

دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»  
سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه السلام  
مدیر مسئول: عباس مصلاهی پور یزدی  
سردبیر: حسینعلی سعدی  
مدیر داخلی: نوید امساکی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و القبا):

محمدباقر باقری کنی ..... استاد (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه امام صادق علیه السلام  
مهدی ایزدی ..... استاد (تخصص: علوم قرآن و حدیث) دانشگاه امام صادق علیه السلام  
حسینعلی سعدی ..... استاد (تخصص: فقه حکومتی) دانشگاه امام صادق علیه السلام  
نصراالله 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

صفحه‌آرا: منصوره صادقی

تجدید طرح جلد: عباس پورحسن یامی

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

۳۶۰ 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](mailto:sj@isu.ac.ir)

## اهداف و چشم‌انداز دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»

نشریه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی» وابسته به دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد دانشگاه امام صادق علیه‌السلام 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](mailto:sj@isu.ac.ir) و یا از درگاه تماس با ما اقدام نمایند.

فهرست مقاله‌ها

- جایگاه مقتضای عمومی عقود در معلوم و معین بودن مورد معامله ..... ۳۱۵  
عباس کریمی\* و محسن مهدیان
- تحلیلی بر انسجام نظریه حق الطاعه ..... ۳۵۱  
حسینعلی سعدی
- برون‌رفت از اجمال‌های قانونی در شناسایی مفهوم حقیقی حق از اباحه و اختیار .... ۳۷۳  
حسین جاور\* و محدثه اصولی یامچی
- تحلیل فقهی مالکیت زمین شهری و ضوابط واگذاری آن ..... ۴۰۹  
محمد نایب حقیقی و حسین زمانیان\*
- وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه؛ نظریه نسبیت ..... ۴۳۹  
سیدمصطفی سعادت مصطفوی و محمدجواد مطیعی\*
- خوانشی بنیادین از حق انتخاب محل اقامت شهروندان در اصل ۳۳ قانون اساسی از منظر حقوق بشر اسلامی ..... ۴۷۵  
امین سلیمان کلوانق\*، عباس کعبی‌نسب و امیر کشتگر
- حکم فقهی نکاح غرری با تمرکز بر مبهم بودن «طرفین عقد» و «صفات آنان» ..... ۴۹۷  
رضا الهامی\* و مهرداد پوراسکندری
- بررسی فقهی جواز خرید و فروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی در مقام حفظ نفس محترمه ..... ۵۲۵  
محمد حسن‌زاده\* و سیدمحمد حسینی
- ابعاد فقهی-حقوقی «مسئولیت کارگزاران دولتی» در واکسیناسیون عمومی ..... ۵۵۳  
محمد مهدی محب‌الرحمان\*، سیدام‌الله حسینی

• ضرورت تغییر نگرش در احراز شرایط سلبی شهود با ظهور طبقات جدید اجتماعی  
(نگاهی به پدیده ولگردی و تکدیگری) ..... ۵۷۹

فاطمه نجیب‌زاده\*، معین غلامعلی پور و علی غلامعلی پور

• تأثیر قصد حرام یا انحصار منافع حرام بر معاملات با محوریت دیدگاه امام خمینی  
(رحمت الله علیه) ..... ۶۰۵

محمد اسدی\* و عظیم اسدی

• نقش مجتهدِ مدیر در حکمرانی دینی؛ بررسی عنصر بنیادی در تعامل الهیات، مردم و  
حکومت ..... ۶۳۱

محمد اسماعیل عبداللهی\*



10.30497/sj.2024.246698.1407

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۳، صص. ۳۱۵-۳۵۰

## جایگاه مقتضای عمومی عقود در معلوم و معین بودن مورد معامله<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

عباس کریمی\*

محسن مهدیان\*\*

### چکیده

از دیرباز تحلیل اراده طرفین قراردادها و اینکه هرکدام از اجزای عقود در چه مرحله‌ای ظهور و بروز می‌یابد، معرکه آرای فقیهان و به تبع ایشان، حقوق‌دانان بوده است. یکی از مهم‌ترین این موارد، معلوم و معین بودن مورد معامله است؛ به‌ویژه در جهان نوین که افراد، بسیاری از قراردادها را بنا بر مقتضیات اجتماعی و تجاری، به‌اجمال منعقد می‌کنند، این ابهام ایجاد می‌شود که چگونه می‌توان صحت چنین عقودی را با وجود نظرات فقها توجیه کرد. مطابق نظریه مقتضای عمومی عقود، هر عقدی در زمان انعقاد واجد مقتضای توافق است. این توافق بر مبنای منطق صوری شامل تصور ایجاب و قبول و مورد معامله به‌صورت هم‌زمان است. این برداشت منطقی را نیازهای تجاری و اصل استحکام معاملات و شرایط اقتصادی جامعه نیز تأیید می‌کند. بر مبنای پژوهش حاضر اگر در قراردادی بتوان به طریق اطمینان‌آور این توافق را احراز کرد مشروط بر اینکه مورد معامله مجهول نباشد، باید حکم به صحت و ادامه حیات قرارداد کرد و از انحلال قرارداد از طریق کشف اراده طرفین و تعیین مورد معامله جلوگیری کرد؛ همان‌گونه که در موضوع قرارداد آتی در بازار سرمایه چنین است. در این راهکار تفاوتی میان مورد معامله معین و کلی وجود ندارد. در این مقاله، نگارندگان با روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا به بررسی دقیق شرط معلوم و معین بودن مورد معامله (مبحث ۱) و سپس به امکان‌سنجی اعمال نظریه مقتضای عمومی عقود در شناسایی مورد معامله (مبحث ۲) پرداخته‌اند.

### واژگان کلیدی

مقتضای عقد، توافق، مورد معامله، اراده، غرر.

\* استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

abkarimi@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

mohsen.mahdian@ut.ac.ir

## مقدمه

یکی از شروط صحت قراردادها، معلوم و معین بودن مورد معامله است. بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز موضوع معین را که مورد معامله باشد، از جمله ارکان اساسی درست بودن معامله در نظر گرفته است. فقیهان از مورد معامله با عنوان معقود علیّه (العاملی، بی تا، ج ۴، ص. ۲۱۹)، عوض و معوض نام برده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۷)؛ البته این اصطلاح در عقود مختلف تغییر نیز می‌یابد. برای مثال، در هبه، عین موهوبه (ماده ۷۹۵ قانون مدنی)، در اجاره، عین مستأجره (ماده ۴۶۶ قانون مدنی) و در بیع، مبیع و ثمن (مواد ۳۳۹ و ۳۴۴ قانون مدنی) نامیده می‌شود.

قانون مدنی در ماده ۲۱۴، مورد معامله را به مال یا عمل تعریف کرده است؛ البته فقها و حقوق‌دانان مورد معامله را بر مبنای معیارهای گوناگون به انواع مختلفی تقسیم کرده‌اند (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، صص. ۱۳ و ۱۴).

با وجود اهمیت بالای تعیین مورد معامله به‌ویژه از حیث اجرای قرارداد، گاه پیش می‌آید که طرفین مورد معامله را به‌صورت کامل و جزئی معین نمی‌کنند. این کوتاهی می‌تواند ناشی از مسامحه طرفین عقد یا اطمینان و علم و آگاهی ایشان از مورد معامله باشد. در مواردی، پرسش مطرح این است که آیا باید به صرف معلوم و معین نبودن ظاهری مورد معامله حکم به بطلان عقد کرد یا آنکه به کاوش اراده طرفین پرداخت و راهی برای بقای عقد یافت؟ غالب فقیهان در چنین موردی حکم به بطلان قرارداد کرده‌اند (اشرفی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۱۱۲؛ آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۹۸). جالب اینکه، در برخی موارد این منع را تنها متوجه عنوان عقد کرده‌اند. برای مثال، عنایت به پاسخ صاحب شعائر الاسلام به این پرسش قابل شایان توجه است که اگر شیر یا ماست را توی کوزه بریزند و مقابل آن برنج بریزند بدون وزن، صحیح است یا نه؟ ایشان بیان داشته است اگر چنین معامله‌ای به‌عنوان بیع و مبیعه باشد، باطل و اگر به‌عنوان صلح باشد، عیب ندارد والله العالم (اشرفی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۱۱۲).

پرسش اینجاست که چه مبنایی موجب این نتیجه‌گیری متفاوت شده است؟ آیا منطقی است صرف اینکه طرفین عنوان عقد، صلح یا بیع را برای رابطه حقوقی خود برگزیده باشند، موجب چنین تفاوت آشکاری شود؛ به‌ویژه در روزگار کنونی که به‌واسطه پیشرفت‌های فناوری و سرعت در مبادلات زندگی انسان‌ها، افراد اغلب برای

قراردادهای خویش اصلاً عنوان و چهارچوب حقوقی خاصی از عقود معین را برنمی‌گزینند و آن را ذیل عنوان کلی قرارداد منعقد می‌کنند.

به نظر می‌رسد که علت را باید در جای دیگری یافت. آنچه موجب چنین تفاوتی در استنتاج شده بیش از عنوان، تحلیل اراده طرفین و کشف این موضوع بوده است که آیا طرفین در مقام مسامحه بوده‌اند یا خیر؟

رویه قضایی این پاسخ را تأیید می‌کند. برای مثال، دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۳۳۹۰۰۰۰۵۶۶۱۸۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۲۴ شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان در پرونده ۱۴۰۰۳۹۲۰۰۰۰۸۲۰۲۲۳ که در تأیید دادنامه اصداری از دادگاه بدوی شهرستان گرگان صادر شده، شایان توجه است. در این پرونده خواهان به استناد اینکه در قرارداد اجاره‌ای، منافع پنج‌ساله یک باب ملک تجاری به خواننده منتقل شده و در مقابل خواننده موظف بوده است به‌عنوان مستأجر، ماهانه پنج درصد از سود خالص فروشگاه را به موجر به‌عنوان اجاره‌بها بپردازد، ابطال قرارداد را تقاضا کرده است؛ با این استدلال که در عقد اجاره باید اجاره‌بها به‌طور دقیق معین باشد، اما در قرارداد موصوف این شرط وجود نداشته و مال‌الاجاره مجهول بوده است. دادگاه در مقام اتخاذ تصمیم با طرح قاعده استاپل<sup>۲</sup> مبتنی بر انصاف و با تحلیل اراده طرفین و چگونگی اقدامات آن‌ها، عقد را شرکت توصیف و حکم به صحت قرارداد کرده است. صرف‌نظر از اینکه آیا تصمیم دادگاه به تفسیر اراده طرفین به عقد شرکت صحیح بوده یا خیر، چنین برداشتی از تلاش رویه قضایی در راستای ادامه حیات قراردادها که نظریه مقتضای عمومی عقود نیز در پی آن است، حکایت دارد.

از دیگر سو، نظریه مقتضای عمومی عقود اثبات می‌کند که هر عقد افزون‌بر مقتضای اختصاصی، واجد دو مقتضای عمومی نیز هست که عبارت‌اند از توافق و تعامل. در توافق با اثبات تلاقی اراده طرفین در قالب ایجاب و قبول باید عقد را محقق دانست و با موشکافی در روابط طرفین در خصوص انعقاد عقد، سعی در برطرف کردن ابهامات احتمالی عقد کرد. همچنین، تفسیر منطقی از قرارداد بر مبنای بحث کلیات خمس در منطبق صورتی اثبات می‌کند که طرفین عقد در زمان تصور آن، ایجاب و قبول و مورد معامله را به‌صورت هم‌زمان تصور می‌کنند.

## ۱. پیشینه پژوهش

پژوهش حاضر بر این فرضیه استوار است که با توجه به نظریه مقتضای عمومی عقود می‌توان در موارد بسیاری اجمال در مورد معامله را پذیرفت و برطرف کرد. درباره پیشینه تحقیق نیز باید گفت که چنین بحثی با این دامنه وسیع و گستره شمول به عقود مغابنی و مسامحی در ادبیات حقوق بی‌سابقه است و تنها در مواردی به بررسی رابطه بحث با قاعده غرر پرداخته و سعی در توجیه موضوع از طریق تسالم برقرار کردن با قاعده غرر کرده‌اند<sup>۲</sup>، اما در هیچ‌یک به ارائه راه‌حلی جامع دست نیافته‌اند. هدف پژوهش حاضر این است که با بررسی دیدگاه‌های موجود و تحلیل آن‌ها، به بررسی امکان اعمال توافق در معلوم و معین بودن مورد معامله بپردازد.

## ۲. مقتضای عمومی عقود در اصل معلوم و معین بودن مورد معامله

برای بررسی نقش و جایگاه مقتضای عمومی عقود در اصل معلوم و معین بودن مورد معامله، ابتدا باید به بررسی دقیق این اصل در فقه و حقوق پرداخت و سپس رابطه توافق به‌عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود با تعیین مورد معامله را مورد واکاوی قرار داد.

### ۲-۱. لزوم تعیین مورد معامله

اصطلاح تعیین مورد معامله به دو معنا به کار می‌رود. گاه معنای عام آن مدنظر است که عبارت است از معلوم و معین کردن مورد معامله و گاه نیز به معنای خاص آن استعمال می‌شود. در حالت دوم منظور از تعیین، امری در مقابل معلوم بودن مورد معامله است. به عبارت دیگر، تعیین به معنای معین بودن مورد معامله و مردد نبودن آن میان دو یا چند چیز به کار رفته و معلوم بودن به معنای مجهول نبودن مورد معامله از طریق تشریح مقدار و جنس و وصف مورد معامله است.

قانون مدنی نیز در برخی مواد مانند انتهای ماده ۳۴۲، تعیین را به معنای عام آن به کار برده و هدف معلوم بودن مورد معامله را داشته است، اما به نظر می‌رسد غالباً شیوه استعمال دوم را برگزیده است. بنابراین، معین بودن در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، به معنای مردد نبودن میان چند چیز و معلوم بودن در ماده ۳۴۲، به معنای رفع جهل از



طریق بیان مقدار و جنس و وصف مورد معامله است. تفاوت این دو معنا با دقت در ماده ۶۹۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌کند شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است، اما ضمانت یکی از چند دین به‌نحو تردید باطل است»، واضح و آشکار است. باوجوداین، هرکدام از این دو مفهوم نیازمند تشریح و تبیین به‌صورت جداگانه است. بنابراین، ابتدا لزوم معلوم بودن مورد معامله و سپس لزوم معین بودن مورد معامله مورد دقت نظر قرار خواهد گرفت.

#### ۲-۱-۱. لزوم معلوم بودن مورد معامله

یکی از شروطی که فقیهان در مقام بیان شرایط مورد معامله لازم می‌دانند، معلوم بودن مورد معامله است. طرفین قرارداد در زمان انشای ایجاب و قبول باید از دامنه تکالیف و تعهدات خویش اطلاع داشته و آگاه باشند که چه چیزی را به طرف مقابل منتقل می‌کنند یا چه تکلیفی را بر عهده می‌گیرند. همچنین بدانند که در مقابل این تعهد خویش به چه چیز دست می‌یابند. در قوانین کشورهای مختلف این شرط یکی از شروط مهم و اساسی در زمان انعقاد قرارداد است. برای مثال، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه<sup>۴</sup> در خصوص بیان شروطی که برای انعقاد قرارداد ضروری است، تنها معین بودن محتوای قرارداد را شرط دانسته و نامی از معلوم بودن مورد معامله نبرده است، اما بررسی تاریخچه قانون مدنی فرانسه نشان می‌دهد که قانون‌گذار فرانسوی با این شرط، معلوم بودن مورد معامله را نیز در نظر داشته است؛ برداشتی که مواد ۱۱۳۲ و ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه<sup>۵</sup> در خصوص اشتباه آن را تأیید می‌کند؛ با این توضیح که ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی قدیم فرانسه نیز چهار شرط اراده طرفین، اهلیت آن‌ها، موضوع معین و علت مشروع معامله را برای اعتبار قراردادها در نظر گرفته بود، اما در اصلاحات سال ۲۰۱۶، شرط کلی‌تری با عنوان مشروع و معین جایگزین دو شرط اخیر شده است.

همچنین، ماده ۱۳۳ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد «هرگاه موضوع تعهد از حیث ذاتی معین نباشد، باید دست‌کم از حیث نوع و مقدار معین باشد وگرنه عقد باطل است. بااین‌حال، اگر عقد، نحوه تعیین مقدار را معین کرده [باشد]، موضوع تعهد می‌تواند

صرفاً از حیث نوع معین باشد. چنانچه توافقی در مورد درجه کیفیت نباشد و کیفیت را از طریق عرف، عادت یا از اوضاع و احوال نتوان احراز کرد، متعهد باید مورد تعهد با کیفیت متوسط را تأدیه کند». بر مبنای توضیحاتی که پیش از این در مقام تبیین معلوم و معین بودن مورد معامله از نظر گذشت، روشن می‌شود که منظور قانون‌گذار مصری در ماده مزبور از تعیین، همانا معنای اعم آن یعنی معلوم بودن و معین بودن مورد معامله است.

در فقه امامیه، لزوم معلوم بودن مورد معامله اصل اولی در عقود و عدول از این اصل تنها در موارد استثنا امکان‌پذیر است؛ هرچند اهمیت این شرط هم در مقام انعقاد و هم در مقام اجرای قرارداد تا اندازه‌ای است که در همان موارد استثنایی نیز جواز چشم‌پوشی کلی از آن صادر نشده است. شهید ثانی و بعضی دیگر از فقیهان در بیع به حکم مشتری یعنی جایی که میزان ثمن در حین عقد نامعلوم و تعیین آن به دلخواه طرف معامله گذاشته شده است، ادعای اجماع بر بطلان عقد کرده‌اند (عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۳، ص. ۲۶۴؛ حلی (علامه)، بی تا، ج ۱، ص. ۴۷۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۲۴۳؛ العاملی، بی تا، ج ۴، ص. ۲۷۸).

برای اثبات لزوم معلوم بودن مورد معامله به ادله گوناگون عقلی و نقلی از جمله اجماع، حدیث غرر، روایات خاص و سیره عقلا استناد شده است.

به نظر می‌رسد که مهم‌ترین دلیل این حکم، روایتی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است که از بیع غرری نهی کرده‌اند (نهی النبی (صلی الله علیه و آله) عن بیع الغرر). بر اساس این روایت، فروش چیزی که طرفین یا یکی از آنها به خصوصیات مورد معامله علم کامل ندارند، مشمول نهی خواهد بود؛ با این توضیح که مراد از بیع در حدیث فوق بیع به معنای مصدری یعنی عقد مشتمل بر غرر است. پس در واقع این حدیث حاکی از فساد معامله و بطلان عقد است. بر همین مبنا، فقیهان با الغای خصوصیت از بیع، معلوم بودن مورد معامله را به عنوان قاعده عمومی در معاملات مطرح کرده و از شرایط صحت عقود دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۴۵؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۹۰؛ خمینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص. ۳۰۵؛ نجفی ۱۴۰۰ق، ج ۵، ص. ۲۴۳). فقهای عامه نیز بر مبنای این روایت قائل به لزوم معلوم بودن مورد معامله هستند (قاضی، ۱۴۳۱ق، ص. ۱۰۰).

## ۲-۱-۲. چگونگی معلوم کردن مورد معامله

قانون مدنی در ماده ۳۴۲، رفع جهل از مورد معامله را منوط به معلوم بودن جنس، وصف و مقدار کرده است. بنابراین، برای رفع ابهام از مورد معامله باید جنس، وصف و مقدار آن برای اطراف عقد معلوم شود؛ البته نیک پیداست که چگونگی رفع ابهام در انواع مختلف مورد معامله متفاوت است.

### الف. معلوم کردن جنس

برخلاف تصور اولیه که ممکن است از کلمه جنس به ذهن متبادر شود، در عقود، مقصود از جنس، ماهیت عرفی مورد معامله است؛ چیزی که در کلام فقیهان از آن به عنوان صورت نوعی یاد شده است (نابینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۷۴). بنابراین، در معامله برنج همین که به ماهیت عرفی آن یعنی برنج بودن اشاره شود وافی به مقصود خواهد بود و نیازی نیست که عنصر تشکیل دهنده آن نیز مورد تصریح قرار بگیرد.

### ب. معلوم کردن وصف

با عنایت به این نکته که هر کالا می تواند اقسام مختلفی داشته و هر تعهد می تواند درجات متفاوتی داشته و واجد یا فاقد اوصاف گوناگون باشد، در غالب موارد، تعیین جنس مورد معامله کافی نخواهد بود. برای مثال، اگر مورد معامله برنج باشد، صرف اعلام این موضوع نمی تواند موجب تشکیل قرارداد شود و از تعارضات بعدی طرفین معامله جلوگیری کند. بنابراین، لازم است که اطراف عقد، اوصاف مورد معامله را نیز بیان کنند. برای مثال، اینکه برنج هاشمی یا صدری است یا اینکه کشت اول یا دوم است یا هر وصف دیگری که در رفع جهل مورد معامله لازم و ضروری است.

تعیین اوصاف در خصوص مورد معامله حاضر از طریق مشاهده (طوسی، ۱۳۵۱، ج ۳، ص. ۲۲۳) و در خصوص مورد معامله غایب از طریق وصف (ماده ۴۱۰ قانون مدنی) یا اعتماد به رؤیت سابق (ماده ۴۱۳ قانون مدنی) یا از روی نمونه (ماده ۴۱۲ قانون مدنی) صورت می پذیرد (ابن زهره، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۲۱۱؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۹۴).

### ج. معلوم کردن مقدار

مقدار مورد معامله که مشخص کننده میزان تکلیف و تعهد اطراف عقد است نیز باید

معین باشد تا مورد معامله از جهل خارج شود. برای مثال، اگر در معامله برنج تمام اوصاف آن به وضوح و به طور جزئی مشخص باشد، اما مقدار مورد معامله تعیین نشود، نمی‌توان مورد معامله را معلوم دانست. چنین قراردادی هم در مقام انعقاد و هم در مقام اجرا با مشکل مواجه خواهد شد. به همین دلیل، فقیهان (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۶۵؛ حر عاملی، ۱۳۸۹ق، ج ۱۲، ص. ۲۵۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۹۱) و قانون‌گذاران از حیات آن احتراز می‌کنند.

تعیین مقدار مورد معامله به دلالت ماده ۳۴۲ قانون مدنی، تابع عرف بلد قرار داده شده است. مقصود از عرف بلد در این ماده، «عرف محل وقوع عقد» است مگر اینکه خلاف آن تصریح شود یا از قرائن برآید که عرف شهر معینی، مقصود طرفین بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۳۶).

برخی پا را از این فراتر گذاشته و آشنایی طرفین معامله با عرف بلد را نیز شرط دانسته و گفته‌اند «...چنان‌که هرگاه کسی از مقدار یارد در انگلستان بی‌اطلاع باشد و پارچه را به یارد بخرد، معامله از حیث معلوم نبودن مبیع باطل است ولو آنکه یارد عرف محل معامله است» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۴۳۱).

جالب اینکه، برخی فقیهان در اینکه مقدار مورد معامله با چه معیاری باید تعیین شود، چنین حکم کرده‌اند اگر عرف زمان رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) مشخص باشد، حتی اگر آن عرف در زمان ما تغییر کرده باشد، همان عرف ملاک خواهد بود (حلی (علامه)، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۸۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، ص. ۱۷۷). برای مثال، اگر در روایات، برنج در آن زمان مکیل دانسته شده است در عصر حاضر نیز باید با کیل از آن رفع جهل کرد، اما چنین برداشتی صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا برای تعیین مصادیق، عرف زمان صدور ملاک نیست. به عبارت دیگر تشخیص مصادیق با عرف هر زمان است (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص. ۳۷۱).

### ۲-۱-۳. لزوم معین بودن مورد معامله

همان‌گونه که بیان شد، مقصود از معین بودن مورد معامله در معنای خاص آن، مردد نبودن مورد معامله است. به عبارت دیگر، مورد معامله نباید میان چند چیز مردد باشد حتی اگر تمام خصوصیات آن‌ها برای طرفین قرارداد معلوم باشد.

در اینجا چند قسم متصور است؛ یا جنس و وصف همگی مساوی است یا در جنس مشابه و در وصف متفاوت هستند یا اینکه هم در جنس و هم در وصف تفاوت دارند. قسم نخست مانند زمانی که یکی از چند کیسه برنج طارم هاشمی موجود به فروش می‌رسد. قسم دوم مانند وقتی که دو کیسه برنج وجود دارد، اما از حیث وصف متفاوت‌اند؛ یکی صدری و دیگری هاشمی است. قسم سوم مانند وقتی که یکی از دو کیسه به فروش برسد درحالی‌که در یکی گندم و در دیگری برنج بوده است. در درستی قسم نخست تردیدی نیست؛ زیرا مورد معامله به‌صورت کلی در معین تعیین شده است، اما در دو حالت بعدی فقیهان بر بطلان معامله اتفاق نظر دارند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۴۲۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۷۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص. ۵۱۵). بنابراین، در معین بودن مورد معامله باید بین جایی که مورد معامله کلی است با جایی که مورد معامله عین معین است، تفاوت قائل شد و چنین مقرر داشت که در مورد کلی، قابلیت تعیین مورد معامله کافی است، اما در جایی که عین معین مورد معامله است باید تعهد یا فرد مورد معامله به‌صورت دقیق معین شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷ق، ج ۲، ص. ۲۰۰).

## ۲-۲. رابطه توافق و تعیین مورد معامله

عقد، عمل حقوقی دوطرفی است که با قصد انشای طرفین و ابراز قصد ایجاد می‌شود. این ساختمان وقتی به‌درستی بنا می‌شود که اراده و انشای دو طرف یکسان و موافق یکدیگر باشد. به همین دلیل، آنچه متعاملان انشای آن را قصد می‌کنند، باید موضوع یکسانی باشد. در غیر این صورت توافق واقع نشده است و عقدی ایجاد نمی‌شود. صاحب کفایه در این خصوص بیان داشته است که «ضرورة انه لولا التطابق لما قصد امرا واحدا بل لكل هم و قصد فلا یکون بینهما عقد» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۹). شرط تأثیر این توافق هماهنگی دو عنصر قصد و رضای متعاملان برای ایجاد اثر حقوقی است و این قصد و رضا با ابراز و اظهار طرفین معامله آشکار می‌شود. بنابراین، اگر قصد و رضا آشکار نشود، هیچ اثر حقوقی ندارد. اهمیت این اظهار به این دلیل است که تنها راه کشف توافق، ابراز و اظهار این قصد و رضای باطنی است. همچنین، پیش‌تر بیان شد که تعیین مورد معامله یا به‌عبارت‌دیگر، معلوم و معین بودن مورد

معامله از شرایط صحت قراردادهاست که قانون مدنی در مواد مختلف به‌ویژه بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۴۷۲ بر آن تأکید کرده است.

در این خصوص که توافق و تعیین مورد معامله به معنای عام آن، چه ارتباطی با یکدیگر دارند، دو دیدگاه گوناگون شایان گفتن است. برخی تعیین مورد معامله را در کنار توافق به‌عنوان یکی از عناصر عمومی عقود برشمرده و گروهی دیگر، تعیین مورد معامله را یکی از ارکان توافق دانسته‌اند که هر دو نظریه به‌صورت جداگانه مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

#### ۲-۱. تعیین مورد معامله به‌عنوان یکی از عناصر عمومی عقد

یکی از اندیشمندان حقوق مدنی با طرح این ادعا که در فقه هیچ‌گاه عناصر عقود به‌صورت جزئی مورد واکاوی قرار نگرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۷)، چنین استدلال می‌کند که «هر چیزی که در ساختار ماهیت حقوقی نقشی داشته باشد؛ به‌طوری که آن ماهیت حقوقی بدون آن صورت خارجی پیدا نکند، آن چیز، عنصر آن ماهیت حقوقی است. برای مثال، عقد بدون تراضی وجود پیدا نمی‌کند. پس تراضی عنصر عقد است؛ بدون موالات عرفی بین ایجاب و قبول، عقد وجود پیدا نمی‌کند. پس موالات عنصر عمومی عقد است. اثر ایجاب پس از قبول پدید می‌آید، پس این هم از عناصر عقود است؛ کاشف از رضای عاقدان هم عنصری از عناصر عقود است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۵). ایشان در مقام پاسخ به این پرسش که عنصر عقد چیست، این‌گونه بیان داشته است «عنصر عقد (و هر چیز دیگر مانند ایقاع و...) عبارت است از عاملی که وجود خارجی عقد موقوف بر حصول و پیدایی آن عامل باشد. در این تعریف هیچ‌گونه وابستگی به ذاتی و عرض لازم یا افتراق ذاتی و عرضی مشاهده نمی‌شود. عناصر شماری در فکر این نیست که مدلول لغت عقد را (مثلاً) نشان دهد؛ یعنی موضوع لفظ یا موارد استعمال لفظ را نشان دهد. پس مطلقاً کار لفظی نمی‌کند. وقتی که می‌بینید عقد بدون تراضی یا بدون ایجاب و قبول پدید نمی‌آید، یقین می‌کنید که تراضی و نیز ایجاب و قبول عنصر عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۹). سپس در مقام شمارش عناصر عقود، تراضی، توافق و معلوم بودن موضوع عقد را به‌صورت عناصری جداگانه بیان می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۴۶).

در پاسخ به این طرز برداشت باید گفت در منطق صوری در دو جایگاه سخن از ذات و ذاتی به میان می‌آید؛ کلیات خمس و صناعات خمس. کلیات خمس عبارت‌اند از نوع، جنس، فصل، عرض عام و عرض خاص. سه تای اول کلی ذاتی<sup>۶</sup> و دو تای بعدی کلی عرضی<sup>۷</sup> نامیده می‌شوند (خوانساری، ۱۳۶۴، ص. ۶۱). کلی ذاتی، کلی‌ای است که ماهیت افراد کلی بدان قائم و وابسته باشد (الذاتی هو الذی یفتقر الیه الشیء فی ذاته و ماهیته) درحالی‌که کلی عرضی خارج از حقیقت افراد است (مظفر، ۱۴۲۸ق، ص. ۹۳).

برای استفاده از مبحث کلیات خمس در عقود باید نخست ملاک تشخیص ذاتی از عرضی را بازشناخت. برای تمییز این دو باید گفت هر چیزی که در تعقل و تصور ماهیت یک چیز در ذهن بر تصور خود آن چیز مقدم شود، ذاتی است و هر آنچه پس از تصور آن چیز، در ذهن قابل تصور است، عرضی است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۵۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۴۸). ذهن تا سه ضلع را تصور نکند، نمی‌تواند مثلث را تصور کند درحالی‌که تصور مثلث است که سه زاویه داشتن را قابل تصور می‌کند و این‌گونه نتیجه گرفته می‌شود که سه ضلع داشتن ذاتی مثلث و سه زاویه داشتن عرضی آن است. باین‌حال، سه زاویه داشتن نیز مانند سه ضلع داشتن، از مثلث قابل انفکاک نیست و نیاز به تعلیل ندارد.

حال در خصوص جایگاه تعیین مورد معامله در عقد نیز باید گفت چگونه امکان دارد ایجاب و قبولی را تصور کنیم بدون اینکه مورد معامله‌ای را در نظر داشته باشیم؟ برای مثال، آیا به صرف دو عبارت بعت و اشتريت می‌توان عقد بیع را تصور کرد؟ آیا تصور عقد بیع بدون تصور ایجاب و قبول و مورد معامله امکان‌پذیر است؟ از قضا، در تصور عقد بیع آنچه پیش از همه ذهن تصور می‌کند، مورد معامله است و اگر آن را مقدم بر ایجاب و قبول ندانیم، یقیناً نمی‌توان آن را جدا و متأخر از ایجاب و قبول تصور کرد. اتفاقاً تصور ایجاب و قبول بدون مورد معامله محال و ناممکن می‌نماید. بنابراین، باید از این نظر گذشت و تصور ایجاب و قبول (توافق) و مورد معامله را به‌عنوان دو عنصر جداگانه مردود اعلام کرد. جالب اینکه، جعفری لنگرودی در جای دیگر و در مقام تفکیک بین غرض و قصد انشا با نقل عبارتی از نایینی در منیة الطالب که بیان داشته است «لا ینبغی الاشکال فی ان مجرد النیة فی باب العقود و الایقاعات لا اثر

لها، بل لابد ان ينشا المقصود بماهو آية الایجاد...»، قائل به وحدت توافق و مورد معامله شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۶۶).

## ۲-۲-۲. تعیین مورد معامله به عنوان یکی از ارکان توافق

وقتی که اثبات شد منطق صوری و به‌ویژه بحث کلیات خمس امکان اعمال در خصوص عقود و تعیین عناصر و ارکان آن را دارد، باید گفت در مقام تصور عقد آن چیزی که پیش از همه امور در ذهن تصور می‌شود، توافق است. این برداشت افزون‌براینکه با تعریف عقد نزد فقیهان هماهنگی دارد (الزحیلی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۱۸۸؛ آل کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص. ۱۱۸؛ مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص. ۲۰۵)، در میان حقوق‌دانان اسلامی نیز طرف‌دارانی دارد (السنهوری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۷۰). این توافق منظومه‌ای است که هم طرفین معامله، هم ایجاب و قبول و هم مورد معامله به‌صورت هم‌زمان در آن وجود دارد. برای مثال، برای تصور عقد بیع، ذهن هم‌زمان عقد یعنی رابطه حقوقی دارای دو طرف (جنس)، انتقال مالکیت معوض (فصل) و بیع (نوع) را به‌صورت یکجا تصور می‌کند نه اینکه ابتدا عقد را تصور و سپس طرفین معامله و مورد معامله را به‌صورت جداگانه تصور کند. در مثال دیگر، برای تصور نکاح، عقد (جنس)، زوجیت (فصل) و نکاح (نوع) به یک‌باره در ذهن تصور می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، ذهن مصادیقی را که حقوق‌دانان به‌عنوان ارکان عقد برمی‌شمرند، به‌صورت یکجا و پیوسته تصور می‌کند؛ هرچند هیچ‌آشنایی‌ای با علم حقوق نداشته باشد. بنابراین، در توافق، هم شرط ناگسستگی آن یعنی وجود دو طرف اعتباری و هم مورد معامله به‌صورت هم‌زمان تصور می‌شود. ثمره این توصیف در جایی ظاهر می‌شود که «الف» مدعی توافق با «ب» است، اما وقتی از وی درباره مورد توافق پرسیده شود، از پاسخ ناتوان باشد. برای مثال، مدعی باشد که با «ب»، عقد بیع منعقد کرده است، اما مورد معامله مشخص نباشد. در اینجا نه قانون و نه عرف، توافق را حاصل‌شده نمی‌پندارد. ماده ۱۹۴ قانون مدنی که توافق ایجاب و قبول را شرط صحت معامله می‌داند نیز گواه این مدعاست که تعیین مورد معامله دقیقاً هم‌سنگ ایجاب و قبول است؛ تا جایی که می‌توان بر آن ادعای این‌همانی و هوویت کرد. در میان فقهای عامه نیز می‌توان برای این مدعا طرف‌دارانی یافت. برای مثال، نویسنده کتاب الفقه‌الاسلامی و ادلته، عقد به معنای خاص را چنین



تعریف می‌کند که «معنای خاص عقد عبارت است از ارتباط ایجاب با قبول به نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود. به عبارت دیگر، وابستگی کلام یکی از متعاقدان به کلام دیگری به نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود» (الزحیلی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۸۱).

جالب اینکه، ماده ۱۵۰ قانون مدنی آلمان که قبول با اضافات، محدودیت‌ها یا دیگر تغییرات را در حکم رد ایجاب و ایجاب جدید (ایجاب متقابل)<sup>۸</sup> می‌داند نیز گواه این مطلب است (همین مقرر در ماده ۵۲۸ قانون مدنی ژاپن و ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه نیز دیده می‌شود)؛ موضوعی که با این برداشت از فقه امامیه هماهنگی و مطابقت دارد. اگر غیر از این بود، باید گفته می‌شد در ایجاب متقابل توافق حاصل شده است، اما عقد زمانی منعقد می‌شود که طرفین در خصوص مورد معامله و تعهد به توافق دست یابند. برداشتی که در هیچ نظام حقوقی مشابه آن دیده نمی‌شود. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد ایجاب اعم از اینکه به یک شخص معین یا نامعین ارائه شود، حاوی عناصر اساسی عقد و بیان‌کننده اراده ایجاب‌کننده به التزام عقد در صورت قبول طرف مقابل است نیز دلیل دیگری در اثبات شمول توافق بر موضوع تعیین مورد معامله است.<sup>۹</sup>

### ۳. مقتضای عمومی عقود در آثار معلوم و معین بودن مورد معامله

پس از بررسی لزوم تعیین مورد معامله و ارتباط آن با توافق به عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود، برای احراز ثمره اعمال نظریه مقتضای عمومی عقود در معلوم و معین بودن مورد معامله، لازم است ابتدا حکم عدم تعیین مورد معامله و سپس نقش توافق در تعیین مورد معامله مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۳-۱. حکم عدم تعیین مورد معامله

همان‌گونه که در مبحث نخست تبیین شد، معلوم بودن و معین بودن مورد معامله در معنای خاص خود دو مفهوم متفاوت از یکدیگرند. به همین دلیل، ذیل دو عنوان اختصاصی ابتدا به حکم معلوم نبودن مورد معامله و سپس به حکم معین نبودن مورد معامله پرداخته خواهد شد.

## ۳-۱-۱. حکم معلوم نبودن مورد معامله

فقیهان امامیه درباره حکم قراردادی که مورد معامله در آن مجهول باشد، به‌رغم اختلافاتی که در خصوص چگونگی کشف حکم با یکدیگر دارند، همگی بر بطلان معامله‌ای که مورد معامله در آن میان طرفین معلوم نیست، متفق‌اند. برای مثال، برخی بیعی را که در آن ذکری از ثمن نشده، باطل دانسته و در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۶). بعضی نیز با استناد به حدیث نبوی «نهی‌النبی (صلی‌الله‌علیه‌وآله) عن بیع‌الغرر»، چنین استدلال کرده‌اند که بیع چیزی که طرفین قرارداد یا یکی از ایشان به اوصاف و ویژگی‌های آن علم کامل ندارد، از مصادیق «بیع غرری» است و نهی موجود در حدیث شامل آن خواهد بود. همچنین، با الغای خصوصیت و به‌عنوان قاعده‌ای عمومی در معاملات باید گفت که معلوم بودن مورد معامله در هر عقدی از شرایط صحت است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۷، ص. ۲۱۶). بعضی دیگر با نقل روایتی از امام صادق (علیه‌السلام) گفته‌اند که هرکس در بیع اجلی نامعلوم قرار دهد یا ثمن مجهول در نظر بگیرد، بیع او بیع نیست (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳ق، ج ۲، ص. ۵۰)؛ البته در این باره، فقیهان به روایت‌های متعددی استناد جسته‌اند که برای جلوگیری از تطویل کلام از اشاره به همه موارد خودداری می‌شود.

افزون‌بر ادله فوق، برخی فقیهان نیز با اشکال در سند و دلالت حدیث غرر و دیگر روایات مورد استناد، شرط معلوم بودن مورد معامله را حکم عقلی و کلام شارع در خصوص آن را تأیید عرف و امضای سیره عقلا<sup>۱۰</sup> دانسته‌اند (خویی، ۱۴۰۸ق، ص. ۳۲). شارحان قانون مدنی نیز به‌تبع فقیهان بیان داشته‌اند که شرط درستی هر قرارداد این است که موضوع تعهدهای ناشی از آن معلوم باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۹۲) و رفع جهالت از مال موضوع انتقال با معلوم شدن سه عامل جنس، وصف و مقدار انجام می‌پذیرد که مشترک میان عین معین و کلی است. باین‌حال، جایی که عین معین موضوع معامله قرار می‌گیرد، کافی است که دو طرف از جنس، وصف و مقدار آن آگاه باشند؛ هرچند در عقد بیان نشود (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۹۲)، اما در صورتی که مورد معامله کلی باشد، باید مقدار، جنس و وصف بیان شود (ماده ۳۵۱ قانون مدنی) که تفاوت این دو در الزام به ذکر موارد سه‌گانه در عقد است؛ توضیح اینکه در صورت

کلی بودن مورد معامله، مقدار، جنس و وصف باید به گونه‌ای بیان شود که پس از انعقاد قرارداد و در مقام اجرای تعهد قابلیت تعیین داشته باشد. ملاک این معلوم بودن نیز هر دو طرف معامله هستند. به عبارت دیگر، مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملان آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد؛ زیرا معامله مزبور غرری و معامله غرری باطل است (امامی، بی تا، ج ۱، ص. ۲۱۹).

لحن قانون‌گذار در ماده ۳۵۱ و نیز تصریح به معلوم بودن مورد معامله در ماده ۲۱۶ قانون مدنی، گواه این تلقی است که در صورت جهل به مورد معامله، قرارداد باطل و بلااثر است.

### ۳-۱-۲. حکم معین نبودن مورد معامله

همان‌گونه که پیش از این از نظر گذشت، فقیهان امامیه در باطل بودن معامله‌ای که موضوع آن مردد باشد، اتفاق نظر دارند، اما در اینکه مبنای این بطلان چیست، اختلافاتی در نظرات ایشان به چشم می‌خورد که به‌طور مختصر به آن‌ها اشاره می‌شود.

برخی صعوبت در اجرای عقد و امکان وقوع اختلاف در مرحله اجرا را به‌عنوان دلیل بیان کرده‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۴۳۰؛ کرکی (محقق ثانی)، ۱۲۷۲ق، ج ۴، ص. ۱۰۳). بعضی نیز دلیل آن را جهل و غرر دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، صص. ۱۸۰ و ۱۸۱؛ طوسی، ۱۳۷۰، ج ۳، ص. ۲۱۷). در پاسخ به این دو نظر، گروهی چنین استدلال کرده‌اند که وقتی تمام اوصاف دو یا چند چیز میان طرفین معامله معلوم است و ایشان پذیرفته‌اند که مثلاً خریدار بتواند هرکدام از چند چیز را که خواست به‌عنوان مورد معامله قبول کند، دیگر نه غرری وجود دارد و نه در مقام اجرای عقد اختلافی پدید خواهد آمد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۴).

گروهی از فقها نیز با بیان این نکته که در مواردی که مورد معامله مردد است، فرد مردد اصلتی ندارد و در واقع نمی‌توان برای فرد مردد وجود را تصور کرد، حکم به لزوم معین بودن مورد معامله کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۷؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۷۵). در مقام رد این نظر نیز گفته شده است که ملکیت موضوعی اعتباری است و همین که عرف یا شرع آن را برای چیزی در نظر بگیرند، آن چیز قابل معامله خواهد بود. بنابراین، اصالت نداشتن مورد معامله مردد نیز موضوع پذیرفته‌ای نیست

(عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۰۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۹۵). با وجود این اختلافات، قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، معین بودن مورد معامله را شرط صحت قرارداد دانسته و در ماده ۴۷۲ همین قانون، در بیان قواعد حاکم بر عقد اجاره دوباره منظور خویش را از معین بودن آشکار و بر لزوم مجهول و مردد نبودن مورد اجاره تأکید کرده است. با عنایت به اینکه عین مستأجره خصوصیتی ندارد، باید با الغای خصوصیت، آن را در تمام عقود شرط دانست. قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۱۱۶۳<sup>۱۱</sup> مقرر کرده که موضوع تعهد باید معین یا قابل تعیین باشد و توضیح داده است که قابل تعیین بودن موضوع تعهد را می‌توان از خود قرارداد یا به‌واسطه رجوع به عرف یا روابط قبلی طرفین نیز استنباط کرد بدون آنکه توافق جدید ضروری باشد.

### ۳-۲. نقش توافق در تعیین مورد معامله

پس از واری دقیق لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله و حکم آن باید به این پرسش پاسخ داد که مقتضای عمومی عقود و به‌ویژه توافق چه نقشی در جلوگیری از اعمال ضمانت اجرای بطلان در قراردادها ایفا خواهد کرد؟ یکی از اهداف مهم حقوق قراردادها در نظر گرفتن و تمهید مقدماتی است که مانع بطلان بی‌رویه عقود و بر هم خوردن نظم معاملاتی حاکم بر توافقات میان افراد شود<sup>۱۲</sup>. در حقوق فرانسه دو نهاد تنظیم عقد<sup>۱۳</sup> و تنفیذ عقد<sup>۱۴</sup> برای جبران نواقص ظاهری موجود در زمان انعقاد قرارداد و ممانعت از ابطال عقود مورد استفاده قرار می‌گیرد (Noslacan, no date, p.645)<sup>۱۵</sup>؛ با این توضیح که نهاد تنظیم عقد در زمانی که رکن مادی لازم در قرارداد مفقود است، منشأ اثر شده و تنفیذ عقد در حالتی که رکن معنوی (فاعلی) مفقود باشد، واجد اثر می‌شود. برای مثال، اگر در قراردادهای دولتی امضای بالاترین مقام وزارتی شرط صحت قرارداد باشد و مدت‌ها پس از عقد قرارداد، کاشف به عمل آید که قرارداد نه در مهلت مقرر، بلکه مدتی بعد به امضای مقام دولتی رسیده است، با اعمال نهاد تنظیم، از ابطال عقد جلوگیری به عمل می‌آید یا مثلاً اگر در قراردادی سن خاصی شرط اهلیت متعاقدان باشد و تردید شود که آیا خریدار که اتفاقاً از محل قرارداد سود سرشاری نیز برده، در زمان انعقاد به سن قانونی رسیده بوده است

یا خیر، با اعمال نهاد تنفیذ، خریدار را دارای سن قانونی فرض می‌کنند و مانع از بین رفتن قرارداد می‌شوند.

در حقوق داخلی نیز در این باب پیش از این نظریه، ظهور مصحح اعمال حقوقی<sup>۱۶</sup> ارائه و تشریح شده است، اما در خصوص تعیین مورد معامله به معنای عام آن که شامل معلوم و معین بودن است، تاکنون تحقیق مشابهی درباره امکان اعمال توافق به‌عنوان یکی از مقتضاهای عمومی عقود و کشف و احراز قصد طرفین و در نتیجه، جلوگیری از انحلال قراردادها انجام نشده است.

برای بررسی و امکان‌سنجی این موضوع ابتدا باید به بررسی توافق و نظرات مختلف در خصوص آن پرداخت و سپس امکان اعمال آن را در عقود مغایبی و عقود مسامحی مورد تحلیل قرار داد.

### ۳-۲-۱. توافق به‌عنوان مقتضای عمومی عقود

فقیهان امامیه در علم تفصیلی طرفین عقد، بر ثمن و مثن تصریح و تأکید کرده‌اند. برای مثال، صاحب جواهر برای این موضوع ادعای هر دو نوع اجماع (هم محصل و هم منقول) را کرده و معامله مال مکیل یا موزون یا معدود به‌نحو مبهم و با ترازوی مجهول را باطل دانسته است (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲۲، ص. ۴۱۷). نایینی نیز چنین معامله‌ای را غرری تلقی کرده و مجهول بودن مورد معامله را به‌تنهایی سبب بطلان عقد دانسته است (نایینی، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۶۲). مرحوم خوئی هم در مصباح‌الفقاهه بر این موضوع ادعای اجماع کرده و چنین معامله‌ای را باطل دانسته (خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۳۱) و این موضوع مورد تأیید دیگر فقیهان امامیه نیز قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص. ۲۰۶؛ اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۱).

با الغای خصوصیت، همین حکم در فقه در خصوص ثمن نیز جاری است. بنابراین، فقیهان معامله مبتنی بر ثمن نامعلوم را نیز باطل دانسته‌اند (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۸، ص. ۴۶۱؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۲۶۶؛ عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۱، ص. ۲۸۵؛ حلی (محقق)، ۱۳۶۲، ص. ۱۵۱).

حقوق‌دانان نیز به‌تبع فقها، حکم بر بطلان عقدی کرده‌اند که در آن ثمن یا مثن مجهول باشد (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۱۶۷ و ۱۸۸؛

عدل، ۱۳۷۳، ص. ۱۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۱۳۸؛ صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۰؛ امامی، ۱۳۹۸، ص. ۱۵۶؛ افتخاری، ۱۳۹۵، ص. ۱۴۰؛ شیروی، ۱۳۹۸، ص. ۸۵؛ نوین و خواجه‌پیری، ۱۳۹۱، ص. ۶۳). عمده دلیلی که فقیهان در توجیه حکم بر بطلان چنین عقدی بیان کرده‌اند عبارت است از غرری بودن معامله (حر عاملی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۳۴۱). ممنوعیت قرارداد غرری افزون‌بر روایت مشهور نبی اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله)، «نهی‌النبی (صلی‌الله‌علیه و آله) عن بیع‌الغرر»، به اجماع (فخار طوسی، ۱۳۷۴، ص. ۳۰۱) و بنای عقلا (جیلانی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۱۶۸) نیز مستند شده است.

افزون‌براین، برخی اساتید حقوق مدنی با استناد به تصریح مقنن در ماده ۲۱۶ قانون مدنی، تخطی از حکم مقرر در ماده مزبور را نیازمند نص صریح قانونی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۲۰).

بنابراین، باید به این پرسش پاسخ داد که چگونه می‌توان از بطلان معامله‌ای که مورد معامله در آن مجهول یا مردد است، جلوگیری کرد؟ برای نیل به این مقصود، ابتدا معامله غرری مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد و سپس به تحلیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی پرداخته خواهد شد. درنهایت، نظریه مختار در خصوص توافق تشریح خواهد شد.

