

پژوهشنامه ۲۲

فقه اجتماعی



دانشگاه امام صادق
دانشکده الهیات و معارف اسلامی و پژوهش

دو فصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»
سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲

کاوشی فقهی-تحلیلی بر گونه‌شناسی روش‌های اجتهاد در فقه امامیت (صص. ۲۵۳-۲۷۴)
ابوالقاسم علیدوست* و یاسین پورعلی

امکان‌سنجی تنظیم‌گری کیفری در تعزیرات از منظر فقه امامیه (صص. ۲۷۵-۳۱۰)
محمدرضاعبدیان* و غلامحسین الهام

فقه حکومتی و بسط گفتمان مقاومت فرهنگی (صص. ۳۱۱-۳۳۶)
عابدین مؤمنی و سیدحنیف رضازاده*

نگاهی نو به ماهیت فقهی رمزارها و معاملات آن (صص. ۳۳۷-۳۵۸)
سیدیوسف علوی و وثوقی و هادی غلامی*

واکاوی فقهی-حقوقی اعتیاد زوجین از منظر حقوق زناشویی (صص. ۳۵۹-۳۸۴)
علی‌مراد حیدری* و حسین جاور

مشروعیت «مالیات بر خانه‌های لوکس» از منظر فقه امامیه (صص. ۳۸۵-۴۰۶)
محمدجواد ولی‌زاده* و سیدامیراله حسینی

داوری جمعی و شورایی (صص. ۴۰۷-۴۳۲)
حسین هوشمند فیروزآبادی*، محمدجواد قاسمی زادگان و احمد احسانی‌فر

نقش فتوای اسهل در جایگاه فتوای معیار قانون‌گذاری (صص. ۴۳۳-۴۵۸)
محمد مهدی شریعتی‌نژاد* و اصغر آقامهدوی

کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر مردم (صص. ۴۵۹-۴۸۶)
مهدی منتظر قائم*

راه‌حل اختلاف مذهبی زوجین در سه طلاقه در یک مجلس (صص. ۴۸۷-۵۰۸)
زینب جنیدی مقدم، مهدی رهبر* و حامد رستمی نجف‌آبادی

تحلیل تطبیقی حکم نگاه به عضو جداشده از بدن نامحرم در فقه فریقین
(بررسی در مشاغل گریم، آرایشگری، کلینیک‌های زیبایی و...) (صص. ۵۰۹-۵۴۰)
علیرضا رستمی‌هرانی*، سید ضیاء‌الدین علیان‌سب و ابوالفضل اسماعیل‌پور

لزوم فقهی گذر از تک‌فرزندگی در پرتوی ضرورت افزایش جمعیت (صص. ۵۴۱-۵۶۸)
احمد صابری مجد و فرزانه کریمی*



دانشگاه امام صادق

دو فصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»

سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲



Imam Sadiq University
Faculty of Theology, Islamic Studies & Guidance

Bi-quarterly Scientific Journal of
"Research Letter of Social Jurisprudence"
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring & Summer 2023

Research Letter of 22

Social Jurisprudence

- A Jurisprudential and Analytical Research on the Typology of Ijtihad Methods in Security Jurisprudence (pp. 253-274)
Abolqasem Alidoost* and Yasin Pourali
- Feasibility of Criminal Regulation in Ta'zirat from Imamia Jurisprudence Point of View (pp. 275-310)
Mohammad Reza Abdian* and Gholamhossein Elham
- Government Jurisprudence and the Expansion of Cultural Resistance Discourse (pp. 311-336)
Abedin Momeni and Seyyed Hanif Rezazadeh*
- A New Look at the Jurisprudential Nature of Cryptocurrencies and their Trading (pp. 337-358)
Seyyed Yusof Alavi Vosoughi and Hadi Gholami*
- Analyzing the Legal and Jurisprudential Couples' Addiction from Marital Rights Point of View (pp. 359-384)
Alimorad Heydari* and Hossein javar
- The Legitimacy of Tax on Luxury Houses According to Imamia Jurisprudence (pp. 385-406)
Mohammad Javad Walizadeh* and Seyyed Amrullah Hosseini
- Council and Collective Arbitration (pp. 407-432)
Hossein Hooshmand Firoozabadi*, Mohammmd Javad Qasemizadegan and Ahmad Ehsanifar
- The Role of "Fatwa-ye-As.hal" in Selecting "Fatwa-ye- Me'yar" in Legislation (pp. 433-458)
Mohammad Mahdi Shariatinejad* and Asqar Aqa Mahdavi
- Faqih's Application of Customary State in Their Authority (pp. 459-486)
Mahdi Montazer Qaem*
- Solution to Religious Differences in One Sitting Triple Divorce (pp. 487-508)
Zainab Junadi Moghadam, Mahdi Rahbar* and Hamed Rostami Najafabadi
- A Comparative Analysis of the Ruling on Looking at a Separated Body Part of a Non-Mahram Individual in the Jurisprudence of the Two Schools (with a Focus on Makeup Artists, Cosmetologists, Beauty Therapists)(pp. 509-540)
Alireza Rostami Harani*, Seyyed Ziauddin Alia Nasab and Abolfazl Ismailpour
- The Jurisprudential Compulsions of Transitioning from One-Child Family Due to Population Increase Necessity(pp. 541-568)
Ahmad Saberi Majd and Farzaneh Karami*



۲۲



دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»
سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه السلام
مدیر مسئول: عباس مصلاهی پور یزدی
سر دبیر: حسینعلی سعیدی
همکار سر دبیر: صادق الهام
مدیر داخلی: نوید امساک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

محمدباقر باقری کئی استاد (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه امام صادق علیه السلام
مهدی ایزدی استاد (تخصص: علوم قرآن و حدیث) دانشگاه امام صادق علیه السلام
حسینعلی سعیدی استاد (تخصص: فقه حکومتی) دانشگاه امام صادق علیه السلام
نصرالله شاملی استاد (تخصص: زبان و ادبیات عرب) دانشگاه اصفهان
حسین ناصری مقدم استاد (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه فردوسی
غلامحسین الهام دانشیار (تخصص: فقه و حقوق جزا) دانشگاه امام صادق علیه السلام
سیدمحمدرضا امام دانشیار (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه تهران

مقاله‌های نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>

ویراستار انگلیسی: علیرضا روشن ضمیر / ویراستار فارسی: مریم عابدی

صفحه آرا: منصوره صادقی

تجدید طرح جلد: عباس پورحسن یامی

مقاله‌های این نشریه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه نیست. نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ رواست.

۳۳۶ صفحه / ۲,۰۰۰,۰۰۰ ریال / چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه السلام، صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵
مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱، داخلی ۳۷۴، شماره: ۸۸۰۸۰۴۲۴
صاحب امتیاز، امور فنی و پشتیبانی: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: ۸۸۵۷۵۰۲۵ (۰۲۱)
وبگاه: <https://sj.isu.ac.ir> پست الکترونیک: sj@isu.ac.ir

اهداف و چشم انداز دوفصلنامه علمی «ژوئش نامه فقه اجتماعی»

نشریه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی» وابسته به دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد دانشگاه امام صادق علیه السلام نشریه‌ای است در راستای تحقیق و پژوهش در زمینه مطالعات فقهی و سایر رشته‌های علوم انسانی. بدین منظور، بر اشاعه مطالعات میان‌رشته‌ای، خاصه در حوزه «موضوعات فقهی بینارشته‌ای» مشتمل بر اقتصاد، سیاست، حقوق و علوم اجتماعی تأکید می‌شود.

چهار محور اصلی مطالعات در این نشریه عبارت است از:

- ۱- مباحث میان‌رشته‌ای، خاصه در مطالعات حوزه‌های مشترک فقه و اقتصاد؛
- ۲- مطالعات بینارشته‌ای فقه و علوم سیاسی (با تأکید بر مباحث حکومت اسلامی)؛
- ۳- مطالعات بینارشته‌ای فقه و حقوق؛
- ۴- مطالعات بینارشته‌ای فقه و مباحث فرهنگی، ارتباطات و رسانه.

نویسندگان گرامی می‌توانند جهت ارسال مقاله و یا پاسخ سؤالات خود، از طریق مکاتبه با ایمیل نشریه به آدرس sj@isu.ac.ir و یا از درگاه تماس با ما اقدام نمایند.

فهرست مقاله‌ها

- کاوشی فقهی - تحلیلی بر گونه‌شناسی روش‌های اجتهاد در فقه امنیت ۲۵۳
ابوالقاسم علیدوست و یاسین پورعلی*
- امکان‌سنجی تنظیم‌گری کیفری در تعزیرات از منظر فقه امامیه ۲۷۵
محمد رضا عبدیان و غلامحسین الهام*
- فقه حکومتی و بسط گفتمان مقاومت فرهنگی ۳۱۱
*عابدین مؤمنی و سیدحنیف رضازاده**
- نگاهی نو به ماهیت فقهی رمازرها و معاملات آن ۳۳۷
*سید یوسف علوی و ثوقی و هادی غلامی**
- واکاوی فقهی - حقوقی اعتیاد زوجین از منظر حقوق زناشویی ۳۵۹
علی مراد حیدری و حسین جاویر*
- مشروعیت «مالیات بر خانه‌های لوکس» از منظر فقه امامیه ۳۸۵
محمد جواد ولی‌زاده و سیدامراه حسینی*
- داوری جمعی و شورایی ۴۰۷
حسین هوشمند فیروزآبادی، محمد جواد قاسمی زادگان و احمد احسانی‌فر*
- نقش فتوای اسهل در جایگاه فتوای معیار قانون‌گذاری ۴۳۳
محمد مهدی شریعتی‌نژاد و اصغر آقا مهدوی*
- کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر مردم ۴۵۹
*مهدی منتظر قائم**
- راه‌حل اختلاف مذهبی زوجین در سه طلاقه در یک مجلس ۴۸۷
زینب جنیدی مقدم، مهدی رهبر و حامد رستمی نجف‌آبادی*

• تحلیل تطبیقی حکم نگاه به عضو جدا شده از بدن نامحرم در فقه فریقین (بررسی در

مشاغل گریم، آرایشگری، کلینیک‌های زیبایی و...) ۵۰۹

علیرضا رستمی هراتی*، سید ضیاءالدین علیا نسب و ابوالفضل اسماعیل پور

• لزوم فقهی گذر از تک‌فرزندی در پرتوی ضرورت افزایش جمعیت ۵۴۱

احمد صابری مجلد و فرزانه کرمی*



10.30497/sj.2023.244938.1290

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۲۵۳-۲۷۴

کاوشی فقهی - تحلیلی بر گونه‌شناسی روش‌های اجتهاد در فقه امنیت

ابوالقاسم علیدوست*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۱۷

یاسین پورعلی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۲۵

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

سخن گفتن از فقه امنیت بدون پرداختن به بحث منهج‌های اجتهادی فقه امنیت، کاری بی‌ثمر است؛ زیرا شیوه استنباط فقیه با آگاهی از شیوه‌های موجود استنباط جهت می‌یابد و فقیه با بررسی منهج‌های رایج، برای خود مبناسازی می‌کند که این موضوع مانع از فقه‌سرای و فقه‌سازی می‌شود. پرسش اصلی این پژوهش مربوط به اتحاد یا تعدد اسلوب استنباط در ابواب فقهی است. بدین معنا که آیا اسلوب استنباط فقها در تمام ابواب فقهی واحد است یا اینکه ابواب فردی و عبادی با ابواب اجتماعی و سیاسی از جمله فقه امنیت متفاوت است؟ به عبارت دیگر، آیا فقه امنیت و استنباط گزاره‌ها و احکام مربوط به آن از منابعی مثل قرآن و روایات مانند استنباط احکام نماز و حج از ادله است یا با آن متفاوت است و روش خاصی دارد؟ این بحث افزون‌بر موضوع فقه امنیت، در ابواب دیگر فقه مانند استنباط گزاره‌های سیاسی، احکام جهاد و دفاع، احکام تولید و سلاح‌های کشتار جمعی، احکام خانواده و... نیز کارایی دارد. پژوهش حاضر با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی و اسنادی و با بهره‌گیری از تکنیک کتابخانه‌ای نشان می‌دهد در ارتباط با روش‌شناسی استنباط گزاره‌های فقه امنیت، دو نظر یا به عبارت دقیق‌تر، دو رویه وجود دارد. وجود دو رویه ناظر بر این است که در پاره‌ای مواقع، افراد به صورت مستقیم حاضر نیستند نظر خود را بیان کنند، اما رویه عملی استنباط آن‌ها این پدیده را نشان می‌دهد. این دو رویه را می‌توان «همسان‌نگاری استنباط گزاره‌های فقه امنیت با ابواب دیگر» و «غیرهمسان‌نگاری استنباط گزاره‌های فقه امنیت با ابواب دیگر» نام گذاشت.

واژگان کلیدی

فقه امنیت؛ روش‌شناسی اجتهاد؛ فقه؛ منهج اجتهادی؛ بیع سلاح.

* استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم؛ استاد تمام گروه حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم،

alidoost@iict.ac.ir

ایران (نویسنده مسئول).

Pourali.y@gmail.com

** پژوهشگر پژوهشکده امنیت ملی، پژوهشگاه عالی دفاع ملی، تهران، ایران.

مقدمه

ارزش آگاهی از شیوه‌های استنباط، از استنباط کمتر نیست؛ زیرا با آگاهی از این مسئله، شیوه استنباط فقیه جهت می‌یابد. می‌توان از منظرهای مختلف به شیوه استنباط فقها نگریست از جمله روش فقهی مبتنی بر تجمیع ظنون مختلف است که با ضمیمه آن‌ها به یکدیگر، برای او وثوق و اطمینان یا ظنی که آن را بهترین طریق میسر می‌داند، نسبت به حکم شرعی در مسئله حاصل می‌شود؛ گرچه هرکدام از آن ظنون و شواهد به تنهایی ارزشی در استنباط نداشته باشد یا به اصطلاح اصولی، حجت نباشد. به این شیوه از استنباط، «فقه قناعت» اطلاق می‌شود. در مقابل، فقهی با استفاده از گروه خاص و محدودی از ادله که حجیت هرکدام از آن‌ها در علم اصول فقه به اثبات رسیده است، به اجتهاد و استنباط حکم می‌پردازد و اگر آن ادله فاقد شرایط حجیت بودند، کنار گذاشته می‌شوند و فقیه به سراغ اصول عملیه می‌رود. به این چنین روش استنباط، «فقه صناعت» گفته می‌شود (علیدوست و لطفی، ۱۳۹۹، ص. ۱۳۹).

مبنای فقیه در حجیت احادیث، منظر دیگری است که در شیوه استنباط می‌توان بدان نگریست. برخی بزرگان فقه مانند شهید ثانی، محقق اردبیلی و خوئی قائل به وثوق سندی‌اند و گویا تنها راه رسیدن به حجیت روایت را سند روایت می‌دانند درحالی‌که عده‌ای مانند آیت‌الله بروجردی قائل به وثوق صدوری‌اند و روایت را در صورتی حجیت می‌دانند که اطمینان از صدور آن حاصل شود (پورعلی و مردانی، ۱۳۹۷، ص. ۶۳).

از جمله مطالبی که باید در شناخت روش‌شناسی فقها بدان پرداخته شود، اتحاد یا تعدد اسلوب استنباط در ابواب فقهی است. بدین معنا که آیا اسلوب استنباط فقها در تمام ابواب فقهی واحد است یا اینکه ابواب فردی و عبادی با ابواب اجتماعی و سیاسی از جمله فقه امنیت متفاوت است؟ به عبارت دیگر، آیا فقه امنیت و استنباط گزاره‌ها و احکام مربوط به بخش امنیت از منابعی مثل قرآن و روایات مانند استنباط احکام نماز و حج از ادله است یا با آن متفاوت است و روش خاصی دارد؟

۱. پیشینه پژوهش

پیشینه این پژوهش را با توجه به موضوع می‌توان در سه بخش بیان کرد.
الف. پژوهش‌هایی که به بحث روش‌شناسی اجتهاد پرداخته‌اند. برای مثال تنها در

شماره ۱۹ مجله جستارهای فقهی و اصولی چند مقاله در باب «روش‌شناسی فقه و اصول» نوشته شده است که مقاله‌های «روش بهره‌گیری از عمومات و مطلقات در حل مسائل مستحدثه»، «روش شناخت فقهی موضوعات عرفی»، «روش‌شناسی اجتهاد در مسائل نوپدید»، «تعمیم حجیت خبر واحد به گزاره‌های تفسیری و عقیدتی»، «ماهیت‌شناسی الگوریتم اجتهاد» و «فرایند حکم‌شناسی در استنباط» در زمره نوشته‌های مربوط به بحث روش‌شناسی اجتهاد هستند. همچنین، فقه‌پژوهان حوزوی و دانشگاهی مانند سیداحمد خاتمی و علیرضا صابریان مقالات متعددی را با عنوان کلی «نقش زمان و مکان در اجتهاد» به رشته تحریر درآورده‌اند. مصاحبه‌ای با عنوان «روش‌شناسی اجتهاد» نیز در مجلات پژوهشی چاپ شده است.

ب. پژوهش‌هایی که روش اجتهادی فقها را مقایسه کرده‌اند. برای مثال، در مقاله «مقایسه روش اجتهادی صاحب جواهر و محقق خویی» به بررسی تطبیقی روش اجتهادی این دو فقیه پرداخته شده است یا مقاله «مقایسه‌ای تحلیلی میان دو روش اجتهادی متفاوت» به بیان اختصاصات اجتهادی میان روش استنباط وحید بهبهانی و شیخ انصاری اختصاص یافته است.

ج. پژوهش‌هایی که روش اجتهادی فقهی را بررسی کرده‌اند. مقالات «شیوه‌های معرفتی نشده جمع ادله در کتاب جواهرالکلام و ارائه الگوریتم متناسب با آن» و «مقایسه روش استنباط اصولی و فقهی شیخ انصاری در حجیت شهرت» در این دسته قرار می‌گیرند.

همچنین، مقالات و پایان‌نامه‌های متعددی در روش‌شناسی استنباط فقیه خاصی مثل شهید اول (ربانی، ۱۳۷۲، شماره ۶۱) و صاحب ریاض (صافی، ۱۳۹۷) نوشته شده است. تلاش‌های صورت‌گرفته در جای خود از ارزش بالایی برخوردار است، اما شیوه اجتهاد در مسائل عبادی و غیرعبادی به‌خصوص باب امنیت تفکیک نشده و در صورت تفکیک شیوه اجتهاد، به‌صورت مصداقی به نقش زمان و مکان در اجتهاد پرداخته شده و به بقیه تفاوت‌ها مانند مدیریت ادله توجه نشده است. پژوهش حاضر با استفاده از داشته‌های علمی در این باره، به بررسی رویکردهای متفاوت فقیهان به ابواب فقه امنیت و ابواب عبادی پرداخته است که با این رویکرد نوشته‌ای یافت نشد.

۲. رویه‌های موجود در استنباط گزاره‌های فقه امنیت

در ارتباط با روش‌شناسی استنباط گزاره‌های فقه امنیت، دو نظر یا به عبارت دقیق‌تر، دو رویه وجود دارد که ناظر بر این است که در پاره‌ای مواقع، افراد به صورت مستقیم حاضر نیستند نظر خود را بیان کنند، اما رویه عملی استنباط آن‌ها این پدیده را نشان می‌دهد. برای مثال، فردی که اجتهاد غیرمنضبط می‌کند، هرگز اذعان نخواهد کرد که اجتهاد او غیرمنضبط است، اما هنگام بررسی رویه روشن می‌شود که اجتهاد وی غیرمنضبط بوده است یا کسی که بی‌فایده، یخ‌زده و فارغ از اقتضائات موضوع بحث، زمان و مکان بحث را استنباط می‌کند، به صراحت عقیم و بی‌فایده بودن استنباط خود را بیان نمی‌کند، اما در ساحت عمل، عقیم بودن و ناکارآمدی آن مشخص خواهد شد؛ البته این مباحث در قالب بحث مهم روش‌شناسانه در آثار فقها نیامده است، بلکه باید رفتار فقها با ادله تحلیل شود. فیلسوف فقه به عنوان بحث اصول فقهی یا فلسفه فقهی باید مشخص سازد که چرا و به چه منظور فقیه به شیوه اول عمل می‌کند و فقیه دیگر به شیوه دوم با ادله رفتار می‌کند؟ در هر حال، رویه‌های اعمال شده در استنباط گزاره‌های فقه امنیت به شرح زیر است.

۲-۱. همسان‌نگاری استنباط گزاره‌های فقه امنیت با ابواب دیگر

برخی معتقدند شیوه استنباط گزاره‌های فقه امنیت با دیگر گزاره‌های فقهی تفاوت چندانی ندارد و استنباط گزاره‌های فقه امنیت از قرآن، حدیث، عقل و اجماع با استنباط گزاره‌های فقه طهارت و صلوات فرق نمی‌کند. برای همین، همان اصول فقه و همان مدیریت ادله را می‌خواهد و اطلاق‌گیری‌ها نیز به همان صورت است. تنها تفاوت در این است که در فقه امنیت ابواب خاص مثل کتاب الجهاد یا مسائل خاص مثل کنترل کارگزاران نظام، ارتباطات بین‌المللی، اثبات سبیل یا نفی سبیل و مسلح شدن به سلاح روز مورد تفقه قرار می‌گیرد؛ زیرا این ابواب و مسائل از مصادیق فقه امنیت است و در استنباط این مسائل از همان روشی استفاده می‌شود که در مواضع دیگر مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در این شیوه فقیه می‌خواهد با ادله، رفتار فرازمانی و فرامکانی داشته باشد و مدیریت ادله مثل عام، خاص، مطلق و مقید در ادله مسائل اجتماعی و سیاسی مثل آیه

«فَإِذَا أُنْسِلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ...» (توبه / ۵) با ادله مسائل فردی مثل «إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ فَصَلِّ» را یکسان تلقی می‌کند؛ یعنی همان‌گونه که در دخول وقت، حکم به وجوب نماز می‌دهد، به همان سبب و سیاق در موقع انسلاخ ماه‌های حرام، جنگ با مشرکان را واجب می‌داند.

۲-۲. غیرهمسان‌نگاری استنباط گزاره‌های فقه امنیت با ابواب دیگر

برخی معتقدند استنباط گزاره‌های فقه امنیت با دیگر ابواب فقه تفاوت‌هایی دارد و همچنین، اختصاصات و اقتضائات مخصوص خود را دارد. در صورت اتخاذ این مبنا باید تفاوت استنباط گزاره‌های فقه امنیت با بقیه ابواب بیان شود که آیا تفاوت در منابع استنباط است و باید منابع و ادله‌ای را بدان افزود؟ برای مثال، در این قسم از نصوص می‌باید مقاصد باید استفاده کرد، اما در غیرفقه امنیت و مشابه آن، لازم نیست؛ یا تفاوت در مدیریت ادله است به‌گونه‌ای که بحث تزاحم و بحث تعارض ادله متفاوت است؟

۳. نمونه‌هایی فقهی از تأثیر رویه‌های متفاوت در استنباط گزاره‌های فقه امنیت

بحث روش‌شناسی استنباط افزون بر موضوع فقه امنیت، در ابواب دیگر فقه مانند استنباط گزاره‌های سیاسی، احکام جهاد و دفاع، احکام تولید و سلاح‌های کشتارجمعی، احکام خانواده و... نیز کارایی دارد که این پژوهش ضمن تبیین شیوه‌های اجتهاد، به نمونه‌های عینی از مسائل باب امنیت پرداخته است.

سخن گفتن از فقه امنیت بدون پرداختن به بحث منهج‌های اجتهادی فقه امنیت، کاری بی‌ثمر است؛ زیرا فقیه با بررسی منهج‌های رایج، برای خود مبناسازی می‌کند که این موضوع مانع از فقه‌سرای و فقه‌سازی می‌شود. فقاقت بدون توجه به این مسائل، موضوعی خطرناک است؛ زیرا فقیه اگر از چهارچوب انضباط فقهی خارج شود و همچنین، اقتضائات را در نظر نگیرد، خسران اخروی در پی خواهد داشت؛ همان‌گونه که در روایتی از امام صادق (علیه‌السلام) نقل شده است که فرمودند «أَهْرَبُ مِنَ الْفُتْيَا هَرَبُكَ مِنَ الْأَسَدِ وَ لَا تَجْعَلُ رَقَبَتَكَ لِلنَّاسِ جِسْرًا؛ ای فقیه! فاصله بگیر از فتوا دادن مثل انسانی که از شیر فرار می‌کند و گردنت را مانند پل برای مردم قرار نده که بر گردن تو پا گذارند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص. ۱۷۲). به‌خاطر همین مشکلات اجتهاد است

که شیخ انصاری درباره اجتهاد می‌گوید: «وقفنا الله للاجتهاد الذی هو أشد من طول الجهاد؛ خداوند ما را موفق به اجتهاد کند؛ آن اجتهادی که از جهاد طولانی مشکل‌تر است» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۹۳). در ادامه، برای اثبات ادعای وجود رویه‌های متفاوت و به‌خاطر ملموس کردن بحث، نمونه‌هایی از مسائل فقهی نقل می‌شود که تفاوت رویکرد فقها در این نمونه‌ها آشکار است.

۳-۱. بیع سلاح

مسئله فروش سلاح به دشمنان دین یا به ظالمانی که دشمن دین نیستند، در متون فقهی بحث شده است. بیان این مسئله در قالب فقه با این پرسش است که آیا بیع سلاح به دشمنان دین یا ستمگران جایز است؟

مسئله به صدر اسلام و زمان امام محمدباقر و امام جعفر صادق و دیگر ائمه (علیهم‌السلام) بازمی‌گردد. از آنجاکه اهل شام جنگ‌هایی با روم داشتند، مسلمان‌ها گاه بر این می‌شدند که به اهل شام سلاح بدهند. بدین صورت که برخی از شیعیان عراق قصد داشتند به بنی‌امیه و بنی‌مروان سلاح بدهند. حتی گاه قصد داشتند سلاح را به اهل روم بدهند. برای اصحاب ائمه این پرسش پیش آمده بود که آیا ما مجاز هستیم به بنی‌امیه، بنی‌مروان و بنی‌عباس که دشمن دین یا حداقل دشمن مذهب هستند، سلاح بدهیم؟ در پرسش‌های موجود در برخی از روایات، از فروش سلاح به اهل روم پرسش شده است و ائمه (علیهم‌السلام) در پاسخ ادله‌ای بیان می‌کردند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۱۲).

۳-۱-۱. جمع میان ادله راهی برای شناخت نگاه اجتهادی

منظور از جمع میان ادله، رفع تنافی و ایجاد سازگاری میان مدلول دو یا چند دلیل متعارض است. در فرایند جمع ادله از شیوه جمع می‌توان به روش استنباط فقیه دست یافت که در ادامه برای نمایاندن تمایز شیوه استنباط برخی از فقها، مثال‌های عینی از متون فقهی آورده شده است. هدف از مثال آوردن این است که بحث روش‌شناسی اهمیت خودش را نشان دهد. اختلاف دو روش در مسئله استنباط گزاره‌های امنیت، با ذکر مصادیق روشن فقه امنیت، زودیاب‌تر و قابل فهم‌تر می‌شود.

در بحث بیع سلاح روایات مختلفی وجود دارد که در چند دسته قرار می‌گیرد. دسته نخست: برخی روایات دلالت دارد که فروش سلاح به دشمنان دین به صورت مطلق جایز است. ظهور ابتدایی مکاتبه صیقل (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۰۳) و روایت علی بن جعفر (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۰۳)، جواز فروش سلاح به دشمنان دین به صورت مطلق است.

دسته دوم: بعضی روایات بیع سلاح به دشمنان را مطلقاً ممنوع کرده‌اند. ظهور ابتدایی وصیت پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) به امیر مؤمنان (علیه‌السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۰۲) حرمت فروش سلاح به دشمنان به صورت مطلق است. دسته سوم: برخی روایات میان زمان صلح و جنگ تفصیل می‌دهند. بدین صورت که در زمان صلح، فروش سلاح جایز است و در زمان جنگ جایز نیست. روایت حضرمی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۰۱) و هند سراج (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۰۱) از همین روایات هستند. امکان دارد از مکاتبه صیقل، روایت علی بن جعفر و وصیت نبی مکرم اسلام (صلی‌الله علیه و آله) به امیر مؤمنان (علیه‌السلام) نیز همین تفصیل استظهار شود.

شیخ انصاری با این روایات بدین صورت تعامل دارد که در مسئله‌ای که سه گروه دلیل به شکل جواز مطلق، منع مطلق و تفصیل وجود دارد، قانون اصول فقه اقتضا دارد روایت مقید، مطلقات را تقیید بزنند. براین اساس، روایاتی که به صورت مطلق دلالت بر جواز دارند، به قرینه روایات گروه سوم که تفصیل داده، مقید و به زمان صلح حمل می‌شود و روایاتی که بیان‌کننده عدم جواز به صورت مطلق هستند، به قرینه روایات گروه سوم مقید به زمان جنگ می‌شوند.

در بحث بیع سلاح به دشمنان، شیخ انصاری بر این باور است که معروف بین اصحاب امامیه و فقها، حرمت بیع سلاح به دشمنان دین است و اخبار هم در این باره حد مستفیض است. ایشان در ادامه، دو روایت حضرمی و هند سراج را نقل می‌کند و پس از نقل روایات می‌گوید صریح این دو روایت، اختصاص منع به حال جنگ است و به واسطه این دو روایت، روایاتی که به صورت مطلق فروش سلاح را جایز دانسته و روایاتی که به صورت مطلق فروش سلاح را منع کرده‌اند، مقید می‌شوند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۴۸).

ایشان بنا بر دقت نظری که دارد، می‌گوید منظور از حال جنگ یعنی وجود مابینت. به این معنا که پیمان صلح ندارند؛ هرچند جنگ سرد است. مقابل هدنه و موقعی که به‌طور نهادینه با هم صلح دارند.

شیخ انصاری از اصول فقه همان‌طور که در جای دیگر استفاده می‌کند، در اینجا نیز استفاده می‌کند. برای روشن شدن چگونگی تعامل با روایات مطلق و مقید در اصول، به مثالی اشاره می‌شود. درباره زمان یائسگی زنان این بحث مطرح است که خانم‌ها از نظر شرعی در چه سنی یائسه می‌شوند؟

در این مورد سه دسته روایت وارد شده است.

دسته نخست: روایاتی که سن یائسگی خانم‌ها را ۶۰ سال بیان کرده است مانند روایت عبدالرحمان بن حجاج (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۳۷).

دسته دوم: روایاتی که سن یائسگی خانم‌ها را ۵۰ سال بیان می‌کند. این روایات توجهی به وجود یا نبود امکان عادت ندارند، بلکه در مقام بیان یائسگی شرعی هستند. بدین معنا که نباید خون را، خون حیض قرار بدهند مانند مرسله ابن ابی‌نصر (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۳۵) و روایت دیگری از عبدالرحمان بن حجاج (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۳۵).

دسته سوم: روایاتی که تفصیل داده‌اند. بدین صورت که در زن قرشی سن یائسگی ۶۰ سال و در غیرقرشی، ۵۰ سال است مانند مرسله ابن ابی‌عمیر.

وجه جمع شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۴۷) و مرحوم آیت‌الله حکیم (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۱۵۳) و دیگران این است که روایات ۶۰ سال به دلیل روایت تفصیل‌دهنده مقید به قرشی بودن می‌شود و روایات پنجاه سال هم با روایتی که بین قرشی و غیرقرشی تفصیل داده است، مقید به قرشی بودن می‌شود.

۳-۱-۲. نقد شیوه شیخ انصاری در جمع میان روایات متعارض

شیخ انصاری همان رفتاری را که در مواجهه با مسئله فردی، غیراجتماعی، غیرسیاسی و غیرحکومتی دارد، با مسائل اجتماعی، سیاسی و حکومتی دارد و در مسئله‌ای شخصی و جزئی مانند یائسگی زنان یا مسئله‌ای حاکمیتی مثل فروش سلاح به دشمنان دین و مسائل دیگر برخوردار یکسانی دارد. دغدغه اصلی شیخ انصاری در چیستی مسئله نیست،

بلکه دغدغه وی این است که روش هر دو مسئله یکی است؛ یعنی در همه این موارد از اصول فقه تبعیت می‌کند و تفاوت روشی در آن‌ها نیست و روش ایشان در استنباط مسائل اجتماعی و سیاسی همان روش ایشان در مسائل عبادی است. این روش منحصر به شیخ انصاری نیست؛ بلکه روش دیگران هم بر همین منوال است. فقها از همین روش معروف و جاری در طهارات مثل یأس زنان که مسئله‌ای کاملاً فردی است، در مسائل اجتماعی و سیاسی نیز استفاده می‌کنند.

شیخ انصاری در بحث فروش سلاح به دشمنان بدون اینکه به صورت شفاف اعلام کند، به روش دیگر یعنی روش شهید اول اشاره می‌کند. شهید اول تفصیل را نپذیرفته، قائل است که میان زمان صلح و جنگ و غیرصلح فرق نمی‌کند و بیع سلاح به دشمنان دین به صورت مطلق، حرام است؛ هرچند بین آن‌ها و مسلمانان قرارداد صلح برقرار باشد. ایشان دلیل بر این مطلب را آن دانسته که فروش سلاح به دشمنان دین حتی در زمان صلح موجب تقویت کفر می‌شود و تقویت کفر جایز نیست. شیخ انصاری در پاسخ می‌گوید بحث، روشی است و استدلال شهید اول شبیه اجتهاد در مقابل نص است؛ زیرا نص میان زمان جنگ و غیر آن تفصیل می‌دهد و شهید اول به صورت مطلق فروش سلاح را تحریم کرده است. همچنین، دلیل شهید اول که فروش سلاح را به صورت مطلق موجب تقویت کافر بر مسلمان دانسته، ضعیف است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۴۹).

کلام شیخ انصاری به صورت مطلق صحیح نیست و باید در وقت تفسیر ادله و اطلاق‌گیری جنس مسئله را دید. در برخی موارد، اطلاق‌گیری صحیح است و باید انجام شود مانند مسئله یائسگی زنان، اما در مسئله‌ای مانند بیع سلاح به دشمن اطلاق‌گیری نمی‌شود و این مسئله از ابتدا مقید است. براین اساس، اگر در موردی فروش سلاح به دشمنان دین تقویت کفر بود، نمی‌توان به اطلاق روایت تمسک جست و تقویت کفر به عنوان قرینه حافه و متصل به روایت، مانع انعقاد اطلاق آن می‌شود. پس در این موارد، بحث تقیید مطرح نیست و روایت از ابتدا مقید است و حتی روایات منع فروش نیز از ابتدا مقید است. در مواردی هم ممکن است قائل به جواز فروش سلاح به دشمنان دین شویم مانند آنکه بین دو گروه از مشرکان جنگ درگرفته است و آن‌ها مشغول مبارزه با یکدیگر هستند و همین اختلاف میان دشمنان موجب تأمین امنیت

مسلمانان می‌شود. در این موارد ممکن است فروش سلاح به دشمنان را جایز بدانیم؛ زیرا آنان سلاح را علیه همدیگر به کار می‌برند و اگر فراغ بال بیابند، سراغ مسلمانان می‌آیند. فروش سلاح به آنان نه تنها موجب تقویت کفار در مقابل مسلمانان نمی‌شود، بلکه موجب تضعیف کفار می‌شود.

با این توضیح روشن شد که به شیخ انصاری اشکال روشی وارد است و چگونگی مواجهه ایشان با ادله بیع سلاح به عنوان یکی از مصادیق بحث فقه امنیت، محل پرسش است. بر شهید اول که به صورت مطلق فروش سلاح به دشمنان دین را موجب تقویت کافر بر مسلمان می‌داند نیز اشکال روشی وارد است؛ زیرا بین موارد تفاوت وجود دارد و در برخی موارد، فروش سلاح به کفار نه تنها موجب تقویت کافر علیه مسلمان نیست، بلکه موجب تضعیف آنان می‌شود؛ البته اشکال شیخ به شهید که کلام ایشان را شبیه اجتهاد در مقابل نص دانستند، وارد نیست؛ هر چند اشکال دیگر ایشان که دلیل شهید اول را ضعیف دانستند، صحیح است؛ زیرا دلیل ایشان اخص از مدعاست. بدین معنا که فروش سلاح به دشمن گاه تقویت اوست و گاه نیز موجب تقویت او نیست.

هدف از این گونه مثال‌ها و بحث‌ها، دستیابی به روش درست است و می‌توان در خلال بحث درباره فروش سلاح به دشمنان که مسئله‌ای امنیتی است، روش صحیح بحث در مسائل فقه امنیت را به دست آورد و آن را منضبط کرد. برای مثال، در بحث بیع سلاح به دشمنان دین، امام خمینی (رحمت‌الله علیه) قائل‌اند که این مسئله از مسائل حکومت و سیاسی است و مطلق‌گویی در هیچ طرف آن درست نیست. بنابراین، چنین اموری تابع اقتضائات زمانی و مکانی است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۲۸).

از این رو باید بررسی شود که موضوعات مرتبط با امنیت مانند فروش سلاح به دشمن، بر اساس چه ملاکاتی تنظیم و منضبط شود؟ آیا هدنه موضوع است؟ کافر موضوع است؟ مشرک معیار است؟ حال صلح معیار است یا ملاکات دیگر که در کتاب *فقه و عقل* به این مسائل پرداخته شده است.

این ملاکات را باید در بحث اصول فقهی یا فلسفه فقهی قالب‌بندی کرد و نهادینه ساخت. در قالب‌بندی و نهادینه ساختن این ملاک‌ها باید از عقل و دیگر مؤلفه‌های شرعی یاری جست. چنان‌که مطابق آیه «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»

(نساء/۱۴۱) و روایت «الاسلام یعلو و لایعلی علیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص. ۱۴)، اصلی به نام عدم سلطه کفار بر مسلمین وجود دارد و مطابق آیه «تَعَاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَالتَّقْوٰی وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَی الْاِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...» (مانده/۲)، اصلی به نام حرمت اعانه بر اثم وجود دارد که مطابق این اصول، نباید کفر را تقویت کرد. در نتیجه، باید در بحث فروش سلاح، این ادله را نیز دخالت داد و با نگاه به این ادله در نظام حلقوی در کنار هم یا نظام هرمی در طول هم به حکم رسید. در واقع، این بحث مانند مسئله شخصی یائسگی زن نیست که تنها بررسی ادله خود آن کافی باشد.

کارکرد عقل در مسائل فقه امنیت از جمله مسئله فروش سلاح، در دو حیطة کارکرد سندی و کارکرد تفسیری ادله است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص. ۱۴) گاه عقل کارکرد سندی یا استقلالی دارد که در این صورت عقل یکی از ادله اربعه و در کنار قرآن، سنت و اجماع است. گاهی نیز کارکرد مفسر دارد و در جایگاه مفسر قرآن قرار می‌گیرد. در این موارد، عقل کارایی ابزاری دارد و برای بهره بردن از عقل در مسائل فقه امنیت، باید هر دو کارکرد را در نظر داشت.

نکته مهم دیگری که باید در مسئله فروش سلاح به دشمن مورد توجه قرار گیرد، این است که برخی از قائلان به حرمت مانند شیخ انصاری که در حال جنگ، بیع سلاح به دشمن را جایز نمی‌داند، این حرمت را به معنای حرمت تکلیفی می‌دانند نه حرمت وضعی. بدین معنا که بیع حرام است، اما اگر شخصی چنین معامله‌ای را انجام داد، این معامله باطل نیست و او تنها فعل حرامی مرتکب شده است. برخلاف بیع خمر که در آن، بیع هم حرام و هم باطل است. دلیلی که برای این حکم بیان شده، این است که در فروش سلاح، نهی به امر خارج از معامله که همان تقویت کفر باشد، رجوع می‌کند (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۲). در بیع سلاح تنها حکم تکلیفی وجود دارد برخلاف بیع خمر که هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی وجود دارد.

این نوع نگاه صحیح نیست؛ زیرا حرمت تکلیفی ملازمه عرفی با بطلان دارد. برای مثال، اگر در مجلس شورای اسلامی قانونی مصوب شد که مطابق آن بیع سلاح به گروه‌های تکفیری جرم باشد، نفس جرم‌انگاری و حرمت تکلیفی برای دلالت بر بطلان کافی است. بین ممنوعیت و بطلان به دید عرفی ملازمه وجود دارد و اگر شارع

برخلاف دید عرفی، معامله را از نظر وضعی صحیح بدانند، باید بیان کند. پس می‌توان از سکوت شارع و عدم بیان او برخلاف دید عرفی دریافت که در نظر شارع نیز بین حرمت تکلیفی و فساد، ملازمه وجود دارد.

خلاصه اینکه، در استنباط احکام گزاره‌های مربوط به فقه امنیت باید متفاوت‌تر از استنباط احکام فردی مانند فقه صلوات، فقه فردی و کتاب طهارت نگاه کرد؛ زیرا مطابق مطالب بالا مشخص شد که در فقه امنیت از لحاظ تفاوت در مدیریت ادله، تفسیر و فهم آن‌ها، مسائلی مانند جهاد و بیع سلاح باید جدا از مسائل مربوط به دیگر ابواب فقه بررسی شود.

۲-۳. جهاد سالانه

یکی از مهم‌ترین مسائل فقه امنیت، مسئله جهاد است. منظور از جهاد، جنگ ابتدایی است نه دفاعی. جهاد به معنای حمله ابتدایی است که گاه برای دعوت مشرکان به اسلام و گاه برای نجات مستضعفان صورت می‌گیرد. جهاد یکی از بحث‌های فقه و مسائل جهاد در کتب فقهی مانند *اللمعة الدمشقیة شهید اول*، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة شهید ثانی* و کتاب *الجهاد آمده است*. همان‌گونه که بیان شد، بحث دفاع با جهاد فرق می‌کند. برای همین، با اینکه در برخی ابواب فقه مانند کتاب *الحج* از دفاع سخن گفته می‌شود، اما باب جداگانه‌ای نیز به نام کتاب *الجهاد* مطرح می‌شود تا مسائل مربوط به جهاد در آن بررسی شود. چنانچه شهید ثانی کتاب *الجهاد* را بعد از کتاب *الحج* مطرح کرده است با اینکه در کتاب *الحج* متعرض مسائل دفاع نیز شده است. دفاع به صورت واضح از مسائل فقه امنیت است، اما ارتباط جهاد با فقه امنیت نیازمند تبیین است. جهاد مرتبط با امنیت جامعه و در فضای گسترده‌تری از امنیت فردی مطرح است. با این فرض، ارتباط جهاد با فقه امنیت را می‌توان در قالب این مثال تبیین کرد؛ جمهوری اسلامی ایران در ارتباط با گروه‌های تروریستی می‌توانست منتظر حمله آنان باشد و زمانی که مرزهای ایران یا کشورهای اسلامی از سوی گروه تروریستی مورد تعرض قرار می‌گرفت با آنان مبارزه می‌کرد که این نوع جهاد مصداق دفاع است، اما گاه حاکمیت ایران به این نتیجه می‌رسد که گروه‌های تروریستی، امنیت جمهوری اسلامی ایران یا امنیت اماکن مقدس و بلاد اسلامی را مورد تهدید قرار

داده‌اند و در حال طراحی نقشه برای هجوم هستند. در این صورت جنگ با گروه‌های تروریستی به حسب ظاهر جهاد ابتدایی است؛ زیرا ایران به سراغ آن‌ها رفته است و می‌خواهد آن‌ها را از پای درآورد و نابود کند. در این صورت نیز جهاد از مصادیق بارز امنیت است و لازم نیست که تلاش شود تا اثبات شود که بحث جهاد یکی از مسائل فقه امنیت است.

خلاصه اینکه، هر دو بحث دفاع و جهاد به فقه امنیت مربوط می‌شود؛ زیرا در امنیت، دفاع و جهاد از مسائل مهم و حیاتی است و هر مقوله‌ای که در امنیت دخیل باشد، موضوع فقه امنیت است.

۳-۲-۱. تأثیر تفاوت رویکرد استنباط در حکم وجوب سالانه جهاد

در کتاب الجهاد مسئله‌ای با عنوان «و اقله مرّة فی کل عام؛ هر یک سال یک جهاد» مطرح می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۰)؛ یعنی مسلمانان باید دست‌کم در هر سال یک جهاد انجام دهند. این فتوا افزون‌بر متون فقهی شیعیان، در متون فقهی عامه هم موجود است. دلیل این فتوا هم آیه ۵ سوره مبارکه توبه بیان شده که در آن آمده است: «فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ؛ وقتی ماه‌های حرام سپری شد، جنگ و جهاد کنید».

فقها در این مسئله بر اساس همان شیوه ابواب دیگر فقه گفته‌اند در قرآن امر به جهاد شده است و امر هم ظهور در وجوب دارد. تعداد جهاد مشخص نشده، اما خداوند جنگ را مشروط به انسلاخ ماه‌های حرام کرده است و هر سال یک بار، ماه‌های حرام منسلخ می‌شود. در نتیجه، دست‌کم در سال یک بار واجب است جهاد انجام شود. طبق رویکرد نخست، بیان مسئله این است که قرآن به واسطه «فاقتلوا المشرکین»، امر به جهاد کرده است و زمینه امر الهی سالانه یک‌بار رخ می‌دهد؛ زیرا این امر به واسطه «فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ»، مشروط به انسلاخ ماه‌های حرام شده است. از سوی دیگر، اقل امر یک مرتبه است و لزوم تکرار نیازمند دلیل است. در نتیجه، جهاد در هر سال یک بار واجب است. بعضی از فقها مثل علامه حلی در تذکرة الفقهاء در این مسئله به سنت پیغمبر هم استشهد کرده و قائل‌اند که پیامبر (صلی الله علیه و آله) هر ساله جنگ کرده است. برای مثال، در سال دوم جنگ بدر، سال سوم جنگ احد و... را انجام داده است

(علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۶).

اگر این آیه در مسئله دیگری غیر از جهاد مطرح بود، روش استدلال باز به همین صورت بود. برای مثال، اگر گفته شده بود که «وقتی ذی‌الحجه شد، حج بروید»، این دسته از فقها استدلال می‌کردند که دستور به انجام دادن حج آمده و شرط آن فرارسیدن ذی‌حجه است که هر سال یک بار تحقق می‌یابد. از سوی دیگر، اقل امر یک مرتبه است و تکرار دلیل می‌خواهد. پس این دلیل دلالت دارد که سالی یک بار باید حج رفت؛ البته وجود دلیل خارجی بر کفایت یک بار حج در طول عمر مسئله جداگانه‌ای است و می‌توان به واسطه دلیل خارجی، از ظهور دلیل در وجوب حج در هر سال رفع ید کرد.

پس همان شیوه استنباطی که در حج، صلات و صوم وجود دارد، در باب جهاد نیز مورد تبعیت قرار می‌گیرد و بر پایه آن، برخی قائل به وجوب سالانه جهاد شده‌اند. در زمان حاضر، طرح وجوب سالانه جهاد از طرف برخی از گروه‌های منسوب به اسلام، بر اساس همین تفکر است. بسیاری از گروه‌های تکفیری مانند داعش، القاعده و... بر اساس عمل به ظاهر آیه قرآن، سالی یک بار جهاد را واجب می‌دانند و بر اساس همین تفکر و شیوه استنباط پیش می‌روند.

ثمره استفاده از شیوه‌های رایج استنباط در دیگر ابواب فقه در باب جهاد به این نتیجه منتهی می‌شود که فقیه به وجوب جهاد در هر سال یک بار فتوا دهد، اما این نوع استدلال صحیح نیست؛ زیرا موضوعاتی از قبیل مسائل سیاسی، امنیتی و اجتماعی باید در چهارچوب مصلحت بررسی شوند. براین اساس، فقیه باید آیه «فَإِذَا أُنْسِلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ» را در نظامی حلقوی یا هرمی در کنار دیگر ادله ببیند که از جمله ادله، مصلحت مورد نظر شارع است. بنابراین، چنانچه اقتضای مصلحت دو بار جهاد در سال باشد، باید جهاد بر اساس مصلحت صورت گیرد؛ هر چند ظاهر آیه جهاد بیش از یک بار را امر نکرده است و اگر مصلحت اقتضا کند که چند سال جهاد انجام نشود، باید بر اساس همان مصلحت عمل کرد؛ هر چند مطابق ظاهر آیه، جهاد سالی دست‌کم یک بار واجب دانسته شده است.

بررسی مسئله با رویکرد دوم نظر شهید ثانی ذیل نظر شهید اول است که می‌فرماید

این فتوا برای زمانی است که احتیاجی به بیش از یک بار جهاد در یک سال نباشد و اگر به بیش از یک بار جهاد در سال نیاز شد، به‌حسب حاجت، لازم است جهاد تکرار شود. از سوی دیگر، سالی یک جهاد متناسب با زمانی است که مسلمانان از جهاد در یک سال عاجز نباشند و اگر عاجز بودند، وجوب جهاد ساقط می‌شود. همچنین، وجوب سالانه جهاد در صورتی است که امام (علیه‌السلام) مصلحت را در ترک جهاد نبیند و اگر امام (علیه‌السلام) مصلحت را در ترک جهاد ببیند، جایز است به‌حسب مصلحت، جهاد به تأخیر بیفتد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۱).

منظور شهید ثانی از مصلحت، مقتضای ادراک عقل عملی است نه حرف علمای عامه که در مصالح مرسله و استصلاح قائل‌اند و مصلحت را به‌خودی‌خود از ادله استنباط شرع به شمار می‌آورند. در اینجا شهید ثانی از عنصر مصلحت سخن به میان آورده است، می‌گوید اگر امام (علیه‌السلام) عدم جهاد را مصلحت ببیند و بگوید تا ده سال جهاد نباید کرد، وجوب جهاد ساقط می‌شود. نکته مهم و شایان توجه در باب مصلحت این است که مصلحت یادشده که در واقع همان ادراک عقل عملی است، باید به نصوص شرعی یا مقاصد شریعت مستند باشد.

در اینجا این پرسش مطرح است که در صورت منوط کردن وجوب جهاد به مصلحت، چگونه باید با ظهور آیه در وجوب جهاد به‌صورت مطلق رفتار کرد؟ در پاسخ باید گفت اگر اجتماعی و سیاسی بودن آیه مورد نظر پذیرفته شود، جنس مسائل اجتماعی و امنیتی تابع مصالح و مفاسد است. با این فرض، آیه درصدد اثبات وجوب سالانه جهاد در همه زمان‌ها، مکان‌ها و برای همه انسان‌ها نیست و تنها بر لزوم جهاد با وجود مصلحت دلالت دارد. برای همین، امکان دارد مصلحت داشتن جهاد در زمان کنونی و در نتیجه، وجوب آن انکار شود. برای مثال، در این زمان کدام کشور می‌تواند به کشوری دیگر حمله کند؟ آیا در این زمان ممکن است کشور اسلامی به‌خاطر صدور اسلام به کشوری دیگر حمله کند؟ آیا این حمله در این زمان، مصداق دعوت به اسلام است یا عملی ضد اسلامی به شمار می‌آید؟ آیا فقیهی می‌تواند در این زمانه چنین فتوایی صادر کند؟ در نتیجه، بحث مدیریت ادله بسیار اهمیت دارد و باید دقت شود نحوه اطلاق‌گیری و تعامل با ادله در این‌گونه مسائل با مسائلی که سیاسی و اجتماعی نیستند، متفاوت است.

نکته مهم در بحث «روش‌شناسی اجتهاد» علامه حلی است که می‌توان این‌گونه اشکال کرد که صرف اینکه پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) در هر سال جنگ کرده‌اند، دلیل بر وجوب جهاد سالانه بر ما نیست. به عبارت دیگر، آیه شریفه «لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ» (احزاب/۲۱) دستور تبعیت مطلق از سنت پیامبر را نمی‌دهد و جنس سیره‌ها و رفتارهای جنگی پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) تابع زمان و مکان است (علیدوست، ۱۳۹۱).

البته باید حد وسط و اعتدال در برداشته‌های فقهی از سیره و سنت پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) را رعایت کرد و نباید به صورت افراطی و بدون در نظر گرفتن ابعاد مختلف مسئله، سیره‌ها و ادله قرآنی را به زمان و مکان خاصی اختصاص داد. برخلاف جریان‌های موسوم به نوگرایی، روشن‌فکری، احیای دین، تفکر دینی و اسامی مختلف دیگری که امروزه قائل‌اند، باید ادله را تخته‌بند زمان و مکان کرد. بدین معنا که ادله را باید به زمان صدور و نزول آیات برد که این ادعا نادرست و باطل است.

در طرف مقابل، نباید از هر دلیل و سنتی در همه زمان‌ها و مکان‌ها استفاده کرد. به عبارت دیگر، آنچه در قرآن، سنت نبوی و سیره ائمه اطهار (علیهم‌السلام) وجود دارد، از شئون مختلف صادر شده‌اند که در صورت صدور از برخی از شئون، قابل تمسک برای همه زمان‌ها و مکان‌هاست و در صورت صدور از برخی شئون دیگر، قابلیت تمسک برای همه زمان‌ها و مکان‌ها را ندارد.

در بحث فقه امنیت، فقه اطلاعات و فقه حقوق بشر (مانند رفتار با اسرا و رفتار در جنگ و پس از جنگ) نه تنها باید اقتضائات زمان و مکان را دید، بلکه باید اقتضائات خود مسئله را نیز در نظر گرفت. برای مثال، کیفیت حجاب در زمان رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) از این سنخ مسائل است. اگر کسی بگوید چون در زمان پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله)، حجاب اجباری بوده است، اینک نیز باید اجباری باشد یا اگر بگوید چون در آن زمان اجباری نبوده، پس اکنون نیز نباید اجباری باشد، سخن کاملی نگفته است؛ زیرا در برخی مسائل باید اقتضائات را در نظر گرفت. در نظر گرفتن اقتضائات به معنای محو احکام نیست، بلکه مسئله اصلی تغییر موضوع در بستر زمان است. اجتهاد هم تابع تشخیص موضوع است. اگر موضوع عوض شد، حکم هم عوض

می‌شود. مطلب مهم این است که گذشت زمان و مکان هیچ‌وقت حکم را مستقیماً عوض نمی‌کند، بلکه از طریق تأثیر در موضوع، حکم را دگرگون می‌کند و الا «حَلَالٌ مُّحَمَّدٌ حَلَالٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ». اگر موضوع عیناً محفوظ بشود؛ یعنی موضوع در زمان و مکان عوض نشود، محال است که حکم هم عوض بشود. همیشه اثر گذاشتن زمان و مکان در حکم به‌خاطر اثر گذاشتن در موضوع است. از این رو تأثیر زمان و مکان در اجتهاد تأثیر مستقیم نیست، بلکه با واسطه است و از طریق تأثیر در تبدل موضوع و تغییر موضوع است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ص. ۳۶۱).

«آناکرونیسم» به معنای «زمان‌پریشی»، یکی از خطاهای موجود و متداول در علم است که در آن انسان اقتضائات زمان را ملاحظه نمی‌کند و رویدادها یا شخصیت‌های تاریخی را با نگاه ارزشی امروزی تحلیل می‌کند. گزاره‌های مربوط به فقه دوران تقابل از این سنخ هستند. ما در دنیایی زندگی می‌کنیم که گاه اصل بر تقابل و گاه نیز بر تعامل است. در این شرایط، آیا می‌شود ملتزم شد که فقه دوران تقابل با فقه دوران تعامل یکی است؟ آیا گزاره‌های فقه در هر دو دوره یکسان است؟ اگر متفاوت است، روش استنباط چگونه است؟ آیا ادله هر دوره یکی است؟ امکان دارد که قائل به تفاوت دو دوره شد؟ و پرسش‌های بسیار دیگری که در این حوزه شایان طرح است. روابط انسان‌ها با یکدیگر، رابطه حکومت با شهروندان خود، روابط شهروندان با شهروندان و روابط مردم کشوری با مردم کشور دیگر از این سنخ مسائل هستند. اگر دوران، دوران تقابل باشد، ممکن است اقتضائات متفاوتی داشته باشد و اگر دوران، دوران تعامل باشد نیز کاملاً محتمل است که بر اساس اقتضائات دیگری باشد. برای مثال، آیا در زمان کنونی می‌توان فتوا داد که اسیر جنگی را بدون درنگ بکشید؟

نکته مهم این است که رعایت اقتضائات باید با انضباط فقهی همراه باشد. خط قرمز مسائل فقهی این است که پژوهشگر فقهی نباید از انضباط فقهی خارج شود و فقیه باید بتواند در چهارچوب منضبط فقهی، اقتضائات را نیز در نظر بگیرد. بحث جهاد سالانه، مثالی بود تا روشن شود شهید اول فقیه‌ای است که بنا دارد بر اساس همان نظام سنتی، احکام جهاد را استنباط کند و شهید ثانی فقیه‌ای است که می‌خواهد گزاره‌های اجتماعی و سیاسی را به‌گونه‌ای متفاوت ببیند.

برخی درباره جنگ‌های پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) اصرار دارند همه جنگ‌های ایشان دفاع بوده است و حضرت جهاد نکرده‌اند. در واقع، این سخن آنتی‌تز و نقطه مقابل تفکر سید قطب و اخوان مصر بود. آن‌ها اعتقاد راسخ داشتند پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) جهاد کرده است. عده‌ای نیز قائل‌اند نه تنها در زمان حضور امام معصوم، جهاد ابتدایی بوده است، بلکه در عصر غیبت نیز فقیه می‌تواند جهاد ابتدایی داشته باشد.

آنچه مشهود است، قائلان به دو قول مخالف هم هرچند خود معترف نباشند، با همان متد استنباط ابواب دیگر، استنباط می‌کنند و براین اساس، در سنت پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) تتبع می‌کنند و هرکدام طبق نظر خود سنت را تفسیر می‌کنند و یکی حکم به وجوب جهاد ابتدایی در هر سال می‌دهد و دیگری به عدم وجوب آن فتوا می‌دهد.

سخن اصلی این است که آیا این روش استنباط درست است؟ بر فرض ثابت شد که همه جنگ‌های پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) دفاع بوده است، آیا می‌شود نتیجه گرفت در اسلام به هیچ‌وجه جهاد نداریم و اگر مصلحت مقتضی جهاد بود، نباید جهاد کرد یا اینکه طرف مقابل جست‌وجو کند و بگوید در این ۸۲ مورد جنگی که پیامبر انجام داده‌اند، برای مثال، چهار یا پنج مورد جهاد و بقیه دفاع بوده است. پس مسلمانان هم می‌توانند جهاد داشته باشند و مانند علامه حلی قائل شود که پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) سالی یک بار جهاد می‌کرد پس مسلمانان نیز بر همین سیاق باید سالی یک بار جهاد کنند. این شیوه از استنباط در این سنخ از موضوعات از هر دو طرف صحیح نیست.

باید دقت داشت این سخن که «استنباط گزاره‌های فقه امنیت با بسیاری از ابواب دیگر فرق دارد»، بدین معنا نیست که دلیل پنجمی در استنباط گزاره‌های فقه امنیت موجود است، بلکه ادله همان قرآن، سنت، اجماع و عقل است؛ البته بحث‌های اصول فقه ممکن است در استنباط گزاره‌های فقه امنیت متفاوت باشد که به برخی از تفاوت‌ها اشاره می‌شود.

۱. مدیریت ادله مثل عام، خاص، مطلق، مقید و مفهوم‌گیری ممکن است تفاوت کند.

۲. تفسیر ادله مثل عام‌انگاری، مطلق‌انگاری یا محدود کردن ادله به زمان خاص یا مکان خاص ممکن است تفاوت کند.

۳. در تعارض ادله و معیارهایی که در وقت تعارض به کار می‌رود، ممکن است تفاوت وجود باشد.

۳-۳. جهاد ابتدایی

این بحث اختصاص به زمانی خاص ندارد. در عصر حاضر نیز فضایی منضبط چنین برنامه‌ای را دنبال می‌کنند. در شماره ۵ دوفصلنامه قرآن، فقه و حقوق اسلامی، مقاله‌ای با عنوان «قرآن و مشروعیت جهاد ابتدایی» و مقاله‌ای دیگر با عنوان «بررسی ادله قرآنی جهاد ابتدایی» چاپ شده است.

نویسنده مقاله نخست، آیات مربوط به جهاد را چند طایفه می‌کند و نتیجه می‌گیرد که آیات طایفه اول به‌خوبی بر مسئله جهاد ابتدایی دلالت دارد. نویسنده در بحثی فنی و منضبط نتیجه می‌گیرد که قرآن به‌وضوح بر مشروعیت جهاد ابتدایی دلالت می‌کند. مقاله حاضر تنها ناظر به مشروعیت اصل جهاد ابتدایی است و درباره شمول آن نسبت به زمان غیبت بحثی به میان نیامده است، اما نویسنده مقاله به‌صورت شفاهی بیان کردند که قائل به مشروعیت جهاد ابتدایی حتی در عصر غیبت هستند. ایشان تمام جنگ‌های پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) را ابتدایی نمی‌داند، بلکه برخی از آن جنگ‌ها را ذیل عنوان جنگ‌های دفاعی قرار می‌دهد و درنهایت، نتیجه می‌گیرد که آیات قرآن، دلالت بر مسئله جهاد ابتدایی دارد و ناسخ آیه ۱۹۰ سوره بقره (وَ قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَ لَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ؛ و در راه خدا با کسانی که با شما پیکار می‌کنند، پیکار کنید و تجاوز نکنید که خدا تجاوزکاران را دوست ندارد) است. بنابراین، نویسنده مقاله با طی فرایندی معتقد است که آیات قرآن بر جهاد ابتدایی دلالت می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۵).

نویسنده مقاله دوم نیز در پی بیان این نکته است که آیات قرآن چنین دلالتی ندارد؛ یعنی در قرآن دلیلی بر وجوب جهاد ابتدایی، بلکه حتی بر مشروعیت آن وجود ندارد. بدین ترتیب، از آیات قرآن نمی‌توان مشروعیت جهاد ابتدایی را برداشت کرد. ایشان مانند برخی از معاصران، تمام جنگ‌های پیامبر را دفاعی می‌داند و می‌گوید دست‌کم تصدی پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) و امیر مؤمنان (علیه‌السلام) برای جهاد ابتدایی ثبت نشده است. در مقابل، عده‌ای دیگر قائل‌اند بیشتر جنگ‌های رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) ابتدایی و برای دعوت به توحید و آزادی و فاصله گرفتن از شرک و خرافات بوده است (قائینی، ۱۳۹۵).

البته ذکر این نکته نیز شایان توجه است که مفهوم جهاد از بحث‌های بسیار مهم دوران

معاصر است؛ به خصوص از زمانی که مودودی، از برجستگان فقه پاکستان، کتاب *جهاد در اسلام* را نوشت و سید قطب متأثر از وی و غیرمنصفانه و جائزانه اسلام را دین خشونت و شمشیر بیان کرد (باغبانزاده، ۱۳۹۳، ص. ۳۴). عبدالسلام فرج نیز *الجهاد الفریضة الغائبة* را نوشت (فرج، ۱۳۹۵، ص. ۴) که امروزه مبنای اصلی تفکرات گروه‌های تندروی داعشی شمرده می‌شود (ربیعی فر، ۱۳۹۴). به‌طور کلی، مفهوم جهاد در جهان معاصر موضوع بحث و گفت‌وگوی کثیری از رسانه‌های جمعی در نقاط مختلف بوده است.

دو مقاله یادشده به‌رغم اینکه دو نتیجه متفاوت گرفته‌اند، فرایند یکسانی را پیموده‌اند. بدین معنا که بر اساس همان روش متداول در دیگر موضوعات بحث شده است. منتها یک نویسنده به مشروعیت جهاد ابتدایی و دیگری به عدم مشروعیت آن رسیده است. گفتنی است این نوع بحث کردن نسبت به مسئله مهمی مانند جهاد ابتدایی چندان صحیح و دقیق نیست؛ همان‌طور که در مقاله «روش‌شناسی استنباط احکام جهاد»، این نوع بحث کردن مورد نقد قرار گرفته است. دلیلش هم این است که چنین روشی ثمره عملی ندارد و هر دو نویسنده نمی‌توانند به ملزومات نظرهای خود مقید باشند و در تحلیل نهایی، نتیجه بحث عقیم و بی‌فایده می‌شود. بدین منظور باید در رابطه با آیات جهاد، اصولی را از قرآن استنباط کرد. یکی از اصول مهمی که از قرآن برداشت می‌شود، اصل مهم «عدم تعدی» است. در آیه ۱۹۰ سوره بقره آمده است «و قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَ لَا تَعْتَدُوا...» و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند، نبرد کنید و از حد تجاوز نکنید...».

بر اساس این آیه شریفه، جهاد همواره باید مصداق عدم اعتدا، عدم عدوان و عدم تعدی باشد.

در آیه دیگر خداوند متعال می‌فرماید «و قَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً...» و با آنها پیکار کنید تا فتنه باقی نماند (بقره/۱۹۳).

ممکن است فقیهی قائل شود که آیات مربوط به جهاد ابتدایی را باید بر اساس این اصول تفسیر کرد و گفت نفی مشروعیت جهاد ابتدایی به صورت مطلق صحیح نیست؛ چنان‌که اثبات وجود جهاد ابتدایی به صورت مطلق صحیح نیست؛ بلکه باید اقتضائات را در نظر گرفت و بر اساس آن حکم کرد.

بحث و نتیجه‌گیری

درباره روش‌شناسی استنباط گزاره‌های فقه امنیت دو نظر و دو رویه وجود دارد. برخی معتقدند شیوه استنباط گزاره‌های فقه امنیت با دیگر گزاره‌های فقهی تفاوت چندانی ندارد و استنباط گزاره‌های فقه امنیت از قرآن، حدیث، عقل و اجماع با استنباط گزاره‌های فقه طهارت و صلوات فرق نمی‌کند. در مقابل، برخی معتقدند استنباط گزاره‌های فقه امنیت با دیگر ابواب فقه تفاوت‌هایی دارد.

با بررسی شیوه‌های استنباط در مسئله فقه امنیت می‌توان الگویی برای مطالعات فقهی در زمینه الزام حجاب توسط حاکمیت ارائه داد؛ زیرا عموم استدلال‌کنندگان چه در بعد اثباتی قضیه و چه در بعد سلبی قضیه، از روش استنباط احکام فردی و عبادی استفاده می‌کنند درحالی‌که در صورت استفاده از شیوه استنباط متفاوت با احکام فردی و عبادی در این مسئله، نتیجه متفاوت و متناسب با زمان حاصل شود.

کتابنامه

- قرآن کریم.
انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، الف). کتاب الطهارة. قم: کنگره.
انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، ب). المکاسب. قم: کنگره.
باغبانزاده، محمدرضا (۱۳۹۳). جهاد در اندیشه سیدقطب. سراج منیر، شماره ۱۵، ۲۷-۵۰.
برزگر، مهدی (۱۳۹۲). مقایسه‌ای تحلیلی میان دو روش اجتهادی متفاوت. مجله فقه اهل‌بیت (ع)، سال ۱۹، شماره‌های ۷۵ و ۷۶.
پورعلی، یاسین؛ و مردانی، مهدی (۱۳۹۷). علو مضمون در حدیث؛ کارکرد و شاخصه‌ها. مجله حدیث حوزه، شماره پیاپی ۱۶، ۵۹-۸۰.
حرعاملی (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
حکیم، محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
خمنی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). المکاسب‌المحرمة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
ربانی، محمدحسن (۱۳۷۲). روش فقهی و حدیثی شهید اول. مجله فقه دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
ربیعی فر، احمد (۱۳۹۴). جریان‌شناسی القاعده. پایگاه تخصصی وهابیت‌پژوهی و جریان‌های سلفی.

- سیدرضی، محمدبن‌الحسین (۱۴۱۴ق). *نهج‌البلاغه*. قم: هجرت.
- شهید اول، محمدبن‌مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس‌الشرعیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: مکتب‌الداوری.
- صافی، فاطمه (۱۳۹۷). *بررسی تطبیقی روش فقهی صاحب ریاض و صاحب جواهر*. قم: مؤسسه آموزش عالی حوزوی معصومیه.
- علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکرة الفقهاء*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم‌السلام).
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۱). *فقه و عقل*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- علیدوست، ابوالقاسم؛ و لطفی، محمدجواد (۱۳۹۹). *مقایسه روش اجتهادی صاحب جواهر و محقق خویی*. جستارهای فقهی و اصولی، شماره ۱۹، ۱۶۸-۱۳۹.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۱). *روش‌شناسی اجتهاد*. *مجله پژوهش‌های فقهی تا اجتهاد*، سال اول، پیش‌شماره ۳، ۳۶-۲۹.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۵). *قرآن و مشروعیت جهاد ابتدایی*. *مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵، ۴۹-۱۳.
- فرج، محمدعبدالسلام (۱۳۹۵). *الجهاد فريضة الغائبه*. بی‌جا.
- قائینی، محمد (۱۳۹۵). *بررسی ادله قرآنی جهاد ابتدایی*. *مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵، ۸۷-۵۱.
- کلینی، محمدبن‌یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- گروهی از نویسندگان (۱۳۹۵). *دوفصلنامه قرآن، فقه و حقوق اسلامی*. شماره ۵، قم: انجمن فقه و حقوق اسلامی حوزه علمیه.
- گروهی از نویسندگان (۱۳۹۹). *جستارهای فقهی و اصولی*. شماره ۱۹، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی «نقش زمان و مکان در اجتهاد»*، مصاحبه «نقش زمان و مکان و حکم عقل در اجتهاد»، تهران.
- یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۱ق). *حاشیه‌المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.



10.30497/sj.2023.244405.1244

دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۲۷۵-۳۱۰

امکان‌سنجی تنظیم‌گری کیفری در تعزیرات از منظر فقه امامیه

محمد رضا عبدیان*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷

غلامحسین الهام**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تعیین واکنش کیفری نسبت به جرم از مهم‌ترین مراحل دادرسی کیفری است؛ به گونه‌ای که عملکرد ناصواب نظام کیفری در این مرحله نه تنها سبب اتلاف هزینه می‌شود، بلکه زمینه را برای بی‌اعتمادی عمومی نسبت به مشروعیت نظام قضایی فراهم می‌کند و آن را در به دست آوردن اهدافش ناکام می‌گذارد. گسترده بودن دامنه کیفرهای تعزیری نسبت به دیگر کیفرهای قانونی، توجه به مقوله تنظیم‌گری در آن‌ها را جایگاه ویژه‌ای می‌بخشد. تنظیم‌گری کیفری حرکت از پاسخ‌های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم، به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به طوری که نوع مجازات‌ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزه‌کار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب‌های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه‌دیده و توجه به درخواست‌های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی‌های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند. پیشینه تعزیر در نظام کیفری ایران حاکی است که به علت عدم بهره‌برداری از مفهوم تنظیم‌گری در فرایند کیفری و ایجاد محدودیت برای قاضی در این باره، الگو و ضابطه مشخصی درباره فرایند تعیین کیفر مناسب وجود ندارد. در این پژوهش ضمن واکاوی مفهوم تنظیم‌گری، امکان‌سنجی تطبیق آن با مبانی شرعی از قبیل قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، قاعده «ملازمه اذن در شیء» و... به واسطه اجراسازی آن در نظام کیفری و در نهایت، پیش‌بینی کانون مستقل تنظیم‌گری کیفر مورد مذاقه قرار می‌گیرد. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی بوده و در جمع‌آوری منابع، روش کتابخانه‌ای اتخاذ شده است.

واژگان کلیدی

تنظیم‌گری؛ تعزیر؛ تناسب؛ کیفردهی.

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
(نویسنده مسئول).
m.abdian@ut.ac.ir

Dr.elham@ut.ac.ir

** دانشیار دانشکده حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

واکنش کیفری علیه پدیده مجرمانه، تنظیم و کنترل مقتدرانه روابط اجتماعی است. تنظیم‌گری مجموعه اقداماتی است که جامعه هنگامی که ارزش‌ها و هنجارهای خود را نقض شده می‌یابد، در راستای اعاده وضع به وضعیت بهنجار انجام می‌دهد. قانون به‌مثابه ابزار با هدف تنظیم‌گری وضع می‌شود و قانونی که در تنظیم‌گری ناکارآمد است، قانونی خنثی یا مرده است (شاه‌بیگی، ۱۳۹۸، ص. ۵).

نظام عدالت کیفری در اصل تشکیل خود وابسته به نظام سیاسی است. بنابراین، گریز از مداخله ارزش‌ها و مبانی ایدئولوژی سیاسی حاکم در تشکیل سیاست کیفری به‌خصوص در حوزه جرائم تعزیری که کمیت و کیفیت آن در اختیار حاکمیت است، غیرممکن است. به دیگر سخن، در جامعه مبانی و ارزش‌هایی وجود دارد که حفاظت از آن‌ها برای ایدئولوژی سیاسی حائز اهمیت است و از این‌رو در برنامه‌ریزی‌های جنایی اعم از جرم‌انگاری، کیفرگذاری و کیفردهی، آن‌ها را مطمح نظر قرار می‌دهد (شاه‌بیگی، ۱۳۹۸، ص. ۶). در نظام کیفری ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تغییر ایدئولوژی سیاسی، حاکمیت اسلامی حمایت از احکام شرعی را وظیفه حکومت و نظام عدالت قضایی می‌دانست که این مهم در اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تجلی یافت. بر اساس همین ایدئولوژی سیاسی اسلامی، در قوانین کیفری ایران دسته‌ای از جرائم با عنوان «تعزیرات» ایجاد شد که در کوتاه سخن، مشتمل بر رفتارهای ناقض ارزش‌ها و هنجارهای ایدئولوژی اسلامی است که در قوانین مدون منعکس شده و حاکمیت برای مرتکبان آن کیفر در نظر گرفته است. این کیفر از ویژگی انعطاف‌پذیری به معنای سیال بودن آن در حداقل و حداکثر یا تنوع در نوع مجازات برخوردار است و تا حدودی مقام قضایی این اختیار را دارد که با توجه به انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم، شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیان‌بار آن، اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم، سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی، تناسب آن را متوازن کند.

ضرورت پرداختن به موضوع تنظیم‌گری کیفری به‌رغم اختیار تعیین میزان تعزیر در محدوده مصرح قانونی در ید قاضی، فقدان الگو و سازوکار عملی شفاف برای تشخیص مناسب یا غیرمناسب بودن میزان تعزیر تعیین‌شده از سوی مقام قضایی است.

به دیگر سخن، قانون‌گذار در بندهای چهارگانه ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، دادگاه را درباره توجه به انگیزه و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی متهم و چندین مؤلفه دیگر در کیفیت تعزیر محکومان مکلف کرده است، اما شیوه و ابزار چگونگی تطبیق این شرایط و نحوه کشف مجازات متناسب با مجرم، تاکنون مشخص نشده است. فقدان انسجام و قوام ساختاری در تشکیلات کیفردهی و مشخص نبودن شیوه وزن‌دهی به اطلاعات پرونده و چگونگی پردازش آن‌ها به برابری کمی، مجموعه‌ای از بی‌سامانی و بی‌ضابطگی را ایجاد کرده است. این وضعیت، ناهمسازی صدور کیفرهای متفاوت در پرونده‌های مشابه و سلیقه‌ای شدن وزن‌دهی به معیارهای قانونی و فقدان توجیه انتخاب کیفر را در پی داشته است. در این باره، توجه به برخی از آرای قضایی که در دهه اخیر صادر شده‌اند، بر اهمیت این موضوع می‌افزاید. برای مثال، درباره بزه سرقت مقرون به آزار، واکاوی برخی از آرای محاکم قضایی حکایت از این مجازات‌ها دارد؛ شش ماه حبس و ۳۰ ضربه شلاق تعزیری^۱، یک سال حبس^۲، یک سال حبس و ۵۰ ضربه شلاق تعزیری^۳، دو سال حبس و ۵۰ ضربه شلاق تعزیری^۴، سه سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق تعزیری^۵، چهار سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق تعزیری^۶، پنج سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق تعزیری^۷، ۱۰ سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق تعزیری^۸، ۱۵ سال حبس و ۷۴ ضربه شلاق تعزیری^۹. این در حالی است که «شفافیت در تعیین کیفر»^{۱۰} موضوعی پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی است. نظریه تنظیم‌گری که برخاسته از علم اقتصاد و سیاست‌گذاری‌های کلان دولتی در دانش مدیریت است، مبین به‌کارگیری سازوکارهای شفاف نظم‌دهنده و اصلاح‌کننده یک سیستم برای تحقق اهداف حاکمیت است که امکان اقتباس آن در دانش حقوق و نظام عدالت قضایی ممکن است (یاوری، ۱۳۹۳، ص. ۶۳۱). با توجه به آنچه در سطور پیشین مبنی بر لزوم مطابقت برنامه‌ریزی‌های جنایی و سیاست‌های کیفری با ایدئولوژی حاکم بر جامعه اشاره شد، ضمن تحلیل و واکاوی مبانی شرعی تعزیر و تطبیق نظریه تنظیم‌گری با این مبانی، پیشنهاد تأسیس نهاد تنظیم‌گر در نظام عدالت قضایی به‌عنوان برآمد و دستاورد تحقیق ارائه می‌شود.

۱. پیشینه پژوهش

در پژوهش‌ها درباره کیفردهی، در خصوص تعیین کیفر، فلسفه کیفر، چرایی آن و همچنین، تئوری‌های حاکم بر تعیین مجازات^{۱۱} تحقیقات گوناگونی صورت گرفته است. دسته‌ای از پژوهش‌ها نیز به بررسی رهنمودهای تعیین کیفر و تطبیق آن با دیگر نظام‌ها پرداخته‌اند؛ با این توضیح که با مطالعه تطبیقی دیگر نظام‌های حقوقی از جمله انگلستان و تشریح اصول راهنمای تعیین کیفر در فرایند دادرسی کیفری آن کشور، پیشنهاد اجراسازی آن در نظام حقوقی ایران ارائه شده است. بررسی‌های صورت‌گرفته نشان از این دارد که درباره ارائه الگوی تنظیم‌گری در کیفردهی تعزیری و پیاده‌سازی مفهوم تنظیم‌گری در عرصه ادبیات حقوق جزا، تحقیق و پژوهش مستقلی صورت نگرفته و استفاده از نهاد تنظیم‌گری با توجه به خاستگاه آن، بیشتر در حوزه‌های اقتصادی و حکمرانی بوده است؛ البته گفتنی است درباره جرائم منافی عفت به‌طور خاص و توجه به امکان ایجاد فرایند تنظیم‌گری پاسخ‌گو در واکنش به این جرائم^{۱۲} پژوهشی صورت گرفته است؛ به‌گونه‌ای که با ایجاد ترتب در پاسخ‌های کیفری از واکنش‌های ترمیمی به سمت واکنش‌های سخت‌گیرانه، از اعمال مجازات صرف نسبت به مجرمان این دسته از جرائم جلوگیری شود. بنابراین، پژوهش حاضر دارای نوآوری است که مدافه در مبانی شرعی و بومی‌سازی ایده تنظیم‌گری با مبانی ایدئولوژی سیاسی حاکم بر کشور، بر بدیع بودن آن افزوده است که در سوابق پژوهشی در دسترس، مورد مشابهی یافت نشد.

۲. مفهوم تنظیم‌گری

ارائه تعریف جامع و مانع از تنظیم‌گری دشوار است. علت این است که اولاً، مفهوم تنظیم‌گری در طول زمان دچار تغییرات و تحولات بعضاً بنیادین شده که ناشی از تحول در اقتضائات زمانی و مکانی جوامع است. ثانیاً، درباره برخی مفاهیم عام که دارای گستره وسیع و متنوع هستند و از حوزه‌های غیرحقوقی وارد این دانش شده‌اند، خطر خلط مفهومی وجود دارد (یاوری، ۱۳۹۳، ص. ۶۳۱). مفهوم تنظیم‌گری از مفاهیمی است که از اندیشه‌های تنظیم‌گری در حقوق عمومی، نظریه بازی^{۱۳} در اقتصاد و سیاست‌گذاری‌های کلان دولتی در دانش مدیریت اقتباس شده است. پیش از ورود به

تعریف این مفهوم باید به این نکته اشاره کرد که در ادبیات حقوقی فارسی این حوزه، دو عبارت «مقررات‌گذاری» و «تنظیم‌گری» معادل واژه انگلیسی Regulation قرار گرفته است که شاید انتخاب معادل فارسی «مقررات‌گذاری» در آثار برخی از نویسندگان، ناشی از ترجمه تحت‌اللفظی آن در انگلیسی باشد. این در حالی است که در زبان فرانسه برای مقررات‌گذاری کلمه Réglementation به کار می‌رود. با عنایت به تعریف این مفهوم که در سطور بعدی اشاره می‌شود، اصطلاح مقررات‌گذاری به‌عنوان وضع قاعده که در مفهوم عام خود در قالب قوانین یا مقررات است و در مفهوم خاص خود به‌عنوان یک تکنیک به کار می‌رود، معادل مناسبی برای معنا و مفهوم مورد نظر نیست. براین‌اساس، انتخاب اصطلاح تنظیم‌گری درست‌تر از اصطلاح مقررات‌گذاری است. با توجه به این نکته، به تعریف مفهوم تنظیم‌گری می‌پردازیم (یاوری، ۱۳۹۳، ص. ۶۳۷).

در یک تعریف، تنظیم‌گری در معنای عام خود مبین به‌کارگیری سازوکارهای نظم‌دهنده و اصلاح‌کننده یک سیستم برای تحقق اهداف حاکمیت است که به‌صورت سنتی ابتدا در حوزه اقتصادی و با رویکرد تنظیم بازار مطرح بود، اما به‌تدریج به دیگر حوزه‌های عمومی و مسائل اجتماعی وارد شد و در حال حاضر به حکمرانی در حوزه حقوق نیز تعمیم یافته است (گروهی از نویسندگان، ۱۳۹۷، صص. ۵-۱). در تعریف دیگر، تنظیم‌گری اساساً مفهومی سیاسی-اقتصادی تلقی می‌شود و آن را ابزاری دانسته‌اند که به‌واسطه آن، دولت در پی تشویق یا هدایت رفتار تنظیم‌شوندگان است. از نگاه دیگر، تنظیم‌گری مشتمل بر استفاده از هر ابزار توسط دولت برای مداخله در موضوعی خاص (هداوند و جم، ۱۴۰۰، ص. ۹) و نیز بهره‌گیری بازیگران غیردولتی از قواعد برای تأثیرگذاری بر رفتار عوامل مؤثر در آن موضوع است. برخی از نویسندگان نیز تنظیم‌گری را هر نوع عملکرد سیستم اجتماعی دانسته‌اند که قاصدانه در پی تصمیم‌گیری، تعریف یا تنظیم وضعیت سیستم دیگر به قصد پی‌جویی خیر و منفعت عمومی است (Bora, 2017, p. 25).

۳. خاستگاه و پیشینه تنظیم‌گری

به لحاظ تاریخی نمی‌توان تنظیم‌گری را اساساً پدیده‌ای مدرن به شمار آورد. در این

راستا، می‌توان موارد متعددی از مداخلات حاکمیتی را در قرن ۱۹ در کشوری مانند آمریکا ذکر کرد. در ادبیات علمی نیمه قرن ۱۹ معروف به دوران ترقی خواهی، می‌توان شاهد نخستین تلاش‌ها برای تشکیل نهادهای تنظیم‌گر در آمریکا و شکل‌گیری اولیه مفهوم دولت تنظیم‌گر بود (Glaeser & Shleifer, 2003, p. 410).

مفهوم رسمی تنظیم‌گری به معنای گسترده امروزی، مفهومی شکل‌یافته در نیمه دوم قرن ۲۰ است. از سویی در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، هم‌زمان با توسعه و اهمیت یافتن مفاهیمی مانند حقوق اجتماعی، سلامت، امنیت عمومی و ملاحظات زیست‌محیطی، تقاضای بیشتری برای مداخله هدفمند حاکمیت در این قبیل حوزه‌ها با هدف تضمین منافع عمومی ایجاد شد. هم‌زمان با گسترش بازارهای اقتصادی و در پی آن بروز پدیده شکست بازار، نیاز به مداخله در بخش‌های مختلف اقتصادی برای کنترل پیامدهای منفی فعالیت بازار و بخش خصوصی ایجاد شد. در این راستا می‌توان مشاهده کرد که عموم اقتصاددانان برجسته از نحله‌های مختلف اقتصادی، مقوله تنظیم‌گری را البته با تفاسیر خاص خود مورد توجه قرار داده‌اند (گروهی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ص. ۶).

از سوی دیگر، نحله دیگری از محققان با رویکردی حقوقی و جرم‌شناسانه، ریشه ظهور تنظیم‌گری را در بخش جرائم شرکتی جست‌وجو کرده‌اند. به صورت سنتی، بسیاری از جرائم شرکتی و جرائم رخ داده در بازارهای تجاری، در قالب‌هایی به جز جرائم معمولی و با عنوان «جرائم یقه‌سفیدان»^{۱۴} مورد توجه و بررسی دادگاه‌ها و جرم‌شناسان قرار می‌گرفته است. با توجه به پیچیدگی‌های مربوط به جرائم تجاری و شرکتی و مشکلات مربوط به پیگیری قضایی این‌گونه جرائم و بعضاً غیرممکن بودن جبران خسارات وارده در مواردی که جرم صورت گرفته منجر به تضییع گسترده اموال و حقوق عمومی شده یا آثار خارجی زیادی به همراه داشته، پیگیری این‌گونه جرائم در نظام قضایی با دشواری همراه است. برای مثال، زمانی که جرم صورت گرفته خسارات زیادی را در قالب تضییع اموال عمومی به همراه داشته باشد، هرچند فردی در دادگاه مجرم شناخته و تنبیه شود، اما امکان بازگشت حقوق تضییع شده به صاحبان آن وجود نخواهد داشت. این مشکلات در طول زمان، نیاز به ایجاد نظام حاکمیتی خاص با رویه‌های پیشگیرانه و برخوردار از قابلیت‌های مقررات‌گذاری با حداقل امکان تخطی از آن‌ها را پررنگ کرد (Glaeser & Shleifer, 2003). در این نگاه، تنظیم‌گری پاسخی «اجرایی و سیاستی» به ناکارآمدی نظام «حقوقی-قضایی» شمرده می‌شود

که به صورت مکمل زمینه اعمال حکمرانی را بر فعالان خصوصی فراهم می‌آورد (Braithwaite, Coglianese, & Levi-faur, 2007, p. 3).

۴. سطوح تنظیم‌گری

تنظیم‌گری دارای دو سطح گوناگون است. سطح نخست، سطح عام تنظیم‌گری به معنای تنظیم الزام‌آور رفتار اجتماعی است. در این معنا، تنظیم‌گری به تمشیت و سامان‌دهی کلی زندگی اجتماعی، با اتکا به اقتدار سیاسی اشاره می‌کند. درحقیقت، مفهوم عام تنظیم‌گری را در نوشته‌های نظری حقوقی برای اشاره به چیستی قانون و نظام حقوقی به کار می‌برند (Baldwin & Cave, 2013, pp. 19-20).

افزون‌بر مفهوم عام تنظیم‌گری، این گزاره در مفهوم خاص حقوقی خود، الگوواره (پارادایم) جدیدی است که ناظر بر الگوی خاص اداره امور عمومی با مجموعه‌ای از روش‌ها و ابزارهای خاص است. در تعریف تنظیم‌گری کیفری این‌گونه گفته شده است که مجموعه اقدامات و سازوکارهایی است که جامعه، هنگامی که ارزش‌ها و هنجارهای خود را نقض شده می‌یابد، در راستای اعاده وضع سابق (وضعیت بهنجار) انجام می‌دهد (Braithwaite, 2002, 11).

آنچه در تنظیم‌گری کیفری مورد تأکید است، حرکت از پاسخ‌های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به‌گونه‌ای که نوع مجازات‌ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزهکار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب‌های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه‌دیده و توجه به درخواست‌های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی‌های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند و در یک نظام سلسله‌مراتبی از مجازات‌ها، تا زمانی که به هدف مورد نظر قانون‌گذار از جرم‌انگاری در آن حوزه نرسیده‌ایم، بتوان مجازات‌ها را شدیدتر یا خفیف‌تر کرد (Ayres & Braithwaite, 1995, p. 107). از این رو تنها شامل اقدامات سلبی نمی‌شود، بلکه مجموعه‌ای از سیاست‌های حمایتی و تحدیدگرانه را دربردارد که نهادهای گوناگون مقبولیت‌یافته در جامعه، در پی انطباق رفتارهای کنشگران خود با هنجارهای مقبول و مشروع، این سیاست‌ها را اعمال می‌کنند. بنابراین، می‌توان ابزارهای تنظیم‌گرانه

را اخلاق، مذهب، آداب و رسوم قومی و محلی و قانون معرفی کرد که هر کدام خصوصیات تنظیم‌گرانه و کنترل‌کننده دارند (شاه‌بیگی، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۸). در این سطح از تنظیم‌گری، سه وجه افتراق عمده و بنیادین نسبت به تنظیم‌گری در سطح عام به چشم می‌خورد.

الف. بازیگران این عرصه افزون بر حضور دولت و اجزای آن در امر تنظیم‌گری، بخش خصوصی اعم از شهروندان و نهادهای غیردولتی هستند.

ب. از نظر نظام حاکم بر تنظیم‌گری کیفری، تنها حقوق سخت مشتمل بر قوانین و مقررات جاری، قواعد بازی را تعیین نمی‌کند، بلکه حقوق نرم نیز جای خود را در این عرصه باز کرده است. مراد از این حقوق، نهادهای غیرالزام‌آوری است که درک دستگاه قضایی را از قواعد و مقررات الزام‌آور تفسیر و تمایلاتی را در نظام عدالت قضایی درباره رفتار مناسب و منطبق با حقوق سخت ایجاد می‌کند (محمودی، ۱۳۹۵، ص. ۸۶).

ج. از حیث شیوه‌ها و ابزارهای تنظیم‌گری نیز اولاً، تنوع و تکثر بسیاری در نظر گرفته شده و ثانیاً، ابزارهای تنبیهی برخورد با مجرم دارای طیف و سیر صعودی است (یاوری، ۱۳۹۳، ص. ۶۳۵).

۵. اقسام تنظیم‌گری کیفری

شکل و اقسام الگوهای تنظیم‌گری وابسته به میزان مداخله حاکمیت است. از این رو ممکن است نظام قضایی همه وظایف دارای ظرفیت تنظیم‌گری در عرصه قضایی را به نهادی غیردولتی واگذار کند. از سوی دیگر، ممکن است به صورت درون‌زا، قوه و دستگاه قضایی خود رأساً اقدام به تنظیم‌گری کند. از این رو اقسام متعددی در تنظیم‌گری کیفری شکل گرفته است که در ادامه اشاره می‌شود.

۵-۱. تنظیم‌گری حاکمیتی^{۱۵} (رسمی)

در این الگو، حاکمیت مستقیماً مقررات‌گذاری می‌کند و وظیفه پیاده‌سازی آن را بر عهده می‌گیرد. همه نهادها و بازیگران عرصه قضا نیز ملزم به تبعیت از مقررات حاکمیت هستند. با توجه به لازم‌الاجرا بودن مقررات در این الگو، حاکمیت می‌تواند در برابر عدم تبعیت از آن‌ها، وضع و اعمال مجازات کند. از این رو مسئولیت مستقیم

تنظیم‌گری متوجه دستگاه قضایی خواهد بود. گفتنی است در دیگر الگوهای تنظیم‌گری نیز درنهایت، قوه قضائیه مسئولیت تضمین نفع و نظم عمومی را بر عهده دارد، اما این مسئولیت محدود و تنها در قبال خروجی‌های کلان و بلندمدت فرایند تنظیم‌گری خواهد بود؛ اگرچه در شرایطی که حاکمیت مسئولیت مستقیم تنظیم‌گری را بر عهده بگیرد، در مورد همه اجزای آن پاسخ‌گویی مستقیم خواهد داشت (امامیان، ذوالفقاری، زمانیان، و محمدزاده، ۱۴۰۰، ص. ۱۰۳).

۲-۵. تنظیم‌گری تحت نظارت^{۱۶}

در این الگو، نظام قضایی به‌عنوان مسئول اصلی تنظیم‌گری در جرائم و اقدامات بزهکارانه، اقدام به تشکیل یک سازمان غیرحاکمیتی و واگذاری وظایف تنظیم‌گری بدان می‌کند. نهاد تنظیم‌گر که عموماً شکل‌گیری و تفویض اختیار به آن بر اساس قانون است، ضمن برخورداری از استقلال، تحت نظارت مداوم قوه قضائیه قرار دارد و تصمیم‌گیری‌ها توسط آن یا به‌صورت مشترک با قوه مربوط یا با تأیید آن انجام می‌شود. این نهاد در قبال مجموعه‌های نظارتی دستگاه قضایی پاسخ‌گوست و بسیاری از اقدامات خود را با تأیید آن اجرایی می‌کند (امامیان، ذوالفقاری، زمانیان، و محمدزاده، ۱۴۰۰، ص. ۱۰۴).

۳-۵. تنظیم‌گری تأییدی^{۱۷}

در این الگو، نقش نظام قضایی در انتهای زنجیره تنظیم‌گری قرار دارد و به‌صورت پسینی است. در واقع، نقش حاکمیت تنها تأییدکننده تصمیمات اتخاذی تنظیم‌گر است. در این الگو، وظیفه حاکمیت نظارت بر فرایند تنظیم‌گری و ایجاد پشتوانه اجرایی و حقوقی تصمیمات نهاد خودتنظیم‌گر از طریق تأیید یا تصویب آن‌ها خواهد بود. همچنین حاکمیت می‌تواند در خصوص اعضای حاضر در نهاد تنظیم‌گر موافقت یا مخالفت و در واقع نقش و توکننده را در آن ایفا کند (امامیان، ذوالفقاری، زمانیان، و محمدزاده، ۱۴۰۰، ص. ۱۰۴).

۶. تنظیم‌گری در نظام عدالت قضایی ایران

در نظام قضایی ایران، تاکنون موضوع تنظیم‌گری به‌عنوان مسئله محوری ایفای نقش نکرده است. برخی با این تصور و تحلیل که نهاد تنظیم‌گری از نظام مبتنی بر منطق سلسله‌مراتب عمودی هنجارهای حقوقی به سوی نظام شبکه‌ای با حضور هنجارهای

متعدد و متنوع بدون معیار و چهارچوب مشخص در تعیین نقش و جایگاه آن‌ها کنشگری می‌کند، از آن به ناهنجاری اجتماعی (آناشری) تعبیر کرده‌اند و آن را مانعی در اعمال ابزارهای کلاسیک در اجرای قانون و مداخله قضایی از جانب حاکمیت توصیف می‌کنند (Delmas-Marty Mireille, 1998) و چه بسا همین نگرش به مسئله تنظیم‌گری موجبات بی‌توجهی دستگاه تقنینی و قضایی به نهاد یادشده در نظام عدالت کیفری ما را فراهم آورده است.

نهاد تنظیم‌گری در نظام عدالت کیفری، بدین مفهوم که بازیگران عرصه عدالت به‌خصوص مقام قضایی، این صلاحیت را داشته باشند که درباره چگونگی تعیین کیفر، رجوع به غیر داشته باشند تا با همکاری دیگر خبرگان بتوانند کیفر متناسب و غایتمند را به منصفه ظهور برسانند، نوعی سیاست‌گذاری قضایی است که تعیین‌کننده مجازات (دادرسی) و همچنین، مجری مجازات (دادستان)، نقش مستقیم در این سیاست‌گذاری دارند. در نظام حقوقی ما، تنظیم‌گری در نظام قضایی و ارزیابی آثار آن به‌واسطه تعیین هزینه‌ها و فواید، با وجود آزادی عمل مقام قضایی از جمله دادستان، مغفول باقی مانده است درحالی‌که حقوق کیفری، سیاست‌گذاری اجتماعی وسیع است که خود نهادی تنظیم‌گر در مقیاس عام شمرده می‌شود و از این قابلیت برخوردار است که نهادهای تنظیم‌گر کوچک‌تری را در دامنه خود تعریف کند؛ به‌گونه‌ای که با تأسیس نهاد تنظیم‌گر کیفر و استفاده از نیروی انسانی کارآمد و در اختیار قرار دادن اطلاعات فوق به آنها و تحلیل و آسیب‌شناسی اطلاعات و گزارش‌های آماری پیشین و توجه به مقوله هزینه-فایده اجرای یک مجازات که ناشی از تصمیمات قضایی اتخاذی در پرونده‌های سابق است، نه تنها سبب کاهش اطاله دادرسی می‌شود، بلکه قاضی را در تعیین مجازات متناسب و هدفمند چه از لحاظ کمی و چه از لحاظ کیفی رهنمود می‌سازد. این در حالی است که در وضعیت کنونی، گزارش‌های ضعیف و ناقصی از تحلیل آسیب‌ها و فواید رویکردهای خاص اجرای قوانین کیفری در نظام قضایی کشور ما وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که از طریق آن بتوان موفقیت یا عدم موفقیت سیاست‌گذار کیفری در دستیابی به اهداف خود را به دست آورد. از این‌رو تاکنون بهره‌چندانی از ترکیب مقوله تنظیم‌گری در مدیریت حقوق کیفری وجود نداشته است.

۷. رابطه تنظیم‌گری با اصل فردی‌سازی مجازات

اصل فردی‌سازی مجازات‌ها به‌عنوان یکی از اصول مترقی حاکم بر آن‌ها که استثنایی سهل و ممتنع بر اصل قانونی بودن مجازات‌هاست، به معنی اعمال و اجرای مجازات متناسب با شخصیت و ویژگی‌های جسمی، روانی و اجتماعی فرد مجرم است که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی یا خصوصیات مجنی‌علیه از طرف مقنن پیش‌بینی شده است که هدف تشکیلات کیفری از به کار بستن این اصل، رسیدن به اهداف اجتماعی و فردی از جمله بازپروری و برقراری عدالت در جامعه است. قانون‌گذار در بندهای چهارگانه ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، اصل فردی‌سازی مجازات را به منصف ظهور گذاشته است. نکته حائز اهمیت اینکه، صرف توصیف اصل فردی‌سازی مجازات در متن قانون فاقد اثر است و باید ابزارها و برنامه‌های مدونی درباره اجراسازی آن در نظام عدالت کیفری مطمح نظر قرار گیرد. اصلی‌ترین ابزار معرفی‌شده در خصوص عملیاتی کردن اصل تفرید کیفری، در سال‌های اخیر در نظام کیفری ایران، تشکیل پرونده شخصیت متهم بوده است، اما باید گفت تشکیل پرونده شخصیت در مرحله تعیین کیفر که از مراحل نهایی دادرسی است، مفید و قابل استفاده است نه در مرحله تحقیقات مقدماتی؛ زیرا شناخت شخصیت متهم در تشخیص مجرمیت یا عدم مجرمیت که در بدو مواجهه دستگاه عدالت کیفری با وی اتفاق می‌افتد، تأثیری ندارد، بلکه تأثیر آن در تعیین نوع و میزان کیفر قابل ملاحظه است. این ایراد ناشی از عدم تقطیع دادرسی کیفری به مراحل «تعیین مجرمیت یا عدم مجرمیت» و «تعیین کیفر» در نظام حقوقی ایران است^{۱۸} که منجر به ناکارآمدی برخی ظرفیت‌ها از جمله تشکیل پرونده شخصیت شده است. از این‌رو شناخت شخصیت متهم و اخذ گزارش‌های متعدد درباره وی در مرحله تحقیقات مقدماتی که ممکن است در نهایت، در دادگاه منجر به صدور رأی برائت برای او شود، موضوعی زائد است (پاراحمدی و آریانی، ۱۳۹۹، ص. ۳۰). از این‌رو رابطه تنظیم‌گری با اصل فردی‌سازی مجازات، رابطه موضوع و مصداق است و می‌تواند مصداقی نوین و تجلی نوظهور از اصول کیفری از جمله اصل فردی‌سازی باشد.

با توجه به آشنایی با مقوله تنظیم‌گری و مراد ما از این مفهوم در عرصه ادبیات

حقوق کیفری، لازم است تا با مذاقه در مبانی شرعی و عرضه این موضوع به قواعد فقهی موجود در مبانی اسلامی، همگن یا ناهمگن بودن آن تبیین شود تا در صورت عدم مغایرت آن با مبانی شرعی کیفردهی در خصوص تعزیرات، الگوی مطلوب مدنظر نیز ارائه شود.

۸. مبانی شرعی تنظیم‌گری کیفری

دین مبین اسلام متضمن قواعد فقهی جزایی متعدد و متنوعی است که با تأمل ژرف در این قواعد می‌توان تطبیق آن‌ها با مقتضیات زمانی را تشخیص داد و با کاربست آن‌ها، نتایج مطلوبی در راستای اهداف کیفردهی تعزیری در شریعت اسلامی به دست آورد. از این رو با بررسی این اصول و قواعد و تحلیل آن‌ها با محوریت کیفردهی تعزیری، به تبیین موضوع می‌پردازیم.

۹. قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»

برخلاف دیدگاه‌های اجتهادی مبتنی بر «فقه شخصی» که گزاره «التعزیر بما یراه الحاکم» را فقط ناظر به باب جزاییات و مربوط به موارد محدود عدم حضور پاسخ‌های حدی شرعی به بزه یا عدم امکان اجرای آن و موارد محدود دیگر می‌داند، در دیدگاه اجتهادی مبتنی بر «فقه حکومتی»، این قاعده ناظر بر اثبات اجتهاد استصلاحی امام و حاکمیت اسلامی است که تمام هویت ثابت ساختار فقه اسلامی را قابل انطباق با شرایطی می‌داند که در تغییر دائمی هستند (شاگری، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۲). در ابتدا، مبانی روایی این قاعده فقهی مورد اشاره قرار می‌گیرد و سپس با واکاوی الفاظ و عبارات تصریح‌شده در این قاعده، با بینشی متفاوت از آنچه تاکنون در خصوص قاعده مانحن فیه وجود داشته و آن را محدود به مفهوم مضیق تعزیر کرده است، از این قاعده در راستای ارائه ایده تنظیم‌گری کیفری استفاده می‌شود.

۹-۱. مبانی روایی

این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده (شایق و شایق، ۱۳۹۷، ص. ۶) و در کتاب فقهی هم به شکل‌های مختلفی از جمله «التعزیر بما یراه الحاکم» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۱۶۹) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید، بی‌تا، ۷۷۶) و مانند این‌ها بیان شده است. از این رو

تنها روایاتی که این قاعده از آن‌ها اصطیاد شده است، مورد اشاره قرار می‌گیرند. الف. عن سماعه قال «سألته عن شهود الزور قال فقال يجلدون حدا ليس له وقت و ذلك الى الامام و يطاف بهم حتى يعرفهم الناس (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۴۱)؛ از امام (علیه‌السلام) درباره شهود زور پرسیدم. ایشان در پاسخ فرمودند به اندازه‌ای که مقدار معین ندارد، تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند».

ب. عن حماد بن عثمان قال «قلت لابي عبدالله (عليه السلام) كم التعزير؟ فقال دون الحد قلت و كم ذلك قال قال علي قدر ما يرى الوالي من ذنب الرجل و قوة بدنه.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۴۱).

در هر دو روایت بالا، اختیار اندازه تعزیر به والی و امام واگذار شده است. در میان متون فقهی نیز این موضوع منعکس است. چنان‌که شهید ثانی می‌نویسد «والتعزير الثابت على الفاعل موكول الى نظر الامام (عليه السلام) او من قام مقامه (شهيد ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۳۸۹). علامه حلی می‌نویسد «التعزير يجب في كل جناية لا حد فيها و تقديره بحسب ما يراه الحاكم» (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، صص. ۴۱۰ و ۴۱۱). همچنين، شيخ طوسي بيان می‌دارد «التعزير موكول الى الامام، لا يجب عليه ذلك، فان رأى التعزير فعل، و ان رأى تركه فعل» (طوسی، ۱۳۸۷، ص. ۶۹). مرحوم خوانساری نیز می‌نویسد «والظاهر ترتب التعزير على الكبائر بنحو الجواز للحاكم او بنحو اللزوم» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷، صص. ۲۲۸-۲۳۳).

با توجه به پیچیدگی‌های امروزی در مقوله کیفرگذاری و کیفردهی و لزوم توجه به این موضوعات در حاکمیت اسلامی به دلیل ارتباط مستقیم آن با مصالح پنج‌گانه دین، نسب، عقل، نفس و مال، تنها نگاه حداقلی مبنی بر اختیار حاکم در تعیین میزان تعزیر به قاعده فقهی «ما نحن فيه» راهگشا نیست و چنانچه با بینش غایی به آن توجه کنیم، می‌توان از این ظرفیت فقهی در راستای تعالی‌سازی نظام کیفردهی بهره برد و «رأی» حاکم را مشتمل بر تدابیر و سیاست‌های حاکم بر کیفردهی در تعزیرات دانست. در ادامه، ضمن تبیین مفردات موجود در این قاعده فقهی، استدلال خود درباره بهره‌مندی

از قاعده فقهی «ما نحن فیه» در موضوع را بیان خواهیم کرد.

۱۰. معنای لغوی تعزیر

ارباب لغت برای ماده «تعزیر» هشت معنی مختلف گفته‌اند که همه به یک ریشه بازمی‌گردد. این معانی عبارت از منع کردن، ملامت و سرزنش کردن، ضرب شدید، ضرب کمتر از حد شرعی، تأدیب، یاری کردن به کمک اسلحه، بزرگداشت و احترام و یاری با زبان است. با دقت کمی روشن می‌شود تمام این معانی هشت‌گانه به همان «منع» بازمی‌گردد؛ زیرا «ضرب» چه به‌طور مطلق باشد یا مقید به اینکه کمتر از حد شرعی باشد، یکی از راه‌های منع مجرمان از تکرار گناه و همچنین، منع دیگران از ارتکاب آن است. «ملامت» و «سرزنش» نیز معمولاً برای جلوگیری از تکرار کاری است. «بزرگداشت» و «احترام» و نیز «یاری کردن با اسلحه یا زبان» نیز نتیجه‌اش منع از مزاحمان، بدخواهان و دشمنان است؛ هرچند بعضی دیگر از ارباب لغت، ریشه اصلی را «یاری کردن توأم با تعظیم» دانسته‌اند و تأدیب و ضرب و مانند آن را نوعی کمک و همکاری با مجرم و گنهکار می‌دانند؛ زیرا او را از کارهایی که به زیان خودش است، بازمی‌دارد و در راه حق و عدالت یاری می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ص. ۱۵؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۶۴). نکته حائز بیان در راستای تکمیل مباحث پیشین این است که در معناشناسی تعزیر، عبارت «مره بعد مره» یا «مره بعد آخری» است. بدین معنا که تعزیر، تدبیر مستمر، تدریجی و غیرمنتقطع است. از این رو صرف اعمال تعزیر و کیفر بر مجرمان دلالت تام معنایی تعزیر ندارد. همچنین، موضوع مورد توجه دیگر در معنای لغوی تعزیر، اعمال تعزیر از موضوع اقتدار و سلطه است (ابن اثیر، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۲۲۸؛ طریحی، ۱۳۶۲، ج ۳، ص. ۲۶۹).

