرائن به اعتبار دلالتی یا سندی روایت حکم می‌کنند.

۲۹. ابن ادریس، السرائر، ۴۷/۳؛ ابن براج، المذهب، ۵۳۴/۲.

۳۰. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴۰/۴۱.

۳۱. سبحانی، درس خارج فقه، ۸۹/۱۱/۲۷.

۳۲. نوری، مستدرک الوسائل، ۸۷/۱۸.

۳۳. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۴۹/۴.

۳۴. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴۰/۴۱.

۱. ۴. ۲. جمع‌بندی نفی در مرتبه اول و دوم

آیت‌الله منتظری افزون بر اینکه بر تبعید در مرتبه اول حکم کرده است، در بیانات وی اختلاف در مبانی روش‌شناسی فقها برای اهل فن کاملاً هویداست: «اگرچه روایت عبدالله بن سنان ظاهر است و اجماع ادعاشده نص است و واجب است که نص بر ظاهر مقدم شود؛ اما ثابت شد که این اجماع منقول است و صرف فتوادادن شیخ مفید و سلار دیلمی موجب علم به فتوا نیست، وانگهی شیخ طوسی که معاصر با آن دو بزرگوار است با این حکم مخالفت کرده است [مراد تبعید در مرتبه دوم است].»

بنابراین، صرف نظرکردن از ظاهر روایت عبدالله بن سنان، که موافق با روایت رضوی است، به سبب اجماع ادعاشده در کتاب غنیة النزوع توسط ابن‌زهره مشکل است. بنابر منهج وثوق صدوری، «قاعده درء» و «اصول عملیه احتیاط» در این باره جاری نیست. وجه اصل احتیاط را سابقاً بیان کردیم و همان استدلال درباره قاعده درء صورت می‌پذیرد.

۱. ۴. ۳. رفع اشکال

تعارضی در دیدگاه طرف‌داران تبعید در مرتبه اول وجود دارد که در پژوهش‌ها به آن اشاره نشده است و به نظر می‌رسد در این مقاله برای اولین بار به آن اشاره شده است. منشأ تعارض را باید در کلام دو فقیه، ابن‌فهد حلی و علامه حلی جست‌وجو کرد. ابن‌فهد حلی تبعید در مرتبه اول را به «أشهر» و «أنسب» نسبت داده است،^{۳۵} در حالی که در قرون متأخر، علامه حلی و صاحب ریاض تبعید در مرتبه اول را به مشهور نسبت داده است.^{۳۶}

تردیدی نیست که تبعید در مرتبه اول است اما در نسبت «أشهر» با «مشهور» تفاوت وجود دارد. به نظر می‌رسد مراد از أشهر در کلام ابن‌فهد، فقیهان متقدم مانند شیخ طوسی، فاضلان و... است که تبعید در مرتبه اول را أشهر و تبعید در مرتبه دوم را مشهور می‌دانند ولی مراد علامه از مشهور، مقایسه فتوای فقیهان دوره خود از متأخران و متقدمان است که تبعید در مرتبه دو را مشهور می‌دانند، بنابراین تعارضی در کار نیست. همچنان که در دوره معاصر اگر فتاوای فقها را از متقدمان، متأخران، متأخر المتأخران و معاصر را موردی بررسی کنیم، قول مشهور و أشهر در این باره مشخص می‌شود.

۲. قول به تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر

حال که در بخش اول به اقوال فقها و نقد آنان و تبیین قول مختار پرداختیم، در بخش دوم به تقویت دو

۳۵. ابن‌فهد حلی، المذهب البارع، ۶۲/۵.

۳۶. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۰۲/۹؛ طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۱۶/۱۳.

قول تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر می‌پردازیم.

در اینکه پیشینه مسئله در بین سه شخصیت فقهی شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی از میان قدما می‌چرخد، بحثی نیست اما در کتب فقهی، علامه حلی اشاره به پیشینه بحث کرده و آن را به شیخ طوسی و مفید نسبت داده است.^{۳۷} بنابراین نسبت دادن پیشینه به شیخ طوسی در کتاب نه‌ایه درست نیست، زیرا با تقدم زمانی که شیخ مفید بر شیخ طوسی دارد، این قول بدون تردید صحیح نیست. همچنان‌که با تقدم زمانی که سیدمرتضی بر شیخ طوسی دارد به نظر می‌رسد سیدمرتضی در این مسئله بر شیخ طوسی تقدم دارد.

بنابراین، دو مجازات فوق در نزد قدما مانند شیخ مفید، سیدمرتضی، شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی و... مورد پذیرش و فتوا قرار گرفت. این در حالی است که بزرگانی مانند سیدمرتضی و ابن‌ادریس بر طبق منهج اجتهادیشان خبر واحد را حجت نمی‌دانند با اینکه سیدمرتضی و ابن‌زهره بر این دو حکم ادعای اجاع کردند. سؤالی که به ذهن خواننده خطور می‌کند این است که: دلیل این حکم چیست؟

جواب سؤال را باید در پیروان مکتب وثوق صدوری و اعتبار شهرت فتوایی قدما جابر ضعف سند و وثوق به اجماعات قدما از باب تجميع قرائن در مقابل منهج وثوق سندی جست‌وجو کرد. این همان روش‌شناسی اجتهاد فقه‌هاست که برای رفع سرگردانی به آن نیازمندیم.

صاحب ریاض در دفاع از دو حکم حلق رأس و اِشهار بلد نکاتی را بیان می‌کند که در بطن منهج وثوق صدوری قرار دارد:

أ. این دو مجازات مشهور بین اصحاب است.

ب. ادعای اجماع سیدمرتضی و ابن‌زهره در کتاب‌های الانتصار و غنیة النزوع شده است.^{۳۸} همین ادعای اجماع برای ثبوت حکم تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر کافی و مجزی است.

ج. فتوای مشهور فقها مبنی بر تراشیدن سر و چرخاندن در شهر سبب جبران ضعف سند می‌شود.

د. افزون‌بر اینکه شخصی مانند ابن‌ادریس حلی مبنایش این است که به خبر واحد عمل نمی‌کند این دو مجازات را پذیرفته است،^{۳۹} نظیر همین مطلب برای سیدمرتضی علم‌الهدی وجود دارد.

ه. مخالفت صریحی با این حکم تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر نشده است.

در نتیجه، سیدعلی طباطبایی بیان می‌کند: اگرچه از ظاهر متن تردید و شک در این حکم (حلق رأس و

۳۷. نک: علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۰۲/۹.

۳۸. نک: سیدمرتضی، الانتصار، ۵۱۵؛ ابوالصلاح حلی، الکافی فی الفقه، ۴۲۷.

۳۹. نک: ابن‌ادریس، السرائر، ۴۷۱/۳.

إشهار فی البلد) وجود دارد؛ ولی دلایل پنج‌گانه‌ای که اقامه شد هیچ وجهی برای شک در این حکم وجود ندارد،^{۴۰} نظیر این دلایل (اول، دوم، چهارم) را صاحب‌جواهر هم برگزیده است.^{۴۱}

البته بر این باور هستیم که اصل مسئله در دو مجازات تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر برگشت به یک مسئله اصولی به نام «شهرت فتوایی قدما و اعتضاد جابریّت سند» دارد و تا زمانی که این مسئله شهرت و اقسام آن از نظر حجیت به وضوح روشن نشود مخاطب در حیرت به سر می‌برد. لذا اگر مبنای حجیت شهرت فتوای قدما را قبول داشته باشیم، دو مجازات حلق و شهرت‌گردانی هم پذیرفتنی است، وگرنه این دو مجازات را طبق منهج سندی نباید پذیرفت. مثلاً آیت‌الله سبحانی از فقهای معاصر معتقد است شهرت فتوای قدما حجت است. اگر واقعاً شهرت فتوای مجرد باشد، این برای ما حجت است.^{۴۲}

البته برخی از اندیشمندان مانند آیت‌الله منتظری توجیهی را درباره فتوای فقهای قدما در مسئله‌ای با فقدان روایت با نام «ورود نص معتبر در نزد قدما و عدم ایصال آن» بیان کرده‌اند که با این نظر کاملاً موافق هستیم و می‌توان آن را به عنوان مؤیدی در محل بحث بیان کرد. تحلیل از این قرار است: «با اینکه روایتی در مسئله تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر شخص قوّاد در دسترس ما وجود ندارد، اما فقهای قدما امامیه در کتاب‌هایشان که برای نقل نمودن مسائل مأثوره از معصومان(ع) است فتوا داده و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. حتی در نظر فقیهانی مانند سیدمرتضی که به خبر واحد عمل نمی‌کند و امامیه از کسانی نیستند که به اعتبارات و استحسان ظنی عمل نمایند و لذا این فتوا خود از واردشدن نص معتبری که به آنها دست‌به‌دست رسیده است خبر می‌دهد. بنابراین، نسبت دادن قول (قیل) در این حکم که إشعار به ضعف حکم دارد بدون وجه است. همچنین آنچه که ابن‌جنید از عدم فتوادادن به آن و به تبعش، شهید ثانی در غیر محل است.»^{۴۳}

حال که با مبنای اعتبار شهرت فتوایی قدما آشنا شدیم به راحتی می‌توان ادله منهج و ثوق سندی را نقد کرد. مهم‌ترین دلیل آن‌ها را می‌توان «عدم الدلیل دلیل العدم» دانست.

أ. عدم الدلیل دلیل العدم: بدون تردید عدم نص بر مجازات تراشیدن سر و اشهار بلد، خود دلیل بر عدم مجازات‌های فوق است. ابن‌فهد حلی دو مجازات تراشیدن سر و مشهورگردانیدن را فاقد نصوص اهل بیت(ع) می‌داند.^{۴۴} همچنان‌که شهید ثانی به دلیل اینکه روایت عبدالله بن سنان شامل دو حکم تراشیدن سر

۴۰. طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۱۵/۱۳.

۴۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۰۱/۴۱.

۴۲. سبحانی، خارج فقه، ۱۳۸۹/۱۱/۲۷.

۴۳. منتظری، کتاب الحدود فی مباحث الزنا و اللواط و السحق و القیادة، ۲۶۶/۱.

۴۴. ابن‌فهد حلی، المذهب البارع، ۶۱/۵.

و مشهورگردانیدن در شهر نیست این دو حکم را نپذیرفته‌اند.^{۴۵} بنابراین این استدلال درباره طرفداران یک و دو مجازات جریان دارد.

ب. تکیه بر قدرمتیقن از روایت عبدالله بن سنان: شهید ثانی بیان می‌کند که در سند روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع)، شخصی به نام محمد بن سلیمان وجود دارد. ایشان مشترک بین گروهی از ثقه و غیرثقه است. به دلیل ضعف سندی محمد بن سلیمان، محقق حلی حکم تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر را براساس روایت ابن سنان دارای ضعف می‌داند، زیرا که حکم حلق رأس و اشتهار بلد بر مستند روایت عبدالله بن سنان دلالت ندارد. شهید ثانی قول ابن جنید اسکافی را براساس روایت عبدالله بن سنان نیکو شمرده است.^{۴۶} در روایت دو، حکم هفتاد و پنج ضربه شلاق و تبعید در مرتبه اول است [به عبارت دقیق‌تر وقتی روایت عبدالله بن سنان خود دارای ضعف سندی است و با مسامحه حکم مجازات قیادت را پذیرفتیم برای دو مجازات دیگر تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر که دلیل و روایتی وجود ندارد، به طریق اولی و قیاس اولویت نمی‌توان حکم را پذیرفت؛ افزون بر اینکه دو حکم ذکر شده در روایت ابن سنان وجود ندارد].

با اینکه مجازات مشهورگردانیدن در شهر را پذیرفتیم اما برخی از ابهامات در کیفیت شهرت و تراشیدن سر وجود دارد که در روایات قیادت به طور کلی و روایت عبدالله بن سنان و فقه رضوی به طور خاص اشاره نشده است یا در کیفیت تبعید نکات مبهمی وجود دارد که با استفاده از منهج و ثوق صدور و اعتبار روایت ضعیف فقه رضوی و اعتبار آن می‌توان پاسخ داد و نواقص این مورد را از بین برد.

۳. زمان تبعید

اولین سؤالی که مطرح می‌شود این است که مشخص‌کننده زمان تبعید چه کسی است؟ در کلام غالب فقهای امامیه متأسفانه مدت زمان مشخصی برای تبعید شخص قواد مشخص نشده است و تاحدودی این حکم مجهول و دارای ابهام است. از جهتی با کمبود روایت در این مورد قیادت روبه‌رو هستیم که در روایت عبدالله بن سنان زمانی را برای تبعید بیان نکرده است. بنابراین سؤالی مطرح است که: مدت زمان تبعید در مسئله قیادت وظیفه چه کسی است؟

أ. سلطان: شیخ مفید تعیین مجازات‌های قواد از جمله تبعید را از وظایف «سلطان» به شمار می‌آورد.^{۴۷} البته مفهوم سلطان تاحدودی دارای ابهام است که چه کسی را شامل است؟ آیا مراد، حاکم

۴۵. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۳/۱۴.

۴۶. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۳/۱۴.

۴۷. مفید، المقنعة، ۷۹۱.

اسلامی است یا غیر حاکم اسلامی را شامل است؟

ب. حاکم: این نظر را مشکینی بیان می‌کند: «و ان مقدار النفی زماناً و مکاناً موکول إلی نظر الحاکم»^{۴۸} کلام ایشان صراحت در موکول شدن محدوده زمانی و مکانی تبعید به «حاکم» است، ولی خمینی با حالت تردید در حکم فتوا داده است: «بعید نیست بگوئیم تعیین مقدار زمان تبعید (در مسئله قیادت) به نظر حاکم باشد.»^{۴۹}

ج. قاضی: قانون مجازات اسلامی زمان تبعید را «تا یک سال» و «قاضی» شخص مجری در تبعید معرفی کرده است.^{۵۰}

البته بر این باوریم که این حکم بدون تردید وظیفه امام معصوم (ع) و نایب یا وکیل وی در عصر حضور است، همچنان که در عصر غیبت و با تشکیل حکومت اسلامی از وظایف ولی مطلقه فقیه و فقیه جامع الشرایط است که تعبیر حاکم و سلطان به این نوع بر می‌گردد. اما قاضی از آن جهت که مجری قانون مجازات براساس رأی فقهای امامیه در مسائل قضایی است، در صورتی که فقیه جامع الشرایط باشد توان اجرای آن را دارد، وگرنه نظر ایشان به فقهای که قانون مجازات را نوشته و تصویب کرده‌اند، برگشت دارد و رأی مستقلى ندارد و صرفاً مجری قانون محسوب می‌شود، نه نظریه‌پرداز قانون. بنابراین قاضی به‌عنوان مجری قانون، به‌ویژه در زمینه مجازات عمل می‌کند. اگر قاضی فقیه جامع الشرایط باشد می‌تواند به‌طور مستقل تصمیم‌گیری کند اما اگر این‌گونه نباشد، او به رأی و نظر فقهای که قوانین مجازات را نوشته و تصویب کرده‌اند، رجوع می‌کند و در واقع تنها مجری قانون است. در نتیجه، در حالی که امام معصوم، نایب او و ولی مطلقه فقیه دارای اختیارات و مسئولیت‌های کلان و تصمیم‌گیری هستند، قاضی به‌عنوان مجری قانون، به اجرای احکام و نظرات فقها محدود است و نمی‌تواند به‌طور مستقل رأی دهد.

سؤال دوم این است که «زمان تبعید» چقدر است؟ در ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مجازات تبعید حد قوادی را... به تبعید تا یک سال نیز محکوم می‌شود...»^{۵۱} یا در قانون منسوخ مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مدت زمان تبعید را از «سه ماه تا یک سال» بیان کرده است.^{۵۲}

با اینکه در قانون مجازات مدت زمان تبعید را با مفهوم غایت «تا یک سال» بیان کرد اما اولین سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که مستند این حکم چیست؟ تنها یک جواب دارد و آن اعتبار روایت فقه

۴۸. مشکینی، مصطلحات الفقه و معظم عناوین الموضوعية، ۴۳۳.

۴۹. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۶۱/۴.

۵۰. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲، ماده ۲۴۳، مبحث حد قوادی.

۵۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۲۴۳، مبحث حد قوادی.

۵۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، ماده ۱۳۸، مبحث قیادت.

رضوی است که (مفهوم غایت تا یک سال) براساس منهج وثوق صدوری آن را ثابت کردیم و در آن تبعید را مقید به یک سال کرد و مشکل را حل کرد.

سؤال دیگری مطرح است که چرا قانون مجازات از نظر محتوایی حکم‌های متعارضی در مجازات قیادت صادر کرده است؛ به این معنا که قانون مجازات در حکم اولیه خود قائل به یک مجازات هفتادوپنج ضربه شلاق است که مخالف با منهج وثوق صدوری است [این منهج حکم اولیه را چهار مجازات می‌داند] و در صورت تکرار حد قیادت قائل به تبعید در مرتبه دوم (موافق منهج وثوق سندی) بیان کرده که باز مخالف با منهج وثوق صدوری است، ولی قانون مجازات که در تعیین مدت زمان تبعید به مشکل برخورد و رویه خود را تغییر داد؟ زیرا در بحث مدت زمان تبعید منهج وثوق سندی نمی‌تواند کمک‌کننده باشد؛ زیرا از نظر آنان روایت فقه رضوی دارای ضعف سندی است و اعتبار ندارد. بنابراین قانونگذار از رأی منهج وثوق صدوری استفاده کرد و مدت زمان تبعید را یک سال (مفهوم غایت) حکم داد که موافق با منهج وثوق صدوری و روایت فقه رضوی است!

حال سؤالی مطرح است و آن اینکه آیا بهتر نیست قانونگذار در سه حکم تراشیدن سر، مشهورگردانیدن در شهر و تبعید در مرتبه اول، آن را که موافق با مشهور یا شهر فقها بود، بپذیرد، زیرا قانونگذار به ناچار از منهج وثوق صدوری استفاده کرده است؟

صاحب‌جواهر درباره زمان تبعید آورده است: «شایسته است که حد و مقدار نفی را مقید به توبه کنیم، زیرا بدون توبه کردن اسم تبعید برای آن حد صادق است»^{۵۳} و نیز ممکن است که مقدار تبعید را به قرینه‌ای که از مبحث زنا به دست می‌آید و تبادر به یک سال دارد در نظر بگیریم. در این مورد تأمل کن و شاید بتوان گفت که نظر حاکم معتبر است. راهکار اول ایشان در منهج وثوق صدوری و با برداشت از روایت فقه رضوی اثبات‌شدنی است و راهکار دوم وی قیاس مع الفارق است که در امامیه پذیرفته نیست، وانگهی ما با استفاده از روایت رضوی حکم یک سال را پذیرفتیم.»

۴. مجازات قیادت زنان

در علم فقه هر حکم شرعی برای مکلفان صادر شده است و لذا احکام قیادت برای مردان و زنان جاری است و علاوه بر اجماع، عقل بر آن صحه می‌گذارد. اما در مجازات قیادت زنان تمام فقهای امامیه چه براساس منهج وثوق صدوری و چه منهج وثوق سندی، حکم اولیه تنها یک مجازات هفتادوپنج ضربه شلاق است. شیخ الطائفه بیان می‌کند: مجازات قیادت برای زنان هفتادوپنج ضربه شلاق است و

۵۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۰۱/۴۱.

مجازات‌های تراشیدن سر و مشهورگردانیدن در شهر و تبعید درباره زنان جاری نمی‌شود.^{۵۴} شهید اول همین حکم را با اسلوب «لای نفی جنس» بیان کرده است تا قطعیت در حکم را بیان کند و شبهه‌ای را درباره آن باقی نگذارد: «وَلَا جَزَّ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَا شُهْرَةٌ وَلَا نَفَى». شهید ثانی همین حکم را تأیید کرده است^{۵۵} و همین حکم را امام خمینی برگزیده است.^{۵۶}

سؤالی که مطرح می‌شود این است که مستند قول «تک مجازات شلاق» در میان زنان چیست؟ مستند عدم مجازات‌های سه‌گانه زنان عبارت‌اند از:

دلیل اول. عدم خلاف و اجماع: بدون تردید مهم‌ترین مستند در فقه امامیه در عدم مجازات زنان اجماع است و در منهج وثوق صدوری اجماع قدمای فقها مانند سیدمرتضی و ابن‌زهره در صورت عدم معارض حجیت دارد. این حکم (اتفاق) را صاحب کشف اللثام اعتراف کرده^{۵۷} و بلکه در کتاب انتصار از سیدمرتضی^{۵۸} و غنیة النزوع از ابن‌زهره^{۵۹} بر این حکم ادعای اجماع شده است.^{۶۰}

دلیل دوم. اصل: شهید ثانی این دلیل را برای انحصار مجازات زن قواد در شلاق ذکر کرده است،^{۶۱} همین حکم را صاحب‌جواهر بیان کرده و «اصل» را بر شلاق‌زدن زن و عدم مجازات‌های دیگر قرار داده است.^{۶۲}

دلیل سوم. منافات نفی با ستر: تبعید زن با فلسفه تبعید منافات دارد، زیرا قیادت از جمله حدودی است که باید پنهان بماند اما اگر زن را را تبعید کرد این تبعید از شهر و وطنش با «ستر» منافات دارد،^{۶۳} نظیر همین استدلال را صاحب‌جواهر نیز برگزیده است.^{۶۴}

دلیل چهارم. تبادر: صاحب ریاض بیان کرده است که «فتوای مجازات قیادت» و «روایت عبدالله بن سنان» به حکم تبادر اختصاص به مرد دارد (مراد تراشیدن سر و مشهورگردانیدن و تبعید) و به زن اختصاص ندارد.^{۶۵}

۵۴. طوسی، النهاية، ۷۱۰.

۵۵. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۲۸/۳.

۵۶. خمینی، تحریر الوسیله، ۱۶۱/۴.

۵۷. فاضل هندی، کشف اللثام، ۵۰۸/۱۰.

۵۸. سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۵۱۵.

۵۹. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۴۷.

۶۰. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۰۱/۴۱.

۶۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۲۸/۳.

۶۲. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۰۱/۴۱.

۶۳. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۲۸/۳.

۶۴. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۰۱/۴۱.

۶۵. طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۱۶/۱۳.

البته اشکال در اینجا مطرح می‌شود که صدر و ذیل روایت عبدالله بن سنان را چگونه جمع می‌کنیم، به گونه‌ای که صدر روایت شامل مجازات شلاق برای مرد و زن است اما ذیل روایت مجازات تبعید (و بنابر شهرت فتوایی تراشیدن سر و مشهور گردانیدن در شهر) اختصاص به مردان دارد و ربطی به زنان ندارد؟ به نظر می‌رسد آیت الله منتظری اولین نفر یا از معدود فقیهانی است که به خوبی این اشکال را جواب داده است: بالجمله «اصل ثبوت جلد» در مجازات زن بدون اشکال است و اگرچه بر «القای خصوصیت رجولیت» در روایت عبدالله بن سنان - که قبلاً آن را بیان کردیم - اشکال وارد کنیم؛ بنابراین روایت عبدالله بن سنان بعد از اینکه شامل نفی و تبعید است و اصحاب بر عدم نفی در زنان اتفاق نظر و اجماع دارند، فهم کردن (اعم) برای نفی نسبت به مرد و زن مشکل است، مگر اینکه این گونه مناقشه کرد: اختصاص دادن ذیل روایت به مرد به سبب اجماع است که منافاتی با استفاده (اعم) از صدر روایت و القای خصوصیت رجولیت از صدر روایت ندارد؛ نظیر آن در بیشتر روایاتی که احکام شرعی را بیان کرده‌اند وجود دارد، به گونه‌ای که آنچه در روایت بیان شده است حکم مرد را بیان کرده است ولی عرف از آن روایت مطلق مرد و زن را به دست می‌آورد. پس در این مورد تأمل و دقت کن.^{۶۶} نتیجه اینکه، تعارض بین صدر و ذیل روایت با القای خصوصیت ذیل و اجماع حل می‌شود.

۵. ثمره بحث: اثر تکرار حد در مجازات قیادت

تکرار حد از مسائل مرتبط با حقوق جزای عمومی است که در حد قیادت، مجازات‌ها را از یک به دو و از سه به چهار تبدیل می‌کند. این تکرار فقط متمرکز بر تبعید است یا در روایت: «اصحاب الکبائر کلّها إذا أقيم عليهم الحدّ مرتّین قتلوا فی الثالثة» بر قتل در صورت اجرای دو مرتبه حد و تکرار آن بر مرتبه سوم است.^{۶۷}

البته ابن فهد حلی در باب قیادت، با قتل در مرتبه سوم حد قیادت مخالفت کرده و بیان کرده است که: «در مرتبه سوم تکرار قیادت، شخص قوّاد حد شلاق می‌خورد و در مرتبه چهارم، تکرار فعل قیادت توبه داده می‌شود؛ اگر شخص قوّاد توبه کرد، توبه‌اش پذیرفته می‌شود ولی شلاق زده می‌شود ولی اگر امتناع از توبه کرد به قتل می‌رسد. بنابراین اگر توبه کند ولی در مرتبه پنجم، فعل قیادت را انجام دهد در هر صورت (توبه و عدم توبه، پذیرش و عدم پذیرش توبه) به قتل می‌رسد.»^{۶۸}

این فرض از فروعی است که هیچ کدام از فقها به آن اشاره نکرده‌اند - تا جایی که تحقیق کردیم - و

۶۶. منتظری، کتاب الحدود فی مباحث الزنا و اللواط و السحق و القیادة، ۲۶۸/۱.

۶۷. کلینی، الفروع من الکافی: ۱۹۱/۷؛ شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ۶۲/۱۰؛ شیخ طوسی، الإستبصار، ۲۱۲/۴.

۶۸. ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۶۳/۵.

دارای دشواری خاص خود است که مستند آن چیست؟ به طوری که علامه حلی در این قول (قتل قوادر مرتبه سوم به بالاتر) توقف کرده است.^{۶۹} البته ماده ۱۳۶ قانون مجازات، به موضوع «مجازات تعزیری» می‌پردازد و به طور خاص به تعیین حدود و شرایط مجازات‌های تعزیری اشاره دارد. به طور کلی، تعزیر به مجازات‌هایی اطلاق می‌شود که در شرع مقدس به صراحت مشخص نشده‌اند و تعیین آن‌ها برعهده قانونگذار است. در این ماده، قانونگذار به تشریح شرایط و اصولی که باید در تعیین مجازات‌های تعزیری رعایت شود، پرداخته است. این ماده به قاضی این اختیار را می‌دهد که براساس نوع جرم، شرایط مرتکب و اوضاع و احوال خاص، مجازات مناسب را تعیین کند. برای مثال، ممکن است در این ماده به مواردی چون شدت جرم، تأثیر آن بر جامعه، و وضعیت اجتماعی و اقتصادی مجرم اشاره شده باشد که هدف از این نوع مجازات، اصلاح و تربیت مجرم و همچنین حفظ نظم و امنیت اجتماعی است.

نتیجه‌گیری

قیادت، به عنوان یکی از موضوعات مهم در فقه امامیه، با کمبود روایات و احادیث معتبر در این زمینه روبه‌روست. این کمبود به ما این امکان را می‌دهد که از دو منهج حدیثی مختلف برای بررسی موضوع قیادت استفاده کنیم که هرکدام مزایا و معایب خاص خود را دارند.

اولین منهج، منهج وثوق صدوری است. در این رویکرد می‌توانیم از دو روایت استفاده کنیم: یکی روایت ابن‌سنان و دیگری روایتی که به فقه منسوب به امام رضا(ع) مربوط می‌شود. این انتخاب به ما این امکان را می‌دهد که در بحث‌های فقهی خود از این روایات بهره‌جویم، هرچند که برخی ممکن است به ضعف سندی روایت ضعیف انتقاد کنند.

دومین منهج، منهج وثوق سندی است که در این رویکرد باید به ضعف سندی دو روایت فوق توجه کنیم و به همین دلیل، این دو روایت را کنار بگذاریم. در این صورت، برای استنباط حکم قیادت باید به اصول عملیه مراجعه کنیم که به طور کلی به معنای تعیین مجازات براساس قواعد کلی و اصول پذیرفته‌شده در فقه است. درنهایت، براساس این اصول، مجازات قیادت به حاکم اسلامی واگذار می‌شود.

علاوه بر این، اگر بخواهیم از اجماعات فقها استفاده کنیم، با مشکل مدرکی بودن اجماع روبه‌رو خواهیم شد. به نظر می‌رسد که فقهای پیرو منهج سندی به این چالش آگاه بوده‌اند و در یک اقدام نادر، برای موضوع قیادت، به منهج وثوق صدوری روی آورده و روایت ابن‌سنان را به عنوان یک روایت معتبر پذیرفته‌اند. برای نمونه، شهید ثانی که به وضوح طرفدار منهج وثوق سندی است، در کتاب مسالک الافهام

به ضعف سندی روایت ابن سنان اعتراف می‌کند اما باین حال، آن را معتبر می‌داند. در این پژوهش، با استفاده از منهج وثوق صدوری، به بررسی چهار مجازات مختلف پرداخته‌ایم. این مجازات‌ها شامل موارد زیر هستند:

ا. هفتادوپنج ضربه شلاق: این مجازات براساس اجماعات فقه‌های قدیم، ازجمله شیخ الطائفه و سیدمرتضی تعیین شده است.

ب. تبعید: این مجازات به‌عنوان یک مجازات اولیه به‌دلیل ظهور روایت ابن سنان و روایتی که به امام رضا(ع) نسبت داده شده، در نظر گرفته شده است.

ج و د. تراشیدن سر و مشهورگردانیدن: این مجازات‌ها به‌دلیل اعتبار شهرت فتوایی فقه‌های قدیم و براساس روایتی که به ما نرسیده است مدّ نظر قرار گرفته‌اند.

بنابراین، باتوجه‌به روش‌های مختلف و روایات موجود می‌توانیم به استنباط و فهم بهتری از موضوع قیادت و مجازات‌های مرتبط با آن دست یابیم.

منابع

قرآن کریم

- ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. به تحقیق مؤسسة النشر الإسلامی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. به تصحیح و تعلیق علی‌اکبر غفاری. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۲۹ق.
- ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. معانی الأخبار. به تحقیق محمدکاظم موسوی. کربلا: شعبه تحقیق قسم الشؤون الفکرية و الثقافية العتبة الحسينية المقدسة. چاپ اول، ۱۴۳۵ق/۲۰۱۴م.
- ابن‌براج، عبدالعزیزبن‌نحیر. المهدّب. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن‌حمزه، محمدبن‌علی. الوسيلة إلى نیل الفضيلة. به تحقیق محمد حسون. زیر نظر محمود مرعشی. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی نجفی(ره). چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن‌زهره، حمزه. غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. به تحقیق ابراهیم بهادری. بی‌جا: امام صادق(ع)، اعتماد. بی‌تا.
- ابن‌فهد حلّی، احمد. المهدّب البارع فی شرح المختصر النافع. به تحقیق و تصحیح مجتبی عراقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- ابوالصلاح حلبی. الکافی فی الفقه. اصفهان: مكتبة الإمام امیرالمؤمنین(ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المكاسب. مجمع الفكر الإسلامی، قم: بی نا. ۱۴۱۳ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. نجف: دار الكتب العلمية. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- سبحانی، جعفر. درس خارج فقه، کتاب الحدود و التعزیرات. پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله العظمی جعفر سبحانی. چهارشنبه ۱۳۸۹/۱۱/۲۷، ۱۳۸۹-۱۳۹۰.
- سیدمرتضی، علی بن حسین. الانتصار فی انفرادات الإمامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۵ق.
- شهید اول، محمد بن علی. اللمعة الدمشقية. قم: دار الفكر. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. به تصحیح مصطفی نصراللهی و ابراهیم محمدی. بی جا: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۲۹ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. به تحقیق و تعلیق و تصحیح محمود قوچانی. بی جا: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم، بی تا.
- طباطبایی کربلایی، علی. ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فی ما اختلف من الأخبار. به تحقیق سیدحسن موسوی خراسان. بی جا: دار الكتب الإسلامية. بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. به تحقیق: حسن خراسان. به تصحیح محمد آخوندی. گردآوری علی آخوندی. تهران: دار الكتب العلمية. چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. به تحقیق گروه دفتر پژوهش انتشارات اسلامی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- علی بن موسی (ع)، امام هشتم. الفقه المنسوب للإمام الرضا علیه السلام. بیروت: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ دوم، ۱۴۳۱ق/۲۰۱۰م.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة: الحدود. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع). چاپ اول، ۱۳۸۱.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- فخر المحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. به تحقیق سیدحسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهازی، عبدالرحیم بروجردی. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.

- قانون مجازات اسلامی. ماده ۲۴۲. مصوب ۱۳۹۲.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الفروع من الکافی. به تحقیق علی اکبر غفاری، محمد آخوندی. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع أو النافع فی مختصر الشرائع. قم: البعثة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. به تحقیق و تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- مشکینی، علی. مصطلحات الفقه و معظم عناوین الموضوعیة. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق/۱۳۷۷.
- مفید، محمد بن نعمان. المقنعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود فی مباحث الزنا واللواط والسحق والقیادة. قم: دار الفکر. بی تا.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل. قم: آل البيت لإحياء التراث. بی تا.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

- Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minīn(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.
- ‘Alī ibn Mūsā(AS), Imām Hashtum. *al-Fiqh al-Mansūb li-al-Imām Riḍā(AS)*. Beirut: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Duwwum, 2010/1431.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fī al-Aḥkām al-Sharī’a*. Gurūh Daftar Pazhūhish Intishārāt-i Islāmī, Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1993/1413.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Majma’ al-Fikr al-Islāmī. 1993/1413.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā’id al-Aḥkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.
- Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Īdāḥ Fawā’id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā’id*. researched by Sayyid Ḥusayn Mūsawī, ‘Alī Panāh Ishtihārdī, ‘Abd al-Raḥīm Burūjirdī. Qum: Ismā’īliyyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.
- Fāzil Muwaḥḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī’a: al-Ḥudūd*. Qum: Markaz-i Fiqh A’imah Aṭṭār(AS), Chāp-i Awwal, 2003/1381.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shī’a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Duwwum, 1994/1414.
- Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. researched by Muḥammad Ḥasūn. zir

- naẓar Maḥmūd Mar'ashī. Qum: Kitābkhānah 'Umūmī Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Ed. 'Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 2008/1429.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Ma'ānī al-Akḥbār*. researched by Muḥammad Kāzīm Mūsawī. Karbalā: Shu'bah al-Taḥqīq Qism al-Shu'tūn al-Fikrīya va al-Thaqāf īya al-'Utbah al-Ḥusayniya al-Muqadasah Chāp-i Awwal, 2014/1435.
- Ibn Barrāj, 'Abd 'Azīz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadḍhab*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1406.
- Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad. *al-Muḥadḍhab al-Bārī' fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. researched by Muḥtabā 'Irāqī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal. 1987/1407.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. researched by Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Ibn Zuhrah, Ḥamza. *Ghunya al-Nuzū' ilā 'Ilmī al-Uṣūl wa al-Furū'*. researched by Ibrāhīm Bahādūrī. S.l: Imām Ṣādiq (AS). I'timād, s.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasilah*. Najaf: Dār Kutub al-'Ilmiyya. Qum: Ismā'īliyan. Chāp-i Duwwum. 2012/1390.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Furū' min al-Kāfi*. researched by 'Alī Akbar Ghafārī, Muḥammad Ākhūndī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.
- Mishkinī, 'Alī. *Muṣṭalahāt al-Fiqh wa Mu'zam 'Anāvinah al-Mawḍi'iyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1990/1410.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' Aw al-Nāfi' fī Mukhtaṣar al-Shar'ī*. Qum: al-Ba'tha, Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. researched and Edited by 'Abd Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqāl, Qum: Ismā'īliyan, Chāp-i Duvvum, 1988/1408.
- Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. *Kitāb-i al-Ḥudūd fī Mabāḥith al-Zinā wa al-liwāt wa al-Saḥq wa al-Qiyādh*. Qum: Dār al-Fikr, s.d.
- Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il*. Beirut.: Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Tūrāth. S.d.
- Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī. Mādih-yi 242, Muṣavvab 1972/1392.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Ed. Maḥmūd Qūchānī. S.l: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-ʿArabī. Chāp-i Haftum, s.d.

Sayyid Murtaḍā, ʿAlī ibn Ḥusayn. *al-Intiṣār fī Infirādāt al-Imāmiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1415.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiya*. Qum: Dār al-Fikr, s.d.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiya*. ed. Muṣṭafā Naṣrallāhī va Ibrāhīm Muḥammadī, S.l: Dār al-ʿIlm. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 2008/1429.

Subḥānī, Ja'far. *Dars Khārij Fiqh. Kitāb al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Pāygāh Itilā'risānī Daftar-i Ḥaẓrat Āyat Allāh al-ʿUzmā Ja'far Subḥānī. Chāhārshanbih 2011/2/16; 1389/11/27.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, ʿAlī. *Riyāḍ al-Masā'il fī Bayān Ahkām al-Shar' bi al-Dalā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2002/1422.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Ahkām*. researched by Ḥasan Kharsān. Ed. Muḥammad Ākhūndī, Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1365.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fī mā Ikhtalafa min al-Akhbār*. researched by Sayyid Ḥasan Mūsawī Kharsān, S.l: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. S.d.

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



A Deliberation on the Non-Applicability of the Traditions Regarding Earning Wealth to Students of Religious Teachings

Dr. Mostafa Dehghan 

Assistant Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Shiraz, Shiraz, Iran

Email: mostafa.dehghan@saadi.shirazu.ac.ir

Abstract

The value of trade and earning wealth, and the condemnation of idleness and being dependent (*kall*) upon others, are evident in the fiqh-based statements of the chapter of sale (*bāb al-bay'*), and are also understood from recurrent traditions. On the other hand, the practice (*sirih*) of scholars and religious authorities has been established upon the fact that in order to act upon the recurrent traditions concerning the virtue of acquiring knowledge, they devote their entire lives to learning, teaching, and propagating religion. By avoiding engagement in trade and other forms of income acquisition, they practically do not pay attention to the traditions concerning trade and earning wealth. These considerations raise the question: what is the relationship between the traditions concerning trade and earning a livelihood and those concerning seeking knowledge, given that commitment to the latter may limit opportunities for earning wealth? The present study, which has been organized using a descriptive-analytical method, finds the views proposed regarding the above issue incorrect, such as the specification (*takhsis*) of the traditions concerning trade and earning or the conflict (*ta'aruz*) between traditions concerning trade and traditions concerning acquiring knowledge. Instead, it considers the relationship between the two to be merely one of competing obligations (*tazāhum*) in some cases, in which one must act according to the more important obligation.

Keywords: trade and earning, seeking knowledge, students of religious sciences.



Authors retain the copyright. This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution 4.0 International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۸۲ - ۶۱
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۱۶	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۲/۱۲
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.89835.1835	نوع مقاله: پژوهشی

تأملی در عدم شمول روایات کسب مال نسبت به طلاب علوم دینی

دکتر مصطفی دهقان

استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

Email: mostafa.dehghan@saadi.shirazu.ac.ir

چکیده

ارزش تجارت و کسب مال و نکوهش بیکاری و کَلّ بر دیگران بودن در گزاره‌های فقهی باب بیع مشهود است و از روایات متواتر نیز استفاده می‌شود. سیره علما و بزرگان دین بر این قرار گرفته که در راستای عمل به روایات متواتر مربوط به فضیلت کسب علم، همه عمر خود را صرف اشتغال به تعلّم، تعلیم و تبلیغ دین می‌کنند و با پرهیز از اشتغال به تجارت و سایر اشکال کسب درآمد، عملاً به روایات تجارت و کسب مال اعتنا نمی‌کنند. توجه به این نکات این سؤال را در ذهن بر می‌انگیزد که بین روایات تجارت و کسب درآمد با روایات کسب علم که عمل به آن فرصت کسب مال را سلب می‌کند چه نسبتی برقرار است؟ جستار حاضر که به روش توصیفی تحلیلی سامان یافته است دیدگاه‌های مطرح شده در مسئله فوق از قبیل تخصیص روایات تجارت و کسب یا تعارض بین روایات تجارت با روایات کسب علم را ناصواب یافته و رابطه میان آن دو را صرفاً در برخی موارد، تراحم دانسته است که در آن‌ها لازم است به تکلیف اهم عمل شود.

واژگان کلیدی: تجارت، کسب درآمد، کسب علم، طلاب علوم دینی.

مقدمه

یکی از ویژگی‌های معارف اسلامی که در آیات و روایات به خوبی جلوه کرده است، جامعیت آن‌ها نسبت به ابعاد مختلف زندگی است. نظر به مجموعه معارف قرآنی و روایی پرده از این واقعیت برمی‌دارد که جنبه‌های مختلف زندگی فردی، اجتماعی، دنیوی، اخروی، اقتصادی، خانوادگی و... مورد توجه واقع شده است.

برون‌داد این جامعیت، در آثار علمی خصوصاً در تبویب و دسته‌بندی روایات که در منابع روایی انجام شده، کاملاً مشهود است و ملاحظه ابواب مختلف روایات شاهد خوبی بر این مدعاست. برای مثال، کتاب کافی که از مجامع مهم روایی شیعه به شمار می‌رود دارای سه بخش است. بخش اول آن که معروف به اصول کافی است مشتمل بر هشت کتاب است و غالب این کتاب‌ها به باب‌های مختلفی برحسب موضوعات مختلف روایات تقسیم می‌شوند و صرفاً تعداد ابواب مطرح در اصول کافی به حدود ۵۰۰ باب بالغ می‌شود.

روایات مرتبط با علم و مباحث وابسته به آن از قبیل ارزش تعلّم و تعلیم، آداب، مذمت و زشتی جهل و... از ابواب مهم کتب روایی به شمار می‌روند و معمولاً در ابتدای کتب روایی ذکر می‌شوند. کلینی این احادیث را در ابواب مختلف دسته‌بندی و با عنوان کتاب فضل العلم مطرح کرده است.^۱ این احادیث در مجامع حدیثی اعصار بعد در ذیل کتاب العقل و العلم و الجهل مطرح شده‌اند.^۲ از این روایات در پژوهش حاضر با عنوان روایات فضل علم تعبیر می‌شود. روایات مرتبط با اهمیت و ارزش تجارت و انواع مختلف کسب مال و تشویق به فعالیت اقتصادی و همچنین نکوهش بیکاری و کَلّ بر دیگران بودن نیز بخش مهمی از روایات را به خود اختصاص می‌دهند که معمولاً در میان ابواب فقهی مجامع روایی مطرح شده‌اند. این روایات در مجامع روایی اولیه با عنوان کتاب المعیشه^۳ و در تهذیب الاحکام با عنوان کتاب المکاسب و المعایش^۴ و در مجامع روایی متأخر با عنوان کتاب التجارة مطرح شده‌اند.^۵ در پژوهش حاضر از این روایات با عنوان روایات تجارت یاد می‌شود.

از روایات تجارت، رجحان (اعم از وجوب و استحباب) تجارت و کسب مال و در مقابل، نکوهش بیکاری و وبال بر دیگران بودن استفاده می‌شود. مضمون روایات فضل علم همان‌طور که از عنوان آن

۱. کلینی، کافی، ۳۰/۱.

۲. فیض کاشانی، الوافی، ۱۲۵/۱؛ علامه مجلسی، بحار الانوار، ۱۶۲/۱.

۳. کلینی، کافی، ۶۵/۵؛ ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۵۶/۳.

۴. طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۶۸/۶.

۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۷/۹.

هویداست بیان ارزش علم و لزوم تعلّم و کسب علم و در مقابل نکوهش جهل و نادانی است، فارغ از اینکه منظور از علم در این روایات خصوص علم توحید و امثال آن باشد یا شامل سایر علوم نیز بشود که در جای خود باید بررسی شود.

در مجموع، روایات تجارت و روایات فضل علم، در دوگانه بیکاری و وبال بر دیگران بودن یا تجارت از یک سو و دوگانه جهل یا علم از سویی دیگر، انسان را به سمت تجارت و فعالیت اقتصادی و کسب علم سوق داده و از کلّ بر دیگران بودن و جهل بر حذر داشته‌اند. به‌طور خلاصه، انسان مطلوب، انسان عالم فعال اقتصادی است.

باتوجه به اینکه از طرفی تعلّم و مخصوصاً نیل به مقامات عالیّه در علومی که امروز به‌عنوان علوم دینی قلمداد می‌شوند مانند گذشته ساده و بسیط نیست و همچنین عمل به تکالیف دینی و حفظ دین برای مردم، مستلزم این است که افرادی سالیان متمادی به کسب علم اشتغال داشته باشند و اکثر اوقات خویش را صرف این مهم بنمایند که بتوانند پاسخ‌گوی متدینان و شبهه‌افکنان باشند و از طرفی دیگر، برای کسانی که اهل تجارت هستند امکان تفقه و تمحّض در مطالعه و کسب علوم دینی نیست؛ سؤالی که در اولین مواجهه با این روایات مطرح می‌شود این است که چگونه می‌توان میان این دو مهم جمع نمود؟ و به تعبیر دیگر، انسان یا می‌تواند فعال اقتصادی باشد که عملاً فرصتی برای کسب علم نخواهد داشت و در نتیجه، فعال اقتصادی جاهل خواهد بود یا می‌تواند به کسب علم بپردازد و عملاً فرصتی برای فعالیت اقتصادی نخواهد داشت و در نتیجه، عالم اما بدون فعالیت اقتصادی خواهد بود. در هر صورت، عمل به روایات تجارت و کسب علم و تحقق انسان مطلوب که عالم و فعال اقتصادی باشد، امکان ندارد.

جُستار حاضر درصدد است به‌روش توصیفی تحلیلی با بازخوانی روایات این دو باب و مراجعه به قواعد اصول فقه، پاسخ صحیحی برای این پرسش بیابد.

۱. مفهوم‌شناسی

تجارت: اسم مصدر از ریشه تجر است.^۶ بعضی از اهل لغت با اذعان به روشن بودن معنای آن، بدون ذکر معنا و تعریف به بیان موارد کاربرد و صیغه‌های مختلف آن پرداخته‌اند^۷ اما می‌توان تعاریف مختلف ذکرشده برای این واژه را در دو معنای کلی دسته‌بندی کرد: ۱. مطلق خرید و فروش و مبادله میان دو شیء؛^۸ طبق این معنا تفاوتی میان اینکه غرض از معامله تحصیل سود است یا تأمین احتیاجات روزانه ملاحظه

۶. فیومی، المصباح المنیر، ۷۳/۲.

۷. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳۴۲/۱.

۸. طریحی، مجمع البحرین، ۲۳۳/۳.

نمی‌شود؛^۲ معامله‌ای که برای تحصیل سود و ربح انجام شود^۹ یا استفاده از سرمایه برای تحصیل سود؛^{۱۰} براساس این معنا به معاملاتی که برای تأمین احتیاجات روزمره زندگی انجام می‌شود، تجارت نمی‌گویند، همچنان که به هر نوع معامله برای به دست آوردن سود تجارت گفته می‌شود و اختصاصی به بیع ندارد یا اختصاصی به معامله اموال منقول که در ماده ۲ قانون تجارت آمده است، ندارد. برای مثال، به کسی که از راه اجاره دادن لوازم مورد نیاز مردم امرار معاش می‌کند یا به کسی که شغلش خرید و فروش املاک است نیز تاجر گفته می‌شود.

مراد از تجارت در جستار حاضر با توجه به روایاتی که مطرح خواهد شد معنای دوم است. به این معنا که، معامله برای تحصیل سود، به عنوان پیشه و شغل قرار گیرد که ممکن است با تحصیل علم سازگاری نداشته باشد، وگرنه تجارت به معنای اول، کاری است که به طور طبیعی بخشی از زندگی روزمره همه انسان‌هاست و هیچ تنافی میان آن و تحصیل علم وجود ندارد.

پیشینه پژوهش: بحث فقهی مسئله مطرح شده سابقه طولانی ندارد و تا آنجا که نگارنده تتبع کرده است این مسئله برای اولین بار توسط صاحب حدائق مطرح شده است^{۱۱} و شیخ انصاری نیز ضمن اشاره به کلام ایشان، این مسئله را طرح کرده‌اند^{۱۲} و صاحبان حاشیه بر مکاسب به مناسبت کلام شیخ انصاری به این بحث پرداخته‌اند. کتاب یا تحقیق آکادمیک که این مسئله را با همه جوانب بررسی کند مشاهده نشد. در جستار حاضر ابتدا برخی از روایات تجارت و روایات فضل علم مطرح می‌شوند، سپس رابطه میان آن‌ها و پاسخ سؤال پیش گفته بررسی خواهد شد.

۲. ادله رجحان کسب و تجارت

رجحان کسب و تجارت از روایات مختلفی استنباط شدنی است. این روایات به طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۲. ۱. دسته اول: روایات ایجابی

این دسته از روایات متضمن توصیفاتی نسبت به تجارت هستند و از آن‌ها مطلوبیت و رجحان تجارت و کسب درآمد استفاده می‌شود که در ادامه متعرض برخی از این روایات می‌شویم.

۲. ۱. ۱. تجارت عامل زندگی عزتمدانه

۹. مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ۳۸۱/۱.

۱۰. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۱۶۴.

۱۱. بحرانی، الحدائق الناطرة، ۹/۱۸.

۱۲. انصاری، مکاسب، ۳۴۱/۴.

امیرالمؤمنان(ع): تجارت کنید که باعث بی‌نیازی شما از اموال مردم می‌شود.^{۱۳}

بدیهی است که حفظ عزت و زندگی عزتمندانه برای هر کسی مطلوب و پسندیده است. در مقابل، ذلت و خواری در مقابل دیگران از امور نکوهیده است. یکی از جلوه‌های خوارشدن در برابر دیگران درخواست و سؤال از آن‌هاست؛ حال چه به‌صورت درخواست کمک بلاعوض از قبیل هبه و صدقه و... باشد یا حتی درخواست کمک همراه با عوض و جبران کردن باشد نظیر قرض. ازاین‌رو، قرض گرفتن یکی از کارهای نکوهیده است که در روایات به‌عنوان عامل خواری در روز و عامل هم‌وغم در شب توصیف شده^{۱۴} و همچنین در فتاوای فقیهان به‌عنوان عملی مکروه معرفی شده است.^{۱۵}

در روایت صحیح‌ای که مطرح شد امیرالمؤمنان(ع) با اشاره به این حقیقت، اهمیت بی‌نیازشدن از اموال و مساعدت مردم را مطرح کرده و تجارت را به‌عنوان عامل بی‌نیازی و زندگی عزتمندانه مورد تأکید و سفارش قرار داده‌اند. به این مضمون، روایات صحیح‌ دیگری نیز نقل شده‌اند؛ مثلاً طبق نقل وسائل الشیعه امام صادق به یکی از موالیان خود فرمودند: عزت را حفظ نما و وقتی آن شخص سؤال کرد عزت من در چیست؟ امام(ع) پاسخ فرمودند: رفتن به بازار و بزرگ‌داشتن خودت.^{۱۶}

در این روایت امام(ع) از بازار و محل کسب‌وکار، تعبیر به عزت و از رفتن به بازار و کسب روزی، به حفظ عزت و گرامی‌داشتن خود تعبیر کرده‌اند. در هر صورت، در این دو روایت و روایات مشابه آن، تجارت و رفتن به بازار به‌عنوان وسیله‌ای برای عزت و بزرگی شخص مورد تأکید و سفارش قرار گرفته‌اند و کارکرد تجارت به‌عنوان راهی مهم برای کسب روزی و زندگی عزتمندانه مدّ نظر و مورد تأکید امام(ع) است.

۲. ۱. ۲. نُه‌دهم روزی در تجارت

امیرالمؤمنان(ع) به موالیان خود فرمودند: تجارت کنید که از رسول الله(ص) شنیدم که فرمودند: رزق ده جزء است که نُه جزء آن در تجارت است و یک جزء آن در غیر تجارت.^{۱۷}

قرارداشتن نُه‌دهم رزق در تجارت ممکن است به این معانی باشد: ۱. خداوند از رزقی که برای بندگان مقدر کرده است نُه‌دهم را در تجارت و یک‌دهم را در سایر راه‌های کسب روزی قرار داده است؛ ۲. در زمان صدور روایت بهترین یا متعارف‌ترین روش برای کسب روزی تجارت بوده است، به‌طوری که نُه‌دهم مردم از این راه کسب درآمد می‌کردند؛ ۳. رزقی که از غیرطریق تجارت به دست می‌آمده است یک‌دهم رزقی

۱۳. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲/۱۷.

۱۴. کلینی، الکافی، ۹۵/۵.

۱۵. خمینی، تحریر الوسیله، ۵۸۰/۱.

۱۶. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۳/۱۷.

۱۷. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۰/۱۷.

بوده که از طریق تجارت به دست می آمده است. ممکن است احتمالات دیگری نیز در معنای روایت مطرح شود که فعلاً موضوع تحقیق حاضر نیست و به هر حال، این روایت صحیح ظهور در مطلوبیت تجارت و تشویق به آن دارد.

همان طور که از مضمون غالب روایات مطرح شده به دست می آید رجحان و مطلوبیت کسب درآمد که در این روایات مطرح شده است امری ارشادی است و ائمه (ع) با بیان ثمرات و فواید مترتب بر تجارت، اصحاب و یاران خود را تشویق و امر به تجارت و کسب درآمد کرده اند.

۲.۲.۲. دسته دوم: روایات سلبی

در این روایات از ترک تجارت نهی شده است. مضمون برخی از این روایات عام است و به طور کلی از ترک تجارت نهی کرده اند و مضمون برخی دیگر اختصاص به موارد خاصی دارد که در آن موارد ممکن است تصور شود ترک تجارت امری پسندیده یا حداقل بدون اشکال است اما اهل بیت (ع) در این زمینه روشنگری کرده و در هیچ صورتی ترک تجارت را روا ندانسته اند.

۲.۲.۲.۱. ترک تجارت به دلیل عدم نیاز به کسب درآمد

معاذبن کثیر از امام صادق (ع) سؤال کرد: من در وسعت و راحتی از نظر روزی هستم، آیا صحیح است که تجارت را رها کنم؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: اگر تجارت را ترک کنی عقلت کم می شود یا چیز دیگری مشابه آن فرمودند.^{۱۸}

از این روایت استفاده می شود که تجارت و کسب درآمد صرفاً برای تأمین معاش و کسب قدرت اقتصادی برای اداره امور زندگی نیست. در غیر این صورت، امام (ع) در پاسخ سؤال می فرمودند: در صورتی که نیاز به کسب درآمد نداری لازم نیست کار کنی، لیکن امام (ع) در صورت بی نیازی از کسب درآمد نیز رها کردن تجارت را صحیح ندانستند.

۲.۲.۲.۲. ترک تجارت به دلیل اشتغال به عبادت

راوی می گوید به امام صادق (ع) عرض کردم مردی گفته است که در خانه ام به عبادت و نماز و روزه خواهم نشست و اوقاتم را به عبادت پروردگار می گذارم و روزی ام به من خواهد رسید. امام (ع) فرمودند: این فرد یکی از سه نفری است که دعایش مستجاب نمی شود.^{۱۹}

فهم ناقص از معارف همواره موجب کج روی و انحراف از مسیر حق می شود و در روایت موثقه فوق به یکی از نمونه های آن اشاره شده است که فردی گمان می کند ارزش عبادت و دعا بیش از ارزش تجارت

۱۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۴/۱۷.

۱۹. کلینی، الکافی، ۷/۷۷.

است و عاقلانه و پسندیده است که انسان به جای کسب درآمد وقت خود را در حال نماز و روزه صرف کند و از رزقی که خداوند برای او مقدر کرده استفاده کند. وانگهی در خلال عبادت برای روزی دعا می‌کند و خداوند روزی حلال و وسیع به او ارزانی می‌دارد.

نماز و سایر عبادات ارزش خود را دارند و نه تنها به عنوان جایگزینی برای کسب درآمد تشریع نشده‌اند؛ بلکه این کج‌روی و انحراف افزون‌بر آنکه زندگی مادی فرد را مواجه با ضیق معیشت و سختی برای او و خانواده‌اش می‌کند، موجب بی‌اثر شدن دعا و عدم استجابت آن نیز می‌شود. علاوه بر اینکه عبادت صرفاً نماز نیست و کسب روزی حلال نیز عبادت است،^{۲۰} مانند اینکه تصور جایگزین شدن دعا به جای تلاش و کوشش برای کسب روزی در سایر روایات نیز مطرح شده و ائمه (ع) در مقام تبیین و توضیح برآمده‌اند؛ مثلاً در روایتی راوی نقل می‌کند که در حضور امام صادق (ع) نشسته بودیم که علاء بن کامل وارد شد و در مقابل امام (ع) نشست و گفت دعا کنید تا خداوند روزی مرا در وسعت بدهد. امام (ع) در جواب فرمودند: دعا نمی‌کنم؛ برای کسب روزی تلاش کن، همان‌طور که خداوند امر فرموده است.^{۲۱} اشاره امام صادق (ع) به امر خداوند ممکن است اشاره به آیاتی از قرآن باشد که در آن‌ها امر به کسب روزی و تلاش و کوشش در این راه شده است.^{۲۲} هر چند نقش دعا در مقدرات انسان از جمله رزق و روزی با تکیه به آیات و روایات فراوان قابل تردید و انکار نیست و از طرفی شکی در آن نیست که دعای امام معصوم (ع) به اجابت و استجابت نزدیک‌تر است و به حسب ظواهر، فردی که از امام (ع) تقاضای دعا برای روزی کرده کار صحیح، منطقی و عاقلانه‌ای انجام داده است؛ اما پاسخ امام (ع) در این روایت صحیح حاکمی از تصور اشتباه آن فرد از دعا برای روزی است که بر این گمان بوده است که دعا جایگزین تلاش برای روزی می‌شود و می‌تواند کاهلی یا ضعف فرد در طلب روزی را جبران کند. مشابه مضمون این روایت در سایر روایات معتبر نیز نقل شده است.^{۲۳}

۲.۲.۳. نهی از ترک تجارت به دلیل وقوع اتفاقات مهم

امام صادق (ع): حتی اگر گمان کردی یا به تو خبر دادند که این امر فردا روی خواهد داد مبادا طلب رزق را رها کنی و اگر می‌توانی کُل و سربار دیگران مباش.^{۲۴}

کلمه «هذا الامر» در این روایت صحیح به ظهور امام زمان (عج) تفسیر شده است.^{۲۵} وجه اینکه امام

۲۰. نوری، مستدرک الوسائل، ۱۲/۱۳.

۲۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰/۱۷.

۲۲. جمعه: ۱۰.

۲۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۲/۱۷.

۲۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶/۱۷.

۲۵. فیض کاشانی، الوافی، ۲۴/۱۷؛ علامه مجلسی، مرآة العقول، ۲۴/۱۹.

صادق(ع) حتی در صورتی که قرار است ظهور اتفاق بیفتد از رهاکردن کسب روزی نهی فرموده‌اند یا به سبب اهمیت ظهور است و منظور این است که هر اتفاق مهمی نیز که قرار است بیفتد حتی ظهور ولیّ امر نیز طلب رزق نباید تعطیل شود یا وجه آن طبق تفسیر فیض کاشانی این است که براساس بعضی روایات با ظهور امام(ع) مردم از طلب رزق بی‌نیاز می‌شوند؛ لذا امام(ع) می‌خواهند این معنا را القا کنند که تا آخرین روزی که مکلف به تحصیل رزق هستید آن را ترک نکنید حتی یک روز قبل از ظهور و بی‌نیازی از طلب رزق.^{۲۶} نکته دیگری که در انتهای روایت بیان شده است نهی از سربرار دیگران بودن است و به قرینه صدر روایت منظور از آن این است که انسان زحمت تأمین هزینه و مایحتاج زندگی را بر عهده دیگران بیندازد و به لحاظ اقتصادی سربرار باشد. این مضمون در روایات دسته اول با عناوینی از قبیل بی‌نیازی از مردم و حفظ عزت مورد تأکید قرار گرفته است. در مجموع، لسان روایت ارشاد به فواید مترتب بر تجارت و مفساد مترتب بر ترک آن است. اهمیت مسئله تأمین معاش و وبال دیگران نبودن از روایات مختلف به خوبی قابل استفاده است، حتی در برخی روایات، فردی که کلّ بر دیگران است ملعون خوانده شده است^{۲۷} و به تعبیر شهید مطهری این روایت متواتر است^{۲۸} و نیاز به بررسی سندی ندارد و اگر مراد از آن لعن خداوند متعال یا لعن معصومان(ع) باشد ظهور در حرمت دارد.^{۲۹} در وسائل الشیعه با توجه به روایات مطرح شده درباره طلب رزق و تجارت ابوابی از قبیل باب استحباب تجارت و برتری آن بر اسباب رزق و باب کراهت ترک تجارت مطرح و روایات متعددی در آن‌ها ذکر شده است.^{۳۰} آنچه از مجموع این روایات به خوبی استفاده می‌شود نگرش به کار و کسب درآمد به عنوان وظیفه‌ای مقدس و مذموم بودن بیکاری و کلّ بر دیگران بودن است و به تعبیر شهید مطهری این مسئله از مسلمات فقه است.^{۳۱}

۲.۳. معنای کلّ بر دیگران بودن

لازم به ذکر است که کلّ بر دیگران بودن که در روایات نکوهش شده است به معنای این است که انسان وظیفه خود نسبت به تأمین مایحتاج زندگی را انجام ندهد و سنگینی معیشت و امور اقتصادی خود را به دوش دیگران بیندازد. بدیهی است افرادی که وظیفه فعالیت اقتصادی ندارد و افراد دیگری موظف به تأمین هزینه‌های زندگی آن‌ها هستند مشمول روایات نکوهش کلّ و سربرار دیگران بودن نیستند؛ مثلاً در زندگی مشترک مرد وظیفه تأمین نیازهای مادی همسر و فرزندان خود را دارد و بر زن انجام فعالیت اقتصادی واجب

۲۶. فیض کاشانی، الوافی، ۲۴/۱۷.

۲۷. کلینی، الکافی، ۷۲/۵.

۲۸. مطهری، مجموعه آثار، ۴۶۵/۲۱.

۲۹. جعفری، دهقان، «ارزیابی دلالت واژه «لعن» بر تحریم»، ۱۵۱.

۳۰. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۷ تا ۹/۱۸.

۳۱. مطهری، مجموعه آثار، ۵۶۰/۲۹.

نیست و واجب النفقه شوهرش می باشد و چنین وابستگی اقتصادی باعث نمی شود که زن مصداق سربار اقتصادی باشد که در روایات مذمت شده است؛ زیرا زن به طور عادی وظیفه ای برای فعالیت اقتصادی ندارد. مراد از روایات این است که فردی بدون عذر مقبول و موجه از کار و تلاش شانه خالی کند و سنگینی خودش را به دوش دیگران بیندازد.

۳. ادله رجحان کسب علم

۳.۱. فریضه بودن طلب علم

علم و فضیلت آن در منابع دینی؛ اعم از آیات و روایات، انعکاس و مورد تأکید و سفارش قرار گرفته اند. در کنار آیاتی که به این مسئله اشاره کرده اند^{۳۲} می توان به نبوی معروف تمسک جست که به نقل امام صادق (ع)، پیامبر (ص) فرموده اند: طلب علم بر هر مسلمانی واجب است، آگاه باشید که خداوند طالبان علم را دوست دارد.^{۳۳}

۳.۱.۱. مفهوم شناسی فریضه

«فریضه» صفت مشبیه از ریشه «فرض» است. فرض بنابر نقل معجم مقانیس به معنای تأثیرگذاردن در شیء است.^{۳۴} از این رو، به سوراخی که در قوس کمان ایجاد می شود، فرضه القوس اطلاق می شود.^{۳۵} به موضعی از سنگ چخماق که با برخورد با شیء دیگر شعله آتش ایجاد می شود فرضه الزند^{۳۶} گفته می شود. همچنین به پاشنه درب فرضه الباب گفته می شود.^{۳۷} دیدگاه دیگر درباره معنای اصلی ریشه فرض این است که این واژه به معنای تقدیر و حکم معین و حتمی است و به همین مناسبت بر عملی که بر انسان واجب می شود فریضه اطلاق می شود.^{۳۸} در هر حال، معنای اصلی فرض هرچه باشد فریضه همراه با «علی» استفاده شود به معنای واجب استعمال می شود^{۳۹} اما اگر همراه با «لام» استعمال شود به معنای اختصاص^{۴۰} است.

در روایت محل بحث کلمه فریضه همراه با علی استعمال شده است، لذا به معنای وجوب و حکم

۳۲. مجادله: ۱۱؛ زمر: ۹.

۳۳. کلینی، الکافی، ۳۰/۱.

۳۴. ابن فارس، معجم مقانیس اللغة، ۴/۴۸۸.

۳۵. فراهیدی، العين، ۲۹/۷.

۳۶. اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، ۸/۸.

۳۷. جوهری، الصحاح، ۱۰۹۷/۳.

۳۸. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۵۹/۹.

۳۹. جوهری، الصحاح، ۱۰۹۷/۳؛ راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۶۳۰؛ مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۵۹/۹.

۴۰. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۶۰/۹.

الزامی است و از این روایت وجوب طلب علم بر مسلمانان استفاده می‌شود.

یکی از موضوعات مهم درباره این روایت این است که مراد از علم که در این روایت به عنوان یک فریضه یاد شده است چه علمی است؟ آیا صرفاً علمی نظیر اصول عقاید و فقه و اخلاق را شامل می‌شود یا اینکه معنای عامی دارد و شامل علوم تجربی و... می‌شود؟ البته روشن است معنای آن هر چیزی نیست که امروزه به عنوان علم شناخته می‌شود. برخی از اندیشمندان معتقدند که کلمه علم در این روایت صرفاً به معنای علمی مانند فقه و عقاید نیست و می‌تواند شامل علوم دیگر نیز بشود.^{۴۱} این بحث خارج از رسالت این پژوهش است و فعلاً به آن نمی‌پردازیم.

۳. ۲. تفقه در دین

امام صادق(ع): در دین تفقه نمایید که هرکس تفقه نکند اعرابی است؛ خداوند در قرآن فرموده است باید تفقه در دین بنمایند و وقتی نزد قوم خود باز می‌گردند انذار نمایند به امید اینکه بترسند.^{۴۲} دلالت: موثقه فوق به طور خاص دلالت بر لزوم تفقه در دین می‌کند که یکی از مصادیق طلب علم است و باتوجه به ظهور صیغه امر در وجوب، دلالت بر وجوب تفقه در دین می‌کند.

۳. ۲. ۱. مفهوم شناسی تفقه

تفقه مصدر باب تفاعل از ریشه فقه است. در برخی از منابع اصیل لغت، معنای مطلق علم و فهم^{۴۳} و در برخی منابع دیگر، معنای رسیدن به علم پنهان از طریق علم آشکار، که اخص از مطلق علم است^{۴۴} و در برخی از منابع معاصر، معنای فهم دقیق و عمیق^{۴۵} به عنوان معنای این واژه ذکر شده‌اند. اهل لغت بر این نکته اتفاق نظر دارند که واژه تفقه در میان اهل شریعت صرفاً در معنای علم به دین و به طور ویژه درباره علم به احکام شرعی به کار می‌رود.^{۴۶} کاربرد واژه فقه و تفقه در علم به دین چنان رایج و گسترده است که برخی از منابع کهن لغت صرفاً همین معنا را به عنوان معنای این واژه ذکر کرده‌اند.^{۴۷} در دوران معاصر کاربرد رایج این کلمه درباره علم به احکام شرعی است و صرفاً برای افراد مجتهد از عنوان فقیه استفاده می‌شود.

۴۱. مطهری، مجموعه آثار، ۲۱/۵؛ ۲۸/۲۱.

۴۲. کلینی، الکافی، ۳۱/۱.

۴۳. جوهری، الصحاح، ۲۲۴۳/۶؛ ابن فارس، معجم مقانیس اللغة، ۴۴۲/۴؛ فیومی، المصباح المنیر، ۴۷۹/۲.

۴۴. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۶۴۲.

۴۵. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۲۳/۹.

۴۶. جوهری، الصحاح، ۲۲۴۳/۶؛ ابن فارس، معجم مقانیس اللغة، ۴۴۲/۴.

۴۷. فراهیدی، العین، ۳۷۰/۳؛ اسماعیل بن عباد، المحیط فی اللغة، ۳۴۷/۳.

۴. نظریات مطرح درباره رابطه میان روایات تجارت و روایات فضل علم

۴.۱. نظریه اول: تخصیص

برخی از فقها برای جمع بین دو دسته مذکور از روایات قائل به تخصیص طالبان علم از ادله تجارت و کسب رزق شده‌اند.^{۴۸} براساس این دیدگاه، روایات مربوط به تجارت و مذموم بودن ترک آن عام هستند و شامل همه افراد می‌شوند اما روایات مربوط به طلب علم، خاص هستند و روایات عام، دسته اول را تخصیص می‌زنند. شهید ثانی ضمن توصیه طالبان علم به توکل و تفویض امر به خدای متعال و بی‌اعتمادی به اسباب ظاهری، به‌عنوان شاهد جمع، روایتی از پیامبر (ص) را ذکر کرده که ایشان فرمودند: «ان الله تعالى قد تكفل لطالب العلم برزقه خاصة عما ضمنه لغيره» و آن را چنین تبیین کرده است که طبق این روایت، غیر طالب علم، احتیاج و تکلیف به تلاش برای روزی دارد اما طالب علم چنین تکلیفی ندارد و وظیفه او طلب علم است. همچنین سیره علما بر این بوده است که زندگی خود را وقف کسب علم می‌کردند.^{۴۹} صاحب حدائق که بهترین راه برای جمع بین دو دسته از روایات را تخصیص می‌داند، ضمن تأیید و ابرام نظر شهید ثانی و اشاره به سیره علما در صرف جمیع عمر و وقت خود در کسب علم، روایت دیگری را به‌عنوان شاهد جمع مطرح کرده و آن را اصرح از روایت شهید ثانی توصیف کرده است.^{۵۰} روایتی که ایشان بدان استناد کرده‌اند مرسله‌ای است که طبق آن امیرالمؤمنان (ع) فرموده‌اند: ای مردم بدانید که کمال دین به طلب علم و عمل به آن است، آگاه باشید که طلب علم بر شما لازم‌تر از طلب مال است؛ زیرا مال به‌وسیله خداوند عادل تقسیم و ضمانت شده است که به عهد خود وفا خواهد کرد اما دانش نزد اهلش مخزون است و شما موظف به طلب آن شده‌اید، پس آن را طلب کنید.^{۵۱}

بررسی نظریه تخصیص: این نظریه با چند اشکال اساسی روبه‌روست:

اولاً برای ارزیابی این نظریه ابتدا باید توجه کرد که بین روایات تجارت و روایات فضل علم، رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است، نه عموم و خصوص مطلق؛^{۵۲} زیرا موضوع دسته اول، تجارت و سعی در کسب روزی است؛ اعم از اینکه همراه تعلّم و تحصیل علم باشد یا نباشد و موضوع روایات دسته دوم، تحصیل علم است و نسبت به تجارت و عدم آن اطلاق دارند و این دو درباره کسی که اهل تجارت و طالب علم است اجتماع می‌کنند و دو موضع افتراق دارند. از این رو با دو دلیل عام و خاص من وجه روبه‌رو هستیم.

۴۸. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۸/۱۰؛ شهید ثانی، منیه المرید، ۱۶۰.

۴۹. شهید ثانی، منیه المرید، ۱۶۰.

۵۰. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۸/۱۲.

۵۱. کلینی، الکافی، ۳۰/۱.

۵۲. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة: کتاب التجارة، ۱۵.

در اینکه بین دو دلیلی که رابطه عموم و خصوص من وجه دارند چه نسبتی از قبیل تعارض یا تزاحم یا... شکل می گیرد، میان اصولیان اختلاف وجود دارد لیکن یکی از مصادیق بارز تعارض بین دو دلیل، در موردی است که بین دو دلیل رابطه عام و خاص من وجه باشد^{۵۳} که فعلاً به بحث حاضر ارتباطی ندارد.

در هر صورت، اینکه بین دو دلیل عام و خاص من وجه صرفاً دلیلی با دلیل دیگر تخصیص بخورد اولاً عرفاً مقبول نیست و چنین تخصیصی نیاز به قرینه دارد. در غیر این صورت، وجهی برای تقدیم دلیلی بر دیگری وجود ندارد.^{۵۴} ثانیاً حتی اگر بین روایات محل بحث رابطه عموم و خصوص مطلق می بود نیز تخصیص پذیرفتنی نیست؛ چراکه تخصیص یا نسخ دلیل عام با دلیل خاص که از مباحث مهم و کاربردی دانش اصول فقه است مربوط به عام و خاصی است که متخالف باشند.^{۵۵} این مسئله مورد اتفاق اندیشمندان اصول فقه است و هر چند در برخی از آثار به این قید تصریح نکرده اند اما از مباحث مطرح شده به روشنی استفاده می شود که درباره عام و خاص متخالف صحبت می کنند.^{۵۶} علت اختصاص بحث به عام و خاص متخالف این است که اگر عام و خاص به لحاظ مدلول موافق باشند و از نظر دلالت هیچ تنافی با یکدیگر نداشته باشند، دلیلی برای تخصیص یا نسخ وجود ندارد؛ روایات تجارت و روایات فضل علم که موضوع بحث هستند اصطلاحاً مُثَبِّتین می باشند و در ناحیه دلالت هیچ مشکلی با یکدیگر ندارند تا مسئله تخصیص مطرح شود. ثالثاً دو روایتی که به عنوان شاهد جمع مورد استشهاد قرار گرفته اند علاوه بر ضعف سند، از نظر دلالت بر تخصیص نیز مناقشه پذیرند؛ توضیح اینکه روایت مورد استشهاد شهید ثانی در مجامع روایی معتبر امامیه نقل نشده است، بلکه با تعبیری متفاوت در مجامع روایی اهل سنت نقل شده است.^{۵۷} و ایشان نیز روایت را بدون ذکر سند، مستقیم از پیامبر نقل کرده اند. از نظر دلالت ظاهراً از تعبیر تکفل رزق طالب علم که در این روایت به کار رفته است چنین استفاده شده که طالب علم احتیاج و وظیفه ای برای تلاش کردن برای کسب روزی ندارد. این استظهار در حالی مطرح شده که در همان روایت تعبیر ضمانت رزق غیر طالبان علم نیز مطرح شده است. تکفل یا ضمانت رزق به این معنا نیست که بدون زحمت و تلاش رزق آنان تأمین می شود، بلکه تهیه و تحصیل رزق نیاز به تلاش دارد و این واقعیت در روایات معتبر فراوانی که برخی در بین روایات تجارت ذکر شدند مورد تأکید قرار گرفته است.^{۵۸} همچنان که

۵۳. طباطبائی، مفاتیح الأصول، ۱۷۰؛ مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۵۹۰/۳.

۵۴. اصفهانی، الفصول الغرویه، ۴۴۱.

۵۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۳۷.

۵۶. خونی، مصباح الأصول، ۵۳۱/۲؛ خونی، اجود التقریرات، ۵۰۶/۱.

۵۷. سیوطی، الجامع الصغیر، ۶۲۱/۲؛ کنز العمال، ۱۳۹/۱۰.

۵۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰/۱۷.

تعبیر قرآن کریم مبنی بر اینکه رزق همه جنبندگان بر عهده خداست^{۵۹} به این معنا نیست که جنبندگان برای به دست آوردن روزی نیاز به تلاش ندارند.

همچنین روایتی که صاحب حدائق به عنوان شاهد جمع مطرح کرده و دلالت آن را صریح توصیف کرده است افزون بر اینکه از نظر سند مرسله و غیر معتبر است، به لحاظ دلالت نیز مناقشه پذیر است. روایت مزبور علاوه بر وجوب تعلّم، دلالت بر وجوب کسب مال نیز می کند، زیرا بر طلب علم، تعبیر «أَوْجَبَ» را اطلاق کرده است که به معنای اکید بودن وجوب تعلّم نسبت به وجوب طلب مال است. تعلیلی که در ذیل روایت برای اکید بودن وجوب طلب علم بیان شده است حاکی از تفاوت مقدر شدن علم و مال برای انسان است. به این صورت که، حدی از علم برای انسان مقدر نشده و نزد اهلش مخزون و محفوظ است و بدون تلاش چیزی از علم مخزون به انسان نمی رسد، لیکن حد معینی از مال برای هرکس مقدر شده که روزی او از آن فراتر نخواهد رفت و کاسته نخواهد شد. از این رو، لزوماً تلاش بیشتر مستلزم رزق مادی بیشتر نیست و تلاش کم تر مستلزم رزق مادی کم تر نیست.