### الف. تبیین معامله غرری

فقیهان (چه فقهای امامیه و چه فقهای عامه) با استناد به حدیث نبوی، معامله‌ای را که در آن ثمن یا مثن مجهول باشد، غرری دانسته و حکم به بطلان آن کرده‌اند. این تلقی به‌اندازه‌ای محکم و خدشه‌ناپذیر می‌نماید که حتی بعضی فقیهان، موردی را که تعیین ثمن بعد از عقد بر عهده طرفین قرارداد یا شخص ثالثی باشد نیز مصداق غرر شمرده و قرارداد را محکوم به بطلان دانسته‌اند (عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۱، ص. ۲۸۵). بر این عقیده در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت نیز ادعای اجماع شده است (الجزیری، بی‌تا، صص. ۱۶۵-۱۶۹) و در میان حقوق‌دانان نیز طرف‌داران نام‌آشنایی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص. ۷۶).

به‌عبارت‌دیگر، همین که در قراردادی ثمن یا مثن با توجه به ایجاب و قبول ردوبدل شده وجود داشته باشد و در زمان انعقاد عقد معین نباشد، عقد باطل است؛

هرچند یکی از طرفین یا شخص ثالث به خواسته متعاقدان اختیار تعیین مورد معامله را داشته باشد. بنابراین، وقتی نمی‌توان پس از عقد حتی با توافق طرفین رفع جهل کرد، به طریق اولی نمی‌توان از رفتار گذشته متعاقدان یا عرف حاکم بر معاملات یا دیگر قرائن برای تعیین ثمن یا مثنم بهره جست.

در مقابل این نظر، به عقیده عده‌ای از فقیهان، موضوع عقدی که معلوم نبودن ثمن یا مبیع را سبب بطلان عقد می‌انگارند، عقدی است که در آن مورد معامله یا ثمن با گمان و شانس تعیین شده باشد یا متعاقدان هیچ شناختی از مورد معامله نداشته باشند (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۳۱). جالب اینکه، برخی بزرگان فقها معامله به قیمت بازاری (قیمت سوقیه) یا به تعیین و ارزیابی مشتری را صحیح پنداشته‌اند (عاملی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۷۱). حتی برخی منظور از غرر منهی<sup>۱۱</sup> عنه در معامله را غرری می‌دانند که موجب خطر درگیری و بروز اختلاف میان طرفین قرارداد باشد. بنابراین، در عقد بیعی که در آن ثمن تعیین نشده است، اما مشتری علم دارد که ثمن بالاتر از قیمت بازاری نیست (به عبارت دیگر، از حداکثر قیمت باخبر است) حکم بر صحت بیع کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص. ۴۶۳). نتیجه اینکه، در تفسیر و مصداق‌یابی غرر در معاملات میان فقیهان اختلاف عمده‌ای به چشم می‌خورد. عده‌ای صرف نبودن علم تفصیلی را در هنگام انعقاد عقد مصداق غرر و موجب بطلان عقد پنداشته و در مقابل، برخی با تفسیر غرر به خطر و منازعه و درگیری سعی در تضییق دایره آن کرده‌اند و به تبع قراردادهایی که بتوان به کمک قرائن مورد معامله را مشخص یا قدر متیقنی را برای آن ثمن یا مثنم تعیین کرد، از ذیل عقود باطل خارج کرده‌اند.

داوری میان این دو اعتقاد متفاوت به نظر می‌رسد که باید رأی به صحت نظریه دوم داد؛ زیرا هم با اصل صحت قراردادها و اصل استحکام معاملات هماهنگی بیشتری دارد و هم با نیازهای روز و مقتضیات دنیای مدرن که در موارد زیادی ثمن یا مثنم در زمان انعقاد عقد میان طرفین معین نیست، همخوانی بیشتری دارد. ای بسا که از نگاه بعضی پژوهشگران وجود علم تفصیلی به ثمن یا مثنم در زمان انعقاد عقد نه از روایات خاص نه از اجماع و نه از حدیث نفی غرر با این دامنه گسترده برداشت نمی‌شود (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۲). این تلقی افزون‌براینکه با قاعده اصولی جمع (الجمع مهما امکن اولی من الطرح) هماهنگ است، در میان فقیهان نیز طرف‌داران نامداری دارد.

برای مثال، برخی فقیهان در تعریف غرر آن را به عرف و بنای عقلا مربوط دانسته و بیان داشته‌اند «غرر احتمالی خطری است که عرف از آن اجتناب می‌کند» (نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۳۱). در نتیجه، در تشخیص غرر باید عرف را ملاک قرار داد.

### ب. تحلیل مختصر ماده ۲۱۶ قانون مدنی

ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

در این ماده، مبهم در مقابل معین یا مردد و علم اجمالی در برابر علم تفصیلی به کار رفته است. بنابراین، مفهوم این ماده چنین است که در معاملات، مورد معامله (و با الغای خصوصیت از مثنی، ثمن نیز) باید معین باشد و طرفین قرارداد بر آن علم تفصیلی داشته باشند. بر همین مبنا، برخی حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملان آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد؛ زیرا معامله مزبور غرری و معامله غرری باطل است (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۱۹). به عبارت دیگر، اصل بر علم تفصیلی است مگر مواردی که قانون‌گذار به صراحت از دامنه حکم علم تفصیلی خارج کرده باشد و علم اجمالی را در آن کافی بداند (شهیدی، ۱۳۷۷، صص. ۳۱۶ و ۳۱۷).

با وجود این، به نظر می‌رسد که چنین تفسیری از ماده ۲۱۶، نتیجه‌ای جز بطلان بی‌رویه معاملات به‌ویژه در عصر حاضر نداشته باشد. حتی اگر آن‌چنان‌که برخی اساتید گفته‌اند، حکم علم اجمالی را به تمام عقود مسامحه توسعه دهیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸)، باز هم به این دلیل که برای رفع نیازهای جامعه امروزی کافی نیست، پذیرفتنی نیست.

بنابراین، برای حل مشکل باید ماده ۲۱۶ قانون مدنی را در پرتوی قاعده غرر تفسیر کرد (صفایی، ۱۳۹۱، ص. ۴۹).

براین اساس و بر مبنای آنچه در بند قبلی در مقام داوری میان نظرات فقیهان گفته شد، باید چنین گفت که موارد علم اجمالی نه محدود به مصادیقی مانند جعاله (مواد ۵۶۴ و ۵۶۳ قانون مدنی) و ضمان (مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی) که مصرحات قانون هستند، است و نه محدود به عقود مسامحی آن‌چنان‌که برخی نویسندگان حقوقی بیان



داشته‌اند، بلکه در مقام داوری در خصوص این موضوع که کجا علم تفصیلی لازم است و کجا علم اجمالی، باید به تحلیل رابطه متعاقدان پرداخت؛ آنجا که خطر درگیری و منازعه وجود دارد و این اجمال به‌اندازه‌ای است که به‌هیچ‌وجه قابل تعیین نیست و مورد معامله مجهول است، باید بنا بر قاعده غرر حکم به بطلان قرارداد کرد، اما در مقامی که بر اساس عرف یا سوابق معاملات طرفین یا دیگر قرائن و امارات (مانند وجود قیمت بورسی) بتوان ثمن یا مثن را تعیین کرد، باید از این تفسیر دست کشید و با انتفای غرر، حکم به ابقا و اجرای قرارداد کرد.

### ج. توافق در معلوم و معین بودن مورد معامله

همان‌گونه که در مبحث نخست از نظر گذشت، توافق مقتضای هر عقدی است. بنابراین، در قرارداد باید توافق وجود داشته باشد. همچنین، با استعانت از بحث کلیات خمس در منطوق صوری این نتیجه حاصل می‌شود که تصور هر عقد با تصور ایجاب و قبول و مورد معامله اقتران زمانی دارد. بنابراین، وقتی بایع و فروشنده اقدام به انشای ایجاب و قبول می‌کنند، هم‌زمان نیز مورد معامله را تصور کرده‌اند.

وقتی که از معلوم و معین بودن مورد معامله سخن به میان می‌آید، منظور علم طرفین معامله به مورد معامله است و علم و جهل اشخاص ثالث در این خصوص تأثیری ندارد. در نتیجه، وقتی ایجاب و قبول حتی به‌صورت ظاهری انشا شده باشد، باید مورد معامله را نیز نزد اطراف معامله معلوم و معین دانست. ثمره عملی چنین برداشتی در جایی است که یکی از طرفین قرارداد به‌رغم انعقاد ظاهری عقد، ادعای مجهول یا مردد بودن مورد معامله را می‌کند. با استناد به اینکه در توافق به‌عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود، ایجاب و قبول و تعیین مورد معامله به‌صورت هم‌زمان حاصل شده است، این شخص در مقام مدعی قرار می‌گیرد و نمی‌تواند به اصل عدم استناد کند. چنین برداشتی موافق اصل صحت و اصل لزوم قراردادها نیز هست.

در مقام تعیین مورد معامله نیز باید به جست‌وجو پرداخت و تنها در مواردی که هیچ مورد معینی برای معامله میان طرفین وجود ندارد، حکم به بطلان قرارداد کرد، اما در این راه باید میان مورد معامله مجهول و مورد معامله نامعین قائل به تفکیک شد؛ با این توضیح که اگر مورد معامله مجهول باشد، چنانچه پیش از این بیان شد، باید بر

مبنای قاعده غرر آن معامله را محکوم به بطلان دانست. به عبارت دیگر، فارغ از اینکه مبنای قاعده غرر روایات باشد یا دلیل عقلی، در صورتی که نتوان با ادله یقینی از مورد معامله رفع جهل کرد، باید حکم به بطلان قرارداد کرد؛ زیرا نمی‌توان به اشخاص، تعهدات و تکالیفی را بدون رضایت تحمیل کرد و هرگونه تأویل و تفسیر دادگاه در این خصوص به منزله دخالت در رابطه قراردادی طرفین است.

اما در صورتی که مورد معامله معلوم بوده باشد، اما معین نباشد، باید به مقتضای عمومی عقود مراجعه و چنین بیان کرد که بنا بر نظریه مقتضای عمومی عقود، لازمه هر عقدی توافق است. بنابراین، اگر در عقدی صدور ایجاب و قبول از ناحیه طرفین مسلم باشد و بتوان توافق را حاصل شده دانست، معین نبودن مورد معامله تنها در حالتی موجب بطلان قرارداد خواهد شد که نتوان به طریق اطمینان‌آوری این نقص را برطرف کرد؛ زیرا در این فرض مورد معامله از حیث مقدار، جنس و وصف قابلیت تعیین را دارد و تنها صورت خارجی مورد معامله با ابهام روبه‌روست. در این راه می‌توان از امارات، قرائن، عرف، سوابق معاملات، رویه حاکم بر قراردادهای مشابه، جلب نظر کارشناس و مراجعه به قیمت‌های رسمی نیز یاری جست.

ایرادی که شاید بتوان بر این بحث وارد کرد، این است که تفاوت آن در حالتی که معامله کلی در معین یا کلی فی‌الذمه است، چیست؟ در پاسخ باید گفت راه‌حل بیان شده هم در معامله عین معین و هم در معامله کلی قابلیت اعمال را دارد؛ زیرا در حالت نبود اختلاف در مورد معامله معین و کلی در معین به واسطه ابزارهایی مانند رؤیت، مورد معامله اصلاً با تردیدی روبه‌رو نیست. در کلی فی‌الذمه هم به واسطه بیان مقدار، جنس و وصف، نکته مبهم یا مجهولی وجود ندارد و طرف متعهد باید بر مبنای موارد سه‌گانه یادشده در معامله، اقدام به انجام دادن تعهد کند، اما در معاملات مدنظر این راه‌حل، نه مورد معامله به صراحت یا به واسطه بیان اوصاف در عقد معین شده است که عقد را خالی از ابهام بدانیم و نه ابهام و جهل به اندازه‌ای است که تلاش قاضی برای تعیین مورد معامله را دخالت در قرارداد طرفین و تحمیل اراده دادگاه بر ایشان به شمار آوریم (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص. ۲۵)، بلکه به واسطه احراز توافق یعنی صدور ایجاب و قبول و در نظر گرفتن این موضوع که در زمان انشای معامله طرفین مورد معامله را تصور کرده‌اند، قاضی مجاز و موظف به جست‌وجو برای کشف مورد معامله دانسته شده است.

همچنین، فقیهان در عقد اجاره در فرضی که منجر به عسر و حرج برای مستأجر شود، برای مثال، آب زمین مورد اجاره به اندازه‌ای کم شود که باعث ضرر مستأجر شود، برای وی حق فسخ در نظر گرفته‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۵۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۰، ج ۲۷، ص. ۲۹۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص. ۶۰۲). در حالی که چنین موضوعی به هیچ وجه در زمان عقد مورد نظر طرفین نبوده است، به طریق اولی می‌توان قائل به این دیدگاه شد که دادگاه بتواند با تحلیل اراده طرفین، مورد معامله مدنظر ایشان را کشف کند. با وجود این، شاید ابهام دیگری مطرح شود که چگونه می‌توان طرفین را به قراردادی ملزم کرد که مورد معامله آن معین نباشد؟ در پاسخ باید گفت اولاً، اعمال توافق در تعیین مورد معامله شامل مواردی که جهل مطلق است و هیچ دلیل و قرینه‌ای برای تعیین موضوع قرارداد طرفین وجود ندارد، نمی‌شود. ثانیاً، همان‌گونه که اثبات شد، طرفین قرارداد هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول، مورد معامله را نیز در نظر داشته‌اند و هرچند از بیان جزئیات در ایجاب و قبول امتناع کرده باشند، می‌توان با یاری دیگر ادله و قرائن و امارات پرده از مورد معامله برداشت. با این تحلیل بررسی اراده‌ها برای دادگاه نیز ساده‌تر خواهد بود.

با این حال، چگونگی اعمال این نظر در عقود مغابنی و عقود مسامحی تفاوت‌هایی دارد که با بیان مصادیقی به اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۳-۲-۲. نقش توافق در تعیین مورد معامله در عقود مغابنی

پذیرش علم اجمالی در خصوص مورد معامله برخلاف آنچه برخی اساتید حقوق مدنی گفته‌اند، منحصر به عقود مسامحی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸). در واقع، عقود خاستگاه استواری و ثبات است و نباید برخلاف خواسته طرفین تزلزلی را بر پیکره پیمان وارد کرد؛ هرچند فقیهان تصریح کرده‌اند که «بیع موقوف است به اینکه مبیع قیمت کرده شود و قیمت معین و معلوم شود» و بیان داشته‌اند که تا تعیین دقیق ثمن و به طریق اولی مبیع، بیعی اتفاق نمی‌افتد (اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۹۳)، اما امروزه موارد متعددی را می‌توان یافت که در زمان انعقاد عقد، مبیع یا ثمن یا هر دو به اجمال تعرفه و کیفیات و جزئیات آن‌ها پس از انعقاد عقد مشخص می‌شوند. به عبارت دیگر، با توجه به مقتضیات روز و سرعت در معاملات، این موضوع به مرور

پذیرفته شده است که از الزام معین بودن مورد معامله یا ثمن تا اندازه‌ای عقب‌نشینی شود. مثال این موضوع را می‌توان در معاملات نوظهور مانند عقد با ثمن شناور ملاحظه کرد. به‌رغم دیدگاه غالب فقیهان که معامله‌ای را که در آن ثمن معین نباشد، بلااثر و حیات‌نیافته تلقی می‌کنند (حلی (محقق)، ۱۳۶۲، ص. ۲۷۱)، در میان متأخران ایشان، نظرات مخالفی نیز یافت می‌شود. برای مثال، بعضی فقیهان در مقام تعیین تکلیف معامله‌ای که قطعیت ثمن آن منوط به مشخص شدن قیمت بازاری شده است، بیان می‌دارند که در چنین حالتی می‌توان الزام فروشنده یا خریدار را به تأدیه تفاوت قیمت شرط کرد (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۴۹) که مثال بارزی از پذیرش ثمن شناور در فقه است. در حقوق نیز می‌توان به تفکیک مبلغ به مبلغ پیمان و مبلغ نهایی پیمان در شرایط عمومی اشاره کرد که به‌خوبی پذیرش شناور بودن ثمن در معاملات روزمره را تأیید می‌کند.

مراجعه به رویه قضایی نیز گواه این برداشت است. برای مثال، دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۳۳۹۰۰۰۲۵۸۱۳۵۶ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۹ صادره از شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی گرگان که عیناً در پرونده شماره ۱۴۰۱۰۳۹۲۰۰۰۱۲۵۳۰۰۱ از سوی شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان مورد تأیید قرار گرفته، قابل توجه است. در پرونده موصوف، خواهان با این استدلال که موضوع قرارداد، فروش ۱۹۶۰۰ سهم از سهام شرکتی است که ثمن معامله به‌صورت تعاملی تعیین شده و به استناد مجهول بودن عوض، تقاضای اعلام بطلان قرارداد را کرده است، اما دادگاه با این استدلال که طرفین با امضای قرارداد هم قصد خویش را بر متعهد شدن به مفاد آن اعلام داشته و هم بر چگونگی پرداخت ثمن عالم بوده‌اند، با توجه به دیگر بندهای قرارداد و سوابق معاملاتی ایشان، حکم به تأیید قرارداد صادر و از بطلان بی‌دلیل آن جلوگیری کرده و تنها نقص معین نبودن را با استفاده از ادله متقن برطرف کرده است. در واقع، در این دادنامه دادگاه با احراز معلوم بودن ثمن و غرری نبودن معامله، توافق را حاصل شده تلقی و با استفاده از دیگر دلایل، اقدام به تعیین تعهد خریدار و فروشنده کرده است. با وجود قابل نقد بودن علل موجهه دادگاه در حکم یادشده، می‌توان آن را نشانه‌ای از تلاش رویه قضایی در راستای نجات قراردادهای بر مبنای نظریه مقتضای عمومی عقود پس از احراز مجهول و غرری نبودن عقد دانست.

در مقام تأیید استدلالات فوق می‌توان به ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کرد. ماده اخیر مقرر می‌دارد هرگاه قراردادی درست منعقد شده باشد، اما ثمن به‌طور صریح یا ضمنی تعیین نشده یا ضوابطی برای تعیین ثمن پیش‌بینی نشده باشد، در صورت فقدان دلیل مخالف چنین فرض می‌شود که متعاملان به‌طور ضمنی ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروش این قبیل کالا در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوط رایج بوده است، در نظر داشته‌اند.

از دقت در ماده موصوف مشخص می‌شود که در کنوانسیون مزبور حتی قابل تعیین بودن ثمن الزامی نیست و می‌توان با وجود قرائن و امارات و به یاری عرف نسبت به تعیین ثمن در چنین قراردادهایی اتخاذ تصمیم کرد و تنها همین که ثمن مجهول نباشد، وافی به مقصود دانسته شده است.

مصدق دیگری که در اثبات عدم الزام به وجود علم تفصیلی در مورد معامله و امکان تعیین مورد معامله با رجوع به توافق طرفین می‌توان به آن اشاره کرد، قراردادهای باز است. در چنین قراردادهایی، متعاملان در زمان انعقاد عقد تعمداً به دلایل مختلف، توافقی در خصوص مورد معامله یا ثمن نمی‌کنند. این قراردادها که اعم از قراردادهای با ثمن شناور هستند (عبدی‌پور فرد و استادی، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۳)، در نظام حقوقی کاملاً پذیرفته‌شده و رایج هستند.

در اثبات این موضوع باید به ماده ۲-۱-۱۴ اصول قراردادهای بازرگانی اشاره کرد که مقرر می‌دارد منوط کردن تعیین شرط به مذاکرات بعدی یا اظهارنظر شخص ثالث نمی‌تواند مانع تحقق عقد شود<sup>۱۷</sup> (Unidroit-Principles, 2016).

بنابراین، در عقود مغایب دادگاه باید به شرط مجهول نبودن مورد معامله، برای تعیین مورد معامله در سیری عالمانه به تتبع و تحلیل رابطه متعاملان از زمان مذاکرات مقدماتی تا اجرای عقد پردازد و اگر ایجاب و قبول را انشاشده یافت، به جست‌وجوی اراده ایشان بر مبنای اظهارات در زمان انعقاد عقد، عرف، سوابق معاملات ایشان و دیگر قرائن و امارات پردازد و مورد معامله (اعم از مبیع یا ثمن) را تعیین کند که در نتیجه، تا جایی که ممکن است از بطلان عقد جلوگیری شود، اما اگر در این سیر، حتی در صورت معلوم بودن نتوان به قدر متیقنی دست یافت و مورد معامله را تعیین کرد، باید از تحمیل قرارداد ناخواسته به طرفین معامله احتراز کرد.

ثمره چنین تحلیلی از توافق طرفین، جلوگیری از ابطال بی‌رویه عقود و در نتیجه، استواری معاملات است که از پایه‌های تجارت و امنیت در قراردادهاست.

### ۲-۳. نقش توافق در تعیین مورد معامله در عقود مسامحی

اعمال توافق در عقود مسامحی برخلاف آنچه در عقود مغابنی از نظر گذشت، با مقاومت و مخالفت کمتری همراه است؛ زیرا اولاً، حقوق‌دانان علم اجمالی به مورد معامله را در عقود مسامحی مورد پذیرش قرار داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص. ۱۸۵). ثانیاً، افزون‌بر وجود توافق طرفین در زمان عقد، این فرض که طرفین تعیین مورد معامله را به بعد از عقد یا شخص ثالث واگذار کرده‌اند نیز در موارد بسیاری وجود دارد. برای مثال، در عقدی مانند بیمه، برخی از فقیهان برای توجیه معلوم بودن مورد عقد و معوض آن به نهادهایی مانند ضمان (مطهری، ۱۳۶۱، صص. ۲۶-۲۲؛ روحانی، بی‌تا، صص. ۶۶ و ۷۷؛ حلی، بی‌تا، ص ۱۶) و صلح (گلپایگانی، ۱۳۶۸، ص. ۴۸۸؛ سبزواری، ۱۳۹۰، ص. ۵۱۸؛ مرعشی، بی‌تا، ص. ۵۰۲) تمسک جسته‌اند.

باین‌حال، در عقود مسامحی هم آنچه مدنظر ماست، عنایت طرفین عقد به مورد معامله است؛ توجهی که نه به‌عنوان موضوعی عارضی و ثانوی، بلکه به‌عنوان مقوم تصور ایشان از عقد و هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول وجود داشته است. بنابراین، در عقود مسامحی نیز به صرف انشای ایجاب و قبول دیگر نیازی به اثبات معین بودن مورد معامله وجود ندارد و توافق طرفین قرارداد، موضوعی است که هرکس که مخالف آن ادعایی دارد، باید اثبات کند. بنابراین، دادگاه باید با استفاده از ظرفیت‌های قانونی نسبت به کشف و احراز و تعیین مورد معامله اقدام کند. به‌عبارت‌دیگر، به‌شرط مجهول نبودن مورد معامله و انتفای غرر باید تا جایی که منجر به دخالت دادگاه در رابطه معاملی طرفین نشود، با استفاده از ادله اطمینان‌آور برای تعیین مورد معامله تلاش کرد. برای مثال، اگر پدری در یک عقد صلح، حقوق خویش نسبت به یک قطعه زمین کشاورزی را به فرزندش صلح کند، اما مشخص نکند که دقیقاً منظور کدام حقوق است، می‌توان با یاری ادله‌ای مانند تحقیقات محلی یا استعلام از مراجع رسمی یا ارجاع موضوع به کارشناس، این حقوق را تعیین کرد، اما اگر به هیچ طریقی امکان

کشف مورد معامله نباشد، این موضوع موجب بطلان عقد است.

### نتیجه‌گیری

اغلب نظام‌های حقوقی و نیز فقها و حقوق‌دانان بر رفع جهل از مورد معامله که از ارکان اساسی عقد است، تأکید دارند. فقیهان متقدم با استناد به قاعده غرر حکم به بطلان قراردادی کرده‌اند که در آن مورد معامله به تفصیل معین نشده است و در این بین، تفکیکی میان معلوم نبودن و معین نبودن مورد معامله از حیث اعمال قاعده غرر قائل نشده‌اند. برخی متأخران از فقها و نیز حقوق‌دانان، تلاش‌هایی برای تضييق دایره ابطال عقود کرده‌اند. با این حال، با عنایت به مقتضیات اجتماعی موجود و اصل سرعت در روابط اجتماعی و اقتصادی بشر کنونی، این تلاش‌ها کافی نبوده است.

با تحلیل منطقی و شناخت مقتضای عمومی عقود از طریق بحث کلیات خمس، آنچه پیش از همه امور در ذهن تصور می‌شود، ایجاب و قبول و مورد معامله است؛ اموری که مقوم توافق هستند. به عبارت ساده‌تر، متعاملان هم ایجاب و قبول و هم مورد معامله را به صورت هم‌زمان تصور می‌کنند. بنابراین، با انشای ایجاب و قبول از سوی طرفین قرارداد، باید آن را منعقد شده دانست و در صورت وجود هرگونه ابهام و اجمال در مورد معامله، آن را با مراجعه به امارات، قرائن، مذاکرات مقدماتی، سوابق معاملاتی طرفین قرارداد، عرف، جلب نظر کارشناس و ملاحظه قیمت‌های بورسی یا فهرست قیمت‌های رسمی برطرف کرد. با این تحلیل، تنها عقودی به دلیل معین نبودن مورد معامله باطل می‌شوند که از این حیث دچار جهل محض باشند و نتوان از هیچ طریقی این جهل را برطرف کرد.

نکته مهم اینکه، در مواردی که مورد معامله از حیث مقدار یا جنس یا وصف مجهول است، می‌توان با استفاده از قاعده غرر در خصوص صحت یا بطلان عقد تصمیم گرفت؛ حکمی که در نظرات فقها اختلافی در آن دیده نمی‌شود، اما در مواردی که مورد معامله از حیث معلوم بودن با منقصتی مواجه نیست، ولی از جنبه تعیین مورد تردید قرار می‌گیرد، قاعده غرر قابل اعمال نیست؛ همچنان‌که در میان فقیهان نیز در این خصوص مخالفان سرشناسی به چشم می‌خورد. در این حالت باید با اعمال توافق به عنوان مقتضای عمومی عقود و با یاری قرائن و امارات قطعی موجود و دیگر ادله

از قبیل نظر کارشناس، دفاتر شرکت‌ها و داده‌های رسمی از بطلان جلوگیری کرد؛ با این توضیح که مقتضای هر عقدی توافق است و در قرارداد باید توافق وجود داشته باشد. وقتی به انعقاد ظاهری قرارداد یقین داریم، منطق صوری اثبات می‌کند که طرفین هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول، مورد معامله را نیز در نظر داشته‌اند (حتی می‌توان ادعا کرد که تصور مورد معامله مقدم بر تصور ایجاب و قبول شکل گرفته است). بنابراین، در مقام معین نبودن مورد معامله از حیث ظاهر باید تا حد ممکن به یاری ادله، مورد معامله را تعیین و توافق حاصل در زمان انعقاد عقد را کشف کرد.

بر مبنای یافته‌های این پژوهش، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۱۶ قانون مدنی و الحاق یک تبصره به آن، بدین شرح اعلام می‌شود که مورد معامله باید مبهم نباشد. در موارد ابهام دادگاه با استفاده از ادله، قرائن و امارات موظف به کشف اراده مشترک طرفین است. تبصره: فرضی که مورد معامله مجهول است، از این قاعده مستثناست.

## یادداشت‌ها

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان *مقتضای عمومی عقود با راهنمایی دکتر عباس کریمی و مشاوره دکتر حسن جعفری‌تبار و دکتر محسن اسماعیلی است.*

### 2. Stoppel Rule

۳. ر.ک به: عبدی‌پور فرد و استادی، ۱۳۹۷ و صفایی، ۱۳۹۱.

4. Article 1128 Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1. Le consentement des parties; 2. Leur capacité de contracter; 3. Un contenu licite et certain.

5. Article 1132 L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Article 1133 Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie. L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

6. Universel Essential

7. Universel Accidental

8. Counter Offer

9. Article 1114 L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

10. The Practice of Reasonable Persons



11. Article 1163L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

12. sautrage du contrat

13. Regularisation

14. Confirmation

۱۵. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: کریمی، عباس، جزوه درسی دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۱۶. ر.ک به: کریمی و علا، ۱۳۹۶.

17. If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by one of the parties or by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

#### کتابنامه

قرآن کریم.

The Holy Quran

آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

Akhund Khorasani, Mohammad Kazim (1986). Hashiyeh al-Makasib. Tehran: Ministry of Islamic Guidance.

آل کاشف الغطا، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریرالمجله (جلد ۱). نجف: مطبعة الحیدری.

Al-Kashif al-Ghata, Muhammad Husayn (1940). Tahrir al-Majalla, Vol. 1. Najaf: Al-Hadiryeh Press.

آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع (محمدحسین میرزای نایینی، تقریرات) (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Amuli, Muhammad Taqi (1993). Al-Makasib wa al-Bay', Taqirrat-e Mirza-ye Nayini, Vol. 2, 2nd ed. Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

ابن زهره، همزة بن علی (۱۳۷۵). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Ibn Zuhra, Hamza ibn Ali (1955). Ghaniyeh al-Naz'u ila 'Ilm al-Usul wa al-Furu'. Qom: Imam Sadiq Institute.

اشرفی، حاج ملامحمد (۱۳۸۵). شعائر الاسلام (احمد باقری، تصحیح و تعلیق) (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: دانشگاه تهران.

Ashrafi, Hajj Mulla Muhammad (1965). Sha'ayer al-Islam, edited by Ahmad Baqeri, Vol. 1, 1st ed. Tehran: University of Tehran Press.

- افتخاری، جواد (۱۳۹۵). کلیات عقود و تعهدات. چاپ ۱، تهران: میزان.  
 Eftekhari, Javad (2017). General Principles of Contracts and Obligations, 1st ed., Tehran: Mizan Publication.
- الجزیری، عبدالرحمان (بی تا). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دارالکتب العلمیه.  
 Al-Jaziri, Abd al-Rahman (n.d.). Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'ah, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah
- الزحیلی، وهبة (۱۴۰۷ق). الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۴). چاپ ۳، دمشق: دارالفکر.  
 Al-Zuhayli, Wahbah (1987), Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh, Vol. 4, 3rd ed., Damascus: Dar al-Fikr.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (جلد ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.  
 Al-Sanhuri, 'Abd al-Razzaq Ahmad (n.d.), Al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid, Vol. 1, Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi
- العاملی، سیدمحمد جوادالحسینی (بی تا). مفتاح الکرامه (جلدهای ۴ تا ۷). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.  
 Al-'Ameli, Sayyid Muhammad Jawad al-Husayni (n.d.), Miftah al-Karamat, Vols. 4-7, 1st ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
- امامی، اسدالله (۱۳۹۸). کلیات حقوق تعهدات. چاپ ۱، تهران: میزان.  
 Imami, Asadollah (2019). General Principles of Law of Obligations, 1st ed., Tehran: Mizan Publication.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی (جلد ۱). چاپ ۱۹، تهران: اسلامیه.  
 Imami, Seyyed Hassan (1958). Civil Law, Vol. 1, 19th ed., Tehran: Islamiyeh Bookstore.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق). المکاسب المحرمه والبیع والخیارات (جلدهای ۳-۶). چاپ ۱، قم: کنگره شیخ انصاری.  
 Ansari, Sheikh Morteza (1995). Kitab al-Makasib al-Mahrammah wa al-Bay' wa al-Khiyarat, Vols. 3-6, 1st ed., Qom: Sheikh Ansari Congress.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۱۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
 Bahrani, Yusuf (1985). Al-Hadiq al-Nadhira, Vol. 18, Qom: Islamic Publications Office.
- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (جلد ۲). بی جا: دارالمعارف.  
 Tamimi Maghribi, Abu Hanifa Nu'man ibn Muhammad (1963). Da'a'im al-Islam, Place of publication unknown: Dar al-Ma'arif.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.  
 Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2019), The Impact of Will in Civil Law, Tehran, Ganj-e Danesh Library.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸). فلسفه حقوق مدنی عناصر عمومی عقود (جلد ۱). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2019), Philosophy of Civil Law: General Elements of Contracts, Vol. 1, Tehran: Ganj-e Danesh Publications.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳). دائرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی (جلد ۱). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (1944), Encyclopedia of Islamic and Judicial Sciences, Vol. 1, Tehran: Ganj-e Danesh Bookstore.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). محشای قانون مدنی. تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (1960), Commentary on the Civil Code, Tehran: Ganj-e Danesh Library.

جیلانی، میرزاابوالقاسم (میرزای قمی) (۱۳۷۱). جامع‌الشتات (جلد ۱). تهران: کیهان.

Jilani, Mirza Abu al-Qasim (Mirza-ye Qomi) (1952), Jame' al-Shatat, Vol. 1, Tehran: Kayhan.

حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۸۹ق). وسائل‌الشیعه (جلد ۱). تهران: اسلامیه.

Hurr Amali, Muhammad ibn Hasan (1970), Wasa'il al-Shi'a, Vol. 1, Tehran: Islamiyeh.

حسینی مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Husayni Maraghi, Mir Fattah (1997), Al-Anawin, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

حلی، محمدبن ادریس (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین.

Hilli, Muhammad ibn Idris (1991), Al-Sara'ir al-Hawiy li-Tahrir al-Fatawa, Qom: Publications of the Society of Scholars.

حلی، شیخ حسین (بی‌تا). بحوث فقهیه. بیروت: دارالزهراء للطباعة والنشر.

Hilli, Sheikh Husayn (n.d.), Buhuth Fiqhiyya, Beirut: Dar al-Zahra' for Printing and Publishing.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی‌تا). تذکرة الفقهاء (جلد ۱). بی‌جا: مکتبه الرضویة لاحیاء آثار الجعفریة.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (n.d.), Tadhkirat al-Fuqaha', Place of publication unknown: Maktabat al-Ridawiyah li-Ihya' Athar al-Ja'fariyyah.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (جلد ۱). ۳ج، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (1993), Qawa'id al-Ahkam (3 volumes), Qom: Al-Nashr al-Islami 'Allama Institute.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۶ق). *مختلف الشیعة* (جلد ۵). چاپ ۱، بی‌جا: مکتبه‌الاعلام الاسلامی.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (1996), *Mukhtalif al-Shi'ah*, Vol. 5, 1st ed., Place of publication unknown: Maktabat al-'Ilm al-Islami.

حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۳۶۲). *مختصر النافع*. چاپ ۲، قم: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی.

Muhaqqiq Hilli (Abu al-Qasim Najm al-Din Ja'far ibn Hasan) (1943), *Mukhtasar al-Nafi'*, 2nd ed., Qom: Center for Scientific and Cultural Publications.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۳). *البیع* (جلد ۳). قم: اسماعیلیان.

Khomeini, Ruhollah (1944), *Al-Bay'*, Qom: Isma'iliyan.

خوانساری، محمد (۱۳۶۴). *دوره مختصر منطق صوری*. تهران: دانشگاه تهران.

Khansari, Muhammad (1945), *A Brief Course in Formal Logic*, Tehran: University of Tehran.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۰۸ق). *مستند العروة الوثقی؛ کتاب اجاره*. قم: مطبعة العلمية.

Khu'i, Abu al-Qasim (1989), *Mustanad al-'Uruwah al-Wuthqa*, Book of Rental, Qom: Al-'Ilmiyah Press.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقاهة* (جلد ۵). بی‌جا: مؤسسه انصاریان.

Khu'i, Sayyid Abu al-Qasim (1997), *Masba' al-Fuqaha'*, Vol. 5, Place of publication unknown: Ansariyan Institute.

روحانی، سیدصادق (بی‌تا)، *المسائل المستحدثة*. قم: دارالفکر.

Ruhani, Sayyid Sadiq (n.d.), *Al-Masa'il al-Mustahdathah*, Qom: Dar al-Fikr.

سبزواری، عبدالله علی (۱۳۹۰ق). *توضیح المسائل*. نجف.

Sabzvari, 'Abd Allah 'Ali (1971), *Tawshih al-Masa'il*, Question 2494, Najaf.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. تهران: حقوق دان.

Shahidi, Mehdi (1958), *Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Hoquqdan Publications.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸). *حقوق قراردادهای؛ انعقاد آثار و انحلال*. چاپ ۳، تهران: سمت.

Shirawi, Abd al-Husayn (2019), *Law of Contracts: Conclusion, Effects, and Termination*, 3rd ed., Tehran: Samt Publications.

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱). «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله تفسیر

ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر». *نشریه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۹، ص. ۴۹.

Safa'i, Sayyid Husayn (2012), *A Different Look at the Criterion of Sufficiency of General Knowledge Regarding the Transaction of Interpretation of Article*

216 of the Civil Code Based on the Gharar Rule, Legal Research Journal, No. 59, p. 49.

صفایی، سیدحسین و همکاران (۱۳۸۴). حقوق بیع بین‌المللی. تهران: دانشگاه تهران.  
Safa'i, Husayn, et al. (2005), International Sales Law, Tehran: University of Tehran.

طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل (جلد ۱). قم: مؤسسه آل‌البیت.  
Tabataba'i, Sayyid 'Ali (1985), Riyad al-Masa'il, Vol. 1, Qom: Al al-Bayt Institute  
طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید (بی‌تا). منهاج‌الصالحین؛ المعاملات القسم الاول. بیروت: دارالصفور.

Tabataba'i Hakim, Sayyid Muhammad Sa'id (n.d.), Minhaj al-Salihin, al-Mu'amalat al-Qism al-Awwal, Beirut: Dar al-Safur Tabataba'i.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.  
Tabataba'i Yazdi, Sayyid Muhammad Kazim (Sahib al-'Uruwah) (1957), Su'al wa Jawab, Tehran: Center for Islamic Sciences Publications.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۷۰). الخلاف (جلد ۳). قم: مکتبه الکتب‌المتنوعة.  
Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hasan (1951), Al-Khilaf, Qom: Maktabat al-Kutub al-Muta'anatifah.

عاملی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد (۱۴۱۴ق). الدروس الشرعیة فی فقه‌الامامیة (جلد ۲). قم: اسلامی.

Shahid al-Awwal (Amali, Shams al-Din Muhammad) (1994), Al-Durus al-Shar'iyya fi Fiqh al-Imamiyyah, Qom: Islamic Publications.

عاملی جُبعی (شهید ثانی) زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۳۶۵). شرح لمعه (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.

Shahid al-Thani (Amali Jubbayi, Zayn al-Din ibn Ali ibn Ahmad) (1946), Sharh al-Luma', Vol. 1, 2nd ed., Qom: Qom Islamic Seminary Publications Center.

عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ و استادی، مونا (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی اعتبار قرارداد باز در نظام‌های ملی و تجارت بین‌الملل». نشریه حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۹، ص. ۱۳۳.

Abdipour Fard, E., & Ostadi, M. (2018). A Comparative Study of the Validity of Open Contract in National Legal Systems and International Trade law. *Journal of Comparative Law*, 5(1), 131-154. doi: 10.22096/law.2018.31935

عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی (محمدرضا بندرچی، به کوشش). چاپ ۱، قزوین: بحرالعلوم.

Adl, Mustafa (1954), Civil Law, edited by Mohammad Reza Bandarchi, 1st ed., Qazvin: Bahral'ulum Publications.

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). *ادله عام روایی فقه و حقوق قراردادها*. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

Alidu'st, Abu al-Qasim (2017), General Evidential Narrations in Islamic Jurisprudence and Contract Law, Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought Publications.

فخار طوسی (۱۳۷۴). *در محضر شیخ انصاری*. چاپ ۲، تهران: منشورات دارالحکومه.

Fakhar Tusi (1955), In the Presence of Shaykh Ansari, 2nd ed., Tehran: Dar al-Hukumah Publications.

فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۶۳). *ایضاح الفوائد* (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.

Fakhr al-Muhaqqiqin, Muhammad ibn al-Hasan (Hilli) (1944), I'dah al-Fawa'id, Qom: Isma'iliyan.

قاضی، ابویوسف (۱۴۳۱ق). *الخراج لابی یوسف*. بی جا: المکتبة الازهریة للتراث.

Qazi, Abu Yusuf (1911), Al-Kharaj li-Abi Yusuf, Place of publication unknown: Al-Azhariyyah Library for Heritage.

قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات* (جلد ۳). تهران: مؤسسه کیهان.

Qomi, Mirza Abu al-Qasim (1952), Jame' al-Shatat, Vol. 3, Tehran: Kayhan Institute.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *اموال و مالکیت*. چاپ ۱، تهران: یلدا.

Katozian, Naser (1955), Property and Ownership, 1st ed., Tehran: Yalda Publications.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی* (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: میزان.

Katozian, Naser (1964), Civil Law in the Current Legal System, 1st ed., Tehran: Mizan Publications.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). *قواعد عمومی* (جلدهای ۱-۳). چاپ ۱، تهران: گنج دانش.

Katozian, Naser (2019), General Rules, Vols. 1-3, 1st ed., Tehran: Ganj-e Danesh Publications.

کرکی (محقق ثانی). *علی بن حسین* (۱۲۷۲ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد* (جلد ۴). چاپ سنگی، تهران: بی نا.

Karaki, 'Ali ibn Husayn (Muhaqqiq Thani) (1854), Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id, lithographic print, Tehran, (no publisher).

- کریمی، عباس؛ و علا، مهدی (۱۳۹۶). «نظریه ظهور در تصحیح اعمال حقوقی». دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت، سال ۴، شماره ۸.
- Karimi, 'Abbas; 'Ala', Mehdi (2017), The Theory of Emergence in Correcting Legal Acts, Adalat Private Law Research Journal, Vol. 4, No. 8
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۶۸). توضیح المسائل. قم: دارالقرآن.
- Gulpaygani, Muhammad Reza (1949), Tawsil al-Masa'il, Question 2855, Qom: Dar al-Qur'an.
- مفید، ابو عبدالله محمد (۱۴۱۳ق). المقتعه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- Shaykh Mufid, Abu 'Abd Allah Muhammad (1993), Al-Muqni'ah, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح الازهان (جلد ۸). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- Muqaddas Ardabili, Ahmad (1992), Majma' al-Fawa'id wa al-Burhan fi Sharh al-Adhan, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.
- مرعشی، سیدشهاب‌الدین (بی تا). توضیح المسائل. بی جا: فراهانی.
- Mar'ashi, Sayyid Shahab al-Din (n.d.), Tawsil al-Masa'il, Question 22, Place of publication unknown: Farahani Publications.
- مطهری، مرتضی (۱۳۶۱). بررسی فقهی مسئله بیمه. بی جا: میقات.
- Mutahari, Murtaza (1942), Fiqh Examination of Insurance, Place of publication unknown: Miqat Publications
- مظفر، محمدرضا (۱۴۲۸ق). المنطق. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- Muzafar, Muhammad Reza (2009), Al-Mantiq, Qom: Islamic Publications Institute affiliated with the Society of Scholars of Qom Seminary.
- مؤمن، محمد (۱۴۱۵ق). کلمات سدیدیه. چاپ اول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- Mumin, Muhammad (1995), Kalimat al-Sadidah, 1st ed., Qom: Islamic Publications Institute.
- نایینی، میرزاحمدحسین (۱۴۱۸ق). منیه الطالب (شیخ موسی نجفی خوانساری، مقرر) (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- Nayini, Mirza Muhammad Husayn (1999), Maniyyat al-Talib, dictated by Shaykh Musa Najfi Khvansari, Vol. 1, 1st ed., Qom: Islamic Publications Institute.
- نجفی، محمدحسین (۱۴۰۰ق). جواهر الکلام (جلد ۲۲). چاپ ۱۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.



Najfi, Muhammad Hasan (1980), *Jawahir al-Kalām*, Vol. 22, 17th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

Naraqi, Ahmad ibn Muhammad Mahdi (1997), *‘Awamid al-Ayyam fi Bayan Qawa’id al-Ahkam*, Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda.

نراقی، ملا احمد (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه* (جلد ۲). قم: مؤسسه آل البیت.

Naraqi, Mulla Ahmad (1995), *Mustanad al-Shi’ah*, Qom: Al al-Bayt Institute.

نوری طبرسی، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسه آل البیت.

Nuri Tabarsi, Mirza Husayn (1989), *Mustadrak al-Wasa’il*, Qom: Al al-Bayt Institute

نوین، پرویز؛ و خواجه پیری، عباس (۱۳۹۱). *حقوق مدنی*. ۶. چاپ ۳، تهران: گنج دانش.

Novin, Parviz and ‘Abbas Khajehpiri (2012), *Civil Law 6*, 3rd ed., Tehran: Ganj-e Danesh Publications.

Noslacan, Mircea (no date), *The Good Faith and the Theory of the Appearance in the Law*, Retrieved from: [http://www.uab.ro/reviste\\_recunoscute/reviste\\_drept/annales\\_10\\_2007/noslacan\\_en.pdf](http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/noslacan_en.pdf).

<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>.



## تحلیلی بر انسجام نظریه حق الطاعه

حسینعلی سعدی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

نظریه حق الطاعه از جمله نظریات ابداعی متفکر شهید صدر (رحمت‌الله علیه) است که در برابر نظریه مشهور اصولیان مبنی بر قبیح عقاب بلا بیان طراحی و ارائه شده است. قاعده قبح عقاب بلا بیان مبتنی بر این نکته محوری است که تکلیف تا به نحو قطع یا علمی به مکلف واصل نشود، اقتضای تحریک و ایجاد بعث ندارد و عقاب بر عدم تحرک در جایی که مقتضی تحریک نیست، به حکم عقل قبیح خواهد بود. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) با طرح این مسئله که قلمرو تنجیز وابسته به مولویت و حق الطاعه است، معتقد است مولویت حقیقتی مشکک است و هر میزان که مولویت مولا آکد باشد، دایره تنجیز نیز توسعه می‌یابد و خطای مشهور اصولیان از آن روست که در مولویت، مولای عرفی را به مولای حقیقی تطییر کرده‌اند و چنان‌که در موالی عرفی وصول احتمالی تکلیف منجز نیست، در مولای حقیقی نیز عدم تنجیز وصول احتمالی تکالیف را مطرح کرده‌اند. اصل و جان‌مایه نظر شهید صدر (رحمت‌الله علیه)، وجود اقتضای بعث و تحریک در تکالیف منکشف به احتمال در مولای حقیقی است. این نظریه از سوی برخی با عنوان ناسازگاری درونی نقد شده است. مدعای ناقد این است که در احتمال تکلیف الزامی مولا، احتمال ترخیص و اباحه نیز وجود دارد و حق الطاعه مولا چنان‌که اقتضای رعایت مولویت در احکام الزامی دارد، اقتضای رعایت مولویت در احکام ترخیصی نیز دارد و در صورت تراحم جوانب الزام و ترخیص، هیچ وجهی بر ترجیح جانبی بر جانب دیگر وجود ندارد. از این رو نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) گرفتار ناسازگاری درونی است. در این نوشتار سعی شده است عدم ورود این اشکال بر نظریه روشن شود. مدعای شهید صدر (رحمت‌الله علیه) وجود اقتضای تحریک در تکالیف محتمل مولای حقیقی است و ناقد به خاطر مانع و مزاحم داشتن حق الطاعه در ناحیه تکالیف الزامی از سوی تکالیف ترخیصی، نظریه را ناتمام می‌داند نه اینکه اصل مدعا را که وجود مقتضی بعث است، به نقد کشیده باشد. این خطای اصلی نقد است؛ گرچه در حوزه‌های دیگری هم با اشکال مواجه است که بدان‌ها نیز پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی

حق الطاعه، شهید صدر (رحمت‌الله علیه)، ناسازگاری درونی، جهات الزامی و ترخیصی، تراحم حفظی، تراحم امثالی، تنجیز احتمال

\* استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.  
saadi@isu.ac.ir

## مقدمه

یکی از نظریات مهم و ابداعی شهید سیدمحمدباقر صدر (رحمت‌الله علیه) در علم اصول که ناشی از توجه ایشان به برخی مبانی کلامی و اتصال آن به مسائل علم اصول است، نظریه حق‌الطاعه است که اثر مهم آن تنجیز مطلق وصول ولو به نحو انکشاف احتمال است. این نظریه مقابل نظریه مشهور اصولیان است که گفته‌اند انکشاف حکم اگر به نحو علم یا علمی باشد، تنجیز دارد و انکشاف احتمالی و غیرعلمی تنجیز ندارد و مادامی که حجت بر تکلیف اقامه نشود، عقاب به حکم عقل قبیح است. اقامه حجیت به تحقق بیان است که همان وصول به نحو علم یا علمی است. در مقابل، شهید صدر معتقد است حجیت تابعی از مولویت و اشتباه اصولیان این است که مولویت مولای حقیقی را به مولای عرفیه تنظیر کرده و حجت در خصوص موالی عرفی را ملاک تحدید در حجیت مولای حقیقی قرار داده‌اند. در صورتی که چون مولویت مولای حقیقی آکد از مولای عرفی است، دایره حجیت هم وسیع‌تر خواهد بود و شامل وصول احتمال تکلیف نیز می‌شود. تکالیف مولای عرفی اگر به نحو احتمال وصول یابد، تنجیز نخواهد داشت، اما در مولای حقیقی به خاطر آکدیت مولویتش، احتمال تکلیف نیز منجز خواهد بود و بعث ایجاد خواهد کرد.

این نظریه از سوی برخی به نقد کشیده شده و از زمان طرح آن محور گفت‌وگو و بحث قرار گرفته است. یکی از نقدها، ناسازگاری درونی این نظریه است که از سوی ناقد آن به عنوان شبهه‌ای جدی که می‌تواند بنیان نظریه حق‌الطاعه شهید صدر را براندازد، مطرح شده است؛ گرچه راقم این سطور معتقد است که اصولاً این اشکال به شهید صدر وارد نبوده و در واقع توهم اشکال است نه اشکال و صلب موضوع مطرح شده از سوی شهید صدر از دید ناقد مغفول مانده است. از این رو برای تبیین موجه بودن اشکال یا عدم ورود آن ضروری است که به اختصار به تحلیل نظریه مشهور مبنی بر قبح عقاب بلا بیان پرداخته شود تا محور اصلی اشکال شهید صدر بر مدعای مشهور روشن شود و بعد از تبیین نظریه شهید صدر، به تحلیل شبهه ناسازگاری درونی این نظریه پرداخته شود.