۱۱. معنای اصطلاحی تعزیر

با توجه به دو خصیصه مهم «تدریجی و مستمر بودن» و «اعمال سلطه و قدرت» در تعزیر که بالاتر گفته شد، اعمال اقدامات و تدابیر در حوزه رفتار فردی، اجتماعی، اقتصادی، جزایی و سیاسی همگی در ذیل مفهوم کلی تعزیر شایان گنجایش است. به‌عبارت‌دیگر، اتخاذ شیوه‌های اصلاحی و مصلحت‌گرایانه از سوی حاکم در هدایت

مردم به طریق سعادت در دنیا و آخرت، همگی در باب مفهوم کلی تعزیر می‌گنجد.

۱۲. معنای لغوی رأی

رأی در لغت دارای سه معناست.

۱. مشاهده ظاهری که از نظر لغوی بعضاً به معنای رؤیت با چشم است که دلالت بر مشاهده عینی و محسوس است (عسکری، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۴۳).
۲. علم و بصیرت که گاه به معنای تأمل و تعقل در موضوعی برای درک واقعیت و علم به آن است^{۱۹}.
۳. نظر و دیدگاه که در این معنا توجه به نظر در مسائل و امور و جمع آن، آراست.

۱۳. معنای اصطلاحی رأی

در تحلیل معناسناختی رأی در قاعده مطروحه باید گفت که مراد، «رعایت مصالح عام در سیاست شرعی» است. به عبارت دیگر، تأمل در روح شریعت با کلیت نصوص یا تأمل در مقاصد، علل و اسرار احکام، به مشروعیت و اعتبار این احکام و سیاست می‌انجامد و درنهایت، به اندیشه استصلاحی حاکم، اعتبار و مشروعیت می‌بخشد که مبتنی بر مبانی فقه امامیه، این سازوکارها منافی با وجه ثابت شریعت و احکام شرعی اولی نیست (شاکری، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۹).

۱۴. حاکم در معنای لغوی

در فقه اسلامی مفاهیم حاکم، امام، ولی، ملک، رئیس، سلطان، سائس، خلیفه و قاضی در یک معماری مفهومی مرتبط قرار می‌گیرند که ریشه معنایی اصلی این مفاهیم بر قدرت و سلطه است. فراهیدی درباره سلطان می‌نویسد «قدرة الملك» که حکایت از این دارد که اقتدار حاکم و قدرت وی، سلطان نامیده می‌شود (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۱۳). عسکری در معنای ملک اشاره می‌کند: «القادر الواسع المقدر الذی به التدبیر» که در ترجمه آن باید گفت ملک کسی است که قدرت بر تدبیر دارد (عسکری، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۴۲). در مجموع، تمام عبارات یادشده در بالا، به‌طور مشترک دارای منشأ «اقتدار و سلطه» هستند.

۱۵. حاکم در معنای اصطلاحی

تعریف اصطلاحی حاکم نیز با ویژگی «سلطه و اقتدار» تحدید و تبیین می‌شود. در فقه اسلامی، ولایت دارای اقسام متعدد است از جمله ولایت والی و استاندار، ولایت بر قضا، ولایت نظام، ولایت امور حسبه، ولایت بر صغار و مجانین و... که از فروعات ولایت عظام است. از این رو اطلاق حاکم بر هریک از این مناصب و صاحبان آن، یا از باب مجاز و اطلاق کل بر جزء است یا از باب اینکه هریک دارای سلطه و اقتدار نیابتی و غیرمباشری هستند و حاکم در قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، کسی است که با معیارهای مشروعیت دارای «اقتدار و سلطه» باشد و شرط مشروعیت اعمال این اقتدار، «ذورای و مصلحت بودن» حاکم است (نراقی، بی تا، ص ۲۲۹)

در نظام جمهوری اسلامی و در قاموس قانون اساسی ایران، امروز حاکم در قواعدی مانند «التعزیر بما یراه الحاکم» به معنای «حاکمیت» و نظام سیاسی تفکیک قواست که مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی و دیگر اصول این قانون، به چهار قوه تقسیم شده است؛ قوه مقننه، قوه قضائیه، قوه مجریه و قوای حاکمیتی زیر نظر رهبری. با این تفسیر از حاکم، قوه قضائیه که ولایت بر قضا دارد، می‌تواند در امر کیفردهی قضایی که از نظر تخصصی در اختیار آن قوه است، سیاست‌ها و تدابیر لازم در چگونگی رسیدگی کیفری برای نیل به کیفر متناسب را اتخاذ کند. از این رو بهتر است از این زمان و شاید به تعبیر دقیق‌تر، در این زمان و مکان، به جای ترجمه «تعزیر به دست قاضی است» که از قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» ارائه شده است، از ترجمه «تعزیر به دست حاکمیت و نظام تفکیک قواست»، استفاده شود (محبی، ۱۳۹۵).

بدین ترتیب، با تأمل در مفردات «التعزیر بما یراه الحاکم» می‌توان ادعا داشت که تعزیر و سیاست شرعی همان رأی استصلاحی و حکم حاکم یا تدابیر مستمر و پایدار وی در اصلاح، تعلیم و تأدیب و فراهم آوردن شرایط و زمینه‌های رشد و تعالی انسان است. شیخ طوسی نیز سیاست‌های شرعی را تدابیر لازم نسبت به امور جامعه و مراعات مصالح آن دانسته است (طوسی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۹۲). این تدابیر از سوی حاکم یا نماینده حاکم باید در راستای حفظ مصالح پنج‌گانه دین، نفس، نسب، عقل و مال باشد که تعالی و کمال الهی انسان در گروی حفظ و تحقق آن‌هاست. از این رو چنانچه

رأی حاکم، استنباطات و سیاست‌های وی برای حفظ و حمایت این مبانی و مصالح باشد، نه تنها خلاف اصول و مبانی دینی نیست، بلکه در تعالی و کمال الهی انسان نیز مؤثر است. به موازات احکام اولیه که ثابت و قطعی هستند، در راستای حفظ مصالح پنج‌گانه بالا، حاکم مجاز به اتخاذ سیاست‌هایی برای حفظ ارزش‌های پنج‌گانه است که به‌عنوان احکام ثانوی در نظر گرفته می‌شوند. از این‌رو اتخاذ تدابیری درباره جلوگیری از تعرض غیرمتناسب به عرض، نفس یا اموال مجرمان در مقام تعیین کیفر و مجازات، کاملاً در راستای قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» است و می‌توان با بینشی جدید نسبت به این قاعده، از آن به‌عنوان ظرفیتی مشروع و بالقوه در تغییر شیوه دادرسی کیفری و تأسیس نهادی تنظیم‌گر در سیستم عدالت قضایی بهره برد؛ به‌گونه‌ای که دستگاه قضایی با اتخاذ تدابیر و سیاست‌های لازمه در راستای مصالح پنج‌گانه که موضوعات محوری و اساسی در کیفردهی هستند، از ایجاد خسارت غیرمنصفانه و نامتناسب نسبت به آن‌ها پیشگیری جدی کند و عدالت به‌مثابه عنصری سیال در تمام محاکم کیفری به منصفانه ظهور بنشیند.

با توجه به آنچه درباره قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» تشریح شد، حاکمیت دارای اختیار در تعیین سیاست‌های شرعی و تعزیری است و در احکام غیرثابت شرعی به‌ویژه تعزیرات که توجه به دو عنصر زمان و مکان در آن حائز اهمیت است، می‌تواند با بینش و رأی استصلاحی خود بهترین تصمیم را درباره کیفیت کیفردهی تعزیری بگیرد. در غیر این صورت قاعده فقهی «ما نحن فیه» معنای کاربردی و پویای خود را در باب کیفردهی قضایی از دست خواهد داد؛ زیرا با تکیه بر این قاعده، دستگاه قضایی به‌عنوان آن بخش از حاکمیت که متولی موضوع قضا در حکومت اسلامی است، به‌عنوان فعال مایه‌آورد در کیفردهی قضایی عمل می‌کند و چنانچه اختیارات آن در این باره را نپذیریم، عملاً نمی‌توان صحبت از کیفر متناسب در تعزیرات کرد؛ بدین توضیح که بخش قضایی حاکمیت که عهده‌دار قضا است، چه از باب ولایت بر قضا و چه از باب ولایت بر مردم، با تشریح موضوع تعیین مجازات با متخصصان حوزه‌های علوم مرتبط با قضا، برای شناخت دقیق ابعاد مختلف زندگی مجرم و تعیین کیفر کارآمد هم برای فرد و هم برای جامعه اقدام می‌کند تا کیفردهی قضایی را تخصصی و حرفه‌ای کند. لازم به توضیح

است سپردن تعیین میزان کیفر به اشخاصی غیر از دادگاه، هیچ خدشه‌ای به اصول و مبانی شرعی و قانونی حاکم بر رسیدگی منصفانه وارد نمی‌کند، بلکه با مبانی اسلامی کیفردهی که توضیح آن در ادامه خواهد آمد، مطابقت دارد.

۱۶. قاعده «ملازمه اذن در شیء»

از دیگر ظرفیت‌های شرعی درباره اجرای تنظیم‌گری در فرایند کیفری، بهره‌مندی از قاعده «ملازمه» در اعمال کیفرهای تعزیری است. مفاد قاعده «ملازمه» عبارت است از اینکه اذن در شیء، اذن در لوازم آن است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۲۳۵)؛ البته برخی از فقیهان گاه به‌جای واژه «لوازم»، واژه «توابع» را به کار برده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۳۰ق، ج ۵، ص. ۱۴۴). این قاعده در کتاب‌های فقهی بارها مطرح یا به آن استدلال شده است و فقیهان بزرگی مانند ابن ادریس^{۲۰}، شیخ طوسی^{۲۱}، علامه حلی^{۲۲}، شهید اول^{۲۳}، شهید ثانی^{۲۴}، فخرالمحققین^{۲۵}، صاحب جواهر^{۲۶}، بحرانی^{۲۷}، یزدی^{۲۸} و امام خمینی^{۲۹} آن را به‌صورت قاعده‌ای مورد قبول در کتاب‌های خویش آورده‌اند. این قاعده در زندگی اجتماعی مورد استفاده عقلاست و شارع نیز از آن منع نکرده است. از این‌رو قاعده‌ای عقلایی و دلیل حجیت آن، استقرار روش عقلا و تقریر شارع نسبت به این روش است. در تقویت حجیت این قاعده می‌توان به قیاس اولویت و مفهوم موافقت اشاره داشت؛ بدین توضیح که زمانی که شخصی در موضوعی اذن دارد، به طریق اولی در لوازم آن نیز مأذون است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ج ۱، صص. ۲۳۶-۲۳۷). مطابق با قاعده «التعزیر بما یراه‌الحاکم»، اختیار تعیین تعزیر با حاکمیت است که بنا بر سیاست‌های شرعی خود در قلمرو تعزیر اقدام می‌کند. از سوی دیگر، بنا بر اصل تناسب جرم، مجرم و مجازات، حاکمیت باید تعزیر مناسبی را نسبت به مجرم تعیین کند. از این‌رو با عنایت به اینکه اختیار تعیین تعزیر از سوی حاکم با اصل تناسب جرم، مجرم و مجازات ملازمه دارد؛ بدین توضیح که حاکمیت در تعیین تعزیر مجرم باید اصل تناسب را مدنظر قرار بدهد و این اصل یکی از اصولی است که حدود و ثغور اختیارات حاکمیت در تعیین کیفر را مشخص می‌کند، تجلی مطلوب اصل تناسب به‌صورت عملی می‌تواند تنظیم‌گری کیفری باشد تا از این طریق، لوازم اختیار حاکمیت در تعیین تعزیر نیز به شکل مطلوب مهیا شود. از این‌رو بنا بر حکم عقل و بنای عقلا که

شارع نیز عقل کامل است، حاکمیت در لوازم و مقدمات کیفر تعزیری و چگونگی تعیین و اعمال آن نیز مأذون خواهد بود. بنابراین، حاکم در رأی خودش در تعزیرات، می‌تواند از تمام لوازم عقلی و عرفی مقتضی برای تحقق تعزیر واقعی که متناسب با مجرم باشد و منجر به اصلاح و بازپروری وی و نیل جامعه به سعادت دنیوی و اخروی شود، استفاده کند. حال چنانچه عقل و عرف تشخیص دهد که تعیین کیفر نسبت به مجرمان نیاز به استفاده از متخصصان تمام علوم مرتبط با علوم جنایی از قبیل روان‌شناسی، علوم اجتماعی، جرم‌شناسی، علوم تربیتی و... دارد و اخذ گزارش‌های لازم از آن‌ها به‌عنوان اعضای نهاد تنظیم‌گر کیفر از سوی دستگاه قضایی برای دستیابی به کیفر مناسب نسبت به مجرمان و اطمینان خاطر در این باره، از لوازم عقلی و عرفی در کیفردهی تعزیری است، نظام قضایی می‌تواند بنا بر قاعده «ملازمه اذن در شیء»، تنها تشخیص کیفر مناسب را به نهاد تنظیم‌گر سپارد تا تنفیذ و اعتبار کیفر تعیین‌شده با تأیید نهایی متولیان موضوع قضا صورت پذیرد. از این رو می‌توان اذعان داشت که بنابر قاعده «ما نحن فیه» و جمع آن با قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، حاکمیت در قضا تکلیف قائم به شخص ندارد و می‌تواند بنا بر اندیشه، تدابیر و سیاست‌های قضایی خود و بالاتر از همه مصلحت جامعه مسلمان، این موضوع را به نهاد تنظیم‌گر سپارد.

۱۷. هم‌راستایی تنظیم‌گری با ماهیت قضا در شرع

با بررسی و واکاوی در منابع فقه امامیه، سه تعریف کلی درباره ماهیت قضا مطرح شده است. در تعریف نخست، قضا را فصل خصومت میان مردم و فیصله دادن به دعوای میان دو نفر تلقی کرده‌اند (خویی، ۱۳۹۳، ص ۵). در تعریف دیگر که مشهور فقهای امامیه آن را مطرح کرده‌اند، قضا را ولایت شرعی از باب حکمیت دانسته و برای قضا شأنیت قائل شده‌اند؛ به‌گونه‌ای که هرکس شأنیت فتوا پیدا کند، شأنیت قضاوت هم خواهد داشت ولو هنوز به فصل خصومت ورود نکرده باشد (علیدوست، ۱۳۹۷ (جلسه چهارم)؛ محمدی قایینی، ۱۳۹۸ (جلسه اول)). آخرین تعریف در این باره، تعریف ارائه‌شده از سوی شهید اول در کتاب *الدروس* است که ایشان قضا را ولایت شرعی در مصالح عامه از سوی امام (اعم از معصوم و غیرمعصوم) دانسته‌اند. مراد از مصالح عامه، اجرای حدود، قصاص و تعزیرات و مواردی از قبیل رؤیت هلال ماه شوال است که

شهید اول اعتقاد دارد چنین مواردی ذیل تعریف قضا شایان گنجایش است، اما مشهور فقهای امامیه در تعریف قضا قید «مصلح عامه» را نیاورده و در مباحث کتاب القضا نیز به مثال‌های دعاوی مالی و شخصی اکتفا کرده‌اند. به عبارت دیگر، در تعریف مشهور از قضا، آن را نوعی ولایت شرعی دانسته‌اند که قاضی با داشتن این ولایت، مجاز به رفع خصومت میان متخاصمان در دعاوی بین اشخاص خواهد بود. از این رو اصل ماهیت قضا در منابع فقهی، دلالت بر مسائل جزایات نداشته و تنها به دعاوی مالی و امور شخصیه افراد محدود شده است. نکته حائز اهمیت دیگر اینکه، با پذیرش این موضوع که قضا از سنخ ولایت است، با عنایت به اصل عدم ولایت، قلمرو و تضییق ولایت یک نفر بر دیگران جز در مواد احصاشده توسط شارع، نمی‌توان گستره ولایت بر قضا را توسعه داد و مصالح عامه از جمله امور جزایی را در تعریف مشهور فقهای امامیه قرار داد (علیدوست، ۱۳۹۷ (جلسه‌های چهارم و پنجم)). با توجه به آنچه تا اینجا درباره مفهوم قضا و تعاریف موجود از آن در نظرهای فقهای امامیه گفته شد، قضاوت مصطلح امروزی در موضوع کیفری با آنچه در تعریف مشهور فقها از مفهوم قضا دایر بر رفع خصومت گفته شده است، تطبیق ندارد و قضای مصطلح فقهی با دعاوی خصوصی مردم و به اصطلاح امور مدنی مطابقت دارد، اما چنانچه کمی در مسئله چشم‌پوشی کنیم و تعریف سوم از قضا (تعریف غیرمشهور) را پذیرا باشیم و از نگاه شرعی و فقهی، جزایات را نیز در عداد گستره قضا به شمار آوریم، با اندکی ژرف‌اندیشی می‌توان به این نکته دست یافت که در قضاوت امور جزایی، تقطیع دادرسی، موضوعی دقیق و شایان توجه است. بدین معنا که در مجموع فرایند دادرسی کیفری، دو مرحله مهم تشخیص مجرمیت و تعیین کیفر از یکدیگر متمایز شوند. این شیوه دادرسی ریشه در نظام حقوقی کامن‌لا و کشور انگلستان دارد و نخستین بار در این کشور اجرا شده است (مهر، ۱۳۸۶، ص. ۵۲)؛ بدین توضیح که قاضی باید در گام نخست، مجرم بودن یا نبودن متهم را تشخیص دهد که اصل تعیین مجرمیت موضوعی کاملاً قضایی و تخصصی و قائم به شخص قاضی است، اما پس از تعیین مجرمیت افراد، در گام دوم نوبت به تعیین کیفر برای جرم ارتكابی می‌رسد^{۳۰}. تعیین کیفر که متعاقب تشخیص مجرمیت افراد است، متمرکز بر دانش حقوقی نیست و نیازمند دخالت دیگر متخصصان و صاحبان علوم از جمله جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، جرم‌شناسی و کیفرشناسی است.

از این رو چنانچه حتی بر مبنای نظر شهید اول، قضا را ولایت شرعی در مصالح عامه بپذیریم و همان‌گونه که در سطور گذشته اشاره شد، تعزیرات را زیرمجموعه مصالح عامه بدانیم، موضوع قضا در باب جزایات تنها به مرحله تشخیص مجرمیت محدود می‌شود. با ملاحظه دیگر مبانی فقهی از جمله قاعده «التعزیر بما یراه‌الحاکم» با خوانش خاصی که در این پژوهش مطرح شد، مرحله دوم دادرسی کیفری یعنی تعیین کیفر در عداد مسائل تدبیر نظام است که قائم به شخص قاضی در مبانی شرعی نیست و منع شرعی بر عدم جواز رجوع به متخصصان در حوزه کیفردهی در مبانی شرعی به چشم نمی‌خورد. از این رو کیفردهی منحصرأ در ید قاضی نیست. به عبارت دیگر، کیفر تعیین شده از سوی غیرقاضی که به تأیید او رسیده باشد و متهمی به ابرام حکم توسط او شود، دارای اعتبار شرعی است. از این رو تفکیک مراحل مجرمیت و کیفر از یکدیگر با موضوع قضا در اصطلاح فقهی خود تعارض ندارد و این شأن از شئون ولایت نیز با ایجاد نهاد تنظیم‌گری کیفری دچار خدشه نمی‌شود.

۱۸. تعامل تعزیر و نهی‌ازمنکر و آثار آن

شبهات‌های زیادی میان تعزیر و نهی‌ازمنکر در مبانی اسلامی می‌توان یافت که با تبیین این وجوه تشابه، امکان بهره‌مندی از شرایط نهی‌ازمنکر در تعزیرات نیز میسر می‌شود. نهی‌ازمنکر از واجبات بسیار مهم در دین اسلام است که به موجب آن، دیگر فرایض اقامه می‌شوند. یکی از مجازات‌هایی که در اسلام برای برخی جرائم تشریح شده، تعزیر است. برداشت از نهی‌ازمنکر می‌تواند موسع یا مضیق باشد. چنانچه معنای گسترده نهی‌ازمنکر مراد باشد، امور مختلفی مانند ارشاد، موعظه و حتی ایجاد ساختاری تنظیم‌گر برای اجرای تکالیف شرعی و زمینه‌سازی برای ترک منکر می‌تواند از مصادیق نهی‌ازمنکر باشد. در چنین حالتی، مجازات مجرم نیز مرحله‌ای از نهی‌ازمنکر است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۲؛ سلمان‌پور، ۱۳۹۱، ص. ۵۴). در مقابل، برخی معتقدند نهی‌ازمنکر در متون فقهی اصطلاحی خاص است که امکان تطابق آن با تعزیر وجود ندارد. در این نظر با وجود وجوه اشتراک میان تعزیر و نهی‌ازمنکر، وجوه افتراقی نیز میان این دو وجود دارد و تعزیر قسمی از نهی‌ازمنکر به شمار نمی‌رود و اطلاق عنوان جامع نهی‌ازمنکر بر امور قضایی و تعیین و اجرای تعزیر، تساوی مطلق این

عناوین در همه خصوصیت‌ها را نتیجه نمی‌دهد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص. ۶۴۹). براین اساس، در اجرای تعزیرات، رعایت مواردی چون حفظ ترتیب ذکر شده در نهی‌ازمنکر لزوماً واجب نیست (جاویدی و حمیدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۲).

به نظر می‌رسد نگاه موسع به مقوله نهی‌ازمنکر اقرب به صواب است. چنانچه به تصریح بعضی از فقها، اعمال تعزیر نیز می‌تواند نوعی نهی‌ازمنکر باشد؛ زیرا حاکمیت می‌تواند با دقت در شخصیت مرتکب جرم و اینکه چه نوع اقدامی می‌تواند او را از تکرار جرم بازدارد، وی را مجازات کند (اصلائی و طلابکی، ۱۳۹۴، صص. ۳۷-۳۶). از میان متقدمان، علامه حلی وجوب تعزیر را ناشی از وجوب نهی‌ازمنکر می‌داند. مرحوم فاضل هندی نیز در شرح کلام این فقیه بزرگ، بر این موضوع صحه می‌گذارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۵۴۴)؛ البته در میان متأخران، تصریح بیشتری وجود دارد. آیت‌الله مکارم شیرازی ادله وجوب امر به معروف و نهی‌ازمنکر را دلیل بر وجوب تعزیر دانسته است و مرتبه سوم نهی‌ازمنکر را همان تعزیرات می‌داند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ص. ۴۴). نتیجه اینکه، به‌رغم اختلاف‌نظرها درباره رابطه تعزیر و نهی‌ازمنکر، به نظر می‌رسد که کیفرهای تعزیری همان مرتبه‌های دوم و سوم نهی‌ازمنکر هستند. با پذیرش این نظر، رعایت شرایط نهی‌ازمنکر در تعزیرات نیز حائز اهمیت خواهد بود. مهم‌ترین این شرایط، دو شرط «عدم ورود ضرر» و «احتمال تأثیر» است که در تعزیرات نیز مانند نهی‌ازمنکر به‌عنوان شرط واجب نه شرط وجوب باید مطمح نظر قرار گیرد؛ توضیح اینکه در شرط واجب، تحصیل آن پس از تحقق شرط وجوب آن، واجب است؛ زیرا واجب بدون تحقق شرط آن، در خارج تحقق نمی‌یابد و آنچه تحقق و تمامیت واجب در خارج بسته به آن است، تحصیل آن واجب خواهد بود، اما در شرط وجوب، تحصیل آن بر مکلف واجب نیست. ازجمله شرایط واجب نهی‌ازمنکر، ایمنی از ورود ضرر محتمل ناشی از نهی‌ازمنکر و همچنین احتمال تأثیر نهی‌ازمنکر بر بزهکار است. بنابراین، لازم است قاضی درباره تعیین کمی و کیفی کیفر تعزیری دو شرط اخیرالذکر را تحصیل و با احراز این دو شرط نسبت به کیفردهی اقدام کند. با پذیرش این موضوع می‌توان تحصیل شرایط واجب اخیرالذکر را بر عهده نهادی تنظیم‌گر و خبره قرار داد؛ به‌گونه‌ای که با تشخیص کمیت تعزیر، احتمال تأثیر تعزیر مناسب اتفاق افتد و همچنین، شرط عدم ایراد ضرر، از استمرار تعزیر از یک زمان به بعد که فایده‌ای برای

جامعه ندارد، جلوگیری کند تا از این طریق امکان عدول از کیفر ناکارآمد در طول اجرای آن محقق شود.

۱۹. الگوی مطلوب تنظیم‌گری کیفر تعزیر

با عنایت به آشنایی با اصل مفهوم تنظیم‌گری و مطابقت آن با مبانی شرعی، نوبت به ارائه الگوی مطلوب در این باره می‌رسد. حکمرانی قضایی در واقعیت امروزی خود، مفهومی به‌مراتب پیچیده و چندوجهی دارد که عبور از دایره سنتی قضا و افزایش نهادهای مدنی در اجرای سیاست‌های کلان قضایی، مستلزم ارائه مدلی تعاملی در موضوع کیفردهی است. این تحولات در کنار تجارب گذشته نظام قضایی ایران، ضرورت وجود الگویی تنظیم‌گر در مرحله کیفردهی را برای تضمین حقوق فرد و جامعه اثبات می‌کند. اکنون برای تبیین این الگو مطابق با نظریه تنظیم‌گری باید مشخص کرد که مداخله در مرحله تعیین کیفر باید دارای چه ویژگی‌هایی باشد، چه نواقصی را پوشش و چه ارزش‌هایی را مورد توجه قرار دهد. درحقیقت، در پی بررسی معیارهای مداخله اثربخش و جامع در حوزه کیفردهی تعزیری هستیم. این معیارها از سویی نگاه به اصول و الگوی تنظیم‌گری دارند و از سوی دیگر، مبتنی بر مبانی شرعی، غایت تعزیر و ویژگی‌های اختصاصی جرائم و کیفرهای تعزیری هستند. با عنایت به اهمیت مبانی و اهداف کیفر تعزیری در شرع، مداخله الگوی تنظیم‌گر باید مقصدگرا باشد؛ یعنی همواره اهداف قانون‌گذار را از مداخله کیفری مورد توجه قرار دهد. این ویژگی الگوی تنظیم‌گر به شرح زیر تبیین می‌شود.

۲۰. تعهد به تأمین مبانی و اهداف کیفر

بر اساس رویکرد تنظیم‌گرانه، مداخله‌های عدالت کیفری باید مبتنی بر اهدافی موجه و متناسب با نوع جرم باشد. نظام عدالت کیفری در تعزیرات در پی انتقام از بزهکاران نیست، بلکه از هر مداخله‌ای، غایت و هدفی را دنبال می‌کند. دستیابی به هدف، سبب توجیه وسیله نیست. به‌عبارت‌دیگر، هدف وسیله را توجیه نمی‌کند؛ بدین توضیح که چنانچه هدف تعزیر را اصلاح و بازدارندگی بدانیم، مبانی اسلامی اجازه تمسک به هر وسیله‌ای را برای وصول هدف تجویز نمی‌کند. درنتیجه، نمی‌توان از هر ابزار و روشی

هرچند ناروا و ناعادلانه برای رسیدن به هدف استفاده کرد. در اندیشه تنظیم‌گری، وسیله نیز در کنار هدف اهمیت دارد و اگر هدفی مانند بازدارندگی، اصلاح، بازپروری، جبران خسارت و... مطلوب است، برای دستیابی به آن‌ها نمی‌توان از هر وسیله و روشی استفاده کرد و قیودی مانند «عادلانه بودن» وسیله نیز حائز اهمیت است (شاه‌بیگی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۰).

۲۱. بازدارندگی

دفاع از بازدارندگی و وصول به آن، لزوماً استفاده از کیفرهای شدید را همراه ندارد، بلکه مهم تأمین هدف از هر طریقی است که بنابر قاعده، بتواند ما را آسان‌تر به مقصود برساند. بنابراین، در تمام جرائم تعزیری این اصل کلی حکم‌فرماست که چنانچه یکی از اهداف تعزیر بازدارندگی باشد، کاربست وسیله و روشی که هزینه کمتری نسبت به دیگر روش‌ها برای نیل به این هدف دارد، ارزشمند است؛ به گونه‌ای که با ایجاد نهاد تنظیم‌گر، اعضای آن در تعیین کیفر تعزیری با ملاحظه ابزار هزینه‌فایده، نسبت به تحقق هدف بازدارندگی درباره مجرم، اقدام به تعیین مجازات مناسب و مکفی نسبت به مجرم کنند. برای مثال، در صورت تعیین مجازات قانونی حبس برای جرمی که بزهدکار آن در فرایند دادرسی کیفری قرار گرفته است، نهاد تنظیم‌گر از سویی هزینه‌های مالی و انسانی نگهداری زندانی در زندان و همچنین، آثار نگهداشت طولانی‌مدت مجرم در کنار دیگر بزهدکاران را در زندان، با ملاحظه گزارش‌هایی که دیگر اعضا درباره وضعیت شخصیتی، خانوادگی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مجرم ارائه می‌دهند، برای تعیین میزان دقیق حبس وی مد نظر قرار می‌دهد. این نوع از بینش هزینه-فایده یعنی توجه به هزینه‌ها و فواید بیرونی (محیطی) حاصل از تعیین و اعمال مجازات است که در کنار آن باید به هزینه‌ها و فواید درونی (شخصی) مجرم نیز در زمان تعیین مجازات توجه داشت؛ با این توضیح که مجرم مبتنی بر نظریه انتخاب عقلانی، با پیش‌بینی مجازاتی که در اثر ارتکاب بزه در کمین اوست، دست به ارتکاب جرم می‌زند (Becker, 2002, pp.169-217) که نهاد تنظیم‌گر باید هنگام تعیین مجازات با اقدامات خود و حزم‌اندیشی در تعیین مجازات متناسب و دقیق، سود حاصل از قانون‌شکنی را نسبت به سود ناشی از تبعیت از قانون پایین بیاورد.

۲۲. اصلاح و بازپروری

مبنای اصلاح و بازپروری، پذیرش سوءنیت بزهکارانه مدلی است که مدلول عوامل زیست‌شناسانه و جامعه‌شناسانه و روان‌شناسانه است. بنابراین، مقابله با پدیده مجرمانه نباید با مقابله جرم مترادف باشد و مداخله‌های کنترل جرم نیز باید به‌مثابه حل مسئله و نه تنبیه صرف بزهکار معنا شوند. صرف بازدارندگی مجرمان با اعمال تعزیر نسبت به آن‌ها، تنها هدف تمسک به تعزیر نیست و بدون التفات به مقوله اصلاح و بازپروری، دستیابی به جامعه با مجرمان کم عملاً ناممکن خواهد بود (شاه‌بیگی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۵). وجود تأسیسی تنظیم‌گر به‌عنوان نهاد تعاملی میان دستگاه قضایی و مجرمان سبب می‌شود تا مجرمان احساس کنند که خبرگان متعدد علمی به تمام ویژگی‌های فردی و اجتماعی آن‌ها توجه دارند و اصلاح و بازگشت او برای حاکمیت به‌عنوان نیروی انسانی جامعه حائز اهمیت است.

با توجه به آنچه درباره مفهوم تنظیم‌گری در سطور پیشین اشاره شد و همچنین، ضرورت شفافیت در چگونگی تعیین و تشخیص مجازات متناسب نسبت با هریک از مجرمان در جرائم تعزیری و وصول به اهداف و مبانی تعزیر، می‌توان ایجاد و تأسیس الگوی تنظیم‌گر متشکل از خبرگان و متخصصان دانش‌های مرتبط با کیفر را با عنوان نهاد «تنظیم‌گر کیفر» پیشنهاد داد تا در تعیین مجازات متناسب در مرحله تصمیم‌گیری قضایی و صدور حکم محکومیت مجرمان و همچنین، در بازه اجرای کیفرهای مستمر از قبیل حبس، با ارائه گزارش‌های دوره‌ای از شرایط مجرم در صورت تشخیص حصول غایت کیفر تعزیر، نسبت به ارائه گزارش پیشنهادی خود به مراجع قضایی اقدام کنند تا به‌عنوان گزارش معتبر و تخصصی ملاک تصمیم‌گیری قضایی قرار گیرد. بدین صورت، ایجاد سیستمی تنظیم‌گر میان مجرم و دستگاه قضایی در قالب یک نهاد تخصصی و مدنی، با جذب نخبگان علوم انسانی در رشته‌های مؤثر و مرتبط با ویژگی‌های اجتماعی و فردی مجرم به‌مثابه انسان در گام نخست و شهروند در گام دوم، با ایجاد هسته‌های مختلف جرائم تعزیری، گزارش‌های دقیقی درباره پیشنهاد کیفر مناسب برای مجرم را در اختیار قضات قرار دهند تا با توجه به نظرهای کارشناسی‌شده، تلاش جدی در راستای اجراسازی واقعی اصل تناسب و پیشگیری جدی از تبدیل شدن پدیده «عدالت

اتفاقی» به بحران در نظام قضایی کشور صورت پذیرد تا مجرمان با شرایط فردی تقریباً نزدیک به هم و در جرائم مشابه، به کیفرهای مناسب محکوم شوند و در نگاه شهروندان نیز اعتماد به عدالت متجلی شود و متناسب با عنوان برآمد نهایی دستگاه عدالت قضایی ارتقا یابد. در تشریح این نهاد تنظیم‌گر باید گفت که پیشنهاد عملی این است که در هر حوزه قضایی متناسب با شرایط جمعیت کیفری و حجم پرونده‌ها، کانون مستقل تنظیم‌گری کیفر با جذب نخبگان در رشته‌های مرتبط با علوم جنایی مستقل از دستگاه قضایی تشکیل شود و درباره متهمانی که دادگاه اعتقاد به صدور حکم محکومیت و تعیین مجازات برای آن‌ها دارد، این کانون با تحقیقات و معاینات لازم، گزارش‌های موثق مرتبط با تمام ابعاد فردی، خانوادگی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی محکوم، کیفر مناسب را به دادگاه ارائه کند و در صورت تدریجی بودن جنس کیفر از قبیل حبس، ضمن رصد محکوم در زمان تحمل کیفر، در صورت احراز اصلاح و بازپروری محکوم به‌عنوان یکی از اهداف تعزیر، پیشنهاد اتمام کیفر را به دادگاه صادرکننده حکم ارائه کند تا از کیفر مضاعف و لطمات غیرمستقیم حاصل از آن جلوگیری به عمل آید. نظر به اینکه هدف از پیشنهاد تأسیس تنظیم‌گری در امر کیفردهی تحکیم بیشتر پایه‌های عدالت، شفافیت و پیشگیری از خطای قضایی است، تلقی آن به‌مثابه نهاد مشورتی صرف، منجر به فقدان کارایی این تأسیس در نظام کیفردهی می‌شود و این اجازه را به دادگاه می‌دهد که بدون التفات به گزارش‌های تنظیم‌گرانه اتخاذ تصمیم کند. از این‌رو برای جلوگیری از این مشکل، با پیش‌بینی صور مختلف تعیین کیفر، پیشنهاد خود را درباره سازوکار اعتبار گزارش‌ها و نظرهای نهاد تنظیم‌گر بیان خواهیم کرد. با عنایت به اینکه نهاد تنظیم‌گر تنها در مرحله تعیین کیفر ورود دارد و در مرحله تشخیص مجرمیت فاقد صلاحیت است، در مواردی که دادگاه اعتقاد به براءت متهم داشته باشد، به دلیل نبود کیفر، حضور نهاد تنظیم‌گر سالب به انتفای موضوع می‌شود و به‌طور منطقی از بحث خارج است. از این‌رو تنها صورتی که دادگاه اعتقاد به مجرمیت و محکومیت متهم دارد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف. حالت نخست این است که دادگاه با گزارش نهاد تنظیم‌گر درباره کم‌وکیف مجازات تعزیری موافق است. در چنین شرایطی، با توجه به نبود اختلاف، بر مبنای

گزارش و نظر نهاد تنظیم‌گر اقدام به تعیین کیفر می‌کند.

ب. حالت دوم این است که دادگاه با گزارش نهاد تنظیم‌گر درباره کم‌وکیف مجازات تعزیری مخالف است و اعتقاد به مجازات کمتر کمی یا کیفی نسبت به متهم دارد. در چنین حالتی پیشنهاد می‌شود دادگاه بر مبنای اعتقاد خویش مبادرت به تعیین کیفر کند و تنها گزارش نهاد تنظیم‌گر و پیشنهاد ایشان درباره مجازات را در پرونده ثبت و ضبط کند تا در صورت اعتراض به رأی دادگاه، پرونده همراه با گزارش نهاد تنظیم‌گر به مرجع بالاتر ارسال شود.

ج. حالت سوم این است که دادگاه با گزارش نهاد تنظیم‌گر درباره کم‌وکیف مجازات تعزیری مخالف و اعتقاد داشته باشد که کیفر قانونی شدیدتری غیر از آنچه نهاد تنظیم‌گر بیان داشته، متناسب با متهم است. در چنین حالتی پیشنهاد می‌شود دادگاه بر مبنای اعتقاد خویش و بیان دلایل استحقاق مجازات بیشتر در دادنامه، مبادرت به تعیین کیفر کند، اما پرونده را رأساً برای تجدیدنظرخواهی به دادگاه بالاتر ارسال کند تا در صورت ترجیح گزارش نهاد تنظیم‌گر از سوی دادگاه عالی، بر اساس آن تعیین کیفر شود. در چنین حالتی، جایگاه تنظیم‌گری از حالت مشورتی خارج و نه‌تنها دادگاه ملزم به احصای دلایل و استدلال خود درباره استحقاق مجازات بیشتر در خصوص متهم در دادنامه می‌شود که خود، اقدام مثبتی در راستای شفافیت کیفردهی است، بلکه عدم قطعیت رأی صادره و تکلیف دادگاه به ارسال علی‌الرأس پرونده به مرجع تجدیدنظر و احتمال پذیرش نظر نهاد تنظیم‌گر از سوی مرجع عالی، اعتبار نهاد تنظیم‌گر را حفظ می‌کند.

با توجه به آنچه گذشت، به نظر می‌رسد تبیین نهاد تنظیم‌گر در فرایند کیفردهی با ویژگی‌های اشاره‌شده در این پژوهش از قبیل ارائه دلایل استحقاق مجازات مندرج در دادنامه از سوی دادگاه و ثبت گزارش نهاد تنظیم‌گر درباره میزان کیفر مناسب با متهم در پرونده، منجر به افزایش محسوس کیفیت آرای قضایی می‌شود که همین عملاً منجر به عدم اعتراض به بخشی از آرا در مراحل بالاتر رسیدگی می‌شود و در بخش دیگر آرای قضایی نیز که مورد اعتراض قرار می‌گیرد، با توجه به وجود گزارش تخصصی نهاد تنظیم‌گر درباره مجرم و کیفر استحقاقی وی، منجر به تسریع در رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مرجع عالی می‌شود و ایشان را از بررسی جزئیات پرونده فارغ می‌کند.

از این رو نه تنها منجر به اطلاع دادرسی نمی‌شود، بلکه حتی می‌تواند درباره این موضوع نیز مفید فایده باشد.

۲۳. مقایسه نهاد تنظیم‌گری با نهاد هیئت منصفه

ممکن است این پرسش ایجاد شود که وجه افتراق نهاد تنظیم‌گر در امر کیفردهی تعزیری با هیئت منصفه چیست؟ پاسخ به این پرسش مستلزم شناخت ماهیت هیئت منصفه و مقایسه آن با نهاد تنظیم‌گر پیشنهادی در این پژوهش است.

برای جلوگیری از اطلاع سخن، پس از تعریف نهاد هیئت منصفه، صرفاً این نهاد با ویژگی‌های مقرر در قانون مطبوعات مصوب سال ۱۳۶۴ با آخرین اصلاحات مورد توجه قرار می‌گیرد و هیئت منصفه تعریف‌شده در قوانین سابق ملاک ارزیابی و مقایسه نخواهد بود و خوانندگان محترم در این باره به مطالعه دیگر تولیدات علمی ارشاد می‌شوند.

با بررسی تعاریف ارائه‌شده برای اصطلاح هیئت منصفه می‌توان دریافت که این تعاریف به‌واسطه تفاوت‌های موجود در ساختار نظام‌های حقوقی مختلف، دارای تفاوت‌هایی هستند و حتی حقوق‌دانان کشورمان نیز متناسب با تمایل خود به یکی از نظام‌های حقوقی دنیا، تعاریف مختلف و بعضاً متفاوتی را در این باره ارائه کرده‌اند. برای مثال، برخی با در نظر گرفتن نظام حقوقی حاکم بر فرانسه، در تعریف خود آورده‌اند «هیئتی که در محاکمات سیاسی و مطبوعاتی در محکمه جنایی حاضر می‌شود و رأی به مجرم یا غیرمجرم بودن متهم می‌دهد» (کاتبی، ۱۳۶۳، ص. ۲۰۴). برخی دیگر، هیئت منصفه را مجموعه‌ای از افراد عادی می‌دانند که با داشتن شرایط اخلاقی و توانایی‌های خاص و استقلال رأی و فکر، به‌عنوان نماینده افکار عمومی برای همکاری با قضات حرفه‌ای در قضاوت دعوت می‌شوند (ساعد و کیل و عسکری، ۱۳۹۴، ص. ۵۶۱). تعاریف ارائه‌شده از جانب دکترین حقوقی متفاوت است، اما از مجموع تعاریف می‌توان عناصر چهارگانه زیر را برای هیئت منصفه اقتباس کرد.

۱. غیررسمی بودن اعضا، ۲. حضور اعضا در جریان تمام دادرسی، ۳. متنوع بودن طبقات اعضا و ۴-اعلام نظر به اتفاق یا با اکثریت اعضا.
- در مواد ۳۶ تا ۴۴ قانون مطبوعات مصوب سال ۱۳۶۴ با اصلاحات بعدی، هیئت

منصفه توسط مقنن مورد اشاره قرار گرفته است. نکته حائز اهمیت این است که هیئت منصفه در قانون یادشده تعریف به موضوع نشده و در این باره تعریف به مصداق شده و قانون‌گذار مصداق هیئت منصفه و شرایط آن را برشمرده است. با مذاقه در مواد فصل ۷ قانون مطبوعات مصوب سال ۱۳۶۴ با آخرین اصلاحات و ماده ۴ قانون جرم سیاسی مصوب سال ۱۳۹۵ و اصل ۱۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشخص می‌شود اولاً، هیئت منصفه اختصاص به جرائم سیاسی و مطبوعاتی دارد و در دیگر جرائم تعزیری چنین نهادی در نظام قضایی ما وجاهت ندارد. ثانیاً، مطابق با فصل ۷ قانون مطبوعات، اعضای هیئت منصفه از عموم مردم و از طبقات مختلف جامعه هستند و نیاز به تخصص ندارند. ثالثاً، نظر اعضای هیأت منصفه برای دادگاه مشورتی است و قاضی الزامی به اتخاذ تصمیم بر مبنای نظر آن‌ها ندارد. رابعاً، اعضای هیئت منصفه درباره اصل مجرمیت یا عدم مجرمیت متهم اظهارنظر می‌کنند.

با توجه به آنچه در سطور پیشین درباره ویژگی‌های نهاد تنظیم‌گر پیشنهادی و هیئت منصفه کنونی موجود در مقررات قانونی گذشت، به نظر می‌رسد این دو مقوله دارای تفاوت‌های ماهوی اساسی هستند؛ بدین توضیح که نهاد تنظیم‌گر اختصاص به بعضی از جرائم تعزیری ندارد و با توجه به اینکه غایت پیشنهاد تأسیس چنین نهادی در نظام عدالت کیفری، ایجاد تناسب واقعی میان مجازات و مجرم، بازدارندگی، اصلاح و بازپروری مجرمان است، تبعیض بین جرائم تعزیری در برخورداری از نهاد تنظیم‌گر فاقد وجاهت خواهد بود. همچنین، ایجاد نهاد تنظیم‌گری در مقوله کیفردهی با حضور متخصصان و نخبگان دانش‌های مرتبط با علوم جنایی و عدم به‌کارگیری عامه مردم در این نهاد و تخصصی بودن آن، از دیگر وجوه افتراق آن با هیئت منصفه است. نکته حائز اهمیت دیگر، سازوکار خاص پیشنهادی درباره اعتبار نظرها و گزارش نهاد تنظیم‌گر برای مرجع قضایی است که آن را از صرف مشورتی بودن نظر ایشان خارج می‌کند. این در حالی است که نظر هیئت منصفه برای دادگاه مشورتی است و مرجع قضایی الزامی به تمکین نسبت به نظر هیئت منصفه ندارد. نکته پایانی اینکه، قانون‌گذار جواز تشخیص مجرمیت و عدم مجرمیت اشخاص در جرائم سیاسی و مطبوعاتی را به هیئت منصفه داده درحالی‌که این موضوع کاملاً قضایی و حقوقی است که نیاز به دانش و

تجربه قضایی به صورت توأمان دارد که اعضای هیئت منصفه در غالب موارد چنین توانایی‌ای ندارند (بیگزاده، ۱۳۷۷، ص. ۱۲۹). با ملاحظه همین نکته، نهاد تنظیم‌گر پیشنهادی در این پژوهش، تنها در مرحله تعیین کیفر ورود دارد و در تشخیص مجرمیت یا عدم مجرمیت فاقد صلاحیت است که این مسئله نیز از دیگر وجوه افتراق آن با نهاد هیئت منصفه است.

بحث و نتیجه‌گیری

اهمیت کارآمدی نظام قضایی و لزوم توجه به بهبودی وضعیت کیفردهی مجرمان، نظام عدالت کیفری را ملزم می‌کند در اندیشه طراحی و ارائه الگویی مطلوب در راستای پوشانیدن جامه عمل به این اصل مهم در تعزیرات که بخش عظیمی از جرائم و مجازات‌ها را تشکیل می‌دهد، باشد. نبود شفافیت در قوانین اصلی حقوق کیفری درباره چگونگی تعیین تعزیر توسط محاکم و واگذاری کمیت و کیفیت تعزیر به قاضی در چهارچوب قوانین و وجود ظرفیت‌های بی‌بدیل مبانی شرعی در ایجاد تحولات نوین در عرصه چگونگی تعیین کیفر تعزیری منجر به دغدغه در این باره شده است و ارتقای قابلیت و ظرفیت حکمرانی قضایی از مهم‌ترین دلایل ضرورت ایجاد ساختار تنظیم‌گر است؛ به گونه‌ای که مشارکت متخصصان و گروه‌های حرفه‌ای موجب گسترش قلمرو نظام حکمرانی و اجتماعی‌سازی نظام قضایی می‌شود. در واقع، نظام تنظیم‌گری نقش میانجیگری و واسط را میان دستگاه قضایی و مردم می‌یابد. این مهم با واکاوی در مدل‌های سیاست‌گذاری و حکمرانی قضایی، توجه به الگوی تنظیم‌گری کیفری و استفاده از آن در کیفردهی مجرمان با تأسیس نهاد تنظیم‌گری کیفری و دخیل کردن گزارش‌های متقن و دقیق خبرگان در تعیین مجازات مجرم محقق می‌شود که افزون‌بر کمک به دستیابی به اهداف اصلاح و بازدارندگی مجرمان، اعتماد عمومی به دستگاه قضا و اطمینان خاطر شهروندان به عادلانه بودن احکام صادره درباره بزهکاران را نیز سبب می‌شود. همچنین، سبب کاهش عمده هزینه‌های انسانی و مالی دستگاه قضا در این باره می‌شود. توجه به الگوی ارائه‌شده در این پژوهش یعنی تشکیل کانون مستقل تنظیم‌گری کیفر در هر حوزه قضایی و ایجاد هسته‌های جرائم مختلف تعزیری در آن و استخدام نخبگان رشته‌های مستقیم و غیرمستقیم مرتبط با علوم جنایی و تحقیقات و

معاینات دقیق از سوی آنان با ملاحظه تخصص نخبگان و ارائه کیفر متناسب به محاکم کیفری در راستای اعمال در رأی، راهکاری نوین و مؤثر در فرایند کیفردهی است که اجراسازی آن حتی برای مدت کوتاهی، برای ارزیابی آثار مثبت و منفی آن ارزشمند خواهد بود. در کنار این پیشنهاد عملی، توجه به ایجاد دادرسی کیفری ترتیبی و تفکیک مراحل «تعیین مجرمیت» از «تعیین کیفر» نیز حائز اهمیت است تا قضات محاکم با عنایت به دانش تخصصی خود، اصل مجرمیت یا عدم مجرمیت متهم را تشخیص دهند و کانون تنظیم‌گری کیفر پس از تشخیص مجرمیت توسط قضات، بر اساس فرایند پیش‌گفته نسبت به تعیین کیفر متناسب اقدام کند. در واقع، پیچیدگی روزافزون حوزه قضایی و عدم توانایی فنی دستگاه قضایی برای ورود به مقوله پیچیده کیفردهی مناسب از نظر توجه به دانش‌های مختلف روان‌شناسی، جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی و اقتصاد سیاسی در هر جرم و متعاقب آن مجازات تعیینی، دولت‌ها را ملزم می‌کند با کاربست افراد متخصص و مجرب در کنار قضات، ریسک ناشی از تصمیمات غیرتخصصی و ناعادلانه نسبت به جان، مال و نوامیس جامعه را کاهش دهند.

ایجاد نظام تنظیم‌گری در مقوله کیفردهی با مشارکت افراد متخصص در حوزه‌های مرتبط برخورد با مجرمان، به‌نوعی نمایان‌کننده مشارکت قضایی و نمادی از مشارکتی بودن سیاست کیفری است. همچنین، استقرار نظام تنظیم‌گری از گوشه‌گیری اجتماعی و به حاشیه رفتن گروه‌های حرفه‌ای جلوگیری می‌کند؛ زیرا با درگیر شدن این گروه‌ها، زمینه برای اثرگذاری و ارتقای سطح کیفیت اعتبار تخصصی و مقبولیت نظام قضایی و کیفری بیشتر می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۴۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۲۱، شعبه ۱۱۵۸ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۳۰۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۳۰، شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۸۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۱۷، شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی بخش چهاردانگه.

۴. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۴، شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی شهرستان پردیس.
۵. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۱۵۴۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸، شعبه ۱۱۴۲ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۶. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۰۹۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۶، شعبه ۱۱۲۳ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۷. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۰۰۱۰۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۱، شعبه ۱۱۴۲ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۸. دادنامه شماره ۰۱۳۰۴ مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۱۴، شعبه ۱۶ دادگاه عمومی جزایی اصفهان.
۹. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۰۷۹ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۴، شعبه ۱۱۵۴ دادگاه عمومی جزایی تهران.

10. Transparency Sentencing

۱۱. ضابطه‌مندی اختیارات قضایی در تعیین مجازات در نظام کیفری ایران، انگلستان و مصر (آماده، غلامحسین، ۱۳۸۹)؛ عوامل تفاوت آرا در تعیین مجازات قضایی در جرائم مشابه (با تکیه بر جرائم سرقت تعزیری و ضرب و جرح عمدی) (رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۹۱) (کریمی، مهدی، ۱۳۹۵)؛ اصول و ضوابط ناظر بر تعیین کیفر و اهداف آن (مطالعه تطبیقی حقوق انگلستان، آلمان و ایران) (رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران) (محمدی مغانجوقی، فاطمه، ۱۳۸۹)؛ رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران؛ بررسی مبانی و چگونگی تعیین مجازات متناسب در حقوق کیفری (رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران) (یزدیان جعفری، جعفر، ۱۳۸۴)؛ (رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران)؛ بررسی حقوقی - کیفرشناختی کاربست ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی ایران (رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبایی) (باقری، نادیا، ۱۴۰۱).
۱۲. رویکرد نظریه تنظیم‌گری پاسخ‌گو به مداخله‌های عدالت کیفری در جرائم علیه عفت عمومی در ایران (رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۸) (ایمان شاه‌بیگی).
۱۳. نظریه بازی (Game Theory)؛ شاخه‌ای از ریاضیات کاربردی است که در علوم اجتماعی کاربرد دارد و با استفاده از مدل‌های ریاضی به تحلیل روش‌های همکاری یا رقابت موجودات منطقی و هوشمند می‌پردازد و در تلاش است تا با ریاضیات، رفتار را در شرایط راهبردی یا در

یک بازی که در آن موفقیت فرد در انتخاب کردن، وابسته به انتخاب دیگران است، برآورد کند (Myerson, 1991, p. 2).

14. White-Collar Crime
15. Statutory regulation
16. Supervised Self- Regulation
17. State-approved Self-Regulation

۱۸. این در حالی است که در نظام عدالت کیفری انگلستان با تبعیت از اصل تقطیع دادرسی کیفری برای رعایت اصل تناسب و تحقق واقع‌بینانه کیفر استحقاقی نسبت به بزهکاران، فرایند برخورد دستگاه عدالت کیفری با آن‌ها به دو مرحله «تشخیص مجرمیت و احراز تقصیر بزهکار» و سپس «تعیین واکنش کیفری و صدور حکم محکومیت» تقسیم شده است (مهر، ۱۳۸۶، ص. ۵۱).

۱۹. آل عمران/۲۳.

۲۰. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی.

۲۱. المبسوط.

۲۲. مختلف الشیعه.

۲۳. القواعد والفوائد.

۲۴. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة.

۲۵. ایضاح الفوائد.

۲۶. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

۲۷. الحدائق الناضره.

۲۸. ملحقات العروة الوثقی.

۲۹. تحریر الوسیله.

۳۰. در این باره مطالعه مقاله «دادرسی تشخیصی در ایران و آمریکا» به قلم نویسندگان آقایان امیرحسین بحیرائی و دکتر مهدی شیدائیان در شماره ۶۹ مجله حقوق اسلامی و مقاله «کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان» به قلم خانم دکتر نسرین مهرا در شماره ۴۵ مجله تحقیقات حقوقی پیشنهاد می‌شود.

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن اثیر جزری، مبارک‌بن محمد (۱۴۱۸ق). النهایة فی غریب الحدیث و الاثر (جلد ۳).

دارالکتب العلمیه.

- اصلانی، فیروز؛ و طلائی، اکبر (۱۳۹۴). بازخوانی مبانی حقوقی امریه معروف و نهی از منکر با نگاهی به حقوق بشر معاصر. *حقوق اسلامی*، ۱۲(۴۷)، ۳۳-۵۰.
- امامیان، سیدمحمدصادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ زمانیان، مرتضی؛ و محمدزاده، احسان (۱۴۰۰). *درآمدی بر دولت تنظیم‌گر*. چاپ اول، تهران: راهبرد.
- بیگزاده، صفر (۱۳۷۷). *حقوق انگلیس به زبان ساده*. تهران: حقوق دانان.
- جاویدی، مجتبی؛ و حمیدی، مهدی (۱۳۹۶). نسبت تعزیر با نهی از منکر در فقه امامیه. *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۱۸(۱)، ۸۱-۱۰۸.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹). *تفسیر تسنیم* (جلد ۱۷). چاپ ۲، قم: مرکز نشر اسراء.
- حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی (۱۳۸۳). امریه معروف و نهی از منکر و سیاست جنایی. *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۱(۱)، ۷۷-۱۰۸.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۹۳). *مبانی تکمله المنهاج*. تهران: خرسندی.
- راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات الفاظ القرآن* (صفوان عدنان داوودی، محقق). چاپ اول، بیروت: دارالعلم، بیروت.
- ساعدوکیل، امیر؛ و عسکری، پوریا (۱۳۹۴). *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*. چاپ ۷، تهران: مجد.
- سلمان‌پور، محمدجواد (۱۳۹۱). *ده گفتار در پیشگیری از جرائم*. چاپ اول. قم: نشر حبیب.
- شاکری، طوبی (۱۳۹۲). *فقه حکومتی فرامذهبی با تحلیل قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»*. فقه مقارن، ۱.
- شاه‌بیگی، ایمان (۱۳۹۸). *رویکرد نظریه تنظیم‌گری پاسخ‌گو به مداخله‌های عدالت کیفری در جرائم علیه عفت عمومی در ایران* (رساله دکتری). تهران، دانشگاه تربیت مدرس.
- شایق، مهدی و شایق، محمدرضا (۱۳۹۷). *بررسی قاعده التعزیر بما یراه الحاکم همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری*. *فصلنامه فقه و اصول*، ۵۰(۳)، ۳.
- طریحی، فخرالدین (۱۳۶۲). *مجمع البحرین* (جلد ۳)، نشر مرتضوی.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۶ق). *الاقتصاد فیما یتعلق بالاعتقاد*. تهران، دارالاضواء.
- طوسی، ابو جعفر (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*. المكتبة المرتضویة لاحیاء آثار الجعفریه.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۴۳۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. *المجمع الفک الاسلامی*.

عسکری، ابوهلال حسن بن عبدالله (۱۴۱۲ق). معجم الفروق اللغویه. چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی.

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷). تقریرات درس خارج فقه‌القضا. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله علیدوست (a-alidoost.ir).

فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). کشف‌النام والبهام عن قواعد الاحکام (جلد ۴). قم: مؤسسه نشر اسلامی.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب‌العین (جلد ۱). دارالمکتبه‌الهلال.

کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۳). فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی. تهران: کتابخانه گنج دانش.

کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (ع. ا. غفاری، ویراستار). تهران: دارالکتب الاسلامیه. گروهی از نویسندگان (۱۳۹۷). مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی. معاونت پژوهش‌های اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، ۵۵-۱.

محبی، جلیل (۱۳۹۵). منظور از «حاکم» در متون حقوقی و فقهی کیست؟/مجری قاعده‌التعزیر بما یراه‌الحاکم. پایگاه اطلاع‌رسانی دانا (Dana.ir).

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۵). قواعد فقه (جلد ۱). مرکز نشر علوم اسلامی.

محمدی قایینی، محمد (۱۳۹۸). تقریرات درس خارج فقه‌القضا. پایگاه اطلاع‌رسانی مدرسه فقهت (eshia.ir).

محمودی، زهرا (۱۳۹۵). حقوق نرم در پرتوی تصمیمات نهادهای قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، ۲(۱)، ۸۶.

مفید، محمدبن محمد (بی‌تا). المقنعه. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸). تعزیر و گستره آن. چاپ اول، قم: مدرسه‌الامام.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۳). فلسفه حدود و تعزیرات. مکتب اسلام، ۲۴(۱۰).

مهر، نسرین (۱۳۸۶). کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان. تحقیقات حقوقی (۴۵).

نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلد ۴۲). دارالکتب‌الاسلامیه.

نراقی، ملااحمد (بی‌تا). عواید‌الایام فی بیان قواعد الاحکام (جلد ۱). مرکز النشرالتابع لمکتب الاعلام‌الاسلامی.

هداوند، مهدی؛ و جم، فرهاد (۱۴۰۰). مفهوم دولت تنظیم‌گر؛ تحلیل تنظیم‌گری به‌مثابه ابزار حکمرانی. راهبرد، ۳۰(۹۹)، ۲۶۶-۲۲۷.

- یاراحمدی، فهمیه؛ و آریانی، معصومه (۱۳۹۹). بررسی و تحلیل دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت، ابلاغی ۱۳۹۸. *مطالعات حقوق*، (۱۳).
- یاوری، اسدالله (۱۳۹۳). درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۵، ۶۴۷-۶۲۹.
- Ayres, Ian & John Braithwaite, (1995). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press,
- Becker, G. (2000). 'Crime and punishment: An econometric approach', *Journal of Political Economics*
- Baldwin, Robert, Cave, martin & Lodge, martin (2013). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice 2nd Edition*, Oxford University Press; 2nd edition (January 13,).
- Bora, Alfons. (2017). Semantics of ruling: reflective theories of regulation, governance and law. In Regine Paul, Marc Mölders, Alfons Bora, Michael Huber, & Peter Münte (Eds.), *Society, Regulation and Governance* (pp. 15-37). Massachusetts: Edward Elgar Publishing
- Braithwaite, J., & Pettit, P. (1992). Not just deserts: A republican theory of criminal justice, 107.
- Braithwaite, John, Cary Coglianese, & David Levi-Faur (2007). *Can Regulation and Governance Make Difference*, Blackwell Publishing Asia Pty Ltd, Australia,.
- Braithwaite, John (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*, (Oxford university press), 11.
- Delmas-Marty Mireille, (1998). « Introduction : les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in CLAM, J., MARTIN, G, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ .
- Glaeser, Edward I. and Andrei Shleifer (2003). The Rise of Regulatory State, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLI, June, 2003

فقه حکومتی و بسط گفتمان مقاومت فرهنگی

عابدین مؤمنی*

سیدحنیف رضازاده**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تبع در آموزه‌های دینی، جایگاه والای «مقاومت» در عرصه‌های نظامی، اقتصادی و سیاسی را نشان می‌دهد؛ به گونه‌ای که می‌توان مقاومت را به‌عنوان یکی از راهبردهای کلان و بلندمدت اسلام معرفی کرد. «مقاومت فرهنگی» یکی از ابعاد مهم در مقاومت اسلامی است که فرهنگ دینی را در اصطکاک‌های معمول جامعه جهانی از آسیب‌های محتمل حفظ می‌کند. این پژوهش با گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای و تحلیل آن‌ها به روش توصیفی-تحلیلی، درصدد است رویکرد فقه حکومتی به مقاومت فرهنگی را با این پرسش دنبال کند که فقه حکومتی در ارتباط با مقاومت فرهنگی از چه ظرفیت‌هایی برخوردار است؟ به بیان دیگر، فقه حکومتی با چه ابزارهایی از فرهنگ دینی و ملی در مصاف با فرهنگ بیگانه محافظت می‌کند؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد مواجهه «فقه حکومتی» با فرهنگ در سه افق قابل ترسیم است؛ زیرا آورده «فقه حکومتی» گاه در راستای ممانعت از نفوذ فرهنگ بیگانه و گاه در ارتباط با حفظ فرهنگ دینی و ملی است. مؤلفه‌هایی مانند قاعده نفی سبیل و قاعده نفی نفوذ در ممانعت از نفوذ فرهنگ بیگانه کارایی دارد و احکامی مانند جهاد، حرمت حفظ کتب ضاله و ارتداد، حریم فرهنگ دینی را از گزند حوادث حفظ می‌کند؛ همچنان‌که توصیه به حفظ سنت‌های صالح و تأیید اعیاد ملی مانند نوروز نشان‌دهنده اهتمام فقه حکومتی به حفظ ارزش‌های ملی است.

واژگان کلیدی

مقاومت فرهنگی؛ فقه حکومتی؛ فقه مقاومت؛ فرهنگ دینی؛ مقاومت؛ فرهنگ.

* استاد گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران. abedinmomeni@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول). s.hanif68@yahoo.com

مقدمه

مقاومت و پایداری سابقه‌ای به بلندای خلقت انسان دارد. بشر فطرتاً کمال‌جو و و همواره در تلاش و کوشش برای رسیدن به آرمان‌ها و ارزش‌هایی است که برای خود تصور کرده است و در مسیر رسیدن به آن‌ها، در برابر هرگونه سختی و مانع، مقاومت و پایداری می‌کند و همواره در پی غلبه بر موانع و رسیدن به اهداف است. او در این مسیر دشوار با صبوری و تحمل سختی‌ها، راه رسیدن به اهداف را برای خود هموار می‌کند. مقاومت و پایداری اصل اساسی برای رسیدن به اهداف است و کسی پیروز می‌شود و به اهدافش می‌رسد که مقاومت، ایستادگی و استواری بیشتری داشته باشد. با توجه به آیات قرآن و روایات اهل‌بیت (علیهم‌السلام)، مقاومت و ایستادگی یکی از اساسی‌ترین اصول زندگی بشر در همه عصرهاست که نبود آن ذلت، سرافکندگی، خفت و خواری را در پی دارد.

یکی از آشکارترین مؤلفه‌های جامعه اسلامی که بیشتر به واسطه همین ویژگی در اذهان جهانیان شناخته می‌شود، مقاومت در برابر کفار در ابعاد سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی است. این هرگز به معنای گوشه‌گیری و انزوا نیست، بلکه به معنای نپذیرفتن سلطه و روی پای خود ایستادن است تا قدرت یابد که در حاکمیت خدا و اولیای الهی در روی زمین تلاش و هدف از سعادت بشری را محقق کند و موانع آن را که دنیاپرستی و دنیاخواهی است، تضعیف کند.

از منظر ادبیات دینی و فقهی کمتر به مقاومت و مقدار آن پرداخته شده که همین موجب مخالفت عده‌ای با اصل مسئله یا مقدار لزوم مقاومت در برابر دشمنان شده است. از این رو لازم است با توجه به مبانی اندیشه دینی، مسئله مقاومت به‌خصوص با رویکرد فرهنگی از منظر فقه حکومتی بازبینی شود.

رشد فرهنگ‌ها با محتواهای متفاوت در عالم سبب تضاد و تزاخم در مقام عمل به آن شده است. امروزه جنگ‌های نظامی جای خود را به جنگ‌های فرهنگی داده است. در این مصاف، دانش فقه از ظرفیت بالایی برخوردار است که برای مصون ماندن از هجوم فرهنگی بیگانه و اضمحلال فرهنگ ملی و دینی می‌توان از مؤلفه‌های مقاومت محور آن در رابطه با فرهنگ استفاده کرد. این پژوهش در سه ساحت مقاومت در برابر نفوذ فرهنگ بیگانه، مقاومت در انفعال فرهنگ دینی و مقاومت در انفعال

فرهنگ ملی از منظر فقه سخن گفته است.

۱. پیشینه پژوهش

درباره مقاومت فرهنگی کارهای پژوهشی صورت گرفته، اما در میان پژوهش‌ها هنوز جای ماهیت‌شناسی و مباحث بنیادین و نظری این واژه خالی است. در اینجا به برخی از مهم‌ترین پژوهش‌ها در این باره اشاره می‌شود.

ماخانی و مرادی در پژوهشی با عنوان «شناسایی مقاومت‌های فرهنگی در جمهوری اسلامی ایران»، به شناسایی مصادیق مقاومت پرداخته‌اند؛ زیرا در نظر نویسندگان، بی‌توجهی به این مسئله موجودیت هر نظام سیاسی را به خطر می‌اندازد. نویسندگان ابتدا به گزارش مختصری در باب نظریه‌هایی موجود در تاریخ اندیشه در باب مقاومت پرداخته‌اند. پس از آن، با طراحی پرسش‌نامه‌ای کوشیده‌اند با مراجعه به پاسخ‌دهندگان، این مصادیق را مورد شناسایی قرار دهند.

فرامرزی پلنگر و همکاران در مقاله‌ای با عنوان «بررسی رابطه جهت‌گیری استراتژیک فرهنگی و مقاومت فرهنگی دانشجویان دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال»، با نمونه‌گیری از ۳۸۴ نفر از بین حدود ۳۵۰۰۰ نفر از جامعه آماری به این نتیجه رسیده‌اند که جهت‌گیری استراتژیک بر توسعه مقاومت فرهنگی در میان دانشجویان دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال اثر مثبت و معناداری دارد.

در پژوهشی دیگر، اسمعیلی و حسینی به «بررسی واکنش‌ها و مقاومت فرهنگی برخی از شاعران شعوبی پیرامون اقتدار و انحطاط ساسانیان در عصر عباسیان» پرداخته‌اند. این نوشته انقراض ساسانیان را از دیدگاه شاعران شعوبی مانند بشاربن‌برد، ابونواس و بحتری بررسی کرده است.

نتیجه این پژوهش بدین صورت است که نظریات شاعران عرب‌زبان در دوران عباسی درباره حکومت ساسانی طبق نهضت و مقاومت فرهنگی شعوبیه در مواجهه با قوم عرب شکل گرفته است؛ زیرا با اینکه ساسانیان منقرض شده بودند، تأثیرات این شکست و نیز بهره‌گیری از دستاوردهای تمدنی آنان همچنان مورد بحث نویسندگان و مردم دوره خلافت عباسیان بود. در این پژوهش سعی شده است تا دیدگاه‌ها و واکنش شاعران یادشده درباره این موضوع با استناد به منابع معتبر

تاریخی و ادبی توصیف و تحلیل شود. یافته‌ها نشان می‌دهد که شعرا با تحسین مدنیت ساسانی، آن را الگویی برای نهاد خلافت و نیز تحقیر اعراب دانستند. بعضی از آنان نیز با حسرت، سقوط ساسانیان را مایه عبرت حاکمان دانستند.

۲. چهارچوب مفهومی

۲-۱. مقاومت

مقاومت از ریشه «ق و م» است و در لغت برای آن معانی مختلفی مانند مداومت (ابن اثیر، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۱۲۵)، استمرار (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۶۹۴)، پایداری (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۶، ص. ۲۱۸۱) و... یاد شده است (نگهبان و ابوالحسینی، ۱۳۹۹، صص. ۵۹-۹۰). مصدر فعل ثلاثی مجرد «قام» وقتی به باب مفاعله رود، «مقاومت» است که به معنای به پا خواستن، برخاستن و پایدار ماندن است و از آنجاکه بر وزن مفاعله است، در علم صرف، مشارکت معنای غالب این باب است که به معنای مشارکت دسته‌جمعی، گروهی یا تشکیل جبهه‌ای برای دنبال کردن هدفی خاص و ایستادگی در مقابل جبهه یا گروه دیگر است.

یافتن معنای اصطلاحی برای مقاومت کار چندان مفیدی نیست؛ زیرا مقاومت از معنای لغوی خود خارج نشده است و صاحب‌نظران حوزه مقاومت به معنای «ایستادگی» بسنده کرده‌اند، اما برخی از پژوهشگران در مقام بیان معنای اصطلاحی مقاومت بر این نظرند که مقاومت مفهومی پویا و رهایی‌بخش در مقابل هژمونی غرب است که مبانی آن از کتاب خدا و سنت پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) و ائمه اطهار (علیهم‌السلام) استخراج می‌شود. با پیروزی انقلاب اسلامی، پارادایم (الگوواره) مقاومت به‌عنوان راهبرد در عرصه‌های مختلف سیاسی، نظامی، امنیتی و اقتصادی قرار گرفت (خسروی و حسینی‌خواه، ۱۴۰۱، ص. ۹۷).

۲-۲. فرهنگ

واژه «فرهنگ» در زبان فارسی از واژه‌های بسیار کهن است که نه تنها در نخستین متن‌های نثر فارسی دری، بلکه در نوشته‌های بازمانده از زبان پهلوی نیز یافت می‌شود. این واژه که در سده‌های اخیر کمابیش از یادها رفته بود و فقط نامی برای کتاب‌های

لغت بود، در سال ۱۳۱۴ با بنیان‌گذاری «فرهنگستان ایران» جانی تازه یافت و با تبدیل نام وزارت معارف به وزارت فرهنگ، از فراموش‌خانه دیوان‌ها و کتاب‌های لغت به زندگی روزانه پای گذاشت (آشوری، ۱۳۵۷، صص. ۸-۷).

فرهنگ واژه‌ای فارسی و مرکب از دو جزء فر و هنگ است. فر به معنای شکوه و عظمت و اگر به‌عنوان پیشوند به کار رود، به معنای جلو، بالا، پیش و بیرون است. هنگ از ریشه اوستایی سنگ به معنای کشیدن، سنگینی و وقار است. واژه مرکب فرهنگ به معنای بیرون کشیدن، بالا کشیدن و برکشیدن است (زکی و پارسانیا، ۱۴۰۲، ص. ۱۴۳). فرهنگ در اصطلاح عبارت است از کیفیت یا شیوه بایسته و شایسته برای آن دسته از فعالیت‌های حیات مادی و معنوی انسان‌ها که مستند به طرز تعقل سلیم و احساسات تصعیدشده آنان در حیات معقول تکاملی باشد (صاحبی، ۱۳۸۴، ج ۱، صص. ۶۲-۶۱).

۳-۲. فرهنگ دینی

مقولاتی از قبیل فرهنگ و دین، اصلی‌ترین عناصر قدرت نرم هر کشور در دنیای کنونی قلمداد می‌شوند. درهم‌تنیدگی این دو عنصر، ترکیبی پر قدرت و پرکارکرد به نام «فرهنگ دینی» را شکل می‌دهد که راز اقتدار و پیشرفت همه‌جانبه هر جامعه‌ای است. فرهنگ دینی یعنی وضع و روح حاکم بر مجموعه نگرش‌ها و تعاملات اجتماعی و محیطی جامعه که برخاسته از مبانی و منابع دینی است. فرهنگ دینی بعد بایسته‌مدار فرهنگ در جامعه است. فرهنگی را که موافق دین یا دست‌کم غیرمخالف با آن باشد، می‌توان فرهنگ دینی نامید.

اگر فرهنگی بخواهد در جامعه فرهنگ دینی باشد، دین ظرفیت پاسخ‌گویی برای همه عرصه‌ها و اجزای فرهنگ دینی را دارد. این نکته به معنای توان فوق‌العاده فرهنگ دینی است؛ زیرا اگر منبع و قلمرو دین، قرآن، سنت و عقل در پرتو اجتهاد پویا باشد، قلمرو و منطقه‌ای از فرهنگ باقی نمی‌ماند که تحت پوشش و نظارت دین نباشد. با ملاحظه همین نکته باید گفت فرهنگ دینی یعنی فرهنگی که یا موافق دین است یا مخالف با دین نیست؛ زیرا سازوکار دین هیچ‌یک از عناصر و اجزای فرهنگ را بلا تکلیف نخواهد گذاشت (پوررستمی، ۱۳۹۵، صص. ۱۳۳ و ۱۳۴).

۲-۴. فرهنگ ملی

فرهنگ ملی آن دسته مؤلفه‌های فرهنگی مشترک میان افراد هر ملت است که در حدود مرزهای جغرافیایی خاص محصور شده است و به‌طور عمومی، همه افراد آن محدوده جغرافیایی با آن خو گرفته‌اند و انس و الفت دارند. دین، زبان و هویت ملی مهم‌ترین و اصلی‌ترین عناصر فرهنگ ملی هستند. فرهنگ ملی تابعی از این سه عنصر و هریک از این عناصر نیز مؤلفه‌های مؤثری دارند که فرهنگ ملی متأثر از آنهاست (جعفری، ۱۴۰۰، ص. ۴).

فرهنگ ملی لزوماً مطابق با فرهنگ دینی نیست؛ چه‌بسا آداب‌ورسومی که شریعت ناسخ آن باشد. در این پژوهش، منظور از فرهنگ ملی آن دسته از آداب‌ورسومی است که موافق شرع باشند و در صورت عدم موافقت، دست‌کم مخالف آن نباشند. اهمیت فرهنگ ملی زمانی آشکار می‌شود که بدانیم فرهنگ مهم‌ترین منبع قدرت نرم جامعه ایرانی در سطح ملی و بین‌المللی است. آموزه‌های مذهبی و دینی همراه با مؤلفه‌های اصیل فرهنگ ملی دو عامل مهم هویت‌بخش و وحدت‌آفرین در جامعه اسلامی ایران به شمار می‌آیند. هم‌گرایی این دو عامل کانون نیرومندی را برای تولید قدرت نرم در فرهنگ سیاسی شیعه حاکم بر کشور به وجود می‌آورد (ملک‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۹). فرهنگ‌ها زمانی که با قدرت جذب، تولیدکنندگی و بهره‌وری همراه باشند، از توانایی و قدرت فراوانی برخوردار خواهند بود (افتخاری، ۱۳۸۹، صص. ۳۹-۳۷).

۲-۵. مقاومت فرهنگی

مقاومت فرهنگی عبارت از پاسداری آگاهانه و منطقی از فرهنگ خودی و برخورد هوشیارانه و هوشمندانه با فرهنگ بیگانه است. رمز موفقیت در مقاومت فرهنگی، شناخت فرهنگ خودی و پدیده‌های اصولی و بنیادی آن است. در مقاومت فرهنگی، اولویت اصلی با صیانت و پاسداری از عناصر ثابت و لایتغیر فرهنگ خودی است که باید آگاهانه و با بصیرت کامل حفظ و حراست شوند. این پاسداری باید مبتنی بر آگاهی مردم و هوشیاری همگانی باشد و تمام مردم در همه صحنه‌های فردی و اجتماعی زندگی خویش، حافظ و نگهبان فرهنگ خودی باشند. مقاومت‌گرایی اسلامی به این معناست که گروه‌های مختلف اسلامی درصددند تا از

حاشیه به سوی مرکز تغییر مکان دهند. به عبارت دیگر، مقاومت‌گرایی اسلامی مبنای حرکت به سوی تغییر وضع موجود را فراهم می‌سازد. این به معنای تلاش برای بازسازی هویت ازدست‌رفته است؛ روندی که فقط از طریق مقاومت‌گرایی حاصل می‌شود (اسدی و رجبی، ۱۳۹۶، ص. ۹۲).

۲-۶. فقه مقاومت و فقه حکومتی

نیاز به دو فقه در جوامع اسلامی معاصر روزافزون شده است؛ دو فقهی که در گذشته به این وسعت و گستردگی به آن‌ها نیاز نبود. این دو فقه عبارت از فقه مقاومت و فقه حکومتی است. فقه مقاومت پاسخ‌گوی پرسش‌های فراوانی است که در جامعه اسلامی مطرح می‌شود مانند مشروعیت مقاومت مسلحانه و وجوب عینی یا کفایی آن، اقسام مقاومت و تفاوت آن‌ها در مشروعیت و وجوب یا یکی بودن آن‌ها از نظر حکم شرعی و دلیل شرعی آن‌ها از کتاب، سنت، اجماع و عقل و مسائل زیادی از این قبیل. فقه دیگر، فقه حکومتی است که بسیار گسترده است و مسائل حکومتی، قضایی، ولایت فقیه، جزایی، کاری، تولیدی، بانکی، امنیتی، دفاعی، روابط خارجی و شکل حکومت، قانون اساسی، شورا، ارتباط میان شورا و ولایت، انتخابات و مسائل زیادی مانند این‌ها را دربرمی‌گیرد (فیرحی، ۱۳۸۶، ص. ۳۳۵).

۳. مواجهه فقه با مقاومت فرهنگی

۳-۱. ادله فقهی مقاومت در رابطه با فرهنگ بیگانه

با بررسی متون فقهی می‌توان ادعا کرد که فقه شیعه در برابر فرهنگ بیگانه بسیار حساس و در برابر نفوذ آن در جامعه اسلامی قواعدی را بنیان نهاده که برون‌داد آن قواعد، مقاومت در برابر فرهنگ بیگانه است؛ هرچند روشن است که همه آداب و رسوم و فرهنگ بیگانه مذموم نیست و شاید بتوان در میان آن‌ها موارد مثبتی را نیز یافت که این موارد از نظر تخصصی از محل بحث خارج است. در ادامه، به برخی از ادله فقهی اشاره می‌شود که با استناد و به‌کارگیری آن‌ها می‌توان تا حد زیادی از آثار مخرب فرهنگ بیگانه کاست.

۳-۱-۱. قاعده نفی سبیل

قاعده نفی سبیل از آیه ۱۴۱ سوره نساء «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان تسلطی نداده است، استنتاج شده است. افزون بر متون دینی، عقل نیز مستند این قاعده است؛ زیرا هیچ قومی اجازه نمی‌دهد در جامعه‌اش قوم دیگری که منافع دیگری دارد، راه و سلطه یابد. مفاد این قاعده بدین صورت است که در دین حکمی تشریح نمی‌شود که باعث تسلط کافر بر مسلمان شود. گونه‌شناسی سبیل دارای اهمیت زیادی است و گونه‌های متفاوتی را می‌توان برای آن یافت. گاه سبیل در قالب اشغال نظامی هست؛ البته امروزه این نوع سبیل کارایی خود را از دست داده است. برای مثال، می‌توان گفت که آمریکا از حضور نظامی خود در افغانستان هیچ نتیجه‌ای نگرفت؛ همچنان که پیش از آمریکا، شوروی نیز از حضور نظامی در افغانستان بهره‌ای نبرد.

گاه سبیل در فرهنگ مسلمین دنبال می‌شود که از صدر اسلام تا به حال ادامه دارد. برخی از کشورهای غربی در کشورهای اسلامی دانشگاه تأسیس کرده‌اند و در حال تعلیم و تربیت نخبگان بر اساس دیدگاه تمدنی غرب هستند. گاه سبیل، شکل پیچیده‌ای به خود می‌گیرد. برای مثال، در قالب دعوت استاد یا دانشجو رخ می‌دهد. نوع دیگر سلطه از طریق گماردن کارگزاران مزدور واقع می‌شود؛ چنان‌که امروزه نیز در جهان اسلام متأسفانه مشهود است. در برخی از کشورها، کفار به صورت اشغال نظامی حضور ندارند و قدرت مسلط کفار در آن کشور اسلامی شاید حتی یک سرباز هم نداشته باشد، اما آن‌ها بر مردم مسلمان حکمرانی می‌کنند. مثال یافتن این نوع سلطه آسان است؛ زیرا در اطراف ایران اسلامی از این کشورها کم نیستند. تسلط کارگزاران مزدور در درون حاکمیت اسلامی امکان دارد از همه سلطه‌ها حتی از اشغال نظامی، خطرناک‌تر و بدتر باشد؛ زیرا از این طریق، کفار بر فرهنگ و آداب ملت‌ها سلطه می‌یابند (علیدوست، ۱۴۰۲، ص. ۹۴).

نکته دقیق در مبحث مصداق‌شناسی سبیل، واقع‌بینی و پرهیز از افراط و تفریط است. بدین معنا که نخست در تشخیص سبیل نباید دچار نوعی حساسیت ناموجه شد و از طرف دیگر، اجازه تسلط غفلت و ناآگاهی را نداد.

قصه‌گویی‌های صدر اسلام توسط تازه‌مسلمانان را می‌توان از مصادیق پیچیده سبیل دانست. شاید آن زمان هیچ‌کس این نوع قصه‌گویی را مصداقی از سبیل به شمار نمی‌آورد، اما شخصیتی مانند امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) که باب مدینه‌العلم است، این قصه‌گوها را از مسجد بیرون کرد (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۵۳).

۳-۱-۲. قاعده نفی نفوذ

قاعده نفی نفوذ از آیه ۱۱۸ سوره آل عمران «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُوا مَا عَنْتُمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ؛ ای اهل ایمان! از غیر خودتان برای خود محرم راز نگیرید. آنان از هیچ توطئه و فسادى درباره شما کوتاهی نمی‌کنند. شدت گرفتاری و رنج و زیان شما را دوست دارند. تحقیقاً دشمنی با اسلام و مسلمانان از لابه‌لای سخنانشان پدیدار است و آنچه سینه‌هایشان از کینه و نفرت پنهان می‌دارد، بزرگ‌تر است. ما نشانه‌های دشمنی و کینه آنان را اگر می‌اندیشید، برای شما روشن ساختیم»، استنتاج می‌شود. تعبیر قرآن درباره نفوذ کافران بر مؤمنان بسیار زیباست. قرآن می‌فرماید کفار بطنه شما نشوند. بطنه به معنای آستر داخل لباس است که به بدن می‌چسبد.

نسبت بین قاعده نفی سبیل و قاعده نفی نفوذ را می‌توان رابطه‌ای دوسویه دانست. بدین صورت که گاه نفی سبیل مقدمه‌ای برای منع نفوذ است. به این معنا که شرع مقدس نفی سبیل کرده است تا کفار بر مسلمانان نفوذ نیابند. از طرف دیگر، گاه نفوذ، زمینه سبیل را فراهم می‌سازد. شاید ارتباط وثیق این دو قاعده سبب شده است که فقهای بزرگ، قاعده نفی نفوذ را مستقلاً بحث نکنند.

نفوذ ممکن است حالت غیر محسوس بیابد. مثلاً کفار به‌طور نظام‌مند، آرام و از راه دور بر مسلمانان نفوذ بیابند بدون اینکه قدرت در دستشان باشد. کفار با نفوذ خود بدون امر و نهی ظاهری میان مسلمانان افکار مسموم را منتشر می‌کنند. کاری که سوگمندان بعد از رحلت پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) رخ داد، مصداقی از نفوذ به شمار می‌آید.

افزون بر آیات قرآن از روایات و سنت پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) نیز می‌توان پشتوانه‌های دینی قاعده نفی نفوذ را به دست آورد. مجموعه سنت‌های مربوط به قاعده

نفی نفوذ در سنت پیامبر (صلی الله علیه و آله) را می توان «سنت گفتاری و رفتاری پیامبر در چگونگی رصد ارتباط مسلمانان با کافران» نام نهاد که احتیاطات صورت گرفته از سوی پیامبر (صلی الله علیه و آله) بسیار بیشتر از چیزی است که در نگاه ابتدایی به ذهن می رسد. پژوهشگر دینی در نگاه اول به ادله شاید این طور برداشت کند که پیامبر (صلی الله علیه و آله) مثل هر رهبر و مصلح اجتماعی مقید بوده اند که ارتباط مسلمانان با کفار را کنترل و رصد کنند، اما با تتبع زیاد در سنت گفتاری و رفتاری پیامبر (صلی الله علیه و آله) روشن می شود که مطلب عظیم تر از این است که پیامبر (صلی الله علیه و آله) مانند بقیه رهبران اجتماعی، امت خود را رصد می کرده است.

برای مثال، در کتب متعدد اهل سنت نقل شده است که خلیفه دوم می گوید من نسخه ای از یکی از آثار اهل کتاب را برای خود استنساخ کردم. وقتی رسول خدا (صلی الله علیه و آله) آن را دید، فرمود این چیست؟ گفتم نسخه ای است که از اهل کتاب گرفته ام تا بر دانش خود بیفزایم. رسول خدا (صلی الله علیه و آله) به شدت خشمگین شد؛ به اندازه ای که انصار فریاد «السلام؛ السلاح» سر دادند. گویا فکر کردند جنگی شده است. آنگاه رسول خدا (صلی الله علیه و آله) فرمودند من همه چیز را برای شما آوردم (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص. ۴۰۸؛ ابن اثیر، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۸۴؛ السیوطی، بی تا، ج ۶، ص. ۴۷۲؛ الدارمی، ۱۴۳۴ق، ج ۱، ص. ۱۸۰).

حساسیت پیامبر (صلی الله علیه و آله) کاملاً درک شدنی است. درحقیقت، با وجود قرآن کریم، خلیفه دوم بنا داشت چه مطلب صحیحی از تورات بیاورد که در قرآن نباشد؟

در گزارش دیگری آمده است روزی خلیفه ثانی، کتاب کوچکی را که بخش کوچکی از تورات بود، با خود آورد و خواست برای پیامبر بخواند. رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) ناراحت شد. لحظه به لحظه رنگ مبارکشان برافروخته می شد تا جایی که ابوبکر ترسید مبدا آیه ای در مذمت یا عذاب نازل شود. به شدت به خلیفه دوم تشر زد و گفت نمی بینی صورت رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) از شدت غضب و ناراحتی به چه رنگی درآمده است؟ سپس رسول خدا (صلی الله علیه و آله) فرمودند ای فرزند خطأب! مگر شما در دین خود شک و تردید دارید که می خواهید از آن ها اتخاذ

کنید؟ (الدارمی، ۱۴۳۴ق، ج ۱، ص. ۱۸۰).

امکان دارد گفته شود حدیث «اطلبوا العلم ولو بالصین» (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۷۰) می‌تواند توجیهی برای کار خلیفه دوم باشد. به این بیان که قصد عمر این بوده است که از یهود و نصارا مطالبی بیاموزد. چنان‌که در متون دینی از پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه (علیهم‌السلام) هم وارد شده است که دانش را از هر جا بگیرید. در تاریخ اسلام هم آمده است که در برخی از مواقع، غیرمسلمان‌ها به مسلمانان تعلیم می‌دادند یا اگر اسیران جنگ خواندن و نوشتن بلد بودند، پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) توصیه می‌کردند که اسرا به مسلمانان خواندن و نوشتن یاد بدهند و در قبال آن آزاد شوند. درحقیقت، اسیر، جان خود را با تعلیم خط و نوشتن به یک مسلمان می‌خرد (ابن سعد، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۶). حدیث معروف «اطلبوا العلم ولو بالصین» مؤید این مسئله است. حتی اگر این روایت از نظر سندی معتبر نیز نباشد، می‌توان از روایات متعدد و گزارش‌های تاریخی برداشت کرد که مذاق اسلام بر علم‌آموزی حتی از غیرمسلمانان نیز هست.

در پاسخ باید گفت حیثیت بحث‌ها باید تفکیک شود. نهی پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) مربوط به فراگیری علم از کفار نیست؛ زیرا احادیث زیادی از پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) و اهل‌بیت در مقام تشویق به فراگیری علم حتی از کفار است. برای همین اشکالی ندارد که حاکم اسلامی تعدادی از دانشجویان را به کشورهای خارجی بفرستد که از آن‌ها تعلیم بگیرند و بعد از آموزش به کشور بازگردند یا در موضوع علمی از کشورهای خارجی استادی دعوت شود، بلکه احادیث نهی‌کننده از مطالعه تورات، در مقام جلوگیری از نفوذ بوده است. از منظر پیامبر (صلی‌الله علیه و آله)، اینکه شخصی از صحابه چند برگ از تورات را بیاورد درحالی‌که این برگ‌ها هم شامل مطلب صحیح و هم مطلب باطل بوده، از مصادیق نفوذ به شمار آمده و داخل در مسئله آموزش نیست. شیوه فهم احادیث این است که باید احادیث را در نظام حلقوی مطالعه کرد. به این معنا که نهی‌های مربوط به مطالعه تورات را در کنار احادیث مربوط به علم‌آموزی دید که حاصل جمع این روایات چنین است که در مقام علم‌آموزی باید بحث نفوذ را مورد توجه قرار داد. تنها در این صورت است که جامعه می‌تواند به سمت اعتدال پیش رود.

مراحل نفوذ اهل کتاب در صدر اسلام را می‌توان نمونه‌ای از نفوذ دانست که در چند مرحله انجام شد؛ البته در زمان حضور پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله)، مسلمانان رابطه تعریف‌شده‌ای با اهل کتاب داشتند. برای همین، در این محدوده زمانی هیچ نشانی از نفوذ بیگانگان در دست نیست.

شروع نفوذ با آغاز خلافت خلیفه دوم مصادف است؛ زیرا دیگر مانعی از نفوذ اهل کتاب به نام پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) حضور ندارد. در این مرحله، طبق گواه اهل تاریخ، ممنوعیت ارتباط با اهل کتاب شکسته شد و شبکه‌ای از یهودیان مثل کعب‌الاحبار یهودی که زمان ابوبکر اسلام آورد یا تمیم‌الداری مسیحی یا ابوهریره وجود آمد و وارد بخش فرهنگی اسلام شد. جریان قصه‌خوانی در این مرحله شروع می‌شود تا جایی که هر روز جمعه پیش از خطبه، اسرائیلیات را در قالب قصه نقل می‌کنند. از مطالب غم‌انگیز و تأسف‌برانگیز این است که عثمان، قصه‌گویی تمیم‌الداری را در یک نوبت در هفته کم شمرد و دستور داد در هفته دوبار برای مردم قصه بگویند (ابن‌شبهه، ۱۳۹۹ق، ج ۱، ص. ۱۱).

در زمان حکومت امیر مؤمنان (علیه‌السلام) با قصه‌گویان برخورد شد، اما جریان شام دوباره ادامه یافت و معاویه از همان زمینه‌ای که در مدینه توسط خلیفه‌های دوم و سوم پیدا شده بود، استفاده و نفوذی‌ها را وارد دستگاه خلافت کرد. معاویه افزون‌بر اینکه سرجون مسیحی را مشاور سیاسی خود قرار داد، به وزارت مالیه (اقتصاد) هم منصوب کرد. منصور فرزند سرجون هم در سمت حسابداری ارتش قرار گرفت. برخی از محققان قائل‌اند که جریان کربلا و کشته شدن امام حسین (علیه‌السلام) ادامه همین جریان نفوذ بوده است. بدین صورت که سرجون به کاخ سبز معاویه راه می‌یابد (ابن‌کثیر، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص. ۱۴۶) و این موقعیت در زمان یزید حفظ می‌شود و به پیشنهاد او، یزید، عبیدالله‌بن‌زیاد را برای فرمانداری کوفه می‌فرستد (ابن‌کثیر، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص. ۱۵۲).

مطالب یادشده گوشه‌ای از حساسیت پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) درباره منع نفوذ را نشان می‌دهد که چگونه حضرت بیش از تصور در نگاه اول، بر مقوله نفوذ حساسیت دارند. این حساسیت شاید به‌خاطر تأثیر بالایی است که بحث نفی نفوذ هم در سیاست خارجی اسلام دارد و به‌نوعی هم سیاست داخلی از آن تأثیر برخوردار است (علیدوست، ۱۴۰۲، ص. ۱۰۸).

۲-۳. ادله فقهی مقاومت در رابطه با فرهنگ دینی

شریعت مقدس برای حفظ دیانت مردم احکام سخت‌گیرانه‌ای دارد که ماندنش را شاید کمتر بتوان در متون فقهی یافت و این شدت و غلظت ناشی از جایگاه عظیم دین است؛ زیرا از امیر مؤمنان (علیه‌السلام) فراوان نقل شده است که در سخنرانی‌هایش می‌فرمود ای مردم! دین خود را حفظ کنید؛ زیرا گناه کردن همراه با دین‌دار بودن بهتر از عمل شایسته در غیردین است؛ زیرا گناه در دین آمرزیده می‌شود، اما حسنه و ثواب در غیردین پذیرفته نمی‌شود. شهید اول در مقام بیان مقاصد الشریعه وقتی به حفظ دین می‌رسد، جهاد و قتل مرتد را ابزاری برای حفظ دین می‌داند که در ادامه به اختصار اشاره می‌شود (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص. ۳۸).

۱-۲-۳. حرمت حفظ کتب ضاله

کتاب‌های ضاله یا کتاب‌های ضلال نوشته‌هایی است که موجب گمراهی خوانندگان می‌شود. جمعی از فقیهان گفته‌اند کتاب‌هایی هستند که به انگیزه گمراهی نوشته می‌شوند (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۳۴۳). تعبیر کتاب‌های ضاله تنها کتاب‌ها را شامل نمی‌شود؛ بلکه مقاله، نامه و روزنامه و مجلات گمراه‌کننده را هم دربرمی‌گیرد. همچنین، منظور از ضلال، تنها گمراهی در عقاید نیست، بلکه احکام شرعی را هم شامل می‌شود (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۱).

مسئله کتاب‌های ضلال را شیخ مفید به فقه شیعه وارد کرد (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۸۹). پس از آن، در کتاب‌های دیگر فقیهان راه یافت و احکام فقهی‌اش بررسی شد. به فتوای فقیهان شیعه، نگهداری، خرید و فروش، نسخه‌برداری و نشر، مطالعه و آموزش کتاب‌های ضاله حرام و از بین بردن آن‌ها واجب است جز در مواردی که از مطالب آن برای اثبات حق و رد باطل استفاده می‌شود.

از مسائل مهم مربوط به بحث حرمت حفظ کتاب‌های ضاله، معنای حفظ است که شیخ انصاری معنای حفظ را اعم از به حافظه سپردن، نسخه‌برداری، بحث و گفت‌وگو و هر کاری را که به نوعی در باقی ماندن مطالب گمراه‌کننده نقش دارد، در نظر گرفته است (الانصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۱۱۷). مرحوم صاحب جواهر قائل است معنای حفظ افزون‌بر نگه داشتن کتاب از نابودی یا به حافظه سپردن مطالب، مطالعه و تدریس

این گونه کتاب‌ها را نیز شامل است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۵۶).
 برخی، احکام فقهی مربوط به «کتاب‌های ضاله» را با آزادی بیان و اندیشه و تحقیق
 مغایر دانسته‌اند (مکارم شیرازی و سبحانی، ۱۳۷۷، ص ۳۳۷). این اشکال را این گونه
 پاسخ داده‌اند که دین اسلام، مردم را به کاوشگری و کسب دانش تشویق کرده و با
 آزادی اندیشه و بیان مخالفت نکرده است؛ اما نسبت به سلامت فکری و اعتقادی جامعه
 نیز توجه داشته و برای جلوگیری از انحرافات اعتقادی و اخلاقی در جامعه، قلمرو
 آزادی در ناحیه اندیشه و بیان را معین کرده است (مصباح یزدی، ۱۳۹۴، ص ۵۸).

۳-۲-۲. ارتداد

ارتداد خارج شدن و روی گردانی از دین اسلام است. مسلمان روی گردان از اسلام را
 مرتد می‌نامند. ارتداد با انکار وجود خدا، حقانیت پیامبر اسلام (صلی‌الله علیه و آله)،
 دین اسلام و امور ضروری دین مانند نماز و روزه و نیز با توهین آشکار به مقدسات
 دینی مانند کعبه محقق می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۶۰۰).

مرتد را به دو نوع مرتد ملی و مرتد فطری تقسیم کرده‌اند که هر یک احکام شرعی
 مخصوص خود را دارد. بنا بر دیدگاه مشهور فقیهان، مجازات مرتد فطری مرد، مرگ
 است، ولی به مرتد ملی مرد، فرصت توبه و بازگشت به دین داده می‌شود و در صورت
 عدم توبه کشته می‌شود. مرتد زن چه ملی و چه فطری، کشته نمی‌شود، اما تا زمانی که
 توبه نکند، زندانی می‌شود. نجس بودن مرتد و جایز نبودن ازدواج با او از دیگر احکام
 ارتداد است. به باور برخی، علت وجود چنین مجازات‌هایی برای ارتداد، جلوگیری از
 سهل‌انگاری مسلمانان در دین‌داری و عدم تضعیف باورهای دینی توسط مخالفان اسلام
 است؛ زیرا اسلام زیربنای نظام سیاسی است و ارتداد و آشکارسازی آن، سبب تضعیف
 اسلام و فروپاشی نظام سیاسی مبتنی بر آن می‌شود. از این رو حکومت اسلامی موظف
 است در برابر آشکارسازی ارتداد بایستد و برایش مجازات در نظر بگیرد (مطهری،
 ۱۳۹۰ش، ج ۲، ص ۳۱۶).

در توضیح فلسفه مجازات مرتد، به حکمت‌های مختلفی اشاره شده است از جمله
 اینکه اسلام زیربنای نظام سیاسی است، ارتداد و آشکارسازی آن، سبب تضعیف اسلام
 و فروپاشی نظام سیاسی مبتنی بر آن می‌شود. از این رو حکومت اسلامی موظف است در

برابر آشکارسازی ارتداد بایستد و برایش مجازات در نظر بگیرد (عوده، بی تا، ج ۱، صص. ۵۳۶ و ۶۳۱).

اسلام عامل پیوند جامعه است و از این رو ارتداد و اظهارش سبب گسست مردم می شود. مهدی بازرگان از قول پرفسور مارسل بوازار، استاد حقوق دانشگاه ژنو نقل می کند «علت سخت گیری اسلام درباره مرتد شاید بدان جهت باشد که در نظام حکومتی و سیستم اداری جوامع اسلامی، ایمان به خدا جنبه صرفاً اعتقادی و شخصی نداشته، بلکه جزو بندهای پیوستگی امت و پایه های حکومت است؛ به طوری که با فقدان آن، قوام و دوام جامعه متلاشی می شود و مانند قتل نفس یا فتنه و فساد است که نمی تواند قابل تحمل باشد» (فاضل میبدی، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۵).

اظهار اسلام به معنای التزام به نظمی خاص و پذیرش هویت ویژه است. از این رو ارتداد نوعی سرکشی علیه هویت عمومی جامعه است که موجب اخلال در آرامش جامعه می شود (فضل الله، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۴).

علت سخت گیری در زمینه مجازات ارتداد این است که دین را مسئله ای ساده ندانیم و در انتخاب آن بیشتر دقت کنیم (شاکرین، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۷). مجازات مرتد مانع می شود که مخالفان اسلام با قصد تضعیف ایمان مردم، اسلام بیاورند و سپس از اسلام بیرون روند؛ چنان که نقشه دشمنان اسلام در صدر ظهور اسلام چنین بود و از این رو مجازات مرتد مقرر شد (شاکرین، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۴).

۳-۲-۳. جهاد

دین در حدوث و بقای خود ارتباط وثیقی با جهاد دارد (سبزواری، بی تا، ج ۱۵، ص. ۷۸). حکمت و جوب جهاد را که شهید اول حفظ دین نامید (شهید اول، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۳۸)، می توان در آیه ۴۰ سوره حج^۱ دنبال کرد. خداوند متعال می فرماید اگر مقرر نشده بود که بعضی از مردم بر بعضی دیگر پیروز شوند و از خود دفع ضرر کنند، مشرکان بر تمام ملت ها سلطه می یافتند و در نتیجه، عبادتگاه های آنان را تخریب می کردند و دیگر نه کلیسایی برای مسیحیان باقی می ماند نه صومعه ای برای راهبان نه کنیسه ای برای یهودیان و نه مسجدی برای مسلمانان! به این بیان که کفار و مشرکان بدون هیچ مجوزی آنان را از وطنشان (مکه) بیرون کردند. آن هم نه اینکه دستشان را

بگیرند و از شهر بیرونشان کنند، بلکه آنقدر آن‌ها را شکنجه و آزار کردند و دشواری‌هایی را برای زندگی عادی‌شان فراهم آوردند تا ناگزیر شدند با پای خود، شهر و زندگی را رها کنند و به دیار غربت پناه آورند و از اموال خود چشم پوشند، به تنگدستی گرفتار شوند. عده‌ای به حبشه رفتند و جمعی بعد از هجرت رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) به مدینه روی آوردند. جمله «الآن يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ»، به این معناست که دلیل اخراج مسلمانان این بود که می‌گفتند پروردگار ما الله است نه بت! به عبارتی، مشرکان آنقدر منحرف از حق بودند که بیان همین یک کلمه حق را جرمی بزرگ می‌پنداشتند و آن را مجوزی برای اخراج گویندگان این سخن حق از وطنشان می‌دانستند.

جهاد در اسلام برای حصول اهدافی تجویز شده است که جهاد برای خاموش کردن فتنه‌ها و به تعبیر دیگر، جهاد ابتدائی آزادی‌بخش، جهاد دفاعی، جهاد برای حمایت از مظلومان و جهاد برای محو شرک و بت‌پرستی از جمله این اهداف است.

اسلام آزادی عقیده را محترم می‌شمرد و هیچ‌کس را به‌اجبار به سوی این آیین دعوت نمی‌کند، برای همین به اقوامی که دارای کتاب آسمانی هستند، فرصت کافی می‌دهد که با مطالعه و تفکر، آیین اسلام را بپذیرند و اگر نپذیرفتند، با آن‌ها به‌صورت یک «اقلیت هم‌پیمان» (اهل ذمه) معامله می‌کند و با شرایط خاصی که نه پیچیده است و نه مشکل، با آن‌ها همزیستی مسالمت‌آمیز برقرار می‌کند. درعین حال، نسبت به شرک و بت‌پرستی سخت‌گیر است؛ زیرا شرک و بت‌پرستی، نه دین است نه آیین و نه محترم شمرده می‌شود، بلکه نوعی خرافه، انحراف و حماقت و در واقع نوعی بیماری فکری و اخلاقی است که باید به هر قیمت ممکن، آن را ریشه‌کن ساخت.

کلمه آزادی و احترام به فکر دیگران، در مواردی به کار برده می‌شود که فکر و عقیده، دست‌کم یک ریشه صحیح داشته باشد، اما انحراف، خرافه، گمراهی و بیماری چیزی نیست که محترم شمرده شود. برای همین اسلام دستور می‌دهد بت‌پرستی به هر قیمت ممکن حتی به قیمت جنگ، از جامعه بشریت ریشه‌کن شود. بتخانه‌ها و آثار شوم بت‌پرستی اگر از طرق مسالمت‌آمیز ممکن نشد باید با زور، ویران و منهدم شوند.

مطلب مهم اینکه، اسلام جهاد را با اصول صحیح و منطقی عقل‌هماهنگ ساخته و

هرگز آن را وسیله سلطه‌جویی، کشورگشایی، غصب حقوق دیگران و تحمیل عقیده و استعمار و استثمار قرار نداده است، اما دشمنان اسلام - به‌خصوص ارباب کلیسا و مستشرقان مغرض - با تحریف حقایق، سخنان زیادی بر ضد مسئله جهاد اسلامی ایراد کرده و اسلام را متهم به خشونت و توسل به زور و شمشیر برای تحمیل عقیده ساخته و به این قانون اسلامی، سخت هجوم برده‌اند. در واقع، وحشت آن‌ها از پیشرفت اسلام در جهان به‌خاطر معارف قوی و برنامه‌های حساب‌شده، سبب شده است که از اسلام چهره دروغین وحشتناکی بسازند تا جلوی پیشرفت اسلام در جهان را بگیرند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۳۷).

۳-۳. ادله فقهی مقاومت در رابطه با فرهنگ ملی

اسلام هرگز جریان فرهنگ انسانی را سد نکرده و حتی آن را به پیش رانده است. اسلام درباره امور عادی، عرفی، اجتماعی، فرهنگی و چگونگی گویش و مانند آن به‌طور غالب مردم را آزاد گذاشته و در جزئیات دخالت نکرده است؛ البته ارشاد و راهنمایی برای بهبود و بهینه شدن کارها و کلیات و قواعدی دارد که با منطق و خرد و فطرت پاک انسانی منطبق است و آیین‌ها، آداب، عادت‌ها و رسوم در هر زمان و زمینی باید با همان مقیاس‌ها سنجیده شود. هرچه به انحراف بشر از مسیر صحیح زندگی بینجامد و با هدف آفرینش و کمال انسانی در تضاد باشد، مانند بت‌پرستی، جهل، خرافه، فساد، فحشا و منکرات از نظر اسلام ممنوع و نامشروع است.

عبدالمطلب در عصر جاهلیت پنج سنت (حرمت ازدواج فرزندان با زنان پدرانشان، صدقه دادن یک‌پنجم از گنجی که یافته شود، سقایة‌الحاج نامیدن زمرم پس از حفر چاهش، صد شتر قرار دادن دینه انسان و هفت شوط قرار دادن طواف به دور خانه خدا) را پایه‌گذاری کرد که در اسلام مورد تأیید قرار گرفت.

اسلام با سنت‌های جاهلیت مخالف است که موجب گمراهی، شرک، رواج جهل و خرافات شود نه آنکه با هرچه در عصر پیش از اسلام بوده است. باید این‌گونه برخوردهای واقع‌بینانه و استوار بر سماحت و سهولت را به‌منزله بحث پایه و اصل کلی از مختصات و جامعیت اسلام، از افتخارات این آیین کامل الهی به‌شمار آورد.