معنای صحیح مقدر بودن رزق مادی عدم افزایش یا کاهش آن با عوامل مختلف است، نه به معنای عدم لزوم تلاش برای تحصیل آن. چنین برداشتی که صاحب حدائق آن را به مدلول صریح این روایت متصف کرده است^{۶۰} نه با خود این روایت سازگار است؛ چراکه این روایت در عین اینکه رزق را مقسوم و مضمون می داند همان طور که بیان شد دلالت بر وجوب طلب مال می کند و نه با روایات فراوانی سازگار است که دلالت بر وجوب تحصیل رزق و تلاش برای به دست آوردن آن می کنند. بنابراین این روایت در مقام بیان اهمیت بیشتر تلاش برای کسب علم نسبت به تلاش برای کسب مال است^{۶۱} و نمی تواند مخصص ادله وجوب طلب مال باشد.^{۶۲}

نظریه تخصیص با اشکالات دیگری نیز روبه روست^{۶۳} که نیازی به ذکر آنها در این جستار نیست. در پایان ذکر این نکته لازم است که صاحب حدائق فرموده است: نظریه تخصیص اشهر بین علماست،^{۶۴} در حالی که اساساً تنافی بین روایات تجارت و فضل علم در آثار فقهی قبل از ایشان مطرح نشده است. بنابراین مراد ایشان از اشهر ظاهراً شهرت عملی بین فقهاست؛ به این معنا که فقها غالباً اهل تجارت و فعالیت های اقتصادی نبوده اند و همه عمر خود را صرف تحصیل، تدریس و فعالیت های علمی و تبلیغی

۵۹. هود: ۶.

۶۰. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۲/۱۸.

۶۱. عراقی، شرح تبصرة المتعلمين، ۱۱۸/۵.

۶۲. انصاری، المکاسب، ۳۴۷/۴.

۶۳. ایروانی، حاشية المكاسب، ۲۱۵/۱؛ طباطبائی قمی، عمدة المطالب، ۲۳۷/۳.

۶۴. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۰/۱۸.

کرده‌اند.^{۶۵}

۲.۴. نظریه دوم: تعارض

این نظریه را صاحب حدائق به عنوان پاسخ دوم برای جمع بین روایات تجارت و روایات فضل علم مطرح کرده^{۶۶} و شیخ انصاری نیز این نظریه را نقل و نقد کرده است.^{۶۷}

بررسی نظریه تعارض: قضاوت درباره وجود تعارض بین روایات تجارت و روایات فضل علم مبتنی بر طرح و تطبیق ضابطه تعارض است. ضابطه‌ای که برای تعارض و جداکردن آن از عناوینی چون تراحم و اجتماع امر و نهی بیان شده است این است که در صورتی که تنافی و تکاذب دو دلیل به مقام جعل برسد به طوری که اجتماع دو حکم ممکن نباشد و پذیرش هر دو دلیل مستلزم اجتماع ضدین یا نقیضین باشد، تعارض محقق شده است.^{۶۸} از این رو در موارد تعارض، علم به کذب یکی از دو دلیل وجود دارد.^{۶۹} بدیهی است که چنین ضابطه‌ای در محل بحث قابل تطبیق نیست، زیرا روایاتی که دلالت بر وجوب تحصیل علم دارند هیچ تکاذب و تنافی از حیث دلالت با روایاتی که دلالت بر وجوب تلاش برای کسب روزی می‌کنند ندارند و دلالت هیچ‌یک نافی دلالت دیگری نیست، از این رو فرضیه تعارض میان اخبار نیز صحیح نیست. هر چند صاحب حدائق از اصطلاح تعارض استفاده کرده است، اما بعید نیست که مراد ایشان از واژه تعارض، تنافی به معنای عام باشد، نه تعارض به معنای اصطلاحی معاصر؛ زیرا ایشان برای حل تعارض به راه‌هایی تمسک جسته است^{۷۰} که مربوط به باب تراحم به معنای مصطلح می‌شوند و هیچ اشاره‌ای از اخذ به مرجحات سندی و دلالتی و تساقط و... که مربوط به تعارض هستند در کلام ایشان مشاهده نمی‌شود.

۳.۴. نظریه سوم: تراحم

دو دسته روایت محل بحث از نظر دلالت هیچ تنافی با یکدیگر ندارند و در واقع با دو تکلیف مواجه هستیم که هر چند با یکدیگر تنافی ندارند؛ اما مکلف قدرت بر امتثال هر دو را ندارد، نظیر انقاذ غریقین یا تکلیف به نماز و انقاذ غریق. چنین رابطه‌ای در دانش اصول فقه به عنوان تراحم شناخته می‌شود.^{۷۱} از این رو، بین روایات تجارت و روایات فضل علم رابطه تراحم وجود دارد.^{۷۲} در صورتی که بین دو دلیل تعارض وجود

۶۵. شهیدی، هدایة الطالب، ۴۰۰/۲.

۶۶. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۵/۱۸.

۶۷. انصاری، المکاسب، ۳۴۱/۴.

۶۸. آخوند خراسانی، فوائد الاصول، ۷۰۰/۴.

۶۹. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۳۷.

۷۰. بحرانی، الحدائق الناظرة، ۱۵/۱۸.

۷۱. آخوند خراسانی، فوائد الاصول، ۷۰۴/۴.

۷۲. انصاری، المکاسب، ۳۴۷/۴؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة: کتاب التجارة، ۱۷.

داشته باشد باید به اصولی از قبیل تساقط یا تخییر و... مراجعه کرد اما در صورت تراحم، قاعده اصلی، لزوم تقدیم اهم بر مهم است؛ یعنی لازم است دو تکلیف را بررسی کرد و هرکدام که از نظر شارع دارای اهمیت بیشتری است را بر تکلیف دیگر مقدم کرد. برای مثال، در صورت تراحم بین اقامه نماز و انقاد غریق باتوجه به اینکه حفظ نفس محترمه اقوی از اقامه نماز در وقت است، لازم است انقاد غریق بر اقامه نماز مقدم شود. موارد لزوم تقدیم تکلیفی بر تکلیف دیگر و تشخیص تکلیف اهم در دانش اصول فقه به عنوان مرجحات باب تراحم مطرح می شوند.^{۷۳}

برخی از فقیهان رابطه تراحم بین روایات تجارت و روایات فضل علم را در همه موارد کسب علم و تجارت پذیرفته و برای تعیین تکلیف اهم به بیان صورت های مختلف باتوجه به حکم تکلیفی تجارت و کسب علم پرداخته اند؛ به این صورت که اگر یکی از تجارت و کسب علم واجب و دیگری مستحب باشد، واجب اهم از مستحب است. در صورتی که هر دو واجب باشند، واجب عینی بر کفایی مقدم است. در صورتی که هر دو مستحب باشند لازم است فواید مترتب بر هریک سنجیده شوند و هرکدام از تحصیل علم و کسب درآمد که فواید بیشتری داشت مقدم شود؛ مثلاً اگر کسی با کسب علم به مرتبه ای عالی در علم می رسد که باعث احیای دین و... می شود اما اگر تجارت کند یک تاجر معمولی می شود، بهتر است مشغول به کسب علم شود و از وجوه عمومی ارتزاق کند.^{۷۴}

بررسی نظریه تراحم: به نظر می رسد صرفاً در برخی موارد اجتماع کسب مال و کسب علم، تراحم وجود دارد. توجه به دو نکته می تواند در این بحث راهگشا باشد:

نکته اول: کسب و تحصیل علم که در روایات فضل علم تأکید شده، به دو صورت امکان دارد: اجتهاد و تقلید. یعنی کسب علم می تواند به این صورت باشد که فرد سالیان متمادی تلاش کند تا به درجه اجتهاد برسد و بتواند با مراجعه به ادله معتبر، احکام شرعی را استنباط کند و می تواند به این صورت باشد که انسان به فردی که تحصیل کرده و به درجه اجتهاد رسیده مراجعه می کند و احکام دینی را از او یاد می گیرد.

نکته دوم: همانند کسب علم، تجارت و کسب درآمد نیز دارای اشکال گوناگونی است. تجارت و کسب مال در دوران معاصر نسبت به گذشته تغییرات شگرفی پشت سر نهاده و با توسعه تجارت الکترونیک و معاملات آنلاین نظیر بورس، شاهد انواع جدیدی از تجارت هستیم که در آنها مانند تجارت سنتی نیازی به سرمایه کلان و اجاره مغازه و حضور فیزیکی برای تجارت نیست و افراد با سرمایه های کم و بدون نیاز به حضور و صرف وقت در مغازه و واحدهای تجاری می توانند اقدام به تجارت و کسب درآمد کنند.

۷۳. آخوند خراسانی، فوائد الاصول، ۷۰۹/۴.

۷۴. انصاری، المکاسب، ۳۴۷/۴.

باتوجه به دو نکته یادشده روشن می شود که در بسیاری از موارد بین روایات تجارت و روایات فضل علم نه تنها تعارض، بلکه تراحم نیز وجود ندارد و تجارت و کسب علم هر دو انجام شدنی هستند. توضیح آنکه، نسبت به اجتماع تجارت با تفقه و کسب علوم دینی مشکل به راحتی حل می شود، زیرا مراد از ادله کسب علم و تفقه در دین، صرفاً تفقه از روی اجتهاد نیست و معلومات دینی که فرد نیاز دارد با تقلید نیز حاصل می شود.^{۷۵} از این رو، برای اهل کسب و تجارت عمل به روایات فضل علم میسر و میسر است، همان طور که تجار و بازاریان متعددی وجود داشته و دارند که در کنار تجارت، بسیار متعبد و متدین هستند و نسبت به مسائل و وظایف شرعی خود اهتمام ویژه دارند و مسائل مورد نیاز را از مراجع تقلید خود فرا می گیرند.

همچنین طلاب علوم دینی که می توانند بدون اینکه به فعالیت علمی یا تبلیغی آن ها آسیبی وارد شود اقدام به تجارت و کسب درآمد کنند نیز می توانند به روایات تجارت و فضل علم عمل کنند و در صورت امکان، کار بسیار پسندیده ای است و این روایات نسبت به آنان نیز تراحم ندارند. از این رو، برخی از عالمان در روزهای تعطیل کار می کردند تا بتوانند مخارج زندگی و تحصیل خود را فراهم آورند و از وجوهات شرعی و بیت المال استفاده نکنند.^{۷۶} اشکال جدید تجارت و گستره و تنوع فعالیت های اقتصادی در دوران معاصر عملاً موجب تسهیل این کار شده اند؛ علاوه بر اینکه برخی از اشکال سنتی تجارت و کسب درآمد از قبیل سرمایه گذاری و مضاربه صرفاً نیاز به سرمایه دارند و لزوماً نیاز به اختصاص وقت روزانه ندارند.

اما نسبت به طلاب مستعدی که موظف به تحصیل اجتهاد هستند یا تمام وقت به انجام فعالیت های علمی و تبلیغی می پردازند و انجام این کارها قابل جمع با کسب درآمد نباشد یا به هر دلیلی توانایی انجام فعالیت اقتصادی در کنار فعالیت های علمی و تبلیغی را ندارند، روایات تجارت و روایات فضل علم تراحم دارند که لازم است تکلیف اهم مقدم شود. اگر ملاک تعلّم و تفقه اقوی باشد لازم است مقدم بر تجارت شود و این حکم اختصاصی به طلاب ندارد و در صورتی که در سایر عرصه هایی که نظام اسلامی متکی به آن هاست مانند پزشکی، مهندسی، هوافضا و... نیاز به متخصصانی باشد که نمی توانند در کنار فعالیت اقتصادی به آن سطح از تخصص و توانایی علمی برسند لازم است عده ای که استعداد و توان آن فعالیت ها را دارند شناسایی و از نظر زندگی تأمین شوند تا بتوانند در آن عرصه متخصص شوند و نیاز جامعه اسلامی را رفع کنند. طبیعتاً تراحم بین روایات تجارت و فضل علم تا زمانی است که فرد قدرت بر انجام فعالیت اقتصادی در کنار فعالیت علمی ندارد و لذا حتی عالمی نامدار نظیر علامه طباطبائی بعد از اینکه دوران

۷۵. انصاری، المکاسب، ۳۴۱/۴.

۷۶. کوهستانی، بر قله پارسایی، ۱۶۲.

تحصیل در نجف را به پایان رساند و به زادگاه خود، شهر تبریز برگشت به کشاورزی و فعالیت‌های اقتصادی نظیر آن پرداخت.^{۷۷} بنابراین طلاب علوم دینی مانند آحاد مسلمانان مشمول ادله کسب رزق و روزی هستند اما بعضی از آنان قدرت و فرصت لازم برای آن را ندارند و از باب انجام تکلیف اهم، اقدام به تحصیل تمام وقت می‌کنند و نمی‌توانند اقدام به تجارت کنند، نه اینکه آن تکلیف شامل آن‌ها نشود. باتوجه به توضیحی که درباره مفهوم کلّ بر دیگران بودن داده شد روشن می‌شود این مفهوم که در روایات نکوهش شده است بر آنان صدق نمی‌کند.

لازم به ذکر است که نگارنده در این جستار صرفاً درصدد تبیین و توضیح مسئله از بُعد علمی و باتوجه به روایات مرتبط با تجارت و کسب علم است اما اینکه از بُعد اجتماعی و باتوجه به عناوین ثانویه، ورود اهل علم به عرصه‌های کسب درآمد و فعالیت‌های اقتصادی، صحیح است یا خیر و اگر صحیح است چه فعالیت‌های اقتصادی مناسب ورود برای این گروه هستند؟ مسائل دیگری هستند که بررسی آن‌ها خارج از رسالت این پژوهش است.

نتیجه‌گیری

سه نظریه درباره روایات تجارت و روایات فضل علم مطرح شده است که عبارت‌اند از: تراحم، تعارض و تخصیص روایات تجارت با روایات فضل علم و اختصاص روایات تجارت به غیرطالبان علم. نظریه تعارض و تخصیص با اشکالات عدیده‌ای مواجه هستند و نظریه تراحم نیز به طور مطلق پذیرفته نیست، زیرا باتوجه به اینکه کسب علم و تفقه منحصر به اجتهاد نیست و با تقلید نیز حاصل می‌شود، روایات تجارت با روایات فضل علم جمع‌شدنی هستند و برای کسانی که در حال حاضر اشتغال به فعالیت‌های اقتصادی و کسب درآمد دارند عمل به هر دو کاملاً ممکن است. همچنین کسانی که اشتغال به تحصیل دارند و می‌توانند بدون اینکه به تحصیل آن‌ها آسیب جدی وارد شود به تجارت و فعالیت اقتصادی درآمدزا مانند زمینه‌های نوین کسب درآمد از قبیل بورس، فروشگاه‌های اینترنتی، برگزاری دوره‌های آموزشی مجازی و... بپردازند نیز می‌توانند به روایات تجارت و روایات فضل علم عمل کنند و نسبت به آنان نیز تراحم منتفی است. لیکن نسبت به افرادی که شاغل به تحصیل علم هستند و به هر دلیلی نمی‌توانند به فعالیت‌های اقتصادی درآمدزا بپردازند روایات تجارت و فضل علم تراحم دارند که باید تکلیف اهم مقدم شود. در صورتی که برای آن‌ها کسب و تحصیل علم تکلیف اهم باشد، در ترک تجارت و فعالیت اقتصادی معذور خواهند بود و از این رو مصداق کلّ بر دیگران که در روایات نکوهش شده‌اند، نیستند.

۷۷. شمس، سیری در سیره علمی و عملی علامه طباطبائی (ع)، ۴۶.

سیره بزرگان و عالمان دینی که وارد فعالیت‌های اقتصادی برای کسب درآمد شخصی نشده و تمحض بر انجام فعالیت‌های علمی و خدمات دینی به مردم داشته‌اند نه به دلیل این بوده که روایاتی که تشویق به فعالیت اقتصادی می‌کنند شامل حال آنان نمی‌شود و نه بی‌توجهی به این دسته از روایات بوده است؛ بلکه به دلیل اشتغال به تکلیفی مهم‌تر و صرف تمام وقت و همت خود برای احیای دین و مذهب و نشر و گسترش معارف دینی در اشکال گوناگون از قبیل نوشتن کتاب، تربیت طلاب، تأسیس مدارس علمیه و مراکز خیریه و... است.

بررسی و تحلیل مطرح‌شده و ورود به فعالیت‌های اقتصادی برای کسانی که به تحصیل اشتغال دارند باتوجه به حکم اولی و ناظر به روایات تجارت و فضل علم صورت گرفته است. بررسی مسئله باتوجه به عناوین ثانوی احتمالی یا مسائل اجتماعی که می‌توانند در این حکم مؤثر باشند نیاز به پژوهشی مستقل دارد.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. فوائد الاصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۲۴ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقانیس اللغة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۴ق.
- اصفهانی، محمدحسین. الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة. ۱۴۰۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المکاسب. قم: مجمع فکر اسلامی. ۱۴۲۵ق.
- ایروانی، علی. حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۴۰۶ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۵ق.
- جعفری، علی، مصطفی دهقان. «ارزیابی دلالت واژه «لعن» بر تحریم»، پژوهش‌های فقهی تا اجتهاد. دوره ۳، شماره ۶، ۱۳۹۸، ص ۱۴۹ تا ۱۶۶.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح‌الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۳۴ق.
- خونی، سید ابوالقاسم. اجود التقريرات. قم: العرفان. ۱۳۵۲.
- خونی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. به تقریر محمد سرور واعظ الحسینی. قم: داوری. ۱۴۲۲ق.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. لبنان-سوریه: دار العلم-الدار الشامیه. ۱۴۱۲ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. الجامع الصغیر فی احادیث البشیر النذیر. بیروت: دار الفکر. بی تا.
- شمس، مرادعلی. سیری در سیره علمی و عملی علامه طباطبائی (ره) از نگاه فرزندگان. تهران: اسوه. ۱۳۸۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. منیه المرید فی آداب المفید و المستفید. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۰۹ق.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح. هدایة الطالب الی اسرار المکاسب. تبریز: اطلاعات. ۱۳۷۵ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الکتاب. ۱۴۱۴ق.
- طباطبائی قمی، سیدتقی. عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب. قم: کتاب فروشی محلاتی. ۱۴۱۳ق.
- طباطبائی، سید محمد بن علی. مفاتیح الاصول. قم: آل البيت (ع). ۱۲۹۶ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرین. تهران: کتاب فروشی مرتضوی. ۱۰۸۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۴۰۷ق.
- عراقی، ضیاء الدین. شرح تبصرة المتعلمین. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۴۱۴ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع). ۱۴۰۶ق.
- فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الرضی. بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۴۰۷ق.
- کوهستانی، عبدالکریم. بر قلة پارسایی. تهران: ادباء. ۱۳۹۲.
- متقی، علی بن حسام الدین. کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. بی جا: الرسالة. ۱۴۰۱ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمدتقی. بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار (ع). بیروت: مؤسسة الطبع و النشر. ۱۴۱۰ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمدتقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ۱۴۰۴ق.
- مصطفوی، حسن. التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر. ۱۴۰۲ق.
- مطهری، مرتضی. مجموعه آثار استاد مطهری. قم: صدرا. ۱۳۸۹.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الاصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۸ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة: کتاب التجارة. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۶ق.
- نوری، حسین بن محمدتقی. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: آل البيت (ع). ۱۴۰۸ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *al-Farā'id al-'Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī.

2003/1424.

- Ākhünd Khurāsānī, Muḥammad Kāzim ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1989/1409.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Majm' al-Fikr al-Islāmī, 2004/1425.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā'iq al-Nāḍira fī Ahkām al-'Itra Ṭāhira*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, 1985/1405.
- Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-'Ayn*. Qum: Hijrat. 1990/1410.
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Wāfi*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī (AS). 1986/1406.
- Fīyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li-l-Rāfi'i*. Qum Dār al-Raḍī, s.d.
- Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā'il al-Shr' a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1989/1409.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1984/1404.
- 'Irāqī, Ḍiyā' al-Dīn. *Sharḥ Tabṣira al-Muta'allimīn*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1414.
- Ṭrawānī, 'Alī. *Ḥāshiya al-Makāsib*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī, 1986/1406.
- Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Fuṣūl al-Gharawīyah fī al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Ihyā' al-'Ulūm al-Islāmiyya, 1984/1404.
- Ja'fari, 'Alī, Muṣṭafā Dihqān. "Arzyābī Dilālat Vāzhah-yi La'n bar Taḥrīm". *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī tā Ijtihād*. Durīh-yi 3, no. 6, 2020/1398, 149-166.
- Jawharī, Ismā'il ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-'Arabiya*. Beirut: Dār al-'Ilm, 1990/1410.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. bi Taqrīr Muḥammad Surūr Wā'iẓ Ḥusaynī. Qum: Dāwarī, 2001/1422.
- Khū'i, Sayyid Abū al-Qāsim. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: 'Irfān, 1973/1352.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islām, 2013/1434.
- Kūhistānī, 'Abd al-Karīm. *Bar Qulīh-yi Pārsāyī*. Tehran: Udbā'. 1972/1392.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1987/1407.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li-Durar Akhbār A'imma al-Athār(AS)*. Beirut: Mū'assisa al-Ṭab'a wa al-Nashr, 1990/1410.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Mar'āt al-Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār

al-Kutub al-Islāmiyya, 1984/1404.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb-i al-Tajārah*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib(AS). 2005/1426.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), 2007/1428.

Muṣṭafavī, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fi Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Tehran: Markaz al-Kitāb li-l- *Tarjamah wa al-Nashr*, 1982/1402.

Muṭaharī, Murtaḍā. *Majmū‘ah Aṣār Ustād Muṭaharī*. Qum: Ṣadrā. 2011/1389.

Muttaqī, ‘Alī ibn Ḥisām al-Dīn. *Kanz al-Ummāl fi Sunan al-Aqwāl wa al-Afāl*. S.L.: Risālah. 1981/1401.

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

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

Ṣāhib ibn ‘Abād, Ismā‘īl ibn ‘Abād. *al-Muḥīṭ fi al-Lughah*. Beirut: ‘Ālim al-Kutub, 1993/1414.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Munya al-Murīd fi Ādāb al-Mufīd wa al-Musṭafīd*. Qum: Maktabat al-A‘lām al-Islāmī, 1989/1409.

Shahīdī Tabrizī, Mīr Fattāḥ. *Hidāyah al-Ṭālib ilā Asrār al-Makāsib*. Tabriz: Itilā‘āt, 1956/1375.

Shams, Murād ‘Alī. *Siyar dar Sirih-yi ‘Ilm va ‘Amali ‘Allāmah Ṭabāṭabāyī az Nigāh Farzānigān*. Qum: Uswah, 2009/1387.

Suyūṭī, ‘Abd al-Raḥmān ibn abī bakr. *al-Jāmi‘ al-Ṣaghīr fi Aḥādīth al-Bashīr al-Nadhr*. Beirut: Dār al-Fikr, s.d.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Sayyid Taqī. *Umda al-Maṭālib fi al-Ta’liq ‘alā al-Makāsib*. Qum: Kitābfurūshī Maḥalātī, 1993/1413.

Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad ibn ‘Alī. *Mafātiḥ al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1878/1296.

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Baḥrayn*. Qum: Kitābfurūshī Murtaẓavī, s.d.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya, 1987/1407.



Assessing the Evidentiary Value of Films and Photographs in Proving Illicit Relationships (A Critique of the Judgment of Branch 24 of the Supreme Court)

Dr. Javad Soltani Fard 

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

Seyyed Omid Mousavi  (Corresponding Author)

PhD Candidate, Department of Fiqh and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Email: s.o.muosavi@gmail.com

Abstract

Today, technology has become deeply embedded in everyday human life in its various forms. Electronic data (particularly films and photographs, among the most widely used forms of technology) play a prominent role in diverse aspects of individuals' personal and social lives. One such area concerns the evidentiary value of films and photographs as independent means of proving claims before the courts; an issue that needs to be examined and justified. The present research, conducted using a descriptive-analytical method, demonstrates that reliance on information obtained by the adjudicator through viewing films and photographs is conditional upon establishing the validity of the adjudicator's personal knowledge. However, such validity cannot be established. Assuming that the validity of the adjudicator's knowledge is accepted, this alleged evidence will not be efficacious in case of illicit relationships given the constitutive nature of evidence in these cases. Even setting aside the constitutive nature of evidence, films and photographs cannot serve as admissible evidence, because knowledge derived directly from sensory perception is considered valid, whereas information obtained by viewing films and photographs constitutes non-sensory knowledge and therefore lacks evidentiary validity. A view of the research trajectory of the present study, the judgment of Branch 24 of the Supreme Court, in which reliance was placed on films and photographs, is examined and critiqued.

Keywords: the adjudicator's knowledge, means of proof of claims, the constitutive nature of evidence, illicit relationship.



Authors retain the copyright. This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

[International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۱۰۶ - ۸۳

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۴

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.93078.1952>

نوع مقاله: پژوهشی

اعتبارسنجی کارایی فیلم و عکس در اثبات رابطه نامشروع (نقد رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور)

دکتر جواد سلطانی فرد ^{ID}

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

سیدامید موسوی (نویسنده مسئول) ^{ID}

دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران

Email: s.o.muosavi@gmail.com

چکیده

ورود روزافزون داده‌های تصویری به فرایندهای قضایی، چالش‌های نوینی را در نظام ادله اثبات دعوا پدید آورده است. این پژوهش با هدف اعتبارسنجی کارایی فیلم و عکس در جرائم منافی عفت، به نقد مبانی رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در استناد به لوح فشرده برای نقض حکم برائت می‌پردازد. یافته‌های این تحقیق توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد که اولاً، وظیفه قاضی احراز حقیقت قضایی بر پایه مستندات پرونده است و علم شخصی خارج از آن وجاهت ندارد. ثانیاً، حتی با فرض پذیرش حجیت عام علم دادرس، در جرائم منافی عفت به دلیل سیاست شرعی بزه‌پوشی و مفاد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر ممنوعیت تعقیب و تحقیق، ادله شرعی اقرار و شهادت (موضوع مواد ۱۷۲ و ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی) «موضوعیت» دارند و علم قاضی نمی‌تواند جایگزین آن‌ها شود. ثالثاً، حتی با فرض طریقت ادله، آگاهی حاصل از فیلم و عکس به دلیل واسطه‌های فنی و امکان تحریف، تقطیع، جعل و تولید محتوای مصنوعی، به‌ویژه با فناوری دیپ‌فیک، علمی «حدسی» است نه «حسی»؛ از همین رو، توان اثباتی در امور حدی ندارد. در نتیجه، استناد دیوان عالی کشور به داده‌های تصویری مبهم، با قاعده فقهی «درء» مغایر بوده و رأی دادگاه بدوی مبنی بر برائت متهمان با موازین فقهی و اصول دادرسی عادلانه انطباق بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: علم قاضی، ادله اثبات دعوا، جرائم منافی عفت، فیلم و عکس، دیپ‌فیک.

مقدمه

گسترش فناوری‌های ارتباطی و ابزارهای ثبت، ذخیره و انتقال داده، فیلم و عکس را به یکی از مهم‌ترین منابع اطلاعاتی در زندگی معاصر تبدیل کرده است. داده‌های تصویری، افزون بر کارکردهای شخصی، خانوادگی و رسانه‌ای، در فرایندهای قضایی نیز مورد استناد قرار می‌گیرند؛ به‌ویژه در مواردی که یکی از طرفین دعوا، فیلم یا عکس را قرینه‌ای بر وقوع جرم یا انتساب رفتار مجرمانه به شخص معین معرفی می‌کند. بااین حال، ورود گسترده این داده‌ها به عرصه دادرسی، به‌خودی‌خود به معنای احراز ارزش اثباتی آن‌ها نیست؛ بلکه اعتبار و حدود استناد به آن‌ها تابع قواعد حاکم بر ادله اثبات، شیوه تحصیل دلیل، اصالت داده و میزان توان آن در ایجاد علم معتبر قضایی است.

این مسئله در جرائم منافی عفت، حساسیت مضاعفی می‌یابد؛ چراکه قانون‌گذار با تأثر از مبانی فقهی و سیاست شرعی بزه‌پوشی و پرهیز از اشاعه فحشا، از یک‌سو شرایط و نصاب‌های سخت‌گیرانه‌ای را برای اقرار و شهادت مقرر کرده و از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، انجام هرگونه تعقیب و تحقیق را در این جرائم ممنوع ساخته است. ازاین‌رو، این پرسش بنیادین مطرح می‌شود که آیا فیلم و عکس ارائه‌شده از سوی شاکی یا اشخاص دیگر می‌تواند، مستقل از ادله مقرر قانونی، مبنای احراز وقوع زنا یا دیگر جرائم منافی عفت قرار گیرد؟ همچنین، اگر مشاهده این داده‌ها برای قاضی اطمینان یا علم ایجاد کند، آیا چنین آگاهی‌ای را می‌توان به‌عنوان یکی از ادله اثبات جرم به شمار آورد؟

پاسخ به این پرسش، مستلزم تفکیک و بررسی سه مسئله مرتبط در قالب یک سیر استدلالی مترتب است:

نخست، باید جایگاه علم قاضی در دادرسی کیفری و نسبت آن با ادله ارائه‌شده از سوی طرفین روشن شود؛ زیرا هرچند قانون‌گذار در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی، علم قاضی را در زمره ادله اثبات جرم آورده است، اصل اعتبار این علم، کیفیت حصول آن و حدود استناد به آن در فقه و حقوق همچنان محل بحث و اختلاف است.

دوم، با فرض پذیرش حجیت عام علم قاضی، باید بررسی شود که آیا این علم اصولاً در جرائم منافی عفت نیز واجد حجیت و اعتبار است یا خیر. پاسخ به این مسئله در گرو آن است که بدانیم ادله خاص مقرر در این جرائم (مانند نصاب‌های شهادت و اقرار)، صرفاً جنبه «طریقیت» دارند تا علم قاضی نیز بتواند در کنار آن‌ها به‌عنوان طریقی دیگر برای کشف واقع قرار گیرد، یا اینکه این ادله دارای «موضوعیت» بوده و شارع با انحصار اثبات در آن‌ها، اساساً راه استناد به علم قاضی را در این قلمرو مسدود کرده است. پذیرش دیدگاه موضوعیت ادله و همچنین سیاست بزه‌پوشی شارع مقدس، مانع از آن می‌شود که علم قاضی (از

جمله علم حاصل از فیلم و عکس) بتواند جایگزین ادله انحصاری و شرعی این جرائم گردد. سوم، حتی با فرض تنزل از دو مرتبه پیشین (یعنی پذیرش حجیت علم قاضی و قائل شدن به طریقت ادله در جرائم منافی عفت)، این پرسش معرفت‌شناختی مطرح می‌شود که آیا آگاهی حاصل از مشاهده فیلم و عکس اساساً واجد شرایط صحت و اعتبار «علم قاضی» هست یا خیر. به بیان دیگر، آیا علم حاصل از داده‌های تصویری را به دلیل واسطه‌های فنی و احتمال بالای جعل، تقطیع، انتساب نادرست و شبیه‌سازی‌های هوش مصنوعی^۱ مانند «دیپ‌فیک»^۲، باید علمی «حدسی» و مبتنی بر قرائن غیرمستقیم دانست، یا می‌توان آن را هم‌تراز با علم «حسی» و مستقیم حاصل از مشاهده عینی واقع به شمار آورد؟ پاسخ به این پرسش، تعیین‌کننده امکان یا عدم امکان استناد به این داده‌ها در جرائم مستوجب حد خواهد بود.

اهمیت عملی این بحث در پرونده‌ای که موضوع رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور قرار گرفته، به‌خوبی آشکار است. در این پرونده، دادگاه بدوی با احراز نشدن دلیل قانونی کافی، متهمان را از اتهام زنا تبرئه کرد؛ اما شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور، با استناد به محتوای دو لوح فشرده و تلقی آن به‌عنوان نمایش‌دهنده مقاربت، اعتراض شاکی را وارد دانست و پرونده را برای رسیدگی مجدد به شعبه‌ای دیگر ارجاع کرد. رأی مزبور این پرسش را برجسته می‌سازد که آیا محتوای فیلم و عکس، با وجود انکار یا تردید در انتساب و اصالت آن، می‌تواند در جرائم منافی عفت مستند نقض رأی برائت قرار گیرد و زمینه احراز وقوع جرم را فراهم سازد.

با مطالعه پیشینه موضوع مشخص می‌شود که تحقیقاتی در موضوعات پیرامون پژوهش حاضر، همچون «علم قاضی به‌عنوان ادله اثبات دعوی در نظام حقوقی ایران» نوشته یوسف مرادی، «بررسی فقهی-حقوقی تأثیر علم قاضی بر فرایند دادرسی کیفری» نوشته آرش یاغلی و «موضوعیت و ادله اثبات جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲» نوشته صادق بنی‌طرفیان، انجام شده است. برخی از این پژوهش‌ها صرفاً به مطالعه حجیت علم قاضی در نظام ادله اثبات دعوا پرداخته‌اند و برخی دیگر درصدد بررسی موضوعیت یا طریقت ادله در نظام دادرسی ایران بوده‌اند. بالاین حال، بر اساس فحص انجام‌شده، تاکنون کتاب یا مقاله‌ای که به‌طور مستقل نقش اثباتی فیلم و عکس را در اثبات جرائم منافی عفت - به‌مثابه یکی از مسائل پرچالش قضایی امروز - بررسی کرده باشد، یافت نشد. ازاین‌رو، تحلیل هم‌زمان مبانی اعتبار علم قاضی، موضوعیت ادله اثبات در جرائم منافی عفت و ماهیت آگاهی حاصل از فیلم و عکس،

1. Artificial Intelligence (AI)

2. Deepfake

همراه با تطبیق این مبانی بر رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور، وجه نوآورانه پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد.

بر این اساس، پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای فقهی و حقوقی، در پی پاسخ به این پرسش است که فیلم و عکس چه جایگاهی در اثبات جرائم منافی عفت دارند و آیا می‌توان بر مبنای آگاهی حاصل از مشاهده آن‌ها، حکم به تحقق رابطه نامشروع یا زنا صادر کرد؟ مقاله پس از گزارش و تحلیل جریان پرونده و رأی مورد بحث، ابتدا اعتبار و قلمرو علم قضایی را بررسی می‌کند؛ سپس موضوعیت ادله اثبات در جرائم منافی عفت را تحلیل می‌نماید؛ آنگاه به تمایز علم حسی و علم حدسی و تأثیر امکان جعل و دیپفیک بر ارزش اثباتی داده‌های تصویری می‌پردازد؛ و در پایان، رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور را نقد و ارزیابی می‌کند.

۱. رأی دادگاه بدوی و دیوان عالی کشور

در این بخش، ابتدا جریان پرونده در دادگاه بدوی و مبانی صدور حکم برائت متهمان از اتهام زنا، محصنه بررسی می‌شود. سپس رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور که اعتراض شاکی به حکم برائت را وارد دانسته و رأی دادگاه بدوی را نقض کرده است، گزارش و تحلیل خواهد شد.

۱.۱. خلاصه جریان پرونده

آقای ع.م. در تاریخ ۱۳۹۰/۰۶/۱۶ با مراجعه به دادرای محل سکونت خود، از همسرش، خانم ت.ک. و شخصی به نام ک.ط. شکایت کرد. وی مدعی شد که این دو در سال ۱۳۸۹ در منزل شخصی او مرتکب رابطه نامشروع شده‌اند و اظهار داشت که لوح فشرده و عکس‌هایی از آنان را در منزل یافته است. شاکی خواستار رسیدگی قضایی به موضوع شد.

بازپرس با صدور قرار عدم صلاحیت، رسیدگی را در صلاحیت دادگاه کیفری استان دانست. پرونده پس از موافقت دادیار، به دادگاه کیفری استان ارسال و به شعبه ۱۶ این دادگاه ارجاع شد. شاکی در تاریخ ۱۳۹۰/۰۹/۱۲ در دادگاه حاضر شد و مطالب پیشین خود را تکرار کرد. دادگاه نیز دستور جلب دو متهم را صادر کرد.

پس از جلب متهمان و اعاده پرونده به دادگاه، آقای ک.ط. در جلسه رسیدگی اظهار داشت: «شاید کسی به من گفته است که با این خانم این کار را انجام دهم، مرا به زور برده‌اند تا با آن خانم عمل زنا را انجام بدهم و شاید چیزی به من خورانده‌اند تا این کار را انجام بدهم.» وی درباره تصاویر مستهجن موجود در لوح فشرده نیز بیان کرد: «عکس خودم است، شاید مرا به زور وادار کرده‌اند و من خودم از خودم عکس

نگرفته‌ام و نمی‌دانم که این عکس‌ها را چگونه گرفته‌اند. اگر من عکس گرفته بودم، عکس‌ها در نزد من بود.»

خانم ت.ک. نیز درباره تصاویر اظهار داشت که تنها چهره تصاویر متعلق به اوست. درباره وی قرار بازداشت موقت صادر و به زندان معرفی شد. سپس برای رسیدگی، وقت تعیین شد. در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۲ دادگاه کیفری استان، خانم ت.ک. اتهام را نپذیرفت و اظهار داشت: «رابطه‌ای با ک.ط. نداشته‌ام.» وی در خصوص تصاویر نیز گفت: «سر و صورت عکس‌ها متعلق به من است و بدن آن متعلق به من نیست و برای من توطئه ساخته‌اند.»

دادگاه به علت حاضر نشدن آقای ک.ط. در چند نوبت جلسه رسیدگی را تجدید کرد. سرانجام، در تاریخ ۱۳۹۱/۰۵/۰۸، جلسه دادرسی با حضور خانم ت.ک.، وکلای وی و وکیل شاکی و بدون حضور آقای ک.ط. و وکیل او تشکیل شد. شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان به موجب دادنامه شماره ۱۰۰۱۵۵ - ۱۳۹۱/۰۶/۱۴، با توجه به فقدان دلیل کافی برای اثبات اتهام زنا، حکم برائت هر دو متهم را صادر کرد. وکیل شاکی نسبت به این رأی اعتراض و درخواست تجدیدنظر کرد. پرونده پس از ارسال به دیوان عالی کشور، برای رسیدگی به شعبه ۲۴ ارجاع شد.

۲.۱. رأی دیوان عالی کشور

شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی آقای الف.ب. به وکالت از شاکی پرونده (آقای ع.م.) نسبت به دادنامه شماره ۱۰۰۱۵۵ - ۱۳۹۱/۰۶/۱۴ صادر شده از شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان - که متهمان را از اتهام زنا محصنه (نسبت به خانم ت.ک.) و زنا غیر محصنه (نسبت به آقای ک.ط.) تبرئه کرده بود - با بررسی محتویات پرونده، شکایت شاکی و اظهارات طرفین، اعتراض وکیل شاکی را وارد دانست.

مبنای استدلال شعبه دیوان آن بود که اولاً متهم تعلق عکس‌ها و فیلم‌های موجود در دو لوح فشرده پیوست پرونده به خود را صریحاً تکذیب نکرده است؛ ثانیاً محتوای این لوح‌های فشرده مقاربت را به وضوح نشان می‌دهد و مصداق بارز تعبیر فقهی «کَالْمِیلِ فِی الْمُکْحَلَّة» (مانند میل سرمه‌دان در سرمه‌دان) است. از این رو، دیوان با پذیرش تجدیدنظرخواهی، رأی برائت دادگاه بدوی را نقض و پرونده را برای رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه کیفری استان ارجاع کرد.

۲. سنجش اعتبار علم دادرس

در این بخش، اعتبار علم دادرس به عنوان یکی از مستندات قضایی، با تفکیک میان جنبه‌های عمومی

و خصوصی جرائم ارزیابی شده و دیدگاه‌های گوناگون در این زمینه واکاوی می‌شود. در ادامه نیز، دیدگاه برگزیده پژوهش تبیین خواهد شد. ارزش اثباتی آگاهی حاصل از مشاهده فیلم و عکس - به عنوان داده‌های الکترونیکی - زمانی واجد اثر قضایی خواهد بود که پیش‌تر، اعتبار و قلمرو استناد به علم دادرس در فرایند دادرسی اثبات شده باشد. منظور از علم دادرس در این بحث، اطلاعات و آگاهی‌های شخصی او درباره موضوع دعواست.^۳ پرسش اساسی این است که آیا دادرس مجاز است برای احراز حقیقت قضایی، به آگاهی‌های شخصی خویش در امور ماهوی استناد کند، یا آنکه در صدور رأی ملزم و محدود به ادله ابرازی طرفین دعواست؟^۴

۲. ۱. دیدگاه‌های فقهی و حقوقی درباره اعتبار علم دادرس

بررسی متون فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که درباره اعتبار یا عدم اعتبار علم شخصی دادرس در مقام قضا، به طور کلی چهار دیدگاه متفاوت وجود دارد. این دیدگاه‌ها عبارت‌اند از: اعتبار مطلق علم دادرس، بی‌اعتباری مطلق آن، اعتبار علم دادرس در حقوق الناس و اعتبار آن در حقوق الله.

۲. ۱. ۱. اعتبار کامل علم دادرس

نخستین دیدگاه، بر اعتبار مطلق علم دادرس و قابلیت استناد به آن در تمامی دعاوی استوار است. سیدمرتضی بر این باور است که دادرس، بدون هیچ استثنایی، صلاحیت داوری در همه انواع حقوق را دارد و این صلاحیت فراگیر، مورد اتفاق فقهای امامیه است.^۵

شیخ طوسی نیز معتقد است دادرس می‌تواند در تمامی حقوق مالی و غیر مالی، بر اساس علم شخصی خود حکم صادر کند و در این زمینه تفاوتی ندارد که علم وی پیش از آغاز رسیدگی حاصل شده باشد یا در جریان رسیدگی به موضوع پیدا کرده باشد.^۶ وی در کتاب دیگر خود، صلاحیت قضاوت مستند به علم شخصی را با ادله سازگارتر می‌داند.^۷

ابن براج نیز بر این باور است که هرگاه دو طرف دعوا به دادگاه مراجعه کنند و یکی از آنان ادعایی را مطرح و طرف مقابل آن را انکار کند، چنانچه دادرس به صحت ادعای مدعی علم داشته باشد، می‌تواند بر مبنای علم خود حکم صادر کند.^۸ در همین راستا، ابن زهره عقیده دارد که دادرس در تمامی اقسام دعاوی

۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۲۶۳۴.

۴. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۵۱/۱.

۵. سیدمرتضی، الانتصار، ۴۸۶.

۶. طوسی، الخلاف، ۲۴۲/۶.

۷. طوسی، المبسوط، ۱۶۶/۸.

۸. ابن براج، المذهب، ۵۸۶/۲.

می‌تواند بر پایه علم خود حکم صادر کند و زمان حصول علم نیز تأثیری در اعتبار آن ندارد.^۹ ابن‌ادریس نیز معتقد است دیدگاه پذیرفته شده در میان فقهای امامیه، صلاحیت دادرس برای قضاوت بر اساس علم شخصی است؛ زیرا منع دادرس از صدور حکم بر مبنای علم خود، به تعطیلی احکام الهی و خروج وی از عدالت می‌انجامد.^{۱۰}

محقق حلی بیان می‌کند که دادرس در حقوق مربوط به مردم می‌تواند بر اساس علم خود قضاوت کند و در حقوق الهی نیز دیدگاه صحیح‌تر، پذیرش چنین صلاحیتی است. به اعتقاد وی، دادرس برای صدور حکم مستند به علم شخصی خود، در هیچ‌یک از انواع دعاوی به شهادت شهود نیاز ندارد.^{۱۱}

علامه حلی در یکی از آثار خود، صلاحیت دادرس برای صدور حکم بر اساس علم شخصی را مطلق دانسته و آن را شامل همه دعاوی می‌داند؛^{۱۲} هرچند در اثر دیگر خود، امکان قضاوت بر مبنای علم دادرس در حقوق الهی را به دیدگاه صحیح‌تر نسبت می‌دهد.^{۱۳} بنابراین، در آرای وی نیز اصل اعتبار علم دادرس پذیرفته شده است، هرچند درباره قلمرو آن در حقوق الهی، احتیاط بیشتری دیده می‌شود.

شهید ثانی نیز معتقد است دادرس به طور مطلق و در تمامی اقسام دعاوی می‌تواند بر اساس علم خود قضاوت کند. از دیدگاه وی، علم شخصی دادرس در مقایسه با شهادت دو شاهد، که ممکن است در نهایت برای قاضی موجب ظن و گمان شود، دلالت قوی‌تری در اثبات حقیقت دارد.^{۱۴}

شیخ انصاری برای دادرس، صلاحیتی فراگیر و کامل در قضاوت بر اساس علم شخصی قائل است. به اعتقاد وی، علم شخصی دادرس برای او کاشف از حقیقت و عدالت واقعی است؛ بنابراین، اگر برخلاف علم خود حکم دهد، از صدور حکم حقیقی فاصله گرفته است. همچنین، اگر از قضاوت بر مبنای علم خویش خودداری کند، وظیفه رسیدگی را ترک کرده و موجب تضییع یا توقف حقوق خواهد شد.^{۱۵}

همسو با این مبنا، شماری از فقها نیز با استناد به دیدگاه مشهور فقهای امامیه و حتی ادعای اجماع، معتقدند دادرس به طور مطلق و بدون قید و شرط می‌تواند بر اساس علم شخصی خود حکم صادر کند.^{۱۶} امام خمینی نیز برای دادرس صلاحیت گسترده‌ای در قضاوت بر مبنای علم شخصی قائل است و علم

۹. ابن‌زهره، غنیة الزروع، ۴۳۶/۱.

۱۰. ابن‌ادریس، موسوعه، ۲۵۲/۱۰.

۱۱. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۶۷/۴؛ همچنین نک: ابن‌سعید، الجامع للشرائع، ۵۲۹.

۱۲. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۴۰۵/۸.

۱۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۴۳۰/۳.

۱۴. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۸۵/۱۳.

۱۵. انصاری، القضاء و الشهادت، ۹۴.

۱۶. عراقی، کتاب القضاء، ۱۲۵.

دادرس را در همه وضعیتهای ممکن در رسیدگی قضایی معتبر می‌داند؛ حتی در مواردی که در پرونده شاهد، اقرار یا سوگند وجود نداشته باشد. بر اساس این دیدگاه، هرگاه شهادت شهود با علم دادرس تعارض داشته باشد، دادرس نمی‌تواند بر مبنای آن شهادت حکم صادر کند.^{۱۷}

محقق خویی نیز معتقد است دادرس همان‌گونه که می‌تواند بر اساس اقرار، شهادت یا سوگند میان طرفین دعوا قضاوت کند، بدون تفاوت می‌تواند حکم خود را بر علم شخصی نیز استوار سازد.^{۱۸} برخی دیگر از فقیهان با تکیه بر این مبنا که احکام شرعی به موضوعات واقعی تعلق گرفته‌اند، بر این باورند که هرگاه تحقق موضوعی برای دادرس معلوم شود، وی مکلف است آثار شرعی مترتب بر آن موضوع را بر آن بار کرده و بر اساس آن حکم صادر کند.^{۱۹}

این رویکرد در میان برخی حقوق‌دانان نیز بازتاب یافته است. آنان معتقدند دادرس می‌تواند از قرائن موجود در هر دعوا استفاده کند و علمی را که از این طریق به دست می‌آورد، حجت دانسته و بر مبنای آن حکم صادر کند.^{۲۰} به اعتقاد ایشان، در حقوق اسلام، علم قاضی از هر راهی که حاصل شود، معتبر است و در این زمینه تفاوتی میان دعاوی مربوط به حقوق عمومی و حقوق خصوصی وجود ندارد.^{۲۱}

بر پایه همین برداشت، حتی بیان شده است که علم دادرس در میان ادله اثبات دعوا از ارزش اثباتی بیشتری برخوردار است. بنابراین، اگر علم دادرس با مفاد یکی از ادله تعارض داشته باشد، آن دلیل اعتبار خود را از دست می‌دهد و دادرس باید بر اساس علم شخصی خویش حکم صادر کند.^{۲۲} در مجموع، قائلان به این دیدگاه، علم شخصی دادرس را کاشفی نیرومند از واقع دانسته و آن را، بدون تفکیک میان حقوق الناس و حقوق الله، برای صدور حکم کافی می‌دانند.

۲. ۱. ۲. بی‌اعتباری کامل علم دادرس

در برابر دیدگاه نخست، دیدگاه دوم، بر بی‌اعتباری کامل علم شخصی دادرس در تمامی دعاوی استوار است. این دیدگاه در برخی منابع فقهی به ابن‌جنید نسبت داده شده است.^{۲۳} بر اساس این نظر، قاضی در هیچ دعوایی نمی‌تواند حکم خود را بر علم شخصی خویش مبتنی کند. صاحب‌جواهر، ضمن واکاوی نقدهای وارد شده از سوی فقیهان پس از ابن‌جنید، تأکید می‌ورزد که

۱۷. خمینی، تحریر الوسیله، ۴۳۷/۲.

۱۸. خویی، موسوعه، ۱۵/۴۱.

۱۹. آشتیانی، کتاب القضاء، ۱۶۷/۱.

۲۰. جعفری لنگرودی، دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی، ۴۴۶/۱.

۲۱. جعفری لنگرودی، «علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوا در حقوق اسلام»، ۶۹.

۲۲. فتاحی، حسنی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، ۶۲.

۲۳. سیدمرتضی، الانتصار، ۴۸۸.

نظریه وی - برخلاف آنچه ممکن است در بدو امر تصور شود- دیدگاهی ضعیف و غیر قابل اعتنا نیست.^{۲۴} ایشان با استناد به دسته‌ای از روایات که ادله اثبات دعوا را در اقرار و شهادت شهود منحصر می‌کنند، استدلال می‌کند که علم شخصی قاضی فاقد وجاهت شرعی برای مستند ساختن حکم بوده و نمی‌تواند در زمره ادله اثباتی قرار گیرد.^{۲۵}

شماری دیگر از فقها نیز تصریح کرده‌اند که قضاوت دادرس بر اساس علم شخصی، فاقد اعتبار است.^{۲۶} و دلیل قابل قبولی برای تجویز صدور حکم بر مبنای چنین علمی وجود ندارد.^{۲۷} یکی از فقهای معاصر نیز با تمسک به مفهوم حصر در روایاتی که ادله اثبات دعوا را در قالب عناوینی مشخص بیان کرده‌اند، اعتبار علم شخصی دادرس را نفی می‌کند.^{۲۸} و در اثر دیگری تصریح دارد که قاضی نمی‌تواند برای فصل خصومت به آگاهی شخصی خود استناد کند.^{۲۹}

در حقوق نیز، دیدگاهی مشابه مطرح شده است. بر اساس این دیدگاه، رأی دادگاه باید با استناد به ادله قانونی موجود در پرونده و با توجه به توان اثباتی آن‌ها صادر شود؛ بنابراین، دادرس نمی‌تواند علمی را که خارج از فرایند رسمی دادرسی و خارج از محتویات پرونده به دست آورده است، مبنای قضاوت خود قرار دهد.^{۳۰}

بر این اساس، محور اصلی این دیدگاه، ضرورت اتکای رأی قضایی به ادله قانونی قابل ارزیابی در پرونده و پرهیز از استناد به آگاهی شخصی دادرس است.

۲. ۱. ۳. اعتبار علم دادرس در حقوق الناس

دیدگاه سوم، راهی میانه میان دو دیدگاه پیش گفته برمی‌گزیند. بر اساس این دیدگاه، علم شخصی دادرس تنها در دعاوی مربوط به حقوق مردم یا حقوق الناس معتبر است و در حقوق الهی، از جمله جرائم حدی که جنبه عمومی و الهی دارند، قابلیت استناد ندارد.^{۳۱} قائلان به این دیدگاه معتقدند که دادرس در دعاوی مربوط به عقود و ایقاعات - که با حقوق مردم ارتباط دارند- می‌تواند به علم خود استناد کند؛ اما در حدود شرعی - که در زمره حقوق الهی قرار می‌گیرند- چنین

۲۴. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۸۹/۴۰.

۲۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۸۹/۴۰.

۲۶. طباطبایی حکیم، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، ۳۲.

۲۷. خوانساری، جامع المدارک، ۱۵/۶.

۲۸. هاشمی شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۵۶.

۲۹. هاشمی شاهرودی، قرائات فقهیه معاصره، ۳۱۹/۱.

۳۰. شمس، ادله اثبات دعوا، ۶۱.

۳۱. ابن حمزه، الوسيلة الى نيل الفضيلة، ۲۱۸؛ همچنین نک: آبی، کشف الرموز، ۴۹۶/۲.

صلاحیتی ندارد.^{۳۲}

بنابراین، تفاوت ماهوی میان حقوق الناس و حقوق الله، مبنای تفکیک در قلمرو اعتبار علم دادرس در این نظریه است.

۲. ۱. ۴. اعتبار علم دادرس در حقوق الله

در نقطه مقابل دیدگاه سوم، دیدگاه چهارم، علم شخصی دادرس را صرفاً در حقوق الهی معتبر می‌داند و آن را در حقوق الناس قابل استناد نمی‌شمارد. شهید ثانی این دیدگاه را به ابن جنید نسبت داده است. بر اساس گزارش وی، ابن جنید صدور حکم بر مبنای علم شخصی دادرس را تنها در حقوق الهی مجاز می‌داند؛ اما در دعاوی مربوط به حقوق مردم، قاضی را به اقرار یا شهادت شهود محدود می‌کند و علم شخصی او را برای صدور حکم کافی نمی‌داند.^{۳۳}

بدین ترتیب، چهار دیدگاه یادشده، طیفی از پذیرش مطلق تا نفی مطلق علم دادرس و نیز پذیرش محدود آن در یکی از دو قلمرو حقوق الناس یا حقوق الله را نشان می‌دهد. در بخش بعد، دیدگاه برگزیده پژوهش درباره این مسئله بررسی خواهد شد.

۲. ۲. دیدگاه مورد پذیرش

دادرس در هر پرونده، در پی کشف حقیقت است و قضاوت بدون حصول آگاهی لازم و احراز حقیقت، موجه نخواهد بود.^{۳۴} باین حال، مسئله اساسی، تعیین نوع حقیقتی است که دادرس در مقام قضا موظف به احراز آن است. به نظر می‌رسد وظیفه قضایی دادرس، احراز حقیقت قضایی پرونده بر پایه ادله ارائه شده و محتویات پرونده است، نه کشف واقعیت خارجی موضوع، مستقل از فرایند دادرسی.

بر این اساس، هرگاه واقعیت خارجی با حقیقت قضایی اثبات شده در پرونده منطبق نباشد و دادرس خارج از محتویات و مستندات پرونده، نسبت به آن واقعیت علم پیدا کند، نمی‌تواند علم مزبور را مبنای تصمیم قضایی خود قرار دهد.^{۳۵} حقیقت قضایی و واقعیت خارجی ممکن است در مواردی از یکدیگر فاصله بگیرند و بر هم منطبق نباشند.^{۳۶} در چنین وضعیتی، دادرس مجاز نیست حکمی منطبق با معلومات شخصی خویش صادر کند و ادله و مستندات قانونی ارائه شده از سوی طرفین دعوا را نادیده بگیرد.^{۳۷}

قلمرو صدور حکم از سوی دادرس، صرفاً در محدوده ادله ابرازی طرفین و ارزیابی محتویات پرونده

۳۲. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۳۲.

۳۳. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۸۴/۱۳.

۳۴. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامی الغراء، ۱۹۸/۱.

۳۵. شمس، ادله اثبات دعوا، ۶۰.

۳۶. صدرزاده افشار، ادله اثبات دعوا در حقوق ایران، ۱۴.

۳۷. هاشمی شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۹.

تعریف می‌شود. چنانکه از عنوان «ادله اثبات» نیز برمی‌آید، کارکرد این ادله ناظر به مقام اثبات و کشف حقیقتی است که از دلایل مطرح‌شده در پرونده به دست می‌آید. اما مقام ثبوت و واقعیت خارجی موضوع - که ممکن است دادرس به‌طور شخصی نسبت به آن آگاهی پیدا کند - لزوماً در قلمرو مقام اثبات و رسیدگی قضایی بر پایه دلایل پرونده قرار نمی‌گیرد. در همین زمینه گفته شده است: «اگرچه علم ادعایی برای خود دادرس در حیطه وظایف فردی و عبادی حجت باشد، ولی بر شارع لازم نیست که آن را به‌عنوان علم کاشف بپذیرد و در سرنوشت مردم و نظام عمومی مداخل بدانند.»^{۳۸}

بنابراین، هرچند علم شخصی دادرس ممکن است از حیث درونی و در قلمرو وظایف فردی او حجت باشد، این امر به‌معنای صلاحیت وی برای صدور حکم در جایگاه قضایی بر مبنای آن علم نیست. ازاین‌رو، در فرضی که دادرس نسبت به موضوع پرونده علم شخصی دارد، باید از رسیدگی و صدور حکم بر مبنای آن علم خودداری شود و پرونده، حسب مورد و مطابق مقررات، به دادرس دیگری که فاقد چنین علم شخصی است ارجاع گردد.^{۳۹}

۳. موضوعیت ادله در اثبات رابطه نامشروع

بر پایه مطالب پیش‌گفته، علم شخصی دادرس به‌عنوان دلیلی مستقل برای اثبات دعاوی، معتبر دانسته نشد. بااین‌حال، حتی اگر اعتبار علم دادرس در برخی دعاوی پذیرفته شود، در اثبات روابط نامشروع و جرائم منافی عفت، به‌ویژه جرائم حدی این حوزه، نمی‌توان آن را دلیلی کارآمد و قابل استناد دانست. ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، هرگونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت را ممنوع کرده و پرسش از اشخاص را درباره این جرائم، جز در موارد استثنایی مقرر در همان ماده، مجاز نمی‌داند. قانون‌گذار در صدر این ماده حکمی فراگیر درباره جرائم منافی عفت مقرر کرده و سپس صرفاً چهار مورد را از شمول این ممنوعیت خارج ساخته است. رویکرد قانون‌گذار در پرهیز از اثبات و آشکارسازی این جرائم، در تبصره ۱ ماده یادشده نیز به‌روشنی دیده می‌شود. مطابق این تبصره: «در جرائم منافی عفت هر گاه شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند.»

ممنوعیت تحقیق در جرائم منافی عفت، با آموزه‌های حقوق کیفری اسلام درباره لزوم بزه‌پوشی و منع

۳۸. خامنه‌ای، علم قاضی، ۶۲.

۳۹. جوادی آملی، خمس رسائل، ۸۵؛ سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامی الغراء، ۲۰۴/۱؛ شمس، ادله اثبات دعوا، ۶۲؛ آشوری، آیین دادرسی کیفری، ۳۲۹/۲.

اشاعه فحشا هماهنگ است.^{۴۰} در شریعت اسلامی نیز اصل بر پوشاندن روابط نامشروع و پرهیز از تجسس در گذشته اشخاص است.^{۴۱} دشواری اثبات قضایی این جرائم و شرایط خاصی که برای ادله اثبات آن‌ها مقرر شده، مؤید رویکرد سخت‌گیرانه شارع و قانون‌گذار در این حوزه است. این رویکرد نشان می‌دهد که ادله اثبات در جرائم مزبور، صرفاً کارکرد طریقی ندارند؛ بلکه واجد موضوعیت‌اند.

موضوعیت دلیل اقتضا می‌کند که دادرس در رسیدگی به این دعاوی، تنها به ادله ویژه و شرایطی ترتیب اثر دهد که قانون‌گذار به صراحت مقرر کرده است. از این رو، دادرس نمی‌تواند از حیطه اثباتی دلیل قانونی مقرر فراتر رود و برای اثبات جرم، به راه‌های دیگری متوسل شود. به بیان دیگر، هرگاه قانون‌گذار اثبات امری را منوط به تشریفات و ادله خاصی کرده باشد، دادرس نمی‌تواند با استناد به علم شخصی خود، آن تشریفات را نادیده بگیرد.^{۴۲}

دلیل موضوعی، دلیلی است که قانون‌گذار آن را برای اثبات یک قضیه مشخص در دعوا مقرر کرده است. بنابراین، مدعی باید تحقق واقعه مورد ادعا را از طریق دلیل معتبر اثبات کند تا دادرس بتواند حکم قانونی را بر آن مترتب سازد. در این فرایند، ارائه دلیل بر عهده اصحاب دعواست و دادرس، برخلاف نظام‌های مبتنی بر تحصیل فعال دلیل، اصولاً نمی‌تواند خارج از دلایل قانونی و محتویات پرونده به اثبات واقعه بپردازد.^{۴۳}

موضوعیت ادله در جرائم حدی منافی عفت، از مفاد ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی نیز قابل استنباط است. این ماده مقرر می‌دارد: «نصاب شهادت در کلیه جرائم، دو شاهد مرد است مگر در زنا، لواط، تفخیذ و مساحقه که با چهار شاهد مرد اثبات می‌گردد.» بدین ترتیب، قانون‌گذار در بیشتر جرائم، نصاب عمومی دو شاهد مرد را پذیرفته است؛ اما در جرائم یادشده، نصاب خاص چهار شاهد مرد را لازم دانسته است. این حکم، صرف‌نظر از نوع کیفر مقرر برای جرم، بر اهمیت و موضوعیت نصاب ویژه شهادت در اثبات این دسته از جرائم دلالت دارد.^{۴۴}

افزون بر نصاب خاص، شهادت در این جرائم باید واجد شرایط محتوایی ویژه‌ای نیز باشد. در این باره گفته شده است: «شهادت باید خالی از هرگونه ابهام باشد؛ یعنی شهود باید آمیزش جنسی را آشکارا دیده باشند که چنین حالتی عادتاً دشوار است.»^{۴۵} بنابراین، صرف مشاهده اوضاع و احوال مشکوک، حضور

۴۰. خالقی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۲۶.

۴۱. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامی الغراء، ۲۱۳/۱.

۴۲. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۵۳/۱.

۴۳. کریمی، ادله اثبات دعوا، ۳۵.

۴۴. فتحی، حسنی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، ۴۸۰.

۴۵. نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، ۱۴۴.

اشخاص در یک مکان، یا اطلاع از قرائن غیرمستقیم، جایگزین شهادت واجد نصاب و شرایط قانونی نخواهد بود.

همین رویکرد در باب اقرار نیز دیده می‌شود. ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی، اصل را بر کفایت یک‌بار اقرار برای اثبات جرائم قرار داده است؛ اما در بند «الف» همان ماده، اثبات زنا، لواط، تفریض و مساحقه را منوط به چهار بار اقرار می‌داند. اعتبار این نصاب مشخص در اقرار، دیدگاهی مشهور میان فقهای امامیه است.^{۴۶} تعیین چهار مرتبه اقرار یا چهار شاهد مرد نشان می‌دهد که قانون‌گذار و شارع، تحقق علم شخصی دادرس را جایگزین شرایط خاص اثباتی این جرائم ندانسته‌اند.^{۴۷}

بر این مبنا، در جرائم حدی منافی عفت، اقرار چهارباره و شهادت چهار مرد واجد شرایط، در نفوذ حکم شارع موضوعیت دارند.^{۴۸} بنابراین، استناد دادرس به علمی که از قرائن بیرون از این ادله موضوعی حاصل شده است، نمی‌تواند جایگزین ادله مقرر باشد.^{۴۹} به‌ویژه در مواردی که قانون‌گذار در مقام بیان ادله اثباتی جرم بوده، اما از علم دادرس نامی نبرده است، نمی‌توان علم شخصی را دلیلی مستقل و جانشین ادله منصوص تلقی کرد.^{۵۰}

در همین زمینه گفته شده است: «قلمرو علم دادرس محدود و مقید است. در موضوعاتی که اثبات آن‌ها با دلایل مشخص و تحت شرایط خاصی صورت می‌گیرد، دادرس نمی‌تواند به علم خود عمل کند، زیرا اگر دادرس چنین حقی داشته باشد، وجود شرط چهار مرتبه اقرار و یا چهار شهادت در اثبات رابطه نامشروع زنا بی‌معنی خواهد بود؛ چراکه ممکن است با یک‌بار اقرار هم علم شخصی برای دادرس حاصل شود.»^{۵۱}

یکی از فقها نیز در این باره تصریح می‌کند که ممکن است در جرمی مانند زنا، پیش از تکمیل نصاب لازم اقرار یا شهادت، برای قاضی نسبت به تحقق عنوان مجرمانه علم حاصل شود؛ اما با وجود چنین علمی، تا زمانی که نصاب مقرر تکمیل نشده است، مجازات ثابت نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نخواهد بود. از این رو، صدور حکم و اجرای حد تنها پس از تکمیل نصاب لازم در اقرار یا شهادت جایز است.^{۵۲}

بر این اساس، دادرس تنها زمانی می‌تواند در جرائم حدی منافی عفت حکم محکومیت صادر کند که

۴۶. گرجی، حدود و تعزیرات و قصاص، ۱۷.

۴۷. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامی الغراء، ۲۱۸/۱.

۴۸. گلدوزیان، حقوق کیفری تطبیقی، ۶۶/۱.

۴۹. موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۲۴۸/۱.

۵۰. گلدوزیان، ادله اثبات دعوا، ۳۸۲؛ دینانی، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، ۲۳۹.

۵۱. بهرامی، ادله اثبات، ۳۲۰.

۵۲. طباطبایی حکیم، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، ۲۹.

ادله معتبر و منصوص قانونی در اختیار داشته و شرایط مقرر برای آن ادله نیز رعایت شده باشد.^{۵۳} یکی از حقوق دانان، پس از پذیرش اعتبار علم دادرس در دعاوی خصوصی، درباره جرائم مستلزم حد بیان می‌کند: «در مورد جرائم مستلزم حد، الزاماً دلایل قانونی مطرح هستند. دادگاه فقط در جلسه محاکمه و به موجب دلایل قانونی معین که با رعایت موازین قانونی تحصیل شده‌اند، می‌تواند به اتخاذ تصمیم مبادرت نماید.»^{۵۴}

در نتیجه، جرائمی که ادله اثبات آن‌ها در قانون به طور مشخص و با شرایط ویژه احصا شده و از علم دادرس در میان آن‌ها نامی نیامده است، با استناد به علم شخصی دادرس قابل اثبات نیستند.^{۵۵}

۴. حسی بودن علم دادرس

پس از پذیرش موضوعیت ادله در اثبات جرائم منافی عفت و تبیین ناکارآمدی علم شخصی دادرس به عنوان دلیلی مستقل در این حوزه، اکنون باید اعتبار آگاهی حاصل از مشاهده فیلم و عکس بررسی شود. حتی اگر ادله اثبات دعوا طریقی دانسته شوند و استناد به علم دادرس در جرائم منافی عفت نیز فی الجمله پذیرفته شود، همچنان این پرسش مطرح است که آیا آگاهی حاصل از مشاهده تصاویر ضبط شده، از کیفیت لازم برای استناد قضایی برخوردار است یا خیر. پاسخ به این پرسش، به چگونگی حصول آگاهی دادرس و تفکیک میان علم حسی و آگاهی حدسی وابسته است.

بر اساس دیدگاهی که در ادامه بررسی می‌شود، علمی قابلیت اعتماد و استناد قضایی دارد که از مبادی حسی و به صورت مستقیم و بی واسطه حاصل شده باشد. در مقابل، آگاهی مبتنی بر استنباط از قرائن و نشانه‌ها، علم حدسی به شمار می‌آید و از اعتبار علم حاصل از مشاهده یا استماع مستقیم برخوردار نیست. بر مبنای این تفکیک، آگاهی دادرس از واقعه‌ای که شخصاً و بی واسطه آن را مشاهده یا استماع کرده است، با آگاهی حاصل از مشاهده بازنمایی تصویری آن واقعه یکسان نخواهد بود.

فیلم و عکس ضبط شده، به ویژه در شرایط کنونی، به تنهایی نمی‌توانند همانند مشاهده مستقیم و حسی واقعه، برای بیننده علم ایجاد کنند. امکان همانندسازی اشخاص، دست کاری محتوا و تولید تصاویر و فیلم‌های ساختگی با استفاده از ابزارهای پیشرفته هوش مصنوعی و فناوری دیپ فیک، اصالت و صحت این داده‌ها را با تردید مواجه می‌سازد. با گسترش ابزارهای تولید و ویرایش محتوای تصویری و دسترسی عمومی به آن‌ها، احتمال ساختگی بودن، تحریف یا انتساب نادرست تصاویر و فیلم‌های ضبط شده، احتمالی جدی

۵۳. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ۳۲۹/۲.

۵۴. گلدوزیان، حقوق کیفری تطبیقی، ۶۶/۱.

۵۵. میرمحمد صادقی، جرایم علیه اشخاص، ۴۰۱ تا ۴۰۰.

و قابل توجه است.

در این باره گفته شده است که توانایی فناوری دیپ فیک در تولید فیلم ها و تصاویر غیر واقعی، به اندازه ای گسترش یافته است که می تواند در خدمت اهداف و طرح های بزهکارانه نیز قرار گیرد.^{۵۶} بنابراین، با توجه به امکان های گسترده جعل و دست کاری داده های تصویری، نمی توان آگاهی حاصل از مشاهده فیلم و عکس را هم سنگ علم ناشی از ادراک حسی و مستقیم دانست. بر همین اساس، میان علم حسی و حدسی باید تفکیک کرد.

برخی فقها تصریح کرده اند که حتی با پذیرش جواز قضاوت بر اساس علم شخصی دادرس، مقصود از این علم، «علم حسی» است.^{۵۷} در بیان دیگری نیز آمده است که آگاهی دادرس نسبت به موضوع، گاه از مبادی حسی و شخصی سرچشمه می گیرد و گاه از مجموع قرائن، امارات و نشانه های حدسی پدید می آید. بر پایه این تحلیل، تنها علمی که از مبادی حسی و ادراک مستقیم دادرس حاصل شده باشد، معتبر است.^{۵۸}

شهید ثانی نیز برای قضاوت، علم خاصی را لازم می داند که از آن با عنوان «اطلاع جزئی» یاد می شود.^{۵۹} در توضیح این دیدگاه گفته شده است که مراد وی از علم خاص، علمی است که مستند به مبادی حسی باشد.^{۶۰}

در تأیید این تفکیک، یکی از فقها پس از استناد به روایتی از حضرت صادق (ع)، که در آن یکی از انبیای الهی عرضه می دارد: «خدایا، چگونه درباره چیزی که آن را ندیده ام یا شاهد آن نبوده ام، داوری کنم؟»^{۶۱} بیان می کند که روایت یاد شده بر جواز قضاوت دادرس بر پایه مشاهده عینی و علم حسی دلالت دارد، نه آگاهی حدسی.^{۶۲} دانشمند دیگری نیز در تحلیل این روایت اظهار می دارد که از عبارت پیامبر یاد شده می توان دریافت که اصل اعتبار قضاوت بر مبنای علم شخصی، امری پذیرفته شده بوده است؛ زیرا اگر استناد به چنین علمی فاقد اعتبار بود، انتظار می رفت شارع از آن نهی یا ردع کند، در حالی که چنین ردعی گزارش نشده است. از سکوت شارع در برابر این گفتار، امضای آن برداشت می شود.^{۶۳} افزون بر این،

۵۶. شیری، «دیپ فیک یا همانندسازی صوتی یا تصویری غیر واقعی در حقوق کیفری»، ۱۴۷.

۵۷. موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ۳۰۲/۱.

۵۸. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۴۴۴.

۵۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۸۳/۳.

۶۰. میر محمد صادقی، جرایم علیه اشخاص، ۳۹۸.

۶۱. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۲۹/۲۷.

۶۲. حسینی حائری، القضاء في الفقه الاسلامی، ۲۴۳.

۶۳. مقتدایی، مفتاح الهدایة، ۱۹۲.

تأکید آن پیامبر بر «ندیدن» و «شاهدنبودن» موضوع، نشان می‌دهد علمی که از مبادی حسی و بدون واسطه حاصل شده باشد، واجد اعتبار شرعی است؛ اما اطلاع حدسی از چنین اعتباری برخوردار نیست. بنابراین، مقصود از علم حسی، مشاهده یا استماع شخصی و بی‌واسطه دادرس است؛ بدین معنا که دادرس، اطلاعات مربوط به موضوع را به‌طور حضوری و مستقیم دریافت کرده باشد.^{۶۴} در مقابل، آگاهی حاصل از فیلم و عکس، از آنجا که مبتنی بر یک واسطه فنی و محتاج احراز اصالت، تمامیت و قابلیت انتساب داده است، در زمره مشاهده مستقیم و علم حسی قرار نمی‌گیرد.

۵. نقد رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور

با عنایت به مبانی پیش‌گفته، آشکار است که فیلم و تصاویر موجود در لوح‌های فشرده -که مبنای نقض دادنامه برائت در شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور قرار گرفته‌اند- فاقد توان اثباتی لازم برای انتساب جرم زنا هستند. آگاهی حاصل از مشاهده این داده‌های الکترونیکی، در بهترین حالت، «علمی حدسی» است که به دلیل وجود شبهات بنیادین پیرامون اصالت، تمامیت و صحت انتساب آن‌ها، از حیطه اعتبار قضایی خارج است. استناد به چنین محتوایی برای اثبات جرائم حدی، با موازین مسلم فقهی و قانونی سازگاری ندارد.

مطابق ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم موجب حد به‌استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به‌صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۳۲۰۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۰، این ماده را چنین تفسیر کرده است: «ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مقام بیان اعمال قاعده «درء» در خصوص جرائم موجب حد است و به‌جز موارد استثنای در این ماده، در سایر جرائم موجب حد، به‌محض ایجاد تردید و شبهه، بدون نیاز به تحصیل دلیل، حد منتفی می‌شود.» این قاعده، برگرفته از حدیث نبوی متواتر^{۶۵} «ادْرءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»^{۶۶} است که فقهای امامیه بر مضمون آن اجماع دارند.^{۶۷} مفاد این قاعده آن است که در تمامی مواردی که وقوع جرم، انتساب آن به متهم یا شرایط مسئولیت کیفری به دلیلی مخدوش و مشکوک باشد، مجازات ساقط می‌گردد.^{۶۸} محتوای فیلم و عکس، به‌ویژه در عصر حاضر، به‌دلیل خصلت تغییرپذیری و امکان دست‌کاری داده‌های الکترونیکی،

۶۴. زارعی سبزواری، القواعد الفقهية في فقه الامامية، ۱۱۷/۷.

۶۵. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۴۹۵/۲.

۶۶. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۷۴/۴؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ۴۷/۲۸.

۶۷. ابن‌ادریس، موسوعه، ۱۷۱/۱۳.

۶۸. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۲۲۵/۶.

واجد شبهه در اصالت تصویر و صحت انتساب است.

همان‌طور که پیش از این اشاره شد، یکی از چالش‌های جدی در احراز اصالت داده‌ها، ظهور فناوری «دیپ‌فیک» است؛ نرم‌افزاری مبتنی بر هوش مصنوعی که امکان تولید تصاویر و صداها را غیر واقعی از اشخاص را با دقتی خیره‌کننده فراهم می‌آورد. پیچیدگی‌های این فناوری به گونه‌ای است که تشخیص محتوای مصنوعی از واقعیت را برای ناظر، دشوار و گاه ناممکن می‌سازد.^{۶۹} از این رو، وقتی ابزاری در اختیار همگان است که می‌تواند محتوای تصویری را به شکلی باورپذیر جعل کند، ادعای «اصالت» هرگونه فایل تصویری همواره با تردید جدی مواجه است.

در پرونده حاضر، خانم «ت.ک.» در پاسخ به استناد شاکی به تصاویر، به صراحت اعلام داشته که سر و صورت تصاویر متعلق به اوست، اما بدن موجود در آن‌ها با واقعیت منطبق نیست و تصاویر حاصل توطئه است. این ادعا، شبهه‌ای عینی و قابل توجه در اصالت تصاویر ایجاد کرده است. در نظام دادرسی کیفری، «شبهه» به معنای وجود احتمال عقلایی برای خلاف واقع بودن دلیل است؛ وقتی متهم مدعی جعل و دست‌کاری دیجیتال می‌شود، بار اثبات اصالت فنی تصاویر بر عهده شاکی یا مقام قضایی قرار می‌گیرد. عدم رفع این شبهه، به معنای عدم حصول علم قضایی مبتنی بر «مبادی حسی» است.

بنابراین، صدور حکم محکومیت بر پایه داده‌های تصویری که مصون از تردید نیستند، با قاعده «درء» در تعارض است. نتیجه آنکه، دادنامه صادره از شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان مبنی بر برائت متهمان به دلیل فقدان ادله اثباتی معتبر، با اصول دادرسی عادلانه و موازین شرعی انطباق بیشتری داشته و نقض آن توسط شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور، به دلیل بی‌توجهی به ماهیت مشکوک ادله الکترونیکی و عدم رعایت نصاب و شرایط اثباتی در جرائم حدی، محل ایراد و قابل نقد جدی است.

نتیجه‌گیری

کارآمدی فیلم و عکس به عنوان داده‌های الکترونیکی در فرایند دادرسی کیفری، برای آنکه بتواند مستند رأی دادگاه قرار گیرد، نخست منوط به پذیرش اعتبار علم دادرسی به عنوان یکی از ادله اثبات است؛ حال آنکه دادرسی در نظام اثبات، مأمور کشف حقیقت قضایی در چارچوب ادله و محتویات معتبر پرونده است، نه کشف واقع خارجی بر پایه آگاهی‌های شخصی یا اطلاعاتی که خارج از فرایند رسمی دادرسی حاصل شده است. بر این اساس، علم شخصی دادرسی، به ویژه هنگامی که از منابعی غیر از ادله قانونی یا

۶۹. شیری، «دیپ‌فیک یا همانندسازی صوتی یا تصویری غیر واقعی در حقوق کیفری»، ۱۴۵، ۱۵۴.

از رهگذر تحلیل شخصی داده‌ها پدید آمده باشد، صلاحیت آن را ندارد که مستقلاً مبنای حکم کیفری قرار گیرد.