### ۱. قاعده قبح عقاب بلا بیان

مشهور اصولیان معتقدند که بیان مولا و انکشاف تکلیف موضوع قاعده قبح عقاب بلا بیان خواهد بود. شهید صدر معتقد است قاعده قبح عقاب بلا بیان و حجیت ذاتی قطع از دوره وحید بهبهانی، عصر ثالث، در تفکر اصولی ایجاد شده است (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۵۹؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۳). مرحوم وحید بهبهانی دلیل مجتهدان در تقابل با اخباریان مبنی بر حکم عقل بر قبیح بودن عقاب بدون بیان و علم را توضیح داده، معتقد است شیخ صدوق، محقق، علامه، شیخ کلینی، شیخ مفید (رحمت الله علیهم) و دیگران همگی بر این مبنا بوده‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۵ق، صص. ۲۴۱-۲۴۰). وی حجت اخباریان را در روایات دال بر توقف در صورت عدم علم به حکم معرفی می‌کند؛ یعنی در صورت لایبان مفاد اخبار احتیاط، توقف است نه برائت. با فرض پذیرش مدعای اخباریان، ادعای ایشان نمی‌تواند نافی حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان باشد؛ زیرا مدعی شده‌اند شارع با جعل احتیاط در موارد عدم علم، موضوع قاعده را برطرف ساخته است، اما اگر طبعاً لایبان محقق باشد، حکم عقل بدیهی، قبح عقاب خواهد بود. شیخ انصاری، آخوند خراسانی، محقق نایینی، محقق اصفهانی، محقق عراقی (رحمت الله علیهم) و دیگر اصولیون نیز ضمن پذیرش اصل قاعده به توضیح چرایی و تحلیل قبح پرداخته‌اند که برای فهم نظریه شهید صدر (رحمت الله علیه)، فهم نظر این بزرگان مهم است. این پرسش که چرا عقاب بدون بیان قبیح است، از مناظر مختلف پاسخ یافته است که به آن‌ها اشاره می‌شود.

#### ۱-۱. شیخ انصاری (رحمت الله علیه)

تحلیل شیخ انصاری (رحمت الله علیه) در خصوص چرایی قبح عقاب بلا بیان حکم عقل است. ایشان شاهد بر حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان را حکم جمیع عقلا معرفی می‌کند که عقلا مؤاخذه عبد توسط مولا را بر فعلی که معترف است اعلام نکرده است، قبیح می‌دانند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۵۶). شهید صدر (رحمت الله علیه) نیز این کلام شیخ انصاری و شریف‌العلماء (رحمت الله علیهما) را به‌عنوان بیان ساده نظریه قبح عقاب توضیح می‌دهد که تا وقتی که ملاحظه می‌کنیم موالی و عبید عرفی را اگر عبد مطلع بر اوامر مولا نشود و امتثال نکند؛ مولا به او بگوید چرا انجام ندادی، عبد می‌گوید من علم

به صدور امر تو پیدا نکردم. در این صورت اگر مولا بگوید چرا احتیاط نکردی، عبد می‌گوید من علم به ایجاب احتیاط هم پیدا نکردم. اینجا به تعبیر شریف‌العلما (رحمت‌الله علیه) انقطع حجة المولا و مولا حق عقاب را ندارد. این نکته را عقلا درک می‌کنند و همین نکته قاعده قبح عقاب بلا بیان است (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۷۱). ممکن است تحلیل شهید صدر (رحمت‌الله علیه) از بیان شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه) مورد مناقشه قرار گیرد، اما طبق بیانی که محقق آشتیانی (رحمت‌الله علیه) در مورد بیان شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه) دارد، بیان شیخ حاوی این نکته است که عقل استقلالی حکم می‌کند که مؤاخذه عبد توسط مولا بر مخالفت چیزی که بیان نکرده یا عبد مطلع نشده است، قبیح است (آشتیانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، صص. ۳۱۶-۳۱۵)

#### ۲-۱. محقق نایینی (رحمت‌الله علیه)

محقق نایینی (رحمت‌الله علیه) در دو دوره اصول خود تحلیل از چرایی قبح عقاب بلا بیان را ارائه می‌کند. او در *فوائد/اصول* می‌نویسد اگر عبد فحص و پرسش از مراد مولا داشت و بر مراد مولا دست نیافت، عقابش قبیح است؛ چه مولا مراد واقعی داشته باشد یا نداشته باشد؛ زیرا منظور از بیان در قاعده قبح عقاب بلا بیان، بیان واصل به عبد است نه بیان واقعی. محقق نایینی (رحمت‌الله علیه) در تحلیل این مدعا می‌نویسد که اراده نفس‌الامری نمی‌تواند محرک عضلات عبد باشد و این اراده صلاحیت داعویت ندارد و بیان واقعی زمانی که به عبد واصل نشده باشد، فاقد اثر است (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۳، صص. ۲۱۶-۲۱۵). بیان موجود در قاعده در دلیل لفظی نیامده است که این استفاده شود که مراد بیان واقعی است یا بیان واصل، بلکه به ملاک حکم عقل است و عقل اراده واقعی مولا را قاصر از تحریک عبد می‌داند. ایشان در همین *فوائد* در موضع دیگری می‌نویسد:

و أما العقل:

فحکمه بالبراءة مما لا یکاد یخفی، لاستقلاله بقبح العقاب بلا بیان واصل إلى المكلف بعد إعمال العبد ما تقتضیه وظیفته من الفحص عن حکم الشبهة و الیأس عن الظفر به فی مظان وجوده و لا یکفی فی صحة المؤاخذة و استحقاق العقوبة مجرد البیان الواقعی مع عدم وصوله إلى المكلف، فان وجود البیان الواقعی کعدمه غیر قابل لأن

یکون باعنا و محرکا لإرادة العبد ما لم یصل إلیه و یکون له وجود علمی (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۳۶۵).

همچنین، ایشان در *اجود/التقریرات* نیز قاعده قبح عقاب بلا بیان را به این شکل تقریر می‌کند که حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان بدین خاطر است که احکام واقعیه نمی‌تواند تحریک عبد داشته باشد و محرکیت بعد وصول معقول است. امکان ندارد انبعاث از وجود خارجی محقق شود، بلکه انبعاث از وجود علمی بعث است. چنان‌که اسد خارجی موجب تحرز نمی‌شود و فرار و تحرز بعد از احراز وجود (وجود علمی) صورت می‌پذیرد. همین‌طور حرمت مجعول از سوی شارع انزجار را در پی ندارد مگر بعد از آنکه به عبد واصل شود. از این رو حکم محتمل به خودی خود محرکیتی ندارد؛ زیرا احتمال وجود و احتمال عدم مساوی است (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص. ۱۸۶).

استدلال محقق نایینی (رحمت‌الله علیه) در این جمله خلاصه می‌شود که عقاب بر ترک تحرک در جایی که مقتضی تحریک وجود ندارد، قبیح است و این قضیه از جمله قضایای بدیهی است که قیاسش همراهش است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۷). این تحلیل بعداً در تحلیل نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) مورد نقد واقع می‌شود که تمام اختلاف میان صاحبان دو نظریه در همین جاست که در تکالیف منکشف بالاحتمال، آیا مقتضی تحریک وجود دارد یا خیر؟ قائلان به قبح عقاب بلا بیان معتقدند اگر تکلیف وجود علمی نیافت، مقتضی تحریک ندارد و در واقع محرکیت تکالیف را محدود به وجود علم و علمی می‌دانند. در صورتی که قائلان به مسلک حق الطاعة معتقدند که در مولای حقیقی تکالیف احتمالی هم صلاحیت تحریک را دارند. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) با تفکیک تحرک تکوینی و تشریحی معتقد است که قلمروی محرکیت تشریحی به حق الطاعة برمی‌گردد که محرکیت تابعی از حق الطاعة مولاست (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۷).

### ۳-۱. محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه)

ایشان با دو بیان به توضیح و تحلیل چرایی قاعده قبح عقاب بلا بیان می‌پردازد. در بیان نخست، ضمن ارجاع قاعده قبح عقاب بلا بیان به قاعده اصلی عقل علمی یعنی قبح ظلم و حسن عدل می‌نویسد بعد از فرض مولویت، اگر عبد با تکالیفی که حجت بر آن اقامه

شده است، مخالف کند، این خروج از زی عبودیت است و ظلم و قبیح خواهد بود و اگر مخالفت بر تکلیفی که حجت بر آن تمام نشده است، صورت پذیرد، این ظلم و خروج از عبودیت نیست. از این رو عقاب در چنین صورتی قبیح است (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۸۴) شهید صدر (رحمت الله علیه) معتقد است که این بیان مصادره است؛ زیرا منظور از اتمام حجت چیست؟ اگر منظور اتمام به وصول علمی باشد که محل نزاع همین است و باید تحلیل شود (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۸)

بیان دوم محقق اصفهانی (رحمت الله علیه) مبتنی بر نظریه ایشان در باب حقیقت حکم و تکلیف است. ایشان حکم را به دو قسم انشایی و حقیقی منقسم می‌کند. حکم انشایی حکمی است که با جعل و انشا بدون ایجاد داعی حاصل شده است و حکم حقیقی حکمی است که به داعی بحث و تحریک و به داعی جعل الداعی انشا شده و در حکم حقیقی بعث نهفته است. محقق اصفهانی (رحمت الله علیه) معتقد نیست که خطاب باعثیت و محرکیت داشته باشد مگر اینکه به عبد واصل شده باشد. بنابراین، بدون وصول، خطاب نمی‌تواند ایجاد داعی کند و روشن است که عقاب در این فرض قبیح خواهد بود (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۸۳). شهید صدر (رحمت الله علیه) معتقد است انشا در صورت وصول احتمال هم می‌تواند محرک باشد و داعی ایجاد کند و این وصول احتمال خطاب در مولای حقیقی ایجاد الداعی می‌کند که این همان ارتباط دایره تنجیز با حق الطاعه هست که به تفصیل خواهد آمد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۸).

ملاحظه شد که در هر سه تقریر قاعده قبح عقاب بلا بیان، طرف داران این نظریه معتقدند که وصول احتمالی نمی‌تواند بیان باشد؛ چه از منظر شیخ (رحمت الله علیه) که معتقد بود در صورت وصول احتمالی، عقلا عقاب و مؤاخذه را قبیح می‌دانند و چه در تحلیل محقق نایینی (رحمت الله علیه) که معتقد بود در وصول احتمالی مقتضی تحریک وجود ندارد و احتمال نمی‌تواند محرک باشد که اگر این مطلب پذیرفته شود، طبیعی است که عقاب بر عمد تحرک در جایی که مقتضی تحریک نیست، قبیح خواهد بود که این از گزاره‌های بدیهی قیاسات‌ها معها خواهد بود. در تحلیل محقق اصفهانی (رحمت الله علیه) نیز مشاهده شد که وصول احتمالی برای ایجاد داعی که حقیقت حکم است، کافی نیست. اصل مدعای تمام این اعظام بر این محور مترتب است که وصول علم و علمی است که می‌تواند محرکیت داشته باشد و عدم امتثال قبیح و ظلم بر مولاست و

استحقاق عقاب عبد را بر مولا به وجود می‌آورد.

نکته محوری این است که آیا وصول احتمالی بیان و حجت خواهد بود یا خیر؟ آیا تکلیف احتمالی نیز مانند انکشاف علم و علمی است یا خیر؟ نکته کلیدی فرمایش شهید صدر (رحمت‌الله علیه) نیز همین جاست که تنجیز با حق الطاعة مرتبط است و در مولای عرفی حق با مشهور است، اما در مولای حقیقی به بیانی که خواهد آمد، انکشاف احتمالی هم تنجیز خواهد داشت و وصول تابعی از مولویت خواهد بود.

## ۲. نظریه حق الطاعة

شهید صدر (رحمت‌الله علیه) ضمن نقد تقاریر مختلف قاعده قبح عقاب بلا بیان، معتقد است که اصولیان بحث مولویت مولا و مسئله حجیت را از هم جدا کرده‌اند. از سوی دیگر، مولویت را به‌عنوان یک کلی متواپی که تشکیک‌ناپذیر است و زیاده و نقصان نمی‌پذیرد، مطرح کرده‌اند که موضع آن هم علم کلام است و از میزان حجیت و منجزیت در اصول بحث کرده‌اند و آنگاه که از حجیت بحث کرده‌اند، حجیت قطع را ذاتی دانسته و حجیت ظنون را به آن ارجاع داده‌اند. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) معتقد است که خطای اساسی این تفکر، تفکیک بین مولویت و حجیت است و اساساً بحث از حجیت، بحث از حدود مولویت است. مولای حقیقی که به ملاک خالقیت و مالکیت مولویت یافته، از مولویت عرفی و جعلی قابل تفکیک است. در واقع، مولویت مقول به تشکیک است و هر میزان که مولویت آكد و اشد باشد، قلمرو حق طاعت توسعه می‌یابد. از این رو وصول تکالیف مولای حقیقی اگر به‌نحو احتمال هم باشد، تنجیز دارد. بیان کلیدی شهید صدر (رحمت‌الله علیه) این است:

و كلما كان الملاك آكد كان حق الطاعة أوسع، فقد يفرض بعض المراتب من منعمية المنعم لا يترتب عليه حق الطاعة إلا في بعض التكاليف المهمة لا في كلها و قد تكون المنعمية أوسع بنحو يترتب حق الطاعة في خصوص التكاليف المعلومة و قد تكون مولوية المولى أوسع دائرة من ذلك بان كانت منعميته بدرجة يترتب عليه حق الطاعة حتى في المشكوكات و المحتملات من التكاليف (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۲۴).

نظریه حق الطاعة مبتنی بر دو رکن رکن است که در نقد نظریه نیز باید به همین دو

نکته توجه شود. رکن نخست، مولویت مشکک است و بین مولای حقیقی که به ملاک منعمیت و خالقیت حق مولویت یافته است با بقیه موالی عرفی که مولویت مجعوله دارند، تفاوت به شدت و نقص وجود دارد. رکن دوم نظریه نیز این است که قلمرو حجیت تابعی از اشتداد مولویت است و هر میزان مولویت اشتداد یابد، قلمرو حجیت نیز توسعه می‌یابد؛ به‌گونه‌ای که حتی احتمالات و مشکوکات نیز ایجاد تنجیز می‌کنند. پس نقطه اساسی نظریه حق الطاعه همین ادعاست که انکشاف احتمالی هم در مولای حقیقی مثل انکشاف قطعی در باقی موالی تنجیز دارد و سخن از تنجیزآوری احتمال است و تمام نزاع ایشان با همه تقاریب نظریه قبح عقاب بلا بیان در همین موضوع است.

اینکه شیخ اعظم (رحمت‌الله علیه) مدعی شد عقلاً عقاب بر تکلیف غیرواصل به طریق علمی را قبیح می‌دانند یا محقق نایینی (رحمت‌الله علیه) که معتقد بود در وصول غیرعلمی مقتضی برای تحرک وجود ندارد یا محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) که بر این نظر بود که وصول غیرعلمی ایجاد داعی نمی‌کند و بعث‌آفرین نیست، همه در یک نکته محوری اشتراک دارند که سخنشان در حوزه موالی جعلی و عرفی است که مولویت شدید ندارند که در این حوزه سخن صحیحی نیز است، اما خطای اساسی این نظریه، تنظیم مولای حقیقی به مولای جعلی است. اگر بپذیریم استدلال مولویت توسعه در قلمرو حجیت ایجاد می‌کند - گرچه ما به این سخن نقد داریم - قطعاً باید پذیرفت در مولای تکوینی انکشاف احتمالی هم مقتضی برای تحریک دارد و توان ایجاد داعی را خواهد داشت.

تأکید بر این نظریه بدین خاطر است که در نقود بعدی که به شهید صدر (رحمت‌الله علیه) وارد شده است، از این نکته محوری غفلت و صورت مسئله به‌گونه‌ای دیگر تقریر شده است. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) مدعی است در شبهات غیرمقرون به علم اجمالی که منکشف به انکشاف احتمالی شده‌اند، در تکالیف مولای حقیقی تنجیزآور است و نباید آن را به موالی عرفیه تنظیم کرد.

قطعاً نقد نظریه ایشان در دو محور شایان فرض و تصور است. نخست اینکه، ادعای تشکیکی بودن مولویت ابطال و اثبات شود هیچ تفاوت مرتبه‌ای میان مولویت تکوینی و جعلی وجود ندارد و در محور دوم، با تسلّم، تشکیکی بودن مولویت اثبات



شود که اشتداد مولویت هیچ اثری بر دایره و قلمرو حجیت نخواهد داشت؛ چنان که ادعای ما نیز همین است و حجیت انکشاف احتمالی در مولویت تکوینی باطل است.

### ۳. نقد نظریه حق الطاعة

چنان که گذشت، نظریه حق الطاعة از مناظر مختلف با نقد مواجه شده است که البته قائلان به نظریه، پاسخ‌های متعددی نیز به این نقود داده‌اند که از حوصله این نوشتار خارج است. آنچه راقم این سطور را واداشت تا بار دیگر این نظریه را تحلیل و بررسی کند، بررسی ادعای ناسازگاری درونی نظریه حق الطاعة است که از سوی برخی به‌عنوان مهم‌ترین شبهه‌ای که می‌تواند بنیان نظریه را بر کند، مطرح شده است. ناقد نظریه در این باره می‌نویسد:

به گمان ما نظریه حق الطاعة به شکلی که شهید صدر تقریر کرده‌اند؛ قابل پذیرش نیست و حق با کسانی است که در شبهات بدوی قائل به قبح عقاب بلا بیان شده‌اند (لاریجانی، ۱۳۸۱، ص. ۱۲).

در موضع دیگری نیز ناقد می‌نویسد:

به نظر می‌رسد نظریه حق الطاعة از سه منظر قابل نقد است؛ هم از منظر وجدانی و شهودی، هم از منظر سازگاری درونی و هم از منظر لوازم بیرونی آن (لاریجانی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱).

آنچه این نوشتار به دنبال آن است، نقد دوم یعنی از منظر سازگاری درونی است. باقی نقود به‌خوبی قابل پاسخ‌اند. ناقد نظریه در نقد دوم می‌نویسد:

به گمان ما نظریه حق الطاعة از نوعی ناسازگاری درونی رنج می‌برد و این مشکل اساسی نظریه است. مقصود ما از ناسازگاری درونی، تناقض منطقی نیست، بلکه منجر شدن به نوعی تزاحم یا تنافی در مقتضیات احکام عقل عملی است و چون تنافی یا تزاحم در احکام عقل عملی بالفعل معقول نیست، معلوم می‌شود نظریه حق الطاعة به شکلی که در کلمات شهید صدر مطرح شده است، قابل تأیید و پذیرش نیست (لاریجانی، ۱۳۸۱، صص. ۱۵-۱۴).

### ۳-۱. بررسی اشکال ناقد نظریه

ناقد تحریر نظریه حق الطاعه را در فرض اباحه اقتضایی انجام می‌دهد و مدعی می‌شود حق طاعت و احترام مولا در هر دو بخش قابل تصور است. اشکال ما به این نظریه این است که نظریه اقتضا دارد در شبهات بدویه عقل، هم حکم به رعایت تکلیف واقعی داشته باشد که لازمه‌اش احتیاط است و هم حکم به رعایت اباحه واقعی داشته باشد که لازمه‌اش رها بودن و ترخیص است و چون این دو حکم عقل نمی‌تواند بالفعل موجود باشد و هیچ دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست، معلوم می‌شود اصل نظریه حق الطاعه صحیح نیست؛ چنان‌که روشن است نقد اصلی ناقد نظریه در محور اساسی و زمین اصلی نظریه حق الطاعه وارد نشده است. در واقع، اصل مدعای شهید صدر (رحمت‌الله علیه) که موجب ابداع و خلق نظریه حق الطاعه شده، مغفول واقع شده است؛ گرچه ایشان نوشته است بحث را برای سهولت در خصوص اباحه اقتضایی مطرح می‌کند. تمام اشکال منتقد این است که با این فرض از موضوع اصلی نظریه حق الطاعه دور افتاده و نتوانسته است اصل نظریه را تحلیل و نقد کند. پرسش این است اگر در فرض اباحه لاقضایی، نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) بررسی می‌شد، آیا با شبهه ناسازگاری مواجه می‌شد؟ تمام تأکید ناقد بر این نکته است که در اباحه اقتضایی، حق مولویت و احترام مولا چنان‌که در احکام الزامی باید رعایت شود، در احکام اباحه و ترخیص نیز هم باید ملحوظ شود و ادعا می‌شود هیچ ترجیحی بر تقدم جانب الزام بر جانب ترخیص ندارد. تحلیل سخن ناقد و روایی آن در چند بخش انجام می‌پذیرد.

نخست، آیا این اشکال به نظریه حق الطاعه از منظری است که شهید صدر (رحمت‌الله علیه) ارائه داده است یا در فرضی است که موضوعاً نظریه را منتفی می‌سازد؟ ما فرض می‌کنیم نظریه حق الطاعه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) را در حوزه اباحه لاقضایی که از قضا غالب اباحه‌ها واقعی‌اند، تحلیل کنیم، آیا اشکال ناقد وارد است یا خیر؟ در شبهات غیرمقرون به علم اجمالی که احتمال الزام اعم از تحریمی و جوبی است، منازعه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) و مشهور مطرح می‌شود که آیا انکشاف الزام به نحو احتمال تنجیز دارد یا خیر؟ بررسی این مسئله باید لو خلی و طبعه انجام پذیرد نه در این حالت که احتمال الزام با احتمال دیگری معارض یا مزاحم خواهد بود. نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) در اصل تنجیز الاحتمال لو خلی و طبعه

است و ناقد تنجیز را به خاطر تزاحم یا تعارض زیر سؤال می‌برد. این خطای اساسی نقد است و شاهد خطا نیز این نکته است که نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) دست‌کم در بخش اباحه لاقضایی با ناسازگاری به تعبیر ناقد مواجه نیست. ناقد وقتی می‌توانست نسبت ناسازگاری درونی به نظریه بدهد که در همه فروض نظریه با ناسازگاری مواجه باشد. از این رو در بخش نخست تحلیل، این نکته شایان طرح است که محور اصلی نظریه حق الطاعة تنجیز احتمالی تکالیف مولای حقیقی است و ناقد بر این نکته تأکید کرده است که احتمال الزام مزاحم با احتمال اباحه مواجه می‌شود؛ یعنی عدم تنجیز را به مانع نسبت داده است در صورتی که باید اثبات می‌شد که احتمال اقتضای تنجیز ندارد و فرقی بین مولای حقیقی و جعلی نیست. این نکته اصلی است که مغفول واقع شده و ناقد تا آخر نقد نیز به این نکته تفتن نیافته است.

در محور دوم باید گفت با فرض پذیرش مدعای ناقد که در حوزه اباحه لاقضایی این دو حکم عقلی گرفتار تزاحم شده است، آیا هیچ ترجیحی برای اطراف نیست و نمی‌توان ادعا کرد که برای مثال، مقتضای رعایت حق الطاعة و احترام مولای ترجیح جانب الزام بر ترخیص است؟ در بخش نخست چنان‌که گذشت، ادعای نظریه حق الطاعة این است که «کلما كانت المولیة آكد كان حق الطاعة أوسع». حال اگر ناقد می‌توانست اثبات کند که احتمال الزام در فرض شهید صدر (رحمت‌الله علیه) ادعا بر تنجیز شده است، همه‌جا و به‌نحو اطلاق با احتمال اباحه مواجه هست و هیچ دلیلی هم بر ترجیح تقدم احتمال الزام نیست، نقد می‌توانست وارد باشد. به بیان دیگر، در صورتی نقد وارد بود که ثابت شود احتمال الزام به‌نحو سالبه کلیه از احتمال اباحه لاقضایی جدا نمی‌شود و هیچ احتمال الزامی نمی‌تواند بدون احتمال اباحه مطرح شود. در صورتی که اگر ثابت شود اباحه لاقضایی هم هست که در آن صورت حق احترام مولای و حق الطاعة تنها منحصر به رعایت احتمال الزام بدون معارض است، نظریه حق الطاعة ناسازگاری درونی نخواهد داشت. از این رو ضمن توضیح ماهیت اباحه به‌نحو اختصار، طرح این مطلب که از قضا اباحه لاقضایی غالب اباحه‌های شرعی را تشکیل می‌دهد، اثبات می‌شود که ناقد با یک فرض حداقلی صورت مسئله را تغییر داده و در واقع مسئله خودساخته را نقد کرده است نه اینکه نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) را نقد کرده باشد و با این

فرض خودساخته از حقیقت مدعای شهید صدر (رحمت‌الله علیه) در مقابل نظریه مشهور غفلت کرده است. اصل منازعه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) و مشهور در تنجیز وصول احتمالی در مولای حقیقی است که مشهور ادعای عدم اقتضای تحریک و تنجیز را از باب قیاس به موالی عرفی داشته و منازعه در اقتضای تحریک و عدم تحریک احتمال است نه اینکه مانع و مزاحم مطرح شود.

#### ۴. تحلیل حقیقت اباحه

اصولیان در تقسیم‌بندی‌ای معمولاً اباحه به معنی اخص را در مقابل اباحه به معنی اعم قرار می‌دهند. اباحه به معنی اعم مقابل الزام است و شامل مستحب، مکروه و مباح می‌شود، اما اباحه به معنی اخص قسیم احکام اربعه است. اباحه به معنی اخص خود به دو قسم اباحه اقتضایی و اباحه لااقتضایی تقسیم می‌شود. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) می‌نویسد ترخیص بر دو قسم است. گاه ترخیص ناشی از عدم مقتضی در ناحیه الزام است و گاه ناشی از مقتضی در اباحه و اطلاق العنان بودن عبد است. به این معنی که مصلحت در این است که عبد از سوی مولا مطلق العنان باشد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۲۰۴). پس از این مطلب ایشان این پرسش را مطرح می‌کند که آیا در اباحه اقتضایی معقول است که بین آن و مقتضی الزام تراحم واقع شود؟ پاسخ شهید صدر (رحمت‌الله علیه) به این پرسش مثبت و معقول است که تراحم ملاکی و تراحم حفظی میان مقتضی الزام و اباحه تصور شود، اما تراحم امتثالی معقول نیست؛ زیرا ترخیص امتثال ندارد تا بین آن و الزام تراحم واقع شود (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۲۰۴). ماهیت اباحه اقتضایی، اقتضا می‌کند که جعل قابل تصور باشد. از این رو در مجعول بودن اباحه اقتضایی بحثی نیست، اما اباحه لااقتضایی بدین معنی که فعل و ترک فاقد مصلحت و مفسده باشد، میان اصولیان بحث شده است که آیا می‌تواند مجعول شارع قرار گیرد یا خیر؟ برخی از جمله محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) معتقدند که اباحه لااقتضایی نمی‌تواند مجعول قرار گیرد. عبارت ایشان به این قرار است:

و أما الإباحة و الترخيص، فمجمل القول فيها: ان المباح و إن كان لا اقتضاء، لعدم المصلحة و المفسدة فيه مطلقاً، إلا ان عدم المقتضى لازمه عدم الأحكام الأربعة لا ثبوت حكم خامس، فالإباحة عن مصلحة في نفسها، إذ كما ان الحكمة الإلهية

تقتضی ایصال المصلحة بالبعث و الصد عن الوقوع فی المفسدة بالزجر، كذلك تقتضی إرخاء العنان و الترخیص لئلا يكون العبد فی الضیق صدورا و ورودا، حیث ان رسم العبودیة و زى الرقیة یقتضی صدور العبد و وروده عن رأى مولاہ (اصفهانى، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۴۵).

در مقابل این دیدگاه عده‌ای از جمله شیخ حسین حلی (رحمت‌الله علیه) معتقدند که اباحه لاقتضایی نیز می‌تواند مجعول شارع باشد. عبارت ایشان نیز به این قرار است:  
 الثانية: أن الاباحة التي هي أحد الأحكام الخمسة هي في قبال كل واحد منها فتكون حكما ثبوتيا، و هو عبارة عن تساوى الطرفين، سواء قلنا بأنها اقتضائية أو قلنا بأنها غير اقتضائية، بمعنى أن الحكم بتساوى الطرفين هل هو ناش عن مقتض يقتضی ذلك التساوى، أو أنه ناش عن عدم ما يقتضی ترجیح أحد الطرفين على الآخر و على كل حال، فليست هي إلا عبارة عن الحكم بتساوى الطرفين، فليست هي أمرا عدما لتكون عبارة عن عدم كل واحد من الأحكام الأربعة الباقية، فليست الاباحة عبارة عن عدم الحرمة مثلا، بل هي حكم ثبوتی مضاد للأحكام الباقية، كما أن كل واحد من تلك الأحكام مضاد لكل واحد من باقیها (حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۱۰، ص. ۶۱).

اگر ما حق الطاعة را به احکام مولا محدود کردیم، قطعاً اینکه اباحه لاقتضایی حکم باشد یا نباشد، در محل بحث اثر خواهد داشت؛ زیرا در صورت عدم امکان مجعولیت اباحه لاقتضایی طبق نظر امثال محقق اصفهانى (رحمت‌الله علیه) ما در احتمال الزام و احتمال اباحه لاقتضایی، اصولاً احتمال مزاحمت احتمال الزام با حکم محتمل دیگری نمی‌دهیم؛ زیرا در این صورت لاقتضا مجعول شرعی نیست، اما اگر حتی آن را مجعول شرعی بدانیم؛ چنان‌که امثال شیخ حسین حلی (رحمت‌الله علیه) قائل هستند یا دایره تراحم حق الطاعة را محدود به احکام ندانیم و قائل باشیم روح حق الطاعة به رعایت و اهتمام به اغراض مولا برمی‌گردد ولو حکمی نباشد، باید گفته شود در موارد احتمال الزام مولا، احتمال اباحه هم می‌دهیم و اباحه لاقتضایی هم می‌تواند مجعول باشد و همان نکته سابق مطرح می‌شود که در این فرض اصلاً شبهه ناسازگاری وارد نیست؛ زیرا الزام مولا که انکشاف احتمالی یافته است، قطعاً از سوی اباحه لاقتضایی مورد

مزاحمت واقع نمی‌شود؛ زیرا اباحه در این صورت ولو بتواند متعلق جعل شارع قرار گیرد، واجد ملاک و متعلق غرض مولا واقع نشده است و قطعاً در این صورت نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) با ناسازگاری درونی مواجه نخواهد شد.

بسیاری از اصولیان وقتی ماهیت اباحه و اقسام آن را تحلیل کرده‌اند، به این نکته تصریح کرده‌اند که غالب اباحه‌های شرعی از نوع لاقضایی هستند. محقق مشکینی (رحمت‌الله علیه) در همین رابطه می‌نویسد:

اعلم أن الإباحة على قسمين:

الأول: أن تكون ناشئة عن عدم مصلحة أو مفسدة ملزمتين أو غير ملزمتين، لأنه إذا كان أحد الأولين يكون المورد واجبا أو حراما، و إذا كان أحد الأخيرين يكون مندوبا أو مكروها.

الثاني: أن تكون ناشئة عن مصلحة في نفس الإباحة و لكن الأول هو الغالب في الإباحات الواقعية و لذا يتغير غالب الإباحات الواقعية إذا وقعت في حيز الشروط، أو غيرها من العناوين الثانوية التي تكون أدلتها حاکمة على أدلة العناوين الأولية، و الثاني هو الغالب في الإباحات الظاهرية، بل الظاهر عدم [وجود] إباحة ظاهرية عن لاقضاء (مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص. ۱۷۴-۱۷۳)

غالب اباحه‌های شرعی از نوع خلو از مصلحت و مفسده یعنی لاقضایی هستند. براین اساس به لحاظ ارض واقع هم نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) در صورت فرض غالب با اشکال مواجه نخواهد شد؛ گرچه در صورت نادر هم اگر فرض می‌شد که اباحه لاقضایی داریم نیز نظریه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) از اشکال ناقد بری بود. افزون بر مطلب گذشته مبنی بر عدم ورود اشکال به نظریه حقوق الطاعه در فرض احتمال اباحه لاقضایی و اکثری بودن اباحه لاقضایی می‌توان اشکالات دیگری را حتی بر فرض تصور اباحه لاقضایی مطرح کرد که برخی از این اشکالات در کلمات دیگران آمده است که تکرار آن وجهی ندارد از جمله اینکه تغییر اباحه لاقضایی به گونه‌ای که در کلام ناقد مطرح شده، با ابهام مواجه است. آیا حلیت و اباحه لاقضایی به زعم ناقد این است که ارخای عنان مطلوب شارع به گونه‌ای است که اگر عبد بخواهد احتیاط کند مستلزم هتک مولا شود؟ به نظر می‌رسد تحلیل ماهیت اباحه حتی در

صورت اقتضایی بودن، نیاز به بحث جدیدی داشته باشد که تحلیل ناقد در این خصوص با اشکال مواجه است و در صورت اثبات این نکته که در اباحه اقتضایی هم اثبات مسئولیت نیست، بلکه نفی مسئولیت ماهیت اباحه اقتضایی است، باز هم نقد ناقد نظریه حق الطاعة وارد نخواهد بود (حائری، ۱۴۲۳ق، ص. ۴۲۳). این نکته بسیار حائز اهمیت است که خطا در تغییر ماهیت اباحه اقتضایی باعث نقد شده است، اما اجمالاً به همین اندازه در این نوشتار کفایت می‌شود، زیرا منازعه مبنایی خواهد شد.

اشکال دیگری که بر نقد وارد است، این است که با فرض تسلیم اینکه در اباحه اقتضایی القای شیء بر عاتق مکلف می‌شود و حق الطاعة مولا قابل تصور است، ادعا کرده که جهت اباحه اقتضایی با جهت الزام مزاحمت کرده است و ولو خلئی و طبعه دلیلی بر تقدم جهتی بر جهت دیگر نیست. ناقد در این زمینه می‌نویسد:

اشکال ما به نظریه حق الطاعة این است که این نظریه اقتضا دارد در شبهات بدویه عقل، هم حکم به رعایت تکلیف واقعی داشته باشد که لازمه‌اش احتیاط است و هم حکم به رعایت اباحه واقعی که لازمه‌اش رها بودن و ترخیص است و چون این دو حکم عقل نمی‌تواند بالفعل موجود باشد و هیچ دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست، معلوم می‌شود اصل نظریه حق الطاعة صحیح نیست (لاریجانی، ۱۳۸۱، ص. ۱۵).

در این کلام، ابطال نظریه حق الطاعة مبتنی بر دو محور است. محور نخست اینکه، ماهیت اباحه واقعی، جعل ترخیص و وضع شیء بر عاتق مکلف است که با دو اشکال مواجه شد. اشکال نخست اینکه، خود این ادعا قابل نقد است به اینکه ماهیت اباحه واقعی، رفع مسئولیت است که این پاسخ کبروی و مبنایی تر است. اشکال دوم که به نظر می‌رسد به کلی از دید ناقد مغفول مانده، فرض تصور نظریه حق الطاعة در حوزه اباحه لاقضایی است که کاملاً موجه و سلیم از این نقد خواهد بود و نقد ناقد آنگاه نظریه حق الطاعة را باطل می‌سازد که همه اباحه‌ها، اقتضایی باشد که ثبوتاً و اثباتاً حرف باطلی است.

محور دوم که نقد نظریه حق الطاعة مبتنی بر آن است، این است که در فرض اباحه اقتضایی دو حکم عقل نمی‌تواند بالفعل موجود باشد و هیچ دلیلی بر ترجیح یکی

(الزامی) بر دیگری (اباحه) نیست. ناقد این ادعا را در جایی دیگر با کلمات شهید صدر (رحمت‌الله علیه) مدلل می‌سازد که شهید صدر (رحمت‌الله علیه) معتقد است ملاک اباحه می‌تواند مزاحم ملاک الزام شود و ای بسا در مواردی بر آن مقدم شود. ناقد در یکی از جلسات خارج اصولش می‌گوید:

بحث مهم دیگر اباحه لاقضایی است. در بحث حق الطاعة، کاری با اباحه لاقضایی نداشتیم و اباحه اقتضایی را لازم داشتیم که بتواند با وجوب و حرمت مقابله کند (جلسه خارج اصول، ۱۳۹۸/۱۱/۲۰).

تحلیل عرصه توان مزاحمت ملاک اباحه با ملاک الزام و تطبیق آن با ما نحن فیه مهم است. آیا ملاک اباحه و ترخیص در مقام تزاحم حفظی مطرح است یا در مقام تزاحم امتثالی؟ اینکه ناقد ادعا کرده است هیچ دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست، در مقام حفظ ملاکات پذیرفته است، اما در مقام امتثال قطعاً ترجیح رعایت حق الطاعة در ناحیه الزام است. اباحه قطعاً توان مزاحمت با الزام را در مقام امتثال نخواهد داشت. کلام شهید صدر (رحمت‌الله علیه) که مورد استشهاد قرار گرفته، ناظر به ملاک است که در تزاحم حفظی ای بسا شارع مصلحت ترخیص برایش اهم از مصلحت الزام باشد. از این رو برای حفظ مصلحت اهم یعنی ترخیص، به جعل احکام ظاهریه ترخیصی دست می‌زند (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۱۷۰). شهید صدر (رحمت‌الله علیه) معتقد است تزاحم بین ملاکات واقعی ترخیصی و الزامی در مقام تزاحم حفظی است نه در مقام امتثال. ایشان با تقسیم ترخیص به دو قسم اقتضایی و لاقضایی این پرسش را مطرح می‌کند که تزاحم بین اباحه اقتضایی و الزام در کدام حوزه قابل تصور است؟ عبارت ایشان این است:

المقدمة الثالثة: ان الترخيص على قسمين فتارة يكون ناشئاً من عدم مقتضى في الإلزام و أخرى يكون ناشئاً من مقتضى في الإباحة و إطلاق العنان، بمعنى ان هناك مصلحة في أن يكون العبد مطلق العنان من قبل مولاه و إن كان كل من الفعل و الترك خاليا عن مصلحة و حينئذ يقع السؤال عن هذا الأخير و انه هل يعقل التزاحم بينه و بين مقتضى الإلزام و بأى قسم من اقسامه؟

و الجواب: انه يعقل التزاحم الملاكى و الحفظى بينه و بين مقتضى الإلزام دون التزاحم



الامتتالی إذ لا امتتال للترخیص لیقع التزامه بینه و بین الإلزام.

و علی ضوء هذه المقدمات الثلاث نستخلص النتيجة المرجوة فی المقام فنقول انه تارة یكون الحكم الظاهری إلزامیاً و الواقعی ترخیصیاً كما لو أوجب المولی الاحتیاط فی قسم من الشبهات بأی لسان كان و أخرى یفرض العکس و فی کلیمهما لا محذور (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۲۰۴).

این عبارت شهید صدر (رحمت الله علیه) نشان می دهد که ایشان توجه به دو قسم اباحه داشته و در اباحه اقتضایی نیز پاسخی برای نظریه حق الطاعة داشته است که امتثال برای ترخیص تصور نمی شود. حتی با فرض مناقشه در پاسخ نمی توان مانند ناقد ادعا کرد که به کلی از نگاه شهید صدر (رحمت الله علیه) مغفول بوده، بلکه ظاهراً ناقد در کلمات شهید صدر (رحمت الله علیه) تتبع کافی نداشته است و نسبت غفلت به ایشان می دهد. در هر حال، فرض مزاحمت ملاک ترخیص با ملاک الزام در مقام تراحم حفظی پذیرفتنی است، اما آیا ما نحن فیه مصداقی از این فرض است؟ ما در جایی که احتمال تکلیف الزامی و احتمال اباحه اقتضایی می دهیم، آیا در مقام تراحم حفظی هستیم یا در مقام تراحم امتتالی؟ قطعاً در مقام تراحم امتتالی هستیم. عبد در مقام امتثال مواجه با دو بعث احتمالی است؛ بعث احتمالی و بعث ترخیصی که البته با درجه کاشفیت احتمال، این دو بعث متوجه عبد شده است. اینکه انکشاف احتمالی در اینجا مطرح است، مانند صدور انکشاف ظنی با انکشاف قطعی است. چگونه اگر انکشاف ظنی الزام و ترخیص بود، مقام امتثال بود، ما نحن فیه نیز مصداقی از مصادیق تراحم امتتالی خواهد بود. از این رو اینکه ادعا شود در صورت تراحم ملاک الزامی و ملاک ترخیصی، هیچ وجهی برای ترجیح یکی بر دیگری نیست، کاملاً نادرست است. در حوزه امتثال نه تنها هیچ گاه ملاک ترخیص نمی تواند مزاحم ملاک الزام شود، بلکه حتی ملاک استحباب و کراهت (غیرالزامی) نیز هیچ گاه مزاحم ملاک الزامی (وجوب و حرمت) نمی شود. آیا می شود گفت در صورت تراحم کراهت و حرمت یا استحباب و وجوب یا حتی استحباب و حرمت، وجهی برای ترجیح جهت الزامی وجود ندارد و همان گونه که مولا در حرمت و وجوب، احترام و مولویت دارد، در استحباب و کراهت نیز مولویت دارد و وجهی برای ترجیح یکی بر دیگری نیست؟ نکته اساسی مسئله در این است که در تراحم

تکافؤ باید باشد و ملاک ترخیص قدرت مکافئه با ملاک الزامی ندارد که مولویت ایجاد کند. به تعبیر دیگر، در صورت تراحم اصلاً برای مولا در ناحیه ملاکات ترخیصی حق مولویت و اطاعت ایجاد نمی‌شود که گفته شود دو حق الطاعه با یکدیگر مزاحمت کرده‌اند.

فقه‌های عظام در خصوص تراحم جهات احکام به تفصیل بحث کرده‌اند از جمله شیخ اعظم (رحمت‌الله علیه) در بحث از غنا در مکاسب متعرض این نکته شده است و می‌نویسد:

و الحاصل أن جهات الأحكام الثلاثة أعني الإباحة و الاستحباب و الكراهة لا تراحم جهة الوجوب أو الحرمة فالحكم لهما مع اجتماع جهتهما مع إحدى الجهات الثلاث (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۱۵۴).

و به طریق اولی، ملاک ترخیص قدرت مزاحمت با ملاک الزام را نخواهد داشت. محقق ایروانی (رحمت‌الله علیه) نیز در حاشیه خویش بر مکاسب به خوبی مقاومت ترخیص و الزام را در دو حوزه حکم و مقتضی تحلیل می‌کند و می‌نویسد:

قوله قدس سره و فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم تارة يدعى أن أدلة الأحكام الترخيصة لا تقاوم في مقام الإثبات أدلة الأحكام الاقتضائية بمعنى أنها طراً مهملة في جنبها خالية عن الاقتضاء في جانبها يعني لا يشمل إطلاقها موردا قام فيه دليل على حكم اقتضائي أو أنها منصرفة عن هذا المورد و هذه الدعوى إثباتها على وجه العموم في غاية الإشكال و من سبر أدلة الأحكام الترخيصة و استوعب النظر فيها فرآها كلها مهملات أو منصرفات مع أن اتفاقها على الإهمال في غاية البعد و أخرى يدعى أن مقتضيات الأحكام الترخيصة في مقام ثبوتها و تأثيرها لا تراحم مقتضيات الأحكام و الإلزامية و كيف تراحم ما لا يقتضى الإلزام لضعفه ما يقتضى الإلزام بل الاقتضاء و التأثير الفعلي دائما يكون مع ما يقتضى الإلزام لقوته و الحكم في مادة التراحم دائما يكون مطابق أقوى الحكمين مناطا و أقواهما مناطا هو الحكم الإلزامي و يدفعه أن اللازم هو الموازنة بين المنطيين من أي المنطيين كانا فربما ينحط المنط الإلزامي عن مرتبته و يعود غير مؤثر في حكم الإلزامي بعد أن كان مؤثرا في حكم

إلزامیّ فإن مناط الاستحباب فی جانب الخلاف یدهب بمقدار من مناط الإلزام فلا یبقى ما یقتضی الإلزام و كان المقدار السالم من مزاحمة مناط التحريم مقدارا لا یقتضی إلا الكراهة نعم إذا كان المنطان مجتمعین فی جانب واحد کمناط الإیجاب و الاستحباب لم تكن مزاحمة فی تأثیرهما بل كان المؤثر هو مناط الحكم الإلزامیّ و غیره إما مؤکد له أو لا اقتضاء فی جنبه فإن مناط الاستحباب لا یقتضی الإلزام و مناط الإیجاب یقتضیه و ما لا یقتضی لا یزاحم ما یقتضی (ایروانی، ۱۳۷۹ق، ج ۱، صص. ۳۲-۳۱).

نکته مهم مغفول همین است که اقوی مناطاً موجب تقدم می شود دائماً و اگر هم حتی در مقام تزاحم حفظی، مصحلت ترخیص در برخی صور بر مصلحت الزام مقدم شود، به خاطر همین اقوی مناطاً است که مناط ترخیص در مقام حفظ اقتضای جعل حکم اباحه به نحو ترخیص می کند، اما در مقام امتثال به هیچ وجه و به طور مطلق، مناط ترخیص قدرت مزاحمت ندارد.

از این رو این ادعا که در رعایت تکلیف الزامی و تکلیف ترخیصی، هیچ دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست، ادعایی نادرست است و با فرض تسلیم ادعای نخست و چشم پوشی از اشکالات آن که صورت مسئله در فرض اباحه اقتضایی طراحی کرده بود، محور دوم که ادعا شده بود دلیلی بر ترجیح نیست نیز با اشکال جدی مواجه شد که ملاک ترخیص در مقام امتثال صلاحیت مزاحمت با ملاک الزام را ندارد. نکته شهید صدر (رحمت الله علیه) مبنی بر صلاحیت مزاحمت، ناظر به حوزه تزاحم حفظی است نه حوزه تزاحم امتثالی و البته شواهدی نیز حتی از سوی مخالفان حق الطاعة بر عدم صلاحیت مزاحمت ملاک ترخیص در مقام امتثال می توان اقامه کرد از جمله در موارد علم اجمالی که حکم الزامی و حکم ترخیصی ولو اقتضایی است، مشهور هم قائل به لزوم مراعات حکم الزامی و ترجیح ملاک الزام شده اند و این نیست مگر به همین دلیل که ملاک ترخیص توان مقاومت با ملاک الزام را ندارد یا اینکه مشهور در تقدم حکم الزامی به نحو وجوب احتیاط تشکیک کرده اند، اما در تقدیم آن به نحو حسن احتیاط کسی تشکیک نکرده و احدی ادعای حسن احتیاط را در ملاک ترخیصی نداشته است.

### نتیجه‌گیری

از مباحث گذشته روشن شد اصل ادعا در نظریه حق‌الطاعه شهید صدر (رحمت‌الله علیه) متمرکز بر این نکته است که اگر مولویت مولا اشتداد داشته باشد، دایره تنجیز و تحریک نیز توسعه است و در این صورت احتمال نیز منجز خواهد بود. در تلازم میان آکدیت مولویت و توسعه قلمرو، تنجیز و حجیت برقرار است. اگر بناست نظریه ابطال شود، باید این ادعای محوری نقد شود نه اینکه فرض نادری را که احتمال الزام مزاحم با احتمال اباحه و ترخیص شود، مطرح کرد و اصولاً در زمینه دیگری که مورد نظریه نیست، نظریه را به نقد کشید؛ گرچه در همان صورت هم نقد وارد نیست. از این رو تأکید این نوشتار این است که نقد ناقد در خصوص ناسازگاری درونی نظریه حق‌الطاعه به هیچ وجه وارد نیست و از غفلت عظیمی رنج می‌برد. اگر تلازم بین آکدیت مولویت با توسعه قلمرو تنجیز حتی در بخش اباحه لاقتضایی تمام باشد و از سازگاری درونی برخوردار باشد که همین‌گونه نیز هست، نظریه حق‌الطاعه از این ناحیه با اشکالی مواجه نخواهد بود و نقد ناقد متعرض ادعای اصلی نظریه حق‌الطاعه نشده است. افزون‌بر این، با تسلیم اشکال مزاحمت در احکام عقلی، وجوه متعددی بر تقدیم جانب الزام بر جانب ترخیص وجود دارد که برخی از آن‌ها در کلمات اعلام آمده است و به یک وجه جدید در این نوشتار پرداخته شد.

### کتابنامه

- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۹ق). *بحر الفوائد فی شرح الفرائد* (طبع جدید) (جلد ۴). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.
- Ashtiani, Mohammad Hasan bin Jaafar (1429 AH). *Bahr al-Fayed in Sharh al-Fareed* (new version) (Volume 4). 1st edition, Beirut: Al-Tarikh Al-Arabi Institute
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۶ق). *بحوث فی الاصول* (جلد ۱). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
- Esfahani, Mohammad Hossein (1416 AH). *Researches in the Principles*, Oom: Islamic Publications Office (affiliated with the Qom Seminary Teachers Society), second edition.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹ق). *نهایة الدراية فی شرح الکفایة* (جلد ۴). چاپ ۲، بیروت: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.

Esfahani, Muhammad Hossein (1429 A.H.). End of al-Darava fi Sharh al-Iqia, Beirut: Al-Bayt Foundation, peace be upon them, for heritage, second edition.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق). المکاسب (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دارالذخائر.