شهید مطهری در این باره نوشته است از جامعیت اسلام است که نسبت به بسیاری

از امور دستور نداشته باشد و مردم را آزاد بگذارد. یک سلسله آداب و رسوم میان مردم هست که اگر انسان آن‌ها را از طریق مثبت انجام دهد، نه جایی خراب می‌شود و نه جایی آباد و اگر ترک هم بکند همین‌طور.

بررسی تاریخ صدر اسلام نشان می‌دهد ضمن اینکه حوزه وسیعی تحت حکومت و شریعت اسلامی اداره می‌شد، سنت‌های اداری هر محل تا آنجا که با شریعت سازگاری داشت، حفظ شد و ادامه یافت؛ در شام و مصر سنت رومی و در عراق و فارس سنت ساسانی. فرهنگ و آداب و رسوم خاص هر قومی تا آنجا که در تضاد با روح اسلام، توحید، یگانگی و وحدت نباشد، ملحوظ و محترم است.

۳-۱-۳. توصیه به حفظ سنت‌های صالح

عدم مخالفت اسلام با برخی از آداب، سنن و فرهنگ‌ها به معنای تأثیرپذیری از فرهنگ‌ها و موضع انفعالی نیست، بلکه این‌گونه موضع‌گیری‌های واقع‌بینانه، دلیل قوت و باعث گسترش روزافزون اسلام بوده و اسلام را دینی جاودانه، جامع، جهانی، پرجاذبه و ماندنی ساخته و عالی‌ترین نوع تأثیرگذاری و فرهنگ‌سازی را در سطح جهان داشته است.

واژه سنت در اصل به معنای جاری ساختن آب بر صورت گرفته شده و سپس به هر موضوعی که سریان و جریان داشته، سنت اطلاق شده است. به تمام عادات و آداب خوب یا بدی که از سوی شخص یا گروهی در جامعه به جریان می‌افتد، سنت گفته می‌شود و برای همین، آن را به سنت‌های حسنه و سیئه تقسیم کرده‌اند. برای مثال، قرار دادن برنامه مستمر هر ساله برای نوازش یتیمان یا ایجاد صلح در میان افرادی که با هم اختلاف دارند، سنت حسنه شمرده می‌شود و برنامه‌هایی مانند زنده‌به‌گور کردن دختران یا در عصر ما استفاده از مواد محترقه و منفجره در شب چهارشنبه آخر سال سنت سیئه است.

در روایات اسلامی، بحث‌های فراوانی درباره کسانی که سنت حسنه یا سیئه می‌گذارند، آمده است. برای مثال، در روایت معروف از پیغمبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌و آله) نقل شده است «کسی که سنت نیکی را پایه‌گذاری کند و بعد از وی به آن عمل شود، پاداش آن و پاداش کسانی که به آن عمل کرده‌اند، برای او خواهد بود بی‌آنکه چیزی از پاداش آن‌ها کم شود و کسی که سنت بدی را پایه‌گذاری کند و بعد از او به آن عمل شود، گناه آن و گناه کسانی که به آن عمل کرده‌اند، برای او خواهد بود بی‌آنکه

از گناهان آن‌ها چیزی کاسته شود» (الطبرسی، بی تا، ص. ۴۳۲).

این روایت در واقع از مسئله تسبیب و تعاون بر خیر و شر خبر می‌دهد. بدین صورت که گاه انسان عملی را بالمباشره انجام می‌دهد و گاه بالتسبیب و ایجاد سنت خوب و بد نوعی تسبیب است.

البته مسئله سنت‌های اجتماعی ارتباطی به بدعت گذاشتن ندارد آن‌گونه که بعضی از وهابیون کوتاه‌فکر می‌پندارند؛ زیرا بدعت چیزی است که شخص، چیزی را که در دین وجود ندارد، در آن وارد کند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۱۷۵)، ولی سنت‌ها نوعی بدعت‌های عرفی و اجتماعی است که بدون اسناد به شرع مقدس گذارده می‌شود که اگر در مسیر اهداف شرع باشد (مانند نوازش یتیمان و کمک به محرومان) سنت حسنه شمرده می‌شود و مطلوب است و اگر بر ضد آن باشد (مانند زنده‌به‌گور کردن دختران که از سنت‌های جاهلی بود)، سنت سیئه و نامطلوب است. از اینجا روشن می‌شود اینکه وهابی‌های متعصب با اموری مانند جشن میلاد پیغمبر اکرم (صلی الله) یا برگزاری مراسم تعزیه برای اموات و گذشتگان مخالفت می‌کنند از بدفهمی آن‌هاست که سنت را با بدعت اشتباه می‌گیرند درحالی‌که روایات مربوط به سنت‌های حسنه و سیئه را خودشان در کتاب‌ها آورده‌اند.

در این راستا، امیر مؤمنان (علیه السلام) در نامه خود به مالک اشتر، وی را از شکستن سنت‌های صالح برحذر می‌دارد و می‌فرماید: «لَا تَنْقُضُ سُنَّةَ صَالِحَةٍ عَمِلَ بِهَا صُدُورُ هَذِهِ الْأُمَّةِ، وَاجْتَمَعَتْ بِهَا الْأَلْفَةُ، وَصَلَحَتْ عَلَيْهَا الرَّعِيَّةُ؛ هرگز سنت مفید و پسندیده‌ای را که پیشگامان این امت به آن عمل کرده‌اند و ملت اسلام با آن الفت گرفته و امور رعیت به وسیله آن اصلاح شده است، مشکن» (امام علی (علیه السلام)، نامه ۵۳).

شارحان نهج البلاغه عبارت «صدور هذه الأمة» را مختلف معنا کرده‌اند. بعضی «این امت» را به امت اسلام شرح کرده‌اند، اما با توجه به سابقه تاریخی و فرهنگی مصر و دقت در سخنان حضرت امیر (علیه السلام) به خوبی استفاده می‌شود که مقصود ملت باسابقه مصر از پیش از اسلام است.

سنت در دو معنا به کار می‌رود؛ گاه به معنای عادات و روش‌هایی است که از گذشتگان و پیشینیان به یادگار مانده و بر دو قسم حسنه و سیئه است. معنای دوم

سنت به معنای سخن پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله)، فعل و تقریر اوست. کلام امام (علیه السلام) در اینجا ناظر به معنای اول است (به قرینه جمله «وَلَا تُحَدِّثَنَّ سُنَّةَ تَضْرُ...»). برای مثال، شخصی یا گروهی هفته‌ای از سال را به‌عنوان هفته نیکوکاری یا اکرام یتیمان یا پاک‌سازی مساجد یا کاشتن انواع درختان قرار می‌دهند بی‌آنکه آن را به شرع نسبت دهند. این سنت صالح باقی می‌ماند و افرادی به آن عمل می‌کنند و در پرتوی آن، کارهای نیکی صورت می‌گیرد. امام (علیه السلام) به مالک اشتر دستور می‌دهد هرگز این‌گونه سنت‌ها را نشکنند و بگذارند مردم به آن عمل کنند و از برکاتش بهره‌مند شوند. البته اگر سنت‌های فاسد و مفسدی باشد مانند آنچه در زمان جاهلیت از انتقام‌جویی‌ها و زنده‌به‌گور کردن دختران و مانند آن وجود داشت، باید با این‌گونه سنت‌های خرافی، غلط و غیرانسانی مبارزه کرد.

تاریخ اسلام نیز نشان می‌دهد که پیغمبر اکرم سنت‌های صالح پیشین را هرگز نشکست، بلکه آن‌ها را تأیید فرمود مانند سنت‌هایی که از عبدالمطلب به یادگار مانده بود، اما با سنت‌های زشت و خرافی سخت مبارزه کرد. سپس امام (علیه السلام) همین مطلب را به‌صورت دیگری بیان می‌کند و می‌فرماید «لَا تُحَدِّثَنَّ سُنَّةَ تَضْرُ بِشَيْءٍ مِنْ مَاضِي تِلْكَ السُّنَنِ، فَيَكُونَ الْأَجْرُ لِمَنْ سَنَهَا وَالْوِزْرُ عَلَيْكَ بِمَا نَقَضْتَ مِنْهَا؛ هرگز سنت و روشی را که به چیزی از سنت‌های (حسنه) گذشته زیان وارد می‌سازد، ایجاد مکن که اجر آن سنت‌ها برای کسی خواهد بود که آن را برقرار کرده و گناهش بر توست که چیزی از آن را نقض کرده‌ای». در واقع، امام می‌فرماید سنت‌های صالح پیشین را نه مستقیماً بشکن و نه مزاحمتی برای آن‌ها ایجاد کن که آن را بشکنند، بلکه باید در حفظ آن سنت‌ها بکوشی تا مردم به سبب پیروی از آن بهره‌مند شوند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ج ۱۰، ص. ۴۳۸).

۳-۲. تأیید عید نوروز

عیدها و آیین‌های گزینش آغاز سال و مشخص کردن مبدأ تاریخی همراه با مراسم و آداب ویژه، پدیده‌ای است که با اختلاف عقاید و آیین‌ها و به‌اقتضای فرهنگ و نیازها، همواره در میان همه ملت‌ها رایج بوده است و به ملت و مکتب و سرزمینی اختصاص ندارد.

آغاز سال نو از دیرباز در ایران باستان با عنوان عید نوروز همراه با برگزاری جشن و آیین‌های ویژه نوروزی بوده است. نوروز و آیین‌های ویژه آن پیشینه‌ای بلند در تاریخ دارد که در طول قرن‌ها از عهد آریاییان، هخامنشیان، اشکانیان، ساسانیان تا به امروز، با همه فرودفرازهایش از حیات و اعتباری خاص برخوردار بوده است.

نوروز در متون و منابع دینی اعم از حدیث فقه و تاریخ با دو عبارت «النوروز» و «النوروز» یاد شده است. نوروز یا نوروز در باب مسئله غسل و نماز و روزه‌های مستحبی و دیگر در باب معاملات در مسئله بیع نسبه، بیع سلف و نیز مسئله هدیه مطرح شده است (الانصاری، بی تا، ج ۳، ص ۵۶).

ائمه اطهار (علیهم السلام) در مواجهه با عید نوروز رویکرد ایجابی دارند. این مسئله را می‌توان از روایات متعدد دریافت کرد. برای مثال کلینی از ابراهیم کرخی نقل کرده است که از امام صادق (علیه السلام) درباره شخصی پرسید که مزرعه بزرگی دارد و روز مهرگان یا نوروز که فرامی‌رسد، کارگران و کشاورزان به رسم نوروز برای او هدیه می‌برند، آیا بپذیرد؟ امام فرمود آیا هدیه‌دهندگان اهل نماز و مسلمان‌اند؟ گفت آری! امام فرمود هدیه آن‌ها را بپذیرد و در مقابل جبران و تدارک کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۴۱). روایت دلالت دارد که در آن روزگار در میان مسلمانان، رسم هدیه‌های نوروزی برقرار بوده و امام هیچ‌گونه اشکالی بر آن نکرده، بلکه به نوعی آن را تأیید فرموده است. در روایت دیگری نقل شده است که برای امیر مؤمنان (علیه السلام) هدیه نوروزی آوردند. امام پرسید این چیست؟ گفتند امروز نوروز است. امام فرمود هر روز را برای ما نوروز کنید (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۰۰).

بنا بر این روایت، در زمان خلافت امیر مؤمنان (علیه السلام) به مقتضای رسوم گذشته که به بزرگان هدیه نوروزی می‌دادند، برای امام هدیه نوروزی آوردند. امام نیز نه اصل نوروز و نه آیین‌های آن مانند هدیه دادن را منع نفرمود. در فقه شیعه برای نوروز، آداب و احکامی مانند غسل، نماز و روزه مستحبی ذکر شده است. اساس و سند فقهی این احکام تا آنجا که تحقیقات نشان می‌دهد، تنها روایت معلی بن خنیس از امام صادق (علیه السلام) است که نخستین بار شیخ طوسی آن را در حاشیه کتاب مصباح‌المتجهد، درباره دعا و زیارات و مستحبات نوشته و در مختصر مصباح شیخ نقل شده است.

بسیاری از فقها پس از شیخ طوسی در مصباح، به پیروی از او در بیشتر کتاب‌های فقهی‌شان به غسل و نماز و روزه نوروز در ردیف غسل‌ها، نمازها و روزه‌های مستحبی توجه کردند و در مقام اشاره به مستند آن نیز همین حدیث معلى بن خنیس را یادآور شدند. از روزی که بحث اعمال و احکام روز نوروز در فقه شیعه مطرح شد و فتوا به استحباب آن مورد قبول مشهور فقها قرار گرفت، هیچ‌کس از محدثان و مجتهدان که رأی و نظرش شایان اعتنا باشد، بحث مخالفت با نوروز یا شبیه نامشروعیت آن را مطرح نکرده است (حسینی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۵۸، ص ۳).

مقام معظم رهبری با تحلیل دقیق از نوروز، به تشویق ائمه اطهار (علیهم‌السلام) اشاره می‌کند که شیعیان را به کار نو سوق می‌دهند. در نظر معظم‌له، روایت درصدد بیان تاریخ نیست که در این روز هبوط آدم، قضیه نوح و یا ولایت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) اتفاق افتاده است، بلکه حضرت در مقام بیان «روز نو» هستند. بدین صورت که منظور از «نوروز»، روزِ نوست.

بنا به تفسیر مقام معظم رهبری، روزی که انسان در آن بتواند اتفاق بزرگی را محقق کند، نوروز است. همان‌طور که روزی که جناب آدم و حوا، پا بر زمین گذاشتند، برای بنی‌آدم و نوع بشر، نوروز و روز نویی بود. روزی که حضرت نوح بعد از توفان عالم‌گیر، کشتی خود را به ساحل نجات رساند، «نوروز» و روز نویی است و داستان تازه‌ای در زندگی بشر آغاز شده است. همچنین، روز نزول قرآن بر پیغمبر (صلی‌الله علیه و آله) و روز انتخاب امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) به ولایت، مقطعی در تاریخ است که برای انسان‌ها روز نوست. با این تفسیر، هر روزی که این‌طور خصوصیتی در آن اتفاق بیفتد، روز نو و «نوروز» است؛ چه اول فروردین چه هر روز دیگری از اوقات سال باشد.^۲

بحث و نتیجه‌گیری

در بین علوم دینی، علم فقه عهده‌دار تنظیم روابط میان افراد، ملل، ادیان و فرهنگ‌هاست. برای همین، بایدها و نبایدهایی را برای متشرعین به فقه ترسیم کرده است که با عمل به این هنجارها از مسیر رضایت پروردگار خارج نشوند. درباره مسئله فرهنگ هم فقه شیعه حساسیت‌های لازم را به خرج داده و با الزام احکامی درصدد

است فرهنگ دینی و ملی را از گزند هجمه‌های بیگانه حفظ کند. فقه امامیه در مرحله اول برای حفظ فرهنگ دینی، احکامی مانند حرمت حفظ کتب ضاله، مجازات مرتدین و برنامه جهاد را تدارک دیده است و در ادامه برای حفظ فرهنگ ملی با تأکید بر حفاظت از سنت‌های ملی، قید صالحه را می‌افزاید که این سنت‌ها در صورت برخورداری از صلاح، قابلیت محافظت در پرتوی شریعت مقدس اسلام را دارند و برای مقابله با هجمه فرهنگ بیگانه، احکام و قواعد مهمی مانند قاعده نفی سییل و قاعده نفی نفوذ را تشریح کرده است.

یادداشت‌ها

۱. «الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهَدَمْتُمْ صَوَامِعَ وَبِيَعَ وَصَلَوَاتٍ وَمَسَاجِدٍ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ؛ کسانی که به ناحق از دیارشان رانده شده‌اند، تنها به دلیل آنکه می‌گویند الله پروردگار ماست، اگر خدا بعضی از مردمان را به وسیله بعضی دیگر سرکوب نمی‌کرد، صومعه‌ها، کلیساها، کنش‌ها و مساجدی که نام خدا فراوان در آن‌ها یاد می‌شود، خراب می‌شدند. به‌طور قطع و یقین خدا یاری خواهد کرد آنان را که خدا را یاری می‌کنند که خدا نیرومند و توانا است.»

۲. قابل دسترسی در تارنمای <https://farsi.khamenei.ir/newspart-print?tid>

کتابنامه

- قرآن کریم.
- آشوری، داریوش (۱۳۵۷). *تعریف‌ها و مفهوم فرهنگ*. تهران: مرکز اسناد فرهنگی آسیا.
- ابن اثیر، مجدالدین المبارک‌بن محمد (۱۴۱۸ق). *النهائية في غريب الحديث*. بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.
- ابن بابویه، محمدبن علی (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن حجر عسقلانی (۱۳۹۰ق). *لسان‌المیزان*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ابن سعد، ابو عبدالله (۱۴۱۰ق). *الطبقات الکبری*. بیروت: دارالکتب العلمیه.

- ابن شبه، ابوزید (۱۳۹۹ق). *تاریخ‌المدینه*. جده: السیدحبيب محمود احمد.
- ابن کثیر، ابوالفدا (۱۴۰۷ق). *البدایة و النهایة*. بیروت: دارالفکر.
- الاحسائی، ابن ابی‌جمهور (۱۴۰۵ق). *عوالی‌الثالی*. قم: دار سیدالشهدا للنشر.
- اسدی، حیدر؛ و رجبی، هادی (۱۳۹۶). نقش فرهنگ مقاومت در امنیت داخلی جمهوری اسلامی ایران. *فصلنامه سیاست*، شماره ۱۶، ۸۷-۱۰۴.
- اسمعیلی، پوریا؛ و حسینی، علیرضا (۱۳۹۹). بررسی واکنش‌ها و مقاومت فرهنگی برخی از شاعران شعوبی پیرامون اقتدار و انحطاط ساسانیان در عصر عباسیان. *ادبیات مقاومت*.
- الانصاری، الشیخ مرتضی (۱۴۱۱ق). *المکاسب*. قم: دارالذخائر.
- الانصاری، الشیخ مرتضی (بی‌تا). *کتاب الطهارة*. بی‌جا.
- الدارمی، ابومحمد (۱۴۳۴ق). *سنن الدارمی*. بیروت: دارالبشائر.
- پوررستمی، حامد (زمستان ۱۳۹۵). چیستی و ترابط معنایی فرهنگ و دین در فرهنگ دینی. *اندیشه نوین دینی*، سال ۱۲، شماره ۴۷.
- جعفری، رضا (۱۴۰۰). تحلیلی بر مبانی نظری اخلاق در نهج‌البلاغه به‌عنوان مؤلفه‌ای مؤثر بر فرهنگ ملی. *مدیریت فرهنگی*، ۲۸-۱.
- حسینی خراسانی، سیداحمد (۱۳۸۸). نوروز و سنت‌های آن از منظر فقهی. *مجله فقه دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم* (جلد ۵۸).
- خسروی، محمد؛ و حسینی‌خواه، سیدجواد (۱۴۰۱). «نظریه جهاد ذبی در اندیشه آیت‌الله محمدجواد فاضل لنکرانی و نسبت آن با فقه مقاومت. *مطالعات فقه سیاست*، شماره ۴، ۸۷-۱۰۴.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). *مصباح‌الفقاهه* (جلد ۱).
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: روزنه.
- روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۲۹ق). *منهاج‌الفقاهه*. قم: انوارالهدی.
- زکی، عبدالله؛ و پارسانیا، حمید (۱۴۰۲). نقش خانواده در توسعه فرهنگی بر اساس آموزه‌های اسلامی. *نشریه معرفت فرهنگی-اجتماعی*، شماره ۵۴، ۱۵۹-۱۳۹.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی (بی‌تا). *مهدب‌الاحکام*، قم: دارالتفسیر.
- سیدرضی، محمدبن‌الحسین (۱۴۱۴ق). *نهج‌البلاغه*. قم: هجرت.
- سی ویلیامز، میشل (۱۳۸۹). *جنگ نرم فرهنگی؛ درآمدی بر نسبت امنیت و فرهنگ* (اصغر افتخاری، مترجم). تهران: انتشارات دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).

- السیوطی، جلال‌الدین (بی‌تا). *الدر المنثور*. بیروت: دارالفکر.
- شاکرین، حمیدرضا (۱۳۸۹). *پرسش‌ها و پاسخ‌های دانشجویی (دفتره هفتم)*. قم: دفتر نشر معارف.
- شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۰۰ق). *القواعد و الفوائد*. قم: کتابفروشی مفید.
- صاحبی، محمدجواد (۱۳۸۴). *مناسبات دین و فرهنگ در جامعه ایران*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل‌البیت.
- طبرسی، علی (بی‌تا). *مشکاة الانوار فی غرر الاخبار (مهدی هوشمند، محقق)*. بی‌جا.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۴۰۲). *روش‌شناسی استنباط گزاره‌های فقه امنیت*. تهران: دانشگاه عالی دفاع ملی.
- عوده، عبدالقادر (بی‌تا). *التشريع الجنایی الاسلامی*. بیروت: دارالکتب العربی.
- فاضل میبدی، محمدتقی (۱۳۷۸). *دین‌داری و آزادی*. تهران: انتشارات آفرینه.
- فرامرزی پلنگر، مینا؛ و دیگران (۱۴۰۱). *بررسی رابطه جهت‌گیری استراتژیک فرهنگی و مقاومت فرهنگی دانشجویان دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال*. *رهیافت‌های نوین مدیریت جهادی و حکمرانی اسلامی*، شماره ۵، ۲۵-۱.
- فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد (۱۴۰۹ق). *ترتیب کتاب‌العین*. چاپ ۲، قم: مؤسسه دارالهجره.
- فضل‌الله، سیدمحمدحسین (زمستان ۱۳۷۷). *آزادی و دمکراسی (مجید مرادی، مترجم)*. *مجله علوم سیاسی*، شماره ۳، ۱۳۲-۱۰۸.
- فیرحی، داوود (۱۳۸۶). *تاریخ تحول دولت در اسلام*. قم: دانشگاه مفید.
- کلینی، محمدبن‌یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- ماخانی، سعید؛ و مرادی، عبدالله (۱۴۰۱). *شناسایی مقاومت‌های فرهنگی در جمهوری اسلامی ایران*. *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، شماره ۲۸، ۱۳۶۹-۱۳۵۲.
- مصباح یزدی، محمدتقی (بی‌تا). *پاسخ استاد به جوانان پرسشگر*. قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام‌خمینی (رحمت‌الله).
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۰). *یادداشت‌ها (جلد ۲)*. ۳۱۶.
- مفید، محمدبن‌محمد (۱۴۱۳ق). *المقنعه*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ و سبحانی، جعفر (۱۳۷۷). *پاسخ به پرسش‌های مذهبی*. قم: مدرسه الامام علی‌بن‌ابی‌طالب (علیه‌السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶). پیام امام امیرالمؤمنین (علیه السلام). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
ملکزاده، محمد (۱۳۹۳). مؤلفه‌های دینی و ملی قدرت نرم نظام جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۲-۱۲۹.
نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهرالکلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
نگهبان، سلمان؛ و ابوالحسینی، رحیم (۱۳۹۹). مقاومت در قرآن. اندیشه تقریب، شماره ۳۹، ۵۹-۹۰.

<https://farsi.khamenei.ir/newspart-print?tid>.

نگاهی نو به ماهیت فقهی رمازرها و معاملات آن

سید یوسف علوی و ثوقی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴

هادی غلامی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

پول به‌عنوان شاخصی برای واسطه‌گری مبادلات و معیاری برای سنجش ارزش کالا و وسیله‌ای برای ذخیره ارزش، از روزگار قدیم مورد توجه بشر بوده است. در بررسی تاریخ تحول پول، با نوعی از پول مواجه می‌شویم با عنوان رمازر. برخلاف دیگر پول‌ها، صدور رمازرها در اختیار حکومتی خاص نیست و دست دولت‌ها را از دخالت در مسائل مالی کوتاه می‌کند. از این‌رو تلاش ویژه‌ای را در بررسی مشروعیت استفاده از آن‌ها می‌طلبید. در این مقاله، ضمن تبیین ماهیت فقهی و فهم عرفی از رمازرها و تحلیل چگونگی کارکرد و بیان مزایا و معایب آن، ابتدا امکان تحقق عناوینی مانند مال بودن بر رمازرها مورد واکاوی و تحلیل قرار گرفت. سپس با اثبات مالیت داشتن رمازرها و همچنین، تبیین ماهیت آن‌ها، قالب‌های معاملاتی آن تبیین شده است. در تحلیل ماهیت فقهی معاملاتی که با رمازرها صورت می‌گیرد، می‌توان به این نتیجه رسید که عناوینی مانند بیع، صلح و حتی عقد غیرمعین نیز قابل انطباق بر این نوع معاملات است. نگارندگان این تحقیق بر آن هستند که برخلاف نظر مشهور، می‌توان قول به صحت معاملات مبتنی بر رمازرها را ممکن دانست.

واژگان کلیدی

پول؛ مالیت؛ رمازر؛ بیت‌کوین؛ بلاک‌چین.

*استادیار و عضو هیئت علمی، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. syvosoughi@gmail.com

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

hadigholami171@yahoo.com

مقدمه

یکی از اشکال عجیب پول که حدود یک دهه محقق شد و در همین دوران اندک با تغییرات و شیوه‌نامه‌های متعددی منتشر شد، رمزارز یا کریپتوکارنسی^۱ است. بستری را که پول رمزنگاری شده مورد مشاهده و تبادل قرار می‌گیرد، بلاک‌چین می‌گویند. بلاک‌چین شبکه غیرمتمرکز برای تبادل مالی رمزارزهاست. اعتبار رمزارزها به هیچ دولت یا حاکمیتی وابسته نیست، بلکه این خود مردم یا کاربرها هستند که به این پول اعتبار و ارزش می‌دهند. بدیهی است که در معیارهای فقهی، نخستین شرط برای ورود به معامله و خرید و فروش، واجدیت وصف مالیت در ثمن و مثنی است. وجود این عنوان تقریباً به عرف واگذار شده است. بنابراین، درباره رمزارزها باید کاملاً بر دیدگاه و فهم عرفی، ابتدا تحقق عناوینی مانند مال بودن را مورد واکاوی و تحلیل قرار دهیم. سپس با بررسی ماهیت فقهی و عرفی رمزارزها به ماهیت معاملاتی که با رمزارزها صورت می‌گیرند، بپردازیم.

۱. پیشینه پژوهش

اساس رمزارزها تنها با قدمت کمی بیش از ۱۰ سال، مبتنی بر مقاله‌ای فردی به نام ساتوشی ناکوموتو در سال ۲۰۰۸ است. از آن پس و در زمان اندکی، رمزارزها در میان افراد خاصی که تا اندازه‌ای در عرصه وب و دیجیتال اطلاعاتی داشتند، مورد اقبال قرار گرفت و به سرعت رشد و تکامل یافت.

ما اکنون از پدیده‌ای سخن می‌گوییم که از قدمت چندانی برخوردار نیست و انتظار تحقیقات مفصل در این باره، آن هم با رویکردی فقهی را نداریم. عمده مقالات و تحقیقاتی که درباره رمزارزها در مجامع علمی و دانشگاهی منتشر شده، بیشتر با رویکرد اقتصادی بوده است. نگاه فقهی به این مسئله، غالباً در سخنرانی‌ها، مصاحبه‌ها و در برخی موارد، استفتائاتی است که در تارنماهای مختلف منتشر شده است؛ البته چند مورد تحقیق و مقاله با رویکرد فقهی در این باره وجود دارد که از آن جمله می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «بیت‌کوین و ماهیت مالی - فقهی پول مجازی»^۲ اشاره کرد.

۲. ماهیت فقهی رمزارزها

با عبور از تاریخچه پول و تحولات واسطه مبادله در طول زمان، در سال‌های اخیر تغییری بنیادین در حال شکل‌گیری است و پولی دارد به وجود می‌آید که پشتوانه خاصی ندارد و اعتبارکننده این پول، مسئولیتی در قبال اعتبارش ندارد. این پول‌های بدون پشتوانه از گروه پول‌های مجازی است و آن را رمزارز می‌نامند. این پول‌ها که نخستین و مهم‌ترین آن بیت‌کوین است، رمزارزش اینترنتی و الکترونیکی است که در اختیار کاربر گذاشته می‌شود یا در مبادله‌ای یا با دادن پول دیگری آن را به دست می‌آورند. ضروری است که بر اساس شاخص‌ها و معیارهای فقهی، حقیقت و جایگاه رمزارزها در میان دیگر پول‌ها یا کالاها بررسی شود.

۲-۱. جایگاه رمزارزها در برابر پول‌های رسمی

پول‌های سنتی یا ارزش ذاتی دارند یا ارزش اعتباری و ارزش اعتباری‌شان نیز به ارزش اعتباردهنده و میزان حمایت و پشتیبانی آن‌ها از این پول است، اما درباره رمزارزها چند نکته مهم وجود دارد و آن اینکه، انتشاردهنده و اعتباردهنده به این پول چه کسی است و چه حمایت‌هایی ممکن است که از آن داشته باشد؟ برای مثال، «در سال ۱۹۹۶، ارزش بیت‌کوین از حدود هر واحد ۱۰۰۰ دلار، به ۱۹۰۰۰ دلار رسید و از آن نیز فراتر رفت»^۳ و هر روز رکوردشکنی کرد که بیان‌کننده این است که پشت آن یک کنترل‌کننده که بتواند از این پول حمایت کند، یا وجود ندارد یا اگر موجود است، قدرت کنترل آن را ندارد؛ زیرا اساساً پول یک معیار و شاخص است و همان‌طور که با متر، کالاهای متری اندازه‌گیری می‌شود، با پول، ارزش سرمایه ارزیابی می‌شود. اگر قرار باشد ارزش پول در طول یک سال، ۱۹۰۰ درصد افزایش یابد یا ۱۹ برابر شود، نشان می‌دهد این نمی‌تواند معیار و شاخصی برای سرمایه باشد و به‌عنوان پول و مقیاس ارزش‌گذاری مورد توجه و استفاده قرار گیرد. پول باید ثبات داشته باشد ولو ثبات نسبی، تا بتوان دارایی‌ها، خدمات و سرمایه‌های دیگر را بر اساس آن ارزش‌گذاری کرد.

تنها چیزی که در مقام دفاع از این نوع پول می‌توان گفت، مقبولیت و پذیرش عرف است. صرف‌نظر از مجهول بودن مخترعان یا ناشران رمزارزها، قدر مسلم این است که کاربران در دنیای تجارت به این پول، نظر مثبت و اقبال نشان داده‌اند و از آنجاکه در فقه

معاملات، نظر عرف و عقلا بسیار مؤثر و تعیین‌کننده است، می‌توان از این حیث دریچه‌ای برای پذیرش و نهادینه کردن رمزارزها در کنار دیگر پول‌ها یا کالاها گشود. از این رو باید ابتدا به مسئله مالیت داشتن رمزارزها پرداخت.

۲-۲. بررسی مالیت داشتن رمزارزها

از آنجاکه یکی از شرایط لازم برای صحت معامله، مالیت داشتن مورد معامله است و برای مالیت داشتن شرایط خاصی در فقه و حقوق مدنی مطرح است، باید بودن یا نبودن این شرایط در رمزارزها بررسی شود.

۲-۲-۱. شبهه در مالیت داشتن رمزارزها

وقتی بخواهیم یک دارایی را معامله کنیم، آن دارایی یا باید دارای ارزش ذاتی باشد که به خاطر آن مالیت یابد و قابل معامله باشد یا اینکه دارای ارزش اعتباری باشد و بر اساس جایگاه اعتباردهنده بتوان گفت این دارایی تا چه میزان اعتبار و ارزش دارد و بر همین اساس بتوان آن را معامله کرد. رمزارزی مثل بیت‌کوین بر اساس اطلاعات موجود از آن، از لحاظ مالیت مورد تردید واقع شده؛ زیرا هیچ شناختی از اعتباردهنده‌اش وجود ندارد تا بدانیم که این اعتباردهنده کیست و چه وظایف و تعهداتی را در قبال آن بر عهده گرفته است.

رمزارزها پولی مبهم هستند؛ زیرا اساس وجود و چگونگی مالیت آن مبهم است. در نتیجه، از لحاظ مبانی فقهی و حقوقی، معامله با آن، معامله غرری است؛ زیرا اصل وجود و مالیت داشتن آن و نیز اندازه اعتبار آن و اینکه پشت این پول، اعتباردهنده‌ای مسئول و متعهد وجود داشته باشد، مشکوک است.

«رئیس بانک مرکزی فرانسه به فرانسوی‌ها هشدار داد که بیت‌کوین حتی یک پول مجازی هم نیست، بلکه تنها یک پول توهمی است و از آن‌ها خواست در آن سرمایه‌گذاری نکنند؛ زیرا ممکن است در هر لحظه این پول توهمی از بین برود»^۴.
بر این اساس و با توجه به اطلاعات موجود، احتمالات مختلفی درباره این پول وجود دارد که ماهیت آن را از لحاظ اصل وجود و مالیت داشتن و میزان ارزش وارد منطقه غرر می‌کند.

بنا به دیدگاه این افراد، نمی‌توان بیت‌کوین را به‌طور رسمی پول تمام‌عیار و ارز دیجیتال قلمداد کرد؛ زیرا به‌رغم داشتن برخی از خصوصیات پول، همچنان فاقد کارکردها و ویژگی‌های اصلی پول اعتباری است و تنها با تسامح می‌توان آن را پول نامید.

۲-۲-۲. مالیت داشتن رمزارزها با معیارهای فقهی

مالیت از منظر مشهور فقها با دو شرط محقق می‌شود. شرط نخست این است که شیء قابلیت انتفاع داشته و نزد عقلا دارای منفعت پذیرفتنی باشد. دوم اینکه، شارع آن منفعت را ممنوع نکرده باشد. در کلام برخی از فقیهان به شرط دیگری اشاره شده و آن این است که «آن شیء از ندرت نسبی برخوردار باشد؛ یعنی شیء به‌راحتی قابل دسترسی نباشد و برای به دست آوردن آن نیاز به کارهایی باشد که عقلا برای به دست آوردن آن شیء از یکدیگر پیشی بگیرند و با هم دیگر رقابت کنند» (سلطانی و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ص. ۱۷).

بهتر است در تعریف مال گفته شود، مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم نیازهای آنان را برطرف می‌سازد. برخلاف اموالی مانند پوشاک و اغذیه، برخی دیگر از اموال، مستقیماً رفع نیاز نمی‌کنند، اما وسیله‌ای برای رفع دیگر نیازها هستند مانند پول که به‌خودی‌خود رافع نیازی نیست، اما با اموال دیگر مبادله می‌شود و به‌واسطه آن‌ها رفع نیاز می‌کند و ارزش اعتباری دارد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص. ۲۱۳).

بنا به گزارش‌های منتشره در عرصه تجارت الکترونیک، به نظر می‌رسد بیت‌کوین به شکل منفعت و خدمات در جامعه جهانی در جریانات مالی و پولی قرار گرفته و به وسیله مالی انکارناپذیری تبدیل شده است. بیت‌کوین برای تولید و استفاده‌کنندگان آن، نوعی سرمایه فکری دارای مالیت و ارزش اقتصادی است؛ هرچند مورد شناخت و تأیید عده‌ای از کارشناسان عرصه اقتصادی یا حتی برخی کشورها قرار نگیرد.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، مال آن چیزی است که دارای ارزش اقتصادی باشد و لزوماً شیء مادی نیست، بلکه حقوقی هم که دارای ارزش مادی باشند، مال شمرده می‌شوند. از این رو می‌توان آن را حقی دانست که قابلیت تقویم و ارزش‌گذاری را دارد؛

به گونه‌ای که به دارنده‌اش اجازه می‌دهد که از آن هرگونه که می‌خواهد، استفاده کند. با توجه به ابداع الگوریتم ریاضی که در شبکه بلاک‌چین برای انتقال وجوه در فرایند همتابه‌همتا وجود دارد، می‌توان بیت‌کوین را نوعی سرمایه فکری دانست که ارزش اقتصادی و مالیت آن پذیرفته شده است.

شاید گفته شود «بیت‌کوین» مال نیست به این دلیل که تنها چند عدد رمزی در فضای اینترنت است و مشخص نیست چقدر اعتبار دارد و می‌توان سازوکار پولی دیگری ابداع و جایگزین کرد. از این رو رمزارز، مال توهمی است و اساساً مال نیست. در این صورت معاملات با آن از نظر شرعی نیز جایز نیست.

بنابراین، اگر به لحاظ موضوع‌شناسی، «بیت‌کوین» مال نباشد، آنگاه معاملات انجام‌شده با آن نیز از نظر شرعی زیر سؤال می‌رود و معاملات آن باطل خواهد بود؛ زیرا آنچه شرعاً می‌تواند مبادله شود، مال است و وقتی مالی در میان نباشد و بگوییم «بیت‌کوین» فاقد عنصر مالیت است، نمی‌توان آن را خرید و فروش کرد، «اما ممکن است گفته شود تعیین موضوعات به دست عرف عقلا است نه شرع. بنابراین، «بیت‌کوین» مال است و مال بودن آن را عرف تعیین می‌کند و در عرف با «بیت‌کوین» به‌عنوان مال معامله می‌شود» (عبدی‌پور، ۱۳۸۹، ص. ۵۳).

«از فقهای معاصر شیعه، آیت‌الله شبیری زنجانی از مراجع تقلید شیعیان با پذیرش مالیت و ارزش اقتصادی این واسطه جدید مالی، استفاده از بیت‌کوین را به مفسده اقتصادی نداشتن و خلاف قانون نبودن مشروط کرده است». این نظر فقهی مبتنی بر قبول مالیت داشتن رمزارزهاست.

با این توضیحات می‌توان گفت که رمزارزی مثل بیت‌کوین مبتنی بر زنجیره رمزنگاری‌شده بر اساس فرمول و قوانین ریاضی است که ایجاد این زنجیره برای دارنده آن، حق انحصاری مالی ایجاد می‌کند. این فرد می‌تواند این حق مالی را به دیگران نیز انتقال دهد. در واقع، کسی که رمزارزی را ایجاد می‌کند، نوعی ابداع و نوآوری فکری ایجاد می‌کند که به‌عنوان پول رمزنگاری‌شده، قابلیت نقل و انتقال دارد. بر اساس این تحلیل می‌توان «بیت‌کوین را به‌عنوان دارایی فکری دانست که دارای مالیت و ارزش است و به‌خاطر محدود بودن عرضه و همچنین، افزایش مداوم تقاضای آن، با افزایش قیمت نیز همراه است» (نوری و نواب‌پور، ۱۳۹۶، ص. ۷۸)

بنابراین، بر اساس این معیار فقهی که مالیت داشتن شیء، مبتنی بر این است که آن شیء دارای رغبت باشد؛ به گونه‌ای که عقلاً حاضرند در قبال آن عوضی بپردازند و نیز از ندرت نسبی برخوردار باشد، می‌توان وضعیت کنونی رمزارزها را واجد شرایط مالیت دانست.

۲-۳. پشتوانه مالیت رمزارزها

برخلاف ارزشهای سنتی که نرخ آنها با بازار تعیین می‌شود، معیارهایی برای ارزش‌گذاری بیت‌کوین وجود دارد که آن را پذیرفتنی می‌کند؛ زیرا بیت‌کوین با دستگاه‌هایی استخراج می‌شود که تهیه آنها نیازمند سرمایه و انرژی است. از این رو هرچه روند استخراج بیت‌کوین گران‌تر باشد، احتمال بالاتر رفتن ارزش آن نیز بیشتر خواهد بود.

ضعف دیگر ارزشهای سنتی این است که دولت‌ها می‌توانند ذخیره ارزشهای خود را به اندازه دلخواه افزایش دهند که این منجر به کاهش ارزش می‌شود، اما چنین پیامدی برای بیت‌کوین غیرممکن است؛ زیرا اندازه انتشار بیت‌کوین کاملاً تعیین شده و میزان بیت‌کوین‌هایی که وارد بازار می‌شوند، رو به کاهش است.

در ارزش‌گذاری پول‌های رمزنگاری شده مانند بیت‌کوین، میزان استفاده کاربران، امکان خریداری کالاها و خدمات با آن و میزان مشارکت عمومی در استفاده از آن، تعیین‌کننده است. همچنین، پاسخ به پرسش‌هایی مانند «آیا مردم از آن برای خرید کالا یا خدمات بهره می‌گیرند؟» و «آیا جامعه کاربران آن به اندازه کافی بزرگ و قانونمند است؟»، نشان‌دهنده ارزش هر ارز است و درباره بیت‌کوین برای بیش از یک دهه، پاسخ این پرسش‌ها همواره مثبت بوده است.

با توجه به استقبال مردم می‌توان بیت‌کوین را ارز رمزنگاری شده دانست و آن را سرمایه دیجیتال در نظر گرفت. ساختار مبتکرانه بیت‌کوین منجر شده است تا این سیستم به سرعت به موضوعی تأثیرگذار بر دنیای اقتصاد و سیاست جهانی مبدل شود. تا این مقدار از کارکرد بیت‌کوین و شناسایی آن برای ما، شاید بتوان گفت که این رمزارز، نوعی پول نیست، بلکه تنها کالا یا امکان خدمتی است که به علت ارزش و قابلیت‌هایی که دارد، به عنوان وسیله پرداخت مورد استفاده قرار می‌گیرد.

رمزارزها به‌رغم فقدان پشتوانه، مورد اقبال عرف و عقلاست و از آنجاکه در فقه، نبود پشتوانه لزوماً حکم بطلان را در پی ندارد، می‌توان رمزارزها را به عنوان پول مجازی در دنیای امروز پذیرفت و مستند فقهی آن را پذیرش عرف قرار داد. همچنین، اگر آن را نه به‌عنوان پول، بلکه تنها به‌عنوان کالایی ارزشمند در تبادل مالی بپذیریم، باز هم فقدان پشتوانه تأثیری بر جواز این شیوه از تبادل نمی‌گذارد.

۲-۴. ماهیت عرفی رمزارزها

دیدگاه فقها درباره ماهیت پول به دو دسته کلی تقسیم می‌شود؛ برخی فقها در تحلیل ماهیت پول بر قدرت خرید آن تأکید دارند و برخی دیگر، ارزش اسمی پول را در ماهیت آن دخیل می‌دانند. حقیقت پول از نظر شهید صدر همان قدرت خرید آن است و اسکناس با پشتوانه قانونی از نگاه ایشان یک مال مثلی است، اما با این توضیح که هر آنچه را که قیمت آن باشد در فراغ ذمه و جبران خسارت آن لازم است، از نگاه ایشان قدرت خرید پول همان ارزش مبادله‌ای و مالیت آن است. شهید صدر می‌گوید: «پول‌های کاغذی اگرچه مال مثلی است، مثل آن، فقط همان کاغذ نیست، بلکه هر چیزی است که قیمت حقیقی آن را مجسم و بیان می‌کند» (صدر، ۱۳۸۲، ص. ۲۳۴).

با این تفسیر، چنانچه بانک‌ها هنگام بازپرداخت سپرده‌ها به مشتریان، ارزش حقیقی آنچه را که دریافت کرده‌اند، بپردازند، مرتکب ربا نشده‌اند. بنابراین، با توجه به مثلی دانستن پول‌های اعتباری می‌توان گفت کسی که مالک مقداری از بیت‌کوین است، تنها مالک چند عدد در بستر فضای مجازی نیست؛ همان‌طور که اگر فرد بگوید من مقداری بیت‌کوین دارم، منظورش این نیست که من مالک مقداری اعداد و معادلات در حافظه رایانه‌ام هستم، بلکه منظورش این است که مالک قدرت خرید این مقدار پول مجازی است. از آنجاکه رمزارزها مانند پول فیات دارای مالیت اعتباری‌اند، می‌توان درباره مثلی یا قیمی بودن رمزارزها، آن‌ها را با اسکناس یکسان فرض کرد.

اما در نظریه ارزش اسمی با توجه به مثلی دانستن پول، مقوم ماهیت پول همان ارزش اسمی آن است. از نظر اینان، ارزش اسمی پول مقوم ماهیت آن است. «بنا به برخی تحلیل‌ها به نظر می‌رسد دیدگاه مال اعتباری بودن پول، صحیح‌تر از دیگر نظریه‌هاست. بر این مبنا، پول تنها ارزش مبادله‌ای صرف دارد و مالیت پشتوانه و منشأ

آن اعتبار است» (آقانظری و غفوری ، ۱۳۸۹، ص. ۱۳). بنا بر آنچه گفته شد، هر آن چیزی که درباره پول به لحاظ مثلی یا قیمی بودن آن مطرح می‌شود، درباره رمزارزها نیز شایان طرح و انطباق است.

۲-۵. ماهیت رمزارزها بر اساس مبانی فقهی-حقوقی

درباره ماهیت فقهی و حقوقی رمزارزها، اساساً دو دیدگاه کلی وجود دارد؛ برخی آن را پول و برخی دیگر آن را کالا می‌دانند.

۲-۵-۱. نظریه پول بودن رمزارزها

در این بخش، ابتدا به تبیین نظریه و سپس به دیدگاه و تحلیل موافقان و مخالفان نظریه پول بودن رمزارزها پرداخته می‌شود.

۲-۵-۱-۱. تبیین نظریه پول بودن رمزارزها

با استقرا و انتزاع مفهوم پول مجازی از مصادیق آن، حقیقت موضوع بیشتر روشن شود. حسب استقرا در مصادیق پول‌های مجازی، اوصاف ماهیت آن را چنین می‌توان برشمرد.

- در فضای مجازی می‌توان پول مجازی منتشر کرد تا کاربران بتوانند از آن استفاده کنند.
 - خاستگاه ایجاد پول در فضای مجازی اندازه تقاضا و مقدار فعالیت مجازی است که در آنجا رخ می‌دهد.
 - فضای مجازی تنها قلمرو فعالیت پول‌های مجازی است.
 - در فضای مجازی هویت و اسامی کاربران پول مجازی موضوعیت ندارد.
 - بر پول‌های مجازی هیچ تسلط قانونی و حاکمیتی وجود ندارد.
 - بین پول مجازی و پول حقیقی در برخی موارد ارتباط برقرار شده است.
- با توجه به اوصاف بالا، کاربران فضای مجازی می‌توانند برای فعالیت در این فضا پول مجازی خلق کنند. از آنجاکه پول چیزی است که دارای سه وظیفه واسطه مبادله، معیار سنجش و ذخیره ارزش است، هر چیزی که دارای این ویژگی‌ها باشد، پول است؛ خواه کالایی خاص مانند سکه طلا و نقره باشد و خواه به شکل پول اعتباری مانند

اسکناس یا سکه باشد یا به شکل ارقام الکترونیکی که در کارت‌های الکترونیکی از آن استفاده می‌شود، باشد. همچنین اوراقی مانند چک‌های مسافرتی که از نقدشوندگی بالایی برخوردارند نیز پول شمرده می‌شوند. در تعریف پول اعتباری امروزی باید ویژگی دیگری نیز به آن ملحق شود و آن اینکه، مالیت داشتن و پول بودن این نوع پول، کاملاً اعتباری است؛ زیرا غیر از واسطه‌گری درتبادل مالی هیچ منفعت دیگری ندارد. این ویژگی ناشی از اعتبار قوه حاکمیتی و پذیرش عموم مردم است. با توجه به مطالب بالا می‌توان پول اعتباری را این‌گونه تعریف کرد «مالی اعتباری که تنها ارزش مصرفی آن، ارزش مبادله‌ای است و دارای سه وظیفه واسطه مبادله بودن، معیار سنجش سرمایه بودن و ذخیره ارزش بودن است».

بنابراین، چنانچه سه ویژگی پول، در بیت‌کوین نیز مشاهده شود، آن هم مصداقی از پول خواهد بود. با توجه به تجارب میدانی و دیدگاه‌های کاربران فضای مجازی می‌توان ادعا کرد که رمزارزها و مشخصاً بیت‌کوین، همه ویژگی‌های سه‌گانه پول را داراست و با گذشت زمان، اقبال مردم به این نوع پول‌ها در حال افزایش است. از این‌رو با گذشت زمان و اقبال دوچندان مردم برای پرداخت بیت‌کوین به‌عنوان بهای کالاها یا خدمات و نیز استفاده از آن به‌عنوان ابزاری برای ادای دیون موجب شده است که حیثیت پول بودن بیت‌کوین تقویت شود و ویژگی‌های سه‌گانه پول به‌خصوص وسیله مبادله بودن آن در بیت‌کوین قابل مشاهده باشد.

از سوی دیگر، برخی کارشناسان نوسان شدید ارزش بیت‌کوین را به‌عنوان مدرکی بر پول نبودن آن مطرح می‌کنند؛ زیرا چیزی که در طول یک سال ارزش آن ۱۹ برابر بشود، نمی‌تواند وسیله‌ای برای سنجش ارزش سرمایه باشد.

در پاسخ می‌توان گفت که مسئله نوسان قیمت در پول‌های اعتباری سنتی هم مشاهده می‌شود. مثال آن پول آلمان است که ارزش آن در سال ۱۹۱۴، معادل ۴/۲ مارک به‌ازای هر دلار آمریکا بود و در سال ۱۹۲۳، به ۴/۲ هزار میلیارد مارک به‌ازای هر دلار آمریکا رسید. مثال‌های زیاد دیگری وجود دارد که در همه این موارد، کاهش شدید ارزش پول موجب از بین رفتن ماهیت آن پول نشده است. پس این نکته که «پول حقیقی یا مجازی به‌صورت طبیعی نوسان قیمت دارد، اما در مقایسه با دارایی و کالاها باید دارای ثبات قیمت باشد تا بتواند آن کالاها و دارایی‌ها را ارزش‌گذاری کند»،

تام و تمام نیست.

در این زمینه، بسیاری از کشورها از جمله آمریکا، بیت کوین را به عنوان پول واقعی قلمداد نمی‌کنند، بلکه به مثابه یک پول مجازی تلقی می‌کنند. همچنین، مرجع قانون گذاری آلمان در سال ۲۰۱۱، در گزارشی درباره بیت کوین اظهار کرد که با توجه به قانون نظارت بر خدمات پرداخت آلمان، بیت کوین را پول الکترونیکی نمی‌داند. معاونت پارلمانی وزارت دارایی آلمان اعلام کرده است «بیت کوین نه پول الکترونیکی است و نه واحد پرداخت قانونی و در نتیجه، به عنوان ارز یا انواع ارز رده بندی نمی‌شود. بیت کوین تنها تحت مفهوم واحد پرداخت و واحد ارزش قلمداد می‌شود و به این عنوان قابل مقایسه با ارز است، اما غیرارز است؛ زیرا از لحاظ قانونی وسیله پرداخت به شمار نمی‌آید»^۹.

۲-۱-۵-۲. دلایل موافقان نظریه پول بودن رمزارزها

در بیان کارشناسان اقتصاد در باب ماهیت پول دو نظریه کلی وجود دارد؛ برخی از آنان پول را کالا و شکل ظاهری آن را فلزات گران بها یا اوراقی با پشتوانه می‌پندارند و برخی آن را بدون پشتوانه و بدون ارتباط با هیچ کالایی و تنها برای تسویه بدهی‌ها در نظر می‌گیرند و بر همین اساس، انتشار آن را تنها در صلاحیت حکومت‌ها می‌دانند. گروهی از طرفداران نظریه قدرت خرید با اشاره به ارزش مبادله‌ای عام پول به عنوان رکن اصلی آن، میان اسکناس و پول تحریری تفاوت قائل شدند. شاید مهم‌ترین چالش در نظریه قدرت خرید، خلط میان مفهوم مال و مالیت و همچنین، عدم التزام به آثار مثلی دانستن پول است. از سوی دیگر، مدافعان نظریه ارزش اسمی، ارزش اسمی پول را مقوم ماهیت آن در نظر می‌گیرند. هر دو نظریه با نقدهایی مواجه است. دیدگاه اعتباری بودن پول، برداشت دقیق‌تری از آن ارائه می‌کند و از ضعف‌های دیگر دیدگاه مبراست. پول تنها کالایی است که تنها ارزش مبادله‌ای صرف دارد و مالیت داشتن آن بر مبنای قرارداد و اعتبار است. این تحلیل از ماهیت پول قابل گسترش در همه پول‌ها و در همه دوره‌های مختلف است. بر اساس این دیدگاه، پول از هر نوع و حیثی که باشد، در بردارنده مراتبی از اعتبار است. اعتبار در مرحله تعیین واحد سنجش ارزش، با قانون وضع می‌شود. همچنین، اعتبار

واسطه مبادله بودن پول نیز به وسیله معتبر قرارداد می‌شود و این کارکرد پول به حکم معتبر برای پول جعل می‌شود. در پول‌های سنتی، در واقع، یک مال با ارزش مشخص توسط قانون‌گذار اعتبار می‌شود که به‌عنوان واسطه مبادله به کار می‌رود و سپس با انتشار گسترده و با گردش در بازار و با توجه به تولید ملی و قدرت اقتصادی، ارزش ثانویه و متغیر آن مشخص می‌شود.

با این دیدگاه، رمزارزها نیز مانند پول‌های سنتی بر اساس اعتبار مخترعان آن در سازوکار تولید و کنترل مقبولیت این پول‌ها تنها در میان کاربران و استفاده‌کنندگان آن به‌عنوان طرف دیگر این قرارداد، واجد مشروعیت‌اند. با این تفاوت که معتبرین رمزارزها حکومت‌ها یا نهادهای رسمی حاکمیتی نیستند و عرصه ظهور آن‌ها تنها در دنیای مجازی است. بنابراین، پشتوانه ارزش رمزارزها نوعاً فعالیت در دنیای مجازی است که این فعالیت بعد جدیدی از فعالیت در دنیای جدید به شمار می‌آید. با این بیان، رمزارزها ابعاد جدیدی از برنامه‌پذیری را به نمایش می‌گذارند. لازمه این سخن آن است که در آینده معاملات رمزارزها را می‌توان به قراردادهای یا برنامه‌های هوشمند متصل کرد که تنها در صورت تحقق شرایط ویژه، قابلیت اجرا را داشته باشند. از سوی دیگر، با کاهش هزینه‌های معامله و همچنین سرعت بخشیدن به معاملات و جلوگیری از تأثیر دیگران بر معاملات، ابعاد جدیدی از کارکرد پول را به نمایش می‌گذارند.

«در یک تقسیم می‌توان کالاها را به سه گروه قسمت کرد.

گروه اول، کالاهایی که تنها ارزش مصرفی دارند و هدف از تبادل آن‌ها، صرفاً استفاده و مصرف است.

گروه دوم، کالاهایی که هم ارزش مصرفی و هم ارزش مبادله‌ای دارند. این گروه از کالاها در گذشته و در دوران معاملات کالابه‌کالا نمود بیشتری داشتند و حتی مسکوکات طلا و نقره از این دسته هستند. این گروه از کالاها، هم مقصود بالذات بوده‌اند و هم مقصود بالعرض.

گروه سوم، کالاهایی هستند که صرفاً ارزش مبادله‌ای دارند و تنها مصداق آن، پول اعتباری است. در واقع، پول فعلی، صرفاً به جهت وسیله مبادله بودن مورد تقاضاست و به‌هیچ‌وجه مقصود بالذات نیست» (ساموئلسون، ۱۳۴۸، ص. ۹۰).

با تطبیق رمزارزها با گروه سوم می‌توان به این نکته رسید که همان‌گونه که بسیاری

از کالاها در گذشته به عنوان پول مورد استفاده قرار می گرفتند، رمزارزها نیز می توانند به عنوان ابزار واسطه مورد معامله قرار گیرند. از آنجاکه لازم نیست پول به طور فیزیکی دارای کارکرد باشد و آنچه در پول بودن شیء دخیل است، ندرت و کمیابی آن است، می توان پول بودن رمزارزی مثل بیت کوین را مدنظر قرار داد.

بررسی های میدانی موجود از وضعیت رمزارزها و کارکرد آنها و تلقی ای که در میان استفاده کنندگان نسبت به آن مشاهده می شود، نظریه پول بودن آن را تقویت می کند و شاید تلقی شود که بیت کوین، گام بعدی در تکامل پول است.

۲-۵-۱-۳. دلایل مخالفان نظریه پول بودن رمزارزها

در گذر زمان، بشر مطلوب ترین ویژگی هایی را که پول باید داشته باشد، شناسایی کرده است. آنها برای پول خصوصیتی در نظر گرفته اند که شامل موارد زیر است.

۱. قابل قسمت باشد؛ یعنی برای موارد خاص به موارد کوچک تر تقسیم شود.
۲. غیر قابل مصرف باشد؛ یعنی برای اهداف دیگری غیر از مبادله مصرف نشود.
۳. قابل حمل باشد و به راحتی بتوان آن را جابه جا کرد.
۴. بادوام باشد و با گذشت زمان فرسوده نشود یا کاهش نیابد.
۵. امنیت داشته باشد و قابل جعل نباشد.
۶. قابلیت انتقال داشته باشد و به راحتی بتوان آن را مبادله کرد.
۷. کمیاب باشد؛ به گونه ای که نمی تواند بی پایان باشد.
۸. مثلی باشد.
۹. مورد پذیرش مردم باشد.

عمده فرق میان بیت کوین و پول های سنتی در این است که هیچ نهاد یا فردی آن را کنترل نمی کند و این موجب می شود که بیت کوین سیستم پولی مستقل و نظیر به نظیر باشد و مستقل از خواسته ها یا نظارت و کنترل حکومت ها یا افراد مورد استفاده قرار گیرد و تنها وابسته به ظرفیت محاسباتی کاربران در شبکه است که با یکدیگر همسان اند و هیچ کاربری بر دیگری برتری ندارد.

برخلاف بیت کوین، ارزهای سنتی به نهادهای متمرکزی مانند بانک های مرکزی، دولت ها یا پردازنده های پرداخت مانند مستر کارت^۶ وابسته اند. هریک از این سازمان ها

امکان تأیید تراکنش‌ها، ارسال پول به افراد یا سازمان‌های دیگر را دارند و نیز می‌توانند نسبت به صحت تراکنش‌ها اظهارنظر کنند. این نظارت همچنین، شامل فعالیت‌هایی است که فرد با پول خود انجام می‌دهد. برخلاف ارزهای سنتی، بیت کوین مجموعه مستقلی است. به این معنی که ارزش آن به هیچ جایگاه سیاسی یا قدرت اقتصادی وابسته نیست و می‌تواند مستقل از سیستم سنتی وجود داشته باشد.

با این اوصاف و با نبود سیستم کنترل و نظارت بر رمزارزها، تقریباً بیشتر انتظاراتی که از پول وجود دارد، تحت‌الشعاع قرار می‌گیرد و از آنجاکه پیش‌تر هرگز پولی مانند بیت‌کوین وجود نداشته است، می‌توان مفهوم آن را به چالش کشید و در مقایسه با پول‌های سنتی، بیت‌کوین را فاقد شرایط و ضوابط لازم برای پول بودن دانست.

۲-۵-۲. نظریه کالا بودن رمزارزها

بنا بر این دیدگاه، رمزارزها پول نیستند، بلکه کالای قابل عرضه در بورس هستند، اما به دلیل قرار گرفتن در فضای اینترنتی، لازم است تحت کنترل و نظارت سیستم‌های پولی حکومت‌ها قرار گیرند. رمزارزها در برخی از کشورها مانند چین، در حکم کالا است و در برخی کشورهای دیگر مانند آمریکا و آلمان، هم کالا و هم دارایی شمرده و وارد بورس کالا می‌شود.

در حال حاضر، بیت‌کوین در بسیاری از بازارهای جهانی معامله می‌شود و به دلیل وجود نوسانات زیاد در آن، کاملاً شناخته شده است. بازار بیت‌کوین برخلاف بازارهای سنتی، هیچ‌گاه بسته نیست و معامله‌گران می‌توانند بیت‌کوین را در هر لحظه و هر زمان معامله کنند. بنابراین، نوسانات قیمت بیت‌کوین و همچنین، خصیصه باز بودن همیشگی آن، بیت‌کوین را برای سرمایه‌گذاران مشتاق به سود کوتاه‌مدت، بسیار جذاب کرده است و برای همین، هر روز میلیاردها دلار بیت‌کوین در صرافی‌های دنیا معامله می‌شود.

«با توجه به اینکه بیشتر بازارهای معاملات بیت‌کوین قانون‌گذاری نشده‌اند و بر آن‌ها نظارتی وجود ندارد، سرمایه‌گذاران باید کاملاً مراقب باشند. اگر سرمایه‌گذار بر روندهای صعودی و نزولی آن تمرکز کند، می‌تواند معامله بیت‌کوین مانند سهام و کالاهای، برای او سودآور باشد» (رجعتی، ۱۳۹۶، ص. ۴۸).

ثمره تفکیک پول یا کالا دانستن رمزارزها این است که امکان تطبیق آن با عقود

مانند بیع یا معاوضه را می‌توان یافت؛ همان‌گونه که بیع تملیک عین به عوض است و پول مصداقی از عوض است، اگر بیت کوین، کالا باشد امکان تطبیق بیع بر آن محل اشکال است و به‌نوعی می‌تواند در ذیل عقد معاوضه قرار گیرد.

در تأیید این دیدگاه می‌توان اشاره کرد که بانک مرکزی چین نیز بر کالا بودن بیت‌کوین تأکید دارد و آن را کالای مجازی خاصی قلمداد می‌کند که جایگاه حقوقی پول را ندارد و نباید به‌عنوان ارز در بازار دیده شود. همچنین، کشورهایی مانند فنلاند و استرالیا رمزارزها را کالا می‌دانند.

بر اساس دیدگاه این افراد، آنچه بیشتر متناسب با ماهیت بیت‌کوین است، این است که آن را نوعی دارایی دیجیتال بدانیم. به بیان دیگر، رمزارزها نوعی دارایی غیرفیزیکی‌اند که نزد جامعه مالیت و ارزش یافته‌اند و افراد حاضرند برای به دست آوردن آن‌ها هزینه کنند؛ البته ممکن است از آن‌ها در مواردی هم به‌عنوان مبنای مبادله استفاده کنند که این نوع استفاده منحصر به رمزارزها نیست و درباره هر دارایی باارزش دیگری تحقق می‌یابد.

۳. ماهیت فقهی معاملات مبتنی بر رمزارزها

همان‌گونه که گفته شد، رمزارزها به‌عنوان ارزهای مجازی رمزنگاری شده از طریق تارنماهای مختلف و در بستر معاملات الکترونیکی در همه دنیا مورد معامله قرار می‌گیرد. از این‌رو بررسی ماهیت معاملاتی که روی آن‌ها صورت می‌گیرد، ضروری است.

۳-۱. بررسی بیع بودن معاملات رمزارزها

در کتاب‌های فقهی برای عقد بیع تعاریف متعددی گفته شده است. شیخ انصاری در کتاب *المکاسب* بعد از بیان تعریف لغوی و اصطلاحی بیع، بیان می‌کند «فالاولی تعریفه بانه انشاء تملیک عین بمال» (انصاری، ۱۳۷۲، ج ۲، ص. ۲۱۴). آنچه از این تعریف و توضیحات پیش از آن به دست می‌آید، این است که در عقد بیع، مثنی باید عین باشد، اما مثنی معامله می‌تواند هر مالی اعم از عین، منفعت یا حق باشد.

در *مصباح الفقاهه* آمده است «ظاهراً شکی نیست در اینکه شرط شده است مبیع باید

از اعیان باشد؛ زیرا بدیهی است که نزد عرف، مفهوم بیع به تملیک اعیان اختصاص یافته است» (خویی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص. ۲۸). صاحب جواهر نیز در عقد بیع می‌نویسد «ظاهره كاللمعه ان البیع نقل الملك بعوض معلوم» (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، ص. ۱۰۵).

بنابراین، مشهور فقها قائل‌اند که در عقد بیع باید مبیع عین باشد و مستفاد از کلمات آنان، این است که نکته اصلی در لزوم عین بودن مثنی، ایجاد تمایز بین عقد بیع و دیگر عقود از جمله اجاره است.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در فصل ۱ از باب ۳، به بیان تعریف و شرایط عقد بیع می‌پردازد. در این میان، مواد ۳۳۸ و ۳۴۸ ویژگی‌هایی را برای مبیع ضروری دانسته است که در آغاز می‌تواند قابلیت مبیع واقع شدن اموال فکری را با چالش مواجه سازد. یکی از این ویژگی‌ها، لزوم مالیت داشتن مبیع و دیگری عین معین بودن آن است. بدیهی است که نخستین شرط برای مبیع، مالیت داشتن یا ارزش اقتصادی داشتن آن است که ماده ۳۴۸ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد... باطل است».

همچنین، در تعریف عقد بیع، ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر داشته است «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بنابراین، بر اساس این ماده، یکی از شرایط مبیع، عین بودن آن است. به نظر می‌رسد مفاد این ماده قانونی و نیز نظرهای برخی فقها و حقوق‌دانان، این موضوع را در ذهن القا می‌کند که مبیع باید از اعیان موجود و متجسم در خارج باشد و بیع اموال فکری محل اشکال است.

با بررسی بیشتر در کلام فقیهان، روشن می‌شود که در میان فقها، در مسئله لزوم عین بودن مبیع، اختلاف نظر وجود دارد؛ زیرا برخی از فقها، بیع را انتقال ملک تعریف کرده‌اند و برخی دیگر در تعریف عقد بیع، لفظ عین را به کار برده‌اند. این اختلاف نظر در آرای حقوق‌دانان نیز دیده می‌شود.

کاتوزیان می‌نویسد: «در عرف محاوره، انتقال حق در مقابل عوض را فروش می‌گویند. این نام‌گذاری تمایل عرف را به گسترده شدن دامنه بیع می‌رساند و از این تمایل باید سود جست و رویه قضایی را به این سوی کشاند که انتقال مالکیت حق و اموال غیرمادی نیز در تعریف بیع بگنجد و قید عین تنها برای خروج اجاره از تعریف به کار

رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۴۲)

ابتدا این موضوع باید بررسی شود که آیا فروش رمزارزها مشمول مقررات بیع می‌شود؟ طبق تعریف مشهور، بیع تملیک عین است به عوض معلوم. از آنجاکه رمزارزها دارای فکری شمرده می‌شوند و عینیت خارجی ندارند، نمی‌توانند مشمول تعریف بیع قرار گیرند. از سوی دیگر، گفتنی است که پول‌های رمزنگاری‌شده با توجه به پذیرش مالیت داشتن برای آن، می‌تواند به‌عنوان ثمن معامله قرار گیرد.

برای مثال، اگر شخصی کالایی را به ۱۰۰ بیت‌کوین بفروشد، آیا این معامله را می‌توان مشمول مقررات بیع دانست؟ چنانچه بتوان معاملات بیت‌کوین را مشمول بیع دانست، با توجه به اینکه اغلب معاملات بیت‌کوین به‌صورت بین‌المللی صورت می‌گیرد، باید کنوانسیون بیع بین‌المللی درباره آن مورد بررسی قرار گیرد.

رمزارزها قابلیت تبدیل به ارز را دارند و با این فرض که قابلیت قیمت‌گذاری را دارند، طبق بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر می‌دارد «برای اینکه ایجاب مشخص شود، باید قیمت مبیع نیز معین شود و ضابطه‌ای برای تعیین آن مورد نظر قرار گیرد». در اینجا کنوانسیون به مسئله تعیین قیمت مبیع یا ضابطه‌ای برای تعیین آن در عقد بیع بین‌المللی اشاره کرده است. تعیین قیمت مبیع به این معناست که ثمن معامله باید مشخص باشد و در زمان عقد قرارداد باید در توافق طرفین معین شود که قیمت مبیع بر اساس آن تعیین می‌شود.

بنا بر آنچه گفته شد، با معیارهای فقهی و حقوقی بیع دانستن معاملات انجام‌شده بر رمزارزها از مشکل جدی برخوردار نیست؛ زیرا اگر عین دانستن مبیع تنها برای ایجاد تمایز بین عقد بیع و اجاره باشد، پس می‌توان دارای فکری مانند رمزارز را به‌عنوان مبیع در نظر گرفت و چنانچه بر عین بودن مبیع اصرار و تأکید شود، رمزارزها با فرض مالیت داشتن، می‌توانند به‌عنوان ثمن و عوض در عقد بیع قرار گیرند.

۲-۳. بررسی صلح بودن معاملات رمزارزها

صلح از نظر لغوی به معنای آشتی، سازش یا توافق کردن است. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، عقد صلح را به رسمیت شناخته و قواعد و احکام مرتبط با آن را در چند ماده مورد اشاره قرار داده است. بررسی نظام‌های حقوقی نشان می‌دهد که در

آن‌ها، عقد صلح برای پایان بخشیدن به منازعه و دعوا منعقد می‌شود. همچنین، در منابع فقهی یعنی آیات و روایات، صلح به‌عنوان عقدی برای اختتام دعوا مورد اشاره قرار گرفته است. بنابراین، معنای اصطلاحی صلح نیز متأثر از معنای لغوی آن است. باوجوداین، در قانون مدنی کارکردی وسیع‌تر برای عقد صلح در نظر گرفته شده و انعقاد آن را منحصر به موارد دعوا و نزاع ندانسته است.

در ماده ۷۶۸ قانون مدنی بیان شده است که کسانی که توانایی اداره اموال خود را بر اساس نظام اقتصادی روز ندارند یا کسانی که به دنبال درآمد مطمئن و مناسب هستند یا کسانی که به دنبال آسودگی خاطر در زمان کهولت سن یا تأمین هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود بعد از مرگ هستند، می‌توانند تمام یا بخشی از اموال خود را در اختیار مؤسسه یا شخص مورد اطمینان قرار دهند تا آن مؤسسه یا شخص، مبلغ معینی را در دوره‌های مشخص به او یا هر شخصی که او معرفی می‌کند، پرداخت کند.

عقد صلح از جمله عقود است که با دامنه وسعت خود، نیازهای جامعه را در بخش حقوق خصوصی برطرف کرده است. ماده ۷۵۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به‌جای آن واقع شده است، می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد». بنابراین، گرچه عقد صلح، عقدی مستقل و اصیل است، درعین‌حال می‌تواند نتیجه بیشتر عقود معین را در پی داشته باشد.

صلح و تسالم از گستره زیادی برخوردار است و بر هر موضوعی ممکن است؛ چه آنکه در موضوع تملک عین باشد یا منفعت، در مورد اسقاط دین باشد یا حق یا غیر این دو. همچنین، صلح ممکن است درباره رفع اختلافات موجود باشد یا جلوگیری از اختلافات احتمالی و نیز ممکن است که مصالحه درباره معامله صورت گیرد یا غیر آن. بنابراین، عقد صلح از جمله عقود است که ممکن است در مقام بیع منعقد شود و صلح حقوق مربوط به بیت‌کوبین از دایره این عقد خارج نخواهد بود. «مورد صلح مختص اعیان نیست و شامل منفعت، حق و دین نیز می‌گردد. همچنین، مجهول بودن مورد صلح نیز اشکالی در این عقد ایجاد نمی‌کند» (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۳۷۴)

با این اوصاف، عقد صلح از گستره و شمول خاصی برخوردار است و با توجه به شرایط و محدودیت‌های اندکی که دارد، می‌تواند در بسیاری از موارد به کار گرفته شود و کارگشا باشد. این بدین معنا نیست که بتوان با عقد صلح، حلالی را حرام یا حرامی را

حلال کرد. صاحب جواهر می‌گوید «با عقد صلح نمی‌شود انسان حری را به بردگی گرفت یا بر حلیت بضع محرّمات یا شرب خمر یا سایر محرّمات صلح کرد» (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۳۷۸).

در بسیاری از مواقع مشاهده می‌شود که عقد صلح اثر و فایده دیگر عقود مانند عقد بیع را در پی دارد، اما «فقها تأکید دارند که عقد صلح با عنوان خاص خود، دارای شرایط و احکام خاص می‌باشد و فرع سایر عقود و ملحق به آنان نیست و از همین رو، شرایط و ضوابط سایر عقود بر عقد صلح تحمیل نمی‌گردد» (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۳۷۸).

در باره رمزازها نیز با توجه به شرایط پیچیده و نوپا بودن این ارزها، انطباق عقد صلح بر معاملات رمزازی کاملاً ممکن و کارساز است؛ زیرا با توجه به عدم شرطیت وجود نزاع و عدم لزوم عینیت مورد مصالحه و حتی جواز مجهول بودن مورد مصالحه در عقد صلح، به سادگی می‌توان به گونه مشروعی با عقد صلح رمزازها را مبادله کرد.

۳-۳. بررسی عقد نامعین بودن معاملات رمزازها

قرارداد نامعین به قراردادی گفته می‌شود که در قانون نام مشخص و معینی برای آن در نظر نگرفته شده است و قانون مسئولیتی برای تنظیمات قانونی آن ندارد. در این راستا، ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی مقرر می‌دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی انسان‌ها، اراده اشخاص، هم در انعقاد یک عقد و آثار مترتب بر آن و هم در تمام روابط حقوقی حاکمیت دارد. این اصل که مستخرج از ماده ۱۰ قانون مدنی است، بیان می‌کند که قراردادهای نامعین که ناشی از توافق دو اراده مستقل است، صحیح و نافذ است.

هرگونه قرارداد که در قانون شکل و عنوان خاصی ندارد، عقد نامعین اطلاق می‌شود. از آنجاکه همه عقود تابع یک سری شرایط عمومی هستند، عقود نامعین نیز برای اینکه صحیح و نافذ باشند، باید تابع این شرایط عمومی باشند و آن خصوصیات را دارا باشند. وجود تنوع در قراردادها بدین علت است که اشخاص دارای آزادی اراده هستند و لازم نیست برای انعقاد عقد، به دنبال عنوان خاصی در قانون باشند، بلکه صرف اینکه قراردادهای نامعین شرایط عمومی را داشته باشد، می‌تواند آن را منعقد کنند.

در فقه نیز بر عمل و پایبندی به هر تعهد و عقدی تأکید شده است و منحصر به عقود معین نیست و دلیل آن را عمومیت امر به وفای عهد در هر عقدی می‌دانند. شیخ انصاری می‌گوید «آیه اوفوا بالعقود، دلالت بر وجوب وفا بر هر عقدی می‌کند و مراد از عقد، مطلق عهد است» (انصاری، ۱۳۷۲، ج ۲، ص. ۲۱۴). «در کلمات بعضی از فقها آمده است که مراد از اوفوا بالعقود، وفای به جمیع عهدها، عقدها و التزامات است که شامل عهد خداوند با بندگان در عالم ذر و عهد بندگان با خداوند و عهد بندگان با یکدیگر می‌شود» (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۲۸). «در مجموع، این آیه ناظر به هر عقدی است که با شرع و اخلاق مخالف نباشد و امر زشتی را مباح نگرداند. بنابراین، به عقود معین اختصاص نخواهد داشت» (ذاکر صالحی، ۱۳۸۶، ص. ۷۵).

در خصوص به دست آوردن بیت‌کوین راه‌های زیادی وجود دارد مانند ۱. راه‌اندازی مزرعه استخراج بیت‌کوین، ۲. خرید و فروش مستقیم بیت‌کوین، ۳. برنامه‌های همکاری در فروش یا همان گرفتن کمسیون، ۴. خرید یا فروش محصولات یا خدمات و ۵. خرید و فروش بیت‌کوین با صرافی‌ها

در همه موارد بالا، انواع مختلف شیوه‌های معامله و عناوین عقدی را می‌توان تصور کرد. قانون مدنی در ماده ۱۹۰، شرایط صحت معاملات را قصد و رضای طرفین، اهلیت طرفین، موضوع معین و مشروعیت جهت معامله تعیین کرده است. همچنین، در ماده ۲۱۵، شرط مالیت داشتن مورد معامله و منفعت عقلایی و مشروع داشتن را قید صحت معامله دانسته است. بنابراین، چنانچه در معامله‌ای جمیع این شرایط عامه وجود داشته باشد، می‌توان صحت آن را تأیید کرد و آن قرارداد را در ذیل عقد نامعین گنجانند.

با توجه به جمیع بحث‌های پیشین که برای رمزارزها و بیت‌کوین و منفعت عقلایی داشتن آن ذکر شد، می‌توان حکم جواز استفاده از رمزارزها را ممکن تلقی و آن را در قالب عقد نامعین تصویر کرد.

بحث و نتیجه‌گیری

آنچه به لحاظ فقهی و حقوقی اساس و مبنای تعریف پول است، وظایف و کارکردهای آن به‌عنوان واحد محاسبه، وسیله پرداخت و واسطه مبادلات است، اما از منظر و دیدگاه اقتصادی، اختلاف‌نظری میان صاحب‌نظران وجود دارد که برخی پول را کالا و به‌نوعی

به شکل فلزات با ارزش یا اوراقی با این پشتوانه می‌دانند و برخی نیز آن را وسیله‌ای برای تسویه بدهی‌ها تلقی می‌کنند که نشر آن را در صلاحیت قوای حاکمه می‌دانند. با این اوصاف، چندان تفاوت و تمایزی میان تعاریف اقتصادی و حقوقی پول وجود ندارد. درباره رمزارزها با توجه به فضای خلق و گردش آن در دنیای مجازی، پشتوانه ارزش، واحد ارزش و کارکردها و دیگر آثار، تا زمانی که اعتبار پول مجازی توسط کاربران آن مورد قبول باشد، وجود رمزارزها و اعتبار آن‌ها جریان خواهد داشت. از این رو اگر مبنای تولید و گردش این نوع پول مشروع باشد، شارع در قبال این اعتبارات عرفی مانعی ایجاد نمی‌کند. بنابراین، رمزارزها هم از دیدگاه اقتصادی و هم از منظر نگرش فقهی و حقوقی، قابلیت برخورداری از وظایف پول را دارند، اما به نظر می‌رسد کارکردهای پول به‌خصوص وسیله سنجش ارزش بودن را ندارد. از این رو به نظر نگارنده می‌توان آن را نوعی کالای دیجیتال تلقی کرد که با پول‌های عرفی قابلیت تقویم دارد. پس از بررسی اینکه معامله با رمزارزها در قالب کدام یک از عقود قرار می‌گیرد، این نتیجه حاصل شد که در هر نوع معامله، رمزارزها پس از مقبول واقع شدن در هر نظام حقوقی، چالشی نخواهد داشت؛ زیرا همان‌طور که در معاملات عادی، طرفین با اراده خود توانایی اعمال هر موضوعی را که خلاف قانون و اخلاق حسنه نباشد، در قرارداد دارند، در این باره نیز پس از مقبولیت و مشروعیت رمزارزها در دایره سرزمینی آن‌ها، توانایی استفاده و اعمال آن را دارند.

یادداشت‌ها

1. Cryptocurrency
۲. این مقاله را رضا میرزاخانی (دانش‌آموخته دکتری فقه‌الاقتصاد دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام) و حسنعلی سعدی (دانشیار و عضو هیئت علمی دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام) گرد آورده‌اند.
3. mihanarz.wikibix.ir
4. exchaino.com
5. virgool.io
۶. مسترکارت (Master Card)؛ نوعی کارت بین‌المللی است که با داشتن آن می‌توانید با صرف هزینه اندک، محصولات مورد نظر خود را خریداری کنید.
۷. مائده/۱.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- آقائظری، حسن؛ و غفوری، حسین (۱۳۸۹). قدرت خرید مقوم مثلث پول‌های اعتباری. *جستارهای اقتصادی*. بی‌جا، بی‌نا.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۲). *کتاب المکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). *مصباح‌الفقاهه (تقریرات محمدعلی توحیدی)*. قم: انصاریان.
- ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۸۶). بررسی مشروعیت قراردادهای نامعین در حقوق اسلامی. *فصلنامه مطالعات اسلامی*، شماره ۷۵.
- رجعتی، احمد (۱۳۹۶). *بیت‌کوبین به‌عنوان یک کالا برای معامله‌گران مناسب است نه سرمایه‌گذاران*. بی‌جا، بی‌نا.
- ساموئلسون، پل (۱۳۴۸). *اقتصاد* (حسین پیرنیا، مترجم). تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- سلطانی، محمد؛ و اخوان هزاوه، حامده (۱۳۹۱). *ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام، بورس اوراق بهادار*. بی‌جا، بی‌نا.
- صدر، محمدباقر (۱۳۸۲). *الاسلام یقودالحیاه*. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- عبدی‌پور، ابراهیم (بهار و تابستان ۱۳۸۹). تحلیل حقوقی ماهیت پول الکترونیکی. *حقوق خصوصی*، سال ۷، شماره ۱۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *اموال و مالکیت*. چاپ ۶، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳). *قواعد فقه (بخش مدنی)*. تهران: نشر علوم اسلامی.
- النجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۱۲ق). *جواهرالکلام*. بیروت: مؤسسه المرتضی‌العالمیه.
- نوری، مهدی و نواب‌پور، علیرضا (زمستان ۱۳۹۶). طراحی چهارچوب مفهومی سیاست‌گذاری ارزهای مجازی در اقتصاد ایران. *فصلنامه علمی-پژوهشی سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۳، شماره ۴.



10.30497/sj.2023.244538.1253

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۳۵۹-۳۸۴

واکاوی فقهی-حقوقی اعتیاد زوجین از منظر حقوق زناشویی

علی‌مراد حیدری *

حسین جاور **

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

پیامد حقوقی اعتیاد زوجه، تجویز ازدواج مجدد برای زوج و پیامد حقوقی اعتیاد زوج، حق طلاق برای زن است. چالش اصلی در این باره، چگونگی ایجاد تعادل بین حقوق هریک از زوجین در فرض اعتیاد طرف دیگر است. در این نوشتار، به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع حقوقی و پزشکی موجود در این حوزه، تفاوت تأثیر اعتیاد بر توانایی جنسی زن و مرد و در نتیجه، توان ایفای وظایف جنسی واکاوی شده است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد از آنجاکه قوام توان جنسی مرد مبتنی بر عامل نعوظ است و یافته‌های پزشکی نشان می‌دهد که اعتیاد موجب اختلال در نعوظ می‌شود، اعتیاد مرد نقش اساسی در برقراری روابط زناشویی دارد و بدون نعوظ برقراری رابطه منتفی است. این وضعیت در حکم عنن بعد از عقد و از حیث فقهی و حقوقی از موجبات فسخ نکاح است درحالی‌که در زنان اولاً، اعتیاد نقش اساسی در توان جنسی آنان ندارد و ثانیاً، حتی با اختلال در زمان و دوره قاعدگی یا کاهش میل جنسی زن نیز از لحاظ نقش انفعالی در رابطه زناشویی، اصل رابطه منتفی نیست. بنابراین، استیفای حقوق زن یا شوهر باید بر مبنای «نوع تأثیر اعتیاد بر مرد و زن» و در پرتوی «حقوق زناشویی زوجین» تفسیر شود.

واژگان کلیدی

اعتیاد؛ خانواده؛ حقوق زناشویی؛ ازدواج مجدد؛ طلاق قضایی.

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران
(نویسنده مسئول).
a.m.heydari@um.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.
hjavara@ut.ac.ir

مقدمه

پیامدهای حقوقی اعتیاد شامل پیامدهای اداری مانند عدم امکان استخدام یا انفصال از خدمت و اخراج شخص معتاد، پیامدهای کیفری مانند الزام به ترک اعتیاد و در صورت لزوم واکنش کیفری و پیامدهای مدنی مانند عدم دریافت مجوز برخی فعالیت‌های اجتماعی است.

اعتیاد پیامدهایی هم بر تشکیل خانواده و اداره زندگی خانوادگی دارد. اثر اعتیاد بر تشکیل خانواده در قالب ضرورت ارائه گواهی سلامت برای ازدواج زن و مرد نمایان می‌شود و پاک‌نمایی - کتمان عمدی اعتیاد یا رفتار متقلبانه نشان‌دهنده عدم اعتیاد - منشأ اختلاف نظر درباره ایجاد حق فسخ نکاح و تحقق جرم تدلیس در نکاح است. پیامد اعتیاد بر اداره خانواده، تجویز ازدواج مجدد برای زوج در صورت اعتیاد زوجه و ایجاد حق طلاق برای زن در صورت اعتیاد زیان‌آور مرد است که موضوع این نوشتار است.

پرسش اصلی در این زمینه، ناظر به «معیار زیان‌آوری» اعتیاد برای تجویز ازدواج مجدد زوج و نیز احراز عسر و حرج موجد حق طلاق زن است. از دید نگارنده، نوع ماده مصرفی، میزان وابستگی و فواصل زمانی مصرف، معیارهای احراز زیان‌آوری اعتیاد است، اما این مفهوم باید به‌طور نسبی و با لحاظ اثرگذاری متفاوت اعتیاد بر کارکرد جنسی زن و مرد و در چهارچوب «حقوق زناشویی زوجین» بررسی شود.

۱. پیشینه پژوهش

موارد فسخ نکاح و زمینه‌های طلاق قضایی در کتاب‌های فقهی ذیل باب نکاح و طلاق و در کتاب‌های حقوق خانواده بررسی شده است. درباره اثر اعتیاد بر روابط زوجین هم مقالاتی به رشته تحریر درآمده است از جمله باریکلو و راثی ورعی (۱۳۹۹) در مقاله «تحلیل عسر و حرج به‌عنوان مبنایی برای طلاق قضایی»، شرایط عسر و حرج مستوجب طلاق قضایی را بررسی کرده‌اند. شاکری گلپایگانی و مؤمن (۱۴۰۱) هم در مقاله «ازدواج مجدد زوج در فرایند قانون‌گذاری ایران با رویکرد به فقه حکومتی و سیاست شرعی»، شرایط ازدواج مجدد زوج در فرض اعتیاد زوجه را بررسی کرده‌اند.

همچنین، درباره تأثیر اعتیاد بر توان جنسی زنان و مردان نیز آثاری نوشته شده است از جمله شهرامیان و همکاران (۱۳۸۵) در مقاله «بررسی تأثیر تریاک بر اسپرماتوزن مردان معتاد»، اثر اعتیاد بر قدرت جنسی مردان را بررسی کرده‌اند. فروزانفر (۱۳۹۵) هم در مقاله «زنان و سوء‌مصرف مواد؛ اهمیت مباحث جنسیتی در پژوهش مواد»، اثر اعتیاد بر توان جنسی زنان را بررسی کرده است، اما تاکنون درباره پیامد اعتیاد از منظر حقوق زناشویی زوجین و حقوق ناشی از اثرگذاری منفی اعتیاد بر قدرت جنسی زن یا شوهر پژوهشی نشده است و از این رو نوشته حاضر نوآورانه به شمار می‌آید.

۲. پیامد حقوقی اعتیاد زوجه برای زوج

پیامد حقوقی اعتیاد زوجه، تجویز ازدواج مجدد برای زوج است. از جنبه فقهی، ازدواج مجدد و حتی چندهمسری با استناد به قرآن، سنت، اجماع فقیهان مذاهب اسلامی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۲؛ کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۲، ص ۳۷۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۷) و سیره قطعی مسلمانان موضوعی پذیرفته شده است (مهریزی، ۱۳۸۲، ص ۴۹۱). در آیاتی از قرآن کریم به تعدد زوجات اشاره شده است از جمله آیه ۳ سوره نساء که از نظر مشهور مفسران بر جواز تعدد زوجات تا چهار همسر با رعایت شرایط آن دلالت دارد (طباطبایی، ۱۳۹۳ق، ج ۴، ص ۱۶۶؛ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۵۱۷)، اما درباره نوع حکم تکلیفی تعدد زوجات، برخی نوع حکم مترتب بر این مسئله را استحباب، برخی کراهت و برخی اباحه دانسته‌اند (دهقانی و صادق‌پور، ۱۴۰۰، ص ۱۵۴).

با وجود این، برخی کوشیده‌اند با طرح نظریه «تقیید تعدد»، جواز تعدد زوجات را مقید به شروطی کنند از جمله شیخ محمد عبده معتقد است تعدد زوجات تنها هنگام «ضرورت» جایز است. از دید اینان، تحقق شرط عدالت که در آیه ۳ سوره نساء آمده، بسیار نامحتمل است؛ ضمن اینکه فساد تعدد زوجات بیش از مصلحت آن است؛ زیرا تعدد زوجات موجب بدرفتاری مردان با همسران خود و نیز سبب عداوت فرزندان با یکدیگر می‌شود (رشیدرضا، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۳۴۹). برخی هم گفته‌اند که سرپرستی خانواده‌های یتیم مستلزم رفت‌وآمد و مجالست با آنان بود. در این خانواده‌ها دختران آماده ازدواج یا بیوه‌هایی وجود داشتند که با نزول آیه ۳ سوره نساء، سرپرستان مذکور این امکان را یافتند که با آنان ازدواج کنند. بنابراین، برای جواز تعدد زوجات افزون‌بر شرط

عدالت که در آیه بیان شده، وجود «غرض عقلایی» برای ازدواج مجدد ضروری است (مدنی، ۱۳۷۸، ج ۱، صص. ۴۳۰-۴۲۵). برخی از نویسندگان نواندیش هم نظریه «الغای تعدد» را مطرح کرده‌اند و معتقدند با توجه به رواج تعدد زوجات بدون محدودیت در میان اعراب، اسلام برای برداشتن این رسم، «روشی تدریجی» اتخاذ و ابتدا تعداد همسران را در چهار عدد محصور کرد. سپس عدالت را شرط تعدد زوجات دانست و در مرحله بعد، با ناممکن دانستن اجرای عدالت، آن را یکسره از میان برداشت (باجوری، ۱۹۸۶م، ج ۱، ص. ۲۵۴). استدلال طرفداران این دو نظریه مخالف نص صریح روایات و سنت قطعی معصومان است. از این رو از نظر مشهور فقهای امامیه، تعدد زوجات - تا عدد چهار زوجه - پذیرفته شده، بلکه این موضوع مورد اجماع فقها و حتی به تعبیر برخی، از ضروریات است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۳).

اینجا دو پرسش مطرح است. اول اینکه، آیا جواز ازدواج مجدد منوط به اذن همسر اول است یا خیر و پرسش دوم اینکه، آیا جواز ازدواج مجدد منوط به اذن قاضی است یا نه؟

۲-۱. ازدواج مجدد بدون اجازه زوجه

پس از پذیرش اصل تعدد زوجات، این پرسش مطرح می‌شود که آیا جواز ازدواج مجدد و تعدد زوجات، اذن زوجه است یا نه؟ از جنبه فقهی، ازدواج مجدد منوط به رضایت همسر اول یا همسران کنونی شخص نیست و فقها با استناد به اطلاق ادله جواز چندهمسری جز در مواردی خاص مانند ازدواج با برادرزاده همسر یا خواهرزاده او، جواز حکم را به رضایت همسر اول مشروط نکرده‌اند. درباره توقف صحت ازدواج با خواهرزاده و برادرزاده زوجه و بطلان آن در صورت عدم رضایت زوجه، روایات صحیح‌های وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۳۳۲) و صاحب جواهر ادعای عدم خلاف، بلکه اجماع مستفیض و متواتر بر این حکم کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص. ۳۵۷). با وجود این، فقها معتقدند اگر زوجه به موجب شرط ضمن عقد، وکالت داشته باشد که در صورت ازدواج مجدد زوج بتواند خود را مطلقه کند، می‌تواند از این اختیار خود استفاده کند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۳۰۲). برخی محققان هم بر این باورند که اگر زوجه در صورت ازدواج مجدد شوهرش دچار سختی و ضرر بزرگی

شود، می‌تواند درخواست طلاق دهد (الهیان، خیراللهی، و فقیهی، ۱۴۰۱، ص. ۷۸۹). در حقوق موضوعه ایران برابر ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، ازدواج موقت یا دائم بدون اذن همسر اول، جرم اعلام و برای آن مجازات تعیین شده بود، اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی، شورای نگهبان بر اساس نظریه مورخ ۱۳۶۳/۵/۹، این مجازات را خلاف شرع تشخیص داد و اینک این مجازات جنبه قانونی ندارد (محمدتقی‌زاده و حمیدی سوها، ۱۳۹۶، ص ۲۷۴). برخی معتقدند از آنجاکه طبق ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱، قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ منسوخ اعلام نشده، مقررات موضوعه آن درخصوص تعدد زوجات همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است (شاکری گلپایگانی و مؤمن، ۱۴۰۱، ص. ۶)، اما نظر به جایگاه فقهی مسئله، چنین دیدگاهی پذیرفتنی نیست و باید بر آن بود که مقررات قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ با مواد ۲۰، ۲۱ و ۴۹ قانون حمایت خانواده نسخ ضمنی شده است و در عمل هم دادگاه‌ها، ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ را عمل نمی‌کنند.

بنا بر آنچه گفته شد، هم اکنون ازدواج مجدد - حتی بدون اجازه همسر اول- به‌خودی‌خود جرم نیست، اما از آنجاکه از سویی برابر ماده ۵۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱، ثبت ازدواج مجدد بدون اجازه دادگاه امکان ندارد و در رویه قضایی هم ثبت ازدواج دائم بعدی منوط به کسب اجازه از دادگاه یا تنفیذ ازدواج دائم غیررسمی به وسیله محاکم صالحه است (اسعدی و اسعدی، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۳) و از سوی دیگر، برابر ماده ۴۹ این قانون، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام... یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، به پرداخت جزای نقدی درجه ۵ یا حبس تعزیری درجه ۷ محکوم می‌شود. در نتیجه، اگر مردی بدون اجازه دادگاه اقدام به ازدواج دائم کند، از باب عدم ثبت ازدواج در دفاتر رسمی ازدواج، مجرم تلقی می‌شود.

در تحلیل ماده ۴۹ چند نکته دارای اهمیت است.

۱. نفس ازدواج مجدد بدون اجازه همسر اول یا دادگاه جرم نیست، بلکه آنچه جرم است، «عدم ثبت واقعه ازدواج» است. از این رو اگر مردی حتی بدون اجازه دادگاه یا همسر اول، همسر دوم اختیار کند، اما به هر طریقی ازدواج را

«ثبت» کند، جرمی مرتکب نشده است.

۲. از آنجاکه برابر ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱، نه تنها ثبت ازدواج دائم، بلکه ثبت ازدواج موقت هم در سه صورت باردار شدن زوجه، توافق طرفین و شرط ضمن عقد الزامی است، بنابراین، عدم ثبت در این موارد هم جرم است و مجازات ماده ۴۹ را در پی دارد.
۳. از آنجاکه مجازات عدم ثبت ازدواج تنها در مورد مرد قابل اعمال است، در صورتی که مردی بدون اجازه دادگاه و همسر اول و بدون ثبت رسمی، ازدواج دائم یا موقت کند، برای همسر دوم جرمی متصور نیست و مجازات ندارد.
۴. ضمانت اجرای کیفری ماده ۴۹ برای عدم ثبت واقعه ازدواج است که بدون دریافت اجازه دادگاه امکان ندارد و این ضمانت اجرا حتی در صورتی که زوجه واقعاً معتاد بوده و اعتیاد او مضر هم باشد، اعمال خواهد شد.
۵. صرف نظر از بحث کیفری، زن اول با اثبات ازدواج مجدد شوهر بدون اجازه دادگاه می‌تواند به استناد بند ۱۲ شروط عقدنامه، تقاضای طلاق کند و در صورتی که شوهر شرط یادشده را امضا نکرده باشد، زوجه می‌تواند از طریق اثبات عسر و حرج و البته استناد به بند ۱۰ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، از دادگاه تقاضای طلاق کند.

۲-۲. تجویز ازدواج مجدد در صورت اعتیاد زوجه

در باره اینکه دو شرط اصلی تعدد زوجات، یعنی «تمکن مالی» و «رعایت عدالت مادی میان همسران» نیاز به احراز و اجازه قاضی دارد یا از سوی خود شخص احراز می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. برخی مؤلفان دیدگاه نخست را پذیرفته‌اند (محمدحسن جمل، بی تا، ج ۱، ص. ۱۰۷) و در قوانین برخی کشورها از جمله عراق، سوریه، مصر و مراکش نیز همین دیدگاه جنبه تقنینی به خود گرفته است (باجوری، ۱۹۸۶م، ج ۱، ص. ۲۴۸)، اما بسیاری دیگر از اندیشمندان اسلامی دخالت قاضی در این قضیه را غیرضروری و غیرمفید دانسته‌اند و معتقدند که اولاً، جواز یادشده در آیه ۳ سوره نساء منوط به اجازه قاضی نشده و ثانیاً، آگاهی قاضی نسبت به امور شخصی زوج کاری بیهوده و دشوار است (ابوزهره، بی تا، ج ۱، ص. ۷۶).

در فقه امامیه، اصل ازدواج مجدد منوط به اذن قاضی نیست، قاضی در مواردی می‌تواند به زوج اجازه ازدواج مجدد بدهد که یکی از این موارد، «ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر» است که برابر بند ۶ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، می‌تواند مجوز ازدواج مجدد شوهر باشد. از جنبه تحلیلی، باید درباره اجازه ازدواج مجدد شوهر بر مبنای اعتیاد زوجه، دو موضوع «معیار اعتیاد مضر» و «زمینه‌های اعتیاد زن» بررسی شود.

۲-۲-۱. تشخیص اعتیاد مضر

درباره نوع اعتیاد، از آنجا که بند ۶ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳، «هرگونه اعتیاد مضر» زوجه را زمینه صدور مجوز ازدواج مجدد دانسته، ظاهر عبارت دال بر این است که نه تنها اعتیاد به مواد مخدر سنتی مانند تریاک، بلکه اعتیاد به مواد مخدر صنعتی مانند شیشه و کراک هم می‌تواند مجوز ازدواج مجدد شوهر باشد، اما درباره اعتیاد به مشروبات الکلی، عموم عبارت «هرگونه اعتیاد»، آن را هم دربرمی‌گیرد و چه بسا مضرات اعتیاد به الکل بیشتر از اعتیاد به تریاک باشد، اما از آنجا که واژه «اعتیاد» در استعمال عرفی منصرف به وابستگی به مواد مخدر است، باید «هرگونه اعتیاد» را ناظر به اعتیاد در مفهوم عرفی دانست؛ زیرا اگر اعتیاد در معنای لغوی خود استعمال شود، چه بسا استعمال قلیان یا سیگار هم تبدیل به عادت غیرقابل پرهیز کسی شده باشد در حالی که نمی‌توان گفت اعتیاد به قلیان مجوز ازدواج مجدد است.

تحلیل «معیار اعتیاد مضر» مستلزم پاسخ به دو پرسش است. پرسش نخست اینکه، آیا مراد از «ضرر»، ضرر جسمی است یا ضرر اجتماعی و مالی را هم دربرمی‌گیرد و پرسش دوم اینکه، آیا ضرر به خود زوجه مدنظر است یا ضرر به شوهر یا ضرر به غیر را هم دربرمی‌گیرد؟

۲-۲-۲. نوع ضرر مجوز ازدواج مجدد

درباره پرسش نخست، اعتیاد مضرات جسمی، حیثیتی، مالی و اجتماعی در پی دارد، اما به نظر می‌رسد ضرر را باید به قدر متیقن آن یعنی «ضرر جسمی» محدود کرد و قاضی نباید ضرر مالی یا اجتماعی یا خدشه در زیبایی زن را مبنایی برای اجازه ازدواج مجدد

شوهر بداند.

از سوی دیگر، اعتیاد مضرى که مجوز ازدواج مجدد شوهر است، اعتیاد حادث است؛ یعنی اعتیادی که در زمان ازدواج وجود نداشته و بعد به وجود آمده است و گرنه اگر زن در زمان ازدواج مبتلا به اعتیاد باشد و شوهر با آگاهی از این موضوع اقدام به ازدواج کرده باشد، متعاقباً نمی‌تواند به استناد همان اعتیاد درخواست ازدواج مجدد کند مگر اینکه اعتیاد در زمان ازدواج اعتیاد غیرمضر باشد و زوجه پس از ازدواج با تغییر نوع ماده مصرفی یا افزایش میزان مصرف، آن را به اعتیاد مضر تبدیل کرده باشد.

۲-۳. دامنه ضرر مجوز ازدواج مجدد

درباره پرسش دوم نیز اعتیاد در درجه نخست موجب ضرر به خود معتاد می‌شود، اما از این منظر، یک «جرم بدون بزه‌دیده» است که ضرری به دیگران نمی‌زند و ضرر آن فقط متوجه مرتکب آن است (رهامی، نجفی ابرندآبادی، و حیدری، ۱۳۸۹، ص. ۲۷) و تجویز ازدواج مجدد شوهر بر مبنای اعتیاد مضر برای خود زن، تحمیل ضرر مضاعف بر زوجه است که با منطق حقوقی سازگاری ندارد. بنابراین، باید مراد از اعتیاد مضر را اعتیادی دانست که به سلامتی شوهر یا کودکان و اعضای خانواده ضرر برساند و سلامت جسمی آنان را در معرض خطر قرار دهد.

باوجوداین، اگر زوجه باردار باشد، نباید اعتیاد او مجوزی برای ازدواج مجدد باشد؛ زیرا در این صورت اعتیاد زن یا پیش از بارداری او بوده و شوهر با علم به اعتیاد زن با او نزدیکی منجر به بارداری کرده یا اینکه زن پس از بارداری معتاد شده است. در حالت نخست، چون شوهر با علم به اعتیاد زن عمداً وضعیت مخاطره‌آمیز را به وجود آورده، نوعی اقدام علیه خود شمرده می‌شود و نمی‌تواند برای فرار از پیامدهای آن از معافیت‌های قانونی استفاده کند. در حالت دوم هم از آنجاکه ازدواج مجدد شوهر در دوره بارداری زن موجب لطمه روحی شدید به زن باردار می‌شود و چه‌بسا پیامدهای آن دامن جنین کنونی و فرزند آینده را هم بگیرد، طبق قاعده اضرار، شوهر نباید اعمال حق خود را زمینه اضرار به غیر قرار دهد.

از سوی دیگر، منطق حقوقی مبتنی بر اصل انصاف مقتضی است که اجازه ازدواج مجدد بر مبنای اعتیاد مضر زن، باید محدود به اعتیاد ارادی زن باشد؛ زیرا تنها در چنین

صورتی می‌توان گفت وی اقدام علیه خود کرده است و باید پیامدهای آن را پذیرا باشد، ولی در موارد «اعتیاد اجباری» که زن با اراده خودش اعتیاد را اختیار نکرده است - اعم از اینکه عامل اجبار شوهر باشد یا فرد دیگر - دادگاه نباید مجوز ازدواج مجدد برای مرد صادر کند.

۳. پیامد حقوقی اعتیاد زوج برای زوجه

پیامد حقوقی اعتیاد زیان‌آور زوج، ایجاد حق طلاق قضایی برای زوجه است. طلاق به معنای زایل کردن قید نکاح و بر هم زدن پیوند زناشویی با صیغه مخصوص است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص. ۳۸۰). طلاق مخصوص ازدواج دائم است (ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی) و انحلال ازدواج موقت از طریق بخشش باقی‌مانده مدت از سوی مرد یا پایان مدت تعیین‌شده صورت می‌گیرد.

ناگفته نماند از جنبه فقهی، مشهور فقها به استناد قاعده «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، حق طلاق را با مرد می‌دانند و ظاهراً مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی نخستین فقیهی است که با اعمال مفاد قاعده نفی عسر و حرج، انجام دادن طلاق از سوی حاکم را پذیرفته است. از دید ایشان، در مواردی مانند زوج مفقود به غیبت طولانی، زوج غیرمفقودی که معلوم باشد محبوس است، اما بازگشت او هرگز ممکن نیست یا زوج حاضر ناتوان از پرداخت نفقه که زوجه توان صبر و انتظار ندارد، می‌توان طلاق را به استناد قاعده نفی حرج و ضرر پذیرفت؛ به‌ویژه هنگامی که زن جوان باشد و صبر او در طول عمرش موجب شود که در مشقت شدید بیفتد، در صورت درخواست طلاق و عدم صبر زن، جواز صدور حکم طلاق برای حاکم شرع بعید نیست (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۷۵). امام خمینی (رحمت‌الله) نیز با الهام از نظر صاحب عروة‌الوثقی معتقدند اگر زوجه به علت نبود شوهر در حرج باشد؛ به‌طوری‌که صبر کردن زن سبب سقوط در فساد شود، حاکم در صورت یأس بعد از ۴ سال، می‌تواند طلاق دهد. حتی اگر پیش از گذشت ۴ سال در معرض فساد قرار گیرد، ولو به حاکم رجوع نکرده باشد، در صورت یأس حاکم از پیدا شدن زوج، جواز طلاق حاکم را بعید ندانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص. ۱۴۵)؛ البته ایشان در پاسخ به نظر شورای نگهبان از این وجه عدول کرده است و طلاق قضایی را به امتناع شوهر از انجام دادن وظیفه،

رفتار نیکو با زوجه یا طلاق به احسان او که در چندین آیه قرآن به آن تصریح شده است و ولایت حاکم بر ممتنع یا قاعده «الحاکم ولی الممتنع» توجیه کرده‌اند (باریکلو و راثی ورعی، ۱۳۹۹، ص. ۲۶). بنابراین، اصل اولی بر آن است که مرد، زن را طلاق دهد، اما در شرایط خاص، زن می‌تواند از قاضی تقاضای طلاق کند و برخلاف میل مرد، قاضی حکم به جدایی زن و مرد دهد. امروزه این طلاق را «طلاق قضایی» گویند. روشن است مصادیق بالا موضوعیت ندارند و مبنای جواز طلاق توسط حاکم در موارد یادشده، «عسر و حرج» شدید زوجه است که این معیار در حالت اعتیاد شدید زوج هم به وجود می‌آید.

بنا بر بند ۲ تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، از موارد عسر و حرج زوجه که حق طلاق را به‌رغم مخالفت شوهر - ایجاد می‌کند، اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلای او به مشروبات الکلی است که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد. باوجوداین، اعتیاد شرط مقتضی است و شرط مانع، امتناع زوج از ترک یا عدم امکان الزام وی به ترک، در مدتی است که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم دانسته شده است. از این رو در صورتی که زوج به تعهد خود عمل نکند یا پس از ترک، دوباره به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.^۱

برابر بند ۹ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ نیز در صورت ابتلا به هرگونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد، زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کند و دادگاه در صورت احراز آن، گواهی عدم سازش صادر خواهد کرد.

در شرط هفتم از شروط چاپی سند ازدواج هم از جمله مواردی که زوج به زوجه حق طلاق می‌دهد، ابتلای زوج به هرگونه اعتیاد مضری است که به تشخیص دادگاه بر اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد. درباره اثر اعتیاد زوج بر حق طلاق قضایی برای زوجه چند نکته باید مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. انحصار حق طلاق متأثر از اعتیاد

در بند ۲ تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، حق طلاق در اثر اعتیاد تنها برای زن پیش‌بینی شده است. این موضوع شاید بدین جهت باشد که حق طلاق اساساً در دست مرد است و هر وقت بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد، اما با توجه به فرایند و پیش‌شرط‌های امروزی طلاق، اعمال این حق دشوار است. در عمل نیز دادگاه‌ها نوعاً اعتیاد مرد را موجب حق طلاق زن می‌دانند درحالی‌که در دادگاه باید به استناد بند ۹ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، اعتیاد مضر زن را نیز مصداقی برای طلاق شوهر قرار دهد.