بر فرض پذیرش اعتبار علم قاضی به مثابه دلیلی مستقل نیز، در جرائم منافی عفت، به سبب موضوعیت داشتن ادله اثبات و حاکمیت سیاست شرعی بزه‌پوشی و منع توسعه راه‌های اثبات، چنین دلیلی کارایی نخواهد داشت و دادرس نیز در تحصیل و توسعه دلیل نقشی فعال نخواهد داشت. مفاد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و نیز نصاب‌های خاص اقرار و شهادت در قانون مجازات اسلامی، مؤید آن است که قانون‌گذار در این دسته از جرائم، راه اثبات را محدود، استثنایی و تابع ملاحظات ویژه شرعی و اخلاقی تنظیم کرده است؛ از این رو، علم قاضی نمی‌تواند جایگزین ادله منصوص و انحصاری این حوزه شود.

با کوتاه آمدن از این مبنا نیز، حتی در فرض پذیرش طریقت ادله در جرائم منافی عفت و قبول نقش فعال برای دادرس، عدم اعتبار فیلم و عکس در اثبات رابطه نامشروع پابرجاست؛ زیرا علمی که در اثبات جرائم، به‌ویژه در قلمرو حدود و جرائم مرتبط با عفت عمومی، معتبر شناخته می‌شود، علم حسی، مستقیم و بی‌واسطه است، درحالی‌که اطلاعات حاصل از مشاهده فیلم و عکس، به دلیل واسطه‌مندی فنی، احتمال تقطیع، تحریف، انتساب نادرست و جعل -از جمله با بهره‌گیری از فناوری‌هایی مانند دیپ‌فیک- از سنخ علم حدسی و غیرمستقیم به‌شمار می‌آید. چنین آگاهی‌ای، به‌ویژه در پرتو قاعده «درء»، توان اثباتی کافی برای احراز این‌گونه جرائم ندارد.

بنابراین، رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور که با استناد به محتوای فیلم و عکس ارائه‌شده از سوی شاکی، حکم برائت را نقض کرده است، از حیث مبانی فقهی و حقوقی محل خدشه جدی است؛ در مقابل، رأی دادگاه بدوی مبنی بر تبرئه متهمان از اتهام زنا به سبب فقدان دلیل معتبر، با موازین قانونی، اصول دادرسی عادلانه و سیاست کیفری ناظر بر جرائم منافی عفت انطباق بیشتری دارد.

منابع

- آبی، حسن بن ابی طالب. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۸ق.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. کتاب القضاء. قم: زهیر. ۱۳۸۳.
- آشوری، محمد. آیین دادرسی کیفری. تهران: سمت. ۱۳۸۹.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. موسوعة ابن ادریس الحلی. قم: دلیل ما. ۱۳۸۷.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.
- ابن براج، عبدالعزیز بن حریر. المذهب. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی. ۱۴۰۸ق.

- ابن زهره، حمزة بن علی. غنية النزوع الى علمي الاصول و الفروع. قم: امام صادق (ع). ۱۴۱۷ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. قم: سیدالشهدا. ۱۴۰۵ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه امام علی (ع). بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. القضاء و الشهادات. قم: کنگره شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.
- بهرامی، بهرام. ادله اثبات. تهران: نگاه بینه. ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. ۱۳۹۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی. تهران: گنج دانش. ۱۳۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. «علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوا در حقوق اسلام»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ش ۲۱، ۱۳۵۸، ص ۶۰ تا ۷۹.
- جوادی آملی، عبدالله. خمس رسائل. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۶ق.
- حسینی حائری، کاظم. القضاء فی الفقه الاسلامی. قم: مجمع فکر اسلامی. ۱۴۲۳ق.
- خالقی، علی. نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش. ۱۳۹۴.
- خامنه‌ای، سید محمد. علم قاضی. تهران: تک. ۱۳۹۰.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۹۲.
- خوانساری، سید احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. تهران: صدوق. ۱۳۵۵.
- خویی، سید ابوالقاسم. موسوعة الامام الخویی. قم: احیاء آثار امام خویی. ۱۴۱۸ق.
- دیانی، عبدالرسول. ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری. تهران: تدریس. ۱۳۸۵.
- زارعی سبزواری، عباسعلی. القواعد الفقهية فی فقه الامامية. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۳۰ق.
- سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامی الغراء. قم: امام صادق (ع). ۱۴۱۸ق.
- سیدمرتضی، علی بن حسین. الانتصار. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۵ق.
- شمس، عبدالله. ادله اثبات دعوا. تهران: دراک. ۱۳۹۵.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی. ۱۴۱۳ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامیه. قم: مرتضوی. ۱۳۸۷.
- شیری، عباس. «دپ فیک یا همانند سازی صوتی یا تصویری غیرواقعی در حقوق کیفری»، تحقیقات حقوقی. ش ۹۹، ۱۴۰۱، ص ۱۴۳ تا ۱۶۸.

- صاحب‌جواهر، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی‌تا.
- صدرزاده افشار، محسن. ادله اثبات دعوا در حقوق ایران. تهران: مرکز نشر دانشگاهی. ۱۳۸۵.
- طباطبایی حکیم، محمدسعید. مسائل معاصره فی فقه القضاء. نجف: دار الهلال. ۱۴۲۷ق.
- طباطبائی کربلانی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل. قم: آل‌البیت. ۱۴۰۴ق.
- عراقی، ضیاء‌الدین. کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع). ۱۳۷۹.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۷۴.
- فتحی، حجت‌الله، محمد حسینی. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی. قم: دائرة المعارف اسلامی. ۱۳۹۹.
- کاتوزیان، ناصر. اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان. ۱۳۹۲.
- کریمی، عباس. ادله اثبات دعوا. تهران: میزان. ۱۳۹۶.
- گرچی، ابوالقاسم. حدود و تعزیرات و قصاص. تهران: دانشگاه تهران. ۱۳۸۱.
- گلدوزیان، ایرج. ادله اثبات دعوا. تهران: میزان. ۱۳۹۳.
- گلدوزیان، ایرج. حقوق کیفری تطبیقی. تهران: جهاد دانشگاهی. ۱۳۷۴.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
- مقتدایی، مرتضی. مفتاح الهدایه فی شرح تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. بی‌تا.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهه. قم: مدرسه امام علی (ع). ۱۳۷۷.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: جامعه المفید. ۱۴۲۷ق.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه القضاء. قم: جامعه المفید. ۱۳۸۱.
- میر محمدصادقی، حسین. جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان. ۱۳۸۶.
- نوبهار، رحیم. اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. ۱۳۸۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. بایسته‌های فقه جزا. تهران: میزان. ۱۳۷۸.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۳۸۲.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. قرائات فقهیه معاصره. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۳ق.

Transliterated Bibliography

Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭālib. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1988/1408.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Isfahān: Kitābkhānah-yi Imām 'Alī (AS). s.d.

- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fi al-Aḥkām al-Sharī’a*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1374.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Aḥkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 993/1413.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Qaḍā’ wa al-Shahādāt*. Qum: Kungirah-yi Shaykh A’zam Anṣārī. 1995/1415.
- Āshṭiyānī, Muḥammad Ḥasan ibn Ja’far. *Kitāb al-Qaḍā’*. Qum: Zuhayr, 2004/1383.
- Āshūrī, Muḥammad. *Āyīn Dādrasī Kayfārī*. Tehran: Samt. 2011/1389.
- Bahāmī, Bahām. *Adilīh Ithbāt*. Tehran: Nigāh Bayinah, 1967/1387.
- Dayānī, ‘Abd al-Rasūl. *Adilīh Ithbāt Da’awā dar Umūr Madanī va Kayfārī*. Tehran: Tadrīs, 2007/1385.
- Faṭḥī, Hujat Allāh. Muḥammad Ḥasanī. *Sharḥ Mabsūt Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī*. Qum: Dāyrah al-Ma’ārif Islāmī. 2021/1399.
- Guldūziyān, Iraj. *Adilīh Ithbāt Da’awā*. Tehran: Mizān. 2015/1393.
- Guldūziyān, Iraj. *Huqūq-i Kayfārī Taṭbīqī*. Tehran: Jahād Dānishgāhī, 1996/1374.
- Gurjī, Abū al-Qāsim. *al-Ḥudūd wa al-Ta’zīrāt wa al-Qiṣās*. Tehran: University of Tehran. 2003/1381.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Bāyistih-hā-yi Fiqh Jazāyī*. Tehran: Mizān, 2000/1378.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Dāyrah al-Ma’ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2003/1382.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Qirā’at Fiqhiyih*. Qum: Mū’assisah Dāyrah al-Ma’ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS). 2002/1423.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shī’a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1995/1416.
- Ḥusaynī Ḥā’irī, Kāzim. *al-Qaḍā’ fi al-Fiqh al-Islāmī*. Qum: Majmū’ al-Fikr al-Islāmī. 2002/1423.
- Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Kitābkhanah Āyat Allāh Mar’ashī, 1988/1408.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.
- Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1406.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mawsū’at Ibn Idrīs al-Ḥilī*. Qum: Dalīl-i Mā. 2009/1387.
- Ibn Sa’īd, Yahyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi’ li-l-Sharāy’*. Qum: Sayyid al-Shuhadā, 1985/1405.

- Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn 'Alī. *Ghunya al-Nuzū' ilā 'Ilmī al-Uṣūl wa al-Furū'*. Qum: Imām Ṣādiq (AS), 1996/1417.
- 'Irāqī, Ḥayyā' al-Dīn, *Kitāb al-Qaḍā'*. Qum: Mū'assisah-yi Ma'ārif Islāmī Imām Riḍā(AS). 1960/1379.
- Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. "'Ilm Āzād dar Gardish Adilīh Ithbāt Da'awā dar Ḥuqūq Islām". *Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*, no. 21, 1979/1358, 60-79.
- Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Dāyrah al-Ma'ārif 'Ulum-i Islāmī Qaḍāyī*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2017/1396.
- Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Tirmīnūlūzhī Ḥuqūq*. Tehran: Ganj-i Dānish. 2014/1392.
- Javādī Āmulī, 'Abd Allāh. *Khums Rasā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1943/1363.
- Karīmī, 'Abbās, *Adilīh-yi Ithbāt Da'awā*. Tehran: Mīzān, 2018/1396.
- Kātūziyān, Nāṣir. *Ithbāt va Dalīl Ithbāt*. Tehran: Mīzān, 2013/1392.
- Khāliqī, Alī. *Nuktāhā dar Qānūn-i Āyīn Dādrasī Kayfārī*. Tehran: Shahr Dānish, 2016/1394.
- Khāminah-ī, Sayyid Muḥammad. *Ilm Qaḍī*. Tehran: Tak, 2012/1390.
- Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Mawsū'at al-Imām al-Khū'ī*. Qum: Iḥyā' Āṣār al-Imām Khū'ī, 1997/1418.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2014/1392.
- Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Tehran: Ṣadūq. 1977/1355.
- Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī(AS). 1998/1377.
- Mir Muḥammad Ṣādiqī, Ḥusayn. *Jarāym 'Alayh Ashkhāṣ*. Tehran: Mīzān, 2008/1386.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā'īliyān, 1988/1408.
- Muqtadāyī, Murtaḍā. *Miftāḥ al-Hidāya fī Sharḥ Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī, s.d.
- Mūsawī Ardabīlī, 'Abd Karīm. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Mufid university. 2006/1427.
- Musawī Ardabīlī, 'Abd Karīm. *Fiqh al-Qaḍā'*. Qum: Useful university, 2003/1381.
- Nūbahār, Raḥīm. *Aḥdāf Mujāzāt-hā dar Jarāym Jinsī*. Qum: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī. 2011/1389.
- Ṣadrzādiḥ Afshār, Muḥsin. *Adilīh Ithbāt Da'awā dar Irān*. Tehran: Markaz-i Nashr-i Dānishgāhī, 2007/1385.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth

al-^۶ Arabī. S.d.

Sayyid Murtaḍā, ^۶Alī ibn Ḥusayn. *al-Intiṣār*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1415.

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

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

Shams, 'Abd Allāh. *Adiliḥ Ithbāt Da'awā*. Tehran: Darāk, 2017/1395.

Shīrī, 'Abbās. "Deep Fake yā Hamānandsāzi Šūti yā Taṣvīrī Ghiyr Vāqī'i dar Ḥuqūq Kayfari". *Tahqīqāt Ḥuqūqī*, no. 99, 2023/1401, 143-168.

Subḥānī, Ja'far. *Nizām al-Qaḍā' wa al-Shahāda fī al-Sharī'a al-Islāmiya al-Gharā'*. Qum: Imām Šādiq (AS), 1997/1418.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'id. *Masā'il Mu'aṣira fī Fiqh al-Qaḍā'*. Najaf: Dār al-Hilāl. 2006/1427.

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

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

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyah*. Qum: Murtaẓawī. 2009/1387.

Zāri f Sabzawārī, 'Abbās 'Alī. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah fī Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2009/1430.



Assessing the Feasibility of Referring Compliance-Based Emulation in Acting (*Tazāḥum*) to the Conflict of Proofs

Amir Hosein Ghazanfari 

Level three Seminary Student, Qom Seminary, Qom, Iran

Email: almontazeralmahdi@gmail.com

Abstract

In order to address the problem of conflicting evidence, scholars of *Uṣūl al-Fiqh* have developed two distinct areas of discussion. According to the prevailing view, conflict (*ta'āruḏ*) concerns incompatibility at the stage of enactment of the ruling, while Emulation in Acting concerns incompatibility at the stage of compliance (*imtithāl*). In their view, the boundaries and limits of the discussions raised under these two headings are completely separate from one another. However, it appears that that the discussion of Emulation in Acting ultimately returns to that of conflict. That is, even in cases of Emulation in Acting, the incompatibility originates at the stage of legal enactment and subsequently extends to the stage of compliance. It should be noted that some have regarded this discussion as contingent upon the discussion of the disaggregation of the address (*inḥelāl-i khiṭāb*) at the level of enactment or compliance. This article uses a descriptive-analytical method and seeks to explain how the aforementioned premise affects the issue under investigation and critically evaluates it. Ultimately, to establish its claim, the article critiques the differences mentioned between conflict (*ta'āruḏ*) and Emulation in Acting.

Keywords: conflict of evidence, Emulation in Acting of rulings, compliance-based *tazāḥum*, stage of enactment, stage of compliance.





افقه‌ور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۱۳۱ - ۱۰۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.87057.1748>

نوع مقاله: پژوهشی

امکان سنجی ارجاع تراحم امثالی به تعارض ادله

امیرحسین غضنفری¹⁵

طلبه سطح سه حوزه علمیه قم، قم، ایران

Email: almontazeralmahdi@gmail.com

چکیده

دانشیان اصول برای حل مشکل تنافی ادله، دو پنجره بحث با عنوان تعارض و تراحم را گشوده‌اند. در نگاه مشهور، تعارض به تنافی در مرحله جعل حکم و تراحم به تنافی در مرحله امثال مربوط است. از نگاه آنان حدود و ثغور مباحث مطرح‌شده در ذیل این دو عنوان به طور کامل از یکدیگر جدایند. اما به نظر می‌رسد که بحث از تراحم نیز در حقیقت به بحث تعارض بازگشت دارد، به این معنا که در تراحم نیز تنافی ادله در مقام جعل بوده و آنگاه به مرحله امثال سرایت می‌کند. لازم به ذکر است عده‌ای این بحث را مترتب بر بحث از انحلال خطاب در ناحیه جعل یا امثال دانسته‌اند. این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی به تبیین نحوه تأثیرگذاری مبنای مذکور در موضوع نوشتار و نقد آن روی آورده و در نهایت برای اثبات مدعا به نقد تفاوت‌های ذکرشده میان تعارض و تراحم پرداخته است.

واژگان کلیدی: تعارض ادله، تراحم احکام، تراحم امثالی، مرحله جعل، مرحله امثال.

مقدمه

از مهم‌ترین مباحث موجود در علم اصول، بحث از تعارض میان ادله است.^۱ این بحث به‌نوعی قدیمی‌ترین بحث از مباحث اصولی نیز به شمار می‌رود و سابقه آن به زمان معصومان (ع) می‌رسد.^۲ با توسعه مباحث اصولی، بحث از تنافی ادله که معمولاً آخرین عنوان از عناوین کتب اصولی را تشکیل می‌دهد، در غالب دو عنوان بررسی شده است: تعارض و تراحم.^۳

تفاوت‌گذاری میان تعارض و تراحم به‌تصریح برخی از اصولیان از مسائل پیچیده این علم است.^۴ اما معمول علمای اصول بیان داشته‌اند که بحث از تعارض ناظر به تنافی ادله در مقام جعل و صدور ازسوی شارع مقدس است.^۵ به بیان دیگر، بحث از تعارض ناظر به تنافی در مبدأ احکام است.^۶ به این معنا که، دو دلیل ذاتاً یا عرضاً در همه مصادیق یا در بعضی مصادیق یکدیگر را تکذیب می‌کنند و اساساً امکان صدور هر دوی آن‌ها از حکیم وجود نخواهد داشت. برای مثال، میان دو خطاب «تمام علما را اکرام کن» و «هیچ عالمی را اکرام نکن» در همه مصادیق تعارض برقرار است، به‌گونه‌ای که خطاب اول حکم به وجوب اکرام همه علما می‌دهد اما خطاب دوم حرمت اکرام آن‌ها را بیان می‌کند. گاهی نیز دو دلیل متعارض صرفاً در بعضی از مصادیق تعارض دارند؛ مثلاً دو خطاب «همه علما را اکرام کن» و خطاب «هیچ فاسقی را اکرام نکن» صرفاً در «عالم فاسق» متعارض هستند، زیرا به مقتضای اطلاق این دو خطاب در ماده اجتماع، یعنی «عالم فاسق» این دو خطاب متعارض خواهند بود. در لسان اصولیان، از این حالت به تعارض عام و خاص من‌وجه تعبیر می‌شود.^۷ جدای از این موارد گاهی نفس دو خطاب بدون ملاحظه عامل بیرونی متعارض هستند؛ مانند مثال‌های مذکور اما گاهی نفس دو خطاب هیچ‌گونه تعارضی با یکدیگر ندارند و صرفاً عامل بیرونی است که باعث به‌وجودآمدن تعارض میان آن‌ها شده است، مثلاً دو خطاب «واجب است در ظهر روز جمعه، نماز ظهر بخوانی» با خطاب «واجب است در ظهر روز جمعه نماز جمعه بخوانی» به‌خودی‌خود تعارضی ندارند اما وقتی یک دلیل دیگر ضمیمه شود که در ظهر روز جمعه صرفاً یک نماز واجب است، در این حالت به‌دلیل این دلیل خارجی بین آن دو خطاب تعارض ایجاد می‌شود.^۸ تمام این

۱. نانینی، فوائد الأصول، ۶۹۹/۴.

۲. نک: علم‌الهدی، «سیر تاریخی حجیت خبر واحد در اصول فقه شیعه»، ۱۲۲.

۳. حکیم، الأصول العامة فی الفقه المقارن، ۳۵۰، ۳۵۳.

۴. مظفر، اصول الفقه، ۳۸۴/۲.

۵. بجنوردی، منتهی الأصول، ۷۱۵/۲.

۶. روحانی، زبدة الأصول، ۲۵۶/۶.

۷. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۴۱۰/۴.

۸. حسینی میلانی، تحقیق الأصول، ۳۲۸/۲.

موارد در علم اصول داخل بحث تعارض هستند. البته در علم اصول در باب تعارض، مواردی تحت عنوان تعارض غیر مستقر نیز مورد بحث واقع شده‌اند که باتوجه به اینکه در آن موارد به ادعای اصولیان در حقیقت تعارضی نیست^۹ و با مراجعه به قواعد فهم عرفی در فهم متون، مشکل از اساس مندفع می‌شود، در این نوشتار به آن‌ها اشاره‌ای نمی‌کنیم.

در لسان اصولیان بحث از تراحم ناشی از تنافی ادله، در مقام جعل نیست؛ بلکه تنافی و عدم امکان جمع میان دو دلیل صرفاً در مقام امثال رخ داده است.^{۱۰} به تصریح برخی از اصولیان دو دلیل متزاحم در مرحله جعل کمال همبستگی و ملائمت را با یکدیگر دارند.^{۱۱} مثلاً دو خطاب «واجب است مسجد را از نجاست پاک کنی» و خطاب «واجب است نماز صبح بخوانی» به خودی خود هیچ گونه تنافی با یکدیگر ندارند و در بسیاری از حالات جمع‌شدنی هستند اما در حالتی که مسجد آغشته به نجاست باشد و مکلف قصد اقامه نماز در مسجد را داشته باشد، این دو خطاب، هریک از او طلبی غیر از طلب خطاب دیگر دارند: خطاب اول از او می‌خواهد که نجاست را از مسجد از بین ببرد و مسجد را تطهیر کند و خطاب دوم نیز از او می‌خواهد که نماز بخواند، حال باتوجه به اینکه انجام دادن این دو فعل در یک زمان ممکن نیست، در این حالت تنافی در مقام امثال برای مکلف ایجاد شده است اما این دو حکم در مقام جعل هیچ گونه تنافی با هم ندارند یا مثلاً اگر مولا به عبد خود بگوید که «هر کسی که در حال غرق شدن است را نجات بده» در این حالت اگر یک نفر در حال غرق شدن باشد بر مکلف واجب است که او را نجات دهد و خطاب مولای خود را امثال کند. همچنین اگر در عالم خارج دو نفر در حال غرق شدن باشند در این حالت نیز مولا از عبد خود نجات هر دو را طلب کرده است، زیرا حکم به تعدد موضوع خود، متعدد می‌شود.^{۱۲} اما مکلف در بعضی موارد به جهتی مانند عجز صرفاً می‌تواند یکی از این دو نفر را نجات دهد، در این حالت در مقام امثال، مکلف امکان جمع بین دو حکم را ندارد، درحالی که در مقام جعل، حکم وجوب نجات دادن غریق اول هیچ تنافی با حکم وجوب نجات دادن غریق دوم ندارد، بلکه صرفاً در مقام امثال، جمع میان این دو حکم ممکن نیست. با این توضیحات مراد از تعارض ادله و تراحم امثالی روشن شد.

در این نوشتار درصدد اثبات امکان ارجاع تراحم امثالی به تعارض ادله هستیم. از این رو ابتدا به توضیح تفصیلی مراد از تعارض و تراحم امثالی می‌پردازیم و مبانی مؤثر در ادعای خود را بررسی می‌کنیم. سپس

۹. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۴۳۷.

۱۰. خونی، دراسات فی علم الأصول، ۶/۲.

۱۱. سیحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۱۹۲/۲.

۱۲. خونی، الهدایة فی الأصول، ۳۲۵/۴.

فرق‌هایی که در کلمات اصولیان میان این دو اصطلاح گذاشته شده است را بررسی و نقد می‌کنیم و در ادامه به اثبات قول مختار می‌پردازیم.

تاکنون در این زمینه نوشتاری مستقل منتشر نشده است و به‌نوعی این ادعا، یعنی ارجاع تراحم امتثالی به تعارض ادله، ادعایی جدید است. البته در لایه‌لای کلمات برخی از اصولیان اشاراتی به این بحث صورت گرفته است که در ضمن مطالب آن‌ها را ذکر خواهیم کرد اما نوشتاری مستقل که دربردارنده بررسی این موضوع باشد، وجود ندارد. صرفاً مقاله‌ای با عنوان «تبیین نظام اصولی شهید صدر در تعارض‌انگاری تراحم امتثالی» در این زمینه یافت شد^{۱۳} که به بررسی تبیین نظریه شهید صدر در فرق میان تراحم و تعارض پرداخته است و به‌نوعی به محل بحث ما مرتبط است اما تمامی جوانب مورد بحث را بررسی نکرده است.

۱. تعارض

تعارض از ماده «عرض» و در لغت به معنای اظهار است.^{۱۴} در اصطلاح، تعاریف مختلفی برای تعارض ارائه شده است: گاه تعارض را به تنافی مدلول دو دلیل نسبت داده‌اند،^{۱۵} گاه به تنافی نفس دو دلیل^{۱۶} و گاهی نیز به تنافی دو دلیل به لحاظ مدلول.^{۱۷} در هر صورت، این تنافی را ناظر به مرحله جعل احکام دانسته‌اند.^{۱۸} اساساً شهید صدر از همین تعریف مشهور این نکته را برگرفته است که مسئله تعارض صرفاً دربردارنده حل مشکل جعل در ناحیه احکام شرعی بوده است^{۱۹} و حل مشکل در مرحله مجعول و امثال را غیرمرتبط به تعارض دانسته است.^{۲۰} به این معنا که، اگر دو خطاب از ناحیه جعل با یکدیگر تنافی نداشته باشند اما فعلیت هر دو حکم ممکن نباشد، متعارض نخواهند بود. مثل اینکه بین امر به وضو با امر به تیمم در ناحیه جعل هیچ‌گونه تنافی وجود ندارد، اما در ناحیه فعلیت این دو حکم قابلیت اجتماع ندارند؛ چراکه فعلیت یکی مقید به عدم امکان دیگری است، مثلاً فعلیت تیمم مقید به عدم امکان وضوگرفتن است. همچنین به تصریح شهید صدر تنافی در امثال نیز ربطی به باب تعارض ندارد، به این معنا که گاهی تنافی بین دو حکم نه در مرحله جعل تصویر می‌شود و نه مرحله مجعول، بلکه صرفاً در ناحیه امثال امکان جمع بین دو حکم وجود ندارد. برای مثال، اگر دو حکم داشته باشیم با این مفاد که «نماز واجب است» و «ازالۀ

۱۳. چوبداری، فروتن، محمدپور، «تبیین نظام اندیشه اصولی شهید صدر در تعارض‌انگاری تراحم امتثالی»، ۱۳۹.

۱۴. جوهری، الصحاح، ۱۰۸۲/۳.

۱۵. انصاری، فوائد الاصول، ۱۱/۴.

۱۶. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۳۷.

۱۷. آخوند خراسانی، فوائد الاصول، ۱۰۱.

۱۸. نک: هاشمی شاهرودی، نتایج الأفكار فی الاصول، ۵۷/۲.

۱۹. صدر، دروس فی علم الاصول، ۵۲۹/۳.

۲۰. فیاض، شرح الحلقة الثالثة، ۱۰/۶.

نجاست از مسجد واجب است»، این دو حکم در ناحیه جعل هیچ تنافی با یکدیگر ندارند؛ چراکه اساساً فرض تنافی و تعارض در صورت اتحاد موضوع و سایر وحدت‌هایی که در تحقق تناقض یا تضاد شرط است،^{۲۱} محقق می‌شود اما در این دو حکم اساساً موضوع واحد وجود ندارد. همچنین در ناحیه فعلیت نیز این دو حکم طبق مبنای قبول ترتب تنافی ندارند، زیرا اگر مکلفی قصد ترک حکم اهم را داشته باشد یا فعل اهم را ترک کند، در این حالت هر دو حکم فعلی شده و مشکلی از این ناحیه نخواهد داشت. بنابراین تنافی صرفاً در ناحیه امثال و عدم وجود قدرت مکلف بر امثال هردو حکم است،^{۲۲} زیرا به‌وضوح مشخص است که مکلف در چند دقیقه مانده به اتمام وقت ادای نماز یا باید نماز را اقامه کند یا ازاله نجاست از مسجد کند و جمع بین این دو فعل ممکن است. البته اینکه فرض تنافی در امثال صرفاً به همین حدود محدود است یا اینکه از ابتدای وقت نماز نیز این تنافی وجود دارد، بحثی است که باید در موضع بررسی قرار می‌گیرد.^{۲۳} اما در هر صورت در مثال مذکور تنافی در عالم امثال تحقق یافت. در هر صورت آنچه از تعاریف اصولیان روشن است این است که آنان تعارض را صرفاً به تنافی در ناحیه جعل تفسیر کرده و برخی نیز به این مطلب تصریح کرده‌اند. از کلمات خود شیخ انصاری که به‌صورت مستقل به بحث از تراحم نپرداخته است نیز این مطلب یعنی فرق میان این دو عنوان و وجود تنافی در مرحله جعل در بین دو دلیل متعارض استفاده‌شدنی است.^{۲۴} هر چند که در تقریرات درس او در بحث قول به تخییر میان اخبار متعارض و مقایسه آن با متزاحمین، امکان ارجاع اخبار متعارض به تراحم استفاده‌شدنی است،^{۲۵} اما تصریحی در کلمات او وجود ندارد. محقق نائینی نیز تعارض را ناظر به تنافی در ناحیه جعل و ثبوت می‌داند، به‌گونه‌ای که موجب اجتماع اراده و کراهت در نفس آمر یا تکلیف به ما لا یطاق شود. او تصریح کرده است به اینکه در تعارض صرفاً مشکل در ناحیه جعل است و هیچ ربطی به عالم امثال ندارد.^{۲۶} محقق خوئی نیز تعارض را به مقام جعل و حکایت از واقع مربوط دانسته است، به‌گونه‌ای که صدق یک دلیل مستلزم کذب دیگری باشد،^{۲۷} هر چند که امکان اجتماع هر دو دلیل بر کذب محال نیست؛ چراکه رابطه بین متعارضین همیشه تناقض نیست که از صدق یکی، کذب دیگری و از کذب یکی، صدق دیگری استفاده شود، بلکه گاهی رابطه میان متعارضین تضاد است و اجتماع هر دوی آن‌ها بر کذب ممکن است. از کلمات میرزای قمی نیز این مطلب

۲۱. سبزواری، شرح منظومه، ۲۶۶/۱.

۲۲. هاشمی شاهرودی، آرائناقی اصول الفقه، ۲۱۰/۳.

۲۳. سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۴۳/۲.

۲۴. انصاری، فوائد الأصول، ۵۲/۴.

۲۵. نک: انصاری، مطارح الأنظار، ۵۳۴/۴.

۲۶. نائینی، فوائد الأصول، ۳۱۷/۱.

۲۷. خوئی، مصباح الأصول، ۶۱/۲.

استفاده‌شدنی است.^{۲۸} همچنین صاحب فصول نیز به این مطلب اشاره کرده است.^{۲۹} همچنین باید دقت شود که اساساً به تصریح برخی از اصولیان گاهی میان دو دلیل متعارض در عالم امثال هیچ تنافی وجود ندارد،^{۳۰} مانند جایی که دلیلی بر استحباب امری قائم شده و دلیل دیگر بر وجوب یا اباحه آن؛ چراکه در عالم امثال دو حکم قابل اجتماع است و میان آن‌ها هیچ‌گونه تنافی برقرار نیست، البته گاهی نیز در عالم امثال نیز بین دو دلیل متعارض تنافی وجود دارد، مانند جایی که دلیلی دال بر وجوب و دلیل دیگر دال بر حرمت امری است.^{۳۱} اما در همه این حالات تنافی و عدم امکان جمع در ناحیه جعل حکم وجود دارد و اگر تنافی به مرحله امثال نیز سرایت کرده باشد، ناشی از تنافی موجود در مرحله جعل است. بنابراین، مقوم تعارض صرف تنافی در عالم جعل است و وجود یا عدم تنافی در عالم امثال در شکل‌گیری آن نقشی ندارد.

۲. تراحم

تراحم در لغت از «زحم» به معنای شلوغی و ازدحام آمده است.^{۳۲} در اصطلاح اصولیان، تراحم سه کاربرد مهم دارد: تراحم ملاکی، تراحم حفظی و تراحم امثالی.

أ. **تراحم ملاکی:** تراحم ملاکی در حقیقت به عالم قبل از تشریع احکام ارتباط دارد و به معنای اجتماع ملاکات احکام متعدد قبل از جعل حکم است. از آنجاکه در نگاه امامیه جعل احکام تابع مصالح و مفاسد است و یکی از مراحل جعل حکم شرعی ملاحظه ملاک در آن است،^{۳۳} این تراحم به مولا در مرحله قبل از جعل احکام ارتباط دارد.^{۳۴} از این نوع از تراحم طبق برخی از مبانی در باب اجتماع امر و نهی سخن به میان آورده می‌شود. محقق خراسانی تصریح کرده است که مسئله اجتماع وقتی رخ می‌دهد که ملاک حکم هم در ناحیه امر و هم در ناحیه نهی وجود داشته باشد^{۳۵} اما چون خود او قائل به امتناع است در ماده اجتماع صرفاً باید یک حکم را مقدم کند، بنابراین مولا در این حالت حکمی که از لحاظ ملاک اقوی است را بر حکم دیگر مقدم می‌کند، این تقدیم مولا بر پایه تراحم میان ملاکات احکام است و نتیجه آن، تقدیم

۲۸. میرازی قمی، قوانین الأصول، ۵۸۰/۴.

۲۹. حائری اصفهانی، الفصول الغریبة، ۴۳۵.

۳۰. سبحانی، ارشاد العقول، ۳۷/۲.

۳۱. سبحانی، ارشاد العقول، ۳۷/۲.

۳۲. فراهیدی، کتاب العین، ۱۶۶/۳.

۳۳. صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۷۶/۲.

۳۴. سبحانی، المحصول، ۴۰۸/۴.

۳۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۵۴.

حکم اهم است.^{۳۶} این نوع از تراحم، ارتباطی به محل بحث ما در این نوشتار ندارد.^{۳۷} البته به نظر می‌توان با دخیل کردن نکاتی در محل بحث، بحث از تراحم ملاکی را به عنوان بحث ریشه‌ای در محل بحث نیز دخیل دانست.

ب. تراحم حفظی: مدون کردن تراحم حفظی از ابتکارات شهید صدر است و به نوعی در پاسخ به شبهات ابن قبه در تنافی میان حکم واقعی و ظاهری ایجاد شده است. در حقیقت، طبق بیان شهید صدر مولا هنگامی که توان حفظ احکام واقعی را به جهاتی ندارد، بر خود لازم می‌بیند تا حدی که ممکن است ملاکات واقع را حفظ کند. در این حالت به دلیل اینکه مکلف دسترسی به حکم واقعی، که حافظ ملاکات واقعی است، را ندارد و آن حکم برای او مشکوک است، شارع مقدس برای رفع حیرت عملی مکلف و با هدف حفظ ملاکات احکام واقعی تا حد امکان، احکام ظاهری را جعل کرده است. بنابراین با توجه به تفسیر پیش‌رو در حقیقت در این حالت، تراحم در میان ملاکات احکام واقعی است که هر یک مستدعی جعل حکم ظاهری موافق با خود هستند اما شارع مقدس از تمام این ملاکات حکم ظاهری را مطابق با ملاکی جعل می‌کند که حفظ واقع را در آن می‌بیند. از آنجاکه محل بحث ما ارتباطی با این نوع از تراحم ندارد، توضیح بیشتر این مبنا را به محل بحث خود واگذار می‌کنیم.^{۳۸}

ج. تراحم امثالی: تراحم امثالی در حقیقت در بردارنده بحث از تنافی احکام در مرتبه امثال است؛ چراکه احکام شرعیه طبق دیدگاه مشهور اصولیان بر نهج قضیه حقیقیه جعل شده‌اند و موضوع آن‌ها به نحو مقدارالوجود در نظر گرفته شده است.^{۳۹} بنابراین هر چند احکام در ناحیه جعل هیچ تنافی با یکدیگر نداشته باشند، اما ممکن است در مرحله تطبیق و امثال در بعضی مصادیق با یکدیگر تنافی داشته باشند.^{۴۰} از این رو، باب تراحم برای حل این مشکل ایجاد شده است.^{۴۱}

برای مثال، حکم وجوب ازاله نجاست از مسجد و حکم وجوب اقامه نماز، در ناحیه جعل هیچ گونه مشکلی با یکدیگر ندارند و هر دو دارای ملاک خود هستند.^{۴۲} در ناحیه فعلیت نیز این دو حکم تنافی با یکدیگر ندارند؛ چراکه هر حکمی به محض تحقق خارجی موضوعش فعلی می‌شود و تحقق خارجی

۳۶. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۴۵، ۱۷۵.

۳۷. نک: خونی، مصباح الاصول، ۵۳/۲.

۳۸. صدر، بحوث فی علم الاصول، ۷۸/۹.

۳۹. نک: نائینی، اجود التقریرات، ۲۲۴/۱.

۴۰. خمینی، تحریرات فی الاصول، ۳۵۷/۳.

۴۱. سبجانی تبریزی، الوسیط، ۱۸۷/۲.

۴۲. در الفوائد، حائری، ۶۴۸.

موضوع این دو حکم با یکدیگر متنافی نیستند.^{۴۳} اما در ناحیه امتثال، این دو حکم در برخی مصادیق قابلیت اجتماع ندارند؛ چراکه اطلاق حکم وجوب اقامه نماز، مکلف را مختار میان اقامه نماز در بین زمان وجوب تا زمان قضای نماز کرده است و مکلف عقلاً مختار است که نماز را بین این دو زمان در هر زمانی که خواست بخواند. ازسوی دیگر، اگر مکلف به مسجد برود و نجاستی را در مسجد بیابد، باید به مقتضای حکم وجوب ازاله نجاست از مسجد، مسجد را تطهیر کند، در این حالت اطلاق حکم وجوب اقامه نماز، از مکلف طلب خواندن نماز را دارد و حکم وجوب ازاله نجاست نیز از او درخواست تطهیر مسجد را دارد، اما در عالم خارج جمع میان این دو حکم ممکن نیست. ازاین‌رو مکلف در مقام امتثال، در زمان پایانی وقت ادای نماز امکان امتثال هر دو حکم را ندارد، بنابراین در این حالت تنافی صرفاً در عالم امتثال محقق است. حتی اگر یک حکم نیز وجود داشته باشد که دارای موضوعات متعدد است و امتثال همه آن‌ها ممکن نیست، باز هم همین بحث مطرح می‌شود.

محقق خونی به این مطلب تصریح کرده و می‌فرماید: تنافی بین دو حکم متزاحم صرفاً در ناحیه امتثال و فعلیت است و علت تنافی نیز عدم وجود قدرت مکلف بر امتثال هر دو حکم است و هیچ مشکلی در ناحیه شارع و عالم جعل وجود ندارد.^{۴۴} محقق نائینی نیز بیان کرده است که در تراحم، تنافی صرفاً در مرحله فعلیت دو حکم به معنای تحقق موضوع خارجی دو حکم است؛ یعنی بعد از تحقق خارجی موضوع دو حکم، تنافی به سبب این مسئله ایجاد شده است.^{۴۵} در کلمات شیخ انصاری نیز اشاراتی به این بحث شده^{۴۶} اما او به صورت تفصیلی سخنی در این موضوع به میان نیاورده است.

البته از کلمات برخی از اصولیان بر می‌آید که میان تراحم ملاکی و امتثالی تفاوتی قائل نیستند و هر دو عنوان را صرفاً به وجود ملاک در در متزاحمین معنا کرده‌اند، بدون اینکه مرحله ایجاد تنافی را مؤثر در صدق عنوان و احکام مترتب بر آن بدانند.^{۴۷}

۳. بررسی مبنای انحلال حکم در ناحیه جعل

انحلال در ناحیه جعل نظریه است که ازسوی برخی از اصولیان مطرح شده است. به مقتضای این نظریه، خطابات شرعی در ناحیه جعل به تعداد افراد موضوع خود منحل خواهند شد، در این حالت با اینکه شارع مقدس جعل خود را با عنوان عام و کلی ابراز کرده است اما در حقیقت این عنوان کلی صرفاً عنوان

۴۳. صدر، مباحث الاصول، ۲۶۹/۱.

۴۴. خونی، مصباح الاصول، ۵۴/۲.

۴۵. نائینی، فوائد الاصول، ۳۱۷/۱.

۴۶. انصاری، فرائد الاصول، ۵۲/۴.

۴۷. عراقی، نه‌ایة الأفكار، ۱۲۷/۴.

مشیر است و خود این عنوان جعل نشده است، بلکه جعل در حقیقت بر روی تک تک افراد موضوع رفته و هریک از این موضوعات دارای جعل مستقل خواهند بود.^{۴۸}

در مقابل این مبنا عده‌ای بیان داشته‌اند که در احکامی که دارای مصادیق متعدد هستند، انحلال در ناحیه جعل وجود ندارد و جعل شارع واحد است. به تصریح قائلان این مبنا، حکم شارع با اینکه واحد است اما به حکم عقل و عقلاً همین حکم واحد بر جمیع مصادیق خود حجت خواهد بود. بنابراین، انحلالی در ناحیه جعل صورت نخواهد گرفت.^{۴۹}

تصویر دخالت این مبنا در محل بحث به این صورت است که در صورت پذیرش مبنای انحلال در جعل، از آنجاکه مکلف در حالت تراحم قادر به امتثال هر دو تکلیف نیست و قدرت، شرط در جعل تکلیف توسط مولاست، تکلیف نسبت به او وجود نخواهد داشت؛ چراکه او عاجز است.^{۵۰} اما اگر این مبنا را نپذیریم، تکلیف برای همه مکلفان وجود خواهد داشت و مکلفی که عاجز از امتثال است باید در ناحیه دیگر مشکل را حل کند.

عده‌ای یکی از ارکان بحث از ارجاع تراحم امتثالی به تراحم ادله را پذیرش این مبنا دانسته‌اند،^{۵۱} حال آنکه خود شهید صدر که این مبنا را به او منتسب کرده‌اند، در همان مطلب قائل به تفصیل در این مبنا شده و انحلال در ناحیه جعل را صرفاً در احکامی تصویر کرده است که به طور عموم جعل شده‌اند و در احکام جعل شده با اطلاق چنین انحلالی را در ناحیه جعل انکار کرده و آن را به مرحله فعلیت و مجعول نسبت داده است.^{۵۲} برخی از محققان مبنای تفصیل در انحلال را به آخوند خراسانی نیز نسبت داده‌اند.^{۵۳} از طرف دیگر، خود شهید صدر در چند موضع دیگر به طور کلی انحلال در ناحیه جعل را به صورت مطلق انکار کرده و انحلال را صرفاً در ناحیه مجعول و فعلیت تصویر کرده است.^{۵۴} به نظر می‌رسد که این مبنا نقشی در موضوع بحث مقاله ایفا نکند که توضیح این ادعا در بخش نهایی مقاله خواهد آمد.

۴. تفاوت‌های موجود میان تعارض و تراحم امتثالی

در بررسی کلمات اصولیان می‌توان به تفاوت‌های متعددی میان تعارض و تراحم رسید. محقق خوئی

۴۸. نائینی، اجود التقریرات، ۴۲۹/۱.

۴۹. خمینی، الاجتهاد و التقليد، ۱۲۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، اصول فقه شیعه، ۴۰۸/۵.

۵۰. نک: شهرکانی، المفید، ۴۹۰/۱.

۵۱. چوبداری، فروتن، محمدپور، «تبیین نظام اندیشه اصولی شهید صدر در تعارض انگاری تراحم امتثالی»، ۱۲۴.

۵۲. صدر، بحوث، ۱۲۵/۲؛ صدر، دروس، ۱۱۴/۳.

۵۳. طباطبائی قمی، آرائنا فی اصول الفقه، ۲۰۷/۲.

۵۴. صدر، بحوث، ۳۷۳/۴؛ صدر، مباحث الأصول، ۳۰۹/۳.

به پنج فرق تصریح کرده است^{۵۵} اما به نظر می‌رسد که تفاوت‌های بیشتری را می‌توان در میان کلمات اصولیان در این باره یافت. اینک ما به بررسی و نقد این تفاوت‌ها می‌پردازیم.

۱.۴. فرق اول

اولین فرق که به نظر مهم‌ترین فرقی است که میان تعارض و تزامم گذارده شده است این است که در باب تزامم در حقیقت دو حکم جعل شده داریم، اما در باب تعارض صرفاً یک حکم جعل شده داریم. محقق خوئی این تفاوت را به عنوان اولین فرق میان این دو عنوان ذکر کرده‌اند.^{۵۶} قبل از بررسی این تفاوت لازم است بگوییم که در تعارض لزوماً یک حکم جعل شده نیز نداریم، چراکه ممکن است هر دو دلیلی که تعارض میان آن‌ها واقع شده است، کذب باشد و دربردارنده هیچ حکمی نباشند. بنابراین کلام ایشان از این ناحیه تام نیست و دارای اشکال است.

اما در بررسی این تفاوت باید بگوییم که در باب تزامم نیز در حقیقت دو حکم مجعول نداریم، بلکه در خصوص مزاحمت صرفاً یک حکم وجود خواهد داشت. برای توضیح این مسئله باید بحث تعارض در عام و خاص من وجه را به خاطر بیاوریم. همان‌طور که بیان شد در آن بحث دو دلیل صرفاً در ماده اجتماع تعارض دارند و در سایر مصادیق هیچ‌گونه تنافی نه به صورت تناقض و نه به صورت تضاد میان آن‌ها دیده نمی‌شود. در همان مثال مذکور، تعارض صرفاً در «عالم فاسق» محقق شده بود. بنابراین در حقیقت اطلاق افرادی دو دلیل است که باعث ایجاد تعارض شده است. از آنجاکه اطلاق اثباتی در دلیل کاشف از اطلاق ثبوتی است،^{۵۷} کشف می‌شود که در ناحیه جعل نیز حکم مطلق بوده است و به همین دلیل در تنافی عام و خاص من وجه، اصولیان قائل به تعارض مصطلح شده و تنافی را به مرحله جعل سرایت داده‌اند. از این رو اصولیان بیان داشته‌اند که در تعارض نهایتاً و در بهترین حالت یکی از دو دلیل متعارض صحیح است. بنابراین، صرفاً یک حکم وجود خواهد داشت: یا اکرام عالم فاسق واجب است یا اکرام او حرام خواهد بود. حال به نظر می‌رسد که در محل بحث نیز در حقیقت نسبت به ماده اجتماع صرفاً یک حکم مجعول وجود دارد، به این بیان که تنافی در محل بحث نیز ناشی از اطلاق دو حکم نسبت به ماده اجتماع است؛ یعنی به مقتضای اطلاق دلیل اول، اقامه نماز در هر حالتی حتی هنگام وجوب ازاله نجاست از مسجد امری جایز است و اطلاق دلیل دوم بیان می‌کند که ازاله نجاست از مسجد واجب است، حتی در حالتی که مکلف قصد اقامه نماز را داشته باشد. بنابراین، در حقیقت تنافی بین بعضی از مصادیق دو دلیل

۵۵. خوئی، مصباح‌الاصول، ۶۴/۲.

۵۶. خوئی، مصباح‌الاصول، ۶۳/۲.

۵۷. اسلامی، قواعد کلی استنباط، ۲۴۹/۲.

وجود دارد و آن چیز که واضح است عدم وجود دو حکم است. در این حالت فرقی میان مثال مذکور یا مثال انقاز دو غریق وجود ندارد و در هر دو حالت، این مطلب بیان شدنی است.

از این روست که برخی همچون آخوند خراسانی تصریح کرده‌اند که میان دو خطابی که برای تعارض به نحو عام و خاص من وجه ذکر کردیم، تعارضی وجود ندارد و در حقیقت، این دو خطاب مرتبط به بحث اجتماع امر و نهی هستند.^{۵۸} ایشان در موضع دیگری تصریح کرده‌اند که دخول مسئله در باب اجتماع فرع وجود مناط و مقتضی برای هر دو حکم است. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که ایشان در این مثال نیز قائل به برقراری تراحم طبق قول به امتناع اجتماع امر و نهی و بعضی از حالات قول به جواز اجتماع امر و نهی شده‌اند. البته ممکن است ادعا شود که تراحمی در کلمات آخوند خراسانی تصویر شده است، تراحم ملاکی است و تراحم امثالی نیست. اما باید توجه داشت که در فرض احراز دو مقتضی در مقام جعل و حکم به اقتضایی بودن تکلیف اهم در فرض عدم امکان جمع در مقام امثال، در حقیقت، تراحم از سنخ تراحم امثالی است، هر چند که راه حل تراحم امثالی می‌تواند تقدیم طرفی باشد که دارای ملاک اهم است. به نظر می‌رسد این تقریب از ذیل کلمات برخی از حاشیه‌نگاران نیز استفاده شدنی است،^{۵۹} هر چند که تصریحی بدان نکرده است. افزون بر اینکه عده‌ای از معاصران تصریح کرده‌اند که در کلمات آخوند خراسانی میان تراحم امثالی و ملاکی فرقی وجود ندارد و ایشان این دو عنوان را حاکی از یک مطلب دانسته است.^{۶۰}

همچنین محقق حائری نیز در این بحث تصریح کرده است که اگر در موارد تعارض به نحو عام و خاص من وجه، ملاک‌ها احراز شود، مسئله علاوه بر اینکه با توجه به ظاهر ادله داخل در باب تعارض است، داخل در باب تراحم نیز هست. ایشان با این بیان وجود این فرق میان تعارض و تراحم را انکار کرده‌اند.^{۶۱}

۲.۴. فرق دوم

تراحم امری نسبی است؛ چراکه ناشی از عدم قدرت مکلف است. بنابراین ممکن است فردی به دلیل عجز، میان دو دلیل تنافی ببیند و دو دلیل نسبت به او متزاحمین قلمداد شوند اما نسبت به شخص دیگر که قدرت بیشتری دارد تراحمی رخ ندهد. تعارض نسبی نیست و مطلق است؛ چراکه منشأ تعارض، استحالة اجتماع ضدین و اجتماع نقیضین است و نسبت به همه افراد مساوی است.^{۶۲} برای مثال، در تراحمی که بین

۵۸. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱/۱۸۰.

۵۹. اصفهانی، نهاية الدراية، ۱/۵۷۷.

۶۰. شهیدی، تقریر درس اصول، ۱۲/۱۳۹۶.

۶۱. حائری، مبانی الأحکام فی اصول شرائع الإسلام، ۳/۲۱۵.

۶۲. خوئی، مصباح الاصول، ۲/۶۴؛ سبحانی تبریزی، رسالة فی البحث عن الترتیب، ۱۶.

انقاذ دو غریق تصویر شد، اگر فرض شود که شخصی قدرت دارد هر دو غریق را نجات دهد، در این حالت اساساً نسبت به او تراحمی رخ نمی‌دهد، در حالی که نسبت به شخص عاجز از انقاذ هر دو غریق تراحم رخ داده بود. اما حکم وجوب نماز جمعه با حکم حرمت آن همیشه و در همه حالت و نسبت به همه افراد، متعارض قلمداد خواهد شد.

باید بیان شود که این فرق نیز صحیح نیست، زیرا چه در تراحم و چه در تعارض تنافی بین دو دلیل به دلیل اطلاق ادله شکل گرفته است. بنابراین، اگر فرض شود که مولا گفته است: «بر شهرداران واجب است تمام علمای شهر خویش را اکرام کنند» و همچنین گفته است که «بر شهرداران واجب است هیچ فاسقی از اهالی شهر خویش را اکرام نکنند»، در این حالت اگر فرض شود در شهری هیچ عالم فاسقی وجود ندارد، این دو خطاب نسبت به شهردار این شهر در هیچ مصداقی تنافی و تعارضی نخواهند داشت، اما اگر فرض شود در شهر دیگر عالم فاسق وجود دارد، این دو خطاب نسبت به شهردار شهر دیگر متنافی و متعارض هستند. همین رابطه در مثال انقاذ غریق نیز متصور است، چنان‌که توضیح آن در چند سطر بالاتر روشن شد. بنابراین در حقیقت چه در تراحم و چه در تعارض، تنافی، ناشی از عدم امکان جمع بین اطلاق دو دلیل است. حال هرگاه این دو اطلاق جمع‌شدنی بودند اساساً تعارضی در کار نخواهد بود؛ چه در موارد تعارض مصطلح و چه در موارد تراحم مصطلح. هرگاه این دو اطلاق جمع‌شدنی نبودند تعارض وجود خواهد داشت و باز هم فرقی بین تراحم و تعارض مصطلح وجود ندارد. البته این فرق که در تراحم، اطلاق دلیل دو حکم نسبت به قدرت و عدم اشتغال به حکم دیگر لحاظ شده‌اند اما در تعارض، اطلاق دو دلیل نسبت به ذات موضوع لحاظ شده و موجب ایجاد تنافی شده‌اند، مطلبی صحیح است اما در محل بحث در رد این فرق دخالتی ندارند، زیرا در هر صورت نسبی بودن به معنای تحقق تنافی در بعضی حالات و عدم تحقق آن در حالت دیگر در هر دو مورد مشترک است. همچنین باید بیان شود که همه مثال‌هایی که برای تراحم در کلمات بزرگان وجود داشته و ضابطه‌ای که برای تراحم بیان کرده‌اند بر آن منطبق است، نسبی نیستند؛ بلکه در بعضی موارد تراحم دائمی است. برای مثال، تراحم تصویرشده میان اقامه نماز و ازاله نجاست از مسجد، حداقل همیشه برای شخصی وجود دارد که نماز خود را در انتهای وقت آن می‌خواند و با نجاستی در مسجد مواجه می‌شود.

۳.۴. فرق سوم

فرق دیگری که میان تعارض و تراحم بیان شده است، عدم وجود تراحم در باب مستحبات است، برخلاف تعارض که در تحقق آن فرقی میان حکم الزامی و غیرالزامی وجود ندارد.^{۶۳} در توضیح این فرق

۶۳. خوئی، مصباح‌الاصول، ۶۴/۲.

باید بیان شود که چون مکلف در باب احکام غیرالزامی مسئولیتی ندارد، تراحم به معنای عدم امکان جمع میان امثال معنا ندارد؛ زیرا الزامی به امثال وجود ندارد تا عدم امکان جمع در امثال دارای مانع باشد. اما در باب تعارض چون دو خطاب دال بر استحباب شیئی با خطاب دال بر عدم استحباب آن یا با خطاب دال بر استحباب شیء دیگر همراه با علم اجمالی به عدم استحباب هر دو عمل جمع شدنی نیستند و منشأ عدم جمع، به استحالة اجتماع نقیضین و ضدین بر می گردد، تعارض وجود خواهد داشت.^{۶۴}

در رد این تفاوت نیز ابتدا باید بیان شود که این فرق را بسیاری از اصولیان نپذیرفته اند و بر این باورند که تراحم در مستحبات نیز قابل تصویر است.^{۶۵} همچنین باید گفته شود که وجه جریان تراحم در مقام امثال، حرج مکلف از جمع میان دو حکم و وقوع او در عصیان نیست، بلکه علت اصلی حصول تراحم اطلاق در خطاب مولا است. از این رو برای حل مشکل تراحم میان دو خطاب با قیدزدن خطاب مهم به عصیان یا عدم امثال خطاب اهم یا تنقید هر دو خطاب به عصیان و عدم امثال یکدیگر، مشکل تراحم در ناحیه عمل مکلف را حل کرده اند. واضح است که نفس همین بیان در رابطه با مستحبات نیز فرض شدنی است، زیرا هنگامی که جمع امثال میان دو مستحب ممکن نباشد، در این حالت باید خطاب در یکی را مقید به عدم دیگری کرد تا مشکل حل شود؛ زیرا منشأ اشکال صرف لزوم وقوع مکلف در عصیان در صورت عدم علاج نیست تا گفته شود که در باب مستحبات چنین نکته ای وجود ندارد.^{۶۶}

۴.۴. فرق چهارم

تفاوت دیگری که در کلمات محقق خونی در فرق بین تراحم و تعارض بیان شده است، امکان تقدیم مفاد روایات بر مفاد آیات قرآنی در تراحم و عدم امکان تحقق چنین مسئله ای در باب تعارض است.^{۶۷} در توضیح این فرق باید بیان شود که تقدیم مفاد روایات بر آیات در باب تعارض مساوی با تکذیب آیات قرآنی باشد و چنین مسئله ای ممکن نیست، اما تقدیم مفاد روایی در باب تراحم بر مفاد قرآنی، موجب تکذیب قرآن نخواهد شد؛ بلکه صرفاً موجب عدم فعلیت حکم مستفاد از آیات قرآنی خواهد شد که مانعی در آن وجود نخواهد داشت، زیرا حکم شرعی نسبت به تحقق یا عدم تحقق موضوعش بیانی ندارد.^{۶۸}

به نظر این فرق نیز صحیح نیست، زیرا ابتدا باید بیان شود که عدم امکان تقدیم مفاد روایی بر مفاد آیات، صرفاً در باب تعارض به نحو تباین تصویر شدنی است؛ چراکه اساساً تخصیص قرآن کریم به خبر

۶۴. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۴۴۶/۳.

۶۵. صدر، بحوث، ۱۶۰/۷؛ شاهرودی، اضواء و آراء، ۴۳۲/۲.

۶۶. صدر، بحوث، ۱۶۰/۷.

۶۷. خونی، مصباح الأصول، ۶۴/۲.

۶۸. نک: روحانی، منتقى الأصول، ۳۳/۳.

واحد که مورد پذیرش مشهور اصولیان نیز هست، در حقیقت تقدیم مفاد روایی بر آیات قرآن در فضای عدم امکان جمع بین دو جعل به طور غیرتباین است. بنابراین تقدیم مفاد روایی بر مفاد قرآنی در باب تعارض‌های غیرتباین تصویر داشته و بلکه اتفاق نیز افتاده است. اساساً خود محقق خوئی نیز بیان داشته است که تقدیم مفاد روایی بر مفاد قرآنی در فرض تعارض به طور تباین ممکن نیست؛ چراکه موجب تکذیب قرآن کریم خواهد شد.^{۶۹} اما باید بیان شود که در این گونه موارد اساساً تعارض وجود ندارد، بلکه چون قرآن قطعی‌الصدور است، از اساس طرف تعارض با روایت قرار نمی‌گیرد، بلکه مفاد آیات قرآنی در این گونه موارد بدون تردید مقدم هستند؛ چراکه تعارض میان دلیل قطعی‌الصدور با دلیل غیرقطعی‌الصدور معنا ندارد.^{۷۰} همچنین بسیاری از اصولیان روایات دالّ بر ترجیح اخبار متعارض به موافقت با کتاب را از روایات بیانگر مرجحات خارج دانسته و این روایات را حمل بر ادله مشخص‌کننده حجت از لاجبت کرده‌اند.^{۷۱} در رابطه با سایر گونه‌های تعارض نیز باید بیان شود که در تعارض به طور عام و خاص مطلق به نظر مشهور امکان تقدیم مفاد روایی بر مفاد قرآنی وجود دارد. در مورد تعارض به طور عام و خاص من وجه، یا مسئله به تعارض به نحو تباین ملحق است^{۷۲} یا به نظر برخی از اصولیان، در بعضی حالات ماده اجتماع حکماً ملحق به عامی می‌شود که نسبت به دیگر افراد کم‌تری برخوردار است؛ چراکه آن عام درباره اجتماع اظهر تلقی می‌شود.^{۷۳} بنابراین عدم تقدیم مفاد روایی بر قرآنی در باب تعارض مطلبی مسلم و ثابت در همه شقوق نیست، بلکه نکته عدم تقدیم آن، تکذیب قرآن کریم است. بنابراین هر جایی که این تکذیب پدید آمد، مفاد روایی بر مفاد قرآنی مقدم نخواهد شد اما در غیر این موارد تقدیم بلامانع است. راجع به تراحم نیز بحث از این قرار است؛ چراکه علت امکان تقدیم مفاد روایی بر مفاد قرآنی درباره تراحم، عدم لزوم تکذیب قرآن کریم است. از این رو، اگر فرض شود که همیشه و در همه حالات راجع به تراحم در مسئله‌ای خاص، حکم مستفاد از روایات نسبت به حکم مستفاد از آیات اهم باشد، در این حالت نیز نمی‌توان قائل به تقدیم حکم مستفاد از روایات شد، زیرا غیر راجع بودن حکم قرآنی در همه موارد موجب لغویت جعل حکم قرآنی شده و باعث تکذیب ظهور قرآن در بیان مراد جدی خداوند متعال خواهد بود. بنابراین روشن شد که نکته اساسی، در مقام لزوم یا عدم لزوم تکذیب آیات قرآنی است و در این زمینه میان تعارض و تراحم فرقی وجود ندارد.

۶۹. خوئی، مصباح، ۵۷/۲.

۷۰. صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۶۰/۱.

۷۱. تبریزی، دروس فی مسائل علم الأصول، ۱۴۰/۶.

۷۲. سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۳۵۲/۴.

۷۳. نک: سبحانی تبریزی، ارشاد العقول، ۴۱۰/۴.

۴.۵. فرق پنجم

فرق دیگری که میان تعارض و تراحم در کلمات محقق نائینی بیان شده است، دخالت علم و جهل مکلف در باب تراحم و عدم دخالت آن در باب تعارض است.^{۷۴} در توضیح این فرق باید بیان شود که اصولیان تعارض را به تنافی در عالم جعل تفسیر کرده‌اند، ازاین‌رو چون در عالم جعل احکام، علم و جهل مکلف دخالتی ندارد؛ چه مکلف عالم باشد و چه جاهل، تعارض وجود خواهد داشت. بنابراین اگر مثلاً دو خطاب «واجب است نماز ظهر بخوانی» با خطاب «واجب است نماز جمعه بخوانی» به سبب علم اجمالی یا اجماع بر عدم وجوب بیش از یک نماز در ظهر روز جمعه متعارض قلمداد شوند؛ در این حالت اگر مکلفی نماز ظهر بخواند و بعداً بفهمد که نمازی که واجب بوده است نماز جمعه هست، در این حالت او تکلیف خود را امثال نکرده است، زیرا نماز ظهر اساساً مجعول شارع نبوده است اما در باب تراحم مسئله این چنین نیست. در همین مثال اگر فرض شود که عدم امکان جمع میان این دو نماز به سبب تنافی ناحیه جعل نیست، بلکه به دلیل عدم امکان جمع این دو نماز توسط مکلف است، در این حالت اگر مکلف نماز ظهر بخواند و بعداً بفهمد که نماز جمعه اهم بوده است، باز هم ممثلاً قلمداد می‌شود.

در بررسی این فرق باید بیان شود که پذیرش این فرق، در گرو قبول مبنای ترتب یا کلماتی از آن قبیل است؛ یعنی تصحیح نماز ظهر مکلف صرفاً در صورتی امکان دارد که قائل به امکان ترتب باشیم و در فرض عصیان امر اهم، امر مهم را فعلی بدانیم^{۷۵} یا حداقل در فرض انکار نظریه ترتب باید با ادعای وجود ملاک در امر مهم، در مثال مذکور نماز را تصحیح کنیم.^{۷۶} بنابراین علم یا جهل مکلف نقشی در فرق‌گذاری میان تعارض و تراحم ایفا نکرده‌اند، بلکه نقش اساسی توسط مسئله ترتب یا تصویر وجود ملاک در محل بحث ایفا می‌شود. ازاین‌رو، حتی با فرض تعارض بین دو خطاب، با تصویر ملاک در محل بحث مثل اثبات وجود ملاک در محل تعارض با عام فوقانی، در مثال مذکور می‌توان حکم به صحت نماز کرد.

در پایان، تذکر به این نکته ضروری است که اگر گفته شود فرق‌های سوم، چهارم و پنجمی که میان تعارض و تراحم مطرح شد، جوهری نیست و بر طبق برخی مبانی صحیح هستند، بنابراین رد آن در ارجاع تراحم به تعارض کارآمد نخواهد بود. در پاسخ بیان می‌شود: همین که تفاوت‌های میان دو عنوان کاسته شود، در ذهن مخاطب برای پذیرش ارجاع تراحم به تعارض مؤثر است؛ چراکه پذیرش ارجاع دو عنوان به

۷۴. نائینی، فوائد الاصول، ۴۳۰/۲.

۷۵. نک: آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۳۶.

۷۶. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۳۷.

یکدیگر با ادعای وجود دو فرق میان آن‌ها آسان‌تر از پذیرش ارجاع در فرض وجود پنج فرق است. همچنین این سه فرق در حقیقت با فرض وجود تنافی در جعل در تعارض و عدم آن در تراحم بیان شده‌اند. بنابراین با مردود دانستن این سه مورد، در حقیقت این ادعا که تنافی در تعارض در ناحیه جعل است و در تراحم این گونه نیست، مردود دانسته شده است و همین مطلب به سان مقدمه‌ای در ادعای این نوشتار مؤثر خواهد بود.

۵. بررسی امکان ارجاع تراحم امتثالی به تعارض

به نظر می‌رسد که تنافی در بحث تراحم مصطلح نیز ناشی از مرحله جعل احکام باشد. البته تنافی به مرحله امتثال نیز سرایت خواهد کرد، همان‌طور که در تعارض مصطلح نیز ابتدا تنافی در مرحله جعل است و به مرحله امتثال سرایت می‌کند.^{۷۷} اساساً برخی از اصولیان تعارض مصطلح در میان دو اماره را به تراحم این دو اماره در شمول دلیل حجیت اماره نسبت به آن‌ها برگردانده و تعارض را این‌گونه تعریف کرده‌اند.^{۷۸} میرزاهاشم آملی از شاگردان محقق نائینی نیز جعل دو خطاب در حالت تراحم را غیرممکن دانسته است و از این رو با نظریه مشهور اصولیان در فرق میان تعارض و تراحم مخالفت کرده، گرچه او در کلمات خود سعی در ارجاع تراحم امتثالی به تراحم ملاکی دارد و تراحم را به تعارض ارجاع نداده است.^{۷۹}

برای توضیح این ادعا از یک مثال بهره می‌جویم، مثلاً فرض کنیم که دو خطاب وجود دارد: یکی مبتنی بر وجوب انقاز غریق و دیگری مبتنی بر حرمت تصرف در دار غصبی. این دو خطاب به خودی خود در بسیاری موارد هیچ‌گونه تعارض، تراحم و بلکه هیچ‌گونه ارتباطی به یکدیگر ندارند. اما اگر در موضعی خاص نجات یک غریق متوقف بر تصرف در دار غصبی باشد، در این حالت است که این دو خطاب متنافی قلمداد می‌شوند؛ چراکه به موجب اطلاق خطاب اول، نجات دادن هر غرقیتی در هر شرایطی واجب است و به مقتضای اطلاق خطاب دوم، تصرف در دار غصبی در هر شرایطی اشکال دارد. به بیان دیگر، حرمت تصرف در دار غصبی در هر شرایطی، حتی حالت توقف نجات غریق بر تصرف در دار غصبی، به مقتضای اطلاق خطاب دال بر آن ثابت است و وجوب انقاز غریق در هر شرایطی، حتی حالتی که انقاز متوقف بر تصرف در دار غصبی است نیز ثابت هست. بنابراین آن چیزی که سبب ایجاد تنافی در محل بحث شده است، وجود اطلاق در ناحیه هر دو دلیل است. شاهد بر تأیید این ادعا نیز همان بحث مشهور

۷۷. سبحانی، ارشاد العقول، ۳۷/۲.

۷۸. ایروانی، الأصول فی علم الأصول، ۴۲۹/۲.

۷۹. آملی، تحریر الأصول، ۳۸۹.

ترتیب است؛ چراکه بسیاری از اصولیان قائل به امکان ترتب در متزاحمین در بحث ضد شده‌اند^{۸۰} و حتی برخی با اینکه در عبارات شیخ انصاری تصریح به پذیرش یا عدم‌پذیرش این مبنا وجود ندارد، درصدد انتساب این مبنا نیز بر آمده‌اند.^{۸۱} به مقتضای ترتب، خطاب متضمن حکم مهم مقید می‌شود به عدم‌امثال یا عصیان حکم اهم و درصورت تساوی ملاکی دو خطاب، هر دو مقید می‌شوند به عدم‌امثال یا عصیان دیگری.^{۸۲} واضح است که تقیید خطاب و اخذ قدرت در امثال در خطاب، مرتبط با عالم جعل است و نه عالم امثال. بنابراین این مطلب به‌وضوح روشن می‌نماید که تنافی در دو حکم متزاحم در ناحیه جعل حکم است؛ چراکه راهکار ارائه‌شده برای حل مسئله، مشکل را در آن ناحیه حل می‌کند.^{۸۳}

همچنین می‌شود ادعا کرد که فارق از اینکه انبعاث و انزجار مکلف در مفهوم حکم لحاظ شده است یا لازمه‌ای است که بر آن مترتب است، در هر صورت هدف نهایی از جعل حکم انبعاث و انزجار مکلف است. بنابراین وقتی که مکلف امکان جمع میان امثال دو حکم را نداشته باشد، در این حالت جعل دو حکم برای شارع نسبت به او ممکن نخواهد بود؛ چراکه جعل چنین حکمی لغو است و از حکیم صادر نمی‌شود. بنابراین در متزاحمین نیز دو حکم نخواهیم داشت، بلکه یک حکم وجود خواهد داشت که همان باعث انبعاث یا انزجار مکلف خواهد بود.

به نظر، مبنای انحلال حکم در ناحیه جعل یا انحلال آن در ناحیه مجعول و فعلیت نیز نمی‌تواند نقشی در محل بحث داشته باشد، زیرا از طرفی کسانی که به این بحث اشاره‌ای داشته‌اند مانند آیت‌الله روحانی و شهید صدر، این نکته را در مقدمات این بحث مطرح نکرده‌اند و به‌وضوح، عدم ارتباط این مبنا با نتیجه حاصله در این بحث از کلمات ایشان استفاده‌شدنی است،^{۸۴} هرچند که در برخی کلمات، در این نظریه این مبنا مهم شمرده شده است.^{۸۵} ازسوی دیگر باید گفته شود که چه انحلال در ناحیه جعل باشد و چه در ناحیه مجعول، در هر صورت حکم با تحقق موضوع آن متعدد خواهد شد و حقیقت حکم که انبعاث یا انزجار مکلف درباره متعلق آن است، در هر دو حالت نسبت به موضوعات متعدد خارجی شکل خواهد گرفت. بنابراین پس از شکل این انبعاث و انزجار و وجود تنافی در عالم خارج در عدم امکان جمع میان این دو تکلیف، این سؤال مطرح می‌شود که علت این تنافی چیست؟ پاسخ در این حالت نیز مشخص است و علت همان اطلاق جعل مولا است؛ چراکه این اطلاق جعل یا خود باعث تکرار شده است یا اینکه به‌موجب

۸۰. بروجردی، الحاشیه علی کفایة الأصول، ۳۱۰/۱.

۸۱. نک: حسینی میلانی، تحقیق الأصول، ۱۹۸/۳.

۸۲. صدر، بحوث، ۳۳۳/۲؛ یزدی، التعارض، ۴۶.

۸۳. روحانی، منتقى الأصول، ۳۸/۳.

۸۴. نک: روحانی، منتقى الأصول، ۸۳/۳؛ صدر، بحوث، ۲۸/۸.

۸۵. چوبداری، فروتن، محمدپور، «تبیین نظام اندیشه اصولی شهید صدر در تعارض انگاری تراحم امثالی»، ۱۳۹.

اطلاق موضوعش، با تحقق موضوع آن، حکم در ناحیه فعلیت متکثر و باعث تنافی شده است. ازاین‌رو، در این حالت نیز راه حل صرفاً تقیید جعل است و روشن می‌شود که در این حالت نیز تنافی در مرحله جعل بوده است.

فرق نهادن بین تعارض و تراحم با قول به اینکه در یکی، تنافی در عالم جعل است و در دیگری تنافی در عالم امثال، صحیح نیست، بلکه در هر دو حالت تنافی صرفاً در عالم جعل وجود دارد و همین تنافی در مرحله جعل به مرحله امثال نیز سرایت کرده و باعث عدم امکان جمع در امثال شده است. البته توجه به این نکته ضروری است که در تراحم، تنافی در عالم جعل همان‌طور که می‌تواند مستند به عدم قدرت مکلف بر امثال باشد، همان‌طور می‌تواند مستند به دلیل دیگری باشد که دلالت بر عدم امکان جمع میان آن امثال دارد^{۸۶} یا مستند به اطلاق بدوی خطاب مولا در مقام جعل باشد، وگرنه اگر تمامی خطاب‌هایی که از مولا صادر شده‌اند، مقید به عدم اشتغال به اهم یا عصیان اهم و مانند این قیود باشد، در این حالت اساساً نه در عالم جعل و نه در عالم امثال تنافی رخ نخواهد داد.^{۸۷} همچنین در تعارض به‌صورت عام و خاص من وجه نیز در حقیقت تعارض ناشی از اطلاق اثباتی خطاب مولاست و حال اینکه در عالم ثبوت قطعاً یکی از دو دلیل عام یا مطلق دارای استیعاب نیست و شامل محل اجتماع نخواهد بود. بنابراین فرقی وجود ندارد که بتواند به منزله فارق عمل کند و این دو بحث؛ یعنی بحث تراحم و تعارض، خصوصاً تعارض به‌صورت عام و خاص من وجه را از یکدیگر جدا کند. آیت‌الله حکیم در کلمات خود اشاره‌ای به این نکته و وجود تفاوت میان تراحم و تعارض به‌صورت عام و خاص من وجه داشته و تا حدودی به شباهت این دو مطلب تمایل داشته است، هرچند در نهایت با بیان احراز ملاک در تراحم و عدم آن در تعارض، قائل به تفاوت این دو بحث شده است.^{۸۸} در هر صورت صرف اینکه در تعارض، تنافی ناشی از استحالة اجتماع ضدین و نقیضین است و در تراحم، تنافی ناشی از عدم قدرت مکلف، مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا در هر صورت تنافی موجود در عالم جعل حکم تصویر شده است. افزون‌بر اینکه، در موارد تعارض نیز مشکل می‌تواند ناشی از عدم قدرت مکلف بر جمع امثال میان دو حکم باشد مانند جایی که یک دلیل دالّ بر وجوب توقف در عرفات در روز عرفه برای افراد مستطیع است و دلیل دیگر فرضاً دالّ بر استحباب بودن در کربلا در روز عرفه برای افراد مستطیع باشد، در این حالت نسبت به افراد مستطیع هر دو دلیل مطالبه دارد و علت تعارض میان دو خطاب می‌تواند ناشی از عدم امکان جمع مکلف میان هر دو امثال باشد،

۸۶. حکیم، الأصول العامة فی الفقه المقارن، ۳۵۰.

۸۷. نک: صدر، بحوث، ۲۶/۸.

۸۸. حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۲۶/۶.

وگرنه این دو خطاب به خودی خود تنافی نخواهند داشت. البته اگر گفته شود که احکام خمسۀ تکلیفی با یکدیگر در تضادند و در این مثال نیز منشأ تنافی استحالة اجتماع ضدین بر موضوع واحد یعنی یک مکلف است؛ در این صورت گفته می‌شود در مورد تراحم نیز بحث از همین قرار است، زیرا جعل حکم حرمت تصرف در دار غصبی برای یک مکلف با جعل حکم وجوب انقادی که متوقف بر تصرف در همان دار غصبی است برای همان مکلف موجب طلب ضدین از اوست. بنابراین، تنافی در تراحم مصطلح را نیز می‌توان ناشی از استحالة اجتماع ضدین دانست.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد چه در موارد تراحم مصطلح و چه در موارد تعارض، منشأ تنافی اشکال در ناحیه جعل است. از این روست که در هر دو مقام، برای حل مشکل در ناحیه امثال به طریقی مشکل در ناحیه جعل حل شده است. بنابراین فرق گذاری میان تراحم و تعارض با قول به تنافی در مقام امثال و عدم تنافی در مقام جعل در اولی و تنافی در مقام جعل و عدم تنافی در مقام امثال در دومی صحیح نیست.

به نظر می‌رسد منشأ اصلی تنافی در هر دو مورد، عدم امکان جمع بین دو دلیل در مقام جعل، دست کم در برخی فروض باشد. همچنین پذیرش یا انکار مبنای انحلال حکم در ناحیه جعل، تأثیری در نتیجه ندارد و نقشی در اثبات تفاوت میان تراحم و تعارض ایفا نمی‌کند. نتیجه اینکه علاوه بر مطالبی که در رد هریک از فرق‌ها بدان پرداخته شد، رد اصل ادعای وجود فرق بین تعارض و تراحم نیز می‌تواند به نوعی مبطل وجود فرق بین آن دو باشد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آملی، میرزاهاشم. تحریر الأصول. قم: داوری. چاپ اول، ۱۳۸۶ق.
- اسلامی، رضا. قواعد کلی استنباط. قم: بوستان کتاب. چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- اصفهان‌ی، محمدحسین. نهاية الدراية فی شرح الکفایة. قم: سیدالشهدا. چاپ اول، ۱۳۷۴ق.
- امام خمینی، روح الله. الاجتهاد و التقليد. تهران: موسسه تنظیم نشر آثار امام (ره)، چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: موسسه النشر الاسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۱۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مطارح الأنظار. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- ایروانی، علی. الاصول فی علم الاصول. قم: موسسه النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- بجنوردی، حسن. منتهی الأصول. تهران: عروج. چاپ اول، ۱۳۸۰.