Ansari, Morteza bin Mohammad Amin (1411 AH), al-Makasab, Qom: Dar al-Zakhaer, first edition.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (جلد ۲). چاپ ۷، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

Ansari, Morteza bin Muhammad Amin (1428 AH), Faraed al-Usul, Qom: Majmael al-Fakr al-Islami, 7th edition.

ایروانی، علی (۱۳۷۹ق). حاشیه المکاسب (ایروانی) (جلد ۱). چاپ ۲، قم: کتبی نجفی.

Irwani, Ali (1379 AH), Hashiyat al-Makasab (Irwani), Qom: Kattabi Najafi, second edition

حائری، سید علی اکبر (۱۴۲۳ق). ملاحظ بر دروس فی علم الاصول؛ الحلقة الثالثة. چاپ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

Haeri, Seyyed Ali Akbar (1423 A.H.), addendum to lessons in the science of fundamentals; The third episode (Magmam al-Fekr edition), Qom: Majmam al-Fekr al-Islami, first edition

حلی، حسین (۱۴۳۲ق). اصول الفقه (جلد ۱۰). چاپ ۱، قم: مکتبه الفقه والاصول المختصه.

Helli, Hossein (1432 AH), Asul al-Fiqh, Qom: Maktafa al-Fiqh wa al-Asul al-Mukhtasa, first edition.

صدر، سید محمد باقر (۱۴۰۸ق). مباحث الاصول (سید کاظم حائری، تقریر) (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

Sadr, Seyyed Mohammad Baqer (1408 AH), Discussions of Usul, edited by Seyyed Kazem Haeri, Qom: Markaz Al-Nashar Press - Islamic Education School, first edition

صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (سید محمود هاشمی شاهرودی، تقریر) (جلدهای ۴ و ۵). چاپ ۲، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

Sadr, Seyyed Mohammad Baqir (1417 AH), Researches in the Science of Usul, edited by Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi, Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopaedia on the Religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them, second edition.

لاریجانی، صادق (۱۳۸۱)، «نظریه حق الطاعة». پژوهش های اصولی، شماره ۱.

Larijani, Sadegh (1381), "Theory of Righteousness", Esuli Researches, No. 1

مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق). کفایة الاصول (حواشی المحقق مشکینی علی الکفایة) (جلد ۳). چاپ ۱، قم: لقمان.



Mishkini Ardabili, Abul Hasan (1413 AH), Kefaya al-Osul (with Mishkini's margins), Qom: Luqman, first edition

نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۵۲). *أجودالتقریرات* (سید ابوالقاسم خویی، تقریر) (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مطبعة العرفان.

Naini, Mirza Mohammad Hossein (1352), Ajood al-Taqarirat, Edited by Seyyed Abulqasem Khoei, Qom: Al-Irfan Press, first edition

نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول* (محمد علی کاظمی خراسانی، تقریر) (جلد ۳). چاپ ۱، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Naini, Mirza Mohammad Hossein (1376), Fawad al-Usul, translated by: Mohammad Ali Kazemi Khorasani, Qom: Qom Seminary Teachers Society, first edition

وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۵ق). *الفوائد الحائریة*. چاپ ۱، قم: مجمع الفكر الاسلامی.

Waheed Behbahani, Muhammad Baqir bin Muhammad Akmal (1415 AH), al-Fawad al-Ha'ariyyah, Qom: Majmael al-Fekr al-Islami, first edition.

## برون‌رفت از اجمال‌های قانونی در شناسایی مفهوم حقیقی حق از اباحه و اختیار

حسین جاور\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۸

محدثه اصولی یامچی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

در ساحت تشخیص حق از حکم، شناسایی «حق» از مفاهیمی مانند «اباحه» و «اختیار»، به دلیل دشواری های ناشی از اختلاط این دو و بروز اجمال و ابهام در فهم عبارت‌ها، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است (ضرورت پژوهش). یکی از مغالطه‌های رایج در ادبیات حق و حکم، مغالطه مبتنی بر اشتراک لفظ و استعمال مجازی حق است که به دلیل استفاده قانون‌گذار از «واژه‌های اعم» یا بیان گزاره‌های مبتنی بر اختیار (توانایی) اشخاص، رخ داده است (مجاز عقلی). وجود اوصافی مانند جواز، اختیار، ترخیص و امتیاز در هر دو مورد باعث شده است برخی از موارد مانند اختیار بر طلاق، رجوع در طلاق یا رجوع به فدیة، حضانت و مانند آن به‌رغم ارتباط با مصالح مهم و اغماض‌ناپذیر در تنظیم و تنسيق ازدواج یا طلاق، در نظر برخی اسقاط‌پذیر باشد. بنابراین، لازم است برای برطرف کردن اجمال قانونی و مصونیت از افتادن در دام مغالطه اشتراک لفظ، مرزهای مفهومی و شبهات مصداقی با شیوه‌های مناسب مشخص شود (مسئله پژوهش). با تکیه بر درجه‌بندی هسته اختیار و استقرا در معیارهای فقیهان (روش پژوهش)، معلوم می‌شود که می‌توان با تکیه بر ماهیت اضافه اعتباری حق و توجه به تفاوت در «حد اختیار» و «درجه سلطه اشخاص»، تفاوت در «حد تحدید» و احراز «سلطه بر سلطه» یا «اختیار بر اختیار» که ویژه حق اصطلاحی است، به تشخیص درست دست یافت. در مفهوم حقیقی حق، اسقاط‌پذیری فارق قطعی با مفاهیم مشابه است و با توجه به عواملی مانند حق‌الناس بودن، وجود من‌علیه‌الحق، وجود مقتضی (سبب)، وجود قصد اسقاط و ابراز آن، اقتضای تحدیدپذیری، تعهدپذیری، مطالبه‌پذیری و تجزیه‌پذیری و بررسی دقیق‌تر، می‌توان از اجمال قانونی یا مغالطه یادشده عبور و ابعاد مفهومی و مصداقی حق و اباحه را روشن کرد (دستاوردهای پژوهش).

### واژگان کلیدی

اشتراک لفظی، اجمال قانون، حق، اباحه، اختیار، اختیار دو درجه‌ای، حد تحدید.

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

hjavavar@ut.ac.ir

\*\* دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

m.osuli14@yahoo.com

## مقدمه

در سیستم‌های حقوقی مبتنی بر «حقوق نوشته»، تلاش می‌شود حقوق در وهله نخست به حالت نوشته درآید و در قالب قانون، تظاهر وجودی پیدا کند. قانون‌گذار متأثر از الگوهای نظری مسلط و ارزش‌ها و هنجارهای کلان حاکم بر جامعه و با صورت‌بندی مناسب، به وضع قانون اقدام می‌کند. اعمال این مهم، از رهگذر واژگان و عباراتی صورت می‌پذیرد که باید بر اساس موازین فنی، تخصصی، ادبی و حقوقی تنظیم شود (تنگستانی، ۱۳۹۹، صص. ۲۱-۱) و البته با رعایت موازین شکلی در خصوص چگونگی به‌کارگیری الفاظ و عبارات و جنبه‌های ذوقی همراه باشد. تنظیم فنی و مناسب متون قانونی به افزایش کارآمدی قانون و کاهش اختلاف‌های تفسیری و سازگاری مجموعه قوانین، مقررات و اجزای مختلف متن قانون منجر می‌شود؛ به‌گونه‌ای که همه آن‌ها روی هم، یک «کل منسجم» را شکل می‌دهند.

درعین‌حال، به دلیل بی‌توجهی در چگونگی استخدام واژگان توسط قانون‌گذار عرفی و گسست ظاهری متن قانون از مبانی و منابع تاریخی آن، ممکن است متن تنظیم‌شده با ابهام، اجمال و گاه مجاز ناشی از استعمال واژه‌های اعم و اشتراک الفاظ مواجه شود. رخداد این اجمال به‌ویژه در میان برخی شیوه‌های تفسیری نمود بیشتری خواهد داشت. فنون گسترده‌ای برای تفسیر متون حقوقی ارائه شده است. در دستگاه دلالت زبان و دانش معناشناسی، شیوه‌هایی مانند لغت‌شناسی، بافت زبانی قانون، زبان‌شناسی، نقد ادبی، منطق و معانی بیان (و توجه به شکل‌های مختلف مجاز و استعاره) تا شیوه‌هایی مانند پدیدارشناسی و توجه به ابعاد تاریخی تقنین مطرح شده است. در این میان، در پژوهش‌های بومی حقوق ایران که بر جنبه‌های فقهی نیز تأکید دارند، شیوه‌های تفسیری مقید به متن مانند تفسیر ادبی، قصدگرایی و کشف مقصود قانون‌گذار، وزن مهمی دارد. از این‌رو، ابهام‌زدایی از پاره‌ای استعمال‌های قانون‌گذار از اهمیت بالایی برخوردار است (دهقان و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۲۲۵؛ پروین و مبصری، ۱۳۹۶، صص. ۴۱۰-۳۷۷). از جمله بایسته‌های قانون‌گذاری در این نوع سیستم‌های حقوقی نوشته، این است که تا حد امکان الفاظ قانونی باید به‌گونه‌ای باشد که عاری از ابهام، ابهام و ایجاز باشد و در معنای دقیق، واقعی و خالی از ابهام استعمال شود؛ زیرا این شیوه واژه‌گزینی در قانون‌گذاری، زمینه انحراف در تحلیل و تفسیر، از جمله مغالطه



اشتراک لفظ را به دنبال دارد که نتیجه آن، تشخیص نادرست مفاهیم و به تبع آن، تشخیص نادرست آثار عناوین استعمال شده خواهد بود.

یکی از مواردی که در حقوق ایران محل بحث و گفت‌وگوی حقوقی است، بحث از ماهیت اختیارات و توانه‌هایی است که به اشخاص اعطا می‌شود. در ادبیات حقوقی، معمولاً ذیل عنوان «قواعد امری و قواعد تخییری» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۴۲۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص. ۲۱۸) و در ادبیات فقهی ذیل «ضابطه حق و حکم» از این مهم بحث می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۴؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۲۱). حد و سطح اختیاری که اشخاص از آن برخوردار هستند از جمله نقل‌پذیری و اسقاط‌پذیری اختیارات اشخاص، ذیل همین دو عنوان بحث می‌شود. از آنجاکه از سویی در بسیاری موارد، قانون‌گذار در بیان اختیارات اشخاص در فعل و ترک فعل، از واژه «می‌تواند» و از سوی دیگر، هم در مصادیق حق و هم در مصادیق حکم از این واژه استفاده کرده، این شیوه استعمال به دلیل اشتراک الفاظ یادشده که هم در گزاره‌های امری و هم در گزاره‌های اختیاری به کار رفته، در تفسیر حدود اختیاری که مدنظر قانون بوده و در نتیجه، در ماهیت آن از لحاظ اوصافی مانند اسقاط‌پذیری، تجزیه‌پذیری، تحدیدپذیری و حق یا حکم بودن، ایجاد اختلاف کرده است؛ تا جایی که گاه، نتایجی را برخلاف ماهیت حقیقی اختیارات یادشده در قانون به دنبال داشته است.

به‌منظور تبیین مسئله، نخست، مفهوم‌شناسی و شناسایی مفهوم حقیقی حق از مفهوم مجازی آن و سپس، راه‌های ابهام‌زدایی و رفع اجمال از عبارت‌هایی که در ساحت حق و اباحه به کار می‌رود، همراه با اشاره به برخی مصادیق مطرح شده است.

#### ۱. پیشینه پژوهش

محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) (۱۴۱۸ق) از نخستین کسانی است که در زمینه حق و حکم رساله‌ای را در حق و حکم و در ضمن حاشیه خود بر مکاسب نگاشته است. مضمون این رساله توسط قنواتی و همکاران (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت حق و حکم» در فصلنامه فقه و اصول، بررسی و با دیدگاه‌های دیگر مقایسه شده است. در ادامه، در تطبیق آن بر برخی عناوین نوپدید مانند حریم خصوصی، توسط قنواتی و جاوید، مقاله‌ای با عنوان «حریم خصوصی؛ حق

یا حکم» به رشته تحریر درآمد. بعد از آن مقالات دیگری در قلمرو حق و حکم از جمله مقاله‌ای با عنوان «تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه» توسط کریمی و همکاران و مقاله‌ای با عنوان «ماهیت فقهی و حقوقی حق و حکم با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه)» توسط غفاری (۱۳۹۹) در موضوع حق و حکم به نگارش درآمد. مقالات متعدد دیگری هم در تطبیق با پاره‌ای مصادیق به نگارش درآمده که حاوی بررسی‌های جدی موضوعی است و در محتوا، ضوابط اثباتی دقیق و مستقلاً درباره اباحه و حق ارائه نکرده‌اند. عمده مطالب این مقالات به مرزهای مفهومی حق و حکم و آثار آن پرداخته است؛ البته مقاله‌ای با عنوان «روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه حقوق زن» در فصلنامه مطالعات راهبردی زنان (۱۳۹۴) به چاپ رسیده که به حق و حکم به‌طور کلی پرداخته و موضوع اصلی آن، حق و اباحه نیست. به‌رحال، تشخیص دقیق معنای حقیقی حق از معنای مجازی، عوامل مؤثر بر مغالطه‌های موجود در خلط حق و اباحه و نیز معیارهای تمییز بین حق و اباحه (در کنار دیگر معیارهایی که برای تشخیص حق از حکم و تکلیف بیان می‌شود) از مواردی است که به‌صورت مستقل به تبیین دقیق و مرزبندی ثبوتی و ارائه معیارهای اثباتی نیاز دارد. این نوشتار درحقیقت، به‌منظور برطرف کردن این کمبود و تکمیل پژوهش‌های پیشین انجام شده است.

## ۲. مفهوم‌شناسی در قلمرو بحث

به‌منظور تبیین بهتر مسئله، مفاهیم نزدیک و مرتبط با مسئله پژوهش از جمله مفهوم استعمال مجازی، مفهوم مجازی حق و مفهوم اختیار و نسبت آن با اراده بررسی خواهد شد.

### ۲-۱. مفهوم استعمال حقیقی و استعمال مجازی

از نظر مشهور<sup>۱</sup>، «مجاز» اسمی است که به سبب مناسبتی که بین معنای موضوع<sup>۲</sup> و معنای غیرموضوع<sup>۳</sup> وجود دارد، از آن معنایی غیر از معنای موضوع<sup>۴</sup> اراده شده است. دلیل نام‌گذاری این نحو استعمال به مجاز این است که این لفظ از محل خود و معنای موضوع<sup>۵</sup> خارج شده است (مروراید، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۹). بنابراین، از نظر مشهور،

مجاز عبارت است از «استعمال لفظ در غیر ما وضع له» با دو شرط، نخست آنکه، علاقه‌ای بین معنای حقیقی و مجازی موجود باشد و دوم آنکه، قرینه معاند بر این شیوه استعمال وجود داشته باشد (ترجیحی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۲۱۰).

مجاز ممکن است به صورت «مفرد» و یک لفظ باشد و ممکن است به صورت «مرکب» در قالب یک جمله و به صورت ترکیبی و روی هم رفته از چند واژه به هم پیوسته تشکیل شده باشد (خطیب قزوینی، ۲۰۱۹م، ج ۱، ص. ۶۴). به مجاز در جمله، گاه مجاز عقلی نیز گفته می‌شود. مجاز عقلی آن است که کلام دارای مفادی باشد که با اعتقاد متکلم سازگار نیست. از این رو نوعی تأویل در آن وجود دارد (سکاکی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۷۱). نظریه دیگری که به طور ویژه مورد توجه دانشمندان اصولی قرار گرفته، از سوی مرحوم اصفهانی مطرح شده و بر تمایز اراده استعمالی و اراده جدی استوار است (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، صص. ۱۰۴-۱۰۳). بر اساس این تفسیر از چگونگی استعمال مجازی، اراده استعمال‌کننده همان معنایی است که لفظ برای آن وضع شده، اما اراده جدی وی با اراده استعمالی‌اش متفاوت است (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۰۸). از این رو در این نحو استعمال، «قرینه معانده» به همراه کلام لازم است که با اراده استعمالی در تعاند و تضاد باشد تا کسی از آن اراده جدی را برداشت نکند. بنا بر مراتب یادشده، اگر موضوع را با خطابات قانونی و مواد قانونی تطبیق دهیم، می‌توان گفت عمده مجازها در قالب ترکیبی و گزاره‌های قانونی شکل می‌گیرد و از مصادیق مجاز عقلی است. بنابراین، در تحلیل قضایای قانونی باید آن‌ها را به دو قضیه منحل کرد. نخست، منطوق این قضایاست که چون در بردارنده اراده استعمالی است و انطباق آن با اراده واقعی و جدی قانون‌گذار محل تردید است، تا قبل از کشف دیدگاه واقعی (اراده جدی) قانون‌گذار، در رتبه استعمال مجازی و غیرقابل اتکا است و دوم، قضایای مقارن و ضمنی است که اراده جدی و واقعی قانون‌گذار در پرتوی آن فهم می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۰۸)، از مصادیق استعمال مجازی بدانیم<sup>۲</sup>. این نحو استخدام واژگان، از جمله به «مغالطه اشتراک لفظ» نیز منجر می‌شود.

چنان‌که در مقدمه نوشتار حاضر هم اشاره شد، این بعد از آن‌رو اهمیت دارد که نخست، در استعمال‌های قانونی در سیستم‌های مبتنی بر حقوق نوشته، در زمان

تخصیص واژه‌های حقوقی، گاه از الفاظی استفاده می‌شود که در استعمال، اعم است، اما ممکن است منظور قانون‌گذار، معنای اخص آن باشد یا دست‌کم در تفسیر اختلاف شود که کدام‌یک از دو معنا، منظور قانون‌گذار بوده است؛ معنای اعم یا معنای اخص؟ بنابراین، این نحو استعمال، نوعی «اجمال» را به دنبال دارد. دوم اینکه، گاه در گزاره‌های قانونی، قضیه‌ای مشتمل بر حکم و موضوع وجود دارد که منظور قانون‌گذار به دلیل چگونگی استخدام کلمات یا بیان جملات روشن نیست و ممکن است دو یا چند احتمال در منظور قانون‌گذار وجود داشته باشد؛ به‌ویژه در زمانی که از شیوه‌های لفظی متن‌محور و مبتنی بر ساخت زبانی و معنایی و بیان در تفسیر منظور قانون‌گذار استفاده می‌شود، با ابهام و اجمال ناشی از استعمال قانون‌گذار مواجه می‌شویم. در این قبیل شیوه‌های تفسیری که با گسست از مبانی و جنبه‌های تاریخی متن قانونی انجام می‌شود، در ناحیه بهره‌برداری از منطوق قضایای قانونی و مضمون این مقررات، اجمال و گاه (در فرض پذیرش) نوعی مجاز رخ می‌دهد.<sup>۳</sup> به دیگر سخن، گاه قانون‌گذار در بیان قانون به قدر کافی بین موضوع و محمول و بین حکم و موضوع ارتباط برقرار کرده است و اجمال یا مجازگویی به او منسوب نیست، اما در ناحیه دکترین فقهی و حقوقی یا تفسیر قضایی یعنی در مرحله انطباق احکام بر موضوعات و مصادیق خارجی، مفسر و تحلیلگر با اجمال مواجه می‌شود و بی‌توجهی به اصول تفسیر ممکن است وی را در مغلطه اشتراک لفظ گرفتار کند. در استعمال مجازی همیشه تأول و عنایت و ادعای اتحاد وجود دارد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۶۷). برای مثال، کسی در مقام تطبیق و تفسیر ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران مدعی می‌شود این قضیه بر حق اصطلاحی منطبق است و از مصادیق آن به شمار می‌رود. بدین ترتیب، عنصر ادعا که در دیدگاه مرحوم اصفهانی رکن اصلی است، از سوی بهره‌برداران از قانون واقع می‌شود؛ البته ناگفته نماند، در استعمال مجازی و ادعایی، ادعای مصحح لازم دارد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۴، صص. ۷۵-۷۳) و مصحح ادعا در این موارد، وجود اختیار و واژه‌ها یا مضامین دال بر آن است. به‌هرحال، حتی اگر استعمال اعم و نظایر آن را از مصادیق مجاز ندانیم نیز این قبیل شیوه‌های تقنین، در عمل، تحقق ابهام در ناحیه تحلیل و تفسیر را به دنبال خواهد داشت. ممکن است این‌طور به ذهن برسد که مجاز «استعمال لفظ»

در «غیر ما وُضِعَ له» است؛ یعنی در ساحت استعمال خود را نشان می‌دهد نه در ساحت استنباط. باید دقت کرد که در گویندگان عادی همین‌گونه است؛ زیرا منظور جدی متکلم از همان آغاز یا مجاز بوده است یا حقیقت، اما در قانون‌گذاری عرفی، بحث قدری فرق می‌کند؛ زیرا ممکن است قانون‌گذار در هنگام وضع قانون، تنها معنای اخص را در نظر داشته باشد، اما در ادامه، به دلیل عدم بیان قرائن صارفه و گسست قانون از منشأ و مبانی وضع قانون و حتی با پیدا شدن مصادیق نوپدید و جدید در مقام تطبیق یا تفسیر، مغالطه اشتراک الفاظ یا مغالطه حقیقت و مجاز، موضوعیت پیدا کند. مغالطه در این ساحت به این معناست که قانون‌گذار از الفاظی استفاده می‌کند که به‌نحو حقیقت و مجاز بر چند معنا «قابل تطبیق» است. دست‌کم می‌توان ادعا کرد اگر قانون‌گذار در ناحیه استعمال، لفظی را به‌گونه‌ای به کار برده باشد که در معانی متعدد کاربرد داشته و مشترک در آن‌ها باشد، اگر هم مرتکب مجاز نشده باشد، مرتکب اجمال‌گویی و منشأ اختلاف در تفسیر شده است.

## ۲-۲. مفهوم‌شناسی اختیار و نسبت آن با اراده انشایی

از آنجاکه اراده، قرابت مفهومی با اختیار دارد، لازم است مفهوم اراده با تأکید بر مراحل شکل‌گیری آن و سپس نسبت آن با اختیار بررسی شود. در متون فقهی، اراده، شوق مؤکد و گرایش نفس برای انجام دادن عمل (تهانوی، ۱۹۹۶م، ص. ۵۴) و کیفیتی نفسانی است که از تصور عمل ناشی می‌شود و بعد از تصدیق به کار می‌آید (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۷۵) و انسان را به سوی فعل یا ترک فعل سوق می‌دهد. در نسبت اراده و قوای ادراکی و چگونگی شکل‌گیری اراده و مقدمات آن پنج مرحله در نظر گرفته شده است. ۱. تصور فعل، ۲. تصدیق به فایده آن خواه در جلب سود باشد یا دفع زیان، ۳. شوق به انجام دادن فعل، ۴. اراده یا شوق مؤکد و ۵. اعمال اراده در خارج (با نیروی حرکتی). این مراحل با اندک تفاوتی در اراده تکوینی و انشایی مشترک است.

اگر متعلق اراده، موضوعی خارجی و تکوینی باشد، به آن «اراده مادی» یا «اراده تکوینی» گویند و اگر متعلق آن، موضوعی اعتباری و حقوقی باشد، آن را «اراده انشایی» یا «اراده اعتباری» گویند که ممکن است برای خلق یک اثر حقوقی یا تغییر و رفع اثری

باشد که پیش‌تر ایجاد شده است. از دیدگاه حقوقی، اراده به معنای خواستن است و در ردیف فعل ارادی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۳۲۲). این عنصر در مواردی مثل مسئولیت مدنی و ضمان قهری، اصولاً به معنای اراده مادی است و در حقوق قراردادهای منظور از آن، اراده انشایی است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص. ۶۰). در اصطلاح فقها، قصد، به داشتن اراده و اختیار فرد (بدون اکراه یا اجبار) در تحقق نتیجه معنا می‌یابد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۳۰۷) بنابراین، اعمال حقوقی، دایر مدار اراده است و تخلف از آن نیز با ضمانت اجراهایی مثل بطلان مواجه است. هر جا که امکان دخالت اراده وجود داشته باشد، ممکن است نسبتی با حق قابل‌تصور باشد. دست‌کم می‌توان گفت بین امکان دخالت اراده و حق بودن موضوع دخالت، ملازمه قطعی وجود ندارد. در ادامه مطالب، این مهم بررسی خواهد شد.

در ادبیات فلسفی، اختیار عبارت از این است که اگر فاعل اراده کند که فعلی را انجام دهد، بتواند آن را انجام دهد و اگر اراده نکند، بتواند آن را انجام ندهد (کون الفاعل بحیث ان یثأ یفعل و ان لم یثأ لم یفعل) (شیرازی، ۱۹۸۱م، ج ۶، ص. ۳۰۸ به نقل از نصری، ۱۳۹۲، ص. ۷۲). به دیگر سخن، فعل اختیاری، فعلی است که ترجیح یکی از دو طرف آن در اختیار فاعل باشد؛ یعنی وی هم بتواند آن را انجام دهد و هم نتواند آن را ترک کند و در ترجیح یکی از این دو نیز آزاد باشد و از اراده دیگری متأثر نباشد. به نظر می‌رسد همین معنا در ادبیات حقوقی و فقهی هم پذیرفتنی است. به دیگر سخن، آنجا که سخن از رفتار اختیاری اشخاص است، منظور، آزادی شخص در اعمال اراده خویش است. به فاعل آزاد، شخص مختار گفته می‌شود. در این صورت، اراده و اختیار داشتن به معنای آزاد بودن اراده است؛ البته ممکن است آزادی عمل در رفتار از نفوذ اراده شخص ثالث و تهدید وی متأثر شود که موضوع ذیل عنوان «اکراه» بررسی می‌شود. ممکن است آزادی شخص در رفتار، از عوامل بیرونی و حوادث خارجی و نیازهای شدید ناشی از آن متأثر شود. در این صورت موضوع ذیل «اضطرار» بررسی می‌شود و هر دو عنوان از شمول نوشتار حاضر خارج است. همچنین، ممکن است اراده شخص در رفتار خویش، از قواعد و ضوابطی متأثر شود که به حوزه نفوذ اراده اشخاص مربوط است. در این صورت سخن از تأثیرپذیری اختیار اشخاص از این دست عوامل به میان می‌آید که موضوع نوشتار حاضر است و تحدیدپذیری اختیار اشخاص

در این ساحت مطرح می‌شود. بنابراین، اراده اعم از اختیار است؛ یعنی در هر عمل اختیاری، اراده وجود دارد و مفروض است، اما در هر جایی که اراده‌ای وجود دارد به این معنا نیست که اختیار هم وجود دارد. بنابراین، به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت رابطه این دو عموم و خصوص مطلق است و اختیار اخص از اراده و اراده اعم از اختیار است. تحدید اختیار ممکن است در قالب «اسقاط»، «شرط سقوط»، «شرط سلب حق»، «تعهد (التزام) به اسقاط» یا در «تعهد به عدم اعمال اختیار»، «تعهد به عملی که منافی اختیار است» و مانند آن انجام شود. اختیار نسبتی هم با حق دارد که در ادامه بررسی خواهد شد.

### ۲-۳. مفهوم حقیقی و مجازی حق و عوامل بروز اجمال یا ایجاد مفهوم اصطلاحی مجازی در حق

از آنجاکه حق در اصطلاح فقیهان و حقوق‌دانان به‌وفور استفاده می‌شود، لازم است مفهوم اصطلاحی و آنچه نویسندگان در چستی آن بیان کرده‌اند، در حد ضرورت بررسی شود. از آنجاکه گاه خارج از قلمرو حقیقی و اصطلاحی نیز از واژه حق گفت‌وگو می‌شود، لازم است برای درک درست مفهوم مجازی حق، نخست به مفهوم حقیقی حق اصطلاحی اشاره و سپس، مفهوم مجازی حق و پاره‌ای شبهات مصداقی آن و نیز عوامل مؤثر بر پیدایش انحراف در تحلیل و اتکا به معنای مجازی به‌جای معنای حقیقی بررسی شود.

#### ۲-۳-۱. چستی حقیقی و مجازی حق در ادبیات فقهی و حقوقی

حق معنای حقیقی و اخص دارد و معنایی که اعم است و به‌عنوان معنای مجازی شناخته می‌شود. نخست این دو معنا و سپس عوامل بروز اجمال در معنای حق و بروز مفهوم مجازی آن بررسی خواهد شد.

#### ۲-۳-۱-۱. مفهوم و چستی حقیقی حق اصطلاحی (حق به معنی اخص)

«حق» در منابع فقهی و ادبیات فقیهان امامیه، در معانی گوناگونی به کار رفته است. حق در استعمال، گاه «در مقابل حکم» و گاه «در مقابل ملک» به کار می‌رود و با آن مقایسه می‌شود. برای مثال، مقایسه حق ارتفاق و حق ممر و مجرا با مالکیت از قبیل مقابله دوم

است، اما گاه حق، نه مقابل، بلکه مرادف مالکیت و مرتبه ضعیفی از ملکیت به کار رفته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۵۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، صص. ۱۴-۱۳). از این منظر، حق مرتبه ضعیفی از ملک و بلکه نوعی از آن است و همچنان که در ملک، مالک آن زمام عین یا منفعت را به دست دارد، صاحب حق هم بر چیزی که زمام آن به دست اوست، مالکیت دارد. برخی نیز حق را در مقابل حکم، همان سلطنت (سلطه) می‌دانند (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۱۰). تعبیر به «سلطنت» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۱۰) یا «سلطنت فعلیه» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۰)، به این معناست که اگر مجعول شرعی برای مکلف ایجاد سلطنت کند، «حق» و در غیر این صورت «حکم» است (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۶). در این باور، حق سلطه‌ای است که برای صاحب آن اعتبار شده و اختیار آن به دست ذی‌حق است؛ به‌گونه‌ای که شخص حق‌دار می‌تواند از آن دست بکشد (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۹۹). در تفسیر فوق تلاش می‌شود حق در «طیفی» قرار گیرد که در یک سوی آن، «سلطنت شدید» به نام «ملک» و در سوی دیگر آن، «سلطنت ضعیف» به نام «حق» قرار دارد. از این‌رو در میان طرف‌داران این باور، برخی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۸۰) با مقایسه حق و ملک و در نسبت‌سنجی میان آن دو، حق را نوعی مالکیت [نارسیده] و درجه ضعیفی از آن به شمار می‌آورند. حتی در باوری که حق را «اعتباری خاص با آثار خاص» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۳۹) می‌داند نیز همین وصف وجود دارد. حق در هر مصداقی، اعتباری مخصوص است که آثار خاص دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۴) و سلطنت از جمله آثار آن است مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار یا توانایی بر تملک به عوض در حق شفعه (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۲). بنابراین، برای مثال، در خیار تدلیس در نکاح، برای شخص فریب‌خورده (زوج/زوجه) اعتباری در نظر گرفته می‌شود که از آثار آن، اقتدار و اختیار شخص بر فسخ نکاح است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۱). از این منظر، حق ماهیتی اعتباری است که بر اساس فهم و ارتکاز عقلایی، در همه موارد استعمالش معنای واحدی دارد و حق، میان مصداق مختلف آن، مشترک معنوی است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص. ۴۰-۳۹).



حقوق‌دانان نیز حق را سلطه و اختیاری می‌دانند که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آن‌ها می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۴۹) که ممکن است ناظر به فعل یا ترک آن باشد. از این منظر، حق نوعی سلطه و توانایی خاصی است که برای شخصی بر شخص دیگر یا مال یا شیء جعل و اعتبار می‌شود و به مقتضای آن، صاحب حق می‌تواند در متعلق آن تصرف کند یا از آن بهره برد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۱۷). در اوصاف حق در جایی که حق، اصطلاحی و در معنای حقیقی خود باشد، چند وصف را می‌توان بیان کرد. ۱. حق اصولاً نقل‌پذیر است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۸۷). ۲. حق اصولاً انتقال‌پذیر است. ۳. حق، بدون تردید و بدون استثنا، اسقاط‌پذیر است. ۴. حق اصولاً تحدید‌پذیر است. ۵. حق حتماً مطالبه‌پذیر است و هر حقی مطالبه‌کننده‌ای دارد: «و لكل حقّ طالباً...»؛ (فرازی از خطبه ۱۰۴ نهج البلاغه) بسیاری از حق‌نماها، نوعی مصونیت است و بحث مطالبه‌پذیری در آن مفهوم ندارد. حقوق تعهد‌پذیر مثل تعهد به ترک حق حبس (موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی) و حقوق تعهدناپذیر مثل تعهد به تشکیل نکاح (موضوع ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی).

### ۲-۳-۱-۲. مفهوم مجازی حق در استعمال

هرچند حق و حکم دو مفهوم جدا از هم هستند، استعمال کلمه «حق» یا «توانه» با بیان واژه‌ای مانند «می‌تواند» در مورد احکام در ادبیات روایات و کلمات فقیهان و حتی قانون‌گذار، موضوعی متداول است. اصطلاحاتی مانند حق طلاق، حق ولایت، حق اُبوت، حق حضانت، حق وصایت، حق رجوع در هبه، حق رجوع در طلاق و مانند آن فراوان وجود دارد. این موارد را به صرف اینکه از آن‌ها به حق تعبیر شده است، نمی‌توان حق اصطلاحی دانست حتی اگر مسلم باشد که در روایت و کلام فقیهان در این موارد از واژه حق استفاده شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۵۲-۵۱).

در این موارد، به وضوح واژه حق در معنای مجازی به کار رفته است نه معنای حقیقی اصطلاحی. بنابراین، می‌توان گفت در مورد حق، دو گونه استعمال وجود دارد. یکی از این‌ها، «حق به معنی اعم» است که اعم از «حق به معنای اخص» (حق در معنای حقیقی اصطلاحی) و «حکم» است؛ همان‌گونه که از «حضانت» و «ولایت» نیز با واژه

حق تعبیر می‌شود حال آنکه روشن است که هر دو این‌ها در ماهیت، حکم‌اند. حق در این استعمال، گاه به معنای جواز و جزو احکام پنج‌گانه تکلیفی<sup>۴</sup> است؛ یعنی در واقع، حق در اینجا به معنای حکم است و از حکم به حق تعبیر شده است و به تعبیر یکی از نویسندگان، به کار بردن واژه حق درباره آن‌ها (احکام) رسمی است که بدون مسامحه نباید پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۹۹). از همین قبیل است در جایی که حق به دو معنای عام (که ملک و احياناً حکم را نیز شامل می‌شود) و خاص (که در مقابل ملک و حکم است) تقسیم می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۱۷). در تمام این تقسیم‌ها و استفاده‌ها از واژه حق، احتمال مسامحه و مجاز را نباید از نظر دور داشت. بنابراین، از آنجاکه هم در ادبیات فقهی و حقوقی و هم در ادبیات قانون‌گذار، گاه حق در معنای مجازی و به معنای «اختیار» به کار می‌رود و اختلاف در تحلیل احکام خانواده را به دنبال دارد، باید در تفسیر این واژه دقت بیشتری اعمال شود. «اختیار (توانایی) مرد در طلاق دادن همسرش» (که به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را کند») یا «اختیار رجوع زوجه به فدیة در طلاق خلع» (که به موجب مفهوم مخالف بند ۳ ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی، در طلاق خلع و مبارات در صورتی که زن در ایام عده، به عوض (فدیة/ما بذل) رجوع کند، مرد هم «می‌تواند» به زن رجوع کند)، از این «اختیار» برای زوجه در رجوع به فدیة و برای زوج در مورد رجوع به زن، ممکن است به «حق» تعبیر شود. همچنین است در «اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی» (که به موجب ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی، «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است»)، بیان کلمه «حق» این شائبه را ایجاد کرده که «اختیار رجوع» در این موارد، «حق اصطلاحی» و در نتیجه، «قابل اسقاط» است در حالی که اختیار رجوع زوج، برای پیشگیری از انحلال خانواده و تأمین منافع عمومی است که به دلیل موقعیت اجتماعی زوج به او داده شده است و تسلط مزبور از آن کسی نیست تا قابل اسقاط باشد. از این رو کاربرد کلمه «حق» در ماده ۱۱۴۸<sup>۵</sup> قانون مدنی دلیل بر این نیست که اسقاط اختیار رجوع در طلاق و صلح بر آن ممکن باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳)؛ زیرا ممکن است که معنای مجازی حق مراد باشد. از همین قبیل است عبارت «می‌تواند از وصلت امتناع کند» در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی<sup>۶</sup>. همچنین، برای مثال، به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی،

«هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طورکلی، حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». حق در این ماده نیز به معنای مجازی آن به کار رفته‌است؛ زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی که همان اهلیت تمتع و اهلیت استیفاست، از جنس حق به معنای خاص آن نیست و جنبه حکمی دارد؛ زیرا «اهلیت تمتع و اهلیت استیفا»، لازمه شخصیت حقوقی و از لوازم حیات انسانی هر فرد است. ازاین‌رو سلب این حقوق و جدا کردن آن از شخصیت افراد ممکن نیست و این نسبت بین حق و شخصیت بر حکم بودن مفاد این ماده دلالت دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۸۷). مصداق‌های فقهی ماده یادشده در ادبیات فقیهان نیز این مدعا را تأیید می‌کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۲۰). ازاین‌رو برخی از حقوق‌دانان (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۷۸؛ امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۴۰۲) نیز در ضمن بحث از این ماده، با تکیه بر مناسبت‌های موضوعی و ممنوعیت یادشده در مفاد ماده، آن را در زمره قواعد امری و در رتبه حکم تلقی کرده‌اند نه در زمره حقوق و ازآنجاکه حق رجوع بر اساس پاره‌ای مصالح مهم تشریح شده، «رجوع در طلاق رجعی، حکم است. ازاین‌رو رجوع قابل انتقال و اسقاط شناخته نشده است و نمی‌توان عدم رجوع را ضمن عقد لازم شرط کرد» (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۴۰۲)؛ زیرا شرط اسقاط اختیار رجوع برخلاف مقتضای طلاق رجعی و برخلاف مصلحت در نظر گرفته‌شده توسط شارع است. بنابراین، حتی اگر اختیار به‌گونه الزام‌آوری هم اسقاط شده باشد، باز هم زوج اختیار رجوع دارد. بنابراین، ماهیت حکمی رجوع با عواملی مثل شرط اسقاط متزلزل نمی‌شود و به تصریح برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۲۹)، «اسقاط حق رجوع موجب تغییر ماهیت این طلاق نمی‌شود». با ملاحظه دقیق‌تر، درحقیقت، «حق رجوع» در این مورد، حداکثر در حد «اختیار رجوع» است و در واقع، قانون‌گذار با استفاده نابجا از واژه حق، این شائبه را ایجاد کرده است که حق رجوع نیز مانند حق بر مطالبه و نظایر آن، دیگر اوصاف حق مانند اسقاط‌پذیری را نیز دارد درحالی‌که همان‌طور که بیان شد، با تحلیل بیشتر معلوم می‌شود این تحلیل بر نوعی مغالطه لفظ مشترک یا استفاده از لفظ اعم برای بیان آثار معنای اخص متکی است و منشأ آن هم چگونگی بیان قانونی و استخدام نادرست واژگان فنی است.

برای پرهیز از این دام در ناحیه کاربست حق، بهتر است بررسی شود در هسته حق اصطلاحی چه چیزهایی وجود دارد تا از انحراف در فهم ماهیت اختیار و حق جلوگیری شود. بدین منظور لازم است اوصاف مهم و قانونی حق به درستی شناخته شود. در زیر، مهم‌ترین اوصاف حق با تأکید بر ساحت خانواده بررسی می‌شود.

از آنجاکه بین اباحه به‌عنوان حکم شرعی و حق شباهت‌های زیادی وجود دارد، در بسیاری از موارد، در مصادیق این دو و آثار و نتایج مترتب بر عناوین مورد تردید، اختلاف پیش می‌آید. بنابراین، در مقایسه بین حق و اباحه لازم است نخست، نقاط اشتراک و دلیل مشابهت (به‌عنوان قرینه مشابهت و عامل ایجاد مجاز) به اختصار بررسی و سپس عوامل عبور از مجاز با تکیه بر تمایزهای این دو مشخص شود.

### ۲-۳-۲. عوامل اتکا به معنای مجازی مبتنی بر مشابهت‌های حق اصطلاحی و اباحه

بین حق اصطلاحی و اباحه مشابهت‌هایی وجود دارد که زمینه استعمال مجازی را فراهم می‌کند که به دو مورد آن اشاره می‌شود.

#### ۲-۳-۲-۱. وجود اختیار و ترخیص

مهم‌ترین مشابهت حق اصطلاحی و اباحه، وجود «جواز»، «اختیار» و «ترخیص» و «امتیاز» در هر دو مورد است. درحقیقت، هم در حق اصطلاحی و هم در اباحه، اشخاص، «می‌توانند» با «اختیار»، جانب «فعل و ترک فعل» را «انتخاب کنند»؛ یعنی همان‌طور که در اباحه، شخص مکلف بین فعل و ترک فعل مخیر است، در حق اصطلاحی نیز شخص حق‌دار (صاحب حق) بین اعمال و عدم اعمال حق خود مخیر است؛ یعنی می‌تواند حق خود را اعمال یا از اعمال آن خودداری کند. از آنجاکه در برخی احکام قانونی، از اصطلاح «می‌تواند» استفاده شده است، در وهله نخست ممکن است این تردید به وجود آید که آنچه قانون‌گذار از به کار بردن این واژه مدنظر داشته، کدام‌یک از این دو بوده است؛ اباحه یا ایجاد حق؟ برای مثال، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه کنونی مقرر می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این مقرر با واژه «می‌تواند»، این‌طور القا می‌کرد که طلاق موضوعی است که تنها، «حق مرد» و تابع «خواستۀ مرد» است و افزون‌بر امکان

اعمال آن، ممکن بود پرسش‌هایی در مورد اسقاط‌پذیری را هم به ذهن متبادر کند. قانون‌گذار در اصلاحیه بعدی (مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۹) مقرر کرد «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بکند». با وجود اصلاح یادشده، هنوز هم تردیدهای ناشی از چگونگی تنظیم نامناسب متن یادشده، به صورت کامل برطرف نشده است؛ زیرا از سویی به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، **مرد می‌تواند** با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، طلاق همسرش را تقاضا کند و از سوی دیگر، هم «حق» و هم «حکم» در قانون مدنی، عموماً با واژه «می‌تواند» بیان شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۷۰). بنابراین، به طور طبیعی، در ماهیت این اختیار مرد تردید به وجود می‌آید که از کدام دسته است؛ حق یا حکم (اباحه)؟

در همین جا شایسته است تفاوت «اصل تخییر» با اختیاری که در اباحه است، روشن شود. احکام پنج‌گانه از لحاظ اتصاف به حسن و قبح یا به نحو «اقتضا» است یا به نحو «تخییر»؛ یعنی گاه از مکلف فعل یا ترک فعل خواسته می‌شود و گاه مکلف بالسویه، بین فعل و ترک فعل مخیر می‌شود (جوادی آملی، ۱۳۹۲، ص. ۳۰)، اما تخییری که در اباحه وجود دارد، با تخییری که از اصاله‌التخییر به عنوان اصلی عملی ناشی می‌شود، تفاوت بسیار دارد. درحقیقت، در اصل عملی تخییر، امر بین واجب و حرام دایر است و به اصطلاح دانشمندان اصولی، دَوْران امر بین دو محذور است و مکلف در گزینش بین واجب و حرام ناچار می‌شود (قدسی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۱۱۵)، اما در اباحه فرد مکلف گرچه در نهایت، ناگزیر از انتخاب بین فعل و ترک فعل است، اما امر مکلف در اباحه، بین دو محذور (حرام و واجب) دایر نیست و نوعی ترخیص در اباحه وجود دارد که در اصل تخییر نیست. به همین دلیل، اباحه قسیم واجب و حرام است و این دو، مبتنی بر عزیمت‌اند درحالی‌که اباحه مبتنی بر ترخیص است.

## ۲-۲-۳-۲. تحدیدپذیری فی‌الجمله در حق و اباحه

۱. هم در جانب حق و هم در جانب اباحه، این امکان وجود دارد که اشخاص بتوانند از دامنه اختیاری که دارند، بکاهند. به دیگر سخن، اشخاص می‌توانند با توافق و ازجمله

در قالب شرط ضمن عقد، از قلمرو اختیار خود بکاهند. تفصیل شیوه‌ها و شرایط این وصف، در بحث از انحای شیوه‌های تحدید اراده بررسی شد و تکرار نمی‌شود. به‌طور خلاصه، در حق اصطلاحی، در قالب شرط فعل، امکان تعهد به عدم اعمال حق یا تعهد به اسقاط آن (در آینده) وجود دارد و در قالب شرط نتیجه نیز امکان سلب حق و شرط سقوط آن وجود دارد. محدودیت ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز در این باره مدنظر خواهد بود. در مورد اباحه نیز امکان تحدید اختیار فی‌الجمله وجود دارد و شرط مهم صحت تحدید اباحه این است که به تحریم حلال منجر نشود. بنابراین، برخی «موقتی بودن» و «جزئی بودن» تحدید اختیار را در اباحه از جمله شرایط صحت شمرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۶۰).

### ۳. بررسی راهکارهای عبور از ابهام‌های قانونی در شناسایی حق از اباحه و اختیار

به نظر می‌رسد برای برطرف کردن اجمال‌های قانونی و نیز عبور از مغالطه حقیقت و مجاز در ناحیه استفاده و بهره‌برداری از عبارات‌های قانونی، توجه به موارد زیر می‌تواند مفید باشد.

#### ۳-۱. توجه به اصل اولی در تحدید اراده در قلمرو خانواده

پرسشی که مطرح می‌شود این است که در مقام تردید در امکان تحدید اراده، اصل کدام است و با چه شیوه‌ای می‌توان بر این تردید غلبه کرد؟ می‌توان ادعا کرد در این باره، نمی‌توان اصلی را یافت که بر همه تردیدهای موجود غلبه کند و ای بسا تأسیس اصل واحد برای همه این تردیدها ناموجه باشد. به نظر می‌رسد باید بین ساحت‌های مختلف و سازمان‌های حقوقی مختلف تفاوت گذاشت. برای مثال، می‌توان به‌حسب غلبه وجود محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های مربوط به دخالت اراده اشخاص، در مواردی مانند حقوق خانواده، اصل محدودیت اراده و توقیفی بودن نکاح را مطرح کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳)، اما در همین قبیل سازمان‌های حقوقی نیز تمایز بین ساحت‌های مختلف اختیار، موجه به نظر می‌رسد. دسته‌بندی اختیارات با توجه به متعلق آن‌ها می‌تواند یکی از شیوه‌های برقراری تمایز باشد. در دسته بزرگی از اختیارات که به «امور مالی» و «جنبه‌های اقتصادی» مربوط است، اصل بر حق

بودن و تخییری بودن است؛ زیرا زمام امور و حقوق مالی، اصولاً در اختیار ذی‌حق است؛ مانند آنچه در مورد «حق مطالبه» بر مهر و اجرت‌المثل کار زن در ایام زناشویی وجود دارد، اما در جنبه‌های غیرمالی و به‌ویژه امور مرتبط با حیثیت معنوی افراد خانواده یا شئون خانوادگی، می‌توان اصل را بر حکم بودن و امری بودن قرار داد. بنابراین، حقوق غیرمالی در خانواده به لحاظ ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه اصولاً حکم شمرده می‌شود (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۸). بنابراین، در دسته‌ای از حقوق که ذیل «حقوق مالی» قرار دارند، اصولاً تحدید اراده صحیح و نافذ است مگر در موارد استثنایی مانند اصل حق بهره‌مندی از نفقه با اختلاف‌هایی که البته وجود دارد و برای صیانت از موقعیت زن در نظر گرفته شده است یا اصل حق بهره‌مندی از مهر که حتی در فرض توافق بر عدم مهر با شرایطی، مهرالمثل یا مهرالتمتع برقرار می‌شود. در دسته دیگری از حقوق خانواده که ذیل «حقوق غیرمالی» قرار می‌گیرند، می‌توان گفت اصل بر تحدیدناپذیری اراده است. برای مثال، همان‌طور که در مطالب قبلی نیز اشاره شد، در ظاهر ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی، از واژه «حق» استفاده شده است، اما کاربرد کلمه حق در این ماده دلیل بر این نیست که اسقاط اختیار رجوع در طلاق و صلح بر آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳). درحقیقت، مضمون آن، حداکثر به مرد، «اختیار می‌دهد» در مدت عده، به زن رجوع کند و نکاح پیشین را تداوم دهد، اما به این معنا نیست که مانند حق اصطلاحی، مرد بتواند اختیار خود را در این باره اسقاط کند. این مثال، یکی از موارد روشن استعمال مجازی حق است که به دلیل گسست ماده از مبانی و بنیان‌های تاریخی آن، از مواردی است که واژه حق دچار ابهام و اجمال شده و ممکن است در ناحیه تفسیر و تطبیق با آثار حق یا حکم، منشأ اشتباه شود.

### ۲-۳. توجه به ماهیت و شرایط تحدید اختیاری اراده

افزون بر آنکه قانون‌گذار/شارع می‌تواند اراده اشخاص را محدود کند، ممکن است دامنه اعمال اراده اشخاص، با اراده (انشایی) خود اشخاص، در قالب مواردی مانند «تعهد به فعل»، «تعهد به ترک فعل»، «اسقاط حق» و «شرط سقوط حق» محدود شود؛ زیرا در این موارد، شخص، دیگر به همان میزان از اختیار قبل از تعهد یا

اسقاط حق، برخوردار نیست. اگر خود شخص صاحب اختیار نخواهد اختیار خود را اعمال کند، به طور طبیعی مشکل خاصی وجود ندارد و این فرض، از محل بحث خارج است. منظور از نقش اراده در تحدید اختیار در نوشتار حاضر، قسم دیگری از اراده است که در اصطلاح از آن به اراده انشایی تعبیر می‌شود. همچنین، از آنجاکه در بحث تحدید اختیار، عمدتاً به جنبه‌های سلبی و محدود کردن دامنه اختیار توجه می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، صص. ۵۷-۵۶)، آن دست از مواردی که به صورت ایجابی و از قبیل شرط فعل مثبت (مادی یا حقوقی) است، اصولاً از شمول موارد تحدید اراده خارج می‌شود؛ هرچند ممکن است مواردی یافت شود که با التزام به امری که ضد اختیار است، در عین ایجابی بودن مفاد شرط، در واقع به نوعی به سلب یا تحدید حق برگردد.