۳-۲. اشتراط خلل اعتیاد به اساس زندگی خانوادگی

هرگونه اعتیاد شوهر لزوماً حق طلاق را برای زن ایجاد نمی‌کند، بلکه اعتیادی که موجب عسر و حرج زن شود و «به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد»، این حق را ایجاد می‌کند. اصل اعتیاد با آزمایش و اعلام پزشکی قانونی اثبات می‌شود، اما دادگاه برای احراز وصف «اخلال به اساس زندگی خانوادگی»، نوع و مقدار مصرف مواد مخدر، مراحل اعتیاد، وضعیت جسمی و مالی شوهر، فواصل زمانی مصرف و مواردی از این دست را در نظر می‌گیرد و براین اساس، حسب مورد حکم به طلاق یا ادامه زندگی زن و شوهر می‌دهد.^۲

این موضوع بدین خاطر است که اعتیاد در قالب مفهوم عسر و حرج مبنای طلاق قرار می‌گیرد. درباره معیار عسر و حرج و اینکه ضابطه شخصی یا نوعی ملاک تعیین عسر و حرج است، گفت‌وگو وجود دارد (امامی، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۳۷)، اما در این باره در بند الف نظریه شماره ۷/۲۸۶۵ - ۱۳۷۷/۹/۹ اداره حقوقی آمده که ملاک عسر و حرج هم شخصی است و هم نوعی؛ شخصی بودن آن به مناسبت تنگ شدن عرصه بر فرد است که به مناسبت تحمل، بنیه و طاقت او، آستانه وقوع اختلاف فرق می‌کند و از آن نظر نوعی است که عموماً نمونه عنوان‌شده از طریق دادگاه و به یاری کارشناس و اهل خبره مشخص و سنجیدنی است (اسدی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴۴).

بنابراین، اگر با توجه به شرایط جسمی یا بیماری زمینه‌ای زن - مانند حساسیت

تنفسی - اعتیاد شوهر برای او زیان‌آور باشد یا حتی از لحاظ شأن و موقعیت زن و جایگاه اجتماعی وی، اعتیاد شوهر - ولو اعتیاد غیرمضر جسمی - موجب تحقیر و شرمندگی مداوم او و ادامه زندگی زناشویی برای وی دشوار باشد، امکان طلاق قضایی از باب عسر و حرج زن دور از ذهن نیست.^۳

در این باره گفته شده سببی که زندگی زناشویی را تلخ و دشوار ساخته و برای زن مشقتی ناگوار ایجاد کرده است، باید هنگام طرح دعوی طلاق و صدور حکم موجود باشد. هدف دادرسی، کیفر دادن شوهر به دلیل رفتار ناشایست او در گذشته نیست. طلاق تازیانه مجازات نیست، ریسمان رهایی است. در دعوی طلاق، گذشته آینه آینده است و تنها به این اعتبار به آن توجه می‌شود (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۶۲)؛ زیرا در چنین فرضی نمی‌توان ادعا کرد که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است. همچنین، هدف از وضع این ماده جلوگیری از حرج و ضرر موجود است نه جبران ضررهای مادی و معنوی‌ای که گذشت. چنان‌که در رأی شماره ۷/۱۲۳ - ۷۱/۲/۱۴ شعبه ۷ دیوان عالی کشور نیز به‌صراحت ذکر شده است که امکان اینکه زوجه در آتیه دچار عسر و حرج شود، موجب اجازه طلاق نیست (حسینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۹۴).

بنابراین، اگر اعتیاد مرد به‌گونه‌ای باشد که زمینه پرخاشگری یا ضرب و جرح زن را فراهم کند یا موجب بی‌اعتنایی و ترک منزل به دفعات و زمان‌های طولانی باشد یا موجب گرفتن طلاها یا اموال زن و فروش آن یا فروش لوازم زندگی خانه یا بی‌بندوباری یا درخواست از زن برای تن‌فروشی و مانند آن باشد، بی‌تردید می‌توان گفت چنین اعتیادی موجب عسر و حرج زن است و زوجه می‌تواند تقاضای حق طلاق کند.

۳-۳. اشتراط امتناع یا عدم امکان ترک

در بند ۷ از شروط نکاح‌نامه، از ابتلای زوج به «هرگونه اعتیاد مضر» سخن گفته شده، اما از آنجاکه این موضوع منوط به ایجاد اخلال در زندگی است و نیز مستنبط از بند ۲ تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، آنچه مجوز طلاق است، صرف اعتیاد شوهر نیست، بلکه «امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک»^۴ در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد است، موجب حق طلاق است. بنابراین، چنانچه مرد معتاد حاضر به ترک آن باشد یا امکان الزام او به ترک وجود داشته باشد، زن حق طلاق ندارد.

مفهوم «امکان ترک» اعتیاد تا حد زیادی منوط به میزان وابستگی جسمی و روحی فرد به مواد مخدر است. وابستگی جسمانی عبارت است از یک تغییر سازشی یا انطباقی که در سیستم بیولوژیکی فرد ایجاد می‌شود و تظاهرات جسمانی آن تنها پس از قطع مصرف دارو یا مصرف آنتاگونیست آن ظاهر می‌شود و علائم سندرم محرومیت را ایجاد می‌کند. درجه وابستگی تنها با توجه به شدت علائم ناشی از سندرم محرومیت قابل اندازه‌گیری است (هامیلتون، ۲۰۰۹، ص. ۳۶۱). در واقع، شدت علائم و زمان شروع و خاتمه آن‌ها به نوع دارو، مقدار مصرف، تعداد دفعات مصرف، سابقه مصرف، میزان سلامتی و ویژگی‌های فردی شخص مصرف‌کننده بستگی دارد.

وابستگی روانی با میل شدید متناوب یا مستمر برای مصرف مواد مخدر به‌منظور اجتناب از حالت ملال مشخص می‌شود. ابعاد وابستگی روانی شامل رفتار جستجوگرانه یا اجبار درونی برای جست‌وجوی دارو و تظاهر رفتارهای خاص برای به دست آوردن ماده است. در این‌گونه وابستگی‌ها بعد از قطع مواد، علائم ترک ظاهر نمی‌شوند. بنابراین، امکان ترک موضوعی پزشکی-روانی مبتنی بر نوع و میزان وابستگی به مواد مخدر است و قاضی باید با گرفتن نظر کارشناسی درباره آن تصمیم‌گیری کند و نه صرف احتمال یا برداشت شخصی از توانایی فرد معتاد برای ترک یا ادعای وی مبنی بر اراده ترک. همچنین، اگر مرد یک بار اقدام به ترک اعتیاد کند و دوباره معتاد شود، این نشانه عدم امکان ترک است و زن می‌تواند براین اساس درخواست طلاق از دادگاه کند.

۴. استیفای حقوق همسر معتاد در پرتوی حقوق جنسی

نگارنده بر این باور است که شروط مربوط به تجویز ازدواج مجدد زوج در صورت اعتیاد زوجه و همچنین حق طلاق قضایی برای زوجه در صورت اعتیاد زوج باید در پرتوی حقوق جنسی زوجین تحلیل و تفسیر شود. اساس این تفسیر ناشی از تفاوت تأثیر اعتیاد بر توانایی جنسی زن و مرد و در نتیجه، کیفیت استیفای حقوق جنسی زوجین در صورت اعتیاد طرف مقابل است.

واقعیت انکارناپذیر در پرونده‌های طلاق، مشکلات جنسی و عدم رضایت طرفین از

رابطه جنسی و توانایی طرف مقابل در ایجاد رضایت جنسی است. طبق تحقیقات انجام شده، آسیب‌های مغزی بر رابطه جنسی تأثیر می‌گذارند و با تأثیر مواد مخدر بر مغز، بعضی از مهم‌ترین قسمت‌های مغز که مربوط به لذت و رابطه جنسی است، آسیب می‌بیند. در نتیجه، مصرف مواد مخدر سه مرحله رابطه جنسی یعنی مراحل تمایل، تحریک و ارگاسم را تحت تأثیر قرار می‌دهد (Basson et al, 2000, p. 899). بزرگ‌ترین خطر مصرف مواد مخدر برای برقراری رابطه جنسی، «شرطی شدن» ذهن است؛ به طوری که افراد هر وقت که بخواهند رابطه جنسی مناسبی را تجربه کنند، برای افزایش لذت باید مواد مخدر استفاده کنند و هنگامی که ذهن افراد نسبت به مصرف ماده مخدر برای رابطه جنسی شرطی شود، دیگر نمی‌توانند بدون ماده مخدر رابطه جنسی خوب و مناسبی را تجربه کنند (Adlaf, Hamilton, & Noh, 2000, p. 364).

اهمیت لحاظ توانایی جنسی زن یا شوهر معتاد در استیفای حقوق طرف مقابل از این روست که از جمله شرایط استیفای این حقوق، «اخلال به اساس زندگی خانوادگی» است و روابط جنسی و امکان نزدیکی از اهداف اصلی ازدواج و از عناصر پایه‌ای زندگی خانوادگی است و اخلال در این موضوع، اخلال در اساس زندگی خانوادگی است. از این رو باید آن نوع از اعتیاد مجوز استیفای حقوق باشد که به قدرت جنسی و توانایی رفتار زناشویی اخلال ایجاد کند.

۴-۱. تأثیر اعتیاد بر توان جنسی مرد

توان جنسی مرد مبتنی بر عنصر «نعوظ» است و بدون تحقق این حالت در مرد، رضایت زن از فعالیت جنسی قابل تصور نیست. پژوهش‌های میدانی متعدد نشان داده است که مردان معتاد عملکرد جنسی ضعیف‌تری در حوزه‌های نعوظ، میل جنسی، عملکرد ارگاسمیک، رضایت از رابطه جنسی و رضایت کلی نسبت به گروه کنترل داشتند. در پژوهشی معتبر که با هدف تعیین تأثیر سوء مصرف مواد مخدر بر عملکرد جنسی مردان بر اساس امتیاز شاخص بین‌المللی عملکرد نعوظ^۵ انجام شد، نتایج تحقیق نشان داد میانگین امتیاز شاخص بین‌المللی عملکرد نعوظ، در مردانی که الکل مصرف می‌کردند، $۳۳/۳ \pm ۶/۷$ ، در مصرف‌کنندگان مواد افیونی $۲۳/۷ \pm ۳/۳$ ، در مصرف‌کنندگان اکستازی $۳۴/۱ \pm ۵/۲$ ، در مصرف‌کنندگان شاهدانه $۴۳/۵ \pm ۴/۲$ و در گروه شاهد $۵۵/۳ \pm ۱/۶$

بود. تمام نمره‌های خرده‌مقیاس شاخص بین‌المللی عملکرد نعوظ در مصرف‌کنندگان مواد افیونی به‌طور عمده‌ای کمتر از گروه کنترل بود ($P < 0.001$). نمره‌های عملکرد نعوظ، میل جنسی و خرده‌مقیاس رضایت عمومی در مصرف‌کنندگان اکستازی به‌طور زیادی کمتر از گروه کنترل بود (به ترتیب 0.001 ، 0.005 و 0.001 $P >$). همچنین، تحقیقات اخیر در دپارتمان روان‌شناسی در دانشگاه ایالتی بال واقع در ایالات متحده نشان داده است افرادی که به ماری‌جوآنا، حشیش یا گرس معتاد شده‌اند، ۳۰۰ درصد بیشتر از افراد معمولی، به اختلال نعوظ مبتلا می‌شوند.

افزایش میل جنسی از طریق مصرف ماری‌جوآنا، حشیش یا گرس یکی از باورهای غلطی است که امروزه در جامعه وجود دارد درحالی‌که تحقیقات نقطه مقابل این قضیه را نشان می‌دهد و مرض اختلال در نعوظ را به همراه دارد (Bang-Ping, 2009, p. 1080). مطالعات انجام‌شده در سال ۲۰۱۵ نشان می‌دهد مصرف مواد مخدر مانند حشیش و هم‌خانواده‌های آن بر گیرنده‌ها^۶ در مغز و آلت تناسلی تأثیر می‌گذارد و مانع از عملکرد آن‌ها می‌شود.

دکتر جاستین لهمایلر^۷، نویسنده و روان‌شناس اجتماعی آمریکایی، پیرامون باور غلط و عامیانه دیگر مبنی بر اینکه حشیش توانایی و بنیه جنسی را افزایش می‌دهد، می‌گوید این انتظار بسیار نابجایی از مواد مخدر است؛ زیرا مدت زمان برقراری رابطه جنسی با مصرف حشیش و هم‌خانواده‌های آن افزایش نمی‌یابد. در نتیجه، لذتی هم در کار نیست و همه این‌ها توهم است و اتفاقاً مصرف ماری‌جوآنا، حشیش یا گرس، دستیابی به نعوظ یا حفظ آن را سخت‌تر می‌کند و سلامتی جنسی فرد را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد (Smith, Smith, Buxton, & Moser, 2012, p.3). از مهم‌ترین علل تأثیر ماری‌جوآنا بر مشکلات جنسی این است که ماده مؤثره موجود در حشیش با نام کانابینوئید در مردان سبب کاهش هورمون مردانه یا تستوسترون می‌شود و موجب اختلال در میل جنسی و در طولانی‌مدت سبب اشکال در نعوظ می‌شود (Smith, Smith, Buxton, & Moser, 2012, p.4).

پژوهش‌های داخلی متعددی نیز درباره رابطه اعتیاد بر توان جنسی مردان انجام شده که جملگی مؤید اثر منفی شدید اعتیاد بر توان جنسی مردانه به‌ویژه تولید اسپرم است.

از جمله نتایج تحقیقی نشان داد که در افراد معتاد، در ۴۴/۶ درصد موارد، تعداد اسپرم کمتر از ۶۰ میلیون در هر میلی‌لیتر - حد میزان باروری - بود در حالی که در میان افراد غیرمعتاد این مقدار، ۲/۷ درصد موارد را شامل می‌شد که اختلاف معناداری را نشان می‌داد (شهرامیان و همکاران، ۱۳۸۵، ص. ۵۱).

تنها اعتیاد به مواد مخدر نیست که موجب کاهش قدرت جنسی مردان می‌شود، بلکه شایع‌ترین اختلال جنسی در مردان وابسته به الکل نیز اختلال در نعوظ و به دنبال آن کاهش میل جنسی است؛ زیرا برای داشتن میل جنسی و نعوظ طبیعی باید سه سیستم مهم عصبی، هورمونی و عروقی بدن سالم و هماهنگ عمل کنند، اما متأسفانه الکل هر سه را مختل می‌کند.

بنا بر آنچه گفته شد، قوام جنسی مرد به نعوظ آلت تناسلی است و اعتیاد به مواد مخدر مستقیماً بر این توانایی اثر می‌گذارد و موجب اختلال در آن می‌شود. چنین وضعیتی مصداق بارز اعتیاد زیان‌آور مرد است که موجب عدم امکان مقاربت جنسی میان زن و شوهر می‌شود و به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد می‌آورد. قاضی پرونده باید به همسر چنین مردی حق بدهد که برای پاسخ به نیاز طبیعی و غریزی خود از چنین مردی جدا شود و خود را مطلقه کند.

چه بسا بتوان گفت عدم نعوظ ناشی از اعتیاد مستمر و شدید را بتوان به وضعیت «عنن» ملحق کرد که فقها به اجماع آن را به عنوان یکی از عیوب مختص مردان، از موجبات فسخ نکاح دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۶۶). از نظر فقها، فرقی بین عنن قبل از عقد و عنن پس از عقد و نیز علت عنن که بیماری یا سحر و امثال آن باشد، وجود ندارد (فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۳۶۴). دیدگاه فقها مستند به برخی از روایات است مانند صحیحہ ابوبصیر مرادی که می‌گوید از امام صادق (علیه‌السلام) درباره زنی که شوهرش دچار عارضه‌ای شده است و بر اثر آن قادر بر آمیزش نیست، پرسیدم آیا زن از او جدا می‌شود؟ حضرت فرمود بله؛ اگر بخواهد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۹) و صریح‌تر از این روایت در مورد عنن بعد از عقد موثقه، عماربن موسی از امام صادق (علیه‌السلام) است که می‌گوید: از امام صادق (علیه‌السلام) در باره مردی پرسیده شد که قدرت آمیزش با زنش ندارد. حضرت در جواب فرمود وقتی نتواند با زنان دیگر نزدیکی کند، نباید زنش

را نگهدارد مگر آنکه خود زن راضی باشد و اگر توانایی آمیزش با زنان دیگر را داشته باشد، می‌تواند زنش را نگه دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۳۰). روشن است علت خیار فسخ نکاح در صورت عنن زوج، ضرر ناشی از عدم امکان مقاربت و باروری است و این مبنا درباره عدم توان نعوظ ناشی از اعتیاد نیز ثابت است.

۴-۲. تأثیر اعتیاد بر توان جنسی زن

برخلاف مرد که در مقاربت جنسی نقش کنشی و فعال دارد و این نقش‌آفرینی بدون عنصر نعوظ امکان‌پذیر نیست، زن در این فعالیت نقش واکنشی و منفعل دارد و رضایت جنسی مرد از او مبتنی بر عنصر «آمادگی» و همراهی است. از سوی دیگر، برخلاف اعتیاد در مردان که بیشتر دارای آثار جسمی است و به‌طور خاص قوای جنسی و قدرت نعوظ را مختل می‌کند، اعتیاد در زنان بیشتر دارای آثار روحی است و اثر اعتیاد بر اختلال جنسی زنان کمتر از مردان است و حتی طبق نتایج برخی پژوهش‌ها، زنان دارای ویژگی‌های فارماکوکینتیک و فارماکودینامیک متفاوت با مردان هستند و بیشتر «عوارض جانبی» مصرف مواد مخدر را نسبت به مردان افزایش می‌دهند و عوارض مستقیم اعتیاد زنان چندان شناخته‌شده نیست. بنابراین، مطالعات بیشتر برای درک بهتر تأثیر سوءمصرف الکل و مواد مخدر بر اختلال عملکرد جنسی زنان ضروری است (Ziche, 2017, p. 135). این مطلب به معنی نفی آثار جسمی اعتیاد در زنان - به‌ویژه اثرگذاری اعتیاد زنان باردار بر جنین آن‌ها- نیست، بلکه مصرف مواد مخدر و الکل موجب تغییراتی در چرخه قاعدگی زنان می‌شود که ممکن است منجر به قاعدگی سبک‌تر یا شدیدتر یا حتی افزایش گرفتگی عضلات شود. حتی مصرف هروئین و متادون ممکن است منجر به آمنوره (قطع قاعدگی) در زنان شود. همچنین، مشکلات ناشی از سوءمصرف مواد مخدر در بارداری شامل سقط خودبه‌خودی، زایمان زودرس، وزن تولد پایین، جدا شدن زودرس جفت، محدودیت رشد، سندرم محرومیت نوزادی و... است (سوادزاده، ۱۳۸۷، ص. ۴۰).

جنسیت حتی در بازگشت و عود مصرف مواد تأثیر عمده‌ای دارد؛ به‌طوری‌که آغازگرهای بازگشت در مردان و زنان متفاوت است. در مطالعه‌ای روی معتادان به

کوکائین، زنان بیشتر گزارش کردند که عواطف منفی و مشکلات بین فردی باعث بازگشت آن‌ها شده است درحالی‌که مردان اعتقاد داشتند احساسات مثبت باعث بازگشت مجدد آن‌ها شده است (فروزانفر، ۱۳۹۵، ص. ۶۵). تحقیقات دارویی نشان داده است که برخی مواد خاص، تأثیر فیزیولوژیکی منحصر به فردی بر زنان دارند. تحلیل‌های اجتماعی نشان می‌دهند که پاسخ جامعه به مشکل سوء مصرف مواد مخدر در بسیاری از زمینه‌ها در زنان شدیدتر است. همچنین، نشان داده شده است که روند بهبود زنان متفاوت است و برنامه‌ها برای درمان، نیازمند چیزی هستند که «روش جنسیت خاص» نامیده می‌شود (سوارتز، اوبرین و لوریجیو، ۱۳۹۲، ص. ۴۶).

با وجود این و حتی با فرض اثبات نشده یکسان بودن اثر اعتیاد بر قدرت جنسی زن و مرد، نظر به تفاوت نقش‌آفرینی آنان در رفتار جنسی، ترتب آثار حقوقی مبتنی بر اعتیاد زیان‌آور و اعتیاد مخل به اساس زندگی خانوادگی نیز باید با توجه به همین تفاوت‌ها و در چهارچوب حقوق جنسی زوجین باشد. درک تفاوت کارکرد جنسی زن و مرد و توجه و ترتب آثار حقوقی متفاوت بر این کارکرد، مطلب تازه‌ای نیست، بلکه این مطلب در فقه نکاح دارای پیشینه است. از جمله در بحث زنا به عنف، اجماع فقها بر امکان تحقق زنا به عنف از جانب مرد و در مقابل، تردید برخی فقها و قطع برخی دیگر در امکان تحقق زنا به عنف از جانب زن، مبتنی بر این استدلال است که انتشار آلت تناسلی ناشی از شهوت است و اکراه مانع از انتشار عضو و برانگیخته شدن قوای جنسی است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص. ۲۶۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۵۴). در مسئله اعتیاد نیز همین تفاوت دیده می‌شود و همان‌گونه که در زنا به عنف دخول بدون خواست و رضای زن و تنها با انتشار آلت مرد امکان دارد، اما بدون انتشار آلت مرد ممکن نیست، در اعتیاد مرد که مخل نعوذ است، امکان مقاربت و التذاذ جنسی و استیفای حقوق زناشویی زن امکان ندارد، اما اعتیاد زن حتی اگر منجر به بی‌میلی جنسی و سردمزاجی او شود، باز هم دخول مقاربتی و التذاذ جنسی و در نتیجه، استیفای حقوق زناشویی مرد امکان دارد. بنابراین، اعتیاد مرد به اساس زندگی خانوادگی اختلال وارد می‌کند درحالی‌که اعتیاد زن چنین اختلالی وارد نمی‌کند.

۴-۳. زمینه‌های اعتیاد زوجه

افزون بر آنچه در خصوص تفاوت آثار اعتیاد بر مرد و زن گفته شد، زمینه‌ها و علل اعتیاد زوج و زوجه نیز با هم یکسان نیست. به گفته محققان، اعتیاد در زنان از جهت علل ایجاد آن، میزان شیوع و سیر بیماری و نیز پاسخ به درمان با مردان اختلافات بارزی دارد (جعفرزاده کلیشمی، نوری و رمضان‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۵۰). از جمله این تفاوت‌ها، عنصر «تقصیر» و به‌طور روشن‌تر، نقش زوج در اعتیاد زوجه و نقش زوجه در اعتیاد زوج است. تحقیقات نشان می‌دهد نقش زنان در معتاد کردن شوهران کمتر از نقش شوهران در معتاد کردن زنان است. داده‌های برخی از پژوهش‌های میدانی نشان داده که شوهران معتاد و سوءاستفاده همسر از زن، یکی از مهم‌ترین عوامل اعتیاد زنان است. شوهران برای اینکه در موقع مصرف مواد از سرزنش و انتقاد همسر خود بکاهدند و در موقع تنگ‌دستی و فقر مالی برای تهیه مواد مخدر، او را به کارهای ناپسند و نامشروع مانند گدایی، فروش مواد مخدر و خودفروشی بکشانند، زن خود را معتاد می‌کنند. زنان نیز که اغلب وابستگی به همسر دارند، از طریق همسرشان معتاد می‌شوند. بیشتر زنان معتاد از وجود یکی از اعضای معتاد درجه یک خانواده یا همسر معتاد خبر داده‌اند. در برخی موارد نیز همسر با توجه به وابستگی زن و با هدف خاموش کردن اعتراضات زن، او را معتاد می‌کند (صادقی و جهاندار، ۱۳۹۹، ص. ۳۴). همچنین، بررسی عوارض اعتیاد در زنان دارای همسر معتاد نشان داده که خشونت فیزیکی، خیانت عاطفی و جنسی و اختلال در عملکرد زناشویی - جنسی در میان این زنان بیشتر است (Crippens, White, George et al, 1999, p. 419). افزون‌براین، برخلاف مردان که اصل لذت‌جویی یا کنجکاوی عامل مهم در اعتیاد است، درباره زنان، شرایط، فشارها و سختی‌های ناشی از زندگی مشترک نقش برجسته‌تری در اعتیاد آنان دارد. برای مثال، بسیاری از زنان معتاد پیش از اعتیاد درگیر خشونت و آزار جنسی، فیزیکی و کلامی بوده‌اند و کسانی که قربانی خشونت فیزیکی و جنسی به‌طور هم‌زمان و مکرر شده‌اند، بیشتر در معرض خطر مصرف مواد مخدر قرار گرفته‌اند (صادقی و جهاندار، ۱۳۹۹، ص. ۳۵).

مهم‌تر از این، نتایج تحقیقات نشان داده است که اعتیاد زنان شوهردار در بیشتر

موارد به طور مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط با مقوله بارداری بوده است؛ به گونه‌ای که اعتیاد و بارداری تأثیر متقابل دارند و همان‌گونه که سوء مصرف مواد ارتباط مستقیم و زیان‌بار با عوارض بارداری دارد - و موجب افزایش مرگ داخل رحمی جنین، مرگ نوزاد در سه روز اول تولد، اختلال رشد داخل رحمی جنین، جدا شدن زودرس جفت، مسمومیت بارداری، زایمان زودرس، پارگی زودرس کیسه آب، سزارین، هیپاتیت بی، کاهش قند خون نوزاد، نیاز به اقدامات احیا و بستری در بخش مراقبت‌های ویژه نوزادان، مشکلات تنفسی، تشنج نوزاد و کاهش دور سر، قد و وزن و... می‌شود (شریفیان و همکاران، ۱۳۹۰، ص. ۱۸۴) - در بسیاری موارد اعتیاد ناشی از مشکلات بارداری مانند سابقه سقط جنین، بارداری دیررس، عدم تغذیه مناسب، حساسیت غذایی، فشارهای روحی، ترک شوهر، عدم رضایت از جنسیت جنین، افسردگی بارداری و حتی کاهش دردهای بارداری است. تا جایی که طبق تحقیقات، بسیاری از زنان باردار معتاد برای درمان دردهای دوره بارداری از مواد مخدر استفاده کرده‌اند (حسینی، حسینی و مظفری، ۱۳۹۵، ص. ۱۳).

در چنین شرایطی، این پرسش مطرح است که آیا تأثیر شرایط زندگی مشترک در معتاد شدن یا نقش شوهر در معتاد کردن زن، نباید در تجویز حق ازدواج مجدد زوج لحاظ شود؟ روشن است تحلیل منصفانه حکم تجویز ازدواج مجدد چنین اقتضا می‌کند که اگر اعتیاد زن معلول شرایط زندگی مشترک مانند تسکین دردهای دوره بارداری، سقط جنین، دردهای زایمان یا افسردگی پس از زایمان و حتی شرایط روحی ناشی از تقصیر شوهر مانند سوء معاشرت، عدم ارضای نیازهای روحی و عاطفی یا جنسی زن و به طریق اولی ناشی از اعتیاد شوهر و یا حتی اعتیاد اجباری زن توسط شوهر باشد، در چنین شرایطی اعتیاد زن نباید مجوزی برای ازدواج مجدد شوهر و دوچندان کردن وضعیت ناگوار برای زنی باشد که بخت بد وی را به چنین روزگاری کشانده است.

بحث و نتیجه‌گیری

اگر پس از ازدواج، یکی از زوجین معتاد شود، پیامد حقوقی اعتیاد باید با لحاظ زمینه‌های اعتیاد در زن و مرد و متناسب با تفاوت تأثیر اعتیاد بر زن یا شوهر و با لحاظ

کارکرد جنسیتی زن و مرد در چهارچوب «حقوق زناشویی زوجین» تفسیر شود. بر این اساس

۱. اعتیاد در مردان توان جنسی آنان را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد و موجب اختلال در قوای جنسی به‌ویژه نعوظ می‌شود. اعتیادی که موجب اختلال در نعوظ، نعوظ ناقص یا دیر هنگام یا در فواصل زمانی طولانی شود، باید به‌عنوان اعتیاد زیان‌آور مخمل به اساس زندگی خانوادگی لحاظ شود و قاضی صرف‌نظر از اعلام یا عدم اعلام و استناد یا عدم استناد زوجه به این مسئله و با استعلام نظر کارشناس، چنین وضعیتی را مبنای حق طلاق زوجه قرار دهد.
۲. اعتیاد در زنان بیشتر دارای عوارض روحی و روانی است و اثرگذاری جسمی اعتیاد بر زنان نسبت به مردان کمتر است و در نهایت، موجب اختلال در زمان یا دوره قاعدگی یا اثر بر جنین می‌شود و تأثیر تعیین‌کننده‌ای بر توان جنسی زن و در نتیجه، استیفای حقوق جنسی شوهر ندارد. از این رو اعتیاد زن نباید به‌سادگی به‌عنوان مجوزی برای ازدواج مجدد شوهر شناخته شود.
۳. ناتوانی جنسی و عدم امکان نعوظ در اثر اعتیاد مستمر و شدید، در حکم عنن عارض پس از وقوع عقد است که به عقیده مشهور فقها، حق فسخ نکاح برای زوجه را محقق می‌سازد. مناط موجبیت عنن در فسخ که ضرر ناشی از عدم امکان مقاربت و باروری است، در خصوص عدم نعوظ ناشی از اعتیاد نیز صادق است.
۴. رویکرد افتراقی در پیامد حقوقی اعتیاد زوجین افزون‌بر تفاوت تأثیر اعتیاد بر توان جنسی آن‌ها، ناشی از تفاوت کارکرد جنسیتی زن و مرد است. ماهیت رفتار جنسی به‌گونه‌ای است که بدون انتشار آلت مردانه، امکان مقاربت و استیفای حقوق زناشویی زن امکان ندارد در حالی که اعتیاد زن حتی اگر منجر به سردمزاجی زن شود، باز هم مانع اساسی مقاربت و التذاذ جنسی و در نتیجه استیفای حقوق زناشویی مرد نیست.

یادداشت‌ها

۱. باوجود این برابر دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۴۱۱۲۰۰۰۴۰۷ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۱۴ شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور «در صورتی که مستند زوجه در دعوی طلاق، عسر و حرج ناشی از اعتیاد زوج باشد، استمرار اعتیاد و عدم ترک آن مؤثر در اثبات عسر و حرج است، اما در صورتی که زوجه به تحقق شرط ضمن عقد نکاح مبنی بر اعتیاد زوج استناد کند، صرف اعتیاد قبلی زوج جهت اثبات تخلف وی از شروط ضمن عقد و تحقق وکالت زوجه در طلاق کفایت می‌کند و ترک اعتیاد، حق ایجاد شده را ساقط نمی‌کند».
۲. نمونه رأی دادگاه در خصوص اعتیاد غیرمضر «دادخواست خانم ف.ع فرزند ن. به طرفیت شوهرش آقای ر.ج. به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش... دفاع خوانده این است که اظهار داشت اعتیاد ندارم. مدت سه ماه و نیم است که خانم از خانه رفته و در این مدت ۴۰ بار دنبالش رفتم حتی از خودش عذرخواهی هم کردم که اگر قصوری از من سر زده است، مرا ببخشد. من با زندگی‌ام مشکلی ندارم. هفته‌ای یک بار تریاک مصرف می‌کنم که مشکلی در زندگی من ایجاد نمی‌کند. دادگاه نظر به اینکه مطابق بند ۹ ماده ۸ قانون حمایت خانواده، ابتلای زوج به اعتیاد مضری که به اساس زندگی خانواده خلل وارد کند، از موجبات طلاق خواهد بود و در ما نحن فیه این معنی احراز نشده است... دعوی خواهان غیر ثابت تشخیص... و حکم به رد دعوی مطروحه صادر و اعلام می‌شود...».
۳. در نشست قضایی تخصصی در پاسخ به پرسش‌هایی درباره تقاضای طلاق زوجه در صورت ایجاد عسر و حرج ناشی از اعتیاد زوج، چنین اظهار نظر شده است که اولاً، اینجا منظور هر اعتیادی نیست. با لحاظ سوابق قانون‌گذاری، منظور تنها اعتیاد به مواد مخدر است؛ چنان‌که در بند ب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، ابتلا به غیرمواد مخدر است. ثانیاً، تعیین مصادیق شخصی است و به نظر قاضی و خود شخص است. چنانچه شخصی اعتراف کند که معتاد است، دیگر دادگاه نیاز به بررسی ندارد. ثالثاً، صرف اعتیاد و ابتلا کافی است حتی اگر ترک کند. رابعاً، در صورتی شروط ضمن عقد از جمله شرط بند ۷ موجب ایجاد حق برای زوجه می‌شود که موجبات عسر و حرج نیز باشد. خامساً، اگر زوجه با وضعیت اعتیاد ازدواج کرده است، ادعای بعدی زوجه به استمرار آن و مضر بودن قابل استماع نیست (نشست قضایی شماره ۸۲۹۵-۱۴۰۰).
۴. برخی صاحب‌نظران اساساً اعتیاد را ناتوانی جسمی و روحی در ترک و متوقف کردن مصرف ماده مخدر تعریف کرده‌اند. از دید آنان، اعتیاد تنها به وابستگی به موادی مانند هروئین و کوکائین اطلاق نمی‌شود، بلکه شخصی که نمی‌تواند جلوی مصرف یک ماده مخدر را بگیرد،

معتاد است (Adam, 2018, p.12).

5. IIEF
6. Receptors
7. Justin Lehmler

کتابنامه

- ابوزهره، محمد (بی تا). *تنظیم الاسلام للمجتمع* (جلد ۱). قاهره: مکتبه الانجلوالمصریه.
- اسدی، لیلآسادات (۱۳۹۷). *حقوق کیفری خانواده*. چاپ ۳، تهران: میزان.
- اسعدی، سیده نگار؛ و اسعدی، سیدحسن (۱۳۹۵). *حقوق متقابل اعضای خانواده*. تهران: انجمن اولیا و مربیان.
- الهیان، سیدغفور؛ خیراللهی، محمدعلی؛ و فقیهی، علی (دی ۱۴۰۱). تحلیل و تبیین عدم لزوم اذن یا اجازه زوجه در تعدد زوجات در فقه و حقوق اسلامی. *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، شماره ۲۶، صص ۷۹۸-۷۸۹.
- امامی، سیدحسن (۱۴۰۱). *حقوق مدنی* (جلد ۵). چاپ ۲۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- باجوری، جمال محمد فقی رسول (۱۹۸۶م). *المرأة فی الفکر الاسلامی* (جلد ۱).
- باریکلو، علیرضا؛ و راثی ورعی، زهرآسادات (پاییز و زمستان ۱۳۹۹). تحلیل عسر و حرج به عنوان مبنایی برای طلاق قضایی. *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال ۱۳، شماره ۲۶، ۳۲-۹.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۳۷۵). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (جلد ۲). چاپ ۳، قم: اسماعیان.
- جعفرزاده کلیشمی، مهناز؛ نوری، ربابه؛ و رمضان‌زاده، فاطمه (۱۳۹۴). نیمرخ مصرف مواد در زنان معتاد. *مجله دانشکده علوم پزشکی نیشابور*، سال ۳، شماره ۱.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه* (جلد ۲۱). چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- حسینی، سیدجواد؛ حسینی، امین؛ و مظفری، سارا (پاییز ۱۳۹۵). «زنان باردار با سوء مصرف مواد». *فصلنامه سلامت اجتماعی و اعتیاد*، سال ۳، شماره ۱۱.
- حسینی، سیدمحمدرضا (۱۳۹۸). *قانون مدنی در رویه قضایی*. چاپ ۸، تهران: مجد.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام* (جلد ۳). چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- دهقانی، مهناز؛ و صادق‌پور، محمدجعفر (پاییز ۱۴۰۰). جستاری انتقادی در حکم تعدد زوجات. *فصلنامه فقه*، سال ۲۸، شماره ۳ (پیاپی)، ۱۰۷.

- رشیدرضا، محمد (۱۳۷۳). *تفسیرالقرآن‌الحکیم الشہیر بتفسیر المنار* (تقریرات درس شیخ محمد عبده) (جلد ۴). مصر.
- رہامی، محسن؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ و حیدری، علی مراد (۱۳۸۹). *جرائم بدون بزه دیدہ*. چاپ ۲، تهران: میزان.
- زحیلی، وہبہ (۱۴۱۸ق). *الفقہ الاسلامی وادلثہ* (جلد ۵). دمشق: دارالفکر.
- سکوتی نسیمی، رضا (پاییز و زمستان ۱۳۹۴). *تدلیس در نکاح و آثار آن. فصلنامہ فقہ و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۱*.
- سوادزادہ، شہین (پاییز و زمستان ۱۳۸۷). *مشاورہ زنان معتاد در طی بارداری. دو فصلنامہ پرستاری و مامایی جامع‌نگر، شماره ۶۰*.
- سوارتز، جیمز. آ؛ اویرین، پاتریشیا؛ و لوریجیو، آرتورجی (۱۳۹۲). *مواد مخدر، زنان و اعتیاد* (معصومہ حسن چوکامی و علی اصغر اسماعیل زادہ، مترجمان). تهران: دانشگاه پیام نور.
- شاکری گلپایگانی، طوبی؛ و مؤمن، رقیہ سادات (بهار و تابستان ۱۴۰۱). *ازدواج مجدد زوج در فرایند قانون‌گذاری ایران با رویکرد بہ فقہ حکومتی و سیاست شرعی. دو فصلنامہ علمی فقہ و حقوق خانوادہ، دورہ ۲۷، شماره ۷۶*.
- شریفیان، جمیلہ و همکاران (۱۳۹۰). *سرانجام مادری، جنینی و نوزادی خانم‌های حاملہ معتاد بہ مواد مخدر. مجلہ دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی شہید صدوقی یزد، سال ۱۹، شماره ۲*.
- شہرامیان، ایرج و همکاران (زمستان ۱۳۸۵). *بررسی تأثیر تریاک بر اسپرما توژنز مردان معتاد. نشریہ یافتہ (فصلنامہ علمی - پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی لرستان)، دورہ ۸، شماره ۴، پیاپی ۳۰*.
- صادقی فسایی، سہیلا؛ و جہاندار، زینب (۱۳۹۹). *واکاوی علل و پیامدہای اعتیاد زنان؛ یک مطالعہ کیفی. پژوهش‌های انتظامی-اجتماعی زنان و خانوادہ، دورہ ۸، شماره ۱، پیاپی ۱۴*.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (بی تا). *ملحقات العروۃ الوثقی* (جلد ۲). قم: داوری.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۳ق). *المیزان فی تفسیرالقرآن* (جلد ۴). قم: نشر اسلامی.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). *تہذیب الاحکام* (جلد ۷). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیہ.
- فاضل ہندی اصفہانی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والابہام عن قواعد الاحکام* (جلد ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابستہ بہ جامعہ مدرسین حوزه علمیہ قم.

- فروزانفر، آزاده (پاییز ۱۳۹۵). «زنان و سوء مصرف مواد؛ اهمیت مباحث جنسیتی در پژوهش مواد. فصلنامه سلامت اجتماعی و اعتیاد، سال ۳، شماره ۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). دوره مقدماتی حقوق خانواده. چاپ ۱۱، تهران: میزان.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد (جلد ۱۲). قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۵). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدتقی زاده، مهدیه و حمیدی سوها، زهرا (تابستان ۱۳۹۶). آسیب شناسی مسئله تعدد زوجات در حقوق و رویه قضایی ایران. زن در فرهنگ و هنر، دوره ۹، شماره ۲.
- محمدحسن جمل، ابراهیم (بی تا). تعدد الزوجات فی الاسلام (جلد ۱). بیروت: دارالاعتصام.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). المقنعه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- منتصر اسدی، فاطمه (۱۳۸۴). مجموعه قوانین و مقررات خانواده. تهران: اداره چاپ و انتشار.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۰). استفتائات (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی احکام الحدود (جلد ۱). چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
- مهریزی، مهدی (۱۳۸۲). تعدد زوجات. دانشنامه جهان اسلام (جلد ۷)، چاپ اول، تهران: بنیاد دائرة المعارف اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۳۰ و ۴۱). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- Adam, Felman, (2018) "What is addiction, medicalnewstoday", [https:// www.medicalnewstoday.com/articles](https://www.medicalnewstoday.com/articles).
- Adlaf, E. J., Hamilton, H. A., and Noh, S. (2009) "Adolescent stigma towards drug addiction: effects of age and drug use behavior", *Addic. Behav.* Vol. 34, 360–364.
- Bang-Ping, J. (2009) "Sexual dysfunction in men who abuse illicit drugs: a preliminary report", *J Sex Med*, volume6, issue4, , Pages 1072-1080
- Baraona E, Abittan CS, Dohmen K, et al.(2001) "Gender differences in pharmacokinetics of alcohol", *Alcohol Clin Exp Res.* 25(4):502–7.
- Basson R, Berman J, Burnett A, et al, (2000), "Report of the international consensus development conference on female sexual dysfunction: definitions and classifications", *J Urol*, 163(3):888–93.
- Crippens D, White ML, George MA, et al, (1999), "Gender differences in blood levels, but not brain levels, of ethanol in rats", *Alcohol Clin Exp Res.* 23(3):414–20.
- Smith, David E, Smith, Nyle, Buxton, Millicent E, & Moser, Charles (2012), "PCP

- and Sexual Dysfunction”, Journal of Psychedelic Drugs, Vol. 12(3-4) Jul-Dec, 1980, Published online: 19 Jan 2012
- Ziche, Marina (2017), “Female Sexual Dysfunction in Alcohol and Drug Abuse”, springer, 22 Jan 2017, pp 135–144
- Kumsar, N.A, Kusmar, S., Dilbaz, N (2016), “Sexual dysfunction in men diagnosed as substance use disorder”, Andrologia, ,volume48, issue10, December 2016, Pages 1229-1235



10.30497/sj.2023.244779.1272

دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۳۸۵-۴۰۶

مشروعیت «مالیات بر خانه‌های لوکس» از منظر فقه امامیه

محمدجواد ولی‌زاده*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۱

سیدامراه حسینی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

قانون «مالیات بر خانه‌های لوکس» در سال ۱۳۹۹ در مجلس شورای اسلامی تصویب شد، اما بحث درباره مشروعیت آن در محافل علمی و اجرایی همچنان در جریان است. از آنجاکه این موضوع از مسائل مستحدثه و نوپیداست و به طبع نصی از کتاب و سنت و اقوال فقها در این باره وجود ندارد، اقناع مخاطبان (دارندگان خانه‌های لوکس) و درنهایت افکار عمومی از لحاظ مشروعیت و لزوم این قانون ضرورت دارد و تبیین مبانی فقهی این قانون بر قوت ضمانت اجرای آن می‌افزاید. این تحقیق که با هدف بررسی مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس صورت گرفته، از نوع تحلیلی-توصیفی و با روش گردآوری کتابخانه‌ای است. یافته‌ها حاکی از مشروعیت «مالیات بر خانه لوکس» بر اساس دلایل معتبر فقهی است. قواعد «لاضرر»، «حکم حکومتی»، «سیره عقلا» و «حکم عقل» از دلایل گفتنی در مشروعیت «مالیات بر خانه‌های لوکس» هستند.

واژگان کلیدی

مالیات؛ مالیات بر خانه‌های لوکس؛ قاعده لاضرر؛ حکم حکومتی.

* استادیار، دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). mj.valizadeh@sccr.ir

** استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران. s.a.hoseini@isr.ikiu.ac.ir

مقدمه

حسب قانون، مالیات شامل مالیات‌های مستقیم و غیرمستقیم است. پرداخت مالیات‌های مستقیم، متوجه کسی است که قرار مالیات بر او آمده است و مؤدّی راهی برای تحمیل آن به غیرخود ندارد. این مالیات به‌طور مستقیم بر درآمد و ثروت اشخاص (اعم از حقیقی یا حقوقی) تعیین شده است و انواع عوارض را هم دربرمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص. ۶۰۲). یکی از انواع مالیات‌های مستقیم، «مالیات بر خانه‌های لوکس» است که اخیراً مورد توجه محققان قرار گرفته است. این مالیات بر اساس ماده ۳ قانون مالیات‌های مستقیم قابل وصول است و برای نخستین‌بار در قانون مصوب اسفند سال ۱۳۶۶ به قانون مالیات‌های مستقیم افزوده شد، اما ارقام مربوط به دریافتی از محل این نوع مالیات از سال ۱۳۶۹، حاکی از عملکرد ضعیف آن از آغاز تاکنون بوده و به تدریج به بخش فراموش‌شده تبدیل شده است (زمانی، ۱۳۷۸، صص. ۵۴-۵۵). باوجوداین، نمایندگان مجلس در لایحه بودجه سال ۱۳۹۹، دولت و سازمان امور مالیاتی را مکلف به اخذ مالیات از خانه‌های لوکس بالای ۱۰ میلیارد تومان به تناسب قیمت ملک کرده‌اند. ازاین‌رو دولت باید هرچه سریع‌تر آیین‌نامه اخذ مالیات از خانه‌های لوکس را تدوین و اجرایی کند. در قانون بودجه سال جاری پایه مالیاتی جدیدی افزوده شده و آن اخذ مالیات از خانه‌های بالای ۱۰ میلیارد تومان است که به قانون مالیات بر خانه‌های لوکس مشهور شده است. بر اساس بند ۱ تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۹، هر واحد مسکونی با ارزش روز معادل ۱۰ میلیارد تومان و بیشتر به نرخ زیر مشمول مالیات می‌شود.

۱. نسبت به مازاد ۱۰ تا ۱۵ میلیارد تومان، یک در هزار، ۲. نسبت به مازاد ۱۵ تا ۲۵ میلیارد تومان، دو در هزار، ۳. نسبت به مازاد ۲۵ تا ۴۰ میلیارد تومان، سه در هزار، ۴. نسبت به مازاد ۴۰ تا ۶۰ میلیارد تومان، چهار در هزار، ۵. نسبت به مازاد ۶۰ میلیارد تومان به بالا، پنج در هزار.

بر اساس سرشماری سال ۱۳۹۵، در شهر تهران ۲۸۶۷۶۷۶ واحد مسکونی وجود دارد. برخی برآوردها نشان می‌دهد درآمد دولت از این پایه مالیاتی تا ۱۰۰۰ میلیارد تومان در سال ۱۳۹۹ می‌رسد که رقم نسبتاً زیادی است. این مالیات از نوع مالیات بر دارایی یا ثروت به شمار می‌رود.

آنچه از بعد فقهی اهمیت دارد و بررسی مسئله را ضرورت می‌بخشد، مشروعیت این نوع مالیات است که امروزه در محافل فقهی و اقتصادی مورد بحث و گفت‌وگو واقع شده است؛ زیرا طبق اصل ۴ قانون اساسی، قوانین باید منطبق بر موازین شرعی باشد و طبق اصل ۱۶۷ این قانون نیز در موارد سکوت قانون باید به نظر مشهور فقهی رجوع کرد. بی‌گمان تحقیق در این رابطه گام مؤثری در به سرانجام رسیدن این قانون خواهد بود تا هم قانون‌گذار و هم قوه مجریه و مجموعه عوامل اجرایی آن، به‌خصوص نهادهای مالیاتی با اطمینان خاطر و ضمانت اجرایی بهتری این حق را مطالبه کنند و از طرفی، انگیزه‌ها در مؤدیان مالیاتی برای دور زدن قانون یا مماشات نسبت به آن به حداقل برسد.

۱. پیشینه پژوهش

مالیات بر خانه‌های لوکس از نظر فقهی جزو «مسائل مستحدثه» است و در گذشته موضوعیت نداشته است. از این رو در منابع اسلامی اعم از کتاب و سنت بحثی در این باره صورت نگرفته است؛ البته از آنجاکه مالیات در لغت در معانی اجر، پاداش، زکات، جریمه، خراج، باج و از این قبیل به کار رفته است (فرهنگ، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۳۷۱)، گاه با وجوهات چهارگانه شرعی یعنی خمس، زکات، جزیه و خراج خلط شده است و به آن‌ها مالیات شرعی گفته می‌شود؛ اما بر اهل فن پوشیده نیست که مالیات به معنای مصطلح امروزی به‌رغم تشابهاتی که با پرداخت‌های شرعی دارد، از نظر ماهیت با آن تفاوت جوهری دارد و با این خصوصیت سبقه‌ای در تاریخ اسلام نداشته است تا از جانب شارع برای آن حکمی صادر شده باشد. در واقع، این نوع مالیات از امور جعلیه و وضعیه از جانب دولت‌ها و حاکمیت‌ها و از خصوصیات حاکمیت به معنای جدید آن است و درباره آن دلیل صریح در متون دینی وجود ندارد (ابراهیمی، ۱۳۷۷، ص. ۱۴۳). مثال‌هایی مانند جعل زکات بر اسب در زمان امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) نیز عنوان زکات داشته است و نه خراج و مالیات (طوسی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۲؛ حر عاملی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص. ۵۱).

در ادبیات پژوهش مربوط به موضوع مالیات بر خانه‌های لوکس، تحقیقی صورت نگرفته و این بر سختی کار در این زمینه افزوده است. جز معدود تألیفات در حوزه

مالیات در دوره معاصر هیچ تألیف و منبع معتبری در این باره در دست نیست مگر با عنوان مالیات شرعی درباره خمس، زکات، جزیه و خراج که همان‌طور که گفته شد، از نظر ماهیت و کارکرد تفاوت جوهری با مالیات به معنای مصطلح در عصر حاضر دارد. از این رو در تبیین مبنای شرعی و فقهی مسئله، بیشتر ناگزیر از رجوع به اصول و قواعد کلی فقه و تطبیق موضوع بر آن هستیم.

گفتنی است که وجود برخی تحقیقات در شاخه‌هایی از بحث مالیات از جمله مالیات برخانه‌های خالی کتمان‌ناپذیر است، اما آنچه واضح است، وجود تفاوت اساسی بین ماهیت و مبانی استنتاج و استدلال فقهی در مالیات بر خانه‌های لوکس و خانه‌های خالی است؛ به طوری که اثبات مشروعیت یا عدم مشروعیت مالیات بر خانه‌های خالی به هیچ وجه مکفی از بحث و بررسی مالیات بر خانه‌های لوکس نیست.

۲. مفاهیم

۲-۱. مالیات

واژه مالیات از کلمه مال گرفته شده و در لغت به معنای باج، خراج، ارتفاع، حاصل و محصول به کار رفته است (نفیسی، بی تا، ج ۵، ص. ۳۰۲۱؛ هومن، ۱۳۵۶، ج ۱، ص. ۱۶۷). اجر و پاداش، زکات مال و جریمه نیز برای آن گفته شده است (فرهنگ، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۳۷۱)، اما در اصطلاح، از آنجاکه از امور جعلیه و وضعیه از جانب دولت‌ها و حاکمیت‌هاست و درباره آن دلیل صریح در متون دینی وجود ندارد، تعریفی در لسان شارع برای آن یافت نمی‌شود و اگر هم در مواردی با عنوان مالیات از آن یاد می‌شود، متفاوت از آن چیزی است که امروز از مالیات و کارکردهای آن مدنظر است. برخی گفته‌اند مالیات اسلامی حقی معلوم است که قانون‌گذار اسلامی بر دارایی افراد واجب کرده است. این حق به صورت نقدی و غیرنقدی بنا به شروط معین و با تکیه بر دستورالمعمل‌های مالی دریافت می‌شود و هر فرد چه در حمایت دولت اسلامی یا خارج از این محدوده باشد، مکلف به پرداخت حقی است که بر ذمه دارد (عزیزی، ۱۳۹۰، ص. ۳۱۷). در حوزه حقوق نیز تعاریفی بیان شده که از پرکاربردترین آن‌ها این است «سهمی که به موجب اصل تعاون ملی و بر وفق مقررات، هریک از شهروندان موظف است از ثروت و درآمد

خود برای تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منافع اقتصادی یا سیاسی و اجتماعی کشور، به قدر و توانایی خود به دولت بدهد تا دولت در هر موردی که مصلحت بدانند، مصرف کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص. ۶۰۱).

در سابق مالیات عمدتاً برای فقرزدایی و تأمین هزینه‌های حاکمیت بود، اما در عصر جدید، کارکردهای متفاوتی یافته است. از جمله کارکردهای مالیات در عصر جدید، تثبیت نرخ تورم و رکود و جهت‌دهی مصرف به سمت برخی کالاهای خاص است. امروزه مالیات به‌عنوان ابزاری کارآمد در راستای اجرای سیاست‌های اقتصادی اعم از مالی و هدایت اقتصاد در مسیر اهداف کلان اقتصادی مانند تثبیت اقتصادی، ایجاد اشتغال، رشد اقتصادی و بهبود رفاه اجتماعی به شمار می‌آید (زرگوش‌نسب و همکاران، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۳). مالیات نقش مهمی در تنظیم فعالیت‌های اقتصادی و اجرای سیاست‌ها دارد و برای دولت که سیاست‌گذار و تنظیم‌کننده امور اقتصادی است، نقش ابزار قدرتمندی را ایفا می‌کند؛ ابزاری که می‌توان با تکیه بر آن، تصمیم‌های سرمایه‌گذاران یا مصرف‌کنندگان را تحت‌الشعاع قرار داد و هدایت کرد. دولت با افزایش مالیات در برخی بخش‌ها، آن‌ها را از رونق می‌اندازد یا با کاهش مالیات و قائل شدن انواع معافیت‌ها و تخفیف‌ها، بخش‌های دیگری را حسب مصالح جامعه رونق می‌بخشد (آزینی، ۱۳۷۴، صص. ۲۰۶ و ۲۰۷). امروزه با وضعیتی که وجوهات شرعی پیدا کرده، اخذ مالیات برای تأمین هزینه‌های دولت اسلامی ضرورت یافته است. برخی از موارد زکات عملاً از دایره کسب‌وکارهای اصلی و کلان خارج شده‌اند و گردش مالی چندانی در اقتصاد ندارند. شرط تعلق زکات به انعام ثلاثه این است که در طول سال از مراتع استفاده کنند درحالی‌که امروزه تقریباً تمام دام‌ها در طول سال از علوفه‌های فراهم‌آمده به وسیله صاحبان آن‌ها استفاده می‌کنند و به اصطلاح «معلوفه» هستند نه «سائمه» یا در زکات نقدین، مسکوک و رایج بودن شرط است که امروزه این شرط را از دست داده است (رضایی، ۱۳۸۲، صص. ۶۸، ۷۲-۷۰ و ۸۲-۸۱)؛ ضمن اینکه وجوهات شرعی در واقع به دست دولت اسلامی نمی‌رسد و مرجع اخذ و مصرف آن جای دیگری است (رضایی، ۱۳۸۲، ص. ۷۵).

۲-۲. کالای لوکس

در علم اقتصاد کالای لوکس، ممتاز یا تجملی به کالایی گفته می‌شود که با افزایش درآمدها تقاضا برای آن افزایش می‌یابد، اما بیش از تغییرات درآمد، رابطه میان تقاضا و درآمد از لحاظ جهت شیب مثبت است؛ یعنی با افزایش درآمد خانوارها که مصرف‌کننده کالاها و خدمات هستند، تقاضای کالاهای تجملی نیز بیشتر می‌شود (لیپسی و هاربری، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۵؛ مریدی و نوروزی، ۱۳۷۳، ص. ۵۹۴؛ فرهنگ، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۳۴۳؛ قره‌باغیان، ۱۳۷۶، ص. ۲۳۷)، در مقابل کالای ضروری که درصد تغییرات تقاضا برای آن کمتر از درصد تغییرات درآمد است. کالای لوکس ویژگی‌های خاص و منحصر به فردی نسبت به کالای غیرلوکس دارد. از این ویژگی‌ها می‌توان به تفاوت در قیمت، کیفیت، زیبایی، کمیاب بودن، خارق‌العاده و نمادین بودن آن اشاره کرد.

۳. مبانی فقهی مالیات بر خانه‌های لوکس

از آنجاکه مشروعیت مالیات به معنای عام با مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس ملازم نیست و با ارائه ادله فقهی بر مشروعیت مالیات به‌طور عام نمی‌توان مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس را به اثبات رساند، اثبات آن نیاز به ادله خاص خود دارد که در ادامه به بررسی و تبیین آن‌ها می‌پردازیم.

۳-۱. دلیل اول: قاعده «لاضرر»

یکی از دلایل مشروعیت وضع مالیات بر خانه‌های لوکس قاعده «لاضرر» است. عمده دلیل قاعده لاضرر هم حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار» است که در ضمن وقایع متعدد و به اسناد گوناگون از طریق اهل سنت و شیعه از رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) روایت شده (ابن رجب، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۲۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۹۲) و مورد قبول فقیهان قرار گرفته است و اشکال در سند آن را روا نمی‌دارند (خمينی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۹). طبق نظر مشهور، مفاد این حدیث نفی حکم ضرری است (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۱۶؛ نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۰۰، خویی، ۱۳۷۲، ج ۲، صص. ۳۶۶ و ۴۳۹)؛ یعنی هر حکم اولیه‌ای که مستلزم ضرر باشد، با قاعده لاضرر برداشته می‌شود. لاضرر یک حکم ثانویه است که حاکم بر احکام اولیه ضرری است

و به قول برخی محققان، نسبت به آن‌ها حق «وتو» دارد (مطهری، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۷)، اما این برای استدلال بر مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس کافی نیست؛ زیرا وضع مالیات اثبات حکم است نه نفی حکم. بنابراین، باید دید آیا قاعده لاضرر اثبات حکم هم می‌کند و بر احکام عدمی نیز حکومت دارد؛ یعنی اگر از نبودن حکمی در اسلام، ضرری بر کسی وارد شود، آیا لاضرر حکم به وجود آن می‌کند؟ مشهور فقها می‌گویند شأن قاعده لاضرر نفی حکم است از باب امتنان؛ اثبات حکم برخلاف امتنان بر عامل، زیان است و از این رو لاضرر جاری نمی‌شود هرچند به نفع زیان‌دیده باشد. مفاد لاضرر این نیست که هرگاه ضرری در خارج تحقق یافت، جبران آن واجب باشد، بلکه باید حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد که برخی مصادیق آن ضرری باشد تا به قاعده لاضرر مرتفع شود (رشتی، ۱۳۲۲، ص. ۲۱؛ نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۳۷، ص. ۴۰؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ص. ۳۶۳؛ خویی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۱۳۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۵؛ نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۳۸۳؛ نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۴۲۰). در مقابل، عده‌ای از فقیهان برای ضمان مالی به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص. ۵۱۳؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۳۰۲؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص. ۶۱۴؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۳۱۹؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، صص. ۲۷۰، ۲۸۱ و ۲۸۲). به این بیان که

۱. در این موارد، موجب زیان را عامل زیان فراهم ساخته است نه شرع مقدس، اما عدم حکم به لزوم جبران آن، موجب ادامه و استمرار زیان می‌شود و این با نفی ضرر در محیط قانون‌گذاری تنافی دارد.
۲. حکم به ضمان عامل زیان برخلاف امتنان بر او نیست؛ زیرا خود باعث مسئولیت خویش شده است. درحقیقت، بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی او موجب ورود زیان به غیر شده است و شخص بی‌مبالات باید پاسخ‌گوی رفتار خویش باشد.
۳. اگر شارع تنها به حرمت تکلیفی اکتفا کند و از نظر وضعی عامل زیان را مسئول نشناسد، عرفاً نقض اعلام پیشین مبنی بر نفی ضرر در حوزه تشریح است؛ زیرا فردی که اراده زیان رسانیدن به دیگران را دارد، همواره باید از عواقب اجتماعی رفتار خویش بیمناک باشد. برخورد پیغمبر اکرم با سمرة بن جندب که مورد حدیث

است نیز شاهی بر این حقیقت است که اکتفا به حرمت تکلیفی موجب قطع ریشه فساد نمی‌شود.

۴. آنچه با لاضرر نفی می‌شود، تنها مجعولات نیست، بلکه مطلق هر آنچه در شریعت بدان عمل می‌شود، چه وجودی باشد و چه عدمی را دربرمی‌گیرد. همان‌طور که حکمت شارع نفی احکام ضرری را واجب کرده، همان‌طور جعل احکامی را که از نبود آن ضرر لازم می‌آید نیز واجب کرده است. افزون‌براین، حکم عدمی خود مستلزم حکم وجودی است. برای مثال، عدم ضمان منافع از دست‌رفته مستلزم حرمت مطالبه آن است که این نیز ضرری است و نفی می‌شود. همچنین، از مورد روایت سمره استفاده می‌شود که پیغمبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله)، آن فرد انصاری را بر کندن نخل سمره مسلط کرد به این علت که ضرر را نفی کند؛ زیرا عدم تسلط او بر این کار ضرر بود؛ همچنان‌که تسلط سمره بر مالش و رفت‌وآمد در خانه انصاری بدون اذن او ضرر بود (انصاری، ۱۴۱۴ق، صص. ۱۲۰-۱۱۹).

۵. حکم تکلیفی به حرمت اضرار در بطن خویش، هم عذاب اخروی، هم عقوبت دنیوی به تعزیر و مانند آن و هم ضمان در موارد اتلاف را دربردارد و همه این‌ها سبب‌سازی برای جلوگیری از ایراد ضرر است. حدیث با بیان «لاضرر» بر نفی جعل حکم ضرری و با بیان «لاضرار» بر تحریم ضرر و تشریح مانعیت از وقوع آن در خارج و در بعضی موارد، رفع موضوع ضرر دلالت دارد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، صص. ۱۵۱-۱۵۰).

بنابراین، محدود ساختن قلمرو حدیث با هدفی که از بیان آن وجود داشته است، سازگار نیست. محیط تشریح و قانون‌گذاری به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد یا جامعه زیان باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسا زیان و خسران وارد سازد. حکومتی که نظام جامعه و ملتی را به دست دارد، هرگونه سوءجریان در روابط حقوق اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر اوست؛ خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد یا ناشی از وضع نکردن مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم باشد. افزون بر آنکه، امر عدمی را می‌توان به امر وجودی برگرداند؛ زیرا عدم ضمان عبارت اخرای براءت ذمه است و براءت ذمه امر وجودی است که بی‌تردید می‌تواند مشمول لاضرر قرار گیرد و با آن برداشته شود

(محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۱۶۷).

فقه اهل سنت نیز در این مسیر گام برداشته است. قاعده «الضرر لایزال» که در کتاب‌های معتبر فقهی اهل سنت مورد بحث قرار گرفته، به این معنی است که هر ضرری باید جبران شود (ابن نجیم، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴). ماده ۲۰ مجله الاحکام العدلیة که بر نفی ضرر تصریح کرده نیز از قاعده لاضرر گرفته شده است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص. ۲۴). بیشتر فقیهان اهل سنت مفهوم قاعده را نهی از اضرار (حکم تکلیفی) دانسته‌اند و جبران ضرر را نتیجه طبیعی آن می‌دانند (محمصانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۱۳). بنابراین، ملاک و معیار تنها نفی ضرر است. هرچه که عرفاً ضرر باشد باید جبران شود. ماهیت ضرر در اسلام نفی شده است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۹).

بنا بر این نظر، اگر ثابت شود خانه‌های لوکس برای جامعه مدنی ایجاد هزینه و ضرر می‌کند، دارندگان آن نسبت به جبران آن مسئولیت دارند. براین اساس، استفاده از سرمایه‌های مملکت - که همه به نوعی در آن سهم هستند و حق استفاده دارند - برای ساختن خانه‌های لوکس و در واقع، راکد نگه داشتن سرمایه‌های ملی، مصداق اضرار به غیر و افراد جامعه به شمار می‌رود که بر اساس قاعده لاضرر باید از آن اجتناب کرد و حق مردم را محترم شمرد. در واقع، اگر جلوگیری از ساخت خانه‌های لوکس ممکن و معقول نیست، دست‌کم دریافت مالیات از آن‌ها می‌تواند جبرانی برای ضرر وارد شده باشد و فقدان حکم مالیات بر خانه‌های لوکس سبب ورود ضرر به دیگران و جبران نشدن آن می‌شود. ممکن است مخالفان قانون مالیات بر خانه‌های لوکس نیز به این قاعده استناد کنند و وجود چنین قانونی را مخالف قاعده تسلیط یا سبب ورود ضرر به مالکان خانه‌های لوکس قلمداد کنند، اما در مقام پاسخ گفتنی است رعایت مصالح کل جامعه و به‌خصوص افراد نیازمند مسکن به‌عنوان نیاز ضروری، مقدم بر مصالح افراد دارای خانه‌های لوکس و تجملی است؛ به‌خصوص آنچه برای مالکان این خانه‌ها حاصل شده، بخش عمده آن از قبیل استفاده از سرمایه‌های مملکت و دستاورد آن است که به همگان تعلق دارد و انحصار و احتکار آن خلاف نظر سیاست‌گذار در این حوزه است. همچنین، مالکان خانه‌های لوکس با عمل مخاطره‌آمیز خود، در واقع، اقدام به زیان خود کرده‌اند و قاعده اقدام مانع از

اجرای لاضرر در جانب آن‌ها می‌شود.

۳-۲. دلیل دوم: حکم حکومتی

بنا بر نظر فقهای شیعه، حق ولایت بعد از ائمه و در زمان غیبت به فقهای جامع‌الشرایط داده می‌شود (خمینی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۰۰) که از آن به ولایت فقیه تعبیر می‌شود. نتیجه ثبوت ولایت این است که ولی با رعایت مصلحت مولی علیه یعنی افراد جامعه اسلامی می‌تواند در اموال آنان تصرف کند. شهید صدر در استدلال به آیه «اولی الامر» (نساء/۵۹) برای ولایت فقیه می‌گوید «در پرتو این نص، حدودمرز قلمرو ترخیص که گنجایش اختیارات والیان امر را داراست، هر عملی را که اولاً و بالذات از نظر شرع مباح است، دربرمی‌گیرد. پس هر فعالیت و عملی که نص شرعی بر حرمت یا وجوب و... آن دلالت نکند، بر ولی‌امر جایز است تا صفت ثانوی به آن بدهد» (صدر، ۱۴۰۳، صص. ۳۸۱ و ۶۸۹). حکم حکومتی در واقع، اختیاری است که اسلام به واسطه وحی به پیغمبر اکرم در اداره جامعه اسلامی اعطا کرده است. این اختیار از پیغمبر (صلی‌الله‌علیه و آله) به امام (علیه‌السلام) و از امام به حاکم شرعی مسلمانان منتقل می‌شود (مطهری، ۱۳۷۶، صص. ۹۱ و ۹۴). حکومت اسلامی در شرایط و نیازمندی‌های جدید می‌تواند با توجه به اصول و مبانی اساسی اسلامی یک سلسله مقررات وضع کند که در گذشته موضوعاً منتفی بوده است. اختیارات قوه حاکمه اسلامی شرط لازم حسن اجرای قوانین آسمانی و حسن تطبیق با مقتضیات زمان و حسن تنظیم برنامه‌های مخصوص هر دوره است (مطهری، ۱۳۷۷، ص. ۶۵). مسئله مالیات که از اول یک موضوع متغیر و از اختیارات حکومتی است، با زکات فرق دارد. حاکم شرعی می‌تواند در هر زمان برای هر چیز طبق مصلحتی که ایجاب می‌کند، مالیات وضع کند (مطهری، ۱۳۷۶، ص. ۶۳)؛ همان‌طور که در باب مجازات‌های شرعی، مجازات ثابت (حد) و متغیر (تعزیر) وجود دارد و تعیین مجازات متغیر با حاکم شرعی است، مالیات نیز به دو گونه ثابت و متغیر وجود دارد که متغیر آن بسته به نظر حکومت است (مطهری، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۷). به‌هرروی، دیدگاه‌های فقیهان معاصر حاکی از جواز گرفتن مالیات در دولت اسلامی و وجوب پرداخت آن توسط مؤدیان است. همچنین، با تصویب قانون «مالیات بر خانه‌های لوکس» در مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان، مشروعیت آن

اثبات می‌شود و التزام به آن واجب و لازم است.

۳-۳. دلیل سوم: سیره عقلا

درباره حجیت بنای عقلا در نظام حقوقی اسلام سه مبنا وجود دارد.

۱. طبق نظر مشهور فقها، سیره و بنای عقلا به شرط احراز عدم ردع از ناحیه شارع حجیت است و لازمه این موضوع این است که سیره در مرآی و منظر شارع واقع شده و مورد تأیید وی باشد. بر این مبنا، بنای عقلا کاشف از سنت معصوم است (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص. ۱۳۸؛ حائری یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۳۹؛ نایینی، ۱۳۷۳، ج ۳، ص. ۱۹۳).
۲. بنا بر نظر دیگر، در حجیت بنای عقلا کافی است ردع و منعی از سوی شارع به ما نرسیده باشد. همین به معنای موافقت شارع با سیره و بنای جاری است. در این مبنا نیز بازگشت حجیت بنای عقلا به سنت است و درهرحال بنای عقلا حجیت ذاتی ندارد، اما نظر شارع برحسب طبع اولی با تمام بناهای عقلا که ناشی از فطرت اجتماعی عقلایی است، همسوست. ازاین‌رو وجود بنای عقلا در زمان شارع و در مرآی و منظر شارع بودن، در حجیت شرط نیست و اصل بر موافقت شارع با تمام بناهای عقلاست مگر اینکه نظر مخالف شارع در آن خصوص اثبات و احراز شود (مازندرانی، بی‌تا، ص. ۳۹۹؛ اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۲، صص. ۲۳۳ و ۳۲۰؛ اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۳، صص. ۶ و ۱۲، مغنیه، بی‌تا، ص. ۲۲۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، صص. ۱۵۶-۱۵۵).
۳. گروهی دیگر از فقها، حجیت بنای عقلا را به حکم عقل ارجاع می‌دهند. مطابق این مبنا، علت حجیت بنای عقلا کاشفیت آن از حکم عقل است و بنای عقلا، طریقی برای رسیدن به حکم عقل است. ازاین‌رو وقتی عقلای عالم با عقل خود روایی یا ناروایی عملی را درک کردند، قهراً شارع نیز که خود رئیس عقلاست، همان حکم را خواهد داشت. بر این مبنا نیز بنای عقلا خود موضوعیت ندارد، اما اساس و مستند اعتبار آن سنت نیست، بلکه حکم بدیهی عقل - به‌عنوان یکی از منابع احکام - است (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص. ۱۷۱؛ آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص. ۵۳؛ بروجردی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص. ۴۱۷).

بنا بر نظر اول، معاصرت بنای عقلا با معصوم (علیه‌السلام) شرط است و از این رو در مسائل مستحدثه نمی‌توان به بنای عقلا استناد کرد، اما بر مبنای دوم با توجه به اینکه شارع حیثیت عاقلیت نیز دارد و رئیس عقلاست، روش او با سیره عقلا یکی است و نمی‌تواند مصالح و مفسد عقلایی را نادیده بگیرد و برخلاف آن حکم کند. در نتیجه، نیازی به هم‌زمانی سیره عقلا با زمان شارع نیست و در مسائل مستحدثه نیز می‌توان به سیره عقلا استناد کرد؛ همچنانکه حسب مبنای سوم، فرقی بین بنای مستحدثه و متصل به زمان معصوم (علیه‌السلام) نیست (حسین‌نژاد، ۱۳۹۶، صص. ۵۱-۵۰).

از آنجاکه مالیات بر خانه‌های لوکس از مسائل مستحدثه است، برای مشروعیت آن بر مبنای اول نمی‌توان به بنای عقلا استناد کرد، اما مطابق مبنای دوم با نظر به نبود دلیل خاص شرعی در منع از چنین سیره‌ای و طبق مبنای سوم از حیث معاضدت سیره عقلا توسط دلایل عقلی بیان‌شده، می‌توان برای مشروعیت این نوع مالیات به سیره و بنای عقلا استناد کرد، اما آیا چنین اتفاق‌نظری بین عقلا ثابت است؟ پاسخ کارشناسان اقتصادی به این پرسش مثبت است. تقریباً تمام کارشناسان مطلع نسبت به مسائل اقتصادی و مالیاتی معتقدند که باید بر ثروت‌هایی که نامولد هستند و تأثیری در رونق اقتصادی ندارند، مالیات وضع شود. مالیات بر بازرگانی، سوداگری، دلالتی و ثروت از جمله پایه‌های جدی مالیاتی در کشورهای پیشرفته شمرده می‌شوند. در این کشورها مالیات بر ثروت از رقم‌های مشخصی از درآمد بالا به صورت تصاعدی اخذ می‌شود و در مقابل، مالیات بر تولید در اغلب موارد در کشورهای پیشرفته به‌عنوان ابزار کنترلی مورد استفاده قرار می‌گیرد و معافیت‌های زیادی در صورت رعایت شرایط خاص شامل آن می‌شود (سمیعی، ۱۳۹۵، ص. ۶). از سویی مالیات بر ثروت و مصادیقی مانند خانه لوکس به‌عنوان یکی از مبناهای مهم اخذ مالیات در ساختار مالیاتی کشورها دارای جایگاه ویژه‌ای است. بررسی وضعیت مالیات بر ثروت در دیگر کشورهای پیشرو در مالیات نشان می‌دهد که در بیشتر کشورهای جهان سهم مالیات بر ثروت در کل درآمد مالیاتی در حال افزایش است (زمانی، ۱۳۷۸، صص. ۳۹ و ۴۸).

در این راستا، نرخ پیش‌بینی‌شده برای مالیات بر خانه لوکس در ایران بسیار پایین و در دیگر کشورها نرخ بالاتری برقرار است، اما به‌هرحال، شروعی برای استفاده درست از مالیاتی است که هدفش تنظیم‌گری، افزایش عدالت اجتماعی و کاهش وابستگی به

نفت است (بی‌نا، ۱۳۹۸). مالیات بر خانه لوکس، مالیات متعارفی در عمده کشورها شمرده و به صورت سالانه دریافت می‌شود (بی‌نا، ۱۳۹۸). بیشتر کشورهای توسعه‌یافته دنیا در حال ارتقای نظام مالیاتی خود هستند، اما در کشور ما بنا به دلایل مختلفی این ابزار تأثیرگذار در راستای کاهش اختلاف طبقاتی و رفاه شهروندان، ناکارآمد شده است (صالح‌راد، ۱۳۹۴، ص. ۶).

۴-۳. دلیل چهارم: حکم عقل

در تعریف دلیل عقلی گفته‌اند دلیل عقلی، دلیلی است که از مقدمات عقلی ترکیب شده و به تبع آن، نتیجه نیز عقلی است (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۸۹). «عقل» در مقابل «نقل»، از منابع شناخت و معارف بشری است (ولایی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۲۲۳). فقهای اسلام عقل را جزو منابع و مدارک احکام شمرده‌اند و میان عقل و شرع رابطه ناگسستنی به نام «قاعده ملازمه» قائل‌اند. عقل در فقه اسلامی هم می‌تواند قانون شرع را کشف کند، محدود کند یا تعمیم بدهد و هم می‌تواند در استنباط از دیگر منابع و مدارک مددکار خوبی باشد. حق دخالت عقل از آنجا پیدا شده است که مقررات اسلامی با واقعیت زندگی سروکار دارد. اسلام برای تعلیمات خود رمزهای مجهول حل‌نشدنی آسمانی قائل نشده است. احکام اسلامی با مصالح و مفاسد واقعی رابطه علی و معلولی دارد و از این نظر درجه‌بندی می‌شوند. این جنبه سبب شده است که باب مخصوصی در فقه اسلامی به نام باب «تزامم» یا «اهم و مهم» باز شود و کار فقها و کارشناسان اسلامی را در موارد برخورد و اجتماع مصالح و مفاسد گوناگون آسان کند. اسلام خود اجازه داده است که علمای امت به کمک عقل درجه اهمیت مصلحت‌ها را بسنجند و مصالح مهم‌تر را ترجیح دهند و خود را از بن‌بست خارج کنند؛ البته منظور، حکم یقین‌آور عقل است که به همراه علم حاصل می‌شود نه عقل مستقل از علم (مطهری، ۱۳۷۷، صص. ۵۹-۵۸ و ۶۴-۶۳) و نه عقل هرکس و هرجا. حکم عقل مانند دیگر مسائل باید با روش علمی به دست آید. تشخیص موضوعات با کارشناسان است و به مجتهد مربوط نمی‌شود (مطهری، ۱۳۷۶، ص. ۶۷). وقتی عقل به کمک علم به مفاسد ای لازم‌الاحتراز مثل ضرر دست یافت، حکم به حرمت عمل در آن باره می‌کند (مطهری، ۱۳۸۸، ص.

۵۲) ولو اساساً در قرآن، سنت و کلمات علما یک کلمه هم در این باره نیامده باشد (مطهری، ۱۳۷۷، ص. ۳۰). براین اساس می‌توان برای اثبات مشروعیت «مالیات بر خانه‌های لوکس» به دلیل «عقل» استناد کرد. بخشی از دلایل عقلی مثبت لزوم مالیات بر خانه‌های لوکس موارد زیر است.

۳-۴-۱. رفع آشفتگی بازارهای مالی و سوداگری بازار مسکن

در اغلب اقتصادهای دنیا افزون‌بر اینکه تحصیل ثروت از محل مشروع تشویق می‌شود، ثروت به‌واسطه ابزارهای مالیاتی درست به بخش تولید هدایت می‌شود؛ زیرا انباشت ثروت رهاشده در یک دهک درآمدی آسیب‌های جدی برای اقتصاد و بازارها پدید می‌آورد (غلامحسینی، ۱۳۹۹، ص. ۴). این قشر به‌راحتی و بدون هیچ محدودیت و هزینه‌ای، ثروت‌های خود را چند برابر می‌کنند بدون اینکه سودی به کشور برسانند. در واقع، این افراد با تشخیص بازارهای کم‌ریسک و پرسود برای خود و البته مضر برای اقتصاد کشور، شروع به سرمایه‌گذاری و در مدت کوتاهی ثروت خود را چند برابر می‌کنند. علاوه بر بازار طلا و ارز باید بازار پرتلاطم مسکن و سپرده‌گذاری در بانک را نیز افزود؛ بازارهایی که تقریباً بدون نظارت و با معافیت از بسیاری از قوانین به‌ویژه مالیات، بسیار سودده هستند. در مقابل، اما بخش‌های مولد اقتصادی و افرادی که سرمایه‌های خود را به‌جای انباشتن برای خود، برای به حرکت درآوردن چرخ‌های صنعت و اقتصاد کشور هزینه می‌کنند تا افزون‌بر خودشان، کشور نیز از آن سرمایه بهره‌مند شود، باید از هزاران مانع از جمله مالیات عبور کنند. مالیات یکی از مهم‌ترین ابزارهایی است که جهت‌گیری اقتصادی در هر کشوری را تعیین می‌کند. با این ابزار حاکمیت بازارهای کم‌سود و پرسود را تعیین و نقدینگی و سرمایه موجود در جامعه را هدایت می‌کند؛ البته به شرطی که جامع و با کمترین خطا باشد (بی‌نا، ۱۳۹۹، ص. ۳). از سویی به دلیل نبود سازوکارهای لازم، بسیاری از بنگاه‌های اقتصادی، صندوق‌های بازنشستگی و بانک‌ها در حوزه مسکن سرمایه‌گذاری غیرمولد و فعالیت سفته‌بازی دارند؛ موضوعی که موجب شده است تقاضای سرمایه‌ای مسکن در ایران افزایش یابد. نتیجه افزایش بی‌رویه قیمت مسکن، حاشیه‌نشینی و فشار مالی سنگین به طبقات مختلف اجتماعی است.

اخذ مالیات از املاک لوکس شروعی برای استفاده درست از مالیات به‌عنوان ابزار تنظیم‌گر بازار ساخت‌وساز کشور و یکی از راهکارهای موجود برای مقابله با سفته‌بازی و نگاه سرمایه‌ای در بازار مسکن، اخذ مالیات از خانه‌های خالی و لوکس است؛ زیرا افزون‌بر ساخت خانه خالی، همواره یکی از اقدامات سوداگران بازار مسکن ساخت خانه‌های لوکس است؛ زیرا این خانه‌ها ارزش افزوده مضاعفی نسبت به خانه‌های معمولی دارند و حتی بیشتر از چندین خانه معمولی با همان مقدار هزینه، دارای ارزش افزوده هستند. بنابراین، ظرفیت بالقوه بالایی برای سوداگری در بازار مسکن دارند. گفتنی است عده‌ای بر این باورند که مشکل اقتصاد ایران تنها با تقویت تولید حل‌وفصل می‌شود، اما حقیقت این است که تولید مقوله‌ای کمی است و اگر هم رشدی در این بعد اتفاق بیفتد، امکان دارد به دلیل توزیع ناعادلانه سود و ارزش افزایش تولید بین عوامل تولید، سود اصلی تولید را اشخاصی ببرند که سهام‌دار اصلی تولید هستند و این سود را به‌جای هزینه‌کرد در تقویت تولید، از کشور خارج کنند یا در امور دلالتی و سفته‌بازی به کار ببرند. از این‌رو در کنار تقویت تولید به سامان‌دهی اموری مانند قوانین و مقررات مرتبط با تولید و توزیع ثروت و اصلاح سیاست‌های پولی و مالی، تجاری و تولیدی نیاز است (غلامحسینی، ۱۳۹۹، ص ۴).

۳-۴-۲. کمک به سیاست‌های مالی دولت

یکی از اولویت‌های اصلی بودجه، پوشش کسری از محل مناسب است. دولت برای جبران کسری می‌تواند چند روش اختیار کند. ۱. افزایش درآمدهای مالیاتی (از محل حذف تخفیف‌ها یا معافیت‌های مالیاتی، تعریف پایه‌های مالیاتی جدید مانند دریافت مالیات از فعالیت‌های سفته‌بازی، عایدی سرمایه، سود بانکی و...)، ۲. کاهش هزینه‌ها، ۳. فروش یا استفاده بهینه از اموال و دارایی‌های دولتی و ۴. استقراض (بی‌نا، ۱۳۹۸).

در شرایط کنونی یکی از کم‌هزینه‌ترین مسیرها برای جبران کسری بودجه دولت، مسیر درآمدهای مالیاتی از عایدی سرمایه است. وضع مالیات بر بخش‌های خاصی مانند مالیات ثروت، مالیات بر عایدی سرمایه، مالیات از تراکنش، سود و... نه تنها اثر منفی روی رشد ندارد، بلکه اثر مثبت هم به دنبال خواهد داشت. در اینجا

هدف، دریافت مالیات بر ثروت انباشته شده و بدون استفاده است که هم اختلاف طبقاتی را کاهش می‌دهد و هم سرمایه‌ها را به سمت محل‌های مولد هدایت می‌کند. گفتنی است حتی اگر کسی فقط یک خانه از نوع لوکس و برای اقامتش داشته باشد، به آن سرمایه صدق می‌کند؛ زیرا همان‌طور که ساخت خانه‌های لوکس ارزش افزوده و سودآوری بیشتر و مضاعفی نسبت به خانه‌های معمولی دارد، نگهداری آن نیز ارزش این خانه‌ها خیلی سریع‌تر و با نسبت بیشتر از خانه‌های معمولی، افزایش و تورم را درک و جذب می‌کنند. بنابراین، اخذ مالیات‌هایی از قبیل مالیات بر خانه‌های لوکس می‌تواند یکی از منابع درآمدی عمده برای دولت در شرایط کنونی باشد. با اخذ چنین مالیات‌هایی، اولاً، درآمدهای مالیاتی حفظ می‌شود. ثانیاً، پیامد منفی ندارد؛ زیرا هم سبب کاستن فشار مالیاتی از تولید و طبقات پایین جامعه می‌شود و هم مالیات‌ها را به سمت بخش‌های غیرمولد و طبقات مرفه به‌ویژه دهک دهم هدایت می‌کند.

۳-۴-۳. گامی در برقراری بهتر عدالت اجتماعی

یکی از مهم‌ترین اهداف دریافت مالیات، اجرای عدالت اجتماعی، کاهش ضریب جینی و نیز تأمین مالی اقشار آسیب‌پذیر است. دولت می‌تواند از درآمد حاصل از مالیات خانه‌های لوکس در راستای تأمین مسکن اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر جامعه استفاده کند. این چرخه یعنی درآمدزایی دولت از طریق قشر متمکن و هزینه آن به سود افرادی که جزو دهک‌های پایین درآمدی هستند، به برقراری عدالت اجتماعی کمک می‌کند (صالح‌راد، ۱۳۹۴، ص. ۶). جالب اینکه، اعضای کمیسیون تلفیق مجلس شورای اسلامی در طرح خود چگونگی هزینه‌کرد درآمدهای این طرح را در راستای عنصر عدالت اجتماعی تعریف کرده‌اند. طبق یکی از بندهای الحاقی به این طرح، مبلغ هزار میلیارد تومان از محل درآمد خانه‌ها و ماشین‌های لوکس برای محرومیت‌زدایی و سازندگی از قبیل آب شرب، جاده‌های روستایی، سامان‌دهی حاشیه‌نشینی و پیشرفت و آبادانی مناطق محروم به ردیف بسیج سازندگی اختصاص می‌یابد. از سویی اخذ مالیات واحدهای مسکونی لوکس در طولانی‌مدت با جلوگیری

از ساخت واحدهای مسکونی پرهزینه و مجلل، به توزیع عادلانه و تمرکززدایی از ثروت منجر می‌شود. درحقیقت، اخذ این مالیات، سازندگان واحدهای مسکونی را به سمت ساخت خانه‌های معمولی جامعه می‌برد و منجر به تسهیل شرایط صاحب‌خانه شدن برای اقشار کم‌درآمد جامعه می‌شود.

بحث و نتیجه‌گیری

در این پژوهش پنج دلیل عمده بر مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس ارائه شد. دلیل نخست قاعده لاضرر است. استناد به قاعده لاضرر برای وضع مالیات بر خانه‌های لوکس متوقف بر قبول نقش اثباتی برای این قاعده است؛ یعنی لاضرر همان‌طور که حکم ضرری موجود را نفی می‌کند، حکمی را که نبود آن مستلزم ضرر است، اثبات می‌کند از جمله قانون مالیات بر خانه‌های لوکس که نبود آن مستلزم ضرر و اضرار به دیگران است. پس وجود آن مشروعیت می‌یابد.

دلیل دوم حکم حاکم شرعی است که جزو اختیارات حکومتی است و بر اساس آن، حاکم می‌تواند در هر زمان بنا بر مصلحتی، برای هر چیز مالیات وضع کند از جمله مالیات بر خانه‌های لوکس که نوعی قانون متغیر و وابسته به اختیار حاکم است مانند تعزیر که مجازات متغیر است در مقابل مالیات‌های ثابت از قبیل خمس و زکات که نصاب آن در شرع تعیین شده است.

دلیل سوم بنای عقلاست. بنا بر نظری که احراز عدم ردع شارع نسبت به آن و در نتیجه معاصرت با زمان معصوم را لازم نمی‌داند، می‌تواند مبنای مشروعیت مالیات بر خانه‌های لوکس واقع شود؛ زیرا امروزه بنا و سیره کارشناسان اقتصادی در کشورهای پیشرفته همین است که بر کالاهای لوکس از جمله خانه‌های لوکس مالیات می‌بندند. به نظر ما شارع و قانون‌گذار اسلام به‌عنوان خالق عقلا و اعقل عقلا و رئیس عقلا باید با این سیره هماهنگ باشد.

دلیل چهارم حکم عقل است. عقل به‌عنوان یکی از منابع قانون‌گذاری در نظام حقوقی اسلام پذیرفته شده است و از این رهگذر می‌تواند قانونی را کشف و تفسیر کند. این موضوع از راه شناخت ملاک تصویب قوانین صورت می‌گیرد که آن نیز به کمک علم و با روش علمی و به‌صورت یقینی برای عقل میسور است؛ یعنی هر جا که

عقل مصلحت یا مفسده‌ای را به صورت یقینی با روش علمی کشف کند، قانون متناسب با آن را جعل می‌کند و طبق قاعده ملازمه، شارع نیز بدان حکم می‌کند. مصالحی که برای قانون مالیات بر خانه‌های لوکس و مفاسدی که از نبود این قانون متصور است، امروزه ثابت شده است و می‌توان گفت عقل بدان حکم می‌کند. این همه آن چیزی نیست که در این باب می‌توان گفت. این مسئله بحث عمیق‌تری می‌طلبد که در این وجیزه مجال آن نیست و به همین مقدار بسنده شد تا فتح باب و زمینه‌ای برای پژوهش‌های دیگر باشد.

بی‌تردید مالیات بر خانه‌های لوکس گام مهم و مؤثری در سامان‌دهی وضع اقتصادی کشور است، اما کافی نیست و باید به سیاست‌های کلان دیگر از قبیل اصلاح مدیریت اقتصادی، ترمیم سبک زندگی و الگوهای فرهنگی و تصحیح نگرش‌ها از طریق خانواده، مدرسه و رسانه‌ها روی آورد.

کتابنامه

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۱). *کفایة‌الاصول*. چاپ ۷، قم: دفتر نشر اسلامی.
- آزینی، محسن (۱۳۷۴). *امام و اقتصاد اسلامی*. تهران: کیهان.
- آشتیانی، محمدحسن (۱۴۰۳ق). *بحرالفوائد فی شرح الفرائد*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- ابراهیمی، محمدحسین (۱۳۷۷). *مجموعه مقالات کنگره شهید آیت‌الله مصطفی خمینی (ره)*. بی‌جا.
- ابن رجب حنبلی، عبدالرحمان بن احمد (۱۴۰۷). *جامع‌العلوم والحکم*. بیروت: دارالجلیل.
- ابن نجیم، زین‌الدین ابراهیم (۱۴۰۵ق). *الاشباه والنظائر*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- اصفهان‌ی، فتح‌الله (بی‌تا). *قاعده لاضرر*. قم: دفتر نشر اسلامی.
- اصفهان‌ی، محمدحسین (۱۳۷۴). *نهایة‌الدرایة فی شرح‌الکفایة*. قم: انتشارات سیدالشهدا.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق). *المکاسب*. قم: مطبوعات دینی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق). *رسائل فقهیه*. چاپ اول، قم: کنگره.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *المکاسب*. قم: کنگره.
- انصاری، مسعود (۱۳۸۴). *دانشنامه حقوق خصوصی*. تهران: محراب فکر.
- باقرزاده مشک‌ی‌باف، محمدتقی (۱۳۸۴). *عناصر تعیین‌کننده در حل مسائل مستحدثه*. مجله فقه، شماره ۴۳، ۱۰۶-۴۹.

- بروجردی، سیدحسین (۱۴۱۵ق). *نهایة‌الاصول*. قم: نشر تفکر.
- بی‌نا (۱۳۹۸/۱۱/۱۲). *جزئیات بیشتر از مالیات بر خانه‌ها و خودروهای لوکس*. *اقتصاد آنلاین*، کد خبر: ۴۱۳۸۸۹.
- بی‌نا (۱۳۹۸/۱۰/۲۵). *خانه لاکچری در تور مالیاتی*. *دنیای اقتصاد*، کد خبر: ۳۶۱۶۲۱۵.
- بی‌نا (۱۳۹۸/۷/۲۷). *مالیاتی که می‌تواند بازار ساخت‌وساز را تنظیم کند*. *خبرگزاری مهر*، کد خبر: ۴۸۵۳۰۰۴.
- بی‌نا (۱۳۹۸/۱۰/۳۰). *مالیات بر دارایی*. *ویکی‌پدیا*.
- بی‌نا (۱۳۹۹/۲/۷). *نوبت مالیات از ثروت*. *روزنامه وطن امروز*، شماره ۲۹۱۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). *ترمینولوژی حقوق*. ویرایش چهارم، تهران: گنج دانش.
- حائری یزدی، عبدالکریم (بی‌تا). *دررالفوائد*. قم: چاپخانه مهر.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۷۶). *وسائل‌الشیعه*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- حسین‌نژاد، مجتبی (۱۳۹۶). *تحلیل حجیت بنای عقلا با رویکردی در مسائل مستحدثه*. *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۳، شماره ۴۸، ۶۲-۳۷.
- حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ق). *قاعدہ لاضرر و لاضرار*. چاپ اول، بیروت: دارالمورخ العربی.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۲). *تهذیب‌الاصول*. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۷). *تهذیب‌الاصول* (جعفر سبحانی، تقریر). چاپ ۲، قم: دارالفکر.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۵). *الرسائل مع تدریجات لمجتبی الطهرانی*. چاپ اول، قم: اسماعیلیان.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۰۹ق). *ولایت فقیه*. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۲). *مصباح‌الفقاهه*. چاپ اول، قم: انصاریان.
- دادگر، یدالله؛ و رحمانی، تیمور (۱۳۸۱). *مبانی و اصول علم اقتصاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- دریندی، سیدعلیرضا (۱۳۹۴/۱۰/۳۰). *بررسی میزان تأثیر مدگرایی در خرید برند کالاهای لوکس توسط مصرف‌کنندگان؛ مطالعه موردی: برند کالاهای زارا*. *ششمین کنفرانس بین‌المللی اقتصاد مدیریت و علوم مهندسی*، مرکز بین‌المللی ارتباطات دانشگاهی.
- راد، علی (۱۳۹۴/۶/۵). *ضرورت اخذ مالیات از خانه‌های لوکس*. *روزنامه آفتاب یزد*، کد خبر: ۱۲۱۴۸.
- رشتی، میرزاحسین‌الله (۱۳۲۲). *الغصب*. تهران (چاپ سنگی).

- رضایی، مجید (۱۳۸۲). مالیات‌های حکومتی؛ مشروعیت یا عدم مشروعیت؟. مجله نامه مفید، شماره ۳۵، ۸۴-۳۶.
- زرگوش‌نسب، عبدالجبار و همکاران (۱۳۹۳). بررسی مبانی فقهی مالیات‌های غیرثابت. مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۸، ۹۳-۱۱۶.
- زمانی، احمد (۱۳۷۸). بررسی سیستم مالیات بر ثروت در ایران و برآورد ظرفیت مالیاتی برخی از اجزای آن. فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۱۱، ۳۹-۶۶.
- سمیعی، علی‌اکبر (۱۳۹۵/۱۰/۱۶). بایدها و نبایدهای مالیات بر ثروت. روزنامه آفتاب یزد، کد خبر: ۶۰۹۶۲.
- شریعت اصفهانی، فتح‌الله (۱۴۰۱ق). قاعده لاضرر. چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامی. صدر، سیدمحمدباقر (ق ۱۴۰۳). الفتاوی الواضحه. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات. طباطبایی، سیدعلی (۱۴۲۲ق). ریاض المسائل. چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامی. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی. قم: مکتبه‌الداوری. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۲ق). الاستبصار. بیروت: دارالتعارف.
- عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۱۷ق). نه‌ایة الافکار. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عزیزی، سعید (۱۳۹۰). بررسی ارتباط بین مالیات اسلامی و مالیات جدید. مجموعه مقالات سومین همایش مالیات‌های اسلامی، قم: دانشگاه مفید.
- علیان‌نژادی، ابوالقاسم (بی‌تا). استفتای پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. قم: مؤسسه امام علی بن ابی‌طالب.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲). موجبات ضمان. تهران: نشر میزان.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق). حاشیة‌المکاسب. چاپ اول، بیروت: دارالمصطفی للاحیاء التراث.
- غلامحسینی، هادی (۱۳۹۹/۷/۲۲). با مالیات از ثروت باید ریشه فقر را خشکاند. روزنامه جوان.
- فاضل تونی، عبدالله (۱۴۱۵ق). الوافیه فی اصول الفقه. قم: مجمع‌الفکرالاسلامی.
- فرهنگ، منوچهر (۱۳۷۱). فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی. تهران: البرز.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۸). مبانی مسئولیت مدنی. تهران: دادگستر.
- قره‌باغیان، مرتضی (۱۳۷۶). فرهنگ اقتصاد و بازرگانی. تهران: رسا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

- کاشف‌الغطا، محمدحسین (۱۳۵۹). *تحریرالمجله*. چاپ اول، نجف‌الاشرف: المطبعة الحیدریة.
- کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- لیپسی، ریچاردجی؛ و هاربری، کالین (۱۳۸۷). *اصول علم اقتصاد* (ارشاد فکری، مترجم). مشهد: نیکا.
- مازندرانی، ملامحمدشریف (بی‌تا). *ضوابط‌الاصول*. بی‌جا.
- محمدبیگی، سعید (۱۳۹۹). ابعاد اقتصادی و اجتماعی واردات کالاهای لوکس به ایران. *مجله معرفت*، شماره ۵، ۲۱-۵.
- محمصانی، صبحی (۱۳۹۲). *النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الاسلامیة*. چاپ دوم، بیروت: دارالعلم.
- مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیة*. چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامی.
- مریدی، سیاوش؛ و نوروزی، علیرضا (۱۳۷۳). *فرهنگ اقتصاد*. تهران: نگاه.
- مشکینی، علی (۱۳۷۱). *اصطلاحات‌الاصول*. قم: نشر الهادی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۶). *اسلام و مقتضیات زمان* (جلد ۲). چاپ ۸، تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۷). *ختم نبوت*. چاپ ۱۱، تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۸). *کلیات علوم اسلامی* (جلد ۳). چاپ ۳۲، تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). *یادداشت‌های استاد مطهری* (جلد ۱۰). چاپ ۲، تهران: صدرا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- مغنیه، محمدجواد (بی‌تا). *علم اصول الفقه فی ثبوت‌الجديدة*. بی‌جا.
- محقق اردبیلی، احمدبن‌محمد (۱۴۱۲ق). *مجمع‌الفائده والبرهان*. چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۰). *قواعد فقه، بخش مدنی* (جلد ۱). چاپ ۸، تهران: سمت، مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). *القواعد الفقہیة*. قم: دارالعلم.
- موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۸۰). *منتهی‌الاصول*. تهران: مؤسسه عروج.
- نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳). *منیة‌الطالب*. تهران: المکتبة‌المحمدیه.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *منیة‌الطالب*. قم: دفتر نشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۱۵). *جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام*. چاپ ۷، بیروت: داراحیاء‌التراث‌العربی.

نراقی، مولا احمد (۱۴۱۷). *عوائدالایام*. قم: دفتر نشر اسلامی.
نراقی، محمد (۱۴۲۲ق). *مشارق الاحکام*. چاپ ۲، قم: کنگره بزرگداشت مولا مهدی نراقی.
نفیسی، علی اکبر (بی تا). *فرهنگ نفیسی*. تهران: رنگین.
وحید بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۷ق). *حاشیه مجمع‌الفائده والبرهان*. چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی.
ولایی، عیسی (۱۳۸۷). *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*. تهران: نشر نی.
هومن، محمد (۱۳۵۶). *فرهنگ لغت و اصطلاحات اقتصاد اسلامی*. تهران: سازمان برنامه و بودجه.

https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Luxury_good&oldid=461360537#Economics

داوری جمعی و شورایی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۶

نوع مقاله: پژوهشی

حسین هوشمند فیروزآبادی*

محمدجواد قاسمی زادگان**

احمد احسانی فر***

چکیده

در فقه اسلامی داوری با همان ماهیت قضاوت شناخته می‌شود و فقها در مقام تفکیک مقامی که اصدار حکم می‌کند، قاضی تحکیم را (که همان داور است) در کنار قاضی منصوب نشانده‌اند. در متون فقهی امکان قضاوت و داوری جمعی بعضاً در فروضی مانند صدور رأی در صورت اتفاق نظر چند قاضی و همچنین، تقسیم کار زمانی یا منطقه‌ای یا صلاحیتی میان قضات مورد پذیرش قرار گرفته است، اما با امعان نظر بر تفاوت قضاوت جمعی از قضاوت شورایی، آنچه اهمیت دارد پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان برای قضاوت و داوری شورایی با حفظ استقلال هر قاضی و داور و با ملاک پذیرش نظر اکثریت، مبتنی بر مبانی فقهی نظام حقوقی اسلام مشروعیت قائل شد و در صورت اثبات مشروعیت، چه ادله‌ای آن را پشتیبانی می‌کند؟ در این نوشتار که به روش توصیفی-تحلیلی نگارش یافته، احتمال عدم ردع قضاوت شورایی (با ملاک نظر اکثریت) توسط شارع و بلکه تقریر شرعی آن به دلایلی تقویت شده است. اولاً، عمومیت ادله روایی که از طریق ترک استفعال در پاسخ امام (علیه‌السلام) نسبت به پرسش راوی به دست می‌آید. ثانیاً، به دلیل جایگاه مقاصدی که تعابیر روایی به صورت مؤکد مبنی بر پذیرش حکمی دارند که دقیق‌تر (اضبط)، مطمئن‌تر (اوتق)، عادلانه‌تر و عالمانه‌تر است. پس از اثبات مشروعیت قضاوت شورایی به دلیل اطلاق «حاکم» در روایات بر قاضی تحکیم (داور) و قاضی منصوب و ماهیت یکسان قضاوت و داوری و شأنیت واحدی که فقها برای هر حکم در مقام فصل خصومت (اعم از قضاوت و داوری) قائل شده‌اند، از راه تقییح مناط و وحدت، ملاک داوری شورایی نیز از لحاظ شرعی مانند قضاوت شورایی موجه قلمداد شده است.

واژگان کلیدی

قضاوت شورایی؛ داوری شورایی؛ قضاوت جمعی؛ داوری؛ قضاوت تحکیمی.

* استادیار، گروه حقوق و فقه اجتماعی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران (نویسنده مسئول).

hooshmand@rihu.ac.ir

** دانش‌آموخته سطح چهار تخصصی فقه و حقوق خصوصی و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه، قم، ایران.

javad.ghasemzadegan@yahoo.com

ehsanifarahmad@gmail.com

*** استادیار، پژوهشگاه فقه قضائیه، تهران، ایران.

مقدمه

در اصطلاح حقوقی، «داوری» عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص ثالثی که طرفین دعوا معمولاً آن‌ها را به تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را برمی‌گزینند. خصوصیت و قید آخر تعریف بیان می‌کند که قدرت داور برخلاف قاضی ناشی از قوای عمومی دستگاه قضایی نیست، بلکه نشئت گرفته از قرارداد خصوصی و توافق طرفین است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲، صص. ۱۹-۲۰).

از نظر اصطلاح فقهی و حقوقی، حکمیت همان داوری و قضاوت کردن است و تحکیم به معنی حکم کردن (معین، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۱۰۴۱) یا نصب و تعیین حکم آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۱).

شیخ طوسی معتقد است هرگاه طرفین اختلاف با توافق یکدیگر بپذیرند یک نفر از مردم میانشان حکم کند و آن فرد هم بپذیرد و انجام دهد، این کار جایز است و نظر مخالفی در آن وجود ندارد و حکم این فرد هم بر آن‌ها الزام‌آور است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص. ۲۴۱).

یکی از مسائل مهم درباره داوری بررسی امکان داوری بیش از یک داور و صدور حکم از سوی یک گروه (دو یا چند داور) است. از روش‌های مرسوم امروز داوری، داوری شورایی با نظر اکثریت است که در قوانین جاری ما نیز در مواردی به آن اشاره شده است. در نظام قانونی ایران، تعدد قضاوت و قضاوت شورایی با ملاک پذیرش نظر اکثریت در قوانین حقوقی و کیفری پیش‌بینی شده است. ماده ۳۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب سال ۱۳۹۲) می‌گوید «در دادگاه کیفری یک و نیز در تمام مواردی که رسیدگی مرجع قضایی با قضاوت متعدد پیش‌بینی شده باشد، رأی اکثریت تمام اعضا ملاک است. نظر اقلیت باید به‌طور مستدل در پرونده درج شود. اگر نظر اکثریت به شرح فوق حاصل نشود، یک عضو مستشار دیگر توسط مقام ارجاع اضافه می‌شود». همچنین، ماده ۲۷ قانون اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب سال ۱۳۹۴)، ناظر به اصلاح ماده ۴۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری چنین منظور می‌دارد: «اعضای دادگاه پس از اعلام ختم رسیدگی با استعانت از خداوند متعال، تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده، مشاوره می‌نمایند و در همان جلسه و در صورت عدم

امکان، در اولین فرصت و حداکثر ظرف مدت یک هفته، مبادرت به صدور رأی می کنند. در صورتی که بین اعضای دادگاه اتفاق نظر حاصل نشود، رأی اکثریت معتبر است. انشای رأی به عهده رئیس دادگاه است مگر آنکه وی جزو اکثریت نباشد که در این صورت عضوی که جزو اکثریت است و سابقه قضایی بیشتر دارد، رأی را انشا می کند. داوری جمعی نیز به صراحت در مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۵۸، ۴۶۴، ۴۶۵ و ۴۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ مورد اشاره قرار گرفته است. از جمله در ماده ۴۶۴ آمده است: «در صورتی که در قرارداد داوری، تعداد داور معین نشده باشد و طرفین نتوانند در تعیین داور یا داوران توافق کنند، هریک از طرفین باید یک نفر داور اختصاصی معرفی و یک نفر به عنوان داور سوم به اتفاق تعیین نمایند». داوری جمعی در کلام برخی فقها نیز به صراحت تجویز شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۱۰۹) و همان گونه که خواهیم دید، از برخی روایات نیز جواز تعدد قاضی تحکیم به دست می آید.

جواز تحکیم در جنگ با کفار، نظر اجماعی فقهای امامیه قلمداد شده است که برخی از شافعیه و حنابله نیز بدان قائل اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴ق، ج ۴، ص. ۴۷۶). علامه حلی جواز تحکیم دو نفر را اجماعی دانسته است و پس از آن می گوید تحکیم بیش از دو نفر نیز به اجماع جایز است^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص. ۱۶۳). صاحب جواهر نیز ادعای عدم خلاف در این حکم می کند^۲ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۱۱۴). از آنجاکه تحکیم در جنگ با مشرکان خصوصیتی ندارد و همان گونه که اختلاف میان مسلمانان و مشرکان حاصل شده، ممکن است میان دو شخص مسلمان هم به وجود بیاید، از این رو اشکالی در تسری تجویز تعدد داور در تحکیم با مشرکان به دیگر داورها (داوری در کتاب نکاح و داوری در کتاب قضا و در مقام فصل خصومت) و تعمیم حکم نباشد.

آنچه اهمیت دارد و این نوشتار درصدد پاسخ بدان است، بررسی قضاوت و داوری صرفاً جمعی نیست، بلکه پرسش مهم این است که آیا قضاوت و داوری شورایی با ملاک نظر اکثریت و کنار گذاشتن نظر اقلیت جایز است یا خیر؟ مقدم بر این پرسش نیز بررسی این مسئله است که آیا اساساً نسبت به قضاوت شورایی و داوری شورایی

حکم شرعی مستقیم و صریحی تشریح شده است یا این مسئله با سکوت شارع مواجه شده است و از جمله احکام اجرایی شمرده می‌شود که در اختیار حاکم اسلامی و نهادهای سیاست‌گذار و تقنینی است؟

با توجه به اینکه داوری یکی از شیوه‌های قضاوت است و فقها در تفکیک قضاوت به قضاوت انتصابی و قضاوت تحکیمی، درباره امکان تعدد قاضی سخن گفته‌اند (حائری، ۱۴۱۵ق، ص. ۲۱)، استفاده از اطلاق کلام ایشان و تسری آن بر بحث قضاوت تحکیمی (داوری) نیز مورد توجه و بررسی این نوشتار است.