- بروجردی، حسین. الحاشیة علی کفایة الأصول. قم: انصاریان. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- تبریزی، میرزا جواد. دروس فی مسائل علم الأصول. قم: دار الصدیقة الشهیدة (س). چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- جوهری، ابونصر. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۰۷ه.ق.
- چوبداری، میلاد، علی فروتن، محمد محمدپور. «تبیین نظام اندیشه اصولی شهید صدر در تعارض انگاری تزامم امتتالی»، پژوهش‌های اصولی. دوره ۹، ش ۳۱، پاییز ۱۴۰۱، ۱۲۵ تا ۱۳۸.
- حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. الفصول الغرویة فی الأصول الفقھیة. قم: دار إحياء العلوم الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- حائری یزدی، عبدالکریم. درر الفوائد. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.
- حائری، مرتضی. مبانی الأحکام فی أصول شرائع الإسلام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- حسینی میلانی، علی. تحقیق الأصول. قم: الحقائق. چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- حکیم، محمدتقی بن محمدسعید. الاصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، مصطفی. تحریرات فی علم الأصول. قم: مؤسسة تنظیم نشر و آثار امام (ره). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم. الهدایة فی الأصول. قم: صاحب الأمر (عج). چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- خوئی، ابولقاسم. دراسات فی علم الأصول. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- خوئی، ابولقاسم. مصباح الأصول. بیروت: داوری. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- روحانی، محمد. منتقى الأصول. قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- روحانی، محمدصادق. زبدة الأصول. تهران: حدیث دل. چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- سبحانی تبریزی، جعفر. ارشاد العقول إلى مباحث الأصول. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. المحصول فی علم الأصول. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. الوسیط فی أصول الفقه. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- سبحانی تبریزی، جعفر. رسالة فی البحث عن الترتب. بیروت: دار الصفوة. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
- سبزواری، ملاهادی. شرح منظومه. تهران: ناب. چاپ اول، ۱۳۷۱.
- شهرکانی، ابراهیم اسماعیل. المفید فی شرح اصول الفقه. قم: ذوی القربی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- شهیدی، محمدتقی. تقریرات درس خارج اصول. ۱۳۹۶. <https://yun.ir/jpf8>
- صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. بیروت: دار الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی علی مذهب اهل بیت (ع). چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

- صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: دار الهدی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- صدر، محمدباقر. مباحث الاصول. قم: مكتبة الإعلام الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- طباطبائی حکیم، محمدسعید. المحکم فی اصول الفقه. قم: المنار. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طباطبائی قمی، تقی. آرائنا فی اصول الفقه. قم: محلاتی، چاپ اول، ۱۳۷۱ش.
- عراقی، ضیاء الدین. نهاية الأفكار. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- علم الهدی، محمدصادق. «بررسی تاریخی سیر حجیت خبر واحد در اصول فقه شیعه»، پژوهش های اصولی. دوره ۵، ش ۱۷، پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۲۰ تا ۱۳۸.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۳۸۱.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. العین. قم: دار الهجرة. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- فیاض حسین عاملی، حسن محمد. شرح الحلقة الثالثة. بیروت: شركة المصطفی لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۳۰ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحکمة فی الأصول. قم: احیاء الكتب الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- نائینی، محمدحسین. اجود التقريرات. قم: العرفان. چاپ اول، ۱۳۵۲.
- نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.
- هاشمی شاهرودی، محمود. اضواء و آراء تعلیقة على کتابنا بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی. چاپ اول، ۱۴۳۱ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود. نتایج الأفكار فی الأصول. قم: آل مرتضی (ع). چاپ اول، ۱۳۸۵.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. التعارض. قم: مدین. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.

Transliterated Bibliography

- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.
- ‘Alam al-Hudā, Muḥammad Ṣādiq. "Barrisi Tārikhī Siyr Ḥujjiyat Khabar Vāhid dar Uṣūl Fiqh Shī‘ah". *Pazhūhish-hā-yi Uṣūlī*. Durīh-yi 5, no. 17, autumn 2014/1393, 120-138.
- Āmulī, Mīrzā Ḥāshim. *Tahrīr al-Uṣūl*. Qum: Dāvarī. Chāp-i Awwal, 1967/1386.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Farā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Panjum, 1995/1416.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Muṭār al-Anzār*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwum,

2005/1383.

Bujnūrdī, Ḥasan. *Muntahā al-Uṣūl*. Tehran: 'Urūj. Chāp-i Awwal. 1961/1380.

Burūjirdī, Ḥusayn. *al-Ḥāsiyah 'alā Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Anṣāriyān, Chāp-i Awwal. 1992/1412.

Chūbdārī, Milād, 'Alī Furūtan, Muḥammad Muḥammadpūr. "Tabayin Nizām Andīshih-yi Uṣūlī Shahīd Ṣadr dar Ta'āruḍingārī Tazāḥum Imtithālī". *Pazhūhish-hā-yi Uṣūlī*. Durīh-yi 9, no. 31, autumn 2023/1401, 125-138.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *al-'Ayn*. Qum: Dār Hijrat. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Fayyāḍ, Ḥusayn 'Āmīlī, Ḥasan Muḥammad. *Sharḥ al-Ḥalqa al-Thālitha*. Beirut: Shirka al-Muṣṭafā li-Iḥyā' al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Uṣūl Fiqh Shr'ah*. Qum: Markaz-i Fiqhī A'imah Aṭḥār(AS). Chāp-i Awwal, 1962/1381.

Ḥā'irī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn ibn 'Abd al-Raḥīm. *al-Fuṣūl al-Gharawīyah fī al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Iḥyā' al-'Ulūm al-Islāmīyah. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Ḥā'irī Yazdī. 'Abd al-Karīm. *Durar al-Fawā'id*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Shishum, 1997/1418.

Ḥā'irī, Murtaḍā. *Mabānī al-Aḥkām fī Uṣūl Sharā'i' al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2003/1424.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī ibn Muḥammad Sa'id. *al-Uṣūl al-'Āmah fī Al-Fiqh al-Muqārīn*. Qum: Majma' Jahānī Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1997/1418.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Aḍwā' wa Ārā' al-Ta'liqa 'alā Kitābanā Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī, Chāp-i Awwal, 2010/1431.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Natāyij al-Afkār fī al-Uṣūl*. Qum: Āl Murtaḍā(AS), Chāp-i Awwal, 2007/1385.

Ḥusaynī Milānī, 'Alī. *Tahqīq al-Uṣūl*, Qum: al-Ḥaqā'iq. Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

Imām Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Ijtihād wa Taqlīd*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm Nashr-i Āsār-i Imām. Chāp-i Duwwum. 2005/1426.

'Irāqī, Ḍiyyā' al-Dīn. *Naḥāya al-Afkār*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.

Irāwānī, 'Alī. *al-Uṣūl fī 'Ilm Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal. 2001/1422.

Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Sayyid al-Shuhadā, Chāp-i Awwal, 1996/1374.

- Islāmī, Riḍā. *Qawā'id Kulī Istinbāt*. Qum: Büstān-i Kitāb, Chāp-i Panjum, 2009/1387.
- Jawharī, Abū Naṣr. *al-Ṣiḥāḥ Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ 'Arabīya*. Beirut: Dār al-'Ilm. Chāp-i Awwal, 1987/1407.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Hidāya fi al-Uṣūl*. Qum: Ṣāhib al-Amr, Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Dirāsāt fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Beirut: Dāwarī. Chāp-i Awwal. 2001/1422.
- Khumaynī, Muṣṭafā. *Tahrīrāt fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr va Āṣār-i Imām. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrisah al-Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib. Chāp-i Duwwum, 2007/1428.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl*. Qum: Ihyā' al-Kutub al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 2009/1430.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Panjum, 2009/1430.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: al-'Irfān, Chāp-i Awwal, 1973/1352.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Zubda al-Uṣūl*. Tehran: Ḥadith Dil. Chāp-i Duwwum, 2003/1382.
- Rūḥānī, Muḥammad. *Muntaqā al-Uṣūl*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Ḥusaynī Rūḥānī, Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Sabzavārī, Mulā Hādī. *Sharḥ Manzūmah*. Tehran: Nāb, Chāp-i Awwal, 1992/1371.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Islāmīya, Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Sivum, 1996/1417.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Hudā. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Maktab al-A'lām al-Islāmī, Chāp-i Awwal. 1988/1408.
- Sahrakānī, Ibrāhīm Ismā'īl. *al-Mufīd fi Sharḥ al-Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Dhawil al-Qurbā, Chāp-i Awwal, 2009/1430.
- Shahīdī, Muḥammad Taqī. *Taqrīrāt Dars-i Khārij Uṣūl*. 2018/1396.
- Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *al-Maḥṣūl fi 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal. 1994/1414.

غضنفری؛ امکان‌سنجی ارجاع تراجم امتثالی به تعارض ادله/ ۱۳۱

Subḥānī Tabrīzī, Ja‘far. *al-Wasīt fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū‘assisah Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Chāhārum, 2010/1388.

Subḥānī Tabrīzī, Ja‘far. *Irshād al-Uqūl ilā Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisa Imām Ṣādiq(AS), Chāp-i Awwal, 2004/1424.

Subḥānī Tabrīzī, Ja‘far. *Risālah fi al-Baḥth an al-Taratub*. Beirut: Dār al- Ṣafwa. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Ārā inā fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 1992/1371.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa‘īd. *al-Muḥkam fi Uṣūl al-Fiqh*. Qum: al-Minār. Chāp-i Awwal. 1994/1414.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzīm ibn ‘Abd al-‘Azīm. *al-Ta‘āruḍ*. Qum: Madyan. Chāp-i Awwal, 2005/1426.

Tabrīzī, Mīrzā Javād. *Durūs fi Masā’il ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al- Ṣidiqa al-Shahīda. Chāp-i Duvvum, 1967/1387.



Establishing Circumstances Favorable to the Accused from the Perspective of Imāmī Jurisprudence and Its Application to Iranian Law

Dr. Abdollah Gholami  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Theology, Razi University, Kermanshah, Iran

Email: gholami@razi.ac.ir

Seyyed Javad Ehsani , Master's Graduate, Department of Law and Criminology, Faculty of Law, Islamic Azad University, Damavand Branch, Tehran, Iran

Mohammad Ali Shahrabadi, PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, University of Kashan, Kashan, Iran

Abstract

After a claim has been initiated and admitted by the accused, the accused may sometimes attempt to justify his conduct by invoking defenses such as legitimate defense, necessity, or other grounds. Such grounds constitute circumstances favorable to the accused, as they may remove, justify, or mitigate criminal responsibility. Their invocation may also transform the nature of the proceedings. In such circumstances, considering the rule "*al-bayyina 'alā al-mudda'*", the burden of proof generally falls upon the claimant (who, in this case, is the accused). However, in Iranian criminal law, the presumption of innocence as the governing principle has made the accused unnecessary from proving his innocence. In cases where the accused seeks to acquit himself by presenting claims such as legitimate defense, necessity, or insanity, the question is whether the burden of proving circumstances favorable to the accused lies upon himself or the judicial authority. This article, employing a descriptive-analytical method and relying on *Imāmī* jurisprudence sources and Iranian enacted laws, examines the proof of circumstances favorable to the accused and concludes that, although the presumption of innocence governs the Iranian legal system, in cases where the accused raises a specific claim, the burden of proving it rests upon him. This study also discusses cases in which jurists have departed from the rule of evidence (*bayyinih*) in *hudud*, meaning purely divine-right crimes (*haqq Allāhī*), and have accepted the accused's claim without requiring proof. The findings of this research may contribute to achieving a balance between the rights of the accused and the authority of the judicial system.

Keywords: proof of evidence, accused, favorable circumstances, transformation of claim, juristic foundations of proof of evidence



Authors retain the copyright. This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

[International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



افقه‌ور

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۱۵۳-۱۳۳	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۶	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.86526.1732

اثبات شرایط مساعد به حال متهم از منظر فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق ایران

دکتر عبدالله غلامی (نویسنده، مسئول)

استادیار گروه الهیات، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

Email: gholami@razi.ac.ir

سیدجواد احسانی

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد گروه حقوق و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، تهران، ایران

محمدعلی شهرآبادی

دانشجوی دکتری گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

چکیده

پس از طرح دعوی و پذیرش آن از سوی متهم، گاه وی در توجیه فعل خود مدعی عذری چون دفاع مشروع یا اضطرار می‌شود که در اصطلاح، شرایط را به حال وی مساعد می‌کند و انقلاب دعوی صورت می‌گیرد؛ چراکه این شرایط از عوامل حقوقی رافع مسئولیت، موجهه یا مخففه مسئولیت کیفری هستند. در چنین شرایطی باتوجه به قاعده «البینه علی المدعی»، بار اثبات به طور کلی بر دوش مدعی (که در اینجا متهم است) واقع می‌شود، اما در حقوق کیفری ایران، اصل برائت به عنوان اصل حاکم، متهم را از اثبات بی‌گناهی خود بی‌نیاز دانسته است. در مواردی که متهم با طرح ادعاهایی مانند دفاع مشروع، اضطرار یا جنون درصدد تیرنه خود بر می‌آید پرسش این است که بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم بر عهده خود اوست یا مقام قضایی؟ این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع فقه امامیه و قوانین موضوعه ایران به بررسی اثبات شرایط مساعد به حال متهم پرداخته و به این نتیجه رسیده که در نظام حقوقی ایران اگرچه اصل برائت حاکم است، اما در مواردی که متهم ادعای خاصی مطرح کند، بار اثبات آن بر عهده خود اوست. در این نوشتار موارد عدول فقها از قاعده بینه در حدود، یعنی جرائم حق‌اللهی محض نیز مطرح شده است که آنان ادعای متهم را بدون نیاز به اثبات پذیرفته‌اند. یافته‌های این پژوهش می‌تواند به تعادل میان حقوق متهم و اقتدار نظام قضایی کمک کند.

واژگان کلیدی: اثبات دلیل، متهم، شرایط مساعد، انقلاب دعوی، مبانی فقهی اثبات دلیل.

مقدمه

در دعای کیفری اصولاً بار اثبات، که در حقوق کیفری با عنوان «بار اثبات دلیل» (Burden of proof) شناخته می‌شود، بر عهده دادستان به عنوان مقام ذی صلاح است.^۱ براین اساس، دادستان مکلف است عناصر تشکیل دهنده جرم مورد ادعا را به اثبات برساند. حتی در جرایم غیر عمدی که کوتاهی در تفکر عنصر عمدی آن را تشکیل می‌دهد و متهم باید مرتکب سهل انگاری شده باشد، بار اثبات بر عهده دادستان است.^۲ برای مثال، در جرمی مثل قتل غیر عمدی دادستان باید اثبات کند که متهم مرتکب بی احتیاطی یا بی مبالاتی شده است.^۳

این قاعده بر مبنای اصل برائت است^۴ که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۳۷ به آن تصریح می‌کند.^۵ در فقه نیز طبق قاعده «البینه علی المدعی»^۶ بار اثبات بر عهده مدعی قرار می‌گیرد؛ یعنی مدعی برای اثبات ادعای خود مکلف به اثبات آن است.^۷ این نوع عملکرد در شرایطی است که متهم در جایگاه خود باقی باشد و مدعی امری نشود، ولی اگر متهم (مدعی علیه) در مقام دفاع، مدعی امری شود، موضوع شرایط مساعد به حال متهم و بار اثبات ادعا مطرح می‌شود. شرایط مساعد به حال متهم در این پژوهش به عواملی اطلاق می‌شود که با اثبات آن‌ها مسئولیت کیفری متهم یا کاهش می‌یابد یا موجه تلقی می‌شود یا کلاً ساقط می‌شود. مصادیق بارز این شرایط سه گونه است: یا مانند دفاع مشروع و امر آمر قانونی است که به آن‌ها علل موجهه جرم اطلاق می‌شود یا مانند جنون و صغر سن است که به آن‌ها عوامل رافع مسئولیت کیفری گفته می‌شود یا مانند وجود انگیزه‌های شرافتمندانه است که از آن‌ها به عوامل مخففه مجازات یاد می‌شود.

در خصوص اهمیت پژوهش باید گفت: زمینه مطالعاتی مقاله به بررسی یکی از مسائل مهم در حقوق کیفری و فقه اسلامی می‌پردازد و با رویکردی میان‌رشته‌ای به حقوق کیفری، در این حوزه قرار می‌گیرد. مسئله مقاله راجع به محور بار اثبات شرایطی است که به نفع متهم تفسیر می‌شود؛ مانند ادعای دفاع مشروع، اضطراب، جنون یا سایر عوامل رافع یا مخفف مسئولیت کیفری. نوآوری و اصالت مقاله در ارائه چهارچوب سه مرحله‌ای برای رسیدگی به ادعاهای متهم (احراز با ادله،

۱. نک: ماده ۲۲ و بند ۲ ماده ۲۷۹ از قانون آیین دادرسی کیفری.

۲. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۰۲.

۳. نک: تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی.

۴. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۰۳.

۵. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۰۳.

۶. نک: حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۵۸۷/۲؛ حسینی حائری، القضاء في الفقه الإسلامي، ۵۸۵؛ بجنوردی، القواعد الفقهية، ۶۹/۳.

۷. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم کنونی، ۷۶۹.

تمسک به اصول و امارات، مرحله نهایی اثبات) و تفکیک دقیق جرائم حق‌اللهی از حق‌انسانی در پذیرش ادعاهای متهم بدون نیاز به اثبات است. همچنین تحلیل تطبیقی بین قاعده «البینه علی المدعی» و مقررات حقوق کیفری ایران، از دیگر مباحث مقاله است.

طرح کلی این بحث در کتاب‌های فقهی (کتاب القضاء) با عنوان «انقلاب دعوی» بررسی شده^۸ و در کتب حقوقی با عنوان «غیرمستقیم شدن بار اثبات» مطرح است^۹ که باعث دگرگونی جایگاه مدعی و مدعی علیه می‌شود. حال پرسش این است که این موضوع در امور کیفری هم جاری است یا فقط به امور حقوقی اختصاص دارد؟ در این باره نیز این سؤال مطرح است که در مواردی که متهم مدعی وجود شرایط مساعد می‌شود، که ممکن است بر عدم مجازات یا تخفیف مجازات او مؤثر باشد،^{۱۰} تکلیف اثبات بر عهده کیست؟ می‌توان گفت بین حقوق دانان در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد.^{۱۱}

در باره پیشینه موضوع باید گفت: در حوزه اثبات شرایط مساعد به حال متهم و تطبیق آن با فقه امامیه و حقوق ایران، تحقیقات متعددی در مجلات علمی منتشر شده است. برخی از مهم‌ترین مقالات در این زمینه عبارت‌اند از:

مقاله «بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم» (۱۳۸۳) از عباس منصوری‌آبادی در مجموعه مقالات علوم جنایی منتشر شده است که به تحلیل بار اثبات شرایطی مانند دفاع مشروع و جنون پرداخته است. نوآوری مقاله حاضر نسبت به این تحقیق، در ارائه چهارچوب سه مرحله‌ای رسیدگی کیفری و تحلیل تفصیلی جرائم حق‌اللهی محض با استناد به آرای فقهای متأخر امامیه است.

مقاله «بررسی قاعده البینه علی المدعی در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران» (۱۳۹۵) از محمد حسینی^{۱۲} به بررسی قاعده «البینه علی المدعی» در فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق کیفری ایران پرداخته و تأکید کرده است که این قاعده در امور کیفری نیز جریان دارد، مگر در موارد استثنایی مانند جرایم حدی که جنبه حق‌اللهی دارند.

مقاله «اصل برائت و بار اثبات در حقوق کیفری ایران» (۱۳۹۷) از احمد رضایی^{۱۳} به نقش اصل برائت

۸. تبریزی، اسس القضاء و الشهادة، ۲۱۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۴۷۵/۳؛ خویی، موسوعة، ۴۸۰/۳۱.

۹. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۶۳/۱.

۱۰. مانند علل موجهه جرم از قبیل اضطراب و امر آمر قانونی و دفاع مشروع که باعث زوال عنصر قانونی جرم می‌شود و عوامل رافع مسئولیت از قبیل صغر سن و جنون گرچه جرم بودن عمل را زائل نمی‌کند؛ اما مرتکب آن را از مسئولیت کیفری بری می‌کند و عوامل مخففة مجازات مانند ماده ۵۳۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات) که برای همکاری با مأموران دولت در بعضی فرض‌ها تخفیف مجازات و در مواردی دیگر، معافیت از مجازات را لحاظ کرده است.

۱۱. منصوری‌آبادی، بار اثبات شرائط مساعد به حال متهم، ۳۴۱.

۱۲. حسینی، مجله فقه و اصول، دانشگاه فردوسی مشهد، س ۱۳۹۵، ش ۲، ۶۸ تا ۴۵.

۱۳. رضایی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه تهران، س ۱۳۹۷، ش ۳، ۱۲۳ تا ۱۴۵.

در حقوق کیفری ایران پرداخته و تفاوت‌های آن با قاعده «البینه علی المدعی» را بررسی کرده است. نویسنده به این نتیجه رسیده است که اصل برائت در حقوق کیفری ایران حاکم است اما در مواردی که متهم ادعایی مطرح می‌کند، بار اثبات بر عهده او قرار می‌گیرد.

مقاله «انقلاب دعوی در فقه و حقوق کیفری ایران» (۱۳۹۸) از سیدعلی موسوی^{۱۴} به مفهوم انقلاب دعوی در فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق کیفری ایران پرداخته و نشان داده است در مواردی که متهم ادعایی مطرح می‌کند، بار اثبات به او منتقل می‌شود.

نوآوری پژوهش حاضر و وجه تفاوت اساسی آن با پیشینه عبارت است از: تمرکز بر شرایط مساعد به حال متهم، تفکیک مراحل سه‌گانه رسیدگی کیفری با ارائه یک چهارچوب سه‌مرحله‌ای (احراز از طریق ادله، تمسک به اصول و امارات و مرحله نهایی اثبات)، بررسی تطبیقی بین فقه امامیه و حقوق ایران و استناد به منابع فقهی و قانونی جدید. در نهایت، پژوهش حاضر با ترکیب دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، ارائه چهارچوبی نظام‌مند برای رسیدگی به شرایط مساعد متهم و بررسی تفصیلی جرایم حق الهی و حق الناسی، گامی فراتر از تحقیقات پیشین برداشته است.

۲. چهارچوب نظری پژوهش: مراحل سه‌گانه پیگیری پرونده کیفری

برخی با تمسک به رویه معمول در امور مدنی اثبات شرایط مساعد را بر عهده متهم و برخی با تفصیل بین امور مدنی و کیفری، آن را بر عهده مدعی (دادستان) قرار می‌دهند.^{۱۵} گروهی معتقدند قاعده‌ای کلی در این باره وجود ندارد^{۱۶} و باید برحسب مورد در خصوص آن تصمیم گرفت. حال به بررسی دیدگاه‌های مذکور می‌پردازیم. ذکر این نکته ضروری است که در رسیدگی به پرونده‌های کیفری و اثبات مجرمیت، مراحل سه‌گانه‌ای طی می‌شود:^{۱۷}

مرحله اول؛ احراز از طریق ادله: قاضی در این مرحله تلاش می‌کند امر را از طریق ادله اثبات دعوی کیفری یا جرم مانند شهادت شهود، اقرار، علم قاضی و... احراز کند. برای مثال، قاضی باید بداند آیا تهاجمی ابتدایی از سوی مقتول صورت گرفته است تا حمله متهم دفاع مشروع تلقی شود یا نه؟ بنابراین اگر دلایلی وجود داشته باشد، نوبت به مراحل بعدی نمی‌رسد.

مرحله دوم؛ تمسک به اصول و امارات در صورت فقدان ادله: در فرض فقدان ادله اثبات واقع و

۱۴. موسوی، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه قم، س ۱۳۹۸، ش ۱، ۹۵ تا ۷۸.

۱۵. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۰۴.

۱۶. قیاسی، «بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقهایان»، ۱۲۰.

۱۷. قیاسی، «بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقهایان»، ۱۲۲.

اینکه احراز موضوع از طریق واقعی ممکن نباشد، نوبت به مرحله دوم، یعنی تمسک به اصول و ظواهر عرفی و امارات شرعی و قانونی^{۱۸} (یعنی چیزی که از نظر مقنن دلیل بر امری باشد، از قبیل فراش که اماره نسب و ید که اماره مالکیت است) می‌رسد.^{۱۹} اجرای اصل و عمل به ظاهر و اماره وظیفه قاضی و مقام قضایی است. در این مرحله بحث اینکه بار اثبات بر عهده چه کسی است مطرح نیست.

دو نکته، یعنی بحث تقدم شک سببی بر شک مسببی^{۲۰} و بحث شرطیت یا مانعیت (مثلاً آیا عدم ابوت شرط قصاص است یا ابوت مانع قصاص) در این مرحله بسیار مهم است، به گونه‌ای که باتوجه به این دو نکته بسیاری از دعاوی در همین مرحله تعیین تکلیف می‌شود و نوبت به مرحله بعد نمی‌رسد. از این رو ملاحظه می‌کنیم که فقها نیز تمام تلاش خود را مبذول داشته‌اند تا مسائل مطروحه را در همین مرحله و با تمسک به اصول و امارات حل و فصل کنند و نوبت به مرحله سوم نرسد.

مرحله سوم؛ بررسی «بار اثبات» در صورت عدم امکان حل دعوی در مراحل قبل: گاهی در مرحله دوم امکان عمل به هیچ اصل و اماره و ظاهر عرفی وجود ندارد؛ مثلاً کسی ادعای دفاع مشروع دارد و هیچ دلیل و اصلی نیز وجود ندارد. در اینجا نوبت طرح این مسئله می‌رسد که آیا متهم باید ادعای خود را ثابت کند یا مقام تعقیب و شاکی باید نفی آن را اثبات کند. در واقع، این فرض محل بحث ما و نظریه‌های مطرح شده نیز مربوط به این مرحله است. مفروض بحث این است که حل دعوی از طریق دو مرحله قبل مقدور نبوده است. برخلاف اکثر فقها که سعی در حل مسئله در صورت اول و دوم دارند، حقوق دانان با استناد به استحسانات و ادله عقلی، بیشتر بحث را در مرحله سوم دنبال می‌کنند^{۲۱} و ادله خاص خود را مطرح می‌سازند.^{۲۲} این مرحله همواره پس از تفهیم اتهام به متهم به سبب ادله موجود است.

۳. نظریه‌های بار اثبات شرایط مساعد

چنان‌که گفته شد، تعیین تکلیف بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم از جمله مباحث چالش برانگیز است. این امر سبب مطرح شدن چهار نظریه در این مورد شده است: تکلیف دادستان به اثبات، تکلیف متهم به اثبات، تفصیل در بار اثبات و دیدگاه نهایی مبتنی بر قاعده بینه. در ادامه، به هریک از این نظریه‌ها با

۱۸. اصول، ظواهر و امارات در دعاوی کیفری همواره قوام بخش علم قاضی هستند و اگر باشند علم قضایی موجود است، وگرنه موجود نیست (ماده ۲۱۱ و تبصره ذیل آن).

۱۹. برای تفاوت‌های امارات قضایی و قانونی، نک: امامی، حقوق مدنی، ۲۰۷/۶؛ شمس، آیین دادرسی مدنی، ۳۶۶/۳.

۲۰. بحث شک سببی و مسببی از جمله بحث‌های مهم اصولی است که اکثر علمای اصول در بحث استصحاب بدان پرداخته‌اند (نک: اصفهانی، نهاية الدراية، ۱۳۴/۳؛ صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۵۴/۶؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۸۵/۳).

۲۱. قیاسی، «بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقهیان»، ۱۱۸.

۲۲. قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ۱۴۱.

استناد به اصول حقوقی، فقهی و رویه‌های قضایی می‌پردازیم.

۳. ۱. نظریه اول: بار اثبات بر عهده دادستان

به تصریح قانون، تعقیب دعوای عمومی بر عهده دادستان است.^{۲۳} دادستان مدعی دعوی عمومی تلقی می‌شود و حتی در جرایم قابل گذشت نیز پس از طرح شکایت ازسوی شاکی خصوصی، دادستان متصدی اقدام تعقیب است؛ زیرا تعقیب یا پیگیری جرایم اصولاً بر عهده مقام تعقیب است.

گروه کثیری از حقوق‌دانان بر این باورند که قواعد اثبات در امور مدنی با امور کیفری تفاوت دارد و نباید قضاوت در امور مدنی و کیفری را یکی دانست.^{۲۴} اصل اولی حاکم بر ادله اثبات کیفری، اصل برائت است^{۲۵} که به موجب آن، هر انسانی بی‌گناه فرض می‌شود، مگر آنکه براساس دلیل غیرقابل تردید، جرم یا تقصیر او به اثبات برسد. این اصل دلالت بر این معنا دارد که مقام تعقیب یا شاکی باید ادله دال بر گناهکاری و مجرمیت متهم را نزد دادگاه اقامه کند، به گونه‌ای که هر دفاع و ادعای احتمالی متهم نتواند بر آن خدشه‌ای وارد آورد.^{۲۶} هرگاه متهم ادعایی را مطرح کند که طرف مقابل قادر به اثبات عکس آن نباشد، ادله اقامه‌شده مورد تردید قرار می‌گیرد و در امور کیفری نمی‌توان باوجود شک و تردید به محکومیت رأی داد. قاعده کلی تفسیر شک به نفع متهم از این اصل ناشی می‌شود که در لسان فقه از آن به قاعده درء حدود با شبهه یاد می‌شود.^{۲۷} در امور کیفری محکومیت باید مبتنی بر ادله غیرقابل تردید باشد. برای صدور حکم برائت، احتمال کافی است ولی برای صدور حکم محکومیت نباید تردید در میان باشد.^{۲۸} براین اساس، گفته می‌شود که باتوجه به حمایت همه‌جانبه اصل برائت از متهم، دادستان به عنوان مدعی مکلف است تمامی عناصر تشکیل‌دهنده جرم و نیز شرایطی که برای رسیدگی کیفری و نهایتاً اتخاذ تصمیم درباره محکومیت متهم لازم است را اثبات کند. به عبارت دیگر، باتوجه به اینکه دادستان مدعی است که متهم با ارتکاب عمل ممنوعه و مجرمانه، قانون جزا را نقض کرده است؛ پس باید علاوه بر اثبات عناصر تشکیل‌دهنده جرم، بی‌اعتباری دفاعیات و ایرادات متهم را نیز اثبات کند.^{۲۹} این گروه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱. دسته‌ای از آن‌ها که شرط توجه تکلیف اثباتی به طرف مقابل در امور کیفری را طرح ادعا ازسوی

۲۳. ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری.

۲۴. نک: آشوری، آیین دادرسی کیفری، ۸۷/۱؛ کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۶۳/۱.

۲۵. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۱۲.

۲۶. آشوری، آیین دادرسی کیفری، ۸۷/۱.

۲۷. نک: غلامی، «زمینه‌های قانون‌گذاری در قرآن کریم و کتاب مقدس با تکیه بر روایات»، ۱۵۷ تا ۱۵۷.

۲۸. منصورآبادی، بار اثبات شرائط مساعد به حال متهم، ۱۱۳.

۲۹. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۱۴.

متهم می‌دانند.

۲. دسته دیگر طرح ادعا ازسوی متهم را لازم نمی‌دانند و معتقدند حتی اگر متهم به طرح جهات و شرایط مساعد به حال خود پرداخت، مقام تعقیب باتوجه به موقعیت ویژه‌ای که دارد باید نفی یا اثبات آن را مدّ نظر قرار دهد و ادله کافی و لازم را در خصوص وجود یا عدم آن‌ها نزد دادگاه اقامه کند.^{۳۰}

با توجه به این دیدگاه چنین استنباط می‌شود که اولاً صرف طرح ادعا ازسوی متهم کافی است و دادستان باید بار اثبات خلاف ادعای متهم را بر دوش بکشد؛ ثانیاً حتی در موردی که متهم هیچ دفاع یا ایراد خاصی مطرح نکند، باتوجه به اینکه محکومیت کیفری منوط به احراز استحقاق متهم است و استحقاق یا عدم استحقاق وی برای محکومیت به شروطی چند وابسته است و چه بسا متهم از شروطی که بتواند بر بی‌گناهی او مؤثر باشد، بی‌اطلاع باشد و قادر به طرح آن‌ها نباشد، بنابراین اگر نسبت به وجود یا عدم وجود این شرایط تردید حاصل شود یا اوضاع و احوال، حاکی از وجود شرایط مساعدی به حال متهم باشد، دادگاه باید بررسی لازم را برای پی‌بردن به صحت و سقم آن انجام دهد و در مقام تعقیب نیز مکلف است مساعی خود را در این زمینه به کار بندد؛^{۳۱} بنابراین اگر متهم نزد دادگاه ادعا کند که برخوردار از شرایط مساعد است یا دادگاه خود چنین احتمالی بدهد، بدون تردید دادگاه به صرف این ادعا نمی‌تواند او را از اتهام تبرئه کند و درعین حال نمی‌تواند با وجود این احتمال یا به صرف اینکه متهم دلیلی برای اثبات ادعای خویش اقامه نکرده است، او را محکوم کند؛ چراکه احراز صحت و سقم این ادعا جزو تکالیف دادگاه است.

دلایل سه‌گانه نظریه اول؛ ۱. استناد به اصل برائت: مهم‌ترین دلیل این گروه برای توجیه نظر خود، استناد به اصل برائت است.^{۳۲} مقتضای این اصل آن است که متهم را بریء از هرگونه تکلیف و وظیفه‌ای بدانیم. متهم بی‌گناه فرض می‌شود و برای اثبات بی‌گناهی خویش نیاز به اقامه دلیل ندارد.

همان‌طور که گفته شد، صدور حکم محکومیت باید بر قطع و یقین استوار باشد. هرگاه متهم ادعای شرایط مساعدی را مطرح کند، موجب بروز شک و تردید می‌شود و در صورتی که طرف مقابل قادر به رفع آن نباشد، دادگاه چاره‌ای جز صدور حکم برائت ندارد.

۲. **استناد به تمایز امور مدنی و امور کیفری:** قاعده انقلاب دعوی، مختص امور و دعوی مدنی است و نباید آن را به دعاوی کیفری تسری داد؛ چراکه تفکیک حقوق جزا از حقوق مدنی اساساً به دلیل اختلاف اهداف و ماهیت موضوعات هر کدام است. هدف هر دو تأمین مصالح فردی و اجتماعی است،

۳۰. منصورآبادی، بار اثبات شرائط مساعد به حال متهم، ۳۴۸.

۳۱. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۱۵.

۳۲. نک: محقق حلی، شرائع الاسلام، ۸۳ تا ۸۱/۴.

ولی در حقوق جزایی مصالح اجتماعی و عمومی در اولویت قرار گرفته است و به همین دلیل اصل در جرایم، بر غیرقابل گذشت بودن جرایم است، درحالی که در حقوق مدنی مصالح فردی اولویت دارد. در ارجاع امور مدنی طرفین دعوی از نظر قاضی برابرند و هیچ یک بر دیگری رجحان ندارند. ازاین رو، قاضی باید کاملاً بی طرف قضاوت کند، درحالی که در امور کیفری هم محکومیت و هم برائت متهم هر دو بُعد اجتماعی و عمومی دارند و اجرای عدالت به این دو وابسته است. بی طرفی قاضی در امور مدنی قاعده انقلاب دعوی را توجیه پذیر می کند ولی اجرای عدالت اجازه اعمال آن را در امور کیفری نمی دهد.^{۳۳}

۳. استناد به تمایز جایگاه مقام تعقیب در امور کیفری و مدنی: اگرچه مقام تعقیب در دادگاه های کیفری نقشی مانند مدعی در امور مدنی را ایفا می کند، ولی از جایگاه متمایزی برخوردار است. در امور مدنی مدعی در پی احقاق حق فردی و شخصی خود در مقابل مدعی علیه است و همچنین مدعی علیه از موقعیت برابر برخوردار است ولی مقام تعقیب در مقام تأمین منافع و نیازهای شخصی خویش نیست، بلکه تأمین کننده مصالح و منافع عمومی است و از موقعیت برتری نسبت به متهم برخوردار است. متهم نیز یکی از افراد جامعه است و مقام تعقیب باید از وی نیز حمایت کند و برائت و محکومیت متهم نزد وی برابر باشد و اصراری بر محکومیت او نداشته باشد، بلکه تلاش او باید به منظور احراز واقع و اجرای عدالت باشد.^{۳۴} همان طور که ماده ۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری سابق نیز مقرر می داشت: «مستتقی باید با کمال بی غرضی تحقیقات را نموده، در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است فرقی نگذارد.» همین مقرر در ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز انعکاس یافته است.

باید توجه داشت که متهم در غالب موارد از امکانات کمتری برای اثبات شرایط مساعد برخوردار است، به ویژه در مواردی که در بازداشت باشد. بنابراین، در روند رسیدگی کیفری نباید به دست فراموشی سپرده شود و مقام تحقیق (بازپرس) نسبت به سرنوشت او نباید بی تفاوت باشد.

این نظریه در حقوق انگلیس زیاد مدنظر قرار گرفته است^{۳۵} و رویه قضایی در پرونده های متعددی به طور صریح یا ضمنی بر این قاعده - که بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم بر عهده مقام تحقیق (بازپرس) است - تأکید ورزیده است.^{۳۶}

۳.۲. نظریه دوم: بار اثبات بر عهده متهم

معتقدان به تکلیف متهم به اثبات، بحث یکسانی اعمال قاعده «البینه علی المدعی» در امور کیفری و

۳۳. احمد طه، ۶۶ به نقل از: منصورآبادی، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، ۳۵۸.

۳۴. گارو، ۲۶۷ به نقل از: منصورآبادی، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، ۳۵۹.

۳۵. قیاسی، بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقهیان، ۱۱۶.

۳۶. رحمدل، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، ۱۰۶.

مدنی را مطرح می‌کنند. به نظر این گروه همان‌گونه که در امور حقوقی و مدنی طبق قاعده مذکور خواهان مکلف به اثبات ادعای خود است، در امور کیفری نیز متهم مکلف به اثبات هر ادعایی است که در فرایند رسیدگی کیفری مطرح می‌کند.

باید توجه داشت که الزام متهم به اثبات ادعا نافی تکلیف دادستان در اثبات دعوی عمومی با عناصر مشکله آن نیست. بنابراین نباید تصور کرد که منظور از تکلیف متهم به اثبات، تکلیف وی به اثبات بی‌گناهی خود است، بلکه منظور آن است که در مواردی که همانند دعاوی غیرکیفری، انقلاب دعوی صورت می‌گیرد، متهم مکلف به اثبات ادعای مطروحه در مقابل ادعای دادستان است.

این گروه برای تقویت نظریه خود به اصولی استناد کرده‌اند که در ذیل به اجمال اشاره می‌شوند:

ا. اصل توازن عقلی و آزادی اراده: وقتی مقام تعقیب یا شاکی در دادرسی جزایی بتواند ارتکاب جرم و انتساب آن را به متهم اثبات کند، گناهکاری وی برای دادگاه محرز می‌شود. حال چنانچه متهم ادعا کند به علت وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری همچون جنون و مستی و... دارای مسئولیت کیفری نیست، ادعای او حداکثر می‌تواند این تردید را به وجود آورد که آیا وی مسئول است یا نه؟ در چنین حالتی دادگاه باید با اتکال بر اصل «توازن عقلی و آزادی اراده» رفع تردید کند؛ یعنی اگر متهم ادعای خود را اثبات کند، ادعای ثابت‌شده مقام تعقیب بی‌اثر خواهد شد و در نتیجه، برای دادگاه رفع تردید می‌شود. در غیر این صورت، دادگاه باتوجه به اصل «صحت و سلامت عقل» رسیدگی خواهد کرد.

ب. اصل جلوگیری از تضییع حقوق و حل و فصل دعاوی: اگر متهم در مقابل ادعاهایش مکلف به اثبات نباشد، دستاویزی می‌شود برای اینکه هر متهمی بتواند با طرح ادعایی که احیاناً از طرف مقام تعقیب و شاکی اثبات‌شدنی نیست، از احقاق حق و فصل خصومت جلوگیری کند. وقتی متهم مکلف به اثبات ادعای خود باشد، اصولاً ادعایی مطرح می‌کند که قادر به اثبات آن است.

ج. اصل برتری متهم برای اثبات شرایط مساعد: وقتی متهم در مقام دفاع از خود، مدعی وجود جهاتی می‌شود که در مجازات او مؤثر است، اصولاً از موقعیت بهتری برای اثبات ادعای خود نسبت به مقام تعقیب یا شاکی برخوردار است. به طور معمول هرکس برای تأمین منابع خویش بیشتر تلاش می‌کند.^{۳۷}

۳.۳. نظریه سوم: تفصیل در بار اثبات شرایط مساعد

باتوجه به آنچه گذشت، در پاره‌ای موارد مقام تعقیب مکلف به اثبات شرایط مساعد است و در موارد دیگر این تکلیف بر عهده متهم قرار دارد.

۳۷. منصورآبادی، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، ۳۵۴.

البته در خصوص معیار تفکیک شرایط مساعد از این حیث، میان طرفداران این نظریه اختلاف نظر وجود دارد. بعضی به جنبه شخصی یا عمومی شرایط مزبور توجه کرده و سیاست افتراقی مقنن به تبعیت از شرع را مطرح کرده‌اند^{۳۸} و بعضی جنبه نظری و عملی آن‌ها را مد نظر قرار داده‌اند. گروه نخست بر این باورند که اگر شرط مورد ادعا دارای جنبه عمومی و حق الهی محض باشد، تکلیف اثباتی متوجه مقام تعقیب یا دادستان است و در صورتی که شرط مورد ادعا دارای جنبه شخصی و حق الناسی باشد، اثبات آن بر عهده شاکی یا مدعی خصوصی است.^{۳۹}

گروه دوم که بر جنبه نظری یا عملی شرایط مساعد متهم تأکید می‌کنند بر این باورند که به فرض آنکه از نظر نظری و دکرین تردیدی وجود نداشته باشد که بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم بر عهده مقام تعقیب و دادگاه قرار دارد، باید اذعان کرد که از نظر عملی وضعیت عکس است؛ چراکه در عمل، مقام تعقیب همواره در پی اثبات اتهام و متهم در پی رفع اتهام از خود است.^{۴۰}

۳. ۴. نظریه چهارم: دیدگاه نهایی

باتوجه به متون فقهی و مواد قانونی الهام گرفته از فقه شاید بتوان گفت نظر صحیح تر آن است که گفته شود قاعده بینه قاعده‌ای کلی است و در همه جا (چه امور حقوقی و چه امور کیفری) جاری و ساری است. هرکس که ادعایی دارد، طبق آن باید ادعای خود را اثبات کند؛ یعنی انقلاب دعوی همان گونه که در امور مدنی مقبول است، در امور کیفری نیز مقبول است؛ چراکه هیچ یک از فقها قائل به اختصاص این قاعده به امور حقوقی نشده‌اند. البته این نکته را نباید از توجه دور داشت که در فقه و به تبع آن در قانون، مواردی از این اصل کلی استثنا شده است. این موارد استثنا به جرایمی مربوط می‌شود که حدی هستند و جنبه حق الهی محض دارند و اثبات ادعا در آن‌ها توسط متهم لازم نیست.

۳. ۴. ۱. دفع التباس

شاید نکته‌ای که برخی را به اشتباه انداخته و باعث شده است که قول به تفصیل میان جرایم عمومی و جرایم خصوصی را مطرح کنند، همین نکته باشد که در جرایم عمومی و حق الهی بار اثبات بر عهده متهم نیست. توجه به این نکته مهم است که میان اینکه بار اثبات بر عهده متهم نباشد و اینکه بار اثبات بر عهده مقام تعقیب باشد، تفاوت وجود دارد. آنچه در فقه مطرح است این است که در جرایم حق الهی متهم به اثبات ادعای خود نیازی ندارد و به صرف ادعا تبرئه می‌شود، اما آنچه بعضی با تعبیر «سیاست افتراقی مقنن

۳۸. نک: تقریرات درس ادله اثبات دعوی، اکرمی، دانشگاه قم، نیم سال اول ۱۳۹۲.

۳۹. نک: ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری.

۴۰. منصورآبادی، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، ۳۶۰.

در شرایط مساعد به حال متهم» بیان می‌کنند این است که با ادعای متهم، شاکی یا مقام تعقیب باید خلاف آن را اثبات کند، درحالی‌که فقها این مطلب را نگفته‌اند و از مواد قانونی نیز این مطلب برداشت نمی‌شود.

اکنون برای مستندشدن بحث، به چند نمونه از کلام فقها استناد می‌کنیم:

فاضل آبی بیان می‌کند: «و لو ادّعی المنکر البراء و الاداء انقلب مدعیاً».^{۴۱} محقق نیز دقیقاً همین مطلب را آورده است.^{۴۲}

فاضل آبی نیز می‌فرماید: «و لو ادّعی ذهاب نظره عقیب الجنایة و هی قائمة احلف بالله القسامة».^{۴۳} همچنین علامه می‌فرماید: «ولو اقرّ بعین ماله لشخص... و لو ادّعی المقرّ الاکراه لم یقبل الا بالبينة... و لو ادّعی الجنون حال الاقرار افتقر الى البينة».^{۴۴}

سیدعلی طباطبایی نیز می‌فرماید: «لو قتل رجلاً و ادّعی انه وجد المقتول مع امرأته یزنی بها، قتل به مع اعترافه بقتله صریحاً الا ان یقیم البينة».^{۴۵} شهید ثانی^{۴۶} و فاضل هندی^{۴۷} نیز آن را بیان می‌دارند. سبزواری بیان می‌کند: «لو قامت البينة بالقتل و ادّعی الجانی عدم التکلیف کالجنون و غیره لا یقبل منه الا بالحجة الشرعیة».^{۴۸}

این موارد که از ابواب مختلف فقه اعم از جنایات، حدود و امور حقوقی مطرح شد و دهها مورد دیگر که در ابواب مختلف فقه وجود دارد، بیان‌کننده این مطلب است که اصل اولیه و فراگیر همان عمومیت قاعده بینه است که هرکس مدعی مطلبی می‌شود باید آن را اثبات کند. از این رو می‌بینیم مقنن در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی این مطلب را به صراحت پذیرفته و بیان می‌دارد: «هرکس مدعی حقی باشد، باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع مدعی امری باشد که محتاج دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست». البته در پاسخ به این اشکال که ماده مذکور مربوط به قانون مدنی و دعاوی حقوقی است، نه دعاوی کیفری، باید گفت: باتوجه به اینکه این ماده از قاعده عمومی «البينة علی المدعی» در فقه اخذ شده و از طرفی در فقه میان امور حقوقی و کیفری تفاوتی نیست، این اشکال پذیرفتنی نیست. به همین دلیل می‌بینیم مقنن در قانون جدید مجازات اسلامی موارد عدیده‌ای را مبتنی بر همان قاعده بیان می‌دارد. برای مثال، ماده

۴۱. آبی، کشف الرموز، ۵۰۳/۲.

۴۲. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۸۱/۴.

۴۳. آبی، کشف الرموز، ۶۶۶/۲.

۴۴. علامه حلی، تحریر الاحکام، ۴۰۱/۴.

۴۵. طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۲۷۵/۱۶.

۴۶. طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۱۲۰/۹.

۴۷. فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۸۶/۱۰.

۴۸. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۵۲/۲۸.

۳۰۷ کسی را که مدعی این است که جرم را در حالت مستی انجام داده است، موظف به اثبات ادعای خود کرده است. همچنین ماده ۳۰۳ کسی را که مدعی دفاع مشروع یا قتل در فراش یا مهدورالدم بودن مقتول است، مکلف به اثبات ادعای خود کرده است. ماده ۳۰۹ نیز ادعای ابوت را از مدعی در صورت اثبات آن پذیرفته است. البته در برخی موارد اصل قانونی بر اثبات ادعای متهم است و باید مدعی جرم آن را اثبات کند.^{۴۹}

۳. ۴. ۲. موارد عدول فقها از قاعده بینه در حدود حق الهی

با وجود اصل مذکور باید گفت در بحث حدودی که جنبه حق الهی محض دارند، فقها تقریباً از این اصل عدول کرده و اجرای این اصل کلی را لازم ندانسته‌اند. البته آنچه از مضامین روایی و فقهی به دست می‌آید این است که این عدول نه به دلیل وارد کردن نوعی استثنا به این اصل است، بلکه به دلیل بخشش و رحمتی است که شارع مقدس نسبت به بندگان دارد و این رحمت تا اندازه‌ای وسیع و شایع است که بزرگان و علمای بسیاری قاعده و جوب لطف را از آن تأسیس کرده و در مسائل مختلف به آن استناد کرده‌اند. در واقع، می‌توان گفت همان‌گونه که طبق روایات، شیوه شارع مقدس در قیامت بر تسامح و تساهل خصوصاً نسبت به مؤمنان است، شارع بر آن بوده که این شیوه را در دنیا نیز اعمال کند و این‌گونه زندگی را نیز به مردم آموزش دهد که بیشتر به فکر گذشت و عفو باشند تا قصاص.

از آنجایی که در جرایم حق الناسی افزون بر شارع مقدس، مردم نیز صاحب حق هستند؛ فقها این شیوه را منحصر به جرایم حق الهی محض کرده‌اند. به همین دلیل می‌بینیم فقها در مسائل مختلفی که فقط حق الله است، به صرف ادعای متهم و حداکثر با بیان این مطلب که احتمال صدق متهم وجود داشته باشد، کلام او را می‌پذیرند و او را تبرئه می‌کنند بدون اینکه قاضی را به اثبات بطلان حرف او موظف کنند. برای اثبات این مطلب به چند نمونه از کلام فقها اشاره می‌شود:

شهید ثانی در کتاب الحدود در بحث ارتداد می‌فرماید: «و کذا لا حکم لردة الغافل و الساهی و النائم و من رفع الغضب القصده و تقبل دعوی ذلک کله.»^{۵۰} وی همچنین در بحث شرب خمر و ادعای جهل و اکراه می‌فرماید: «و لو ادّعی الاکراه قبل.»^{۵۱}

فاضل آبی در بحث لواط مولا با عبد بیان می‌دارد: «و لو ادّعی العبد الاکراه درئ عنه الحد.»^{۵۲} همین مطلب را علمای زیادی در بحث لواط مطرح کرده و پذیرفته‌اند، از جمله: شیخ طوسی، سیدعلی

۴۹. نک: ماده ۱۵۱ و ۱۵۳ ق.م.ا.

۵۰. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳/ ۳۰۴.

۵۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۷۸.

۵۲. آبی، کشف الرموز، ۵۵۹/۲.

طباطبایی، علامه در کتب متعدد خود. علامه در بحث زنا می‌فرماید: «و لو تزوج المعتدة عالماً حدّ مع الدخول و کذا المرأة و لو ادّعى احدهما الجهالة المحتملة قبل.»^{۵۳}

علامه همچنین در بحث سرقت که جرمی حق‌اللهی و حق‌الناسی است، در بحث شرط در حرز بودن مال و مواردی که نگاه مالک را به‌عنوان حرز می‌داند و می‌فرماید: «و لو ادّعى السارق ان المالك نام و ضیع (الحرز) سقط الحد بمجرّد الدعوى.»^{۵۴}

شهید اول در بحث سرقت می‌فرماید: «و لو ادّعى السارق الهبة او الاذن او الملك حلف المالك و لا قطع.»^{۵۵}

محقق اردبیلی در بحث ارتداد بیان می‌دارد: «و لو ادّعى الاكراه و قال انا كنت مكرها فی الارتداد قبل و سمع ذلك.»^{۵۶} علامه نیز همین مطلب را در کتابی دیگر ذکر کرده است.^{۵۷}

این موارد و موارد متعدد دیگر به‌خوبی مطلب را روشن می‌کند. از این رو می‌بینیم مقنن در ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «هرگاه متهم به زنا مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می‌شود، مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود.» با دقت در این ماده متوجه این مطلب می‌شویم که ماده نگفته است بازپرس در پی اثبات خلاف برود، بلکه گفته است: «اگر خلاف آن ثابت بشود»؛ به عبارتی، طبق این ماده، میان مکلف کردن مقام قضایی به اثبات خلاف -همچنان که این مطلب مدّ نظر کسانی است که مدعی سیاست افتراقی مقنن هستند- و ثابت شدن خلاف، تفاوت عمده‌ای وجود دارد. اثبات خلاف مثل اینکه اگر شهود شهادت دهند که زانی با علم به عدم زوجیت و وطی به شبهه، زنا کرده است. خلاصه می‌توان نتیجه گرفت که مقنن وظیفه‌ای در اثبات خلاف بر عهده مقام قضایی قرار نداده است.

همچنین در ماده ۱۵۵ ادعای جهل به حکم در حدود پذیرفته شده است، بدون اینکه قاضی را ملزم به اثبات خلاف آن کند. همچنین ماده ۲۱۸ در حدودی که حق‌الله هستند، ادعای فقدان علم یا قصد یا یکی از موانع مسئولیت کیفری را به‌صرف احتمال صدق گفتار پذیرفته و بازپرس را مکلف به تحقیق و کشف خلاف نکرده است.

۳. ۴. ۳. موارد تردید فقها از قاعده بینه در حدود حق‌الناسی

۵۳. علامه حلی، تبصرة المتعلمين، ۱۸۴.

۵۴. علامه حلی، تحرير الأحكام، ۳۶۲/۵.

۵۵. شهید اول، اللعة الدمشقية، ۲۶۱.

۵۶. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۳۱۵/۱۳.

۵۷. علامه حلی، تحرير الأحكام، ۳۹۰/۵.

مواردی در فقه دیده می‌شود که گرچه مورد مربوط به جرایم حق الناسی است و باید طبق قاعده بینه عمل شود، ولی فقها در آن دچار تردید شده‌اند؛ مانند ادعای موت مقتول قبل از جنایت توسط قاتل. در اینجا میان فقها در قصاص یا دیه اختلاف است. برخی همچون شیخ طوسی^{۵۸} و علامه^{۵۹} به دلیل تعارض اصل برائت و اصل حیات؛ یعنی استصحاب حیات در مسئله توقف کرده‌اند و بعضی مانند ابن‌ادریس^{۶۰} بار اثبات را بر عهده جانی دانسته و بعضی هم مانند محقق حلی قول جانی را به دلیل اصل عدم‌ضمان مقدم دانسته‌اند.^{۶۱}

همچنین در بحث قطع عضو و ادعای ناقص بودن مورد جنایت قبل از جرم، در ثبوت قصاص یا دیه میان فقها اختلاف شده است؛ بعضی از فقها مانند شیخ طوسی قول جانی را به دلیل اصل برائت مقدم دانسته و به دیه اکتفا کرده‌اند.^{۶۲} بعضی مانند ابن‌ادریس قول مجنی‌علیه را مقدم دانسته و حکم به قصاص کرده‌اند، مگر اینکه جانی حرف خود را اثبات کند.^{۶۳} بعضی هم میان عضو ظاهر و باطن فرق گذاشته‌اند؛^{۶۴} با این استدلال که عضو ظاهر رؤیت‌شدنی است. از این رو، امکان آوردن شاهد و دلیل برای ناقص بودن آن در قبل از جنایت وجود دارد، برخلاف عضو باطن.^{۶۵}

شاید با نگاه اول به این موارد در فقه کسی به آن اصل کلی یعنی عمل بر طبق قاعده «البینه علی المدعی» خدشه وارد کند که در همه جا مورد عمل فقها نیست و مواردی وجود دارد که با وجود اینکه جرم مربوط به جرایم حق الناسی است ولی حداقل بعضی از فقها بار اثبات ادعا را بر عهده مدعی نگذاشته‌اند، در پاسخ می‌گوییم: ابتدای نوشتار تذکر داده شد که بحث از ادله اثبات دعوی در سه مرحله مطرح می‌شود. مرحله دوم، مرحله مربوط به اصول و ظواهر و امارات بود. بحث‌هایی که فقها در این گونه موارد مطرح کرده‌اند در مرحله دوم است؛ یعنی اختلاف در این است که در مرحله عمل به اصول، کدام اصل مقدم است: آیا اصل بقای حیات یا اصل برائت؟ پس اختلاف فقها در این مورد است، وگرنه اگر اصل و اماره‌ای در کار نباشد و نوبت به مرحله سوم برسد همه فقها بالاتفاق معتقدند که مدعی باید حرف خود را ثابت کند.

۵۸. شیخ طوسی، المبسوط، ۱۰۷/۷.

۵۹. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۶۱/۲.

۶۰. ابن‌ادریس، السرائر، ۳۶۹/۲.

۶۱. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲۳۴/۳.

۶۲. شیخ طوسی، المبسوط، ۲۰۲/۵، مسئله ۷۶.

۶۳. ابن‌ادریس، السرائر، ۳۲۲/۲.

۶۴. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱۲/۴۲.

۶۵. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۱۷/۲.

در این زمینه نیز می‌توان به تبصره ۲ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی که در ارتباط با دفاع مشروع به‌عنوان یکی از علل موجهه جرم مطرح شده است، اشاره کرد. متن تبصره بدین شرح است: «هرگاه اصل دفاع محرز باشد ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد، اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بر عهده مهاجم است.» فرض این ماده در جایی است که کسی به استناد دفاع مشروع به دیگری آسیبی وارد می‌سازد که در اینجا برای خلاصی از مسئولیت کیفری باید مشروع بودن دفاع خود را ثابت کند، چون مدعی امری شده است. از این رو، اثبات آن امر هم بر عهده خود اوست.

حال تبصره ۲ این ماده صورتی را مطرح می‌کند که دفاع‌کننده اصل دفاع مشروع را ثابت می‌کند؛ یعنی ثابت می‌کند که طرف مقابل به او حمله کرده و او در مقام دفاع از خود به او آسیب رسانده است، اما از اثبات شرایط دفاع مشروع مانند شرط ضرورت دفاع یا تناسب دفاع با حمله یا عدم امکان توسل به قوای دولتی عاجز است. در اینجا شاید طبق آن قاعده کلی باید بگوییم او مدعی است و همچنان که اثبات اصل دفاع بر عهده اوست، اثبات شرایط دفاع هم بر عهده اوست، ولی تبصره این ماده خلاف این مطلب را بیان داشته و بار اثبات عدم وجود شرایط را بر عهده مهاجم قرار داده است. پس می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که همیشه بار اثبات ادعا بر عهده مدعی نیست. باید در جواب گفت همچنان که پیش از این گفته شد، تا جایی که حل مسئله در مرحله اول و دوم ممکن باشد، نوبت به مرحله سوم نمی‌رسد و مرحله دوم شامل اصول، ظواهر و امارات می‌شود. در اینجا گرچه شاید اصلی مساعد به حال دفاع‌کننده وجود نداشته باشد، اما می‌توان ادعا کرد ظاهر حال، مساعد و همراه اوست؛ چراکه وقتی ثابت شود کسی به دیگری حمله کرده است و او طبق دریافت‌های عقلی و حکم عقلا اقدام به دفاع از خود کرده است، ظاهر حال چنین فرضی بیانگر آن است که این شخص همچنان که در اصل دفاع تعدی نکرده و طبق عرف عمل نکرده است، در شرایط دفاع نیز تعدی نکرده است. اما طرف مقابل که در واقع مهاجم بوده و اصل عمل او مجاز نبوده است، ادعایش مبنی بر فقدان شرایط دفاع مشروع خلاف ظاهر است و کسی که برخلاف ظاهر ادعایی دارد، باید ادعای خود را ثابت کند. پس اینکه تبصره ۲ ماده ۱۵۶ قانون مجازات بار اثبات را بر عهده مدعی نگذاشته است، نقضی بر مدعای ما نیست. فقها نیز دقیقاً عین همین مطلب را در بحث دفاع از عرض، ناموس و جان و کشتن متجاوز مطرح کرده و بیان داشته‌اند که اثبات اصل تجاوز کفایت می‌کند؛ یعنی همین قدر که مدافع بتواند اثبات کند کسی با شمشیر کشیده به خانه او حمله کرده و او مهاجم را کشته است، مسئولیتی ندارد، هر چند اینکه نتواند قصد او از این حمله را ثابت کند که آیا قصد جان را داشته یا مقصودش کمتر از آن بوده است.

همچنین موردی که شاید به‌عنوان خدشه به ذهن تبادر کند، مواردی مانند ادعای ابوت در قتل است که

مشهور فقها قائل به رفع قصاص و اثبات دیه شده‌اند، بدون اینکه جانی را موظف به اثبات ادعای خود کنند.^{۶۶} در مقابل، فقهایمانند سبزواری^{۶۷} و آیت‌الله خویی^{۶۸} خلاف مشهور نظر داده‌اند. در این باره باید گفت این اختلاف ناشی از اختلاف در قبول آن اصل کلی نیست، بلکه اختلاف بر سر این است که آیا ابوت مانع قصاص است یا اینکه عدم ابوت شرط قصاص، یعنی اختلاف در شرطیت و مانعیت است و اصلاً ربطی به قبول آن اصل کلی ندارد.

نتیجه‌گیری

حاصل مباحث مطروحه اینکه گرچه معکوس شدن بار اثبات در ظاهر با قانون اساسی که اصل را بر برائت قرار داده است، در تعارض است و این اصل بر اطلاق و عموم تمامی قوانین عادی حاکمیت دارد و در قوانین عادی نمی‌توان حکمی خلاف قانون اساسی وضع کرد؛ ولی در مقام عمل به نظر می‌رسد چاره‌ای جز پیش‌بینی فروض قانونی نیست و عملاً و عقلاً برای دادستان امکان اثبات تمامی عناصر تشکیل‌دهنده جرم وجود ندارد. همچنین با توجه به اینکه مبنای اصل برائت اوضاع و احوالی است که براساس آن قانونگذار اصل را بر برائت می‌نهد، موارد مربوط به فروض قانونی خلاف اصل برائت را نشان می‌دهد و براین اساس متهم که ادعای خلاف می‌کند، باید ادعای خود را اثبات کند. پس باید گفت نظریه دوم با یک استثنا در بعضی جرایم، یعنی جرایم حق‌اللهی صرف با مبانی فقهی سازگارتر است و مقنن همان‌گونه که به صواب در قانون مجازات اسلامی این راه را رفته است، در دیگر قوانین نیز باید از این نظریه تبعیت کند. از این رو می‌توان گفت نظام حقوقی ایران با تلفیق اصل برائت و تکلیف اثباتی متهم در موارد خاص، راه میانه‌ای را برگزیده است که از سویی با مبانی فقهی سازگار است و از سوی دیگر کارایی نظام عدالت کیفری را افزایش می‌دهد. به عبارت دیگر، اگرچه اصل، برائت متهم است؛ اما در مواردی که متهم با طرح ادعاهای خاص (مانند دفاع مشروع) در صدد تغییر وضعیت حقوقی خود بر می‌آید، منطق حقوقی و فقهی حکم می‌کند که بار اثبات این ادعاها بر عهده خود وی باشد. این امر نه تنها نقض اصل برائت نیست، بلکه تضمینی برای تعادل میان حقوق متهم و اقتدار نظام قضایی به شمار می‌رود.

منابع

آبی، حسن بن ابی طالب. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

۶۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۷۱/۴۲.

۶۷. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۳۲/۲۸.

۶۸. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۷۳/۲.

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۲۶ق.
- آشوری، محمد. آیین دادرسی کیفری. تهران: سمت. چاپ هفتم، ۱۳۸۱.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. در مجموعه سلسله النایب الفقهیة. بیروت: دار الاسلامیة. ۱۴۱۰ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی. تهران: میزان. چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
- اصفهان، محمدحسین. نهاية الدراية فی شرح الکفایة. قم: سیدالشهدا. ۱۳۷۴ق.
- اکرمی، روح الله. تقریرات درس ادلة اثبات دعوی. دانشگاه قم، نیم سال اول ۱۳۹۲.
- امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: ابوریحان. چاپ ششم، ۱۳۶۴.
- بجنوردی، سیدحسن. القواعد الفقهیة. قم: هادی. ۱۴۱۹ق.
- تبریزی، جواد. اسس القضاء و الشهادة. قم: دفتر مؤلف. بی تا.
- حسینی حائری، کاظم. القضاء فی الفقه الإسلامی. قم: مجمع اندیشه اسلامی. ۱۴۱۵ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین الفقهیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۷ق.
- خمینی، روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی. ۱۴۲۱ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. ۱۴۲۲ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی. ۱۴۱۸ق.
- رحمدل، منصور. «قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری»، نشریه حقوق اساسی. س ۴، ش ۸، تابستان ۱۳۸۶، ۱۰۲ تا ۱۲۱.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى. مهذب الأحكام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی. تهران: دراک. چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث-الدار الإسلامیة. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة. قم: کتابفروشی داوری. ۱۴۱۰ق.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- صدر، سیدمحمدباقر. بحوث فی علم الاصول. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. ریاض المسائل. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۸ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر. ۱۴۱۱ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.

غلامی و دیگران: اثبات شرایط مساعد به حال متهم از منظر فقه امامیه و تطبیق آن با حقوق ایران / ۱۵۱

- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- غلامی، عبدالله. زمینه‌های قانون‌گذاری در قرآن کریم و کتاب مقدس با تکیه بر روایات. پایان‌نامه دکتري. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی-واحد تهران مرکزی. بهمن ۱۳۹۲.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون اصلاح قانون تشکیل دادسرای عمومی و انقلاب.
- قانون آیین دادرسی کیفری.
- قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲).
- قانون مدنی.
- قیاسی، جلال‌الدین. «بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقهیان»، مجله تخصصی فقه و اصول. ش ۳، زمستان ۱۳۸۶، ۱۱۳ تا ۱۲۹.
- قیاسی، جلال‌الدین. روش تفسیر قوانین کیفری. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر. اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان. چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم کنونی. تهران: دادگستر. ۱۳۷۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۰۳ق.
- منصورآبادی، عباس. «بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر آشوری). تهران: سمت. ۱۳۸۳، ۳۳۰ تا ۳۷۴.

Transliterated Bibliography

- Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭalīb. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2005/1426.
- Akrāmī, Rūḥ Allāh. *Taqrīrāt Dars Adalīh-yi Ithbāt Da'wī*. University of Qom, Nimsāl Awwal. 2014/1392.
- 'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta'allimīn fī Ahkām al-Dīn*. Tehran: Mū'assisa Chāp va Nashr. 1991/1411.
- 'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Shar'īyah 'alā Mazhab al-Imāmiyya*. Qum: Imām

Şadiq(AS). 1999/1420.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shr’a fi Ahkām al-Shari’a*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.

Ardabilī, Muḥammad ‘Alī. *Huqūq Jazāy ‘Umūmī*. Tehran: Mizān, Chāp-i Nūzdahum, 1967/1387.

Āshūrī, Muḥammad. *Āyīn Dādrasī Kayfārī*. Tehran: Samt. Chāp-i Haftum, 1962/1381.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. 1998/1419.

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

Ghulāmī, ‘Abd Allāh. *Zamīnīh-hā-yi Qānūnguzārī dar Qurān-i Karīm va Kitāb Muqadas bā Tikīyih bar Rivāyāt*. Pāyānnāmāh-yi Dukturā. Tehran: Islamic Azad University- Tehran Central Branch, Bahman 2014/1392.

Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-Anāwīn al-Fiqhiyah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.

Ḥusaynī Ḥā’irī, Kāzim. *al-Qaḍā’ fi al-Fiqh al-Islāmī*. Qum: Majma’ Andīshih-yi Islāmī., 1995/1415.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Tahrīr al-Fatāwī dar Majmū’ah Silsilah al-Yanābrī al-Fiqhiyah*. Beirut: Dār al-Islāmīya. 1990/1410.

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

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Abūriyḥān, Chāp-i Shishum, 1986/1364.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fi Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Sayyid al-Shuhadā, 1996/1374.

Kātūziyān, Nāṣir. *Ithbāt va Dalīl Ithbāt*. Tehran: Mizān. Chāp-i Duvūm, 2004/1382.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qānūn-i Madanī dar Nazm Kunūnī*, Tehran: Dādkustar, 1999/1377.

Khū’ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āsār al-Imām al-Khū’ī, 2001/1422.

Khū’ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Mawsū’at al-Imām al-Khū’ī*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āsār al-Imām al-Khū’ī, 1997/1418.

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

Manṣūrābādī, ‘Abbās. "Bār Ithbāt Sharāyiḥ Musā’id bi Ḥāl Mutaham". *‘Ulūm Jināyī (Majmū’ah Maqālāt*

dar Tajlil az Duktur Āshūrī). Tehran: Samt, 2004/1383, 330-374.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Duvūm, 1988/1408.

Muqaddas Ardabili, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'idā wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*.

Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1983/1403.

Qānūn Iṣlāḥ Qānūn Tashkīl Dādsarāy 'Umūmī va Inqilāb.

Qānūn-i Asāsī Jumhūrī Islāmī Irān.

Qānūn-i Āyīn Dādrasī Kiyfari.

Qānūn-i Madanī.

Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī (Muṣavvab 2014/1392)

Qiyāsī, Jalāl al-Dīn, *Ravish Tafsīr Qānūn-i Kiyfari*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1960/1379.

Qiyāsī, Jalāl al-Dīn. "Bār Ithbāt Dalīl dar 'Avāmīl Musā'id bi Naf' Mutaham az Dīdgāh Faqīhān". *Majallih-yi Takhaṣṣi Fiqh va Uṣūl*. no. 3, winter 2007/1386, 113-129.

Raḥmdīl, Manṣūr. "Qānūn-i Asāsī va Bār Ithbāt dar Umūr Kiyfari". *Nashriyeh-yi Huqūq Asāsī*. Yr. 4, no. 8, summer 2007, 102-121.

Sabzawārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. *al-Muḥadhdhab al-Aḥkām*. Qum: al-Minār. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū'assisa Dāyira al-Ma'ārif-i Fiqh Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī, Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiya fī Fiqh al-Imāmiya*. Beirut: Dār al-Turāth al-Islāmīya, 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahīya*, Qum: Kitābforūshī, Dāwarī, 1990/1410.

Shams, 'Abd Allāh. *Āyīn Dādrasī Madanī*. Tehran: Dirāk, Chāp-i Panjum, 2007/1385.

Shaykh Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-Ihya' al-'Āsār al-Ja'fariya. 1968/1387.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Riyāḍ al-Masā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1997/1418.

Tabrizī, Javād. *Ususu al-Qaḍā' wa al-Shahādāda*. Qum: Daftar-i Mu'ālif. s.d.



A Deliberation on the Blood Money (*diyyah*) for Internal Organs and the Approach of Imāmi Jurists Toward it

Dr. Mohammad Ferdosi Poor (Corresponding Author)

Lecturer, Department of Fiqh and Foundations of Law, Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran

Email: m.h.mohamad6334@gmail.com

Dr. Hossein Ahmari

Associate Professor Department of Fiqh and Foundations of Law, Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

Islamic *Shari'a* provides mechanisms such as *diyyah* and '*arsh*' for compensating harm resulting from offenses against the human body. With respect to offenses involving internal organs, however, there is no specific proofs establishing the applicable *diyyah*. This issue has received attention in recent years; however, the ruling is not the same across the writings of either based on Jurisprudence articulating the ruling (*fatvā*) or argumentative jurisprudence. Against this background, the present study examines the issue through library research and a descriptive-analytical methodology. An examination of the jurists' views reveals three principal positions: 1. *diyyah* being obligatory; 2. '*arsh*' being obligatory; and 3. *diyyah* being applied to the principal organs, while '*arsh*' being applied to the remaining organs. Although the three positions are predominantly *fatvā*-based and are not supported by explicit textual or rational proofs, an effort is made to properly explain the asserted and possible arguments for each of the three positions. The study concludes that a crime against the internal organs gives rise to *diyyah* for three reasons: 1. the applicability of the rule of *diyyah* for paired and unpaired organs with respect to all organs of the human body; 2. consideration of the functionality of an organ for establishing *diyyah*; and the measurability of the functions of organs in the present age.

Keywords: *diyyah*, '*arsh*', internal organ, general rule of *diyyah*.



Authors retain the copyright. This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

[International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



تأملی در دیه اعضای داخلی بدن و رویکرد فقهای امامیه در مواجهه با آن

دکتر محمد فردوسی‌پور (نویسنده، مسئول) ^{id}

مدرس گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، مشهد، ایران

Email: m.h.mohamad6334@gmail.com

دکتر حسین احمدی ^{id}

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، مشهد، ایران

چکیده

در شریعت اسلامی برای جبران خسارت ناشی از جنایات وارده بر بدن آدمی یا کیفر جانی، راهکارهایی چون دیه و ارش در نظر گرفته شده است. در مورد وارد آمدن جنایت بر اعضای داخلی بدن آدمی، دلیل خاصی در دست نیست که موارد دیه را مشخص کرده باشد. در دهه‌های اخیر، این مسئله مورد توجه قرار گرفته است اما در نگاشته‌های فقه فتوایی و استدلالی حکم واحدی درباره آن به چشم نمی‌خورد. این پژوهش با عنایت به تفاوت دیدگاه‌ها، با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی تحلیلی در پی حکم مسئله است. در این راستا، با بررسی دیدگاه‌های فقیهان سه نظریه به دست آمده: ۱. وجوب پرداخت دیه؛ ۲. وجوب پرداخت ارش و ۳. ثبوت دیه در مورد اعضای رئیسه و ارش نسبت به سایر اعضا. گرچه دیدگاه‌های سه‌گانه بیشتر جنبه فتوایی داشته و مستند به ادله لفظی یا لثنی نیست، اما تلاش می‌شود دلایل ادعایی و احتمالی هریک از سه دیدگاه به‌درستی تبیین شود. دستاورد پژوهش اینکه جنایت بر اعضای داخلی به سه دلیل سبب ثبوت دیه است؛ فراگیر بودن قاعده دیه اعضای زوج و فرد نسبت به تمامی اعضای جسم آدمی، توجه به کارایی عضو برای ثبوت دیه و محاسبه پذیر بودن کارکرد اعضا در عصر کنونی.

واژگان کلیدی: دیه، ارش، عضو داخلی، قاعده عامه دیه.

مقدمه

قانونگذار آسمانی در ترسیم هدف شرایع، به‌ویژه شریعت اسلام به رعایت مصالح بندگان در معاش و معاد توجه ویژه‌ای کرده است. در این میان از مهم‌ترین مصالح بندگان که شریعت برای رعایت و حفظ آن تأکید داشته است، حفظ نفس و جلوگیری از تفویت آن است. خداوند متعال می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا؛ و هرگز نفس محترمی که خدا قتلش را حرام کرده مکشید، مگر آنکه به حکم حق مستحق قتل شود و کسی که خودش به مظلومی و ناحق ریخته شود ما به ولی او حکومت و تسلط (بر قاتل) دادیم، پس (در مقام انتقام) آن ولی در قتل و خون‌ریزی اسراف نکند که او از جانب ما مؤید و منصور خواهد بود.»^۱ براین اساس، فقهای مسلمان حفظ نفس را یکی از ضروریات خمس و در شمار اهداف عالی شریعت بر شمرده‌اند.^۲

از دیگر سو، درگیری و نزاع در روابط آدمیان تاریخچه‌ای به درازای خلقت نخستین آدمیان دارد. در اثر درگیری‌های عامدانه یا ناخواسته، هریک از طرفین دعوا دچار آسیب‌های مالی، جانی یا آبرویی می‌شوند. خسارت‌های جانی، خود به دو گونه تقسیم می‌شوند: آسیب‌های منجر به سلب حیات و آسیب‌های زیان‌رسان به اعضا. در مکاتب حقوقی گوناگون و حتی جوامع اولیه برای تأمین خسارت‌های مادی ناشی از این آسیب‌ها عقوبت‌های مالی در نظر گرفته شده است. در قانون حمورابی، روم باستان و ایران باستان، پرداخت وجهی برای تأمین این خسارت‌ها به‌عنوان راهکاری اختیاری در کنار واردآوردن آسیبی مشابه به جانی تعیین شده است.^۳ در نظام حقوقی شبه‌جزیره عربستان نیز قوانینی با عنوان دیه برای عقوبت جنایت بر اعضا در نظر گرفته شده بود تا جایی که عبارت «كَانَتْ الدِّيَةُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ» از شماری از اصحاب اجماع نقل شده است.^۴ با نگاهی به تاریخ عرب پیش از اسلام و قوانین اسلامی می‌توان دریافت که قوانین مربوط به دیه با تصحیحاتی توسط رسول خدا(ص) امضا شده‌اند.

احکام کیفری اسلامی که از جنبه پیشگیرانه به حفظ نفس یا عضو از هلاکت توجه داشته است، احکام مربوط به قصاص، دیات و ارش جنایات است. عمل به این احکام، موجب صیانت از نفس است و عمل نکردن به آن‌ها موجب هلاکت نفس خواهد بود. ازاین‌رو، لازم است احکامی که در راستای حمایت از نفس انسان تشریع شده‌اند مدنظر ویژه قرار گیرند و مطابق با مقتضیات زمان تعدیل شوند.

۱. اسراء: ۳۳.

۲. میرزای قمی، قوانین المحکمة، ۲۰۸/۳؛ کاشف‌الغطاء، مصادر الحكم الشرعی، ۱۱۱/۱؛ سبحانی، اصول الفقه المقارن فیما لا نص فیہ، ۳۵۳.

۳. نک: بجنوردی، مجموعه مقالات فقهی حقوقی، ۴۶۶ تا ۴۶۸.

۴. کلینی، الکافی، ۳۰۱/۱۴.