یکی از نکات لازم در این باره، توجه به ماهیت این دسته از اقدامات است. برخی فقیهان این پرسش را مطرح کرده‌اند که آیا اسقاط به معنای عفو است یا رفع اضافه خاص یا اخراج شخص یا طرف از اینکه یکی از دو طرف اضافه باشد؟ به باور برخی، اسقاط درحقیقت، برداشتن رابطه شخص یا اضافه اعتباری است که در هر مورد وجود دارد و لازمه آن خروج ذی‌حق از طرفیت رابطه است. بنابراین، اسقاط، عین خروج طرف و شخص از طرفیت رابطه نیست (قنواتی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۶۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۵).

«عفو» در لغت از جمله به معنای اسقاط، صفح، چشم‌پوشی، گذشت کردن و ترک عقوبت، اسقاط مذمت و عقوبت از مستحق آن، نادیده گرفتن و گذشت کردن از عواقب کار کسی و ضد عقوبت به کار رفته است (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۴۳؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۵۸؛ صاحب، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۷۰؛ محمود، ۱۹۹۱م، ج ۲، ص. ۵۱۴؛ شریف‌مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۷۸؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص. ۵۰۹؛ ابن‌درید، ۱۹۸۸م، ج ۲، ص. ۹۳۸)، اما در ماهیت، اسقاط دقیقاً به معنای عفو و چشم‌پوشی از حق نیست، بلکه عبارت است از قطع ارتباط بین «طرف نسبت و اضافه»؛ یعنی صاحب سلطنت با «طرف تعلق» که همان مسلط‌علیه است. اگر آنچه متعلق اسقاط است، حق باشد، اسقاط‌پذیر است. اسقاط‌پذیر بودن حق، قاعده است. از دیدگاه برخی فقیهان، اسقاط‌پذیری در حقوق تنها نسبت به حقوقی که دلیل خاص



بر امکان عفو و چشم‌پوشی از آن‌ها وجود دارد، جریان می‌یابد. از دیدگاه این دسته فقیهان، مقتضای مالکیت و سلطنت انسان بر عین یا عمل این است که تنها «امور» مربوط به آن عین یا آن عمل به دست او باشد نه «خود ملکیت و سلطنت» بر آن‌ها؛ زیرا ملکیت و سلطنت از امور اعتباری هستند و وضع و رفع امور اعتباری به دست معتبر است نه به دست اشخاص. به این ترتیب که معتبر و قانون‌گذار به سبب مصلحتی که در ملکیت (و اختصاص اموال) یا حقیقت (و سلطنت بر برخی اعمال) برای انسان وجود دارد، آن دو را جعل و اعتبار کرده و از این رو سقوط این امور اعتباری نیز به دست شارع و معتبر است. پس هر زمان که «رفع و زوال» این امور از نظر شارع و معتبر دارای مصلحت شود، آن را اسقاط‌پذیر می‌کند. بنابراین، اعتبار ملکیت و حقی «هم در ثبوت و وضع» و «هم در سقوط و رفع» به دست قانون‌گذار است نه به دست مالک یا صاحب حق. به همین دلیل، اعراض از ملک نه موجب سقوط مالکیت است و نه موجب سقوط مال از ملکیت؛ زیرا «سقوط» مانند «ثبوت» نیازمند سبب جعلی است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۴۶-۴۵). این اختیار با عناوینی مانند «قاعده اسقاط حق» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۲۹۴)، «لکل ذی حق اسقاطاً حقه» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۶۱؛ حکیم طباطبایی، بی‌تا، ص. ۸) و «کل ماکان حقاً قابلٌ للاسقاط» (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸) بیان می‌شود. برخلاف حق، حکم را نمی‌توان اسقاط کرد؛ زیرا اولاً، از مصادیق «تحریم حلال» شمرده می‌شود و ثانیاً، برخلاف حق که اختیارش در دست ذی‌حق قرار دارد، زمام حکم در دست حاکم (شارع یا قانون‌گذار) است نه محکوم‌علیه (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۱۳). در سلب حق نیز به نظر می‌رسد همین اتفاق می‌افتد و رابطه ذی‌حق و مورد حق زایل می‌شود. موارد زیر در تحدیدپذیری شایسته توجه است.

### ۳-۲-۱. حق الناس بودن مورد اسقاط

زمام حق‌الله، وضعاً و رفعاً، به دست شارع مقدس است (مانند تأثیر قاعده «الاسلام یجب ما قبله» بر رفع آثار جرائم حق‌اللهی). از این رو حق‌الله از قلمرو اسقاط‌پذیری خارج است و مواردی مانند جواز عفو توسط حاکم بر اساس ادله و مبانی خاص خود مطرح می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص. ۶۱۴) و اسقاط حق تنها مربوط به

حق الناس است؛ زیرا در حق الناس، در مرحله پیدایش، حق با وضع و جعل شارع به وجود می‌آید، اما رفع آن به دست ذی‌حق است. به دیگر سخن، اگر معلوم شود زمام استمرار موردی، به دست ذی‌حق داده شده، او بر اسقاط نیز مسلط است، اما در جایی که تنها بر مورد حق مسلط باشد و نه اسقاط آن، به نظر می‌رسد که از مجرای اسقاط، خارج است و در قلمرو اباحه قرار می‌گیرد نه حق اصطلاحی. در این باره، در تفاوت اباحه و حق بحث خواهد شد. در ساحت خانواده نیز اگر مواردی وجود داشته باشد که بتوان آن را حق الناس به شمار آورد مانند حق مطالبه، می‌توان اسقاط را در مورد آن پذیرفت و اگر مواردی باشد که حق الله یا حق جامعه یا اشخاص ثالث شمرده شود (مانند حقوق کودکان)، نمی‌توان به اسقاط‌پذیری آن قائل شد و اگر مصداق مورد تردید باشد، با توجه به توقیفی بودن نکاح و غلبه جنبه‌های امری و حکمی، می‌توان مطابق اصل، بر عدم اسقاط‌پذیری نظر داد.

### ۲-۲-۳. مطالبه‌پذیری و وجود من علیه‌الحق

اسقاط تنها به آن دسته از حق الناسی تعلق می‌گیرد که مطالبه‌پذیرند؛ یعنی دارای رکن «من علیه‌الحق» باشند. بنابراین، حقوقی که واجد این رکن نباشند، به علت عدم قابلیت مطالبه، اسقاط‌شدنی هم نیستند. چنان‌که از شیخ طوسی نقل شده است که اسقاط در موردی امکان‌پذیر است که مطالبه در همان مورد امکان‌پذیر باشد و اگر چیزی مطالبه‌شدنی نباشد، قابل «تحلیل و ابرا» هم نخواهد بود (طوسی، ۱۳۷۵ق، ص. ۴۵). بدون وجود «من علیه‌الحق»، ادله مربوط به اسقاط حق که عموماً با لفظ «عفو و تصدق» وارد شده‌اند، وافی به مقصود و استنادشدنی نیستند (آلانی و راغبی، ۱۳۹۹، ص. ۴۶۵).

### ۳-۲-۳. کفایت وجود مقتضی (سبب)

لازم نیست در زمان انشای صریح یا ضمنی اسقاط، مورد حق نیز به‌طور بالفعل مطالبه‌شدنی باشد. همین قدر که سبب دین یا حق موجود باشد یا به تعبیر دیگر، بستر ایجاد حق موجود باشد، از قلمرو اسقاط «مالم یجب» خارج است و می‌توان آن را اسقاط کرد. بنابراین، بر اساس دیدگاهی که استحقاق بر نفقه را حق اصطلاحی

می‌داند<sup>۷</sup>، امکان اسقاط نفقه آینده، ضمن عقد نکاح یا بعد از آن به موجب ایقاع مستقل، وجود دارد.

### ۳-۲-۴. کفایت احراز حق بودن هسته اختیار

ممکن است با تحلیل هسته اختیار، به این نتیجه برسیم که آنچه موضوع اختیار است، درحقیقت، حق اصطلاحی است. در نتیجه، برخلاف برخی دیدگاه‌ها که برای اسقاط‌پذیری هم دلیل مستقلی را از ناحیه قانون‌گذار (شارع) شرط می‌دانند (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۵۲)، «همین قدر که اثبات شود مورد حق اصطلاحی است، برای اسقاط آن کافی است و وجود دلیل مستقل برای امکان اسقاط هر حق لازم نیست» (آلانی و راغبی، ۱۳۹۹، ص ۴۵۸). برای مثال، در مورد نفقه معوق تردیدی وجود ندارد که هسته حق چون تنها جنبه مالی دارد و در رتبه دیون قرار می‌گیرد و مانعی هم برای اسقاط‌پذیری ندارد، از تمام جهات حق شمرده می‌شود و در اسقاط‌پذیری آن تردیدی وجود ندارد، اما در مورد نفقه آینده بر اساس ارتباط آن با مصلحت حفظ خانواده و زوجه، در نظر مشهور (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۷۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۱۳؛ ص ۵۸۹؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ص ۲۵۸) فقیهان امامیه، اسقاط‌پذیر نیست (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۹۲، صص ۲۴-۲۳). استفاده از واژه «عهده» در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی نیز که به قرار گرفتن نفقه در داخل دوگنومه<sup>(۸)</sup> اشاره دارد، استدلال فوق را تأیید می‌کند. برخی محاکم نیز با لحاظ همین جهت، تکلیف مرد به دادن نفقه در عقد دائم را ناشی از حکم قانون و غیرقابل اسقاط می‌دانند و هر قرارداد خلاف تکلیف نفقه را خواه قبل از نکاح یا بعد از آن، باطل تلقی می‌کنند (سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۰۰۱۰۰۳۳۵ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۴).

### ۳-۲-۵. وجود قصد اسقاط و ابراز آن

از آنجاکه اسقاط از جمله اعمال حقوقی است، به موجب قاعده «العقود تابعه للقصود» و نیز به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی، در اسقاط حق نیز اولاً، می‌توان گفت «اسقاط واقع می‌شود به قصد انشا». بنابراین صاحب حق باید قصد قطع ارتباط خود را با آن حق یعنی قصد ساقط کردن آن حق را برای همیشه داشته باشد و تحقق اسقاط به ملاک ماده

۱۹۱ قانون مدنی، اثباتاً منوط است به اینکه «مقرون به چیزی باشد که بر اسقاط دلالت کند»؛ خواه به صورت اسقاط صریح و لفظی و خواه به صورت اسقاط ضمنی و عملی که به دلالت التزامی بر اسقاط حق دلالت داشته باشد. بنابراین، صرف قصد بدون اینکه ابراز شود، در سقوط حق کفایت نمی‌کند.

از جمله پیامدهای سلب حق یا اسقاط آن یا شرط سقوط آن در زمان تشکیل قرارداد، سقوط همیشگی حق است (الساقط لایعود والمعدوم لایعاد). این اثر باعث می‌شود اولاً، حق، دیگر مطالبه‌پذیر نباشد. ثانیاً، دیگر امکان اعمال اراده در مورد حق وجود ندارد. درحقیقت، اسقاط باعث بی‌حق شدن اسقاط‌کننده برای اقدام معارض با مفاد اسقاط است و اگر به‌طور طبیعی، اقدام منافی با اسقاط و سلب و سقوط، به ضرر ذی‌نفع اسقاط باشد، می‌توان آن را باطل (به معنی اعم) و غیرنافذ (به معنی اخص) در نظر گرفت و زمام آن را در اختیار مشروطه (یا ذی‌نفع) قرار داد.

اگر آنچه را در حقیقت حق گفتیم، مینا قرار دهیم و مضمون حق را اختیار و اختیار بر اختیار بدانیم، آنگاه ممکن است «واژه‌ها» و «جملات» در ناحیه استعمال به کیفیتی باشند که معادل حق به کار رود و این تردید را ایجاد کند که استعمال در این موارد از مصادیق استعمال حقیقی است یا استعمال مجازی؟

### ۳-۳. ضرورت توجه به تفاوت‌های جوهری حق و اباحه

به‌رغم شباهت‌های پیش‌گفته که زمینه را برای اشتباه و استنباط‌های نادرست در تشخیص و تطبیق آثار حق و حکم فراهم کرده است، با دقت بیشتر، می‌توان مرزهای مفهومی و حکمی بین حق و اباحه را روشن و از آمیختگی موجود بین این دو مفهوم عبور کرد.

#### ۳-۳-۱. تفاوت در طبیعت و مبنای رابطه شخص با اختیار خود

یکی از مهم‌ترین تفاوت‌هایی که بین حق و اباحه وجود دارد، در طبیعت و مبناست. اختیار در اباحه تنها به‌موجب حکم شرعی و قانونی به اشخاص داده می‌شود و هیچ نوع رابطه اضافی و اعتباری برقرار نمی‌شود. درحقیقت، در اباحه تنها نوعی ترخیص و جواز برای شخص مباح‌گه ایجاد می‌شود نه بیشتر، اما در حق اصطلاحی درحقیقت، بین

شخص حقدار (صاحب حق) و مورد حق (مسلط‌علیه)، نوعی اضافه اعتباری و سلطه تمام‌عیاری ایجاد می‌شود که حتی برخی از آن به «ملک» تعبیر کرده‌اند (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۰۶؛ ایروانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۷۳)؛ چنان‌که در «باب قضا»، کلمه حق بر «ملک»، به اعتبار ثبوتش بر مدعی<sup>۱</sup> علیه نیز صدق می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۳۸-۳۹). این تعبیر نشان‌دهنده بالاترین حد اختیار و درجه سلطه در حق اصطلاحی است که در زیر و در تفاوت دوم اشاره خواهد شد.

### ۳-۲. تفاوت در «حد اختیار» و «درجه سلطه اشخاص»

پاسخ اجمالی که در تفاوت و تمایز بین حق و اباحه می‌توان گفت این است که مابه الامتياز در حق و اباحه همان مابه‌الاشتراک است؛ یعنی همان عاملی که بین حق و اباحه مشابهت ایجاد کرده، همان هم باعث ایجاد تمایز جوهری شده است. در بیان مشابهت‌های بین حق و اباحه، از وجود «اختیار» سخن گفتیم. در متن و بطن اختیار، گونه‌ای سلطه وجود دارد؛ یعنی شخصی که به او اختیاری داده می‌شود اعم از اینکه ناشی از منبع حق باشد یا حکم شرعی و قانونی اباحه، او بر فعل یا ترک فعل تسلط دارد. در مورد این تسلط تا این اندازه و تا این مرحله، بین حق و اباحه تفاوتی وجود ندارد. درحقیقت، مسلط‌علیه در حق و اباحه در این سطح از مقایسه، یکسان است. پس تفاوت واقعی در کجاست؟ پاسخ را دقیقاً از همین فعل یا ترک فعل می‌توان یافت. درحقیقت، پاسخ این پرسش، در درجه‌بندی سلطه نهفته است. به این معنا که «یک درجه از اختیار»، «آزادی اشخاص در امکان انتخاب بین فعل یا ترک فعل» است که این درجه از آزادی و اختیار، بین حق و اباحه مشترک و عامل مشابهت است، اما اگر افزون‌بر اختیاری که در این اندازه و در این درجه برای اشخاص لحاظ شده است، اختیار و تسلط بالاتری نیز برای شخصی وجود داشته باشد، به‌طوری‌که مسلط‌علیه در مرحله دوم تحت اختیار و سلطه قرار داشته باشد، یک سلطه دوم‌مرحله‌ای شکل گرفته است و مورد تردید، از قلمرو اباحه خارج و در قلمرو حق وارد می‌شود. به تعبیر فنی‌تر، در اباحه، تنها اختیار وجود دارد، اما در حق، «اختیار» و «اختیار (سلطه) بر اختیار» وجود دارد. بنابراین، در حق سلطه‌ای که وجود دارد، دودرجه‌ای است و خود اختیار نیز تحت اختیار و سلطه شخص قرار می‌گیرد.

بنابراین، اسقاط‌پذیری مهم‌ترین وجه تمایز حق از اباحه است. آثار عملی این تمایز در تفاوت‌های دیگر روشن می‌شود.

برای مثال، هرگاه ماهیت اختیار مرد در طلاق دادن زن یا در رجوع به زن در طلاق رجعی، محل اختلاف و تردید واقع می‌شود، اگر این اختیار، سلطه تمام‌عیار وی بر این اختیار باشد، به‌گونه‌ای که هر دو درجه پیش‌گفته از اختیار را با خود داشته باشد، هم بعد از عقد و هم در ضمن عقد اسقاط‌پذیر خواهد بود و به طریق اولی، تحدید این حق (شرط عدم استفاده از حق) نیز درست به نظر می‌رسد، اما اگر این قبیل اختیارات در راستای تنظیم و تنسیق طلاق و در راستای مصالح مهمی مثل استحکام خانواده باشد و گفته شود انحلال نکاح و شیوه‌ها و احکام مرتبط با آن توقیفی است، در این صورت از قبیل حکم و در رتبه اباحه و جواز و نوعی ترخیص محض باشد، طبعاً مرد تنها حق دارد عندالافتضا از این امکان یا امتیاز استفاده کند، اما نمی‌تواند در خود این حق تصرف کند. در واقع، امتیازی که برای زوج در اینجا مقرر شده، به‌موجب حکم شرعی و قانونی بوده و اسقاط‌ناپذیر است. بنابراین، شرط اسقاط، شرط سقوط و نقل آن به دیگری (زوجه) جایز نیست و چنین اقدامی به لحاظ مخالفت با حکم (قواعد امری) باطل و التزام‌ناپذیر است.

### ۳-۳-۳. تفاوت در «حد تحدید»

در بررسی مشابهت‌های حق و اباحه گفته شد که فی‌الجمله هم حق و هم اباحه، تحدید‌پذیر است، اما تفاوت این دو در دامنه تحدید‌پذیری است. در اباحه، مباح‌گه می‌تواند با شرایطی به صورت موقت و جزئی، از اختیاری که وجود دارد، صرف‌نظر کند. اباحه، مثل دیگر احکام، قابل اسقاط نیست و مباح‌گه اختیاری بر اسقاط اختیار خود ندارد، اما در حق اصطلاحی، امکان اسقاط و صرف‌نظر از کل حق وجود دارد. منظور از کل حق، همان حقی است که در یک مورد خاص یا در یک رابطه خاص پدید می‌آید نه کلی حق؛ زیرا سلب و اسقاط حق به‌طورکلی، حتی آن مواردی که در زمره حق اصطلاحی است، اسقاط‌پذیر نیست، بلکه باید در روابط خاص و به صورت موردی نمود یابد و تمام این حق نمود یافته برخلاف اباحه، قابل اسقاط است. برای مثال، اگر خانم «الف» با شخص «ب» ازدواج کند، اختیار مرد در ازدواج مجدد، چون

از قبیل اباحه است، اسقاط‌پذیر نیست، اما در همین رابطه زن و مرد می‌توانند کل اختیارات ناشی از عیب را از خود سلب و اسقاط کنند یا عمل سلب و اسقاط را تنها در بخشی از حقوق خود اعمال کنند. به‌رحال، تفاوت بین کل و کلی روشن است و به توضیح بیشتر نیاز ندارد.

بنابراین، حکم (و به‌تبع، جواز، اختیار، ترخیص و امتیاز ناشی از آن) قابل اسقاط نیست و وضع و رفع آن در ید شارع است. از همین رو نیز به حقوق‌الله تعبیر شده است، اما حق، حتی وضع و تأسیس آن هم به‌موجب ادله شرعی بوده، اما رفع آن به دست ذی‌حق داده شده است. بنابراین، در حق و اباحه، وصف ترخیصی بودن وجود دارد، اما بین این دو ترخیص تفاوت بسیار است از جمله اینکه «ترخیص در اباحه» تنها «ترخیص محض» است و شبیه آنچه در اختیار گفته شد، در اینجا هم می‌توان بیان کرد؛ یعنی بر اساس دیدگاهی که به تمایز بین حق و اباحه باور دارد، در اباحه، ترخیص محض وجود دارد و خود ترخیص، در قلمرو تصرف مباح قرار ندارد در حالی که در حق اصطلاحی، بین شخص حق‌دار و ترخیص، نوعی رابطه اضافه اعتباری وجود دارد که زمام آن به‌صورت کامل در اختیار اوست و به‌تعبیری ملک او شمرده می‌شود. حتی در دیدگاهی که حق را نیز در زمره احکام وضعی می‌داند، اباحه، حکم تکلیفی ترخیصی اسقاط‌ناپذیر و حق، حکم وضعی اسقاط‌پذیر است. بنابراین، این تفاوت در همه دیدگاه‌های پیش‌گفته پذیرفته شده است. از منظر «امتیاز» بودن هم همین شکل از تحلیل پذیرفتنی است؛ یعنی امتیازی که در اباحه وجود دارد، تنها از طرف مباح قرار گرفتن بهره‌برداری است، اما این‌گونه نیست که وی بتواند موقعیت ممتازی را که دارد از خود سلب کند، اما امتیازی که در حق اصطلاحی وجود دارد، هم صاحب حق را نسبت به بهره‌برداری از امتیاز، متمکن می‌کند و هم این امکان را به او می‌دهد که از این امتیاز، صرف‌نظر کند، آن را از خود سلب یا اسقاط کند.

برای مثال، ممکن است اختیار مرد در دادن طلاق از جنبه نقل‌پذیری (تفویض) یا اسقاط‌پذیری مورد تردید قرار گیرد. منشأ تردید هم این است که آیا این اختیار تنها اباحه یا جواز حکمی است یا از مصادیق حق اصطلاحی است؟ همین پرسش در جواز رجوع مرد در طلاق رجعی یا جواز رجوع زن به فدیة، اولویت زن یا مرد در

حضانت کودکان، حق بر فرزندخواهی، ازدواج مجدد و ده‌ها مورد دیگر در ساحت خانواده مطرح می‌شود.

### نتیجه‌گیری

۱. به دلیل استفاده قانون‌گذار از واژه‌هایی که هم در هسته حق اصطلاحی قرار دارد و هم در هسته اختیار مانند توانایی بر فعل و ترک فعل، مصداقی از ابهام و گاه نیز نوعی مغالطه اشتراک لفظ مجاز مبتنی بر استعمال اعم شکل می‌گیرد و به تدریج، در مرزهای مفهومی و جنبه‌های مصداقی حق، اختیار و جواز، اجمال ایجاد می‌کند. در تحلیل‌هایی که به بیان نفوذ اراده و حدود تصرف اشخاص مربوط می‌شود، لازم است از این دست اجمال‌ها و مغالطه‌ها عبور و با معیارهای دقیق، ابعاد مفهومی و مصداقی حق و اختیار را روشن کرد.
۲. دلیل بروز اجمال در مفهوم یا بروز مفهوم مجازی برای حق، مشابهت آن با اباحه است. این مشابهت در دو جهت به‌عنوان قرینه عمل می‌کند و معنای مجازی را رقم می‌زند. نخست، وجود اوصافی مانند «جواز»، «اختیار»، «ترخیص» و «امتیاز» در هر دو مورد است. درحقیقت، هم در حق اصطلاحی و هم در اباحه، اشخاص «می‌توانند»، با «اختیار»، جانب «فعل و ترک فعل» را «انتخاب کنند». دوم، تحدیدپذیری فی‌الجمله در حق و اباحه است با این تفاوت که در اباحه، با قید موقتی بودن و جزئی بودن همراه است.
۳. برای عبور از این قبیل مجازها باید به عناصر فارق این دو مفهوم توجه کرد. تکیه بر هسته اختیار و اوصافی که به تمایز مفهوم حقیقی حق از مفهوم مجازی آن می‌انجامد، چاره کار است و در این باره، به چند جنبه مهم می‌توان توجه کرد. نخست اینکه، در اباحه تنها نوعی ترخیص و جواز برای شخص مباح‌له ایجاد می‌شود نه بیشتر، اما در حق اصطلاحی، درحقیقت، بین شخص حقدار (صاحب حق) و مورد حق (مسلط‌علیه) نوعی اضافه اعتباری و سلطه تمام‌عیار ایجاد می‌شود. تعبیر به ملک در این موارد به همین نکته اشاره دارد. دوم، تفاوت در حد اختیار و درجه سلطه اشخاص است. درجه‌ای از تسلط که همان آزادی در انتخاب فعل و ترک فعل است، بین حق، اباحه و جواز اقدام مشترک است و



گفته شد که یکی از عوامل بروز اشتراک و حتی بروز معنای مجازی است و درجه‌ای از تسلط، بالاتر و کامل‌تر از این سلطه است که همان، سلطه بر اختیار و تسلط بر سلطه اول است؛ یعنی «سلطه بر سلطه» یا «اختیار بر اختیار» که ویژه حق است و بدین ترتیب، در اباحه و جواز تنها اختیار وجود دارد، اما در حق اصطلاحی، «اختیار» و «اختیار (سلطه) بر اختیار» وجود دارد. اسقاط‌پذیری حق، بر همین نکته فنی متکی است.

۴. در مفهوم حقیقی حق، اسقاط‌پذیری فارق قطعی با مفاهیم مشابه است و مواردی مانند تحدید‌پذیری، تعهد‌پذیری، مطالبه‌پذیری و تجزیه‌پذیری با توجه به عوامل میدانی مانند حق‌الناس بودن، وجود من‌علیه‌الحق، وجود مقتضی (سبب) وجود و ابراز قصد اسقاط بررسی می‌شود.

#### یادداشت‌ها

۱. «قد اشتهر بینهم أن المجاز هو استعمال اللفظ فی غیر ما وضع له بعلاقة معتبرة مع قرینة معاندة» (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۰۲).
۲. فإنَّ حمل العامِّ علی الخاصِّ استعمال مجازی و إبقاؤه علی عمومه حقيقة و لا يجوز العدول إلى المجاز مع إمكان الاستعمال علی وجه الحقيقة (عاملی) (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۱۵۷). بناء علی أن استعمال اللفظ فی بعض أفراده هو استعمال مجازی، فالاستعمال المذكور إذا كان حقیقياً أولی، لأنَّ المجاز بحاجة إلى قرینة و الأصل عدمها (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۲۱۰).
۳. المتجاوز لم يتصرف فی تأسيس الواضع و جعله. أعنی به ربط اللفظ بالمعنی - و إنما تصرف فیما یرجع إلى المستعمل نفسه. أعنی به تطبیق ذلك المعنی الذی وضع اللفظ له علی ما لیس من مصادیقه فی الواقع لفائدة ما - و أمر تطبیق المعانی الكلية علی مصادیقها لا یرجع إلى الواضع كما أن تطبیق الموضوعات ذات الأحكام الشرعية علی مصادیقها لا یرجع أمره إلى الشارع بل إلى نظر المكلف فی الثانی و إلى نظر المستعمل فی الأول (آملی، ۱۳۲۹، ج ۱، ص. ۸۷).
۴. احکام تکلیفی پنج قسم است؛ واجب، حرام، مکروه، مستحب و مباح.
۵. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
۶. ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: «عده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند؛ اگرچه تمام یا قسمتی

از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر شده [است] پرداخت شده باشد. بنابراین، هریک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده [باشد] می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کند یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی کند».

۷. در پایگاه اطلاع‌رسانی یکی از مراجع معاصر (آیت‌الله مکارم شیرازی) در پاسخ به برخی استفتائات، نفقه حق دانسته شده است. پرسش: آیا نفقه زوج حق است یا حکم و آیا می‌توان شرط اسقاط نفقه کرد؟ پاسخ: نفقه زوج حق است و می‌توان آن را اسقاط کرد به صورت شرط ضمن عقد یا بدون آن. پرسش: اگر دختری هنگام خواستگاری به همسرش گفته باشد که بعد از ازدواج نفقه نمی‌خواهم و حال از حرفش پشیمان شده باشد و نفقه خود را بخواهد، می‌تواند چنین ادعایی داشته باشد یا خیر؟ پاسخ: اگر هنگام عقد چنین تعهدی را کرده باشد، باید طبق آن عمل کند، اما تعهد قبل از عقد تأثیری ندارد مگر عقد مبنی بر آن خوانده شده باشد.

#### کتابنامه

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۹ق). کفایة‌الاصول (جلد ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی.  
 Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (1419). Kifayeh al-Asul, vol.3, Qom: Islamic Publishing House.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب (جلد ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- Akhund Khorasani Rasani, Mohammad Kazem (1406). Makasib margin, Tehran, Ministry of Culture and Islamic Guidance.
- آملی، میرزاهاشم (۱۳۲۹). بدایع‌الافکار فی‌الاصول (جلد ۱). نجف: مطبعة‌العلمیة.  
 Amoli, Mirza Hashim (1329). Bada'i' al-Afkar fi al-Usul, Vol.1, Part Najaf: Al-Ilmiya Press.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی (ج ۱)، تهران: انتشارات اسماعیلیان  
 Emami, Seyyed Hassan (2006). Civil Law (Vol. 1), Tehran: Ismailian Publications.
- ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهدب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
 Ibn Baraj, Abd al-Aziz (1406). Al-Mohazab, Qom: Islamic Publications Office.
- ابن درید، محمد (۱۹۸۸م). جمهرة‌اللغة (جلد ۲). بیروت: دارالعلم للملایین.  
 Ibn Duraid, Muhammad (1988). Jamharat al-Lughah, Vol. Beirut: Dar al-Ilm lil-Malayin.
- ازهری، محمد (۱۴۲۱ق). تهذیب‌اللغة (جلد ۳). بیروت: دار احیاء‌التراث العربی.  
 AzHari, Muhammad (1421). Tahdhib al-Lughah, Vol.3, Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi.

اصفهان، ابوالحسن (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخميني. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

Esfahani, Abul Hasan, (1422). Vasilat Al-Najat with the Margins of Imam Al-Khomeini, Qom: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini.

اصفهان، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب (عباس محمد آل‌سبغ قطیفی، مترجم) (جلد ۱). قم: انوارالهدی.

Isfahani, Muhammad Husayn (1418). Makasib margin (Abbas Muhammad Aale Saba' Qatifi, translator), Qom: Anwar Al-Hoda publishing house.

اصفهان، محمدرضا (۱۴۱۳ق). وقایة الاذهان. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم‌السلام).

Isfahani, Mohammad Reza (1413). Veghayat al-Azhan, Qom: Al-AiBayt Foundation.

الانی، زهرا؛ و راغبی، محمدعلی (۱۳۹۹). «بررسی تحلیلی ماهیت اسقاط حق و آثار مترتب بر آن». پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۳، صص. ۴۶۷-۴۴۷.

Alani, Zahra Mohammad Ali Raghebi (1399). Analytical study of the nature of forfeiture of rights and the effects of those jurisprudence researches, Volume 16, Numer 3, pp. 447-467.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). المکاسب (جلدهای ۵ و ۶). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

Ansari, Murtaza (1415). al-Makasib (Volumes 5 and 6). Qom: Islamic Thought Complex.

ایروانی، علی (۱۳۷۳). حاشیه مکاسب (جلد ۱). بی‌جا: بی‌نا.

Irvani, Ali (1373). Makasib margin, Vol. 1, Non place: Non publication.

ایزدی فرد، علی‌اکبر؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ و ادبی فیروزجایی، رزاق (۱۳۹۲). «وضعیت حقوقی شرط عدم نفقه در نکاح دائم». آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۵، شماره ۸، صص. ۲۶-۳.

IzadiFard, Ali Akbar, Mohseni Dehkalani, Mohammad; Adabi Firouzjaei Razzaq (1392). legal status of condition Non-maintenance in marriage, The teachings of civil jurisprudence, Volume 5, Issue 8, pp. 26-3.26.

بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (جلد ۱). قم: الهادی.

Bojnourdi, Seyyed Mohammad Hassan (1419). The Rules of Jurisprudence, Vol. 1, Qom: Al-Hadi.

بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (جلد ۱). تهران: منشورات مکتبه‌الصادق.

Bahr al-Ulum, Seyyed Mohammad (1403). Balaghat al-Faqih, Vol. 1, Tehran: Publications of the Library of Sadiq.

پروین، خیرالله؛ و مبصری، بهنام (۱۳۹۶). «بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۴۷، شماره

۲، صص. ۳۷۷-۴۱۰.

Parvin Ghairullah Mobsari, Behnam (1396). Examining the relationship between legal hermeneutics and the interpretive opinions of the Guardian Council, Tehran University Public Law Studies Quarterly, Volume 47, Issue 2, pp. 410-377.

تبریزی، جواد (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.

Tabrizi, Javad (1416). Guidance of the Student to the Commentary on Al-Makasib, Vol.2, Qom: Ismailian.

ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة (جلد ۷). قم: دارالفقه للطباعة والنشر.

Tarhini Ameli, Sayyid Muhammad Husayn (1427). Al-Zubdah Al-Fiqhiyyah in Explaining the Al-Rawdaht Al-Bahiyah, Vol.7, Qom: Dar Al-Fiqh for Publishing.

تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۹). «تأملی بر ابعاد حقوقی و سیاستی لوائح قضایی». مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴ شماره ۱۰۹، صص. ۲۱-۱.

Tungestani, Mohammad Qasim (1399). "Hesitation on the Legal and Political Dimensions of Judicial Bills." Justice Legal Journal, Volume 84, No. 109, pp. 1-21.

تهانوی، محمدعلی (۱۹۹۶م). موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلم (رفیق العجم، محقق). بیروت: مكتبة ناشرون.

Tahanavi, Mohammad Ali (1996). Encyclopedia of the Kashaf of the Terminology of Arts and Sciences, edited by Rafiq al-Ajam, Beirut: Publications of Nasheroon.

جزایری، سیدمحمدجعفر (بی تا). نظرة فی الحقوق احكامها و اقسامها. قم: بی نا.

Jazairi, Seyyed Mohammad Ja'far Maruj (n.d). A Look at Rights, Their Rulings and Divisions, Qom: n.p.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش

Jafari Langroodi, Mohammad Jafar (2008). Legal Terminology, Tehran: Ganj Danesh Publications.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). تأثیر اراده در حقوق مدنی (جلد ۳). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1392). The Effect of Will in Civil Rights, Volume3, Tehran: Ganj Danesh Publications.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲). حق و تکلیف در اسلام. قم: اسرا.

Javadi Amoli, Abdullah (1392). Rights and obligations in Islam, Qom: Asra.

حکیم طباطبایی، سیدمحسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: ۲۲ بهمن.

Hakim Tabatabai, Seyyed Mohsen (n.d). Nahj al-Faqahat, Qom: Publications 22.Bahman.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۰۴ق). مبادئ الاصول. بی جا: مكتبة الاعلام الاسلامی.

Allame Helli, Hassan bin Youssef (1404). Mabai al-Osul, N.p: published in the Islamic Media Library.

حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Hilli (Allamah), Hassan ibn Yusuf (1413 AH). Rules of Jurisprudence. Qom: Islamic Publications Office.

خطیب قزوینی، محمدبن‌عبدالرحمان (۲۰۱۹م). تلخیص‌المفتاح (جلد ۱). لبنان: مکتبۃ‌البشری.

Khatib Qazvini, Muhammad Bin Abdur Rahman (2019). Talchis al-Muftah, Volume1, Lobnan: Library of Al-Boshra.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۴ق). تحریر‌الوسیله (علی‌اسلامی، مترجم) (جلدهای ۱، ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Khomeini, Seyyed Ruhollah (1424), Tahrir Al-Wasila, translated by Ali Islami, vol1,2and3, Qom Islamic Publications Notebook.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۹ق). الرسائل (مجتبی‌تهرانی، تقریر) (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.

Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (1419). Al-Rasael, Mojtabi Tehrani's edition, vol.1, Qom: Ismailian Publication.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب‌البیع (جلدهای ۱، ۴ و ۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

Khomeini, Sayyid Ruhollah (1421). The Book of Sale, Vol.1, 4,5, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Works Imam Khomeini.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). مناهج‌الوصول (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

Imam Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (1415). Manahaj al-wosul, Vol.1, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Works Imam Khomeini.

خوانساری، موسی (۱۴۱۸ق). منیة‌الطالب فی شرح‌المکاسب (میرزا محمدحسین نایینی، تقریرات) (جلد ۱). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.

Khawansari, Musa (1418), Khawansari, Musa (1418). Maniyat al-Talib fi Sharh al-Makasab (The Writings of the Nayini Mizra Lectures), Qom: Islamic Publishing Foundation.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح‌الفقاهة (جلد ۶). بیروت: دارالهادی.

Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1412). Misbah al-Fighahah, vol. 6, Beirut: Dar al-Had.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح‌الاصول (جلدهای ۱ و ۲). قم: مکتبۃ‌الداوری.

Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1417). Miisbah al--Usul, vol.1,2, Qom: Al-Dawari Library.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح‌الفقاهه (محمدعلی توحیدی تبریزی، تقریر) (جلد ۲). قم: مکتبۃ‌الداوری.

Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1377). Misbah al-Fighaha, with the report of Muhammad Ali Tohidi, vol.2, Qom: Al-Dawari Library.

- خویی، ابوالقاسم (بی تا). مصباح الاصول (جلد ۲). قم: مکتبه الداوری.
- Musavi Khoiy, Abu al-Qasim (n.d). Misbah al-Usul, Vol. , Qom: Davari Library.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). المحصول فی علم الاصول (سید محمود جلالی مازندرانی، تقریر) (جلد ۴). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- Subhani Tabriz, Ja'far (n.d). Al-Mashul fi ilm al-Usul, by Seyed Mahmoud Jalal, Mazandrani, Vol. 4, Qom: Imam Sadeq Foundation.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۹). المبسوط فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- Subhani Tabriz, Ja'far (1389), Al-Mabsut fi Usul al-Fiqh, Qom: Imam Sadiq Foundation Publications.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳). کفایة الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Sabzevari ,Muhammad Baqir (1423). Kifayat al-Ahkam, Qom: Islamic Publications Office.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (ج ۲۵). قم: مؤسسه المنار.
- Sabzevari, Seyyed Abdul Ali (1413). Mahezab Al-Ahkam Qom: Al Manar Institute.
- سکاکي، ابویعقوب یوسف بن ابوبکر (۱۴۲۰ق). مفتاح العلوم. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- Sakaki, Abu Ya'qub Yusuf ibn Abu Bakr (1420). Miftah al-'Ulum, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- شبییری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (زنجانی) (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- Shubayri Zanjani, Seyyed Musa (1419). Book of Marriage (Volumes 1 and 24). Qom: Ra'ipardaz Research Institute.
- شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف المرتضی (جلد ۲). قم: دارالقرآن الکریم.
- Sharif al-Mortaza, Ali bin Hossein (1405). Letters of al-Sharif al-Mortaza (Volume 2). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
- شیرازی، صدرالدین (ملاصدرا) (۱۹۸۱م). الحکمه المتعالیه فی اسفار العقلیه (جلد ۶). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- Shirazi, Sadr al-Din (Mulla Sadra) (1981). Al-Hikmah al-Mutala'iyah fi Asfar al-'Aqliyyah (Volume 6). Beirut: Dar al-Ahya' al-Turah al-Arabiyyah.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
- Shahidi, Mehdi (1380). formation of contracts and obligations, Tehran: Majd.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
- Shahidi, Mehdi (1387). Conditions included in the contract, Tehran: Majd.
- صاحب، اسماعیل (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (جلد ۲). بیروت: عالم الكتاب.
- Sahib, Ismail (1414). Al-Muheet fi al- Language, Vol.2, Beirut: Alam Al-Kitab.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق). مباحث الاصول (جلد ۳). قم: دارالبشیر.
- Sadr, Muhammad Baqir (1408). Investigations of Principles, vol.3, Qom: Dar Al-Bash.

- صدر، سیدمحمد (۱۴۲۰ق). ماوراء‌الفقه (جلدهای ۳ و ۸). بیروت: دارالاضواء.
- Sadr, Sayyid Muhammad (1420 AH). Ma'wra' al-Fiqh (Volumes 3 and 8). Beirut: Dar al-Adwa.
- صفایی، حسین (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- Safaei, Hossein (1389). General Rules of Contracts, Tehran: Mizan Publication.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن (بی‌تا). نهج‌الفقاهه. قم: ۲۲ بهمن.
- Tabatabai Hakim, Seyyed Mohsen (n.d). Nahj al-Faqaeh, Qom: Publications Bahman22.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۰ق). حاشیه‌المکاسب (جلدهای ۱ و ۲). قم: اسماعیلیان.
- Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1410). Hashieh al-Makaseb, vol.1 and2, Qom: Ismailian.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (بی‌تا). ملحقات عروء‌الوثقی (جلد ۲). قم: مکتب دآوری.
- Tabatabaei Yazdi, Mohammad Kazem (n.d). Molhahjat Urwa Al-Wosgha, Volume2, Qom: Maktab Davari.
- طبرسی، فضل‌بن‌حسن (۱۴۲۵ق). مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۱). بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- Tabarsi, Fadhl bin Hassan (1425). Majma' al-Bayan fi Tafsir al-Quran, Vol.1, Beirut: Al-A'lami Foundation.
- طوسی، محمد (۱۳۷۵ق). الاقتصاد‌الهادی الی طریق‌الرشاد. تهران: کتابخانه جامع چهل‌ستون.
- Tusi, Muhammad (1375). Al-Iqtisad-ul-Hadi ela Tariq al-Rashd. Tehran: Chehelsotun General Library.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، الف). الخلاف (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Tusi, Muhammad (1407). Al-Khalaf, vol.4, Qom: Islamic Publications Notebook.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، ب). تهذیب‌الاحکام (حسن موسوی خراسان، مصصح) (جلد ۱۰). تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- Tousi, Muhammad (1407). Tahdeeb al-Ahkam, correction - Hasan Mousavi Khorsan, vol.10, Tehran: Dar al-Kitab al-Islameieh.
- طوسی، محمد (۱۴۰۰). النهایه فی مجردالفقه والفتاوی. بیروت: دارالکتاب‌العربی.
- Tusi, Muhammad (1400). Al-Nahiyeh in Magdr al-Fiqh and Fatawi. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی (بی‌تا). القواعد والفوائد (ج ۲). قم: کتاب‌فروشی مفید.
- Ameli (martyr (first)), Muhammad bin Makki (n.d). al-Qasas wa al-Qawaed, vol.2, Qom: Mofid Book Store.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین‌بن‌علی (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام الی تنقیح شرایع‌الاسلام (جلد ۵). قم: مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیه.
- Amli, Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1413). Masalik al-Afham ila Tanqih

- Sharia'i' al-Islam, Qom: Islamic Knowledge Foundation.  
 عراقی، آقاضیاءالدين (۱۴۱۴ق). شرح تبصره المتعلمين (جلد ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
 Iraqi, Aqa Zia al-Din (1414). Commentary on the book Tabser al-Mu'talimin (Volume 5). Qom: Islamic Publications Office.  
 غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق، الف). حاشیه المکاسب (جلد ۱). قم: دارالذخائر.  
 Gharavi Esfahani, Muhammad Hossein (۱۴۱۸a). Hashieh al-Makasab, vol. Qom: Dar al-Zakhair.  
 غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق، ب)، رساله فی تحقیق الحق والحکم. چاپ ۱، قم: انوارالهدی.  
 Gharavi Esfahani, Muhammad Hussein (1418 b). Treatise on the Investigation of Right and Duty. 1st edition, Qom: Anwar al-Huda.  
 غروی نایینی، میرزامحمدحسین (۱۴۲۴ق). منیة الطالب فی شرح المکاسب (موسی خوانساری، تقریر) (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.  
 Naini, Mirza Mohammad Hussein Gharwi(1424). Monyat al-Talib fi Sharh al-Makasb, Written by Musa Khansari, Qom: Islamic Publications Office.  
 غروی نایینی، میرزامحمدحسین (۱۴۰۴ق). فواید الاصول (جلد ۴). بی‌جا: نشر اسلامی.  
 Naini, Mirza Mohammad Hussein(1404). Fawaeid al-Asu 1, N. p: Publishing Islam.  
 فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶). کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.  
 Fadhil Hindi, Muhammad (1416). Kashf al-Letham wa al-Abham an-Qawa'id al-Ahkam, Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.  
 فراهیدی، خلیل (۱۴۱۰ق). کتاب العین (جلد ۲). قم: هجرت.  
 Farahidi, Khalil (1410). Kitab al-Ain, vol. , Qom: Hijrat.  
 قدسی، احمد (۱۴۱۶ق). انوار الاصول (جلد ۳). قم: نسل جوان.  
 Qudsi, Ahmad (1416), Anwar al-Asul, vol, Qom: Nasl Javan.  
 قنواتی، جلیل؛ جاور، حسین؛ و جعفری هرنندی، مهشید (۱۳۹۲). «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم». فقه و اصول، دوره ۴۵، شماره ۱، ص. ۵۳-۶۷  
 Qanavati, Jalil; Javar, Hossein; and Jafari Harandi, Mahshid (۱۳۹۲). "A Study of the Viewpoint of Mohaqiq Isfahani on Ownership, Rights, and Duties." Jurisprudence and Principles, Volume 45, Issue 1, pp. 53-67.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.  
 Katouzian, Nasser(1390). Philosophy of Law, Volume3, Tehran: Publishing Company.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). حقوق مدنی خانواده (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.  
 Katouzian, Nasser (1391). Family Civil Rights , Tehran: Publishing Company.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت



سهامی انتشار.

Katouzian, Nasser (1382). Introduction to the science of law and study in Iran's legal system, Tehran: Sahami Company.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.

Katouzian, Nasser (1390). Philosophy of Law, Vol3, Tehran, Publishing Company.

کاشف‌الغطا، حسن‌بن‌جعفر (۱۴۲۲ق). انوارالفقاهه (کتاب الطلاق). نجف: مؤسسه کاشف‌الغطا.

Kashef al-Ghita', Hassan bin Ja'far (1422), Anwar al-Fiqhaha (Book of Divorce), Najaf : Kashef al-Ghita' Foundation.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. چاپ ۲، تهران: نشر علوم اسلامی.

Mohagheq Damad, Seyed Mostafa (1388). General Theory of Terms and Obligations. In Islamic Laws, Tehran: Olum Publishiing.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلدهای ۱ و ۲). تهران، نشر علوم اسلامی.

Mohaghig Damad, Seyyed Mustafa (1406). Rules of Jurisprudence, Tehran, Islamic Science Publishing House, Vol2.

محمدحسینی، صدیقه؛ و نقیبی، سیدمهدی (۱۴۰۰). «نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای فقهای امامیه». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی. دوره ۲۲ شماره ۲، ص. ۴۴۴-۴۱۳

Mohammad Hassani, Sediqah; and Naqibi, Seyyed Mahdi (1400). "Criticism and Study of the Definition of the Right to Be Together at Night in the Opinions of Imamiyyah Jurists". Journal of Islamic Law. Volume 22, No. 2, pp. 413-444.

محمود، عبدالرحمان (۱۹۹۱م). معجم‌المصطلحات والالفاظ الفقهیه (جلد ۲). بی‌جا: بی‌نا.

Mahmoud Abdel Rahman (1991), Dictionary of Jurisprudential Terms and Words, Vol, Non place: Non publication.

مروارید، علی‌اصغر (۱۴۱۰ق). سلسله‌النبایع‌الفقهیه (جلد ۱). بیروت: مؤسسه فقه‌الشیعه/الدارالاسلامیه.

Morvarid, Ali Asghar (1410). Selselat al-Yanabi al-Feghheyah, vol. Beirut: Al-Shia Jurisprudence Foundation, Dar al-Islamiyyah.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن‌الکریم (جلد ۲) تهران: مرکز‌الکتاب.

Mostafavi, Hassan (1402). Investigation into the Words of the Holy Quran (Volume 2), Tehran: Markaz al-Kitab.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۳ق)، انوارالفقاهه (جلد ۳). قم: مدرسه امیرالمؤمنین.

Makarem Shirazi, Nasser (1413). Anwar al-Faqaha, vol, Qom: School of AmiralMu'minin.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق). القواعدالفقهیه (جلد ۲). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب.

Makarem Shirazi, Nasser (1418). Rules of Jurisprudence (Volume 2). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب‌النکاح (جلدهای ۱، ۴ و ۶). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب.

Makarem Shirazi, Nasser (1424). The Book of Marriage (Volumes 1, 4, and 6).  
Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.

ممقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق). نه‌ایه‌المقال فی تکمله غایه‌الآمال. قم: مجمع‌الذخائر الاسلامیه.

Mamqani, Abdullah (1350). Nahayat al-Maghal fi Takmalat Ghayat al-Amal. Qom:  
Majma' al-Zakhayer al-Islamiyyah.

نصری، عبدالله (۱۳۹۲). «جبر و اختیار از دیدگاه علامه طباطبائی». حکمت و فلسفه، دوره ۹  
شماره ۳۶، صص. ۷۱-۸۲.

Nasri, Abdullah (1392). Predestination and discretion from the point of view of  
Allameh Tabatabai, Wisdom and Philosophy, Volume 9, No. 36, pp. 71-82.