از آنجاکه داوری قسمی از قضاوت است، پس از بیان پیشینه پژوهش، ابتدا به تفکیک قضاوت جمعی از شورایی و سپس به امکان‌سنجی قضاوت جمعی و شورایی و در ادامه، به امکان‌سنجی داوری شورایی و امکان تسری حکم قضاوت شورایی به داوری شورایی می‌پردازیم.

لازم است گفته شود که این مقاله چند پیش‌فرض دارد که با تلقی قبول این پیش‌فرض‌ها، مباحث را پی گرفته است:

اولاً، ماهیت داوری قضایی است و داوری نوعی قضاوت است و نه توکیل. این نظر مطابق نظر مشهور فقهاست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۶۷). واضح است که اگر ماهیت داوری توکیل باشد و داور یا داوران، وکیل طرفین اختلاف شمرده شوند، هیچ اشکالی بر داوری شورایی وارد نمی‌آید و داوران در صورت مأذون بودن، می‌توانند ملاک اکثریت را مبنای عمل قرار دهند. بنابراین، اثر ماهیت داوری بر داوری شورایی این است که انتخاب ماهیت قراردادی (توکیل) برای داوری، صحبت از داوری شورایی را لغو می‌کند و انتخاب ماهیت قضایی برای داوری، بحث داوری شورایی با ملاک اکثریت را مطرح می‌سازد.

ثانیاً، نهاد حقوقی داوری با نهاد فقهی قضاوت تحکیمی هم‌پوشانی دارد؛ همان‌گونه که بسیاری از فقها و حقوق‌دانان بر این اعتقاد هستند.

۱. پیشینه پژوهش

تاکنون پژوهش‌هایی در زمینه داوری شورایی انجام شده است که در این باره می‌توان به مقالات زیر اشاره کرد.

حاجی‌ده‌آبادی و محمدی‌نسب (۱۳۹۰) در مقاله «بررسی فقهی-حقوقی قضاوت جمعی»، عمده دلایل فقها و حقوق‌دانان موافق و مخالف را مطرح کرده‌اند و دلایل موافقان را پذیرفتنی‌تر می‌دانند و با توجه به وضعیت قضاوت در عصر غیبت و نیز پیچیدگی‌های دعاوی امروزه، قضاوت جمعی را در مقایسه با قضاوت انفرادی، از استحکام بیشتری برخوردار می‌دانند.

ادیبی‌مهر و همکاران (۱۳۹۱) در مقاله «بررسی فقهی مشروعیت تعدد قاضی»، بر این عقیده‌اند که از اطلاق ادله می‌توان راهی به سوی شیوه قضاوت شورایی گشود و همچنین، قائل‌اند با بررسی تفاوت مفهوم حکم و فتوا و تعریف موسعی که فقها برای حکم حاکم قائل هستند، می‌توان به این دست یافت که حکم به‌رغم مصلحت ملزمه‌ای که در آن نهفته است، موضوعیت ندارد و طریقی برای رسیدن به حجت شرعی است و در این طریق تفاوتی میان وحدت و تعدد قاضی در انشای حکم وجود ندارد.

محمدی‌دانش (۱۳۹۸) در مقاله «نظام تعدد قاضی»، بعد از بیان ادله موافقان و مخالفان تعدد قاضی، به‌خاطر احتمال کاهش خطا در انشای رأی صادره با مشورت دادرسان، قول موافقان را ترجیح می‌دهد و همچنین، قائل است در نظام تعدد قاضی، اعمال نفوذ بر هیئت دادرسان در قیاس با نظام وحدت قاضی مشکل‌تر است.

ورعی (۱۴۰۰) در مقاله «بررسی فقهی قضاوت شورایی»، با بررسی دلایل ممنوعیت قضاوت شورایی (فقدان دلیل، منشأ اختلاف بودن، از سنخ ولایت بودن قضاوت، استقلال قاضی، انصراف روایات قضا به قاضی واحد و رأی واحد معلول قاضی واحد)، نشان می‌دهد که نه‌تنها هیچ‌کدام بر ممنوعیت قضاوت شورایی دلالت ندارد، بلکه دلایل متعددی مانند «عدم اشتراط وحدت قاضی در ادله قضاوت»، «دقیق‌تر بودن قضاوت شورایی»، «سازگاری با فلسفه قضاوت»، «مطابقت با احتیاط» و «سیره عقلا» بر جواز و مشروعیت قضاوت شورایی دلالت می‌کنند.

سه ویژگی باعث امتیاز مقاله پیش رو از دیگر مقالات شده است.

الف. بررسی ماهیت داوری در فقه.

ب. بررسی شیوه‌های مختلف قضاوت شورایی.

ج. استخراج جواز و عدم جواز قضاوت شورایی با نظر اکثریت با بررسی و

دقت نظر در روایات باب داوری.

۲. تفکیک قضاوت جمعی از قضاوت شورایی

برخی صوری که فقها مطرح کرده‌اند، مصداق قضاوت جمعی است و مشورتی میان قضاوت صورت نمی‌گیرد تا نوبت به اخذ نظر اکثریت شود و بتوان عنوان «قضاوت شورایی» را بر آن گذاشت.

با مطالعه حالت‌هایی که در ادامه می‌آید، چنین به نظر می‌رسد که چون در گذشته حجم اختلافات و پرونده‌ها اندک و در شهرها به صورت معمول یک فرد عهده‌دار قضاوت بوده، طرح آن‌ها در آن زمان، حرکت از قضاوت فردی به سمت قضاوت جمعی و در نوع خود ابداع به شمار می‌رفت، اما در وضعیت پیچیده جامعه امروز، طرح همین فروض به دلیل سادگی و محل ابتلا نبودن شاید باعث تعجب شود؛ ضمن اینکه عدم استقرار حکومت اسلامی نیز قطعاً در پیش‌بینی این فروض بسیط در ذهن فقها مؤثر بوده است.

۲-۱. حالت‌های مختلف قضاوت جمعی

برخی فروضی که فقها برای قضاوت جمعی به تصویر کشیده‌اند، بدین شرح است.

۲-۱-۱. قضاوت به صورت اجتماعی و عدم صدور رأی در صورت عدم اجتماع

نخستین حالتی که به تصویر کشیده شده (گرچه چندان مبتلا به و شایع نیست)، جایی است که دو یا چند قاضی به صورت شراکتی اقدام به صدور رأی کنند و اگر به رأی واحد رسیدند، آن را صادر می‌کنند و اگر به رأی واحد نرسیدند، اصلاً رأی صادر نمی‌شود^۳ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۵۹). به عبارتی، تشریک بین دو قاضی در یک پرونده در یک جهت رسیدگی (فی‌الجهة الواحدة) با قید اجتماع «علی‌جهة الاجتماع».

این فرض اصلاً بحث اکثریت را مطرح نمی‌کند و طرفین اختلاف به دو قاضی مراجعه می‌کنند و این دو قاضی بررسی می‌کنند. اگر به وحدت نرسیدند، رأی صادر نمی‌کنند و طرفین می‌توانند به قاضی دیگری مراجعه کنند، اما اگر این دو قاضی به نظر واحدی رسیدند و رأی صادر کردند، این رأی اعتبار دارد. بنابراین، اعتبار رأی دو یا چند قاضی در این حالت در صورت توافقشان است و اصلاً بحث اختلاف نظر و

مراجعه به نظر اکثریت مطرح نیست.

صاحب جواهر این مورد را به وصیت یا وکالت اجتماعی تشبیه می‌کند که موصی یا موکل برای استحکام کار می‌تواند دو وکیل یا دو وصی تعیین کند و دو وکیل یا دو وصی در حالت اجتماعی، استقلالی ندارند و باید با توافق و اجتماع نظر یکدیگر، خواسته موصی یا موکل را انجام دهند.

وی دو دلیل بر صحت این نوع قضاوت جمعی ارائه کرده است. دلیل نخست، اصل جواز است و هرکس مدعی است این نوع قضاوت ایراد دارد، باید دلیل ارائه کند. دلیل دوم اینکه می‌گوید این روش اضبط و اوثق است؛ یعنی دادرسی را دقیق‌تر و عادلانه‌تر می‌کند و بیشتر موافق احتیاط است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰).

نباید شبهه شود که در قضاوت همیشه اصل بر عدم است؛ یعنی اصل بر عدم ولایت احد علی احد است، اما در این بحث گفته می‌شود که منظور از اصل، اصل جواز است؛ زیرا در اینجا اصلاً بحث اعمال ولایت نیست تا اصل را بر عدم ولایت بگیریم، بلکه بحث این است که آیا می‌توان تقسیم کار کرد و مثلاً پرونده‌های جزایی را به یک قاضی و پرونده‌های حقوقی را به قاضی دیگر داد؟ در این موارد، اگر شک شود، اصل بر جواز و اصل این است که وقتی شک باشد که درست است یا خیر، اصل بر جواز است و این ربطی به بحث عدم ولایت احد علی احد یا چیزی شبیه این ندارد (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۱۲).

۲-۱-۲. قضاوت به صورت اجتماعی بدون اعتبار نظر واحد یک قاضی

فرض دیگر طرح شده این است که دو نفر قاضی با هم حکم یک نفر را داشته باشند. مقصود از این فرض این است که همه قضات با هم حکم یک نفر را داشته باشند و باید با هم توافق داشته باشند. اگر دو نفر باشند، هرکدام نصف قاضی و اگر سه نفر باشند، هرکدام ثلث قاضی شمرده می‌شوند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰).

در این فرض هم مانند فرض پیش، بحث اختلاف نظر دو یا چند قاضی و مراجعه به نظر اکثریت مطرح نیست.

در این فرض برخلاف قبل، اصلاً مقتضی برای اعتبار رأی یک قاضی وجود ندارد. به عبارت دیگر، در فرض نخست اگر یک قاضی رأی بدهد و دیگری ندهد، طرفین اختلاف می‌توانند به رأی آن قاضی که رأی داده است، اعتماد کنند، اما در فرض دوم

چون هر قاضی نصف است، اصلاً رأیش اعتبار کامل ندارد و تنها نیمی از اعتبار را دارد. صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰) این حالت قضاوت شورایی و جمعی را نادرست دانسته است و چنین شورایی را برای وکالت و ولایت هم نادرست می‌داند و می‌گوید این فرض دلیلی بر مشروعیتش نیست و در ذیل اصل عدم باقی می‌ماند.^۵ افزون بر اصل عدم، برخی فقیهان معاصر فقدان معهودیت این نحوه از قضاوت را از منظر شرع و عقلاً به‌عنوان مؤیدی بر عدم صحت و مشروعیت این گونه از قضاوت مطرح کرده‌اند؛ زیرا سمتی به‌صورت نیمه یعنی نصف ولی و نصف وکیل و نصف وصی وجود ندارد (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۱۲).

۲-۱-۳. قضاوت جمعی به‌صورت استقلالی و تقسیم کار زمانی یا مکانی یا موضوعی

در این فرض، میان قضات یک شهر تقسیم کار از جهت زمانی یا مکانی یا موضوعی صورت می‌گیرد؛ یعنی برای سهولت دسترسی مردم و امکان مراجعه همیشگی‌شان، یک نفر قاضی روز باشد، یک نفر قاضی شب یا یک نفر در قسمتی از شهر و دیگری در قسمت دیگر شهر متصدی قضاوت شوند. از جهت موضوعی مانند اینکه یک نفر قاضی خانواده باشد، یک نفر قاضی کیفری و دیگری قاضی در امور مالی و اقتصادی و... که همه این موارد جایز است و فقها به جواز این شکل قضاوت جمعی نظر داده‌اند. شهید ثانی در مسالک آورده است اگر امام چند قاضی در یک شهر نصب کند و هریک را مختص قضاوت در قسمتی از شهر قرار دهد یا برای هریک زمانی را برای قضاوت تعیین کند یا یکی را قاضی در اموال و دیگری را در دماء و فروج و مانند آن قرار دهد، این کار جایز است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۵۵).

واضح است که در این شیوه تقسیم کار اصلاً قضاوت جمعی هم نیست و قضات در یک پرونده متعدد نیستند، بلکه قضاوت کاملاً فردی و تنها تقسیم کار میانشان صورت گرفته است.

۲-۱-۴. قضاوت جمعی به‌صورت استقلالی بدون تقسیم کار با صلاحیت عام زمانی، مکانی و موضوعی

صورت دیگر این است که هریک از جهت زمانی، مکانی و موضوعی استقلال داشته باشند؛ یعنی در هر زمان امکان مراجعه مردم به آن‌ها باشد (زمانی)، در هر مکان و در

هر قسمت شهر که حضور داشتند، مردم بتوانند به آن‌ها مراجعه کنند (مکانی)؛ یعنی بر خلاف صلاحیت مکانی که اکنون برای دستگاه قضا با توجه به مکان اقامت خوانده مشخص شده است (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی) و نسبت به هر موضوعی هم بتوانند قضاوت کنند (موضوعی)؛ یعنی برخلاف وضعیتی که اکنون در دادگاه‌هاست و قضات کیفری از حقوقی تفکیک شده است و هیچ‌یک حق قضاوت در خارج از صلاحیت موضوعی خود را ندارند.

این نوع قضاوت جمعی از جانب برخی غیرجایز دانسته شده است؛ زیرا اولاً: «قیاساً علی‌الولاية العظمی» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰)؛ یعنی قضاوت نوعی اعمال ولایت است و همان‌گونه که در ولایت ائمه (علیهم‌السلام) امکان تعدد نیست و امامی با وجود امام دیگر نمی‌تواند ولایت داشته باشد، در قضاوت هم نمی‌توان با وجود یک قاضی در شهر برای دیگری قائل به این ولایت شد.

به این ایراد پاسخ داده شده است که قضاوت را نباید با ولایت ائمه (علیهم‌السلام) قیاس کرد و این قیاس مع‌الفارق است؛ زیرا درباره ولایت ائمه (علیهم‌السلام) دلیل بر لزوم وحدت امام (علیه‌السلام) در یک زمان داریم، اما درباره قضاوت چنین دلیلی وجود ندارد. صاحب جواهر به این قیاس چنین ایراد گرفته که مقیس علیه باطل است؛ زیرا در آیات قرآن بر نبوت هم‌زمان حضرت موسی (علیه‌السلام) و حضرت هارون (علیه‌السلام) تصریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰). این پاسخ صاحب جواهر با این جواب مواجه شده که مقیس علیه صحیح است؛ زیرا حضرت موسی و حضرت هارون هم‌زمان دارای ولایت نبودند، بلکه امامت برای حضرت موسی (علیه‌السلام) بود و حضرت هارون نایب ایشان بود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۱).

ثانیاً: قرار است ریشه اختلاف دو طرف پرونده ریشه‌کن بشود، اما وقتی بگوییم که دو قاضی می‌تواند در یک شهر باشد، اختلاف برطرف نمی‌شود. به عبارت دیگر، طرفین اختلاف در اینکه به چه کسی باید مراجعه شود و رأی کدام‌یک اجرا شود، میانشان اختلاف نظر حاصل می‌شود؛ به‌خصوص که هیچ‌یک از قضات در این حالت بر دیگری اولویتی ندارد (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۸۱).

به این دلیل نیز پاسخ داده شده است که تنازع و اختلاف قاضی دوم بعد از مراجعه

به قاضی اول ممنوع است و از این رو اختلافی میان آرایشان به وجود نمی‌آید (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۱).

نظریه دیگر درباره این نوع قضاوت جمعی، جواز است که فقهایمانند شهیدین، علامه حلی، صاحب جواهر و محقق اردبیلی آن را برگزیده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، صص. ۲۲۵-۲۲۰).

مقدس اردبیلی درباره این نوع قضاوت می‌گوید ظاهراً اختلافی در جواز نصب دو قاضی در یک شهر به صورت استقلالی در منطقه واحد نیست^۶ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۳۰۹).

صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص. ۶۰) دو دلیل بر جواز و صحت این شکل قضاوت جمعی ارائه می‌کند^۷. ۱. اصل جواز و ۲. قضاوت، نیابت از طرف معصوم (علیه‌السلام) است و کلمات معصومان (علیهم‌السلام) در نصب عام یا خاص، مطلق است و مقید به ورود یک قاضی به صورت انفرادی نیست.

مطابق دلیل نخست، اصل بر جواز این نوع قضاوت است و اگر کسی قائل به ممنوعیت این شکل قضاوت جمعی باشد، باید دلیل بیاورد. مطابق دلیل دوم، قاضی در واقع در قضاوت نایب‌الامام است و قضاوت، ولایت است که از طرف معصوم به صورت عام یا خاص به قاضی داده می‌شود. در معتبره *ابی‌حدیجه* آمده است «جعلته علیکم قاضیا»؛ یعنی من معصوم او را قاضی شما قرار دادم. پس با توجه به اینکه قضاوت نیابت از طرف معصوم شد، تابع اختیار نیابت‌دهنده و تابع مقدار اختیاری است که منوب می‌دهد به نایب و چون دلیل بر محدودیت این اختیار نداریم، پس معصوم همه را اختیار داده است. معصوم (علیه‌السلام) در روایات نفرموده است که اگر در شهر یک قاضی بود، شخص دیگری حق قضاوت ندارد، بلکه معصومان (علیهم‌السلام) به گونه مطلق نیابت داده‌اند. به عبارت دیگر، شارع از حیث تعداد قضات در مقام بیان نبوده است.

۲-۱-۵. قضاوت جمعی به صورت استقلالی و صدور رأی با ملاک رتبه‌بندی

افزون بر ملاک توجه به نظر اکثریت، ملاک دیگری که برخی معاصران (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۱۲) بر اساس روایات مربوط به باب قضا ارائه داده و آن را مقدم و دارای اولویت نسبت به ملاک اکثریت دانسته‌اند، ملاک رتبه‌بندی است.

توضیح اینکه، وقتی در روایت امام (علیه السلام) می‌فرمایند اگر قاضی‌های متعدد با هم اختلاف کردند، به حرف و نظر آن قاضی که نسبت به حرف ما اعلم، اوثق و اصدق است، عمل کنید؛ یعنی هم اعلم است؛ یعنی تخصص فهم دارد، هم اصدق و اوثق است. سنجه‌هایی که امام (علیه السلام) گفته‌اند، یکی مربوط به فهم است (اعلم)، یکی مربوط به تدین شخص (اورع) و یکی مربوط به دقت نظر وی (اوثق)؛ زیرا ممکن است کسی تدینش بالا باشد، اما دقت نظرش کم باشد. این معیار دیگر ارتباطی با نظر اکثریت ندارد، بلکه منظور این است که اگر برای مثال در یک پرونده سه نفر یا چهار نفر رسیدگی می‌کنند، اما یکی از آن‌ها قوی‌تر از دیگران است، تخصص، فهم و دقت نظرش و همچنین تدینش بیشتر است، در صورت اختلاف، ملاک را نظر او قرار دهیم حتی اگر نظرش در اقلیت باشد.

۲-۲. قضاوت شورایی به صورت استقلالی و صدور رأی با ملاک نظر اکثریت

در این حالت چند قاضی حضور دارند و شراکت هست، اما هرکدام مستقل هستند. بنابراین، طرفین اختلاف در اینجا دو قاضی کامل و تمام دارند که ممکن است یک رأی و نظر داشته باشند و ممکن است دو نظر که در این صورت می‌توانند نظر قاضی نخست را اعمال کنند و اگر نخواستند، نظر قاضی دوم را اجرا کنند و اگر بیش از دو قاضی بودند، نظر اکثریت ملاک است.

بر اساس این حالت که برخلاف حالت‌های پیشین بیشتر شایع و مبتلابه و منطبق بر نیاز امروز و مدنظر از قضاوت و داوری شورایی است، ولایت قضاوت به دو یا چند شخص داده می‌شود و اجتماع و اتفاق نظرشان در صدور حکم واحد شرط است؛ به گونه‌ای که اگر اتفاق نظر داشتند، رأی را صادر کنند و اگر اتفاق نظر نداشتند، رأی اکثریت ملاک باشد و نظر اقلیت کنار گذاشته شود.

این حالت از قضاوت در متون فقهی مورد پردازش و بحث و بررسی قرار نگرفته، اما در برخی متون فقهی معاصر مورد عنایت قرار گرفته است. نکته شنیدنی اینکه، به ادعان برخی فقیهان معاصر با آنکه این نحوه از قضاوت در کلمات فقیهان یافت نمی‌شود، اما روش مقبول نزد عقلا و نظام‌های قضایی و سیستم‌های حقوقی معاصر است و برای همین باید مشروعیت‌سنجی این روش معهود و معتمد نزد خردمندان از

منظر ادله شرعی بررسی شود (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۶۸).

۳. ادله قائلان به عدم جواز قضاوت شورایی با ملاک نظر اکثریت

۱-۳. نخستین دلیلی که ذکر کرده‌اند، این است که دلیل شرعی بر جواز قضاوت جمعی نداریم (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۳). به عبارت دیگر، درباره قاضی واحد و ولایت داشتن قاضی واحد، ادله وجود دارد، اما درباره قضاوت جمعی و شورایی دلیلی برای مشروعیت نداریم و در باب قضا جای اصل جواز نیست، بلکه جای اصل منع است و برای جواز باید دلیل آورده شود نه برای منع.

۲-۳. دلیل دیگری که ذکر کرده‌اند، این است که ولایت از امور اضافی است و احتیاج به طرف معینی دارد و امکان تشریک در امور اضافیه نیست مگر اینکه گفته شود حکم هرکدام از آن‌ها منوط به موافقت نفرات دیگر باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۳). به عبارت دیگر، چون قضاوت، ولایت است و قاضی قرار است در مال، جان، آبرو و جسم مردم تصرف کند، وقتی ولایت شد به دلیل اینکه ولایت از امور اضافیه است؛ یعنی نیاز به یک مولی‌علیه دارد تا ولی بر او ولایت داشته باشد، امکان تشریک در آن نیست. امور اضافیه یعنی نیاز به طرفی برای اعمال ولایت است مانند ولایت فقیه که باید مردمی باشند یا ولایت پدر بر دختر باکره که بدون وجود این دختر باکره، ولایت پدر برای ازدواج بی‌معناست و نمی‌شود که دو تا قاضی ولایت داشته باشند بر شخص مولی‌علیه که در اینجا مراجعه‌کننده است. بله؛ اگر دو قاضی بالاستقلال ولایت داشته باشند، شخص پیش هرکدام رفت، مستقیماً ولایت دارد؛ یعنی اولی ولایت دارد، ولی شخص می‌تواند نزد قاضی دوم برود و اگر قاضی دوم نظر قاضی نخست را نقض کرد، حکم قاضی اول هیچ می‌شود، اما تردید معنا ندارد.

مرحوم گلپایگانی می‌گوید ولایت منصب و از امور اضافی است و شراکت و تجزیه در آن معنا ندارد. منصب بسیط است و نمی‌تواند به صورت ناقص جعل شود (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۱۶).

ممکن است این دلیل این گونه پاسخ داده شود که تشریک در امور اضافی بدین دلیل ممکن نیست که شخص مولی‌علیه با تشتت آرای صادره از ناحیه اولیای متعدد مواجه نشود و هر قاضی برای وی یک رأی صادر نکند، اما در بحث ما که اکثریت رأی

را صادر می‌کنند و تعدد آرای به وجود نمی‌آید، چنین تشریکی با اضافی بودن ولایت مغایرت ندارد. به عبارت دیگر، اگر مقصود از تشریک در ولایت، تقسیم ولایت بین چند نفر باشد، این ایراد وارد است، اما در محل بحث ما ولایت تقسیم نمی‌شود، بلکه یک ولایت برای شورای قضاوت وجود دارد و نفوذ رأی شورا منوط به رأی اکثریت است؛ همان‌گونه که برخی فقها گفته‌اند شبیه وکالت و وصایت در جایی که موصی چند وصی یا موکل چند وکیل انتخاب می‌کند و تصمیم‌گیری در مورد وصیت یا وکالت را بر عهده گروه می‌گذارد نه یک فرد.

۳-۳. دلیل سومی که ذکر کرده‌اند، این است که این شیوه قضاوت باعث اختلاف می‌شود و کثرت اختلاف در اجتهاد باعث مشاجره میان قضات می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۳). این موضوع با فلسفه قضاوت که برای کندن ریشه اختلاف و فصل خصومت تشریح شده است، مخالف است.

این دلیل عمومیت ندارد و با توجه به اینکه ملاک، نظر اکثریت است، وارد نیست و قضات یا داورانی هم که وارد چنین شورایی می‌شوند، از ابتدا می‌دانند ملاک، نظر اکثریت است و بنابراین، مشاجره‌ای نخواهد بود.

۳-۴. دلیل دیگری که فخرالمحققین ذکر کرده است، اینکه «غایة نصب الحاکم هو القهر علی الاجتماع فیما یتحتاج الیه و نصّ الشارع علیه فلا یناط به و الا دار»؛ شارع مقدس وقتی حاکمی را نصب می‌کند (چه مقصود والی باشد و چه مقصود قاضی باشد) هدف نصب حاکم، مجبور کردن اجتماع (طرفین نزاع) در آن چیزی است که به آن نیاز دارند و شارع به مجبور کردن اجتماع تصریح کرده است. در ادامه می‌فرماید: «فلا یناط علیه»؛ یعنی حکم حاکم متوقف بر اجتماع نیست. در این صورت (اگر متوقف باشد) دور لازم می‌آید؛ یعنی حکم حاکم متوقف بر اجتماع می‌شود و اجتماع متوقف بر حکم حاکم و این می‌شود دور که محال است. چگونگی رد تعدد قاضی هم این است که در صورت اختلاف قضات، هدف شارع که مجبور کردن اجتماع باشد، محقق نمی‌شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۰۰).

مرحوم اردبیلی به این دلیل چنین پاسخ می‌دهد که اشکالی ندارد شارع حکم را منوط به اجتماع کند و اینکه هدف نصب حاکم، قهر علی الاجتماع باشد، اول کلام است.

۴. ادله قائلان جواز قضاوت شورایی با معیار نظر اکثریت

۴-۱. به دلیل اصل، این نوع قضاوت صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰). منظور از اصل، جواز است؛ زیرا دلیلی بر منع قضاوت شورایی وجود ندارد. بنابراین، اشکالی نیست که در یک پرونده، دو داور یا قاضی یا سه داور یا چند قاضی شور کنند و نظر اکثریت ملاک باشد.

نباید شبهه شود که چون قضاوت نوعی ولایت است، اصل منع است نه جواز؛ زیرا در اینجا بحث ولایت نیست، بلکه بحث چگونگی تصمیم‌گیری و اخذ رأی است و همه قضاتی که در این حالت هستند، ولایت دارند و نه ولایت اضافه‌ای قرار است به کسی اعطا شود و نه قرار است ولایت برخی سلب شود، بلکه محل بحث درباره چگونگی تصمیم‌گیری است.

۴-۲. به دلیل عموماتی که در باب قضا وجود دارد و در هیچ‌کدام تصریح به لزوم قاضی واحد نشده است. این عمومات مطلق و عام است (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۱۲).

این دلیل شاید بدین شکل مورد اشکال باشد که در عمومات تصریح به لزوم وحدت قاضی نشده و تعدد قاضی هم مشمول عمومات است، اما ملاک و معیار بودن نظر اکثریت که محل بحث است، مورد تصریح عمومات قرار نگرفته است.

۴-۳. «کونه اضبط و اوثق» یعنی شیوه شورایی و جمعی نسبت به شیوه تک‌قاضی، دقیق‌تر و مورد اطمینان‌تر و در نتیجه، عادلانه‌تر است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۰۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۵۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۱۲).

در اینجا نیز اشکالی شایان طرح است؛ زیرا این عبارت را حضرت در روایت عمرین‌حنظله در فرضی بیان می‌کند که دو قاضی با هم در حکم اختلاف نظر دارند نه هنگامی که به صورت شورایی رأی بدهند و ملاک، نظر اکثریت باشد. از این رو با نگاه مقاصدی، تأکید حضرت بر دادرسی دقیق‌تر و عادلانه‌تر است و در شرایطی که قضات از لحاظ تخصص در یک وزن باشند، پذیرش نظر اکثریت بیشتر با دقت و عدالت سازگاری است، اما این تعابیر صراحتی بر پذیرش ملاک اکثریت ندارد.

۴-۴. اجازه قضاوت افراد متعدد درحقیقت، نیابتی از جانب ولی‌امر است. از این رو قاضی در قضاوت نایب‌الامام است و قضاوت، ولایت است از طرف معصوم و نیابت

است و تابع اختیاری است که معصوم (علیه السلام) داده و روایات ائمه هم مطلق است و نفرموده‌اند اگر یک شخص برای قضاوت بود، فرد دیگر نباشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۶۰؛ عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۲).

این دلیل نیز بر جواز تعدد قاضی دلالت می‌کند، اما نسبت به پذیرش رأی اکثریت و کنار گذاشتن نظر اقلیت ساکت است.

۴-۵. آخرین دلیلی که ذکر شده، شهادت است؛ زیرا در شهادت و گواهی اتفاق و تعدد گواه پذیرفته شده و شهادت هم پایه قضاوت است و قضاوت بر پایه شهادت صورت می‌گیرد، پس چون در شهادت تعدد است، پس قضاوت هم می‌تواند متعدد باشد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۰۰).

مرحوم اردبیلی این دلیل را نمی‌پذیرد و می‌گوید شهادت ربطی به قضاوت ندارد. گرچه اساس و پایه قضاوت، شهادت است، اما این بدین معنا نیست که یک حکم داشته باشند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۲۳).

ظاهراً صاحب *مفتاح‌الکرامه* استدلال چهارم را نمی‌پذیرد و آن را مصادره به مطلوب می‌داند، اما ایشان هم دیگر ادله را می‌پذیرد (عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۲). باید دقت داشت که کلام مرحوم عاملی در *مفتاح‌الکرامه* در ذیل کلام مرحوم علامه (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۲۲) در قواعد، ربطی به قضاوت شورایی ندارد، بلکه مربوط به صورتی است که متخصصان شرط کنند دو قاضی بر حکم اتفاق نظر داشته باشند که همان‌گونه که علامه و فخرالمحققین (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۰۰) قائل به جواز شده‌اند، مرحوم عاملی نیز قائل به جواز شده است.

دلیل دیگری که می‌توان برای مشروعیت قضاوت یا داوری جمعی ذکر کرد، استدلال به روایت داوودبن حصین است.

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخُشَّابِ قَالَ حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُودَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي رَجُلَيْنِ اتَّفَقَا عَلَى عَدْلَيْنِ جَعَلَاهُمَا بَيْنَهُمَا فِي حُكْمٍ وَقَعَ بَيْنَهُمَا خِلَافٌ فَرَضِيَا بِالْعَدْلَيْنِ وَ اخْتَلَفَ الْعَدْلَانِ بَيْنَهُمَا عَنْ قَوْلِ أَحَدِهِمَا يَمْضِي الْحُكْمُ فَقَالَ يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهُمَا وَ أَعْلَمَهُمَا بِأَحَادِيثِنَا وَ أَوْعَاهُمَا فَيَنْفَذُ حُكْمَهُ وَ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى الْآخَرِ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۰۱)؛ داوودبن حصین از امام صادق (علیه السلام) پرسید

اگر طرفین دعوی دو تن را حاکم قرار دهند و به حکم آن‌ها راضی باشند، اما حکمین که هر دوی آن‌ها عادل‌اند، در تعیین حکم اختلاف کنند، باید به قول کدام یک عمل کرد؟ امام فرمود باید دید کدام یک در فقه استادتر و دلائلش کافی و کامل‌تر است و با احادیث ما آشنا‌تر و ترسش از خدا بیش از دیگران است؛ حکم او را جاری سازند و حکم آن دیگر به حساب آورده نشود.

این روایت، به‌صراحت بر جواز تعدد قاضی یا داور اشاره نکرده است، اما اطلاق پرسش سائل و عدم استفصال امام (علیه‌السلام) دلالت می‌کند بر اینکه می‌تواند در یک پرونده دو تا قاضی یا دو داور باشد و در جایی که طرفین توافق بکنند، این روایت دلالت می‌کند (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۱۸) که در اصطلاح می‌گویند ترک استفصال حجت است. از حیث سندی این روایت به‌خاطر واقفی بودن داوودبن حصین (برقی، ۱۳۴۲، ص. ۱۴۳)، موثقه شمرده می‌شود.

اما سه احتمال در «جَعَلَاهُمَا» وجود دارد. احتمال نخست، قرار دادن هر دوی آن‌ها با هم به‌عنوان قاضی است (به‌صورت شورایی). احتمال دوم این است که طرفین دعوا هرکدام را مستقل از دیگری قاضی قرار داده باشد و احتمال سوم این است که هرکدام از طرفین، یک نفر را به‌عنوان قاضی خود انتخاب کرده باشد. به‌عبارت‌دیگر، اگر نظر آن دو قضاوت شورایی باشد به این صورت که دو نفر با هم مشورت کنند و با هم یک حکم صادر کنند، در این صورت ما نحن فیه را شامل می‌شود، اما احتمال دیگر این است که هرکدام به‌صورت مستقل رأی دهند که اگر این مراد باشد شامل ما نحن فیه نمی‌شود و احتمال سوم هم این است که هرکدام از طرفین نزاع یک نفر را به‌عنوان حَکَم برای خود انتخاب کرده‌اند تا رفع منازعه کنند. از میان این احتمالات به نظر می‌رسد احتمال سوم مراد باشد. شاهد بر این مدعا روایت موسی بن اکیل‌الشمیری است.

«عنه عن محمد بن الحسين عن ذبيان بن حكيم الأودي عن موسى بن أكيل الشميري عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال سئل عن رجل يكون بينه وبين أخ منازعة في حق فيتفقان على رجلين يكونان بينهما فحكما فاختلفا فيما حكما قال وكيف يختلfan قلت حكما كل واحد منهما للذي اختاره الخصمان فقال ينظر إلى أعدلها وأفقهها في دين الله عز وجل فيمضي حكمه» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۳۰۱).

عبارت «حَكَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلَّذِي اخْتَارَهُ الْخَصْمَانِ» دلالت می‌کند که هرکدام از طرف نزاع، یک قاضی اختیار کرده است که به‌طور مستقل مورد نزاع را بررسی کند مثل اینکه یک طرف نزاع قاضی «الف» را انتخاب کند و دیگری قاضی «ب» را که به‌طور مستقل نزاع را بررسی کنند و طبق فرض روایت، نظر دو قاضی متفاوت بوده که حضرت می‌فرماید: حکم آن که اعدل و افقه است، نافذ است. بنابراین، ما نحن فیه را که قضاوت شورایی است، شامل نمی‌شود.

دلیل شرعی دیگر که می‌توان برای ملاک قرار دادن نظریه اکثریت ذکر کرد یعنی دلیلی که بگوید از سه قاضی اگر دو نفر یک نظر را داشتند، نظر آن دو نفر مقدم می‌شود، استفاده از روایت عمر بن حنظله است که امام فرمودند در وقت قضا، یک معیار، اخذ نظریه مشهورتر و کنار گذاشتن نظریه شاذ و اقلیت است. حضرت فرمودند «خذ بما اشتهر بين الاصحاب و دع الشاذ النادر». مثلاً اگر فرض شود سه قاضی یا داور باشد و دو نفر از آن سه نفر یک نظر داشته باشند و یک نفر نظر مخالف داشته باشد، در اینجا یک نظر مشهور وجود دارد؛ یعنی نظر آن دو نفر که اکثریت هستند و یک نظر شاذ یعنی نظر مخالف که نظر آن یک نفر است که اقلیت است (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۱۸). استناد به مقطعی از روایت عمر بن حنظله که اخذ به شهرت را تکلیف می‌داند، منوط است بر اینکه این مقطع روایت را دربردارنده شهرت فتوایی یا شهرت عملی بدانیم؛ زیرا اگر مراد از اخذ شهرت، تنها شهرت روایی باشد، آنگاه نمی‌تواند بر انفاذ حکم قضایی اکثریت دلالت داشته باشد، بلکه تنها بر انفاذ روایت مشهورتر دلالت دارد. باین حال، به نظر برخی اصولیان مراد از شهرت در روایت فوق، تنها شهرت روایی است، اما به عقیده برخی از بزرگان اصولی، شهرت در روایت فوق، ظهور در هر سه نوع شهرت اعم از روایی و فتوایی و عملی دارد (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۳۸۴؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، صص ۱۷۳ و ۲۵۰؛ آملی، ۱۳۹۵ق، ج ۴، ص ۴۷۶؛ مدنی تبریزی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، صص ۱۳۰ - ۱۲۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۱ق، ج ۷، ص ۶۲). به تقریب برخی اصولیان، عمومیتی که در مای موصول در عبارت «خذ بما اشتهر بين الاصحاب» وجود دارد، مشعر به عمومیت تعلیل است. به عبارت دیگر، معصوم در حکمی ارشادی چنین تحلیل و تعلیل می‌فرمایند که شهرت بین عالمان به‌نحو مطلق

حجیت دارد چه شهرت ایشان مستند به روایتی باشد و چه مستند به روایتی نباشد (مدنی تبریزی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص. ۱۳۰). این تعلیل شارع ارشادی است به حکم عقلا. از این رو بر فرض که مورد روایت درباره شهرت روایی باشد، اما نمی‌تواند مخصص و محدد تعلیل وارد در این روایت شود (حسینی شیرازی، ۱۴۲۱ق، ج ۷، ص. ۶۲). به تعبیر برخی اصولیان، روایت دایر مدار ترجیح حکمی است که ظن و اعتماد بیشتری می‌آفریند. اگر ملاک روایت این‌گونه تحلیل و تعلیل شود، آنگاه چه تفاوتی می‌کند که شهرت، شهرت روایی باشد یا شهرت فتوایی یا شهرت عملی. در هر سه صورت از صور شهرت، ظن و وثوق بیشتر جانب حکمی را می‌گیرد که مقرون به شهرت است و همین ظن بیشتر باعث ترجیح آن حکم می‌شود (آملی، ۱۳۹۵ق، ج ۴، ص. ۴۷۶).

به نظر می‌رسد این دو روایت دلالتی بر قضاوت شورایی ندارد و ترک استفصال امام (علیه‌السلام) هرچند امضای قضاوت شورایی است، اما ملاک اکثریت در قضاوت شورایی که مقصود ماست، از این امضا و تقریر حاصل نمی‌شود، اما از مجموع ادله، اصل جواز و مشروعیت تعدد قضاوت و داوری و پذیرش ملاک اکثریت را می‌توان از تعبیری مانند «کونه اضبط و اوثق» یا «اعْدِلْهُمَا وَ أَفْقِهْهُمَا» در ادله روایی به دست آورد. براساس این تعبیر روایی، مهم‌ترین نتیجه‌ای که قضاوت باید داشته باشد و معصومان (علیهم‌السلام) بر آن تأکید دارند، صدور حکم مطابق عدالت و براساس حق است. واضح است در جایی که چند قاضی هم‌تراز به صورت شورایی فصل خصومت می‌کنند، نظر اکثریت دقیق‌تر و با عدالت سازگارتر است.

اگر به این نکته عنایت شود که ملاک مستنبط از روایات، حکمی را نافذ می‌داند که با دقت و استواری فزون‌تری انشا شده باشد، در شرایطی از منظر شارع به‌عنوان ملاک اصلی در نفوذ حکم قضایی مطرح شده است که منصب قضاوت به‌گونه شأنی و اقتضایی در اختیار قضات جامع شرایط اجتهاد بوده است و حکومت مستقر شیعی که بتواند نظام نصب قضات را منسجم و مدیریت کند، وجود نداشته است، آنگاه به قیاس فحوا و به طریق اولویت، در عصر استقرار حکومت شیعی مبسوط‌الید که نظام نصب و عزل قضات با طراحی فرایندی منسجم از سوی حکومت مستقر مدیریت می‌شود، باید قضاوت شورایی که حاصل آن منتج به اتقان و استحکام فزون‌تر آرای قضایی می‌شود و

ملاکات روایی را در انفاذ حکم قضایی شدیدتر به جریان می‌اندازد، مورد پذیرش و تقریر شارع قرار گیرد. نظام تعدد قضاات و قضاوت شورایی و تعیین حکم اکثریت بر مبنای این نگاه مورد پذیرش و اذعان فقیهان معاصر نیز قرار گرفته است. بر پایه نظرهای برخی فقیهان معاصر، نظام تعدد قضاات و تعیین و انفاذ حکم اکثریت در عصر غیبت حضرت حجت (عجل الله تعالی) و در زمان استقرار حکومت اسلامی به زعامت فقیه جامع‌الشرایط و مبسوط‌الید، حتی در فرض اجتهاد مطلق قضاات نیز امکان‌پذیر و موافق با اراده شارع است. مشروعیت این نظام قضایی از رهگذر تفکیک دو مقام ولایت قاضی و نفوذ حکم قضایی قاضی میسر می‌شود، زیرا مقام ولایت قاضی با مقام حکم قاضی متفاوت است. توضیح اینکه، قاضی مجتهد مطلق و جامع‌الشرایط دارای شأن و اقتضای ولایت تام برای قضاوت است. این مقام و جایگاه از چنان اطلاقی برخوردار است که گستره آن قابل تضییق و تحدید نیست، اما درعین حال، مقام ولایت قاضی مجتهد و جامع‌الشرایط موضوع و گستره‌ای متفاوت از مقام حکم قضایی وی به شمار می‌آید. نفوذ اجرایی حکم قضایی قاضی در عصری که حکومت اسلامی استقرار و استحکام یافته است و زعامت آن در دستان فقهی جامع‌الشرایط قرار دارد، منوط است به اینکه قاضی در آیین دادرسی و شیوه اصدار حکم و شیوه استخراج ادله و شیوه طرح و چینش ادله و شیوه استنباط و استدلال به قیود و شرایط و دستورالعمل‌هایی که در حین انتصاب از سوی فقیه حاکم و ولی فقیه بر وی شرط می‌شود عمل کند. در واقع، قاضی ولو آنکه مجتهد باشد، مقام ولایتش در قضا بلا تحدید و بلا تضییق است، اما در شیوه قضاوت و صدور حکم مقید به قیود و شرایطی است که حین انتصاب از سوی مقام عظمای ولایت فقیه مقرر می‌شود و قاضی مکلف و موظف به رعایت این دستورالعمل‌ها می‌شود. شرط انفاذ اجرایی احکام قضایی قاضی مجتهد، عمل به این قیود مقرر است. این قیود و دستورالعمل‌ها که قاضی منصوب در بستر حکومت اسلامی بدان مکلف می‌شود، ماهیتاً احکام حکومتی و اجرایی به شمار می‌آیند که فقیه حاکم و ولی فقیه برای سامان‌دهی اجرای احکام اولی و ثانوی باب قضا، آن‌ها را در فرایندی تقنینی به رشته تحریر و وضع درمی‌آورد. از جمله این احکام حکومتی، رعایت نظام تعدد قضاات و تعیین و تشخیص و انفاذ حکم اکثریت است که به تأیید فقیهان معاصر

رسیده است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۴). حال اگر نفوذ اجرایی رأی قضایی قاضی مجتهد که اصالتاً از شأن و اقتضای قضاوت برخوردار است، منوط است به رعایت آنچه از طرف مقام ولایت عظمی و حاکم فقیه بدان امر می‌شود، درباره قضات غیرمجتهد به طریق اولی تقریر این روش قضاوت از منظر شارع امکان‌پذیرتر است.

۵. امکان تسری حکم «قضاوت شورایی» به «داوری شورایی»

اینجا این پرسش مطرح است که آیا این احکام شامل داور یا قاضی تحکیم نیز می‌شود یا خیر؟ پاسخ به این پرسش و امکان‌سنجی این تعمیم و تسری از چند راه ممکن است. نخست اینکه، متبادر از لفظ «حاکم» در کلام فقها، قاضی منصوب است و شامل قاضی تحکیم یا داور نمی‌شود، اما اطلاق «حاکم» شامل قاضی تحکیم یا داور نیز می‌شود و در فقه غالباً متبادر از «حاکم»، قاضی منصوب است و برای داور از لفظ «حکَم» استفاده می‌شود، اما در برخی روایات که فقها برای مشروعیت داوری بدان‌ها تمسک جست‌ه‌اند، حاکم به معنای اعم از قاضی منصوب و تحکیم استعمال شده است. در برخی نیز مقصود از حاکم همان حکم است. از این رو تفکیک میان قاضی منصوب و قاضی تحکیم در کلام فقها و عدم تبعیض میان احکام مرتبط با نقض حکم حاکم، استظهار در شمول این احکام بر قاضی تحکیم (داور) نیز دارد.

دوم اینکه، برای تعمیم احکام قاضی منصوب به داور یا قاضی تحکیم، می‌توان چنین استدلال کرد که برخی فقها با تفکیک حکم صادره در مقام رفع خصومت از حکم صادره در غیر موارد اختلاف (مانند حکم به ولایت یا قیمومت و...)، برای هر حکم در مقام رفع خصومت (چه قضاوت و چه داوری) شأنیت واحد قائل شده‌اند. برای مثال، در بحث از حرمت نقض حکم، این حرمت را ناظر به حکمی که در مقام رفع خصومت صادر شده باشد، دانسته‌اند. واضح است که حکم صادره داور نیز مانند حکم صادره قاضی فصل خصومت می‌کند و فلسفه تشریح داوری نیز همین فصل خصومت بوده است.

شیخ انصاری درباره حکم در غیر مورد خصومت، معتقد است نقض حکم در این موارد، محدودیت‌های نقض حکم در فصل خصومت را ندارد؛ زیرا ادله حرمت نقض حکم، مخصوص مورد خصومت است. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۵۳).

سوم اینکه، در فقه امامیه نظریه مشهور فقها تعیین ماهیت قضایی برای داوری است و

داوری را قضاوت تحکیمی دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۹۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۶۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۱۴). برای همین، فقهای معاصر آشنا با حقوق (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۳۳) و حقوق‌دانان آشنا با فقه اسلامی (کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۲۱-۲۲؛ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹)، قائل به یکسانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داوری» در حقوق شده‌اند. با این توضیح می‌توان از راه تنقیح مناط و وحدت ملاک، «حرمت نقض رأی قاضی» را به «حرمت نقض رأی داور» تسری داد.

نهایت اینکه، قضاوت و داوری در وضعیت کنونی قوانین کشور دارای ماهیت یکسانی هستند و همان‌گونه که قاضی در کشور ما موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر حقوقی و در صورت فقدان منابع قانونی و حقوقی، از منابع فقهی (مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی) استخراج کند و با آن‌ها تطبیق دهد، داوری نیز در وضعیت کنونی نوعی تطبیق موضوع اختلاف با قوانین یا با عدل و انصاف است و در این تطبیق بیش از هر چیز به کارشناسی و تخصص در جنبه موضوعی مورد اختلاف نیاز است و این کارشناسی^۱ و تخصص ممکن است در اختیار غیرمجتهد باشد، اما در اختیار مجتهد نباشد.

کارشناسی با قضاوت متفاوت است و کارشناس اخبار می‌کند، اما قاضی انشای رأی می‌کند. در وضعیت کنونی که قضات کشور مجتهد نیستند و استخراج حکم شرعی را انجام نمی‌دهند، در واقع، کارشناسی قوانین و مقررات را انجام می‌دهند و جنس کارشان از نوع کارشناسی است.

به عبارت بهتر، در نظام قضایی کنونی ایران، اصلاً ادله شرطیت اجتهاد شامل قاضی و داور نمی‌شود و این عدم شمول از این روست که قاضی و داور در جامعه امروزی و در نظام قضایی کنونی ایران بنا نیست اجتهاد کند، بلکه لازم است که حتی اگر مجتهد باشد، اجتهاد خود را کنار بگذارد و حکم دعوا را از خلال قوانین، رویه قضایی و در داوری از اصول منصفانه استخراج کند. بنابراین، استدلال به ادله پیش‌گفته توسط قائلان به لزوم اجتهاد از این رو اخص از مدعاست.

بنابراین، قضاوت و داوری ماهیتاً نه پیش از صدور رأی (که کار کارشناسی را قاضی و داور انجام می‌دهند) و نه در مرحله صدور رأی (که هر دو قضاوت و اعمال ولایت

می‌کنند) تفاوتی ندارند، بلکه تفاوت تنها در چگونگی انتخاب این دو فرد است که قاضی را حاکمیت منصوب می‌کند، اما داور (با اجازه شارع و قانونگذار و تنفیذ آن‌ها) از اراده طرفین، اعتبار و اختیار می‌یابد.

۶. فقدان حکم شرعی برای بحث قضاوت یا داوری شورایی

به‌رغم اینکه فقها با نگاه غیرحکومتی به مسئله قضاوت شورایی و جمعی اهتمام ورزیده و فروض و حالت‌هایی را برای این بحث مطرح کرده‌اند، به نظر می‌رسد بحث قضاوت شورایی در زمانی که حکومت اسلامی وجود دارد و مستقر است، یکی از شیوه‌های اجرایی اسلام شمرده می‌شود. این مسئله در عصر وجود حکومت اسلامی که فقیه جامع‌الشرایط به‌نحو مبسوط‌الید در آن حکمرانی می‌کند، از جمله مسائلی است که فاقد حکم شرعی مستقیم و صریح از ناحیه شارع است و چون در زمان‌های مختلف اقتضائات متفاوتی وجود دارد، اسلام این موضوع را در اختیار حاکمیت کشور اسلامی قرار داده است تا با توجه به نیاز مردم و اقتضائات موجود، نسبت به وجود سیستم وحدت یا تعدد قاضی تصمیم‌گیری کند. می‌توان گفت روایاتی هم که در بحث قضاوت شورایی وجود دارد، مربوط به شیوه اجرایی آن زمان است بدون اینکه در مقام بیان حکم شرعی به‌ویژه حکم دائم باشند^۹ و اینکه گفته شود اصل بر وحدت قضاوت یا داوری است و خروجش به سمت تعدد دلیل می‌خواهد یا برعکس اصل بر تعدد است و وحدت آن دلیل می‌خواهد، بی‌وجه است (علیدوست، ۱۳۹۸/۱/۱۷).

اینکه هر دادرسی و فصل خصومتی باید به‌صورت عادلانه و بحق صورت گیرد، حکم شرعی دائمی شمرده می‌شود، اما چگونگی و شیوه اجرا برای رسیدن به دادرسی یا داوری عادلانه در شرایط مختلف زمانی و مکانی در اختیار حاکم یا به تفویض وی، قانون مصوب مجلس است. به‌عبارت‌دیگر، وقتی بپذیریم که شیوه‌های اجرایی جزو احکام شرعی شمرده نمی‌شوند و متغیر هستند، در این صورت اختیارشان کاملاً با حاکم اسلامی یا نهادهای حاکمیتی که از جانب حاکم اسلامی درباره ضوابط اجرایی وجود دارند، خواهد بود. ممکن است زمانی به دلیل حجم بالای پرونده‌های قضایی برای اینکه سیستم قضاوت زیر نظر حکومت است، اصل را بر وحدت قرار دهند و زمانی که حجم پرونده‌ها کاهش یافت، برای دقت بیشتر اصل بر تعدد قاضی شود.

دقت در ادله‌ای که فقهای سترگ امامیه در تجویز حالت‌های مختلف قضاوت جمعی آورده‌اند، مبرهن توجه ایشان به این مطلب است. صاحب جواهر یکی از ادله جواز امکان صدور رأی به صورت اجتماعی و عدم صدور رأی در صورت عدم اجتماع را اصل جواز تقسیم کار بین قضات دانسته است و در ادامه دلیلی را ذکر می‌کند که نشان از توجه این فقیه بزرگ به جایگاه مقاصدی قضاوت که همان صدور حکم عادلانه و مطابق واقع است، دارد و می‌گوید این روش اضبط و اوثق است؛ یعنی دادرسی را دقیق‌تر و عادلانه‌تر می‌کند و بیشتر موافق احتیاط است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۶۰).

در فرض اجتماع همراه با استقلال و صلاحیت عام هر قاضی از لحاظ زمانی و مکانی هم ایشان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۶۰) ضمن استناد به اصل جواز، قضاوت را بدین دلیل که نیابت از طرف معصوم (علیه‌السلام) است و کلمات معصومان (علیهم‌السلام) در نصب عام یا خاص، مطلق است و اختیار فصل خصومت هم تابع اختیار نیابت‌دهنده و مقدار اختیاری است که وی به نایب می‌دهد و دلیلی بر محدودیت این اختیار از جانب ایشان نداریم، مجاز دانسته است.

واضح است اختیاری که معصوم (علیه‌السلام) برای اداره بهتر امور و رسیدگی به اختلافات مردم دارد، برای ولایت فقیه واجد شرایط نیز (که نیابت عامه از طرف معصومان (علیهم‌السلام) در عصر غیبت دارد و تمام اختیاراتی که در زمینه حکومت و سیاست برای پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) و ائمه (علیه‌السلام) ثابت است، برای فقیه واجد شرایط نیز ثابت است) وجود دارد و از جمله این امور می‌تواند تعیین سیستم تعدد قاضی در رسیدگی به برخی پرونده‌های خاص و صدور رأی بر مبنای ملاک نظر اکثریت و کنار گذاشتن نظر اقلیت باشد؛ همان‌گونه که در قوانین کنونی حکومت اسلامی ایران بدین شکل عمل شده است و در مقدمه اشاره شد.

بحث و نتیجه‌گیری

۱. جواز و مشروعیت تعدد قضاوت و داوری را می‌توان از ترک استتفصال امام (علیه‌السلام) در روایات داوودبن‌حصین برداشت کرد و پذیرش ملاک اکثریت را هم می‌توان از تعبیری مانند «کونه اضبط و اوثق» یا «أَعْدَلَهُمَا وَأَفْقَهُمَا» از روایات به دست آورد؛ زیرا با نگاه مقاصدی بر روایات می‌توان برداشت کرد که تأکید

تعبیر روایی بر صدور حکم مطابق عدالت و بر اساس حق است و در جایی که چند قاضی هم‌تراز به صورت شورایی فصل خصومت می‌کنند، نظر اکثریت دقیق‌تر و با عدالت سازگارتر است.

۲. متبادر از لفظ «حاکم» در کلام فقها، قاضی منصوب است، اما اطلاق به‌کاررفته در روایات شامل قاضی تحکیم یا داور نیز می‌شود؛ ضمن اینکه فقها برای هر حکم در مقام رفع خصومت (چه قضاوت و چه داوری) شأنیت واحد قائل شده‌اند، از این رو ادله مجوز قضاوت شورایی قابلیت تسری به داوری شورایی را دارد.
۳. قضاوت و داوری شورایی یکی از شیوه‌های اجرایی اسلام است و حکم شرعی ندارد و با توجه به اینکه در زمان‌های مختلف اقتضائات متفاوتی وجود دارد، اسلام این موضوع را در اختیار حاکمیت کشور اسلامی قرار داده است تا با توجه به نیاز مردم و اقتضائات موجود نسبت به وجود سیستم وحدت یا تعدد قاضی تصمیم‌گیری کند.

یادداشت‌ها

۱. «الخامس: يجوز ان يكون الحاكم اثنين اجماعا، كما جاز الواحد، فان اتفقا على الحكم، جاز. و لو مات احدهما، لم يحكم الآخر الا بعد الاتفاق عليه أو يعينوا غيره. و لو اختلفا، لم يمض الحكم حتى يتفقا... و كذا يجوز ان يكون الحاكم اكثر من اثنين اجماعا».
۲. «و يجوز ان يستند الحكم الى اثنين او اكثر مع ملاحظة الاجتماع بلاخلاف اجده فيه، بل في المنتهى الاجتماع عليه...».
۳. «التشريك بينهما في الجهة الواحدة على جهة الاجتماع على الحكم الواحد».
۴. «التشريك بينهما على ارادة كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاض».
۵. «لعدم وفاء الادلة في مشروعية ذلك فتبقى على أصالة العدم».
۶. «الظاهر عدم الخلاف في جواز نصب القاضيين في بلد واحد مع استقلال كل واحد في قطر».
۷. «ان الوجه الجواز للاصل و لان القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب».
۸. کارشناسی به معنای عام آن مدنظر است و نه کارشناسی به معنای خاص.
۹. البته این مسئله که شیوه‌های اجرایی اصلاً حکم شرعی نیستند یا حکم موقت مربوط به زمان خودشان هستند، قابل بررسی است (علیدوست، ۱۳۹۷/۱۲/۲۵) (<http://a-alidoost.ir/persian/lessons>).

کتابنامه

قرآن کریم.

- آملی، میرزاهاشم (۱۳۹۵ق). *مجمع الافکار و مطرح الانظار*. چاپ اول، قم: المطبعة العلمية.
- ابن بابویه (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه*. چاپ ۲، انتشارات اسلامی.
- ادیبی مهر، محمد؛ کشاورزی ولدای، مرتضی؛ و آقای دینانی رشیده (۱۳۹۰). *بررسی فقهی مشروعیت تعدد قاضی. حقوقی کیفری*.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جنیدی، لعیا (بهار ۱۳۸۰). *قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی. پژوهش‌نامه متین، شماره ۱۰*.
- حائری، سیدکاظم (۱۴۱۵ق). *القضاء فی الفقه الاسلامی*. چاپ اول، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی؛ و محمدی‌نسب، سیف‌الله (۱۳۹۰). *بررسی فقهی - حقوقی قضاوت جمعی. حقوق اسلامی، شماره ۳۰، صص ۷۷-۱۰۷*.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۲۱ق). *الوصائل الی الرسائل*. چاپ ۲، قم: مؤسسه عاشورا.
- حلی، ابن سرائر (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. چاپ ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق). *تحریرات فی الاصول*. چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق). *الفقه الاسلامی و ادلته، الجزء الثامن*. چاپ ۳، دمشق: دارالفکر.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). *نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء*. چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، الف). *تهذیب الاحکام*. چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، ب). *الخلافا*. چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد (۱۳۸۷ق). *المبسوط*. چاپ ۳، تهران: المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- طوسی، محمدبن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق). *الوسیلة الی نیل الفضیلة*. چاپ اول، قم.
- عاملی، سیدجواد (بی‌تا). *مفتاح الکرامه (ط - التقدیمه)*. چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). *مسالک الافهام*. چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- علامه حلی، حسن (بی تا). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*، چاپ اول، مشهد: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۲ق). *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*. چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه*. چاپ ۲، دفتر انتشارات اسلامی. علیدوست، ابوالقاسم (۹۷/۱۲/۱۲). *درس خارج فقه* (http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/alidoust_abolghasem/feqh).
- فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*. چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فخرالمحققین، محمد (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- کریمی، عباس؛ و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲). *حقوق داورى داخلی*. تهران: دادگستر.
- کشاوری، بهمن (۱۳۷۴). *نگرشی به قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب*. چاپ اول، نشر میزان.
- کلینی، محمد (۱۴۰۴ق). *الکافی*. چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق). *کتاب القضاء*. چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
- محقق حلی، نجم الدین (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*. چاپ ۲، مؤسسه اسماعیلیان.
- محمدی دانش، خلیل الله (۱۳۹۸). *نظام تعدد قاضی*. فقه و قضا، شماره ۲، صص ۷۵-۱۰۳.
- مدنی تبریزی، یوسف (۱۴۰۳ق). *دررالفوائد فی شرح الفرائد*. چاپ ۳، قم: مکتبه بصیرتی.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء*، چاپ ۲، بی جا.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*. چاپ ۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- ورعی، سیدجواد (پاییز ۱۴۰۰). *بررسی فقهی قضاوت شورایی*. نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال ۱۲، شماره ۲۴، ۱۹۲-۱۷۱.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۲ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۴ق). *موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، الجزء الرابع*. مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.



10.30497/sj.2023.244155.1234

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۲)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۴۳۳-۴۵۸

نقش فتوای اسهل در جایگاه فتوای معیار قانون‌گذاری

محمد مهدی شریعتی نژاد*

اصغر آقا مهدوی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

اصل ۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد که همه قوانین باید بر اساس موازین اسلام باشد و تشخیص آن بر عهده فقهای شورای نگهبان است. آنچه محل بحث واقع شده، فتوای معیار تطبیق قوانین با موازین شرعی با توجه به اختلاف فتاوی مجتهدان است. یکی از نظریات شایان طرح که تاکنون شرح و بسطی برای آن نیامده، نظریه فتوای اسهل است. نویسنده سعی دارد برای نخستین بار آن را در جایگاه فتوای معیار تبیین و نقد و بررسی کند. از جمله مبانی اصلی این نظریه، سهولت و تیسیر است. در این نوشتار که به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است، پس از تبیین و شرح نظریه فتوای اسهل، این نظریه با چندین ضابطه سنجیده و در نتیجه، روشن می‌شود که به علت عدم برخورداری از مبنای کافی در فقه امامیه و عدم بهره کافی از شاخصه‌هایی مانند جامعیت، مقبولیت میان فقها و توانایی کافی در حل مسائل، قوت لازم را از لحاظ قرارگیری به‌عنوان فتوای معیار تقنین ندارد، اما باید اذعان داشت که سهولت با توجه به جایگاه و اهمیتی که در بطن شریعت اسلام دارد، می‌تواند به‌عنوان ضابطه‌ای در راستای سنجش و شناسایی فتوای معیار به شمار آید.

واژگان کلیدی

شورای نگهبان؛ فتوای معیار؛ فتوای اسهل؛ قانون‌گذاری.

* دانشجوی کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
shariatinejad.77@gmail.com

** دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، تهران، ایران
mahdavi@isu.ac.ir

مقدمه

وجود قانون و مقررات در جوامع بشری از جمله ضروریاتی است که حیات جامعه بدان وابسته است. انقلاب اسلامی ایران به‌عنوان نقطه عطفی در تاریخ ایران، طلیعه تشکیل حکومت اسلامی بوده است که طبیعتاً تدوین قوانینی را مطابق با شریعت اسلام ایجاب می‌کند. فراتر از تصویب قوانین از سوی مجلس، نظارت بر آن در راستای تطبیق با موازین شریعت دارای اهمیت خاص است. اصل ۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد که «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

مطابق آنچه در جریان مذاکرات قانون اساسی آمده است، در راستای تحقق تطبیق قوانین مصوبه با شریعت اسلام، چند پیشنهاد از جمله نظارت فقیه اعلم، شورای فقها، شورای رهبری و... بر فرایند قانون‌گذاری مطرح شد و نمایندگان وقت تعدادی از آن‌ها را رد کردند تا اینکه نظریه تشکیل شورای نگهبان به تصویب رسید (اداره کل امور فرهنگی روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، صص. ۳۵۰-۳۴۷).

حال پرسش اصلی که از فرایند تطبیق قوانین با موازین شریعت اسلام درباره شورای نگهبان مطرح می‌شود، این است که با توجه به اختلاف نظر مجتهدان و مراجع تقلید شیعه در احکام و فتاوی، کدام نظر را باید ملاک قانون‌گذاری دانست؟ این پرسش آغازکننده بحث پرچالش فقهی با عنوان «فتوای معیار قانون‌گذاری» است. برای پاسخ به این پرسش، نظریات متفاوتی شایان طرح است که از جمله آن‌ها می‌توان به هشت احتمال اشاره داشت. ۱. فتوای ولی فقیه، ۲. فتوای مشهور فقها، ۳. فتوای فقیه اعلم، ۴. فتوای اسهل، ۵. فتوای احوط، ۶. فتوای هر یک از فقهای شیعه، ۷. فتوای بیشتر فقهای شورای نگهبان و ۸- کارآمدترین فتوا (ارسطا، ۱۳۹۵) که مهم‌ترین آن‌ها به شرح زیر است.

فتوای ولی فقیه: این نظریه بیان می‌دارد که معیار در قانون‌گذاری، فتوای ولی فقیه جامعه است و شورای نگهبان باید قوانین مصوب را با فتاوی ولی فقیه تطبیق دهد که دلیل آن، تمسک به اطلاق ادله ولایت فقیه مانند مقبوله عمر بن حنظله است (طوسی،

۱۴۰۷ق، ص. ۲۱۸).

فتوای مشهور فقها: بدین معنا که شورای نگهبان فتوای بیشتر فقها را ملاک خود در رد یا تأیید قوانین قرار دهد. دلایل اقامه‌شده بر این نظریه الف. تمسک به دلیل شهرت بما هی شهرت، ب. ظهور مقبوله عمر بن حنظله ج. استدلال به فرمایش میرزای نایینی مبنی بر اینکه اکثریت عندالدوران از اقوی مرجحات نوعیه است و د. تمسک به وسعت شعاع مشهور است (جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴، ص. ۲۲)

فتوای فقیه اعلم: طبق این نظریه فتوای ملاک شورای نگهبان، فتوای فقیه اعلم زمانه است که مبنای آن سیره عقلاست. در واقع بدین صورت است که عقلا در مسائل تخصصی رجوع به دانشمندان دارند و در صورت اختلاف نظر عالمان، به سراغ نظر اعلم آن‌ها می‌روند (سماواتی و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۹، ص. ۵۶)

فتوای کارآمد: فتوایی که دارای سه ضابطه باشد. الف. در تأمین مصالح و دفع مفسدات و حل مشکلات فردی و اجتماعی از دیگر فتوای قدرتمندتر باشد. ب. داشتن انسجام و هماهنگی بیشتر با فتوای‌ای که مبنای تدوین دیگر قوانین قرار باشند و ج. تا حد امکان طرف‌داران بیشتری میان فقها داشته باشد (ارسطا، ۱۳۹۸).

در میان نظریات مطرح‌شده فتوای معیار قانون‌گذاری، آنچه تاکنون تحلیل و تبیینی درباره‌اش صورت نگرفته، نظریه فتوای اسهل است. این مقاله درصدد است برای نخستین‌بار به تحلیل و بررسی ابعاد مختلف این نظریه بپردازد. نویسنده در این مقاله سعی دارد که به روش توصیفی-تحلیلی ابتدا مبانی نظریه فتوای اسهل را تبیین و مبدأ شکل‌گیری آن را ریشه‌یابی کند و در مرحله بعد، نظریه نام‌برده را در قامت فتوای معیار قانون‌گذاری مورد نقد و بررسی قرار دهد.

۱. پیشینه پژوهش

در تبیین و بررسی تعدادی از نظریات فتوای معیار، صاحب‌نظران این عرصه آثاری به نگارش درآورده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها به این قرار است. «فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلمیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)» (حاج‌زاده، ۱۳۹۴)، «فتوای معیار در قانون‌گذاری (ارسطا، ۱۳۹۸)، فتوای معیار در قانون‌گذاری (علی‌اکبریان، ۱۳۹۲)، «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر

مبنای فتوای مشهور» (جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴)، «فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی» (جهانگیری و بنایی خیرآبادی، ۱۴۰۰) و «چالش‌های تعیین فتوای معیار در قانون‌گذاری با توجه به آرای امام‌خمينی^(ره)» (سماواتی و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۹). پژوهش‌های نام‌برده هریک در راستای تبیین نظریه‌ای از جمله نظریات فتوای معیار نگارش یافته‌اند و سعی دارند پس از شرح مبنا، به تأیید یا رد آن پردازند.

همچنین از جمله مرجع‌هایی که به مستندات قاعده تسهیل که خود مبنایی برای فتوای اسهل به شمار می‌آید، می‌توان به آثاری مانند «قاعده تسهیل و نقش آن در استنباط احکام حج» (عندلیبی، ۱۳۹۶)، تعیین حدود مرز قاعده تساهل و تسامح در فقه اسلامی (اسداللهی، ۱۳۸۲) و سمحه و سهله بودن شریعت و نقش آن در استنباط احکام فقهی و حقوقی (گل‌افشانی، ۱۳۹۴) اشاره داشت.

در این پژوهش‌ها، نویسندگان به اثبات قاعده تسهیل به‌عنوان اصلی مهم و کلیدی در استنباط احکام پرداخته‌اند.

این مقاله درصدد است تا یکی از نظریات فتوای معیار قانون‌گذاری را که تا به حال شرح و نقدی درباره آن نیامده است، با عنوان فتوای اسهل مورد تبیین و بررسی قرار دهد و آن را در قامت فتوای معیار قانون‌گذاری بسنجد تا درنهایت، مشخص شود که آیا این مبنا می‌تواند به‌عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری در جامعه اسلامی حاکم شود یا خیر؟

۲. نظریه اختیار به ایسر

با بررسی نظریه فتوای اسهل و مطالعه تطبیقی آن با فقه عامه می‌توان اذعان داشت که این نظریه از حیث ساختار و ماهیت بسیار مشابه نظریه «اختیار ایسر در تقنین» است. لازم است پیش از پرداختن به نظریه فتوای اسهل در تقنین به تعریف و شرح تلفیق و تتبع رخص که بیشتر در میان فقهای متأخر اهل سنت مورد بحث و نظر بوده است پرداخته شود؛ زیرا درحقیقت، این دو مفهوم پایه و مبنای شکل‌گیری این نظریه‌اند.

۲-۱. تلفیق

تلفیق آن است که شخص از میان آرای مجتهدان یا مذاهب فقهی درباره مسئله‌ای به رأی‌ای قائل شود یا به‌گونه‌ای عمل کند که مطابق نظر هیچ‌کدام از مجتهدان یا مذاهب، صحیح نباشد (سماواتی و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۹، ص. ۵۴) بدین ترتیب، تلفیق اتیان به کیفیتی است که هیچ مجتهدی به آن قائل نباشد (حفناوی، ۱۴۱۵ق، ص. ۲۶۲) عده‌ای نیز تلفیق را همان تتبع رخص و عمل به آن از سر هوی و هوس تعریف می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ص. ۶۱).

۲-۲. تتبع رخص

تتبع رخص در فقه اهل سنت بدین معناست که مکلف از میان مسائلی که در مذاهب گوناگون رخ می‌دهد، رأی آسان‌تر را برگزیند (سبکی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۳۵۳) برخی دیگر آن را انتخاب حکم آسان‌تر از هر مذهب بدون توجه به دلیل تعریف کرده‌اند (جلالی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۴).

۲-۳. تلفیق و تتبع رخص از دیدگاه فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت در مسئله تتبع رخص دارای اختلاف نظرهایی با مواضعی برعکس و در مواردی با اختلافات بسیار زیاد با هم هستند.

عده‌ای از فقهای عامه تلفیق را مطلقاً باطل می‌دانند (ابن ملا فروخ، ۱۹۸۸م، ص. ۷۰؛ دسوقی المالکی، بی تا، ص. ۲۰) و برخی (ابن حجر الهیتمی، بی تا، ج ۷، ص. ۲۴۰؛ ابن عابدین، ۱۹۶۶م، ج ۳، ص. ۵۰۸) ادعا بر اجماع در منع از تلفیق دارند. دسته‌ای دیگر از علمای اهل سنت برخلاف دسته نخست، حکم به جواز مطلق تلفیق داده (ابن همام الحنفی، ۱۹۷۰م، ج ۷، ص. ۲۵۸؛ زرکشی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۲) و برخی دیگر از علما با شروط خاصی تلفیق را به صورت محدود پذیرفته‌اند مانند ابن حمزه سغدی (ابن ملا فروخ، ۱۹۸۸ق، ص. ۱۲۵)، رحیبانی (رحیبانی، ۱۹۹۴م، ص. ۳۹۱) و شیخ عبدالرحمان قلهود (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۰۸).

درباره تتبع رخص نیز باید اذعان داشت که از نظر بسیاری از فقهای اهل سنت مثل احمد بن حنبل و ابن صلاح شهرزوری (شهرزوری، ۱۴۰۷ق، صص. ۱۶۳-۱۶۲) باطل

است؛ به طوری که ابن حزم که از فقهای مشهور عامه، ادعای اجماع بر فسق کسانی که تتبع رخص را جایز بدانند، دارند (شاطبی، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۸۲). در مجموع، با بررسی‌های صورت گرفته در موضوع تلفیق و تتبع رخص مشخص می‌شود که این مسئله دارای اختلافات بسیار زیاد با موضع گیری‌های برعکس در فقه اهل سنت است. تتبع رخص از جانب عده‌ای از علمای اهل سنت جایز شمرده شده است، اما در میان بسیاری از علمای عامه مذموم است؛ به گونه‌ای که شخصی مانند ابن حزم ادعای اجماع بر فسق جایز شمارندگان آن دارد.

حاصل بحث‌های شکل گرفته در تلفیق و تتبع رخص، زمینه‌ای برای پیدایش نظریه‌ای به نام اختیار ایسر را در تقنین حکومت اسلامی از منظر فقه اهل سنت فراهم آورد و در واقع، از جمله نظریاتی است که با هدف حل مشکلات و پاسخ به نیازهای روز جامعه اهل سنت از طریق قانون گذاری بر مبنای فتوای آسان تر مطرح می‌شود. آنچه آینه تاریخ به ما نشان می‌دهد، نخستین بارقه‌های استفاده از این نظریه در حکومت عثمانی با پیدایش نیازها و مسائل جدید بود (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۱۶).

ایده پردازان این نظریه، تلفیق در قوانین جامعه اسلامی را به دو دلیل جایز می‌شمردند. ۱. حاکم «اولوالامر» است و در برابر ملت و مصالح جامعه مسئول و از نظر شرعی می‌تواند بر اساس مصلحت جامعه و افراد، یک نظر فقهی را انتخاب کند. ۲. تلفیق در این موارد مانند تلفیق در معاملات است که مبتنی بر صلاح و سعادت مردم و تلفیق در آن ممکن است (خویی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۸۳۶).

قائلان نظریه اختیار به ایسر در تقنین با هدف وضع قوانین کنترل شده در جامعه اسلامی اهل سنت، تلفیق را به صورت مطلق قبول نکرده و در واقع، پنج ضابط یا شرط مهم و اساسی را برای قانون گذاری بر فتوای آسان تر در نظر گرفته‌اند که می‌توان قدر جامع تمام ضوابط را در دو ضابطه خلاصه کرد.

۱. اجتهادی بودن مسئله و نبودن دلیل راجح برای آن.

۲. وجود ضرورت، نیاز، مصلحت یا عذری در آن مورد (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۳۱).

با بررسی اجمالی روشن می‌شود که نظریه فتوای اسهل نمونه مشابهی به نام نظریه اختیار ایسر در قانون گذاری اهل سنت دارد که تحت مبحثی به نام تلفیق و تتبع رخص قرار می‌گیرد. همان طور که روشن شد، مسئله تلفیق از جمله مباحث اختلافی در فقه

اهل سنت است که عده‌ای از علما آن را مطلقاً نمی‌پذیرند و ادعای اجماع بر آن دارند که به طریق اولی تتبع رخص را نیز نخواهند پذیرفت. آنچه با بررسی نظریه اختیار ایسر در تقنین به دست می‌آید، این است که این نظریه همان تتبع رخص، اما ضابطه‌مند شده است که خود از توابع مبحث تلفیقی شمرده می‌شود.

از جمله اشکالاتی که علمای عامه به بحث تلفیق می‌آورند می‌توان به اجماع، سد ذریعه، استدلال به نبود تلفیق در دوران صدر اسلام و زمان ائمه مذاهب، منجر شدن به احداث قول ثالث، منجر شدن به تتبع رخص و نبود دلیل شرعی بر جواز تلفیق اشاره داشت (سلیمی‌پور، ضیایی و مریوانی، ۱۳۹۹، صص. ۶۱-۵۷).

با آنچه تاکنون گفته شد، روشن می‌شود که تتبع رخص در واقعیت به دنبال راه فرار از احکام است که به مخاطب این اختیار را می‌دهد تا چنانچه در هر مورد از احکام فقهی که با مشکلی مواجه شد، در میان فتاوی موجود، آن فتوایی را انتخاب کند که راه فرار از آن مشکل را فراهم سازد. در واقع، با این نگاه سعی دارند دین را محدودکننده و دست‌وپاگیر فرض کنند و با نگاه عاریتی به دین، از الزامات آن شانه خالی کنند و در پی راه فرار باشند. روشن است که این نگاه با نظام دین‌محور مطابقت ندارد.

۳. نظریه فتوای اسهل

انسان دارای فطرتی آسان‌پذیر است و تشریح نیز از جانب خداوند متعال بر محور فطرت صورت می‌گیرد. احکام و قوانین جامعه باید مطابق و متناسب با فطرت انسان باشد و چنانچه جامعه قانون را محدودکننده و دشمن خود ببیند، برایش مشقت‌بار است و پس از مدتی موجب نارضایتی عمومی و پس زدن قانون می‌شود و درنهایت، تمام این‌ها منجر به اختلال در نظام اجتماعی کشور می‌شود که خود به‌گونه‌ای نقض غرض به شمار می‌آید؛ زیرا هدف از قانون‌گذاری، حاکم کردن نظم و ایجاد سیستمی فعال و درعین حال، ضابطه‌مند برای رسیدن جامعه به هدف مورد نظر است. با تکیه بر این مفروضات، ما می‌توانیم به حکمت‌های قانون‌گذاری بر مدار تسهیل پی ببریم.

همانا خداوند تبارک و تعالی که تنها قانون‌گذار عالم هستی است، شایسته و کامل‌ترین راه ممکن را برای قانون‌گذاری انتخاب می‌کند که هم مطابق فطرت انسان و هم تضمین‌کننده سعادت دنیوی و اخروی اوست. سهله و سمحه بودن شریعت از جمله

قواعد قطعی، پذیرفته شده و روح شریعت اسلام و فقه امامیه است که در قرآن کریم، احادیث و در کلام فقهای امامیه به آن اشاره شده است و بروز و ظهور آن را در موضوعات متعدد و برخی قواعد فقهی می توان مشاهده کرد که شرح آن خواهد آمد.

نظریه فتوای اسهل بیان می دارد که طبق اصل ۴ قانون اساسی، شایسته است شورای نگهبان در تصمیمات خود فتوای اسهل را به عنوان فتوای معیار قانون گذاری اخذ کند. بدین ترتیب، شورای نگهبان باید در هر موضوع از میان فتاوی موجود، ضمن لحاظ شاخصه هایی مانند مصالح جامعه، ضرورت ها و نیازهای روز، آسان ترین فتوای موجود با عنوان فتوای اسهل را ملاک قانون گذاری قرار دهد. طبیعتاً انتخاب فتوای آسان تر برای جامعه، در راستای مصلحت اجتماعی و نیل به اهداف زندگی اجتماعی بشر و ایجاد ساختار منظم است که معنا بخش قانون گذاری در جوامع است.

باید توجه داشت که صدور فتوای مستند به قاعده تسهیل نیازمند شناسایی معیار سهولت از دیدگاه شارع مقدس است تا فقیه در فرایند استنباطی خود بتواند بر اساس آن حکم صادر کند. آنچه در این مجال باید بدان توجه شود، این است که معیار سهولت در ابواب مختلف فقهی با هم تفاوت دارد و باید در هر باب با توجه به مدارک و ادله احکام به کشف معیارهای مورد توجه شارع در تسهیل ادای تکلیف در آن باب پرداخته شود. برای مثال، این گونه به نظر می رسد که معیار تسهیل در نماز عدم تکرار و اعاده و تصحیح نماز صورت گرفته توسط مکلف است مادامی که حداقل شرایط صحت را داشته باشد. همچنین، تسهیل در باب جهاد، جایز بودن عقب نشینی در صورتی است که به عنوان روش نظامی برای تهاجم یا پیوستن به گروهی برای کمک گرفتن از آنها برای ادامه مبارزه باشد (عندلیبی، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۱)

همان طور که گفته شد، در قانون گذاری سهولت باید در کنار مصلحت اندیشی به کار رود و از این بابت به هیچ وجه نمی توان آن را با سهل انگاری یکی پنداشت. پس سهولت در قانون گذاری به معنای تدوین قوانین سهل انگارانه نیست؛ زیرا در بسیاری از مواقع حاکمیت نیازمند جدیت و شدت در مواضع مربوط به خود است و دریغ از آن، دامن زدن به بی ثباتی و تضییع حق الناس است. برای مثال، کوتاهی و سماحت در مسائل امنیتی موجب ضرروزیان در عرصه همگانی و کلان می شود یا اینکه سهولت در اخذ حق الناس به گونه ای ظلم به مردمان است که شایسته نیست. درباره حقوق اجتماعی و برقراری

عدالت نیز همین‌گونه است؛ زیرا از جمله واجبات نظام است و جدیت در آن باعث برقراری عدالت می‌شود که خود اصلی مهم و اساسی است. در مجموع، باید اذعان داشت که منظور از لحاظ سهولت در قوانین، قرارگیری سهولت توأم با مصلحت‌اندیشی است که این خود به‌مثابه ملاکی برای اعمال آن در حوزه‌های مختلف است.

به‌هرحال، سهولت به‌عنوان اصلی مهم و کلیدی در نظریه فتوای اسهل مطرح است که لازمه اثبات این نظریه، ترجیح داشتن سهولت به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های صدور حکم از نظر فقه امامیه است که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

۳-۱. مبانی و مؤیدات ترجیح سهولت

۳-۱-۱. قاعده تسهیل

از جمله عناصر مهم اثبات و شکل‌گیری نظریه فتوای اسهل به‌عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری، قاعده سهولت یا تیسیر است که صاحب‌نظران و فقیهان با اصطلاح شریعت سهله و سمحه از آن یاد می‌کنند. تیسیر یا اصل سهولت در دین از جمله قواعد فراگیر و کاربردی در استنباط فقهی است که در عرصه‌های مختلف تاریخ فقه شیعه و اهل سنت مبنای بسیاری از نظریات و فتاوی فقهی علما بوده است و همچنان نیز بدان استدلال می‌شود.

از جمله اصول و قواعد جاری در اسلام، قاعده تیسیر یا اصل سهولت در دین است. این اصل همچون روحی حاکم بر قوانین و احکام اسلامی است. بدین معنا که از ناحیه جعل و تشریح، سهولت در بطن احکام اسلامی لحاظ شده است و در استنباط احکام نیز باید مورد توجه قرار گیرد و اعمال شود. پیامبر گرامی اسلام (صلی‌الله‌علیه و آله) دین اسلام را شریعت سهله و سمحه نام نهاده‌اند و بعثت و ارسال خویش را نیز بر آن می‌دانند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۹۴).

در اینجا باید اشاره داشت که حلقه اتصال قاعده تسهیل با نظریه فتوای اسهل این است که این قاعده از جمله مبانی اثبات نظریه فتوای اسهل قلمداد می‌شود. گفتنی است در این نوشتار، ثابت بودن قاعده‌ای به نام تسهیل با مستندات آیه‌ها، روایات، بنای عقلا و سیره عملی فقها به‌عنوان روحی برای شریعت اسلام مفروض مقاله بوده است و می‌توان اثبات آن را به‌طور تفصیلی در پژوهش‌هایی که در قسمت پیش گفته شده

است، مشاهده کرد که در نهایت، همگی در مقام استنباط توسط فقیه لحاظ خواهد شد (عندلیبی، ۱۳۹۶). با وجود این، در ابتدای بحث از نظریه، اشاره‌ای به معنا و بیان آیات و روایات دال بر سهولت و مؤیدات آن خواهیم داشت.

۳-۱-۲. معنی سهله و سمحه

سهل در لغت به معنای زمین هموار و مسطح (راغب اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۲۶۹)، نرمی و قلت خشونت (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۳۹۴) و آسان و مخالف سختی است (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۵۰۳؛ حموی، ۱۹۹۵م، ج ۳، ص. ۲۹۰).
 سمح نیز جمع سماح به معنای بسیار بخشنده است (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۴۹۸). زمانی که این واژه برای شریعت صفت واقع می‌شود، به معنای آسان بودن (معلوف، ۲۰۰۰م، ص. ۶۹۷) و نبود ضیق و حرج (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۳۷۴) و در واقع، هم‌وزن و هم‌معنای سهل است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۸۸).

۳-۲. تفاوت تسهیل با قاعده نفی عسر و حرج

یکی از مواردی که در این مقال باید مورد توجه قرار گیرد و از تصور به آن جلوگیری شود، یکسان دانستن قاعده تسهیل با قاعده نفی عسر و حرج است که برای تبیین بیشتر این مورد، ابتدا به تعریفی از قاعده عسر و حرج می‌پردازیم و تفاوت آن را با تسهیل بیان می‌کنیم.

عسر در لغت به معنای ضیق شدت و سختی (اسماعیل صینی، ۱۴۱۴ق، ص. ۷۹) و مقابل یسر (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ص. ۲۳۵) و حرج در لغت، فشار و زور معنوی ناشی از رنج و تکلف و تحمل مشقت است (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۴۷) یا اینکه عسر اعم از حرج است، در واقع عسر، هر موضوع مشکل و سختی است و حرج، سختی و مشکل شدید است (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۱۸۴). برخی نیز حرج را به معنی تنگ‌ترین تنگنا و «اضیق الضیق» دانسته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص. ۵۶۰).

قاعده نفی عسر و حرج از قواعدی است که در استنباط‌های فقهی کاربرد ویژه‌ای دارد و بدین معناست که چنانچه تکلیفی دارای درجه بالایی از مشقت باشد که عادتاً تحمل آن دشوار شود، آن تکلیف ساقط می‌شود.

تسهیل و نفی عسر و حرج چند تفاوت عمده با یکدیگر دارند که بدان اشاره می‌شود.

۱. قاعده نفی عسر و حرج رفع‌کننده احکامی مکشوف است. به این معنی که چنانچه حکم اولی برای مکلف موجب حرج شود، طبق این قاعده رفع می‌شود، اما تسهیل مثبت، آسان‌ترین تکلیف بر اساس معیارهای معتبر شارع در سهولت برای کشف حکم شرعی است. به بیان دیگر، در باب عسر و حرج معتقدیم اگر حکمی موجب عسر و حرج شود، آن حکم برداشته می‌شود. اما در تسهیل می‌گوییم که اساساً تمام احکام شریعت بر مبنای یسر و سهولت وضع شده است.

۲. قاعده تسهیل در فرایند استنباط دوم و تعارض بین ادله، به‌عنوان سنجه مورد استناد فقها قرار می‌گیرد، اما نفی عسر و حرج چنین کارایی‌ای ندارد.

۳. قاعده نفی عسر و حرج مخصص ادله احکام اولیه است، اما قاعده تسهیل در صورت جریان، حاکم بر این ادله است (عندلیبی، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۳).

۳-۳. آیات و روایات تسهیل

شایسته است در مسیر پرداختن به نظریه فتوای اسهل، نگاهی به آیات و روایاتی که بر تسهیل اشاره دارند، داشته باشیم.

۳-۳-۱. آیات

الف. «... یُریدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُریدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...» (بقره/۱۸۵)؛ ... خداوند برای شما آسانی می‌خواهد و نه دشواری را...».

بسیاری از فقها و مفسران از این آیه، سهولت در احکام دین را برداشت کرده‌اند (قرائتی، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۷؛ اداره کل امور فرهنگی روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص. ۱۰۴؛ طیب، ۱۳۶۹، ج ۴، ص. ۳۳۶؛ مغنیه، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۸۵) و برخی دلالت آن را در حوزه سهولت احکام روزه تفسیر کرده‌اند (کاشانی، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۰۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۳۷).

ب. «یُریدُ اللهُ أَنْ یخففَ عنکم و خُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا» (نساء/۲۸)؛ خداوند می‌خواهد بر شما

آسان گرداند؛ زیرا انسان ناتوان و ضعیف آفریده شده است».

در این آیه ضعیف بودن انسان به عنوان علت سهولت و تخفیف درباره ازدواج با زن‌ها و کنیزان است. باید گفت مفاد این آیه دارای جنبه‌ای عمومی و کلی است؛ یعنی تخفیف ناشی از ضعف انسان شامل دیگر احکام نیز می‌شود. به بیان دیگر، ناتوان و ضعیف بودن انسان علت اراده خداوند به تشریح مبتنی بر تخفیف برای اوست. آنچه از تفاسیر برمی‌آید، اشاره به همین نکته است (طیب، ۱۳۶۹، ج ۴، ص. ۶۰؛ کاشانی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص. ۴۹؛ طبرسی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص. ۵۸).

ج. «... ما یریدُ اللهُ لِیَجْعَلَ عَلَیْکُمْ مِنْ حَرَجٍ ... (مائده/۶)؛ خداوند نمی‌خواهد بر شما سختی و حرج قرار دهد».

این آیه مبارکه که مثبت قاعده لاجرح و دال بر سهولت در شریعت اسلام است، بیان می‌دارد که در تشریح احکام الهی هیچ حرجی وجود ندارد و اساس تشریح بر پایه سهولت و مادون طاقت انسان است. حرج به معنای ضیق (مجلسی، ۱۴۰۴، ص. ۹۹) و آیه بدین معناست که خداوند نمی‌خواهد بر شما حکمی را جعل کند که شما در تنگنا بیفتید.

برخی مفسران نیز عمومیت دلالت آیه بر رفع حرج و درنهایت، وجود سهولت در دیگر احکام اسلامی را تصریح داشته‌اند و معتقدند که وجود سختی در تعداد محدودی از احکام الهی مثل جهاد به علت خیر و مصلحت والای نهفته در آن است (مغنیه، ۱۴۲۴، ج ۳، ص. ۲۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۲۹۵).

هـ. لَا یُکَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا... (بقره/۲۸۶)؛ خداوند هیچ‌کس را مگر به اندازه توانایی‌اش تکلیف نمی‌کند».

وسع به معنی طاقت و توانایی (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۷، ص. ۲۱۷) و در واقع، طاقت انسان مانند ظرفی در نظر گرفته شده است که بیشتر از گنجایشش محتوا نمی‌پذیرد. خداوند نیز هیچ‌کس را تکلیف نمی‌کند مگر به اندازه طاقت و توانایی‌اش و احکام مشقت‌بار را بر انسان تکلیف نمی‌کند؛ همان‌طور که دین اسلام به اصطلاح شریعت سهله و سمحه است.

۳-۲. روایات

الف. حدیث داستان عثمان بن مظعون

«... يَا عُمَانُ لَمْ يُرْسَلِنِي اللَّهُ بِالرَّهْبَانِيَّةِ وَ لَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۰۶).

پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) به عثمان بن مظعون که دنیا را رها کرده، خودش را در تنگنا قرار داده و دائم مشغول عبادت بود، فرمودند «ای عثمان! خداوند مرا برای رهبانیت (زهدگرایی و ترک دنیا) نفرستاد، بلکه مرا به دین آسان و سازگار فرستاد». از متن این روایت مشخص است پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) دین اسلام را دینی سهله و سمحه یعنی آسان و سازگار معرفی می کنند.

ب. حدیث رفع

«رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةُ الْخَطَا وَالنِّسْيَانُ وَ مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ وَ مَا لَا يُطِيقُونَ ...» (ابن بابویه، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۶۱۷).

حررین عبدالله از امام صادق (علیه السلام) نقل می کند که پیامبر (صلی الله علیه و آله) فرمودند «از امت من نه چیز برداشته شده است؛ خطا، فراموشی، آنچه به آن مجبور شوند، آنچه نمی دانند، آنچه توانایی آن را ندارند و...».

در حدیث رفع نه شیء برداشته شده از جانب شارع، گواه و نشانه ای از سمحه و سهله بودن دین اسلام است و بدین ترتیب، از جمله مؤیدات قاعده سهولت است. در واقع، به گونه ای در شبهات تحریمیه و موضوعیه انسان را با شمه ای از سهولت مواجه می کند.

ج. حدیث اسماعیل جعفی

«سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) عَنِ الدِّينِ الَّذِي لَا يَسْعُ الْعِبَادَ جَهْلُهُ فَقَالَ الدِّينُ وَاسِعٌ وَ لَكِنَّ الْخَوَارِجَ ضَيَّقُوا عَلَيَّ أَنْفُسِهِمْ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۴۰۵).

در این روایت که از اسماعیل جعفی نقل شده، آمده است «از امام باقر (علیه السلام) پرسیدم از آن دینی که بر بندگان روا نیست نسبت به آن جاهل باشند (که بدانند آن چه دینی است)؟ امام فرمودند: دین وسیع است، ولی خوارج از روی نادانی خودشان بر خود تنگ گرفتند».

تعدادی دیگر از روایات، مستقیم به تیسیر و سهولت اشاره نکرده‌اند، اما از نظر مضمون به آن اشاره دارند.

الف. «فان الامام لان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبة؛ تا آنجا که می‌توانید مجازات‌ها را از مسلمانان بازدارید؛ زیرا اگر پیشوایی در بخشش خطا کند، بهتر از این است که در مجازات خطا کند (ابن ابی‌جمهور، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۹۴).
ب. «فَاعْظِمِهِمْ مِنْ عَفْوِكَ وَ صَفْحِكَ مِثْلَ الَّذِي تُحِبُّ وَ تَرْضَى أَنْ يُعْطِيَكَ اللَّهُ مِنْ عَفْوِهِ وَ صَفْحِهِ» (شریف‌الرضی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۲۸).

امیرالمؤمنین در عهدنامه مالک اشتر می‌فرماید «از عفو و بخشایش خویش نصیبشان ده، همان‌گونه که دوست داری خداوند از عفو و بخشایش خود تو را نصیب دهد؛ زیرا تو برتر از آن‌ها هستی». در اینجا عفو مصداق یسر است.

ج. «النَّدَامَةُ عَلَى الْعَفْوِ أَفْضَلُ وَ أَيْسَرُ مِنَ النَّدَامَةِ عَلَى الْعُقُوبَةِ» (کاشانی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۸)
امام‌صادق (علیه‌السلام) می‌فرماید «پشیمانی از گذشت، برتر و آسان‌تر از پشیمانی حاصل از کیفر دادن است». در اینجا عفو مصداق یسر و سهولت است، هرچند کلمه یسر به کار نرفته است، اما دلالت بر یسر و ترجیح جانب آن را دارد (طبرسی، ۱۳۸۵، ص. ۲۲۸).
در سه روایت اخیر، عفو مصداقی برای سهولت است و درحقیقت، به سهولت در عرصه اجرا و عمل اشاره دارد که به‌مثابه نشانه‌ای بر عدم انحصار سهولت به مقام تشریح قلمداد می‌شود.

همانا با در نظر گرفتن مجموعه‌ای از آیات و روایات، روشن می‌شود که شریعت اسلام مبتنی بر سهولت و یسر است و چنانچه فقیه در استنباط، به دو فتوایی که یکی از آن‌ها آسان‌تر از دیگری باشد، مواجه شود، براین‌اساس که فتوای آسان‌تر با مبنای شریعت سازگارتر است، می‌تواند سهولت را به‌مثابه وجهی برای ترجیح بر فتوای دیگر در نظر بگیرد. همان‌طور که فقهای عظامی مانند میرزای قمی و محقق بهبهانی در بررسی روایات متعارض، سهولت را به‌عنوان مرجح می‌شمارند (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص. ۱۶۴؛ بهبهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۷۲).

۳-۳-۳. جریان سهولت در موضوعات و قواعد مختلف فقهی

باید اذعان داشت سهولت روحی حاکم بر شریعت و احکام اسلامی است که به‌طور

خاص در فقه اسلامی بروز آن را در موضوعات متعددی مانند قواعد لاجرح، لاضرر، درء، ید، میسور، تسامح در ادله سنن، حدیث رفع، باب طهارت، باب صلات و موضوع تیمم، جهل و نسیان، اکراه، اصالة البرائة، اصالة الحلیه، اصالة الطهارة، اصالة الصّحة، سوق مسلمین و... می‌توان مشاهده کرد. همگی این موارد مؤیدی بر سماحت و سهولت مقررات اسلامی در مقام تشریح و عمل است. در واقع، این شیوه از جعل احکام توسط شارع، نشان‌دهنده اهمیت لحاظ و اعمال سهولت به‌عنوان اصل اساسی و مهم در قانون‌گذاری است.

۳-۴. ترجیح سهولت در حجیت اماره

از جمله مواضع اصولی که می‌توان در آن به ترجیح سهولت در صدور حکم اشاره داشت، مبحث حجیت امارات در فرض انفتاح باب علم است. این مبحث در کلام و آثار فقهای امامیه بارها آمده است. برای مثال، مرحوم علامه مظفر ضمن اشاره به اینکه مصلحت تسهیل از جمله مسلمات و بنای شریعت اسلام است، حجیت سهولت را در فرض انفتاح باب علم بیان می‌دارند (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۴۲). آیت‌الله خویی نیز در همین مسئله ضمن اشاره به شریعت سهله و سمحه و تأیید حجیت اماره بیان می‌دارند اگر تصور شود که شارع مصلحت تسهیل را بر مصلحت احکام واقعیه از دست‌رفته هنگام مخالفت اماره با واقع مقدم کند، نمی‌توان برای آن قبحی متصور شد. این مورد نیز مؤیدی دیگر بر ترجیح سهولت است.

امروزه پیشرفت جامعه بشری، گسترش فناوری، ارتباطات وسیع و پیدایش علوم جدید، سبک زندگی انسان را تغییر داده و موجب پیچیده شدن حیات، پیدایش نیازهای جدید و بیش‌ازپیش، خلأهای قانونی شده است که نیاز به تبیین قوانین تازه و متناسب را بیشتر و بیشتر می‌کند. واقع‌بینی، مصلحت‌اندیشی و سهولت از جمله شاخص‌های اصلی فتوای اسهل به‌عنوان فتوای معیار است که با انتخاب قوانین سهل و تأثیرگذار، دستاوردهایی از جمله رفع خلأها و نواقص موجود، پاسخ به نیازهای مستحدثه جامعه، تضمین ادامه حیات و در مواردی، امکان انعطاف و همراهی با قافله تمدنی بشر را دارد. تمام این‌ها نظریه فتوای اسهل را که مستنبط از روح شریعت اسلام است، به‌عنوان نظریه‌ای در فتوای معیار قانون‌گذاری به جامعه اسلامی معرفی می‌کند.

برخی صاحب‌نظران در آثار و پژوهش‌های خود با هدف اثبات قاعده سهولت در اسلام و بررسی جوانب مختلف آن از منظر فقه امامیه، درباره این قاعده اظهار داشته‌اند «سهولت در دین اصل حاکم است و می‌توان از آن در احکام فقهی و حقوقی استفاده کرد و باید به صورت قاعده‌ای کارساز و عملی در بعد اجتماعی و حقوقی مدنظر قرار گیرد. در مقرراتی که برای اصلاح جامعه در نظر گرفته می‌شود، اگر اصل سمحه و سهله در نظر گرفته شود، قوانین بسیار کارساز و عملی خواهد شد. در این صورت افراد جامعه نه تنها قانون را محدودکننده خود نمی‌بینند، بلکه جوانب مثبت این قانون روشن می‌شود. از این رو رغبت عمل به آن افزون خواهد شد» (گل‌افشانی، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۳).

با مطالبی که تا اینجا آمد، ضمن اشاره به سهولت به عنوان اصلی مهم و فراگیر در فقه امامیه، مواردی با عنوان مبانی و مؤیدات دال بر ترجیح آن در صدور حکم آمد و توضیحات لازم ارائه شد.

طبق نظریه فتوای اسهل، سهولت، قاعده‌ای فراگیر و کلیدی است که دلایل و مؤیداتی بر مرجح بودن آن دلالت دارند و به عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری مطرح می‌شود.

۴. نقد و تحلیل نظریه فتوای اسهل

بی‌شک آنچه می‌توان به عنوان اصلی اساسی و قاعده‌ای فراگیر در شریعت اسلام بدان اشاره کرد، سهله و سمحه بودن دین است که مستندات آن همان‌طور که گفته شد، آیات و روایات متعددی است که دلالت آن‌ها، انکار وجود روح سهولت را در شریعت غیرممکن می‌سازد. نظریه فتوای اسهل که بخش عمده‌ای از آن بر پایه این اصل بنا شده، دارای جوانب و نکات زیادی است که یک‌به‌یک به آن خواهیم پرداخت تا در نهایت، ببینیم که این نظریه می‌تواند به عنوان فتوای معیار بر باقی نظریات برتری یابد یا خیر؟ در ادامه، سعی می‌شود ضمن بررسی جوانب نظریه فتوای اسهل، آن را در تراز فتوای معیار بسنجیم تا ببینیم تا چه اندازه می‌تواند توقعات را به عنوان فتوای معیار پاسخ دهد.

۴-۱. نبود مبنای فقهی مناسب از نظر امامیه

مبحث تلفیق و تتبع رخص که بحث آن آمد، اختصاص به فقه اهل سنت دارد و فقهای شیعه نیز برای هیچ‌کدام اعتباری را قائل نیستند تا به واسطه آن بتوان نظریه فتوای اسهل را ثابت کرد. درباره فقه امامیه نیز باید گفت مبحث تبعیض در تقلید که تا اندازه‌ای مشابه تلفیق است، مطرح می‌شود که معنای آن، رجوع به یک مجتهد در مسئله‌ای و رجوع به مجتهدی دیگر در مسئله‌ای دیگر با وجود تساوی در شروط لازمه تقلید است. باید گفت با نظر به شهرت لزوم تقلید از فقیه اعلم در میان اصولیان، تبعیض در تقلید نمی‌تواند به‌عنوان مبنایی برای شکل‌گیری نظریه فتوای اسهل در فتوای معیار قانون‌گذاری مطرح شود و کارکردی مانند نقش مبحث تلفیق در شکل‌گیری نظریه اختیار ایسر در تقنین را داشته باشد.

در نتیجه، باید گفت اولاً، مباحث تلفیق و تتبع رخص از نظر فقهای امامیه اعتباری ندارد و افزون‌براین، در فقه امامیه مبنا و اساسی لازم و کافی که کارکردی مانند تلفیق داشته باشد که بتواند شالوده‌ای برای ساخت نظریه فتوای اسهل به‌عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری باشد، وجود ندارد. بنابراین، فتوای اسهل از این نظر توان رقابت با دیگر نظریات را نخواهد داشت.

۴-۲. جامعیت فتوای معیار

یکی از ضوابط فتوای معیار در قانون‌گذاری، جامعیت آن به‌عنوان الگویی در تقنین است؛ به‌گونه‌ای که بتوان بر آن به‌عنوان نمونه و سرمشق برای پاسخ به تمام مسائل جامعه تکیه زد. واضح است که در سهله و سمحه بودن شریعت نمی‌توان تشکیک کرد، اما از سوی دیگر، به محدودیت مرزهای سهولت نیز نمی‌توان بی‌توجه بود.

بی‌شک ابواب و مسائلی در فقه امامیه وجود دارد که سهولت در آنها جایی ندارد. این‌گونه مسائل از درجه اهمیت بالایی برخوردارند و شارع مقدس جدیت را در آنها اولویت می‌داند. از این دسته مسائلی که سهولت و تسامح در آنها راه ندارد، می‌توان به مواردی مانند اجرای حدود الهی، برقراری عدالت، حفظ اصول اساسی اسلام، امنیت ملی، افشای اسرار ملی، تضعیف جبهه حق، بدعت در دین، حفاظت از بیت‌المال، مقابله با ظالمان، محدود کردن آزادی، زیر پا گذاشتن حق‌الناس، وحدت ملی، اضلال، معارضه

با نظام اسلامی، تحریف حق و... اشاره کرد. بی‌شک اتخاذ سیاست سهولت در این موارد و در کل مواردی که جدیت در آن‌ها شرط عمل است، خود می‌تواند برهم‌زننده نظم و نقض غرض از قانون‌گذاری باشد. اکنون پرسش مطرح این است که فتوای اسهل به‌عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری، در این‌گونه مسائل که موارد محدودی از آن‌ها گفته شد، چه الگو و معیاری در اختیار قانون‌گذار قرار می‌دهد؟ آیا باز هم معتقد است که باید در این مسائل نیز قانون اسهل حکم‌فرما باشد؟

به نظر می‌رسد نظریه فتوای اسهل در این دسته از مسائل نتواند آن‌طور که شایسته است، راهکار و الگویی مناسب ارائه دهد. جامعیت در پاسخ به مسائل و نیازهای جامعه از جمله ضوابط اولیه فتوای معیار است و در واقعیت تا زمانی که فتوای معیار دیگری بتواند در این زمینه مفیدتر از دیگر فتاوی معیار ایفای نقش کند، بر آن‌ها رجحان دارد. بنابراین، می‌توان گفت فتوای معیار دیگر در ارائه راه‌حل جامع در راستای قانون‌گذاری از نظریه فتوای اسهل کارآمدتر هستند.

۴-۳. شاذ نبودن فتوا

یکی از ضابطه‌های فتوای معیار در قانون‌گذاری این است که شاذ نباشد. مقصود از فتوای شاذ، فتوایی است که در میان فقهای امامیه طرف‌داران بسیار کمی دارد و به‌گونه‌ای غریب به شمار می‌آید. همان‌طور که در نصوص دینی و متون کتاب‌های فقهی ما آمده، از فتاوی شاذ نهی و امر به ترک آن شده است (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۷۴). آنچه در این مقام باید بررسی شود، این است که آیا فتوای اسهل نیز چنین ضابطه‌ای در خود دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت تضمینی برای وجود این ضابطه درباره فتوای اسهل نیست و چه‌بسا در تعدادی موارد موجب دامن زدن به فتوای شاذ شود؛ زیرا در برخی از موارد، انتخاب آسان‌ترین فتوا عملاً مساوی است با انتخاب فتوای شاذ. بنابراین، تحقق کامل این ضابطه در فتوای اسهل منتفی است و همچنان نمی‌توانیم ترجیحی برای معیار فتوای اسهل نسبت به دیگر نظریات فتوای معیار قائل شویم.

۴-۴. نقش فتوای معیار در حل مشکلات جامعه

یکی دیگر از ضوابطی که برای فتوای معیار گفته می‌شود، این است که فتوای معیار باید

در تأمین مصالح و دفع مفسد و در نتیجه، حل مشکلات فردی و اجتماعی قدرتمندتر از دیگر فتاویٰ باشد. این فتوا باید در چهارچوب موازین فقهی اعم از موازین اصولی، رجالی و کلامی توان پاسخ به مشکلات جامعه را داشته باشد. بی‌شک سهولت از جمله شاخص‌هایی است که به اجرای بهتر و تأمین مصالح و دفع مفسد کمک زیادی می‌کند، اما به‌هیچ‌وجه نمی‌توان اظهار داشت که معیاری کافی برای تأمین مصالح و دفع مفسد است. همان‌طور که پیش‌تر هم اشاره شد، شمولیت سهولت در قوانین بی‌حدومرز نیست و بسیاری از اوقات، قانون برای اینکه تضمین‌کننده تأمین مصلحت عمومی یا دفع مفسد باشد، باید ویژگی‌هایی مانند شدت و قطعیت داشته باشد. به‌طور کلی، قانون باید کارآمد باشد و با توجه به موقعیت‌ها و ظرفیت‌های گوناگون، بهترین راه‌حل ممکن را ارائه دهد. ما معتقدیم که سهولت به‌عنوان یک ضابطه در پاسخ به نیازهای جامعه مؤثر است، اما از جانب دیگر هم معتقدیم که آسان‌ترین فتوا و به‌اصطلاح «فتاویٰ اسهل» به‌عنوان فتاویٰ معیار در قانون‌گذاری به‌تنهایی قابلیت تأمین ویژگی‌های مورد نظر و حل تمام مشکلات جامعه را ندارد. با تبیین ضوابط مزبور، برداشت می‌شود که این نظریه نمی‌تواند انتظارات مطرح از فتاویٰ معیار را برآورده سازد و در خاتمه باید بیان داشت که فتاویٰ اسهل را نمی‌توان فتوایی قدرتمند در مقایسه با دیگر نظریات فتاویٰ معیار به‌شمار آورد.