یکی از اهداف و حکمت‌های تشریع دیه، جبران خسارت و زیان وارده به خانواده مقتول و جلوگیری از کینه و نفرت و دشمنی احتمالی و حفظ خون انسان‌ها از پایمال شدن است. در آیات و روایات نیز درباره اصل دیه قوانین کلی بیان شده است و درباره جنایت بر اعضای ظاهری، احکام موردی مشخصی وجود دارد. براین اساس، فقهای مذاهب اسلامی درباره تعلق دیه به اعضای ظاهری و خارجی مانند دست، پا، بینی، گوش و... تقریباً اتفاق نظر دارند و این موضوع را در تألیفات فقهی خود در باب دیه بررسی کرده‌اند. اما در خصوص اعضای داخلی، ادله‌ای یافت نمی‌شود که به‌طور ویژه بیانگر حکم هرکدام از اعضا و تأثیر کیفیت جنایت بر آن‌ها بر میزان دیه باشد. هرچند فقیهان چه در صدر اسلام و چه در دوره‌های متأخر مواردی را بیان کرده‌اند؛ ولی این مهم در قوانین موضوعه از جایگاه برتری برخوردار است و در فقه کم‌تر بدان توجه شده است تا جایی که در کتب فقهی وجه تمایز اعضای ظاهری با اعضای داخلی از لحاظ تعلق یا عدم تعلق دیه به‌طور واضح روشن نشده است. این پژوهش با درک این کاستی به‌روش توصیفی تحلیلی و با بهره از منابع کتابخانه‌ای در پی یافتن حکم میزان عقوبت مالی برای جنایت بر اعضای داخلی است. برای دست‌یافتن به پاسخ این پرسش، سه دیدگاه عمومی درباره جنایت بر اعضای داخلی بدن انسان تقریر شده است و کوشش شده تا ادله ادعایی و احتمالی هریک از سه دیدگاه به‌درستی تبیین و بررسی شود. پس از اثبات ناکارآمد بودن دلایل دو دیدگاه ثبوت ارش و ثبوت انحصاری دیه در اعضای رئیسه، کوشش شده است تا دیدگاه ثبوت دیه برای اعضای داخلی با بهره از قاعده «اعضای زوج و فرد» با دلایل نوینی تقریر شود.

به نظر می‌رسد نپرداختن فقیهان به حکم جنایت بر اعضای داخلی به علل مختلفی بستگی دارد که برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

أ. در آن زمان، جنایت بر اعضای داخلی که منجر به از بین رفتن کامل منفعت عضو یا جدا شدن آن شود، به‌ندرت روی می‌داد، به‌دلیل سادگی وسایل نقلیه و کم بودن حوادث مرتبط با آن و نبود مواد شیمیایی یا مواد تشعشعی که منجر به تلف شدن این اعضا شود.

ب. در آن زمان، به‌دلیل ضعف امکانات پزشکی، در صورت از بین رفتن این اعضا، احتمال مرگ مجنی‌علیه زیاد بود، در نتیجه دیه نفس واجب می‌شد.

ج. حتی اگر تفویض یک عضو داخلی منجر به مرگ مجنی‌علیه نمی‌شد، امکانات پزشکی آن زمان این امکان را به آن‌ها نمی‌داد تا به شکل قاطع، نوع و میزان جنایت بر آن عضو را مشخص کنند تا در نتیجه برای آن دیه تعیین کنند.

اما امروزه با توجه به پیشرفت‌های چشمگیر علم پزشکی، امکان شناسایی دقیق این اعضا و میزان کارکرد

و نقش آن‌ها در حفظ حیات انسان فراهم شده است. از این رو، این ضرورت ایجاد می‌شود که به صورت دقیق‌تر و موşkافانه جنایات وارده نسبت به این اعضا بررسی شود و حکمی که به موازین و اصول شرع و مقاصد شریعت نزدیک‌تر است برای این اعضا صادر شود؛ به‌ویژه که شیوهٔ زندگی انسان تغییر کرده و جنایت بر این اعضا بیشتر روی می‌دهد. بر مبنای آنچه گفته شد، پژوهش پیش‌رو در پی پاسخ‌گویی به پرسش‌هایی از این قبیل است: وجوه افتراق عضو داخلی با عضو خارجی کدام است؟ آیا قیاس عضو داخلی بر عضو خارجی صحیح است؟ نظر حقوق‌دانان اسلامی و رویکرد فقها نسبت به دیهٔ اعضای داخلی به چه صورت است؟ روش انجام‌شده در این تحقیق، تحلیلی توصیفی و استنادات آن به منابع کتابخانه‌ای است؛ بدین صورت که اطلاعات لازم از قرآن، سنت، منابع معتبر فقهی، اصول فقه و قوانین، جمع‌آوری شده و پس از بررسی و تجزیه و تحلیل داده‌ها حکم فقهی بیان شده است.

در خصوص پیشینهٔ موضوع باید گفت: فقهای متقدم و دوره‌های میانی در نگاشته‌های فتوایی و استدلالی خویش، مباحث مربوط به دیه را بیشتر به دیات اعضای ظاهری یا حداکثر بیان دیات منافع متمرکز ساخته‌اند. بحث دیهٔ اعضای داخلی از جمله مسائلی است که معاصران بدان توجه بیشتری نشان داده‌اند، گرچه نوعاً پژوهش مستقلی در این باب وجود ندارد و دیدگاه فقیهان بیشتر جنبهٔ فتوا یا پاسخ به استفتائات مقلدان یا نهادهای قضایی دارد. حتی نگاشته‌های فقه استدلالی معاصران مانند «احکام ادیات» (۱۴۰۸)، نگاشتهٔ رضا مدنی کاشانی، «احکام الدیات فی الشریعة الاسلامیة الغراء» (۱۳۹۲)، نوشتهٔ جعفر سبحانی و «کتاب دیات» (۱۳۹۹) به‌کوشش سیدعبدالهادی مرتضوی سخنی از دیهٔ اعضای داخلی به‌طور استدلالی به میان نیاورده‌اند. تنها ابوالقاسم گرجی در کتاب دیات (۱۳۸۰) اشاره‌ای اجمالی به عدم استقرار دیهٔ مقدر به اعضای داخلی کرده است.

برحسب جست‌وجوی نگارندگان، چهار مقالهٔ ذیل موضوع را با رویکرد استدلالی مدنظر قرار داده‌اند: احمد حاجی ده‌آبادی در مقالهٔ «قاعدهٔ دیهٔ اعضا در فقه امامیه و اهل سنت» (۱۳۸۳) تلاش خود را به تبیین مستندات دیهٔ قاعدهٔ اعضای زوج و فرد در میان فریقین و تحلیل مفاد ادله قرار داده است. در بخش کوتاهی نیز جنایت بر اعضای داخلی را مستوجب ارش دانسته است.

در مقالهٔ «قاعدهٔ دیهٔ اعضای فرد و زوج در فقه امامیه و اهل سنت» (۱۳۹۸) به‌کوشش عارف حمداللهی و محسن جهانگیری نیز بر تحلیل مستندات قاعدهٔ پیش‌گفته در میان فریقین توجه شده است. در این مقاله افزون‌بر بررسی ادلهٔ روایی شیعه، به تبیین و بررسی قیاس مستنبط اهل سنت در تقویت منافع یا جمال عضو ظاهری پرداخته شده اما دربارهٔ اعضای داخلی سخنی به میان نیامده است.

کامران محمودیان اصفهانی و همکاران در مقالهٔ «جستاری در باب جنایت بر اعضای داخلی؛

بازخوانی انتقادی نظریه دیه معین» (۱۳۹۶) کوشیده‌اند تا ثابت کنند که نمی‌توان به اطلاق روایات بیانگر حکم دیه برای اعضای داخلی تمسک کرد. بیشینه تلاش این مقاله تمسک به آرای قضات در محاکم جزایی برای اثبات انصراف روایات عامه بیانگر دیه به اعضای داخلی است. نویسندگان، این روش را تمسک به سیره عقلا در حل مسئله مستحده مورد اشاره دانسته‌اند.^۵ حال آنکه، استناد قضات به روایات مدّ نظر برای کشف حکم مسئله مورد تردید جدی است، بلکه به نظر می‌رسد نوع قضات در مواردی که ضابطه روشن حقوقی یا فقهی وجود ندارد به قدر متیقّن اکتفا کرده و ارش را پذیرفته‌اند. از دیگر سو، استناد قضات را نمی‌توان دلیل مستقّلی در عرض ادله دیگر یا حتی دست‌مایه‌ای برای فهم روایات قرار داد. به نظر می‌رسد نتیجه این مقاله با ضوابط و قواعد استظهار از روایات بر مبنای دانش اصول فقه موافقت تام ندارد.

در مقاله «دیه طحال: نقدی بر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور» (۱۳۹۴)، به قلم روح‌اله اکرمی کوشیده است تا به بررسی دیدگاه فقیهان فریقین درباره موضوع دیه طحال پرداخته شود. بیشینه تمرکز این مقاله بر داوری درباره جریان قیاس توسط فقیهان عامه برای اثبات حکم و نیز تحلیل حقوق موضوعه و رویه قضایی ایران اختصاص دارد و رویکرد فقه‌های شیعی درباره مسئله عمومی دیه اعضای داخلی به اجمال بررسی شده است.

نوآوری پژوهش حاضر در آن است که ادله ادعایی و احتمالی درباره سه نظریه استحقاق دیه برای جنایت بر اعضا، استحقاق ارش برای جنایت بر اعضا و تفصیل میان اعضای رئیسه و غیر آن را به درستی تبیین کرده است. همچنین از منظر روشی نتیجه به دست آمده به تقویت ادله نظریه اول پرداخته و نتیجه‌ای که به دست آورده با نتایج پژوهش‌های پیش‌گفته متفاوت است. ارائه دلایل جدید برای اثبات نظریه استحقاق دیه برای اعضای داخلی نیز از نوآوری‌های این پژوهش ارزیابی می‌شود.

۱. مفاهیم

شناسایی مفاهیم عمده در یک پژوهش، امری است که ممکن است در بدو نظر واجد اهمیت چندانی نباشد اما تأکید نگارنده بر مفهوم‌شناسی، نه صرفاً به منظور گردآوری برخی مفاهیم آشنا و در دسترس، بلکه گذر به یک مفهوم‌شناسی کاربردی است. فقها و به تبع آن حقوق‌دانان، علاوه بر لفظ دیه، الفاظ دیگری را نیز برای بیان مال واجب با تعدی بر بدن انسان استعمال کرده‌اند، از جمله این الفاظ، ارش و حکومت است. پس باید معنای این الفاظ روشن شود تا میزان ارتباط هریک از آن‌ها با دیه مشخص شود. در این بخش به تبیین چهار مفهوم دیه، ارش، حکومت و عضو داخلی می‌پردازیم.

۵. محمودیان اصفهانی و دیگران، «جستاری در باب جنایت بر اعضای داخلی؛ بازخوانی انتقادی نظریه دیه معین»، ۱۳.

۱.۱. دیه

«دیه» از لحاظ لغوی، مصدر «وَدَى الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ» و از ریشه «وَدَى» گرفته شده است. فاء الفعل آن، یعنی حرف «و» حذف شده و به جای آن، حرف «ة» نهاده شده است. هرگاه گفته شود: «وَدَى الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ»؛ یعنی قاتل، خون بهای مقتول را به صاحب خون پرداخت کرد. همچنین هرگاه گفته شود: «اتَّدى وَلِيُّ الْقَتِيلِ»؛ یعنی ولی دم به دیه راضی شد و از خون قاتل درگذشت.^۶ بنابراین، دیه از نظر لغوی مالی است که به عنوان بدل نفس مقتول به ولی دم پرداخت می شود. از نظر فقهی، تعریفی که فقهای امامیه برای دیه برگزیده اند این گونه است که «دیه، عبارت از مالی است که به سبب جنایت بر انسان آزاده در نفس یا کم تر از آن واجب می شود؛ خواه مقدار معینی برای آن باشد یا نباشد؛ هر چند که دیه را معمولاً در مورد اول به کار می برند و در مورد دوم، اصطلاح ارش و حکومت را استعمال می کنند.»^۷ همچنین در «مبانی تکملة المنهاج» در تعریفی نسبتاً مشابه این گونه آمده است: «به مال مفروض در جنایت بر نفس یا عضو یا جرح یا مانند آن، دیه گویند.»^۸ از منظر حقوقی، دیه، از جمله مجازات های مصرّح در قانون مجازات اسلامی است.^۹ در ماده ۱۷ این قانون، دیه چنین تعریف شده است: «دیه اعم از مقدر و غیر مقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیر عمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون مقرر می شود.» این ماده دیه را به دو نوع مقدر و غیر مقدر تقسیم کرده است و در همین قانون، هر دو نوع آن در دو ماده مجزا تعریف شده است.

درباره ماهیت دیه سه دیدگاه عمومی وجود دارد: برخی از فقیهان بر این باورند که دیه، جبران خسارت است.^{۱۰} بنابر دیدگاهی دیگر، دیه مسئولیت کیفری برای جانی است. در نظریه دیگری، دیه دارای هر دو بُعد کیفری و مدنی است.^{۱۱} برخی نیز بر این باورند که دیه نوعاً جنبه جبرانی دارد و در همه موارد جنبه کیفری ندارد.^{۱۲}

باین حال، ویژگی هایی درباره دیه وجود دارد که ماهیت آن را به جبران خسارت و نقش آفرینی در قامت غرامت نزدیک ساخته است. برای نمونه، دیه با مرگ مجرم ساقط نمی شود و از این لحاظ نمی توان آن را

۶. فیومی، مصباح المنیر، ۶۵۴/۲.

۷. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۵۳/۲؛ طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۱۷۳/۱۴.

۸. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۱۸۶/۲.

۹. ماده ۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مقرر می دارد: «قانون مجازات اسلامی مشتمل بر جرایم و مجازات های حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، اقدامات تأمینی و تربیتی، شرایط و موانع مسئولیت کیفری و قواعد حاکم بر آن هاست.»

۱۰. صانعی، استفتانات قضایی، ۲۵۶ تا ۲۵۵/۱؛ مرعشی شوشتری، دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام، ۱۸۹/۱.

۱۱. کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد ضمان قهری، ۶۵.

۱۲. منتظری، استفتانات، ۳۷.

صرفاً کیفر پنداشت. همچنین دیه به مجنی علیه یا اولیای دم پرداخت می شود. این خصوصیت نیز سبب می شود تا دیه به عنوان مسئولیت کیفری صرف ارزیابی نشود. به نظر می رسد که دیه را می توان یکی از انواع مجازات های اسلامی مالی پنداشت که هم جنبه عقوبت مالی دارد و هم جنبه مسئولیت مدنی. از این نظر، به تعزیرات که قابل تقسیم به عقوبت های بدنی، مالی و شخصیتی هستند،^{۱۳} مشابه خواهد بود.

ماده ۴۴۸ دیه مقدر را بدین شکل تعریف کرده است: «دیه مقدر، مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس، عضو یا منفعت یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، مقرر شده است» و ماده ۴۴۹ در تعریف دیه غیر مقدر مقرر می دارد: «ارش، دیه غیر مقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب نظر کارشناس، میزان آن را تعیین می کند. مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد، مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود.»^{۱۴}

۲.۱. ارش و حکومت

«ارش» (با سکون راء) از ماده آرش گرفته شده^{۱۵} و در اصل به معنای فساد است.^{۱۶} برای مثال، هرگاه گفته شود: «أَرَشَ بَيْنَ الْقَوْمِ تَارِيْشًا» یعنی میان آن ها را به هم زدن و آن ها را به جان هم انداختن و بعدها در نقصان اعیان استعمال شده است، زیرا نقصان در اعیان، به فساد در آن ها می انجامد.^{۱۷} به طور کلی، در لغت عرب، معنایی که از واژه ارش بیان شده است عبارت اند از: دیه نفس، دیه جراحت، قیمت جراحت ها مانند زخم سر و صورت و امثال آن، رشوه، مابه التفاوت کالای سالم و معیوب، خصومت و اختلاف، آشوب انگیزی و طلب ارش. ابن سیده گفته است که ارش جراحت، یعنی آنچه که مقدار معلوم ندارد.^{۱۸} ارش همچنین بیشتر در معنای دیه جراحت - اعم از آنکه میزان آن در شرع تعیین شده باشد یا تعیین نشده باشد - استعمال شده است و علت اینکه آن را ارش نامیده اند این است که آن، از اسباب نزاع است.^{۱۹} فقها لفظ ارش را بیشتر در مباحث مربوط به معاملات و جنایات آورده اند. در خصوص ارش در معاملات، فقها

۱۳. نک: ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۷۳/۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۴۱۱/۵؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۶۹/۴۲.

۱۴. زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی، ۳۰/۱.

۱۵. گفته می شود اصل آن «هرش» است: «ممکن است اصل آن همزه و راء و شین باشد و برخی از اهل علم آن را فرع دانسته اند و گمان کرده اند که اصل آن هَـرَش است و همزه عوض از «هـ» است. به نظر من نزدیک به هم هستند، زیرا این دو حرف: یعنی همزه و هـ به هم نزدیک اند و می گویند: إِيَّاکَ وَهِيَّاکَ وَ أَرَقْتَ وَهَرَقْتَ. هر کدام که باشد از باب آشوب انگیزی است.»

۱۶. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۷۹/۱.

۱۷. فیومی، مصباح المنیر، ۱۲/۱.

۱۸. ابن منظور، لسان العرب، ۲۶۴ تا ۲۶۳/۶؛ مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۶۴ تا ۶۳/۱۷؛ فیروزآبادی، قاموس المحیط، ۵۸۴؛ نجار و دیگران، معجم الوسیط،

۱۳.

۱۹. ابن منظور، لسان العرب، ۲۶۳/۶؛ مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۶۳/۱۷؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۷۹/۱.

اتفاق نظر دارند که ارش، مابه‌التفاوت مبیع در دو حالت سالم بودن و معیوب بودن است؛ یعنی قیمت عیب ایجادشده در مبیع.^{۲۰} طریقه تعیین آن هم به این صورت است که ابتدا مبیع بدون عیب و سپس همراه با عیب قیمت‌گذاری می‌شود و مابه‌التفاوت آن در نظر گرفته می‌شود و نسبت آن به قیمت محاسبه می‌شود و به نسبت آن، مشتری حق رجوع در ثمن را دارد.^{۲۱} این مابه‌التفاوت، ارش یا ارش عیب نامیده می‌شود.

۳.۱. حکومت

«حکومة» اسم مصدر و از ماده «حَکَمَ» گرفته شده است. وقتی گفته می‌شود: «حَکَمَ عَلَيْهِ بِالْأَمْرِ بِحُكْمٍ حُكْمًا وَحُكُومَةً»، یعنی درباره آن قضاوت کرد و حکم داد.^{۲۲} از جمله معانی آن، بازداشتن ظالم از ظلم است و به همین دلیل گفته‌اند: «حَکَمَةُ اللِّجَامِ»، یعنی دهانه افسار؛ زیرا حیوان را باز می‌دارد.^{۲۳} در اصطلاح فقهی، ارش جنایت مالی است که جانی در مقابل جنایتی که مرتکب شده به آسیب‌دیده می‌پردازد و مربوط به مواردی است که در آن دیه خاصی معین نشده است. ارش جنایت را حکومت نیز گویند.^{۲۴} به دیگر سخن، جاهایی که دیه معینی در شرع ندارد، آنچه را حاکم شرع بعد از مقایسه تفاوت ارزش مورد مجروح و مصدوم با سالم و صحیح آن صلاح می‌داند تعیین می‌کند و آن را ارش و حکومت می‌گویند.^{۲۵} یکی از لغت‌پژوهان نیز در تعلیق خود بر حدیث «فِي أَرْشِ الْجِرَاحَاتِ الْحُكُومَةُ» می‌گوید: «معنای حکومت در ارش جراحاتی که دیه معلوم ندارند این است که بدن انسان زخمی می‌شود، به‌طوری که زشتی آن (جراحت) باقی بماند و عضو از بین نرود، پس حاکم ارش آن جراحت را تعیین می‌کند.»^{۲۶} برای تعیین ارش، جنایت را بر شخص برده‌ای مفروض در نظر می‌گیرند و قیمت همان برده را باوجود عیب در نظر می‌گیرند، آنگاه تفاوت این دو قیمت را صورت کسری قرار می‌دهند که در مخرج آن، قیمت برده سالم قرار دارد. میزان به‌دست آمده نسبتی خواهد بود که آن را به کل دیه در نظر گرفته و به‌عنوان ارش قرار می‌دهند.^{۲۷}

۳.۱. عضو داخلی

«عضو» (با ضم و کسر عین) از ریشه «عَضَوُ» گرفته شده و بر تجزیه شیء دلالت دارد.^{۲۸} «عَضَاءُ

۲۰. ابن‌زهره، غنية النزوع، ۲۲۲؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱۱۲/۴؛ مرداوی، الإصناف في معرفة الرائج من الخلاف، ۴۱۲/۴؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۴۳۴/۲؛ ابن‌رشد، بداية المجتهد، ۱۹۵/۳.

۲۱. طباطبایی کربلائی، ریاض المسائل، ۲۷۴/۸؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱۱۲/۴.

۲۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱۴۰/۱۲.

۲۳. ازهری، تهذیب اللغة، ۶۹/۴.

۲۴. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳۸۳/۱.

۲۵. منتظری، استفتانات، ۲۷۶/۱.

۲۶. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱۴۵/۱۲.

۲۷. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۲۶/۴۳.

۲۸. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳۴۷/۴.

يَعْضُو عَضْوًا: إِذَا فَرَّقَهُ: ^{۲۹} یعنی آن چیز را جزء جزء کرد. لغویان متقدم، لفظ «عضو» را به این صورت معنا کرده‌اند: «الْعَضْوُ وَالْعَضْوُ: كُلُّ عَظْمٍ وَافِرٍ بِلَحْمِهِ: ^{۳۰} هر استخوان بزرگی که مشتمل بر گوشت است» و جمع آن، اعضاست. برخی نیز گفته‌اند: «كُلُّ لَحْمٍ وَافِرٍ بِعَظْمِهِ: ^{۳۱} هر گوشت زیادی که مشتمل بر استخوان است.» اما لغویان معاصر، معنای اصطلاح عضو را وسعت داده و گفته‌اند: «جزئی از مجموع جسم مثل دست و پا و گوش و در حزب یا گروه و مانند آن مشترک است و جمع آن اعضاست.» ^{۳۲} همچنین در «معجم لغة الفقهاء» آمده: «عضو، جمع آن اعضا، جزئی است که در بدن عمل معینی را به طور مستقل انجام می‌دهد... یکی از افراد وابسته به انجمن یا شرکت یا حزب یا هر نهاد اجتماعی.» ^{۳۳}

بنابر آنچه که لغویان متقدم در معنای عضو گفته‌اند، معنای عضو به آن دسته از اعضای بدن که متشکل از گوشت و استخوان هستند، مثل دست و پا و مانند آن محدود می‌شود و گویی که اطلاق لفظ «عضو» بر قلب یا طحال یا چشم و زبان و امثال آن صحیح نیست. این در حالی است که لغویان متقدم همچون متأخران، در کتب لغت در بیان معنای کلماتی چون طحال، چشم، زبان، مثانه، عضله و... به طور صریح به عضو بودن آن‌ها اشاره کرده‌اند، از جمله آمده: چشم بر عضوی دلالت دارد که به وسیله‌ی آن دیده و نگاه می‌شود. ^{۳۴} عضله، عضوی مرکب از عصب است. ^{۳۵} باتوجه به استعمال اهل لغت و معانی که در زبان عربی از واژه عضو شده است، می‌توان گفت عضو از نظر لغوی عبارت است از: جزئی از جسم انسان که دارای کارکرد مستقلی است؛ خواه متشکل از گوشت و استخوان باشد یا نباشد. فقها اصطلاح عضو را در بسیاری از ابواب فقهی از جمله طهارت و نماز و جنایات و دیات به کار برده‌اند. از بررسی و تتبع موارد استعمال لفظ عضو نزد فقها این حقیقت فهمیده می‌شود که کسی به تعریف عضو تصریح نکرده است اما باتوجه به موارد استعمال آن می‌توان به این نتیجه رسید که استعمال آن‌ها به تعریف و استعمال علمای لغت نزدیک است؛ چراکه فقها لفظ عضو را بر اجزایی از بدن اطلاق کرده‌اند که استخوان ندارد؛ مثل زبان، چشم و لب، بلکه حتی در آن گوشت نیز نیست؛ مثل پلک.

فقها اصطلاح «عضو داخلی» یا «عضو باطنی» را در باب دیات (و سایر ابواب فقهی چون ظهار و طلاق) به کار برده‌اند اما همچون لفظ عضو آن را تعریف نکرده‌اند. آن‌ها اصطلاح عضو داخلی را به کار

۲۹. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۶۰/۳۹.

۳۰. ابن منظور، لسان العرب، ۶۸/۱۵.

۳۱. ابوالقاء، الکلیات، ۵۹۸.

۳۲. نجار و دیگران، معجم الوسيط، ۶۰۷/۲.

۳۳. قلعه جی، قنیبی، معجم لغة الفقهاء، ۳۱۵.

۳۴. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱۹۹/۴.

۳۵. سیوطی، معجم مقالید العلوم، ۱۸۲.

می‌برند و با اعضای چون قلب، کبد، طحال و روده برای آن مثال می‌آورند. در مجموع، مقصود از عضو داخلی در پژوهش حاضر، هر عضوی است که در جوف -از حلق (بند گلو) تا انتهای کفل- قرار دارد و با تعریف لغویان از عضو و نیز اصطلاح پزشکان (از عضو) مطابقت داشته باشد که در این صورت، مصادیق عضو داخلی این موارد است: قلب، کبد، طحال، روده کوچک و بزرگ، مری، نای، معده، کلیه، مثانه و رحم.

۲. حکم جنایت بر اعضای داخلی در رویکرد فقیهان

بحث جنایت بر اعضای داخلی در میان علمای متقدم امامیه مطرح نبوده است و در نصوص فقهی آن‌ها در باب دیات اعضا، نصی درباره چگونگی دیه عضو داخلی نمی‌توان یافت، بلکه تنها در سال‌های اخیر در میان بعضی علمای معاصر مدنظر قرار گرفته است. سه دیدگاه در این زمینه وجود دارد: ۱. برخی معتقدند در اعضای داخلی بدن دیه مقدر واجب می‌شود؛ ۲. عده‌ای معتقدند حکومت واجب می‌شود؛ ۳. برخی نیز میان اعضای داخلی قائل به تفصیل شده‌اند. سبب اختلاف نظر در میان امامیه، به شمول و عدم شمول یک قاعده فقهی (که در خصوص دیه اعضای بدن انسان است) نسبت به اعضای داخلی باز می‌گردد.

۲. ۱. قاعده عام بیانگر جنایت بر اعضا

پیش از تبیین دیدگاه‌ها درباره موضوع مورد پژوهش لازم است که اصلی‌ترین دلایل مستند در هر سه دیدگاه تبیین شوند. این دلایل عبارت‌اند از: دو روایت معروف به صحیحۀ عبدالله بن سنان و صحیحۀ هشام بن سالم. تفاوت در نحوه استظهار از این روایت و اختلاف در فهم اطلاق یا تقیید از این روایات، سبب ایجاد اختلاف دیدگاه شده است. این دو روایت به شکل ذیل هستند:

أ. ثقة الاسلام کلینی به اسناد خویش در حدیث صحیحی^{۳۶} از عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می‌کند که چنین فرمودند: «هر آنچه که در بدن مانند دست‌ها و چشم‌ها دوتایی است، در (جراحت بر) یکی آن، نصف دیه است. پرسیدم دیه مردی که چشمش کنده شود چه؟ امام فرمودند: نصف دیه. پرسیدم مردی که دستش قطع شده چطور؟ امام فرمود: نصف دیه. پرسیدم مردی که یکی از بیضه‌های او از بین رفته

۳۶. سند این روایت به این صورت گزارش شده است: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع)...» علی بن ابراهیم با عناوینی چون ثقة، ثبت، معتمد و صحیح المذهب مدح شده است (نجاشی، رجال، ۲۰۶؛ علامه حلی، رجال، ۱۰۰)، پدر وی با نام ابراهیم بن هاشم، اولین منتشرکننده احادیث اهل بیت (ع) در قم بوده و به سبب جلالت شأن، بی‌نیاز از توثیق دانسته شده است (نمازی شاهرودی، مستدرکات علم الرجال، ۲۲۳/۱). از احمد بن محمد بن ابی نصر نیز با عناوینی چون ثقة، جلیل القدر و عظیم المنزله یاد شده است (طوسی، رجال، ۳۳۲؛ علامه حلی، رجال، ۱۳). عبدالله بن سنان نیز با اوصافی چون ثقة و جلیل در کتاب‌های رجال متقدمان و متأخران یاد شده است (نجاشی، رجال، ۲۱۴؛ حسینی حلی، زیادة الاقوال، ۲۲۰). براین اساس که تمامی راویان روایت، امامی و ممدوح و ثقة هستند، روایت را می‌توان در شمار روایات صحیح قرار داد.

چطور؟ امام فرمود: اگر بیضه چپ باشد دیه کامل دارد. پرسیدم برای چه چنین است؟ مگر نفرمودید هرآنچه در بدن دوتا باشد نصف دیه دارد. امام فرمودند: برای آنکه فرزند از بیضه چپ به وجود می آید.^{۳۷} شیخ طوسی در حدیث صحیحی^{۳۸} از هشام بن سالم نقل می کند^{۳۹} که از امام صادق (ع) چنین روایت کرده است: «هرآنچه که در بدن انسان دوتایی باشد، در مجموع آن دو یک دیه است و در یکی از آن ها، نصف دیه و هرآنچه که در بدن انسان واحد باشد، در آن دیه کامل است.»^{۴۰}

فقیهان براساس این دو روایت، قاعده ای عام پی ریزی کرده اند که براساس آن هر عضوی که در انسان از آن دو تا وجود داشته باشد در مجموع آن دو، دیه کامل است و در یکی از آن ها نصف دیه و هر عضوی که واحد باشد در آن دیه کامل است.^{۴۱} طبق این قاعده، جنایت بر هر عضوی از اعضای انسان که زوج باشد، مثل دست و پا و چشم و گوش، در صورتی که منجر به از بین رفتن هر دو شود، موجب دیه کامل و در صورتی که بر یکی از آن دو باشد، موجب نصف دیه کامل است و جنایت بر هر عضوی که فرد باشد، مانند زبان و آلت تناسلی موجب دیه کامل است. ظاهر روایات پیش گفته درباره هرگونه عضو بدن آدمی، اعم از اعضای داخلی و خارجی، اطلاق دارند. اما فقیهان درباره این ظهور اولیه هم داستان نیستند. در ادامه، به تحلیل دیدگاه فقیهان در این باره می پردازیم.

۲.۲. مواجهه فقیهان با موضوع جنایت بر اعضا

فقه های امامیه برای کشف حکم چگونگی جبران خسارت ناشی از جنایت واردآمده بر اعضای مجنی علیه دیدگاه واحدی ندارند. مهم ترین اختلاف آن ها به نحوه برداشت از دو روایت پیش گفته باز می گردد. آنان در مواجهه با این روایات و شمول آن نسبت به اعضای داخلی هم داستان نیستند و می توان سه نظریه در این باب را در سخن فقیهان به دست آورد. در ادامه، به تبیین این سه دیدگاه می پردازیم:

۲.۲.۱. عدم شمول قاعده نسبت به تمامی اعضا

۳۷. «مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ مِنْهُ اثْنَانِ فِيهِ الْوَاحِدُ يُصَفُّ الدِّيَّةُ مِثْلُ الْيَدَيْنِ وَالْعَيْنَيْنِ قَالَ فَقُلْتُ رَجُلٌ قَتَلَ عَيْنَهُ قَالَ يُصَفُّ الدِّيَّةُ قُلْتُ فَرَجُلٌ قُطِعَتْ يَدُهُ قَالَ فِيهِ يَصَفُّ الدِّيَّةُ قُلْتُ فَرَجُلٌ ذَهَبَتْ إِحْدَى بِيَضَتَيْهِ قَالَ إِنْ كَانَتْ الْيَسَارُ فَبِهَا الدِّيَّةُ قُلْتُ وَلَمْ أَتَسَّ قُلْتُ مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ اثْنَانِ فِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ يُصَفُّ الدِّيَّةُ قَالَ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الْبَيْضَةِ الْيُسْرَى» (کافی، کلینی، ۳۹۳/۱۴).

۳۸. سند این روایت به این صورت نقل شده است: «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبٍ عَمْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ».

۳۹. در متن کتاب تهذیب الاحکام شیخ طوسی این روایت به صورت مستقیم از هشام بن سالم نقل شده اما به قرینه روایات دیگر که شیخ صدوق نیز نقل کرده و در آن به نقل هشام از امام صادق (ع) اشاره شده است، می توان دریافت که در نقل سند این روایت در کتاب تهذیب الاحکام افتادگی رخ داده است (نک: ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۱۳۳/۴).

۴۰. «كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ اثْنَانِ فَبِهَا الدِّيَّةُ وَفِي أَحَدِهِمَا يَصَفُّ الدِّيَّةُ وَ مَا كَانَ وَاحِدًا فَبِهَا الدِّيَّةُ» طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۸/۱۰.

۴۱. نک: مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۱۰۳/۱۴؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۸۲/۴۳؛ انصاری شوشتری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ۵۸۳/۱۴؛ تبریزی، تنقيح مباني الاحکام، ۱۶۴/۴؛ زارعی سبزواری، قواعد الفقهية في فقه الامامية، ۴۵/۷؛ تسخیری، القواعد الفقهية و الاصولية، ۴۸۳/۳.

برخی^{۴۲} بر این باورند که قاعده برآمده از دو روایت پیش گفته درباره اعضای است که با فقدان آنها امکان حیات برای انسان باقی باشد، همچون دست و پا و چشم و گوش. ازاین‌رو، در جنایت بر اعضای داخلی، ارش ثابت می‌شود.^{۴۳} آیت‌الله سیدصادق روحانی در پاسخ به استفتایی چنین می‌نگارد: «روایات متضمنه دیه در قطع اعضا که «اگر عضو یکی باشد تمام دیه ثابت است و اگر دو تا باشد در هرکدام نصف دیه ثابت است»، به حسب ظاهر عضو داخلی را شامل نیست. بنابراین در قطع غده تیروئید که از اعضای داخلی است، دیه نیست، قهراً رجوع به حکومت می‌شود که از آن تعبیر به ارش می‌شود»،^{۴۴} گرچه ایشان در ابتدای مباحث مربوط به دیات در کتاب دیگری بیانی دارند که برحسب آن، دیه به تمامی اعضای بدن تعلق می‌گیرد.^{۴۵} فقیه دیگری نیز پرسش درباره دیه اعضای داخلی را چنین پاسخ گفته است: «در یک کلیه نصف دیه و در کبد تمام دیه ثابت می‌باشد ولی در غدد داخلی بدن، حکومت است.»^{۴۶} یکی از فقهای حقوق دان معاصر دراین‌باره چنین می‌نگارد: «این قاعده که مبتنی بر حدیث است، مثل این روایت که به حدیث عام معروف است: «ما کان فی الجسد منه اثنان فقیه نصف الدیه»، منصرف به اعضای ظاهری است، نه اعضای باطنی مثل کلیه و مانند آن.»^{۴۷}

در ادامه، به مهم‌ترین ادله باورمندان به این دیدگاه می‌پردازیم:

۲.۲.۱. فضای صدور روایات

سالم منصرف به اعضای داخلی هستند؛ این دیدگاه وجود دارد که دو روایت عبدالله بن سنان و هشام بن چراکه در عصر صدور روایات، جراحت بر اعضای داخلی نوعاً سبب مرگ آدمی می‌شد و در این حالت، دیه کامل مستقر می‌شد. اما وارد آمدن صدمه به اعضای ظاهری بدن انسان نوعاً با بقای او همراه است و موجب مرگ نمی‌شد. ازاین‌رو، برای اعضای ظاهری، دیات مقدری تعیین شد. در موارد غیرمنصوص نیز ارش برای آنها در نظر گرفته می‌شود. همچنین در عصر صدور روایات، دانش پزشکی به چنان پیشرفتی دست نیافته بود تا بتواند میزان جراحت بر اعضای داخلی را ارزیابی کند. براین اساس، عباراتی مانند «ما کانَ فی الجسد» در روایات، به اعضای داخلی منصرف است و نمی‌توان به اطلاق آنها باور داشت.^{۴۸}

۴۲. این نظریه در استفتای مرکز تحقیقات فقهی از آیت‌الله سیدکاظم مرعشی به ایشان نسبت داده شده است (مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ۲۰۸/۱).

۴۳. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه، ۶۷۴/۳.

۴۴. روحانی، استفتانات، ۲۱۱/۲.

۴۵. نک: روحانی، منهاج الصالحین، ۳۹۳/۳.

۴۶. منتظری، استفتانات، ۲۷۶/۱.

۴۷. گرجی، دیات، ۱۱۲.

۴۸. نک: مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ۲۰۸/۱.

بررسی و نقد: در دو روایت بیانگر قاعده عمومی نمی‌توان پذیرفت که به سبب عدم پیشرفت پزشکی در عصر صدور، موضوع آن‌ها انصراف به اعضای ظاهری دارد. به این بیان که، احکام مندرج در گزاره‌های شریعت بنابر اصل اولیه، بیانگر قضیه حقیقیه هستند که راجع به تمام افراد در هر عصری جاری است. حمل کردن آن‌ها بر قضیه خارجی یا قضیه شخصی معلومه نیازمند دلیل مستحکمی است و در مورد مذکور نه تنها نمی‌توان چنین دلیلی را یافت، بلکه قراین و ادله مخالف با آن‌ها وجود دارد. مهم‌ترین دلیل بر نادرستی این برداشت آن است که ادعای انصراف به اعضای ظاهری نیازمند دلیل آشکار است و منصرف دانستن عمومیت عباراتی چون «مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ» و «كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ» به اعضای داخلی خلاف قواعد استظهار است.^{۴۹}

یکی از دلایل ادعایی باورمندان به ارش این بود که در عصر صدور، جنایت بر اعضای داخلی نوعاً سبب مرگ می‌شد و جنایت بر اعضای خارجی نوعاً با حفظ حیات همراه بود. اما پیداست که این دلیل، صلاحیت لازم برای مدعا را ندارد؛ چراکه جنایات بر برخی از اعضای داخلی با حفظ حیات مجنی علیه همراه است و جنایت بر شماری از اعضای خارجی با مرگ فرد همراه است. ازاین‌رو، حتی بنابر نظر باورمندان به این دیدگاه نمی‌توان این جنایات را از شمول قاعده بیرون دانست.

۲.۲.۱.۲. انصراف به قطع عضو

در نظر برخی از باورمندان به ثبوت ارش درباره جنایت بر اعضای داخلی، دو روایت صحیحیه مربوط به مواردی هستند که در آن‌ها قطع عضو رخ داده باشد. به دیگر بیان، ظاهر این دو روایت در مواردی است که قطع و جداشدن عضو از بدن رخ دهد و این حالت تنها درباره اعضای ظاهری بدن متصور است.^{۵۰}

بررسی و نقد: ادعای انصراف دو روایت بیانگر حکم به قطع عضو، با چالش‌های زیر رویه‌روست:

اولاً در روایت هشام بن سالم اصلاً از قطع عضو سخن نرفته است. همچنین در فرازهای ابتدایی روایت عبدالله بن سنان سخنی از قطع عضو نیست، بلکه راوی در فرازی درباره دیه قطع دست پرسش می‌کند و امام (ع) دیه آن را بیان می‌کنند اما در پرسش از دیه اعضایی چون چشم و بیضه، سؤال پرسشگر به‌طور عموم بوده و پاسخ امام (ع) نیز عام است. در این موارد می‌توان از قاعده ترک استفصال امام (ع) بهره جست و به اطلاق باور پیدا کرد.

ثانیاً دیات تنها در برابر قطع اعضا بر ذمه افراد مستقر نمی‌شود. همچنان‌که تمامی باورمندان به دیه،

۴۹. سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۹/۲۱۷.

۵۰. خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ۲/۳۸۴.

وارد آمدن جراحی که سبب نقص کامل عضو شود را نیز مستوجب دیه می‌دانند. برای نمونه، اگر با ضربه به چشم، این عضو دچار نقصان تام شود، دیه کامل بر این عمل مستقر خواهد شد. نهایتاً نمی‌توان پذیرفت که روایات به قطع عضو منصرف است تا بتوان گفت که قطع عضو تنها در اعضای ظاهری رخ می‌دهد.

۲.۲.۲. شمول قاعده نسبت به اعضای که فقدان آن‌ها سبب مرگ است.

این دیدگاه وجود دارد که آن دسته از اعضای داخلی که فقدانشان سبب مرگ مجنی‌علیه شود، دیه مقدر دارند و اگر سبب مرگ نشوند، ارش واجب می‌شود. یکی از مراجع تقلید در پاسخ به این سؤال که آیا قاعده «کل ما کان فی الانسان...» شامل اعضای داخلی بدن مثل کلیه و... نیز می‌شود یا اینکه اختصاص به اعضای ظاهری بدن دارد، چنین می‌گوید: «به نظر این جانب، قاعده شامل اعضای رئیسه داخلی مانند کلیه نیز می‌شود، چنان‌که شامل بعضی امور ظاهری مانند حاجب (ابرو) نمی‌شود. اما اعضای داخلی که مشمول این قاعده نباشند و سبب مرگ نشوند، محکوم به ارش می‌باشند.»^{۵۱} ایشان دلیلی برای این تفصیل بیان نکرده است. پس اکثریت فقهای معاصر امامیه معتقدند اعضای داخلی بدن دیه مقدر دارند، زیرا مشمول مفهوم عام قاعده دیه اعضای یکی و دوتایی می‌باشند و دلیلی دال بر انصراف این قاعده نسبت به اعضای داخلی وجود ندارد.

از فتاوی برخی از فقها نیز به نظر می‌رسد که ایشان ملاک پرداخت دیه را اثرگذار بودن عضو بر سلامت آدمی دانسته‌اند. برای نمونه، آیت‌الله سبحانی در پاسخ به پرسشی راجع به دیه اعضای داخلی، از جمله طحال چنین می‌نگارد: «طحال که در فارسی به آن سپرز می‌گویند عضو زایدی نمی‌باشد، بلکه عضو فعالی بوده و طبق آنچه محققان می‌گویند طحال در تصفیه خون و سیستم ایمنی بدن نقش داشته و در محافظت از بدن در مقابل عفونت‌ها و مرض‌ها تأثیر دارد، بنابراین احتیاطاً باید دیه کامل را بدهد.»^{۵۲}

بررسی و نقد: دیدگاه تفصیل میان اعضای داخلی اثرگذار و بدون اثر پذیرفتنی نیست؛ چراکه هیچ‌کدام از اعضای داخلی را نمی‌توان در روند زیست آدمی بی‌اثر دانست. این موضوع ریشه در خلقت هر موجود و عضوی بنا بر مصالح زیستی دارد. از این رو، نمی‌توان پذیرفت که از بین بردن عضوی مانند معده از نظر اخلال در زیست انسان از جنایت بر قلب، آثار کم‌تری دارد. به دیگر سخن، اهمیت داشتن عضو را نمی‌توان مناطی برای ثبوت دیه برای جنایت بر آن دانست.

از دیگر سو، در بخشی از فتاوی آیت‌الله موسوی اردبیلی چنین آمده است: «...اما اعضای داخلی که مشمول این قاعده نباشند و سبب مرگ نشوند، محکوم به ارش می‌باشند.» در این عبارت، ثبوت دیه وابسته

۵۱. موسوی اردبیلی، به نقل از معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۲/۱.

۵۲. سبحانی، استفتانات، ۵۶۸/۳.

به مرگ یا ادامه حیات مجنی علیه دانسته شده است، درحالی که این دیدگاه نه تنها فاقد دلیل است، بلکه با قواعد مربوط به فقه دیات مخالف است؛ زیرا در ثبوت دیه برای جنایت بر برخی اعضای ظاهری مانند چشم، بینی، دست و پا هیچ اختلاف و تردیدی وجود ندارد، درحالی که ازدست دادن این اعضا در بسیاری موارد سبب مرگ نمی شود. پس علت مندرج در متن فتوا - یعنی سبب بودن جنایت بر مرگ - را نمی توان مناطی برای ثبوت دیه دانست. ازاین رو، نظریه شمول قاعده، نسبت به تمامی اعضای بدن آدمی با قواعد لغت شناسی، مباحث عمومات بخش الفاظ دانش اصول و قاعده حفظ کرامت ذاتی انسان، تناسب بیشتری دارد.

۲.۲.۳. شمول قاعده نسبت به تمامی اعضای آدمی

شماری از فقهای معاصر امامیه معتقدند در اعضای داخلی بدن دیه کامل واجب می شود.^{۵۳} این نظر در استفتائات یکی از مراکز قضایی از حضرات آیات بهجت، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، نوری همدانی و صانعی به ایشان نیز نسبت داده شده است.^{۵۴} مهم ترین دلیل این دیدگاه تمسک به عموم دو روایت پیش گفته است؛ به این بیان که لفظ «کل» هر چیزی را که در انسان است، یعنی اعضای داخلی و خارجی، منافع و جز این موارد را نیز شامل می شود. همچنین این دسته معتقدند اعضای که سالم بودن آنها مشکوک است مثل برخی اعضای طفل، اصل بر سالم بودن آنهاست و از بین بردن آنها موجب دیه مقدر خواهد بود، نه حکومت؛ زیرا اصل در اعضای انسان، سالم بودن آنهاست و عدم آن باید ثابت شود.^{۵۵}

به نظر می رسد باتوجه به کاستی های دو نظریه پیش گفته، نظریه اخیر را می توان با قواعد مربوط به استظهار از روایات همسو تر دانست. گرچه برای این نظریه جز عمومیت لفظ «کل» در دو روایت، دلیل دیگری اقامه نشده است؛ اما می توان دلایل دیگری برای تقویت این نظریه ارائه داد که در بخش دیدگاه برگزیده به آن می پردازیم.

۲.۳. دیدگاه برگزیده

در این بخش می کوشیم تا برای اثبات ثبوت دیه برای جنایت بر اعضای داخلی دلایل نوینی ارائه دهیم.

۲.۳.۱. تنظیر به دیه منافع

در فقه اسلامی از دو گونه دیه با عنوان دیه نفس و دیه اعضا (اطراف) سخن رفته است. فقیهان دیه

۵۳. نک: سبزواری، مذهب الاحکام، ۲۷۱/۲۹، ۲۸۷، ۲۷۱/۲۹، ۲۸۷.

۵۴. مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ۲۰۸/۱.

۵۵. طوسی، المبسوط، ۱۳۵/۷، ۱۵۱؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱۰۳۲/۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۵۳/۱۱.

اطراف را به دو دسته کلی تقسیم کرده‌اند: دیه اعضا و منافع.^{۵۶} این برداشت بر شماری از روایات مستند است که برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

ا. کلینی به اسناد خویش حدیث موثق را از امام صادق (ع) به صورت ذیل نقل می‌کند: «امیرالمؤمنان علی (ع) درباره مردی که با عصا بر دیگری ضربه زده بود و سبب از بین رفتن شنوایی، بینایی، گویایی، عقل، جهاز تناسلی و قدرت آمیزش او شده بود، به پرداخت شش دیه حکم نمود.»^{۵۷}

ب. وی در حدیث صحیح دیگری از ابو عبیده حذّاء چنین گزارش می‌کند: «از امام باقر (ع) درباره مردی که با گریزی بر سر مردی دیگر زده و سر او شکافته تا به مغزش رسیده و عقلش زایل شده است پرسیدم. امام فرمودند: اگر مضروب زمان نماز و آنچه می‌گوید و آنچه بدو گفته می‌شود را نمی‌فهمد، یک سال منتظر می‌ماند، اگر در این زمان مُرد، ضارب حبس می‌شود و اگر مضروب نمرد ولی عقلش باز نگشت، به سبب زوال عقل دیه کامل بر عهده ضارب است.»^{۵۸}

ج. شیخ طوسی به اسناد موثقه خویش، پرسش ابو حمزه ثمالی از امام باقر (ع) را چنین گزارش کرده است: «به ایشان عرض کردم جانم به فدایتان، چه می‌فرمایید درباره مردی که با تیرک خیمه بر سر مردی دیگر کوفته و عقلش زائل شده؟ امام فرمود: دیه بر عهده اوست.»^{۵۹}

د. همچنین در حدیث صحیحی نیز از سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند: «سَأَلْتُهُ عَنْ الْعَيْنِ يَدْعِي صَاحِبَهَا أَنَّهُ لَا يُبْصِرُ قَالَ يُؤَجَّلُ سَنَةٌ ثُمَّ يُسْتَحْلَفُ بَعْدَ السَّنَةِ أَنَّهُ لَا يُبْصِرُ ثُمَّ يُعْطَى الدِّيَةُ قَالَ قُلْتُ فَإِنْ هُوَ أَبْصَرَ بَعْدَهُ قَالَ هُوَ شَيْءٌ أَعْطَاهُ اللَّهُ إِيَّاهُ.»^{۶۰}

ه. در حدیث صحیح دیگری از غیاث بن ابراهیم از امام باقر (ع) چنین نقل می‌کند: «أَنَّ عَلِيًّا (ع) قَضَى فِي رَجُلٍ ضُرِبَ حَتَّى سَلِسَ بَوُّهُ بِالدِّيَةِ كَامِلَةً.»^{۶۱}

روایات مشابه دیگری درباره استقرار دیه برای از بین بردن منفعت اعضا در جوامع روایی وجود دارد.^{۶۲}

۵۶. نک: فاضل هندی، کشف اللثام، ۵۴۸/۱۱؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمين، ۲۳۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۴۲۶/۱۴۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۵۰۲/۲۶؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۱/۴۳؛ موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۲۵۳/۶؛ روحانی، فقه الصادق (ع)، ۳۵۱/۴۰؛ صدر، ماوراء الفقه، ۲۵۴/۹.

۵۷. قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي رَجُلٍ ضُرِبَ رَجُلًا بِعَصَا فَذَهَبَ سَفْعُهُ وَبَصَرُهُ وَلِسَانُهُ وَعَقْلُهُ وَفَرْجُهُ وَانْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَهُوَ حَيٌّ بِسِتِّ دِيَّاتٍ (کلینی، الکافی، ۴۲۰/۱۴).

۵۸. «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ ضُرِبَ رَجُلًا بِعُمُودٍ فَشَطَّاطٌ عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاجِدَةً، فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتْ الصَّرْبَةُ إِلَى الدِّمَاغِ، فَذَهَبَ عَقْلُهُ؟ فَقَالَ (ع): إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا الصَّلَاةَ، وَلَا يَعْمَلُ مَا قَالَ وَلَا مَا قِيلَ لَهُ، فَإِنَّهُ يُنْتَظَرُ بِهِ سَنَةٌ، فَإِنْ مَاتَ فِيهَا بَيِّنَةٌ وَبَيِّنُ السَّنَةِ، أُقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ فِيهَا بَيِّنَةٌ وَبَيِّنُ السَّنَةِ وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ عَقْلُهُ، أُغْرِمَ ضَارِبُهُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ لِذَهَابِ عَقْلِهِ» (کلینی، الکافی، ۴۱۸/۱۴).

۵۹. «قُلْتُ لَهُ جَعَلْتَ فِدَاكَ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ ضُرِبَ رَأْسُ رَجُلٍ بِعُمُودٍ فَشَطَّاطٍ فَأَبَاهُ يَغْنِي ذَهَبَ عَقْلُهُ قَالَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۲/۱۰).

۶۰. طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۶۶/۱۰.

۶۱. طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۱/۱۰.

۶۲. نک: حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۶۷ تا ۳۵۷/۲۹؛ مجلسی، بحار الانوار، ۴۱۳/۱۰۱.

در این روایات، برای ازبین رفتن کارکرد عضوی دیه تعیین شده است. فقیهان براساس همین نصوص، دیه کامل برای ازبین رفتن کامل کارکرد عضوی خاص را پذیرفته و برای ازبین رفتن بخشی از کارکرد آن ارش در نظر گرفته‌اند.^{۶۳} براساس این روایات، مواردی مانند ذهاب عقل، ازبین رفتن حس بویایی، شنوایی، بینایی، لامسه، قدرت تکلم، ازبین رفتن قدرت جماع و نیز ایجاد بیماری‌هایی مانند بی‌اختیاری در دفع ادرار و مدفوع سبب استقرار دیه خواهد شد. به این بیان که، ازبین رفتن منفعت به‌طور کامل سبب دیه کامل و ازبین رفتن بخشی از کارکرد عضو سبب استقرار همان مقدار به نسبت دیه کامل خواهد شد. افزون‌بر این روایات خاص، فقهایی از دو روایت عامی که درباره دیه اعضای فرد و زوج گفته شد چنین فهمیده‌اند که در سلب منافع اعضا براساس جنایت، دیه وجود دارد.^{۶۴}

از این روایات می‌توان در قامت شاهی برای اثبات حکم دیه اعضای داخلی بهره جست. به این بیان که، درباره تقویت منافع اعضا در روایات، به قطع عضو یا آسیب ظاهری به آن اشاره نشده است، بلکه فقدان کارایی شماری از اعضا و ازبین رفتن حواس سبب ثبوت دیه کامل در نظر گرفته شده است. براین اساس می‌توان دریافت منافع و کارایی اعضا مؤلفه‌هایی هستند که می‌توان زوال آن‌ها را موجب ثبوت دیه دانست. در این روایات هم از عضو داخلی یا خارجی سخنی به میان نیامده است. برای نمونه، عنوان عمومی ذهاب عقل یا نابینایی در نظر گرفته شده است و در شماری از روایات به عدم کارایی اعضا با در نظر داشتن موجودیت ظاهری آن‌ها اشاره شده است. همین مناط را می‌توان درباره اعضای داخلی بدن نیز جاری دانست. برای نمونه، اگر آسیب به حلزون داخلی گوش به‌طوری باشد که سبب ازبین رفتن کارکرد غایی گوش - یعنی شنوایی - شود، برحسب روایات دیه یک گوش برای آن ثابت خواهد بود. اگر کارکرد اعضای داخلی نیز مختل شود، همین قاعده جاری خواهد بود.

۲.۳.۳. محاسبه پذیر بودن کارکرد اعضا در عصر کنونی

باور به ثبوت ارش برای دیه اعضای داخلی مستلزم آن است که روشی برای تعیین خسارت تعیین شود. سه راهکار برای این تعیین ارش متصور است: ۱. نظریه قاضی؛ ۲. تراضی و صلح طرفین در توافق بر یک قیمت مشخص؛ ۳. مقایسه با قیمت بردگان. از آنجاکه قاضی نیز ملزم است براساس ضوابطی حکم کند، عملاً جز راه‌های دوم و سوم در مقام عمل متصور نخواهد بود. باور به مصالحه میان جانی و معینی علیه را نمی‌توان راهکاری همیشگی برای محاسبه ارش دانست؛ چراکه در بسیاری از موارد، صلح

۶۳. نک: مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۴/۲۷ تا ۳۰/۴۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۱/۴۳؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳/۲۹۴، ۲۹۷ تا ۳۰۲، ۳۱۰؛ روحانی، فقه الصادق (ع)، ۴۰/۳۵۰، ۳۵۶، ۳۶۳؛ موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۶/۲۵۳؛ خویی، موسوعه، ۴۲/۴۴۱؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام، ۴/۲۶۰.
۶۴. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۲/۱۹ تا ۲۰؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۴/۱۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۶/۵۰۲.

اختیاری ممکن نیست. صلح قهری نیز به سبب تفاوت و تعدد موارد ارش به سادگی تحصیل کردنی نیست.^{۶۵}

در این حالت بسیاری از فقها بر این باورند که باید قیمت عبد سالم و عبدی که جراحی مشابه به او وارد شده را به دست آورد و این تفاوت قیمت را به نسبت قیمت کل عبد، محاسبه کرد. آنگاه این نسبت را به دیه کامل محاسبه کرد تا در نهایت میزان ارش تعیین شود.^{۶۶} اما این سخن در عصر کنونی، محاسبه ارش به نحو قیمت‌گذاری برده سالم و معیوب را محاسبه کرد! بر این اساس عده‌ای با بنیان این روش مخالف‌اند^{۶۷} و برخی دیگر معتقدند: این روش از فقه اهل سنت به فقه شیعی راه یافته است.^{۶۸}

به نظر می‌رسد نپرداختن فقیهان به حکم جنایت بر اعضای داخلی در دوره‌های پیشینی به علل مختلفی بستگی داشته که برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

ا. در آن زمان، جنایت بر اعضای داخلی که منجر به از بین رفتن کامل منفعت عضو یا جداس شدن آن شود، به ندرت روی می‌داد. محتمل است که دلیل آن سادگی وسایل نقلیه و کم بودن حوادث مرتبط با تصادفات رانندگی و نبود مواد شیمیایی یا مواد تشعشعی است که منجر به تلف شدن این اعضا شود. به دیگر سخن، از بین رفتن محسوس این اعضا بدون وارد آوردن جراحات ظاهری دیگر کم‌تر رخ می‌نموده است.

ب. در آن زمان، به دلیل ضعف امکانات پزشکی در صورت از بین رفتن این اعضا احتمال مرگ مجنی علیه زیاد بود و در نتیجه، دیه نفس واجب می‌شد.

ج. حتی اگر تفویض یک عضو داخلی منجر به مرگ مجنی علیه نمی‌شد، امکانات پزشکی آن زمان این امکان را به آن‌ها نمی‌داد تا به طور قاطع، نوع و میزان جنایت بر آن عضو را مشخص کنند تا در نتیجه برای آن دیه تعیین کنند.

اما امروزه با توجه به پیشرفت‌های چشمگیر علم پزشکی، امکان شناسایی دقیق این اعضا و میزان کارکرد و نقش آن‌ها در حفظ حیات انسان فراهم شده است. در نتیجه، این ضرورت ایجاد می‌شود که به صورت دقیق‌تر و موشکافانه، جنایات وارده نسبت به این اعضا بررسی می‌شود و حکمی که به موازین و اصول شرع و مقاصد شریعت نزدیک‌تر است، برای این اعضا صادر شود؛ به ویژه که شیوه زندگی انسان تغییر کرده و

۶۵. نک: حاجی ده‌آبادی، مجموعه مقالات، ۱/۱۶۱ تا ۱۶۱.

۶۶. نک: علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲۲/۵؛ خویی، موسوعه، ۲۳/۴۲.

۶۷. موسوی خوانساری، مدارک الاحکام، ۲۶۹/۶.

۶۸. موسوی اردبیلی، فقه الدیات، ۳۱۸ تا ۳۱۹.

جنایت بر این اعضا بیشتر روی می‌دهد. بنابراین اگر عضو داخلی فرد باشد، جنایت بر آن به‌طور از کارانداختن آن به‌طور کلی، دیه کامل را در بر دارد. اما در اعضای داخلی زوج مانند ریه و کلیه، هرکدام دارای نیمی از دیه خواهند بود. نیک هویداست با پیشرفت علم پزشکی در عصر امروز می‌توان دریافت که میزان از کارافتادگی هریک از اعضای داخلی چقدر است. براین اساس، می‌توان همین نسبت را درباره دیه کامل آن‌ها اعمال کرد. برای نمونه، اگر بر حسب نظر متخصصان، جراحی سبب ازکارافتادن نیمی از روده بزرگ شود، نیمی از دیه انسان کامل به آن تعلق می‌گیرد و اگر جنایتی سبب ازکارافتادن ثلث یکی از دو ریه شود، یک‌ششم دیه کامل به آن تعلق می‌گیرد.

نتیجه‌گیری

براساس آنچه گذشت، دستاوردهای نوشتار حاضر عبارت‌ند از:

برخلاف دیدگاه برخی لغت‌پژوهان، مفهوم «عضو بدن» را نمی‌توان به مواردی محدود دانست که تنها در ظاهر بدن انسان وجود داشته یا استخوانی را در بردارند، بلکه براساس اطلاعات کاربردی همین لغت‌پژوهان در کاربست عضو به اعضای داخلی و نیز اشارات احادیث، عضو آدمی عبارت است از: هریک از قسمت‌های داخلی و بیرونی بدن انسان.

دیه اعضای داخلی در نگاشته‌های فقهای متقدم و حتی متأخران مدّ نظر قرار نگرفته است. تنها در دهه‌های اخیر با پیشرفت دانش پزشکی، جنایت بر این اعضا و عقوبت مالی برای آن‌ها مدّ نظر شماری از فقیهان قرار گرفته است. ازاین‌رو، موضوع کیفیت محاسبه عقوبت مالی برای جنایات بر اعضای داخلی را می‌توان در شمار مسائل مستحدثه جای داد.

با بررسی نظرات فقها در مواجهه با مسئله پیش‌گفته سه دیدگاه درخور ارزیابی است: وجوب پرداخت دیه، وجوب پرداخت ارش و وجوب پرداخت دیه برای اعضای رئیسه و تأثیرگذار.

اختلاف دیدگاه فقیهان در مسئله به نحوه استظهار ایشان از دو روایت معروف به صحیحۀ عبدالله بن سنان و هشام بن سالم بر می‌گردد. این دو صحیحۀ بیانگر حکم کلی وجوب دیه کامل در اعضای فرد و نیمی از دیه در اعضای زوج بدن آدمی است.

شماری از فقیهان معاصر امامیه معتقدند در اعضای داخلی بدن دیه کامل واجب می‌شود؛ زیرا قاعده اعضای زوج و فرد عام است و شامل هر عضوی از اعضای بدن انسان؛ اعم از اعضای ظاهری و باطنی می‌شود.

برخی دیگر از فقیهان بر این عقیده‌اند که با جنایت بر این اعضا ارش واجب می‌شود، زیرا دو روایت

صحیح، به اعضای خارجی انصراف دارند؛ چراکه در عصر صدور، از بین رفتن اعضای داخلی غالباً باعث مرگ مجنی علیه می شده و در نتیجه، دیه عضو در دیه نفس تداخل کرده و جانی محکوم به پرداخت دیه نفس بوده است، حال آنکه در همان زمان، با جنایت بر اعضای ظاهری همچون دست و پا و گوش و چشم، امکان حیات مجنی علیه وجود داشته است.

دیدگاه برگزیده این است که نمی توان به سادگی از عموم عباراتی چون «مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ» و «كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ» چشم پوشی کرد؛ چراکه اصل اولیه، بیان احکام به نحو قضیه حقیقه است نه قضیه خارجی مطابق با نیازهای عصر صدور روایات. همچنین انصراف این روایات به قطع عضو به دو دلیل پذیرفتنی نیست: اجماع بر وجوب دیه بر جنایت سالب کارکرد تام عضو بدون قطع شدن آن و نیز عدم استتصال امام (ع) در مقام پاسخ گویی که سبب باور به عمومیت حکم می شود.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۳ق.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر. المذهب. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۰۶ق.

ابن رشد، محمد بن احمد. بدایه المجتهد و نهایه المقتصد. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الإسلامية. المعاونة الثقافية. ۱۴۳۱ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، غنية النزوع فی علمی الاصولین و الفروع. قم: امام صادق (ع). ۱۳۸۵.

ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۰۴ق.

ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۰۷ق.

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

ابوالبقاء، ایوب بن موسی. الکلیات. بیروت: الرسالة. ۱۳۹۱ق.

ازهری، محمد بن احمد. تهذیب اللغة. بیروت: دار إحياء التراث. ۱۴۲۱ق.

اکرمی، روح الله. «دیه طحال: نقدی بر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور»، پژوهش های حقوق کیفری. ش ۱۲،

۱۳۹۴، ص ۱۲۱ تا ۱۴۶.

<https://doi.org/10.22054/jclr.2015.2405>

انصاری، محمد علی. الموسوعة الفقهية الميسرة. قم: مجمع الفكر الاسلامی. ۱۴۱۵ق.

بجنوری، سید محمد. مجموعه مقالات فقهی و حقوقی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). ۱۳۸۰.

تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الاحکام. قم: دار الصدیقة الشهيدة (س). ۱۳۸۷.

- تسخیری، محمدعلی. القواعد الاصولية و الفقهية. قم: مجمع جهانی تقریب بین مذاهب اسلامی. ۱۴۳۱ق.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. «قاعدة دية اعضا در فقه امامیه و اهل سنت»، نشریه حقوق اسلامی. ش ۲۰، پاییز ۱۳۸۳، ۱۳۷ تا ۱۶۸.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. مجموعه مقالات. تهران: ترنم قلم. ۱۳۹۵.
- حر عاملی، محمدبن حسن. وسائل الشیعة. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ پنجم، ۱۴۰۳ق.
- حسینی عاملی، محمدجوادبن محمد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۹ق.
- حمداللهی، عارف، محسن جهانگیری. «قاعدة دية اعضا فرد و زوج در فقه امامیه و اهل سنت»، مصباح الفقاهة. ش ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۱۰۳ تا ۱۲۴.
- خطیب شریینی، محمدبن احمد. مغنی المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج. بیروت: دار المعرفة. چاپ چهارم، ۱۴۳۱ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسة احیاء الآثار الامام الخویی. ۱۴۲۲ق.
- خویی، سیدابوالقاسم. موسوعة الامام الخویی. قم: مؤسسة احیاء الآثار الامام الخویی. ۱۴۱۸ق.
- روحانی، محمدصادق. استفتانات. قم: حدیث دل. ۱۳۸۳.
- روحانی، محمدصادق. فقه الصادق (ع). قم: الاجتهاد. ۱۴۲۹ق.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الصالحین: الملحقات. به شرح مصطفی محمد مصری عاملی. بیروت: دار بلال. چاپ دوم، ۱۴۳۵ق.
- زارعی سبزواری، عباسعلی. القواعد الفقهية فی الفقه الامامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۳۰ق.
- زراعت، عباس. شرح قانون مجازات اسلامی؛ بخش دیات. بی جا: بی نا. چاپ دوم.
- سبحانی تبریزی، جعفر. احکام الديات فی الشريعة الاسلامیة الغراء. قم: امام صادق (ع). ۱۳۸۲.
- سبحانی تبریزی، جعفر. استفتانات. قم: امام صادق (ع). ۱۳۹۴.
- سبحانی تبریزی، جعفر. اصول الفقه المقارن فیما لا نص فيه. قم: امام صادق (ع). ۱۳۸۳.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی. مهذب الأحکام. بیروت: المنار. ۱۴۳۰ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. معجم مقالید العلوم فی الحدود و الرسوم. قاهره: الآداب. ۱۴۲۴ق.
- شهید اول، محمدبن مکی. القواعد و الفوائد. قم: المنیر. بی تا.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام. قم: دار الکتب الاسلامیة. ۱۳۶۳ق.
- صانعی، یوسف. استفتانات قضایی. قم: میثم تمار، ۱۳۸۱.
- صدر، سیدمحمد. ماوراء الفقه. بیروت: دار الاضواء. ۱۴۳۰ق.
- طباطبایی کربلایی، سیدعلی. ریاض المسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۲۲ق.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الامامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية. چاپ سوم،

۱۳۷۸ق.

طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الاحکام. به تحقیق حسن موسوی خراسان. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمين. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۴۱۱ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تحرير الاحکام. قم: امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.

فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. كشف الرموز. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۸ق.

فاضل هندی، محمدبن حسن. كشف اللثام عن قواعد الاحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.

فیومی، احمدبن محمد. المصباح المنیر. بیروت: المكتبة العلمية. ۱۴۱۸ق.

قلعه جی، محمدرواس، حامدصادق قنبری. معجم لغة الفقهاء. بی جا: دار الفنا نس. چاپ دوم، بی تا.

کاتوزیان، ناصر. الزام های خارج از قرارداد ضمان قهری. تهران: دانشگاه تهران. ۱۳۸۲.

کاشف الغطاء، علی. مصادر الحكم الشرعی و القانون المدني. نجف: الآداب. ۱۴۰۸ق.

کلینی، محمدبن یعقوب. الکافی. قم: دار الحديث. ۱۴۲۹ق.

گرچی، ابوالقاسم. دیات. تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. چاپ اول، ۱۳۸۰.

مجلسی، محمدباقر. بحار الانوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۳ق.

مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری. قم: مرکز تحقیقات فقهی. چاپ دوم، ۱۳۸۲.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام. بیروت: دار الاضواء. ۱۴۰۳ق.

محمودیان اصفهانی، کامران و دیگران. «جستاری در باب جنایت بر اعضای داخلی؛ بازخوانی انتقادی نظریه دیه معین»، پژوهش های حقوق کیفری. ش ۱۹، تابستان ۱۳۹۶، ص ۹ تا ۴۰.

<https://doi.org/10.22054/jclr.2017.11440.1205>

مدنی کاشانی، رضا. کتاب الدیات. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۸ق.

مرتضوی، سیدعبدالهادی. فقه استدلالی: دیات. مشهد: حوزه علمیه خراسان. ۱۳۹۹.

مرتضی زبیدی، محمدبن محمد. تاج العروس. بیروت: دار الهدایة. ۱۳۰۶ق.

مرداوی، علی بن سلیمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. بی جا: دار احیاء التراث العربی. چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.

مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن. دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: میزان. ۱۳۷۶.

معاونت آموزش قوه قضایی. مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری. تهران: جنگل. ۱۳۸۸.

مقدس اردبیلی، احمدبن محمد. مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.

منتظری، حسینعلی. استفتانات. تهران: سایه. ۱۳۸۴.

موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم. فقه الدیات. قم: دار العلم المفید. ۱۴۱۶ق.

موسوی خوانساری، سیداحمد. جامع المدارک. تهران: صدوق. ۱۳۵۵.
 میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحكمة فی الاصول. قم: احیاء الکتب الاسلامیه. ۱۴۳۰ق.
 نجار، محمد و دیگران. المعجم الوسیط. قاهره: دار الدعوة. ۱۴۰۹ق.
 هاشمی شاهرودی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه بر مذهب اهل البيت (ع). ۱۳۸۷.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

- Abū al-Balqā', Ayūb ibn Mūsā. *al-Kulīyāt*. Beirut: al-Risālah, 1971/1391.
- Akrāmī, Rūḥ Allāh. "Diyih-yi Ṭahāl: Naqḍi bar Ra'ẓ Vahdat Ravīyih-yi Dīvān 'Ālī Kishvar". *Pazhūhish-hā-yi Ḥuqūq-i Kayfārī*, no. 12, 2016/1394, 121-146.
- 'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta'allimīn*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. 1991/1411.
- 'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām*. Qum: Imām Šādiq(AS). 1999/1420.
- Anṣārī, Muḥammad 'Alī. *Mausū'at al-Fiqhiyah al-Mīysarah*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. 1995/1415.
- Azhārī, Muḥammad Ibn Aḥmad. *Tahdhib al-Lughah*. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth. 2000/1421.
- Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad. *Majmū'ah Maqālāt Fiqhī va Ḥuqūqī*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2002/1380.
- Fāḍil Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭālib. *Kashf al-Rumūz*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1988/1408.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām 'an Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1416.
- Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr*. Beirut: al-Maktaba al-'Ilmiyyah, 1997/1418.
- Gurjī, Abū al-Qāsim. *Diyāt*. Tehran: Intishārāt va Chāp University of Tehran, Chāp-i Awwal, 2002/1380.
- Ḥājī Dihābādī, Aḥmad. "Qā'idih-yi Diyih A'ẓāy dar Fiqh Imāmīyah va Ahl-i Sunat". *Nashriyih-yi Ḥuqūq-i Islāmī*. no. 20, autumn 2005/1383, 137-168.
- Ḥājī Dihābādī, Aḥmad. *Majmū'ah Maqālāt*. Tehran: Taranum Qalam, 2017/1395.
- Ḥamdallāhī, 'Arif, Muḥsin Jahāngīrī. "Qā'idih-yi Diyih-yi A'ẓā' Fard va Zūj dar Fiqh Imāmīyah va Ahl Sunat". *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. No. 4, autumn and winter 2020/1398, 103-124.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i bar Madhhab-i Ahl-i Bayt(AS). 2009/1387.

- Hurr 'Āmili, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shr'a*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī, Chāp-i Panjum, 1983/1403.
- Husaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- Ibn Barrāj, 'Abd 'Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1986/1406.
- Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muḥadhdhab al-Bārī' fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1987/1407.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Maktab al-I'lām al-Islāmī, 1984/1404.
- Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār Ṣādir. Chāp-i Sivum, 1994/1414.
- Ibn Rushd, Muḥammad Aḥmad. *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Tehran: al-Majma' al-'Ālamī li-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīyya, al-Mu'awiniyya al-Thaqāfiyya, 2010/1431.
- Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn 'Alī. *Ghunya al-Nuzū' ilā 'Ilmī al-Uṣūl wa Furū'*. Qum: Imām Ṣādiq (AS), 2007/1385.
- Kāshif al-Ghiṭā'. 'Alī. *Maṣādir al-Hukm Shar'ī wa al-Qānūn al-Madanī*. Najaf: al-Ādāb, 1988/1408.
- Kātūziyān, Nāṣir. *Ilzām-hā-yi Khārij az Qarārdād Dimān Qahrī*. Tehran: University of Tehran, 2003/1382.
- Khaṭīb Shīrbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'rifa Ma'ānī Alfāz Minhāj*. Beirut: Dār al-Ma'rifa. Chāp-i Chāhārum, 2010/1431.
- Khū'i, Sayyid Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū'assisa Āṣār-i al-Imām Khū'i, 2001/1422.
- Khū'i, Sayyid Abū al-Qāsim. *Mawsū'at al-Imām al-Khū'i*. Qum: Mū'assisa Iḥyā' Āṣār al-Imām al-Khū'i, 1997/1418.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. Qum: Dār al-Ḥadīth. 2008/1429.
- Madanī Kāshānī, Rizā. *Kitāb-i al-Diyāt*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1988/1408.
- Maḥmūdīyān Iṣfahānī, Kāmrān et al. "Justārī dar Bāb Jināyat Bar A'zāy Dākhilī; Bāzkhānī Intiqādī Naẓariyih-yi Diyih-yi Mu'ayan". *Pazhūhish-hā-yi Huqūq Kayfarī*. No. 19, summer 2018/1396, 9-40.
- Majlisi, Muḥammad Bāqir. *Biḥār al-Anwār*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī, 1983/1403.
- Majmū'ah Naẓariyāt-i Mashvaratī Fiqhī dar Umūr Kayfarī*. Qum: Markaz Taḥqīqāt Fiqhī. Chāp-i Duwum, 2003/1382.

- Mar'ashī Shushtarī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. *Didgāh-hā-yi Nū dar Ḥuqūq-i Kiyfārī Islām*. Tehran: Mīzān, 1998/1376.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl*. Qum: Iḥyā' al-Kutub al-Islāmīyya. 2009/1430.
- Mu'āvinat Āmūzish Quvīh-yi Qaḍāyī. *Majmū'ah Nazariyāt-i Mashvaratī Fiqhī dar Umūr Kayfārī*. Tehran: Jangal, 2010/1388.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan *Sharā'ir al-Islām*. Beirut: Dār al-Aḍwā'. 1983/1403.
- Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. *Istiftā'āt*. Tehran: Sāyih, 2005/1384.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1943/1363.
- Murdāwī, 'Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fi Ma'rifa al-Rājiḥ min al-Khilāf*. S.l: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Duwwum. 1998/1418.
- Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-'Arūs*. Beirut: Dār al-Hidāya. 1888/1306.
- Murtaẓawī, Sayyid 'Abd al-Hādī. *al-Fiqh al-Istidlālī*. Diyāt. Mashhad: Ḥawzah-yi 'Ilmiyah Khāharān Khurāsān, 2021/1399.
- Musawī Ardabīlī, Sayyid 'Abd Karīm. *Fiqh al-Diyāt*. Qum: Dār al-'Ilm al-Mufid, 1995/1416.
- Musawī Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik*. Tehran: Ṣadūq. 1977/1355.
- Najā, Muḥammad et al. *al-Mu'jam al-Wasīṭ*. Cairo: Dār al-Da'wa, 1989/1409.
- Qal'ihjī, Muḥammad Rawās, Ḥamid Ṣādiq Qanībī. *Mu'jam Lughah al-Fuqah'*. S.l. Dār al-Nafā'is. Chāp-i Duwwum, s.d.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: al-Ijtihād. 2008/1429.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Istiftā'āt*. Qum: Ḥadith Dil. 2004/1383.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn: al-Mulḥaqāt*. Bi Sharḥ Muṣṭafā Muḥammad Miṣrī 'Āmulī. Beirut: Dār Bilāl. Chāp-i Duwwum, 2014/1435.
- Sabziwārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. *Muḥadhdhab al-Aḥkām*. Qum: al-Minār. 2009/1430.
- Sabziwārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. *Muḥadhdhab al-Aḥkām*. Qum: Beirut: al-Minār, 2009/1430.
- Ṣadr, Sayyid Muḥammad. *Māwarā' al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Aḍwā'. 2009/1430.

Şāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām*. Qum: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1984/1363.

Şāni'ī, Yūsuf. *Istiftā'āt Qaḍāyī*. Qum: Miṯṯam Tamār, 2003/1381.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id*. Qum: al-Munīr, s.d.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Istiftā'āt*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). 2016/1394.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Uṣūl al-Fiqh al-Muqārin Fimā Lānaṣ fih*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). 2005/1383.

Subḥānī, Ja'far. *al-Aḥkām al-Diyāt fi al-Shari'a al-Islāmīyya al-Gharra'*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). 2003/1382.

Suyūṭī, 'Abd al-Raḥmān ibn abī bakr. *Mu'jam al-Maqālīd al-'Ulūm fi al-Hudūd wa al-Rusūm*. Cairo: al-Ādāb, 2003/1424.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, Sayyid 'Alī. *Riyāḍ al-Masā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2001/1422.

Tabrizī, Javād. *Tanqīḥ Madanī al-Aḥkām*. Qum: Dār al-Şidīqa al-Shahīda. 2009/1387.