## تحلیل فقهی مالکیت زمین شهری و ضوابط واگذاری آن

محمد نایب حقیقی\*

حسین زمانیان\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

مسکن یکی از اصلی‌ترین نیازهای خانواده در بستر اجتماع است که عدم رفع آن، مسائل و مشکلات عدیده‌ای در ابعاد مختلف زندگی اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، تربیتی و حتی سیاسی جامعه خواهد داشت. یکی از اصلی‌ترین ارکان تأمین مسکن، زمین آن است. داده‌های آمایش سرزمینی، وجود زمین به‌اندازه کافی در کشور را تأیید می‌کند، اما مدیریت دولت بر زمین‌های موجود و چگونگی تخصیص آن‌ها به‌گونه‌ای نبوده است که مشکل تأمین زمین مسکن را حل کند. به نظر هر ایده‌ای که برای دولت در راستای سامان‌دهی به زمین مسکونی مطرح شود، مبتنی بر مالکیت زمین‌ها و ضوابط واگذاری آن است. از این‌رو مسئله اصلی این پژوهش، تبیین و تحلیل فقهی مالکیت زمین و ضوابط واگذاری آن است. از آنجاکه این مسئله، مسئله‌ای هنجاری است، نگارندگان معتقدند که دانش فقه است که صلاحیت پرداختن به این مسئله را دارد. در این پژوهش سعی شده است با روش کتابخانه‌ای اطلاعات لازم در باره موضوع گردآوری و با روش اجتهادی و فقهی تحلیل شود. به نظر، با تحلیل این اطلاعات به دست می‌آید که اختیار زمین‌های موجود و قابل استفاده در مسکن‌سازی از آن دولت است و دولت می‌تواند آن‌ها را در اختیار افرادی قرار دهد که می‌توانند در این زمین‌ها مسکن بسازند و در عوض از آن‌ها خراج دریافت کند؛ البته دولت نمی‌تواند این زمین‌ها را بلاعوض یا معوض به تملیک شخصی درآورد و باید جنبه مالکیت عمومی این زمین‌ها برای همیشه باقی بماند.

### واژگان کلیدی

مالکیت، زمین شهری، فقه، مسکن، مالکیت عمومی.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و اقتصاد، دانشکده معارف اسلامی و اقتصاد، دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.  
haghighi.4537@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
hosseini93@gmail.com

## مقدمه

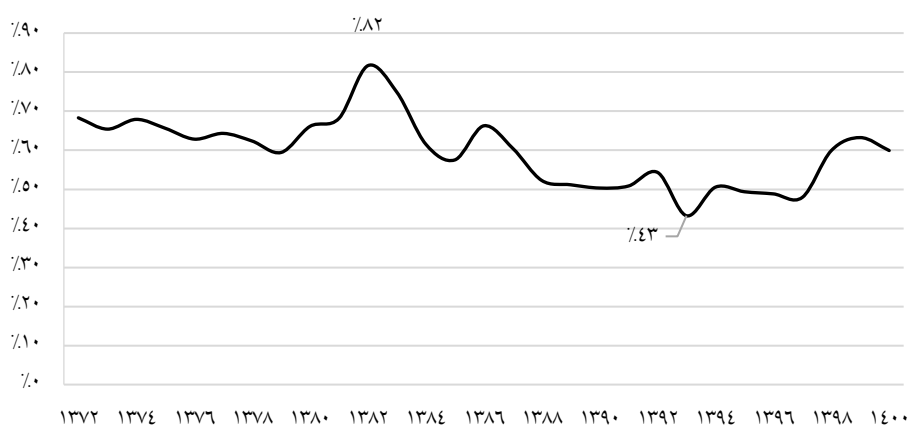
منابع طبیعی نقش مهمی در اقتصاد کشورها دارند و زمین به‌عنوان مهم‌ترین این منابع به شمار می‌آید. از سویی اقتصاد به‌عنوان علم تخصیص منابع محدود به نیازهای نامحدود، همواره در نزاع میان این دو عامل به سر می‌برد. زمین به‌عنوان یکی از سه عنصر پایه تولید (کار، سرمایه و زمین) و اصلی‌ترین نهاده تولید در اقتصاد به شمار می‌رود که محدودیت در تولید و عرضه این دارایی گران‌بها ضامن ارزش ذاتی این موهبت طبیعی خواهد بود. نگاه به ویژگی‌های متمایز این نهاده مانند محدودیت در مقدار، عدم از بین رفتن فیزیکی و تنها تغییر در ساختار ظاهری، غیرمنقول بودن، عدم ایجاد و توسعه فیزیکی جز در موارد نادر و میزان اثرگذاری در بخش‌های مختلف مانند مسکن، کشاورزی و صنعت گواه خوبی برای ضرورت توجه ویژه به سیاست‌گذاری در حوزه آن است.

زمین اساس منابع طبیعی شمرده می‌شود و در طول تاریخ، انسان بیشتر نیازمندی‌های خود را از زمین تأمین کرده است (شکویی، ۱۳۸۳، ص. ۲۵۳). زمین به‌مثابه بستر و مأمن انسان در ادوار تاریخی دستخوش تغییرات و تحولات عظیم و گوناگونی شده است. تغییر در سبک زندگی و حرکت از جوامع سنتی و روستایی به سمت جوامع مدرن شهری موجب پیچیدگی ساختار اجتماعی و افزایش جمعیت در مناطق محدود شهری و تشدید تراکم در این محدوده‌ها شده است. امروزه زمین افزون‌بر نقش اصلی خود به علت محدودیت عرضه آن و شرایط خاص اقتصادی در برخی کشورها از جمله ایران، ماهیت دارایی نیز یافته است و به‌صورت کالایی بادوام و کم‌ریسک برای حفظ ارزش پول و نیز به‌منظور فعالیت‌های سوداگرانه مورد تقاضا قرار گرفته است (فراهانی فرد، ۱۳۸۸). زمین به‌عنوان بستر اصلی توسعه، نقش تعیین‌کننده‌ای در تدوین و اجرای طرح‌های توسعه دارد و عدم تناسب میان سازوکارهای اجرایی طرح‌های توسعه شهری با ویژگی‌های کالبدی، نظام تقسیمات و الگوی مالکیت زمین، خود سبب کاهش میزان تحقق‌پذیری این طرح‌ها می‌شود (لگزیان و رنج‌آزمای آذری، ۱۳۸۹).

نیاز به مسکن به‌عنوان سرپناه زندگی همواره از دغدغه‌های خانواده‌ها به شمار می‌رود. نگاه به روند قیمت مسکن و توجه به اجزای تشکیل‌دهنده مسکن حکایت از نقش اساسی قیمت زمین در تعیین قیمت تمام‌شده مسکن دارد. با بررسی و تحلیل داده‌های مربوط به قیمت زمین و مسکن در سال‌های ۱۳۷۲ تا ۱۴۰۰، قیمت یک

مترمربع زمین شهری بیشترین سهم را در قیمت یک مترمربع واحد مسکونی داشته است؛ به طوری که میانگین سهم قیمت زمین در قیمت مسکن در سال‌های یادشده، معادل ۵۹/۴۳ درصد بوده است.

در بازه زمانی یادشده، بیشترین سهم قیمت زمین در قیمت مسکن متعلق به سال ۱۳۸۲ بوده که ۸۰/۸۱ درصد از سهم یک مترمربع واحد مسکونی در کشور، به‌طور میانگین ناشی از قیمت یک مترمربع واحد مسکونی بوده است. کمترین سهم قیمت زمین در قیمت مسکن نیز متعلق به سال ۱۳۹۲ بوده که ۴۲/۸۵ درصد از سهم یک مترمربع واحد مسکونی در کشور، به‌طور میانگین ناشی از قیمت یک مترمربع واحد مسکونی بوده است. بنا بر نتایج به‌دست‌آمده، قیمت زمین در کمترین حالت به‌طور متوسط ۴۲/۸۵ درصد از قیمت واحد مسکونی در کشور را شامل شده است. از اطلاعات بالا به دست می‌آید که قیمت زمین از بین عوامل مؤثر بر قیمت مسکن، بیشترین سهم را داشته است و دارد. ارتقای قیمت زمین و اثر مستقیم آن در ارزش مسکن ضرورت توجه سیاست‌گذاران به بخش زمین و سیاست‌های اعمال‌شده در آن را نمایان می‌کند؛ البته بررسی روند سهم قیمت زمین از قیمت مسکن در بازه‌های زمانی مختلف نشان‌دهنده نوسان در دوره‌های مختلف بوده، اما روند کلی این نسبت بیان‌کننده نزولی شدن سهم قیمت زمین در قیمت مسکن است. به‌عبارت‌دیگر، روند سهم قیمت زمین از قیمت مسکن از سال ۱۳۷۲ تا سال ۱۴۰۰ نزولی بوده است (داده‌های قیمت زمین و مسکن، تارنمای رسمی بانک مرکزی).



نمودار ۱- سهم قیمت زمین در قیمت واحد مسکونی<sup>۱</sup>

یکی از عوامل اثرگذار بر قیمت زمین شهری افزایش تراکم در مقدار محدود زمین است (یافته‌ها بر اساس داده منتشرشده مرکز آمار ایران). بعد از بیان نقش زمین در مسکن باید یادآور شد که در نگاه کلی، در سالیان مختلف دو نوع توسعه فضای شهری قابل تصور بوده است که در توسعه اجزای کالبد شهری اعم از مسکن و محیط‌های تجاری و اداری و دیگر موارد تأثیرگذار خواهد بود. این دو نوع توسعه عبارت است از توسعه افقی و توسعه عمودی. نگاه آسیب‌شناسانه به هریک از این دو نوع توسعه بیان‌کننده نقاط قوت و ضعفی است که به‌وضوح در هریک از آن‌ها شایان بررسی و مشاهده است، اما با توجه به اثر توسعه عمودی و تخصیص تراکم بیشتر در محدوده‌های شهری بر ارزش زمین شهری، توسعه عمودی در دستور کار دولت‌ها به‌ویژه در کلان‌شهرهایی مانند تهران قرار گرفته است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و هم‌زمان با روی کار آمدن دولت‌ها و به‌خصوص در سال‌های پس از جنگ تحمیلی، به علت نبود برنامه توسعه مبتنی بر آموزه‌های ایرانی-اسلامی و نگاه به توسعه بدون توجه به الزامات اجتماعی، فرهنگی، زیست‌محیطی و دیگر ضرورت‌های اجتماعی در ایران، پدیده‌هایی مانند تراکم‌فروشی، افزایش غیرقانونی تعداد بناهای مسکونی (که در قالب توسعه روزافزون و بدون برنامه عمودی شهرها جلوه‌گر شده) به وجود آمده است. پدیده تراکم‌فروشی بیش از آنکه مبتنی بر الگوی توسعه کالبد شهر باشد، تنها آثار اقتصادی توسعه عمودی به‌خصوص در کلان‌شهرهایی مانند تهران را مورد توجه قرار داده است؛ به‌طوری‌که منبع مهمی برای جبران کسری بودجه شهرداری‌ها در کلان‌شهرها به شمار می‌آید.

نگاه به روند سال‌های اخیر و بررسی نتایج اتخاذ این رویکرد و توسعه عمودی مسکن در کلان‌شهرها به‌خصوص کلان‌شهر تهران در کنار توجه به تبعیت قیمت مسکن از افزایش قیمت زمین ناشی از افزایش تراکم شهری حکایت از مسائل و مشکلات متعددی دارد که می‌توان از جمله آن‌ها به طرد شدن شهروندان از مناطق شهری به حاشیه شهرها و مناطق کم‌برخوردار، کاهش عدالت فضایی و اثر آن بر مسائل و مشکلات خانواده‌ها، کاهش کیفیت زندگی شهری به‌خصوص در کلان‌شهرها به علت افزایش هزینه‌های زندگی، کاهش سرانه دسترسی به امکانات عمومی و زیرساخت‌های شهری به‌خصوص در حوزه زیرساخت‌های رفاهی، تشدید در نارضایتی افراد به علت مشکلات

موجود در حوزه‌های زیرساخت حمل‌ونقل و به وجود آمدن مشکلات بسیار به سبب حجم بالای ترافیک شهری و بین‌شهری، افزایش تضاد طبقاتی و تبدیل کلان‌شهرها به عرصه زندگی مستضعفان (فقرا) و ثروتمندان، آثار زیست‌محیطی و تأثیر منفی آن بر سلامتی خانواده و موارد متعدد دیگری که در این مجال نمی‌گنجد، اشاره کرد. با توجه به آفات و پیامدهایی که توسعه عمودی در پی دارد و از نظر گذشت، در مقابل، ایده توسعه افقی در سالیان اخیر مورد استقبال قرار گرفته است. در برخی پژوهش‌های اسلامی نیز بر مطلوبیت افقی بودن توسعه شهری تأکید شده است (اراکي، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۲). اگر توسعه افقی مبنای شهرسازی و مسکن‌سازی قرار گیرد، به‌طبع جایگاه زمین به‌خصوص زمین‌های مواتی که در اختیار دولت است اهمیت دوچندانی می‌یابد. از نخستین مسائل این دسته از زمین‌ها، معین کردن مالکیت آنهاست و به‌تبع آن، باید ضابطه‌های واگذاری آن در راستای مسکن‌سازی معلوم شود. در این پژوهش سعی شده است به این مسئله پرداخته شود.

## ۱. ادبیات نظری

### ۱-۱. زمین

زمین به‌عنوان یکی از سه عنصر پایه در زنجیره تولید کالا و خدمات به شمار می‌آید که می‌توان از جنبه‌های متفاوتی مانند اقتصادی، جغرافیایی یا موارد دیگر آن را تعریف کرد. در علوم طبیعی بیشتر به جزئیات و جنبه‌های طبیعی زمین توجه می‌شود درحالی‌که علوم انسانی بیشتر به جنبه‌های فضایی و عملکردی زمین توجه دارد (لگزیان و رنج‌آزمای آذری، ۱۳۸۹، ص ۳۱).

در نگاه اقتصادی زمین به‌عنوان اصلی‌ترین عامل تولید نقش بسزایی دارد و ویژگی‌های متمایز آن نسبت به دیگر نهاده‌های تولید آثار جدی بر ارزش‌گذاری کالا و خدمات تولیدی خواهد داشت. در نگاه کلی، ماهیت زمین را می‌توان به علت ویژگی‌های زیر ماهیت عمومی دانست.

۱. زمین به‌عنوان یکی از نهاده‌های اصلی تولید، محدود و کمیاب است. زمین به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین منابع طبیعی به شمار می‌رود که تولید آن مگر در موارد بسیار نادر امکان‌پذیر نیست. عرضه زمین جز در مواردی مانند بازیافت

زمین از دریا ثابت است و افزایش نمی‌یابد. از این رو افزایش عرضه آن تنها از طریق تشدید کاربری‌اش ممکن است. عرضه تقریباً ثابت زمین شهری در مقابل تقاضای زیاد و رو به افزایش آن موجب بروز اضافه تقاضا در بازار زمین و افزایش بی‌رویه قیمت آن می‌شود؛ به طوری که بدون دخالت دولت در بازار زمین، بخش زیادی از مردم به‌ویژه اقشار کم‌درآمد قادر به تأمین زمین لازم برای مسکن و دیگر فعالیت‌های خود نیستند. از سوی دیگر، مصرف بیش از حد زمین موجب آسیب‌های جدی محیط‌زیستی مانند فرسایش می‌شود، اما موجب از بین رفتن و تمام شدن آن نمی‌شود.

۲. زمین کالایی ناهمگن و غیرمنقول است. این عامل سبب محدودیت عرضه زمین در کاربری‌های مختلف می‌شود و از این رو از ارزش بالایی برخوردار است.

۳. افزایش قیمت نهاده‌های تولید موجب افزایش هزینه تولید و کاهش مقدار عرضه کالا در اقتصاد و به تبع آن، انتقال نمودار عرضه بنگاه به سمت چپ است که زمینه ایجاد رکود تورمی را فراهم خواهد کرد. زمین به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین نهاده‌های تولید در اقتصاد به شمار می‌آید. با توجه به نکات بالا می‌توان افزایش قیمت زمین را به‌عنوان یکی از عوامل اصلی بروز رکود تورمی در اقتصاد دانست.

۴. زمین کالایی با ریسک بسیار کم است. به عبارت دیگر، در دوراهی سرمایه‌گذاری بین زمین و فعالیت‌های مولد تولیدی با توجه به اینکه غالباً زمین دارای ریسک نیست، خطر از بین رفتن زمین در شرایط کنونی اقتصاد ایران تقریباً صفر است. از سویی بازدهی زمین در سال‌های گذشته، بسیار بالا بوده است. از این رو در این شرایط، سرمایه‌گذاری در زمین تبدیل به رقیب جدی تولید می‌شود.

۵. صاحبان زمین را می‌توان به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین عاملان انحصار در کشور دانست.

۶. نقش زمین در هزینه بنگاه‌ها و به تبع آن، آثار رفاهی بر خانوار را نیز می‌توان به‌عنوان یکی از دلایل اهمیت توجه به سیاست‌گذاری زمین در کشور دانست.



### ۲-۱. زمین شهری

زمین شهری به اراضی داخل محدوده شهرها گفته می‌شود که برای تأمین نیاز شهروندان به کار می‌رود. این اراضی با داشتن ویژگی‌های خاص مانند دیگر کالاها در بازار سرمایه خرید و فروش نمی‌شوند و برنامه‌ریزی‌ای برای آن‌ها صورت نمی‌گیرد (مشکینی و نورمحمدی، ۱۳۹۵، ص. ۳۵) و برای کاربری غیرکشاورزی استفاده می‌شود.

### ۳-۱. سیاست زمین شهری

دولت‌ها آن هنگام که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در قالب قوانین، روش‌ها و ابزارها در خصوص زمین شهری اعمال نظر می‌کنند، به‌اصطلاح به آن سیاست زمین شهری می‌گویند. در واقع، سیاست زمین شهری یکی از عرصه‌های سیاست‌گذاری عمومی است. هریک از دولت‌ها با اهداف گوناگون و با توجه به نگرش نظام حاکم و شرایط اجتماعی، اقتصادی و جغرافیایی خود در این زمینه، سیاستی خاص را مدنظر قرار می‌دهند. از آنجاکه وظایف مدیریت زمین شهری در بخش‌های مختلف جامعه توزیع شده، سیاست‌گذاری در این حوزه از نوع بین‌بخشی است.

### ۴-۱. مالکیت زمین

از نظر نگارندگان از آنجاکه اتخاذ سیاست در این خصوص، موضوعی هنجاری و ارزشی است، با توجه به ضرورت اسلامی بودن حکمرانی در جمهوری اسلامی، باید مبانی فقهی اراضی بررسی شود. اصلی‌ترین پرسش در خصوص زمین، مالکیت آن است که به تبع آن، سیاست دولت نیز درباره آن مشخص می‌شود. منظور از مالکیت زمین آن است که چه کسی یا نهادی صاحب‌اختیار زمین است و می‌تواند به‌طور مطلق در آن تصرفات قانونی یا مادی کند. تحلیل فقهی مالکیت زمین سبب می‌شود که احکام آن از جمله چگونگی واگذاری زمین مشخص شود.

### ۲. پیشینه پژوهش

آیت‌الله اراکی (۱۳۹۸) در پژوهش فقهی خود بیان می‌کند که در نظام اسلامی ساختمان‌های شهری افقی است نه عمودی. ایشان با استفاده از منابع روایی، به چند دسته از روایات که در آن‌ها از بلندسازی یا به‌صراحت نهی شده یا لازمه آشکار مفاد آن

روایات، نهی از بلندسازی است، اشاره و چنین نتیجه‌گیری می‌کند که ساختن ساختمان‌های بلند با نظام عمران شهری اسلامی سازگار نیست. آنچه در نظام عمران شهری در فقه اسلامی مورد تأیید است، خط افقی در ساختمان شهری است نه خط عمودی. پذیرفتن این مبنا ضرورت بحث از زمین شهری را که اصلی‌ترین رکن توسعه شهری است، بیش‌ازپیش نمایان می‌سازد.

محمدمنان رئیسی (۱۳۹۶) نیز در پژوهش خود به تحلیل فقهی نامطلوب بودن توسعه عمودی ابنیه مسکونی در شهرهای اسلامی پرداخته است. در این پژوهش به بررسی ادله فقهی (صریح و غیرصریح) مرتبط با موضوع پرداخته شده و طبق این ادله مشخص شده است که توسعه عمودی در ابنیه مسکونی از جوانب مختلف در تعارض با آموزه‌های فقه شیعی قرار دارد و آنچه در توسعه این ابنیه از منظر فقه شیعی اصالت دارد، توسعه افقی است.

بمانیان (۲۰۱۱) در کتابی با عنوان *ساختمان بلند و شهر*، به زوایای مختلف این مسئله پرداخته و با توجه به مسائل و معضلات شهری معاصر، درنهایت، بلندمرتبه‌سازی در بافت‌ها و ابنیه مسکونی را به شرط رعایت برخی ملاحظات و تحت شرایطی مشخص تجویز کرده است.

رفعیان (۱۳۸۹) در پژوهش خود به ارائه الگویی برای توسعه زمین در بافت‌های ناکارآمد شهری با تکیه بر محدوده یافت‌آباد پرداخته است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که در یک محدوده شهری عواملی مانند بی‌توجهی به نقش گروه‌های ذی‌نفع و ذی‌نفوذ در گرایش‌های توسعه زمین و نبود ضوابط و مقررات مدون در کنار محدودیت‌ها و مشکلات اقتصادی، اجتماعی و کالبدی تأثیر بسزایی در ناکارآمدی الگوی توسعه زمین دارد.

آنتونی وود (۲۰۰۷) در پژوهش خود سعی بر مقایسه تطبیقی آثار مثبت و منفی توسعه عمودی در بافت‌های شهری داشته است. در این اثر، مواردی مانند کاهش حمل‌ونقل، اتلاف وقت کمتر و کاربرد بهینه زمین از مهم‌ترین آثار مثبت توسعه عمودی و در مقابل، مصرف زیاد انرژی، تراکم جمعیتی زیاد و سایه‌اندازی وسیع در شهر از معایب این نوع توسعه به شمار رفته است.

امیدی و احمدی (۱۳۹۹) در پژوهش خود به بررسی الگوهای تراکمی توسعه

عمودی مسکن و تحلیل تأثیرات آن بر کیفیت زندگی پرداخته‌اند.

سعید فراهانی فرد (۱۳۸۸) در پژوهش خود عوامل مؤثر بر ساختار بازار زمین را بررسی کرده است که در این بین، نهاد مالکیت در جایگاه مهم‌ترین عنصر اثرگذار در بازار زمین، انگیزه‌های عرضه‌کنندگان و متقاضیان زمین و بازارهای گوناگون زمین مورد بررسی قرار گرفت. این پژوهش گام مؤثری برای شناخت منحنی عرضه و تقاضا و تعیین قیمت در بازار زمین اسلامی است.

خاکپور و همکاران (۱۳۹۳) در پژوهش خود به تحلیل و ارزیابی عوامل مؤثر بر قیمت زمین و مسکن در منطقه ۳ شهر مشهد با استفاده از ابزار تحقیق شامل دو پرسش‌نامه که یکی مربوط به سرپرستان خانوار و دیگری مربوط به بنگاه‌های معاملات املاک بود، پرداختند.

طاهری‌زاده و عباسی (۱۳۹۸) در پژوهش خود به بررسی وضعیت بازار زمین و مسکن و تأثیر آن بر اقتصاد شهری پرداخته و با بهره‌گیری از روش توصیفی و تحلیلی بعد از بیان ویژگی‌های زمین شهری، پنج عامل اصلی تأثیرگذار بر قیمت زمین شهری را مورد بررسی قرار داده‌اند.

مشکینی و همکاران (۱۳۹۰) با استفاده از تحلیل آمار و اطلاعات موجود در عکس‌ها و نقشه‌های هوایی شهر کرمانشاه به این نتیجه رسیده‌اند که سیاست‌های دولت به‌ویژه در قالب زمین شهری، مهم‌ترین عامل در تکوین فیزیکی شهر کرمانشاه بوده و نقشه‌های مراحل توسعه شهری به همراه مالکیت اراضی دولتی و واگذاری‌ها، حاکی است که این موضوع موجب گسترش افقی شهر و تراکم پایین در آن شده است.

مرسی (۲۰۰۳) در پژوهش خود با عنوان نقش دولت در مدیریت عرضه و قیمت زمین شهری در مصر نتیجه می‌گیرد که اصلاح سیاست‌های کنونی زمین شهری و مداخله دولت در بازارهای زمین و مسکن مصر به‌فوریت مورد نیاز است. چنین مداخله‌ای مستلزم مفهوم روشنی از مدیریت زمین و سازوکار عرضه زمین با در نظر گرفتن محدودیت‌های اصلی مؤثر بر کمیت و قیمت زمین است. هدف از مداخله پیشنهادی، بازگرداندن فرایند بازار است که ممکن است بر تکامل بازار طبیعی زمین در مصر تأثیر بگذارد.

مشکینی و نورمحمدی (۱۳۹۶) با استفاده از پرسش‌نامه نهادهای متولی مدیریت زمین شهری و تحلیل داده‌ها با روش SWOT، به بررسی مدیریت زمین شهری در ایران پرداخته‌اند. با توجه به یافته‌ها، داشتن چشم‌انداز فرانهادی و هماهنگی عمودی و افقی نهادها و ظرفیت‌سازی نهادها از طریق تفویض اختیارات و مسئولیت مدیریت زمین شهری به نهادهای سطح محلی، راهکار برون‌رفت از وضعیت کنونی مدیریت زمین شهری است.

مسئله پژوهش حاضر بعد از پذیرفتن مطلوبیت توسعه افقی شهری و ضرورت سخن گفتن در مورد واگذاری زمین برای ساخت‌وساز مسکن، در خصوص ضوابط آن از منظر فقه است.

در سنت فقهی امامیه در ضمن بسیاری از جوامع فقهی و حتی در رساله‌های اختصاصی، به بحث زمین پرداخته شده است. برای مثال، شیخ صدوق (۱۳۶۳) در کتاب من لایحضره الفقیه بابی را به احیای موات و الارضین اختصاص داده است یا محقق حلی (۱۴۰۹ق) در کتاب معروف شرایع الاسلام، بخشی را به احیاء الموات اختصاص داده است. همچنین، در میان فقهای معاصر مرحوم شهید صدر (۱۴۰۸ق) در کتاب اقتصادنا به شکل مستوفات از زمین و اقسام مالکیت بر آن بحث کرده است. حتی برخی از فقها مانند آیت‌الله اسحاق فیاض (۱۳۶۰)، کتابی را با عنوان الاراضی به موضوع زمین و احکام آن اختصاص داده است.

اما آن چیزی که قرار است در این پژوهش بحث شود، از این تراق غنی فقهی بهره خواهد برد، اما بعد از مشخص کردن مالکیت زمین‌های محل بحث به ضوابط واگذاری آن نیز خواهد پرداخت.

در واقع، بعد از مباحثی که گذشت، به نظر دو پرسش اصلی مطرح می‌شود که اولاً، آیا در کشور امکان واقعی این نحو از توسعه به جهت وجود زمین و زیرساخت وجود دارد؟ پاسخ این پرسش را مطالعات میدانی مشخص می‌کند. ثانیاً، بر فرض وجود زمین به‌اندازه کافی، وظیفه دولت در این زمینه چیست؟

به پرسش نخست به شکل مختصر می‌توان این‌گونه پاسخ داد که طبق مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری، حداقل سرانه مطلوب زمین به‌ازای هر نفر ۸۲/۸۵ مترمربع است که شامل کاربری مسکونی، آموزشی، فضای سبز و بوستان، تجاری و

خدماتی، حمل و نقل و انبارداری، تفریحی، گردشگری، ورزشی، درمانی، فرهنگی، مذهبی، تجهیزات شهری، تأسیسات شهری و اداری و انتظامی می‌شود. با احتساب بعد خانوار ۳/۳ نفر، می‌توان گفت به‌ازای هر خانواده، ۲۷۵ مترمربع زمین نیاز است که از میانگین رایج امروز کشور بالاتر است، اما اگر همین عدد را هم فرض کنیم، در سخت‌گیرانه‌ترین حالت ممکن، برای ساخت یک میلیون واحد مسکونی، نیازمند ۲۷ هزار هکتار زمین خواهیم بود که البته این مقدار با در نظر گرفتن مساحت خیابان‌ها و معابر شهری که سهمی حدود ۴۰ تا ۵۰ درصدی دارند، به حدود ۵۰ هزار هکتار افزایش خواهد یافت. این اعداد در برابر آمار ۴ میلیون و ۳۶۲ هزار و ۴۰۰ هکتاری که مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری اعلام کرده است، بسیار مقدار ناچیز و خردی است. با احتساب این مقدار می‌توان با ساخت ۸۷ میلیون واحد مسکونی، برای بیش از ۲۵۰ میلیون نفر خانه ساخت. از سویی این تحقیقات تنها برای نقاط مستعد برای توسعه شهری است که اگر معیارها را برای توسعه روستایی انتخاب کنیم، این اعداد به میزان زیادی افزایش می‌یابد. به اذعان مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری، ظرفیت توسعه سکونتگاهی کشور، در حدود ۵/۱ درصد از اراضی کشور معادل ۸ میلیون و ۲۶۴ هزار و ۴۰۰ هکتار است، اما نکته قابل توجه در این تحقیقات این است تنها پهنه‌هایی که در معیارهای منتخب، ارزش بالایی دارند، در آمار آمده است. این در حالی است که استان تهران به‌عنوان متراکم‌ترین ناحیه شهری کشور اصلاً در این پهنه‌ها وجود ندارد. این یعنی با احتساب اراضی‌ای که در اولویت‌های اول توسعه قرار ندارند، می‌توان ظرفیت توسعه شهری و روستایی و به‌طورکلی، بارگذاری جمعیتی را بسیار بیشتر تخمین زد. گفتنی است طبق آخرین آمار که توسط ارسال مالکی، سرپرست سازمان ملی زمین و مسکن اعلام شد، تا به امروز در مجموع، ۵۰ هزار هکتار از اراضی خود وزارت راه و شهرسازی و ۵۹ هزار و ۳۹۸ هکتار از اراضی دیگر ظرفیت‌ها برای طرح ملی نهضت ملی مسکن شناسایی شده که تأمین ۲۸ هزار هکتار آن نهایی شده است. با اینکه در این طرح، روند تأمین زمین به نسبت دیگر طرح‌های گذشته سرعت بیشتری دارد، اما برای تحقق وعده ۴ میلیون مسکن نیاز به جدیت و همکاری ارگان‌های دولتی است.

برای پاسخ پرسش دوم، نگارندگان از آن‌رو که معتقدند فقه متولی پاسخ به مسائل

انسان از جمله مسائل اقتصادی اوست (صدر، ۱۳۸۸، ص. ۲۵)، در این پژوهش می‌کوشند به روش معهود فقهی که سؤال و مسئله‌محور است، وظیفه دولت در چگونگی تخصیص و واگذاری زمین را در ضمن سه پرسش بررسی کنند.

۱. مالکیت زمین‌هایی که می‌توان در ساخت مسکن از آن‌ها بهره برد، برای کیست؟

۲. تعامل دولت با مردم در خصوص این زمین‌ها باید چگونه باشد؟

۳. آیا دولت می‌تواند برای تأمین زیرساخت‌های لازم مسکن‌سازی، مالکیت زمین‌ها

را به بخش خصوصی واگذار کند؟

### ۳. یافته‌های پژوهش

#### ۳-۱. مالکیت زمین شهری

ممکن است مسلم گرفته شود که مالکیت زمین‌ها در اختیار دولت است، اما با دقت بیشتر به دست می‌آید که بین واقعیت بیرونی که زمین‌ها در اختیار دولت است و اینکه مالکیت شرعی زمین‌ها از آن دولت باشد، تلازمی نیست؛ یعنی ممکن است دولت تنها اداره‌کننده و متولی زمین باشد نه مالک آن. برای روشن شدن مطلب در ابتدای امر باید دید انحای مالکیت معتبر در اسلام چیست؟

فقه‌ها عادتاً از سه دسته مالکیت نام برده‌اند؛ الف. مالکیت خصوصی و شخصی که مراد از آن مالکیت و سلطه افراد مردم بر دارایی‌های شخصی خود است، ب. مالکیت عمومی که مراد از آن مالکیت عموم مردم بر ثروت‌های ملی است که هیچ‌یک از مردم و حکومت در آن فرقی ندارند و همه به یک اندازه در آن سهم دارند و ج. مالکیت دولتی که مراد از آن اموالی است که در اختیار حاکم مشروع اسلامی قرار می‌گیرد.

شهید صدر (۱۴۰۸، ص. ۴۱۹) در توضیح این سه قسم از مالکیت و تطبیق آن بر

زمین بیان می‌کند:

شریعت بر زمین‌هایی که حکومت اسلامی آن‌ها را دربرمی‌گیرد، سه نحو از ملکیت را تطبیق داده است. پس بر برخی از آن‌ها حکم به ملکیت عمومی و بر قسم دیگر [حکم به] ملکیت دولتی کرده است و در قسم سوم، ملکیت خصوصی و شخصی را اجازه داده است.<sup>۲</sup>

سپس ایشان در توضیح تفاوت بین ملکیت عمومی و ملکیت دولتی، بعد از اینکه

می‌گوید اراضی موات ملک دولت است، توضیح می‌دهد (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۳۶):  
اولاً، نحوه بهره‌برداری از هرکدام از این دو ملکیت و نقشی که برای مشارکت در ساخت جامعه اسلامی ایفا می‌کند، متفاوت است. در اراضی و ثروت‌هایی که به‌نحو ملکیت عمومی برای مجموع امت است، بر ولی امر واجب است که از آن‌ها برای مشارکت در برطرف کردن نیازهای همه امت و محقق ساختن مصالح آنان به‌عنوان مجموع مانند ایجاد بیمارستان‌ها و فراهم ساختن وسایل و مستلزمات آموزش و مانند این موارد که به مجموع امت خدمت می‌کند، بهره‌برداری کند و نمی‌تواند برای مصلحت بخشی از امت از آن‌ها استفاده کند....  
ثانیاً، ملکیت عمومی به‌هیچ‌وجه اجازه نمی‌دهد که حق اختصاصی برای فردی در آن دارایی به وجود آید... برخلاف ملک دولت که شخص گاه در آن حق اختصاصی پیدا می‌کند....

ثالثاً، آنچه در چهارچوب ملکیت عمومی برای امت وارد شده است، برای ولی امر جایز نیست که ملکیت آن‌ها را به افرادی از طریق فروختن یا هبه کردن منقل کند؛ برخلاف ملکیت دولتی که در آن این عمل مطابق مصلحت عمومی که امام می‌بیند، جایز است.<sup>۳</sup>

برخی از محققان معاصر این تقسیم‌بندی را مردود دانسته‌اند (سعدی، ۱۳۹۹، ص. ۷۱). ایشان پس از بحث از اقسام مالکیت، مالکیت را موضوعی اعتباری می‌داند که در شریعت اسلامی تنها دو قسم مالکیت خصوصی و مالکیت عمومی وجود دارد. منظور از مالکیت عمومی همان مالکیت دولتی است که باید در دست حاکم مشروع اسلامی باشد و این‌گونه نیست که یک بیت‌المال عمومی وجود داشته باشد و یک بیت‌المال اختصاصی حاکم. ایشان منشأ برداشت اشتباه سه‌مالکیتی را این‌گونه تحلیل می‌کند (سعدی، ۱۳۹۹، ص. ۸۵):

تنها دلیل قائلان به تعدد مالکیت، اختلاف تعبیر در لسان روایات است. در برخی روایات آمده است «فهو لامام المسلمین». بر همین اساس، برخی از فقیهان به مالکیت امام بر انفال قائل شده‌اند. در برخی دیگر از روایات آمده است «فهو لجمیع المسلمین» و از این‌رو برخی فقیهان طبق ظاهر عبارت حدیث، قائل به

مالکیت عمومی مسلمین شده‌اند درحالی‌که به فضای صدور روایات توجه نکرده‌اند.

ایشان معتقد است که اگر به فضای صدور روایات توجه شود، معلوم می‌شود این تعبیر که مال برای همه مسلمین است، تعریضی به رفتار خلفاست که بیت‌المال را به هر شکل که مطابق با هوای نفسانی‌شان بود، خرج می‌کردند نه اینکه قسم دیگری از مالکیت در میان باشد. در واقع، شخص حقوقی امام است که متصدی مدیریت اموال عمومی است که در مصالح عمومی هزینه شود نه آنکه یک مالکیت خاص امام در مقابل مالکیت عمومی وجود داشته باشد. در واقع، تعبیر «لامام‌المسلمین» و «لجميع المسلمين» به این حقیقت اشاره می‌کنند که مال برای همه و متصدی آن امام است. با توجه به این مطلب، تفاوت‌هایی که شهید صدر برای مالکیت عمومی و دولتی بیان می‌کند، از بین می‌رود (سعدی، ۱۳۹۹، ص. ۹۴).

به نظر می‌رسد نظر دوم درست‌تر باشد و تقسیم سه‌گانه مالکیت زمین با توجه به جمع‌بندی روایات که بیان شد، وجهی نداشته باشد؛ البته برای مشخص شدن نتیجه باید به تقسیم زمین نیز توجه کرد.

### ۳-۲. اقسام زمین در فقه

برای یافتن پاسخ پرسش‌های پژوهش لازم است مشخص کرد که زمین‌هایی که برای مسکن‌سازی استفاده می‌شوند، از چه قسمی از اقسام زمین در اسلام هستند؟ شهید صدر همه زمین‌هایی را که در اختیار حکومت اسلامی است، به چهار دسته تقسیم می‌کند (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۱۷).

۱. زمین‌هایی که با فتح اسلامی شده‌اند. ایشان این زمین‌ها را به سه دسته تقسیم می‌کند.

الف. زمینی که در زمان فتح به دست مردم آباد شده بود: از نظر ایشان، زمین‌های این دسته ملک عموم مردم‌اند. ایشان برای اثبات این مطلب، هشت نقل روایی و تاریخی از منابع شیعه و اهل سنت بیان کرده و کوشیده است که نشان دهد ظاهر این نقل‌ها آن است که زمین‌هایی که به دست ابنای بشر در زمان فتح آباد شده باشند، ملک عمومی است و دولت تنها می‌تواند این زمین‌ها را به برخی از مردم بسپارد و در عوض



از آن‌ها خراج دریافت و برای مصالح عمومی هزینه کند (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۲۴). ایشان به‌طور خلاصه هشت حکم عدم امکان تملک خصوصی، عدم تفاوت بین ذی‌حقوق که همه مردم‌اند، عدم وراثت، عدم امکان اجرای عقود شخصی مانند بیع و هبه از طرف افراد، مسئولیت ولی امر در قبال آنان، ملکیت عمومی نسبت به خراج به تبع ملکیت زمین، از بین رفتن اجاره بعد از به پایان رسیدن اجاره و عدم جواز احتکار در آن، عدم تبدیل ملکیت عمومی حتی اگر آبادی آن از بین رود و اشتراط آبادی بشری برای ترتب این احکام را بر این گونه از مالکیت بیان می‌کند که بیشتر آن‌ها لوازم ملکیت عمومی بودن این دسته از زمین‌هاست (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۳۱).

با توجه به اختلاف انظاری که در اقسام مالکیت بیان شد، معلوم می‌شود که اگر کسی تفاوتی بین ملکیت عمومی و دولتی نبیند، بسیاری از این احکام از بین خواهد رفت؛ اگرچه ممکن است برخی از تفاوت‌ها مانند تأثیر نقش احیا در ایجاد حق در اراضی موات و عدم موضوعیت آن در این دسته از زمین‌ها یا تفاوت سپردن این اراضی از طریق اجاره و سپردن اراضی موات به دست محیی آن که صاحب حق انتفاع می‌شود، باقی بماند. توضیح بیشتر این مطلب بعد از بیان قسم آتی خواهد آمد.

ب. زمین مرده در زمان فتح: این دسته از زمین‌ها ملک دولت‌اند. دلیل اصلی بر این مطلب افزون‌بر روایاتی که ایشان نقل می‌کند، آیه ابتدایی سوره انفال است.

از تو درباره انفال [یعنی غنایم جنگی و هرگونه مالی که مالک معینی ندارد] می‌پرسند [که مالک آن‌ها کیست و چگونه باید تقسیم شود؟] بگو [مالکیت] انفال ویژه خدا و پیامبر است، پس اگر مؤمن هستید [نسبت به انفال] از خدا پروا کنید و [اختلاف و نزاع] بین خود را اصلاح و از خدا و پیامبرش اطاعت کنید.<sup>۴</sup>

زمین‌های موات یکی از مصادیق غیراختلافی انفال یعنی مالی است که مالک معینی ندارد که طبق این آیه از آن خدا و پیامبر است؛ البته پیامبر - همان‌گونه که در برخی روایات آمده است - از آن‌رو که حاکم جامعه اسلامی است، مالک انفال نه شخص حقیقی ایشان که به‌طبع این مالکیت به همه حاکمان مشروع جامعه اسلامی منتقل خواهد شد (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۳۴). مهم‌ترین ویژگی این قسم از زمین‌ها این است

که به رغم آنکه آن‌ها ملک شخص خاصی نیستند اما این‌گونه نیست که برای هیچ‌کس حق اختصاصی در آن‌ها به وجود نیاید، بلکه شخصی که این زمین‌ها را احیا کند، حق اختصاصی می‌یابد که بنا بر اختلاف انظاری که در مسئله وجود دارد یا مالک این زمین‌ها می‌شود یا حق انتفاع برای احیاکننده به وجود می‌آید. روایات متعددی بر این مطلب دلالت می‌کند. برای مثال، مرحوم کلینی در باب احیای ارض موات در کافی شش روایت نقل کرده است که مضمون آن‌ها بیان این حق اختصاصی است. نخستین روایت این باب عبارت است از:

محمد بن مسلم گوید از امام باقر (علیه السلام) شنیدم می‌گوید هرگاه مردمی چیزی از زمین را احیا و آباد کنند، پس آن‌ها شایسته‌تر نسبت به آن هستند و زمین برای آن‌هاست<sup>۵</sup> (کلینی، ج ۱۰، ۱۳۸۸، ص. ۴۲۹).

در ادامه شهید صدر به نقش حقوقی احیا می‌پردازد تا مشخص شود که چه حقی برای زنده‌کننده زمین جعل شده است؟ آیا این حق مالکیت است یا حق انتفاع؟ ایشان با تمسک به روایاتی که بیان می‌کند که کسی که زمین را احیا می‌کند، نسبت به آن حق پیدا می‌کند، اما باید به حکومت اسلامی خراج بدهد، نتیجه می‌گیرد که اگر زمین برای آبادکننده آن شده بود، دلیلی نداشت که برای استفاده از آن به حکومت اسلامی چیزی پرداخت کند؛ زیرا دیگران نسبت به استفاده شخص از مایملک خود حقی پیدا نمی‌کنند. پس در نتیجه، باید قائل شد که آباد کردن زمین تنها حق انتفاع برای شخص به وجود می‌آورد که در ازای انتفاع از زمین دولت می‌تواند از او خراج بگیرد (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۰). ما در ادامه در این خصوص بحث خواهیم کرد.

سپس ایشان احکام اراضی موات را این‌گونه خلاصه می‌کند که اولاً، دولت می‌تواند در مقابل حق انتفاع از فرد صاحب حق اجرت بگیرد. ثانیاً، این حق اولویت شخص نسبت به دیگران است نه خود امام. از این رو امام می‌تواند به رغم احیا، زمین را نسبت به مصلحت دیگری که می‌تواند، استفاده کند. ثالثاً، گاه گفته می‌شود که در واقع، این حق، حق حیات زمین است نه حق بر خود زمین. از این رو اگر حیات زمین از بین رفت و تبدیل به زمین موات شد، این حق نیز به خاطر از بین رفتن موضوع از بین می‌رود (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۴).

ج. زمین‌هایی که در زمان فتح به‌طور طبیعی آباد بوده‌اند: این دسته از زمین‌ها نیز ملک دولت‌اند؛ زیرا در روایات بیان شده است که هر زمینی که صاحب نداشته باشد، از آن حاکم اسلامی است و تفاوتی هم بین اینکه زمین با جنگ فتح شده باشد یا نه وجود ندارد (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۶).

۲. زمین‌هایی که با دعوت مسلمان شده‌اند: این قسم زمین‌های موات و آباد طبیعی از آن دولت و زمین‌هایی که با دست انبای بشر آباد شده‌اند، از آنجا که مسلمان شده‌اند، در دست خود آن‌ها خواهد ماند (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۷).

۳. زمین‌های صلح: این قسم زمین‌هایی است که اهالی آن دعوت پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) را نپذیرفتند و بعد هجوم در مقابل ایشان مقاومت نکردند و صلح کردند. این قسم زمین‌های موات و آباد طبیعی از آن دولت و زمین‌های آباد شخصی طبق مفاد صلح‌نامه مشخص می‌شود (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۸).

۴. زمین‌های دیگر دولت: زمین‌هایی که مردمان دیگر ابتدا به پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) بخشیدند یا زمین‌هایی که مردمان آن‌ها را رها کرده باشند نیز به حکم آیات قرآن ملک حکومت است (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۹).

زمین‌های ایران در قسم نخست جای می‌گیرد؛ زیرا از نظر تاریخی مسلم است که مناطق ایران در زمان خلیفه دوم از سوی مسلمانان فتح شد. معمولاً زمین‌هایی که برای ساخت مسکن در کشور استفاده می‌شود یا زمین‌هایی است که مالک شخصی مشخصی دارد که مالکیت او محترم شمرده می‌شود یا در اختیار دولت است. از آنجا که زمین‌هایی که در اختیار دولت است، بی‌استفاده مانده است، پس از زمین‌های موات خواهد بود و احکام آن را خواهد داشت.

ممکن است گفته شود که طبق ضابطه‌ای که بیان شد، آن چیزی که مهم است آباد بودن یا نبودن آن در زمان فتح است نه در این زمان که این زمین‌ها را از اراضی موات و آن را ملک دولت بدانیم. ممکن است این زمین‌ها آباد بشری بوده باشند که در این صورت ملک عمومی خواهند بود.

در پاسخ به این شبهه باید توجه کرد که اگر زمینی در حال حاضر آباد نباشد، مادامی که قرینه قطعی بر آبادی بشری سابق آن وجود نداشته باشد با آن معامله زمین

موات خواهد شد؛ زیرا اصل استصحاب عدم آبادی طبیعی محکم است. پس باید ملکیت زمین‌های محل بحث را از آن دولت دانست.

نکته دیگر این است که اگر ما میان مالکیت دولتی و عمومی فرق نگذاریم، نتیجه‌اش این می‌شود که باز هم اختیار این زمین‌ها با دولت است و اگرچه مالکیت آن از آن مردم باشد، دولت می‌تواند انواع تصرفات قانونی به‌جز تملیک را مطابق با مصالح عمومی در خصوص آن‌ها اعمال کند.

این نکته گفتنی است که تاکنون از مطالب گفته‌شده ممکن است به نظر آید که می‌توان به نتیجه قطعی در خصوص مالکیت این زمین‌ها رسید، اما برای رسیدن به نظر دقیق‌تر باید ابتدا نقش احیای زمین را درباره ملکیت زمین‌های موات مشخص کرد. همچنین، باید بررسی کرد که آیا تفاوتی بین حضور معصوم و عدم آن در خصوص احکام اراضی موات وجود دارد یا خیر؟ از این‌رو برای رسیدن به نتیجه دقیق باید دو مقدمه دیگر نیز بیان کرد.

### ۳-۳. احیای موات

نقش احیا در اراضی موات چیست؟ در فرض پرسش ما، اگر دولت زمینی را در اختیار شخص برای ساخت مسکن قرار دهد، آیا او با ساختن، مالک زمین می‌شود یا نه؟ برای مشخص کردن مقدمه سوم ابتدا باید دید ساخت مسکن مصداقی از احیای ارض است یا نه؟ سپس دید که اگر مصداقی از احیاست در مالکیت زمین چه نقشی دارد؟

با توجه به اینکه موات بودن زمین به معنای تعطیلی و عدم استفاده از آن است (حلی (محقق)، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۷۹۰). به نظر می‌رسد ساخت مسکن یکی از مصداق احیا باشد، زیرا احیا تعبیر کنایی آباد کردن، استفاده کردن یا قابل استفاده کردن زمین است. واضح است که عرفاً اگر در زمینی مسکنی ساخته شود و در آن سکونت شکل گیرد، از زمین استفاده شده و زمین بی‌استفاده یا مرده باقی نمانده است.

افزون بر ظهور عرفی احیا که شامل ساخت مسکن می‌شود، روایات معتبری گواه همین برداشت است. برای مثال:

عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که درحالی که من حاضر بودم، از امام درباره مردی پرسیده شد که زمینی را احیا کرده و در آن نهری جاری ساخته و خانه‌سازی کرده و نخل و درختی در آن کاشته است؟ حضرت فرمود زمین برای او است...<sup>۶</sup>.

همان‌گونه که از متن روایت پیداست، به نظر، سائل یکی از مصادیق احیا را خانه‌سازی در نظر گرفته و امام نیز برداشت او را تأیید کرده است. احتمال اینکه مجموع این امور با یکدیگر مصداق احیا باشد، خیلی بعید است؛ زیرا بر فرض که یکی از این کارها را انجام نداده باشد یا کارهای دیگری را افزون بر این موارد انجام داده باشد، در صدق احیا تفاوتی ایجاد نمی‌شود.

بحث از اثر حقوقی احیا متوقف بر بررسی دو قول فقهی است که در مسئله وجود دارد. یک قول که به مشهور نسبت داده شده، این است که احیا اگر با اذن امام باشد، موجب ملکیت می‌شود (حلی (محقق)، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۷۹۰). دلیل این مطلب وجود روایاتی است که از نظر مشهور دلالت بر ملکیت می‌کند. برای مثال، شهید ثانی تعبیر «من احیا ارضا میتا فهی له» را که در روایات بسیاری تکرار شده است، دال بر ملکیت برای آبادکننده می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۲۳ق، ج ۱۲، ص. ۳۹۲).