۵. سهولت به‌مثابه یک مهم

همان‌طور که در مباحث گذشته به‌طور مفصل آمد، سهولت در اسلام حقیقتی انکارناپذیر است که نمود آن به‌وفور در کلام فقها در جریان استنباط احکام مشاهده می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۷۵۰؛ علم‌الهدی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۶). نقل است که مرحوم صاحب جواهر در روزی که شیخ انصاری را به‌عنوان مرجع بعد از خود اعلام کردند، در توصیه به ایشان فرمودند «قلل من احتیاطاتک یا شیخ فان الشریعة سمحة سهلة» (انصاری، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۱۸).

در اینجا خالی از لطف نیست که اشاره شود این قاعده به‌صورت ویژه مورد توجه فقیه بزرگوار، محقق اردبیلی قرار گرفته است. افزون‌بر اینکه ایشان از جمله فقهای معتقد به فقه سنتی بوده‌اند، منهج و طریقه استنباط ایشان بر اساس سهولت در دین اسلام در

فقه امامیه به‌عنوان ویژگی بارز و برجسته‌ای در کتاب‌های فقهی و آثار ایشان شناخته می‌شود. محقق اردبیلی با در نظر گرفتن و لحاظ این اصل، سعی داشت که در جای‌جای استدلال‌های فقهی خود با استناد به سهولت در اسلام، احکامی ساده وضع کند که البته این به معنی سهل‌انگاری نیست. شرح و تفصیل چگونگی بهره‌گیری از سهولت در صدور احکام و تشریح مسائل و ابواب آن، مجالی تفصیلی می‌طلبد که در این بخش به بیان عناوین برخی از آنها اکتفا می‌شود. برای مثال، ابواب و مسائلی مانند حکم غسل جنابت در ماه رمضان، غسل جمعه، ماهیت قصد و نیت، طهارت با آب استنجا، طهارت با آب قلیل، مسح، احکام مربوط به قبله، حجاب بانوان در نماز، حجر انسان سفیه با حکم حاکم و بسیاری از مسائل دیگر از جمله محل‌هایی است که این فقیه بزرگوار با استناد به شریعت سهله و سمحه احکامی را صادر کرده‌اند.

برخی صاحب‌نظران در توصیف این عالم بزرگوار آورده‌اند «مرحوم اردبیلی به این نکته متوجه بوده‌اند که احکامی را که برای تسهیل تشریح شده‌اند، نباید چندان در پیچ‌وخم تضییق افکند که فلسفه تشریح را محو یا کم‌رنگ کند. احکامی مانند حواله تطهیر به غیر آب (تیمم) و ده‌ها حکم دیگر برای تسهیل زندگی مردم مقرر شده‌اند و فقیهان با توجه به مبنا و فلسفه مسلم تشریح باید تلاش در گره‌گشایی داشته باشند و نه سخت‌گیری و مشکل‌آفرینی» (مبانی فقهی محقق اردبیلی، ۱۳۷۱، ص. ۸۴).

درست است که نظریه فتوای اسهل به‌عنوان نظریه‌ای مستقل نمی‌تواند در جایگاه فتوای معیار انتظارات را برآورده سازد، اما می‌تواند نشان‌دهنده منظری از اهمیت سهولت در فقه و قوانین اسلامی باشد که ثمرهای مثبتی در عرصه قانون‌گذاری در پی دارد. درحقیقت، سهولت با این درجه از اهمیت به‌مثابه ضابطه‌ای در کنار دیگر ضوابط مورد نیاز در شناسایی فتوای معیار و تدوین قوانین مفید فایده است. سهولت هم می‌تواند ضابطه‌ای برای شناسایی فتوای معیار مطلوب به شمار آید. همان‌طور که در ابتدای نوشتار هم اشاره شد، «فتوای کارآمد» یک مورد از نظریات مطرح‌شده برای فتوای معیار قانون‌گذاری است. با مطالعه این نظریه مشخص می‌شود که افزون بر داشتن شاخص‌های فتوای معیار قانون‌گذاری، ضابطه سهولت نیز در آن لحاظ شده است. از این رو با توجه به اینکه سهولت را نیز از جمله ضوابط فتوای معیار به شمار آوردیم، می‌توان آن را از جمله گزینه‌های جدی و مطلوب برای فتوای معیار

قانون‌گذاری به شمار آورد.

لحاظ سهولت از جمله مبانی ریشه‌ای و مهم در شریعت اسلام است که مجموعه‌ای از آیات قرآن کریم، روایات منقول از ائمه اطهار و مؤیداتی مانند قواعد فقهی مستنبط از سهولت که در قسمت‌های گذشته مقاله به تفصیل به آن‌ها اشاره شد، همگی گواه این حقیقت است.

سهولت به‌عنوان روحی در بطن شریعت، با ظرفیتی قابل‌اهتمام، در استنباط احکام نقش کلیدی و کاربردی دارد که نباید از آن غافل بود.

بحث و نتیجه‌گیری

با بررسی مسائلی که تا به اینجا آمد، نتایج بحث موارد زیر است.

- طبق قانون اساسی قوانین باید مطابق با موازین شریعت باشد که فقهای شورای نگهبان عهده‌دار این تطبیق هستند. اختلاف فتاوی مجتهدان از سویی و نیازمندی به معیار صالح و مناسب تقنین از سوی دیگر، موجب پدید آمدن نظریاتی در باب فتوای معیار قانون‌گذاری می‌شود. یکی از این نظریات، فتوای اسهل است که از جمله مبانی آن می‌توان به قاعده تیسیر و شریعت سهله و سمحه اشاره کرد.
- نمونه مشابه فتوای اسهل را باید در فقه اهل سنت در باب تلفیق و تتبع رخص جست‌وجو کرد. این دو از جمله مسائل متأخر و بسیار اختلافی در فقه اهل سنت است که حتی عده‌ای از علمای عامه نیز ادعای اجماع بر بطلان تلفیق و به طریق اولی تتبع رخص داشته‌اند.
- آیات، روایات و مؤیدات بر این دلالت دارند که شریعت اسلام سهله و سمحه است که سهولت مانند روحی در احکامش است و هم در مقام تشریح و هم در عرصه عمل لحاظ شده است. این قاعده به‌عنوان مرجحی در تعارض ادله شناخته می‌شود.
- نبود مبنای فقهی مناسب از جمله نقدهایی است که به این نظریه وارد می‌آید. در این باره باید اذعان داشت که در فقه امامیه، مبنا و اساسی لازم و کافی که کارکردی مانند تلفیق داشته باشد که بتواند شالوده‌ای برای ساخت نظریه فتوای اسهل به‌عنوان فتوای معیار قانون‌گذاری باشد، وجود ندارد.

- جامعیت در پاسخ به نیازهای جامعه از جمله ضابطه‌های فتوای معیار است. با توجه به اینکه سهولت در فقه امامیه دارای حدودمرز است و نمی‌توان تنها ضابطه آسان بودن را برای پاسخ به نیازها کافی قلمداد کرد، فتوای اسهل نمی‌تواند الگوی جامعی در پاسخ به نیازها باشد.
 - از دیگر ضوابط فتوای معیار در قانون‌گذاری، شاذ نبودن آن است. باید گفت تضمینی برای تأمین این ضابطه درباره فتوای اسهل وجود ندارد و چه‌بسا در بسیاری موارد موجب دامن زدن به فتوای شاذ شود.
 - فتوای اسهل در حل مشکلات، کسب مصالح و دفع مفاسد که از جمله ضوابط فتوای معیار به شمار می‌آید، تا حدی مؤثر است، اما نمی‌توان گفت این نظریه در قانون‌گذاری به‌تنهایی قابلیت تأمین ویژگی‌های مورد نظر و حل و فصل تمام مشکلات جامعه را دارد.
- درنهایت، اینکه سهولت اصلی اساسی، زنده و کاربردی در قانون‌گذاری به شمار می‌آید، موضوعی انکارناپذیر است که با ایفای نقش خود می‌تواند به حل بسیاری از مشکلات جامعه اسلامی کمک شایانی کند، اما ما معتقدیم که نظریه فتوای اسهل که مبتنی بر اصل سهولت است، به‌طور مستقل شرایط لازم برای قرارگیری در جایگاه فتوای معیار را ندارد. به‌عبارت‌دیگر، به اصل سهولت باید به‌عنوان مرجحی در انتخاب فتوای معیار قانون‌گذاری نگاه شود نه اینکه به‌طور مستقل و به‌تنهایی معیار قانون‌گذاری تلقی شود.

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن ابی‌جمهور، محمدبن‌زین‌الدین (بی‌تا). *عوالی‌الثالی‌العزیزیه فی‌الاحادیث‌الدینیة* (مجتبی عراقی و شهاب‌الدین مرعشی، تصحیح و تنظیم). مؤسسه سیدالشهدا (علیه‌السلام).
ابن اثیر، مبارک‌بن‌محمد (۱۳۶۷). *النهاية فی غریب‌الحديث والاشتر*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

ابن بابویه، محمدبن‌علی (۱۳۶۲). *الخصال*. قم: جامعه مدرسین.

ابن حجر الهیتمی، حمد بن محمد بن علی (بی تا). تحفة المحتاج فی شرح المنهاج. المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد.

ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین الدمشقی الحنفی. (۱۹۶۶م). رد المحتار علی الدر المختار. شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده بمصر.

ابن ملا فروخ، محمد عبدالعظیم (۱۹۸۸م). القول السدید فی بعض مسائل الاجتهاد والتقلید. الكويت: دار الدعوة.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.

ابن همام الحنفی، محمد بن عبدالواحد السیواسی (۱۹۷۰م). فتح القدر علی الهدایة. شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده بمصر.

اداره كل امور فرهنگي روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران.

ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۵). احتمالات هشت گانه فتوای معیار در قانون گذاری. بازیابی از <https://b2n.ir/x77029>.

ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۸). فتوای معیار در قانون گذاری. فقه حکومتی، ۷(۴)، ۸۲-۵۵. بازیابی از <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1722325>.

اسداللهی، طاهره (۱۳۸۲). تعیین حد و مرز قاعده تساهل و تسامح در فقه اسلامی (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه قم، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.

اسماعیل صینی، محمود (۱۴۱۴ق). المکنز العربی المعاصر. بیروت: مكتبة لبنان.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰ق). المكاسب (سید محمد کلانتر، تحقیق و تعلیق). قم: دارالکتاب.

بستانی، فؤاد افرام (۱۳۷۵). فرهنگ ابجدی. تهران: اسلامی.

بنیاد دائرة المعارف اسلامی (۱۳۶۶).

بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۹ق). الحاشیة علی مدارک الاحکام. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

جلالی زاده، جلال (۱۳۸۷). مبادئ و اصطلاحات اصول فقه. تهران: احسان.

جهاندوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۴). امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای فتوای مشهور.

پژوهش نامه میان رشته ای فقهی، ۷(۴)، ۲۶-۵. بازیابی از

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1391631>

جهانگیری، محسن؛ و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی. *آموزه‌های فقه مدنی*، ۲۳(۱۲)، ۹۱-۱۱۸. بازیابی از

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1768908>

حاج‌زاده، هادی (۱۳۹۴). فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلمیت در منظومه فقه حکومتی شیعه). *فقه و اصول*، ۱۰۲(۴۷)،

۵۹-۸۸. بازیابی از <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1094545>

حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل‌الشیعه*. قم.

حفاوی، محمد (۱۴۱۵ق). *تبصیرالنجباء بحقیقه الاجتهاد والتقلید والتلفیق والافتاء*. دارالحدیث.

حموی، یاقوت‌بن عبدالله (۱۹۹۵م). *معجم‌البلدان*. بیروت: دار صادر.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مصباح‌الاصول*. قم: مؤسسه احیاء آثار السیدالخویی.

دسوقی المالکی، محمدبن احمدبن عرفه (بی‌تا). *حاشیه‌الدسوقی علی‌الشرح‌الکبیر*. دارالفکر.

راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد (۱۳۷۴). *ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن*. تهران:

مرتضوی.

رحیبانی، مصطفی‌بن سعدبن عبده السیوطی (۱۹۹۴م). *اولی‌النهی فی شرح غایة‌المنتهی*.

المکتب‌الاسلامی.

زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق). *الفقه‌الاسلامی و ادلته*. سوریه: دارالفکر سوریه.

زرکشی، محمدبن بهادر (۱۴۱۳ق). *البحر‌المحیط فی اصول‌الفقه*. کویت: دارالصفوه.

زوری، محمد (۱۴۱۹ق). *ارشاد‌لاذهان الی تفسیرالقرآن*. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

سبکی، عبدالوهاب‌بن علی (۱۴۲۴ق). *جمع‌الجوامع*. بیروت: دارالکتب‌العلمیه.

سلیمی‌پور، عبدالوهاب؛ ضیایی، محمدعادل؛ و مریوانی، ناصر (۱۳۹۹). حکم فقهی تلفیق فتوا

در مذاهب اربعه اهل سنت. *فقه و اصول*، ۱۲۲(۵۲)، ۵۱-۷۲. بازیابی از

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1724806>.

سماواتی، عباس؛ و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۹). چالش‌های تعیین فتوای معیار در

قانون‌گذاری با توجه به آرای امام‌خمینی (س). *پژوهش‌نامه متین*، ۱۱(۲۲)، ۳۹-۶۱. بازیابی از

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1745855>.

شاطبی، ابراهیم‌بن موسی (۱۹۹۷م). *الموافقات*. دار ابن عفان.

شریف الرضی، محمدبن حسین (۱۴۱۴ق). *نهج‌البلاغه (للصیحی صالح)*. قم.

شهرزوری، ابن صلاح (۱۴۰۷ق). *ادب‌المفتی والمستفتی*. لبنان: چاپ موفق‌بن عبدالله‌بن عبدالقادر.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۷۹). *رسائل الشَّهيد الثاني*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

طبرسی، علی بن حسن (۱۳۸۵). *مشكاة الانوار فی غرر الاخبار*. نجف.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: ناصر خسرو.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۲ق). *تفسیر جوامع الجامع*. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.

طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵). *مجمع البحرین*. تهران: مرتضوی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام* (حسن خراسان، تحقیق). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

طیب، عبدالحسین (۱۳۶۹). *اطیب البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: اسلام.

علم الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۷ق). *رابطة الثقافة والعلاقات الاسلامیه*.

علی اکبریان، حسن علی (۱۳۹۲). *فتوای معیار در قانون‌گذاری*. دین و قانون، ۲(۱)، ۹۷-۱۱۶. بازیابی از <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1070173>

عندلیبی، رضا (۱۳۹۶). *قاعده «تسهیل» و نقش آن در استنباط احکام حج*. پژوهش‌نامه حج و زیارت، ۳(۲)، ۱۳۰-۱۰۷. بازیابی از <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1342930>

فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*. قم: مؤسسه دارالهجرة.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۱۵ق) *تفسیر الصافی*. تهران: مکتبه الصدر.

قرائتی، محسن (۱۳۸۸). *تفسیر نور*. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.

قرشی، علی اکبر (۱۳۷۱). *قاموس قرآن*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

کاشانی، فتح‌الله بن شکرالله (۱۴۲۳ق). *زبدة التفاسیر*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

گل افشانی، نرگس (۱۳۹۴). *سمحه و سهله بودن شریعت و نقش آن در استنباط احکام فقهی و حقوقی* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده اصول‌الدین، دانشگاه اصول‌الدین مرکز قم.

مبانی فقهی محقق اردبیلی (۱) اصل سهولت. (۱۳۷۱). *حوزه*، ۳(۹)، ۸۵-۶۰. بازیابی از <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1682016>

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۴ق). *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق). *اصول الفقه*. قم: طبع انتشارات اسلامی.
- معلوف، لويس (۲۰۰۰م). *المنجد في اللغة العربية المعاصرة*. بيروت: دارالمشرق.
- مغنيه، محمدجواد (۱۴۲۴ق). *التفسير الكاشف*. قم: دارالكتاب الاسلامی.
- مكارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱). *تفسير نمونه*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ملکی اصفهانی، مجتبی (۱۳۷۹). *فرهنگ اصطلاحات اصول*. قم: عالمه.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۵). *غنائم الايام في مسائل الحلال والحرام*. قم: مکتب الاعلام الاسلامی مرکز النشر.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵). *عوائد الايام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر مردم

مهدی منتظر قائم*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

بنا بر یک نظر، فقها در سه حوزه تقنین، قضاوت و زعامت، بر مردم ولایت دارند. از آنجاکه اعمال ولایت نیازمند کار فقهی و عرفی است، اینان در مسیر اعمال ولایت گاه از تخصص فقهی‌شان استفاده می‌کنند و گاه به امور عرفی مشغول می‌شوند. با تحلیل «ولایت» در هر سه قلمرو و تفکیک «فقاها» از «اشتغال به امور عرفی غیرفقاها» می‌توان به این پرسش پاسخ داد که هریک از این دو شأن و حیثیت فقها چه نقشی در اعمال ولایت دارد و کاربرد هر کدام چقدر است. توجه به اینکه فقهای که ولایت دارند، چقدر به «استنباط احکام کلی از ادله» و چقدر به «مراجعه به عرف» نیازمندند، از تداخل مسئولیت‌ها می‌کاهد و به تقسیم کار منجر می‌شود. با این تحقیق بنیادی به روش توصیفی-تحلیلی در سه حوزه ولایی تقنین، قضاوت و زعامت می‌توان به این نتیجه رسید که فقها امروزه در مقام قضاوت و زعامت محدود (مانند سرپرستی کودکان بی سرپرست) و زعامت عام (رهبری و مدیریت جامعه که شامل تقنین نیز می‌شود)، اغلب به امور عرفی غیرفقاها اشتغال دارند و از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند و به‌ندرت به شأن فقاها خود نیاز می‌یابند. بنابراین، در اعمال ولایت فقها بر مردم، کاربرد امور عرفی بسیار بیش از کاربرد فقاها است.

واژگان کلیدی

قضاوت؛ امور حسبه؛ ولایت فقیه؛ کاربرد عرف در قضاوت؛ کاربرد عرف در ولایت.

* دانشیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

مقدمه

فقه‌ها افرادی هستند که مراحل لازم برای فقاہت را گذرانده‌اند. اینان از این‌رو که فقیه‌اند، به استنباط احکام کلی از ادله مشغول و از این‌رو که یکی از افراد جامعه‌اند، می‌توانند در امور عرفی عام یا خاص نظر بدهند و مثل عرف عمل کنند. بنابراین، فقه‌ها دو شأن دارند که هرکدام در جای خودش کارایی دارد. تفکیک این دو شأن از این‌رو مهم است که روشن می‌کند کدام‌یک از کارهای فقه‌ها ناشی از شأن فقهی و کدام کارشان ناشی از شأن عرفی آنان است. بنا بر اینکه فقه‌ها ولی هستند و بر بعضی از امور و افراد ولایت دارند، با توجه به تفکیک این دو شأن می‌توان ولایتشان را مورد بررسی قرار داد. در این بررسی می‌توان به این پرسش پاسخ داد که اینان در اعمال ولایت خود، در چه مواردی به شأن فقهی خود نیازمندند و در چه مواردی از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند و به تشخیص عرفی‌شان عمل می‌کنند.

برای تبیین بیشتر مسئله لازم است توجه شود که «فقه»، بنا بر محکم‌ترین تعریف مشهور، علم به احکام شرعی فرعی از طریق ادله تفصیلی است (مشکینی، ۱۳۹۲ق، ص. ۴۲۷) و «ولایت» در بسیاری از روایات و کلمات فقه‌ها درباره ولایت بر شخص یا شیء به معنای انجام دادن امور آن و تسلط بر آن و تصرف در آن به کار رفته است (مشکینی، ۱۳۹۲ق، ص. ۶۰۸). درباره «شئون فقه‌ها»، به معنای وظایف یا مناصب فقه‌ها اختلاف نظر است. به نظر بعضی از آنان، از آنجاکه کارهای پیامبر، تبلیغ، امامت (مثل جهاد و تصرف در بیت‌المال) و قضاوت (مثل فصل خصومت) است (عاملی، ۱۴۳۰ق، ج ۱۵، ص. ۱۳۱)، «فقیه» نیز سه شأن دارد؛ شأن فتوا دادن، منصب قضاوت و زعامت در امور سیاسی شرعی (خمینی، ۱۴۲۶، ص. ۵). بعضی از فقه‌ها قلمرو ولایت فقیه را با تفصیل بیشتری بیان کرده‌اند (مکارم، ۱۴۱۳ق، صص. ۴۴۷-۴۴۶). بدون تردید فقه‌ها در اعمال ولایت در این سه حوزه در مواردی به احکام شرعی و در مواردی به امور عرفی نیازمندند. هر جا به استنباط احکام کلی از ادله نیاز شد، به فقاہت می‌پردازند و شأن و جنبه فقهی خود را به کار می‌گیرند و هر وقت برای تدبیر جامعه به امور عرفی نیاز شد، از فهم و تجربه و شأن عرفی خود استفاده می‌کنند یا آن را به عرف وامی‌گذارند. تفکیک دو شأن و جنبه فقهی و عرفی فقه‌ها در اعمال ولایت از این‌رو ضروری است که موارد نیاز رجوع فقه‌هایی که ولایت بر مردم دارند، کاربرد شأن عرفی آنان را که بسیار

بیش از موارد نیاز رجوع مردم به فقهاست، بیان می‌کند. برای همین، موضوع این مقاله اهمیت بسزایی دارد. این تحقیق بنیادی با روش توصیفی-تحلیلی برای بیان دو شأن مستقل فقها تألیف شده است.

۱. پیشینه پژوهش

درباره شئون و وظایف فقها بسیار سخن گفته و مقالات زیادی نوشته شده است که به تفکیک در سه موضوع مربوط به این مقاله معرفی می‌شود.

۱. شأن فقها در تقنین: «اختیار ولی‌امر در قانون‌گذاری»، نوشته محمد مؤمن قمی، منتشرشده در نشریه *فقه اهل‌بیت*، شماره ۵۵؛ «بررسی فقهی حقوقی جایگاه ولی فقیه در تقنین»، نوشته محمدرسول آهنگران و دیگران، منتشرشده در *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۹۱؛ «شریعت مصلحت و حکومت»، نوشته اصغر افتخاری، منتشرشده در *فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)*، شماره ۲۲؛ «تفاوت‌های بنیادین فقه و قانون»، مصاحبه با مهدی منتظر قائم، منتشرشده در *مجله سخن ما*، مهر و آبان ۱۳۹۴.

۲. شأن فقها در قضاوت: «اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران»، نوشته مهدی موحدی محب، منتشرشده در نشریه *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۱؛ «الخبرة و موقعها فی اجتهادالقاضی»، نوشته امینه مزینة، منتشرشده در نشریه *الوعی الاسلامی*، شماره ۵۸۹؛ «نقش فقه در تبیین شیوه‌های اجرای احکام»، نوشته عبدالرحسین رضایی راد، منتشرشده در *مجله فقه*، شماره ۱۰۰.

۳. شأن فقها در ولایت: «فقیه و تشخیص موضوع»، نوشته احمد عابدی، منتشر شده در نشریه *نور علم*، شماره ۵۰؛ «کارآمدی نظریه ولایت فقیه در تأمین مصلحت عمومی»، نوشته شبان‌نیا و قربانی، منتشرشده در نشریه *حکومت اسلامی*، شماره ۶۷؛ «نقش و جایگاه ولایت فقیه در مدیریت نظام جمهوری اسلامی ایران»، نوشته حمید راضی رستاقی، منتشرشده در *فصلنامه فرهنگ پژوهش*، شماره ۱۶؛ «بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت ولی عرفی در فقه»، نوشته عبدالله امیدفر و دیگران، منتشرشده در *فصلنامه فقه*، شماره ۱۰۳.

باوجوداین، درباره تفکیک شأن عرفی فقها از شأن فقهی‌شان در تقنین، قضاوت و

ولایت، مطلبی در دسترس نیست.

۲. کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر تقنین

در اینکه فقها حق دارند فقاهات کنند و حکمی را که از ادله فقهی استنباط کرده‌اند، بیان کنند و مردم نیز می‌توانند احکامی را که نمی‌دانند از آنان بپرسند، اختلاف نظری وجود ندارد، اما درباره اینکه آیا در جوامع کنونی، قانون‌گذاری نیز به عهده فقهاست، باید بررسی بیشتری صورت گیرد. از این رو بحث درباره ولایت بر افتا لزومی ندارد، اما ولایت بر تقنین لازم است مطرح شود.

۲-۱. شأن فقها در حکم کردن

در منابع فقه چیزی به نام تقنین نیست و فقها درباره ولایت بر تقنین بحث نکرده‌اند. در فقه صحبت از فتوا دادن و حکم کردن فقیه است. حکم، دستور فقیه (نه خدا) به اجرای حکم تکلیفی یا وضعی در موردی خاص است و درباره اینکه باید مقارن با طرح دعوا و فصل خصومت باشد (که متیقن از ادله است) یا حاکم در موارد دیگر (مثل حکم به اول ماه) نیز می‌تواند حکم کند، اختلاف نظر است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۰۰). بنابراین، فقیه ممکن است قاضی باشد و حکم دهد یا خود را در مقام حاکم قرار دهد و حکم کند.

حکم حاکم مثل قضاوت قاضی، تشخیص مصداق موضوع حکم و انطباق حکم بر آن است. روشن است که تشخیص مصداق موضوع حکم شرعی در شأن فقیه بما هو فقیه نیست و فقیه با شأن عرفی خودش (از این رو که یک نفر از عرف است) به موضوع و مصداق‌شناسی می‌پردازد. احکام حکومتی چیزی جز تطبیق احکام اولیه و ثانویه شرعی بر موضوعات و مصادیق نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص. ۶۷) و این تطبیق عرفی است نه فقهی. برای مثال، در احکام اولی، وقتی فقیه می‌خواهد به اول ماه شوال حکم کند، باید هلال را ببیند یا دو نفر موثق رؤیت هلال را به او خبر دهند درحالی‌که هیچ‌کدام از این دو ربطی به فقاهات فقیه ندارد. پس حکم به اول ماه منشأ عرفی دارد؛ البته موضوعات شرعی نیاز به استنباط فقهی دارد و فقیه باید اجزا و شرایط آن را از ادله استنباط کند، اما تبیین موضوعات عرفی به عهده عرف عام یا خاص (متخصص)

است. بنا بر اینکه کیفیت رؤیت هلال (با چشم مسلح یا غیرمسلح) باید از ادله فهمیده شود، فقیه آن را استنباط و به عرف واگذار می‌کند. رؤیت هلال با چشم مسلح به عهده عرف خاص و کارشناسان و با چشم غیرمسلح به عهده عرف عام است. همچنین، در احکام ثانوی برای مثال، وقتی فقیه می‌خواهد مفسده استیلائی کفار بر مسلمانان را با مفسده تغییر حکم اولی اباحه استعمال تنباکو بسنجد و یکی را اهم از دیگری بداند^۱ و بر آن مقدم دارد، نیازی به استنباط حکم ندارد، بلکه نیازمند مصلحت‌سنجی و مفسده‌یابی است که موضوعی عرفی است. همین راهکار عرفی درباره تشخیص ضرورت و اضطرار، ضرر و زیان، عسر و حرج و حفظ نظم اجتماعی نیز جاری است.

۲-۲. کاربرد امور عرفی در تقنین

اگر در جامعه اسلامی قانون‌گذاری وجود داشته باشد و قوه مقننه یکی از ارکان حاکمیت باشد، درباره نسبت بین فتوا و قانون ممکن است دو نظر ارائه شود.

۱. تساوی بین فتوا و قانون: بنا به این نظر، در هر موردی که قانون‌گذار بخواهد قانون تصویب کند، حکم شرعی وجود دارد؛ زیرا به‌حسب روایات متعدد، چیزی از آنچه مردم به آن نیاز دارند نیست مگر اینکه درباره آن، آیه یا حدیثی وجود دارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۵۹) و خدا هیچ چیزی را که امت به آن احتیاج دارند، رها نکرده مگر اینکه آن را در قرآنش نازل و برای رسولش بیان کرده و برای هر چیزی مقرراتی و برای دستیابی به آن راهنمایی قرار داده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۵۹). بین فقها نیز مشهور است که هیچ واقعه‌ای از وقایع خالی از حکم شرعی (در مرتبه انشا) نیست (مشکینی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۴) و اسلام همه احتیاجات بشر از قبیل امور سیاسی و اجتماعی او تا زندگی فردی‌اش را متکفل شده است. پس به‌ناچار در همه این امور تکلیف دارد (خمینی، ۱۴۲۶ق، ص. ۵). احکام شرع حاوی قوانین و مقررات متنوعی است که نظام کلی اجتماعی را می‌سازد و در این نظام حقوقی هرچه بشر نیاز دارد، فراهم آمده است؛ مقررات مربوط به جنگ و صلح و مراوده با دیگر ملل، حقوق تجارت، صنعت و کشاورزی (خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، صص. ۲۶-۲۵). البته احکامی که فقها استنباط می‌کنند، کلی است و قانون‌گذار به‌تناسب

مصالحی که در نظر می‌گیرد، یکی از آن‌ها را انتخاب و طبق آن برنامه‌ریزی می‌کند. برای مثال، فقها با استناد به «تعاونوا علی البرّ» (مائده/۲)، «اوصیکما... بتقوی الله و نظم امرکم» (امام‌علی (علیه‌السلام)، نامه ۴۷)، «قواعد لزوم عقود» (مائده/۱)، لاضرر (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۲۸۰)، لاجرح (حج/۷۸)، تقدیم اهم (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۴۹) و مصلحت (امام‌علی (علیه‌السلام)، نامه ۵۳) احکامی را استنباط و قوه مقننه برای تشخیص مصادیق و اجرای آن‌ها برنامه‌ریزی می‌کنند. از این رو به نظر بعضی فقها در حکومت اسلامی به جای «مجلس قانون‌گذاری»، «مجلس برنامه‌ریزی» وجود دارد که برای وزارتخانه‌های مختلف در پرتوی احکام اسلام برنامه ترتیب می‌دهد و با این برنامه‌ها کیفیت خدمات عمومی را در سراسر کشور تعیین می‌کند (خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، ص. ۴۲). اگر برنامه‌ریزی و انطباق احکام کلی بر جزئیات را نیز فقها انجام دهند، از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند.

۲. عموم و خصوص من وجه بین فتوا و قانون: در این نسبت سه طرف متصور است. الف. در بعضی موارد فتوا هست، ولی تبدیل به قانون نمی‌شود مثل بسیاری از احکام عبادی، جواز تقاص (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۴۱) و لزوم اخذ جزیه از اهل کتاب (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، ص. ۵۳۱). ب. در بعضی از موارد فقها فتوا نداده‌اند مثل مقررات رانندگی، اما قانون‌گذار قانون وضع می‌کند. ج. در بعضی موارد فتوا هست و تبدیل به قانون می‌شود. در صورت نخست، فتواهای فقها یا فتوای ولی فقیه در مقام تقنین کنار گذاشته می‌شود. در صورت دوم (که بیشتر قوانین را در برمی‌گیرد)، قانون‌گذار در بیشتر موارد از آرای متخصصان غیرفقهی استفاده می‌کند؛ زیرا معنای قانون اسلامی این نیست که مردم در تمام جزئیات زندگی خود باید ببینند در قرآن یا سنت این حکم چگونه بیان شده است. این‌ها جزو اموری است که اسلام آن‌ها را به خود مردم تفویض کرده است (مطهری، ۱۳۸۷، ج ۲۱، ص. ۱۱۷). گاهی در اداره جامعه اسلامی مصالح و مفاسدی به نظر ولی‌امر می‌رسد و بر اساس آن‌ها به وضع قوانین و احکام الزامی می‌پردازد که اثری از آن‌ها در احکام دین مشاهده

نمی‌شود (مؤمن، ۱۳۸۷، ص. ۸۱). یکی از ملزومات عمال ولایت ولی، این است که او بر اساس مصالح، گاه قوانینی وضع می‌کند که در ادله الهیه به هیچ‌یک از آن‌ها اشاره نشده است (مؤمن، ۱۳۸۷، ص. ۸۲). قوه مقننه در مواردی که حرمت یا وجوبی وجود ندارد (منطقه الفراع)، قوانینی را که مصلحت عمومی است و با احکام شرعی تعارض ندارد، وضع می‌کند (صدر، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۹). اموری که حکمش در شریعت مضبوط نیست، تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار است و در این موارد، تطبیق بر شرعیات بدون موضوع و بلامحل است (نایینی، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۳۵-۱۳۴). در این موارد عدم مغایرت قانون با شرع کافی است؛ زیرا انطباق با شرع ممکن نیست؛ البته به نظر بعضی فقها، تشخیص عدم مغایرت یا مخالفت و موافقت با احکام اسلام، موضوعی تخصصی و تنها در صلاحیت فقهاست (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۹، ص. ۳۰۹)، اما می‌توان گفت اولاً، اگر عدم مغایرت با شرع به معنای عدم مغایرت با حکم واقعی باشد، از آنجاکه هیچ فقهی به عدم انطباق فتوایی با حکم واقعی یقین ندارد، به هیچ فتوایی نمی‌توان نسبت مغایرت با شرع داد و تنها در صورتی می‌توان قانونی را مغایر با شرع دانست که برخلاف ضروریات دین باشد. ضروریات دین برای همه مسلمانان قابل تشخیص است و به شأن فقهی فقها مربوط نمی‌شود؛ البته اگر کسی از غیر طریق ادله معتبر (قرآن، سنت و عقل) به حکمی دست یافته باشد (مثل اسطرلاب، خواب و قیاس غیرمعتبر)، حتی اگر یقین به آن داشته باشد، برای دیگران شایان تبعیت نیست و یقین او مشروعیتی به این طرق غیرمعتبر نمی‌دهد. ثانیاً، تشخیص عدم مغایرت قوانین با فقه نیز کار موضوع‌شناسی است و به شأن فقهی فقها مربوط نیست (مگر در موضوعات شرعی که بیان ماهیاتش به عهده فقیه است)؛ زیرا کسی که این مسئولیت را به عهده می‌گیرد، کافی است علم به احکام داشته باشد و موضوع مصوب قانون‌گذار را منطبق با موضوع یکی از احکام شرعی بداند یا نداند. برای این کار تخصص در شناخت موضوع و مصداق لازم است نه شناخت حکم از طریق ادله. بنابراین، نظارت فقها «بما هم فقها» بر تقنین لازم نیست؛

زیرا اینان در این انطباق نمی‌خواهند حکم فقهی را از ادله استنباط کنند.^۲ فقهای ناظر باید فتوایی را به‌عنوان فتوای معیار قرار دهند و مصوبات را با آن بسنجند. فتوای معیار ممکن است فتوای فقیه اعلم، مشهور فقها، ولی فقیه یا فتوایی باشد که بیشتر مورد قبول جامعه و به مصلحت آن است. بنابراین، کار اینان شبیه کار قضاتی است که با احاطه بر پرونده، موضوع را می‌شناسند و ماده قانونی منطبق بر آن را تشخیص می‌دهند. فقهای ناظر لازم نیست در مورد حکم هر مصوبه خودشان به فقهت پردازند، مگر اینکه فتوای خودشان فتوای معیار باشد. در این صورت نیز دو کار انجام می‌دهند؛ فقهت و نظارت. ابتدا فقهت می‌کنند و بعد نظارت. درست است که در باب طبابت، تشخیص نوع بیماری و تجویز دارو برای بیمار در صلاحیت عرف عام نیست، بلکه در صلاحیت پزشک است، اما این تشخیص با تشخیص عدم مغایرت قوانین با شرع مقایسه‌شدنی نیست؛ زیرا کار پزشک تشخیص بیماری بیمار معین و چگونگی درمان آن است که هر دو، کار کارشناسی است، اما کار فقیه، استنباط احکام کلی از ادله برای عموم مردم است نه اینکه کار کارشناسی، تشخیص موضوع و مصداق و چگونگی اجرای حکم به عهده او باشد. پزشک در مقام طبابت نظریه‌پردازی نمی‌کند، بلکه یکی از نظریه‌های علم پزشکی را با اتکا به معلومات و تجربه خود، انتخاب و اجرا می‌کند، اما فقیه در مقام فقهت، نظریه‌پردازی می‌کند.

فقها در قوانین عقلی و عرفی نیز نقشی ندارند و در مسائلی که فتوا ندارند یا فتوایشان مستند به ادله عقلی، عقلایی یا عرفی است، در قانون‌گذاری بر غیرفقها مزیتی ندارند و نقش خاصی به‌عنوان فقیه برای آنان متصور نیست. بیشتر مصوبات مجلس مقننه و امور مهمی که ولی فقیه در زمینه قانون‌گذاری دنبال می‌کند مانند طراحی سیستم اجرایی، صدور احکام حکومتی، تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام و حل تعارضات حقوقی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی (آهنگران، ۱۳۹۹، صص. ۷-۵) ناشی از شأن عقلی و عرفی آنان است.

در هر دو نسبت فتوا با قانون (تساوی یا من وجه)، بخشی از قوانین که مستند به قرآن و سنت است، نیازمند فتوای ثابت فقهت است، اما در فتوایی که موضوعاتش در موقعیت‌های مختلف تغییر می‌کند و در مواردی که فتوای متفاوت وجود دارد، فقها

نقشی در تقنین ندارند؛ زیرا شناخت تغییر شرایط به عهده آنان نیست و فهم اینکه در موقعیت‌های مختلف کدام‌یک از فتواهای متفاوت باید به قانون تبدیل شود، فهم عرفی است؛ زیرا قانون‌گذار به استناد مصلحت جامعه یا خواست مردم در شرایط معین یکی از فتواها را به قانون تبدیل می‌کند. تشخیص شرایط و مصلحت جامعه یا خواست مردم عرفی است و ربطی به فقهت ندارد. قانون‌گذار با توجه به مصلحت عمومی یکی از احکامی را که با اجتهاد فقها به دست می‌آید، انتخاب و تصویب می‌کند (صدر، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۹). پس اگر فقها در مصدر قانون‌گذاری قرار گیرند، در هیچ صورت نمی‌توانند از شأن فقهی خود استفاده کنند، بلکه با شأن عرفی خود به انتخاب یکی از فتواها یا تشخیص موضوعات یا مصالح مردم می‌پردازند و آن را به صورت قانون تصویب می‌کنند^۳. حتی ممکن است ولی فقیه، قانونی شدن فتوای خود را به صلاح جامعه نداند و قوه‌های مقننه یا قضائیه را به فتوای فقیه دیگر ارجاع دهد. حکم حاکم نیز چیزی جز تطبیق احکام اولیه و ثانویه شرعی بر موضوعات و مصادیق نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص. ۴۶۷) و از شئون عرفی فقیه حاکم است.

افزون‌براین، حتی اگر قانون‌گذار در مواردی تشخیص دهد قانونی کردن بعضی فتواها موجب کنار گذاشتن برخی فتواهای دیگر می‌شود، آثار آنها را در جامعه می‌سنجد و فتوایی را که اثر بهتری دارد و با مقاصد مهم شریعت سازگار است، تصویب می‌کند؛ زیرا وظیفه حکومت است که برای تراحم احکام چاره‌ای بیندیشد و حکم مهم را مقدم بدارد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص. ۴۶۳) و مصلحت مسلمانان را رعایت کند (مکارم، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۵۰). قانون‌گذار در موارد اختلال نظام، فساد و حرج نیز پس از تشخیص موضوع با اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی مجاز است قانون تصویب کند (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۵، ص. ۲۹۷) یا اگر برای موارد اضطراری دو ثلث مجلس رأی بدهد، مجلس می‌تواند قانون تصویب کند (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۵، ص. ۲۵۳). موارد اضطراری و حرجی ربطی به اعمال ولایت فقیه ندارد و با تشخیص دوسوم مجلس شورای اسلامی، در موضوعات عرفی که تشخیص آن با عرف است، با مشورت کارشناسان، حجت شرعی است (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص. ۳۲۱). مصلحت جامعه نیز بنیایی برای تقنین است و به نظر بعضی فقها، گاه غفلت از مصلحت نظام موجب

شکست اسلام می‌شود (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص. ۴۶۴). شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس باید مصلحت نظام را در نظر بگیرد و به بحث‌های طلبگی که نظام را به بن‌بست می‌کشاند، اکتفا نکند (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص. ۲۱۷). مصلحت نظام، کشور، مسلمانان و جامعه حکم شرعی نیست که نیازمند استنباط باشد و علوم حوزوی در آن نقشی داشته باشند، بلکه موضوعی است که برای شناخت آن باید به عرف خاص یا عام رجوع کرد. بنابراین، در هیچ صورتی قانون‌گذاری ربطی به فقهت و استنباط احکام کلی از ادله ندارد و با شأن افتا متفاوت است. در صورتی که اعضای مجلس قانون‌گذاری علم به فتوای فقها داشته باشند و بخواهند آن‌ها را قانونی کنند، نیازی به فقها ندارند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اسلامی بودن قوانین در دو اصل ۴ (همه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد) و ۷۲ (مجلس نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور مغایرت داشته باشد) مورد تأکید قرار گرفته است. با وجود این، قوه مقننه در تقنین سه وظیفه اصلی بیشتر ندارد که با توجه به آن‌ها می‌توان به محدوده شأن عرفی فقها در این قوه پی برد. ۱. تبیین حکم شرعی که به دو صورت انجام می‌شود. الف. شکل قانونی دادن به مسائل فقهی و ب. تفریح احکام کلی و ذکر مصادیق احکام طبق احتیاجات روز. ۲. تشخیص موضوع حکم شرعی که آن نیز به دو صورت است. الف. تشخیص موضوع در مواردی که شرع آن را به عرف واگذاشته است مانند اوزان و مقیاس‌ها و ب. تشخیص موارد ضروری، حرجی، ضرری، اختلال نظام، الهم فالاهم و به‌طورکلی تشخیص موضوع احکام ثانوی و ۳. برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی که آن هم به دو صورت تحقق می‌یابد. الف. سیاست‌گذاری برای مقدمات لازم در راستای حسن اجرای واجبات و نهی‌های شرعی و ب. وضع مقررات برای انتخاب بهترین شیوه‌های اجرایی احکام شرع مانند بهره‌وری از علوم و فنون جدید (ارسطا، ۱۳۷۸، ج ۵، ص. ۵۵).^۴

۳. کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر قضاوت

بر این مبنا که فقها به قضاوت منصوب شده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۲؛ خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۴۳۳) و قضاوت یکی از شئون آنان است، می‌توان بررسی کرد که

فقها برای قضاوت در چه مواردی از شأن و جنبه فقهی و در چه مواردی از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند.

۳- ۱. شأن فقها در قضاوت

برای تفکیک کاربرد شأن عرفی از شأن فقهی فقها در قضاوت می‌توان مراحل را که قاضی از نظر فقهی برای صدور رأی طی می‌کند، ملاحظه کرد. قضاوت شرعی به طور کلی سه مرحله دارد. ۱. شناخت احکام شرع، ۲. رسیدگی به دعوی طرح شده و ۳. صدور رأی.

قاضی در مرحله نخست به فقه (به‌طور استدلالی یا تقلیدی) نیازمند است، اما در دو مرحله دیگر نیازی به فقه و فقیه ندارد؛ زیرا از امور عرفی است.

قاضی در مرحله رسیدگی به اختصار، این کارها را انجام می‌دهد؛ رعایت مساوات بین متخاصمان، عدم تلقین به یکی از طرفین دعوا، رعایت ترتیب شنیدن دعوا از طرفین، تشخیص مدعی از منکر، تشخیص شرایط مدعی (بلوغ، عقل، عدم حجر در دعوی مالی، طرف دعوا بودن، مؤثر بودن دعوا، معلوم بودن مورد ادعا، وجود مدعی علیه، قطعیت دعوا و معین بودن مدعی علیه) و شنیدن ادعا (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، صص. ۴۴۱-۴۳۸). شنیدن جواب مدعی علیه؛ اقرار، انکار یا سکوت (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، ص. ۴۴۴). اگر مدعا علیه انکار کرد، قاضی از مدعی می‌خواهد بینه بیاورد و اگر بینه ندارد به او می‌گوید که می‌تواند از قاضی بخواهد منکر را قسم دهد^۱. با نکول منکر یا سکوت مدعی علیه نیز قاضی قسم را به مدعی برمی‌گرداند (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، صص. ۴۴۸-۴۴۷)^۲.

قاضی برای انشای حکم به این صورت عمل می‌کند؛ در دعوی مالی اگر مدعی علیه اقرار کرد و مدعی از قاضی درخواست حکم کرد، قاضی طبق مفاد اقرار حکم می‌دهد و مقر را به ادای حق ملزم می‌کند و اگر امتناع کرد، او را مجبور می‌کند. قاضی می‌تواند او را زندان کند و اگر نمی‌شود او را به فروش مال اضافی و پرداخت دین ملزم کرد، می‌تواند مالش را بفروشد. اگر مقر مالی ندارد و توانایی کسب هم ندارد، قاضی به او مهلت می‌دهد (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، صص. ۴۴۴ و ۴۴۶). با قسم منکر، قاضی به سقوط ادعای مدعی حکم می‌کند. اگر منکر قسم را به مدعی برگرداند و مدعی قسم

خورد، قاضی به نفع او حکم می‌کند و اگر قسم نخورد، به سقوط دعوا حکم می‌کند (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، صص. ۴۴۸-۴۴۷). اگر مدعی بینه آورد و به نظر قاضی، شرایط بینه موجود بود، طبق مفاد آن حکم می‌کند (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، ص. ۴۴۹). در دعاوی کیفری، قاضی پس از فهم اینکه کسی گناهی مرتکب شده و تشخیص اینکه گناه ارتكابی مصداق کدام‌یک از گناهان مستوجب مجازات است، بنا بر جواز اجرای حدود و تعزیرات در عصر غیبت (مفید، ۱۴۱۰ق، ص. ۸۱۰؛ سلا، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۶۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص. ۵۲۵)، به مجازات حدی یا تعزیری حکم می‌کند و این کارها را نیز انجام می‌دهد؛ عفو از مجازات گناهان مربوط به حق‌الله، تعیین محل تبعید، دفاع از حق مقتول بدون ولی، اجرای قصاص، حبس متهم به قتل و مجازات امر به قتل، تعیین میزان ارش جنایت، پرداخت دیه در صورت نبود مال و عاقله (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۸۹۳) و پرداخت دیه از بیت‌المال در صورت آشکار شدن فسق شهود (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵۲).^۱

بعضی از فقها برخی از امور عرفی را نیز نیازمند طرح در دادگاه و صدور حکم قاضی دانسته‌اند. ۱. حجر سفیه و زوال آن (طوسی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۲۶۲) و حجر مفلس (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۲۸۶)؛ زیرا حجر و فک حجر (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۲۱) و تشخیص تذبیر مال نیازمند اجتهاد است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۱۹)، ۲. ابتدای مدت عتّه؛ زیرا محل اختلاف و اجتهاد است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۱۹)، ۳. تقسیم اموال ورشکسته بر دیون حال (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص. ۲۶۹) برای اینکه بین غرما اختلاف پیش نیاید و پرداخت دین بدهکار غایب (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۲۶۵)؛ قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵۱، ۴. حکم به مسجد جامع بودن یک مسجد اگر مورد نزاع واقع شود (زین‌الدین، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۲)، ۵. خیار عیب (اصفهان‌ی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۳۷۰) و ۶. نصب قیم (گروهی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۱۱۰).

۲-۳. کاربرد امور عرفی در قضاوت

به نظر می‌رسد قاضی در هیچ‌کدام از این مراحل رسیدگی و صدور رأی نیازی به فقاقت خود ندارد و در این موارد قاضی فقیه و غیرفقیه یکسان‌اند؛ زیرا در همه این

مراحل قاضی می‌خواهد دعوای طرح شده را بفهمد و تشخیص دهد که مصداق کدام موضوع، حکم شرعی است و به نتیجه برسد. تشخیص مدعی از منکر موضوعی عرفی است (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، ص. ۴۳۹). فهم سخن طرفین دعوا، تعدیل شهود، بررسی بینات، اذن قسم به منکر، رد قسم به مدعی، تشخیص گناهی که انجام شده یا مقدار جنایتی که رخ داده است، تشخیص عاقل یا مجنون بودن جانی، تعیین عمد یا خطایی بودن جنایت، تشخیص اینکه کسی می‌تواند حافظ اموال و منافعش باشد یا نه (سفیه)، فهم اینکه کسی دیونش بیش از اموالش شده یا نه (برای حکم تفلیس)، میبعی معیوب بوده (برای حکم به خیار عیب) یا نه و مانند این‌ها، کار کارشناسی عرفی است و به استنباط احکام کلی از ادله هیچ ربطی ندارد. قاضی در این موارد نیازی به فقهات ندارد و اگر فقیه است از شأن فقهی‌اش استفاده نمی‌کند، بلکه شأن عرفی‌اش را به کار می‌گیرد.

قاضی در مرحله نخست (شناخت حکم شرع) که نیازمند استفاده از حکم شرع است، به نظر بیشتر فقها، علم او باید اجتهادی باشد و به نظر بعضی دیگر، علم تقلیدی کافی است؛^۹ البته در دوران معاصر که دستگاه قضایی وجود دارد و قضات موظف‌اند طبق قانون رأی بدهند، فقیه بودن قاضی کارایی‌اش را از دست داده است. بنابراین، فقها در دوران معاصر ولایتی در قضا ندارند و اگر هم قاضی شوند، با شأن قضایی خود قضاوت می‌کنند نه با شأن فقهی. اکنون چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده برای رسیدگی به شعبه دیگری ارجاع می‌شود (تبصره ماده ۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) و قاضی فقیه نمی‌تواند به فتوای خود حکم دهد. تفسیر قوانین عادی نیز با قاضی فقیه نیست (اصل ۷۳ قانون اساسی) و باید به رأی وحدت رویه که به عهده دیوان عالی کشور است (اصل ۱۶۱ قانون اساسی)، عمل کند حتی اگر مخالف نظر خودش باشد. دادگاه تجدیدنظر نیز ممکن است رأی قاضی فقیه را نقض کند (آیین دادرسی مدنی، مواد ۵، ۳۳۱ و ۳۳۲)؛ هرچند بعضی از فقها آن را نقض‌نشدنی دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، الف، ص. ۱۵۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۷). بنابراین، اکنون که قضاوت با استناد به قانون انجام می‌شود و شأن فقهی فقها حتی در شناخت احکام شرع نیز در قضاوت کارایی ندارد و

فقها در قضاوت مثل غیرفقها، از شأن قضایی، حقوقی و عرفی خود استفاده می‌کنند. البته در موارد سکوت قانون، قاضی موظف است به منابع یا فتاوی معتبر رجوع کند (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی)، اما به‌طور معمول قضات (مانند مقلدان) به رساله‌های عملیه یا استفتاهای فقها استناد می‌کنند و در این موارد نیز نمی‌توانند به اجتهاد خود عمل کنند. پس در هیچ‌کدام از مراحل قضاوت شأن فقهی و استنباطی قضات استفاده نمی‌شود و قضاوت در جامعه قانونمند اسلامی موضوعی حقوقی و عرفی است. عدم استفاده قضات فقیه از فقاها خود به معنای فقدان حکم شرعی در موارد سکوت قانون نیست، بلکه به این معناست که این قاضیان باید به فتواهای فقها مراجعه کنند نه به فتوهای خود. استفاده قضات فقیه از شأن عرفی خود نیز به این معنا نیست که عرف به ایشان ولایت قضا داده است، بلکه به این معناست که در اعمال ولایتی که دارند به فقاها و استنباط حکم از ادله مشغول نیستند و کارهای عرفی می‌کنند؛ البته در مواردی که موضوع، شرعی است و بیان ماهیت، اجزا و شرایطش در انحصار شارع است، فقها با استفاده از شأن فقهی خود آن را از ادله استنباط می‌کنند.

۴. کاربرد شأن عرفی فقها در ولایت بر زعامت

در اینکه فقها به‌اجمال در بعضی از امور حق تصرف دارند، بین فقها اتفاق نظر است، اما درباره اینکه این حق تصرف از باب حاسبه و تکلیف و از باب قدر متیقن^{۱۰} (حائری، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۰) یا از باب ولایت و منصب است (خمينی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۶۰؛ خمینی، ۱۴۳۴ق، ص. ۵۳) اتفاق نظر ندارند. درباره اینکه قلمرو آن گسترده (حائری، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۴؛ تبریزی، ۱۳۹۱، ج ۱، صص. ۹-۱۰؛ خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، صص. ۴۵۱-۴۵۲؛ خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، ص. ۵۰)^{۱۱} یا محدود است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ج ۳، ص. ۵۵۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۹۸؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، الف، ج ۱، ص. ۳۶۰؛ طباطبایی، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۲۴؛ طباطبایی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۲۹۶) نیز اختلاف نظر دارند.

فقهایی که قلمرو امور حاسبه را گسترده می‌دانند و اجرای احکام جزایی اسلام و تصدی امور عامه را نیز از وظایف فقیه به شمار می‌آورند با فقهایی که منصب ولایت

فقیه را قبول دارند و این امور را از باب ولایت لازم می‌دانند، عملاً در این نتیجه به هم می‌رسند که فقها باید این امور را به عهده بگیرند؛ چه اینکه این انجام دادن امور یک تکلیف باشد یا منصب (معرفت، ۱۳۷۷، صص. ۵۱-۵۰).

بنا بر اینکه قلمرو این حق تصرف بسیار گسترده است، می‌توان بررسی کرد که فقها برای اعمال این ولایت یا وظایف گسترده، در چه مواردی از شأن فقهی خود (که استنباط احکام کلی از ادله است) استفاده می‌کنند و در چه مواردی شأن عرفی خود را به کار می‌گیرند. بعضی از فقهای که درباره قلمرو این تصرفات بحث کرده‌اند مصادیق خاصی را نیز آورده‌اند. بعضی از این مصادیق الزاماً مستلزم رهبری و زعامت عام فقها نیست و در قلمرو زعامت محدود قرار می‌گیرد. به نظر اینان، فقها حتی در زمانی که برای زعامت بسط ید ندارند، بعضی از امور را باید به عهده بگیرند، اما بعضی دیگر از آنان، به‌وضوح مسئله زعامت عام را مطرح کرده‌اند و فقها را رهبر جامعه اسلامی می‌دانند. در هر دو مورد باید دید زعامت فقها چقدر به شأن فقهی‌شان مرتبط است. به‌اجمال می‌توان گفت فقها در ولایت بر زعامت عمدتاً به تشخیص موضوعات احکام و عمل به آنها اشتغال دارند؛ کاری که در شأن عرفی‌شان است؛ زیرا اجتهاد در موضوعات [غیرمخترع شرعی] و احکام جزئی خارج از موضوع اجتهاد فقهاست (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۳۴۵) و تطبیق کبریات بر صغریات خارج از وظایف مجتهد است. تطبیقات، امور حسی و تجربی‌اند و مجتهد و مقلد در آنها مساوی‌اند، بلکه گاه غیرمجتهد آشناتر به آنهاست (خویی، ۱۴۱۸ق، ب، ص. ۴۱۲).

۴-۱. کاربرد شأن عرفی فقها در زعامت محدود

در این باره ابتدا لازم است قلمرو امور حسبی بیان شود و سپس اندازه کاربرد شأن عرفی فقها در آن مورد سنجش قرارگیرد.

۴-۱-۱. شأن فقها در زعامت محدود

بعضی از فقها حتی در صورت عدم بسط ید و نداشتن زعامت عام، این امور را به عهده خود دانسته‌اند؛ به عهده گرفتن تجهیز و تدفین میت در نبود ولی، نصب مؤذن عادل و اقامه نماز عیدین و نماز جمعه، دریافت و اخذ و مصرف زکات، دریافت خمس و

مظالم و مصرف آن^{۱۲}، ثبوت هلال ماه^{۱۳}، گرفتن و مصرف کفارات روزه، تعیین مسجد جامع برای اعتکاف، فروش مال محجور و غایب، الزام بایع و مشتری به قبض و اقباض، گرفتن ثمن در صورت امتناع بایع از دریافت آن و گرفتن مبیع در صورت امتناع مشتری از دریافت آن، الزام بدهکار به ادای دین و پرداخت دین بدهکار معسر و غایب، قبول دین در صورت امتناع طلبکار از دریافت آن، تعیین امین برای نگهداری رهن در صورت اختلاف، استیفای دین از رهن در صورت امتناع یا اعسار راهن، حکم به حجر بدهکار ورشکسته، فروش اموال مفلس در صورت امتناع وی، صدور حکم حجر سفیه و مرتد و سرپرستی اموال او، رسیدگی به اموال کودک، سفیه، غایب، مرتد و مجنون در صورت عروض جنون بعد از بلوغ، توقیف اموال مضمون‌عنه به میزان دین در صورت وفات وی، تقسیم مال مشاع در صورت اختلاف، اجاره یا بیع مال مشاع در صورت اختلاف، فروش کالای خریداری‌شده توسط عامل در مضاربه در صورت وفات وی، اتمام مزارعه و مساقات در صورت وفات عامل و امتناع وراثت، الزام مودع به پرداخت هزینه‌های ودیعه، دریافت ودیعه در صورت لزوم، اجبار مستعیر به کندن درخت‌ها از زمین عاریه‌ای، اجبار مؤجر به تسلیم مال به مستأجر و اجبار مستأجر به پرداخت اجرت، اجبار مدیون به پرداخت دین به وکیل طلبکار، نظارت بر موقوفه در فقدان واقف و ناظر، نظارت بر متولی و تعیین ناظر و تعویض او در صورت لزوم، قبض موقوفه در وقف عام و تصرف در آن^{۱۴}، اذن به قبض هبه در صورت محجور شدن مالک، تحویل جایزه مسابقه از بیت‌المال، انحصار ورثه و تقسیم ترکه در صورت نبود وصی، تعیین امین در صورت وفات وصی، نظارت بر وصی و تعویض وصی فاسق یا خائن، تعیین مورد مصرف وصیت در صورت اختلاف اوصیا، تعیین جایگزین وصی در صورت فوت او، الزام ورثه به ادای دیون میت، ازدواج صغیر، سفیه و مجنون در صورت نبودن ولی، تعیین مدت یک سال برای روشن شدن وضعیت عین و طلاق مجنون، تعیین مهرالمثل و نفقه در صورت اختلاف و الزام زوج به پرداخت آن، الزام به پرداخت نفقه اقارب و حیوانات، انتخاب داور برای بررسی اختلاف زوجین و الزام زوج به ادای حقوق زوجه، امر به رعایت عدالت بین همسران (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۱، صص. ۵۸۷-۵۴۸)، طلاق زوجه زوج غایب، تهیه مسکن برای مطلقه مستحق سکن، حضور در زمان وقوع طلاق خلع، تعیین مهلت سه‌ماهه برای «مُظاهر»، تعیین مهلت

چهارماهه برای ایلاءکننده و سپس الزام وی به رجوع یا طلاق، وقوع لعان در نزد حاکم، اذن به مضطر برای اخذ مال دیگری، تحویل گرفتن زمین مجهول‌المالک، دریافت ثمن از شفیع در صورت امتناع مشتری، دریافت لقطه، سرپرستی لقیط صبی و مجنون، پرداخت هزینه‌های لقیط، دریافت لقطه حیوان و اشیا و نگهداری آن‌ها، پرداخت هزینه‌های لقطه و فروش آن، فحوص از وارث مفقود به مدت چهار سال و حفظ ارث او، دریافت ارث بدون وارث^{۱۵} و تقسیم آن بین فقرا، تعیین ثقه اهل علم برای قضاوت، انتخاب ثقه عدل اهل علم و فقه برای بررسی اختلاف زن با دیگران در منزل وی، شکایت از قاضی به امام (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، صص. ۷۸۱-۵۸۱).

۴-۱-۲. کاربرد امور عرفی در زعامت محدود

اشتغال فقها به این امور که اغلب امور اشخاص مختلف است و زعامت در قلمرو محدود به شمار می‌رود، اشتغال فقهی نیست؛ زیرا کار اجرایی و با استنباط حکم از ادله متفاوت است. اینان هنگام عهده‌داری این امور، مشغول پیاده کردن و اجرای احکام شرعی یا عرفی در دایره محدودند. فقیه «بما هو فقیه» متخصص در استنباط حکم شرع از ادله است و اگر به کار دیگری مشغول شود، از شأن غیرفقهی‌اش استفاده کرده است. رسیدگی به اموال محجوران و تشخیص مصلحت آنان و مانند آن کار تخصصی فقها نیست. فقها از لحاظ فقاہتشان در این امور تخصصی ندارند و اگر آن‌ها را به عهده بگیرند، از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند. بنابراین، امور عرفی بسیار بیش از فقاہت در زعامت محدود فقها نقش دارد.

۴-۲. کاربرد شأن عرفی فقها در زعامت عام

بعضی از فقها ولایت را به معنای حکومت و اداره کشور و اجرای قوانین شرع مقدس دانسته (خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، ص. ۵۱) و تشکیل حکومت شرعی را به‌طور اجتماعی یا انفرادی لازم شمرده‌اند (خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، ص. ۵۲).

۴-۲-۱. شأن فقها در زعامت عام

تشکیل حکومت (که همان زعامت عام است)^{۱۶} توسط فقها با بعضی از روایات نیز مستند شده است. در این روایات به بعضی از وظایف امام، سلطان و والی اشاره شده

است؛ امامت برای نظم دادن به امت است (حلوانی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۶) و امام مؤمنان را از زیاده‌روی باز می‌دارد و نقصانشان را تکمیل می‌کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۱۷۸) و مجاری امور و احکام به دست علمایی است که بر حلال و حرام خدا امین به شمار می‌آیند (حرانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۳۸). والی و امام مسلمین آنان را گمراه و از حقوقشان محروم نمی‌کند. بین مردم در امور مالی تبعیض قائل نمی‌شود. حقوق مردم را ضایع و سنت پیامبر را تعطیل نمی‌کند (امام‌علی (علیه‌السلام)، خطبه ۱۳۱). ظاهرسازی نمی‌کند و شبیه مردم منحرف نیست (امام‌علی (علیه‌السلام)، حکمت ۱۱۰). والی مسلمین خراج می‌گیرد، با دشمنان می‌جنگد، امور مردم را اصلاح و بلادشان را آباد می‌کند (امام‌علی (علیه‌السلام)، نامه ۵۳).

فقها نیز مصادیقی از کارهای حکومت شرعی و زعامت عام را ذکر کرده‌اند و کتبشان مملو از مواردی است که مردم را به حاکم (یعنی نایب امام‌زمان در زمان غیبت) ارجاع داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۳۹۶). ولایت و زعامت در امور سیاسی شرعی به دست علماست (خمینی، ۱۴۲۶ق، ص. ۵) و باید این کارها را به عهده بگیرند؛ تدارک و بسیج سپاه، تعیین ولات و استانداران، گرفتن مالیات و صرف آن در مصالح مسلمانان (خمینی، ۱۴۲۳ق، ب، ص. ۵۱)، اجرای احکام شرع، اقامه حدود الهی، گرفتن خراج و مالیات‌های دیگر و تصرف در آن‌ها به صلاح مسلمانان، گرفتن صدقات، دستور دادن به مردم در اموری که به والی مربوط می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۶۲۶)، خراب کردن مسجدی که در مسیر خیابان یا ضرار است، تعطیل کردن مساجد در موقع لزوم، لغو یک‌جانبه قراردادهای شرعی که با مردم بسته، در صورتی که مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، جلوگیری از هر امری (عبادی یا غیرعبادی) که مخالف مصالح اسلام است مثل جلوگیری از حج در مواقعی که خلاف صلاح کشور اسلامی است (خمینی، ۱۳۸۹ق، ج ۲۰، ص. ۴۵۲)، نظم بخشیدن به امور شیعه در بسیاری از اموری که به آنان مربوط می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۳۹۷)، تصرف در ولایات و مانند آن (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۸)، انجام دادن هر کاری که به دین یا دنیای مردم تعلق دارد و باید انجام شود و امور معاد یا معاش یک نفر یا جماعتی به آن وابسته است و نظم بخشیدن به امور دین و دنیا و نفی ضرر و ضرار و عسر و حرج از مردم که تکلیف فرد یا جماعت معینی نیست، باید انجام شود، ولی معلوم نیست چه

کسی مأمور انجام آن است (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۵۳۶)، دستور دادن به مردم در اموری که مربوط به والی است و در صورت وجود مصالح (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۶۲۶)، محدود کردن مالکیت مشروع مردم و مصادره کردن اموال آنان در صورتی که بر خلاف مصالح اسلام و مسلمین باشد (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۰، ص. ۴۸۱) و عمل کردن مطابق مصلحت درباره مالکیت (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱۰، ص. ۷۷۴)، حفظ مصالح (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۲۳۰) و در نظر گرفتن جهات عمومی و منافع عامه (خمینی، ۱۴۳۴ق، ب، ص. ۹۲) و اعمال ولایت در هر جا (تصرف در اموال و انفس به طور کل و مطلق) که مصلحت اسلام و نظام اقتضا کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱۰، ص. ۷۷۵)، عمل طبق صلاح مسلمانان یا کسانی که در قلمرو او هستند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۶۱۹)، عمل طبق مصلحت نظام و حل معضلات کشور (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، صص. ۶۶۴-۶۶۵)، تقدیم مصلحت نظام بر هر چیز (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص. ۳۳۵)، اجتناب از اعمال مخالف مصلحت کشور (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص. ۵۱۹)، جلوگیری موقتی از حج در مواقعی که آن را مخالف صلاح کشور می‌داند (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص. ۴۵۲)، گسترش جاده‌ها به مصلحت جامعه هر چند مستلزم تصرف در مال کسی باشد که راضی نیست، جلوگیری از واردات کالای خاص از کشور یا شرکتی خاص که به ضرر مصالح جامعه اسلامی است (مؤمن، ۱۳۸۷، ص. ۸۱)، ملاحظه مصالح و شئون امت در همه امور (حائری، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۴۷)، عمل به بیشترین خیر و صلاح مردم؛ زیرا بسیاری از آنان جاهل‌اند یا آگاهی ندارند و مصالح و مفاسد اجتماعی را نمی‌توانند تشخیص دهند (حائری، ۱۳۹۹، ص. ۱۸۸)، محدود کردن بعضی از اختیارات و مصالح شخصی مردم در صورتی که با مصالح اجتماعی تعارض داشته باشد مانند نرخ‌گذاری (حائری، ۱۳۹۹، ص. ۱۸۸)، حکم جهاد و دفاع از حدود اسلامی یا پیمان عدم تعرض با بعضی از دولت‌ها، وضع مالیات جدید طبق مصلحت وقت (طباطبایی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۳۳)، اجبار به حج، تعیین شرایط برای اهل ذمه و گرفتن جزیه و مصرف آن، دستور جهاد و دفاع و پرداخت هزینه‌های آن، تعیین نوع رفتار با اسرا، تقسیم غنائم، دستور صلح و شرایط و مدت آن، عقد امان و مجازات ناقض آن و اذن ورود حربی به دارالاسلام، جنگ با اهل بغی، اذن به قتل و جرح در امریه‌معروف و نهی از منکر،

نرخ‌گذاری جنس احتکارشده و اجبار محتکر به فروش آن، حبس کفیل در صورت امتناع از تحویل مکفول، الزام به رفع سد معبر، اذن به احداث بنا در معبر (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۱، صص. ۳۶۱-۱۶۹)، الزام زوج به طلاق زوجه در صورت امتناع از ادای حقوق واجب وی، الزام «مُظاهر» به طلاق در صورت امتناع از پرداخت کفاره برای اضرار به زن، نظارت بر زمین مفتوح‌العنوه و اذن به تصرف در آن و تعیین مقدار خراج^{۱۷}، اذن برای احیای زمین موات، الزام متصرف زمین موات به بهره‌برداری از آن، پرداخت رزق از بیت‌المال به قاضی، جبران خطای قاضی از بیت‌المال (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، صص. ۷۸۱-۵۸۱)، هدایت جامعه بزرگ اسلامی و حتی غیراسلامی و مدیریت آن و حل تمام معضلات اجتماعی، سیاسی، نظامی و فرهنگی و اداره انسان از گهواره تا گور (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص. ۲۸۹). برای همین مسئولیت‌هاست که حاکم اسلامی و ولی‌امر باید فقیه، آگاه به زمان و عادل باشد و از مدیریت کافی برخوردار باشد (عمید زنجانی، ۱۳۷۹، ص. ۳۲۷) و نیرومندترین افراد امت در مدیریت جامعه و داناترین آنان به دستور الهی در رهبری باشد (امام‌علی (علیه‌السلام)، خطبه ۱۷۳؛ معرفت، ۱۳۷۱، ص. ۲۹).

۴-۲-۲. کاربرد امور عرفی در زعامت عام

فقها در این امور که در قلمرو زعامت عام قرار دارد، از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند. حتی ولایت پیامبر و ائمه در رابطه با شئون سیاسی و نظامی و جنگ و صلح و دیگر امور مربوط به دنیاداری نیز از محدوده متعارف فراتر نرفته است (معرفت، ۱۳۷۷، ص. ۱۹۸). مشورت پیامبر با مردم در همه کارها نیز مطابق با شیوه خردمندان و متعارف جهانیان است (معرفت، ۱۳۷۷، ص. ۲۰۶) و پیروی کردن از نظر آنان موجب استواری در تصمیم است (برقی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۶۰۰). ولایت فقها به نیابت از پیامبر و ائمه موضوعی عرفی است و اگر فقها بخواهند به این نیابت عمل کنند، جامعه را به‌طور متعارف اداره می‌کنند. اداره جامعه به گونه متعارف به این صورت است که کارها به دست متخصصان باشد. زعیم جامعه در بعضی از موارد می‌خواهد مسلمات و ثابتات شریعت را اجرا کند و در بسیاری از موارد می‌خواهد یکی از فتوهای مورد اختلاف را بنا به مصالح جامعه انتخاب کند یا در منطقه‌الفراغ می‌خواهد حکم کند و به

اجرا درآورد. اگر زعامت به دست فقیه باشد، در هیچ‌کدام از این موارد به فتوای خودش نیاز ندارد مگر اینکه فتوایش بیشترین مصلحت را برای جامعه داشته باشد. در این صورت نیز تشخیص اینکه مصلحت یا مصلحت اهم جامعه چیست، در تخصص او نیست. تمام امور ولایت و زعامت عام و اداره جامعه از قبیل تشخیص موضوع حکم شرعی (اولی یا ثانوی)، عقلی، عقلایی یا عرفی است و هیچ‌کدام در شأن فقها نیست (مگر در موضوعات مخترع شرعی که بیان ماهیات، اجزا و شرایطش به عهده فقهاست). فقیه بما هو فقیه در استنباط احکام اهل نظر است نه در امور متعلق به تنظیم بلاد، حفظ مرزها، تدبیر شئون دفاع و جهاد و مانند آن (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۳۹۰). بنابراین، فقها به محض دستیابی به ولایت (تولی) می‌توانند همه امور مدیریتی را به اهلس و واگذارند و خود افزون بر وظایفی که به‌عنوان عضوی از جامعه دارند^۸، به فقاها و افتا پردازند. اگر فقها تصمیم‌گیری یا اجرای امور عمرانی و... را به عهده بگیرند، نه از باب تخصص فقهی‌شان، بلکه از لحاظ شأن عرفی‌شان است. بنابراین، امور عرفی بسیار بیش از فقاها در زعامت عام فقها نقش دارد.

بحث و نتیجه‌گیری

فقها بنا بر بعضی از آرای فقهی، در سه حوزه افتا، قضاوت و زعامت ولایت دارند. وقتی فقها احکام را از ادله شرعی استنباط می‌کنند و فتوا می‌دهند، به فقاها مشغول‌اند و از شأن فقهی‌شان استفاده می‌کنند. اینان می‌توانند در اعمال ولایت خود فقط فتوای خود را مستند قضاوت و مدیریت قرار دهند. در این صورت هر جا که در قضاوت و زعامت به حکم شرعی نیاز شود، فتوایشان مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما اگر بخواهند به فتوای دیگران مثل فقیه اعلم، فتوای مشهور یا به قانون استناد کنند، شأن فقهی‌شان به کار گرفته نمی‌شود. در هر دو صورت، در مواردی که در قضاوت و زعامت به تشخیص موضوع نیاز می‌شود نیز از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند. کار قضایی با کار فقهی متفاوت است و قاضیان در حین قضاوت، فقاها (استنباط حکم کلی از ادله) نمی‌کنند. فقها در مقام زعامت محدود و زعامت عام خود نیز کار فقهی نمی‌کنند؛ زیرا تمام امور اجرایی و مدیریتی اشخاص معین یا جامعه از قبیل تشخیص موضوعات احکام شرعی، عقلی، عقلایی و عرفی و تشخیص مصالح افراد و جامعه و این امور در شأن عرف عام یا

متخصص است. اگر فقها به این امور بپردازند، از شأن عرفی شان استفاده می‌کنند نه از شأن فقهی شان. بنابراین، در این زمانه که قانون را نمایندگان مردم تصویب می‌کنند، قضات با استناد به قانون رأی می‌دهند و مدیران جامعه با استناد به قانون جامعه را اداره می‌کنند، فقها به ندرت در اعمال ولایت، به شأن فقهی خود می‌پردازند و در اکثر قریب به اتفاق موارد شأن عرفی خود را به کار می‌گیرند.

یادداشت‌ها

۱. اشاره به حکم میرزای شیرازی «الیوم استعمال تنباکو و توتون بای نحو کان در حکم محاربه با امام زمان (عجل الله تعالی) است».
۲. برای مثال، از فقهای شورای نگهبان پرسیده شده است «عده‌ای با اصدار چک بلامحل دیگران را مغرور و از آنان کلاهبرداری می‌کنند یا با عدم پرداخت دین خود در رأس موعد موجب تضرر دائن می‌شوند و چنانچه مورد تعقیب جزایی قرار نگیرند، امکان وصول طلب متعسر و در بعضی موارد محال می‌نماید. بنابراین، تعقیب کیفری صادرکننده چک بلامحل از نظر شرعی مانعی دارد یا نه؟» و آنان پاسخ داده‌اند «اصدار چک بلامحل که عرفاً کلاهبرداری و فریب طرف شمرده می‌شود به وسیله حاکم شرع شایان کیفر و تعزیر است» (فتحی و کوهی، ۱۳۹۷، صص. ۹۵-۹۴).
۳. ممکن است در چنین جامعه‌ای، همه یا بخشی از قانون که مستند به فقه است، برگرفته از فتوای مشهور یا فتوای فقیه اعلم یا ولی فقیه باشد و در دو صورت اخیر با تغییر آنان، آن قوانین نیز تغییر کند و قانون‌گذار ملزم به تبعیت از فتوای فقیه جدید است. در این صورت نیز شخص فقیه در قانون‌گذاری نقش ندارد، بلکه همان‌طور که مقلدانش ملزم به عمل به فتوای او هستند، قانون‌گذار نیز در قانون‌گذاری ملزم به تبعیت از فتوای اوست. حتی اگر قانون‌گذاری به ولی فقیه سپرده شود، او فتوایی را که با شأن فقاهتش استنباط کرده است، با شأن ولایتش به عنوان قانون ابلاغ می‌کند. تبدیل رساله به کتاب قانون و تغییر نام آن ربطی به فقاهت فقیه ندارد.
۴. به نقل از عباسعلی عمید زنجانی.
۵. در صورت امتناع مدعی علیه از حضور در محکمه، قاضی برای او وکیل تعیین می‌کند (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵۱).
۶. لزوم وقوع قسم نزد حاکم (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵۲).

۷. در آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ نیز برای قاضی دادگاه بدوی وظایف متعددی تعیین شده است که هیچ‌کدام کار فقهی و متوقف بر استنباط احکام از ادله نیست؛ تعیین تکلیف در هر دعوا به‌طور خاص (ماده ۴)، ترتیب اثر ندادن به قراردادهای مخل نظم عمومی یا مغایر با موازین شرع (ماده ۶)، رسیدگی به دعوای اعسار (ماده ۲۴)، تشخیص صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده است (ماده‌های ۲۶ و ۲۷)، صدور دستور تعیین وقت دادرسی و دستور ابلاغ دادخواست (ماده ۶۴)، تفکیک دعوای اقامه‌شده که با یکدیگر ارتباط کامل ندارند (ماده ۶۵)، صدور قرار رد دادخواست (ماده ۷۳)، بررسی ایرادات و اعتراضات وارده به پرونده پیش از ورود در ماهیت دعوا (ماده ۸۸)، امتناع از رسیدگی به دعوا در موارد معین (ماده ۹۱)، لازم دانستن حضور خواهان یا خوانده یا هر دو (ماده ۹۴)، ابطال دادخواست در صورت عدم حضور هیچ‌یک از اصحاب دعوا (ماده ۹۵)، به تأخیر انداختن جلسه دادرسی در موارد معین (ماده ۹۹)، دستور اخراج اشخاصی که موجب اختلال نظم جلسه دادگاه شوند (ماده ۱۰۱)، قرار ابطال دادخواست و قرار رد دعوا و قرار سقوط دعوا (ماده ۱۰۷)، قبول تأمین خواسته و قرار تأمین (ماده‌های ۱۰۸ و ۱۰۹)، قرار رفع تأمین (ماده ۱۱۸). توقیف خواسته‌ای که عین معین است یا معادل قیمت آن (ماده‌های ۱۲۲ و ۱۲۳)، رسیدگی به درخواست تبدیل تأمین (ماده ۱۲۵)، تغییر وقت جلسه دادرسی (ماده ۱۳۸)، تعیین مقدار و مهلت سپردن تأمین (ماده‌های ۱۴۷ و ۱۴۸)، احضار طرف مقابل برای تأمین دلیل (ماده ۱۵۲)، محکومیت متصرف عدوانی به پرداخت اجرت‌المثل زمان تصرف (ماده ۱۶۵)، صدور رأی مبنی بر رفع تصرف عدوانی (ماده ۱۷۵)، ختم رسیدگی پس از حصول سازش بین طرفین (ماده ۱۸۴) و تکلیف به سازش طرفین و سعی در آن یا ارشاد به طرح دعوا (ماده‌های ۱۸۸ و ۱۸۹).

۸. در آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز برای رسیدگی و صدور رأی قاضی دادگاه بدوی وظایف متعددی تعیین شده است که هیچ‌کدام کار فقهی و متوقف بر استنباط احکام از ادله نیست؛ تحقیق دادگاه برای کشف حقیقت (ماده‌های ۱۹۹، ۲۱۱ و ۲۱۲). رسیدگی به حساب‌ها و دفاتر (ماده ۲۰۶)، رجوع به اسناد و دلایل دیگر در صورت استرداد سند توسط ارائه‌کننده (ماده ۲۱۸)، تشخیص جعلیت اسناد (ماده‌های ۲۱۹ و ۲۲۱)، ارجاع سند به کارشناس برای تطبیق خط و امضا (ماده ۲۲۶)، مهلت دادن به طرف دعوا برای جرح گواه (ماده ۲۳۴)، استماع گواهی (ماده ۲۳۵)، خاطر نشان کردن حرمت گواهی کذب و مسئولیت مدنی و جزایی آن به گواه (ماده ۲۳۶)، تشخیص ارزش و تأثیر گواهی (ماده ۲۴۱)، احضار گواهان (ماده ۲۴۲). استماع گواهی گواه در منزل یا محل کار گواه (ماده ۲۴۴)، تعیین میزان هزینه آمدورفت و جبران خسارت گواه (ماده ۲۴۷)، صدور قرار معاینه محل و قرار تحقیق محلی (ماده‌های ۲۴۸

و ۲۴۹)، قرار ارجاع موضوع به کارشناس یا کارشناس‌های مورد وثوق (ماده‌های ۲۵۷ و ۲۵۸)، اخطار به کارشناس که در مهلت تعیین‌شده نظر خود را تقدیم کند (ماده ۲۶۰)، دعوت کارشناس برای ادای توضیح (ماده ۲۶۳)، تعیین حق‌الزحمه کارشناس (ماده ۲۶۴)، انتخاب کارشناس با قرعه (ماده ۲۶۹)، صدور قرار اتیان سوگند (ماده ۲۷۰)، صدور حکم به نفع خواهان با سوگند وی و سقوط ادعای او در صورت نکول (ماده ۲۷۳)، سه بار اخطار به منکر برای اتیان سوگند یا رد آن به خواهان (ماده ۲۷۴)، استفاده از مترجم برای کشف مراد خواننده لال (ماده ۲۷۶)، تعیین کیفیت تغلیظ سوگند از حیث زمان، مکان و الفاظ (ماده ۲۸۱)، احضار طرفین برای ادای سوگند (ماده ۲۸۲)، رد سوگند به طرف دعوا در صورت نکول کسی که باید سوگند یاد کند (ماده ۲۸۶)، یک بار مهلت دادن برای کسی که باید سوگند یاد کند (ماده ۲۸۷)، نیابت دادن به دادگاه صلاحیت‌دار برای تحقیقات از مطلعان (ماده ۲۹۰)، رسیدگی به دادخواست و اخواهی از حکم غیابی (ماده ۳۰۵)، تشخیص موجه بودن عذر عدم اقدام به اخواهی در مهلت مقرر (ماده ۳۰۶)، صدور دستور موقت (ماده ۳۱۰)، تشخیص فوری بودن موضوع درخواست دستور موقت (ماده ۳۱۵)، لغو کرن دستور موقت (ماده ۳۲۲) و ارسال پرونده به دادگاه تجدیدنظر چنانچه قاضی متوجه اشتباه خود شود (ماده ۳۲۷).

۹. بعضی فقها قضاوت را فقط برای مجتهد مطلق مشروع می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۰) و اجتهاد مطلق را شرط قضاوت دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۴۳۵). بعضی دیگر از فقها، علم تقلیدی به احکام را برای قاضی کافی می‌دانند و آن را موجب حفظ احکامی که از امامان رسیده است، می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص. ۱۷).

۱۰. بعضی فقها این قدر متیقن را قبول ندارند و معتقدند در صورت شک به شرطیت فقاقت در تصرف از باب حسبه، اصل عدم این شرط است. شرط فقاقت در اموری قابل تمسک است که در جواز و نفوذ آن توسط غیرفقیه شک داشته باشیم درحالی‌که در امور حسبه شک نداریم که تصرف مؤمنان جایز و نافذ است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۹۵).

۱۱. البته همه احکام حکومتی و اعمال ولایت مطلقه مبتنی بر مدار مصالح عمومی است (منصورنژاد، ۱۳۷۸، ص. ۱۶۶).

۱۲. گرفتن مطالبات امام عصر از بدهکاران (قاسمی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵۰)؛ اگر [فقها] توانستند باید مالیات، زکات، خمس و خراج را بگیرند و در مصالح مسلمانان صرف کنند و اجرای حدود کنند. این‌طور نیست که حالا که نمی‌توانیم حکومت عمومی و سراسری تشکیل بدهیم، کنار بنشینیم، بلکه تمام امور [ی] که مسلمانان [بدان] محتاج‌اند و از وظایفی است که حکومت اسلامی باید عهده‌دار شود، هر مقدار که می‌توانیم باید انجام دهیم (خمینی، ۱۴۳۴ق،

ب، ص. ۵۳). این اشخاص باید خمس اضافه بر درآمد را پس از صرف مخارج متعارف خود به حاکم اسلام بپردازند تا به بیت‌المال وارد شود (خمینی، ۱۴۳۴ق، ص. ۲۷). افضل و احوط پرداخت زکات به فقیه است؛ زیرا به موقع مصرفش آگاه‌تر است (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۱، ص. ۳۶۱). مستحب است زکات به فقیه مورد اعتماد پرداخت شود؛ زیرا او به محل مصرفش بیناتر است (حلی، ۱۳۷۶، ص. ۶۰). استحباب دادن زکات به فقیه مورد اعتماد اشکال دارد؛ زیرا گاه مالک بیناتر است و این موجب استحباب نمی‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۸۱). اگر فقیه به‌عنوان ولایت زکات را از مالک بگیرد، بعد تلف شود، ذمه مالک بری است (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۱، ص. ۳۶۲). خمس را باید دو قسمت کنند. یک قسمت آن سهم سادات است که امر آن با حاکم است و باید آن را به مجتهد جامع‌الشرایط تسلیم کنند یا با اذن او به سید فقیر یا سید یتیم یا به سیدی که در سفر در مانده شده است، بدهند و نصف دیگر آن سهم امام علیه‌السلام است که در این زمان باید به مجتهد جامع‌الشرایط بدهند یا به مصرفی که او اجازه می‌دهد، برسانند؛ اما اگر انسان بخواهد سهم امام را به مجتهدی که از او تقلید نمی‌کند، بدهد، در صورتی به او اذن داده می‌شود که بداند آن مجتهد و مجتهدی که از او تقلید می‌کند، سهم امام را به یک‌طور مصرف می‌کنند (خمینی، ۱۳۸۱، ص. ۲۷۹). پرداخت سهم امام در صورت امکان به فقیه عادل مورد اطمینان بهتر است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص. ۳۵۸). خمس به حاکمی که حجت از جانب امام عصر است، داده می‌شود و او آن را صدقه می‌دهد یا در آنچه مورد رضایت اوست، صرف می‌کند یا به سادات می‌رساند یا... ولایتی که او بر این مال دارد، مثل وکالتی است که از جانب امام دارد (میلانی، ۱۳۹۵، ص. ۲۷۷).

۱۳. حاکم شرع می‌تواند حکم کند که اول ماه است (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۱، ص. ۳۱۴).

۱۴. قبول وقف عام (خمینی، ۱۴۳۴ق، الف، ج ۲، ص. ۶۹). فروش موقوفه در صورتی که غیرقابل استفاده باشد و متولی نداشته باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص. ۱۶۹).

۱۵. ارث بدون وارث به ولی‌امر می‌رسد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱۰، ص. ۱۵۰). اموالی که افرادی از بهاییانی که از اصل بهایی بوده‌اند، خریده‌اند، در اختیار دولت اسلامی است (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۹، ص. ۵۰۶). رد مظالم منوط به اجازه حاکم شرع است (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص. ۴۸۱).

۱۶. فقه سیاسی مربوط به اداره اجتماع است. اجتماع همواره با سیاست است. سیاست نیز عبارت از جریان قدرت است. پس موضوع فقه سیاسی جریان قدرت در جامعه است. فقه سیاسی باید احکام مربوط به این قدرت را بیان کند (موسی‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۷۱۶). اندیشه سیاسی، تفکر انسجام یافته درباره اهداف حکومت، تفکر کلی و منسجم درباره سیاست یا سامان فکری برای مدیریت سیاسی جامعه است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۳۷۷).

۱۷. فقیه به نیابت از امام امر خراج را به عهده می‌گیرد (کرکی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۷۰).
۱۸. از جمله بیان احکام شرع، امر به معروف و نهی از منکر و آرام نگرفتن در برابر پر خوری ظالمان و گرسنگی مظلومان (امام علی (علیه السلام)، خطبه ۳).

کتابنامه

- قرآن کریم.
- نهج البلاغه (۱۴۱۴ق). قم: هجرت.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب، تهران: وزارت ارشاد.
- آهنگران، رسول (پاییز ۱۳۹۹). بررسی فقهی حقوقی جایگاه ولی فقیه در تقنین. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۱، تهران.
- اردبیلی (مقدس)، احمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: انتشارات اسلامی.
- ارسطا، محمدجواد (۱۳۷۸). شرایط، وظایف و اختیارات ولایت فقیه. کنگره امام خمینی و اندیشه حکومت اسلامی (جلد ۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق). حاشیة المکاسب. قم: ذوی القربی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، الف). القضاء والشهادات. قم: کنگره شیخ انصاری.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، ب). کتاب المکاسب. قم: کنگره شیخ انصاری.
- برقی، احمد (۱۳۷۱ق). المحاسن. قم: دارالکتب الاسلامیه.
- تبریزی، جواد (۱۳۹۱). صراط النجاة. قم: دارالصدیقة الشهیدة.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹). ولایت فقیه. قم: اسراء.
- حائری، سیدکاظم (۱۳۹۹ق). اساس الحكومة الاسلامیه. بیروت: مطبعة النیل.
- حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق). القضاء فی الفقه الاسلامی. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حائری، سیدکاظم (۱۴۲۴ق). ولایة الامر فی عصر الغیبة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حرانی، حسن (۱۴۰۴ق). تحف العقول. قم: جامعه مدرسین.
- حلی، حسن (۱۴۱۰ق). ارشاد الازهار. قم: النشر الاسلامی.
- حلی، حسن (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء، قم: آل البيت (علیهم السلام).
- حلی، حسن (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: النشر الاسلامی.
- حلی، جعفر (۱۳۷۶). المختصر النافع. قم: مطبوعات دینی.
- حلی، جعفر (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام. قم: اسماعیلیان.

- حلوانی، حسین (۱۴۰۸ق). *نزهة الناظر*، قم: مدرسه الامام المهدی.
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲). *استفتائات*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۶ق). *الاجتهاد والتقلید*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۵ق). *المکاسب المحرمة*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴ق، الف). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴ق، ب). *ولایت فقیه*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۱). *رساله*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۹)، *صحیفه امام*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک*. قم: اسماعیلیان.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق، الف). *موسوعة الامام الخویی*، قم: مؤسسه احیاء آثار الخویی.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق، ب). *التنقیح فی شرح العروة الوثقی «الاجتهاد والتقلید»* (میرزاعلی غروی، تقریر). قم: لطفی.
- زین الدین، محمدامین (۱۴۱۳ق). *کلمة التقوی*. قم: مهر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهدب الاحکام*. قم: دفتر مؤلف.
- سلار، حمزه (۱۴۰۴ق). *المراسم*، قم: منشورات الحرمین.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۱ق). *الاسلام یقود الحیاة*. قم: مرکز الابحاث والدراسات للصدر.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۸۸). *بررسی های اسلامی*. قم: بوستان کتاب.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۴ق). *شیعه*. قم: بی نا.
- طباطبایی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). *تکملة العروة الوثقی*. قم: داوری.
- طباطبایی، علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: آل البيت (علیهم السلام).
- طوسی، محمد (۱۳۸۷ق). *المبسوط*، تهران: المكتبة المرتضویه.
- طوسی، محمد (۱۴۲۴ق). *المعجم الفقهی لکتاب الشیخ الطوسی*. قم: دائرة المعارف فقه اسلامی.
- طوسی، محمد (۱۴۰۰ق). *النهاية*. بیروت: دارالکتاب العربی.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة*. قم: داوری.

- عاملی، محمد (۱۴۳۰ق). موسوعه الشهدا لاول «القواعد والفوائد». قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹). دانشنامه فقه سیاسی. تهران: دانشگاه تهران.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۹). مبانی اندیشه سیاسی اسلام. تهران: مؤسسه دانش و اندیشه معاصر.
- فتحی، محمد؛ و کوهی، کاظم (۱۳۹۷). نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- قاسمی، محمدعلی (۱۳۸۴). فقیهان امامی و عرصه‌های ولایت فقیه. مشهد: دانشگاه علوم رضوی.
- کرکی، علی (۱۴۰۹ق). رسائل المحقق الکرکی. قم: مکتبه آیه الله المرعشی.
- کلینی، محمد (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گروهی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق). موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی.
- مشکینی، علی (۱۴۱۶ق). اصطلاحات الاصول. قم: الهادی.
- مشکینی، علی (۱۳۹۲ق). مصطلحات الفقه، قم: دارالحدیث.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۷). مجموعه آثار. تهران: صدرا.
- معرفت، محمدهادی (تابستان ۱۳۷۷). ولایت فقیه. کتاب تقد، شماره ۷، قم.
- معرفت، محمدهادی (بهمن و اسفند ۱۳۷۱). حدود و ضوابط شرعی ولایت فقیه. کیهان/اندیشه، قم، شماره ۴۶.
- مفید، محمد (۱۴۱۰ق). المقننه، قم: النشر الاسلامی.
- مکارم، ناصر (۱۴۱۳ق). انوار الفقاهة «کتاب البیع». قم: مدرسه امیرالمؤمنین.
- منصورنژاد، محمد (تابستان ۱۳۷۸). بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه امام خمینی و اندیشمندان غربی. فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۱۲، قم.
- موسوی قزوینی، سیدعلی (۱۴۲۷ق). تعلیقه علی معالم الاصول «الاجتهاد والتقلید». قم: انتشارات اسلامی.
- موسی زاده، ابراهیم (زمستان ۱۳۹۳). نسبت فهم سیاسی و فقه سیاسی. فصلنامه سیاست، شماره ۴.
- مؤمن، محمد (پاییز ۱۳۸۷). اختیار ولی امر در قانون گذاری. فقه اهل‌بیت، شماره ۵۵.
- میلانی، سیدمحمدهادی (۱۳۹۵). محاضرات فی فقه الامامیه «کتاب الخمس». مشهد: دانشگاه فردوسی.
- نایینی، میرزا محمدحسین (۱۴۲۴ق). تنبیه الامه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث.
- نراقی، احمد (۱۳۷۵). عوائد الایام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

راه‌حل اختلاف مذهبی زوجین در سه طلاقه در یک مجلس

زینب جنیدی مقدم*
مهدی رهبر**
حامد رستمی نجف‌آبادی***
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۹
نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

ازدواج زن و مرد مسلمان که ملتزم به مذاهب فقهی مختلف هستند، در برخی از مسائل به‌خصوص احوال شخصیه، در محاکم قضایی موجب اختلافاتی می‌شود از جمله سه طلاقه کردن زوجه در یک مجلس که بر مبنای مذهب امامیه، طلاق رجعی، اما بر مبنای مشهور اهل سنت، از نوع بائن است. موضوع این پژوهش بر اساس بررسی‌های پژوهشگر در برخی از استان‌های مرزی به علت کثرت استفاده از سه طلاقه در یک مجلس و سکوت قانونگذار در این زمینه، تأثیر متفاوت طلاق (بائن و رجعی) و اینکه طلاق حقی یک‌طرفه، اما آثار آن بر دو طرف مؤثر است، انتخاب شده است که به بررسی و پاسخ به این پرسش می‌پردازد که در اجرای سه طلاقه نظر کدام یک از زوجین لحاظ می‌شود و بر چه مبنایی باید عمل کرد؟ از طرف مذهب شیعه یک طلاق واقع شده و بر اساس برخی از فتاوی اصلاً طلاق محقق نشده، اما بر اساس مذهب اهل سنت سه طلاق واقع شده است. این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و نرم‌افزارهای مرتبط فراهم آمده، درصدد یافتن راه‌حلی مناسب برای این اختلاف نظر میان مذاهب است. یافته این پژوهش حاکی است که بر مبنای قاعده الزام، جایگاه حق و قاعده تسلیط و نیز برخی فروع حتی از طریق اصل احتیاط در فروع، با توجه به شرایط می‌توان به این مسئله پاسخ داد.

واژگان کلیدی

اختلاف مذهبی؛ سه طلاقه؛ مجلس واحد؛ حق طلاق؛ قاعده الزام.

* دانشجوی دکتری، فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران. z.joneidi.m@gmail.com

** دانشیار، گروه فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

rahbarmahdi@yahoo.com

*** استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران. h.rostami1365@gmail.com

مقدمه

عقد نکاح موجب شکل‌گیری خانواده می‌شود. هرچه دو نفر به هم شبیه‌تر باشند، اختلافات میان زوجین کمتر خواهد بود، اما بالاخره اختلافاتی نیز رخ می‌دهد که اجتناب‌ناپذیر است. در صورت ایجاد اختلاف و حضور در محاکم قضایی، وجود اختلاف میان مذاهب زوجین منجر به بروز تعارض حکم در حوزه احوالات شخصیه می‌شود که بر اساس مذهب زوج پذیرفتنی، اما بر اساس مذهب زوجه ناپذیرفتنی است یا برعکس. از جمله این موضوعات، سه‌طلاق است که حکم آن در میان شیعه و سنی متفاوت است. این موضوع به چند علت از دیگر اختلافات متمایز و در این نگارش به صورت مبسوط به آن پرداخته شده است. نخست اینکه، سه‌طلاق در میان اهل سنت بسیار مرسوم است و بر اساس بررسی‌های پژوهشگر در برخی از نقاط مرزی کشور رواج دارد و پرونده‌های متعددی در این باره دیده می‌شود که متأسفانه به دلیل سکوت قانون‌گذار، قضات بر اساس نظر خود رأی صادر کرده‌اند که موجب تشتت آرا در این زمینه شده است. علت دیگر اینکه، طلاق موضوعی ایقاعی و یک‌طرفه است؛ یعنی تنها به اراده شوهر یا نماینده او واقع می‌شود و نیازی به موافقت زن ندارد، اما آثار آن در شرایط هر دو طرف مؤثر است. درحقیقت، زوجه برای ازدواج مجدد و پاک‌ی نسل خود باید از حصول طلاق اطمینان قطعی بیابد و درنهایت، طلاق برای بار سوم، طلاق بائن شمرده می‌شود و زوج در ایام عده حق رجوع ندارد، اما در یک طلاق، طلاق رجعی است و مرد می‌تواند در ایام عده به زن رجوع کند. ازاین‌رو پرداختن به این موضوع اهمیت ویژه‌ای برای زوجین با اختلاف مذهبی دارد. نگارنده در مرحله نخست در پی این است که حکم بحث سه‌طلاق در یک مجلس را در مذاهب شیعه و سنی بررسی و سپس راه‌های حل این اختلاف را شناسایی کند.

۱. پیشینه پژوهش

برای شروع این پژوهش، کتاب‌ها و مقالات بسیاری بررسی شد که از جمله آن‌ها کتاب‌های قواعد فقهی مرحوم موسوی بجنوردی، مکارم شیرازی و مصطفوی و مقالات متعدد از جمله مقاله‌های «قاعده الزام و کاربرد آن در زمینه حقوق خانواده در مناسبات پیروان مذاهب» ابوالقاسم نقیبه و «بازخوانی انتقادی قاعده الزام آموزه‌های فقه مدنی»

میرزایی صفی آباد است. محور بحث این منابع قاعده الزام است و تخصصی به مسئله سه طلاقه و اختلاف مذهبی زوجین نپرداخته‌اند. همچنین، مقالات «دیدگاه مذاهب اربعه در طلاق ثلاث در یک مجلس واحد» مریم علیزاده، «بررسی فقهی-تاریخی مسئله سه طلاقه در یک مجلس» عارف علی سیفی و «طلاق ثلاث؛ بررسی دیدگاه مذاهب اسلامی و قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی» سیدطه حسن‌نژاد تنها به مسئله اختلافی یا تاریخی آن پرداخته‌اند. ویژگی نگارش حاضر این است که با محوریت بحث سه طلاقه در یک مجلس، در شرایطی که زوج و زوجه اختلاف مذهبی داشته باشند، به راه‌های حل اختلاف مذهبی میان زوجین در این باره پرداخته و آن را واکاوی کرده است.

۲. مفهوم‌شناسی

برای ورود به این بحث ابتدا لازم است که معنا و مفهوم برخی از اصطلاحات و واژگان کلیدی بیان شود.

۲-۱. مفهوم مذهب

اهل لغت مذهب را به شعبه‌ای از دین، روش، طریقه، دین و کیش معنی کرده‌اند (معین، ۱۳۶۲، ج ۶، ص. ۲۵۸). در اصطلاح علم کلام اسلامی، طریقه‌ای خاص در فهم مسائل اعتقادی، خاصه امامت که منشأ اختلاف در آن، توجیه مقدمات منطقی یا تفسیر ظاهر کتاب خداست مانند مذاهب شیعه امامی، اشعری، معتزلی و ماتریدی (دهخدا، ۱۳۷۷، ص. ۲۵۹). درحقیقت، «مذهب» به معنای راه و روش است و در مفهوم دینی، به مسیر اعتقادی افراد، مذهب گفته می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۳۹۴).

در مفهوم اصطلاحی آن باید گفت مذهب در گذشته به مکتب‌های فکری درون یک دین (مانند مذاهب چهار یا پنج‌گانه فقه اسلامی) اطلاق می‌شد. در مغرب‌زمین، واژه «Religion» به معنای مکتب‌های درون یک دین و به معنای خود دین به کار می‌رود و حدود نیم‌قرن است که متجددان کشور ما تحت تأثیر این موضوع، کلمه مذهب را به هر دو معنا استعمال می‌کنند (صادقی، ۱۳۸۳، ص. ۶۵). در اصطلاح فقهی، روش خاص در استنباط احکام کلی فرعی از ظاهر کتاب و سنت مانند فقه مذاهب شیعه، حنفی،

مالکی، حنبلی و... است (مشکور، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۵).

مذهب در دو معنای عام و خاص استفاده می‌شود که در معنای عام با کلمه دین هم‌معنا می‌شود و در معنای خاص، شاخه‌ای مخصوص از دین مانند مذاهب شیعه و سنی نسبت به دین اسلام که مقصود ما از مذهب در این نوشتار، معنای خاص آن است.

۲-۲. مفهوم سه‌طلاقه

طلاق برداشتن پیوند ازدواج است که مانند ازدواج با خواندن صیغه صورت می‌گیرد، اما برخلاف ازدواج جزو ایقاعات است؛ یعنی یک طرفه است و تنها از سوی مرد انجام می‌شود (مشکینی، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۷). در اسلام طلاق مشروع و جایز است (گروهی از نویسندگان، ۱۳۸۹، ج ۵، ص. ۱۹۴)، اما طبق روایات، منفورترین حلال نزد خداوند است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۵۴).

در مفهوم لغوی سه‌طلاقه آمده است که زنی که سه بار طلاق داده شده باشد، سه‌طلاقه نامیده می‌شود (نجفی، ۱۴۱۳ق، ج ۳۲، ص. ۱۲۸). همچنین، زن سه‌طلاقه، به زنی اطلاق می‌شود که همسرش او را سه بار طلاق داده باشد (انوری، ۱۳۸۹، ج ۴، ص. ۵۵۶). و در زمره طلاق‌های بائن قرار می‌گیرد (مشکینی، ۱۴۳۱ق، ص. ۳۵۷) که در عده آن، مرد حق رجوع را ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۵۲۹).

مفهوم اصطلاحی سه‌طلاقه یعنی اگر مرد زنش را سه بار طلاق داد، بدین صورت که بین دو طلاق دو بار به او رجوع کند و برای بار سوم او را طلاق دهد، زوجه‌اش بعد از طلاق سوم بر او حرام می‌شود. اگر زن سه‌طلاقه با مرد دیگری ازدواج کرد و سپس شوهر دوم فوت کرد یا او را طلاق داد، شوهر اول می‌تواند دوباره با او ازدواج کند؛ در قرآن در آیات سوره بقره حکم سه‌طلاقه و مسئله مُحَلَّل به این شکل بیان شده است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (بقره/۲۲۹ و ۲۳۰)؛ طلاق [رجعی] دو بار است و اگر [شوهر برای بار سوم] او را طلاق گفت، پس از آن، دیگر [آن زن] برای او حلال نیست تا اینکه با شوهری غیر از او ازدواج کند [و با او هم‌خوابگی کند]. پس اگر [شوهر دوم] وی را طلاق گفت، اگر آن دو [همسر سابق] پندارند که حدود خدا را

برپا می‌دارند، گناهی بر آن دو نیست که به یکدیگر بازگردند» (فولادوند، ۱۳۹۸).

۳. حکم سه طلاقه در یک مجلس

طلاق سه گانه یا در اصطلاح سه طلاقه از جمله آداب و رسوم رایج در میان اعراب هنگام ظهور اسلام بود که خاستگاه و منشأ آن را به زمان حضرت اسماعیل منسوب می‌کنند (علی، ۱۹۷۰ق، ج ۵، ص. ۵۵۰)، اما شیوع آن را در جزیره العرب، منتسب به شاعر مشهور عصر جاهلیت به نام «اعشی» دانسته‌اند که به اجبار اقوام، همسرش او را در یک مجلس سه طلاقه و این موضوع را در میان ابی‌اتش بیان کرد (آلوسی، بی تا، ج ۲، ص. ۴۹). هرچند سه طلاقه کردن در آداب و رسوم دوران جاهلی نیز مذموم و قبیح شمرده و از محلل به پستی و فرومایگی یاد می‌شد و او را «بز قرضی» یا «پرحاشیه» می‌نامیدند (علی، ۱۹۷۰ق، ج ۵، ص. ۵۵۰)، اما عدد طلاق ریشه‌ای عمیق در آداب و رسوم جاهلیت داشت؛ در عصر جاهلی یک مرد تا هزار بار هم می‌توانست همسرش را طلاق دهد و سپس او را عقد کند و حد یقینی بر آن بار نمی‌شد (شیری زنجانی، ۱۹۴۱ق، ج ۹، ص. ۹۶۶). پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله) نیز در تأیید این نفرت در حدیثی می‌فرماید: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ هُوَ الْمُحْلَلُ. لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلَلُ وَالْمُحْلَلَةَ. أَيَا بَه شَمَا بَغْوِيم بَز قَرْضِي چَه كَسِي اسْت؟ أَوْ مُحْلَل اسْت كَه خَدَاوْنِد مُحْلَل وَّ اَنْ كَسِي رَا كَه مُحْلَل بَرَاي اَوْ اَقْدَام مِي كَنْد، لَعْنَت كَنْد» (ابن ماجه، بی تا، ج ۱، ص. ۶۲۳). به‌رغم تقبیح و مبارزه اسلام با این سنت جاهلی و روش غلط در میان مردم به واسطه تعلیم و تربیت، این رسم جاهلی همچنان تا زمان خلیفه دوم نیز ادامه داشت. برخی آیات قرآن به مذمت و نکوهش این موضوع پرداخته‌اند برای مثال، «الطَّلَاقِ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ (بقره/۲۲۹)؛ طلاق [رجعی] دو بار است. پس از آن یا باید زن را به‌خوبی نگاه داشت یا به شایستگی آزاد کرد».

یکی از روایاتی که در شأن نزول این آیه در کتاب‌های شیعی و سنی نقل شده^۱، این روایت است که زنی به شکایت نزد یکی از همسران پیامبر (صلی الله علیه و آله) آمد و گفت همواره شوهرم مرا طلاق می‌دهد و سپس رجوع می‌کند. این سبب ضرر و زیان ما شده است؛ زیرا در جاهلیت مرد حق داشت تا هزار بار این کار را تکرار کند و متوجه منع و نهی نباشد و حدی بر آن مترتب نمی‌شد. سپس آن هنگام که این شکایت

به محضر رسول خدا رسید، این آیه نازل شد و حد طلاق را سه بار ذکر کرد (طبرسی. ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۰۳).