Taskhīrī, Muḥammad 'Alī. *al-Qawā'id al-Uṣūliyya wa al-Fiqhiyya*. Qum: Majma' Jahānī Taqrīb Bayn Madhāhib Islāmī, 2010/1431.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi al-Fiqh al-Imāmīyah*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya li-Iḥyā' al-Āṣār al-Ja'fariyya. Chāp-i Sivum, 1959/1378.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. researched by Sayyid Ḥasan Mūsawī Kharsān. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Zārī f Sabzawārī, 'Abbās 'Alī. *al-Qawā'id al-Fiqhiyyah fi Fiqh al-Imāmīya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2009/1430.

Zirā'at, 'Abbās. *Sharḥ Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī; Bakhsh Diyāt*. S.l: s.n. Chāp-i Duwwum, s.d.



The Applicability of the Principle of Non-forgiveness of a Muslim's Blood to Benevolent Acts (*fi'l-i muḥsinānih*) Resulting in Death (With a Critique of Article 509 of the Islamic Penal Code)

Seyyed Hosein Ghandili , PhD Candidate, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Alireza Abedi Sarasia (Corresponding Author) , Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad

Email: a-abedi@um.ac.ir

Dr. Seyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan , Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

According to the Rule of *Ihsān*, if a benevolent act results in loss or damage, it does not give rise to liability (*zāmān*), and Imāmi jurists generally make no distinction in this respect between financial loss and bodily injury. This is despite the fact that the *Shari'a* has established a distinction between financial and bodily harm with respect to liability based on the available evidence and indications. In cases of bodily harm, unlike financial loss, the Principle of the Non-forgiveness of a Muslim's Blood has been established to prevent a Muslim's blood from being rendered uncompensated and to preclude the negation of liability. Against this background, the present study asks whether the complete denial of liability for a benevolent act resulting in death can itself amount to rendering a Muslim's blood uncompensated. The present article adopts a descriptive-analytical method and relies on library and documentary sources to review three possible scenarios: a benevolent act resulting in the death of the beneficiary, a benevolent act resulting in the death of a third person, and a benevolent act committed with the intention of promoting the public good that results in death. The possible legal outcomes are analyzed, and in some situations the possibility of compensating bodily injuries through the Public Treasury, on the basis of the Principle of the Non-forgiveness of a Muslim's Blood and other supporting reasons and indications, is strengthened.

Keywords: sanctity of blood, the Principle of the Non-forgiveness of a Muslim's Blood, negation of liability, benevolent act





افشور

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۲۰۶ - ۱۸۳

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۱

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2025.90265.1851>

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان

نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ (همراه با نقد ۹ ق.م.ا)

سیدحسین قندیلی ^{ID}

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

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (نویسنده مسئول) ^{ID}

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

Email: a- Abedi@um.ac.ir

دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان ^{ID}

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

چکیده

براساس قاعده احسان اگر فعل محسنانه منجر به خسارت شود موجب ضمان نیست و دراین باره در کلام فقها تفاوتی بین خسارت جانی و مالی نیست. این در حالی است که برحسب شواهد و قرائن، شریعت بر تفاوت بین خسارت مالی و جانی از حیث ضمان بنا نهاده است. در خسارت جانی برخلاف مالی قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان جعل شده است که از پایمال شدن خون مسلمان و منتفی بودن ضمان جلوگیری می کند. اکنون این سؤال مطرح است که در فعل محسنانه منتهی به مرگ، آیا منتفی بودن ضمان به صورت مطلق مصداق پایمال شدن خون یک مسلمان نیست؟ در این نوشتار، به روش توصیفی تحلیلی و با ابزار گردآوری اطلاعات کتابخانه ای و اسنادی، با بررسی صور سه گانه بحث شامل فعل منجر به قتل محسنانه، فعل منجر به قتل شخص ثالث و فعل منجر به قتل با قصد احسان عمومی، احتمالات موجود مورد بررسی قرار می گیرد و در برخی حالات احتمال جبران خسارات جانی ازسوی بیت المال با استناد به قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان و سایر شواهد و قرائن تقویت می گردد.

واژگان کلیدی: حرمت خون، ابطال ناپذیری خون، نفی ضمان، فعل محسنانه.

مقدمه

از جمله مواردی که ممکن است شائبه پایمال شدن خون مسلمان مطرح شود، مرگ ناشی از فعل محسنانه است. توضیح آنکه، براساس قاعده احسان، ضمان شخص محسن منتفی است و مرجع دیگری نیز در کلام فقها برای تدارک خسارت جانی مطرح نشده است. این در حالی است که در باب خسارت جانی قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان جعل شده است و چنانچه بنابر شرایط خاصی امکان تدارک دیه نباشد، براساس قاعده مذکور، بیت المال مسئول تدارک خواهد بود و قرار نیست همچون خسارات مالی صرف، که بنابر شرایطی توسط فاعل آن جبران نشود، بدون جبران بماند. بنابراین، این سؤال مطرح می شود که آیا این قاعده شامل مصداقی می شود که شخصی بر اثر فعل محسنانه کشته شود و دیه با استناد به قاعده احسان از عهده شخص محسن منتفی شود یا آنکه موضوعاً این قاعده منتفی است و جریان ندارد؟ ظاهراً غالب فقها قائل به نفی ضمان به طور مطلق هستند و در چنین مواردی از قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان سخنی به میان نیامده است. همچنین ظاهراً قولی مبنی بر ضامن بودن شخص محسن در چنین مواردی یافت نمی شود اما براساس یک احتمال شاید بتوان با استناد به قاعده مذکور و ادله و عمومات دیگر در برخی موارد از طریق بیت المال خسارات جانی را جبران کرد. در این نوشتار ابتدا به موضوع شناسی و وجوه غیر قابل تخصیص بودن قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان و در نهایت، بررسی احتمال مذکور که در واقع هدف اصلی پژوهش را تشکیل می دهد، می پردازیم. لازم به ذکر است هر دو قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان و احسان در منابع مختلف فقهی بررسی شده است. همچنین مقالات متعددی با جنبه های مختلف از جمله «بررسی قاعده احسان و نسبت آن با قاعده لاضرر»، «تبیین گسترده و ناکارایی استقلالی قاعده احسان»، «قاعده احسان»، «قاعده ارزش خون انسان» و «تحلیل روایت ابی بصیر مبنی بر عدم بطلان خون مسلمان» تألیف شده اما هیچ کدام به موضوع مورد بحث ما اشاره نکرده اند.

افزون بر این موارد، دو مقاله به این شرح با عناوین نزدیک تری وجود دارد: محمود حکمت نیا در مقاله «احسان به جمع (احسان جمعی) و نقش آن در مسئولیت مدنی» به بررسی مسئولیت مدنی شخص محسن در فعل محسنانه با قصد احسان به جمع پرداخته و ضمان یا عدم ضمان شخص محسن را بررسی کرده است، لکن صرفاً به جنبه خسارات مالی صرف پرداخته شده است و خسارات جانی و اینکه اگر فعل محسنانه منتهی به مرگ شود آیا می توان مشمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان شود، بررسی نشده است. همچنین حسن کریمی در مقاله «تحلیل و بررسی قلمرو قاعده لایبطل دم امری مسلم» شمول و دامنه قاعده فوق را بررسی کرده است، ولی از امکان شمول آن نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ سخنی به میان نیاورده است. در مجموع می توان گفت وجه تمایز این پژوهش با پژوهش های پیشین پرداختن به

تعارض و تلاقی دو قاعده است. این نوآوری شامل بررسی این موارد است: امکان عرفی بودن موضوع قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان و در نتیجه آن، شمول قاعده ابطال ناپذیری نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ (قصد احسان عمومی)، ذکر وجوه تخصیص ناپذیری و در نتیجه، عدم امکان تخصیص قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان توسط قاعده احسان و ادله لزوم تدارک دیه از بیت المال در فعل محسنانه منتهی به مرگ با قصد احسان عمومی.

۱. معرفی اجمالی قاعده دم المسلم لا یذهب هدراً

از جمله قواعد مهم فقهی در باب حرمت دماء و نفوس مسلمانان، قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان است که اجمالاً دلالت بر حرمت وضعی خون مسلمان دارد.^۱ در این نوشتار جنبه های مؤثر قاعده در فرضیات مطرح شده بررسی می شود.

۱.۱. تعیین موضوع

بر اساس آنچه در منابع فقهی آمده است برای مشخص شدن موضوع یک حکم چنانچه موضوع را شارع مقدس خود تعیین کرده باشد، همان برای مکلف ملاک عمل است. برای مثال، موضوع نماز از سوی شارع مقدس تعیین شده است، اما اگر موضوع حکم از سوی شارع مقدس بیان نشود باید برای تعیین آن به عرف مراجعه کرد. برخی فقهای معاصر لزوم مراجعه به عرف در چنین مواردی را نوعی قاعده کلی تلقی کرده اند. با این توضیح که، مقتضای اطلاق امر مولا در چنین مواردی حمل کلام وی بر موضوع عرفی است.^۲ به عبارت دیگر، وقتی مولا به عبد خود امر می کند ولی مشخصات دقیق موضوع را مشخص نمی کند، آنچه عقلاً نسبت به موضوع حکم از کلام وی برداشت می کنند همان موضوع متعارف است. برای مثال، وقتی مولا به عبد خود دستور آوردن آب می دهد و شواهد و قراین حاکی از تشنه بودن مولا دارد آنچه از کلام وی برداشت می شود آب شیرین قابل شرب است، در امور شرعی نیز چنین است. نمونه آن تعیین حرز برای احراز تحقق شرایط اثبات حد سرقت است که از سوی شارع مقدس تعریفی ارائه نشده است. بنابراین باید به عرف مراجعه کرد.^۳ همچنین نسبت به قاعده احسان نیز همین گونه است و موضوع قاعده احسان امری عرفی است.^۴ نسبت به قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نیز ظاهراً همین گونه است. بدین صورت که، در روایات متعدد دلالت بر لزوم جلوگیری از پایمال شدن خون مسلمان دارد اما تعریف خاصی از پایمال شدن

۱. مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۱۲۹.

۲. طباطبائی، کتاب المناهل، ۵۶۹؛ خویی، موسوعة، ۲۴/۲۵۶.

۳. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۴۳/۹.

۴. مراغی، العناوین الفقهیة، ۴۷۹/۲.

یک خون محترم در روایات بیان نشده و از این رو برای تعیین آن باید به عرف مراجعه کرد. براساس فهم عرف هرگاه شخص مسلمان محقون الدمی به سبب فعل دیگری به ناحق کشته شود و در قبال آن حسب مورد قصاص یا دیه نباشد، مفهوم هدرشدن و باطل شدن خون محترم محقق می شود. برخی موارد استناد به قاعده، مبین عرفی بودن مصداق قاعده و عدم تعیین آن از سوی شارع مقدس است. نمونه آن، قتل همراه با رضایت مقتول است. یکی از اختلافات موجود در این مسئله، منتفی بودن یا عدم انتفای دیه مقتول است. این قاعده، یکی از ادله حکم به عدم انتفای دیه مقتول است.^۵ موارد دیگری نیز وجود دارد که برای رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می شود.^۶ این در حالی است که در روایات و ادله قاعده چنین موردی به عنوان مصداق قاعده مطرح نشده است اما در عرف وقتی شخصی به قتل برسد و در قبال خون او قصاص صورت نگیرد یا دیه پرداخت نشود مصداق پایمال شدن خون مقتول است. این امر مبین آن است که مصادیق قاعده براساس تشخیص و فهم عرف از پایمال شدن خون محترم تعیین می شود.

۱. ۲. دامنه قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان

نسبت به قلمرو این قاعده میان فقها اختلاف نظر است و ظاهراً راجع به این امر دو نظریه وجود دارد. براساس نظریه اول، این قاعده مواردی را شامل می شود که خون محترمی ریخته شده اما قاتل معینی ندارد یا دسترسی به آن ممکن نیست.^۷ به عبارت دیگر، این قاعده بر عدم سقوط دیه در جایی که قاتل مشخص نیست، دلالت دارد.^۸ در واقع، نظریه اول شمول قاعده را صرفاً محدود به موارد مذکور در روایت می داند. همچنین براساس این نظریه موضوع قاعده صرفاً محدود به موارد منصوص است و عرفی بودن موضوع منتفی است.

اما براساس نظریه دوم مفاد این قاعده بسیار وسیع تر است و عمومیت علت مذکور در روایت، تمامی مصادیق هدر بودن خون مسلمان را شامل می شود؛^۹ همان قاعده معروف «الْعَلَّةُ تُعَمَّمُ وَتُخَصَّصُ». ظاهراً نظریه دوم نسبت به نظریه اول معتقدان بیشتری دارد؛ زیرا در متون فقهی در موارد متعددی غیر از موارد منصوص (نظریه اول) مورد استناد واقع شده است. به دلیل رعایت اختصار از ذکر موارد آن خودداری می شود.^{۱۰}

با بررسی مواردی که در فقه به این قاعده استناد شده است می توان نتیجه ای کلی به دست آورد: در

۵. مرعشی نجفی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۱/۱۳۰.

۶. ایروانی، دروس تمهیدیه، ۳/۳۱۵.

۷. فیاض کابلی، المسائل المستحدثة، ۱۹۳.

۸. مصطفوی، منه قاعده الفقهیه، ۱۲۹.

۹. خویی، موسوعة، ۴۲/۶۶؛ خوانساری، جامع المدارک، ۷/۲۷۷.

۱۰. خویی، موسوعة، ۳۰/۲۲۴؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۸/۲۶۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۲/۱۷۱؛ ایروانی، دروس تمهیدیه، ۳/۳۱۵.

تمامی موارد یک وجه اشتراک وجود دارد و آن عبارت است از: وجود مقتضی هدر بودن خون مسلمان؛ مثل عدم دسترسی به قاتل یا رابطه پدر و پسر بودن بین قاتل و مقتول و... اما این قاعده جلوی آن را می‌گیرد و از پایمال شدن خون مسلمان جلوگیری می‌کند. سؤال اساسی در این بخش این است که باتوجه به مبنای دوم و شمول قاعده نسبت به سایر مصادیقی که در روایات ذکر نشده است آیا دامنه قاعده شامل خسارات جانی منجر به مرگ ناشی از فعل محسنانه می‌شود یا خیر؟ در ادامه به این پرسش پاسخ داده می‌شود.

۳.۱. وجه تخصیص ناپذیری قاعده دم المسلم لا یدهب هدرا

اگرچه برخی فقها قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان را تخصیص‌پذیر می‌شمارند،^{۱۱} لکن بنابر آنچه بیان خواهد شد نظر مختار بر تخصیص ناپذیری قاعده است که مطابق با مبنای خوانساری است. ظاهراً وجه تخصیص ناپذیری قاعده از نظر ایشان نص بودن ادله این قاعده در عمومیت است. ایشان تصریح می‌کنند که ظاهر ادله قاعده، تخصیص ناپذیر است^{۱۲} اما در کنار وجه مذکور وجوه دیگری نیز ذکر شدند است؛ از جمله آنکه اصل قاعده براساس تعلیل ذکر شده در روایت است و همان‌گونه که برخی بیان کرده‌اند دلیلی که در مقام تعلیل باشد تخصیص‌پذیر نیست.^{۱۳} البته باتوجه به ادله قاعده وجوه دیگری نیز به دست می‌آید که در ادامه به برخی از این روایات و وجه تخصیص ناپذیری آن‌ها اشاره می‌شود.

أ. در مقام بیان ضابطه بودن دلیل عام: یکی از عواملی که می‌تواند موجب تخصیص ناپذیری دلیل عام شود، در مقام بیان ضابطه بودن دلیل عام است.^{۱۴} در چنین حالتی، تخصیص با مقام معیار و مقیاس بودن دلیل عام منافات دارد.^{۱۵} در حقیقت، در چنین مواردی اگر تخصیص صحیح باشد، دلیل عام از میزان و معیار بودن ساقط می‌شود.^{۱۶}

برخی عمومات قرآنی و روایی از این قبیل است. برای مثال، می‌توان به برخی از روایاتی که مبنای ضابطه حدیث صحیح از باطل هستند اشاره کرد؛ مثل روایت ایوب بن حر که در آن راوی نقل می‌کند از امام صادق (ع) شنیدم که فرمود: هر چیزی باید به قرآن و سنت بر گردد، هر حدیثی موافق قرآن نیست ظاهری آراسته دارد ولی دروغ است.^{۱۷} اگر روایت فوق تخصیص‌پذیر باشد ضابطه بودن آن از بین می‌رود و به عبارتی، نفس ایجاد ضابطه تخصیص‌پذیر نیست؛ چون قاعده بودن آن از بین خواهد رفت. از این رو، دلیل

۱۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۷۱/۲۱؛ ۳۹۲؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۰۳/۱۳.

۱۲. خوانساری، جامع المدارک، ۲۶۷/۷ و ۵۱/۷.

۱۳. حکیم، الاصول العامة، ۵۴۰/۱؛ سبحانی تبریزی، الإنصاف فی مسائل دام فیها الخلاف، ۱۹۶/۲؛ سبحان، سلسلة المسائل الفقهية، ۲۴/۲۰.

۱۴. آشتیانی، بحر الفوائد، ۲۷۳/۲؛ تنکابنی، ایضاح الفرائد، ۶۰۵/۲.

۱۵. صدر، بحوث، ۶۹/۱۰؛ صدر، مباحث الأصول، ۳۵۴/۲.

۱۶. مروجی، تمهید الوسائل، ۵۲/۳.

۱۷. کلینی، الکافی، ۶۹/۱.

عام آبی از تخصیص است.^{۱۸}

ظاهر روایت ابی بصیر نیز از این قبیل است. در این روایت، امام صادق(ع) نسبت به کسی که به قتل رسیده و جنازه اش در بیابان پیدا شده باشد (و قاتل مشخصی نداشته باشد) می فرماید دیه او را از بیت المال پرداخت می کنم. سپس ایشان به کلام امیرالمؤمنان استناد می کنند که می فرمود: «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ».^{۱۹} در این روایت کلام امیرالمؤمنان مستند پرداخت دیه از بیت المال عنوان شده است اما نفس کلام امیرالمؤمنان(ع) به تنهایی ظهور در وجود یک قاعده و ضابطه کلی در شریعت اسلام دارد و آن پایمال نشدن خون مسلمان در دین اسلام است و براساس آن لازم است حاکم شرع در موارد مشابه این گونه عمل کند. روایت دیگری نیز با مضمون فوق از حضرت نقل شده است.^{۲۰} همچنین روایت دیگری از جمیل بن دراج از امام صادق(ع) در مقام ایجاد ضابطه بودن را بیشتر نمایان می کند. در این روایت راوی نقل می کند از امام صادق(ع) پرسیدم: آیا شهادت زنان در حدود الهی جایز است؟ حضرت فرمود: تنها در قتل، امیرالمؤمنان(ع) پیوسته می فرمود: «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ».^{۲۱} در این روایت، موضوع کلام حضرت شهادت زنان است، لکن باز هم حضرت به کلام کلی امیرالمؤمنان(ع) استناد می کنند. نمونه دیگر، روایت ابابصیر است که راوی از امام صادق(ع) نقل می کند که آن حضرت می فرماید: خداوند سبحان در دماء، به گونه ای دیگر از آنچه در اموال حکم کرده حکم کرده است و در ادامه، به تفاوت اقامه دعوا در اموال و دماء اشاره و در نهایت، علت این تفاوت را این گونه بیان می کنند: «...لِكَيْلَا يَبْطُلَ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ».^{۲۲} از مجموع این روایات به دست می آید که شارع در مقام ارائه ضابطه ای کلی بوده است که تعلیل به آن در فروع مختلف فقهی، عمومیت آن را تقویت می کند و موجب تخصیص ناپذیری آن می شود.

ب. مناسبت حکم و موضوع: یکی از عواملی که می تواند موجب آبی از تخصیص شدن یک عام شود، مناسبت حکم و موضوع است.^{۲۳} مناسبت حکم و موضوع، به معنای مناسبت و روابط و مناسبت هایی است که در دید عرف میان یک حکم و موضوع آن وجود دارد. در چنین مواردی در واقع عرف دلیل عام را تخصیص پذیر نمی داند. البته مناسبت حکم و موضوع نیز می تواند سبب تخصیص یا تعمیم حکم شود.^{۲۴} برخی ادله احکام شرعی از این باب آبی از تخصیص هستند. برای مثال، یکی از مصادیق تناسب بین حکم

۱۸. لاری، التعلیقة علی المکاسب، ۴۲۲/۲.

۱۹. کلینی، الکافی، ۳۵۶/۷.

۲۰. کلینی، الکافی، ۳۶۲/۷.

۲۱. کلینی، الکافی، ۳۹۰/۷.

۲۲. کلینی، الکافی، ۳۶۲/۷.

۲۳. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۲۵۶/۳؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۸۰/۱.

۲۴. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، ۸۰۰؛ جمعی از مؤلفان، مجلة فقه اهل بیت(ع)، ۸۲/۱۰.

و موضوع آیه شریفه نفی سبیل است؛ با این توضیح که جعل حکمی که سبب استخفاف مسلمانان شود با تقدس دین اسلام و بنای شارع مقدس سازگاری ندارد. براین اساس می توان ادعا کرد حکم نفی سبیل کاملاً متناسب با موضوع شریعت اسلام است. لذا در نگاه عرف چنین حکم عامی تخصیص پذیر نیست که در برخی منابع فقهی به این امر اشاره شده است.^{۲۵} بنابراین می توان ادعا کرد که گاهی رابطه بین حکم و موضوع و تناسبی که بین این دو وجود دارد به گونه ای است که در نگاه عرف چنین حکم عامی تخصیص پذیر نیست. در برخی منابع نیز تاحدودی به این امر اشاره شده است.^{۲۶}

نسبت به قاعده «دم المسلم لایذهب هدرا» نیز ظاهراً چنین حالت و رابطه ای بین حکم و موضوع وجود دارد. توضیح آنکه، اهمیت بسیار زیاد دماء و نفوس در شریعت اسلام کاملاً امری ضروری و بدیهی است و بر هیچ کس پوشیده نیست. ازاین رو، جلوگیری از پایمال شدن آن نیز امری کاملاً بدیهی و ضروری است. به عبارت دیگر، می توان گفت: در نگاه عرف بین اهمیت بسیار زیاد خون یک مسلمان و لزوم جلوگیری از پایمال شدن آن به گونه ای تناسب و رابطه وجود دارد که سبب آبی از تخصیص شدن حکم می شود. بنابراین می توان گفت در نگاه عرف پذیرفتنی نیست گفته شود خون مسلمان نباید پایمال شود، مگر در این مورد و آن مورد. از ظاهر روایت هشام نیز می توان مسلم بودن قاعده و پذیرش آن نزد عرف را استنباط کرد. در این روایت، امام (ع) از پذیرش روایتی که مفاد آن دلالت بر پایمال شدن خون مسلمان می کند اظهار تعجب می کنند.^{۲۷} این بدان معناست که لزوم پایمال نشدن خون مسلمان امری بدیهی و مسلم نزد ایشان است تا حدی که راوی خود باید متوجه کذب بودن روایت اول می شد و اصلاً نیازی به سؤال کردن نداشته است.

باتوجه به نکات ذکر شده می توان نتیجه گرفت یکی از وجوه تخصیص ناپذیری قاعده «دم المسلم لایذهب هدرا»، تناسب بین حکم و موضوع این قاعده است.

ج. دلالت سیاق دلیل بر استقباح و استنکار امری: وقتی سیاق برخی عمومات یا اطلاعات دلالت بر استقباح و استنکار امری دارد، تخصیص و تقیید در آن راه ندارد.^{۲۸} حتی می توان آبی از تخصیص بودن چنین عمومات یا اطلاعاتی را مقتضای حکیم بودن گوینده آن ها دانست؛ زیرا وقتی متکلم حکیم قبح و استهجان امری را بیان می کند نفس قبیح بودن آنچه گفته شده مبین آن است که مولا قصد تخصیص یا تقیید

۲۵. بجنوردی، قواعد فقهیه، ۳۵۸/۱.

۲۶. نائینی، المکاسب و البیع، ۳۴۴/۲.

۲۷. هشام نقل می کند از امام کاظم (ع) درباره برده ای که نوید آزادی پس از مرگ مولایش دارد و شخصی را از روی خطا کشته است، پرسیدم. حضرت فرمودند: در این مسئله چه روایتی به شما رسیده؟ عرض کردم: از امام صادق (ع) برای ما روایت شده است که فرمودند: برده را به طور کامل در اختیار اولیای مقتول قرار می دهند. پس هرگاه مولای سابقش بمیرد برده آزاد می شود. امام کاظم (ع) فرمودند: «سبحان الله! قَبِيْلُ ذَمٍّ اَفَرِيْ مُسْلِمٍ....» (کلینی، الکافی، ۳۰۷/۷).

۲۸. صافی، بیان الاصول، ۳۴۸/۳.

قندیلی و دیگران؛ بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ/ ۱۹۱

کلام خود را نداشته است. برای مثال، می توان به آیه ۱۵ سوره اسرا اشاره کرد: «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ تَبْعَثَ رَسُولًا». سیاق این آیه شریفه ظهور در قبیح بودن عذاب پیش از فرستادن رسول دارد. همچنین است ادله ناهی از عمل به قیاس که دلالت بر قبح عمل به قیاس دارد و نیز برخی عمومات و اطلاقات حرمت غنا که دلالت بر قبح آن دارد، آبی از تخصیص و تقیید است.^{۲۹}

روایت سلمه بن کهیل نیز از این قبیل است.^{۳۰} در این روایت، تعبیر امیرالمؤمنان (ع) که فرمودند: «نخواهم گذاشت خون مسلمانی پایمال شود»، دلالت بر قبح پایمال شدن خون مسلمان دارد. البته در کنار این روایت و سایر ادله قاعده، برخی ادله دیگر نیز دلالت بر قبح پایمال شدن خون یک مسلمان دارد. برای مثال، می توان به روایت جابر به نقل از امام باقر (ع) اشاره کرد که پیامبر اکرم (ص) فرمودند: هرکس شهادتش را کتمان کند یا شهادتی دهد که بر اثر آن خون مسلمانی هدر رود یا مال او را از بین ببرد، روز قیامت در حالی می آید که برای چهره اش به اندازه ای که چشم کار کند تاریکی است و در صورتش خراش است و همه خلایق او را با نام و نسبش می شناسند.^{۳۱} همچنین نزد عرف نیز نفس پایمال شدن خون مسلمان امری قبیح است که این امر نیز مؤیدی بر مضمون روایات فوق است. روایت هشام که نقل آن گذشت و تعبیری که امام به کار بردند «سبحان الله! فَيُطْلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ...» نیز تاحدودی دلالت بر قبح پایمال شدن خون مسلمان دارد.

در مجموع با بررسی این ادله به دست می آید که پایمال شدن خون مسلمان در شریعت اسلام امر قبیحی است و بنای شریعت بر جلوگیری از وقوع آن در خارج است.

د. نص در عمومیت: یکی از مواردی که سبب تخصیص یا تقیید ناپذیری عام یا مطلق می شود، صراحت در عمومیت یا اطلاق است.^{۳۲} در واقع دلیل عام به سبب برخی عوامل از درجه ظهور در عمومیت، به نص در عمومیت می رسد. عوامل مختلفی باعث نص شدن عام در عمومیت می شود، از جمله: تأکید بر عمومیت عام در خود دلیل عام.^{۳۳}

هرچند همان گونه که بیان شد بنابر نظر خوانساری ظاهر ادله معروف و مشهور، قاعده دم المسلم لا یذهب هدراً آبی از تخصیص است^{۳۴} و ظاهراً مراد ایشان همان نص در عمومیت است؛ اما در میان ادله این

۲۹. نجومی، الرسائل الفقهية، ۱۶۲.

۳۰. از سلمه نقل شده است که: حضرت علی (ع) درباره شخصی که مرتکب قتل شده بود و خویشاوندی نداشت فرمود: «دیه مقتول را من از سوی قاتل پرداخت می کنم و نخواهم گذاشت خون مسلمانی پایمال شود.» (کلینی، الکافی، ۳۶۵/۷)

۳۱. کلینی، الکافی، ۳۸۰/۷.

۳۲. حکیم، حقائق الأصول، ۵۴۰/۱.

۳۳. تستری، الهدایة فی شرح الکفایة، ۴۵۳.

۳۴. خوانساری، جامع المدارک، ۲۶۷/۷.

قاعده روایتی با لسانی شبیه به لسان ادله قاعده لا ضرر نقل شده است که براساس آن، حضرت علی (ع) پیوسته به عمال خویش می نوشتند: «لَا تُطْلُ الدِّمَاءُ فِي الْإِسْلَامِ» و به رفاعه نوشتند: «لَا تُطْلُ الدِّمَاءُ وَلَا تُعْطَلُ الْحُدُودُ».^{۳۵}

باتوجه به سیاق حدیث لا ضرر، این روایت نص در عمومیت یا اطلاق است و همین امر موجب آبی از تخصیص بودن آن می شود.^{۳۶} ظاهراً حدیث مذکور نیز از این حیث با حدیث لا ضرر شباهت دارد که موجب آبی از تخصیص شدن مرسله مذکور می شود.

البته روایت مذکور مرسل است، اما باتوجه به اینکه مضمون آن با روایات صحیح دیگر همسو است و نیز مفاد آن با روح شریعت و بنای آن بر اهتمام در دماء و نفوس، همخوانی دارد، ضعف آن جبران شدنی است.

در مجموع می توان نتیجه گرفت قاعده «دم المسلم لا یذهب هدرا» تخصیص ناپذیر است و ثمره آن در ادامه بحث مشخص می شود.

۲. بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون نسبت به فعل محسانه

در منابع فقه شیعه موارد متعددی یافت می شود که دال بر شمول قاعده احسان نسبت به خسارت جانی است.^{۳۷} برای رعایت اختصار، از ذکر موارد آن خودداری می شود. محل بحث آن است که آیا قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان مشمول چنین مصداقی می شود؟

برای پاسخ به پرسش فوق ابتدا به طور مختصر نکاتی را بیان می کنیم. براساس نظر مشهور، در خسارات مالی صرف، ضمان از ناحیه شخص محسن منتفی است و هیچ مرجع دیگری وظیفه تدارک خسارت را ندارد. شبیه چنین امری در موارد دیگر نیز وجود دارد. برای مثال، اگر به مال دیگری خسارتی وارد شود و فاعل آن مشخص نشود از جهت لزوم جبران خسارت، طبق نظر مشهور تکلیفی بر عهده حاکم شرع و بیت المال نیست اما در خسارت جانی این گونه نیست و در نهایت، بیت المال مرجع تدارک خواهد بود و قرار نیست مانند خسارات مالی صرف بدون ضمان بماند. این مسئله هم کاملاً عقلایی است، زیرا خون مسلمان بسیار اهمیت دارد و نباید بدون ضمان بماند. علت منصوص در روایات نیز به نوعی إشعار به این مسئله دارد. مؤید بر این امر، صحیح ابابصیر از امام صادق (ع) در باب قسامه است که می فرماید: «إِنَّ

۳۵. مغربی، دعائم الإسلام، ۴۰۴/۲.

۳۶. لاری، التعليقات على المكاسب، ۱۷۰/۲؛ خمینی، القواعد الفقهية، ۴۲/۱.

۳۷. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۶۷۰/۴۱؛ ابن ادریس، السرائر، ۳۶۸/۳؛ فاضل هندی، كشف اللثام، ۵۶۲/۱۰، ۲۵۸/۱۱؛ فیض کاشانی، مفتاح الشرائع، ۱۰۹/۲؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۹۱/۲۷؛ بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱۱/۴؛ کاشف الغطاء، القواعد الستة عشر، ۹؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲۳۷/۴؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ۵۴۰/۵.

اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ حَكَمَ فِي دِمَائِكُمْ بِغَيْرِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي أَمْوَالِكُمْ...» در پایان نیز اشاره به علت منصوص دارند «لِكَيْلَا يَبْطُلَ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ»^{۳۸}

بعد از بیان نکات فوق اینک به پرسش مطرح شده می پردازیم. چنان که بیان شد ملاک در تعیین موضوع قاعده «دم المسلم لا يذهب هدرا» عرف است. در نگاه عرف می توان برخی مصادیق مرگ از روی فعل محسنانه را در صورتی که دیه مطلقاً منتفی باشد مصداق پایمال شدن خون یک مسلمان دانست. توضیح آنکه، برای فعل محسنانه با توجه به نیت شخص محسن سه صورت متصور است: گاهی نیت شخص محسن احسان به فرد خاصی است و گاهی نیت او احسان به شخص خاصی نیست، بلکه عموم افراد یک جامعه مد نظر است. در صورت اول نیز گاهی خسارت به محسن الیه و گاهی به شخص ثالث وارد می شود. براین اساس، سه صورت متصور است:

صورت اول: آنکه شخص محسن قصد احسان به فرد خاصی را دارد اما فعل وی منجر به مرگ محسن الیه می شود؛ مثل پزشکی که رایگان به قصد نجات جان بیمار بدن وی را با رعایت شرایط لازم جراحی می کند اما اتفاقاً فعل وی منجر به مرگ بیمار می شود. به نظر می رسد در چنین حالتی حتی اگر ضمانی در قبال مرگ محسن الیه نباشد بتوان گفت که موضوعاً پایمال شدن خون وی منتفی است؛ زیرا با توجه به آنکه پایمال شدن خون محترم مفهومی عرفی است، در نگاه عرف نمی توان چنین حالتی را به صورت یقینی مصداق پایمال شدن خون محترم دانست. در این حالت در واقع جان فرد در خطر است و برای نجات آن انجام فعل محسنانه لازم بوده است. بنابراین، حتی اگر در این میان فعل محسنانه منتهی به مرگ وی شود، نزد عرف عدم ضمان به طور مطلق نمی تواند مصداق ظلم به محسن الیه و پایمال شدن خون وی باشد. نکته مهم دیگر آنکه مصادیق مذکور در مستندات قاعده نیز مؤیدی بر این مطلب است. توضیح آنکه، مصادیق ذکر شده در روایات ناظر به حالتی است که به ناحق خون شخصی ریخته شده است ولی به دلیل عوامل و شرایط خاص امکان جبران خون وی وجود ندارد. بنابراین، در نهایت بیت المال برای جلوگیری از پایمال شدن خون، دیه او را پرداخت می کند. اما مرگی که در راه احسان به شخص به وجود آمده است اگر ضمانی در قبال آن نباشد نزد عرف نمی تواند مصداق ظلم و ستم به شخص محسن الیه باشد، بلکه می توان چنین چیزی را امری عقلایی هم دانست. بنابراین به نظر می رسد چنین صورتی تخصیصاً و موضوعاً از قاعده «دم المسلم لا يذهب هدرا» خارج است.

صورت دوم: شخص محسن قصد فعل محسنانه به شخص خاصی را دارد ولی شخص دیگری دچار خسارت جانی شود. یکی از مباحث مورد اختلاف در قاعده احسان، خسارات وارده به اشخاص ثالث

است. حال اگر خسارت جانی به شخص ثالث وارد شود بنابر آنچه بیان شد نباید مانند خسارات مالی صرف سنجیده شود؛ زیرا اهمیت دماء قطعاً بسیار بیشتر از خسارات جانی است. حتی اگر قائل باشیم قاعده احسان، خسارات به شخص ثالث را در بر می‌گیرد و موجب انتفای ضمان به طور مطلق می‌شود، در خسارات جانی نمی‌توان با قطعیت حکم به انتفای ضمان به طور مطلق داد. مثال صورت دوم می‌تواند پزشکی باشد که به قصد نجات جان طفل در رحم مادر، وی را مورد عمل جراحی قرار دهد و همین امر موجب مرگ مادر شود.

به نظر می‌رسد در اینجا سه وجه محتمل باشد: وجه اول آنکه، چنین حالتی از شمول قاعده احسان خارج باشد؛ با این توضیح که اگر احسان را امری نسبی بدانیم ممکن است بر فعل محسن نسبت به فردی احسان صدق کند و نسبت به دیگری احسان صدق نکند. براین اساس، شخص محسن تنها نسبت به محسن‌الیه محسن بوده و نسبت به افراد دیگر، محسن نبوده است. بنابراین، خسارت واردشده به ثالث ازسوی شخص محسن مشمول ادله ضمان است. مؤید این مطلب آن است که قاعده احسان خلاف اصل اولیه ضمان است و در چنین مواردی باید به قدرمتیقن اکتفا کرد و بعید نیست قدرمتیقن هم انتفای ضمان نسبت به خسارات وارده به محسن‌الیه باشد.

وجه دیگر این است که محسن‌الیه ضامن خسارتی باشد که به شخص ثالث رسیده است. لکن آنچه نسبت به قاعده احسان مشهور است صرفاً مسقط بودن آن است و با استناد به این قاعده نمی‌توان ضامن بودن شخصی را اثبات کرد. این نوشتار نیز در مقام اثبات یا رد چنین چیزی نیست. البته ممکن است بتوان با ادله دیگر مثل قاعده «من له الغنم فعليه الغرم»^{۳۹} ضمان محسن‌الیه را در چنین مواردی اثبات کرد، ولی چنین امری نیاز به بحثی مفصل و جداگانه دارد.

در کنار دو احتمال مطرح شده، یک احتمال دیگر نیز می‌تواند مطرح شود و آن پرداخت دیه از بیت‌المال است. توضیح آنکه، اگر ملاک در نفی ضمان را نفس محسنانه بودن فعل بدانیم؛ اعم از آنکه به محسن‌الیه خسارتی وارد شود یا به شخص ثالث، براین اساس هر نوع ضمانی مطلقاً ازسوی شخص محسن منتفی است. از طرفی باتوجه به آنکه نسبت به شخص ثالث هیچ‌گونه احسانی صورت نگرفته است، بعید نیست در چنین حالتی اگر پرداخت دیه مطلقاً منتفی باشد مصداق پایمال شدن خون وی محسوب شود. بنابراین باتوجه به عدم امکان اخذ دیه از شخص محسن، بیت‌المال مرجع تدارک آن است؛ زیرا چنان‌که در صورت قبلی بیان شد لازمه ضرورت جلوگیری از پایمال شدن خون محترم در جایی که امکان اخذ دیه از شخص دیگری مثل قاتل یا عاقله وجود نداشته باشد، پرداخت دیه از بیت‌المال است. همچنین مؤیدات و

۳۹. مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۲۸۴.

استدلال‌های صورت قبلی نسبت به این احتمال نیز می‌تواند مطرح شود. البته ممکن است این اشکال به ذهن خطور کند که باتوجه به آنکه فعل محسنانه در جهت مصلحت عمومی نبوده پرداخت دیه از بیت المال از این حیث نسبت به صورت سوم ضعیف‌تر باشد، ولی با توجه به آن‌چه گذشت حکم مسئله به ذهن، بعید نمی‌رسد.

صورت سوم: اگر شخص محسن قصد فعل محسنانه را دارد اما مانند فرض قبلی شخص خاصی مدّ نظر او نیست و به قصد احسان به عموم افراد یک جامعه اقدام به انجام فعلی می‌کند که اتفاقاً منجر به مرگ یک نفر می‌شود. آنچه بیشتر مدّ نظر در این نوشتار است همین صورت می‌باشد. مثال معروف چنین حالتی، حفر چاه برای مصلحت عمومی است که ظاهراً ماده ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مصداق همین صورت است. در این صورت بعید نیست بتوان چنین حالتی را داخل در موضوع قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان دانست؛ زیرا هر چند نفس فعل، محسنانه بوده است؛ ولی قصد احسان به شخص کشته شده بالخصوص نبوده، بلکه مصلحت نوعی مدّ نظر بوده است و برخلاف صورت قبلی نمی‌توان شخص مورد حادثه را محسنّ الیه یقینی قلمداد کرد. بنابراین اگر بخواهیم با نگاه عرفی بسنجیم شاید با قطعیت چنین حالتی مانند صورت قبلی خارج از قاعده مذکور نباشد. البته نسبت به این مسئله برخی اساساً مصداق مذکور را خارج از شمول قاعده احسان می‌دانند و مطلقاً قائل به ضمان شده‌اند.^{۴۰} در مقابل، برخی دیگر فرض مذکور را مشمول قاعده احسان می‌دانند.^{۴۱} این نوشتار در مقام نقد یا اثبات این دو قول نیست، اما بنابر پذیرش شمول قاعده احسان نسبت به فرض مسئله، تحقق مفهوم پایمال شدن خون وی بعید به نظر نمی‌رسد، به خصوص آنکه شخص محسن قصد احسان بالخصوص نسبت به فرد کشته شده را نداشته و عامل تأثیرگذار در نگاه عرفی می‌تواند همان قصد خاص احسان به شخص محسنّ الیه باشد، درحالی که اگر مصلحت نوعی مدّ نظر باشد با قطعیت نمی‌توان مانند صورت قبلی به مسئله نگاه کرد. در مجموع، براساس نظریه مطرح شده در این نوشتار مبنی بر عرفی بودن موضوع قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان، ظاهراً حکم به انتفای ضمان به طور مطلق را می‌توان مصداقی از پایمال شدن خون مسلمان دانست. در این میان دو نکته مهم وجود دارد: اگر قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان را در مصداق مذکور جاری بدانیم، اولاً رابطه آن با قاعده احسان چگونه خواهد بود؟ ثانیاً دیه شخص کشته شده را چه کسی یا چه مرجعی باید پرداخت کند؟ در ادامه به این دو نکته مهم می‌پردازیم.

۴۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۰۳/۴۳.

۴۱. خمینی، تحریر الوسیله، ۵۶۴/۲؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۰۰/۴۲.

۳. رابطه قاعده «دم المسلم لا یذهب هدرا» با قاعده احسان در صورت قصد احسان

عمومی

براساس آنچه در منابع فقهی آمده است ظاهراً قاعده احسان مانند قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان، آبی از تخصیص است. برای رعایت اختصار و خودداری از ذکر مطالب تکراری، از ذکر مفصل وجه تخصیص ناپذیری قاعده احسان خودداری می‌شود. لکن مختصراً باید عنوان شود اولاً باتوجه به سیاق آیه ۹۱ سوره شریفه توبه، این عام تخصیص ناپذیر است؛^{۴۲} ثانیاً یکی از مدارک قاعده احسان حکم عقل است و احکام عقلیه تخصیص ناپذیرند؛^{۴۳} ثالثاً آیه شریفه إشعار به قبیح بودن توبیخ و مؤاخذه شخص محسن دارد که این امر هم دال بر غیرقابل تخصیص بودن است.^{۴۴} در نتیجه، ممکن است در نگاه اول مدلول دو دلیل با هم تعارض داشته باشند اما ظاهراً این تعارض به نحو مستقر نیست؛ زیرا ظاهر ادله قاعده احسان ضمان را از دوش فرد محسن بر می‌دارد و نسبت به ضمان یا عدم آن توسط مرجع دیگر هم دلالتی ندارد. از سوی دیگر، قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان صرفاً در مقام جلوگیری از پایمال شدن خون مسلمان است و نسبت به مرجع تدارک خسارت دلالتی ندارد و در مقام بیان نیست. مؤید این امر برخی موارد استناد به قاعده است. برای مثال، در روایتی ابوبصیر از امام صادق (ع) درباره مردی که از روی عمد مردی را کشته است، پس از آن قاتل فرار کرده و کسی بدان دست نیافته است سؤال می‌کند. حضرت در پاسخ می‌فرماید: اگر مالی دارد دیه از مالش گرفته می‌شود، وگرنه از خویشاوندان وی به ترتیب نزدیکی در خویشاوندی گرفته می‌شود و اگر خویشاوند ندارد، امام دیه او را می‌پردازد؛ چراکه خون مرد مسلمان باطل نمی‌شود.^{۴۵} باتوجه به آنچه بیان شد اگر مرجعی غیر از شخص محسن دیه را پرداخت کند تعارض مستقری بین مدلول دو دلیل نخواهد بود.

۴. مرجع تدارک دیه در جایی که شخصی بر اثر فعل محسنانه در صورت قصد

احسان عمومی کشته شود.

آنچه از ظاهر روایت ابوبصیر به دست می‌آید این است که این قاعده صرفاً در مقام بیان یک ضابطه و قاعده کلی به نام لزوم جلوگیری از پایمال شدن خون یک مسلمان توسط حاکم شرع است که حسب مورد ممکن است از طریق پرداخت دیه توسط اقارب یا بیت المال میسر شود. براین اساس، باتوجه به سکوت

۴۲. خوانساری، جامع المدارک، ۲۹۶/۶؛ فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ۲۸۶.

۴۳. کاشف الغطاء، القواعد الستة عشر، ۹.

۴۴. صافی، بیان الأصول، ۳۴۸/۳.

۴۵. کلینی، الکافی، ۳۶۵/۷.

قندیلی و دیگران؛ بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ/ ۱۹۷

قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نسبت به مرجع ضمان می توان نتیجه گرفت لازمه جلوگیری از پایمال شدن خون محترم در مواردی که امکان اخذ دیه از کسی نباشد و مقتضی برای پایمال شدن خون مسلمان به وجود آمده باشد، پرداخت دیه مقتول از بیت المال است. همچنین ظاهر روایت سلمه بن کهیل تا حدودی به این امر اشاره دارد. در این روایت نقل شده است که حضرت علی (ع) درباره شخصی که مرتکب قتل شده بود و خویشاوندی نداشت فرمود: «دیه مقتول را من از جانب قاتل پرداخت می کنم و نخواهم گذاشت خون مسلمانی پایمال شود.»^{۴۶} ظاهر کلام حضرت که فرمودند نخواهم گذاشت خون مسلمان هدر برود دلالت بر این دارد که به منظور جلوگیری از پایمال شدن خون مسلمان اگر مرجعی نباشد بیت المال آن را تدارک خواهد کرد. در مسئله مورد بحث نیز باتوجه به آنکه اخذ دیه می تواند مصداق سبیل علیه شخص محسن باشد، امکان اخذ دیه از وی وجود ندارد. بنابراین ظاهراً باید دیه را از بیت المال پرداخت کرد.

مؤید دیگر این احتمال، علت ذکر شده برای پرداخت دیه از بیت المال در روایت عبدالله بن سنان نیز می تواند باشد که بعید نیست بتوان آن را شامل محل کلام دانست. براساس این روایت امام صادق (ع) علت پرداخت دیه از بیت المال در یکی از مصادیق قاعده را این گونه بیان می کنند: همان گونه که میراث او برای امام (ع) است، دیه اش هم بر امام (ع) است.^{۴۷} ظاهراً کلام امام (ع) اشعار به قاعده «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرَمُ» دارد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

همچنین شبیه به آنچه بیان شد در بحث خطای قاضی نیز مطرح می شود.^{۴۸} توضیح آنکه، قضاوت، عملی محسنانه (با قصد احسان عمومی) به جامعه است. اگر حکم قاضی منتهی به مرگ شخصی شود که بعداً معلوم شود بی گناه بوده است و در قضاوت نیز اهمالی رخ نداده باشد، دیه مقتول از بیت المال پرداخت می شود؛ زیرا برای مصلحت جامعه و جلوگیری از اختلال نظام بوده است.^{۴۹} البته نسبت به پرداخت دیه از بیت المال در صورت خطای قاضی ادله خاص وجود دارد اما در هر صورت می تواند مؤیدی بر احتمال مذکور باشد و مبین آن است که پرداخت دیه در چنین مواردی فی نفسه امری خلاف قواعد و دور از ذهن نیست و درباره مشابه چنین چیزی عملاً رخ می دهد. چه بسا در صورت حصول الغای خصوصیت یا تنقیح مناط قطعی بتوان از آن به عنوان دلیل مستقلى یاد کرد؛ زیرا شاید بتوان گفت عرف یا عقل در می یابد که ملاک این حکم (پرداخت دیه از بیت المال) پایمال نشدن خون است و مستند بودن به خطای قاضی دخالتی

۴۶. کلینی، الکافی، ۳۶۵/۷.

۴۷. کلینی، الکافی، ۳۵۴/۷.

۴۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۲۶/۲۷.

۴۹. طباطبائی قمی، هدایة الأعلام، ۳۴؛ اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۷۰۵/۲.

در اصل حکم ندارد.

مؤید دیگری که می‌توان برای احتمال مذکور ذکر کرد موارد مصرف بیت‌المال است؛ زیرا هر آنچه جزو مصالح مسلمانان باشد مخارج آن از بیت‌المال تأمین می‌شود.^{۵۰} نسبت به مورد مسئله نیز باتوجه به آنکه فعل محسنانه برای منافع عامه بوده اگر منجر به ایراد خسارت جانی بر شخصی شود، جبران این خسارات می‌تواند به‌نوعی جزو مصالح جامعه محسوب شود، خصوصاً اگر فعل صورت گرفته با نظر حاکم جامعه انجام شده باشد؛ زیرا متوفا به منظور منافع و مصالح جامعه کشته شده و جبران خسارات جانی و دیه شخص کشته شده به منظور مصالح جامعه از بیت‌المال امری غیر منطقی و نامتعارف در میان فقها نیست. برای مثال، در باب جهاد و مسئله تترس، فقها جبران خسارات جانی وارده به اشخاصی که به عنوان سپر انسانی قرار گرفته‌اند را جزو مصالح مسلمانان می‌دانند که لازم است از بیت‌المال پرداخت شود؛ زیرا افراد مذکور برای جلوگیری از تعطیل شدن جهاد و نجات جامعه از سلطه کفار و دشمنان اسلام کشته شده‌اند. ازاین‌رو، جبران دیه شخصی که برای مصالح مسلمانان کشته شده است از بیت‌المال امری خلاف رویه شریعت نیست و دارای سابقه است.^{۵۱}

بعید نیست قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» نیز بتواند مؤید دیگری بر این مطلب باشد؛^{۵۲} زیرا وقتی مصلحت مدّ نظر محسن عاید به عموم باشد، غرامت فعل او نیز باید بر عهده عموم باشد که محل تأمین آن بیت‌المال خواهد بود.

برای تقویت نظریه مطرح شده می‌توان مؤیدات دیگری نیز ذکر کرد:

قاعده بسندگی به قدر متیقّن: نفی دیه، خلاف اصل و قاعده است. در موارد خلاف قاعده باید به قدر متیقّن آن عمل شود؛ قدر متیقّن آن است که دیه را به‌طور مطلق نفی نکرده و صرفاً به‌صورت جزئی از عهده شخص محسن منتفی بدانیم. همچنان که ظاهر آن است که علت رفع مسئولیت از محسن، همان محسن بودن اوست (الوصف مُشعرٌ بالعلیه)^{۵۳} و عقلاً نیز به همین علت عقوبت وی را قبیح می‌شمارند. بر این مبنا نفی ضمان نیز مختص به خود محسن خواهد بود؛ چراکه اگر محسن بودن علت نفی ضمان باشد، این علت نسبت به مراجع دیگری (نظیر بیت‌المال) که احتمال جبران خسارت از آن‌ها وجود داشته باشد، شمول ندارد (العله تعمم و تخصص).

پاسخ به دو اشکال: اشکالی که ممکن است مطرح شود آن است که پرداخت دیه از بیت‌المال در

۵۰. مرعشی نجفی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۳/۲.

۵۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۷۲/۲۱؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۲۲۰/۱؛ طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۴۸۹/۱.

۵۲. مصطفوی، منه قاعدة الفقهية، ۲۸۴.

۵۳. خویی، غایة المأمول، ۶۰۶/۱.

مسئله مورد بحث، توسعه مسئولیت بیت المال محسوب می شود و در نگاه اول ممکن است غیر منطقی به نظر برسد. در پاسخ می توان گفت: اولاً موارد مصرف بیت المال در شرع مشخص است که یکی از آن ها مصالح مسلمانان می باشد. مدعای این نوشتار نیز آن است که پرداخت دیه شخصی که به منظور مصلحت عموم جامعه کشته شده است جزو مصالح مسلمانان است. بنابراین پرداخت دیه از بیت المال در این مورد، توسعه مسئولیت بیت المال به معنای اضافه شدن به موارد مشخص در فقه نیست، بلکه صرفاً تعیین یکی از مصادیق عنوان کلی، یعنی مصالح مسلمانان است. مؤید این امر نیز چنان که بیان شد پرداخت دیه از بیت المال در باب تترس است که فقها پرداخت دیه کشته شدگان به منظور مصلحت عموم جامعه (جلوگیری از توقف جهاد با دشمنان اسلام و کفار حربی) را جزو مصالح مسلمانان دانسته اند، از این رو قائل به پرداخت دیه از بیت المال هستند. این امر نشان دهنده آن است که پرداخت دیه شخصی که برای مصلحت عموم جامعه (احسان عمومی) جان خود را از دست داده است جزو مصالح مسلمانان است و می تواند از مصادیق مصرف بیت المال باشد.

ثانیاً براساس ادله و مستندات ارائه شده، فعل محسنانه منتهی به مرگ در صورت وجود شرایط لازم می تواند مشمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان شود. در این صورت پرداخت دیه از بیت المال مستند به دلیل شرعی خواهد بود؛ یعنی قاعده مسلم و متقن ابطال ناپذیری خون مسلمان، که اصل قاعده مورد قبول فقهای شیعه است. لذا شبهه مذکور در صورتی قابل طرح است که نتوان شمول قاعده را نسبت به محل بحث اثبات کرد. به عبارت دیگر، پرداخت دیه از بیت المال در صورتی غیر منطقی خواهد بود که فاقد پشتوانه و دلیل شرعی باشد، در حالی که به تفصیل این امر اثبات شد. با این توضیح روشن می شود که تمسک به اصل احتیاط - با این استدلال که توسعه موارد مصرف بیت المال و صرف اموال عمومی برای موارد محل بحث، خلاف احتیاط است - در اینجا وجهی ندارد؛ زیرا با وجود دلیل شرعی نوبت به اصل عملی نمی رسد (الاصل دلیل حیث لا دلیل).

اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که نفس فعل محسنانه فاقد ضمان است. از این رو، پرداخت دیه موضوعاً منتفی است و محلی برای جریان قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نیست. اما در پاسخ می توان گفت صرف ضمان آور نبودن فعل، سبب انتفای موضوع قاعده نمی شود. نظیر چنین حالتی در یکی از موارد اجرای قاعده بیان شده است و این امر مبین شمول دامنه قاعده نسبت به چنین حالتی است. در روایت ابی الورد که جزو مستندات قاعده مذکور است راوی نسبت به دیوانه ای که بر اثر دفاع مشروع کشته شده است از امام صادق یا امام باقر (ع) سؤال می کند و حضرت پاسخ می دهند: نظرم این است که

این مرد در برابر قتل دیوانه کشته نمی‌شود و ضامن دیه او نیست «دِيئُهُ عَلَى الْإِمَامِ، وَلَا يَبْطُلُ دَمُهُ».^{۵۴} براساس این روایت، ضمان از عهده شخص مدافع به واسطه دفاع مشروع برداشته شده است و در واقع براساس ادله دفاع مشروع، شخص مدافع ضمانی نسبت به مهاجم ندارد و نفس فعل دفاعی با رعایت شرایط لازم مانند فعل محسنانه ضمان آور نیست. این گونه می‌توان روایت مذکور را تحلیل کرد که باتوجه به آنکه حمله شخص مجنون عدوانی نبوده و از روی زوال عقل بوده است، نمی‌توان خون او را مانند مهاجمی که عدواناً حمله می‌کند و قصد جان کسی را کرده هدر دانست و در هر صورت یک نفس محترم کشته شده است. به عبارتی به واسطه فعلی که ضمان آور نیست نفسی محترم کشته شده است. به همین دلیل برای جلوگیری از پایمال شدن خون وی دیه او از بیت المال پرداخت می‌شود. در صحیح ابی بصیر هم مضمونی شبیه به روایت ابی الورد نسبت به دفع حمله مجنون و پرداخت دیه از بیت المال نقل شده است.^{۵۵}

نتیجه‌گیری

براساس قاعده احسان خساراتی که به سبب فعل محسنانه ایجاد می‌شود با رعایت شرایط و ضوابط مقرر فاقد ضمان است. در خسارات مالی صرف ظاهراً بنای شریعت بر جبران و تدارک آن از سوی مرجعی دیگر نیست. اما در خسارات جانی شواهد و قراینی وجود دارد که مبین متفاوت بودن رویه و بنای شریعت است. صحیح ابی بصیر که در آن از امام صادق (ع) نقل شده «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ حَكَمَ فِي دِمَائِكُمْ بِغَيْرِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي أَمْوَالِكُمْ... لِكَيْلَا يَبْطُلَ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» نیز مبین همین امر است. براساس شواهد و قراین قطعی، در خسارات جانی برخلاف خسارات مالی قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان جعل شده است که طبق آن اگر امکان جبران خسارت از سوی شخصی که مرگ یک مسلمان به وی منتسب است به هر دلیلی میسر نباشد، بیت المال مرجع تدارک دیه است تا مبادا خون مسلمانانی پایمال شود. در این میان، آنچه اهمیت بسیاری دارد تعیین موضوع این قاعده است. شواهد و قراینی حاکی از عرفی بودن موضوع این قاعده است. براین اساس، یکی از مواردی که شبهه پایمال شدن خون مسلمان مطرح می‌شود جایی است که فردی بر اثر فعل محسنانه‌ای کشته شود. اگر در تعیین موضوع قاعده، به ملاک عرفی قائل شویم در جایی که نیت شخص محسن احسان به عموم افراد یک جامعه و نه خصوص فرد مقتول باشد، در نگاه عرف منتفی شدن دیه مقتول می‌تواند مصداقی از پایمال شدن خون یک مسلمان باشد. برای رفع این اشکال نمی‌توان به تخصیص قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان به سبب قاعده احسان تمسک جست، زیرا چنان‌که بیان شد

۵۴. کلینی، الکافی، ۲۹۵/۷.

۵۵. کلینی، الکافی، ۲۹۴/۷.

قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان، آبی از تخصیص است اما با بررسی برخی ادله قاعده می توان به این نتیجه رسید که قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان مرجع خاصی را به خصوص برای تأمین دیه معین نکرده است و حسب مورد ممکن است بیت المال یا خود شخص قاتل یا حتی اقارب او دیه را پرداخت کنند. چنان که روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) که نسبت به قاتل فراری فرمودند اگر مالی دارد دیه از مالش گرفته می شود، وگرنه از خویشاوندان وی به ترتیب نزدیکی در خویشاوندی گرفته می شود. اگر خویشاوند ندارد، امام دیه او را می پردازد؛ چراکه خون مرد مسلمان باطل نمی شود نیز تاحدودی دلالت بر این امر دارد. برخی ادله قاعده از جمله روایت سلمه بن کهیل و عبدالله بن سنان و قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» نیز مؤیدی بر این امر می تواند باشد. در این بحث نیز با توجه به اینکه ضمانی بر عهده شخص محسن نیست، بیت المال مرجع تدارک دیه است. در این صورت، به مفاد هر دو قاعده احسان و ابطال ناپذیری خون مسلمان عمل شده و تعارضی بین دو دلیل به وجود نخواهد آمد، به خصوص آنکه لسان ادله هر دو قاعده، آبی از تخصیص است. یکی از مصادیق احسان، عموم ماده ۵۰۹ ق.م.ا است (هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت شود، ضامن نیست). در این ماده ضمان از عهده شخص محسن برداشته شده و نسبت به پرداخت دیه از مرجع دیگر قانونگذار سکوت کرده است. براساس آنچه گفته شد این ماده از این جهت با استناد به قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نقدشدنی است. پیشنهاد نگارنده با توجه به آنکه ظاهر ماده صرفاً نفی ضمان از شخص محسن کرده است، قول به ضمان بیت المال - با استناد به قاعده «دُم المسلم لا يذهب هدراً» و اهمیت بسیار زیادی که شریعت اسلام برای دماء و نفوس مسلمانان قائل شده است - در قالب یک رأی وحدت رویه است که خلاف ظاهر ماده نخواهد بود.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. الهدایة فی شرح الکفایة. به شرح عبدالحسین بن محمدتقی تستری کاظمینی. بغداد: الآداب. چاپ اول، ۱۳۳۰.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. بحر الفوائد فی شرح الفرائد. بیروت: مؤسسة التاریخ العربی. چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن حیون، نعمان بن محمد. دعائم الإسلام. قم: آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۳۸۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. ایضاح الفرائد. به شرح محمد تنکابنی. تهران: بی نا. چاپ اول، ۱۳۸۵ق.
- ایروانی، باقر. دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری. قم: بی نا. چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.

- بجنوردی، سیدحسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- بجنوردی، سیدمحمد. قواعد فقهیه. تهران: عروج. چاپ سوم، ۱۴۰۱ق.
- جمعی از مؤلفان. مجله فقه اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، بی تا.
- حر عاملی، محمدبن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین الفقهية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- حسینی نجومی، سیدمرتضی. الرسائل الفقهية. قم: بی تا. چاپ اول، بی تا.
- حکیم، محمدتقی. الاصول العامة للفقهاء المقارن. بیروت: دار الاندلس. چاپ اول، ۱۹۶۵م.
- حکیم، محسن. حقائق الأصول. قم: کتاب فروشی بصیرتی. چاپ پنجم، ۱۴۰۸ق.
- خمینی، روح الله. القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (تهذیب الأصول). قم: دار الفکر-کتاب فروشی اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم. غاية المأمول. قم: بی تا. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- خویی، ابوالقاسم. مباني تكملة المنهاج. قم: مؤسسة احیاء آثار الإمام الخوئی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار الإمام الخوئی (ره). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- روحانی، محمدصادق. فقه الصادق. قم: آیین دانش. چاپ اول، ۱۴۳۵ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. الإنصاف في مسائل دام فيها الخلاف. بی جا: امام صادق (ع). چاپ اول، بی تا.
- سبحانی تبریزی، جعفر. سلسلة المسائل الفقهية. قم: بی تا. چاپ اول، بی تا.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى. مهذب الأحكام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتاب فروشی داورى. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- صافی، لطف الله. بیان الأصول. قم: بی تا. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- صدر، محمدباقر. بحوث في علم الأصول. بیروت: الدار الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- صدر، محمدباقر. مباحث الأصول. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- طباطبایی قمی، سیدتقی. هداية الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام. قم: محلاتی. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. ریاض المسائل. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، بی تا.
- طباطبایی، محمدبن علی. کتاب المناهل. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

قندیلی و دیگران؛ بررسی شمول قاعده ابطال ناپذیری خون مسلمان نسبت به فعل محسنانه منتهی به مرگ/۲۰۳

- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. القواعد الفقهية. قم: چاپخانه مهر. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف الثام و الإيهام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق. المسائل المستحدثة. کویت: مؤسسة محمد رفیع حسین. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، بی تا.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. القواعد الستة عشر. بی جا: مؤسسة کاشف الغطاء. چاپ اول، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- لاری، سید عبدالحسین. التعليقة على المكاسب. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مرعشی، سید شهاب الدین. القصاص على ضوء القرآن و السنة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی. فرهنگ نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، بی تا.
- مروجی، علی. تمهید الوسائل في شرح الرسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- مصطفوی، سید محمد کاظم. مائة قاعدة فقهية. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ چهارم، ۱۴۲۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهية. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین. چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالحکیم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید (ره). چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- موسوی خوانساری، سید احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- نائینی، محمد حسین. المكاسب و البيع. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *al-Hidāya fi Sharḥ al-Kifāya*. Bi Sharḥ ‘Abd al-Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī Tustarī Kāzīmīnī. Baghdād: al-Ādāb. Chāp-i Awwal, 1911/1330.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyah ‘alā Mazhab al-Imāmiyya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Īdāḥ Fawā'id*. Bi Sharḥ Muḥammad Tunikābunī, s.l. Chāp-i Awwal, 2007/1385.

- Āshtiyānī, Muḥammad Hasan ibn Ja‘far. *Baḥr al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. Beirut: Mū'assisa al-Tārīkh al-‘Arabī. Chāp-i Awwal, 2008/1429.
- Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan. *al-Qawā'id al-Fiqhīyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad. *Qawā'id al-Fiqhīyah*. Tehran: Urūj. Chāp-i Sivum, 1981/1401.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Fayyāḍ Kābulī, Muḥammad Ishāq. *Al-Masā'il al-Mustaḥdathah*. Kuwait: Mū'assisa Muḥammad Rafī‘ Ḥusayn. Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *al-Qawā'id al-Fiqhīyah*. Qum: Chāpkhānah-yi Mihr, Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍā. *Mafātīḥ Sharā'i'*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī, Chāp-i Awwal, s.d.
- Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-‘Āmah fī Al-Fiqh al-Muqārīn*. Beirut: Dār al-Andalus, Chāp-i Awwal, 1996/1416.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Ḥaqā'iq al-Uṣūl*. Qum: Kitābfurūshī Baṣīratī, Chāp-i Panjum, 1988/1408.
- Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-‘Āmah fī Al-Fiqh al-Muqārīn*.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shī'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.
- Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-Anāwīn al-Fiqhīyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.
- Ḥusaynī Nujūmī, Sayyid Murtaḍā. *Al-Rasā'il al-Fiqhīyah*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, s.d.
- Ibn Ḥayyūn, Nu‘mān ibn Muḥammad. *Da‘īm al-Islām*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Duwwum, 2007/1385.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Īrawānī, Bāqir. *Durus Tamhīdīyah fī al-Fiqh al-Istidlālī ‘alā al-Mazḥab al-Ja‘fari*. Qum: s.n. Chāp-i Duwwum, 2006/1427.
- Jam‘ī az az Mu‘ālifān. *Majalīh-yi Fiqh Āl al-Bayt(AS)*. Qum: Mū'assisa Dāyira al-Ma‘ārif Fiqh-i Islāmī bar Mazḥab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.
- Kāshif al-Ghiṭā', Ja‘far ibn Khaḍir. *Al-Qawā'id al-Sitah ‘Ashar*. S.l. Mū'assisah Kāshif al-Ghiṭā'. Chāp-i Awwal, s.d.

Khū f, Abū al-Qāsim. *Ghāyah al-Ma'mūl*. Qum: s.n, Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Khū f, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū'assisa Ihya' Āsār Imām al-Khū'ī. Chāp-i Awwal, 2002/1422.

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

Khumaynī, Rūh Allāh. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah wa al-Ijtihād wa Taqlīd (Tahdhib al-Uṣūl)*. Qum: Dār al-Fikr-Kitābfurūshī Ismā'īliyyān. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Khumaynī, Rūh 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 Chāhārum, 1987/1407.

Lārī, Sayyid 'Abd Ḥusayn. *al-Ta'liqā 'alā al-Makāsib*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Qum: Madrasah Imām Amīr al-Mu'minīn. Chāp-i Sivum, 1991/1411.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS), Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

Mar'ashī, Sayyid Shahāb al-Dīn. *al-Qaṣās 'alā Ḍaw' al-Qurān wa al-Sunna*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Markaz-i Itilā'āt va Madārik-i Islāmī. *Farhangnāmah-yi Uṣūl Fiqh*. Qum: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī. Chāp-i Awwal, s.d.

Marūjī, 'Alī. *Tamhīd al-Wasā'il fī Sharḥ al-Rasā'il*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

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

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

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

Musawī Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Ismā'īliyyān. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Muṣṭafāwī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. *Mī'at Qā'idah Fiqhiyah*. Qum: Mū'assisah-yi Nashr Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 2000/1421.

Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Makāsib wa al-Bay'*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Rūḥānī Muḥammad Šādiq. *Fiqh al-Šādiq*. Qum: Āyīn Dānish. Chāp-i Awwal, 2014/1435.

Sabzawārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. *al-Muḥadhdhab al-Aḥkām*. Qum: al-Minār. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Šadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Islāmiya, Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Šadr, Muḥammad Bāqir. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Maṭba'a al-A'lām al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Šafī, Luṭf Allāh. *Bayān al-Uṣūl*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

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

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiyya fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqiyyah*. Qum: Kitābfurūshī, Dāwarī, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Al-Inṣāf fi Masā'il Dāma Fihā al-Khalāf*. S.l. Imām Šādiq(AS). Chāp-i Awwal, s.d.

Subḥānī Tabrizī, Ja'far. *Silsilah Al-Masā'il al-Fiqhiyah*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, s.d.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Sayyid Taqī. *Hidāya al-A'lām ilā Madārik Sharā'y' al-Aḥkām*. Qum: Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Ri'yāḍ al-Masā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS), Chāp-i Awwal, s.d.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb al-Manāhil*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.



A Critique of Fayz Kāshānī's Viewpoint on the Prohibition of *Ḥaqq al-Mārrah*, with Emphasis on the Objectives of *Shari'a*

Mohammad Sadeqh Motaghipisheh , PhD, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad.

Dr. Hossein Saberi (Corresponding Author) , Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad.

Email: saberi@um.ac.ir

Dr. Hossein Naseri Moghaddam , Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad.

Abstract

One of the exceptions to the prohibition against unauthorized use of another person's property is *ḥaqq al-mārrah*, a doctrine discussed within Islamic transactional jurisprudence. According to this doctrine, a passerby may, under certain conditions, consume fruit from gardens and orchards situated along the route while passing through them. Most jurists have accepted the permissibility of *ḥaqq al-mārrah*. Fayz Kāshānī, however, along with some other scholars, has rejected it on the basis of general principles condemning interference with another person's property and traditions that prohibit such conduct. The present article examines the arguments advanced by both supporters and opponents of *ḥaqq al-mārrah*, with particular attention to Fayz Kāshānī's arguments and their critique. It argues, first, that reliance on the prohibitory tradition is insufficient because it is based on a solitary report and, in light of its conflict with the *mutawātir* traditions supporting permissibility, should be interpreted as indicating disapproval rather than prohibition. Second, it argues that invoking the principle against improper interference with another's property and the principle of respect for property is invalid in this case. The study further analyzes *ḥaqq al-mārrah* through the lens of objective-based jurisprudence (*fiqh al-maqāṣid*), concluding that prohibiting this right would undermine the objectives of *Shari'a* relevant to this issue. Accordingly, the view that permits *ḥaqq al-mārrah* appears to be the stronger position.

Keywords: *ḥaqq al-mārrah*, prohibition of interference with another's property, principle of respect for property, presumption of inviolability (*aṣālat al-ʾiṣmah*), objectives of *Shari'a*.



Authors retain the copyright. This is an open access article distributed under [Creative Commons Attribution 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

[International License \(CC BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



نقدی بر دیدگاه فیض کاشانی در تحریم حق المارّه با تأکید بر مقاصد شریعت

محمدصادق متقی پیشه^{ID}

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

دکتر حسین صابری (نویسنده مسئول)^{ID}

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

Email: saberi@um.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم^{ID}

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

چکیده

یکی از مستثنیات منع از تصرف بدون اذن در مال غیر، حق المارّه است که در فقه معاملات، درپچه‌ای از بحث برای آن گشوده شده است. سخن این است که رهگذر با شرایط خاصی می‌تواند در حال عبور از باغ و بستان‌های سر راهش، از میوه آن‌ها استفاده کند. مشهور فقها قائل به جواز حق المارّه بوده، اما فیض کاشانی و برخی دیگر به دلیل عمومات قبح تصرف در مال غیر و روایات مانعه حق المارّه را جایز ندانسته‌اند. این مقاله ضمن بررسی ادله موافقان و مخالفان و با رویکرد ویژه به ادله فیض کاشانی و نقد آن، اولاً استناد به روایت مانعه را ناکافی دانسته، از آن‌رو که خبر واحد بوده و در تعارض با روایات جواز که متواترند حمل بر کراهت می‌شوند، ثانیاً استفاده از دلیل قبح تصرف در مال غیر و قاعده احترام مال را در این مسئله منتفی دانسته است. همچنین حق المارّه با رویکرد فقه المقاصد مورد بررسی واقع شده و این نتیجه حاصل شده که تحریم حق المارّه موجب نادیده گرفتن مقاصد شریعت در این موضوع است؛ نتیجه اینکه فتوای جواز اقوی به نظر می‌رسد.

کلمات کلیدی: حق المارّه، قبح تصرف در مال غیر، قاعده احترام، اصالة العصمة، مقاصد الشریعه.

مقدمه

حق المارّه، حقی شرعی است که به موجب آن، عابران و رهگذران در شرایط مقرر مجاز به استفاده از میوه‌ها و محصولات باغ‌ها و بوستان‌هایی هستند که در مسیر عبور و مرور آنان قرار دارد، هرچند این اموال در مالکیت اشخاص خصوصی باشد. دیدگاه مشهور در میان فقهای متقدم و متأخر، جواز اکل براساس حق المارّه است و این حکم را به مثابه استثنایی بر عمومات «حرمت تصرف در مال غیر» تلقی کرده‌اند. در مقابل، برخی فقها از جمله فیض کاشانی با تمسک به روایات و عمومات منع تصرف در مال غیر، استفاده از حق المارّه را جایز نمی‌دانند. حق المارّه از دیرباز به علت مبتلا به بودنش و نوع زندگی روستایی مردم و عدم پیدایش شهرهای کنونی (که فضای سکونت از فضای کشاورزی و باغداری مجزا است) مورد مذاقه بوده و متقدمان و متأخران بسیاری از جمله شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، صاحب حدائق، ملا احمد نراقی، صاحب‌جواهر و بسیاری دیگر به رد یا تأیید این موضوع پرداخته‌اند اما ضرورت پرداخت به این حکم به علت تغییر برخی شرایط مثل محدود شدن و تفکیک باغ‌ها و بوستان‌ها از فضای شهری، سهولت عبور و مرور نسبت به گذشته، افزایش جمعیت عابران، همچنین شرایطی که با افساد محصول باغ یا مزرعه اثر مستقیم می‌گذارد، همچنان باقی است و نیازمند بازنگری جدی و فهم دقیق از شرایط صدور روایت و قصد شریعت از بیان این حکم فقهی است. این حکم فقهی در تضاد با اصول مسلمی همچون قاعده احترام مال مؤمن، قاعده تسلیط و قاعده لاضرر است. در عصر حاضر با توجه به اقتضائات زمانی و نظام‌مند شدن حکومت اسلامی و تغییر مدل حکومت‌داری و جرم‌انگاری برخی افعال لازم است در ادله جواز یا منع حق المارّه بازنگری جدی صورت پذیرد تا با توجه به اهتمام شارع مبنی بر احترام مالکیت خصوصی، حقی تضییع نشود.

بررسی حق المارّه در پژوهش‌های جدید محدود است و پژوهشگران کم‌تر به آن پرداخته‌اند. علی‌اکبر کلاتنری در مقاله «حق المارّه از نگاهی نو»، اقوال موجود را با نگاه رفع تعارض روایات بررسی کرده است و همین نگاه در کرسی علمی ترویجی «بررسی فقهی حق المارّه از منظر فقه امامیه» تکرار شده است. در مقاله «حق المارّه و ارتباط آن با حرز در فقه و قانون» به قلم آقایان هادی علیپور و علی‌اکبر جهانی و سعید ابراهیمی، نویسندگان با صرف بیان نظرات مخالفان و موافقان و در نهایت، پذیرش نظر مشهور و نپرداختن به ادله حرمت یا حلیت، تأکید بر مسئله ارتباط حرز و نظر مشهور حق المارّه را بررسی کرده‌اند. به جز موارد مذکور، مورد خاصی یافت نشد. از این رو پژوهش حاضر با رویکرد مقصدگرا به حکم حق المارّه و بررسی حقوق عابران و مالکان و تقدم و اولویت هر کدام، جدید است و ضمن تبیین و نقد ادله فیض کاشانی، پذیرش نظر فیض کاشانی را منتج به نادیده گرفتن مقاصد الشریعه می‌داند.

۱. مفهوم شناسی

۱.۱. مفهوم حق

واژه «حق» در لغت معانی مختلفی چون ضد باطل، واقعیت، مطابقت و وجوب دارد.^{۲۱} فراهیدی حق را امری وجوبی برای صاحبش می‌داند.^{۲۲} ابن‌فارس بر دلالت آن بر استحکام شیء تأکید دارد.^{۲۳} کلمه حق در اصطلاح باتوجه به کاربرد آن معانی متفاوتی پیدا می‌کند. این واژه در حوزه‌های مختلف چون فلسفه، حقوق، فقه، اخلاق و سیاست معانی متنوعی می‌یابد.^{۲۴} در منابع فقهی برای واژه حق تعاریف گوناگونی ارائه شده است. امام خمینی «حق» را مفهومی عرفی و ارتکازی عقلایی و اعتباری خاص دانسته که با «ملک» و «سلطنت» متفاوت است و برخی مفاهیم مانند ولایت را از آن جدا می‌داند.^{۲۵} شیخ انصاری حق را سلطنت فعلیه میان دو طرف (من له الحق و من علیه الحق) تعریف می‌کند و آن را متمایز از ملک می‌داند.^{۲۶} فقهایی مانند یزدی، خوانساری نجفی، اراکی نیز قائل به سلطنت من له الحق بر من علیه الحق است.^{۲۷} کوه‌کمره‌یی نیز حق را سلطنت بر غیر می‌داند و ملک را صرفاً رابطه‌ای میان مالک و مملوک می‌بیند که برخلاف حق، لزوماً مستلزم سلطه بر دیگری نیست.^{۲۸} همچنین حائری حق را درجه‌ای ضعیف از ملک می‌داند و تفاوت آن دو را در لحاظ طرف مقابل در مفهوم «حق» می‌بیند اما ماهیتاً هر دو به معنای سلطنت است.^{۲۹} براین اساس، در فقه غالباً «حق» معادل با «سلطنت» است؛ مانند آیه «فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا»^{۳۰} که نشانگر سلطه ولی دم برای قصاص یا دیه است. در مواردی چون خیار، شفعه، ارث و نفقه نیز مفهوم سلطنت اعمال می‌شود.^{۳۱} در ادامه می‌بینیم علی‌رغم اختلافات جزئی، «سلطنت» قدر مشترک معنای «حق‌المآزه» به شمار می‌رود.