در مقابل، قول مشهور دیگری است که احیا موجب ملکیت نیست، بلکه تنها سبب ایجاد حق انتفاع می‌شود. همان‌گونه که گذشت، شهید صدر برای استدلال، به این قول به تعبیری که در روایات وارد شده، تسمک کرده و آن را قرینه بر عدم موجبیت احیا برای ملکیت دانسته است. آن تعبیر این بود که کسی که زمین را آباد می‌کند، زمین برای اوست، اما باید به دولت اسلامی مالی را به‌عنوان طقس یا خراج پرداخت کند. پرداخت مالی در ازای انتفاع از زمین نشان‌دهنده این است که زمین برای آبادکننده آن نشده است. از این رو شخص در مقابل استفاده از ملک شخصی خود، به دیگران چیزی پرداخت نمی‌کند. بنا بر همین مطلب، شهید صدر این اثر را هم بیان کرد که اگر کسی زمینی را احیا کرد، اما بعد از مدتی آن را رها کرد و بدون استفاده گذاشت، زمین را از او می‌گیرند درحالی که اگر احیا مفید ملکیت بود، ملکیت با عدم استفاده زائل‌شدنی نبود (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۹).

به نظر می‌رسد در این نزاع حق با مرحوم شهید صدر باشد و قرائنی را که بر ملکیت بیان می‌کند، تمام باشد. نظریه‌ای که می‌تواند همه آثار احیا مانند پرداخت خراج، از بین رفتن حق شخص محیی و ملکیت دولت نسبت به زمین را توجیه کند، نظریه حق انتفاع است نه ملکیت.

در متمیم این نظر، شایان توجه است که تعبیر پرداخت اجاره‌بها زمین به دولت دارای تسامح است؛ زیرا حق انتفاع با منفعت متفاوت است. مشهور فقها اجاره را به تملیک منفعت عین تعریف کرده‌اند (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۷، ص. ۲۰۴). اجاره عین، قائم به شخص نیست، اما حق انتفاع حق شخصی است؛ یعنی این حق برای شخصی است که زمین را احیا کرده است و چون در واقع شخص احیاکننده زمین را از دولت اجاره نکرده، تعبیر به پرداخت اجاره‌بها تسامحی و تعبیر دقیق‌تر همان تعبیر پرداخت طقس یا خراج است که در روایات به آن اشاره شده است (کلینی، ج ۱۰، ۱۳۸۸، ص. ۴۲۹).

پس دانسته می‌شود که قائل شدن به مالکیت زمین‌ها به‌طور عمومی یا دولتی تفاوتی در اثر قانونی احیا ندارد و در هر صورت احیا موجب نقل ملکیت به شخص نخواهد شد.

### ۳-۴. حکم اراضی موات در عصر غیبت

حکم اراضی موات در زمان غیبت چیست؟ یکی از مطالب پرتکرار در روایات باب انفال و اراضی موات، تحلیل انفال و اراضی در زمان غیبت است. مفاد روایات تحلیل این است که تا زمان ظهور برای مردم استفاده از انفال حلال است؛ البته برخی فقها تحلیل را مختص به زمین دانسته‌اند (روحانی، ۱۳۹۲، ص. ۴۴۶). به علت کثرت روایات تحلیل، صدور آن‌ها قطعی است. در واقع، این دسته روایات تواتر اجمالی دارد (سعدی، ۱۳۹۹، ص. ۹۸). در این که مفاد این روایات چیست، اختلاف نظر وجود دارد. در این مقال تنها یک روایت را که سند معتبری دارد، بررسی می‌کنیم که مفاد آن همان نظر مختار است.<sup>۷</sup> این روایت در کافی به این‌گونه نقل شده است:

عمر بن زید گوید مسمع را در مدینه دیدار کردم. در آن سال وجهی برای امام صادق (علیه‌السلام) آورده و آن حضرت به او پس داده بود. به او گفتم چرا

امام صادق (علیه السلام) وجهی را که برایش آورده بودی، به تو پس داد؟ در پاسخ گفت من وقتی آن وجه را خدمت آن حضرت دادم، به او گزارش دادم که من متصدی غوص (مرواریدگیری) از دریای بحرین شدم و ۴۰۰ هزار درهم به دست آوردم و خمس آن را که ۸۰ هزار درهم است، برای شما آوردم و نخواستم آن را که از آن شماست نگه دارم. این حقی است که خدای تبارک و تعالی برای شما در اموال ما مقرر ساخته است. امام فرمود یعنی برای ما از محیط زمین و آنچه خدا از آن برآرد، جز خمس نباشد؟ ای اباسیبار! به راستی همه زمین از ماست و هرچه خدا از آن برآرد، همه از ماست. من گفتم پس همه آن مال را برای شما می آورم. فرمود ای اباسیبار! ما محققاً آن را به تو حلال کردیم و تو را از آن بهل کردیم. همین مال خود را با خود بگیر. هر آنچه از زمین در دست شیعیان ماست، بر آن‌ها حلال است تا قائم ما قیام کند و خراج آن را از آن‌ها بگیرد و زمین را به دست آن‌ها واگذارد، اما آنچه در دست دیگران است و هر آنچه از آن سودی برند، بر آن‌ها حرام است تا آنکه قائم ما قیام کند و زمین را از دست آن‌ها بگیرد و آن‌ها را خوار و تهی دست از آن به در کند. عمرین یزید گوید ابوسیار به من گفت به نظر من، احدی از صاحبان املاک و کارمندان جز من حلال نخورد مگر آنان که ائمه به آن‌ها حلال کرده باشند (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۳۵۰).<sup>۱۰</sup>

محل استشهاد کلام این بیان امام است که هر آنچه از زمین در دست شیعیان ماست بر آن‌ها حلال است تا قائم ما قیام کند... . ممکن است گفته شود که این بیان نشان دهنده این است که تا قبل از ظهور، زمین برای مردم است و دولت حقی در آن ندارد. از این رو در این صورت مالک زمین مردمی هستند که ابتدائاً از آن استفاده کنند تا زمانی که حضرت صاحب الامر (عجل الله تعالی فرجه) ظهور و خراج زمین‌ها را از مردم دریافت کنند، اما دقت در این تعبیر نشان می‌دهد که اولاً، زمین‌هایی که در دست شیعیان باشد، بر آن‌ها حلال است نه اینکه زمینی را بخواهند بدون اذن تصرف کنند و اگر حکومت اسلامی مشروع اذن ندهد، نمی‌توانند این کار را انجام دهند. ثانیاً، در صورت پذیرش این مطلب هم که

شیعیان بتوانند از زمین‌های موات به‌طور مطلق استفاده کنند به دست نمی‌آید که این زمین‌ها ملک آن‌ها شوند؛ زیرا بر آن‌ها لازم است که خراج دهند. ثالثاً، لازمه روایاتی که ولایت فقیه را در عصر غیبت مشروع می‌داند، این است که حکومت منابع اقتصادی لازم را در اختیار داشته باشد، والا حکیمانه نیست که حکومت مشروع باشد، اما منابع مالی آن نه. اگر مفاد روایات تحلیل این باشد که دولت مشروع اسلامی نتواند از این زمین‌ها استفاده کند، هم خلاف حکمت است هم ممکن است گفته شود چنین مطلبی چون خلاف ارتکاز عقلایی است، چنین ظهوری که ادعا شده است از اساس برای روایت مسموع مستقر نشود. حتی ممکن است از اطلاق روایاتی مانند علما وارثان پیامبران هستند<sup>۹</sup> (کلینی، ج ۳، ۱۳۸۸، ص. ۷۶)، بتوان وراثت در مدیریت انفال را هم نتیجه گرفت.

برخی از محققان نیز با تحلیل مفهوم کلامی غیبت، به این نظر رسیده‌اند که معنای غیبت عدم حضور اجتماعی معصوم نیست، بلکه عدم تصرف و تصدی معصوم است که حتی اگر معصومی مانند امام صادق (علیه‌السلام) هم در جامعه حضور داشته باشد، اما حاکم نباشد، دوران غیبت است. از این رو امام صادق به‌رغم اینکه در جامعه حضور دارد تا زمان قیام قائم حکم به تحلیل می‌کند (سعدی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۱). از این مطلب به نظر می‌رسد که ملاک اصلی، وجود حکومت مشروع باشد که در این صورت می‌تواند از منابع مالی عمومی اسلامی بهره‌بردار.

### ۳-۵. تعیین تکلیف مالک زمین

با توجه به مطالبی که بیان شد، دو نظر برای مالک اراضی موات که برای مسکن‌سازی قابل استفاده است به دست می‌آید.

طبق نظر مختار، مالک زمین‌ها عموم مردم هستند که در این صورت به‌هیچ‌وجه این زمین‌ها به شخص یا اشخاصی تعلق نمی‌گیرد و تنها مشروط به احیای آن‌ها، حق انتفاع از زمین‌ها به مردم واگذار می‌شود. متولی این زمین‌ها دولت است و دولت زمین‌ها را در اختیار مردمی که می‌خواهند در آن خانه بسازند، قرار می‌دهد و در عوض از آن‌ها مبلغی را به‌عنوان خراج می‌گیرد و ملکیت عرصه علی‌الاصول به مردم منتقل نمی‌شود.



طبق نظر دیگر که مالکیت را سه‌گانه می‌داند، مالکیت عمده زمین‌ها برای دولت است و اقتضای اطلاق مالکیت، جواز بیع آن است. دولت می‌تواند این زمین‌ها را به تملیک دیگران درآورد، اما اگر بخواهد آن‌ها را به افرادی که به احیا پرداخته‌اند، واگذار کند، از آنجاکه احیای مملک نیست، مالکیت این زمین‌ها به مردم منتقل نخواهد شد. پس طبق نظر دوم علی‌القاعده حکومت طبق مصالح عمومی می‌تواند زمین‌ها را به مالکیت دیگران درآورد، اما در این فرض نیز ممکن است با توجه به سیره رسول اکرم (صلی‌الله علیه و آله) در اقطاعات اراضی که از ایشان نقل نشده است که زمینی را به ملک کسی درآورده باشد مگر در مورد اهل‌بیت (علیهم‌السلام)، به دست آید که حتی اگر زمین مملوک دولت نیز باشد، دولت حق تملیک آن را ندارد. این مطلب در فقه مثال دیگری نیز دارد. برای مثال، در جایی که زمینی وقف اشخاصی می‌شود در واقع آن زمین به‌نحوی ملک آن‌هاست، اما نمی‌توانند در شرایط عادی آن ملک را بفروشند مگر جایی که مسوغات بیع ملک پیش آید. پس در فرض دوم نیز مالکیت عرصه‌ها به مردم منتقل نمی‌شود و تنها مالک عین خواهند بود که اگر ساختمانی را بسازند و از آن استفاده نکنند، دولت می‌تواند آن‌ها را الزام به فروش کند تا زمین دوباره به چرخه اقتصادی برگردد.

با این توضیحات، پاسخ پرسش‌های اول و دوم روشن می‌شود که مالک زمین‌ها عموم مردم هستند و دولت در واقع تنها مدیر و متولی است که می‌تواند با قراردادی زمین را در اختیار کسی قرار دهد که آن را با ساختن مسکن احیا کند و از او برای زمین خراج دریافت کند. باید دقت کرد که در برخی روایات امر به پرداخت خراج شده است، اما به نظر اخذ خراج وظیفه حکومت نیست، بلکه تنها یک امکان در اختیار اوست که می‌تواند در مواقعی که مصلحت عمومی اقتضا کند، از آن صرف‌نظر یا از برخی دهک‌ها دریافت کند و به برخی ببخشد.

اما در پاسخ پرسش سوم بعد از آنکه معلوم شد ملکیت زمین‌ها از آن دولت نیست، به‌طبع نمی‌تواند به بهانه‌هایی مانند تأمین زیرساخت‌ها نقل ملکیت کند.

اما اگر حتی به ملکیت دولتی نیز قائل شویم و به‌تبع، نقل ملکیت را جایز بدانیم، به‌طبع این نقل ملکیت باید با رعایت مصلحت عمومی و ضوابط اصلی اقتصاد اسلامی

باشد. یکی از ضوابط اصلی اقتصاد اسلامی عدالت و توازن اجتماعی است. قرآن کریم یکی از علت‌های تشریح مالکیت دولتی و عمومی را همین دانسته است که دولت در اقتصاد ورود کند تا تداول ثروت در دست عده خاصی از ثروتمندان و اغنیا به وجود نیاید. خداوند در آیه ۷ سوره حشر می‌فرماید:

آنچه خدا از [اموال و زمین‌های] اهل آن آبادی‌ها به پیامبرش بازگرداند، اختصاص به خدا و پیامبر و اهل بیت پیامبر و یتیمان و مستمندان و درراه‌ماندگان دارد تا میان ثروتمندان شما دست‌به‌دست نشود و [از اموال، احکام و معارف دینی] آنچه را پیامبر به شما عطا کرد، بپذیرید و از آنچه شما را نهدی کرد، بازایستید و از خدا پروا کنید؛ زیرا خدا سخت‌گیر است.<sup>۱۰</sup>

به‌طبع یکی از وظایف دولت تأمین زیرساخت‌های لازم برای تأمین مسکن افراد جامعه است، اما نباید با تملیک زمین‌های عمومی و دولتی به مردم سبب تداول ثروت در بخش خصوصی شود یا سیاست‌هایی را اعمال کند که بالمآل در جامعه احتکار مسکن و زمین صورت گیرد. با این توضیح، پاسخ پرسش سوم این‌گونه بیان می‌شود که دولت می‌تواند زمین‌های موات را بفروشد یا در ازای خدمتی به کسی تملیک کند، اما باید مراقبت کرد که این موضوع مخالف عدالت اجتماعی نباشد که در این صورت بدون شک عمل حرامی خواهد بود.



نمودار ۲- بررسی روند شاخص سهم بخش مسکن در سبد مصرفی خانوار شهری ایران

## نتيجه گيري

١. ملكيت زمين ها طبق نظر مختار از آن عموم مردم است كه دولت تنها متولي و اداره كننده آن هاست. اين موضوع سبب مي شود كه دولت نتواند براي ساخت مسكن اين زمين ها را به هيچ يك از اشخاص تمليك كند، بلكه مي تواند آن را تا زماني كه از آن زمين استفاده مي شود، در اختيار فرد قرار دهد و در ازاي آن خراج دريافت كند.
٢. حتي اگر قائل به ملكيت دولت نسبت به زمين ها شويم، باز هم به نظر مي رسد با توجه به سيره رسول الله (صلي الله عليه و آله)، قائل شدن به امكان تمليك زمين به اشخاص دشوار باشد.
٣. دولت نمي تواند به بهانه تأمين زيرساخت ها بخشي از زمين هاي كشور را كه ثروت عمومي است و همه مردم در آن سهيم اند، به ملكيت بخش خصوصي درآورد.

## يادداشت ها

١. بر اساس آمار منتشر شده مركز آمار در ٢٨ فروردين ١٤٠١.
  ٢. طبقت الشريعة على الأراضى التى تضمها دار الإسلام الأشكال الثلاثة للملكية، فحكمت على قسم منها بالملكية العامة وعلى قسم آخر بملكية الدولة و سمحت للملكية الخاصة بقسم ثالث.
  ٣. أولاً: طريقة استثمار كل من الملكيتين والدور الذى تؤديه للمساهمة فى بناء المجتمع الإسلامى، فالأراضى والثروات التى تملك ملكية عامة لمجموع الأمة يجب على ولى الأمر استثمارها للمساهمة فى إشباع حاجات مجموع الأمة وتحقيق مصالحها العامة التى ترتبط بها ككل؛ نحو إنشاء المستشفيات و توفير وتهيئة مستلزمات التعليم وغير ذلك من المؤسسات الاجتماعية العامة التى تخدم مجموع الأمة.
- ولا يجوز استخدام الملكية العامة لمصلحة جزء معين من الأمة، ما لم ترتبط بمصلحته بمصلحة المجموع... .
- ثانياً: أن الملكية العامة لا تسمح بظهور حق خاص للفرد... خلافاً لملك الدولة فان الفرد قد يكتسب فى ممتلكاتها حقاً خاصاً... .
- ثالثاً: أن ما يدخل فى نطاق الملكية العامة للأمة لا يجوز لولى الأمر بوصفه ولياً للأمر نقل ملكيته

إلى الأفراد ببيع أو هبة ونحو ذلك ، خلافاً لما يدخل في نطاق ملكية الدولة فإنه يجوز فيه ذلك وفقاً لما يقدره الإمام من المصلحة العامة.

۴. يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ.

۵. عن محمد بن مسلم قال سمعت ابا جعفر يقول ايما قوم احيوا شيئاً من الارض و عمروها فهم احق بها و هي لهم.

۶. عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله (عليه السلام) اقل سئل و انا حاضر عن رجل احيا ارضا مواتا فكري فيها نهارا و بنى بيوتا و غرس نخلا و شجرا فقال هي له....

۷. دليل اینکه تنها به یک روایت بسنده می‌کنیم، این است که مضمون روایات با یکدیگر تنافی ندارد و در مجموع، یک حکم را ثابت می‌کند و این روایت از نظر نگارندگان می‌تواند اصل مفاد روایات تحلیل را نمایندگی کند.

۸. عن عمر بن يزيد رأيتُ مسمعاً بالمدينة و قد كان حملَ إلى أبي عبد الله ع تلك السنة ما لا فردَه أبو عبد الله (عليه السلام) فقلتُ له لم ردَّ عليك أبو عبد الله المال الذي حملته إليه قال فقال لي إني قلتُ له حين حملتُ إليه المال إني كنتُ وليتُ البحرين الغوص فأصببتُ أربعمئة ألف درهم و قد جئتُك بخمسة ثمانين ألف درهم و كرهتُ أن أحبسها عنك و أن أعرض لها و هي حقك الذي جعله الله تبارك و تعالى في أموالنا فقال أ و ما لنا من الأرض و ما أخرج الله منها إلا الخمس يا أباسيار إن الأرض كلها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا فقلتُ له و أنا أحملُ إليك المال كله فقال يا أباسيار قد طيبناه لك و أحللتناك منه فضمَّ إليك مالك و كلُّ ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون حتى يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم و أما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم صغرة قال عمر بن يزيد فقال لي أبوسيار ما أرى أحداً من أصحاب الضياع و لا ممن يلي الأعمال يأكل حللاً غيري إلا من طيَّبوا له ذلك.

۹. ان العلماء ورثة الانبياء.

۱۰. ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذی القربى والیتامی والمساکین وابن السبیل کی لا یكون دولة بین الأغنیاء منکم و ما آتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا و اتقوا الله إن الله شدید العقاب.

## کتابنامه

- اراکي، محسن (۱۳۹۸). فقه عمران شهری. قم: ناب ماندگار.
- Araki, Mohsen (2019). Urban Construction Jurisprudence. Qom: Nab Mandegar.
- امیدی حسین آبادی، مهدیه؛ و احمدی، قادر (۱۳۹۹). «بررسی الگوهای تراکمی توسعه عمودی مسکن و تحلیل تأثیرات آن بر کیفیت زندگی». فصلنامه اقتصاد شهر، دوره ۹، شماره ۲.
- Omidi Hosseini, Mahdieh; & Ahmadi, Ghader (2020). "Examining Density Patterns of Vertical Housing Development and Analyzing Its Impacts on Quality of Life." Urban Economy Quarterly, Vol. 9, No. 2.
- برهانی، کاظم؛ رفیعان، مجتبی؛ و مشکینی، ابوالفضل (۱۳۹۶). «تغییرات کاربری زمین شهری و اقتصاد سیاسی فضا؛ ارائه مدل مفهومی-تلفیقی». مجله جامعه‌شناسی ایران، دوره ۱۸، شماره ۳.
- Barahani, Kazem; Rafieian, Mojtaba; & Moshkin, Abolfazl (2017). "Changes in Urban Land Use and the Political Economy of Space; Presenting a Conceptual-Integrative Model." Iranian Sociology Journal, Vol. 18, No. 3.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). تهران: استقلال.
- Helli (Researcher), Jafar ibn Hassan (1430 AH). Shara'i al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram (Vol. 4). Tehran: Independence.
- رفیعان، مجتبی؛ حسامیان، فرخ؛ و حدادان یزدی، کیمیا (۱۳۸۹). «ارائه الگویی برای توسعه زمین در بافت‌های ناکارآمد شهری؛ مورد پژوهی: محدوده یافت‌آباد و منطقه ۱۷ شهرداری تهران». دوفصلنامه دانشگاه هنر، شماره ۳.
- Rafieian, Mojtaba; Hasamian, Farokh; & Hodadan Yazdi, Kimia (2010). "Presenting a Model for Land Development in Inefficient Urban Fabrics; Case Study: Yaftabad District and Municipal Region 17 of Tehran." Biannual Journal of Art University, No. 3.
- رفیعان، مجتبی (۱۳۸۹). «زمین شهری، کاربری، توسعه؛ تأملی بر الگوهای نوین برنامه‌ریزی و مدیریت تغییرات کاربری زمین شهری». ماهنامه منظر. شماره ۱۰.
- Rafieian, Mojtaba (2010). "Urban Land, Use, Development; A Reflection on Modern Patterns of Urban Land Use Planning and Management." Monthly Journal of Landscape, No. 10.
- روحانی، سیدمحمدصادق (۱۳۹۲). فقه‌الصادق. آیین دانش قم.
- Rohani, Seyyed Mohammad Sadigh (2013). Fiqh al-Sadiq. Qom: Aeen Danesh.
- رئسی، محمدمنان (۱۳۹۶). «تحلیل فقهی بر نامطلوب بودن توسعه عمودی بناهای مسکونی در شهر اسلامی». فصلنامه علمی-پژوهشی مطالعات شهری، شماره ۲۴.
- Raeisi, Mohammad Manan (2017). "A Jurisprudential Analysis of the Undesirability of Vertical Development of Residential Buildings in an Islamic City." Scientific-Research Journal of Urban Studies, No. 24.
- سعدی، حسینعلی (۱۳۹۹). انفال در عصر غیبت. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- Saadi, Hossein Ali (2020). Anfal in the Age of Occultation. Tehran: Imam Sadiq

University (Peace be upon him).

سیافزاده، علیرضا (۱۳۹۲). مدیریت شهری کلان‌شهر تهران (فرصت‌ها و چالش‌ها). چاپ ۱، تهران: امیرکبیر.

Siyafzadeh, Alireza (2013). Urban Management of Greater Tehran (Opportunities and Challenges). 1st Edition, Tehran: Amir Kabir.

شکویی، حسین (۱۳۸۳). دیدگاه‌های نو در جغرافیای شهری (جلد ۱). چاپ ۷، تهران: سمت.

Shakouei, Hossein (2004). New Perspectives in Urban Geography (Vol. 1). 7th Edition, Tehran: Samt.

شمس پویا، محمدکاظم؛ توکلی‌نیا، جمیله؛ صرافی، مظفر؛ و فنی، زهره (۱۳۹۶). «تحلیلی بر برنامه‌های توسعه و سیاست‌های زمین شهری با تأکید بر رویکرد حکمروایی خوب زمین؛ موردپژوهی: کلان‌شهر تهران». فصلنامه علمی-پژوهشی اطلاعات جغرافیایی، دوره ۲۶، شماره ۱۰۴.

Shams Poya, Mohammad Kazem; Tavaqali Nia, Jamileh; Sarrafi, Mozaffar; & Fanni, Zahra (2017). "An Analysis of Urban Development Programs and Land Policy with Emphasis on Good Governance Approach to Land; Case Study: Greater Tehran." Scientific-Research Quarterly of Geographic Information, Vol. 26, No. 104.

شهید ثانی، زین‌الدین علی (۱۴۲۳ق). مسالک‌الفهام الی تنقیح شرایع‌الاسلام (جلد ۱۲). قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه.

Shahid Sani, Zein al-Din Ali (1423 AH). Masalek al-Afham ila Tanqih Shara'i al-Islam (Vol. 12). Qom: Institute of Islamic Knowledge.

صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۸۸). دروس فی علم‌الاصول. قم: مؤسسه النشرالاسلامی.

Sadr, Seyyed Mohammad Baqir (2009). Duroos fi 'Ilm al-Usul. Qom: Institute of Islamic Publication.

صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۸ق). اقتصادنا. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

Sadr, Seyyed Mohammad Baqir (1408 AH). Iqtisadna. Beirut: Dar al-Taa'aruf for Publications.

صدوق، محمدبن‌علی بن‌بابویه (۱۳۶۳). من لایحضره‌الفقیه (جلد ۲). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.

Sadug, Muhammad ibn Ali ibn Babawayh (1984). Man La Yahdhuru al-Faqih (Vol. 2). Qom: Institute of Islamic Publication.

طاهری‌زاده، علیرضا؛ و مریم عباسی (۱۳۹۹). «بررسی وضعیت بازار زمین و مسکن و تأثیر آن بر اقتصاد شهری». کنفرانس بین‌المللی جهش تولید و اثرات آن بر اقتصاد ایران در سایه بحران کرونا.

Taheri Zadeh, Alireza; & Maryam Abbasi (2020). "Examining the Status of the Land and Housing Market and Its Impact on Urban Economy." International Conference on Production Leap and Its Effects on the Iranian Economy in the Shadow of the COVID-19 Crisis.

غلامحسینی، اسماعیل (۱۳۸۴). نحوه اثرگذاری بازار زمین شهری بر تحقق طرح‌های توسعه

شهری تهران (رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس تهران).

Gholamhoseini, Ismail (2005). *The Impact of the Urban Land Market on the Realization of Urban Development Plans in Tehran* (PhD Dissertation, Tarbiat Modares University, Tehran).

فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۷). «ساختار بازار زمین در اقتصاد اسلامی». فصلنامه علمی-پژوهشی *اقتصاد اسلامی*، سال ۷، شماره ۳۱.

arahani Fard, Saeed (2008). "The Structure of the Land Market in Islamic Economy." *Scientific-Research Quarterly of Islamic Economy*, Year 7, No. 31. فیاض، محمداسحاق (۱۳۶۰). *الاراضی*. قم: دارالکتاب.

Fayyaz, Mohammad Ishaq (1981). *Al-Aradi*. Qom: Dar al-Kitab.

کلینی، محمدبن یعقوب (۱۳۸۸). *الکافی* (جلدهای ۳ و ۱۰). قم: دارالحدیث.

Kulaini, Muhammad ibn Ya'qub (2009). *Al-Kafi* (Volumes 3 and 10). Qom: Dar al-Hadith.

لگزیان، احسان؛ و رنج‌آزمای آذری، محمد (۱۳۸۹). «بررسی و تحلیل مدیریت توسعه زمین از طریق رویکرد برنامه اصلاح مجدد زمین با تأکید بر مقوله انتقال حق مالکیت زمین». *دوفصلنامه مدیریت شهری*، شماره ۲۵.

Loghzyan, Ehsan; & Ranj-Azmay Azari, Mohammad (2010). "Review and Analysis of Land Development Management through the Program for Land Reform Approach with Emphasis on the Issue of Land Ownership Transfer." *Biannual Journal of Urban Management*, No. 25.

مشکینی، ع.، و نورمحمدی، ح. (۱۳۹۵). *سیاست‌گذاری زمین شهری: رویکردها و چالش‌ها*. نشریه مدیریت شهری.

Moshkeni, A., & Nourmohammadi, H. (2016). *Urban Land Policy: Approaches and Challenges*. *Urban Management Journal*.

مشکینی و همکاران (۱۳۹۴). *الگوی سیاست‌گذاری مداخله دولت در مدیریت زمین شهری ایران (مطالعه موردی: شهر تهران)*. نشریه برنامه و آمایش فضا، دوره ۱۹، شماره ۱.

Moshkini et al. (2015). "The Policy-Making Model for Government Intervention in Urban Land Management in Iran (Case Study: Tehran)." *Journal of Planning and Spatial Studies*, Vol. 19, No. 1.

مشکینی، ابوالفضل؛ و نورمحمدی، مهدی (۱۳۹۷). «نقدی بر مدیریت زمین شهری کشورهای در حال توسعه (مطالعه موردی: ایران)». *پژوهش‌های جغرافیای انسانی*، دوره ۵۰، شماره ۴.

Meshkini, Abolfazl; & Nour Mohammadi, Mahdi (2018). "A Critique of Urban Land Management in Developing Countries (Case Study: Iran)." *Human Geography Research*, Vol. 50, No. 4

میرعلی کتولی، جعفر (۱۳۸۰). *فرایند عرضه زمین و نقش آن در توسعه شهری (گرگان)*

(رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس تهران).

Mirali Katuli, Jafar (2001). "The Process of Land Supply and Its Role in Urban Development (Gorgan)" (PhD Dissertation, Tarbiat Modares University, Tehran).

نجفی، محمدحسن (۱۴۲۱ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۲۷). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

Najafi, Mohammad Hassan (2000). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam (Vol. 27). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.

نورمحمدی، مهدی (۱۳۹۴). رهیافت نهادی در مدیریت زمین شهری. تهران: آراد کتاب.

Nour Mohammadi, Mahdi (2015). Institutional Approach in Urban Land Management. Tehran: Arad Book.



## وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه؛ نظریه نسبیت

سیدمصطفی سعادت مصطفوی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۹

محمدجواد مطیعی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

عمل سفهی که معمولاً به عمل حقوقی غیرعقلایی شخص رشید تعریف می‌شود، حالت نامتعارفی از هر عمل حقوقی مالی و نیز نقطه برخورد غیرعقلایی بودن نفس عمل و عاقل بودن شخص ایجادکننده است. سکوت قانون‌گذار ایران و اختلاف نظر فقهای امامیه در خصوص وضعیت اعمال سفهی، نظام حقوقی ایران را در تعیین مناسب وضعیت این اعمال با چالش مواجه ساخته است. پژوهش بنیادین حاضر به بررسی دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی در فقه امامیه می‌پردازد و برخی دلایل از هرکدام را رد می‌کند و برخی را می‌پذیرد. این پژوهش در نهایت، با روش توصیفی-تحلیلی خود، هر دو نظریه یادشده را به دلیل مطلق‌انگاری نسبت به عرف، در تعیین مناسب وضعیت این اعمال ناتوان دیده است و نظر جدیدی موسوم به نسبیت وضعیت اعمال سفهی ارائه می‌کند. نسبیت وضعیت اعمال سفهی در برابر مطلق بودن آن در دو نظریه پیشین، عرف را قادر به تصحیح برخی اعمال سفهی با تکیه بر متعارف بودن آن‌ها و باطل انگاشتن بقیه اعمال سفهی می‌داند.

### واژگان کلیدی

صحت، بطلان، نسبیت، معاملات سفهی، فقه امامیه، تقنین، حقوق ایران.

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.  
m.mostafavi@isu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
m.j.motiee@isu.ac.ir

## مقدمه

اشخاص روزانه اعمال حقوقی مختلفی انجام می‌دهند. برخی اشخاص نمی‌توانند اعمال حقوقی را مستقلاً ایجاد کنند. یکی از انواع این اشخاص، سفها هستند که اگر مستقلاً اعمال حقوقی-مالی خود را ایجاد کنند، به احتمال زیاد اموال خود را تباه می‌کنند. در مقابل سفها، اشخاص رشید به دلیل داشتن ملکه اصلاح مال و توانایی اداره مناسب اموال می‌توانند در ایجاد اعمال حقوقی مالی خود مستقل باشند، اما ملکه اصلاح مال مبتنی بر غلبه است و اشخاص رشید را از ایجاد اعمال حقوقی غیرعقلایی مصون نمی‌کند. اعمال غیرعقلایی اشخاص رشید در فقه امامیه و حقوق ایران با عنوان اعمال سفهی شناخته می‌شود. پرسش مهم مطرح در رابطه با اعمال سفهی، وضعیت این اعمال است. غیرعقلایی و در شأن سفها بودن خود این اعمال و رشید بودن ایجادکنندگان آن‌ها، حساسیت تعیین وضعیت این اعمال را بالا می‌برد.

پژوهش حاضر کوشیده است تا این پرسش را پاسخ دهد که وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه چیست. فرضیه پژوهش حاضر در پاسخ به این پرسش، نسبت وضعیت اعمال سفهی است. به عبارت دیگر، پژوهش حاضر می‌کوشد تا نظریه‌ای جدید را در کنار دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی، مطرح و اثبات کند که بطلان یا صحت مطلق اعمال سفهی را روا نمی‌دارد. تفاوت این پژوهش با پژوهش‌های پیشین در این است که هریک از پژوهش‌های پیشین با بررسی در فقه امامیه، یکی از دو نظریه بطلان یا صحت را پذیرفته‌اند، اما پژوهش حاضر با تدقیق در دو نظریه بطلان و صحت و ادله آن‌ها، نظریه نسبت وضعیت عمل سفهی را بنیان می‌نهد. به بیان دقیق‌تر، نوآوری پژوهش حاضر، تصحیح برخی اعمال سفهی و ابطال باقی مبتنی بر نگاه عرفی‌نگر و تفکیک میان قضاوت عرف در مورد نفس هر عمل و قضاوت عرف در مورد همان عمل در شرایط پیرامونی آن است. به این ترتیب، این پژوهش بنیادین می‌تواند قانون‌گذار ایران را در تعیین مناسب وضعیت عمل سفهی یاری کند.

پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی در سه بخش (به جز پیشینه) سامان یافته است که هر بخش نسبت به بخش قبلی خود، توصیف کمتر و تحلیل بیشتری دارد. بخش نخست، تاریخچه دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی را از ابتدای شکل‌گیری تا امروز بررسی می‌کند. بخش دوم، ادله‌ای را که می‌توانند در اثبات هریک از دو نظریه

بطلان و صحت عمل سفهی به کار آیند، بیان و نقد می‌کند. بخش سوم نیز با تکیه بر ضعفی که در دو نظریه دیگر وجود دارد، نظر سوم را مطرح و اثبات می‌کند. به این ترتیب، این پژوهش نظر جدید خود را پس از بررسی تاریخیچه و ادله دو نظریه پیشین بیان می‌کند.

### ۱. پیشینه پژوهش

وضعیت اعمال سفهی در نظام حقوقی اسلام از دیرباز محل توجه بوده است. دو نظریه بطلان و صحت اعمال سفهی، حاصل سال‌ها تلاش فقهای امامیه در تعیین وضعیت این اعمال هستند. شیخ طوسی (۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۴۴)، مراغی (۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۷۱-۳۷۳) و کاشف‌الغطا (۱۴۳۱ق، صص. ۹۹-۹۸) هریک اثر شایان توجهی در این زمینه بر جا گذاشته‌اند. با وجود اهمیت بسیار این بحث، قانون مدنی ایران نامی از اعمال سفهی نبرده و در خصوص وضعیت این اعمال، سکوت کرده، اما در دهه‌های اخیر، پژوهش‌هایی در حقوق ایران با موضوع تعیین وضعیت اعمال سفهی انجام شده است. این پژوهش‌ها کوشیده‌اند تا با بهره‌گیری از فقه امامیه، وضعیت مناسب اعمال سفهی را در نظام حقوقی ایران بیابند. این موضوع موجب شده است تا این پژوهش‌ها به تبعیت از فقها، بعضاً نظریه بطلان (کریمی، ۱۳۸۷؛ باقی، ۱۳۹۰؛ رستمی و رستمی، ۱۳۹۹) و بعضاً نظریه صحت عمل سفهی (زمانی، ۱۳۹۱؛ حکمت‌نیا و زمانی، ۱۳۹۲؛ زندی، ۱۳۹۴؛ صباغی ندوشن و حائری، ۱۳۹۵) را بپذیرند. سکوت قانون‌گذار ایران در خصوص اعمال سفهی موجب شده است تا دو نظریه ناسازگار بطلان و صحت اعمال سفهی از پژوهش‌های فقها به پژوهش‌های حقوقی اخیر نیز راه یابد.

### ۲. پیشینه بحث وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه

در بررسی وضعیت عمل سفهی پرداختن به پیشینه این بحث، اهمیت بالایی دارد. آگاهی از پیشینه این موضوع، اقوال موجود در مورد آن را روشن می‌سازد. فایده دیگر آن، آشنایی با قائلان به هریک از این اقوال است. همچنین، با بررسی پیشینه این بحث، منشأ اقوال موجود و دلایل هر قول به دست می‌آید. در این بخش، پیشینه بحث وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه مطرح می‌شود.

## ۲-۱. شکل‌گیری نظریه بطلان عمل سفهی

بحث وضعیت عمل سفهی هم‌زمان با بحث ماهیت آن در فقه امامیه آغاز شد. شیخ طوسی برای نخستین‌بار به وضعیت عمل سفهی پرداخت. از نظر او، عمل سفهی جایز نیست. او این نظر خود را در خلال بیان حالات مختلف تقسیم مال مشاع مطرح کرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). او سه حالت برای تقسیم مال مشاع در نظر گرفت که یکی از این حالات، حالتی است که حاکم نمی‌تواند مال مشاع را تقسیم کند و شریکی را که راضی به تقسیم مال نیست، الزام کند<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). این حالت هنگامی رخ می‌دهد که تقسیم مال مشاع موجب ضرر باشد. برای مثال، اگر مال مشاع، لباسی فاخر و یکتا باشد، تقسیم آن به چند تکه موجب ضرر خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). شیخ طوسی علت عدم جواز این حالت از تقسیم مال مشاع را ضرر و سفه عنوان می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). او معتقد است که چنین تقسیمی حتی با رضایت تمام شرکا نیز جایز نیست (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). با توجه به اینکه در توافق بر تقسیم مال مشاع حرمت تکلیفی مطرح نیست، این عدم جواز به معنای بطلان تقسیم یادشده است (خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ص. ۲۵). به این ترتیب، شیخ طوسی عمل سفهی را باطل دانسته، اما برای این بطلان دلیلی بیان نکرده است.

فقه‌های پس از شیخ طوسی نیز تا مدت‌ها قائل به بطلان عمل سفهی بودند. برخی از این فقها مانند حلی (۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۷۸)، عاملی (۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۲۱)؛ ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۵۲) و اردبیلی (بی‌تا، ج ۱۰، صص. ۵۸، ۱۳۱ و ۲۱۱) آثاری در بحث ماهیت عمل سفهی بر جای گذاشتند، اما در مورد وضعیت آن، مخالفت اساسی با نظریه بطلان نکردند<sup>۲</sup>. نکته حائز اهمیت این بود که فقها در این مدت قائل به بطلان عمل سفهی بودند، اما این نظر را در خلال بحث‌های دیگر مطرح می‌کردند و استدلالی برای اثبات بطلان عمل سفهی ارائه نمی‌کردند. پس از حدود هشت قرن از آغاز بحث عمل سفهی در کلام فقها، فقیهی برای نخستین‌بار بحث عمل سفهی را به‌طور مبسوط و مستقل از مطالب دیگر مورد بحث قرار داد. این فقیه - میرعبدالفتاح مراغی - بطلان عمل سفهی را برای مطرح شدن به‌عنوان قاعده‌ای فقهی، مستعد دانست (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۶). برای بطلان عمل سفهی استدلال ارائه کرد (مراغی، ۱۴۱۷ق،

ج ۲، صص. ۳۷۳-۳۷۱) و دوران جدیدی را در بحث وضعیت عمل سفهی بنیان نهاد. میرعبدالفتاح مراغی عنوان ۵۱م از کتاب *العناوین* را به ماهیت عمل سفهی و بطلان آن اختصاص داد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۶). به نظر می‌رسد اهم دلایلی که مراغی توانست بطلان عمل سفهی را قاعده‌انگاری کند، عدم مخالفت فقها برای قرن‌ها با بطلان عمل سفهی و دیگری، حالت قاعده‌گونه خود عمل سفهی بود. در توضیح حالت قاعده‌گونه عمل سفهی باید گفت که عمل سفهی همان‌طور که پیش از مراغی نیز بیان شده بود، حالت نامتعارفی از هر عمل حقوقی است و منحصر در چند عمل حقوقی مشخص نیست (عاملی، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۵۷). از این رو سفهی بودن یک عمل برای کسی که قائل به بطلان عمل سفهی باشد، در تعلیل بطلان عمل به کار می‌رود. اینکه سفهی بودن دلیل بطلان عملی انگاشته شود، از آغاز بحث وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه به چشم می‌آید (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). مراغی برای نخستین بار، این نکته را به صراحت بیان کرد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۶).

مراغی کوشید تا برای نخستین بار بطلان عمل سفهی را به‌طور مستدل تبیین کند. او برای اثبات این نظر، دلایل مختلفی ارائه کرده است. نظر به فقدان آیه شریفه یا روایتی صریح و مشخص در مورد عمل سفهی، دلیل نخست در این مجموعه دلایل، اصل فساد معاملات است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). دلیل دیگر که از اصل فراتر رفته و در پی اثبات تعلق نهی به عمل سفهی است، اطلاق فقها بر بطلان عمل سفهی است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). شمول عموم نهی از اکل مال به باطل بر عمل سفهی، سومین دلیل است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۷۱-۳۷۲). تمسک مراغی به این دلیل، ناشی از برداشت او از آیه شریفه ۲۹ سوره مبارکه نساء<sup>۳</sup> است. دلیل چهارم مراغی برای اثبات بطلان عمل سفهی، عدم شمول عمومات و اطلاعات مثبت صحت بر عمل سفهی است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲). گفتنی است که هر دو دلیل اخیر مبتنی بر متداول نبودن عمل سفهی در نظر مراغی هستند. این مجموعه دلایل با کاشفیت منهی<sup>۴</sup> عنه بودن معاملات سفیه از عدم تعلق رضایت شارع به عمل سفهی پایان می‌یابد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲).

## ۲-۲. شکل‌گیری نظریه صحت عمل سفهی و ادامه حیات دو نظریه

با فاصله زمانی کمی از تبیین مستدل نظریه بطلان عمل سفهی در فقه امامیه، شیخ مهدی کاشف‌الغطا، نظریه صحت عمل سفهی را مطرح کرد (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، صص. ۹۸-۹۹). او معتقد بود که اصل فساد در معاملات، اجماع و شک در شمول عموماً و اطلاعات بر عمل سفهی، تنها در فرض انحصار عمل سفهی در فاعل سفیه دلالت بر بطلان آن می‌کنند (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۸). این در حالی است که به نظر او عمل سفهی در نگاه عرف، محصور در فاعل سفیه نیست (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۸). با توجه به اینکه عمل سفهی عرفاً از فاعل عاقل نیز ممکن است، دلیل نخست او برای اثبات صحت عمل سفهی، عدم دلیل بر بطلان عمل شخص عاقل است (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۸). گفتنی است که این استدلال او و فقهای پس از او که قائل به صحت عمل سفهی بودند به‌خصوص آیت‌الله خویی، به‌هیچ‌وجه محل نزاع دو نظریه، عمل غیرعقلایی شخص رشید را تغییر نداده است، بلکه دلیل مخالف خود را خارج از محل نزاع و غیرقابل اتکا در بحث دانسته است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۵، ص. ۳۰۴؛ خویی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۱۹۷). دلیل دیگر نیز شمول ادله ملک و تملیک بر اعمال شخص عاقل است (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۹).

به نظر می‌رسد که شیخ مهدی کاشف‌الغطا نخستین فقیه امامی است که قائل به صحت عمل سفهی شده است. با این حال، قراین حاکی از این نکته است که نظریه صحت عمل سفهی در فقه امامیه متأثر از پژوهش مراغی مطرح شده است. یکی از این قراین، رد دلایل مراغی برای بطلان عمل سفهی در پژوهش کاشف‌الغطاست (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۸). این در حالی است که پیش از مراغی چنین دلایلی برای بطلان عمل سفهی مطرح نشده بود و فاصله زمانی این دو فقیه نیز بسیار کم است. قرینه دیگر نیز «سفهی» نامیده شدن عمل سفهی در پژوهش کاشف‌الغطاست (کاشف‌الغطا، ۱۴۳۱ق، ص. ۹۸). این در حالی است که بررسی آثار فقهی پیش از *العناوین* نشان می‌دهد که عمل سفهی برای نخستین بار در این کتاب «سفهی» نامیده شده است. از این رو می‌توان گفت که مراغی با بیان دلایل بطلان عمل سفهی، نظر دیگر فقهای امامیه را به وضعیت عمل سفهی جلب کرد و به این ترتیب، نظر مخالف خود را نیز برانگیخت.

پس از شکل‌گیری نظریه صحت عمل سفهی در فقه امامیه، هر دو نظریه در کنار یکدیگر ادامه یافتند. با توجه به هم‌دوره بودن شیخ مهدی کاشف‌الغطا و شیخ انصاری می‌توان نخستین دوره فقها را پس از شکل‌گیری نظریه صحت، فقهای عصر شاگردان شیخ انصاری دانست. در میان فقهای عصر یادشده، علی‌بن‌اسماعیل قزوینی قائل به صحت عمل سفهی شده است (قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۸۱). در نظر او، عمل سفهی درنهایت، می‌تواند خلاف مروت به شمار آید (قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۸۱). برخی از فقهای این دوره نیز قائل به بطلان عمل سفهی شده‌اند مانند میرزاحبیب‌الله رشتی (بی‌تا، صص. ۱۹۱ و ۲۹۲)، آخوند خراسانی (۱۴۰۶ق، صص. ۱۰۴ و ۲۶۷) و سیدمحمدکاظم یزدی (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۰۷؛ ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۲۴۵).

دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی در دوره‌های بعدی فقها تا امروز نیز ادامه یافتند. پس از عصر شاگردان شیخ انصاری، عصر شاگردان آخوند خراسانی فرا رسید. از میان فقهای این دوره، میرزاعلی ایروانی قائل به صحت عمل سفهی شده است (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸). آیت‌الله محمدحسین غروی اصفهانی (۱۴۲۷ق، ج ۵، صص. ۱۱۷ و ۲۸۲) و آقاضیا عراقی (۱۳۷۹، ص. ۱۷۱) نیز فقهایی در عصر شاگردان آخوند خراسانی هستند که قائل به بطلان عمل سفهی شده‌اند. نسل بعدی فقها، فقهای عصر شاگردان میرزای نایینی هستند. در این دوره، آیت‌الله خویی (۱۴۲۲ق، ص. ۵۲۳) قائل به صحت عمل سفهی شده است. در همین دوره آیت‌الله خمینی (۱۳۹۲ الف، ج ۱، صص. ۲۷۴-۲۷۲؛ ۱۳۹۲ ب، ج ۳، ص. ۳۳۹) عمل سفهی را باطل دانسته است. عصر بعدی فقها، همین عصر حاضر است. در میان فقهای عصر حاضر آیت‌الله علوی گرگانی (۱۳۸۷، ص. ۴۸۴)، آیت‌الله شبیری زنجانی (بی‌تا، ج ۲۱، ص. ۶۸۰۷) و آیت‌الله محمدصادق روحانی (۱۴۳۵ق، ج ۲۸، ص. ۳۲؛ ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص. ۱۲) به صحت عمل سفهی نظر دارند. در همین دوره، آیت‌الله صافی گلپایگانی (۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۳۱۴؛ ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۲۱۹)، آیت‌الله مکارم شیرازی (۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۴؛ ۱۴۲۶ق، ص. ۴۱۱) و آیت‌الله سبحانی تبریزی (۱۳۸۹، ج ۲، ص. ۲۹۵) به بطلان عمل سفهی نظر داده‌اند.

شایان توجه است که دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی با وجود تفاوت‌هایی که

داشتند، بی‌شبهت نیز نبودند. هر دو نظریه یادشده نگاه عرف را به عمل سفهی مطلق انگاشته‌اند. این نگاه در طول دوران حیات هر دو نظریه ثابت بوده است. به عبارت دیگر، هیچ‌یک از این دو نظریه عرف را دارای توانایی تفکیک میان اعمال سفهی نپنداشته است. برخلاف این دو نظریه، نظریه نسبیّت وضعیت عمل سفهی با نگاه عرفی‌نگر خود، عرف را دارای توانایی تفکیک میان اعمال سفهی می‌داند. نوآوری مهم این نظریه نسبت به دو نظریه پیشین، تصحیح برخی اعمال سفهی و ابطال باقی مبتنی بر رویکرد عرفی‌نگر و تفکیک میان قضاوت عرف در مورد نفس عمل و قضاوت عرف در مورد همان عمل در شرایط پیرامونی آن است؛ تفکیکی که به معنای جداگانه بررسی شدن صدق عنوان سفهی بر هر عمل از وضعیت آن عمل در نگاه عرف است.