روایت مشهور دیگر در شأن نزول این آیه این است که در عرب جاهلیت رسم بود که شخصی که زنی را به نکاح خود درمی‌آورد یا همسرش را طلاق می‌داد یا برده‌اش را آزاد می‌کرد، بعد از مدتی می‌گفت «شوخی کردم». اسلام شوخی با احکام الهی و شرعی را مردود دانست و این آیه نازل شد که اگر شخصی زنش را طلاق بدهد ولو به شوخی، پس طلاق واقع شده است. چنانچه در حدیثی نیز به اشاره شده است «سه چیز است که شوخی کردن در آن‌ها هم حکم جدیت دارد؛ نکاح، طلاق و رجعت» (ترمذی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۴۸۲).

تعارض در حکم سه‌طلاقه در یک مجلس برای این است که نظر مذهب شیعه و سنی در این زمینه متفاوت است. حتی در مذهب شیعه نیز اقوال مختلف است. از این رو سه‌طلاقه در یک مجلس از موضوعات بحث‌برانگیز و اختلافی میان اصحاب، تابعان فقهای مذاهب اهل سنت امامیه و بیشتر فقهای متأخر اهل سنت و محاکم قضایی کشورهای اسلامی است. موضوع سه‌طلاقه زمانی مطرح می‌شود که شوهر برخلاف نص یادشده سنت نبوی (صلی الله علیه و آله) بخواهد با شتاب عمل و همسرش را یک باره سه‌طلاقه کند. آیا این عبارت سه طلاق برای اینکه یک مرتبه و در یک وقت انجام شده است، طلاق رجعی به شمار می‌آید یا طلاق سوم و باین شمرده می‌شود؟ در این زمینه، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که در ادامه بررسی می‌کنیم.

- وقوع طلاق ثلاث به لفظ واحد: فقهای امامیه معتقدند سه طلاق در یک مجلس به دو صورت مرسل «انت طالق ثلاثاً» یا مرتب «انت طالق انت طالق انت طالق» لغو است. سه طلاق یک‌جا واقع نمی‌شود (شریف مرتضی، بی تا، ص. ۳۰۸؛ طوسی، ۱۴۱۴ق، ص. ۵۱۲؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۷۸)، اما در نوع مرتب اتفاق دارند بر وقوع یک طلاق در طلاق اول و طلاق‌های دوم و سوم را لغو دانسته‌اند؛ زیرا طلاق مطلقه ناصحیح است. درباره فرض اول گروهی از اساس آن را باطل می‌دانند (گروهی از نویسندگان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص. ۵۵۷)، اما مشهور متأخران آن را بر اساس مبانی فقهی خود وقوع یک طلاق به شمار می‌آورند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۷۸؛ نجفی، ۱۴۱۳ق، ج ۳۳، صص.

۱۴۵-۱۴۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص. ۴۲۷).

- مذاهب اهل سنت که به واقع شدن طلاق ثلاث با جاری شدن صیغه معتقدند، در چند گروه می گنجند.

۱. بعضی از صحابه تابعان و جمهور فقهای حنفیه، مالکیه، شافعیه و حنابله و برخی از ظاهریه معتقدند هرچه زوج ایقاع کند، به طور مطلق واقع می شود. فرقی نمی کند زوجه مدخوله باشد یا غیرمدخوله؛ عدد طلاق یک باشد یا دو یا سه (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، صص. ۹۱-۸۸؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۷، ص. ۱۰۲؛ ابن حزم، ۱۳۹۵، ج ۱۰، ص. ۱۷۴؛ زلمی، ۱۳۹۵، ص. ۲۲۴).

۲. ابوحنیفه، مالک و احمد طلاق ثلاثه را بدعی و حرام می دانند (ابن قیم. بی تا، ص. ۲۳۳)، اما به وقوع آن نیز قائل اند.

۳. شافعی جمع سه طلاق با یک لفظ را مباح می داند و معتقد است پیامبر (صلی الله علیه و آله) از آن نهی کرده است (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۲۷۴). بدرالدین عینی در *عمدة القاری* می نویسد جمهور علما از تابعان و کسانی که بعد از آن ها آمدند از جمله اوزاعی، نخعی، ثوری، ابوحنیفه، مالک، شافعی و احمد بن حنبل و پیروانشان معتقدند اگر مردی همسرش را یک باره سه طلاقه کند، هر سه طلاقش واقع می شود اما با این کار مرتکب معصیت شده است (بدران، ۱۹۶۱م، ص. ۲۳۸).

۴. البته در میان اهل سنت دیدگاه دیگری هم هست که سه طلاق با یک لفظ فقط یک طلاق به شمار می آید و لفظ تأثیری ندارد. این دیدگاه را به ابن تیمیه، شیعه زیدیه و برخی صحابی نسبت داده اند. رشیدرضا ابن عاشور و زحیلی نیز معتقدند سه طلاق با یک لفظ، یک طلاق به شمار می آید (قرطبی، بی تا، ج ۳، ص. ۱۲۹؛ آلوسی، بی تا، ج ۱، ص. ۱۵۳؛ رشیدرضا، بی تا، ص. ۳۸۵؛ ابن عاشور ۱۹۸۴م، ج ۲، ص. ۴۱۸؛ زحیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۴۲).

بر اساس اصل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دین رسمی ایران اسلام و مذهب، جعفری اثنا عشری است و این اصل الی الابد تغییرناپذیر است. همچنین، پیروان مذاهب دیگر اسلامی در انجام دادن مراسم مذهبی طبق فقه خودشان آزادند و در

تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن، در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها طبق آن مذهب و با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب خواهد بود (قانون اساسی، اصل ۱۲).

درباره رعایت احوال شخصیه در قانون ایران باید گفت بر اساس ماده واحده اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۰۴/۳۱ آمده است. تک‌ماده واحده- نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده است، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون درباره انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند.

- در نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.
 - ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفا.
 - فرزندخواندگی عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است (قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه).
- همچنین، در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی ابتدا سه طلاقه را در مورد چهارم تعریف کرده است که می‌گوید سومین طلاق که پس از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا نتیجه نکاح جدید.
- همچنین، در ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی چنین آمده است که زنی که سه بار پیاپی به عقد مردی درآمده و سپس طلاق داده شده است، بر آن مرد حرام می‌شود مگر اینکه محلل (فردی غیر از همسرش در این میان با زن ازدواج کند و بعد از نزدیکی، یا وی را طلاق دهد یا فوت کند) باعث شود تا مرد بتواند دوباره همسرش را عقد کند؛ البته این حکم سه طلاقه‌ای است که در یک مجلس صورت نگرفته و بر اساس فقه امامیه پایه‌گذاری شده است. بر اساس قانون نیز سه طلاقه در یک مجلس صحیح نیست (سبحانی، ۱۳۹۸/۰۶/۲۴).

نکته مهم این است که در شرایطی که یکی از زوجین شیعه باشد، با توجه به قواعدی مانند الزام، آیا باز هم بر اساس قانون یادشده در بالا عمل می‌شود یا قانون‌گذار

باید در این باره تصریح به مواد قانونی دیگری داشته باشد؟

۴. راه‌های حل اختلاف فقهی در سه طلاقه در یک مجلس

این اختلاف را از طریق چند استدلال می‌توان حل و فصل کرد که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱. قاعده سلطنت

حق در معنای لغوی به راستی، عدالت، ثابت و یقین که در آن جای تردید و انکار نباشد، شایسته و سزاوار، راستی در گفتار، مال، ملک و سلطنت، بهره و نصیب، امر صورت پذیرفته و انجام شده و دوران‌دیشی (جبران، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۶۸۹) آمده که البته مقصود ما از حق در این نگارش سلطنت است.

در اصطلاح فقهی حق مرتبه ضعیفی از ملک، بلکه نوعی از ملک و مالکیت است. در مقابل آن، «حکم» قرار دارد که مجرد جعل رخصت و اجازه در انجام دادن یا انجام ندادن چیزی یا حکم به بار کردن اثر بر فعلی یا ترک فعلی است (یزدی، ۱۳۷۰، ص. ۵۴). شیخ انصاری در مکاسب، «حق» را به توانایی و سلطنت فعلیه‌ای تعریف می‌کند که قائم به دو طرف «من له الحق» و «من علیه الحق» است و اعتقاد دارد که ممکن نیست که «من له الحق» و «من علیه الحق»، شخص واحدی باشد؛ به خلاف ملک که نسبت میان مالک و مملوک، نیازی به «من یملک علیه» ندارد (انصاری، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۰). این معنی از آیه شریفه «مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء/ ۳۳)؛ هرکس مظلوم کشته شود، به سرپرست وی سلطنت و قدرتی داده‌ایم» نیز استفاده می‌شود؛ زیرا مراد از سلطنت در این آیه شریفه، سلطنت و امتیازی است که ولی دم در قصاص از قاتل یا گرفتن دیه از او می‌تواند اعمال کند. همچنین است وقتی گفته می‌شود فرد «حق خیار» دارد. مقصود سلطنتی است که صاحب حق بر فسخ معامله می‌یابد. در «حق شفعه»، «حق ارث»، «حق نفقه» و مانند آن نیز مراد سلطنتی است که صاحب حق به سبب شراکت یا وراثت یا زوجیت و امثال آن به دست می‌آورد. بنابراین، وقتی فقها در ابواب مختلف فقهی از «حق» سخن می‌گویند، حق به معنای «سلطنت» است (رمضانی، ۱۳۹۰، ص. ۸۴)

در تعاریف حق در میان حقوق‌دانان می‌توان قائل به دو معنا شد. نخست اینکه، حق در معنای عام که شامل ملک و حق به معنای خاص است، حکم بوده مانند حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و مانند آن که داخل در حق به معنای عام است، اما در معنای دیگر حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است، آمده است حق عبارت است از سلطنت بر فعل اعم از اینکه به عین یا عقد یا شخص یا غیر آن تعلق گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳ق، صص. ۳۴-۳۱) یا اینکه حق عبارت از سلطنت ضعیفی از سنخ سلطنت موجود به مرتبه‌ای قوی‌تر در ملک است (حسینی حائری، ۱۴۶۳ق، ج ۱، ص. ۱۶۳). از این رو بر اساس تعاریف فوق، حق نوعی سلطنت است که برای روشن شدن موضوع باید مفهوم سلطنت بررسی شود.

حال که حق را به معنای سلطنت گرفتیم، یکی از قواعد مسلم فقهی، قاعده‌ای است که گاه از آن به «قاعده تسلط» یا «قاعده تسلیط» تعبیر می‌شود، اما در عبارت فقها به قاعده سلطنت معروف است. مفاد قاعده مرکب از دو جزء ایجابی و سلبی با این تقریر است «هر مالکی بر انواع تصرف‌ها در اموال خویش مسلط است و هیچ شخص یا نهادی نمی‌تواند سلطنت وی را بر اموالش محدود سازد». قرآن، بنای عقلا، عقل، اجماع و روایات از اسناد این قاعده به شمار می‌روند.

کاربرد این قاعده در موارد شک و تردید است. بدین معنا که هرگاه نسبت به جواز تصرف مالک تردید شود، با استناد به این قاعده می‌گوییم با توجه به عدم دلیل شرعی بر منع، مالک مجاز به تصرف است. به گفته صاحب جواهر: «قاعدة سلطان المالك و تسلط الناس علی اموالهم. اصل لا یخرج عنه فی محل الشک» (نجفی، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۱۳۸)؛ یعنی قاعده سلطنت مالک و [به تعبیر دیگر] تسلط مردم بر اموال خود، اصلی است که در موارد تردید [و نبود دلیل بر خلاف] نمی‌توان از آن خارج شد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۲۷).

پس از بیان اینکه حق در معنا به‌عنوان سلطنت هم بیان شده و داشتن سلطنت یعنی جاری شدن قاعده تسلیط، در موضوع مورد بحث ما نیز حق طلاق یکی از حقوق طبیعی و فطری است که خداوند آن را در اختیار مردان قرار داده است. در قرآن کریم نیز آیات مربوط به طلاق عموماً خطاب به مردان است از قبیل «و ان عزموا الطلاق فان الله

سمیع علیم» (بقره/۲۲۷)؛ «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» (طلاق/۱)؛ «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان...» (بقره/۲۲۱)؛ «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف...» (طلاق/۲). همچنین، در روایاتی به نحو متعدد الطلاق بید من أخذ بالساق آمده است (هندی، ۱۳۸۹، ج ۹، ص. ۶۴۰؛ سیوطی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۱۴۳؛ بغدادی، بی تا، ج ۴، ص. ۳۷؛ ابن ماجه، بی تا، ج ۱، ص. ۶۷۲). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۳۳ بر این امر تأکید کرده است.

با توجه به مشخص شدن اینکه معنای حق که نوعی سلطنت است و سلطنت هم یعنی هر مالکی بر انواع تصرفها در اموال خویش مسلط است و هیچ شخص یا نهادی نمی تواند سلطنت وی را بر اموالش محدود سازد و از این رو که حق طلاق برای مرد است، می توان این گونه استدلال کرد که در مسئله طلاق بر اساس مذهب صاحب حق یعنی زوج عمل می شود.

پس اگر مرد شیعه باشد و زوجه اهل سنت، اصلاً امکان سه طلاقه در یک مجلس وجود ندارد؛ زیرا مرد بر اساس مذهب خودش باید عمل کند که سه طلاقه واقع نمی شود پس طلاق رجعی است، اما اگر زوج اهل سنت باشد و زوجه شیعه و سه طلاقه در یک مجلس بر اساس قاعده فوق الذکر طلاق محقق شده باشد، طلاق بائن است. بر اساس پرسشها و بحث با قضات و صاحب نظران در مناطق مرزی که نگارنده انجام داده است، به علت سکوت قانون گذار و رعایت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، بیشتر قضات بر پایه راه حل فقهی فوق الذکر حکم صادر می کنند.

۴-۲. قاعده الزام

یکی از ویژگی های فقه شیعه که مذاهب تسنن از آن محروم اند، وجود قاعده فقهی به نام «قاعده الزام» است. قاعده الزام زمانی به کار برده می شود که وجه اختلافی بین دو فردی است که از دو مذهب هستند که یکی از آنها امامی و دیگری مذهبی از عامه باشد. در این صورت حکم فقهای شیعه بیان کننده قاعده الزام است. بدین صورت که اگر یک معامله یا عقدی طبق مذهب عامه به صورت صحیح و دارای شرایط واقع شود، اما طبق مذهب شیعه امامیه به صورت صحیح واقع نشده باشد، باید حکم به بطلان و عدم ترتب اثر بر آن کنیم، اما طبق مفاد قاعده الزام، شخص شیعه می تواند آثار صحت

را بر آن عمل مترتب کند و شخص عامی را بر پذیرش مقتضای عملش الزام کند (شیرکوند، ۱۳۹۳، ص. ۹۱).

قاعده الزام روش تعاملی شیعه امامیه با دیگر مذاهب و حتی مخالفان خود از دیگر گروه‌هاست. بر اساس این قاعده، شیعه می‌تواند در مواردی که از جهت آثار وضعی (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۹) بین احکام فقهی خود و مسلک دیگر تباین یا تضاد وجود دارد، به نفع خویش سود جوید (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۹۵؛ انصاری، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۹۰۵). قاعده الزام در جایی اجرا می‌شود که امامیه قائل به صحت حکمی که در مذهب دیگری صادر شده و ثابت است، نباشد. در آنجا قاعده الزام صورت می‌گیرد، اما اگر قائل به صحت آن باشد، پس قاعده الزام آن را دربر نمی‌گیرد و طبق احکام شرعی چون آن حکم صحیح است، پس لازم‌الاجراست (موسوی سبزواری، ۱۳۸۰، ص. ۲۵).

نکته حائز اهمیت در این باب این است که پیروان این تفکر و فقه جعفری به واسطه قاعده الزام می‌توانند به نفع خود بهره‌مند شوند و این امکان در دیگر مذاهب یافت نمی‌شود. باید توجه داشت که عملکرد قاعده الزام فقط در امور متعارض با هم در مذاهب مختلف است که کارایی خود را نشان می‌دهد؛ یعنی طرفین مورد اختلاف نباید هم‌دین، هم‌مکتب و هم‌مذهب باشند. قاعده الزام بین دو مجتهد یا فرد از یک مذهب جاری نیست؛ زیرا آن‌ها در مبانی استنباطی اختلاف نظر دارند، اما از لحاظ کلیات احکام و سنن اتفاق نظر دارند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۹۱۵). پس به طریق اولی نمی‌توان قاعده الزام را میان دو مقلدی که مجتهدان آن‌ها اختلاف رأی دارند، اجرا کرد.

۴-۲-۱. بررسی روایات

درباره موضوع مورد بحث، ابراهیم بن محمد همدانی می‌گوید به اتفاق یکی از شیعیان، نامه‌ای به امام جواد (علیه السلام) نوشتم. حضرت با خط خودشان جواب نامه را دادند و نوشتند من ماجرای دخترت و شوهرش را که نوشته بودی، خواندم... تا اینکه فرمود درباره پیمان شکنی و سه بار طلاق دختر بنگرید اگر آن مرد از شیعیان ماست و به باورهای ما اعتقاد دارد، طلاق واقع نشده؛ زیرا او کاری نکرده است که از حکمش بی‌خبر باشد، اما اگر از شیعیان ما نیست و گفتار او مبتنی بر احکام ما نیست، دخترت را

از او جدا کن؛ زیرا آن مرد قصد جدایی داشته است. عبدالرحمان بصری از امام صادق (علیه السلام) روایت می‌کند به امام عرض کردم، زنی به روش غیر سنت طلاق داده شده است. حضرت فرمود با این زن می‌توانی ازدواج کنی؛ زیرا زن بدون شوهر رها نمی‌شود (الحرالعاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۳). علی بن حمزه از امیرالمؤمنین (علیه السلام) روایت می‌کند، فرمود: «الزموهم بما الزموا انفسهم؛ آنان را به آنچه خود بدان پایبندند و باور دارند، الزام کنید» (طوسی، ۱۳۷۶، ج ۹، ص. ۳۶۷).

در *وسائل الشیعه* این روایت نیز آورده شده است که علی بن حمزه از حضرت امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) درباره زنی که به غیرسنت طلاق داده شده است، پرسید آیا مردی می‌تواند با این زن ازدواج کند؟ حضرت فرمود: «انان را به آنچه خود باور دارند، الزام کنید و می‌توانی با آن زن ازدواج کنی و هیچ اشکالی ندارد» (الحرالعاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۷۳) جعفر بن سماعه از امام جعفر صادق (علیه السلام) پرسید آیا با زنی که به غیرسنت طلاق داده شده است، می‌توانم ازدواج کنم؟ حضرت فرمودند بله. به حضرت عرض کرد مگر روایت علی بن حنظله را نشنیدی که از زنانی که سه طلاقه شدند، بپرهیز؛ زیرا آنها شوهر دارند؟ فرمود ای فرزندم! دلالت روایت علی بن حمزه از حضرت امیر (علیه السلام) نسبت به این وسیع‌تر است بر مردم؛ زیرا حضرت امیر (علیه السلام) در آن روایت می‌فرماید که آنان را به آنچه خود بدان اعتقاد و باور دارند، الزام کنید و آنها را به ازدواج درآورید و چنین ازدواجی هم اشکالی ندارد (طوسی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۲۹۲). فردی از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که درباره مردی که زنش را سه طلاقه کرده بود، پرسیدم. حضرت در جواب فرمودند اگر طلاق را کوچک و سبک شمرد و به آن اهمیت ندهد، به همان طلاق ملزم می‌شود» (الحرالعاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۳).

این روایات از لحاظ موضوع به مواردی اختصاص دارند که مذهب دو طرف در زمینه طلاق متفاوت باشد؛ یعنی یکی پیرو مذهب امامیه و دیگری از مذاهب اهل تسنن باشد که طرف دوم (امامی طرف اول) پیرو مذهب اهل سنت را به حکمی وا می‌دارد که آن را قبول ندارد و این حکم به سود طرف اول و به زیان طرف دوم است. روایاتی که در آنها تعبیر «الزموهم من ذلک ما الزموه انفسهم» به کار رفته، معنایش برحسب ظاهر

عبارت است از هر چیزی که مخالف در آن احکام دینی بدان باور دارد. در این صورت آن مخالف ضرر می‌بیند و شیعه سود می‌برد و این ضرر هم فرقی ندارد ضرر مالی باشد یا از بین رفتن حقی از وی یا موجب وقوع طلاق یا شرکت دیگری در میراث و مانند آن باشد. بنابراین، این‌گونه روایات برحسب ظاهر، دلالت دارد بر اینکه چنین الزامی از طرف امامی علیه سنی صحیح است؛ هرچند آن اعتقاد برخلاف مذهب امامی باشد (نقیبی، ۱۳۸۴، ص. ۷۸).

نکته شایان ذکر اینکه، از قاعده الزام برای زمانی که میان احکام فقهی خود و مسلک دیگر تباین یا تضاد وجود دارد، به نفع خویش سود جوید. بر اساس این تعریف می‌توان این‌گونه گفت که اگر زوج سنی باشد و زوجه شیعه، در شرایطی می‌توان بر اساس قاعده الزام زوج را ملزم به دستورات شرعی مذهب خود بدانیم که سه‌طلاقه به سود زوجه باشد. در غیر این صورت باید قائل به عدم آن شویم. به نظر نگارنده، این راه‌حل به دلیل اینکه این قاعده لزوماً برای این مواقع کارایی دارد و حاکم بر موضوع می‌شود، ترجیح دارد و باید قانون‌گذار برای جلوگیری از تشتت آرا و یکپارچگی نظرها، با وضع قانون و نص صریح برای این موضوع اظهارنظر کند.

۴-۳. بررسی دو حالت مفروض

بعد از بررسی راه‌حل اختلاف مذهبی زوجین در موضوع سه‌طلاقه در یک مجلس، دو حالت مفروض است که باید آن‌ها را بررسی و وظیفه زوجین را مشخصاً بیان کنیم.

۴-۳-۱. فرض نخست

حالت احتمالی که در این فرض به آن پرداخته می‌شود، این است که زوج اهل سنت باشد، اما زوجه شیعه باشد که مرجع تقلیدش قائل به این است که با سه‌طلاقه در یک مجلس، اصلاً طلاق واقع نمی‌شود؛ البته این نظر مخالف مشهور، اما محتمل است. از راهبردهای کلان دین و شریعت که به‌عنوان خط قرمز آن شمرده می‌شود، انسان بالغ، عاقل و متشرع درمی‌یابد که شارع آن‌ها را برای اهداف مقدسی وضع کرده است و بی‌توجهی به آن را جایز نمی‌داند عناوینی مانند مقاصد شریعت (زحیلی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۱۷؛ شلبی، ۱۴۰۶، ص. ۵۱۲) مقاصد فقه (مهریزی، ۱۳۸۲، ص. ۱۴)، اغراض

شریعت (خادمی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۵) مذاق شرع (نجفی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۵۰) و... است. در این مبحث می‌توان به حدیثی از امام صادق (علیه السلام) درباره تحریم زنا اشاره کرد. تحریم زنا به خاطر فساد و نابودی موارث و انقطاع انساب است و زن نمی‌داند در اینجا پدر فرزند او کیست و چه کسی شوهر اوست. فرزندش نمی‌داند که پدرش کیست و ارحام ناپاکی شکل می‌گیرد تا صله آن‌ها انجام شود و نزدیکی وجود نخواهد داشت تا شناخته شود (مازندرانی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص. ۲۳۴).

عقل سلیم به نیکویی این را می‌یابد که احتیاط در موارد این‌چنینی از اباحه و حلّیت اولی است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۳۷؛ خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۵۴). بنابراین، احتیاط در بعضی امور مهم از نظر شارع مقدس مانند جان، ناموس، آبرو، فروج و انساب انسان‌ها در هر حال نیکو (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۵۴؛ صافی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص. ۹۰) و واجب است (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۱۳۷؛ قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۹۷).

این امور نزد شرع مقدس اهمیت والایی دارد و باید به آن اهتمام ویژه‌ای گماشت. بنابراین،

۱. بدون حکم شرعی و بدون انتساب قانونی نمی‌توان شخصی را به شخص دیگری منتسب کرد.

۲. آثاری که به واسطه انتساب به وجود می‌آیند و شرع نیز بر آن صحه می‌گذارد مانند پدر و مادر بودن، پسر و دختر بودن، برادر و خواهر بودن، وجوب نفقه، ارث، عاقله، محرمیت و... همه در صورت شک در انتساب در غیرمصادیق قلمرو قاعده فراش، آثاری بر آن مترتب نمی‌شود.

۳. هر چیزی که باعث به وجود آمدن اختلال در انتساب شود، مردود است و باید از آن پرهیز کرد (محمودی، ۱۳۹۸، ص. ۳۷).

احتیاط در فروج و انتساب انسان‌ها به یکدیگر نزد فقها و علمای دین به احتیاط شرعی نیز معروف است (عراقی، ۱۳۸۸، ص. ۳۷۸)؛ زیرا می‌توان از روایات دریافت که شرع مقدس درباره جان، ناموس، آبرو، اموال و انتسابات به صورت ویژه وارد شده و توصیه به آن در قالب احتیاط کرده است (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص. ۶۶).

در این حالت زوجه بر اساس احتیاط، صاحب بعل به شمار می‌آید و کار برای او

دشوار می‌شود و باید جانب احتیاط را رعایت کند؛ هرچند می‌تواند بر اساس فتاوی برای طلاق شرعی، خود یا کسی به وکالت از طرف او به یکی از علما مراجعه کند تا جاری و بعد از عده ازدواج کند.

۴-۳-۲. فرض دوم

حالت مفروضی در این شرایط باقی می‌ماند که زوج شیعه باشد و حق طلاق را به زوجه که اهل سنت است، واگذار کند. در این حالت آیا زوجه می‌تواند بر اساس مذهب خودش که اهل سنت است، سه‌طلاقه در یک مجلس کند؟

وکالت در اصطلاح فقهی، عقدی است که به موجب آن، کسی دیگری را برای کاری جانشین خود قرار می‌دهد (جبعی عاملی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۱۵). معنای لغوی وکالت اعم است؛ زیرا در معنای لغوی، واگذار کردن هر کاری به دیگری است، ولی معنای اصطلاحی اخص است؛ زیرا هر کاری را نمی‌توان به دیگری واگذار کرد. برای مثال، انسان زنده نمی‌تواند نماز واجبش را به دیگری واگذار کند تا او بخواند. بنابراین، بین معنای لغوی و اصطلاحی وکالت، عموم و خصوص من وجه است.

مشهور فقها معتقدند، مرد می‌تواند به همسر خود به صورت مطلق (بدون قید و شرط) یا در موارد خاص (مانند مسافرت طولانی یا خرجی ندادن)، وکالت در طلاق بدهد. از این رو زوج می‌تواند در شرایطی به زوجه خود وکالت در طلاق بدهد.

یکی از شرایطی که برای کاری که به وکیل می‌سپارند، این است که موکل باید کاری را که وکالت می‌دهد، شرعاً از آن کار ممنوع‌التصرف نباشد (جبعی عاملی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۱۷). موکل باید کاری را به وکیل بسپارد که خود او شرعاً بتواند آن را انجام دهد.

در مفروض یادشده در بالا، اگر زوج شیعه باشد و به زوجه خود که اهل سنت است، وکالت در طلاق بدهد، با توجه به توضیحات، زوجه نمی‌تواند بر اساس مذهب خود عمل و سه‌طلاقه در یک مجلس واقع کند؛ زیرا موکل او در این موضوع اصلاً حق آن عمل را ندارد، حال چگونه می‌تواند آن را به دیگری وکالت دهد؟

تفویض اختیار به موکل، شرط مهمش این است که خود موکل این حق را داشته باشد حال آنکه این حق برای خود موکل وجود ندارد. از این رو زوج شیعه نمی‌تواند این حق (سه‌طلاقه در یک مجلس) را به دیگری یا به زوجه خود منتقل کند.

بحث و نتیجه‌گیری

حق نوعی سلطنت است و سلطنت هم یعنی هر مالکی بر انواع تصرف‌ها در اموال خویش مسلط است. بر اساس قاعده تسلیط هیچ شخص یا نهادی نمی‌تواند سلطنت وی را بر اموالش محدود سازد. پس زمانی که بر اساس ادله متقن حق طلاق برای مرد شمرده شده است، می‌توان این‌گونه استدلال کرد که در مسئله طلاق بر اساس مذهب صاحب حق یعنی زوج عمل می‌شود. پس اگر مرد شیعه باشد و زوجه اهل سنت، اصلاً امکان سه‌طلاقه در یک مجلس وجود ندارد؛ زیرا مرد بر اساس مذهب خودش باید عمل کند که سه‌طلاقه واقع نمی‌شود و به تبع آن، طلاق رجعی است. بر اساس پژوهش‌های نگارنده بر اساس این رأی، قضات مناطق مرزی میان زوجین با اختلاف مذهبی حکم می‌کنند، اما راه‌حل دیگر این است که اگر زوج اهل سنت باشد و زوجه شیعه و سه‌طلاقه در یک مجلس اتفاق افتد، بر اساس قاعده الزام اگر پذیرش سه‌طلاقه در یک مجلس به سود زوجه باشد، ما زوج را به رعایت احکام مذهب خودش ملزم می‌کنیم و سه طلاق جاری می‌شود و مرد دیگر حق رجوع ندارد و در حقیقت طلاق بائن شمرده می‌شود. در واقع، بر اساس قاعده الزام می‌توان گفت که اگر تعارض حکمی میان دو طرف شیعه و غیرآن ایجاد شود، به نفع خویش از آن سود جوید. دو حالت مفروض وجود دارد. نخست اینکه زوج اهل سنت باشد، اما زوجه شیعه باشد که مرجع تقلیدش قائل به این باشد که با سه‌طلاقه در یک مجلس، اصلاً طلاقی واقع نمی‌شود؛ البته این نظر مخالف مشهور، اما محتمل است. در این شرایط به‌خاطر اصل احتیاط در دما و نفوس، زوجه صاحب بعل است و کار برای او دشوار می‌شود و باید جانب احتیاط را رعایت کند. حالت احتمالی دوم اینکه، زوج شیعه باشد و حق طلاق را به زوجه که اهل سنت است، واگذار کند. در این حالت زوجه نمی‌تواند بر اساس مذهب خود عمل و سه‌طلاقه در یک مجلس کند؛ زیرا موکل او در این موضوع اصلاً حق انجام دادن آن عمل را ندارد پس چگونه می‌تواند آن را به دیگری وکالت دهد. در حقیقت، تفویض اختیار به موکل، شرط مهمش این است که خود موکل این حق را داشته باشد حال آنکه این حق برای خود موکل وجود ندارد. از این رو زوج شیعه نمی‌تواند این حق (سه‌طلاقه در یک مجلس) را به دیگری یا به زوجه خود منتقل کند.

یادداشت‌ها

۱. مجمع البیان ذیل آیه مورد بحث گفته، این شأن نزول در تفسیر کبیر، قرطبی و روح المعانی نیز ذیل آیه مورد بحث آمده است.

کتابنامه

قرآن کریم.

آصفی، محمد مهدی (۱۳۷۴). همزیستی فقهی ادیان و مذاهب. فقه اهل بیت (ع)، شماره ۲. آلوسی بغدادی، سید محمود (بی تا). بلوغ الارب فی معرفة احوال العرب (محمد بهجت الاثری، مصحح). بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهذب. بیروت: مؤسسه النشر الاسلامیه.

ابن حزم، علی بن احمد (۱۳۸۵). المحلی. بیروت: المكتبة تجاری.

ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد (۱۹۸۴م). التحرير والتنوير. تونس: الدار التونسية للنشر.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۹۶۸م). المغنی بر مختصر خرقی. ریاض: مکتب ریاض الحدیث.

ابن قیم، محمود بن ابی بکر (بی تا). اعلام الموقعین عن رب العالمین. مصر: مکتبه الکلیات عن الازهریه.

ابن کثیر، اسماعیل بن عمر (۱۴۱۹ق). تفسیر ابن کثیر. بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابن ماجه، محمد بن یزید (بی تا). سنن ابن ماجه (محمد فؤاد عبدالباقی، محقق). بیروت: دار احیاء الکتب العربیه.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالصاد.

اصفهانى، ابوالحسن (۱۴۱۹ق). وسیله الوصول الى حقائق الاصول. قم: مؤسسه النشر یعقوبی.

افخمی، بهروز (۱۳۹۶). پدیدارشناسی ازدواج با محارم در دوره های ایلام باستان و هخامنشی. زن در فرهنگ و هنر. شماره ۳.

امامی، سید حسن (۱۳۷۴). حقوق ملنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه.

انصاری، محمد علی (۱۴۲۴ق). الموسوعة الفقهية الميسرة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). کتاب المکاسب (سید محمد کلانتر، محقق). بیروت: منشورات مؤسسه النور للطبوعات.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفقه الاسلامیه.

- بجنوردی، محمدحسن (۱۳۷۷). قواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۴۰۳ق). باغه الفقیه. تهران: مکتبه الصادق.
- بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۳۸۳). اضواء علی قانون الاحوال الشخصیه. نجف: النعمان.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بدران، ابوالعینین (۱۹۶۱م). احکام الزواج والطلاق فی اسلام. نجف: مطبعة الدار.
- بغدادی، ابوالحسن (بی تا). سنن الدار قطنی. بیروت: دارالمعرفة.
- بهبهانی، علی (۱۴۱۷ق). القواعد الکلیه مما یتینی علیه کثیر من معضالت مسائل الفقه والصول. اهواز: المطبعة العلمیه.
- بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۱۰ق) السنن الکبری (محمد عبدالقادر عطا، محقق). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- پورمحمدی، رضا؛ و پورمحمدی علی (۱۴۰۰). قاعده «لکل قوم نکاح». فقه و حقوق خانواده، شماره ۷۴.
- ترمذی، محمد بن عیسی (۱۳۹۵). سنن الترمذی (احمد محمد شاکر، محقق). مصر: شرکت مکتبه جبران، مسعود (۱۳۹۳). فرهنگ الفیابی الرائد (رضا اترابی نژاد، مترجم). مشهد: آستان قدس.
- الجبعی العاملی، زین الدین (۱۳۶۸). الروضة البهیة. قم: مکتبه الطباطبایی.
- الحر العاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۹ق). وسایل الشیعه. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۶۳ق). فقه العقود. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۷ق). قواعد الفقهیه. بیروت: دارالعلوم.
- الحلی، ابوالقاسم (۱۴۰۳ق). شرائع الاسلام. بیروت: دارالضوء.
- حلی، حسن (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب حسن. مشهد: بنیاد پژوهش های آستان قدس.
- حلی، محمد بن احمد ابن ادريس (۱۴۱۰ق). اسرئال الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- خادمی، نورالدین (۱۴۲۱ق). علم المقاصد الشریعت. ریاض: مکتب العیکان.
- خراسانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل البیت.
- دفتر همکاری حوزة و دانشگاه (۱۳۶۴). درآمدی بر حقوق اسلامی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- رحمانی، محمد (۱۳۸۱). قاعده الزام و همزیستی مذاهب. طلوع، شماره های ۳ و ۴.

- رشیدرضا، محمد (بی تا). تفسیر المنار. بیروت: دارالمعرفة.
- روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). قم: دارالکتاب.
- الزییدی، محمد مرتضی (بی تا). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارمکتبه الحیاه.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۶ق). اصول الفقه الاسلامی. دمشق: دارالفکر.
- زحیلی، وهبه (۱۴۲۷ق). الفقه الاسلامی و ادله. دمشق: دارالفکر.
- زلمی، مصطفی (۱۳۹۵). احکام ازدواج و طلاق در فقه اسلامی (محمود ابراهیمی، مترجم). تهران.
- زمخشری، محمود بن عمر (۱۴۰۷ق). الکشاف عن حقایق غوامض التنزیل. بیروت: دارالکتاب العربی.
- سبحانی، جعفر (۱۳۹۸ / ۰۶/۲۴). مدرسه فقاهت (بخش تقریرات، درس خارج فقه).
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه الغراء. قم: مؤسسه امام الصادق.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). المبسوط. بیروت: دار و معرفة.
- سیوطی، جلال الدین (۱۴۲۹ق). الجامع الصغیر. بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- شبییری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه رأی پرداز.
- شریف مرتضی، علی (بی تا). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- شفایی، عبدالله (۱۳۸۵). احوال شخصیه در فقه و حقوق. فقه، شماره ۳۵.
- شلبی، محمد (۱۴۰۶ق). اصول الفقه الاسلامی. بیروت: دارالنهضت.
- شیرکوند، حامد (۱۳۹۳). کاربرد قاعده فقهی الزام در عقود و ایقاعات. مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۱۳.
- صادقی، هادی (۱۳۸۳). درآمدی بر کلام جدید. تهران: دفتر نشر.
- صافی، لطف الله (۱۴۲۸ق). بیان الاصول. قم: مؤسسه آیت الله صافی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۶). تهذیب الاحکام (غفاری، مترجم). تهران: مکتبه الصدوق.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). الخلاف (سید علی خراسانی و دیگران، تحقیق). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عراقی، ضیاء الدین (۱۳۸۸). الاجتهاد والتقلید. قم: نوید اسلام.
- علی، جواد (۱۹۷۰). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. بیروت: دارالعلم للملایین.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد (۱۳۸۳). القواعد الفقهیه. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (علیهم السلام).

- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۲). الزام. قم: مرکز فقه الائمة الاطهار (علیهم السلام).
- فولادوند، محمد مهدی (۱۳۹۸). ترجمه قرآن کریم. تهران: پیام عدالت.
- قرطبی، محمد بن احمد (۱۹۶۴م). جامع الاحکام القرآن (احمد عبدالعلیم، محقق). قاهره: مکتبة المصریه.
- قمی، سید تقی (۱۳۷۱). آرائنا فی اصول الفقه. قم: محلاتی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). کافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گروهی از نویسندگان زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی (۱۳۸۹). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- مازندرانی، محمد (۱۳۷۹). مناقب آل ابی طالب. قم: علامه.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمودی، اکبر (۱۳۹۸). احتیاط در انساب. مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، شماره ۴.
- مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مشکور، محمدجواد (۱۳۷۵). فرهنگ فرق اسلامی (استاد مدیرشانه چی). مشهد: آستان قدس رضوی.
- مشکینی، علی (۱۴۳۱ق). مصطلحات الفقه و اصطلاحات الاصول. قم: نشر الهادی.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۱۲ق). مئة الفاعده الفقهیه. قم: انتشارات اسلامی.
- مصطفی، ابراهیم و دیگران (بی تا). المعجم الوسیط. تهران: المکتبة العلمیه.
- مظاهری، علی اکبر (۱۳۷۳). خانواده ایرانی در دوران پیش از اسلام. تهران: قطره.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۳ق). انوار الفقهیه (کتاب البیع). قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). دائرة المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهیه. تهران: منشورات مکتبة الصدر.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه دارالعلم.
- موسوی سبزواری، سید علی عبدالعلی (۱۳۸۰). مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام. قم: دفتر آیت الله سبزواری.

- مهریزی، مهدی (۱۳۸۲). *فقه پژوهی*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد.
- میرزایی صفی‌آباد، زینب؛ و موحدی محب، مهدی (۱۳۹۹). *بازخوانی انتقادی قاعده الزام. آموزه‌های فقه مدنی*.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۱۳ق). *جواهرالکلام*. بیروت: دارالاحیاء التراث العربیه.
- نقیبی، سیدابوالقاسم (۱۳۸۴). *قاعده الزام و کاربرد آن در زمینه حقوق خانواده در مناسبات پیروان مذاهب. خانواده پژوهی*.
- نمله، عبدالکریم (۱۴۲۲ق). *اتحاف ذوی البصائر فی شرح روضة النواظ*. ریاض: مکتبه الرشید.
- هندی، علی متقی (۱۳۸۹). *کنز العمال*. قم: مکتبه التراث الاسلامی.
- یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰). *حاشیه بر مکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- یعقوبی، احمد (بی تا). *تاریخ الیعقوبی*. بیروت: دار صادر.

تحلیل تطبیقی حکم نگاه به عضو جداشده از بدن نامحرم در فقه فریقین (بررسی در مشاغل گریم، آرایشگری، کلینیک‌های زیبایی و...)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

علیرضا رستمی هرانی*

سید ضیاءالدین علیا نسب**

ابوالفضل اسماعیل پور***

چکیده

از جمله مسائلی که از دیرباز مورد ابتلای جامعه بوده و با گسترش حرفه آرایشگری، گریم و تأسیس کلینیک‌های زیبایی در جامعه امروز رواج بیشتری یافته، مسئله نگاه به اعضای جداشده از بدن نامحرم است که اختلاف دیدگاه فقیهان فریقین از گذشته دور تاکنون در آن نمایان است. طرح این مسئله از زمان علامه حلی در کتاب‌های فقهی شیعه و از زمان محمدبن‌ادریس شافعی در میان آثار اهل سنت به چشم می‌خورد. این نوشتار با روش تحلیلی و استنباطی به بررسی مستندات فقیهان فریقین و تحلیل و نقد آن‌ها پرداخته و نمایان ساخته است که اصلی‌ترین مستند قائلان به جواز، نبود شهوت نسبت به عضو مَبان (جداشده) و عدم صدق عنوان زن بر آن عضو است. همچنین، مانعین نیز به عموم و اطلاق ادله حرمت نگاه به نامحرم و استصحاب حرمت استدلال کرده‌اند. برخی نیز میان جدا شدن عضو از بدن در زمان حیات که در این صورت نگاه به آن جایز و بعد از موت که حرام است، رأی به تفصیل داده‌اند. این مقاله ضمن بیان وجوه ضعف ادله جواز، روشن کرده است که دلایل حرمت نظر بر قوت خود باقی می‌مانند جز درباره مو، ناخن و دندان جداشده که ادله حرمت منصرف از این سه هستند.

واژگان کلیدی

عضو مَبان (جداشده)؛ نگاه به نامحرم؛ استصحاب حرمت؛ وصل شعر(مو).

* استادیار، گروه علوم قرآن و حدیث، دانشکده علوم انسانی و هنر حضرت معصومه(س)، قم، ایران (نویسنده مسئول).
a.rostami@hmu.ac.ir

** دانشیار، گروه علوم قرآن و حدیث، دانشکده علوم انسانی و هنر حضرت معصومه(س)، قم، ایران.
z.olyanasab@hmu.ac.ir

*** طلبه سطح سه حوزه علمیه، قم، ایران.
asp2017asp2017@gmail.com

مقدمه

خداوند متعال برای رسیدن بندگان به کمال و سعادت، احکام و دستوراتی را قرار داده است که تمام جنبه‌های حیات انسان را دربرمی‌گیرد. یکی از آنها، حرمت نگاه به نامحرم است که از مسلمات فقه اجتماعی فریقین شمرده می‌شود؛ زیرا آیات «قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ بَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكُمْ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ»^۱ و «قُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ بَعْضٌ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا»^۲ (نور/۳۱-۳۰)، بر آن دلالت دارند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۱۰۰؛ گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۵۲).

یکی از فروع این مسئله، حکم نگاه کردن به عضو جداشده از بدن نامحرم است که از دیرباز مورد اختلاف فقهای هر دو فرقه بوده و با گسترش حرفه آرایشگری و گریم به‌ویژه در سینما و تئاتر و شیوع خرید و فروش بعضی از اعضای بدن زنان مانند موی سر و همچنین، وقوع حوادثی مانند زلزله و بروز جنگ با ادوات نظامی جدید که در موارد بسیاری موجب قطع اعضای بدن انسان می‌شود و نیز عمل‌های جراحی برای قطع یا پیوند عضو و برخی عمل‌های زیبایی که در بسیاری از مواقع، عضو جداشده از بدن در معرض نگاه نامحرم قرار می‌گیرد، بررسی این مسئله ضروری است.

آنچه بر اهمیت بررسی این مسئله می‌افزاید، این است که برخی از مسائل اجتماعی نوظهور و غیر آن، ارتباط مستقیمی با این مسئله دارند. برای مثال، جواز فقهی تعدادی از مشاغل و معاملات و نیز حلال یا حرام بودن درآمد حاصل از آنها، منوط به اثبات جواز نگاه به اعضای بدن نامحرم است. همچنین، پرسش‌های فقهی دیگری نیز از درون این حکم به وجود می‌آید که پاسخ آنها را می‌توان با حل اصل این مسئله به دست آورد؛ مواردی مانند حکم پیوند اعضا و کاشت مو توسط شخص نامحرم و چسباندن موی زن به موی زن دیگر توسط آرایشگران و اینکه در صورت اثبات جواز نگاه زوج به آن مو، آیا نگاه دیگر محارم نیز به آن جایز است یا خیر؟ همچنین، در صورت اثبات جواز نگاه زوج به آن، آیا از این حکم می‌توان نگاه زوج به دیگر اعضای پیوند داده شده را نیز جایز شمرد یا خیر؟ بنابراین، ارتباط این مسئله با برخی دیگر از مسائل اجتماعی نمایان است.

۱. پیشینه پژوهش

می‌توان امام شافعی را نخستین فقیه اهل سنت دانست که به این مسئله پرداخته است و نگاه زوج به موی نامحرمی که همسرش آن را به موهای خود وصل کرده است، جایز نمی‌داند (جوینی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۳). مطابق با بررسی به‌عمل آمده، نخستین فقیه امامی که به این مسئله پرداخته، علامه حلی است و بعد از ایشان، این مسئله به‌وفور در کتاب‌های فقهی دیده می‌شود. به‌طور کلی، این مسئله از گذشته دور در میان فقهای اهل سنت بیش از فقهای شیعه مطرح بوده است و فقهای شافعی، بیشتر از فقیهان دیگر اهل سنت به این مسئله و فروع آن پرداخته‌اند. از آنجاکه بر اساس جست‌وجوی نگارندگان، نوشتار مستقلی پیرامون این موضوع یافت نشد، پژوهش پیش رو بر آن شد تا برای نخستین بار با تحلیل و ارزیابی تطبیقی دیدگاه فقهی فریقین به‌ویژه در مشاغل گریم و آرایشگری و کلینیک‌های زیبایی و... پاسخ به پرسش‌های یادشده را کشف کند. نکته گفتنی اینکه، افزون بر تمسک به اطلاقات و عمومات دلالت‌کننده بر حرمت نگاه به نامحرم و نیز اصول عملیه، یکی از دلایلی که در کلام فقیهان هر دو مذهب برای رسیدن به حکم این مسئله بسیار پرتکرار و مورد استفاده است، روایات باب وصل شعر (مو) است که هرچند در خصوص وصل شعر (مو) وارد شده، از آن برای به دست آوردن حکم نگاه به دیگر اعضای نامحرم نیز استفاده شده است؛ هرچند در برخی موارد، استدلال به آن صحیح به نظر نمی‌رسد.

۲. بررسی دیدگاه‌ها

در این پژوهش، نخست اقوال مختلف فقهای فریقین درباره این مسئله و دلایل هرکدام مطرح و با دقت مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. دیدگاه فقهای امامیه

فقیهان امامیه در این مسئله اختلاف نظر دارند و شاهد رأی و فتوای یکسانی از ایشان نیستیم. عده‌ای جانب حرمت را برگزیده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ص. ۱۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۶؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص. ۱۰۰؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۸۰۵؛

اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ص. ۱۴۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۵ق، ص. ۸۸؛ حکیم، ۱۳۷۴، ص. ۵۲؛ گلپایگانی، ۱۳۹۳ق، ص. ۱۴۸؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۰۵؛ اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۲۸) و دسته‌ای دیگر قائل به جواز نگاه هستند (علامه حلی، بی‌تا، ص. ۵۷۴، علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۸۲؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ص. ۹۰؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ص. ۱۶۳؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ص. ۹۵؛ محسنی، ۱۳۸۲، ص. ۳۰۹) و برخی نیز تفصیلاتی درباره بعضی از اعضای بدن بیان داشته (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۵؛ خمینی، ۱۳۹۲، ص. ۲۶۲) و دلایل خود را نیز مطرح کرده‌اند.

۲-۱-۱. دلایل قائلان به جواز

۲-۱-۱-۱. عدم تهییج شهوت

برخی دلیل جواز نگاه را نبود شهوت نسبت به عضو مقطوع و برطرف شدن خوف از فتنه‌ای که در نگاه به اعضای بدن نامحرم وجود دارد، دانسته‌اند؛ زیرا عضو بعد از جدا شدن از بدن، به مثابه سنگ می‌ماند (علامه حلی، بی‌تا، ص. ۵۷۴؛ اعرجی، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۰۵). به نظر مبنای این استدلال، نامه‌ای است که امام‌رضا (علیه‌السلام) در پاسخ به پرسش‌های محمدبن‌سنان نوشته‌اند، که در یکی از فقرات آن می‌فرمایند «حُرْمَ النَّظَرِ إِلَى شُعُورِ النِّسَاءِ الْمَحْجُوبَاتِ بِالْأَزْوَاجِ وَ غَيْرِهِنَّ مِنَ النِّسَاءِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَهْيِيجِ الرِّجَالِ وَ الدُّخُولِ فِيهَا لَا يَحِلُّ وَ لَا يَجْمَلُ وَ كَذَلِكَ مَا أَشْبَهَ الشُّعُورَ الْاَلَّذِي قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ الْجَلْبَابِ وَ لَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَى شُعُورِ مِثْلِهِنَّ»^۳ (شیخ صدوق، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۶۵). بنابراین، هرگاه تهییج ایجاد نشود، حرمتی هم وجود نخواهد داشت.

بررسی و نقد

۱. این دلیل به‌خاطر عدم اعتبار مستند روایی آن، پذیرفتنی نیست. مکاتبه امام‌رضا (علیه‌السلام) با محمدبن‌سنان را شیخ صدوق با سه طریق در کتاب *عیون اخبار الرضا*^(ع) (۱۳۷۸ق، ص. ۸۸) و با یک طریق در *من لا يحضره الفقيه* (۱۳۶۳، ص. ۴۲۹) نقل کرده است. طرق صدوق در *عیون بدین* شرح است.

الف. حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَاجِيلَوَيْهِ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ عَمِّهِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي الْقَاسِمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الْكُوفِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ.

ب. حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرَانَ الدَّقَاقُ وَ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ السَّنَانِيَّ وَ عَلِيَّ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقُ وَ الْحُسَيْنَ بْنَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامِ الْمَكْتَبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْكُوفِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْعَبَّاسِ قَالَ حَدَّثَنَا الْقَاسِمُ بْنُ الرَّبِيعِ الصَّخَّافُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ.

ج. حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْبَرْقِيُّ وَ عَلِيُّ بْنُ عِيْسَى الْمَجَاوِرُ فِي مَسْجِدِ الْكُوفَةِ وَ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ مُوسَى الْبَرْقِيُّ بِالرِّيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَالُوا حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ مَاجِيلَوَيْهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ.

طریق اول به دلیل تصریح به ضعف محمدبن علی (ابوسمینه) ضعیف است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۳۳۲؛ علامه حلی، ۱۴۰۲، ص. ۲۵۳).

طریق دوم نیز به دلیل حضور علی بن عباس الجرازینی که نجاشی او را ضعیف می‌داند (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۲۵۵) و همچنین، قاسم بن ربیع صحاف که از سوی برخی از رجال نگاران تضعیف شده است (ابن غضائری، ۱۳۸۰، ص. ۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۰۲، ص. ۲۴۸) نامعتبر است. هرچند برخی به دلیل عدم ثابت بودن کتاب ابن غضائری، قاسم بن ربیع را توثیق کرده‌اند (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱۵، ص. ۲۲)، از آنجاکه علامه حلی در رجالش درباره وی همان عبارات ابن غضائری را بدون هیچ‌گونه اختلافی آورده است، این نکته به دست می‌آید که اولاً، تضعیف ابن غضائری ثابت است و ثانیاً، علامه تضعیف او را پذیرفته است که نمایان می‌کند که این تضعیف اجتهادی و مبنایی نیست.

اما طریق سوم به دلیل تصریح به وثاقت برخی از راویان آن مانند احمد بن محمد بن خالد برقی یا به خاطر زیادی نقل و ترضی شیخ صدوق بر دیگر راویان آن مانند علی بن احمد و محمد بن علی ماجیلویه معتبر است (نایینی منوچهری و حکیم، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۶).

همچنین، طریق شیخ صدوق به مکاتبه محمد بن سنان در مشیخة الفقیه این‌گونه است «علی بن احمد بن موسی الدقاق و محمد بن احمد السنانی و الحسن بن ابراهیم بن احمد بن هشام المکتب

– رضی الله عنهم – قالوا حدثنا محمد بن ابي عبد الله الكوفي قال حدثنا محمد بن اسماعيل البرمكي عن علي بن العباس قال حدثنا القاسم بن الربيع الصحاف عن محمد بن سنان.
 این طریق نیز به دلیل وقوع علی بن عباس و قاسم بن ربیع در آن ضعیف است. بنابراین، تنها طریق سوم شیخ صدوق در عیون به محمد بن سنان دارای اعتبار است.
 مسئله اساسی ضعف خود محمد بن سنان زاهری است که از جانب تعدادی از علمای علم رجال مطرح شده و مورد پذیرش برخی دیگر از رجال شناسان نیز قرار گرفته است (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۴؛ ابن غضائری، ۱۳۸۰، ص. ۹۲؛ نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۳۲۸؛ خویی، ۱۴۰۹ق، صص. ۱۷۲-۱۶۰). ممکن است برخی علت ضعف او را نسبت دادن غلو توسط برخی از دانشمندان علم رجال (ابن غضائری، ۱۳۸۰، ص. ۹۲) بدانند و به خاطر عدم پذیرش این انتساب، سعی در توثیق وی داشته باشند (نایینی منوچهری و حکیم، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۶)، اما تصریح به ضعف ابن سنان بدون انتساب غلو از سوی دیگر رجالیان (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۴؛ نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۳۲۸) و همچنین، توقف علامه حلی در مورد حال وی (علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص. ۲۵۱)، بیان کننده این است که ضعف او منحصر به غلو نیست و اتهام غلو نیز نمی تواند بی دلیل باشد. بنابراین، روشن می شود این مکاتبه از لحاظ سند دارای ضعف است و نمی توان به آن استناد کرد.

۲. صرف نظر از ضعف سند، امام (علیه السلام) در این نامه، حکمت حرام بودن نگاه به موی نامحرم را بیان فرموده اند نه علت آن را؛ زیرا این روایت با آن دسته از روایاتی که جواز وصل موی زن نامحرم را بیان کرده اند مانند روایت سعد اسکاف از امام باقر (علیه السلام) «قَالَ سُئِلَ عَنِ الْقَرَامِلِ الَّتِي تَصْنَعُهَا النِّسَاءُ فِي رُءُوسِهِنَّ يَصْلُنَهُ بِشُعُورِهِنَّ فَقَالَ لَا بَأْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ بِمَا تَزَيَّنَتْ بِهِ لِزَوْجِهَا»^۴ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸)، تعارض دارد. دلیل تعارض هم این است که هنگامی زوجه موی زن دیگری را به موی خود وصل می کند، تهییج همسر را در پی دارد، اما طبق این دسته از روایات، این عمل حرام نیست. با این بیان معلوم می شود که تهییج رجال نمی تواند علت حکم باشد؛ زیرا نمی توان ملتزم شد به اینکه هر زمان تهییج بود، حرمت هم هست و هر جا که تهییج نبود، حرمتی هم در کار نیست.

۳. مورد مکاتبه ابن سنان، نگاه به موی زن نامحرم است و در آن از نگاه به دیگر اعضای بدن زن نامحرم یا نگاه زن به مرد نامحرم سخنی به میان نیامده؛ هرچند که ممکن است از تعبیر «كَذَلِكَ مَا أَشْبِهَ الشُّعُورَ» برداشت شود که حرمت نگاه به دیگر اعضای بدن نامحرم نیز به همین خاطر است، اما چون در ادامه امام (علیه السلام) فقط نگاه به موی بانوان سالخورده را جایز می‌شمارند، می‌توان نتیجه گرفت که منظور از آن تعبیر، ناخن و دندان است. بنابراین، از این روایت نمی‌توان قاعده‌ای کلی به دست آورد.

۴. در برخی از اعضا مانند موهای زن نامحرم اگر به صورت بافته شده جدا شود و آن را زن دیگری به موهای خود وصل کند، بی‌تردید باعث برانگیختن شهوت مرد نامحرم می‌شود. بنابراین، نمی‌توان به طور مطلق گفت عضو جدا شده مانند سنگ است و فتنه‌ای در نگاه به آن وجود ندارد.

با توجه به آنچه گفته شد، نمایان می‌شود که این استدلال پذیرفتنی نیست و نمی‌توان با آن جواز نگاه را اثبات کرد.

۲-۱-۱-۲. اطلاق مقامی روایات حرمت وصل شعر

برخی نظر قائلان به جواز را این گونه توجیه کرده‌اند. اطلاق مقامی روایاتی که حرمت وصل شعر را بیان می‌کنند مانند روایت ثابت بن سعید، «قَالَ سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنِ النِّسَاءِ يُجْعَلُ فِي رُءُوسِهِنَّ الْقَرَامِلُ قَالَ يَصْلُحُ الصُّوفُ وَ مَا كَانَ مِنْ شَعْرِ امْرَأَةٍ لِنَفْسِهَا وَ كَرِهَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَجْعَلَ الْقَرَامِلَ مِنْ شَعْرِ غَيْرِهَا فَإِنْ وَصَلَتْ شَعْرَهَا بِصُوفٍ أَوْ بِشَعْرِ نَفْسِهَا فَلَا يَضُرُّهَا»^۵ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۷)، با اینکه در مقام بیان بوده‌اند متعرض حرمت نگاه همسر به آن نشده‌اند، نشان‌دهنده این است که حرمت نگاه به آن منتفی خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص. ۱۰۰).

بررسی و نقد

این دلیل نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا با کمی تأمل در این روایات این نکته به دست می‌آید که جز حرمت نگاه شوهر، هیچ وجهی برای ممنوعیت متصل کردن موی زن دیگر به موی خود، متصور نیست.

همچنین، تمام روایاتی که وصل شعر (مو) را ممنوع می‌دانند (بر مبنای پذیرفته‌شده که به‌زودی تبیین خواهد شد)، از نظر سندی ضعیف هستند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ص. ۹۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۹۶، ص. ۴۴۹). از این رو نمی‌توان به اطلاق مقامی آن‌ها برای نفی حرمت استناد کرد.

اشکال دیگر این است که به اجماع فقیهان امامیه، تمام روایات نهی‌کننده، حمل بر کراهت شده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۱۷؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۸۵). بنابراین، نمی‌توان جواز نگاه به اعضای مبان را از این روایات به دست آورد.

در اینجا لازم است روایات حرمت وصل شعر (مو) را بگوییم و به وضعیت اعتبار سند آن‌ها اشاره کنیم.

۱. روایت ثابت بن سعید که پیش‌تر گفته شد، به دلیل مجهول بودن حال وی ضعیف است (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، صص. ۳۰۱-۳۰۰).

۲. «و عَنْهُمْ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشِيمَ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: دَخَلْتُ مَا شَطَطَ عَلَيَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ لَهَا ... فَإِذَا مَشَطْتَ فَلَا تَجْلِيَّ الْوَجْهَ بِالْخَرَقِ فَإِنَّهُ يَهْدُبُ بِمَاءِ الْوَجْهِ وَلَا تَصَلِّيِ الشَّعْرَ بِالشَّعْرِ»^۶ (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۱).

این روایت نیز به این دلیل که علی بن احمد بن اشیم مجهول است (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۳) ضعیف است.

۳. «و بَأْسَنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ يَحْيَى بْنِ مَهْرَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْقُرَامِلِ قَالَ وَ مَا الْقُرَامِلُ قُلْتُ صُوفٌ تَجْعَلُهُ النِّسَاءُ فِي رُءُوسِهِنَّ قَالَ إِذَا كَانَ صُوفًا فَلَا بَأْسَ وَإِنْ كَانَ شَعْرًا فَلَا خَيْرَ فِيهِ مِنَ الْوَأَصِلَةِ وَالْمَوْصُولَةِ»^۷ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۲).

این روایت نیز به دلیل نبود تصریح به وثاقت یحیی بن مهران (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۲۲) ضعیف است.

۴. «الْحَسَنُ بْنُ الْفَضْلِ الطَّبْرَسِيُّ فِي مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ قُلْتُ لَهَا الْمَرْأَةُ تَجْعَلُ فِي رَأْسِهَا الْقُرَامِلَ قَالَ يَصْلِحُ لَهُ الصُّوفُ وَ مَا كَانَ مِنْ شَعْرِ الْمَرْأَةِ نَفْسِهَا وَ كَرِهَ أَنْ

يُوصَلُ شَعْرُ الْمَرْأَةِ مِنْ شَعْرِ غَيْرِهَا»^۸ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸).

۵. تنها نقلی که برخی سند آن را معتبر می‌دانند (شیبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۸۸)، روایت علی بن ابی حمزه بطائنی است «و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيٍّ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ امْرَأَةٍ مُسَلَّمَةٍ تَمَشُطُ الْعُرَائِسَ لَيْسَ لَهَا مَعِيشَةٌ غَيْرُ ذَلِكَ وَ قَدْ دَخَلَهَا ضَيْقٌ قَالَ لَا بَأْسَ وَ لَكِنْ لَا تَصِلُ الشَّعْرَ بِالشَّعْرِ»^۹ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۳).

در این روایت، منظور از قاسم بن محمد، قاسم بن محمد جوهری است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص. ۵۴). از آنجاکه این فرد جزو مشایخ صفوان بن یحیی شمرده می‌شود و حسین بن سعید اهوازی نیز از او نقل بسیار دارد، می‌توان به وثاقت وی دست یافت (شیبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۸۸). همچنین، علی که قاسم بن محمد از او این روایت را نقل کرده، علی بن ابی حمزه بطائنی است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص. ۲۴۸) که در وثاقت او اختلاف بسیاری وجود دارد. برخی وثاقت وی قبل از واقفی شدن را پذیرفته‌اند و تمام روایاتی را که اصحاب از او نقل کرده‌اند، مربوط به زمان استقامت او می‌دانند (طوسی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۵۱؛ حسین نژاد، ۱۳۹۵، صص. ۲۲-۱۷). از آنجاکه این روایت را قاسم بن محمد جوهری که به واقفی بودن او نیز تصریح شده (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۳۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۴۷) از بطائنی نقل کرده است، نمی‌توان نتیجه گرفت که این حمزه این روایت را در زمان استقامت نقل کرده است، بلکه به دلیل واقفی بودن راوی و مروی عنه، گمان قوی برخلاف آن است. از این رو این روایت نیز در دایره ضعف قرار می‌گیرد.

۲-۱-۳. عدم صدق لغوی و عرفی عنوان «نگاه به نامحرم»

وجه دیگری که در کلمات برخی از فقها مشاهده می‌شود، این است که با جدا شدن عضوی از بدن، نگاه به آن عضو مقطوع، از دید عرف و دریچه لغت، دیگر نگاه به بدن نامحرم شمرده نمی‌شود و بنابراین، نگاه به آن حرام نیست. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۰).

بررسی و نقد

این استدلال نیز دچار ضعف است؛ زیرا (همان‌گونه که در کلمات برخی از فقیهان مشاهده می‌شود) اگر بر نگاه به آن عضو مقطوع، نگاه به نامحرم اطلاق نمی‌شود، پس چگونه است که جایز نیست زنی را که بدنش چند تکه شده است، مرد نامحرم غسل دهد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹)؟ همان‌طور که در ادامه مطرح می‌شود، اگر علت تحریم غسل را حرمت لمس بدانیم نه نگاه، باز هم این اشکال وارد است؛ زیرا لمس اعضای بدن نامحرم بر آن صادق و همین کافی است که دانسته شود آن عضو منفصل هنوز جزئی از بدن نامحرم شمرده می‌شود.

۲-۱-۱-۴. روایات بیان‌کننده جواز وصل شعر

دلیل دیگری که برای جواز نگاه به عضو منفصل مطرح شده، روایات مجوزه وصل شعر است مانند روایت سعد اسکاف که در آن امام‌باقر (علیه‌السلام) زینت کردن زن با هر چیزی برای شوهرش را جایز بیان داشتند (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸). به این بیان که از تجویزی که در این روایات نسبت به وصل مو وجود دارد، دانسته می‌شود که نگاه به موی نامحرم وصل شده جایز است. پس می‌توان جواز نگاه به هر عضو منفصل از بدن نامحرم را از این روایات به دست آورد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ص. ۹۴).

بررسی و نقد

این روایات درباره موی نامحرم وارد شده است، بنابراین نمی‌توان جواز نگاه به دیگر اعضای منفصل از بدن نامحرم را از آن برداشت کرد. از این رو استدلال به این دسته از روایات، اخص از مدعا شمرده می‌شود. همچنین اشکال دیگری که طرح می‌شود، این است که ممکن است علت جواز این باشد که مو با وصل شدن مانند عضوی که پیوند زده می‌شود، جزئی از بدن زوجه شمرده می‌شود و نگاه به آن در حکم نگاه به دیگر اعضای بدن اوست. بنابراین، روشن است که نمی‌توان از عدم حرمت نگاه به موی وصل‌شده، عدم حرمت نگاه به هر عضو مقطوعی را به دست آورد (شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۸۵).

۲-۱-۱-۵. انصراف

برخی معتقدند نصوص مبین حرمت نظر به نامحرم، از نگاه به عضو مُبان (جدا شده) منصرف هستند؛ زیرا انفصال اجزای بدن غیر از مو به ندرت وجود می‌یابد. بنابراین، تنها نگاه به موی جداشده از بدن نامحرم جایز نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۵).

بررسی و نقد

این قول نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر منشأ انصراف غلبه استعمال باشد، انصراف محقق می‌شود، اما اگر منشأ آن غلبه وجودی باشد، نمی‌توان گفت عمومات و مطلقات از آنچه در خارج به ندرت وجود می‌یابند، منصرف‌اند (علامه مظفر، ۱۳۷۳، صص. ۱۹۱-۱۸۹). بنابراین، نگاه به اعضای جداشده غیر از مو هرچند که به ندرت اتفاق می‌افتد، باز هم ادله حرمت نگاه به نامحرم بر آن مشتمل می‌شود.

۲-۱-۱-۶. اصل برائت

آخرین دلیلی که در کلمات برخی از فقیهان امامیه دیده می‌شود، اصالة البرائة است؛ زیرا وقتی دلیلی بر حرمت نگاه به عضو منفصل از بدن نامحرم وجود نداشت، اصل برائت جاری است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۶۱).

بررسی و نقد

اشکال این استدلال نیز این است که با وجود عمومات و مطلقات دلالت‌کننده بر حرمت نگاه به نامحرم که شامل هر دو حالت اتصال و انقطاع اعضای بدن نامحرم می‌شوند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ص. ۱۰؛ خمینی، ۱۳۷۶، ص. ۴۱۰)، دیگر وجهی برای تمسک به اصل برائت باقی نمی‌ماند.

از آنچه بیان شد، مشخص می‌شود تمام استدلال‌هایی که برای جواز نظر به عضو مقطوع از بدن نامحرم بیان شده، ناتمام است و نمی‌توان دیدگاه اول (جواز) را پذیرفت.

۲-۱-۲. دلایل قائلان به حرمت

۲-۱-۲-۱. استصحاب

نخستین وجهی که در کلام فقها برای حرمت نظر به عضو جداشده از بدن نامحرم دیده

می‌شود، استصحاب حرمت است. به این معنا که نگاه به آن عضو هنگام اتصال به بدن حرام بود. آن حرمت بعد از جدا شدن از بدن نیز باقی است. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ص. ۱۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۵).

بررسی و نقد

بر این استدلال، هم از جانب قائلان به حلیت نگاه به عضو جداشده و هم از طرف کسانی که نگاه به آن را حرام می‌دانند، اشکالات متعددی وارد شده است.

۱. این استصحاب از نوع استصحاب در شبهات حکمیه است درحالی‌که در شبهات حکمیه، استصحاب جاری نیست. (خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۹۰؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ص. ۱۶۳).

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت به دلیل اطلاق برخی از روایاتی که حجیت استصحاب را بیان می‌کنند مانند صحیح زراعه از امام باقر (علیه‌السلام) که در آن تعبیر «لَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ أَبَدًا بِالشَّكِّ»^{۱۰} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۵) آمده است، استصحاب افزون بر شبهات موضوعیه، در شبهات حکمیه نیز جاری است (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱ق، ص. ۲۱۰).

۲. موضوع حکم با انفصال از بدن، دچار تغییر شده است و در جایی که موضوع تغییر کند، استصحاب جاری نیست. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹)؛ زیرا بقای موضوع از شرایط اصلی جریان استصحاب است (انصاری، ۱۴۱۹ق، صص. ۲۹۱-۲۸۹). در این مسئله نیز این شرط وجود ندارد. لازم است در اینجا توضیح بیشتری داده شود تا ابهامی که در این اشکال وجود دارد، از بین برود.

آنچه از ادله حرمت نگاه به نامحرم دانسته می‌شود، این است که موضوع این حکم، مرأه (زن) است و نگاه به اعضای او تنها هنگامی که متصل به بدن باشند، حرام است؛ زیرا در این صورت است که نگاه به زن نامحرم شمرده می‌شود، اما با جدا شدن عضو از بدن، بر نگاه به آن عضو، نگاه به زن نامحرم اطلاق نمی‌شود؛ زیرا اتصال به بدن از مقومات موضوع این حکم است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹). در کلمات بعضی از فقها آمده که عضو مَبَان (جداشده) در حکم حَجَرِ (سنگ) است؛ زیرا امکان نگاه تحریک‌آمیز به آن وجود ندارد (علامه حلی، بی‌تا، ص. ۵۷۴؛ اعرجی، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۰۵؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۵) که این خود نشان‌دهنده مقومیت اتصال برای موضوع است.

به این استدلال چنین اشکال شده است که اتصال و انفصال جزو مقومات موضوع نیستند، بلکه از عوارض و حالات طاری بر اجزای موضوع شمرده می‌شوند. به این دلیل که مرجع تعیین باقی بودن یا مرتفع شدن موضوع، عرف است و عرف هم موضوع را در این مورد باقی می‌داند. بنابراین، موضوع با تغییر حالات و عوارض از بین نمی‌رود و بی‌تردید استصحاب جاری است و حرمت نظر هم به قوت خود باقی می‌ماند. برای همین است که استصحاب نجاست عضو مقطوع از بدن سگ و همچنین، استصحاب ملکیت اجزای جداشده از مملوک خالی از اشکال است و تمام این احکام با استصحاب ثابت شده‌اند (حکیم، ۱۳۷۴، ص. ۵۳).

این اشکال به دلیل اینکه در استصحاب، بقای عرفی موضوع کفایت می‌کند، همان‌گونه که بسیاری از عالمان علم اصول فقه به آن اعتقاد دارند (انصاری، ۱۴۱۹ق، صص. ۳۰۲-۲۹۵)، وارد است. بنابراین، بعد از انقطاع عضو می‌توان حرمت را برای نگاه نامحرم به آن ثابت دانست و محذور تسری دادن حکم از موضوعی به موضوع دیگر لازم نمی‌آید.

اما استشهادی که مستشکل به استصحاب نجاست اعضای منقطع از حیوان نجس‌العین و استصحاب ملکیت اجزای جداشده از مملوک دارد، به دلیل اشکالات زیر مردود است.

الف. باقی بودن نجاست و ملکیت با استصحاب ثابت نشده است، بلکه از آنجاکه موضوع این دو حکم، اعضای کلب و اجزای مملوک است نه عنوان کلب و مملوک، اطلاق ادله نجاست سگ و ملکیت مملوک، اجزای منفصل را هم دربرمی‌گیرد. در نتیجه، خود این ادله برای اثبات نجاست و ملکیت اجزای منفصل از حیوان نجس‌العین و مملوک کفایت می‌کنند و نوبت به استصحاب نمی‌رسد (خویی، ۱۴۱۸ق، صص. ۹۱-۹۰).

ب. از آنجاکه درباره حیوانی که امکان تذکیه شدن دارد، اگر تذکیه نشود یا اینکه پیش از آنکه تذکیه شود، عضوی از بدن آن حیوان جدا شود، شکی در میته و نجس بودن آن عضو نداریم و اختلافی هم در این حکم وجود ندارد. درباره عضو مقطوع از بدن حیوان نجس‌العین نیز هیچ‌گاه احتمال پاک بودن آن را نمی‌دهیم تا برای اثبات نجاست آن، استصحاب جاری کنیم. درباره جزء منقطع از مملوک نیز شکی در باقی بودن ملکیت

مالک نسبت به آن وجود ندارد؛ زیرا مادامی که عامل سلب ملکیت نیامده باشد، ملکیت پابرجاست و عرف آن را هنوز در ملکیت مالک می‌داند. بنابراین، ثبوت مالکیت برای مالک با استصحاب به دست نیامده است (شبییری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۷۱).

ج. در نگاه عرف، ثبوت نجاست و ملکیت برای اعضای حیوان نجس‌العین و اجزای مملوک، تنها به این علت است که حکمی که بر مرکب مترتب شده، به تمام اجزا و اعضای متصل و منفصل آن مرکب منحل می‌شود و برای همین دیگر مجالی برای استصحاب وجود نخواهد داشت (محسنی، ۱۳۸۲، ص. ۳۰۹).

۳. در این مسئله نمی‌توان استصحاب حرمت نظر را جاری کرد؛ زیرا با استصحاب عدم ازلی تعارض دارد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۵). به این معنا که پیش از اینکه شارع مقدس نگاه به اعضای متصل بدن نامحرم را حرام کند، نگاه به اعضای منفصل حرام نبود و بعد از جعل حرمت برای نگاه به اعضای متصل بدن نامحرم، شک می‌کنیم که آیا برای نگاه به اعضای منفصل هم حرمت جعل شده است یا نه؟ آن یقین سابق (عدم جعل حرمت) را با استصحاب به زمان حال تسری می‌دهیم و می‌گوییم همان‌گونه که در سابق نگاه به آن عضو منفصل حرام نبود، الان نیز نگاه به آن حرام نیست، اما این استصحاب که نتیجه‌اش جواز نظر به اعضای منقطع از بدن نامحرم است، با استصحاب حرمت نگاه به اعضای بدن نامحرم به بعد از انقطاع، تعارض دارد؛ زیرا یکی جواز را می‌رساند و دیگری حرمت را اثبات می‌کند. از این رو نمی‌توان در جایی که استصحاب حرمت دارای متعارض است، آن را جاری کرد.

به نظر می‌رسد استصحاب عدم ازلی حجیت ندارد؛ زیرا حکمی که با استصحاب درصدد ابقای آن هستیم، به‌طور قطع از بین رفته است؛ زیرا مستصحب در استصحاب عدم ازلی عدم‌الحکم هست و ما یقین داریم که بعد از تشریح احکام در اسلام، هیچ موضوعی بدون حکم باقی نمانده است. بنابراین، امکان استصحاب آن مستصحب وجود ندارد.

۴. این استصحاب از نوع استصحاب در شک در مقتضی است (شبییری زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۵۹) و بسیاری از علمای علم اصول قائل به عدم حجیت آن هستند (انصاری، ۱۴۱۹ق، ص. ۵۱؛ محقق نایینی، ۱۳۶۸، ص. ۳۵۱). توضیح این اشکال بدین‌گونه است

که هر عضوی هنگام اتصال به بدن نامحرم مقتضی حرمت نظر بود، اما در مقتضی حرام بودن نگاه به آن عضو بعد از انفصال، شک وجود دارد و چون این شک از نوع شک در مقتضی حرمت است، نمی‌توان حرمت را استصحاب کرد.

این اشکال وارد نیست؛ زیرا همان‌گونه که گروهی از محققان و بزرگان علم اصول فقه، استصحاب را حتی در موارد شک در مقتضی جاری می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱ق، صص. ۲۱۰-۲۰۷؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۵)، جریان استصحاب در این موارد خالی از شکال است؛ زیرا بی‌تردید از اطلاق کلام امام باقر (علیه‌السلام) «وَلَا تَقْضِ الْيَقِينَ أَبَدًا بِالشَّكِّ» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۵)، حجیت استصحاب در موارد شک در مقتضی نیز استفاده می‌شود. بنابراین، در این مسئله نیز یقینی که به حرمت نگاه به آن عضو هنگام اتصال وجود داشت، با قطع آن عضو از بدن، با استصحاب پابرجا خواهد بود.

از آنچه مطرح شد، مشخص می‌شود که حرمت نظر به عضو مبان (جدا شده) را می‌توان از طریق استصحاب به دست آورد.

۲-۲-۱-۲. عموم و اطلاق ادله

عمومات و اطلاقات ادله‌ای که وجوب غض بصر و حرمت نگاه نسبت به اعضای بدن نامحرم را بیان کرده‌اند مانند آیات «غض بصر» (يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ) (نور/۳۰) و ابدای زینت (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) (نور/۳۱)، عضو منفصل را هم در برمی‌گیرند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ص. ۱۰)؛ البته دلالت آیه ۳۰ سوره نور بر وجوب غض نظر و ترک نگاه حرام، واضح و آشکار است، اما آیه ۳۱ این سوره که زنان را ملزم به رعایت پوشش کرده، بر اساس فهم عرف است که دلالت بر حرمت نگاه به نامحرم دارد؛ زیرا بین وجوب ستر زینت با حرمت نگاه ملازمه عرفی وجود دارد؛ زیرا ستر زینت به‌خودی‌خود موضوعیتی ندارد، بلکه از آنجاکه مقدمه عدم تحقق نگاه مرد به اعضای بدن زن شمرده می‌شود، از طرف شارع واجب شده است. بنابراین، حرمت نگاه به نامحرم را می‌توان از این آیه نیز به دست آورد (خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۶).

آگاهی نسبت به این نکته نیز ضروری است که طبق روایاتی که این آیه را تفسیر کرده‌اند، منظور از زینت، مواضع زینت (اعضای بدن) نیز هست (خویی، ۱۴۱۸ق، ص.

۳۶). برای مثال می‌توان صحیح‌ه مسعده بن زیاد ربیع‌ی از امام صادق (علیه‌السلام) را نام برد که در آن آمده است «و سئِلَ عَمَّا تُظْهِرُ الْمَرْأَةَ مِنْ زِينَتِهَا؟ قَالَ (عليه‌السلام): الْوَجْهَ وَ الْكَفَيْنِ»^{۱۱} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۲۰۲). در این روایت منظور از «ما ظهر منها»^{۱۲} (نور/۳۱) به صراحت بیان شده است. اینک با توجه به مطالب بیان‌شده این نتیجه حاصل می‌شود که حرمت نگاه به اعضای بدن نامحرم ثابت و مسلم است و این ادله از آنجاکه عمومیت و اطلاق دارند، هم شامل نگاه به اعضای متصل می‌شوند و هم نظر به اعضای منفصل را دربرمی‌گیرند.

بررسی و نقد

به این استدلال نیز اشکال شده است که هیچ‌کدام از این ادله، اطلاق یا عمومیت ندارند؛ زیرا موضوع حرمت در همه این ادله عنوان «مرأة» است و بر آن عضو جداشده، مرأة اطلاق نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ص. ۹۳). به تعبیر دیگر، این ادله از نگاه به عضو منفصل انصراف دارند.

این اشکال ناتمام است؛ زیرا بدون تردید در آیه «و لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ» همان‌طور که گذشت، منظور از زینت، مواضع زینت نیز هست که شامل اعضای متصل و منفصل می‌شود و برای همین، برخی فقها به وجوب پوشش اعضای منفصل از بدن زن تصریح کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۵ق، ص. ۸۸).

همچنین، امکان استفاده اطلاق از مجموعه‌ای از روایات نیز وجود دارد. برای مثال، صحیح‌ه ابوحمزه ثمالی «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه‌السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ يُصِيبُهَا الْبَلَاءُ فِي جَسَدِهَا إِمَّا كَسْرٌ وَإِمَّا جُرْحٌ فِي مَكَانٍ لَا يَصْلُحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ يَكُونُ الرَّجُلُ أَرْفَقَ بِعِلَاجِهِ مِنَ النِّسَاءِ أَوْ يَصْلُحُ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا قَالَ إِذَا اضْطُرَّتْ إِلَيْهِ فَلْيَعَالَجْهَا إِنْ شَاءَتْ»^{۱۳} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۲۳۳) و دیگر روایات مربوط به باب معالجه نامحرم و نیز روایات باب ترک غسل میت هنگام نبود محرم و هم‌جنس مانند صحیح‌ه عبیدالله بن علی حلبی از امام صادق (علیه‌السلام) «أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الْمَرْأَةِ تَمُوتُ فِي السَّفَرِ وَ لَيْسَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ وَ لَا نِسَاءٌ قَالَ تُدْفَنُ كَمَا هِيَ بِثِيَابِهَا وَ عَنِ الرَّجُلِ يَمُوتُ وَ لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا النِّسَاءُ لَيْسَ مَعَهُنَّ رِجَالٌ قَالَ يُدْفَنُ كَمَا هُوَ بِثِيَابِهِ»^{۱۴} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۵۲۰). بنابراین،

از آنجاکه موضوع بسیاری از ادله حرمت نگاه به نامحرم، اعضای بدن نامحرم است نه عنوان مرأه، بی تردید این اشکال وارد نیست و از این روایات به دلیل اطلاق، عدم جواز نگاه به اعضای منفصل از بدن نامحرم برداشت می‌شود.

۲-۱-۲-۳. حرمت غسل دادن زن فوت شده توسط مرد نامحرم

برخی از فقیهان این گونه استدلال کرده‌اند که اگر نگاه به عضو منقطع جایز بود، زن میتی که بدنش چند تکه شده است، نباید در غسل دادنش توسط مرد نامحرم اشکالی وجود داشته باشد در حالی که اجماع بر عدم جواز آن است. حاصل استدلال یاد شده این است که وجه تحریم غسل توسط نامحرم و غیرمماثل، حرمت نگاه و لمس نامحرم است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۸).

بررسی و نقد

استدلال یاد شده، دارای اشکال های متعدد زیر است.

۱. اگر چنین اجماعی هم وجود داشته باشد، از آنجاکه دلیل لَبّی است، باید قدر متیقن آن را اخذ کرد و قدر متیقن از آن، حرمت لمس است نه نگاه؛ زیرا غسل متوقف بر لمس است نه نگاه؛ زیرا امکان غسل دادن از زیر لباس وجود دارد که در این صورت نگاه به نامحرم اتفاق نمی‌افتد، اما به طور قطع، لمس بدن صورت می‌گیرد و برای همین است که نصوص از غسل دادن میت توسط نامحرم در جایی که محرم و مماثل نباشند، منع کرده و به دفن میت بدون غسل دستور داده‌اند (سیفی مازندرانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰۲).

۲. به دلیل لبّی بودن اجماع، تنها می‌توان از آن حرمت نگاه به اعضای بدن نامحرم را در حال غسل دادن استفاده کرد و نمی‌توان این عدم جواز را به غیر غسل سرایت داد (سیفی مازندرانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰۲).

۳. احتمال مدرکی بودن این اجماع وجود دارد؛ زیرا عمومات و مطلقات دلالت‌کننده بر حرمت نگاه به نامحرم و همچنین، ادله حرمت غسل دادن میت توسط نامحرم، این مورد را نیز شامل می‌شوند. بنابراین، اجماع یاد شده نمی‌تواند دلیل مستقلى برای اثبات حرمت نظر به اعضای منقطع از بدن نامحرم باشد؛ زیرا این نوع از اجماع حجت نیست (خویی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۹۷؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۱۶).

۲-۱-۲-۴. روایات نهی کننده از وصل شعر (مو)

برخی از فقیهان امامیه دلیل حرمت نظر به اعضای مَبَان از بدن نامحرم را اخبار و روایاتی که زوجه را از وصل کردن موی زن دیگری به موی خود منع کرده‌اند، می‌دانند (سیفی مازندرانی، ۱۳۷۵، صص. ۱۴۵-۱۴۴). مانند روایت ثابت بن سعید از امام صادق (علیه السلام) «سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) عَنِ النِّسَاءِ يُجْعَلُ فِي رِءُوسِهِنَّ الْقَرَامِلُ قَالَ يَصْلُحُ الصُّوفُ وَ مَا كَانَ مِنْ شَعْرٍ امْرَأَةً لِنَفْسِهَا وَ كُرِهَ لِلْمَرَأَةِ أَنْ تَجْعَلَ الْقَرَامِلَ مِنْ شَعْرِ غَيْرِهَا فَإِنْ وَصَلَتْ شَعْرَهَا بِصُوفٍ أَوْ بِشَعْرِ نَفْسِهَا فَلَا يَضُرُّهَا» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۷) و مرسله شیخ صدوق «قَالَ (عَلَيْهِ السَّلَام): لَا بَأْسَ بِكَسْبِ الْمَاشِطَةِ مَا لَمْ تُشَارِطْ وَ قَبِلَتْ مَا تُعْطَى وَ لَا تَصِلُ شَعْرَ الْمَرَأَةِ بِشَعْرِ امْرَأَةٍ»^{۱۵} (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۳)؛ البته همان‌گونه که گذشت، علت ممنوعیت این عمل در این روایات را تنها می‌توان حرمت نظر زوج به موی وصل شده دانست؛ زیرا به‌طور قطع نجاست علت منع از وصل شعر نیست؛ زیرا مو از قبیل اعضای است که روح در آن حلول نکرده است و با قطع و جدایی از بدن، نجس نمی‌شود.

همچنین، در بعضی از روایات این باب مانند روایت سعد اسکاف (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸)، به آراستن خود با موی وصل شده برای همسر تصریح شده است که نشان می‌دهد حکم هم مبتنی بر نگاه زوج به آن موی وصل شده است. حال با توجه به منعی که از این روایات درباره نگاه به موی جدا شده نامحرم به دست می‌آید، این نتیجه حاصل می‌شود که نگاه به دیگر اعضای بدن که روح و حیات در آن‌ها حلول کرده است، به طریق اولی ممنوع و حرام است.

بررسی و نقد

استدلال به روایات یادشده، اشکالات متعددی دارد.

۱. تمام روایات منع کننده از وصل شعر (بر مبنای پذیرفته شده که به‌زودی تبیین می‌شود) از لحاظ سندی دچار ضعف هستند (خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۹۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۹۶، ص. ۴۴۹).

۲. این روایات با روایاتی که وصل مو را جایز می‌دانند مانند روایت سعد اسکاف (حر

عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸) و روایت ابوبصیر «سَأَلْتُهُ عَنْ قُصَّةِ النَّوَاصِي تُرِيدُ الْمَرْأَةَ الزَّيْنَةَ لِرُؤُوسِهَا وَعَنِ الْحَفِّ وَالْقَرَامِلِ وَالصُّوفِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ كُفَّه»^{۱۶} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۹) و نیز روایت عمار ساباطی از امام صادق (علیه السلام) «قُلْتُ أَلَّتِي تَمْتَشِطُ وَ تَجْعَلُ فِي الشَّعْرِ الْقَرَامِلَ قَالَ فَقَالَ لِي لَيْسَ بِهَذَا بَأْسٌ»^{۱۷} (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۰، ص. ۱۸۸) تعارض دارد.

۳. از لحاظ دلالتی نیز چون در بعضی از روایات منع کننده مانند روایت سلیمان بن خالد تعبیر «كُرْهَ» که دلالت بر کراهت دارد، آمده است، نمی توان حرمت وصل شعر را برداشت کرد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ص. ۹۵). برای همین است که به اجماع فقیهان، همه روایات مانع حمل بر کراهت شده اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۱۷).

۴. تعمیم دادن حرمت به دیگر اعضای مقطوع صحیح نیست؛ زیرا ممکن است خصوصیتی در نگاه به شعر موصول باشد که در دیگر اعضای مقطوع وجود نداشته باشد مانند تلذذ و تهییج. بنابراین، نمی توان قیاس اولویت را در اینجا جاری دانست. برخی از فقیهان حرمت نگاه به موی جدا شده را از طریق دیگری اثبات می کنند؛ از آنجاکه اطلاق ادله حرمت نگاه به موی زن مانند روایت محمد بن سنان (صدوق، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۶۵)، موی جدا شده او را هم در برمی گیرد، از این رو برخلاف دیگر اعضای منقطع، ادله حرمت نظر به نامحرم منصرف از آن نیست. در نتیجه، نگاه به آن حرام است، اما نظر به دیگر اعضای منفصل بدن، چون نصوص دال بر حرمت نگاه از آن ها منصرف اند، حرام نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۵).

به این استدلال چنین اشکال شده است که سیره متشرعه مبنی بر جواز نظر به موی جدا شده وجود دارد؛ زیرا آن ها از موهایی که از سر زنان ریخته است و در همه مکان ها دیده می شود، اجتناب نمی کنند و زنان نیز به جمع آوری موهای ریخته خود به خاطر نیفتادن نگاه نامحرم به آن اقدام نمی کنند. برای مثال، در ایام حج که تقصیر و کوتاه کردن مقداری از مو بر زنان واجب است، چنین سیره ای را که زنان اقدام به جمع آوری موهای خود کنند، از زمان رسول گرامی (صلی الله علیه و آله) تا به حال شاهد نبوده ایم. بنابراین، سیره قطعی بر عدم لزوم اجتناب از موهای جدا شده نامحرم در بین متشرعه

وجود دارد (محقق داماد، ۱۴۰۵ق، ص. ۸۸؛ زنجانی، ۱۳۸۲، ص. ۹۸۵). البته بسیاری از فقیهانی که قائل به حرمت نگاه به اعضای مقطوع از بدن نامحرم شده‌اند، نگاه به موی جداشده از سر را استثنا کرده و آن را جایز می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۶۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۸۰۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۵ق، ص. ۹۰؛ حکیم، ۱۳۷۴، ص. ۵۳؛ گلپایگانی، ۱۳۹۳ق، ص. ۱۴۸؛ مرعشی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۰۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۳؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۷۹؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰۳).

۲-۲. دیدگاه اهل سنت

اهل سنت مانند شیعه بر حرمت نگاه با شهوت به اعضای منفصل از بدن زن نامحرم اتفاق نظر دارند. همچنین، در حلیت نگاه بدون شهوت به عضو منفصل از بدن محرم نیز در بینشان اختلافی نیست (گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۵۲)، اما درباره حکم نگاه بدون شهوت به اعضای منفصل از بدن نامحرم در بین مذاهب چهارگانه تسنن اختلاف نظر وجود دارد.

۲-۲-۱. دیدگاه نخست: حرمت مطلق

فقه‌های مذاهب حنفیه و شافعیه نگاه به عضو منفصل از بدن نامحرم را به‌طور مطلق حرام دانسته‌اند و در اینکه انفصال آن عضو در زمان حیات یا بعد از موت حادث شده باشد، تفاوتی قائل نیستند (بلخی، ۱۳۱۰ق، ص. ۳۲۹؛ حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص. ۶۵۶؛ دامادافندی، بی‌تا، ص. ۵۳۹؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۰۰؛ جوینی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۳)؛ البته بعضی از فقه‌های شافعی این قول را درست‌تر می‌دانند (بغوی، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۳۷؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۶).

۲-۲-۱-۱. دلایل قائلان به حرمت

۲-۲-۱-۱-۱. قیاس نگاه به عضو جداشده با نگاه به میت نامحرم

به این معنا که همان‌گونه که نگاه به جنازه نامحرم حرام است، نگاه به عضو جداشده از بدن نامحرم نیز حرام است (جوینی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۳).

بررسی و نقد

این دلیل بر اساس بطلان قیاس (محقق حلی، ۱۴۰۲، ص. ۱۸۸ و ابن حزم، بی تا، ص. ۵۸) پذیرفتنی نیست.

۲-۱-۱-۲-۲. فتوای شافعی

فتوای شافعی به حرمت نگاه زوج به موی نامحرمی که زوجه آن را به موهای خود وصل کرده است و برخی از فقهای شافعیه از این فتوا استفاده عموم کرده‌اند و نگاه به هر عضو جداشده از بدن نامحرم را حرام می‌دانند (جوینی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۳).

بررسی و نقد

از آنجاکه مبنای این استدلال نیز قیاس و تسری دادن حکم از موضوعی به موضوع دیگر است و هیچ حجیتی ندارد، نمی‌توان این وجه را نیز پذیرفت.

۲-۱-۱-۳-۲. استصحاب

استصحاب حرمت نظر به اعضای بدن نامحرم هنگام اتصال به بعد از جدا شدن (رافعی، بی تا، ص. ۳۱؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ص. ۲۰۰).

بررسی و نقد

پیش از این مستدل بیان شد که این دلیل پذیرفتنی است.

۲-۱-۱-۴-۲. عموم و اطلاق ادله حرمت نگاه به نامحرم

از آنجاکه ادله حرمت نگاه به بدن نامحرم عمومیت و اطلاق دارند، نگاه به اعضای جداشده را نیز دربرمی‌گیرند (عطار، بی تا، ص. ۵۰۸؛ حصنی، ۱۴۱۸ق، صص. ۹۱-۹۲).

بررسی و نقد

این وجه نیز صحیح است و می‌توان با آن حرمت نگاه به اعضای منفصل از بدن نامحرم را ثابت کرد.

۲-۲-۲. دیدگاه دوم: جواز مطلق

حنابله و برخی از شافعیه نگاه به عضو مبان (جداشده) را به‌طورکلی جایز می‌دانند

(کرمی، ۱۴۲۸ق، ص. ۱۶۳؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۶).

۲-۲-۱. دلیل قائلان به جواز مطلق

از آنجاکه نگاه به عضو جداشده از بدن نامحرم باعث تحریک نمی‌شود و خوف از فتنه را در پی ندارد، جایز است (عطار، بی‌تا، ص. ۵۰۸؛ سیوطی، ۱۴۰۳ق، ص. ۱۸۳؛ زحیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۹۷۲).

بررسی و نقد

پیش از این نیز ذکر شد که حرمت نگاه نمی‌تواند معلول خوف از فتنه و تحریک باشد. بنابراین، استدلال ایشان پذیرفتنی نیست.

۲-۲-۳. دیدگاه سوم: تفصیل بین زمان حیات و بعد از موت

مالکیه معتقدند اگر انفصال عضو در زمان حیات نامحرم باشد، نگاه به آن عضو جداشده جایز است، اما اگر انفصال بعد از موت رخ دهد، حرام خواهد بود (صاوی، بی‌تا، ص. ۲۹۱).

۲-۲-۱. دلایل قول به تفصیل

۲-۲-۱-۱. عنوان مستقل برای عضو جداشده قبل از فوت

انفصال عضو در زمان حیات باعث می‌شود که آن عضو نسبت به بدن، نامحرم، اجنبی و بی‌ارتباط شمرده شود و دارای عنوان مستقلی باشد، اما اگر این عضو بعد از موت جدا شود، جزئی از بدن میت به شمار می‌آید و از این رو، نگاه به آن حرام است (مالکی، ۱۴۲۶ق، ص. ۲۹۱؛ صاوی، بی‌تا، ص. ۲۹۱).

بررسی و نقد

اشکال این دلیل افزون‌بر اینکه عمومات حرمت نگاه به اجنبی، عضو جداشده را نیز شامل می‌شود، این است که نزد عرف، آن عضو جداشده عنوان مستقلی ندارد، بلکه جزئی از بدن نامحرم دانسته می‌شود.

۲-۲-۱-۲. حرمت نگاه به میت داخل قبر

از آنجاکه نگاه به داخل قبر به دلیل احتمال رخ دادن نگاه حرام ممنوع شده است، نگاه به اعضای جداشده از بدن بعد از موت نیز حرام است (صاوی، بی‌تا، ص. ۲۹۱).

بررسی و نقد

این استدلال بر مبنای قیاس شکل گرفته و بطلان آن واضح است.

۲-۲-۴. دیدگاه چهارم: تفصیل بر حسب تشخیص

برخی از شافعیه تفصیل دیگری را بیان کرده‌اند؛ اینکه اگر تعلق آن عضو مقطوع به نامحرم، قابل تمییز و تشخیص باشد، برای مثال، گیسوی بافته شده باشد، در این صورت نگاه به آن حرام است، اما اگر عضوی باشد که قابلیت تمییز و تشخیص در آن وجود ندارد مانند مو یا ناخن، نگاه به آن جایز است (غزالی، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۵؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۶).

بررسی و نقد

ابن صلاح (۱۴۳۲ق) در رد این تفصیل می‌گوید این قول اساسی در مذهب ندارد و دچار اضطراب است (ابن صلاح، ۱۴۳۲ق، صص. ۵۴۸-۵۴۷). همچنین، نووی این تفصیل را مردود دانسته و معتقد است در جایی که یقین به حرمت نگاه به عضو منفصل داریم، تمییز اثری نخواهد داشت (نووی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۶).

۳. دیدگاه برگزیده

به باور نگارندگان، جز مو، ناخن و دندان که روح در آنها حلول نکرده است، نگاه به هیچ عضو جداشده دیگری از بدن نامحرم جایز نیست.

۳-۱. دلایل دیدگاه برگزیده

۳-۱-۱. اطلاق و عموم

عموم و اطلاق آیات و روایات منع‌کننده از نگاه به نامحرم، عضو منفصل را هم دربرمی‌گیرند و ادعای انصراف آنها از عضو مبان بی‌وجه است.

۳-۱-۲. انصراف ادله از مو، ناخن و دندان

به‌طور قطع، می‌توان ادله حرمت نگاه به نامحرم را منصرف از نگاه به موی جداشده دانست؛ زیرا روایات مجوزه وصل شَعْر اجنبیه و سلوک عملی متشرعه بر عدم اجتناب از آن، مثبت این مدعاست.

از سوی دیگر، برخی از روایات، ناخن و دندان را ملحق به مو کرده‌اند (صدوق، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۶۵). بنابراین در این مسئله حکم نظر به مو برای نگاه به ناخن و دندان نیز مسلم است و حتی می‌توان آن را به طریق اولی برای آن دو ثابت دانست.

دانستن این نکته نیز حائز اهمیت است که منظور از عضو مبان (جداشده)، عضوی است که هنگام اتصال به بدن، نگاه به آن حرام بوده است و گرنه قائل شدن به جواز نگاه به عضو در زمان اتصال و حرمت آن بعد از انفصال، فاقد وجهت علمی است. برای همین، نگاه به ناخن جداشده از دست زن نامحرم، خالی از اشکال است، اما اینکه عده‌ای از فقها برای اثبات حرمت نظر، به استصحاب تمسک کرده‌اند نیز قابل پذیرفتنی نیست؛ زیرا دلیل اجتهادی (آیات و روایات) بر دلیل فقهاتی (استصحاب) حاکم است و با وجود آن، نوبت به دیگری نمی‌رسد (صدر، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۵۱).

بحث و نتیجه‌گیری

این پژوهش نگاه به اعضای مبان (جداشده) از نامحرم را حرام دانست و نتایج حاصل از آن را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد.

۱. نگاه زوج به موی جداشده زن نامحرمی که زوجه آن را به قصد زینت به موهای خود وصل کرده، جایز است، اما نگاه غیرزوج به آن به این دلیل که نگاه به زینت نامحرم شمرده می‌شود، حرام است. همچنین، در مورد دیگر محارم زوجه نیز با توجه به اینکه جواز نظر در روایات تنها در مورد زوج آمده است، بنا بر احتیاط واجب، جایز نخواهد بود. ازاین‌رو افرادی که در مشاغل گریم و آرایشگری و کلینیک‌های زیبایی و... کار می‌کنند (چون در این مشاغل قصد و هدف اولیه زینت‌بخشی به فرد مراجعه‌کننده است) حتی در صورت داشتن نسبت محرمیت (غیر از زوجیت) مجاز به نگاه به موی وصل شده نامحرم نیستند.

۲. اگر اعضای دیگری از بدن زن نامحرم را زوجه به بدن خود پیوند دهد، نگاه به آن برای تمام محارم جایز خواهد بود؛ زیرا با پیوند آن عضو، عنوان نگاه به نامحرم از بین می‌رود و مصداق نگاه به محرم شمرده می‌شود. ازاین‌رو صاحبان

- چنین مشاغلی در صورت داشتن هرگونه نسبت محرمیت (اعم از زوجیت و...) مجاز به نگاه به آن اعضا هستند.
۳. خریدوفروش موهای زنان، اگر با دانستن حتمی بودن وقوع نگاه نامحرم به آن در صورتی که زوجه آن را به موهای خود وصل کند، باشد، جایز نخواهد بود، اما شاید بتوان با آموزش یا ایجاد شرایطی ویژه، از حتمی بودن وقوع نگاه نامحرم پیشگیری کرد. در چنین صورتی می‌توان از عدم جواز خریدوفروش موی زنان دست شست.
۴. پیوند اعضا توسط پزشک نامحرم و غیرهم‌جنس، اگر از روی ضرورت نباشد، جایز نیست. از آنجا که در مشاغل گریم و آرایشگری و کلینیک‌های زیبایی و مانند آن که هدف به‌طور عمده ارتقای زیبایی است نه بهبود بیماری و اعاده سلامت (مگر موارد خاص)، صورت ضرورت اتفاق نمی‌افتد. از این رو جز در موارد خاص، پیوند اعضا توسط پزشک نامحرم و غیرهم‌جنس جایز نیست و باید جنسیت در این‌گونه مشاغل لحاظ شود.
۵. آرایش کردن موی زنان با چسباندن موهای دیگر زنان، به‌خودی‌خود جایز است. در نتیجه، در صورتی که افراد نامحرم در این‌گونه مشاغل مباشر یا دستیار در کار نباشند؛ به‌گونه‌ای که از نگاه به موی جداشده نامحرم در حال وصل پیشگیری شود، این‌گونه مشاغل به‌خودی‌خود حرمتی ندارند.
۶. نمی‌توان از جوازی (کراهت) که از روایات باب وصل شعر(مو) استفاده می‌شود، جواز نگاه به دیگر اعضای بدن نامحرم را هم به دست آورد؛ زیرا ممکن است خصوصیتی در مو باشد (مانند عدم حلول روح در آن) که در دیگر اعضا وجود نداشته باشد. همچنین، از منعی که در روایات مانع این باب استفاده می‌شود نیز نمی‌توان حرمت نگاه به دیگر اعضای مبان (جداشده) را دانست؛ زیرا ممکن است ویژگی خاصی در نگاه به مو باشد (برای مثال، تهییج) که در نگاه به دیگر اعضا متصور نباشد. بنابراین، نه می‌توان از این دسته از روایات ملاکی قطعی به‌دست آورد و نه اولویتی را برای دیگر اعضا تصور کرد. در نتیجه ضروری به نظر می‌رسد صاحبان

این‌گونه مشاغل، بنا را بر احتیاط قرار دهند و از تسری احکام مو به دیگر اعضای بدن پرهیز کنند.

یادداشت‌ها

۱. به مؤمنان بگو چشم‌های خود را (از نگاه به نامحرم‌ان) فروگیرند و عفاف خود را حفظ کنند. این برای آنان پاکیزه‌تر است. خداوند از آنچه انجام می‌دهید، آگاه است.
۲. و به زنان باایمان بگو چشم‌های خود را از نگاه هوس‌آلود فروگیرند و دامان خویش را حفظ کنند و زینت خود را جز آن مقدار که نمایان است، آشکار نسازند.
۳. نگاه کردن به موهای زنان پوشیده و بانوان شوهردار و غیرایشان حرام شده است؛ زیرا این نگاه، مرد را تهییج و تحریک می‌کند و شخص را به فساد و چیزی که حلال و پسندیده نیست، می‌کشاند. همچنین است حکم غیرمو که نگاه مرد به آن نیز حلال نیست مگر درباره کسانی که خداوند متعال در مورد آنان فرموده است «و زنان سالخورده‌ای که امیدی به ازدواج ندارند. پس بر آنان گناهی نیست که حجاب و روپوش خود را زمین گذارند و اشکال ندارد که به موهای مثل این زنان نگاه شود».
۴. سعد اسکاف می‌گوید از امام باقر (علیه‌السلام) درباره قراملی (مو، پشم و ابریشم) که زنان در سر خود قرار می‌دهند و به موهای خود می‌بندند، پرسیده شد. امام (علیه‌السلام) فرمودند: برای زن اشکال ندارد که برای شوهرش با هر وسیله‌ای خود را بیاراید.
۵. ثابت بن سعید می‌گوید از امام صادق (علیه‌السلام) درباره زنانی که گیسوی مصنوعی برای خود می‌گذارند، پرسیده شد. امام (علیه‌السلام) جواب دادند پشم و موهایی که از موی خودش بافته شده، جایز است و برای زن مکروه است که موی بافته‌شده از موی زن دیگری را بر خود بنهد. پس اگر موهای خود را به پشم یا به موهای بافته‌شده خودش وصل کند، اشکال ندارد.
۶. امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند زنی آرایشگر نزد رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) رفت و آن حضرت به او فرمودند... هنگامی که آرایش می‌کنی صورت را با پارچه برق نینداز؛ زیرا طراوت صورت را از بین می‌برد و مو را به مو نچسبان.
۷. عبدالله بن حسن می‌گوید از او درباره قرامل پرسیدم. گفت قرامل چیست؟ گفتم پشمی که زنان به سر خود می‌بندند. گفت اگر پشم باشد، اشکالی ندارد، اما اگر مو باشد، خیری در آن برای او از طرف وصل‌کننده و وصل‌شونده وجود نخواهد داشت.