۲.۱. مفهوم مآزه

۱. جوهری، الصحاح، ۱۴۶۰/۴.

۲. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۸۱/۱۳ تا ۸۱/۱۴.

۳. فراهیدی، العین، ۶/۳.

۴. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱۵/۲.

۵. نیویان، فلسفه حق، ۲۱۱ و ۲۳۴.

۶. خمینی، کتاب البیع، ۲۵ تا ۲۲/۱.

۷. انصاری، مکاسب، ۳۰/۶.

۸. یزدی، حاشیه‌ی مکاسب، ۵۷/۱؛ خوانساری نجفی، منیه الطالب، ۴۳/۱؛ اراکی، کتاب البیع، ۱۰.

۹. کوه‌کمره‌یی، کتاب البیع، ۲۳.

۱۰. حسینی حائری، فقه العقود، ۱۲۳/۱.

۱۱. اسراء، ۳۳.

۱۲. انصاری، الموسوعة الفقهية، ۴۸۴/۱۲.

واژه «مارّه» اسم فاعل از ریشه «مرر» است که گاه به طور مسامحی به معنای «ذهب» آمده^{۱۳} اما تفاوت آن در نوع حرکت است؛ گاهی حرکت شخص باتوجه به مبدأ و مقصد در نظر گرفته می شود که در این حالت از واژه «ذهب» استفاده می شود؛ مثلاً «ذهب من المدرسة الى بيته». اما گاهی حرکت شخص باتوجه به محیط اطرافش بررسی می شود، مثلاً «مررت بالمسجد». از این رو، «مرر» در لغت نامه ها با معنای «جاز» یا عبور کردن آمده است.^{۱۴} بنابراین «مارّه» به معنای رهگذر یا عابر است.

۳.۱. مفهوم و شروط حق المارّه

بر اساس تعاریف پیشین، «حق المارّه» به معنای امتیاز و سلطنتی است که شارع برای رهگذر با شرایط خاصی نسبت به میوه باغ ها قرار داده است تا بدون نیاز به اذن مالک بتواند از آن ها استفاده کند. طبق نظر مشهور این حق مطلق نیست و شرایطی دارد که بدون آن ها نزد شارع اعتباری ندارد.

شروط حق المارّه عبارت اند از: ۱. فقدان علم به نارضایتی مالک؛ از این رو در صورت علم به نارضایتی مالک، تصرف حرام است؛^{۱۵} ۲. عدم وجود مانع مانند سیم خاردار و دیوار، مگر اینکه شاخه درخت از مانع عبور کرده باشد؛^{۱۶} ۳. عبور اتفاقی و بدون قصد قبلی؛^{۱۷} ۴. عدم افساد محصول،^{۱۸} لذا چنان چه میوه یا کشتزار کم مقدار یا رهگذران زیاد باشند، تصرف جایز نیست؛^{۱۹} ۵. ممنوعیت حمل میوه، لذا بایستی همان جا به اندازه یک بار سیر شدن بخورد.^{۲۰} در صورت حمل میوه، باید دوبرابر آن را برگرداند؛^{۲۱} ۶. میوه و محصول هنوز چیده نشده باشد.^{۲۲}

۴.۱. مفهوم مقاصد الشریعه

مقاصد الشریعه یا مقاصد شریعت از جمله مباحث فلسفه فقه است که نخستین بار در میان اهل سنت مطرح شد و در دوره های اخیر توجه بیشتری از سوی فقهای شیعه و اهل سنت یافته است. واژه «مقاصد» جمع «مقصد» از ریشه «قصد» به معنای قصد، تکیه و روی آوردن است.^{۲۳} شریعت در لغت، به معنای راه

۱۳. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۷۹/۱۳.

۱۴. فیروزآبادی، القاموس المحيط، ۲/۲۲۱؛ ابن منظور، لسان العرب، ۱۶۵/۵.

۱۵ صاحب جواهر، جواهر، ۴۴۴/۱۲.

۱۶. فیض، آراء فقهی ملامحسن فیض کاشانی، ۲۰۳.

۱۷. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، موسوعة الفقه الاسلامی، ۱۴۷/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۷۱/۳.

۱۸. صاحب جواهر، جواهر، ۴۴۹/۱۲.

۱۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۷۲/۳.

۲۰. مکارم شیرازی، استفتائات، ۵۶۱/۳.

۲۱. فاضل موحدی لنگرانی، آیین کیفری اسلام، ۳۹۲/۲؛ ابن فهدحلی، المقتصر، ۱۸۱.

۲۲. بحرانی، الحدائق، ۲۹۳/۱۸؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۷۳/۳.

۲۳. ابن منظور، لسان العرب، ۳۵۳/۳.

ورود به آب است.^{۲۴} علامه طباطبایی شریعت را راهی به سوی دین معرفی می کند و اصطلاح شریعت را برای دین اسلام اعم از عقاید، احکام و اخلاق استفاده می کند.^{۲۵} شیخ طبرسی شریعت را دین و برنامه مخصوص معنا کرده است.^{۲۶} بنابراین علم مقاصد الشریعه ناظر به اهداف، غایات، نتایج و حکمت هایی است که شارع در تشریع احکام در نظر داشته و برای تحقق آن ها در همه زمان ها و مکان ها تلاش می کند.^{۲۷} شاطبی بی توجهی به این مقاصد را عامل لغزش مجتهدان می داند.^{۲۸} البته اعتبار مقاصد، مشروط به رعایت شرایط آن است.^{۲۹}

مقاصد الشریعه در پی شناخت اغراض شارع در احکام است، چه برای مکلفان و چه برای جامعه. این قیم جوزیه معتقد است که در فرایند استنباط باید در صورت تعارض حکم با اهداف شریعت بازنگری صورت گیرد.^{۳۰} مقاصد الشریعه گاه به غرض شارع نسبت به مکلفان و گاه نسبت به جامعه و گاه هر دو می پردازد و گاهی مقاصد الشریعه صرفاً تقرب الی الله است.^{۳۱} بررسی مقاصد الشریعه در شناخت احکام مستحده مؤثر است.^{۳۲} شمس الدین (از فقهای امامیه) شناخت مقاصد را برای اجتهاد ضروری دانسته و معتقد است مقاصد در حل مسائل نوظهور نقش محوری دارند اما هشدار می دهد که نباید برای تغییر احکام قطعی از آن استفاده شود.^{۳۳} وی بی توجهی تاریخی امامیه به مقاصد را نه ناشی از اندیشه آنان، بلکه نتیجه دوری از قدرت سیاسی و در نتیجه، فردی شدن فقه و احتیاط های زیاد می داند.^{۳۴}

۱. ۴. ۱. اقسام مقاصد الشریعه

برخی مقاصد شریعت را به سه قسم تقسیم کرده اند: عام، خاص و جزئی. مقاصد عام به اهداف شریعت در همه یا بیشتر ابواب شریعت، مقاصد خاص به اهداف شریعت در بابی معین و مقاصد جزئی به اهداف شریعت در حکمی معین تعریف شده است.^{۳۵} احمد ریسونی از اندیشمندان معاصر اهل سنت ضمن تأکید به توجه به مقاصد شریعت در فرایند اجتهاد و اهمیت رعایت مصالح عمومی و دفع مفاسد در

۲۴. ابن منظور، لسان العرب، ۱۷۵/۸.

۲۵. طباطبایی، المیزان، ۱۶۶/۱۸.

۲۶. طبرسی، مجمع البیان، ۱۱۴/۹.

۲۷. ابن عاشور، مقاصد الشریعة اسلامیه، ۲۱.

۲۸. شاطبی، الموافقات، ۱۳۵/۵.

۲۹. شلبی، تعلیل الاحکام، ۳۵۷.

۳۰. ابن قیم، اعلام الموقعین، ۵/۳.

۳۱. لجنة فقه المعاصر، الفائق فی الاصول، ۲۳۷.

۳۲. تسخیری، «فقه مقاصدی و حجیت آن بانگاه به شیوة شهید صدر»، ۱۲.

۳۳. طانی، «مقاربات فی الاجتهاد و مقاصد الشریعه عند الشیخ محمد مهدی شمس الدین»، ۲۹۸ تا ۲۷۰.

۳۴. حسینی، الاجتهاد و الحیاة، ۲۴ و ۲۵.

۳۵. یوبی، مقاصد الشریعة الإسلامیة، ۳۸۸/۱ و ۴۱۱ و ۴۱۵؛ نعمان، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۲۶/۱ و ۲۸.

تشریع اسلامی، مقاصد شریعت را در سه سطح ضروریات، حاجیات و تحسینات طبقه‌بندی کرده است.^{۳۶} همچنین شمس‌الدین قائل به همین طبقه‌بندی است.^{۳۷} غزالی ضروریات را پنج بخش می‌داند: حفظ دین مانند عبادات و جهاد، حفظ نفس مانند دیه و قصاص، حفظ عقل مانند تحریم مسکرات، حفظ نسل مانند ازدواج و حرمت زنا، حفظ مال مانند مسائل معاملات و حرمت ربا و احتکار. «حاجیات» مقاصدی هستند که برای رفع تضییق و مشقت عموم جامعه وضع شده‌اند. «تحسینات یا کمالات» مقاصد مربوط به مکارم اخلاقی است مانند چادر.^{۳۸}

۱. ۴. ۲. اعتبارسنجی و کارکرد مقاصد الشریعه

در نحوه اتکا به مقاصد شریعت و استفاده نظام‌مند و صحیح آن، نظریات مختلفی مطرح شده است. برخی، نصوص شرعی را نادیده گرفته و برخی، برای مقاصد جایگاهی قائل نیستند. نصوص شرعی در نگاه کلان به دو بخش تقسیم می‌شود: نصوص مبین احکام که محتوای روشن و برنامه واضح ارائه می‌دهد و به همین دلیل صلاحیت دارد فقیه در استنباط احکام به آن‌ها استناد و اعتماد کند، برخلاف نصوص بیان‌کننده مقاصد که به دلیل عدم تبیین برنامه چنین صلاحیتی ندارد اما روح شریعت به شمار می‌آیند.

رویکرد نوشتار حاضر درباره مقاصد الشریعه، اکتفا به نصوص تبیین‌کننده احکام است، ولی مقاصد می‌توانند در فهم و تفسیر آن‌ها نقش داشته باشند؛ چنان‌که گاه باعث توسعه دلالت یک دلیل یا محدود ساختن عموم و اطلاق آن می‌شوند. در مواردی نیز عقل با تکیه بر مقاصد می‌تواند بر اطلاق روایت مقدم شود، زیرا همانند روایت، یکی از ادله شرعی معتبر است.^{۳۹} مقاصد شریعت، به عنوان ابزار تفسیر و تطبیق احکام شرعی عمل می‌کنند اما جایگزین حقوق منصوصه یا حقوق عقلایی امضا شده نمی‌شوند. مقاصد شریعت نمی‌توانند به طور مستقل این حقوق را تغییر دهند، بلکه در مقام تبیین و توسعه یا تضییق دامنه آن‌ها نقش دارند. به تعبیر اصولیان، مقاصد شریعت «مصحح جعل» یا پشتوانه وضع قانون‌اند و دلیل و انگیزه‌ای که اعتبار حکم شرعی را توجیه می‌کند از مقاصد شریعت سرچشمه می‌گیرد.^{۴۰} همچنین در موارد تراحم حقوق، معیار اولویت‌بندی خواهند بود، ولی باید در کنار منابع اصلی فقه مانند کتاب، سنت، اجماع و عقل، برای تطبیق بهتر احکام با شرایط روز به کار روند. به طور کلی، مقاصد شریعت فقط در چهارچوب حقوق منصوص و امضا شده عقلایی می‌توانند دامنه احکام را توسعه یا تضییق دهند و به تنهایی،

۳۶. ریسونی، نظریة المقاصد، ۶۰ تا ۴۵.

۳۷. طائی، «مقاربات فی الاجتهاد ومقاصد الشریعه عند الشیخ محمد مهدی شمس الدین»، ۲۷۰ تا ۲۹۸.

۳۸. غزالی، المستصفی، ۱۷۴.

۳۹. علی‌دوست، «فقه و مقاصد شریعت»، ۱۵۰ و ۱۵۱.

۴۰. حسینی سیستانی، الرافده، ۴۹.

۲. تبیین عبارت فیض کاشانی

فیض کاشانی در بحث حرمت تصرف در مال غیر، حق المازّه را به عنوان یک استثنا بررسی کرده و نظر مشهور، مبنی بر جواز استفاده رهگذر از میوه و زراعت بدون افساد و حمل را، به استناد نصوص نقد می کند.^{۴۲} وی با استناد به روایاتی چون مرسله ابن ابی عمیر^{۴۳} و روایت محمد بن مروان^{۴۴} نشان می دهد که مستند جواز صرفاً نصوص است. در مقابل، دیدگاه مختار خویش را مبنی بر حرمت، هم جهت با سید مرتضی و مبتنی بر اصولی همچون اصالة العصمة، قبح تصرف در مال غیر و آیات نهی از تصرف بدون رضایت می داند.^{۴۵} و آن را با روایاتی از جمله صحیح^{۴۶} و خبر واحد^{۴۷} تقویت می کند و با عبارت «و هو الأقوی» تأکید می کند.^{۴۸} در جمع میان روایات متعارض که بعداً به تفصیل بیان خواهد شد، ابتدا به رأی شیخ طوسی اشاره می کند که اخبار جواز را ناظر به خوردن و اخبار منع را ناظر به حمل می داند، اما چون این دیدگاه با نظریه حرمت فیض ناسازگار است آن را نمی پذیرد. سپس راهکار دوم را پیشنهاد می دهد مبنی بر حمل اخبار جواز بر فرض رضایت مالک از طریق شاهد حال و حمل اخبار منع بر فرض عدم رضایت، که مؤید نظریه مختار اوست. راهکار سوم، تفکیک میان حالت علم و ظن به نارضایتی مالک و فقدان آن را (که مجوز استفاده است) بیان می کند. راهکار چهارم نیز تفکیک میان زراعت و سایر محصولات است، که مستند به روایت صحیح که شامل همه انواع محصولات می شود، مردود شمرده می شود. نهایتاً، راهکار دوم را به عنوان بهترین وجه جمع معرفی می کند؛ یعنی استفاده رهگذر فقط در صورت وجود شاهد حال جایز است. این نگاه مورد بحث معاصران بوده است. برای مثال، مظاهری تصریح می کند که میوه هایی که در جاده ریخته است، شاهد حال است و اما میوه هایی که در باغ ریخته

۴۱. شوشتری، «کارکرد مقاصد شریعت در توسعه و تعمیق فقه امامیه»، ۱۰۳ تا ۱۰۷.

۴۲. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۷۱/۲ تا ۷۲.

۴۳. حر عاملی، وسائل، ۲۲۶/۱۸؛ «قَالَ: سَأَلْتُ عَنْ الرَّجُلِ يَمْشِي بِالشَّخْلِ وَالسُّنْبُلِ وَالْفَمْرِ فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا مِنْ ضَرُورَةٍ أَوْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ قَالَ لَا بَأْسَ.»

۴۴. حر عاملی، وسائل، ۲۲۷/۱۸؛ «قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَمْرٌ بِالشَّمْرَةِ فَأَكُلُ مِنْهَا قَالَ كُلْ وَلَا تَحْمِلْ قُلْتُ جَعَلْتَ فِدَاكَ إِنَّ الشَّجَارَ اشْتَرَوْهَا وَتَقَدُّوا أَسْوَالَهُمْ قَالَ اشْتَرَوْا مَا لَيْسَ لَهُمْ.»

۴۵. نساء: ۲۹ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.»

۴۶. حر عاملی، وسائل، ۲۲۸/۱۸؛ «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (ع) عَنْ الرَّجُلِ يَمْشِي بِالشَّمْرَةِ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّخْلِ وَالْكَزْمِ وَالشَّجَرِ وَالْمَنَاطِخِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الشَّمْرِ أَيْجَلُ لَهُ أَنْ يَتَنَاوَلَ مِنْهُ شَيْئًا وَيَأْكُلَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَكَيْفَ حَالُهُ إِنْ نَهَاهُ صَاحِبُهُ أَوْ أَمَرَهُ الْقَيْمُ فَلَيْسَ لَهُ وَكَيْفَ الْحَدُّ الَّذِي يَسْمَعُهُ أَنْ يَتَنَاوَلَ مِنْهُ قَالَ لَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا.»

۴۷. حر عاملی، وسائل، ۲۲۷/۱۸؛ «قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ يَمْشِي عَلَى زَرْعٍ وَيَأْخُذُ مِنْهُ الشُّبْلَةَ قَالَ لَا قُلْتُ أَيُّ شَيْءٍ سُنْبُلَةٌ قَالَ لَوْ كَانَ كُلُّ مَنْ يَمْشِي بِهِ يَأْخُذُ سُنْبُلَةً كَانَ لَا يَبْقَى شَيْءٌ.»

۴۸. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۷۱/۲ تا ۷۲.

متقی پیشه و دیگران: نقدی بر دیدگاه فیض کاشانی در تحریم حق المارّه با تأکید بر مقاصد شریعت/ ۲۱۵

است، شاهد حال ندارد. سکوت مالک یا نکشیدن دیوار می‌تواند شاهد حال بر رضایت او باشد، اما بدون این شواهد نمی‌توان به صرف احتمال، تصرف را جایز دانست.^{۴۹}

۳. دیدگاه‌های فقهی راجع به حق المارّه

در مبحث حق المارّه سه دیدگاه عمده وجود دارد:

۳. ۱. دیدگاه اول: جواز مشروط

مشهور فقهای شیعه قائل به جواز حق المارّه هستند و تصرفات مشروط رهگذران را جایز می‌دانند. از متقدمان به شیخ صدوق،^{۵۰} شیخ طوسی،^{۵۱} ابوالصلاح حلبی،^{۵۲} ابن‌ادریس،^{۵۳} محقق حلی^{۵۴} و از متأخران و معاصران به صاحب‌ریاض،^{۵۵} نراقی،^{۵۶} صاحب حدائق،^{۵۷} صاحب‌جواهر،^{۵۸} خویی^{۵۹} و مکارم شیرازی^{۶۰} می‌توان اشاره کرد. شهید ثانی قول جواز را به اکثر فقها نسبت داده،^{۶۱} صاحب حدائق آن را مشهور دانسته^{۶۲} و ملا احمد نراقی در گامی بلندتر، آن را شهرت مستفیضه می‌داند.^{۶۳} البته ملازمه صحت این قول، وجود شرایط چندگانه‌ای مثل عدم افساد و عدم حمل و... است.

۳. ۲. دیدگاه دوم: حرمت مطلق

گروهی دیگر همچون علامه حلی،^{۶۴} محقق کرکی،^{۶۵} کاشف الغطاء،^{۶۶} محقق حلی،^{۶۷}

۴۹. مظاهری، درس خارج، ۹۱/۰۶/۲۷.

۵۰. ابن‌بابویه، المقتنع، ۳۷۱.

۵۱. طوسی، النهاية، ۴۱۷؛ طوسی، الخلاف، ۹۸/۶.

۵۲. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۱۶۶.

۵۳. ابن‌ادریس، موسوعة، ۵۱۳/۱۰.

۵۴. محقق حلی، المختصر، ۱۳۱/۱.

۵۵. طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۵۵۷/۱ و ۵۵۸.

۵۶. نراقی، مستند الشیعة، ۴۷/۱۵ تا ۵۶.

۵۷. بحرانی، الحدائق، ۲۹۲/۱۸.

۵۸. صاحب‌جواهر، جواهر، ۴۴۸/۱۲.

۵۹. خویی، منهاج، ۶۶/۲.

۶۰. مکارم شیرازی، استفتانات، ۵۶۱/۳.

۶۱. شهید ثانی، روضة البهیة، ۳۷۱/۳؛ شهید ثانی، مسالك، ۳۷۲/۳.

۶۲. بحرانی، الحدائق، ۲۹۲/۱۸.

۶۳. نراقی، مستند الشیعة، ۴۷/۱۵.

۶۴. علامه حلی، قواعد الأحكام، ۱۲/۲.

۶۵. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۷/۴.

۶۶. کاشف الغطاء، شرح الشیخ جعفر، ۱۰۹.

۶۷. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴۱۰/۱.

سیدعمیدالدین،^{۶۸} فاضل مقداد،^{۶۹} شهید ثانی^{۷۰} و فیض کاشانی^{۷۱} و فاضل لنکرانی^{۷۲} به حرمت مطلق فتوا داده و تصرف در مال غیر را بدون رضایت مالک جایز نمی‌دانند.

۳.۳. دیدگاه‌های تفصیلی

دیدگاه‌های تفصیلی، منشعب از دو نظریه فوق است. همچنین علی‌رغم تفاوت در فتوا، در عمل رویه یکسانی دارند. برخی جواز را منوط به نبود علم یا ظن به نارضایتی مالک می‌دانند.^{۷۳} اهل سنت عمدتاً استفاده از حق المازّه را در حال اضطرار جایز و در حال اختیار حرام می‌دانند^{۷۴} و در منابع حدیثی خود باب‌هایی با همین عناوین گشوده‌اند.^{۷۵} برخی جواز را منحصر به حال اضطرار به شرط پرداخت قیمت محصول و سه بار صدازدن مالک و عدم پاسخ‌گویی وی می‌دانند.^{۷۶} ردپای سه بار صدازدن و جواز استفاده در صورت عدم پاسخ، در احادیث اهل سنت نیز دیده می‌شود،^{۷۷} به طوری که آن را به مجوزی برای دوشیدن شیر از دام و نوشیدن آن تسری داده‌اند.^{۷۸} برخی نیز چنین روایاتی را ضعیف می‌دانند.^{۷۹} دیدگاه تفصیلی دیگری نیز وجود دارد که تنها درخت خرما را مشمول حق المازّه می‌داند و دیگر محصولات را خارج از آن می‌داند.^{۸۰} علامه حلی با وجود تمایل به قول حرمت، با تعبیرهایی چون «فیه تردد» و «نحن فی هذه المسئلة من المتوقفين» توقف در فتوا را برگزیده^{۸۱} و در آثار دیگرش به احتیاط در ترک توصیه کرده است^{۸۲} که عملاً هم‌ردیف با حرمت است.

۴. ادله فیض کاشانی

نظریه حرمت تصرف در حق المازّه نزد فیض کاشانی بر اصولی همچون اصالة العصمة، قبح تصرف در

۶۸ حسینی عبیدی، کنز الفوائد، ۳۸۲/۱.

۶۹ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۱۱۴/۲.

۷۰ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۷۱/۳ تا ۳۷۳.

۷۱ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۷۲ تا ۷۱/۲.

۷۲ فاضل موحّدی لنکرانی، جامع المسائل، ۳۴۳.

۷۳ مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۲۹۰/۳.

۷۴ مالک بن انس، الموطأ، ۲۸۴؛ طحاوی، شرح مشکل الآثار، ۲۵۳/۷.

۷۵ بیهقی، السنن الصغیر، ۸۳ تا ۸۰/۴؛ طحاوی، شرح معانی الآثار، ۲۴۰/۴.

۷۶ ابن جنید اسکافی، مجموعة فتاوی، ۳۱۵.

۷۷ ابن حنبل، مسند، ۹۸/۱۷؛ ابن‌ماجه، سنن، ۶۱۲/۳؛ ابن حبان، صحیح، ۸۷/۱۲؛ ابویعلی، مسند، ۴۳۹/۲؛ ابونعیم، معرفة الصحابة، ۴۰۷/۲؛ ابن‌جمیع

صیداوی، معجم الشیوخ، ۳۸۳.

۷۸ بزار، مسند، ۴۰۹/۱۰؛ ترمذی، سنن، ۳۸۱/۳.

۷۹ بیهقی، السنن الکبری، ۶۰۴/۹.

۸۰ ابن‌فهد حلی، المقتصر، ۱۸۱.

۸۱ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۶۱/۸.

۸۲ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۶/۵؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان، ۳۶۴/۱.

مال غیر، اصابة الحظر و عمومات آیات و روایات نهی مبتنی است.^{۸۳} وی ضمن بررسی این مسئله، به برخی مستندات نظر مشهور مانند مرسله ابن ابی عمیر و روایت محمد بن مروان و نیز روایاتی چون صحیحۀ علی بن یقطین و خبر واحد مروان بن عبید در تأیید دیدگاه خود استناد کرده است که به نقد آن‌ها خواهیم پرداخت. همچنین اصول مذکور و روایت صحیحۀ مسعد بن زیاد اگرچه توسط فیض کاشانی به صورت تفصیلی مطرح نشده، اما از آثار هم‌مسلمان وی و قائلان به نظریه حرمت حق المارّه استخراج شده و در این نوشتار به عنوان مستند دیدگاه وی استفاده شده است.

أ. آیه نهی از اکل مال غیر: قرآن کریم می‌فرماید: ای اهل ایمان! اموال یکدیگر را در میان خود به باطل (و از راه حرام و نامشروع) مخورید، مگر آنکه تجارتی از روی خشنودی و رضایت میانتان انجام گرفته باشد و خودکشی نکنید؛ زیرا خدا همواره به شما مهربان است.^{۸۴} این آیه که در مقام نهی از تصرف مال غیر بدون رضایت آمده، روایات نهی را تقویت می‌کند و در مقام تعارض روایات، روایات نهی به دلیل موافقت با کتاب، راجح هستند.^{۸۵} ترسیم چهارچوب روابط مالی آن چنان مهم بوده که شارع اکل مال به باطل را در تراز خودکشی ذکر کرده است.

ب. صحیحۀ علی بن یقطین: حق المارّه زراعت، نخلستان، تاکستان و دیگر درختان مثمر: از امام صادق (ع) درباره شخصی که از محصولات زراعت و نخلستان و تاکستان و درختان و باغ‌ها و مانند این درختان مثمر می‌گذرد پرسیدم آیا جایز است چیزی بردارد و بدون اذن صاحب بخورد؟ همچنین اگر صاحب یا متولی باغ، استفاده غیر را نهی کرده باشد چه حکمی دارد؟ و تا چه حدی اجازه استفاده دارد؟ امام فرمود: اجازه ندارد حتی ذره‌ای بردارد.^{۸۶}

روایت علی بن یقطین با طرح پرسشی پیرامون عبور مقید به اطلاع از نهی صاحب یا متولی محصول یا بدون اطلاع و همچنین پرسش پیرامون میزان برداشت، به وضوح بر حرمت تصرف تأکید می‌کند، حتی اگر مقدار آن کم باشد، به ویژه زمانی که اجازه‌ای از صاحب مال وجود نداشته باشد. سند این روایت صحیحۀ و بدون مشکل است.

ج. صحیحۀ مسعد بن زیاد: حق المارّه در فرض ضرورت و پرهیز از ساخت و ساز روی باغ‌ها به سبب احتمال وقوع ضرورت:

از امام صادق (ع) درباره میوه و خرماي تازه‌ای که مردم (از درختان دیگران) می‌خورند پرسیده شد آیا

۸۳. فیض کاشانی، مفتاح الشرائع، ۷۱/۲ تا ۷۲.

۸۴. نساء: ۲۹.

۸۵. شهید ثانی، مسالک، ۳۷۲/۳.

۸۶. طوسی، الاستبصار، ۹۰/۳؛ طوسی، تهذیب، ۹۲/۷.

حلال است؟ امام فرمود: هیچ‌کس نباید بدون ضرورت از آن بخورد و اگر در محیطی محصور قرار دارد نباید آن را فاسد کند. همچنین رسول خدا (ص) صرفاً به دلیل ضرورتی که ممکن است پیش آید، ساخت‌وساز بر روی باغ‌های نخل و درختان میوه را نهی کردند تا هرکس بتواند از آن محصولات بخورد.^{۸۷} دلالت این روایت بر حرمت حق‌المآزّه بدین صورت است که امام صادق (ع) قید ضرورت را قید ترخیص و اجازه تصرف در مال غیر می‌داند و در صورت عدم ضرورت، تصرف را حرام می‌داند. همچنین فحوی عبارت «لَا يُفْسِدُ إِذَا كَانَ عَلَيْهَا فَنَاءٌ مُحَاطٌ»، خراب کردن حصار را نوعی فساد می‌داند و در فرض نیاز ضروری به اکل، لزوم حفظ و عدم آسیب به حصار را متذکر می‌شود. همچنین توهمی که صرفاً عدم ساخت‌وساز را ضروری می‌داند بدون اشاره به علتش که اضطراب موجودات برای زنده ماندن است، به علت سیاق روایت که قسمت ابتدایی اش صراحت در حرمت اکل به جز به ضرورت دارد، دفع می‌شود. پیشنهاد عدم ساخت‌وساز بر روی باغ‌ها به دلیل احتمال وقوع شرایط اضطراری، منطبق بر اصول اخلاقی و اجتماعی اسلام است. همچنین این روایت از نظر سندی صحیح و قابل اعتماد است.

د. **مرسله مروان بن عبید:** برداشتن خوشه‌ای ناچیز از گندم بین راهی: از امام صادق (ع) پرسیدم کسی از کشتزاری می‌گذرد و خوشه‌ای از آن می‌چیند (حکمش چیست؟) امام فرمود نه! گفتم یک خوشه ارزشی دارد؟ فرمود: اگر هر رهگذری یک خوشه برگیرد، چیزی برای صاحبش نمی‌ماند!^{۸۸} منظور از عبارت «قَالَ لَا» باتوجه به سیاق روایت و قسمت بعدی آن، نهی است. از این روایت چنین برداشت می‌شود که حتی استفاده از محصولی بی ارزش و اندک بدون اجازه صاحبش ممنوع است و نهی معصوم پس از تعبیر ناچیز بودن عبارت «أَيُّ شَيْءٍ» دلالت بر اهمیت اخذ رضایت و ممنوعیت تصرف بدون اذن است. علی‌رغم تصریح به ممنوعیت استفاده بدون اذن، بزرگ‌ترین اشکال روایت، مرسله بودنش است.

ه. **قاعده احترام و اصل عقلی قبح تصرف در مال غیر، اصاله العصمة و اصاله الحظر:** مجموع این ادله از مهم‌ترین دلایل احتیاط و پذیرش منع و پشتوانه عقلی دیدگاه حرمت استفاده از حق‌المآزّه است. فقها این‌گونه استدلال کرده‌اند که تصرف در مال غیر بدون اجازه‌اش عقلاً امری قبیح و حرام است.^{۸۹} این استدلال با نص قرآن موافق است و تقویت می‌شود. مقصود از قاعده احترام مال مردم، مصونیت اموال آنان از تصرف و تعدی است؛ بدین معنا که اولاً تعدی نسبت به اموال جایز نیست و ثانیاً در فرض وقوع، متجاوز ضامن است. بنای عقلاً مبتنی بر لزوم مصونیت اموال است و عمومات روایات «حرمة ماله كحرمة دمه»^{۹۰}

۸۷. حر عاملی، وسائل، ۲۲۹/۱۸.

۸۸. حر عاملی، وسائل، ۲۲۷/۱۸.

۸۹. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۶/۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۴۴۶/۱۲.

۹۰. حر عاملی، وسائل، ۲۹۷/۱۲؛ ابن‌ابی‌جمهور، عوالي اللئالی، ۴۷۳/۳.

از شیعه و «لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه»^{۹۱} از اهل سنت، مؤید همین بناسست.^{۹۲} ازاین‌رو در صورت تعارض میان روایات جواز و نهی، روایات نهی مقدم شده؛ چراکه دفع ضرر از جلب منفعت مهم‌تر است.^{۹۳} تعبیر اصالة العصمة در برخی کتب متقدمان مثل شروح کتاب قواعد علامه حلی یا کتاب حدائق الناظره^{۹۴} ذیل بحث قرض و کتب برخی متأخران مانند فقه الشیعه^{۹۵} ذیل بحث خمس و انفال آمده است. می‌توان اصالة العصمة را اصل مصونیت و لزوم صیانت و حفظ اموال و محترم شمردن آن و عدم انتقال بی‌دلیل اموال دانست. اصالة العصمة درباره اموال دارای صاحب (چه مشخص و چه نامشخص) است. ازاین‌رو این اصل، ارتباطی با مباحات ندارد و همچنین درباره اموال مشکوک العصمة، اصل بر اعتصام است.^{۹۶}

۵. نقد ادله

فیض کاشانی برای دیدگاه خود به دو دلیل عمده روایات و قواعد عقلی و اصولی تمسک می‌جوید. به نظر می‌رسد هر دو دلیل دارای اشکال است و تطابقی با شرایط جواز حق المارّه ندارد که در ادامه بیان خواهد شد.

۵. ۱. نقد تمسک به روایات منع

در کتاب وسائل الشیعه، دوازده روایت درباره حق المارّه نقل شده است که نه مورد، بر جواز و سه مورد، بر منع دلالت دارند. روایت مرسله مروان بن عبید در پاسخ به پرسش راوی درباره میزان برداشت خوشه، با قید «لایبقی شیء» به فساد ناشی از برداشت بی‌رویه اشاره دارد. ازاین‌رو، حرمت اکل در این روایت ناظر به شرایطی است که منجر به فساد محصول شود و نسبت به برداشت دفعته و محدود که منجر به فساد نشود جایز است. روایت صحیحہ علی بن یقظین نیز دلالتی بر منع ندارد؛ زیرا واژه «اخذ» در آن به برداشت و حمل محصول منطبق شده، نه خوردن در حین عبور و شیخ طوسی همین احتمال را پذیرفته است.^{۹۷} این دو روایت نمی‌توانند مانع جواز باشند، زیرا مشهور نیز عدم حمل و عدم افساد را شرط می‌داند. روایت مسعدة بن زیاد با اینکه از نظر سندی معتبر و دلالتش بر منع واضح است، اما به دلیل معارضه با روایات جواز

۹۱. طبرانی، المعجم الکبیر، ۵۳/۴؛ ابن حنبل، مسند، ۲۹۹/۳۴؛ ابن ابی‌جمهور، عوالي اللئالی، ۴۷۳/۳.

۹۲. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۱۶.

۹۳. بحرانی، الحدائق، ۲۸۸/۱۸؛ شهیدثانی، مسالک، ۳۷۲/۳.

۹۴. بحرانی، الحدائق، ۱۰۹/۲۰.

۹۵. موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۳۱۶/۱.

۹۶. موسوی خلخالی، فقه الشیعه، ۳۲۹/۱.

۹۷. طوسی، الاستبصار، ۹۰/۳؛ طوسی، تهذیب، ۹۲/۷.

استنادشدنی نیست. در تعارض اخبار، رجوع به مشهور ملاک است و روایات جواز نه تنها شهرت، بلکه تواتر دارند. ادعای اجماع، به ویژه میان قدما و عمل مشهور فقها، مؤید برتری روایات جواز است. حتی اگر مرجحات را نپذیریم و تعارض باقی بماند، باید به اصول عملیه رجوع کرد. البته در ادامه نشان داده خواهد شد که نوبت به اصول نمی‌رسد.

۵. ۲. نقد تمسک به قاعدة قبیح تصرف در مال غیر

یکی از دلایل قائلان حرمت، قاعدة فقهی احترام مال غیر است که تصرف بدون اجازه را حرام و موجب ضمان می‌داند. مستند این قاعدة، عقل و سیره عقلاست^{۹۸} و تنها در مواردی جاری می‌شود که عقل، تصرف را قبیح بداند. برخی فقها قبیح عقلی را نسبت به حق المازّه منتفی می‌دانند، زیرا مالکیت آن را امری شرعی می‌دانند که به شارع وابسته است، نه عقل. عقل نیز مداخلیتی در آن ندارد.^{۹۹} از این رو، شارع می‌تواند در شرایط خاصی اجازه استفاده از ثمره باغ‌ها را به رهگذران بدهد و قاعدة احترام در این مورد جریان ندارد. حتی با فرض پذیرش قاعدة قبیح تصرف در مال غیر، این قاعدة نسبت به همه انواع تصرفات اطلاق ندارد. شیخ انصاری تصرفاتی مانند استفاده از نور چراغ دیگران را مصداقی از تصرفات جایز عقلی می‌داند و می‌گوید: اگر میزان تصرف اندک باشد، عقل آن را حرام نمی‌داند.^{۱۰۰} جواز حق المازّه نیز ناظر به استفاده محدود و رفع گرسنگی عرفی است که به نسبت کل محصول ناچیز به شمار می‌رود. معیار در قبیح تصرف، میزان آن است و اگر فاحش و مضر نباشد، قبیح ندارد؛ تشخیص این امر عرفی است. شاهد این مدعا، حکم استفاده از میوه درخت همسایه است. فقها استفاده از میوه درختی را که شاخه‌اش وارد حیاط همسایه شده، جایز نمی‌دانند و حتی میوه افتاده در حیاط نیز باید به مالک بازگردانده شود.^{۱۰۱} در این حالت که از جهتی شبیه حق المازّه است تصرف جایز نیست، زیرا ثمره یک درخت محدود است و برداشت میوه به نسبت کل درخت، فاحش و مضر است، برخلاف باغ که برداشت چند میوه توسط رهگذر عقلاً قبیح نیست. بنابراین تمسک به قاعدة احترام و قبیح تصرف در مال غیر برای نفی جواز حق المازّه ناتمام است.

۶. دیدگاه فیض کاشانی در پرتو مقاصد الشریعه

بررسی هر حکم از منظر مقاصد شریعت، مستلزم شناخت مقاصد مربوط به آن است و یکی از مباحث مهم، راهکارهای کشف این مقاصد است. این موضوع با عنوان «مسالك علم به مقاصد» مطرح

۹۸. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۱۳.

۹۹. نراقی، مستند الشیعه، ۵۱/۱۵.

۱۰۰. انصاری، المکاسب، ۴۸۲/۱.

۱۰۱. بهجت، استفتانات، ۳۷۹/۴؛ صافی، جامع الأحکام، ۲۴۶/۲.

می‌شود و به دلیل نقش آن در استنباط احکام، اهمیت بسزایی دارد.^{۱۰۲} روش‌های متعددی برای استکشاف مقاصد شارع مطرح شده است. ابن عاشور نخستین روش را استقرار احکامی می‌داند که علل آن‌ها معروف است.^{۱۰۳} راه دوم بررسی ادله‌ای است که قرآن برای برخی احکام ذکر کرده، مانند آیه ۷۸ سوره حج که می‌فرماید: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». به یقین در می‌یابیم خداوند حکم حرجی جعل نفرموده است. روش دیگر، استکشاف از اوامر و نواهی شرعی است. ریسونی معتقد است اوامر و نواهی شرعی می‌توانند نشان‌دهنده مقاصد شارع باشند.^{۱۰۴} همچنین سنت متواتر، از دیگر منابع کشف مقاصد است.^{۱۰۵} در مجموع، مهم‌ترین روش استکشاف مقاصد، تحلیل متون و دلالت‌های ظاهری آن‌هاست. در خصوص حق المارّه، مقاصد شریعت را می‌توان در دو گروه دسته‌بندی کرد: أ. مقاصد حمایت از مالک و حفظ نظم اقتصادی؛ ب. مقاصد تسهیل امور رهگذر و رعایت مصالح اجتماعی.

۶. ۱. مقاصد شریعت حامی حقوق مالک و حفظ نظم اقتصادی

حفظ نظم و امنیت اقتصادی: یکی از مقاصد اصلی شریعت، حفظ نظم اقتصادی، حمایت از مالکیت خصوصی و جلوگیری از تعرض به اموال دیگران است. این هدف که تحت‌عنوان «حفظ مال» یکی از پنج مقصد اصلی شریعت به شمار می‌رود، ابتدا توسط غزالی مطرح شده^{۱۰۶} و سپس فقیهان اهل سنت مانند شاطبی و آمدی^{۱۰۷} و فقهای امامیه همچون شهید اول، شهید ثانی و میرزای قمی به آن پرداخته‌اند.^{۱۰۸} شرع، حفظ نظام اقتصادی را رکن اساسی جامعه دانسته و به همین دلیل موضوعاتی چون اثبات، انتقال و نسخ مالکیت در فقه جایگاه ویژه‌ای دارند. این اهتمام براساس روایاتی همچون «حرمة مال امرء کحرمة دمه»^{۱۰۹} «لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه»^{۱۱۰} «الناس مسلطون علی اموالهم»^{۱۱۱} «من استولی علی شیء فهو له»^{۱۱۲} «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام»^{۱۱۳} و عبارات مشهور فقها مانند «من اتلف مال الغير فهو له

۱۰۲. نجار، مقاصد الشریعة بإبعاد جدیدة، ۳۴ تا ۲۵.

۱۰۳. ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۹۰ و ۱۹۱.

۱۰۴. ریسونی، نظریة المقاصد، ۲۳۶ تا ۲۳۸؛ این راه‌ها عبارت‌اند از: اجماع، وجود نص بر علت، ایما و اشاره، مناسبت، سبب و تقسیم، دوران، تنقیح مناط، تخریج و تحقیق مناط، الغای خصوصیت و ...؛ نک: ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۹۰ تا ۱۹۶؛ نجار، مقاصد الشریعة بإبعاد جدیدة، ۳۵ تا ۲۵؛ عطیه، نحو تفعلیل مقاصد الشریعة، ۲۷ تا ۱۵.

۱۰۵. ابن عاشور، مقاصد الشریعة الاسلامیة، ۱۹۴.

۱۰۶. غزالی، المستصفی، ۱۷۴؛ غزالی، شفاء الغلیل، ۱۶۰.

۱۰۷. شاطبی، الموافقات، ۱۷/۲ تا ۲۰؛ آمدی، الاحکام فی اصول الاحکام، ۳/۳۰۰.

۱۰۸. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۳۸/۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۳۸/۳؛ میرزای قمی، قوانین، ۹۲/۲.

۱۰۹. مجلسی، بحار الانوار، ۲۱۰/۲۱؛ کلینی، الکافی، ۲۸۳/۵.

۱۱۰. ابن ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، ۱۱۳/۲.

۱۱۱. مجلسی، بحار الانوار، ۲۷۲/۲؛ ابن ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، ۲۲۲/۱.

۱۱۲. حر عاملی، وسائل، ۲۱۶/۲۶.

۱۱۳. حر عاملی، وسائل، ۳۴۰/۱۷.

ضامن»^{۱۱۴} «کل من استوفی منفعة فهو ضامن»^{۱۱۵} بنا شده است.

فقهها نیز بر همین اساس مباحثی چون حرمت غصب،^{۱۱۶} وجوب ضمان،^{۱۱۷} حرمت اکل مال به باطل و تصرف غیر مشروع،^{۱۱۸} لزوم رعایت قراردادها^{۱۱۹} و حفظ نظم اقتصادی^{۱۲۰} را مطرح کرده‌اند. همچنین قواعد فقهی اتلاف،^{۱۲۱} احترام،^{۱۲۲} استیفا،^{۱۲۳} تسلط،^{۱۲۴} ید^{۱۲۵} و لاضرر^{۱۲۶} بر این مقصد استوارند.

در نتیجه، حفظ، تفکیک و تثبیت مالکیت‌ها از اهداف شریعت در حوزه اقتصاد است و در موضوع حق المازنه نیز قائلان به حرمت، براساس همین مقصد درصدد حمایت از حق مالک‌اند.

۲.۶. مقاصد شریعت حامی حقوق رهگذر و رعایت مصالح اجتماعی

در کتب و متون مقاصد شریعت به عناوین تسهیل، رفع حرج، رفی و مدارا، عدالت، مواسات، کرامت، به‌عنوان مقاصد شریعتِ مراعات‌کننده مصالح اجتماعی و قابل انطباق بر حقوق حامی رهگذران اشاره شده است. برای تبیین معنایی هر کدام مختصراً توضیح می‌دهیم:

أ. مقصد تسهیل که با عبارت التیسیر نیز استفاده شده، به‌معنای آسان‌گیری در وضع مقررات و احکام است تا جایی که ممکن است مصلحت تسهیل موجب رفع قبح و منع برخی محرمات شود.^{۱۲۷} برخی حجیت امارات و اصول را مرسوم تسهیل دانسته‌اند.^{۱۲۸} مغنیه تسهیل را از مقاصد مهم شریعت دانسته و تصرفات صبی‌میز را به‌دلیل وجود مصلحت باطل نمی‌داند و تصریح می‌کند که عمل براساس مقاصد شریعت، همانند عمل به نص است. او معتقد است مقاصد شریعت همان مصلحت است و هر جا علم به مصلحت پیدا کردیم، واجب است بر آن حکم کنیم و این اجتهاد، در مقابل نص نیست؛ بلکه عمل به نص

۱۱۴. مصطفوی، القواعد، ۲۰.

۱۱۵. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه، ۶/۶۲.

۱۱۶. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴/۵۲۷.

۱۱۷. محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۹.

۱۱۸. نساء: ۲۹.

۱۱۹. مانده: ۱.

۱۲۰. ابن‌قیم، اعلام الموقعین، ۳/۴۵۱.

۱۲۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۲/۲۳.

۱۲۲. قزوینی، رسالة في العدالة، ۲۰۹.

۱۲۳. سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۸/۲۰۵.

۱۲۴. مصطفوی، القواعد، ۱۳۶.

۱۲۵. فاضل لکرنای، القواعد الفقهية، ۳۷۳.

۱۲۶. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱/۲۱۱.

۱۲۷. منتظری، دراسات في المكاسب المحرمة، ۲/۳۴۶.

۱۲۸. موسوی خلخالی، حاکمیت در اسلام، ۳۸۱.

است، زیرا علم به مقصد شرعی مانند علم به نص است.^{۱۲۹} همچنین وی در باب سبق و رمایه، تسری حکم به سلاح‌های جدید را تفسیر صحیح نص می‌داند، نه اجتهاد در برابر آن.^{۱۳۰} در موضوع اهل کتاب نیز با فقدان دلیل معتبر بر نجاست ایشان بر مصلحت تسهیل تکیه می‌کند.^{۱۳۱}

ب. مقصد رفع حرج به معنای دفع مشقت‌های غیرقابل تحمل در احکام است. این مقصد، ذیل تسهیل تعریف شده اما اختصاص به مواقع سختی شدید دارد.^{۱۳۲} همچنین اصولیان امامیه براساس نظریه طریقت، حجیت امارات را در راستای رفع حرج می‌دانند.^{۱۳۳} مغنیه در پاسخ به کسی که فرقی میان مضطر و مکره نمی‌بیند و بیع هر دو را باطل می‌داند، در رد بطلان بیع مضطر، به اصل نفی حرج استناد می‌کند ولی بیع مکره را باطل می‌داند.^{۱۳۴} همچنین در مسئله معالجه، به دلیل رفع حرج، الزام شرعی ترک نظر یا لمس ساقط می‌شود، حتی اگر عدم معالجه مستلزم ضرر اساسی نباشد.^{۱۳۵} نفی حرج آن قدر از اهمیت بسیاری برخوردار است که بیشتر فقها ملاک نفی حرج را عسرو حرج شخصی می‌دانند، نه نوعی.^{۱۳۶} برخی حتی حرج استقبالی یقینی را مشمول این قاعده می‌دانند.^{۱۳۷}

ج. مقصد رفق و مدارا: رفق به معنای نرمی در رفتار و اجرای احکام و مدارا نیز به معنای حسن معاشرت با مردم است. این مقصد ناظر بر شیوه اجراست و مانع خشونت در تعاملات اجتماعی می‌شود و از اهم دستوراتی است که در لسان شارع آمده است^{۱۳۸} و در روایات نیز بر آن تأکید شده است.^{۱۳۹}

د. مقصد عدالت به معنای قراردادن هر چیز در جای خود و رعایت حقوق افراد بدون ظلم و تبعیض است. برخلاف رفع حرج و تسهیل که به آسان‌گیری مربوط‌اند، عدالت به توزیع منصفانه حقوق و تکالیف اشاره دارد. این مقصد در آیات^{۱۴۰} و روایات^{۱۴۱} به عنوان اصلی بنیادین مطرح شده است. فقها اجرای شریعت را برای تحقق عدالت می‌دانند و احکام را وسیله‌ای برای این هدف می‌انگارند.^{۱۴۲}

۱۲۹. مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ۶۳۳/۲.

۱۳۰. مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۲۳۶/۴.

۱۳۱. مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۴۳/۱ و ۴۴؛ مغنیه، التفسیر الکاشف، ۱۸/۳.

۱۳۲. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۴۳۵/۲.

۱۳۳. انصاری، الموسوعة الفقهية، ۴۳۵/۵ تا ۴۳۶/۵.

۱۳۴. مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۶۹/۳.

۱۳۵. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۷۴/۳.

۱۳۶. نراقی، عوائد الايام، ۱۸۷؛ جزایری، منتهی الدراری، ۵۸۷/۴.

۱۳۷. پورصدقی، «تأثیر حرج استقبالی در رافعیّت حکم».

۱۳۸. فیومی، المصباح المنیر، ۱۹۴/۲.

۱۳۹. مجلسی، بحار الانوار، ۵۱/۷۲.

۱۴۰. نساء: ۵۸؛ مانند: ۸.

۱۴۱. ابن‌شعبه، تحف العقول، ۳۲۰؛ ترمذی، سنن، ۵۲۶/۴.

۱۴۲. خمینی، آیین انقلاب اسلامی، ۵۸۴/۲.

د. مقصد مواسات به معنای کمک و همیاری اجتماعی و همراهی با دیگران در سختی‌ها که به‌ویژه در رفع نیاز فقرا اهمیت دارد و آیات^{۱۴۳} و روایات^{۱۴۴} متعددی بر آن دلالت دارند. شاطبی آن را ضرورتی اجتماعی دانسته که در تضاد با استبداد و احتکار قرار دارد و باعث ایجاد هم‌بستگی و عدالت می‌شود.^{۱۴۵} مغنیه نیز در پرتو مقصد مواسات و پس از تفسیر روایات حرمت احتکار در تفسیر روایات احتکار، اجتهاد مطابق مقاصد شریعت را لازم می‌داند و محدودشدن به مصادیق ذکرشده مانند گندم و جو، خرما و کشمش و روغن را نادرست می‌داند، از این‌رو، بایستی موارد جدید احتکار را باتوجه به ضروریات و اقتضای زمانی مشخص کرد.^{۱۴۶}

ه. مقصد کرامت به معنای حفظ ارزش و شأن و عزت انسان است که در قرآن تصریح شده است.^{۱۴۷} کرامت مبنای بسیاری از احکام نظیر حرمت غیبت و قذف است و حفظ آن یکی از مقاصد قطعی شریعت تلقی می‌شود.^{۱۴۸}

۳. ۶. تبیین تعارض مقاصد الشریعه در حق المازّه

با بررسی مقاصد شریعت در این حکم، میان مقاصد شریعت حامی حقوق مالک با مقاصد شریعت حامی حقوق رهگذر تعارض‌هایی دیده شود. همان‌طور که پیش‌تر تبیین شد از یک سو مقصد حفظ نظم و امنیت اقتصادی که حامی حقوق مالک است، چکیده و مستحصل و برگرفته از قواعد بسیاری مانند اتلاف، احترام، اذن، استیفا، تسلط، ید و لاضرر است که مالکیت مالک را محترم شمرده است و از سوی دیگر مقاصد تسهیل، رفع حرج، رفق، عدالت، مواسات و کرامت، حامی حقوق رهگذر است که تقابل این دو منجر به تعارض‌هایی شده که در موارد زیر آشکار می‌شود:

أ. قاعدة تسلط، مالک را بر اموالش مسلط می‌داند، اما اگر مالک استفاده از میوه را ممنوع کند، ممکن است رهگذر نیازمند دچار حرج شود.

ب. قاعدة اتلاف، حق المازّه را مال مالک دانسته و استفاده و تلفش را مشمول ضمان می‌داند، اما مقصد مساوات قائل به اجازه استفاده از حق المازّه به نیت همیاری و تعاون و کمک، بدون ضمان و جبران است.

ج. اگر احترام مال غیر را به‌صورت مطلق در نظر بگیریم، حق المازّه منتفی خواهد شد، اما اگر بر مبنای

۱۴۳. حشر: ۹؛ بقره: ۲۶۷.

۱۴۴. کلینی، الکافی، ۳/۳۷۹.

۱۴۵. شاطبی، الموافقات، ۳/۶۲.

۱۴۶. مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق، ۱۴۵/۳.

۱۴۷. اسراء: ۷۰.

۱۴۸. نجار، مقاصد الشریعة بأبعاد جدیدة، ۹۸ تا ۱۰۰.

مؤسسات اجتماعی نگاه کنیم، شارع برای تأمین نیازهای افراد جامعه نیز راهکارهایی اندیشیده است. د. در صورتی که تعداد رهگذران زیاد باشد و استفاده از حق المارّه موجب ضرر به مالک شود، چگونه می‌توان بین این دو قاعده جمع کرد؟

ه. مقتضای قاعده اذن، حرمت تصرف در میوه‌های باغ بدون اذن مالک است که در صورت عبور رهگذر، چه فقیر نیازمند یا شخصی که دچار حرج شده یا حتی شخص عادی محترمی که فقط به اندازه اندکی میل به خوردن میوه دارد، مشمول حرمت استفاده از حق المارّه شده است که این امر، برخلاف مقاصد تسهیل و رفع حرج و مؤسسات و کرامت و... است.

۶. ۴. تحلیل و جمع‌بندی مقاصد الشریعه در حق المارّه

در مقام بررسی امکان وقوع حق المارّه و میزان آن و تعارض با مقصد حفظ نظم و امنیت اقتصادی و مالکیت خصوصی، نکات ذیل شایان توجه است.

أ. شارع در راستای حفظ نظم اقتصادی و مالکیت خصوصی - که تحت عنوان حفظ مال در مقاصد پنج‌گانه مطرح است - بر ممنوعیت نقض مالکیت تأکید دارد. نقض مالکیت زمانی تحقق می‌یابد که به طور عرفی، تصرفی فاحش یا نزدیک به فاحش در ملک غیر صورت گیرد. بنابراین در صورت فقدان چنین تصرفی، اخلاقی در مالکیت و نظم اقتصادی ایجاد نمی‌شود.

ب. قیودی همچون «عبور اتفاقی، منع حمل میوه و محدود بودن مصرف‌کنندگان»، به گونه‌ای تنظیم شده است که استفاده از میوه بسیار جزئی و محدود باشد و به «تصرف فاحش» منجر نشود.

ج. این جواز تنها در بازه‌ای کوتاه در سال (حدود یک ماه، از زمان رسیدن میوه تا پیش از فساد آن) معتبر است که خود دامنه استفاده را محدودتر می‌کند.

د. همچنین در موارد برخورد اتفاقی رهگذر با محصول، عوامل فنی مانند ارتفاع درخت، نبود ابزار چیدن، فقدان قصد بهره‌برداری، وجود حصار یا برداشت قبلی مالک، میزان استفاده را به شدت محدودتر می‌کند.

ه. شرط «عدم علم به نارضایتی مالک» می‌تواند نشان‌دهنده رضایت ضمنی وی باشد. چنانچه مالک با وجود امکان اعتراض به منع رهگذران نسبت به حق المارّه با نوشتن برگه و الصاق در محل یا روش‌های دیگر صراحتاً از میوه‌های در معرض استفاده دفاع نکند، می‌توان این سکوت را نوعی اجازه تلقی کرد. در نتیجه، نقض مالکیتی رخ نداده است.

و. شارع با هدف تسهیل امور مسلمانان، حفظ کرامت انسانی، رعایت مصالح اجتماعی و حمایت از نیازمندان، این حکم رفاهی را متناسب با مواقع و شرایط خاص تشریع کرده است و حتی حق المارّه به عنوان

ابزاری اجتماعی برای کاهش تنش‌های اقتصادی در راه‌ماندگان و فقرا مطرح شده است.

بنابراین در پرتو بررسی مقاصد شریعت و دستیابی به اهداف فقه، تعارضی میان حفظ حقوق مالک و تأمین منافع رهگذر وجود ندارد؛ بلکه این دو بُعد، در پرتو ادله و شرایط یادشده مکمل یکدیگرند. شریعت اسلام به‌عنوان نظامی جامع، هم در سطوح خرد (حقوق فردی) و هم کلان (نظم اقتصادی و اجتماعی) به‌دنبال برقراری عدالت و حفظ منافع معنوی و مادی جامعه است. ازاین‌رو، احکامی مانند حق‌المآزّه نه‌تنها به حفظ مالکیت خصوصی، بلکه به رفع نیازهای مصلحت‌محور جامعه و کاهش معضلاتی همچون فقر و سرقت می‌انجامد.

در این راستا، بر مقاصدی چون تسهیل، رفع حرج و مواسات تأکید شده است که همگی در راستای عدالت اجتماعی و رفاه عمومی قرار دارند. از نگاه اخلاق و روح حاکم بر فقه، خداوند مؤمنان را عیال خود دانسته و خواسته‌های مشروع آنان را مورد احترام قرار داده است. امام صادق (ع) می‌فرماید: خدای متعال فرموده مردم خانواده من هستند، پس محبوب‌ترین آنان نزد من افرادی هستند که با مردم مهربان‌تر و در راه برآوردن نیازهای آنان کوشا تر باشند.^{۱۴۹} یکی از آثار مثبت جواز حق‌المآزّه، رساندن لطف و مهربانی به عیال الله است. چنان‌چه ایشان میوه‌ای بر درخت ببیند و تمایل به خوردنش داشته باشد با جواز حق‌المآزّه این خواسته پاسخ داده می‌شود.

نتیجه‌گیری

شریعت با هدف حفظ هم‌زمان مالکیت خصوصی و رفاه اجتماعی، حکم حق‌المآزّه را با قیود مشخصی مانند عبور اتفاقی، عدم حمل و محدودیت مصرف‌کنندگان، به‌گونه‌ای تنظیم کرده است که هم حقوق مالک حفظ شود و هم نیازهای رهگذر پاسخ داده شود. هرچند در سطح انتزاعی ممکن است این حق با مالکیت در تعارض باشد، اما در عمل با رعایت شروط مذکور تعارضی و نقض جدی مالکیت رخ نمی‌دهد.

در تعارض میان ادله حرمت و جواز، ترجیح با جواز است، زیرا اولاً روایات جواز (با ذکر قیود و شروط مشخص) از نظر تواتر و عمل مشهور، قوی‌تر از روایات منع هستند؛ ثانیاً با توجه به ضرورت تطبیق احکام با مقاصد شریعت، علی‌الخصوص در احکام اختلافی و استفاده از مقاصد شریعت به‌عنوان راهکار عملی رفع اختلاف، مقاصد شریعتی چون عدالت، رفع حرج، تسهیل و مواسات در قول به جواز، رعایت می‌شوند و با منع آن، نادیده گرفته می‌شوند.

جواز حق المارّه نه تنها باعث حفظ نظم اقتصادی و مالکیت خصوصی می شود، بلکه با تأمین نیازهای اولیه افراد، عدالت اجتماعی و رفاه عمومی را تقویت می کند. تحریم حق المارّه به منزله دوری از اهداف اصلی شارع و نادیده گرفتن مصالح اجتماعی است. از این رو، تنظیم حق المارّه در فقه اسلامی نمونه ای موفق از هماهنگی بین حفظ حقوق فردی و تأمین منافع اجتماعی است و از دیدگاه مقاصد الشریعه، جواز آن نه تنها موجه؛ بلکه ضروری است.

منابع

- قرآن کریم. ترجمه حسین انصاریان. قم: اسوه. ۱۳۸۳.
- آمدی، علی بن محمد. الاحکام فی اصول الاحکام. بیروت: المکتب الاسلامی. بی تا.
- ابن ابی جمهور، محمد بن علی. عوالي اللئالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة. قم: سیدالشهدا (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. موسوعة ابن ادریس الحلّی. به تحقیق محمد مهدی سید حسن موسوی خراسان. قم: دلیل ما. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ابن بابویه، محمد بن علی. المقنع. قم: پیام امام هادی (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. السیاسة الشرعیة فی اصلاح الراعی و الرعیة. بیروت: دار المعرفة. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- ابن جمیع صیداوی، محمد بن احمد. معجم الشیوخ. بیروت: الرسالة. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. مجموعة فتاوی ابن الجنید. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ابن حبان، محمد بن حبان. صحیح ابن حبان. بیروت: الرسالة. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد. مسند احمد بن حنبل. بیروت: الرسالة. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- ابن شعبه، حسن بن علی. تحف العقول عن آل رسول صلی الله علیهم. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۳۶۳ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر. مقاصد الشریعة الاسلامیة. اردن: دار النفائس. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- ابن فارس. احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. المقتصر من شرح المختصر. مشهد: آستانة الرضویة المقدسة مجمع البحوث الإسلامیة. چاپ اول، ۱۳۶۹.
- ابن قیّم جوزیه، محمد بن ابی بکر. اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- ابن ماجه، محمد بن یزید. سنن ابن ماجه. بیروت: دار الجیل. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، بی تا.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبة الإمام امیرالمؤمنین علی (ع) العامة. چاپ اول، بی تا.
- ابونعیم، احمد بن عبدالله. معرفة الصحابة. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

- ابویعلی، احمد بن علی. مسند ابی یعلی الموصلی. بیروت: دار المأمون. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- اراکي، محمد علی. کتاب البيع. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، محمد علی. الموسوعة الفقهية الميسرة و يليها الملحق الاصولی. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. المكاسب. قم: دار الذخائر. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: هادی. چاپ اول، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۶۳.
- بزار، احمد بن عمر. مسند البزار. مدينة: مكتبة العلوم والحكم. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- بهجت، محمد تقی. استفتانات. قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت. چاپ اول، ۱۳۸۶.
- بیهقی، احمد بن حسین. السنن الصغیر. کراچی: دار الاقصی. چاپ اول، بی تا.
- بیهقی، احمد بن حسین. السنن الکبری. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ سوم، ۱۴۲۴ق.
- پورصدقی، رضا. فاطمه قریب بلوک. «تأثیر حرج استقبالی در رافعیة حکم»، مبانی فقهی حقوق اسلامی. دوره ۱۷، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، <https://doi.org/10.30495/jfil.2023.74507.1721>
- ترمذی، محمد بن عیسی. سنن الترمذی. قاهره: دار الحديث. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- تسخیری، محمد علی. «فقه مقاصدی و حجیت آن با نگاه به شیوة شهید صدر»، اندیشه تقریب. دوره ۵، ش ۱۸، بهار ۱۳۸۸، ۴۴ تا ۱۱.
- جزایری، محمد جعفر. منتهی الدراية في توضیح الكفاية. قم: دار الكتاب. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح اللغة. بیروت: دار العلم. چاپ سوم، ۱۴۰۴ق.
- حجت کوهکمره‌یی، محمد. کتاب البيع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
- حسینی حائری، کاظم. فقه العقود. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ سوم، ۱۴۲۸ق.
- حسینی سیستانی، علی. الرافد في علم الأصول. به قلم منیر سید عدنان قطفی، قم: مکتب آیت الله العظمی سید سیستانی. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- حسینی عیبدلی، سید عمید الدین عبدالمطلب. كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- حسینی، سید محمد. الاجتهاد و الحياة. قم: الغدير للدراسات. بی تا.
- خمینی، روح الله. آیین انقلاب اسلامی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). چاپ اول، ۱۳۸۷.
- خمینی، روح الله. کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

- خوانساری نجفی، موسی. منیة الطالب فی شرح المکاسب. تهران: المكتبة المحمدية. چاپ اول، ۱۳۷۳ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: مدينة العلم آیت الله العظمی خوئی. چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.
- ریسونی، احمد، نظریة المقاصد عند الامام الشاطبی. بی جا: المعهد العالمی للفکر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی. الموافقات. عربستان: دار ابن عفان. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- شیرازی زنجانی، سید موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز. چاپ اول، ۱۳۸۲.
- شلی، محمد مصطفی. تعلیل الاحکام. بیروت: دار النهضة العربية. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد. قم: مكتبة المفید. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- شوشتری، مهدی، حسین ناصری مقدم. «کارکرد مقاصد شریعت در توسعه و تعمیق فقه امامیه»، پژوهش نامه امامیه. دوره ۱، ش ۱، شهریور ۱۳۹۴، ص ۹۹ تا ۱۱۴.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- صافی، لطف الله. جامع الأحکام. قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی. چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- طائی، سرمد. «مقاربات فی الاجتهاد و مقاصد الشریعة عند الشیخ محمد مهدی شمس الدین»، مجلة الحیاة الطیبة. دوره ۵، ش ۱۱، سال ۱۳۸۲، ص ۲۶۹ تا ۳۰۲.
- طباطبایی، سید محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: اعلمی. چاپ سوم، ۱۳۵۲.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد. المعجم الكبير. قاهره: ابن تیمیة. چاپ دوم، بی تا.
- طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- طحاوی، احمد بن محمد. شرح مشکل الآثار. بیروت: الرسالة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- طحاوی، احمد بن محمد. شرح معانی الآثار. بیروت: عالم الكتب. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.

- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- عطیه، جمال الدین. نحو تفعيل مقاصد الشريعة. دمشق: دار الفكر. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- علامه حلّی. حسن بن یوسف. قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. تحرير الأحکام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسة امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. مختلف الشيعة في احکام الشريعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ دوم، ۱۳۷۴.
- علی دوست، ابوالقاسم. «فقه و مقاصد شریعت»، فقه اهل بیت. ش ۴۱، بهار ۱۳۸۴، ۱۱۸ تا ۱۵۸.
- غزالی، محمد بن محمد. المستصفی من علم الأصول. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- غزالی، محمد بن محمد. شفاء الغلیل فی بیان الشبه و المخیل و مسالک التعلیل. بغداد: مطبع الارشاد. ۱۳۹۰ق.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد. القواعد الفقهیة. قم: مرکز فقهی ائمة اطهار (ع). چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد. آیین کیفری اسلام. قم: مرکز فقهی ائمة اطهار (ع). چاپ اول، ۱۳۹۰.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد. جامع المسائل. قم: امیر قلم. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی (ره). چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- لجنة فقه المعاصر. الفائق فی الاصول. قم: مرکز مدیریت حوزه های علمیة. چاپ هفتم، ۱۴۴۲ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. ترتیب کتاب العین. قم: دار الهجرة. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. القاموس المحيط. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- فیض، علیرضا. آراء فقهی ملا محسن فیض کاشانی. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری. چاپ اول، ۱۳۹۵.
- فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الرضی. بی تا.
- قزوینی، علی بن اسماعیل. رسالة في العدالة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر. نجف: الذخائر. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. قم: مؤسسة علمی فرهنگی دار الحديث. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- مالک بن انس. الموطأ (رواية الشيباني). قاهره: جمهورية مصر العربية وزارة الاوقاف المجلس الاعلى للشئون الاسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر الاخبار الاثمة الاطهار. بیروت: دار إحياء التراث

العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۳۸۴.

محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مطبوعات دینی. چاپ ششم، ۱۳۷۶.
محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
مصطفوی، سید محمد کاظم. القواعد مائة قاعدة فقهية معناه و مدرک و مورد. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ چهارم، ۱۴۲۱ق.

مظـاهـری، حـسـین. درس خارج کتاب النکاح. 91/06/27،
<http://eshia.ir/feqh/archive/text/mazaheri/feqh/91/910627>

مغنیه، محمدجواد. التفسیر الکاشف. ایران: دار الکتاب الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
مغنیه، محمدجواد. الفقه علی المذاهب الخمسة. بیروت: دار التیار الجدید. چاپ دهم، ۱۴۲۱ق.
مغنیه، محمدجواد. فقه الإمام جعفر الصادق. قم: انصاریان. چاپ دوم، ۱۳۷۹.
مکارم شیرازی، ناصر. استفتانات. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
منتظری، حسینعلی. دراسات في المكاسب المحرمة. قم: تفکر. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
موسوی خلخالی، محمد مهدی. حاکمیت در اسلام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۰.
موسوی خلخالی، محمد مهدی. فقه الشيعة؛ الخمس. قم: دار البشیر. چاپ اول، ۱۳۸۵.
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحكمة في الاصول. چاپ حجرى، بی تا.
نبویان، سید محمود. فلسفه حق، تاریخچه و مفهوم حق. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره). ۱۳۹۰.
نجار، عبدالمجید. مقاصد الشریعة بابعاد جدیدة. بیروت: دار الغرب الاسلامی. چاپ دوم، ۲۰۰۸م.
نراقی، احمد بن محمد مهدی. عوائد الايام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۵.
نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشيعة في أحكام الشريعة. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
نعمان، جغیم. طرق الكشف عن مقاصد الشارع. اردن: دار النفائس. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
هاشمی شاهرودی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۳۸۲ق.
یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. حاشية المكاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق.

یوبی، محمدمسعود. مقاصد الشریعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية. ریاض: دار الهجرة. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm. Translated by Husayn Anṣārīyān. Qum: Usvah, 2004/1383.

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī, Taqī ibn Najm. *al-Kāfi fi al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Muʾminīn(AS) al-ʿĀmah. Chāp-i Awwal, s.d.

Abū Naʿīm. Aḥmad ibn ʿAbd Allāh. *Maʿrifat al-Ṣaḥābah*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Abū Yaʿlā, Aḥmad ibn ʿAlī. *Musnad Abī Yaʿlā al-Mawṣilī*. Beirut: Dār al-Maʾmūn, Chāp-i Duwvum, 1990/1410.

ʿAlidūst, Abū al-Qāsim. "Fiqh va Maqāṣid Shariʿat". *Fiqh Ahl-i Bayt*. No. 41 (spring 2005/1384): 118-158.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Ahkām al-ʾImān*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shiʿa fi Ahkām al-Shariʿa*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwvum, 1996/1374.

Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawāʾid al-Ahkām*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Shariyyah ʿalā Mazhab al-Imāmiyya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Āmidī, ʿAlī ibn Muḥammad. *al-Ahkām fi Uṣūl al-Ahkām*. Beirut: al-Maktab al-Islāmī, s.d.

Anṣārī, Muḥammad ʿAlī. *Mawsūʿa al-Fiqhiyya al-Muyassara wa Yalīhā al-Mulḥaq al-Uṣūlī*. Qum: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

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

Arākī, Muḥammad ʿAlī. *Kitāb-i al-Bayʿ*. Qum: Ismāʿīliyyān, Chāp-i Awwal. 1995/1415.

ʿAtīyah, Jamāl al-Dīn. *Naḥw Tafʿīl Maqāṣid al-Shariʿa*. Dimashq: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 2004/1424.

Bahjat, Muḥammad Taqī. *Istiftāʾāt*. Qum: Daftar Ḥazrat Āyat Allāh al-ʿUzmā Bahjat, Chāp-i Awwal, 2007/1386.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *al-Ḥadāʾiq al-Nādira fi Ahkām al-ʾItra al-Tāhira*. Qum: Muʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1363.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Husayn. *al-Sunan al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya. Chāp-i Sivum,

2003/1424.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *al-Sunan al-Ṣaḡhīr*. Karachi: Dār al-Aqṣā. Chāp-i Awwal, s.d.

Bazzāz, Aḥmad ibn ‘Umar. *Musnad al-Bazzāz*. Madīnih: Maktaba al-‘Ulum wa al-Ḥikam. Chāp-i Aval, 2009/1430.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā‘id al-Fiqhiya*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1377.

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. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ Fawā‘id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā‘id*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Tartīb Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Dār al-Hijrat, Chāp-i Duwwum, 1989/1409.

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fi Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li-l-Rāfi‘i*. Qum: Dār al-Raḍī, s.d.

Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imah Aṭḥār(AS). Chāp-i Duwwum, 2005/1383.

Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Jāmi‘ al-Masā’il*. Qum: Amīr Qalam, Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Fāzil Muwaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Āyīn Kayfārī Islām*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imah Aṭḥār (AS). Chāp-i Awwal, 2012/1390.

Firūzābādī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. Beirut: Dār Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *Maḥāṭib al-Sharā‘i*. Tehran: Madrisah-yi ‘Āli Shayīd Muṭaharī, Chāp-i Awwal, 2017/1395.

Fiyḍ, ‘Alī Rizā. *Ārā’ Fiqhī Mulā Muḥsin Fiyḍ Kāshānī*. Tehran: Madrisah-yi ‘Āli Shayīd Muṭaharī, Chāp-i Awwal, 2009/1387.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Beirut: Dār Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Shiḥā’ al-Ghalīl fi Bayān al-Shabah wa al-Mukhīl wa Masālik al-Ta’līl*. Baghdād: Maṭba‘a al-Irshād. 1970/1390.

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

- Hujat Kuhkamari, Muhammad. *Kitāb-i al-Bayʿ*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.
- Hurr ʿĀmilī, Muhammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasāʾil al-Shrīʿa ilā Tahṣīl Masāʾil al-Sharīʿa*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyāʾ al-Tūrāth. Chāp-i Sivum, 1995/1416.
- Husaynī Sistānī, ʿAlī. *al-Rāfid fī ʿIlm al-Uṣūl*. Bi Qalam Munir Sayyid ʿAdnān Qatīfī, Qum: Maktab Āyat Allāh al-ʿUzmā Sayyid Sistānī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- Husaynī Ḥāʾirī, Kāzim. *Fiqh al-ʿUqūd*. Qum: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 2007/1428.
- Husaynī ʿUbaydīlī, Sayyid ʿAmīd al-Dīn ʿAbd al-Muṭalib. *Kanz al-Fawāʾid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʾid*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1416.
- Husaynī, Sayyid Muhammad. *al-Ijtihād wa al-Hayāt*. Qum: al-Ghadīr li-l-Dirāsāt, s.d.
- Ibn Abī Jumhūr. Muhammad ibn ʿAlī. *ʿAwālī al-Laʾālī al-ʿAzīziyah fī al-Aḥādīth al-Dīniyah*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.
- Ibn ʿĀshūr, Muhammad Ṭāhir. *Maqāṣid al-Sharīʿa al-Islāmiyya*. Urdun: Dār al-Nafāʾis. Chāp-i Duwwum, 2000/1421.
- Ibn Bābawayh, Muhammad ibn ʿAlī. *al-Muqniʿ*. Qum: Payām Imām Ḥādī(AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Ibn Fahd Hillī, Aḥmad ibn Muhammad. *al-Muqtaṣar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Mashhad: Āstānīh al-Raḍāwiya al-Muqadasah Majmaʿ Buḥūth al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1991/369.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Muʿjam Maqāyīs al-Lughā*. Qum: Maktab al-ʿIlm al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Ibn Ḥanbal, Aḥmad ibn Muhammad. *Musnad Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Awwal, 1996/1416.
- Ibn Ḥibbān, Muhammad ibn Ḥibbān. *al-Ṣaḥīḥ Ibn Ḥibbān*. Beirut: al-Risāla. Chāp-i Duwwum, 1993/1414.
- Ibn Idrīs, Muhammad ibn Aḥmad. *Mawsūʿat Ibn Idrīs al-Ḥilī*. researched by Muhammad Maḥdī Sayyid Ḥasan Mūsawī Kharsān, Qum: Dalīl-i Mā. Chāp-i Awwal, 2009/1387.
- Ibn Jamīʿ Ṣaydāwī, Muhammad ibn Aḥmad. *Muʿjam al-Shuyūkh*. Beirut: al-Risālah, Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Ibn Junayd Iskāfī, Muhammad ibn Aḥmad. *Majmūʿah Fatāwā Ibn al-Junayd*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Ibn Mājih, Muhammad ibn Yazīd. *Sunan Ibn Mājih*. Beirut: Dār al-Jīl, Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, s.d.

Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abī Bakr. *I‘lām al-Muwaqqi‘īn ‘an Rabb al-‘Ā lamīn*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Ibn Shu‘bah, Ḥasan ibn ‘Alī. *Tuḥaf al-‘Uqūl ‘an Āl al-Rasūl (pbuh)*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1985/1363.

Ibn Taymiyya, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *Al-Siyāsah al-Shar‘īyah fī Iṣlāḥ al-Rā‘ī wa al-Ra‘īyah*. Beirut: Dar al-Ma‘rifā, Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ Tāj al-Lughah*. Beirut: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Sivum, 1984/1404.

Jazāyri, Muḥammad Ja‘far. *Muntahā al-Dirāyah fī Tawḍīḥ al-Kifāya*. Qum: Dār al-Kitāb, Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Kāshif al-Ghiṭā’, Ja‘far ibn Khaḍir. *Sharḥ al-Shaykh Ja‘far alā Qawā‘id al-‘Allāma ibn al-Muṭahhar*. Najaf: . al-Dhakhā‘ir, Chāp-i Awwal, 2000/1420.

Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-‘Ilm Āyat Allāh al-‘Uzmā Khū‘ī. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Āyin Inqilāb Islāmī*. Tehran: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

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

Khuwānsārī Najafī, Mūsā. *Munya al-Ṭālib fī Shrh al-Makāsib*. Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiya, Chāp-i Awwal, 1954/1373.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Qum: Mū‘assisah-yi ‘Ilmī Farhangī Dār al-Ḥadīth. Chāp-i Awwal, 2009/1387.