۸. سلیمان بن خالد می‌گوید به او گفتم زنی که در سر خود قرامل قرار می‌دهد، چه حکمی دارد؟ گفت برای او اگر پشم یا موی خودش باشد، خوب است و وصل کردن موی زن دیگر مکروه است.
۹. علی بن ابی حمزه می‌گوید از او درباره زن مسلمانی که عروس‌ها را آرایش می‌کند و شغل دیگری ندارد و در مخارج زندگی‌اش دچار سختی شده است، پرسیدم. گفت اشکال ندارد، اما نباید مو را به مو وصل کند.
۱۰. هیچ‌گاه یقین را با شک نقض نکن.
۱۱. از امام صادق (علیه‌السلام) پرسیده شد زن چه مقدار از زینت خود را می‌تواند نمایان سازد؟ امام (علیه‌السلام) پاسخ دادند صورت و دو دست خود را تا مچ.
۱۲. آن مقدار از زینت زن که آشکار است.
۱۳. ابو حمزه ثمالی می‌گوید: از امام باقر (علیه‌السلام) پرسیدم زن مسلمانی دچار بلایی مانند شکستگی یا زخمی می‌شود که در جایی است که نگاه کردن نامحرم به آن جایز نیست و از طرفی مردان نسبت به زنان به مداوای آنان ماهرترند. آیا طبیب مرد می‌تواند به عضو صدمه دیده این زن بنگرد؟ امام (علیه‌السلام) فرمودند هرگاه اضطرار پیش آید و آن زن تمایل داشته باشد، طبیب مرد می‌تواند او را معالجه کند.
۱۴. عبیدالله بن علی حلبی از امام صادق (علیه‌السلام) درباره زنی که در سفر از دنیا می‌رود درحالی‌که نه محرمی با اوست و نه زنان دیگر. امام فرمودند با همان لباسش دفن شود (بدون غسل) و درباره مردی که می‌میرد و جز زنان، مردان دیگری با او نیست، پرسید. امام پاسخ دادند با همان لباسش دفن شود (بدون غسل).
۱۵. اجرت گرفتن زن آرایشگر، در صورتی‌که هرچه دادند، بپذیرد و قراری نگذارد و موی زنی را به موی زن دیگر وصل نکند، اشکالی ندارد.
۱۶. از آن حضرت درباره زلف جلوی سر که زن بدان خود را برای شوهرش زینت کند و اینکه موهای ریز خود را بزاید و گیسوان خود را با قرامل و رشته‌های پشمی پیوند کند و مانند این‌ها پرسیدم. فرمودند هیچ‌کدام اشکال ندارد.
۱۷. به ایشان عرض کردم زنی که آرایش می‌کند و به موهایش قرامل می‌بندد، چه حکمی دارد؟ امام به من فرمود هیچ اشکالی ندارد.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۳۱ق). *کفایة الاصول* (جلد ۲). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ابن حزم، ابو محمد علی بن احمد (بی تا). *المحلی فی شرح المجلی* (شاکر احمد محمد، مترجم). (جلد ۱)، بیروت: دار الجیل.
- ابن صلاح، عثمان بن عبدالرحمان (۱۴۳۲ق). *شرح مشکل الوسیط* (جلد ۳). ریاض: دار کنوز اشبیلیا للنشر والتوزیع.
- ابن غضائری، احمد بن حسین (۱۳۸۰). *الرجال لابن الغضائری*. قم: مؤسسه علمی-فرهنگی دارالحديث.
- اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة* (جلد ۲۹). تهران: منظمة الاوقاف و الشؤون الخيرية. دار الاسوة للطباعة والنشر.
- اصفهانى، سيد ابوالحسن (۱۳۹۳ق). *وسيلة النجاة* (محمد رضا گلپایگانی، حاشیه نویسنده). (جلد ۳)، قم: مهر استوار.
- اعرجی، عبدالمطلب بن محمد (۱۴۱۶ق). *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد* (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ق). *فرائد الاصول* (جلد ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). *کتاب النکاح*. قم: المؤتمر العالمی بغوی، حسین بن مسعود (۱۴۱۸ق). *التہذیب فی فقه الامام الشافعی* (جلد ۵). بیروت: دارالکتب العلمیہ.
- بلخی، نظام الدین (۱۳۱۰ق). *الفتاوی الهندیہ* (جلد ۵). چاپ ۲، مصر: المطبعة الكبرى الامیریہ.
- جوینی، عبدالملک بن عبدالله (۱۴۲۸ق). *نہایة المطلب فی درایة المذهب* (جلد ۱۲). ریاض: دار المنہاج.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة* (۳۰ ج). قم: مؤسسه آل البیت (علیہم السلام) لاحیاء التراث.
- حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۵). *شخصیت رجالی علی بن ابی حمزه بطائنی و اعتبار روایات او*. نیم سالنامه علمی-ترویجی حدیث و اندیشه، شماره ۲۴، ۲۶-۵.

تحليل تطبيقي حكم نگاه به عضو جدا شده از بدن نامحرم در فقه فریقین ... / علیرضا رستمی هراتی و دیگران ۵۳۷

حصکفی، علاءالدین (۱۴۲۳ق). الدرالمختار شرح تنویر الابصار و جامع البحار (جلد ۳). بیروت: دارالکتب العلمیه.

حصنی، تقی‌الدین (۱۴۱۸ق). القواعد (جلد ۳). ریاض: مکتبه‌الرشد للنشر والتوزیع.

حکیم، سیدمحسن (۱۳۷۴). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۴). قم: دارالتفسیر.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).

خمینی، سیدمصطفی (۱۳۷۶). مستند تحریر الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی (جلد ۳۲). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مصباح الاصول (محمد سرور بهسودی، تقریر) (جلد ۲). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۹ق). معجم رجال‌الحديث و تفصیل طبقات الرواة (جلدهای ۱۵ و ۱۷). چاپ ۴، قم: مطبعة الآداب.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). محاضرات فی الاصول (جلد ۴). قم: انتشارات انصاریان. دامادافندی، عبدالرحمان بن محمد بن سلیمان (بی تا). مجمع الانهر فی شرح ملتقی الابر (جلد ۲). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد (بی تا). فتح‌العزیز بشرح الوجیز (جلد ۴). بیروت: دارالفکر.

رملی، شهاب‌الدین (۱۴۰۴ق). نهاية المحتاج الی شرح المنهاج (جلد ۶). بیروت: دارالفکر.

روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۳۵ق). فقه‌الصادق (جلد ۳۱). قم: آیین دانش.


زحیلی، محمدمصطفی (۱۴۲۷ق). القواعد الفقهية وتطبيقاتها فی المذاهب الاربعه (جلد ۲). دمشق: دارالفکر.

زرکشی، بدرالدین (۱۴۰۵ق). المنشور فی القواعد الفقهية (جلد ۲). چاپ ۲، کویت: وزارة الاوقاف.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).

سیفی مازندرانی، علی‌اکبر (۱۳۹۶). دلیل تحریر الوسیله (النکاح) (جلد ۱). قم: بوستان کتاب.

- سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۳۷۵). *دلیل تحریر الوسیلة (الستر والنظر)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- سیوطی، جلال الدین (۱۴۰۳ق). *الاشباه والنظائر*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- شبییری زنجانی، سیدموسی (۱۳۸۲). *کتاب نکاح* (جلد ۳). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- صاوی، احمد بن محمد (بی تا). *بلغة السالك لا قرب المسالك المعروف بحاشية الصاوی علی الشرح الصغير* (جلد ۱). مصر: دارالمعارف.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۸ق). *دروس فی علم الاصول* (جلد ۱). قم: انتشارات اسلامی.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الاصول* (سیدمحمد هاشمی شاهرودی، تقریر). (جلد ۴)، قم: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۶۳). *من لا یحضره الفقیه* (جلد ۴). قم: مکتبه الحیدریه.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۷۸ق). *عیون اخبار الرضا علیه السلام* (جلد ۲). تهران: نشر جهان.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی* (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن بن علی (۱۴۲۷ق). *رجال الطوسی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن بن علی (۱۴۱۷ق). *العهده فی اصول الفقه* (جلد ۱). قم: چاپخانه ستاره.
- عطار، حسن بن محمد بن محمود (بی تا). *حاشیة العطار علی شرح الجلال المحلی علی جمع الجوامع* (جلد ۱). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام* (جلد ۳). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (بی تا). *تذکره الفقهاء* (جلد ۲). تهران: مکتبه المرتضویه.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۰۲ق). *خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال*. چاپ ۲، قم: الشریف الرضی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام* (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- غزالی، ابو حامد محمد بن محمد (۱۴۱۷ق). *الوسیط فی المذهب* (جلد ۵). قاهره: دارالسلام.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام عن قواعد الاحکام* (جلد ۷). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

تحليل تطبیقی حکم نگاه به عضو جدا شده از بدن نامحرم در فقه فریقین ... / علیرضا رستمی هراتی و دیگران  ۵۳۹

فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد* (جلد ۳). قم: اسماعیلیان.

کریمی، مرعی بن یوسف (۱۴۲۸ق). *غایة المنتهی فی جمع الاقناع والمنتهی* (جلد ۲). کویت: مؤسسه غراس للنشر والتوزیع والدعاية والاعلان.

گروهی از نویسندگان (۱۴۲۷ق). *الموسوعة الفقهية الكويتية* (جلد ۴۰). چاپ ۲، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلاميه.

مالکی، محمد امیر (۱۴۲۶ق). *ضوء الشموع شرح المجموع* (جلد ۱). موریتانیا: دار یوسف بن تاشفین.

محسنی، محمد آصف (۱۳۸۲). *الفقه و مسائل طبیه* (جلد ۱). قم: بوستان کتاب.

محقق حلی، ابوقاسم جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق). *معارض الاصول* (محمد حسین رضوی، محقق). (جلد ۱)، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

محقق داماد، محمد (۱۴۰۵ق). *کتاب الصلاة* (محمد مؤمن قمی، تقریر). (جلد ۲)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد* (جلد ۱۲). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

مرعشی، سید شهاب الدین (۱۴۰۶ق). *منهاج المؤمنین* (جلد ۲). قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی.

مظفر، محمد رضا (۱۳۷۳). *اصول الفقه* (جلد ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰). *انوار الفقهية فی احکام العترة الطاهرة* (کتاب النکاح) (جلد ۱). قم: دارالنشر الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام* (جلد ۲۴). قم: السید عبدالاعلی السبزواری.

نایینی، محمد حسین (۱۳۶۸). *اجود التقریرات* (جلد ۲). (سید ابوالقاسم خویی، تقریر). قم: کتابفروشی مصطفوی.

نایینی منوچهری، محمد رضا؛ و حکیم، محمد (۱۳۹۶). *اعتبارسنجی اسنادی نامه علل الاحکام امام رضا(ع) با تأکید بر وثاقت محمد بن سنان. فصلنامه علمی-پژوهشی تحقیقات علوم قرآن و حدیث، ۱(۳۳)، ۱۶۳-۱۳۷.*

- نجاشی، احمد بن علی بن احمد (۱۳۶۵). رجال النجاشی. قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۲ و ۲۹). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۱۶). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- نووی، محیی الدین یحیی بن شرف (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین وعمدة المفتین (جلد ۷). چاپ ۳، بیروت: المکتب الاسلامی.

لزوم فقهی گذر از تک‌فرزندی در پرتوی ضرورت افزایش جمعیت

احمد صابری مجد*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۹

فرزانه کریمی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶

نوع مقاله: ترویجی

چکیده

بدون تردید جمعیت به‌عنوان سرمایه اجتماعی نقش بسزایی در پیشرفت هر جامعه‌ای دارد. کاهش نرخ زادوولد و پیر شدن جمعیت افزون‌بر بروز مشکلات بسیار در زمینه اقتدار و پیشرفت جامعه، کیان خانواده را به خطر می‌اندازد و صدمات جبران‌ناپذیری به سلامت روحی و روانی فرزندان وارد می‌سازد. خانواده‌های تک‌فرزند از نظر عاطفی گسست بیشتری دارند و در مقابل، محیط خانواده‌های با چند فرزند، صمیمی‌تر و همراه با ابزاز عاطفه و مهرورزی بیشتر است. کاهش جمعیت یکی از مشکلات جدی پیش روی برخی از جوامع در حال پیشرفت از جمله ایران اسلامی به شمار می‌آید که ضرورت مطالعه جدی درباره آن وجود دارد. یکی از مباحث چالش‌برانگیز در مباحث کاهش جمعیت، مطالعه مسئله تک‌فرزندی است. بررسی فقهی و دست‌یابی به حکم شرعی این مسئله یکی از عوامل مؤثر گذار از تک‌فرزندی در خانواده‌های دینی است و نقش فراوانی را در افزایش جمعیت ایفا می‌کند. این نوشتار درصدد است مبانی فقهی ضرورت افزایش جمعیت را ارزیابی کند و حکم فقهی تک‌فرزندی را روشن سازد. روش تحقیق در این پژوهش به اعتبار ماهیت، توصیفی-تحلیلی و با روش سنجش کتابخانه‌ای و اسنادی گردآوری شده است. بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که آیات و روایات صراحتی در وجوب شرعی افزایش جمعیت ندارد، اما با توجه به قواعد فقهی و مبتنی بر مصالح و مفاسد و آسیب‌های تک‌فرزندی می‌توان به عدم جواز حکم کرد و تکثیر نسل و افزایش جمعیت را واجب دانست.

واژگان کلیدی

تک‌فرزندی؛ حکم فرزندآوری؛ وجوب افزایش جمعیت؛ قاعده لاضرر؛ اختلال نظام.

* دانشجوی دکتری، فقه و مبانی حقوق، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

ahmadsaberimajd@gmail.com

** دانشجوی دکتری، حقوق خصوصی، دانشگاه رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).

f_karami91@yahoo.com

مقدمه

جمعیت یکی از بنیان‌های اصلی جامعه شمرده می‌شود که عامل رشد، پویایی و بالندگی آن است و به‌عنوان متغیر اساسی در مسائل اجتماعی، فرهنگی، امنیتی، سیاسی و اقتصادی هر جامعه به شمار می‌آید. از این رو تحولات جمعیتی تقریباً تمام جنبه‌های زندگی انسان و جهان پیرامون را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یکی از مشکلات جوامع توسعه‌یافته و کم‌جمعیت، پیری و در نتیجه، نبود نشاط اقتصادی-اجتماعی در آن‌هاست. بدیهی است که رونق اقتصادی و پیشرفت فرهنگی به نیروی جوان وابسته است.

اتخاذ سیاست‌های اشتباه کاهش جمعیتی از سویی و فرهنگ سرمایه‌داری از سوی دیگر موجب شده است که جامعه ایران اسلامی با کاهش فرزندآوری مواجه شود و خانواده‌های فراوانی به یک فرزند بسنده کنند. در سبک زندگی امروزی، تک‌فرزندی به‌عنوان هنجاری پذیرفته‌شده در میان خانواده‌ها رو به افزایش است که خطر جدی برای کاهش جمعیت به شمار می‌آید. از آسیب‌های تک‌فرزندی می‌توان از ایجاد نگرش فردمحوری و کم‌رنگ شدن مفاهیم اخلاقی مانند ایثار و از خودگذشتگی نام برد. به‌طور کلی، خانواده‌های تک‌فرزند بیشتر در معرض آسیب‌های روحی، روانی، اخلاقی و اجتماعی قرار می‌گیرند. با توجه به نگاه ویژه آموزه‌های دینی به افزایش جمعیت و آسیب‌های تک‌فرزندی و ضررهای کاهش جمعیت ضروری است که حکم شرعی تک‌فرزندی مورد جست‌وجو قرار گیرد. هم‌اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا امکان دارد با رجوع به منابع فقهی به عدم جواز تک‌فرزندی حکم کرد و تکثیر نسل را واجب دانست؟

۱. پیشینه پژوهش

پژوهش‌های فراوانی در زمینه فرزندآوری و تک‌فرزندی صورت گرفته است، اما پژوهش مستقلی با عنوان حکم تک‌فرزندی در میان مقالات و آثار پژوهشی یافت نشد، بلکه این آثار بیشتر ناظر به مباحثی در خصوص آسیب‌های تک‌فرزندی با رویکرد فقه جامعه‌شناسی است. برای مثال، می‌توان به مقاله «آسیب‌شناسی‌های تک‌فرزندی در جامعه (با نگاهی به دستورات اسلامی)» نوشته علیزاده و همکاران، مقاله «تک‌فرزندی؛ مصداق سوءاستفاده از حق» نوشته جباری و صابریان و مقاله «آسیب‌شناسی

تک‌فرزندی» نوشته صالحان اشاره کرد. همچنین، درباره فرزندآوری نیز مقالاتی به رشته تحریر درآمده است که برای مثال، می‌توان به مقاله «مشروعیت الزام به فرزندآوری در فقه امامیه» نوشته مظهر قراملکی و همکاران اشاره کرد. در این پژوهش، الزام به فرزندآوری از شئون حاکم دانسته شده است.

۲. آیات ترغیب‌کننده بر تکثیر نسل

تکثیر نسل در قرآن موضوع مسلم و مطلوبی است و به طرق مختلف به آن توصیه می‌شود. بعضی آیات در قرآن کثرت نسل را نعمت الهی برای پدر و مادر می‌داند. بعضی آیات، اشاره به درخواست انبیای الهی برای داشتن فرزند می‌کند که این درخواست و دعا، دلالت بر اهمیت و برکت فرزند در خانواده دارد. در آیاتی دیگر، خداوند از سقط جنین و کشتن فرزند به علت ترس از فقر نهی می‌کند. همچنین، قرآن کریم تکثیر نسل را ثمره و هدف ازدواج معرفی می‌کند. تمام این آیات بر افزایش فرزندآوری برای حفظ نظام خانواده دلالت دارد.

آیاتی کثرت فرزند را نعمت الهی و نوعی امداد خداوند نسبت به پدر و مادر می‌داند. نخستین این آیات در سوره نوح بیان شده است «وَيُمَدِّدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ؛ و شما را با اموال و فرزندان یاری می‌کند» (نوح/۱۲). آیه دیگری که فرزند را نعمت معرفی می‌کند، آیه «وَأُمَدِّدْنَاكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَجَعَلْنَاكُمْ أَكْثَرَ نَفِيرًا؛ شما را با اموال و فرزندان کمک کنیم و نفرات شما را بیشتر قرار دهیم» (اسراء/۶) است. دیگر آیه در این باره، در سوره شعراء است: «أَمْدَكُم بِأَنْعَامٍ وَبَنِينَ؛ او شما را با (بخشیدن) چهارپایان و فرزندان مدد کرده است» (شعراء/۱۳۳). «بنین» جمع «ابن» و اسم جمع در زبان عربی بر بیشتر از سه دلالت می‌کند. همچنین، مدد به معنای هر چیزی است که آدمی را در رسیدن به حاجتش کمک کند و اموال و فرزندان نزدیک‌ترین کمک‌های ابتدایی برای رسیدن جامعه انسانی به هدف‌های خویش است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲۰، ص. ۴۵).

آیاتی در قرآن بشر را از کشتن فرزندان خود به علت ترس از فقر به شدت نهی کرده و آن را از گناهان بزرگ و خطایی نابخشودنی معرفی کرده است که از آن جمله، سوره انعام است که خداوند می‌فرماید «وَلَا قَتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نُرْزِقُكُمْ؛ فرزندان را از ترس تنگ‌دستی نکشید. ماییم که به شما و آنان روزی می‌دهیم» (انعام/۱۵۱).

همچنین آمده است «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشِيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْأً كَبِيرًا؛ فرزندان خود را از بیم تنگ‌دستی نکشید. این ما هستیم که آنان و شما را روزی می‌دهیم. یقیناً کشتن آنان گناهی است بزرگ!» (اسراء / ۳۱) و در آیه دیگر، کشتن اولاد، سفاهت و نادانی و خسارت بزرگ معرفی شده است «قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ حَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ؛ به یقین زیان کردند کسانی که فرزندان خود را سفیهانه و از روی جهل کشتند، و آنچه را خداوند روزی آنان ساخته بود با افترا بر خدا حرام کردند، آنان گمراه شدند و هدایت یافته نبودند» (انعام / ۱۴۰).

دیگر آیه‌ای که می‌توان به آن اشاره کرد، در سوره نور است که می‌فرماید «وَأَنْكَحُوا الْإِيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ؛ پسران و دختران بی‌همسر و غلامان و کنیزان شایسته (ازدواج) خود را همسر دهید. اگر تنگ‌دست باشند، خداوند از فضل خود بی‌نیازشان می‌گرداند و خداوند، گشایشگر داناست» (نور / ۳۲). در تفسیر این آیه آمده است که پیامبر فرموده‌اند: چهار طایفه را خداوند لعن فرموده است و ملائکه آمین گفتند؛ کسی که تزویج نکند و خود را محصور کند برای اینکه اولاد پیدا نکند و زنی که خود را شبیه مردان کند و مردی که خود را شبیه زنان کند و... (حسینی شاه‌عبدالعظیمی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۴۲). همچنین، این آیه بیان می‌کند کسانی که از ترس فقر ازدواج نمی‌کنند، بدانند خداوند آن‌ها را بی‌نیاز می‌کند (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۹، صص. ۴۵۹-۴۵۷). رزق و روزی به دست خداوند است؛ «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ» (ذاریات / ۵۸).

از این رو کسانی که با سقط جنین در مقام تحدید نسل برآمده‌اند، مرتکب تمام این گناهان یا بعضی از آن‌ها شده‌اند و کسانی هم که با پیشگیری از بارداری - بدون سقط جنین - به این کار اقدام کنند، گناه سوءظن به خداوند و دخالت در شئون الهی را مرتکب شده‌اند. این‌ها جملگی گمراهی و دشمنی آشکار است (صالح عثمان، ۱۴۰۰، صص. ۱۱۷-۱۱۵).

آیات دیگری که می‌توان به آن استناد کرد، عبارت است از آیاتی که بیان می‌دارد هدف اولیه از ازدواج حفظ نسل است «إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكحُوا مَا طَاب

لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَ ثُلُثٌ وَ رُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا وَّاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا؛ و اگر می‌ترسید از اینکه به هنگام ازدواج با دختران یتیم (عدالت را رعایت نکنید)، از ازدواج با آنان چشم‌پوشی کنید و (با زنان پاک دیگر ازدواج کنید) دو یا سه یا چهار همسر و اگر می‌ترسید عدالت را (درباره همسران متعدد) رعایت نکنید، تنها یک همسر بگیرید یا از زنانی که مالک آن‌ها هستید، استفاده کنید. این کار بهتر از ظلم و ستم جلوگیری می‌کند» (نساء/۳).

مخالفتان تک‌فرزندی با استناد به آیات این چنین در قرآن کریم، بیان می‌کنند که یکی از فلسفه‌های مهم روا شمردن ازدواج با یک زن یا چهار زن و روا شمردن ازدواج‌های موقت در اسلام طبق آیات قرآن، همان زادوولد و تکثیر نسل است. چنان‌که می‌فرماید «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاَتُوا حَرْثَكُمْ اِنِّي شِئْتُمْ وَ قَدِمُوا لَانْفُسِكُمْ...؛ زنان شما، محل بذرافشانی شما هستند. پس هر زمان که بخواهید، می‌توانید با آن‌ها آمیزش کنید و سعی کنید از این فرصت بهره بگیرید با پرورش فرزندان صالح، اثر نیکی برای خود از پیش بفرستید...» (بقره/۲۲۳).

با توجه به معنای این آیه به دست می‌آید که نسبت زنان به جامعه انسانی نسبت کشتزار است. همان‌طور که کشتزار برای بقای بذر لازم است و اگر نباشد بذرها به‌کلی نابود می‌شود و دیگر غذایی برای حفظ حیات و بقای او نمی‌ماند، همچنین، اگر زنان نباشند نوع انسانی دوام نمی‌یابد و نسلش قطع می‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۳۱۹). با توجه به این آیه، امر به ازدواج و تناسل و دیگر دستوراتی که مربوط به زندگانی دنیوی است، به عبادت و ذکر خدا منتهی می‌شوند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۳۲۰). معلوم است که غرض خدای سبحان از بقای نوع بشر در زمین، بقای دین او است. خداوند در قرآن می‌فرماید «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ اَنْفُسِكُمْ اَزْوَاجًا وَ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ اَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَ حَفَدَةً وَ رَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ اَفِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَ بِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ؛ خداوند برای شما از جنس خودتان همسرانی قرار داد و از همسرانتان برای شما فرزندان و نوه‌هایی به وجود آورد و از پاکیزه‌ها به شما روزی داد. آیا به باطل ایمان می‌آورند و نعمت خدا را انکار می‌کنند؟» (نحل/۷۲).

فرزندآوری یکی از مهم‌ترین اهداف ازدواج است. از طریق ازدواج است که اجتماع

بشری و همکاری میان انسان‌ها شکل می‌گیرد و نظام خانواده تحقق می‌یابد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۳۲۰).

خداوند در آیه دیگر بیان می‌کند: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا؛ ای مردم! از (مخالفت) پروردگارتان بپرهیزید. همان کسی که همه شما را از یک انسان آفرید و همسر او را نیز از جنس او خلق کرد و از آن دو، مردان و زنان فراوانی در روی زمین منتشر ساخت و از خدایی بپرهیزید که همگی به عظمت او معترف هستید و هنگامی که چیزی از یکدیگر می‌خواهید، نام او را می‌برید و نیز از قطع رابطه با خویشاوندان خود پرهیز کنید؛ زیرا خداوند مراقب شماست» (نساء/۱).

طبق این آیه، یکی از دلایلی که خداوند انسان را در دو جنس مذکر و مؤنث آفریده، ضرورت فرزندآوری، حفظ نسل و بقای انسان است. تمام موجودات بر اساس غریزه طبیعی برای حفظ نسل خود به تناسل مشغول هستند. انسان نیز افزون‌بر غریزه، بر مبنای فطرت و عقل به بقای نوع خود توجه دارد. این ضرورت از طریق ازدواج و فرزندآوری پاسخ داده می‌شود. بنابراین، هر اقدامی که از تناسل جلوگیری کند، مخالف فطرت انسان است.

به‌طورکلی در آموزه‌های دین اسلام، تولیدمثل و داشتن فرزندان متعدد بدون در نظر گرفتن موانع دیگر، پسندیده و مستحب است. برخی مفسران افزایش اولاد را موجب نیرو و قدرت و پیروزی بر دشمنان دانسته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۶، ص. ۶۱۵). سیاست کنترل جمعیت و ترساندن مردم از بچه‌دار شدن به دلیل مشکلات اقتصادی و دیگر مشکلات، برخلاف آموزه‌های اسلامی است.

۳. آیات مربوط به عدم تکثیر نسل

از برخی آیات برداشت می‌شود که اگر وجود فرزندان زیاد باعث شود انسان از امور معنوی بازماند و از یاد خدا غافل شود، دیگر کثرت موالید، استجابی نخواهد داشت که به دو مورد از آن اشاره می‌شود.

«اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهُمْ وَ زِينَةٌ وَ تَفَاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَ تَكَاثُرٌ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ

كَمَثَلِ غَيْثٍ اَعْجَبَ الْكُفَّارَ نَبَاتُهُ...؛ بدانید که زندگانی پست دنیا، چیزی جز بازی و سرگرمی و زینت‌طلبی و فخرفروشی در میان خود و افزون‌طلبی بر همدیگر در اموال و فرزندان نیست؛ مانند بارانی که گیاه آن، کشاورزان را به شگفتی وادارد...» (حدید/۲۰).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَالَكُمُ وَلَا أَوْلَادُكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال و اولادتان شما را از یاد خدا غافل نسازد و کسانی که چنین کنند، آنان همان زیان‌کاران‌اند» (منافقون/۹).

علامه طباطبایی (رحمت‌الله علیه) می‌فرماید منظور از الهای اموال و اولاد از ذکر خدا این است که اشتغال به مال و اولاد، انسان را از یاد خدا غافل کند؛ زیرا خاصیت زینت حیات دنیا همین است که آدمی را از توجه به خدای تعالی بازمی‌دارد و علت اینکه در این آیه شریفه، مال و اولاد را نهی کرده و فرموده است مال و اولادتان شما را از یاد خدا غافل نکند درحالی‌که باید می‌فرمود شما سرگرم مال و اولاد نشوید، این است که اشاره کند به این مطلب که طبع مال و اولاد این است که انسان را از یاد خدا غافل می‌سازد. پس مؤمنان نباید به آن‌ها دل ببندند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱۹، ص ۵۸۶).

آیات یادشده با آیات تکثیر نسل در تعارض نیست؛ زیرا تمام نعمت‌های دنیوی زمانی که باعث دل‌بستگی و دوری از یاد خداوند شود، مذموم است. باید از نعمت‌ها در مسیر درست استفاده کرد. اگر کثرت اولاد به عبادت و ذکر الهی منتهی شود، غرض الهی را در پی دارد؛ زیرا غرض خدای سبحان از بقای نوع بشر، بقای دین او است. ازدیاد نسل باعث تقویت دین الهی می‌شود. همچنین، در جمع این آیات و آیاتی که دلالت بر تکثیر نسل دارد، می‌توان چنین در نظر گرفت که گاهی اسباب و شرایط برای تربیت نسل و فرزندآوری فراهم نیست و شرایط سخت زندگی ممکن است باعث دوری انسان از خدا شود.

۴. روایات ترغیب‌کننده بر تکثیر نسل

روایات زیادی در منابع اصیل فقهی وجود دارد که دال بر تکثیر نسل هستند. شواهد روایی در چند دسته قرار داده می‌شود.

الف. روایاتی که بر مطلوبیت ازدواج، فرزندآوری و تکثیر نسل دلالت می‌کنند

در حدیثی از امام صادق (علیه السلام) آمده است «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ يَحْيَى عَنِ جَدِّهِ الْحَسَنِ بْنِ رَاشِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَكْثَرُ الْوَلَدِ أَكْثَرُ الْأُمَّمِ غَدَا»؛ ... رسول خدا فرمود بر تعداد فرزندان بیفزایید تا در روز قیامت به فزونی شما بر امت‌ها تفاخر کنم (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۵۷). پیامبر در این حدیث به صراحت و روشنی به ازدیاد نسل امر می‌کند. در سند این روایت، عده‌ای از احمدبن محمد نقل کرده‌اند که اگر منظور از این فرد، «احمدبن محمدبن خالد برقی» یا «احمدبن محمدبن عیسی قمی» باشد، هر دو مورد تأیید هستند (نجاشی، ۱۳۶۵، صص. ۷۷ و ۸۲). راوی دیگر این حدیث، «قاسم بن یحیی بن حسین بن راشد» است که شیخ صدوق زیارت امام حسین (علیه السلام) را که این شخص یکی از راویانش است، صحیح به شمار می‌آورد (خویی، بی‌تا، ج ۴، صص. ۵۶ و ۶۶). از دیگر راویان، «حسن بن راشد» است که شیخ طوسی او را ثقة می‌داند (طوسی، ۱۳۷۳، ص. ۳۷۵). راوی دیگر، «محمدبن مسلم» است که تعداد بسیاری از علما او را به عنوان یکی از اصحاب اجماع تأیید کرده‌اند (کشی، ۱۳۶۳، ص. ۲۳۸).

برخی افزایش نسل مسلمانان را برای زدودن بنای شرک و فساد از مهم‌ترین مقاصد شریعت می‌دانند^۱ (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۸۹؛ بوطی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۹۴) که تنها با تکثیر نسل که از اهم مصالح است، محقق می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱، ص. ۴۵). در اینجا ممکن است اشکالی وارد شود مبنی بر اینکه، اهتمام شریعت بر تکثیر نسل مسلمانان مختص به دورانی است که جمعیت مسلمانان نسبت به کفار بسیار کم بوده است و امروزه چنین اقتضایی وجود ندارد. در پاسخ این اشکال آورده‌اند که خطابات شریعت و سنت اسلامی مطلق و بدون هیچ قید و شرطی است (جهاندوست، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۰) و از این رو شامل تمام دوران می‌شود.

امام علی (علیه السلام) فرمودند «ازدواج کنید؛ زیرا پیامبر (صلی الله علیه و آله) بارها فرمود کسی که دوست دارد از سنت من پیروی کند، باید ازدواج کند؛ همانا ازدواج جزو سنت من است و در طلب فرزند باشید. به درستی که من در روز قیامت به افزونی امت خود افتخار می‌کنم»^۲ (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰۰، ص. ۲۱۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق،

ج ۲۰، ص ۱۵).

محقق کرکی اصل نکاح را به این علت که می‌تواند موجب تکثیر نسل و تولد فرزندان صالح شود، مستحب دانسته است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۹).
در مفاتیح‌الشرائع (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۲۳۲) و حقائق‌الناظره فی احکام‌العتره‌الطاهرة (بحرانی، بی‌تا، ج ۲۳، ص ۲۴۷)، تکثیر ولد به‌عنوان هدفی دینی مشخص شده است که اگر ازدواج با این هدف انجام شود، عبادت خواهد بود.
جابر بن جعفری می‌گوید امام باقر (علیه‌السلام) به نقل از رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) فرمودند «چه چیز جلوگیر مؤمن شده است که برای خود همسری بر نمی‌گزیند. شاید خداوند فرزندی به او عنایت کند که روی زمین را بگفتن کلمه توحید "لا اله الا الله" سنگین کند»^۳ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۸۲). محمد بن مسلم می‌گوید امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند «رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) فرموده است (مجرد زندگی نکنید) همسر اختیار کنید؛ زیرا من فردای قیامت به بسیاری شما مباحثات می‌کنم تا آنجا که جنین ناری که سقط شده است با کمال غضب به در بهشت آید و به او گویند وارد بهشت شو. گوید نه؛ تا پدر و مادرم پیش از من وارد شوند»^۴ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۸۳).

در حدیث دیگری آمده است، از امام کاظم (علیه‌السلام) در نامه‌ای پرسیدم پنج سال است که از بچه‌دار شدن اجتناب می‌کنم؛ زیرا همسرم از این کار ناخشنود است و می‌گوید برای من تربیت و نگهداری فرزند با کمبود مالی مشکل است. شما چه می‌فرمایید؟ امام (علیه‌السلام) در پاسخ نوشت در پی فرزنددار شدن باش؛ زیرا روزی آن‌ها را خدا می‌دهد^۵ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، صص ۳، ۵، ۶ و ۴۸).

در روایاتی هم مجرد ماندن و ازدواج نکردن برای زن و مرد ناپسند دانسته شده است تا آنجا که عزب‌ها افرادی فرومایه معرفی شده‌اند^۶ (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۴۱۵).

ب. روایاتی که به ازدواج با زنان زایا تشویق می‌کند و از ازدواج با زنان نازا نهی کرده است

در حدیثی از امام محمد باقر (علیه‌السلام) آمده است «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) تَزَوَّجُوا بِكْرًا وَوَلُودًا وَلا تَزَوَّجُوا حُسْنَاءَ جَمِيلَةَ عَاقِرًا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْاَمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؛ پیامبر

فرمود با دختر باکره‌ای که فرزندآور است، ازدواج کنید و با زن نازای زیبا ازدواج نکنید؛ زیرا من به فزونی جمعیت شما در روز قیامت مباحثات می‌کنم» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۳۳). کلمه «ولود» به معنای «کثیر الولاده» گرفته شده است؛ البته گفتنی است که «ولود» در دو معنا به کار گرفته می‌شود. ۱. زایا بودن زن یعنی قدرت و استعداد بر بچه‌دار شدن و ۲. کسی که صاحب فرزند زیاد می‌شود. شیوع لفظ «ولود» در معنای اول بیشتر است، اما ظاهراً به قرینه ذیل روایات دیگر - که در آن‌ها افزون‌بر لفظ «ولود» تعبیر به "مکاتر بکم‌الامم" آورده شده است. با توجه به اینکه مکاتر را در معنای کثرت گرفته‌اند، معنای دوم از سوی طرفداران افزایش جمعیت اخذ شده است (طلعتی، ۱۳۸۷، ص. ۹۵).

از نظر دلالتی، روایت به‌صراحت دلالت بر تکثیر نسل دارد، اما از نظر سندی، راوی اول آن «حسن بن محبوب» است که در رجال کشی از آن به‌عنوان یکی از اصحاب اجماع نام برده شده است (کشی، ۱۳۶۳، ص. ۵۵۶). راوی دوم آن، «علاء بن رزین» است که نجاشی او را ثقه می‌داند (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۲۹۸). راوی سوم این روایت، «محمد بن مسلم» است که تعداد بسیاری از علما او را به‌عنوان یکی از اصحاب اجماع تأیید کرده‌اند (کشی، ۱۳۶۳، ص. ۲۳۸).

پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) فرمودند «خوب‌ترین زنان شما زنی است که بسیار فرزند آورد، بسیار دوستدار شوهر و فرزند باشد، از صفت باارزش پاک‌دامنی برخوردار باشد، در نزد قوم و قبیله‌اش سرفراز و باعزت و نسبت به شوهرش رام و مطیع باشد. فقط برای شوهر خود آرایش کند و نسبت به غیر شوهرش در قلعه عفت و حفظ دامن به سر برد. چون شوهر با او خلوت کرد به هر صورت که شوهر در لذت‌بری از او می‌خواهد، در اختیار شوهر باشد»^۷ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۲۴).

ابوحزمه ثمالی از جابر بن عبدالله انصاری روایت کرده است که رسول خدا فرمودند «بدانید که زن زشت‌رویی که بزاید، نزد من محبوب‌تر است از زن خوش‌سیمایی که نازا باشد»^۸ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۳۹۲). از امام صادق (علیه‌السلام) نقل شده است «مردی نزد پیامبر آمد و گفت ای رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله)! دختر عمویی دارم که زیبایی و نیکویی و دین او را می‌پسندم، اما نازاست. ایشان فرمودند با او ازدواج نکن...

و باز حضرت فرمودند با سواء زاینده ازدواج کن، زیرا در روز قیامت من به کثرت شما امت افتخار می‌کنم. راوی می‌گوید به امام صادق (علیه‌السلام) عرض کردم سواء چیست؟ حضرت فرمودند یعنی زن زشت‌روی»^۹ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۳۳).

در روایت دیگری امام‌باقر (علیه‌السلام) از قول پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) می‌فرماید «با زن باکره زاینده ازدواج کنید و با زن زیباروی نازا ازدواج نکنید؛ زیرا من به شما امت در روز قیامت مباحات می‌کنم»^{۱۰} (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص. ۲۰).

تشویق به ازدواج با «ولود» و بیان علتی که برای آن ذکر شده است (مباحات به فزونی جمعیت)، دلالت بر مطلوبیت فرزند زیاد دارد. از این روایات استفاده می‌شود در جایی که امر دایر است میان ازدواج با زن زشت‌روی زایا و زن زیبا اما نازا، حضرت زن زشت‌رو اما زایا را ترجیح داده‌اند که رجحان زن ولود بر زن زیباروی غیر ولود را بیان می‌دارد؛ یعنی اگر امر دایر بین ولود بودن و زیبا بودن زن غیر ولود باشد، پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) ولود بودن را ترجیح می‌دهند (کریمی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸۱).

روایات مذمت زنان نازا در منابع به فراوانی وجود دارد؛ روایاتی که افراد بدون فرزند را بدون نتیجه می‌دانند. امام‌رضا (علیه‌السلام) در این باره می‌فرماید «خداوند زمانی که به بنده‌ای اراده خیر کند، او را نمی‌میراند تا فرزندانش را به او نشان دهد»^{۱۱} (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰۱، ۹۱).

امام‌حسن عسگری (علیه‌السلام) درباره شخصی که فرزند نداشت، این‌گونه دعا کردند «خداوندا! او را فرزندی روزی فرما که پشتوانه او باشد؛ پس چه پشتوانه خوبی است فرزند. سپس فرمودند: کسی که فرزند دارد، به داد او خواهد رسید؛ همانا خوار کسی است که فرزندی ندارد»^{۱۲} (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۶۱).

در نصوص نسبت به زادآوری ترغیب فراوان شده است و فرزندآوری مهم‌ترین هدف و کارکرد خانواده شمرده می‌شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳، صص. ۷۳-۸۸).

نزدیک‌ترین کمک‌های ابتدایی برای رسیدن جامعه انسانی به اهداف خویش، فرزندان هستند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲۰، ص. ۴۵)؛ به‌طوری‌که فلسفه نکاح را افزایش نسل و جلوگیری از انقراض نسل به شمار می‌آورند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۹).

در جایی که موازنه جمعیت به ضرر اسلام و به نفع کفار است، نکاح و ازدیاد نسل

واجب است و همچنین، اگر به زیان شیعه باشد. برای مثال، در حواشی و اطراف کشور ما که اهل سنت زیاد هستند، به آن‌ها توصیه شده است که افزایش نسل داشته باشند درحالی که شیعیان را تشویق به فرزند کمتر می‌کنند. این باعث افزایش جمعیت اهل سنت می‌شود. در این صورت جلوی ازدیاد نسل را گرفتن جایز نیست؛ زیرا نباید موازنه جمعیت به ضرر شیعه به هم بخورد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص. ۹). شکی نیست که راه درست حفظ نسل بشر، نکاح است و حفظ نسل مطلوب شارع و عقلاست. مطابق احادیث واردشده، حفظ نسل و ازدیاد آن، اصل و قانون است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص. ۹).

روایات دیگری مؤید این هستند که از رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) درباره عزل پرسیدند، حضرت فرمودند عزل کردن زنده به گور کردن و کشتن بچه به صورت پنهان است (علم‌الهدی، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۲۸۲).

در روایتی یعقوب جعفری می‌گوید از امام کاظم (علیه‌السلام) شنیدم که فرمود «در شش مورد عزل کردن جایز است؛ زنی که یقین دارد که بچه‌دار نمی‌شود، زن که نهنسال، زن سلیطه، زن بی‌حیا، زنی که بچه خود را شیر نمی‌دهد و کنیز»^{۱۳} (صدوق ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۴۴۳).

بین فقهای اسلامی در حکم عزل اختلاف است.

برخی از فقها عزل بدون رضایت زوجه را حرام می‌دانند^{۱۴}. برخی دیگر مانند علامه حلی در کتاب *تذکره الفقها* در باب نکاح، عزل را با این استدلال که موجب تقلیل نسل می‌شود درحالی‌که پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) به تکثیر نسل تشویق کرده‌اند، مکروه دانسته است^{۱۵} (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۵۷۶).

با توجه به آنچه گفته شد، تکثیر نسل شرعاً مطلوب و شارع نیز به آن ترغیب کرده است.

اسحاق بن عمار در روایتی گوید «از امام کاظم (علیه‌السلام) درباره حکم زنی پرسیدم که به خاطر ترس از بارداری، دارویی می‌نوشد که سبب سقط جنین می‌شود، امام فرمود جایز نیست. گفتم آن نطفه‌ای بیش نیست. فرمود نطفه مبدأ خلقت آدمی است»^{۱۶} (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۷۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص. ۲۶). فتاوی

بسیاری از فقها هم حرمت عقیم‌سازی است (تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۴۷۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۴۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۵۵).

۵. روایات مربوط به عدم تکثیر نسل

در مقابل این روایات، مرحوم مجلسی در کتاب شریف بحارالانوار، بابی را با عنوان «فضل التوسعه علی العیال و مدح قله العیال» به عائله کمتر اختصاص داده و روایاتی را درباره تشویق به داشتن عایله کمتر نقل کرده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. از امام رضا (علیه‌السلام) که از پدرش از جدش امام صادق (علیه‌السلام) نقل می‌کند که آن حضرت (علیه‌السلام) روزی در کوچه به صیادی برخوردند. از او پرسیدند بیشترین صیدی که به دام افتد، کدام قسم است؟ صیاد در پاسخ گفت پرنده‌گانی که جوجه دارند. حضرت از او گذشتند و فرمودند «بیچاره کسی است که عیالمند است»^{۱۷} (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰۱، ص. ۷۲). می‌توان گفت این روایت در مقام ترحم و دلسوزی بر صاحب عیال است نه در مقام مذمت فراوانی عیال یا فزونی اولاد (خرازی، ۱۳۷۰، ص. ۵).

در روایتی از امام صادق (علیه‌السلام) آمده است «قَلَّةُ الْعِيَالِ أَحَدُ الْيَسَارِينِ؛ کمی نان‌خورها یکی از دو آسانی است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۴۱۶). وقتی آسایش به‌عنوان یکی از نتایج تعداد کم نان‌خورها و عیال آدمی معرفی می‌شود، افزایش جمعیت و فرزندان، مذموم و نقض‌کننده آسایش است.

در بررسی سندی این حدیث باید بگوییم که این حدیث با سه سند از شیخ صدوق روایت شده که دو تا از آن‌ها به‌خاطر وجود راویان توثیق‌نشده و مشکوک و مجهولی مانند قاسم بن یحیی، محمد بن هارون و عبدالله بن موسی یقطینی، ضعیف و تنها یکی‌شان شایان استناد است (علی محمدی، اکبرنژاد، و رضایی، ۱۳۹۶، ص. ۲۰۰).

اما درباره دلالت می‌گوییم

عیال در این روایات به معنی نان‌خور و در تحت عیلوله و مخارج انسان در آمدن است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۴۸۸). چه‌بسا فرزندان که نان‌خور انسان نیستند و چه‌بسا عائل‌هایی که فرزند نیستند مانند خادم، زوجه یا برخی از اقوام و محارم که تحت تکفل انسان زندگی می‌کنند. بنابراین، نسبت میان عیال و فرزندان،

نسبت عموم و خصوص من وجه است و این دسته از روایات با روایاتی مقید می‌شوند که دلالت بر مطلوبیت ازدیاد فرزندآوری می‌کنند. از این رو مضمون این روایات با مطلوب بودن ازدیاد فرزند و تلاش برای خانواده و تحمل مشکلات تنافی ندارد (خرازی، ۱۳۷۰، ص. ۴۷).

به فرض هم که این روایات در مذمت کثرت فرزند باشد، به موردی حمل می‌شود که کثرت اولاد، انسان را از یاد خدا و پرداختن به خودسازی و امور آخرت غافل کند و مانع شود. اموال و اولاد فراوان انسان را از یاد خداوند غافل می‌سازد^{۱۸} (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۱۴۱)، اما در صورتی که انسان به دلیل برخورداری از توانایی‌های جسمی-روحي و مالی، توان اداره فرزندان زیاد را داشته باشد، به خصوص در صورت تضعیف جمعیت مسلمانان، کثرت فرزندان نه تنها مذموم نیست، بلکه پسندیده و ممدوح است و در صورت اقلیت قرار گرفتن مسلمانان و کثرت دشمنان، ازدیاد نسل مسلمانان واجب می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۶۲).

روایتی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است که فرمودند: خدایا! محمد و آل او و هرکس که محمد و آلش را دوست می‌دارد، عفت و کفاف روزی کن و در مقابل، کسانی که بغض محمد و آلش را در دل دارند، به کثرت مال و فرزند دچار کن^{۱۹}. این روایت می‌رساند که کثرت فرزند نکوهیده است؛ زیرا پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) از خداوند متعال می‌خواهند که دشمنانشان را به کثرت فرزند دچار کند.

از بعضی روایات استفاده می‌شود که استیلا از برخی زنان از جمله زن دیوانه^{۲۰}، احمق^{۲۱} و زن مجوسی^{۲۲} مطلوب نیست و نیز عزل از کنیز زن بی‌حیا، زن فحاش و نیز زنی که فرزند خود را شیر نمی‌دهد، مانعی ندارد^{۲۳}. همچنین، در برخی روایات، آمیزش در اوقاتی خاص یا در شرایطی ویژه مکروه دانسته شده است^{۲۴} و به طور غیرمستقیم تکثیر نسل را تحت تأثیر قرار می‌دهد و آن را محدود می‌کند.

در جمع‌بندی این گونه می‌توان نتیجه گرفت احکام و قوانین اسلامی بر مدار مصالح حقیقیه شکل می‌گیرند. هر جا که سلامت جسمی و روانی نسل مورد تهدید واقع شود، تکثیر نسل در آنجا نه تنها پسندیده نیست، بلکه قبیح است. پاسخ دیگر اینکه، محل نزاع در موضوع مورد بحث، فرزند سالم است و به وجود آمدن نسل بیمار یا مجنون و ناقص از محل بحث بیرون است.

به ظاهر هیچ‌یک از فقها قائل به وجوب تکثیر نسل نشده‌اند. این موضوع از بررسی نظرها و فتاوی علما به روشنی به دست می‌آید؛ زیرا کسی در بین فریقین به‌عنوان اولی، حکم به وجوب نکاح نکرده و این در حالی است که اگر توالد واجب باشد، مسلماً نکاح نیز از باب مقدمه واجب، واجب شمرده می‌شود درحالی‌که با وجود کراهت ترک ازدواج، می‌توان ازدواج را ترک کرد یا بر فرض ازدواج، از بچه‌دار شدن به‌طور مطلق جلوگیری کرد. چنانچه درصدد باشیم تا حکم مسئله را از طریق اصول عملیه نیز به دست آوریم، روشن است که هرگاه شک در تکلیف در شبهات حکمیه بود، خواه شبهه حکمیه تحریمیه باشد یا وجوبه اصل برائت جاری می‌شود؛ زیرا شارع مقدس در برابر تکلیف مشکوک و واقعه مشکوک‌الحکم احتیاط را لازم نمی‌داند (مظفر، ۱۳۶۹، ج ۲، ص. ۱۶) و انسان را نسبت به فعل یا ترک آن مشکوک مختار گذاشته است. بنابراین، در هر واقعه مشکوک‌الحکم که حکم واقعی آن به ما نرسیده است و مکلف در آن شک می‌کند، قانون‌گذار یک حکم ظاهری جعل و وضع کرده که اباحه ظاهری یا رخصت است (فیض، ۱۳۶۹، ص. ۱۶۵).

از آنچه به‌عنوان ادله کثرت نسل آورده شد مانند تشویق به ازدواج با زن ولود، نهی از کشتن فرزندان و مطلوبیت استیلاد و تکثیر ولد، دانسته می‌شود حداکثر چیزی که به دست می‌آید، تشویق به اصل فرزند داشتن است نه مطلوبیت کثرت آن. دیگر آنکه گفته شده است برخی آیات مانند آیاتی که نهی از کشتن فرزندان می‌کنند، در مقام بیان حرمت قتل نفسی هستند که به وجود آمده است و حیات دارد. ازاین‌رو هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای بر مطلوبیت ذاتی تکثیر نسل وجود ندارد و باید از طریق قواعد ثانویه این مسئله را حل کرد.

۶. قواعد حاکم بر عدم جواز تک‌فرزندی

۶-۱. قاعده لاضرر

قدمت این قاعده به قدمت تشریح اسلام بازمی‌گردد. افزون‌بر اینکه قاعده لاضرر، خود دلیل و مستند بسیاری از قواعد مسلم فقهی است (باقری، ۱۳۸۸، ص. ۲۳) مستندات این قاعده، آیات و روایاتی (بقره/۲۳۳؛ طلاق/۶؛ بقره/۲۸۲) است که از «ضرر و ضرار» مطلقاً نهی کرده است و چون نهی دلالت بر حرمت می‌کند، پس ضرر و ضرار، حرام و مستلزم

عذاب اخروی است (باقری، ۱۳۸۸، ص. ۲۴)

لغویان معانی متفاوتی برای ضرر آورده‌اند. برخی از آن‌ها، معنی ضرر را خلاف نفع و ضد نفع دانسته (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۸۲) و برخی دیگر ضرر را نقص حق دانسته‌اند (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۳۷۳).

میرزای نایینی ضرر را هر لطمه و نقصانی در مال، جان، عرض و جایگاه افراد می‌داند، اما می‌گوید آنچه از ضرر متبادر به ذهن می‌شود، ضرر به مال و جان است نه ضرر به آبرو و منزلت فرد (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۹۸). آیاتی که به‌عنوان مستند قاعده لاضرر بیان شد، به ضرر معنوی اشاره کرده و از آن نهی فرموده است. این آیات به‌نوعی مؤید نظر میرزای نایینی مبنی بر شمول معنای ضرر بر ضرر مادی و معنوی است.

برخی فقها معتقدند ضرر به معنای زیان زدن غیر عمدی و غیر ارادی است، اما ضرار در مقابل آن و ارادی و عمدی است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۹۹). برخی دیگر بیان می‌دارند که ضرار و ضرر هر دو به یک معنا هستند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص. ۳۸۱). حال اگر ضرر و ضرار را به یک معنا بدانیم، ضرار هم شامل ضرر معنوی و مادی خواهد شد؛ همان‌طور که در معنای ضرر بیان شد. بنابراین، لاضرر در بیان حضرت رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) در جمله «لاضرر و لاضرار» را باید حمل بر تأکید لاضرر کرد.

برخی معتقدند «بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل همه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، اما «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوءاستفاده از حق» تعبیر می‌شود». رسول اکرم سمره را «مضار» خواند؛ زیرا وی با استفاده از حق خود می‌خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۱). بنابراین، از آنجاکه ضرار و ضرر به یک معنا هستند و هر دو شامل ضرر معنوی و مادی می‌شوند، پس ضرر رساندن به حقوق معنوی افراد از طریق استیفای حق خود می‌تواند تحت عنوان سوءاستفاده از حق قرار بگیرد که از آن نهی شده است.

از آنچه بیان شد، به دست می‌آید که یکی از مصادیق سوءاستفاده از حق خود و ضرر رساندن به حق معنوی دیگران، مسئله فرزندبسنده‌انگاری است؛ زیرا با کاهش جمعیت ضررهای زیادی به افراد، کانون خانواده و اجتماع وارد می‌شود که به برخی از این ضررهای مادی و معنوی اشاره می‌شود. انسان در فطرت خود به داشتن فرزند علاقه‌مند است. اگر کسی صاحب فرزند نشود؛ بدون شک دچار خلأ عاطفی می‌شود. از سوی دیگر، نتیجه خانواده‌های کم‌جمعیت، محدودیت دایره فامیلی و خویشاوندان است که منجر به سردی روابط و کم‌رنگ شدن صله رحم می‌شود. افزون‌براین، فرزندان خانواده‌های تک‌فرزند به‌رغم میلشان مجبورند والدینشان را هنگام پیری در خانه سالمندان نگهداری کنند؛ زیرا یک‌نفره از حل امور مربوط به نگهداری والدین برنمی‌آیند. در این صورت والدین ضربه عاطفی می‌خورند و دچار افسردگی و دل‌تنگی می‌شوند. فرزند نیز به دلیل بی‌توجهی به والدین و نداشتن زمینه برای ابراز عواطف و مهرورزی سنگ‌دل می‌شود. در این شرایط، فرزندان از لحاظ معنوی نیز محروم می‌شوند؛ زیرا نتوانسته‌اند بهره معنوی از ناحیه زندگی با پدر و مادر و خدمت به آنان ببرند. کاهش جمعیت بر اقتصاد خانواده نیز تأثیر می‌گذارد؛ زیرا در صورت کم‌تعداد شدن فرزندان، زمینه تولید ثروت توسط خانواده کم می‌شود. از سوی دیگر، جمعیت کم در خانواده‌ها اقتصاد ملی را نیز به خطر می‌اندازد؛ زیرا وقتی نیروی انسانی جوان کاهش یابد، چرخه اقتصاد کشور از لحاظ نابودی نیروی انسانی دچار مشکل جدی می‌شود. کاهش جمعیت باعث خطر هجوم دشمنان و ایجاد آسیب‌های اجتماعی می‌شود؛ زیرا با کاهش جمعیت، کشور مجبور است نیروی انسانی خود را از کشورهای دیگر تأمین کند و همین سبب ناامنی و مشکلات بسیار در کشور می‌شود (نظافت یزدی، بی‌تا، صص. ۷۰-۶۰).

بنابراین، بر مبنای قاعده لاضرر، همگان باید به فرزندآوری تشویق شوند و سیاست‌های محدود کردن جمعیت باید متوقف شود؛ زیرا تک‌فرزندی و عوارض سوء آن، تضعیف خانواده و نظام را به دنبال خواهد داشت که ضرری مهم است و تکثیر نسل تا جایی که افراد متضرر نشوند برای حمایت از کيان خانواده و تقویت نظام لازم است.

۲-۶. قاعده مصلحت

مصلحت از نظر عقل در پیروی از شرع، انجام دادن یا ترک عملی را الزام‌آور می‌کند.

بدین ترتیب، در فقه شیعه مصلحت تا در حد ضرورت نگنجد، نمی‌تواند مبنای حکم حکومتی قرار گیرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۹۷). معیار بودن مصلحت در همه تصمیم‌گیری‌ها چه از ناحیه حاکم و چه افراد مؤمن تأکید شده است.

تک‌فرزندی در مقیاس کلان با عنوان «کنترل جمعیت» بحث می‌شود. در عصر حاضر، تک‌فرزندی در سطح کلان قبیح و مذموم است و سیاست‌ها و برنامه‌های دولت و الگوهای توسعه در مقیاس کلان باید به تکثیر نسل منجر شود. از جمله عنصر مصلحت در تکثیر نسل برای دستیابی به مصلحت، حفظ نظام و دفع مفسده است؛ زیرا تکثیر تعداد مسلمانان و افزایش شوکت و قوت آن‌ها از اهم مصالح است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱، ص. ۴۵)؛ زیرا فرزندبسنده‌انگاری در خانواده‌ها منجر می‌شود که هویت این فرزندان بر اساس آموزه‌های رسانه‌های مدرن شکل گیرد. بدین ترتیب، یکی از راه‌های حفظ نظام اسلامی با حفظ هویت اسلامی، افزایش ارتباط رحمی از طریق تکثیر نسل است.

حکومت اسلامی به مقتضای شرایط زمانی و مکانی، حفظ مصلحت جامعه و بر اساس احکام حکومتی خود، در برخی مسائل از جمله محدودیت یا فزونی نسل دخالت می‌کند. به فرمایش امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه) کنترل موالید تابع تصمیم حکومت است (خمينی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۸۳) و طبق نظر رهبر معظم انقلاب^{۲۵} کثرت جمعیت در عصر حاضر از اهم مصالح است.

افزون‌براین، سلطه‌گران با برنامه شیطان‌ی نابودی جمعیت مسلمانان به‌خصوص شیعیان از طریق تک‌فرزندی، تلاش می‌کنند تا کشورهای اسلامی ضعیف شوند^{۲۶}. پس در عصر کنونی، تمام هم‌مسئولان در سطح کلان باید تکثیر نسل باشند.

بسیاری از مسائل مستحدثه را می‌توان تحت عنوان قاعده «عدم اختلال نظام» یا «ضرورت حفظ نظام» که قاعده‌ای لَبِّي (غیر لفظی) است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۹۰) و به‌اجماع دلیل عقل و روایات ثابت شده است، قرار داد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص. ۲۲۱) که از جمله آن‌ها مسئله تکثیر نسل است.

اختلال نظام را یکی از ادله حاکم بر دیگر احکام و مقررات اسلامی به شمار آورده‌اند و در هر موردی که حکمی از احکام اسلام موجب اختلال نظام شود، آن را منتفی و به‌عنوان حکم ثانوی بی‌اثر تلقی کرده‌اند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۶۰). از این رو آنچه فقهای شیعه - به‌ویژه حضرت امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه) - بر

آن پای فشرده و به آن اهتمام خاص داشته‌اند، مقدم دانستن مصلحت حفظ نظام اسلامی و اصل شریعت بر مصالح دیگر است؛ چنان‌که موضع همه فقها در همه اعصار از آغاز تاریخ فقه تاکنون، همین بوده و هست.

مصلحت عمومی از سنجه‌های تردیدناپذیر ترجیح است و آن عملی که به مصلحت عمومی مسلمانان مربوط شود، بر کاری که فقط مصالح جزئی و شخصی را دربرگیرد، مقدم است. از نظر فقها، مصلحت عمومی معیار سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری در عرصه عمومی تلقی می‌شود (انصاری، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۳). به فرمایش اهل خبره، مصلحت عمومی اقتضای وجود جمعیت بیشتری از مسلمانان را دارد. از آنجاکه یکی از تدابیر حاکم اسلامی در اداره جامعه، تأمین احتیاجات مادی و تربیتی جامعه است، حاکم اسلامی می‌تواند در جایی که رشد جمعیت محل این وظیفه حاکمیتی است، به تنظیم و تحدید نسل اقدام کند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۷). حفظ نسل بشر از اضمحلال و تکثیر آن است که حفظ مملکت و ملت نمی‌شود مگر به آن واسطه (جعفریان، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۹۹).

نتیجه کثرت نسل در نگاه نخست حفظ خانواده و در سطح کلان به نفع اجتماع است. حکم به عدم جواز این عمل خلاف قاعده و نیازمند نص صریح شارع یا دلیل قطعی است.

۷. آسیب‌های تک‌فرزندی و اختیارات حاکم

معمولاً در خانواده‌های تک‌فرزند، پدر و مادر از نظر عاطفی به‌شدت به او وابسته می‌شوند؛ به طوری که احساس می‌کنند باید همه خواسته‌های او را برآورده کنند. برآورده کردن این خواسته‌ها در برخی موارد به اندازه‌ای می‌رسد که والدین ناخواسته برای راضی کردنش به او باج می‌دهند. همین آموزه باج‌گیری در آینده کودک بسیار تأثیرگذار است. این توجه به مهم‌ترین عارضه تک‌فرزندی یعنی «فرزند سالاری» منجر می‌شود (ابهری، ۱۳۹۱، ص. ۳).

تک‌فرزندی در زمینه سلامت روانی کودک نیز تأثیرگذار است. این فرزندان به پدر و مادرشان وابستگی شدیدی می‌یابند (مک کین، ۱۳۸۴، ص. ۲۹) و هیچ بعید نیست که بر اثر وابستگی بیش از اندازه به آن‌ها، توانایی برقراری ارتباط با همسالانش را از دست بدهند. درعین‌حال، نبود کودکی دیگر با اختلاف سنی کم نسبت به آن‌ها در

خانواده سبب می‌شود زودتر بالغ و به‌سرعت وارد دنیای بزرگسالان شوند و همین ورود زودهنگام به دنیای بزرگان، آن‌ها را از دوران کودکی و کودکی کردن جدا می‌کند (شیرازی، ۱۳۸۷، ص. ۳).

در تک‌فرزندها به‌خاطر خالی بودن جای کودکی دیگر در خانواده، حسی ایجاد می‌شود که در اثر آن، فرزندان درک کاملی از سهم شدن و مشارکت اجتماعی نخواهند داشت و از بسیاری از فرصت‌های تربیتی که باید با حضور کودکی دیگر در آنان شکل بگیرد، محروم می‌شوند. بنابراین، برخی از احساسات را تجربه نمی‌کنند و فرصتی برای کنترل و مدیریت آن‌ها نمی‌یابند (امیری، ۱۳۸۷، ص. ۲۳).

بسیاری از والدین تک‌فرزندان، آن‌ها را مورد محبت و رسیدگی شدید یا سخت‌گیری و توقعات بیش از حد قرار می‌دهند. (شیرازی، ۱۳۸۷، ص. ۳). در والدین این فرزندان این انتظار پدید می‌آید که تنها فرزندشان در هر رقابتی پیروز میدان باشد، اما این انتظار، فرزند را مضطرب و پریشان می‌کند. اگر پدر و مادر در مراقبت از تک‌فرزند خود افراطی عمل کنند، او را فردی ضعیف و کم‌تحمل بار خواهند آورد و فرزندشان از دیگران نیز انتظار چنین رفتاری خواهد داشت. تمایل والدین به حمایت بی‌قیدوشرط از تنها فرزندشان، مانع از این می‌شود که فرزندشان متوجه این موضوع شود که هر اشتباهی عواقب خاص خود را دارد و در قبال این عواقب باید مسئولیت‌پذیر باشند. برای تک‌فرزندها، والدین تنها خویشاوند نزدیک شمرده می‌شوند و از آنجاکه خواهر یا برادری ندارند، در صورت فوت والدین به‌شدت تنها می‌شود و اگر دوستانی صمیمی برای پر کردن خلأ عاطفی پس از فوت والدین نداشته باشند، احتمال افسرده شدن آن‌ها زیاد می‌شود.

حال همین کودکان تک‌فرزند را در سنی در نظر بگیرید که عادتاً باید مستقل باشند. این افراد در این سن هم نمی‌توانند استقلال را کاملاً تجربه کنند. برای مثال، نمی‌توانند دور از والدین خود زندگی کنند یا عمدتاً میل به ازدواج در آن‌ها کمتر می‌شود یا پس از ازدواج هم وابسته به والدین خود خواهند بود و دوری از والدین زندگی آن‌ها را دچار اختلال می‌کند. این وابستگی شدید به خانواده، آن‌ها را از بسیاری حقوق و موقعیت‌هایشان که زندگی‌شان را بهبود می‌بخشد، دور می‌کند یا هنگامی که والدین به سن کهولت می‌رسند، این تک‌فرزند است که باید تمام بار مسئولیت نگهداری از والدین و رفع نیازهای آن‌ها را

یک‌تنه به دوش بکشد و این زندگی او را از روال عادی دور می‌کند و بدین سبب از بسیاری از حقوق دیگرش محروم می‌شود. درضمن، هنگام طلاق و جدایی والدین، تک‌فرزندان بیشتر تحت تأثیر مشکلات روانی قرار می‌گیرند (امیری، ۱۳۸۷، ص. ۲۳).

پس از بررسی فقهی و بیان مثال‌هایی از لطامات روحی و روانی تک‌فرزند، برای حفظ خانواده و نظام به‌خصوص در شرایط کنونی فرزندبسنده‌انگاری جایز نیست و حاکم اسلامی باید برای جلوگیری از کاهش جمعیت حکم حکومتی صادر کند تا با ضمانت اجراهای مناسب از افرادی که به گسترش نسل کمک می‌کنند، حمایت‌های ویژه داشته باشد و در راستای اعتلای این هدف گامی مؤثر بردارد.

در صورتی که تک‌فرزندی منافی با امنیت جامعه باشد، سفارش به افزایش نسل شده است. دعای حضرت زکریا و درخواست ذریه از خداوند نشانه اهمیت کثرت فرزند در حفظ کبان خانواده و اجتماع است. «هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ؛ در این هنگام زکریا (که این همه کرامت و مانده آسمانی را دید) پروردگارش را خواند و گفت پروردگارا! از جانب خود نسلی پاک و پسندیده به من عطا کن که همانا تو شنونده دعایی» (آل عمران/۳۸). ذریه در لغت به معنای فرزند و نسل و اسم جمع است. همین به دلالت التزامی دلیل بر مطلوبیت تکثیر در اولاد نزد انبیاست؛ زیرا لازمه نسل‌پروری، کثرت فرزندان در هر دوره فرزندپروری است. «و لِيُخْشِيَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَ لْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا؛ و کسانی که اگر پس از خود فرزندان ناتوانی به یادگار بگذارند، بر (فقر آینده) آنان می‌ترسند، باید (از ستم درباره یتیمان مردم نیز) بترسند. از خداوند پروا کنند و سخنی استوار گویند» (نساء/۹). در این آیه ذریه ظهور در فرزند دارد.

اسلام همان‌طور که به کثرت اولاد ترغیب می‌کند، به تربیت آن‌ها نیز توجه دارد. امام صادق (علیه‌السلام) می‌فرماید «فرزند صالح، گلی از گل‌های بهشت است» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص. ۳). اسلام رشد کمی و کیفی جمعیت را با هم مدنظر دارد. کثرت جمعیت و ازدیاد نفرتی که سبب عزت، شوکت، قدرت و افتخار شوند، مورد مباهات است و خانواده در سایه معیارهای فرهنگی موجود و شناخت ارزش‌ها در آن برای فرزندان مشخص می‌کند که چه چیزهایی مطلوب و شایسته و

چه چیزهایی نامطلوب است. توجه به رشد جمعیت همراه با تربیت صحیح فرزندان، باعث حفظ مادی و معنوی خانواده می‌شود.

بحث و نتیجه‌گیری

آنچه می‌توان از مباحث گفته‌شده نتیجه گرفت، به شرح زیر است.

- رشد جمعیت مایه حیات و توسعه هر کشور است. با پایین آمدن بیش از حد نرخ رشد جمعیت و پیر شدن جمعیت، نرخ زادوولد پایین می‌آید و در آینده قادر به جبران آن نخواهند بود و باعث انحطاط اجتماعی و روند کاهشی جمعیت می‌شود. همچنین، کاهش جمعیت، مشکلات بسیاری در زمینه قدرت، اقتصاد، سیاست، سلامت خانواده‌ها و سلامت روحی-روانی فرزندان ایجاد می‌کند.
- تکثیر نسل در قرآن موضوعی مسلم و مطلوب است و به طرق مختلف به آن توصیه می‌کند. بعضی آیات در قرآن کثرت نسل را نعمت الهی برای پدر و مادر می‌داند. قرآن در بعضی آیات، اشاره به درخواست انبیای الهی برای داشتن فرزند می‌کند که این درخواست و دعا، دلالت بر اهمیت و برکت فرزند بر خانواده دارد. در آیاتی دیگر، خداوند از سقط جنین و کشتن فرزند به علت ترس از فقر نهی می‌کند. همچنین، قرآن کریم تکثیر نسل را ثمره و هدف ازدواج معرفی می‌کند. تمام این آیات بر افزایش فرزندآوری برای حفظ نظام خانواده دلالت دارد.
- روایات زیادی در منابع اصیل فقهی وجود دارد که دال بر تکثیر نسل برای حمایت از خانواده و اجتماع هستند از جمله روایاتی که بر مطلوبیت ازدواج، فرزندآوری و تکثیر نسل دلالت می‌کنند و روایاتی که به ازدواج با زنان زایا تشویق می‌کنند و از ازدواج با زنان نازا نهی می‌کنند.
- یکی از مصادیق سوءاستفاده از حق خود و ضرر رساندن به حق معنوی دیگران، مسئله فرزندبسنده‌انگاری است؛ زیرا با کاهش جمعیت ضررهای زیادی به افراد، کانون خانواده و اجتماع وارد می‌شود. بر مبنای قاعده لاضرر همگان باید به فرزندآوری تشویق شوند و سیاست‌های محدود کردن جمعیت متوقف شود؛ زیرا فرزندبسنده‌انگاری و عوارض سوء آن، تضعیف خانواده و نظام را به دنبال خواهد داشت که ضرری مهم است و تکثیر نسل تا جایی که افراد متضرر

- نشوند، برای حمایت از کیان خانواده و تقویت نظام لازم است.
- در عصر حاضر، تک‌فرزندی در سطح کلان قبیح و مذموم است و سیاست‌ها و برنامه‌های دولت و الگوهای توسعه در مقیاس کلان باید به تکثیر نسل منجر شود. فرزندبسنده‌انگاری در خانواده‌ها منجر می‌شود که هویت این فرزندان بر اساس آموزه‌های رسانه‌های مدرن شکل گیرد. بدین ترتیب، یکی از راه‌های حفظ نظام اسلامی با حفظ هویت اسلامی، افزایش ارتباط رحمی از طریق تکثیر نسل است.
- در این مقاله، پس از بررسی فقهی و بیان نمونه‌هایی از لطمات روحی و روانی تک‌فرزند معلوم شد برای حفظ خانواده و نظام در شرایط کنونی فرزندبسنده‌انگاری جایز نیست و حاکم اسلامی باید برای جلوگیری از کاهش جمعیت حکم حکومتی صادر کند.
- برای حل این مسئله موارد زیر پیشنهاد می‌شود.
۱. نهادهای نظام، تمهیدات لازم را برای تسهیل ازدواج جوانان، کاهش سن ازدواج و استحکام خانواده فراهم کنند.
 ۲. نرخ باروری متناسب با آموزه‌های اسلامی ارتقا یابد و به سیاست‌ها، برنامه‌ها و قوانین و مقررات حمایتی و تشویقی برای دستیابی به نرخ باروری مناسب، جمعیت مطلوب و لغو سیاست‌ها، برنامه‌ها و قوانین و مقررات مشوق کاهش باروری که همچنان در مراکز مشاوره ازدواج و ... دیده می‌شود، جامه عمل پوشاند.
 ۳. نگرش مسئولان و مردم نسبت به فواید باروری و افزایش نرخ آن اصلاح شود.
 ۴. الگوی سبک زندگی اسلامی-ایرانی و ترویج آن به‌ویژه فعالیت‌های اجتماعی، آموزشی و اشتغال زنان متناسب با معیارهای اسلامی و هماهنگ با مصالح خانواده برای ایفای هرچه کامل‌تر نقش مادری و همسری تدوین و اجرا شود.
 ۵. فواید فرزندآوری و تبیین آثار منفی کاهش نرخ باروری از طریق رسانه‌های جمعی به‌ویژه صداوسیما و شبکه‌های استانی ترویج شوند؛ زیرا مهم‌ترین ابزار برای تغییر سیاست‌های جمعیتی به شمار می‌آیند که می‌توانند به کار گرفته شوند.
 ۶. شعار فرزند بیشتر، آینده بهتر ترویج و فرهنگ‌سازی شود.

یادداشت‌ها

۱. ومن جهة اخرى من اهم المقاصد عند شارح الاسلام تكثر نسل المسلمين و عمارة الارض بيد مجتمع مسلم عمارة صالحة ترفع الشرك والفساد.
۲. «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) تزوجوا فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كثيراً ما كان يقول من كان يحب أن يتبع سنتي فليتزوج فإن من سنتي التزويج و اطلبوا الولد فأني أكثر بكم الأمم غداً».
۳. «عن جابر عن أبي جعفر محمد بن علي الباقر (عليه السلام) قال قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) ما يمنح المؤمن أن يتخذ أهلاً لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله».
۴. «عن محمد بن مسلم أن أبا عبد الله (عليه السلام) قال إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال تزوجوا فأني مكاتر بكم الأمم غداً في القيامة حتى إن السقط ليحيى محبطينا على باب الجنة فيقال له ادخل الجنة فيقول لا حتى يدخل أبواي الجنة قبلي».
۵. «عن بكر بن صالح قال كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) أنني اجتنبت طلب الولد منذ خمس سنين وذلك أن أهلي كرهت ذلك وقالت إنه يشتد على تربيتهم لقلّة الشيء فما ترى فكتب (عليه السلام) إلى اطلب الولد فإن الله عز وجل يرزقهم».
۶. «روى أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال إن أراذل موتاكم العزّاب».
۷. «جابر بن عبد الله يقول كنا عند النبي (صلى الله عليه وآله) فقال إن خير نسائكم الولوداودود العفيفة العزيرة في أهلها الذليلة مع بعلها المترجة مع زوجها الحصان على غيره التي تسمع قوله و تطيع أمره و إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها و...».
۸. «قال (عليه السلام) اعلموا أن المرأة السوداء إذا كانت ولوداً أحب إلى من الحسناء العاقرة».
۹. «عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال جاء رجل إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال يا نبي الله إن لي ابنة عم قد رضيت جمالها و حسنها و دينها و لكنها عاقرة فقال لا تزوجها إن يوسف بن يعقوب لقي أخاه فقال يا أخي كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدى فقال إن أبي أمرني و قال إن استطعت أن تكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسييح فافعل قال فجاء رجل من الغد إلى النبي (صلى الله عليه وآله) و قال له مثل ذلك فقال له تزوج سوءاً و لوداً فأني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة قال فقلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ما سوءاً قال القبيحة».
۱۰. «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) تزوجوا بكرة و لوداً- و لا تزوجوا حسناء جميلة عاقراً- فأني أباهي بكم الأمم يوم القيامة».

۱۱. «عَنْ الرَّضَا (عليه السلام) قَالَ إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إِذَا أَرَادَ بَعْدَ خَيْرٍ لَمْ يَمْتَهُ حَتَّى يَرِيَهُ الْخَلْفَ».
۱۲. «قَالَ اللَّهُمَّ ارْزُقْهُ وَلِدًا يَكُونُ لَهُ عَضُدًا فَنِعْمَ الْعَضُدُ الْوَلَدُ ثُمَّ قَالَ مَنْ كَانَ ذَا وَلَدٍ يَدْرِكُ ظِلْمَتَهُ إِنَّ الدَّلِيلَ الَّذِي لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ».
۱۳. «عَنْ يَعْقُوبَ الْجَعْفِيِّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا الْحَسَنِ (عليه السلام) يَقُولُ لَبَّاسٌ بِالْعَزْلِ فِي سِتَّةٍ وَجُوهٍ الْمَرْأَةُ الَّتِي أُيْقِنَتْ أَنهَا لَا تَلِدُ وَالْمُسِنَّةُ وَالْمَرْأَةُ السَّلِيْطَةُ وَالْبَدِيَّةُ وَالْمَرْأَةُ الَّتِي لَا تُرْضِعُ وَلَدَهَا وَالْأَمَةُ».
۱۴. شیخ مفید در المقنعة می گوید «و لیس لأحد أن يعزل الماء عن زوجة له حرة إلا أن ترضى منه بذلك» (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۱۶).
۱۵. «لأن فيه تقليل النسل و قطع اللذة عن الموطوءة والنبي (صلى الله عليه و آله) حث على تعاطي اسباب الولد فقال تناكحوا تناسلوا تكثرُوا».
۱۶. «عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قُلْتُ لَأَبِي الْحَسَنِ (عليه السلام) الْمَرْأَةُ تَخَافُ الْحَبْلَ فَتَشْرَبُ الدَّوَاءَ فَتَلْقَى مَا فِي بَطْنِهَا فَقَالَ لَا فَقُلْتُ إِنَّمَا هُوَ نَطْفَةٌ قَالَ إِنَّ أَوَّلَ مَا يَخْلُقُ نُطْفَةٌ».
۱۷. «عَنْ الرَّضَا (عليه السلام) عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ (عليه السلام) قَالَ مَرَّ جَعْفَرٌ (عليه السلام) بِصَيَّادٍ فَقَالَ يَا صَيَّادُ! أَيُّ شَيْءٍ أَكْثَرَ مَا يَقَعُ فِي شَبْكِكَ؟ قَالَ الطَّيْرُ الزَّاقُ قَالَ فَمَرَّ وَهُوَ يَقُولُ هَلَكَ صَاحِبُ الْعِيَالِ هَلَكَ صَاحِبُ الْعِيَالِ».
۱۸. «فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) إِنَّ مَا قَلَّ وَكَفَى خَيْرٌ مِمَّا كَثُرَ وَ أَلْهَى اللَّهُمَّ ارْزُقْ مُحَمَّدًا وَ آلَ مُحَمَّدٍ الْكَفَافَ».
۱۹. «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) اللهم ارزق محمد و آل محمد و من أحب محمد و آل محمد العفاف و الكفاف و ازرق من ابغض محمد و آل محمد كثرة المال و الولد» (ابن اشعث، بی تا، ص. ۱۸۳).
۲۰. «عن ابی جعفر (عليه السلام) قال سأله بعض اصحابنا عن الرجل المسلم - تفجیة المرأة الحسناء - أ يصلح له ان يتزوجها و هي مجنونة قال لاء و لكن ان كانت عنده امه ملجونة فلا بأس بأن يطأها و لا يطلب ولدها» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۸۵).
۲۱. «عن ابی عبدالله (عليه السلام) قال زوجوا الاحمق و لاتزوجوا الحمقاء فان الاحمق ینجب و الحمقاء لاتنجب» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص. ۸۲).
۲۲. «عن ابی جعفر (عليه السلام) قال سألته عن الرجل المیم يتزوج المجوسیة فقال لا و لكن ان كان له امه مجوسیة فلا بأس ان يطأها و یغزل عنها و لا یطلب ولدها» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۱۵۱).

۲۳. «لابأس بالعزل فی سیئته وجوه المرأة التي تيقنت انها لاتلد و المثة و المرأة النبيلة و الیذیة و المرأة التي لا ترضع و الدها فی الامة (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۵۲) و ان لی جاریة فی خادمیا و ساتینا و انا اطوف علیها و انا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت» (نیشابوری، ۱۳۳۴، باب عزل).
۲۴. حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ابواب مقدمات النكاح، بابهای ۶۱، ۶۲، ۶۳، ۶۴، ۶۶، ۶۷، ۶۹ و ۷۰.
25. <http://farsi.khamenei.ir>.
26. <http://mouood.org>.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- ابن اشعث، محمد بن محمد الجعفریات (بی تا). *الاشعنیات*. تهران: مکتبه النبویه الحدیثه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (احمد فارس صاحب الجوائب، مصصح). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ابهری، مجید (۱۳۹۱). تک فرزند و فرزند سالاری. *هفته نامه سلامت*، شماره ۳۶۷.
- امیری، نسرین (۱۳۸۷). تک فرزند خوب است یا بد؟. *هفته نامه سلامت*، شماره ۲۱۱.
- انصاری، حمید (۱۳۸۹). *دیدگاه امام خمینی (ره) در اعتبار ملاک مصلحت در فقه سیاسی اسلام* (رساله دکتری فقه و حقوق دانشگاه تهران).
- باقری، احمد؛ و رنگین کمان، فاطمه (۱۳۸۸). سوء استفاده از حق. *نامه الهیات*، سال ۳، شماره ۶.
- بحرانی، یوسف (بی تا). *حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- البوطی، محمد سعید رمضان (۱۴۱۲ق). *ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه*. بیروت: الرساله.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۳۸۵). *استفتانات جدید*. قم: سرور.
- جهاندوست، مسعود (۱۳۹۱). کنترل جمعیت در جوامع اسلامی از منظر فقه امامیه. *بلاغ مبین*، شماره های ۳۲ و ۳۳.
- جعفریان، رسول (۱۴۲۸ق). *رسائل حجابیه*. قم: دلیل ما.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- حسینی شاه عبدالعظیمی، حسین بن احمد (بی تا). *تفسیر اثنا عشری*. تهران: انتشارات میقات.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم‌السلام). حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۰). *حقوق زن و خانواده*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- خرازی، سیدمحسن (۱۳۷۰). *کنترل جمعیت و عقیم‌سازی*. فصلنامه *فقه اهل‌بیت*، شماره ۲۱. خمینی موسوی، سیدروح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خویی، ابوالقاسم (بی‌تا). *رجال الحدیث*. بی‌جا: مؤسسه الخویی الاسلامیه.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار.
- شیرازی، سیدموسی (۱۴۱۹). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- شیرازی، الهام (۱۳۸۷). *تک‌فرزندی*. فصلنامه *انجمن روان‌پزشکی کودک و نوجوان ایران*، شماره‌های ۸ و ۹.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۷ق). *جامع الاحکام*. قم: حضرت معصومه (سلام‌الله علیها).
- صالح، عثمان (۱۴۰۰ق). *تحدید النسل: الترغیب فی النکاح و بیان مقاصد البحوث الاسلامیه*، شماره ۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴). *تفسیر المیزان* (محمدباقر موسوی، مترجم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: ناصر خسرو.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین* (سیداحمد حسینی، مصحح). چاپ ۳، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طلعتی، محمدهادی (۱۳۸۷). *رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین*. قم: بوستان کتاب، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۷۳). *رجال طوسی*. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- علم‌الهدی، علی بن حسین (۱۹۹۸م). *غرر الفوائد و درر القلائد*. قاهره: دارالفکر العربی.
- علی محمدی، طاهره؛ اکبرنژاد، مهدی؛ و رضایی، سعیده (۱۳۹۶). *اعتبارسنجی سندی و تحلیل متنی روایات فرزندآوری*. *دوفصلنامه علمی-پژوهشی حدیث پژوهی*، شماره ۱۸.
- عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ق). *فقه سیاسی*. تهران: امیرکبیر.
- عمید زنجانی، عباس علی (۱۳۸۴). *فقه سیاسی؛ قواعد فقه سیاسی - مصلحت*. تهران: امیرکبیر.
- فیض، علیرضا (۱۳۶۹). *مبایذ فقه و اصول*. قم: دارالفکر.

- فیض کاشانی، محمدبن شاه مرتضی (۱۴۰۱). مفاتیح الشرایع. قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی نجفی (رحمت الله علیه).
- کریمی، زینب (۱۳۸۶). تنظیم خانواده و مبانی مشروعیت آن از دیدگاه علمای امامیه. مباحث بانوان شیعه، شماره‌های ۱۲ و ۱۳.
- کشی، محمدبن عمر (۱۳۳۳). اختیار معرفه الرجال. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- کلینی، ابو جعفر محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (علی اکبر غفاری، مصحح). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی (۱۴۱۰ق). بحار الانوار. چاپ ۲، بیروت: مؤسسه الوفا.
- محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (گروه پژوهش مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام)، مصحح). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. چاپ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۶۹). اصول فقه (علی محمدی، مترجم و شارح). قم: دارالفکر.
- مفید، محمدبن محمدبن نعمان (۱۴۱۳). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مک کبین، بیل (۱۳۸۴). تأملی درباره خانواده تک‌فرزندی. سیاحت غرب، مقاله شماره ۳۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). دائره المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). احکام بانوان. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر و همکاران (۱۳۷۹). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نایینی، میرزاحمدحسین غروی (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (موسی بن محمدنجفی مرعشی، تقریر) تهران: المکتبه المحمدیه.
- نجاشی، احمدبن علی (۱۳۶۵). رجال نجاشی. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- نظافت یزدی، محمدجواد (بی تا). مادرانه؛ تأملی در مقام مادری و اهمیت فرزند. مشهد: مجتمع چاپ و نشر روزنامه قدس.
- نیشابوری، مسلم بن حجاج (۱۳۳۴). الجامع الصحیح. قاهره: مؤسسه العلیاعه لدرالتحریر.

 **10.30497/sj.2023.244330.1239**

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023*

Promotional Paper

The Jurisprudential Compulsions of Transitioning from One-Child Family Due to Population Increase Necessity

Ahmad Saberi Majd*
Farzaneh Karami**

Received: 10/12/2022

Accepted: 06/05/2023

Abstract

Undoubtedly, the population as a social capital plays a significant role in the development of societies. The decrease in the birth rate and the aging of the population, in addition to creating many difficulties in the strength and progress of societies, can endanger the existence of the family itself and cause irreparable harm to the mental health of children. One-child families suffer more emotional detachment, whereas families with several children enjoy a more loving and caring environment. Population decline is considered to be one of the serious problems facing some developing societies, including Islamic Iran, and there is a need to study it seriously. One of the most challenging topics in population reduction is the only-child problem. A jurisprudential investigation and reaching the related *Sharia* verdict can act as one of the effective factors in transitioning from only-child religious families and play a great role in increasing the population. This article aims to evaluate the jurisprudential foundations of the necessity of population increase and to clarify the jurisprudential ruling of one-child policy. The research method is descriptive-analytical with library and document assessment tools. The study of jurisprudential sources shows that neither the Quranic verses nor Traditions are explicit about the *Sharia* obligation of population increase, but according to jurisprudential rules of the benefits and harms of having only one child, it can be inferred that this family style is not permissible and a higher reproduction and increase of the population are considered to be compulsory.

Keywords

Only-Child Family, Childbearing Ruling, Population Increase Necessity, Principle of No Harm, System Disruption.

* PhD Student, Fiqh and Law, Tehran University, Farabi Campus, Qom, Iran
ahmadsaberimajd@gmail.com

** PhD Student, Private Law, Razavi University, Mashad, Iran (Corresponding Author),
f_karami91@yahoo.com



10.30497/sj.2023.244749.1269

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

**A Comparative Analysis of the Ruling on Looking at
a Separated Body Part of a Non-Mahram Individual in the
Jurisprudence of the Two Schools
(with a Focus on Makeup Artists, Cosmetologists, Beauty Therapists)**

Alireza Rostami Harani*
Seyyed Ziauddin Alia Nasab**
Abolfazl Ismailpour***

Received: 21/02/2023

Accepted: 16/06/2023

Abstract

One of the longstanding issues that has afflicted society and has been disputed by the *fariqain* (the two main jurisprudential schools) is the act of looking at the separated body parts of *non-mahrams* (those who we are not permitted to marry or are not legally our marital partners). The problem has become serious especially nowadays with the expansion of professions like make-up, cosmetology, beauty therapy, etc. that have created more chance of exposing body parts. The difference of opinion among jurists from different religious schools regarding the permissibility of looking at these separated body parts has been evident for a long time. It has been studied since Allameh Helli in *shiite* and Mohammad Shafi'I in *sunni* jurisprudences. This article is based on analytical and inferential methods for studying the documents of *fariqain* jurists. It is understood that most jurisprudential permissions refer to the occasions when the act is free of lustfulness or the subject being looked at is not that of a feminine person. Prohibitions also rely on the application of the act to the general impermissibility of looking at *non-mahrams*. Some have distinguished between looking at the separated parts when the person is alive and when he or she is dead; the former being permitted, and the latter being forbidden. Next to mentioning the defects of the permission, the reasons behind prohibitions remain valid except when it concerns hair, fingernails and teeth.

Keywords

Separated Body Parts, Looking at Non-Mahram, Continuity of Forbiddance.

* Assistant Professor, Department of Quranic and Hadith Sciences, Faculty of Humanities and Arts of Hazrat Masoumeh, Qom, Iran (Corresponding Author) a.rostami@hmu.ac.ir

** Associate Professor, Department of Quranic and Hadith Sciences, Faculty of Humanities and Arts of Hazrat Masoumeh, Qom, Iran. z.olyanasab@hmu.ac.ir

*** Third level student of seminary, Qom, Iran. asp2017asp2017@gmail.com



10.30497/sj.2023.244555.1254

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

Solution to Religious Differences in One Sitting Triple Divorce

Zainab Junadi Moghadam*

Received: 25/03/2023

Mahdi Rahbar**

Accepted: 30/06/2023

Hamed Rostami Najafabadi***

Abstract

The marriage of a Muslim man and a woman with different religious affiliations causes some disagreements in courts especially in regard to personal problems. Triple divorce in one sitting is one of these issues considered revocable in *Imamia* jurisprudence but irrevocable according to most Sunni jurists. The topic has been selected for study because of the widespread practice of this type of divorce in some border provinces and the silence of the law while it is to be noticed that divorce, despite its unilaterality, has bilateral effects. Hence, the importance of choosing which rule to abide by. Shia believes it to be one single divorce or no divorce at all whereas the Sunni stance is in favor of triple divorce ruling. This research using descriptive analytical method and some library and related software sources tries to find a solution to this religious difference. The findings reveal that based on the obligation rule and the absolute legal power of the owner and in some cases even the *ihyat-fi-alforuj* principle, depending on the existing conditions, the problem can be resolved.

Keywords

Religious Difference, Triple Divorce, One Sitting, Divorce Right, Obligation Rule.

* PhD Student of Jurisprudence and law, International University of Islamic Religions, Tehran, Iran. z.joneidi.m@gmail.com

** Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, International University of Islamic Religions, Tehran, Iran (Corresponding Author). rahbarmahdi@yahoo.com

*** Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, International University of Islamic Religions, Tehran, Iran. h.rostami1365@gmail.com



10.30497/sj.2023.244427.1245

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

Faqihs' Application of Customary State in Their Authority

Mahdi Montazer Qaem*

Received: 02/01/2023

Accepted: 16/04/2023

Abstract

Faqihs (religious jurists) have two distinct juridical and customary functions. They engage with *Fiqh* i.e. issuing rulings derived from religious sources and they attend to general or particular customary affairs. Given that they enjoy authority in issuing rulings, judgment, and governance, what they have taken on in these three areas could be studied with regard to their different states. This paper is trying to answer this question: while implementing their authority, on what occasions do *faqih*s utilize their juridical state and when do they use their customary state? With a descriptive and analytical approach, this fundamental study concludes that today *faqih*s are often using their customary state in judgment and governance, whether limited, such as the case of orphans' custody or general, such as leadership and administration of the society, and only on rare occasions do they use their juridical state.

Keywords

Judgement, Non-Litigious Matters, Velayat-e-Faqih, Customary State in Judgement, Customary State in Velayat.

* Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. montazer@ujsas.ac.ir

 10.30497/sj.2023.244155.1234

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

The Role of "Fatwa-ye- As.hal" in Selecting "Fatwa-ye- Me'yar" in Legislation

Mohammad Mahdi Shariatinejad*
Asqar Aqa Mahdavi**

Received: 07/03/2023

Accepted: 08/07/2023

Abstract

Article 4 of the Constitution stipulates that all the statutes must conform to Islamic principles as approved by the Guardian Council. The disputable point is which religious decree is to be considered as the standard one when confronting multiple views among *mujtahids* (religious jurists). One theory, not much deliberated on, is that of the *fatwa-ye As.hal* (easy, the decree with fewer complications). This article intends to elaborate on this issue in regard to the *fatwa-ye me'yar* (standard) for the first time. One basic feature of this theory is reliance on simplicity. Here, by adopting a descriptive and analytical method and using library resources the theory has been scrutinized leading to the conclusion that due to a lack of sufficient foundations and comprehensiveness and acceptance among *mujtahids* and inability to solve the difficulties, it has not gained a powerful status as the standard *fatwa*. Meanwhile, in regard to the high and central position of simplicity in Islamic *Sharia*, it can be used for evaluating and identifying the standard *fatwa*.

Keywords

Guardian Council, Standard Fawa, Easy Fatwa, Legislation.

* M.A. Student in Jurisprudence and Fundamentals of law, Faculty of Theology, Islamic Studies and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (corresponding author). shariatinejad.77@gmail.com

** Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Islamic Studies and Guidance, Imam Sadeq University, Tehran, Iran. mahdavi@isu.ac.ir



10.30497/sj.2023.244813.1275

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

Council and Collective Arbitration

Hossein Hooshmand Firoozabadi*
Mohammad Javad Qasemizadegan**
Ahmad Ehsanifar***

Received: 02/04/2023

Accepted: 27/06/2023

Abstract

In Islamic jurisprudence, arbitration is recognized as having the same nature as judgment, and it is considered to be a type of judgment itself. In the position of distinguishing the authority that issues judgments, the jurists have placed the judge of *tahakim* (which is the same as the referee) next to the judge appointed for the purpose of hostility. In *Imamia* jurisprudence, the possibility of collective judgment and arbitration is sometimes accepted in cases such as the issuance of a verdict when there is a consensus of several judges. Also, the division of time or regional or jurisdictional work among judges has been accepted; However, considering the difference between collective judgment and council judgment, what is important is the answer to the question of whether it is possible for council judgment and arbitration by maintaining the independence of each judge and arbitrator and with the criterion of accepting the majority opinion, based on the jurisprudential foundations of the Islamic legal system. And if legitimacy is proven, what evidence can support this way of judgment and arbitration? The issue of council judgment in jurisprudence texts has been less addressed by jurists. There is a possibility that the lack of consistent and lengthy jurisprudential literature on this issue is due to the silence of the *Shariah* and the lack of a narrative reason with a direct and explicit implication in negating and proving the legitimacy of the council's judgment and arbitration. However, the silence of the *Shariah* in proving the legitimacy of the council's judgment and the lack of coherent jurisprudential literature are not considered a valid reason for denying its legitimacy.

Keywords

Council judgment, Collective Judgment, Arbitration, Consolidated Judgment.

* Assistant Professor, Department of Law and Social Jurisprudence, Hoza Research Institute and University, Qom, Iran (corresponding author).hooshmand@rihu.ac.ir

** Lecturer at the higher levels of the seminary and graduate of the fourth level specializing in Jurisprudence and private law, Qom, Iran javad.ghasemizadegan@yahoo.com

*** PhD candidate, Private Law and a Member of the Faculty of the Judiciary Research Institute, Tehran, Iran. ehsanifarahmand@gmail.com

 10.30497/sj.2023.244779.1272

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

The Legitimacy of Tax on Luxury Houses According to Imamia Jurisprudence

Mohammad Javad Walizadeh*
Seyyed Amrullah Hosseini**

Received: 11/05/2023

Accepted: 01/08/2023

Abstract

Tax on Luxury Houses Act was finally passed by Iranian Majlis and brought into force by the government in 1399. This has not, however, stopped disputes about the legitimacy of the Act among academic and executive experts. Since its being a novel issue and having no precedent in the Holy Book and Traditions and *mujtahids'* decrees, it requires both the governmental and public persuasion in order to gain legitimacy and sanction. The present study seeks ways of ascribing legitimacy to the Act using descriptive and analytical and library methods. The results prove the legitimacy by a recourse to some authoritative jurisprudential reasons. Some of the jurisprudential principles that endorse the Act are: 'prohibition of detriment (*la-zarar*)', 'simultaneous undertaking of benefits and harms', 'state decree', and 'judgement of intellect'.

Keywords

Tax, Tax on Luxury Houses, 'La Zarar' Principle, State Decree.

* Assistant Professor, Faculty Member of the Secretariat of the Supreme Council of Cultural Revolution, Tehran, Iran (Corresponding Author) mj.valizadeh@sccr.ir

** Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Islamic Sciences and Research, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran. s.a.hosseini@isr.ikiu.ac.ir



10.30497/sj.2023.244538.1253

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023*

Research Paper

Analyzing the Legal and Jurisprudential Couples' Addiction from Marital Rights Point of View

Alimorad Heydari*
Hossein javar**

Received: 10/03/2023

Accepted: 13/06/2023

Abstract

The legal consequence of the wife's addiction is the prescription of remarriage for the husband, and the legal consequence of the husband's addiction is the right to divorce for the wife. The main challenge is how to balance the rights of each spouse on the assumption that the other is addicted. In this article, the difference between the addiction effect on the sexual performance of men and women and, as a result, their abilities to fulfill their sexual duties, have been analyzed in a descriptive-analytical way and by using the legal and medical resources available. The results show that since the consistency of male sexual power is based on the erectile function which is clinically proven to be negatively affected by addiction, this can harm marital sustainability. The condition is recognized by law as impotence, a factor that can lead to marriage annulment. In women, on the other hand, first of all, addiction does not play a major role in their sexual prowess, and secondly, even with disruptions in their menstrual period or a decrease in their sexual desire, due to their sexual passivity, the marital relationship is not ruled out, hence the necessity of attaining the rights of the wife or husband based on "the type of addiction effect on both partners" and in light of "the couples' marital rights".

Keywords

Addiction, Family, Marital Rights, Remarriage, Judicial Divorce.

* Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University, Mashhad, Iran (Corresponding Author). a.m.heydari@um.ac.ir

** Associate Professor, Department of Private Law, Farabi School, University of Tehran, Qom, Iran. hjavar@ut.ac.ir



 **10.30497/sj.2023.244296.1238**

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023*

Research Paper

A New Look at the Jurisprudential Nature of Cryptocurrencies and their Trading

Seyyed Yusof Alavi Vosoughi*
Hadi Gholami**

Received: 25/12/2022

Accepted: 04/03/2023

Abstract

Since earliest times, money has been a medium of exchange, a measure of the value, and store of value. The newest developments in the field have made us face a new type of money known as cryptocurrencies which, contrary to the traditional forms, are not controlled by states. This has given rise to questions on their legitimacy. This article provides both a jurisprudential and conventional understanding of the issue with some explanations about their functions and benefits and harms. First, we have sought the possibility of attributing finance to this new type of money and after approving it, its transactional structures are presented. According to jurisprudential definitions, one can adjust acts such as *bai'* (contract of sale), *solh* (amicable arrangement), and undetermined contract to transactions that use cryptocurrencies. We have concluded that, contrary to current oppositions, we can confirm the validity of transactions based on cryptocurrencies.

Keywords

Money, Finance, Cryptocurrencies, Bitcoins, Blockchain.

* Assistant Professor, faculty member, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, University of Qom, Qom, Iran. syvosoughi@gmail.com

** PhD Student of Jurisprudence and Legal Foundations, Department of Jurisprudence and Legal Foundations, Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author). hadigholami171@yahoo.com



10.30497/sj.2023.244609.1259

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

Government Jurisprudence and the Expansion of Cultural Resistance Discourse

Abedin Momeni^{1*}
Seyyed Hanif Rezazadeh^{**}

Received: 02/05/2023

Accepted: 19/07/2023

Abstract

A look at the religious teachings shows the high status of "resistance" in the military, economic and political fields, so that resistance can be introduced as one of the macro and long-term strategies of Islam. "Cultural resistance" is one of the important dimensions in Islamic resistance, which protects religious culture from possible harms under the usual international tensions. This research, by collecting information using a library method and analyzing it with a descriptive-analytical method, tries to pursue the government jurisprudential approach to cultural resistance by seeking the former's capacities. The main question is, therefore, about the means the government jurisprudence employs to protect the religious and national culture against foreign cultures. The findings show that the confrontation of government jurisprudence with culture can happen in three perspectives, because "government jurisprudence" is sometimes aimed at preventing the influence of foreign cultures, and sometimes it deals with preserving religious and national cultures. Components such as the rule of "negating the intrusion of the infidels" (*naḡyē sabil*) and the rule of negating influence are effective in preventing the influence of foreign cultures, and rules such as the prohibition of storing heretical publications, apostasy, and *jihad* can protect the sanctity of religious culture. Furthermore, the recommendation to preserve righteous traditions and the approval of national holidays such as Nowruz prove the government jurisprudence endeavor to preserve national values.

Keywords

Cultural Resistance, Government Jurisprudence, Resistance Jurisprudence, Religious Culture, Resistance, Culture.

* Professor of the Department of Fiqh and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Tehran University, Tehran, Tehran, Iran. abedinmomeni@ut.ac.ir

** PhD Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Tehran University, Tehran, Iran (Corresponding Author). s.hanif68@yahoo.com



10.30497/sj.2023.244405.1244

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

Feasibility of Criminal Regulation in Ta'zirat from Imamia Jurisprudence Point of View

Mohammad Reza Abdian*
Gholamhossein Elham**

Received: 16/04/2023

Accepted: 07/08/2023

Abstract

Determining the punitive reaction to the crime is one of the most important stages of the criminal procedure, so that the improper performance of the criminal justice system at this stage not only incurs expenses, but also creates a climate of public distrust of the judicial system legitimacy and prevents the judicial system from achieving its goals. Considering the wide scope of *Ta'zirat* (punishment for offences) compared to other legal punishments, paying attention to its regulation should be given a special importance. Criminal procedure regulation is the movement from mere punitive responses to crimes, to regulating the problem in each case, in such a way that the type of punishment depends on the type of crime, the character of the criminal and his readiness to accept his guilt and responsibility for the damages caused, the presence or absence of the victim and attention to his requests if any, the amount of damage inflicted on the public order and other related occurrences. The history of punishment in Iran's criminal system indicates that due to its lacking in some regulatory measures for controlling judicial decisions there have been no determined models and regulations about administering fitting punishments. In this study, while analyzing the concept of regulation, the feasibility of its adjustment to *Sharia* principles such as the rule of '*al-ta'zir with the guidance of al-Hakim*', and the rule of '*permission for the object with its implications*', etc. is considered in order to implement it in the criminal system and finally predict the independent center for punishment regulations. The research was carried out with descriptive-analytical and library methods.

Keywords

Regulatory, Ta'zir, Proportionality, Punitive Measures

* Ph.D. Candidate of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, Tehran, Iran (Corresponding Author) m.abdian@ut.ac.ir

**Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, Tehran, Iran. dr.elham@ut.ac.ir



10.30497/sj.2023.244938.1290

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring and Summer 2023

Research Paper

A Jurisprudential and Analytical Research on the Typology of Ijtihad Methods in Security Jurisprudence

Abolqasem Alidoost*
Yasin Pourali**

Received: 07/06/2023

Accepted: 16/08/2023

Abstract

Talking about security jurisprudence without discussing its *ijtihad* methods is a fruitless task because the jurist's inference is directed by knowing about its related available methods, and he creates a basis for himself by examining the conventional ones, which prevents misdirection and fake injunctions. The main question of this research is related to the unity or multiplicity of inference styles in jurisprudence chapters. In this sense, is the inference style of the jurists the same in all jurisprudence chapters, or are individual and devotional sections different from social and political ones, including security jurisprudence? In other words, is security jurisprudence and the derived propositions and rulings about that from the Qur'an and Hadiths (Traditions) the same as what is done about prayers and Hajj, or they follow different and special methods? In addition to the security jurisprudence, this discussion is also applicable to other chapters of jurisprudence such as the derived political propositions, rulings on jihad and defense, rulings on producing weapons of mass destruction, family rulings, etc. Our research, by adopting descriptive-analytical, documentary and library investigation methods shows that there are two opinions or, more precisely, two procedures in relation to the methodology of deriving security jurisprudence propositions. The existence of two procedures indicates that, in some cases, jurists are not willing to express their opinions directly, but their practical procedure of inference shows this phenomenon. These two procedures can be called "identification of security jurisprudence propositions with other chapters" and "non-identification of security jurisprudence propositions with other chapters".

Keywords

Security Jurisprudence, Methodology of Ijtihad, Jurisprudence, Disarmament

* Professor, Fiqh and Principles, Qom Seminary; and Professor of Law, Research Center for Culture and Islamic Thought, Qom, Iran (Corresponding Author) alidoost@iict.ac.ir

** Researcher at the Research Center for National Defense, Tehran, Iran. pourali.y@gmail.com

- **Faqihs' Application of Customary State in Their Authority459**
*Mahdi Montazer Qaem**
- **Solution to Religious Differences in One Sitting Triple Divorce487**
Zainab Junadi Moghadam, Mahdi Rahbar and Hamed Rostami Najafabadi*
- **A Comparative Analysis of the Ruling on Looking at a Separated Body Part of a Non-Mahram Individual in the Jurisprudence of the Two Schools (with a Focus on Makeup Artists, Cosmetologists, Beauty Therapists).....509**
Alireza Rostami Harani, Seyyed Ziauddin Alia Nasab and Abolfazl Ismailpour*
- **The Jurisprudential Compulsions of Transitioning from One-Child Family Due to Population Increase Necessity 541**
*Ahmad Saberi Majd and Farzaneh Karami**

Article List

- **A Jurisprudential and Analytical Research on the Typology of Ijtihad Methods in Security Jurisprudence 253**
Abolqasem Alidoost and Yasin Pourali*
- **Feasibility of Criminal Regulation in Ta'zirat from Imamia Jurisprudence Point of View..... 275**
Mohammad Reza Abdian and Gholamhossein Elham*
- **Government Jurisprudence and the Expansion of Cultural Resistance Discourse..... 311**
*Abedin Momeni and Seyyed Hanif Rezazadeh**
- **A New Look at the Jurisprudential Nature of Cryptocurrencies and their Trading..... 337**
*Seyyed Yusof Alavi Vosoughi and Hadi Gholami**
- **Analyzing the Legal and Jurisprudential Couples' Addiction from Marital Rights Point of View 359**
Alimorad Heydari and Hossein javar*
- **The Legitimacy of Tax on Luxury Houses According to Imamia Jurisprudence 385**
Mohammad Javad Walizadeh and Seyyed Amrullah Hosseini*
- **Council and Collective Arbitration 407**
Hossein Hooshmand Firoozabadi, Mohammad Javad Qasemizadegan and Ahmad Ehsanifar*
- **The Role of "Fatwa-ye- As.hal" in Selecting "Fatwa-ye- Me'yar" in Legislation 433**
Mohammad Mahdi Shariatinejad and Asqar Aqa Mahdavi*

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Research Letter of 22 **Social Jurisprudence**

Bi-Quarterly Journal of "Social Jurisprudence Research Letters"
Vol. 11, No. 2 (Serial 22), Spring & Summer 2023

Publisher: Imam Sadiq University
Managing Director: Abbas Mosallaeipour Yazdi
Editor in Chief: Hossein Ali Saadi
Associate editor: Sadegh Elham
Manager Editorial: Navid Emsaki

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Mohammad Bagher Bagheri Kani
Professor (Expertise: Jurisprudence & Principles) Imam Sadiq University

Mahdi Izadi
Professor (Expertise: Quranic and hadith sciences) Imam Sadiq University

Hossein Ali Saadi
Professor (Expertise: Governmental Jurisprudence) Imam Sadiq University

Nasrollah Shamel
Professor (Expertise: Arabic Language & Literature) Isfahan University

Hossein Nasery Moghadam
Professor (Expertise: Jurisprudence & Principles) Ferdowsi University

Gholam Hossein Elham
Associate Professor (Expertise: Jurisprudence and Criminal Law) Imam Sadiq University

Sayyed Mohammad Reza Imam
Associate Professor (Expertise: Jurisprudence & Principles) Tehran University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax:+9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Theology & Islamic Studies Faculty,
Tel: +9821-88094001 Internal 374

Website: <https://sj.isu.ac.ir> Email: sj@isu.ac.ir