Lajnat Fiqh al-Mu‘āṣir. *al-Fā‘iq fī Uṣūl*. Qum: Markaz-i Mudīriyat-i Ḥawzah-hā-yi ‘Ilmiyya. Chāp-i Haftum, 2020/1442.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li-Durar Akhbār A‘imma al-Athār*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Duvvum, 1983/1403.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwūm, 2007/1428.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Istiftā‘āt*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwūm,

2006/1427.

Mālik ibn Anas. *al-Muwattaʿ (al-Riwāya al-Shaybānī)*. Cairo: Jumhūrīya Miṣr al-ʿArabīya Wizārat-i al-Awqāf al-Majlis al-Aʿlā li-l-Shuʿūn al-Islāmīya. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Mazāhirī, Husayn. *Dars Khārij Kitāb-i al-Nikāḥ*. 2012/09/17; 1391/06/27.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl*. Chāp Hajarī. S.d.
Mūʾassisah Dāyrah al-Maʿārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). *Mawsūʿat al-Fiqh al-Islāmī Tībqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mūʾassisa Dāyrah al-Maʿārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Mughniyah, Muḥammad Javād. *Al-Fiqh ʿalā al-Madhāhib al-Khamsah*. Beirut: Dār al-Tiyār al-Jadīd. Chāp-i Dahum, 2000/1421.

Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām Jaʿfar al-Ṣādiq*. Qum: Anṣāriyān. Chāp-i Duvvum, 2001/1379.

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

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawāʿid Fiqh (Bakhsh-i Madanī-Mālikīyat va Masʿūliyat)*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlum Islāmī. Chāp-i Davāzdahum. 2005/1384.

Muḥaqqiq Ḥillī. Jaʿfar ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ fi Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Maṭbūʿāt Dīniya, Chāp-i Shishum, 1998/1376.

Muḥaqqiq Karakī, ʿAlī ibn Husayn. *Jāmiʿ al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawāʿid*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyāʾ al-Tūrāth. Chāp-i Duwwum, 1994/1414.

Muntazirī, Husayn ʿAlī. *Dirāsāt fi al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Tafakur. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

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

Musawī Khalkhālī, Muḥammad Mahdī. *Fiqh al-Shiʿa: Kitāb; al-Khums*. Qum: Dār al-Bashīr. Chāp-i Awwal, 1966/1385.

Musawī Khalkhālī, Muḥammad Mahdī. *Ḥākimiyyat dar Islām*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 2002/1380.

Muṣṭafavī, Sayyid Muḥammad Kāzim. *al-Qawāʿid Miʾat Qāʿidah Fiqhiyah Maʿnī wa Madrikan wa Mawridan*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Chāhārum. 2000/1421.

Nabawīyān, Sayyid Maḥmūd. *Falsafih Haq, Tārikhchih va Mathūm Haq*. Qum: Qum: Mūʾassisah-yi Āmūzish va Pazhūhish Imām Khumaynī, 2012/1390.

Najār, ‘Abd al-Majīd. *Maqāṣid al-Sharī‘at bi-Ab‘ād Jadīdah*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī, Chāp-i Duwwum, 2008/1429.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *‘Awā‘id al-Ayām*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1997/1375.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi‘a fi Ahkām al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Nu‘mān, Jughaym. *Turuq al-Kashf ‘an Maqāṣid al-Shārī‘*. Urdun: Dār al-Nafā‘is. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
Pūrsīdqi, Rizā; Faṭimah Qarīb Bulūk. "Ta‘thīr Ḥaraj Istiqbālī dar Rāfi‘iyat Ḥukm". *Mabānī Fiqhī Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 17, no. 2 autumn and winter 2024/1403.

Qazwīnī, ‘Alī Ismā‘īl. *Risālah fi al-‘Adālah*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Raysūnī, Aḥmad. *Nazarīya al-Maqāṣid ‘inda al-Imām al-Shāṭibī*. S.I. al-Ma‘had al-‘Ālimī li-l-Fikr al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Sabzawārī, Sayyid ‘Abd al-A‘lā. *al-Muḥadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Sayyid ‘Abd al-A‘lā Sabzawārī, Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Šafī, Luṭf Allāh. *Jāmi‘ al-Aḥkām*. Qum: Daftar Tanzīm va Nashr-i Āsar-i Āyat Allāh al-‘Uzmā Šafī Gulpāygānī Chāp-i Chāhārum, 2007/1385.

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

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā‘id wa al-Fawā‘id*. Qum: Maktaba Mufīd. S.d.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiya fi Sharḥ al-Lum‘a al-Dimashqīya*. Qum: Dāwarī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

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

Shalabī, Muḥammad Muṣṭafā. *Ta‘līl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-Nahḍa al-‘Arabiya. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. *al-Muwāfaqāt*. ‘Arabistān: Dār Ibn ‘Afān, Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Shubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra‘ypardāz. Chāp-i Awwal, 2003/1382.

Shushtarī, Mahdī; Ḥusayn Nāṣirīmuqadam. "Kārkird Maqāṣid Sharī‘at dar Tūsi‘ih va Ta‘mīq Fiqh Imāmīyah". *Pazhūhishnāmah-yi Imāmīyah*. Durīh-yi 1, no. 1 (Shahrivar 2016/1394): 99-114.

Ṭabarānī, Sulaymān ibn Aḥmad. *al-Mu‘jam al-Kabīr*. Chāp-i Duwwum, Cairo: Ibn Taymiyyah, s.d.

- Ṭabarsī, Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Dār al-Ma'rifa. Chāp-i Duvum, 1988/1408.
- Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ Masā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fi Tafsīr al-Qurān*. Beirut: A'lamī, Chāp-i Sivum, 1973/1352.
- Ṭahāwī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Sharḥ Ma'ānī al-Āthār*. Beirut: 'Ālim al-Kutub, Chāp-i Awwal, 1993/1414.
- Ṭahāwī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Sharḥ Mushkil al-Āthār*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Awwal, 1994/1415.
- Ṭāṭ, Sarmad. "Muqāribāt fi al-Ijtihād wa Maqāsid al-Sharī'at 'Ind al-Shaykh Muḥammad Mahdī Shams al-Dīn". *Majalla al-Ḥayāt al-Ṭayibah*. Durīh-yi 5, no. 11 (2004/1382): 269-302.
- Taskhīrī, Muḥammad 'Alī. "Fiqh Maqāsidī va Hujjiyat ān bā Niqāh bi Shīvīh-yi Shahīd Ṣadr". *Andīshih Taqrīb*. Durīh-yi 5, no. 18 (spring 2010/1388): 11-44.
- Tirmidhī, Muḥammad ibn 'Isā. *Sunan al-Tirmidhī*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fi mā Ikhtalafa min al-Akḥbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1985/1363.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya fi Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī. Chāp-i Duvum, 1980/1400.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām fi Sharḥ al-Muqni'a*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1986/1365.
- Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Qum: Ismā'īliyyān, Chāp-i Chāhārum, 1990/1410.
- Yūbī, Muḥammad Sa'd. *Maqāsid al-Sharī'at al-Islāmiyya wa 'Alāqatuhā bi-al-Adalda Shar'iyyah*. Riyāḍ: Dār al-Hijrat, Chāp-i Awwal, 1994/1414.



Re-examining the Jurisprudential and Legal Foundations of Immediacy and Deferral in Exercising the Option of Rescission of Marriage (Article 1131 of the Civil Code)

Dr. Mahdi Miri , Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Dr. Farzaneh Karami (Corresponding Author) , Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Email: f_karami91@yahoo.com

Dr. Gholamreza Yazdani , Associate Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Abstract

The immediacy of the option of rescission in the marriage contract is accepted by the majority of *Imāmi* jurists and the majority position among *Sunni* jurists. However, some later jurists have inclined toward deferral (*tarākhi*). Using a descriptive-analytical methodology, this study proposes a new approach to the question of immediacy and deferral in exercising the option to rescind a marriage, one that is responsive to contemporary standards. Under this approach, the holder of the option may rescind the marriage contract after a delay where justified grounds exist, provided that the relevant conditions and safeguards are observed. These include the existence of justified reasons for delay, the absence of a negative effect of delay on the rights of the husband and wife, and the absence of unacceptable delay. These conditions and regulations include the existence of justified reasons for delay, the absence of a negative effect of delay on the rights of the husband and wife, and the absence of unacceptable delay. To establish the permissibility of deferral several foundations have been considered, including the rationale behind legislating the option of rescission, reference to the will of the holder of the option, the inherent requirements of the marriage contract, the strengthening of the family system, the harmful consequences of accepting the immediacy approach, and the interpretation of the traditions of the *'Ahl al-Bayt* (peace be upon them). In light of these considerations, adopting the approach of deferral in protecting the rights of the injured party can be used as one of the legal and *Shari'a*-based solutions for resolving marital problems in cases where rescission of the marriage contract is necessary, provided that the desirable conditions and regulations are observed.

Keywords: immediacy of the option, deferral in the option, rescission of the marriage contract, strengthening of the family system.





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۸ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۵ - تابستان ۱۴۰۵، ص ۲۵۹ - ۲۳۹

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۱

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.83850.1624>

نوع مقاله: پژوهشی

بازپژوهی مبانی فقهی - حقوقی فوریت و تراخی در اعمالِ خيار فسخ نکاح (ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی)

دکتر مهدی میری^۱

استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

دکتر فرزانه کرمی (نویسنده مسئول)^۲

استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: f_karami91@yahoo.com

دکتر غلامرضا یزدانی^۳

دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

چکیده

فوریت خيار فسخ در عقد نکاح، مورد پذیرش اکثر فقهای امامیه و مشهور اهل سنت است. در این میان برخی از متأخران به تراخی تمایل یافته‌اند. در این پژوهش، با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی، نگرشی جدید و منطبق با معیارهای امروزی در مورد فوریت و تراخی در اعمال خيار فسخ نکاح ارائه شده است؛ براساس این نگرش، ذوالخيار حق دارد در صورت وجود دلایل موجه، عقد نکاح را با تراخی فسخ کند. در این صورت، صاحب خيار باید به شروط و ضوابط لازم برای تراخی در فسخ عقد نکاح توجه کند. این شروط و ضوابط شامل وجود دلایل موجه تأخیر، عدم تأثیر منفی تأخیر بر حقوق زن و شوهر و عدم تأخیر غیرقابل قبول است. برای اثبات جواز تراخی به مبانی چند شامل: حکمت تشريع خيار فسخ، رجوع به اراده ذوالخيار، اقتضای ذات عقد نکاح و استحکام نظام خانواده، آثار و تبعات زیان‌بار پذیرش نگرش فوریت و تفسیر روایات اهل بیت (ع) توجه شده است. باتوجه به این موارد، پذیرش نگرش تراخی در حفظ حقوق زیان‌دیده، به شرط رعایت ضوابط و شروط مطلوب، می‌تواند به عنوان یکی از راه‌حل‌های قانونی و شرعی برای حل مشکلات زندگی زناشویی در مواردی که فسخ نکاح ضروری است، مورد استفاده قرار گیرد.

واژگان کلیدی: فوریت خيار، تراخی در خيار، فسخ عقد نکاح، استحکام نظام خانواده.

مقدمه

مطابق ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی خیار فسخ در عقد نکاح فوریت دارد و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود، البته مشروط به اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. مسئله فوریت خیار فسخ در عقد نکاح که توسط قانونگذار تصریح شده است مورد پذیرش اکثر فقهای امامیه^۱ و حقوق‌دانان^۲ و مشهور اهل سنت^۳ قرار دارد. در مقابل، برخی از فقهای متأخر به تراخی تمایل دارند.^۴

این پژوهش در پی آن است که با تأمل و بررسی، نگاه مشهور را نقد و بررسی کند و صحت و سقم آن‌ها را مورد واکاوی قرار دهد. براین اساس، این پژوهش با تکیه بر روش تحلیلی توصیفی نگرشی جدید و منطبق با معیارهای امروزی ارائه شده تا بتواند پاسخ‌گوی نیازها و اقتضانات زندگی امروزی باشد و به عنوان راه حل قانونی و شرعی برای حل مشکلات زندگی زناشویی در مواردی که فسخ نکاح ضروری است، استفاده شود. علاوه بر اینکه وجود پیشینه‌ای با این نگاه برای این موضوع یافت نشد.

۱. دیدگاه فقهای امامیه

تبع در متون فقهی امامیه، وجود دو نگرش عمده را در این موضوع نشان می‌دهد:

۱.۱. فوریت خیار فسخ

نگرش فوریت خیار فسخ در عقد نکاح تقریباً مورد قبول اکثر فقهای امامیه است.^۵

۱. طوسی، المبسوط، ۲۵۳/۴؛ ابن حمزه، الوسيلة، ۳۱۲؛ محقق حلی، شرایع، ۲۶۴/۲؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۱۸۷/۱؛ حلی، الجامع للشرائع، ۴۶۳؛ علامه حلی، قواعد، ۶۷/۳؛ علامه حلی، تحریر، ۵۳۸/۳؛ علامه حلی، ارشاد، ۲۹/۲؛ علامه حلی، تبصره، ۱۴۰؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۹۲/۵؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ۱۲۶/۸؛ محقق سبزواری، کفایة الأحکام، ۲۰۴/۲؛ طباطبایی کربلایی، ریاض المسائل، ۴۶۲/۱۱؛ کاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ۱۸۷؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۳۴۳/۳۰؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ۷۴۴؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۲۹۳/۲؛ خمینی، زیدة الاحکام، ۲۰۵؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲۳/۲۵؛ گلپایگانی، هداية العباد، ۳۵۵/۲؛ فاضل موحدي لنكراني، تفصيل الشريعة، ۳۹۶؛ خویی، موسوعه، ۱۲۲/۳۳؛ سیستانی، منهاج، ۸۵/۳؛ قمی، منهاج، ۵۲۰/۲.

۲. امامی، حقوق مدنی، ۴۷۳/۴.

۳. نووی، تکملة المجموع، ۱۳۴/۱۲؛ ابن‌همام، فتح القدیر، ۴۸۸/۱۴؛ ابن‌عابدین، رد المحتار، ۴۷/۵؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱۰۹/۴.

۴. قمی، فقه الصادق علیه السلام، ۸۸/۲۲؛ تبریزی، منهاج الصالحین، ۳۵۱/۲؛ خویی، منهاج، ۲۷۸/۲؛ حکیم، منهاج، ۳۹/۳؛ وحید خراسانی، منهاج، ۳۱۶/۳؛ فیاض، منهاج، ۵۳/۳.

۵. طوسی، المبسوط، ۲۵۳/۴؛ ابن حمزه، الوسيلة، ۳۱۲؛ محقق حلی، شرایع، ۲۶۴/۲؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۱۸۷/۱؛ حلی، الجامع للشرائع، ۴۶۳؛ علامه حلی، قواعد، ۶۷/۳؛ علامه حلی، تحریر، ۵۳۸/۳؛ علامه حلی، ارشاد، ۲۹/۲؛ علامه حلی، تبصره، ۱۴۰؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۹۲/۵؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ۱۲۶/۸؛ محقق سبزواری، کفایة الأحکام، ۲۰۴/۲؛ حائری، ریاض المسائل، ۴۶۲/۱۱؛ کاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ۱۸۷؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۳۴۳/۳۰؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ۷۴۴؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۲۹۳/۲؛ خمینی، زیدة الاحکام، ۲۰۵؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲۳/۲۵؛ گلپایگانی، هداية العباد، ۳۵۵/۲؛ فاضل موحدي لنكراني، تفصيل الشريعة، ۳۹۶؛ خویی، موسوعه، ۱۲۲/۳۳؛ سیستانی، منهاج، ۸۵/۳؛ قمی، منهاج، ۵۲۰/۲.

۱.۱.۱. تبیین دلایل

ادله و مبانی این نگرش در ذیل بررسی و تحلیل می‌شود:

- ا. اجماع نخستین دلیل پذیرش این نگرش در میان فقهای امامیه است. با این بیان که، بسیاری از فقهای امامیه در تعلیل بر فتوای خود، اجماع و عدم‌خلاف را به‌عنوان مستند بیان کرده‌اند.^۶
- ب. خلاف اصل بودن خيار فسخ: به‌عقیده این دسته از فقها خيار فسخ برخلاف اصل است؛ چراکه اصل در معاملات (معاملات بالمعنی الاعم) لزوم است. باید در این مورد تفسیر مضیق کرد؛ یعنی قدرمتیق این است که به مقدار ضرورت با اصل مزبور مخالفت کرد. حد نهایی قدرمتیق در مخالفت با اصاله اللزوم این است که قائل به فوریت اعمال خيار توسط ذوالخيار شد.^۷
- ج. براساس نگرش مزبور، جعل خيار ازسوی شارع با هدف دفع ضرر از شخص متضرر صورت گرفته است. بدین معنا که، هرگاه ذوالخيار آگاه شود طرف مقابل دارای عیوبی است که ادامه زندگی مشترک را برای او با دشواری‌های جدی و زیان همراه می‌سازد، حق دارد از خيار فسخ نکاح استفاده کند. از منظر این دیدگاه، تحقق این هدف با پذیرش فوریت در اعمال خيار تأمین می‌شود و نیازی به پذیرش جواز تأخیر در اعمال آن نیست؛ زیرا تأخیر با فلسفه تشریع خيار، یعنی دفع ضرر سازگار نخواهد بود. ازاین‌رو، برای تضمین حق ذوالخيار و پیشگیری از ضرری که شریعت از آن نهی کرده است، قائلان این نظریه فوریت خيار را پذیرفته‌اند.^۸

۱.۱.۲. تحلیل و بررسی دلایل

در تحلیل دلایل مذکور بیان می‌شود که علی‌رغم اینکه بسیاری از فقها اجماع را پذیرفته و با تکیه بر آن فتوا به فوریت اعمال خيار فسخ داده‌اند، اما در واقع حجیت چنین اجماعی محل تردید و اشکال است؛ چراکه احتمال مدرکی بودن آن می‌رود^۹ و مطابق نظر مشهور اصولیان متأخر اجماع مدرکی از اعتبار ساقط

۶. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۹۲/۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲۶/۸؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ۲۴۹/۱۳، عاملی، نهاية المرام، ۳۳۸/۱؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۳۰۹/۲، محقق سبزواری، کفایة الأحکام، ۲۰۴/۲؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۷۲/۷؛ بحرانی، الحدائق، ۳۷۲/۲۴؛ صاحب‌الجواهر، جواهر، ۳۴۳/۳۰؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲۳/۲۵؛ محقق داماد، حقوق خانواده، ۳۷۵.

۷. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۳۳/۵؛ محقق داماد، حقوق خانواده، ۳۷۵؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲۳/۲۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۹۲/۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲۶/۸؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۳۰۹/۲؛ صاحب‌الجواهر، جواهر، ۳۴۳/۳۰.

۸. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲۶/۸؛ بحرانی، الحدائق، ۳۷۲/۲۴؛ صاحب‌الجواهر، جواهر، ۳۴۳/۳۰؛ محقق داماد، حقوق خانواده، ۳۷۵؛ قمی، فقه الصادق علیه السلام، ۸۸/۲۲.

۹. اجماع مدرکی یعنی: «اتفاق نظر فقها باوجود دلیل قابل استناد در مسئله اجماع مدرکی، مقابل اجماع تعبدی می‌باشد و عبارت است از اتفاق علما در مسئله‌ای که در مورد آن دلیل یا اصلی وجود دارد و علم یا احتمال آن هست که اتفاق‌کنندگان به آن دلیل یا اصل به عنوان مدرک نظر خود استناد نموده باشند. اجماع مدرکی فاقد اعتبار و ارزش است، زیرا حجیت آن بستگی به اعتبار مدرک آن دارد؛ یعنی باید به اصل مدرک و مستند حکم مراجعه کرد و درصورت اعتبار مدرک، براساس آن عمل نمود.» مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۹۵.

است و حجیتی ندارد.^{۱۰} افزون بر این، از آنجاکه فقهای امامیه اجماع را به عنوان منبعی مستقل محسوب نمی کنند و صرفاً برای آن نقش کاشفیت از قول معصوم قائل هستند؛ در فرضی که اجماع هر چند محتملاً مستند به دلایل لفظی باشد آن را رد کرده و برای آن حجیتی قائل نیستند، زیرا اتفاق نظر علما از نظر شیعه به خودی خود مصداق اجماع نیست، مگر اینکه قطعاً کاشف از قول معصوم (ع) باشد.^{۱۱} بنابراین اجماع ادعاشده در مسئله مورد بحث، اجماع محتمل المدرك است که حجیتی ندارد و نمی تواند دلیلی بر اثبات مدعای این نگرش باشد.

دلیل دوم نیز مناقشه پذیر است، زیرا تمسک به اصل در فرضی است که دلیلی در دسترس نباشد، درحالی که در بحث ما روایات متعددی وجود دارد که به اطلاق می توان برای جواز تراخی تمسک جست. کلمه «ترد»^{۱۲} در روایات اطلاق دارد و اطلاق آن می تواند دلالت بر جواز تراخی کند، از این رو حمل روایات مزبور بر فوریت صحیح نیست و در نتیجه، تمسک به اصل در مقابل این اطلاق (دلیل) امکان پذیر نیست.^{۱۳}

در تحلیل دلیل سوم بیان می شود که روایات مربوط به حق خیار فسخ، نسبت به فوریت و تراخی اطلاق دارند و مقید به فوریت نشده اند. بنابراین دفع ضرر، حکمت جعل خیار است، نه علت؛ یعنی علت تامه جعل خیار، دفع ضرر نیست؛ بلکه امکان دارد جعل خیار به اهداف دیگری از سوی شارع صورت گرفته باشد. بر فرض که ضرر علت تامه باشد، صرفاً گذشت یک روز و عدم اعمال خیار از سوی ذوالخیار موجب انتفای ضرر نمی شود؛ بلکه ضرر هنوز باقی است. برای مثال، در فرضی که ذوالخیار تصمیم دارد در این مورد با فردی مشورت یا در موردش فکر کند و سپس تصمیم بگیرد، در این صورت هنوز ضرر به قوت خود باقی است و مندفع نمی شود. از این رو، مسئله فوری بودن اعمال خیار نمی تواند راه حل مناسبی برای این امر باشد.^{۱۴}

۲.۱. جواز تراخی خیار فسخ

برخی دیگر از فقها معتقد به تراخی در اعمال خیار فسخ هستند. این گروه از فقها اعتقاد دارند که ظاهر

۱۰. میرزای قمی، قوانین الاصول، ۴۳۲/۲، ۴۶۲؛ حسینی میلانی، تحقیق الاصول، ۱۶/۵؛ فاضل موحیدی لنگرانی، دراسات فی الاصول، ۲۷۲/۳؛ حکیم، القواعد العامة، ۲۴۶؛ روحانی، منتقى الاصول، ۴۳۸/۴؛ نائینی، اجود التفریبات، ۹۹ تا ۹۸/۲؛ خویی، دراسات فی علم الاصول، ۱۳۸/۳؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۱۷۳/۱.

۱۱. محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۰۲/۲.

۱۲. «...عن عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن ابی عبدالله (ع) قال: المرأة تردّ من أربعة اشیاء من البرص والجذام والجنون والقرن...» حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰۷/۲۱.

۱۳. قمی، فقه الصادق علیه السلام، ۸۸/۲۲.

۱۴. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۳۳/۵.

نصوص دلالت دارد که در فرض وجود عیبی که مجوز فسخ نکاح است خیار ثابت است و اعمال آن مقید به زمان خاصی نیست.^{۱۵} طبق این نگرش، زمان اعمال خیار برای فسخ نکاح باید باتوجه به شرایط فردی و اجتماعی ذوالخیار تعیین شود.

۱.۲.۱. تبیین دلایل

بر نگرش جواز تراخی خیار فسخ دلایل ذیل ارائه شده است:

أ. استصحاب: نخستین مبنای این دسته از فقهاست که در صورتی که زوج یا زوجه در اعمال خیار تأخیر کنند، شک حاصل می شود که آیا حق خیار ساقط شده است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا اعمال خیار در زمان تعیین شده صورت گرفته است یا نه؟ در صورتی که شک وجود داشته باشد و قطعیتی درباره سقوط خیار نباشد، براساس اصل استصحاب، حق خیار باقی است و اعمال خیار می تواند در زمان بعدی نیز انجام شود.

ب. اطلاق برخی روایات: دومین دلیل بر اثبات این نگرش، اطلاعات برخی روایات^{۱۶} است که کلمه «ترّد» در روایات مطلق است و فوریت را از آن نمی توان برداشت کرد؛ چراکه شخص امکان دارد راجع به موضوع مدتی فکر کند و فوری اعمال خیار نکند.^{۱۷}

ج. روایات: روایات خاصی در این باره وارد شده و در برخی روایات بیان شده است که «مادامی که دخول حاصل نشده، خیار باقی است»، از جمله:

از ابی عبدالله (ع) روایت شده که فرمودند: «در چهار صورت (نکاح) زوجه رد (فسخ) می شود: برص، جذام، جنون و قرن و این در صورتی است که زوجین با هم هم بستر نشده باشند و اگر با زوجه هم بستر شده باشد، حق رد ندارد.»^{۱۸}

ب. از امام علی (ع) در خصوص مردی که با زنی ازدواج کرده و بعد متوجه می شود که وی برص یا جذام دارد، سؤال پرسیده شد. حضرت فرمودند: «اگر (شوهر) با وی هم بستر نشده باشد و وی از بیماری بی اطلاع باشد، در این صورت اگر خواست می تواند طلاق دهد و اگر خواست می تواند زوجه را نگه دارد و

۱۵. قمی، فقه الصادق علیه السلام، ۸۸/۲۲؛ تبریزی، منهاج الصالحین، ۳۵۱/۲؛ خویی، منهاج، ۲۷۸/۲؛ حکیم، منهاج، ۳۹/۳؛ وحید خراسانی، منهاج، ۳۱۶/۳؛ فیاض، منهاج، ۵۳/۳.

۱۶. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجُبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الْمَرْأَةُ تَرُدُّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ - مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْقَرْنِ وَهُوَ الْعَقْلُ - مَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا فَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا فَلَا. هَمَّجَنِينَ فِي رِوَايَتِي دِيْكَر... وَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: تَرُدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ - وَأَمَّا مَا يَسُؤِي ذَلِكَ فَلَا. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰۷/۲۱.

۱۷. قمی، فقه الصادق علیه السلام، ۸۸/۲۲.

۱۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰۷/۲۱. «عن ابی عبدالله (ع) قال: المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العقل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا.»

به زوجه مهریه تعلق نخواهد گرفت و اگر با زن هم‌بستر شده باشد، وی زوجه اوست.^{۱۹} این روایات علاوه بر اعتبار سندی بیان می‌کنند در صورتی که زوج یا زوجه هنوز به صورت جنسی با یکدیگر دخول نکرده باشند، حق خیار باقی است و می‌توان در زمان بعدی آن را اعمال کرد.

۱.۲.۲. تحلیل و بررسی دلایل

در تحلیل دلایل مذکور بیان شده است که در فرض شک میان بقای حکم مخصّص و بقای عموم عام، تمسک به جریان استصحاب حکم مخصّص می‌شود.^{۲۰} برای مثال مولا می‌گوید: «اکرم العلماء» روز شنبه زید را استثنا می‌کند و روز یکشنبه شک می‌شود که آیا هنوز زید استثناست یا خیر؟ در فرض مزبور استصحاب حکم مخصّص بر عموم عام مقدم می‌شود، مگر اینکه عمومیت عام ازمانی باشد، مانند اینکه بگوید: «اکرم العلماء کل یوم» که اگر زید یک روز خارج شود تمسک به عموم عام می‌شود. در فرض مسئله مذکور عمومیت عام ازمانی نیست، بلکه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و اگر توسط خیار تخصیص خورد، استصحاب حکم مخصّص جاری و خیار با تراخی اعمال می‌شود. حال اگر شخصی استصحاب را در شبهات حکمیه حجت بداند، می‌تواند به این دلیل تمسک جوید، ولی در نقطه مقابل اگر قائل به حجیت استصحاب در شبهات حکمیه نباشیم، چون تمام روایات استصحاب در شبهات موضوعیه است، این دلیل کارایی ندارد.^{۲۱} نسبت به روایات خاصه‌ای هم که در این مسئله وارد شده است سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه مشهور فقها این دو روایت را با عنایت به اعتبار سند و دلالتشان مورد اعراض قرار داده و به آن در فتوای خود توجهی نکرده‌اند.

۲. دیدگاه فقه‌های عامه

تبع در کتب فقهی اهل سنت نیز وجود نگرش‌های متعددی در این باره را نشان می‌دهد: برخی از مذاهب اهل سنت مانند شافعی‌ها اعمال خیار عیب را فوری می‌دانند.^{۲۲} در مقابل، حنابله اعتقاد به جواز تراخی در اعمال خیار دارند. از این رو، مطابق نگرش حنابله تا زمانی که چیزی که دلالت بر اسقاط حق خیار نداشته باشد از سوی ذوالخیار ابراز نشود، خیار مزبور باقی است. این ابراز می‌تواند صریحاً صورت گیرد؛ مانند اینکه بعد از اطلاع از عیب بگوید به عیب مزبور راضی و مایل به ادامه زندگی هستم یا از افعال ذوالخیار رضایت به عیب برداشت شود؛ یعنی بعد از اطلاع بر عیب طرف مقابل

۱۹. طوسی، التهذیب، ۴۲۶/۷؛ طوسی، الاستبصار، ۲۴۷/۳؛ نوادر احمدین محمدبن عیسی، ۶۵؛ حر عاملی، الوسائل، ۲۱۰/۲۱؛ «عن علی (ع) فی رجل تزوّج امرأه فوجدها برصاً أو جذماً قال: إن کان لم یدخل بها ولم یتبین له فإن شاء طلق وإن شاء أمسک ولا صداق لها وإذا دخل بها فهي امرأتها».

۲۰. انصاری، فرائد، ۲۷۵ تا ۲۷۴/۳.

۲۱. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۳۴ تا ۱۳۳/۵.

۲۲. ابواسحاق شیرازی، المذهب، ۴۵۰/۲؛ نووی، روضة الطالبین، ۱۸۰/۷؛ شربینی، مغنی المحتاج، ۳۴۳/۴.

درحالی که حق فسخ دارد اقدام به استمتاع از زوج و تمکین زوجه کند.^{۲۳} البته برخی دیگر از حنابله نگرش فوریت را نیز مدّ نظر قرار داده اند.^{۲۴} فقهای حنفی معتقدند در فرض معیوب بودن مرد، اِعمال خیار ازسوی زوجه فوری نیست و می تواند با تأخیر همراه شود.^{۲۵} فقهای مالکی نیز اعتقادی به فوریت در خیار ندارند، بلکه قائل به جواز تراخی هستند. از نگاه ایشان تا زمانی که ذوالخیار تصریح به اسقاط نکرده یا عملی را که دلالت بر اسقاط کند انجام ندهد، خیار باقی است.^{۲۶}

تبع در متون فقهی اهل سنت وجود سه دیدگاه را در این باره نشان می دهد:

دیدگاه نخست: فوریت خیار عیب است؛ یعنی پس از آگاهی از عیب، مبادرت به اِعمال خیار فوری است، وگرنه حق خیار ساقط می شود. مقصود از فوریت، یعنی زمانی که عرفاً و به حسب عادت امکان فسخ برای خریدار وجود دارد. از این رو، اگر شخص هنگام عقد یا پس از آن نسبت به عیب آگاهی یابد ولی آن را فسخ نکند، ضرر آن بر عهده خودش است و حق رجوع به ارش را نخواهد داشت. این دیدگاه را می توان مورد پذیرش شافعی و احمدبن حنبل دانست. همچنان که حنفیه نگه داشتن کالای معیوب را پس از اطلاع بر عیب درحالی که قدرت بر اِعمال خیار دارد را موجب رضایت به عقد و مسقط خیار و ارش می دانند.^{۲۷} موافق این دیدگاه اگر شخص در تأخیرش عذر عدم علم به فوریت خیار را بیاورد از او پذیرفته می شود، ولی در فرض تقصیر در تأخیر اِعمال خیار، همچنان که به سبب تقصیر حق رد او از بین می رود، حق مطالبه ارش نیز نخواهد داشت.^{۲۸}

دیدگاه دوم: این نگرش قائل به جواز تأخیر در اِعمال خیار عیب است. موافق این رویکرد، تا زمانی که دلیلی بر رضایت شخص به عیب کالا وجود نداشته باشد حق اِعمال خیار را دارد و حق فسخ وی ساقط نمی شود. نگرش مزبور مورد پذیرش حنفیه و حنابله قرار گرفته است. از نگاه ایشان تشریع خیار به دلیل دفع ضرر قطعی و مسلّم بوده است، از این رو مانند قصاص می تواند با تأخیر، اجرایی شود و صرف تأخیر ازسوی ذوالخیار نمی تواند دلیلی بر رضایت به عیب کالا و سقوط خیار تلقی شود.^{۲۹}

دیدگاه سوم: مدت اِعمال خیار عیب یک یا دو روز باشد؛ خریدار باید در مدت یک یا دو روز اِعمال خیار کند. تفاوت بین یک یا دو روز در لزوم سوگند خریدار بر عدم رضایت به معامله هنگام اِعمال خیار و

۲۳. زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ۷/۵۴؛ ابن قدامة، الشرح الكبير، ۷/۵۸۱؛ ابن قدامة، المغنی، ۷/۱۸۸؛ بهوتی، كشف القناع، ۵/۱۱۲.

۲۴. مرداوی مقدسی، الإصناف، ۸/۱۴۸.

۲۵. ابن همام، فتح الغدير، ۹/۲۳۰.

۲۶. ابن شاش، عقد الجواهر، ۲/۴۶۱.

۲۷. نووی، تكملة المجموع، ۱۲/۱۳۴؛ ابن همام، فتح القدير، ۱۴/۴۸۸؛ ابن عابدين، رد المختار، ۵/۴۷؛ ابن قدامة، المغنی، ۴/۱۰۹.

۲۸. نووی، تكملة المجموع، ۱۲/۱۳۷ تا ۱۳۹، شریینی، مغنی المحتاج، ۲/۵۶، ازهری، شرح المنهج بحاشية الجمل، ۳/۱۴۱.

۲۹. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۰/۱۲۸ تا ۱۲۹.

رد کالای معیوب است. با این توضیح که، اگر مبیع معیوب را در یک روز یا کم‌تر به مالک قبلی مسترد کند؛ یعنی اعمال خیار در این بازه زمانی صورت گیرد، نیازی به سوگند مبنی بر اینکه علت تأخیر رضایت به معامله نبوده، نیست. در غیر این صورت، در فرضی که کالای معیوب را به سبب اعمال خیار در بازه دو روز مسترد کند باید هنگام استرداد مبیع معیوب سوگند بخورد؛ مبنی بر اینکه تأخیر دو روزه در اعمال خیار به دلیل رضایت به کالای معیوب و عقد نبوده است. مستند این دیدگاه همانند دیدگاه قبل است که اعمال حق الخیار را مانند حق قصاص با تراخی جایز می‌دانند، مگر اینکه دیدگاه سوم اعتقاد دارد گذشت یک یا دو روز از اطلاع بر عیب و عدم اعمال خیار توسط خریدار دلالت بر رضایت بر بیع و سقوط خیار دارد.^{۳۰}

۳. بررسی دیدگاه‌های موجود در حقوق ایران

۳.۱. موضع قانون مدنی و نگرش حقوق دانان

راجع به فوریت خیار فسخ، ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی تصریح می‌کند که خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند؛ خیار او ساقط می‌شود، به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

مطابق ماده، فوریت داشتن خیار فسخ مشروط به علم شخص به حق فسخ خود و فوریت آن است. اینکه شخص ادعای جهل کند به نظر برخی مسموع است، اما مدعی جهل باید آن را اثبات کند؛ چراکه ادعای وی خلاف اماره قانونی است که همگان را مطلع و آگاه از قوانین فرض می‌کند.^{۳۱} وجود این ماده مفید این معناست که دارنده حق فسخ باید در کوتاه‌ترین مدتی که عرفاً می‌تواند حق فسخ خود را اعمال کند اراده خود را نسبت به فسخ نکاح اعلام کند؛ چراکه خیار فسخ برای رفع ضرر همسری است که این حق به او تعلق گرفته است. تشخیص مدت زمان استفاده از خیار با عرف است. اگر دارنده حق فسخ پس از اطلاع از علت فسخ (تدلیس یا عیب) آن را فوری اعمال کند خیارش ساقط می‌شود، منوط به اینکه به حق فسخ و فوریت آن علم داشته باشد. از این رو، در فرض جهل به حق فسخ و فوریت یا یکی از این دو، حق خیار باقی است.^{۳۲} قانونگذار فرض می‌کند که اگر شخصی آگاه از علت فسخ و حکم قانون (در باب حق برهم‌زدن نکاح و فوریت آن) باشد و با این وصف رابطه زناشویی خود را باقی گذارد، به اختیار از حق خویش صرف نظر کرده و مبنای این فرض قانونی جلوگیری از ضرر همسر و متزلزل ماندن نکاح است. به

۳۰. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۲۹/۲۰.

۳۱. کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱۱۶.

۳۲. طاهری، حقوق مدنی، ۲۴۵/۳؛ محقق داماد، حقوق خانواده، ۳۷۴.

همین دلیل با اینکه خیار تخلف از شرط در سایر معاملات فوری نیست، اما قانون مدنی آن را در ردیف خیار عیب و تدلیس فوری تلقی کرده است.^{۳۳} برخی از حقوق دانان در تحلیل این ماده معتقدند اعطای حق خیار در موارد عیوب و تدلیس به یکی از زوجین برای جبران زیان روحی یا جسمی یا حیثیتی است که از باقی بودن نکاح متحمل می شود. براین اساس، برای زیان مزبور کافی است مدت زمان معینی فرصت داد که امکان فسخ نکاح را داشته باشد و فوریت مزبور عرفی است. اعطای مدتی بیش از این مدت مزبور در فسخ نکاح سبب تضرر طرف مقابل می شود و وی را با وضعیتی غیرقابل پیش بینی و متزلزل روبه رو خواهد ساخت. ماده مذکور اگرچه به طور مطلق قائل به فوری بودن خیار فسخ است، اما با توجه به احکام خیارات در بیع مشخص می شود که در خیار شرط، فوریت شرط نیست و مشروطه هر زمان بخواید امکان فسخ عقد را دارد و تأخیر آن موجب سقوط حق خیار او نمی شود. مقصود از فوریت مدتی است که از نگاه عرف لازم است برای آنکه بتواند دارنده حق خیار نکاح را فسخ کند. این است که ذیل ماده بالا بیان می شود «... تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.»^{۳۴}

۲.۳. رویه قضایی

بررسی رویه قضایی نیز نشانگر فوریت حق فسخ نکاح در محاکم و دادگاه ها است که به عنوان نمونه به سه رأی دادگاه های حقوقی و دیوان عالی کشور اشاره می شود:

رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۶۰۹ در تاریخ ۱۳۹۲/۰۴/۱۶ دادگاه بر این عقیده است که با توجه به فوری بودن خیار فسخ نکاح به علت تدلیس، گذشت مدت زمان قابل توجه از لحظه اطلاع از آن، به طوری که در نظر عرف موجب از بین رفتن قید فوریت شود، از موجبات رد دعوی فسخ نکاح خواهد بود. در رأی دادگاه بدوی^{۳۵} آمده است: «... نظر به آنکه اعمال خیار فسخ فوری است و صاحب آن مکلف است فوراً و پس از اطلاع از آن، خیار فسخ خود را اعمال نماید و قانونگذار تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم می باشد را به نظر عرف و عادت گذاشته و در نظر عرف نیز استفاده از حق خیار فسخ، ۶ سال بعد از علم به آن فوریت ندارد. در نتیجه، دادگاه دعوی را از این حیث محرز ندانسته و مستنداً به ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی حکم بر بطلان آن صادر و اعلام می دارد.»

این رأی در دادگاه تجدیدنظر تأیید شده است.^{۳۶}

مشابه این رویکرد را در آرای دیگری می توان یافت. در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۳۴۲ در ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۳۴۲

۳۳. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ۲۹۴/۱.

۳۴. امامی، حقوق مدنی، ۴۷۳/۴.

۳۵. (دسترسى در ۴۰۲/۵/۳۰) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4688>.

۳۶. (دسترسى در ۴۰۲/۵/۳۰) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4688>.

تاریخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۹ دیوان عالی کشور ضمن بررسی نحوه محاسبه فوریت خیار فسخ نکاح در فرض تردید، فوریت فسخ نکاح را مفروض می‌داند.^{۳۷}

در بخشی از رأی دیوان به این مسئله اشاره شده است: «... باتوجه به اینکه زوج در پاسخ به سؤال دادگاه در جلسه ۹۲/۱۰/۳ در خصوص عدم اقدام به فسخ اظهار داشت چون قرار شد توافقی نمایم ولی خواننده قبول نکرده، خود حکایت از این معنا دارد که به زوجه اعلام فسخ گردیده النهایه مورد موافقت وی برای جداشدن و انحلال عقد نکاح حاصل نشده نظر به اینکه گرچه استفاده خیار فسخ حسب مدلول ماده ۴۱۵ قانون مدنی فوری می‌باشد و فرجام خواه از این فوریت استفاده کرده و فاصله زمانی استفاده از خیار حسب اظهار به زوجه اعمال گردیده، در فرض تردید حتی فاصله زمانی تاریخ ازدواج و تاریخ تقدیم دادخواست هم فاصله زمانی غیرعرفی تلقی نمی‌شود. ضمن اینکه خواهان در صورت جلسه دادگاه اعلام داشته از فوریت حق فسخ علم نداشته است. لذا حسب مدلول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در این صورت هم فاصله غیرعرفی مذکور در ماده ۴۱۵ قانون مدنی از حیث عدم استفاده به جهت علم به فوریت حق فسخ مؤثر در طرح دعوی پس از علم به فوریت حق فسخ نمی‌باشد، مضافاً اینکه اگر چنانچه زوج از فوریت خیار استفاده نکرده باشد و خارج از موعد عرفی مبادرت به طرح دعوی اعلام فسخ نموده باشد، ورود در ماهیت مواجه با اشکال قانونی است...»^{۳۸}

فوریت حق فسخ نکاح را در رأی دیگری که توسط شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور صادر شده است می‌توان مشاهده کرد. دیوان در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۳۶ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۱/۳۱ نسبت به تأثیر عدم آگاهی از فوریت خیار فسخ نکاح بیان می‌دارد: در صورتی که زوج بر فوریت خیار فسخ نکاح مطلع نباشد، این حق را دارد که پس از اطلاع، عقد نکاح را فسخ نماید.^{۳۹}

۳۷. (دسترسى در ۴۰۲/۵/۳۰) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/22349>

۳۸. (دسترسى در ۴۰۲/۵/۳۰) <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/22349>

۳۹. رأی خلاصه جریان پرونده:

خواهان زوج آقای م. الف. ۳۲ ساله شغل آزاد مقیم تهران با وکالت خانم ح. س. فرزند ع. طی دادخواست تقدیمی به دادگستری بابلسر پیوست سند ازدواج به طرفیت خواننده همسرش خانم س. ن. فرزند ع. ۳۱ ساله خانه دار مقیم بابلسر تقاضای فسخ نکاح نموده است و وکیل خواهان توضیح داده که موکلش در تاریخ ۸۴/۹/۲۴ خواننده را به عقد ازدواج دائم خود درآورده و قرار بوده بعد از پایان تحصیلات و یافتن شغل مناسب مراسم عروسی برگزار نمایند لیکن موکل فعلاً اعلام می‌دارد خواننده از برپایی مراسم ازدواج طفره می‌رود و تمایل به زناشویی ندارد. زوج متوجه شده زوجه دارای قرن می‌باشد و قادر به عمل زناشویی نمی‌باشد و هنوز دوشیزه است و از طرفی خواننده در دادگاه بابل مهریه خود را مطالبه و چون اقرار به دوشیزه بودنش نموده لذا دادگاه وی را به پرداخت نصف مهریه محکوم نموده است و موکل نسبت به آن واخواهی نموده است و هم‌زمان تقاضای فسخ نکاح نموده است، لذا خواهان ارجاع امر به پزشکی قانونی و تعیین تکلیف نهایی را نموده است و پزشکی قانونی اعلام داشته باتوجه به مسدود بودن ظاهری واژن نیاز به جراحی دارد و پرونده در شعبه اول دادگاه حقوقی بابلسر مطرح و در جلسه دادگاه وکیل خواهان اظهار داشته خواسته به شرح دادخواست می‌باشد مبنی بر فسخ نکاح به دلیل بیماری قرن زوجه و خواننده اظهار داشته من مشکل دارم من دخترم یک سال قبل از عقد نامزد بوده ام ایشان اطلاع داشته من بیماری قرن دارم ولی این مشکل قابل حل است رفتم پیش دکتر خانم... ایشان نیز تأیید کرد و گفت قابل درمان است و وکیل زوجه نیز اظهار داشته اولاً شهود داریم که زوج قبل از عقد مطلع بوده است که موکل بیماری قرن دارد (دادگاه اظهارات شهود را استماع نموده است) و ثانیاً هفت سال است که عقد کرده اند و با اینکه خیار فسخ فوری است در این مدت فسخ نکرده است و ثالثاً بیماری موکل لاعلاج

در بخشی از این رأی آمده است: «... دفاع خوانده آن است که خیار فسخ فوری است و خواهان بعد از ۷ سال اقدام به فسخ کرده است و باتوجه به اینکه تاکنون عملاً زندگی مشترک آغاز نشده است، لذا از عیب مطلع نشده و بر فرض اطلاع از عیب، علم وی به فوریت فسخ محرز نیست، لذا دعوی خواهان را وارد دانسته و حکم به فسخ نکاح صادر کرده است...»^{۴۰}

۴. دیدگاه مختار

بررسی‌ها نشان از وجود دیدگاه‌های متعددی در میان فقهای اسلامی و حقوق ایران داشت. پس از تحلیل و بررسی هرکدام از نگرش‌ها این پژوهش بر این باور است که نگرش تراخی می‌تواند به نحو بهتری حقوق زیان‌دیده را تأمین کند. البته این جواز تراخی مطلق نیست و مقید به رعایت ضوابط و شروطی ازسوی ذوالخیار است. این ضوابط و شروط را باید در داشتن عذر موجه و دلیل منطقی برای تأخیر خلاصه کرد. برای نمونه، در صورت برخورد هرکدام از زوجین با عیوب مجوز فسخ، اگر ذوالخیار تأخیر در فسخ را به سبب مشورت با پزشک متخصص یا بزرگ‌تر و افراد صاحب‌نظر به تأخیر اندازد یا نیاز به تأمل و تحقیق داشته باشد، این تأخیر منطقی است. اما در فرضی که شخص بدون دلیل منطقی اعمال خیار را به تأخیر اندازد باید در بقای حق فسخ او تشکیک کرد؛ چراکه انسان عاقل در اعمال حق خود بدون دلیل منطقی و توجیه مناسب تأخیر روا نمی‌دارد؛ ازاین‌رو در انتخاب دیدگاه تراخی علاوه بر دلایل مذکور که در مستندات

نیست، قابل درمان است. وکیل زوج اظهار داشته که خواهان در این حد مطلع بوده که وی بچه‌دار نمی‌شود ولی اطلاع نداشته که قابل عمل زناشویی نمی‌باشد و دادگاه پس از تحقیقات انجام‌شده در دادنامه شماره ۰۰۸۴۹-۹۱/۷/۲۹ در خصوص دعوی آقای م. الف. با وکالت خانم ح. س. به طرفیت خانم س. ن. با وکالت آقای الف. ق. مبنی بر فسخ نکاح بعد از ذکر ملخص اظهارات طرفین نوشته دادگاه باتوجه به محتویات پرونده ازجمله اظهارات طرفین و وکلای آنان و گواهی گواهان اولاً عیب قرن‌زوجه قبل از عقد نکاح محرز و مسلم است و ثانیاً دفاع خوانده آن است که زوج مطلع بوده است. لیکن آنچه مسلم است زوج نسبت به نازایی اطلاع داشته ولیکن اطلاع وی از قرن محرز نیست؛ ثالثاً دفاع خوانده آن است که خیار فسخ فوری است و خواهان بعد از ۷ سال اقدام به فسخ کرده است و باتوجه به اینکه تاکنون عملاً زندگی مشترک آغاز نشده است، لذا از عیب مطلع نشده و بر فرض اطلاع از عیب علم وی به فوریت فسخ محرز نیست، لذا دعوی خواهان را وارد تشخیص و حکم به فسخ نکاح صادر نموده است که از ناحیه زوجیه خانم س. ن. با وکالت آقای الف. ق. مورد اعتراض و طی دادخواست تجدیدنظر تقدیمی تقاضای تجدیدنظر نموده است. لذا پرونده در شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران مطرح و در دادنامه شماره ۰۰۱۱۵۸-۹۱/۱۰/۲۱ رأی معترض‌عنه را صحیح دانسته و ضمن ردّ اعتراض دادنامه تجدیدنظر خواسته را تأیید نموده است. متعاقباً خانم س. ن. با وکالت الف. ق. نسبت به دادنامه دادگاه تجدیدنظر اعتراض و طی دادخواست فرجامی و لایحه پیوست فرجام‌خواهی نموده است، بدین جهت پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به این شعبه (۲۶ دیوان عالی کشور) ارجاع گردیده است.

۴۰. هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای رضا انصاری عضو ممیز و اوراق پرونده و دادنامه شماره ۰۰۱۱۵۵-۹۱/۱۰/۲۱ فرجام خواسته مشاوره نموده چنین رأی می‌دهد: باتوجه به محتویات پرونده در خصوص اعتراض و فرجام‌خواهی زوجیه خانم س. ن. با وکالت آقای الف. ق. به طرفیت فرجام خوانده شوهرش آقای م. الف. نسبت به دادنامه فوق صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران که در تأیید دادنامه شماره ۰۰۸۴۹-۹۱/۷/۲۹ شعبه اول دادگاه حقوقی بایلسر مبنی بر حکم نکاح به دلیل عیب قرن صادر گردیده است. نظر به اینکه دادنامه‌های صادره موجه و مستدل است و فرجام‌خواه برای ادعای خودش مبنی بر اینکه زوج با اطلاع از وجود قرن‌زوجه اقدام به ازدواج نموده است هیچ گونه دلیلی اقامه نکرده است و مستفاد از مدارک موجود و اظهارات طرفین آن است که زوج فرجام خوانده در حد نازایبودن زوجیه اطلاع حاصل نموده است، نه وجود قرن؛ لذا با فرجام‌خواهی موافقت نمی‌شود و ضمن ابرام دادنامه فرجام خواسته پرونده طبق ماده ۳۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی جهت اقدام مقتضی به دادگاه عودت داده می‌شود.

رئیس شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور - عضو معاون انصاری - ربانی‌نژاد

دیدگاه تراخی گذشت و پشتوانه اصلی دلایل ذیل نیز هست چندین مبنای دیگر را نیز می‌توان ذکر کرد:

۱. اولین مبنای پذیرش جواز تراخی در حکمت تشریع خیار فسخ یافت می‌شود. آنچه روایات معصومان بر آن دلالت دارد این است که جعل حق خیار برای دفع ضرر همسری شخصی است که دارای عیب است و این دفع ضرر با اعمال خیار صورت می‌گیرد اما در زمان حاضر که مسئله ازدواج به عنوان عقدی تشریفاتی و دارای مقدمات و ضوابطی است فسخ نکاح بدون تأمل و مشورت با مشاور و متخصص امری عاقلانه نیست؛ چراکه شخص در بسیاری از عیوب می‌تواند با مراجعه به پزشک نسبت به درمان آن در یک بازه زمانی مشخص اقدام کند. از این رو، قائل شدن به اعمال فوری حق فسخ با توجه به شرایط زمان حاضر چندان منطقی نیست، بلکه باید به شخص این فرصت را داد تا بتواند با پیگیری این امر و تفکر در آن بهترین تصمیم را اخذ کند.

۲. دومین مبنا رجوع به اراده ذوالخیار است؛ حال که حکمت جعل خیار، دفع ضرر است، یک مؤید می‌تواند در تکمیل مبنای جواز تراخی قابل اعتنا باشد. آن مؤید این است که بسیاری از زوجین امروزه علی‌رغم عیوبی که همسر آن‌ها دارد تمایل به ادامه زندگی مشترک خود دارند و هنگام مریضی یا عیبی صعب‌العلاج اولین راه‌حل را مسئله درمان همسر خود می‌دانند. از این رو، اراده ایشان عدم استفاده فوری از حق الخیار و استفاده از روش‌های درمانی برای حل این معضل است. فارغ از این مسئله که بسیاری با وجود عیب مجوز فسخ حاضر به ادامه زندگی هستند، تعدادی نیز که فسخ نکاح می‌کنند اگر به اراده قلبی ایشان رجوع شود فوریت در فسخ نکاح را نمی‌پذیرند؛ بلکه اراده خود را به داشتن فرصت برای پیگیری روند درمان و بهبود همسر خود تقاضا می‌کنند و اگر به او اعلام شود که باید فوراً اعمال خیار کند، وگرنه خیار وی ساقط می‌شود؛ این امر برای او منطقی نیست و نمی‌تواند برای رفع مشکلش کاربردی داشته باشد.

۳. اقتضای ذات عقد نکاح و استحکام نظام خانواده مبنای دیگر است. از آنجاکه شارع و قانونگذار به استحکام و عدم تزلزل نظام خانواده دقت دارند؛ اگر به صرف تحقق عیبی در همسر و بدون اینکه شخص در پی راه درمان و حل مشکل و عیب باشد قائل به فوریت فسخ شد و شخص در تنگنای تلاش برای بهبود همسر و فسخ نکاح باشد، در این صورت نکاح از استحکام و ثبات کافی برخوردار نخواهد بود. از این رو، در زمان حاضر نگرش فوریت نمی‌تواند حل مشکل کند، بلکه باید به شخص ذوالخیار فرصت تأمل و تلاش برای بهبود و درمان عیب را داد و او را به بهانه اینکه اگر فوراً اعمال خیار نکند دیگر حق فسخ ندارد ملزم به اژه‌م‌گسیختن زندگی خود نکنیم.

۴. آخرین مبنا در نوع تفسیر روایات اهل بیت (ع) دریافت می‌شود؛ همان‌گونه که گذشت روایات اهل بیت (ع) صراحتی در فوریت خیار فسخ نداشت. فقها با یک سری ضوابط غیرنقلی سعی در توجیه فوریت

خیار داشتند. این توجیهات که منتهی به تفسیر فوریت در کلام اهل بیت (ع) شد می‌تواند از ناحیه دیگری نیز صورت گیرد و آن رجوع به اهداف و اغراض تشریع احکام در اسلام است یا به تعبیری فلسفه احکام است؛ امری که می‌تواند در نوع تفسیر از سخنان شارع مقدس تأثیر بسزایی داشته باشد. برای مثال، در محل بحث، به‌رغم اینکه شارع نکاح را عقدی تشریفاتی و دارای بنیادهای مستحکم می‌داند و انحلال و انفساخ آن را جز در موارد محدودی نمی‌پذیرد، آیا شارع مقدس حتی در زمان تشریع احکام این مسئله مدّ نظرش نبوده است که فوریت بدون بررسی و تأمل لازم در اعمال خیار، اعتبار و ثبات نظام خانواده و زندگی چندین ساله زوجین و فرزندان ایشان را نابود می‌سازد. از این‌رو بهتر است ذوالخیار در کنار داشتن این حق، از آن حق در شکلی منطقی و عقلانی استفاده کند، نه به‌صورت فوری و عجولانه. این پرسش موجب می‌شود کلام شارع به‌طوری توجیه شود که ظهور جواز تراخی از سخن امام (ع) اولویت بیشتری نسبت به فوریت داشته باشد.

باتوجه به این مبانی، پذیرش نگرش تراخی به‌عنوان یکی از گزینه‌های مطلوب در حفظ حقوق زیان‌دیده به شرط رعایت ضوابط و شروط مطلوب می‌تواند به‌عنوان یکی از راه‌حل‌های قانونی و شرعی برای حل مشکلات زندگی زناشویی در مواردی که فسخ نکاح ضروری است، مورد استفاده قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

باتوجه به بررسی‌های انجام‌شده، پژوهش حاضر به این نتیجه می‌رسد که در موارد زیان‌بار، نگرش تراخی به‌عنوان یکی از گزینه‌های مطلوب در حفظ حقوق زیان‌دیده می‌تواند مورد تأیید قرار گیرد. بااین حال، باید توجه داشت که این جواز تراخی باید با رعایت ضوابط و شروطی ازسوی ذوالخیار صورت گیرد. این ضوابط و شروط باید در داشتن عذر موجه و دلیل منطقی برای تأخیر خلاصه شوند و در غیر این صورت، تأخیر در فسخ عملی پذیرفتنی نیست.

در کنار دلایل منطقی که وجود دارد، پژوهش حاضر به مبانی دیگری نیز اشاره کرده است که می‌تواند در توجیه جواز تراخی تأثیرگذار باشد. این مبانی شامل حکمت تشریع خیار فسخ، رجوع به اراده ذوالخیار، اقتضای ذات عقد نکاح و استحکام نظام خانواده و آثار و تبعات زیان‌بار پذیرش نگرش فوریت است. همچنین پژوهش حاضر به اهمیت تفسیر روایات اهل بیت (ع) در این موضوع اشاره کرده است.

باتوجه به پژوهش حاضر و جواز تراخی در موارد زیان‌بار، پیشنهادات زیر می‌توانند به‌عنوان راه‌حلی برای حل مشکلات زندگی زناشویی در مواردی که فسخ نکاح ضروری است، مطرح شوند:

۱. ارائه آموزش‌های لازم به زوجین در خصوص شرایط و ضوابط لازم برای جواز تراخی در موارد

زیان بار؛

۲. توسعه مکانیزم‌هایی برای تسهیل فرایند تأخیر در فسخ با رعایت ضوابط و شروط مطلوب به منظور حفظ حقوق زیان دیده؛
۳. ارائه خدمات روان‌شناختی و مشاوره به زوجین در مواردی که ارتباط زناشویی آن‌ها به مشکل برخورد است؛
۴. ترویج فرهنگی و اصلاحی در جامعه به منظور تقویت نظام خانواده و پیشگیری از شکست ارتباطات زناشویی؛
۵. ارائه حمایت‌های لازم به زنان و مردان زیان دیده به منظور حفظ حقوق آن‌ها در فرایند تأخیر فسخ و جواز تراخی.

منابع

- آل کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. انوار الفقاهه: کتاب النکاح. نجف: کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. قم: سیدالشهداء العلمية. ۱۴۰۵ق.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم الدین محمد. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. بیروت: دار الغرب الإسلامی. ۱۴۲۳ق-۲۰۰۳م.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). ۱۴۰۸ق.
- ابن عابدین، محمد امین. رد المحتار على الدر المختار. بیروت: دار الفکر. چاپ دوم، ۱۴۱۲ق-۱۹۹۲م.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. الشرح الكبير على متن المقنع. بی‌جا: دار الكتاب العربی. بی‌تا.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. بی‌جا: مكتبة القاهرة. ۱۳۸۸ق.
- ابن همام، محمد بن عبدالواحد. فتح القدير. بی‌جا: بی‌تا.
- ابواسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی. المذهب فی فقه الإمام الشافعی. بی‌جا: دار الکتب العلمية.
- ازهری، سلیمان بن عمر العجلی. فتوحات الوهاب بتوضیح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشیه الجمل. بی‌جا: بی‌تا.
- اصفهانى، سید ابوالحسن. وسیلة النجاة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره. ۱۴۲۲ق.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیه. بی‌تا.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۰۵ق.
- بهوتی، منصور بن یونس. کشف القناع عن متن الإقناع. بی‌جا: بی‌تا.
- تبریزی، جواد بن علی. منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدي (عج). ۱۴۲۶ق.

- حسینی روحانی، صادق. منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- حسینی روحانی، صادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتب-مدرسه امام صادق(ع). ١٤١٢ق.
- حسینی میلانی، سیدعلی. تحقیق الأصول. قم: الحقائق. چاپ دوم، ١٤٢٨ق.
- حکیم، سیدمحمدتقی. القواعد العامة فی الفقه المقارن. تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية. المعاونة الثقافية، ١٤٢٩ق.
- خطیب شرینی، محمدبن احمد. مغنی المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بی‌جا: دار الکتب العلمیة. ١٤١٥ق-١٩٩٤م.
- خطیب شرینی، محمدبن احمد. مغنی المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بیروت-لبنان: دار المعرفة. بی‌تا.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. بی‌تا.
- خمینی، روح الله. زبدة الأحکام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی. ١٤٠٤ق.
- خویی، ابوالقاسم. دراسات في علم الأصول. به تقریر علی هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع). ١٤١٩ق.
- خویی، ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: مدينة العلم. چاپ بیست و هشتم، ١٤١٠ق.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار امام خوئی(ره). ١٤١٨ق.
- روحانی، محمد. منتقى الأصول. قم: دفتر آیت الله سیدمحمدحسینی روحانی. ١٤١٣ق.
- زحیلی، وهبة. الفقه الإسلامی وادلته. سوریه: دار الفكر. چاپ چهارم، بی‌تا.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار-دفتر حضرت آیت الله. چاپ چهارم، ١٤١٣ق.
- سیستانی، سیدعلی. منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی. چاپ پنجم، ١٤١٧ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. حاشیة کلانتر. قم: کتاب فروشی داوری، ١٤١٠ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة معارف اسلامی. ١٤١٣ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ١٤٠٤ق.
- طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ١٤١٨ق.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن. منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف. ١٤١٠ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: آل البیت(ع). ١٤١٨ق.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية. چاپ سوم، ١٣٨٧.

- علامہ حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحكام في معرفه الحلال و الحرام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۳ق.
- علامہ حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۰ق.
- علامہ حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمين في احكام الدين. تهران: مؤسسة چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي. ۱۴۱۱ق.
- علامہ حلی، حسن بن یوسف. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسة امام صادق (ع). ۱۴۲۰ق.
- فاضل موحدي لنكراني، محمد. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: النكاح. قم: مركز فقهی ائمة اطهار (ع). ۱۴۲۱ق.
- فاضل موحدي لنكراني، محمد. دراسات في الأصول. قم: مركز فقه ائمة اطهار (ع). ۱۴۳۰ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۶ق.
- فيض كاشاني، محمد بن شاه مرتضى. مفاتيح الشرائع. قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی (ره). بی تا.
- كاتوزيان، ناصر. حقوق مدنی: خانواده. تهران: شركت سهامی انتشار. چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- كابلی، محمد اسحاق. منهاج الصالحين. بی جا: بی نا. بی تا.
- گلپایگانی، سيد محمد رضا. هداية العباد. قم: دار القرآن الكريم. ۱۴۱۳ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرايع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعيليان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية. چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.
- محقق داماد، سيد مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده: نكاح و انحلال آن. قم: بی تا.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. كفاية الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۲۳ق.
- محقق كركی، علی بن حسين. جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- مرداوی مقدسی، علی بن سلیمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل. بيروت: دار إحياء التراث العربی. ۱۴۱۹ق.
- مركز اطلاعات و مدارك اسلامي، فرهنگ نامه اصول فقه. قم: بی نا. ۱۳۸۹.
- مكارم شیرازی، ناصر. كتاب النكاح. قم: مدرسة امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۴ق.
- موسوی عاملي، محمد بن علی. نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۱ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحكمة في الأصول. قم: إحياء الكتب الإسلامية. ۱۴۳۰ق.
- نائینی، محمد حسین. اجود التقريرات. قم: عرفان. ۱۳۵۲.
- نووی، یحیی بن شرف. تكملة المجموع شرح المذهب. بی جا: دار الفكر. بی تا.
- نووی، یحیی بن شرف. روضة الطالبين و عمدة المفتين المكتب الإسلامي. بيروت، دمشق، عمان: بی نا. ۱۴۱۲ق- ۱۹۹۱م.
- وحید خراسانی، حسین. منهاج الصالحين. قم: مدرسة امام باقر (ع). چاپ پنجم، ۱۴۲۸ق.

وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية-الكويت. الموسوعة الفقهية الكويتية. بی جا: دار السلاسل. ۱۴۲۷ق.
همدانی، رضابن محمد هادی. مصباح الفقيه. قم: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۴۱۶ق.

Transliterated Bibliography

- Abū Ishāq Shīrāzī, Ibrāhīm ibn ‘Alī. *al-Muhadhdhab fi Fiqh al-Imām al-Shafi’i*. S.l.: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah. S.d.
- Āl Kāshif al-Ghiṭā’, Ḥasan ibn Ja‘far. *Anwār al-Faqāhah: Kitāb al-Nikāḥ*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā’, 2001/1422.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Ahkām al-Īmān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1990/1410.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Ahkām fi Ma’rifā al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta’allimīn fi Ahkām al-Dīn*. Tehran: Mū’assisah-yi Chāp va Nashr Vābastih bi Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. 1991/1411.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Shar’iyya ‘alā Madhhab al-Imāmiyya*. Qum: Mū’assisah Imām Ṣādiq(AS), 2000/1420.
- Azhārī, Sulaymān ibn ‘Umar al-Ijīlī. *Futūḥāt al-Wahāb bi-Tawḍīḥ Sharḥ Manhaj al-Ṭulāb al-Ma’rūf bi Ḥāshiyah al-Jamal*. S.l. s.n. s.d.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā’iq al-Nādira fi Ahkām al-’Itira Ṭāhira*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1405.
- Buhūti, Manṣūr ibn Yūnus. *Kashshāf al-Qinā ‘an Matn al-Iqnā’*. s.l. s.n. s.d.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ‘an Qawā’id al-Ahkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1416.
- Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī, Muḥammad. *Dirāsāt fi al-Uṣūl*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A’imah al-Aṭḥār(AS), 2009/1430.
- Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī’a fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla; al-Nikāḥ*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A’imah al-Aṭḥār(AS), 2000/1421.
- Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍā. *Mafātīḥ Sharā’i’*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar’ashī Najafī. S.d.
- Gulpāyghānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. *Hidāya al-Ubād*. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm, 1993/1413.

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī. *al-Qawā'id al-'Āmah fi Al-Fiqh al-Muqārīn*. Tehran: Majma' al-'Ālamī li-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīyya, Mu'awiniya al-Thaqāfiya, 2008/1429.

Hamadānī, Riḏā ibn Muḥammad Ḥādī. *Miṣbāḥ al-Faqih*. Mū'assisa al-Ja'fariya li-Iḥyā' al-Tūrāth va Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1416.

Ḥusaynī Milānī, Sayyid 'Alī. *Tahqīq al-Uṣūl*. Qum: Ḥaqā'iq. Chāp-i Duwwum, 2007/1428.

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

Ḥusaynī Rūḥānī. Ṣādiq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. s.l. s.n. s.d.

Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Wasilah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. 1988/1408.

Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. S.l. Maktaba al-Qāhirah, 1969/1388.

Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Sharḥ al-Kabīr 'alā Matn al-Muqni'*. s.l. Dār al-Kitāb al-'Arabī, s.d.

Ibn 'Ābidīn, Muḥammad Amīn. *Rad al-Mukhtār'alā al-Dur al-Mukhtār*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Duwwum, 1992/1412.

Ibn Humām, Muḥammad ibn 'Abd al-Wāḥid. *Fath al-Qadīr*. s.l. s.n.s.d.

Ibn Sa'īd, Yaḥyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-l-Sharāy'*. Qum: Sayyid al-Shuhadā 'Ilmiyyah, 1985/1405.

Ibn Shās, 'Abd Allāh ibn Najm al-Dīn Muḥammad. *'Iqd al-Jawāhir al-Thamanīyah fi Mazhab Ālam al-Madaniya*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī. 2003/1423.

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Ḥuqūq Madanī*. Tehran: Islāmī. s.d.

Isfahānī, Sayyid Abū al-Ḥasan. *Wasīlah al-Najāt*. Qum: Mū'assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī, 2001/1422.

Kābulī, Muḥammad Ishāq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. s.l. s.n. s.d.

Kātūziyān, Nāṣir. *Ḥuqūq-i Madanī: Khānivādih*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār. Chāp-i Haftum, 2007/1385.

Khaṭīb Shirbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'rifa Ma'ānī Alfāz Minhāj*. S.l. Kutub 'Ilmiyyah, 1994/1415.

Khaṭīb Shirbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'rifa Ma'ānī al-Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār al-Ma'rifa, s.d.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Dirāsāt fi 'Ilm al-Uṣūl*. Muqarr 'Alī Hāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-

- Ma'arif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 1998/1419.
- Khūṭ, Abū al-Qāsim. *Mawsū'a al-Imām al-Khūṭ*. Qum: Mū'assisa Ihyā' Āthār-i al-Imām al-Khūṭ. 1997/1418.
- Khūṭ, Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-ʿIlm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-ʿIlm. S.d.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Zubda al-Aḥkām*. Tehran: Sāzimān Tablīghāt Islāmī, 1984/1404.
- Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Kitāb-i al-Nikāḥ*. Qum: Madrisah-yi Imām 'Alī(AS). 2003/1424.
- Markaz-i Itilā'āt va Madārik-i Islāmī. *Farhangnāmah-yi Uṣūl Fiqh*. Qum: s.n, 2011/1389.
- Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fi al-Uṣūl*. Qum: Ihyā' al-Kutub al-ʿIlmiyya, 2009/1430.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Barrisi Fiqhi Huqūq Khānivādah: Nikāḥ va Inḥilāl ān*. Qum: s.d.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nafi' fi Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: Mū'assisa al-Maṭbū'āt al-Dīniyya, Chāp-i Shishum, 1997/1418.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharāy' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā'īliyyān. Chāp-i Duwwum, 1988/1408.
- Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi' al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawā'id*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1994/1414.
- Muḥaqqiq Sabzawārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu'min. *Kifāya al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 2002/1423.
- Murdāwī Maqdisī, 'Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fi Ma'rifa al-Rājiḥ min al-Khilāf 'alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: Dār Ihyā' al-Turāth al-ʿArabī, 1998/1419.
- Mūsawī 'Āmilī, Muḥammad ibn 'Alī. *Nihāya al-Marām fi Sharḥ Mukhtaṣar Sharā'i' al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1991/1411.
- Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: 'Irfān, 1973/1352.
- Nawawī, Yahyā ibn Sharaf al-Dīn. *al-Rawḍa al-Ṭālibīn wa 'Umda al-Muftin* al-Maktab al-Islāmī. Beirut, Dimash, 'Umān, s.n. 1991/1412.
- Nawawī, Yahyā ibn Sharaf. *Takmilat al-Majmū' Sharḥ al-Muhadhdhab*. S.l.: Dār al-Fikr. s.d.
- Rūḥānī, Muḥammad. *Muntaqā al-Uṣūl*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Ḥusaynī Rūḥānī. 1993/1413.

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

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

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Baḥīya fi Sharḥ al-Lum‘a al-Dimashqīya*. Ḥāshīyih Kalāntar, Qum: Kitābfurūshī Dāwarī., 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-Islāmiyya. 1993/1413.

Sistānī, Sayyid ‘Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Ḥaẓrat Āyat Allāh Sistānī, Chāp-i Panjum 1997/1417.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ta‘āruf. 1990/1410.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, ‘Alī ibn Muḥammad ‘Alī. *Riṣāḥ al-Masā’il fi Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā’il*. Qum: Āl al-Bayt, 1997/1418.

Tabrīzī, Javād ibn ‘Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Majm‘ al-Imām al-Mahdi, 2005/1426.

Ṭāhirī, Ḥabīb Allāh. *Huqūq-i Madanī*. Qum: Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1997/1418.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fi Uṣūl al-Fiqh*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-Ihyā‘ al-Āṣār al-Ja‘fariya. Chāp-i Sivum, 1967/1387.

Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madrisah-yi Imām Bāqir (AS). Chāp-i Panjum, 2007/1428.

Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shu‘ūn al-Islāmiyya-al-Kuwait. *Al-Mawsū‘a al-Fiqhiyah al-Kuwaitiya*. S.l: Dār al-Slāsīl, 2006/1427.

Zuhaylī, Wahbah. *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*. Dimashq: Dār al-Fikr, Chāp-i Chāhārum s.d.

Table of Contents

Assessing the Feasibility of Recognizing “Verbal Ta’zīr (ta’zīr-i guftārī)” as a Form of Ta’zīr in Imāmī Fiqh and Iranian Law	11
Dr. Mojtaba Javadi - Faramarz Fakhrema’ani	
An Analysis of the Punishment for Intermediary for adultery (Qiyāda) in Imāmī Jurisprudence, with a Critique of the Islamic Penal Code of 1392 AH (2013–2014 AD)	39
Dr. Abolghasem Hoseini Zeidi - Dr. Reza Hagh Panah - Habib Yusufvand - Mohammad Hossein Golyari	
A Deliberation on the Non-Applicability of the Traditions Regarding Earning Wealth to Students of Religious Teachings	61
Dr. Mostafa Dehghan	
Assessing the Evidentiary Value of Films and Photographs in Proving Illicit Relationships(A Critique of the Judgment of Branch 24 of the Supreme Court)	83
Dr. Javad Soltani Fard -Seyyed Omid Mousavi	
Assessing the Feasibility of Referring Compliance-Based Emulation in Acting (Tazāḥum) to the Conflict of Proofs	107
Amir Hosein Ghazanfari	
Establishing Circumstances Favorable to the Accused from the Perspective of Imāmī Jurisprudence and Its Application to Iranian Law	133
Dr. Abdollah Gholami - Seyyed Javan Ehsani - Mohammad Ali Shahrabadi	
A Deliberation on the Blood Money (diyah) for Internal Organs and the Approach of Imāmī Jurists Toward it	155
Dr. Mohammad Ferdosi Poor - Dr. Hossein Ahmari	
The Applicability of the Principle of Non-forgiveness of a Muslim's Blood to Benevolent Acts (fi'l-i muḥsinānih) Resulting in Death (With a Critique of Article 509 of the Islamic Penal Code)	183
Seyyed Hosein Ghandili - Dr. Alireza Abedi Sarasia - Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan	
A Critique of Fayz Kāshānī's Viewpoint on the Prohibition of Ḥaqq al-Mārrah, with Emphasis on the Objectives of Sharī'a	207
Mohammad Sadegh Motaghipisheh - Dr. Hossein Saberi - Dr. Hossein Naseri Moghaddam	
Re-examining the Jurisprudential and Legal Foundations of Immediacy and Deferral in Exercising the Option of Rescission of Marriage (Article 1131 of the Civil Code)	239
Dr. Mahdi Miri - Dr. Farzaneh Karami - Dr. Gholamreza Yazdani	



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 58, No. 2: Issue 145, Summer 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

English Text Editor: Dr.Boshra AbdeKhodaei

Editor: Sayeda Marzieh Khaleghi Miran

Transliterator: Maryam Oraee

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

In the Name of Allah



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHAHAD

Journal of Fiqh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

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

Vol. 58, No. 2: Issue 145, Summer 2026

Contents

Assessing the Feasibility of Recognizing “Verbal Ta‘zīr (ta‘zīr-i guftārī)” as a Form of Ta‘zīr in Imāmī Fiqh and Iranian Law

Dr. Mojtaba Javadi- Faramarz Fakhrema‘ani

An Analysis of the Punishment for Intermediary for adultery (Qiyāda) in Imāmī Jurisprudence, with a Critique of the Islamic Penal Code of 1392 AH (2013–2014 AD)

Dr. Abolghasem Hoseini Zeidi - Dr. Reza Hagh Panah - Habib Yusufvand - Mohammad Hossein Golyari

A Deliberation on the Non-Applicability of the Traditions Regarding Earning Wealth to Students of Religious Teachings

Dr. Mostafa Dehghan

Assessing the Evidentiary Value of Films and Photographs in Proving Illicit Relationships (A Critique of the Judgment of Branch 24 of the Supreme Court)

Dr. Javad Soltani Fard -Seyyed Omid Mousavi

Assessing the Feasibility of Referring Compliance-Based Emulation in Acting (Tazāḥum) to the Conflict of Proofs

Amir Hosein Ghazanfari

Establishing Circumstances Favorable to the Accused from the Perspective of Imāmī Jurisprudence and Its Application to Iranian Law

Dr. Abdollah Gholami - Seyyed Javan Ehsani - Mohammad Ali Shahrabadi

A Deliberation on the Blood Money (diyah) for Internal Organs and the Approach of Imāmī Jurists Toward it

Dr. Mohammad Ferdosi Poor - Dr. Hossein Ahmari

The Applicability of the Principle of Non-forgiveness of a Muslim's Blood to Benevolent Acts (fi‘l-i muḥsinānih) Resulting in Death (With a Critique of Article 509 of the Islamic Penal Code)

Seyyed Hosein Ghandili - Dr. Alireza Abedi Sarasia - Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghabooli Dorafshan

A Critique of Fayz Kāshānī’s Viewpoint on the Prohibition of Ḥaqq al-Mārrah, with Emphasis on the Objectives of Sharī‘a

Mohammad Sadegh Motaghipisheh - Dr. Hossein Saberi - Dr. Hossein Naseri Moghaddam

Re-examining the Jurisprudential and Legal Foundations of Immediacy and Deferral in Exercising the Option of Rescission of Marriage (Article 1131 of the Civil Code)

Dr. Mahdi Miri - Dr. Farzaneh Karami - Dr. Gholamreza Yazdani