### ۳. بررسی ادله وضعیت عمل سفهی و نقد آن‌ها

#### ۳-۱. بررسی و نقد ادله بطلان عمل سفهی

##### ۳-۱-۱. اصل فساد

از ادله مثبت بطلان عمل سفهی، اصل فساد است. اصل فساد در معاملات به این معناست که اصل بر فساد است مگر آن که خلاف آن به اثبات برسد (بهبهانی، ۱۳۷۸، ص. ۲۹۷). صحت یک عمل به معنای اثر شرعی یافتن آن است و این، جز با تکیه بر دلیل شرعی ممکن نیست (بهبهانی، ۱۳۷۸، ص. ۲۹۷). نبود دلیلی بر صحت به سبب اصل عدم و اصل بقای حالت سابق یا استصحاب، دلیلی بر بطلان است (بهبهانی، ۱۳۷۸، ص. ۲۹۷). باین حال، شارع اقدس بر آن نبوده است تا تمام اعمال حقوقی میان مردم را تأسیس کند، بلکه برای اعمال حقوقی که حتی پیش از تشریح دین مبین اسلام در روابط انسان‌ها رایج بوده‌اند، چهارچوب‌هایی تعیین کرده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۷). براین اساس، اگر عملی حقوقی در زمان دسترسی به معصومان (علیهم‌السلام) میان مردم رایج بوده باشد و از طرف شارع منعی به آن عمل تعلق نگرفته باشد، عمل یادشده ممضای شارع در نظر گرفته می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸). این عدم تعلق منع، اعم از تأیید صحت عمل و سکوت است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). در استدلال به اصل فساد برای اثبات بطلان اعمال سفهی، رایج نبودن این اعمال در زمان دسترسی به معصومان (علیهم‌السلام) موجب عدم امکان امضای



شارع اقدس بر این اعمال پنداشته می‌شود<sup>۴</sup> (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). پژوهش حاضر، اصل فساد را دال بر بطلان همه اعمال سفهی نمی‌پندارد. علت این است که نمی‌توان تمام اعمال سفهی را نامتداول انگاشت. اولاً، بسیاری از عقلای غیرمعصوم با مروری در گذشته می‌توانند اعمالی سفهی را به یاد بیاورند که خود یا اطرافیان‌شان منعقد کرده‌اند. ثانیاً، هر عمل سفهی از دید غالب عقلا در شأن سفها و از دید برخی دیگر، عقلایی است. از این رو اگر تمام اعمال سفهی با هم در نظر گرفته شوند، تداول مصداق یافتن عمل سفهی مشخص‌تر می‌شود؛ زیرا عقلایی که در مورد یک عمل سفهی خاص در دسته غالب بوده‌اند، می‌توانند در مورد عمل سفهی دیگری در دسته مغلوب قرار بگیرند و به جمع عقلایی که تجربه سفهی اندیشیدن دارند، بپیوندند. ثالثاً، در زمان دسترسی به معصومان (علیهم‌السلام)، امکان بروز عمل سفهی از اشخاص غیرمعصوم قطعاً وجود داشته است؛ زیرا طبق آیه شریفه ۳۳ سوره مبارکه احزاب<sup>۵</sup>، امکان بروز آن از معصومان (علیهم‌السلام) کاملاً منتفی است. از این رو اگر بنا بود تمام اعمال سفهی که بروز آن از اشخاص غیرمعصوم محتمل است، مردود باشند، حتماً دلیلی خاص در رد تمام اعمال سفهی صادر می‌شد.

### ۳-۱-۲. اجماع

دلیل دیگر برای اثبات بطلان عمل سفهی، اجماع است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). اجماع در نظر امامیه نظر جمعی است که به‌طور قطع، کاشف از نظر معصوم (علیه‌السلام) باشد که به‌خودی‌خود حجیتی نداشته و حجت، نظر معصوم (علیه‌السلام) است که به‌این‌ترتیب کشف شده باشد (مظفر، ۱۳۹۳، ج ۲، صص. ۱۰۱-۱۰۰). از نظر پژوهش حاضر، استدلال به اجماع برای اثبات بطلان عمل سفهی مردود است؛ زیرا اجماع تنها در صورتی حجت است که به‌طور قطعی کاشف از قول معصوم (علیه‌السلام) باشد (مظفر، ۱۳۹۳، ج ۲، صص. ۱۰۲-۱۰۰). اشکال اجماع یادشده در زمره دلایل بطلان عمل سفهی (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱)، این است که بحث عمل سفهی از زمان شیخ طوسی، در دوران غیبت کبری، در فقه امامیه مطرح شده است. در نتیجه، اتصال نظریه بطلان عمل سفهی به عصر دسترسی به معصوم (علیه‌السلام) مخدوش است. از این رو کاشفیت این اجماع از قول معصوم (علیه‌السلام)

محل تردید است و قابل اتکا نیست.<sup>۶</sup>

### ۳-۱-۳. فساد تصرفات مالی شخص سفیه

دلیل دیگری که در راستای اثبات بطلان عمل سفیهی مورد استدلال قرار می‌گیرد، فساد تصرفات مالی شخص سفیه است. استدلال به این دلیل به دو روش صورت می‌پذیرد. در روش نخست، عمل سفیهی در حکم سفیه فرض می‌شود. به این ترتیب، هر عمل سفیهی مشمول ادله نهی از تصرفات مالی سفیه بوده و باطل است (بهبهانی، ۱۳۷۸، ص. ۳۰۴). در روش دوم، بطلان عمل سفیهی بر اساس کاشفیت دلایل نهی‌کننده تصرفات مالی شخص سفیه از عدم رضایت شارع اقدس نسبت به بروز عمل سفیهی است. در این روش، نهی شارع اقدس از تصرفات مالی شخص سفیه به سبب غلبه تصرفات سفیهی او و امکان از دست رفتن اموالش فرض شده است. در نتیجه، نهی یادشده کاشف از عدم رضایت شارع از اعمال سفیهی و دلیل بطلان آن منظور می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲). پژوهش حاضر هر دو استدلال یادشده را مردود می‌پندارد. اشکال استدلال نخست در این است که مطلقاً با هر عمل سفیهی و هر تعداد از آن ولو یک عمل، شخص رشید را ذیل نهی از تصرفات مالی شخص سفیه می‌بیند. این در حالی است که امکان دارد باقی اعمال شخص، حاکی از رشید بودن او و بلکه هوش مالی بالای او باشد. برای مثال، نمی‌توان تاجر متبحر و ثروتمند را به دلیل خریدن کالای کم‌بهای به دو برابر قیمت، در حکم سفیه دانست. اشکال استدلال دوم نیز در این است که خود، نهی شارع از تصرفات مالی شخص سفیه را به دلیل امکان از دست رفتن اموال او می‌داند در حالی که می‌توان اعمال سفیهی بسیاری را برای شخص عاقل تصور کرد که این ملاک در مورد آن صدق نمی‌کند. برای مثال، شخص متمول با خریدن کالای کم‌بهای به دو برابر قیمت، در معرض نابودی اموال نخواهد بود. باید افزود که هیچ‌یک از این دو استدلال، ملکه بودن رشد و سفاهت را آن‌گونه که باید، لحاظ نکرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص. ۱۵۲-۱۴۸).

### ۲-۳. بررسی و نقد ادله مشترک بطلان و صحت عمل سفهی

#### ۳-۲-۱. آیه شریفه ۲۹ سوره مبارکه نساء

یکی از ادله‌ای که امکان استدلال به آن در اثبات هر دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی وجود دارد، آیه شریفه ۲۹ سوره مبارکه نساء<sup>۷</sup> است. این آیه شریفه از اکل مال به باطل، نهی و تجارت با تراضی را از آن استثنا فرموده است (نساء/۲۹). در اثبات بطلان عمل سفهی می‌توان این‌گونه به این آیه شریفه استدلال کرد که عمل سفهی، مصداق باطل عرفی مورد نهی این آیه شریفه است؛ با این توضیح که باطل مورد نهی این آیه شریفه، حقیقت شرعی‌ای ندارد و عرفی است. به این ترتیب، آنچه عرف باطل بیندازد، مورد نهی این آیه شریفه قرار می‌گیرد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). در ضمن، در این استدلال، عنوان تجارت نیز به سبب منظور بودن تجارت متعارف و نیز نامتعارف بودن اعمال سفهی، بر این اعمال صادق دانسته نشده است و عمل سفهی در عموم مستثنی‌منه باقی می‌ماند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۷۲-۳۷۱). در راستای اثبات صحت عمل سفهی می‌توان این‌گونه به این آیه شریفه استدلال کرد که عرف، عمل سفهی را باطل نمی‌داند. به این ترتیب، عمل سفهی مشمول اکل مال به باطل نیست و برعکس، مانند هر معامله دیگری که با رضای مالک همراه باشد، صحیح خواهد بود (ایروانی، ۱۳۷۹، ص. ۱۸). استثنای تجارت با تراضی در این آیه شریفه نیز شاهدی بر این مدعاست (ایروانی، ۱۳۷۹، ص. ۱۸). واضح است که هر یک از دو نظریه بطلان و صحت، این آیه شریفه را بنا بر برداشتی که از دیدگاه عرف نسبت به عمل سفهی دارند، مورد استدلال قرار داده‌اند. به بیان دیگر، اختلاف این دو برای استدلال در باطل یا صحیح دانستن عمل سفهی در نظر عرف است. بنابراین، قضاوت میان این دو استدلال منوط به نظر عرف خواهد بود.

#### ۳-۲-۲. قاعده لاضرر و لاضرار

دلیل دیگری که می‌تواند در اثبات هر دو نظریه به کار رود، قاعده لاضرر و لاضرار است. شیخ انصاری این قاعده را نافی حکم ضرری می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۶۱). در نتیجه این دیدگاه می‌توان ضرر اعمال سفهی را به شخص، سبب عدم امضای شارع اقدس بر این اعمال دانست و این اعمال را باطل انگاشت. از سوی دیگر،

باطل شمردن عمل سفهی موجب ضرر شخصی است که از آن منتفع شده است. شخص منتفع از عمل سفهی اطمینان داشته که شخص رشیدی آگاهانه و آزادانه مالی را به او منتقل کرده است، اما با باطل بودن عمل سفهی مال را از دست می‌دهد و ضرر می‌بیند. جلوگیری از این ضرر، صحت عمل سفهی را ایجاب می‌کند. از نظر پژوهش حاضر، هر دو استدلال یادشده دارای اشکال است. با توجه به روایاتی در کتاب‌های *الکافی* (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۰، صص. ۴۸۶-۴۷۵) و *من لایحضره‌الفقیه* (ابن بابویه، ۱۳۶۳، ج ۳، صص. ۷۶، ۱۰۳ و ۲۳۳) که به‌عنوان ادله قاعده لاضرر و لاضرار شناخته می‌شوند، وجود عبارت «فی‌الاسلام» در کلام معصوم (علیه‌السلام) مورد پذیرش نیست. اثر وجود این عبارت، حکومت این قاعده بر عمومات احکام و در نتیجه، نفی احکام ضرری است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۴۷). آیت‌الله خمینی روایت مورد اعتمادی نیافته است که «فی‌الاسلام» در آن بیان شده باشد و احتمال داده است که وجود این ذیل در برخی روایات به دلیل اشتباه کاتبان نسخه‌بردار بوده باشد (خمینی، ۱۴۱۵ق، صص. ۵۵-۵۶). نتیجه اینکه هدف اصلی قاعده لاضرر و لاضرار، نفی وضعیت عمل موجب ضرر نیست و نمی‌توان در راستای اثبات بطلان یا صحت عمل سفهی، استدلال محکمی بر این قاعده بنا کرد. درضمن، اگر این قاعده نافی حکم ضرری تصور شود، تعارض دو ضرر یادشده، استدلال را با مشکل مواجه خواهد ساخت.

### ۳-۳. بررسی و نقد ادله صحت عمل سفهی

#### ۳-۳-۱. قاعده سلطنت

از ادله‌ای که برای اثبات صحت عمل سفهی به کار رفته، قاعده سلطنت است<sup>۸</sup> (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۶). قاعده سلطنت می‌گوید که انسان‌ها اختیار اموال خویش را در دست دارند. آیات شریفه ابتدایی سوره مبارکه نساء<sup>۹</sup> و احکام آن‌ها در رابطه با اموال اشخاص، آیات دیگری که به ارث، وصیت، عقود دیگر، انفاق در راه خدا و حتی حرمت ربا پرداخته‌اند و روایات مربوط به تصرفات و اعمال مالی، دال بر این قاعده شریفه هستند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۲۱). برای اثبات صحت عمل سفهی می‌توان گفت که انسان بر اموال خویش سلطه دارد و این یعنی تصرفات مالی او نیز

مورد امضای شارع اقدس است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸). عمل سفهی نیز از همین تصرفات و در نتیجه، صحیح است. از نظر پژوهش حاضر، قاعده سلطنت با وجود داشتن مدارک قدرتمند نمی‌تواند تمام تصرفات مالی شخص را صحت ببخشد. همان‌طور که بیان شد، بخشی از مدارک این قاعده، آیات و روایاتی هستند که احکام و چهارچوبی را برای تصرف شخص در اموالش تعیین می‌کنند. اگرچه سلطه شخص بر اموالش حتمی است، این سلطه به معنای تصحیح بی‌قید و شرط تصرفات مالی شخص نیست. نتیجه اینکه اگر دیگر دلایل صحت عمل سفهی بر دلایل بطلان عمل سفهی فائق نیاید، عمل سفهی از موضوع قاعده سلطنت خارج می‌شود. این به معنای عدم توانایی قاعده سلطنت برای مقابله با دلایل بطلان عمل سفهی است.

### ۳-۲-۳. اوفوا بالعقود

دلیل دیگری که در اثبات صحت عمل سفهی مدنظر است، عبارت شریفه «اوفوا بالعقود» است.<sup>۱</sup> این عبارت شریفه که بیان‌کننده لزوم پابندی به همه عقود است، با صدق عنوان عقد بر عمل سفهی می‌تواند لزوم پابندی به آن و در نتیجه، صحت آن را ایجاب کند. در برابر این استدلال باید به انصراف ادله صحت معاملات از عمل سفهی توجه کرد. پیش‌تر گفته شد که شارع اقدس در پی تأسیس اعمال حقوقی نبوده، بلکه برای اعمال حقوقی رایج در میان مردم، چهارچوب‌هایی تعیین فرموده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۷). اگر عملی حقوقی پیش از تشریح دین مبین اسلام، میان عقلا رایج بوده و منعی از طرف شارع اقدس به آن تعلق نگرفته باشد، صحیح پنداشته می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸). براین اساس، تنها اعمالی مورد امضای شارع اقدس قرار می‌گیرند که میان عقلا رایج و متعارف بوده باشند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲). در نتیجه، اوفوا بالعقود که مثبت صحت معاملات است، باید بر برداشت عرف حمل شود. حاصل این است که شمول اوفوا بالعقود نسبت به عمل سفهی منوط به متداول بودن عمل سفهی است. کافی است که یک عمل سفهی، نامتعارف و غیررایج باشد تا از شمول اوفوا بالعقود خارج شود. این در حالی است که وجود عمل سفهی غیررایج مانند واگذاری تمام اموال یک شخص در برابر مالی با ارزش بسیار کمتر، حتمی است.

### ۳-۳-۳. قاعده اقدام

دلیل دیگری که برای اثبات صحت عمل سفهی به کار رفته، قاعده اقدام است<sup>۱۱</sup> (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص. ۱۶۶). بر اساس قاعده اقدام، اصل بر احترام اموال اشخاص است و کسی حق ندارد در مال دیگری دخل و تصرف کند مگر با رضایت خود او که این رضایت، احترام اموال او را می‌شکند و ضمان متصرف را نفی می‌کند (سبحانی تبریزی، ۱۴۳۶ق، ج ۱، ص. ۳۵۵). این قاعده متکی به روایاتی<sup>۱۲</sup> است که طیب نفس شخص در زیر سؤال رفتن حرمت اموالش را به رسمیت شناخته‌اند. وقتی شخصی عملی سفهی ایجاد می‌کند، آگاهانه و آزادانه احترام اموال خود را زیر سؤال برده است. از این رو بطلان که موجب ضمان طرف مقابل می‌شود و او را مجاب به بازگرداندن مال شخص می‌کند، جای خود را به صحت می‌دهد، اما باید در نظر داشت که هر تصمیم شخص در راستای زیر سؤال بردن حرمت اموالش ممضای شارع اقدس نیست. این قاعده نیز دلیلی امضایی بوده و نفوذ اقدام شخص علیه احترام اموالش بسته به امضای شارع است. امضای شارع نیز همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، تنها به مواردی تعلق می‌گیرد که متعارف و رایج بوده باشند درحالی‌که اعمال سفهی غیرمتعارف، قابل تصور هستند.

### ۴. نظریه نسبیت عمل سفهی در فقه امامیه

در این بخش، نظریه‌ای جدید در مورد وضعیت عمل سفهی تحت عنوان نسبیت وضعیت عمل سفهی بنیان نهاده می‌شود. این کار در سه گام تحقق می‌پذیرد. در گام نخست، اشکال و اختلاف حل‌نشده دو نظریه پیشین مطرح می‌شود. در گام بعدی، نظریه نسبیت وضعیت عمل سفهی تبیین می‌شود و در گام پایانی، شواهدی از این نظریه در کلام فقهای عظام مورد توجه قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱. ضعف دو نظریه بطلان و صحت

با نگاه به دلایل مورد استفاده در بحث وضعیت عمل سفهی و تحلیلی که از هر یک گذشت، می‌توان دریافت که این دلایل از توانایی برابری در تعیین وضعیت عمل سفهی برخوردار نیستند. اجماع، فساد تصرفات مالی شخص سفیه و قاعده لاضرر و لاضرار

چنان که بیان و تحلیل مستند و مستدل آن در بخش پیشین مطرح شد، دلالتی بر وضعیت عمل سفهی ندارند<sup>۱۳</sup>. قاعده سلطنت نیز در مقابله با دلایل بطلان عمل سفهی ناتوان است، بلکه تنها در صورت اثبات صحت عمل سفهی بر آن جاری می‌شود. در این میان، تنها اصالة الفساد و نهی از اکل مال به باطل دلالت قابل قبولی بر بطلان و تجارة عن تراض، اوفوا بالعقود و قاعده اقدام دلالت قابل قبولی بر صحت عمل سفهی دارند.

تمسک به دلایل قابل قبول هریک از دو نظریه بطلان و صحت، بسته به نظر عرف است. تداول داشتن یا نداشتن عمل سفهی نزد عقلا، اجرا یا عدم اجرای هریک از این دو دسته دلایل را تعیین می‌کند. اگر عمل سفهی در نظر عرف، متعارف باشد، مشمول دلایل صحت و اگر در نظر عرف، غیرمتعارف باشد، مشمول دلایل بطلان عمل سفهی می‌شود. نظریه بطلان (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲) و صحت (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، صص. ۲ و ۱۸؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۵، ص. ۳۰۴)، هر دو مدعی هماهنگی با عقلا در مورد شیوع عمل سفهی هستند<sup>۱۴</sup>. مقصود از شایع بودن عمل، این است که با در نظر گرفتن شرایط خارج از خود عمل، مجتنب<sup>۱۵</sup> عنه غالب عقلا نباشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۵۲). به بیان ساده‌تر، اگر عملی با در نظر گرفتن شرایطی مانند اوضاع مالی و انگیزه شخص یا اشخاص ایجادکننده آن مورد اجتناب عقلا نباشد، شایع و متعارف شمرده می‌شود. شایع بودن عمل به معنای متعارف بودن آن با در نظر گرفتن شرایط پیرامون است. به سبب انصراف دلایل صحت به موارد متعارف و شایع نزد عقلا، اثر اجتناب عقلا، بطلان عمل است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲). نظریه بطلان بیان‌کننده اجتناب عقلا از عمل سفهی و انصراف ادله صحت از آن (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲) و نظریه صحت بیان‌کننده عدم اجتناب عقلا از عمل سفهی و عدم انصراف ادله صحت از آن است (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸). محل بحث دو نظریه همین است.

در وهله نخست، اختلاف این دو نظریه حل‌نشدنی به نظر می‌رسد؛ زیرا هریک از این دو نظریه همراهی عرف را ادعا می‌کند و بنا بر این ادعا، دلایل خود را جاری و دلایل نظر مقابل را غیرجاری می‌داند. این در حالی است که هیچ‌کدام از دو نظریه

نمی‌تواند برای عدم همراهی عرف با نظر مقابل دلیل متقنی بیاورد<sup>۱۵</sup>. از این رو، هیچ‌کدام از این دو نظریه نمی‌تواند به‌طور کامل و دقیق، دلایل نظر مقابل را رد کند، بلکه هرکدام از این دو نظریه در استدلال به دلایل خود، دچار ترجیح بلامرجح شده است. به این ترتیب، هر دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی مردود هستند و توانایی تعیین مطلوب و وضعیت عمل سفهی را ندارند؛ توضیح بیشتر اینکه، هریک از دو نظریه بطلان و صحت برای اثبات مدعای خود افزون بر اقامه دلایل قابل قبول، باید دلایل قابل قبول نظر مقابل را رد کند. هر دو نظریه دلایل قابل قبولی دارند. هریک از این دو نظریه برای تمسک به دلایل خود، باید تعارض ظاهری میان دو دسته دلایل را حل و به‌طور متقنی غیرمجرأ بودن دلایل طرف مقابل را ثابت کند. راه‌حل این تعارض ظاهری، با دقت در امضایی بودن دلایل صحت روشن می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲). امضایی بودن دلایل صحت موجب می‌شود که عرف تعیین‌کننده رفتن عمل سفهی ذیل هریک از دو دسته دلایل قابل قبول باشد. بر این اساس، هریک از دو نظریه بطلان و صحت برای اثبات درستی خود باید ثابت کنند که عرف همواره با ایشان هم‌نظر بوده است و هرگز عمل سفهی را مشمول دلایل طرف مقابل نمی‌کند، اما این دو نظریه همراهی همیشگی عرف با خود را ادعا می‌کنند و دلیلی برای عدم همراهی عرف با نظر مقابل خود نمی‌آورند. از این رو تعارض ظاهری یادشده در هر دو نظریه بطلان و صحت حل‌نشده باقی می‌ماند. در نتیجه، تمسک هر دو نظریه به دلایلیشان که به‌خودی‌خود و در حالت خارج از تعارض، قابل قبول هستند، مردود است.

#### ۴-۲. بیان نظریه نسبت وضعیت عمل سفهی

پژوهش حاضر برای تعیین وضعیت مطلوب عمل سفهی در فقه امامیه، نظریه جدیدی را مطرح می‌سازد. این نظریه که موسوم به نسبت وضعیت عمل سفهی است، اشکال موجود در دو نظریه بطلان و صحت را حل کرده است. در این نظریه، دیدگاه عرف نسبت به عمل سفهی، مطلق انگاشته نمی‌شود. به بیان دیگر، این نظریه عمل سفهی را در نظر عرف، نه مطلقاً باطل و نه مطلقاً صحیح می‌داند. به این ترتیب، عرف می‌تواند نسبت به پذیرش یا عدم پذیرش اعمال سفهی، آزادانه تصمیم بگیرد. عرف می‌تواند شایع بودن یا نبودن عملی سفهی را بدون تحمیل از اعمال سفهی دیگر یا تعمیم به



آن‌ها تعیین کند. این آزاد دانستن عرف، نظریه نسبیت را همواره تابع عرف می‌سازد و از وقوع ترجیح بلامرجحی که حاصل مطلق‌انگاری بی‌دلیل نظر عرف است، جلوگیری می‌کند. به عبارت دیگر، نظریه نسبیت برخلاف دو نظریه بطلان و صحت که هیچ‌کدام به سبب بقای تعارض در دلایلشان توانایی تمسک به دلایل خود را ندارند، همواره در تصحیح و ابطال، تابع عرف است، نیازی به اثبات همراهی عرف با خود ندارد، مجالی برای وقوع تعارض باقی نمی‌گذارد و در تصحیح یک عمل سفهی به دلایل قابل قبول صحت و در ابطال یک عمل سفهی به دلایل قابل قبول بطلان تمسک می‌جوید.

عرف آنگاه که در فقه امامیه مرجع تصحیح و ابطال اعمال حقوقی قرار بگیرد، آزادانه تصمیم‌گیری می‌کند. این موضوع در فقه امامیه پذیرفته شده است. اگر فقه امامیه عرف را آزاد نمی‌پنداشت، تصحیح و ابطال را هرگز به آن وابسته نمی‌کرد. همچنین، عرف می‌تواند هر عمل خاص را منفرداً و مستقلاً تصحیح یا ابطال کند. برای مثال، عرف می‌تواند در بیع کالایی از اختلاف قیمت تا اندازه‌ای چشم‌پوشی کند و در بیع کالایی از نوع دیگر با همان حدود قیمت، حساسیت بیشتری نشان دهد. عرف در تصحیح و ابطال این دو معامله خاص، آزادانه رفتار می‌کند و نمی‌توان به دلیل هم‌قیمت بودن این دو نوع کالا، عرف را ملزم به تصحیح هر دو یا ابطال هر دو دانست.

در نظریه نسبیت، متعارف بودن یا نبودن یک عمل جدا از تعریف و ملاک عمل سفهی در نظر گرفته می‌شود. سفهی بودن عمل، دایر مدار تعریف و ملاک عمل سفهی است و وضعیت آن، دایر مدار متعارف بودن یا نبودن آن نزد عقلاست. تعریف عمل سفهی به معنای اخص آن<sup>۱۶</sup> که محل نزاع نظریه‌های بطلان، صحت و نسبیت است، از آغاز این بحث در فقه امامیه، عمل آگاهانه غیرعقلایی شخص رشید و قلمرو آن دربرگیرنده تمام اعمال حقوقی مالی بوده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۴۴). تفاوت عمل سفهی نیز با عناوین مشابه غبن و غرر<sup>۱۷</sup> ناگفته پیداست. مراغی عمل سفهی را عملی تعریف کرده است که مورد اجتناب عقلا یا برخلاف رویه معمول ایشان و به تعبیر دیگر، دارای شأنیت صدور از سفها باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۶۸-۳۶۶). فقهای پس از مراغی تعریف او را پذیرفتند و چندان به ارائه تعریف جدیدی از عمل سفهی نپرداختند. تعریف عمل سفهی متوجه خود عمل سفهی است و به شرایط

خارج از عمل توجهی ندارد، اما عقلا در متعارف دانستن یا ندانستن عمل، محدود به خود عمل نیستند. به این ترتیب، سفهی بودن ملازم بطلان نخواهد بود. این عدم تلازم موجب می‌شود تا عرفی که آزادانه تصمیم می‌گیرد، توانایی تصحیح برخی اعمال سفهی را داشته باشد. عمل سفهی با اجتناب عقلا از نفس آن بدون منظور کردن شرایط بیرونی مشخص می‌شود و حکم آن با اجتناب یا عدم اجتناب عقلا از آن با در نظر گرفتن شرایط خارج از خود عمل تعیین می‌شود.

در تشخیص سفهی بودن یک عمل، عرف در مرحله واحدی نفس عمل را مورد قضاوت قرار می‌دهد. در تعیین حکم هر عمل سفهی، مرحله دومی رخ می‌دهد که قضاوت عرف در مورد آن عمل خاص در بستر شرایط است. عرف در مرحله نخست، انحراف<sup>۱۸</sup> عمل از حالت ایدئال را می‌سنجد. اگر این انحراف غیرقابل چشم‌پوشی<sup>۱۹</sup> و غیرقابل توجیه<sup>۲۰</sup> باشد، عمل مورد نظر سفهی هست (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۲۱)، اما هنوز حکم آن معلوم نیست. مطابق نظریه نسبیّت اگر عمل سفهی با لحاظ شرایط پیرامونی آن در نظر عقلا متعارف باشد، صحیح و در غیر این صورت باطل است. وابستگی حکم عمل سفهی به نظر عقلا، مقتضای دلایل صحت و بطلان آن است. پس از اتصاف عملی به وصف سفهی، عقلا در مورد جریان یافتن دلایل امضایی صحت یا بطلان بر آن تصمیم می‌گیرند. این مهم فراتر از نظریات بطلان، صحت و نسبیّت و مورد وفاق ایشان است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸). هر سه نظریه در مرحله نخست، قضاوت عرف در مورد نفس عمل، مانند هم عمل می‌کنند و تفاوتی از این بابت ندارند. تفاوت سه نظریه ناشی از رویکردی است که در مورد مرحله دوم دارند. نظریه بطلان در مرحله دوم، اجتناب عقلا را قطعی می‌پندارد. گویی عرف ملزم به قضاوت یک مرحله‌ای بوده و آن، اجتناب یا عدم اجتناب از نفس عمل است. از این رو نظریه بطلان، عرف را در مرحله دوم از تصحیح اعمال سفهی ناتوان می‌بیند. نظریه صحت در مرحله دوم، متعارف بودن عمل سفهی در نظر عقلا را قطعی می‌داند. گویی عرف در مرحله دوم نمی‌تواند از عملی که نفس آن مورد اجتناب است، اجتناب کند. از این رو نظریه صحت، اعمال سفهی را مطلقاً صحیح می‌پندارد. نظریه نسبیّت برخلاف دو نظریه پیشین، عرف را در مرحله دوم نیز آزاد می‌پندارد و دارای توانایی تصحیح و ابطال می‌داند.

عرف در نگاه پژوهش حاضر، هر عمل سفهی را آزادانه در حیطة اثر دلایل امضایی صحت یا به عکس، در حیطة اثر دلایل بطلان می‌برد. این نگاه به عرف، خواه به واسطه مطلق‌انگارانه نبودن، نسبت عرف خوانده شود و خواه به دلیل همراهی بیشتر با عرف، رویکرد عرفی‌نگر نام گیرد (مبلغی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۲)، نگاهی مسبوق به سابقه در اصول فقه امامیه است. برخی فقها معتقدند که عرف با دقت خود افزون‌بر تعیین مفاهیم، در تشخیص مصادیق نیز کاربرد دارد (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، صص. ۵۸۰-۵۷۹؛ خمینی، ۱۳۸۱، صص. ۲۲۰-۲۱۸؛ خمینی، ۱۳۹۲ ب، ج ۴، صص. ۲۲۵-۲۲۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص. ۳۳۵). به این ترتیب، پس از تعیین مفاهیم، عقل جایگزین تحمیلی عرف نمی‌شود و چیزی را بر عرف تحمیل نمی‌کند (خمینی، ۱۳۸۱، صص. ۲۲۰-۲۱۸). در نتیجه، عرف می‌تواند آزادانه در مورد شمول یا عدم شمول حیطة تأثیر حکم بر مصداق تصمیم بگیرد<sup>۱۱</sup>. اکنون می‌توان چگونگی استفاده از مناط این نگاه به عرف را در بحث حاضر تطبیق داد. عرف افزون‌بر معتمد بودن در تعیین معنای عمل سفهی، در مورد سفهی بودن هر عمل حقوقی مالی و شمول حکم صحت یا بطلان از این حیث بر آن، مخاطب پرسش قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، عرف می‌تواند آزادانه مصادیق عمل سفهی باطل و عمل سفهی صحیح را تعیین کند. این در حالی است که با پذیرفتن این رویکرد یا با پذیرش ناقص آن، عقل در تعیین مصادیق جانشین عرف می‌شود، آزادی عرف را پس از تعیین مفهوم عمل سفهی سلب و حکمی یکسان را بر تمام افراد عمل سفهی بار می‌کند.

به اشکال مخالفان نگاه پژوهش حاضر به عرف، مسامحه‌گر بودن عرف (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۴، صص. ۴۹۵-۴۹۴) و در نتیجه، لزوم معتمد ندانستن آن در تشخیص مصادیق حکم نیز این‌گونه پاسخ داده می‌شود که اولاً، شارع اقدس با زبان عرف سخن می‌گوید و سخن او مانند سخن عقلا به یکدیگر فهم می‌شود (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، صص. ۵۸۰-۵۷۹؛ خمینی، ۱۳۸۱، ص. ۲۲۰). در نتیجه، همان‌طور که در تطبیق مفاهیم سخن عقلا به یکدیگر بر مصادیق، به عرف رجوع می‌شود، در تعیین مصادیق سخن شارع اقدس نیز عرف معتمد شمرده می‌شود (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، صص. ۵۸۰-۵۷۹؛ خمینی، ۱۳۸۱، ص. ۲۲۰). ثانیاً، عرفی که در تشخیص مصادیق به کار می‌آید،

عرف مسامحه‌گر نیست، بلکه عرف دقیق است (خمینی، ۱۳۸۱، صص. ۲۱۹-۲۱۸؛ خمینی، ۱۳۹۲، ب، ج ۴، ص. ۲۲۵). این مهم در مورد عمل سفهی نمود بیشتری دارد؛ زیرا همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد، عملی سفهی است که عرف انحراف آن را از حالت ایدئال، غیرقابل چشم‌پوشی بداند. از این‌رو عمل سفهی اساساً محل مسامحه‌گری عرف نیست. نتیجه اینکه، عرف می‌تواند آزادانه و به‌دور از تحمیل، در مورد تطبیق حکم بر هر عمل حقوقی مالی از حیث سفهی بودن قضاوت کند.

بر اساس نظریه نسبیت وضعیت عمل سفهی، عمل سفهی متعارف، صحیح و عمل سفهی غیرمتعارف، باطل است. دلیل این موضوع انصراف ادله امضایی صحت به موارد متعارف نزد عقلاست. انصراف ادله صحت به موارد متعارف نزد عقلا محل اختلاف سه نظریه بطلان، صحت و نسبیت نیست (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸). تفاوت سه نظریه بطلان، صحت و نسبیت در تشخیص نظر عقلا در مورد اعمال سفهی است. هریک از این سه نظریه ضمن پذیرش تأثیر عرف در تصحیح و ابطال عمل سفهی، برداشت متفاوتی از عرف دارد. نظریه بطلان همواره عمل سفهی را در نظر عرف، نامتعارف و نظریه صحت همواره عمل سفهی را در نظر عرف، متعارف می‌پندارد. نظریه نسبیت با پذیرش آزادی عقلا در اجتناب یا عدم اجتناب از هر عمل سفهی، هر دو حالت تصحیح و ابطال را پیش‌بینی کرده است.

فرایند تعیین حکم اعمال سفهی بر اساس نظریه نسبیت به ترتیبی است که بیان می‌شود. هنگامی که عمل خاصی به‌خودی‌خود مورد اجتناب غالب عقلا قرار گیرد و غرضی عقلایی آن را توجیه نکند، سفهی به شمار می‌آید و وارد فرایند تعیین حکم می‌شود. برای تعیین حکم عمل سفهی یادشده مطابق نظریه نسبیت، قضاوت عرف در مورد این عمل با لحاظ شرایط خارج از نفس آن مدنظر قرار می‌گیرد. اگر این عمل سفهی با لحاظ شرایط پیرامونی، در نظر غالب عقلا متعارف بنماید، مشمول تجارة عن تراض، اوفوا بالعقود و قاعده اقدام می‌شود و دلیلی هم بر بطلان آن نیست؛ زیرا دلایل امضایی صحت، هر عملی را که عرف متعارف بپندارد، تصحیح می‌کنند. حال اگر عمل سفهی یادشده با لحاظ شرایط پیرامونی، در نظر غالب عقلا متعارف نباشد، مشمول دلایل امضایی صحت نمی‌شود و صحیح به شمار نمی‌آید. چنین عملی مشمول اصالةالفساد و نهی از اکل مال به باطل قرار می‌گیرد و محکوم به بطلان است.

عقلا در متعارف دانستن یک عمل، آزادانه تصمیم می‌گیرند، اما نمی‌توان این قضاوت را کاملاً سلیقه‌ای و بدون ضابطه تصور کرد. به نظر می‌رسد که عرف در قضاوت خود، میزان مال تحت تأثیر عمل و نسبت این مال به کل اموال شخص را مدنظر قرار دهد. طبعاً دقت عرف در اعمالی که بر اموال بیشتر و ارزشمندتری تأثیر می‌گذارند، از دقت عرف در اعمالی که بر اموال اندک و کم‌ارزشی مؤثر هستند، بیشتر است. اینکه شخص متمول‌تری عمل سفهی خاصی را منعقد سازد یا شخصی که اموال کمتری دارد، نمی‌تواند مغفول نگاه عرف باشد. از این رو عمل سفهی واحدی بسته به اوضاع مالی ایجادکننده آن می‌تواند صحیح یا باطل باشد. به این ترتیب، هرچه ارزش کمتری تحت تأثیر عملی سفهی باشد و هرچه شخص متضرر متمول‌تر باشد، آن عمل سفهی در نگاه عرف متعارف‌تر خواهد بود. باید توجه کرد که اوضاع مالی شخص ایجادکننده عمل سفهی و حساسیت بالاتر یا پایین‌تر عرف در مورد یک کالا، هر دو خارج از نفس عمل هستند. این دو مورد، انحصاری ندارند و تنها مثال‌هایی از تأثیر شرایط خارج از اصل عمل در اجتناب یا عدم اجتناب عقلا از عمل سفهی شمرده می‌شوند در حالی که حتی تأثیر یک عامل خارج از اصل عمل سفهی بر حکم آن، برای اثبات مدعا کافی است. لازم به توضیح نیست که این موارد، ملاک‌هایی در عرض متعارف بودن یا نبودن نزد عقلا نیستند، بلکه تنها مثال‌هایی از عوامل اثرگذار بر قضاوت عقلا در مورد متعارف دانستن یا ندانستن یک عمل سفهی هستند.

بررسی چند مثال کاربردی، عمل به نظریه نسبت را تسهیل می‌کند. مثال نخست درباره تعیین مهریه‌های سنگین است. مهرالمثل دختری به تشخیص عرف بیست سکه بهار آزادی است. در صورت فقدان توجیه عقلایی خاص، تعیین هزار سکه بهار آزادی برای مهر این دختر به دلیل اختلاف فاحشی که با مهرالمثل او دارد، عملی سفهی است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۴). حال اگر خواستگاری حاضر باشد هزار سکه بهار آزادی را به عنوان مهر این دختر بپذیرد، عرف برای تصحیح یا ابطال مهر به دارایی و درآمد او می‌نگرد. اگر این خواستگار، شخص بسیار ثروتمندی باشد و پرداختن هزار سکه بهار آزادی برای او بسیار آسان باشد، عرف اقدام او را در پذیرش این مقدار مهریه متعارف می‌داند. به این ترتیب، مهریه سفهی تعیین شده صحیح خواهد بود. اگر

خواستگاری که هزار سکه بهار آزادی را برای مهر این دختر می‌پذیرد، شخصی با دارایی اندک و درآمد کم باشد، عمل او نامتعارف و در نتیجه، باطل است. در نظریه نسبیت، عملی یکسان می‌تواند به واسطه تفاوت دارایی و درآمد دو شخص، حکم متفاوتی داشته باشد. در همین مثال می‌توان تفاوت نظریه نسبیت با دو نظریه بطلان و صحت را مشاهده کرد. نظریه بطلان در مورد هر دو خواستگار یادشده در مثال، مهریه هزارسکه‌ای را باطل می‌داند؛ زیرا معتقد است که عرف، مهریه هزارسکه‌ای را برای این دختر نمی‌پذیرد، اگرچه خواستگار او شخصی بسیار ثروتمند بوده و حاضر به پرداختن چنین مهریه‌ای باشد. نظریه صحت نیز مهریه هزارسکه‌ای را در مورد هر دو خواستگار صحیح می‌داند؛ زیرا معتقد است که عرف، عمل هر دو خواستگار یادشده را تأیید می‌کند و دلیلی بر بطلان تعیین چنین مهریه‌ای نیست و دارایی و درآمد اندک خواستگار هم تأثیری بر نظر مثبت عرف ندارد. مثال دوم در مورد خریدن یک تابلوی نقاشی با قیمتی بسیار بالاتر از حد متعارف است. طبعاً چنین عملی سفهی است. حال اگر این تابلو را شخص بسیار ثروتمندی خریداری کند، عمل او نزد عرف، متعارف و صحیح است و اگر آن را شخصی با درآمد و دارایی کم بخرد، عمل او نامتعارف و باطل است. بنا بر آنچه تبیین شد، نظریه نسبیت وضعیت عمل سفهی برخلاف هر دو نظریه بطلان و صحت، قضاوت عرف را در مورد صدق تعریف عمل سفهی، جدا از قضاوت آن در مورد وضعیت هر عمل سفهی می‌پندارد. همچنین، نظریه نسبیت وضعیت عمل سفهی برخلاف دو نظریه بطلان و صحت، رویکرد عرفی‌نگر دارد. از این رو این نظریه برخلاف دو نظریه پیشین، عرف را در تصحیح یا ابطال آزادانه هر عمل سفهی توانا می‌انگارد. این نظریه با تفکیک و رویکرد یادشده، تفاوتی اساسی با هر دو نظریه پیشین یافته است. بر اساس این نظریه، اعمال سفهی متعارف، صحیح و اعمال سفهی نامتعارف، باطل هستند.

#### ۳-۴. شواهدی در کلام فقها برای نظریه نسبیت

شیخ انصاری شرط اول خیار غبن را عدم علم مغبون (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۶۶) و شرط دوم آن را فاحش بودن تفاوت قیمت می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۶۹). از این رو اگر مغبون حین عقد از تفاوت قیمتی که عرف از آن صرف نظر

نمی‌کند، مطلع باشد، خیاری ندارد و به این ترتیب، معامله پایرجاست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۶). با توجه به تعریف عمل سفهی، پس از بررسی شرایط می‌توان این عمل را سفهی دانست. شیخ انصاری می‌گوید که چنین شخصی علیه خود اقدام کرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۶). این در حالی است که شیخ انصاری قائل به بطلان عمل سفهی است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۸۶).

میرعبدالفتاح مراغی در توضیح وجود عنصر احتمال در معاملات غرری، فرض علم به ضرر را با ضرر محتمل معامله غرری مقایسه می‌کند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۳۱۴-۳۱۶). او در فرض علم به ضرر، اقدام را ممکن می‌داند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۳۱۴-۳۱۵). این در حالی است که برای معامله غرری به سبب احتمال سود بردن، اقدام ممکن نیست. براین اساس نمی‌توان معامله غرری را به سبب اقدام، صحیح پنداشت، اما معامله‌ای که ضرر حتمی در آن روی می‌دهد، قابل تصحیح است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۵). از نظر مراغی، ادله صحت شامل فرض ضرر حتمی است و مال اضافه‌ای که در چنین معامله‌ای پرداخت شده، در حکم هبه است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۵). او تصریح می‌کند که چنین عملی را تا اندازه‌ای صحیح می‌داند که سفهی شمرده نشود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۳۱۴-۳۱۵). این تحدید می‌تواند مقصود مراغی را از عمل صحیح متضمن ضرر حتمی، به عمل دارای ضرر قابل چشم‌پوشی منحصر سازد. مراغی در ادامه چنین انحصاری را رد می‌کند. او هبه یا معاوضه متضمن ضرر حتمی فاحش را نیز به دلیل دو قاعده سلطنت و اقدام، صحیح می‌پندارد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۶). این در حالی است که عمل سفهی از نظر مراغی باطل است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۵).

میرعبدالفتاح مراغی و شیخ انصاری عمل سفهی را باطل می‌دانند. باین حال، می‌توان در کلام ایشان عملی سفهی را محکوم به صحت یافت. این می‌تواند کلام هریک از این دو فقیه را در ذهن خواننده متناقض بنمایاند. برای برطرف کردن این برداشت باید وضعیت عمل سفهی را در نظر هر دو فقیه یادشده دارای نسبت دانست. این نسبت می‌تواند ناشی از توجه به میزان مال تحت تأثیر عمل یا نسبت این مال به کل اموال شخص یا میزان انحراف از حالت متعارف عمل باشد. به نظر می‌رسد که مقصود این دو

فقیه از عمل سفهی، عمل سفهی غیرشایع بوده است. ایشان عمل سفهی شایع را سفهی نامیده‌اند، بلکه تنها عمل سفهی غیرشایع را سفهی دانسته‌اند. به همین سبب، با وجود اعتقاد به نسبت وضعیّت عمل سفهی، قائل به بطلان آن شده‌اند.

### نتیجه‌گیری

نظریه بطلان عمل سفهی از شیخ طوسی آغاز شد و در کلام میرعبدالفتاح مراغی مستدل شد. شیخ مهدی کاشف‌الغطا در پاسخ به پژوهش مراغی، نظریه صحت عمل سفهی را بنیان نهاد. هر دو نظریه در کنار یکدیگر تا امروز به حیات خود ادامه داده‌اند. با نگاه به ادله‌ای که در اثبات هریک از این دو نظریه به کار می‌رود، می‌توان برخی از آن‌ها را به کلی رد کرد و برخی دیگر را که در وهله نخست متعارض می‌نمایند، دارای قدرت اثبات موضوع انگاشت. دلایل مقبول بطلان عمل سفهی، اصالة‌الفساد و نهی از اکل مال به باطل و دلایل مقبول صحت عمل سفهی تجارة عن تراض، اوفوا بالعقود و قاعده اقدام هستند. هریک از دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی، دلایل نظریه دیگر را با ادعای هم‌صدایی عرف با خود، رد کرده و دلایل خود را مجرا دانسته‌اند. از آنجاکه هیچ‌یک از دو نظریه یادشده نمی‌توانند هم‌صدایی عرف با نظریه دیگر را کاملاً رد کنند و مثال‌های نقض خود را پاسخ دهند، هر دو دارای ضعف هستند. این دو نظریه بدون مرجح، دلایل خود را بر دلایل یکدیگر ترجیح داده‌اند و از این رو هر دو مردود به شمار می‌آیند. به جای تحمیل مطلق بودن نظر بر عرف می‌توان آن را آزاد گذاشت تا در مورد هر عمل سفهی تصمیم مناسبی بگیرد. نظریه نسبت وضعیّت عمل سفهی این مهم را در نظر داشته و با اعتقاد به عدم تلازم سفهی بودن یک عمل با تداول آن، صحت یا بطلان هر عمل سفهی را بسته به متعارف بودن یا نبودن آن در نظر عرف می‌داند. به این ترتیب، برخی اعمال سفهی، صحیح و برخی دیگر باطل هستند. دلایل این نظریه، همان دلایل مقبول دو نظریه مردود بطلان و صحت عمل سفهی هستند؛ تجارة عن تراض، اوفوا بالعقود و قاعده اقدام دال بر صحت اعمال سفهی متعارف و اصالة‌الفساد و نهی از اکل مال به باطل دال بر بطلان اعمال سفهی غیرمتعارف هستند. جالب توجه است که نظریه نسبت وضعیّت عمل سفهی را می‌توان در کلام فقهایمانند میرعبدالفتاح مراغی و شیخ انصاری نیز یافت. به نظر می‌رسد که ایشان به این نظریه معتقد بوده، اما تنها وجه



باطل اعمال سفهی را سفهی نامیده‌اند.

بر اساس مطالب بیان‌شده، فرضیه پژوهش حاضر به اثبات رسید. نظریه نسبیت وضعیت عمل سفهی به‌عنوان نظریه‌ای جدید مطرح، اثبات و به نظریه‌های موجود در تعیین وضعیت عمل سفهی افزوده شد. حال قانون‌گذار ایران که تاکنون در مورد تعیین مناسب وضعیت اعمال سفهی سکوت کرده است، می‌تواند به کمک این پژوهش نظر مناسبی را در این خصوص اتخاذ کند. پیش از این، دو نظریه بطلان و صحت عمل سفهی در سکوت قانون‌گذار ایران، از کلام فقهای امامیه به ادبیات پژوهشی حقوق ایران راه یافته‌اند. پژوهش حاضر با رد مستدل هر دو نظریه یادشده و اثبات مستدل نظریه جدید خود، پیش از تقنین در این مورد به یاری قانون‌گذار ایران شتافته است. امید می‌رود که قانون‌گذار ایران با تعیین مناسب وضعیت اعمال سفهی، نظام حقوقی ایران را یک گام به نظام حقوقی ایدئال اسلام نزدیک‌تر سازد.

#### یادداشت‌ها

۱. در دو حالت دیگر، امکان تقسیم مال برای حاکم وجود دارد. در یکی، امکان الزام شریک ناراضی برای حاکم ممکن است و در دیگری نیست (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، صص. ۳۴۴-۳۴۳). گفتنی است که هیچ‌یک از این دو حالت ارتباطی به موضوع پژوهش حاضر ندارد.
۲. برای مثال، ابن ادریس حلی در بحث دریدن لباس در عزا، اصل را بر حفظ مال دانسته و تزیین مال را به دلیل ضرری که دارد، سفه معرفی کرده است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۷۸). این گفته او به رکن مهم سفهی شمرده شدن عمل، ضرر، اشاره دارد. شهید ثانی نیز در مورد شخص سفیه بیان داشته که شخصی سفیه است که صرف مال بدون غرض صحیح در او ملکه باشد. او می‌افزاید بسیاری از اشخاص رشید عمل سفهی انجام می‌دهند، اما به دلیل اینکه فاقد ملکه یادشده هستند، سفیه به شمار نمی‌آیند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۵۲). این تبیین دقیق شهید ثانی، رخ دادن عمل سفهی در زندگی اشخاص رشید را به‌خوبی نمایان ساخته و راه را برای بحث دقیق‌تر فقهای بعد از او در خصوص عمل سفهی هموار کرده است.
۳. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا».
۴. استدلال مراغی به اصل فساد در اثبات بطلان عمل سفهی در چند مرحله شکل می‌گیرد: ۱. عمل سفهی در زمان دسترسی به معصومان (علیهم‌السلام) میان غالب مردم تداول نداشته است.

۲. اگر عمل سفهی در آن زمان متداول بوده باشد، باز هم اطلاع معصوم (علیه السلام) از رخ دادن آن مورد تردید است. ۳. اگر علم معصوم (علیه السلام) در آن زمان به رخ دادن چنین اعمالی مفروض باشد، می‌توان امکان نهی از این اعمال در آن زمان را نفی کرد. ۴. اگر امکان نهی از این اعمال در آن زمان موجود بوده باشد، حتماً نهی رخ داده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱).

۵. «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا».

۶. اجماع مورد بحث، منقول مراغی است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). برای اجماع منقول، پنج حالت، قابل تصور است: ۱. نقل اتفاق آرای فقها و نظر معصوم (علیه السلام) از روی حس، ۲. نقل اتفاق آرای فقها از روی حس و نظر معصوم (علیه السلام) از روی حدس، ۳. نقل اتفاق آرای فقها و سکوت در مورد نظر معصوم (علیه السلام) درحالی‌که ناقل، شخص متبعی است، ۴. نقل اتفاق آرای فقها و سکوت در مورد نظر معصوم (علیه السلام) درحالی‌که ناقل، شخص متبعی نیست، ۵. نقل اتفاق آرای فقها از روی حدس بنا بر یک قاعده (سبحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، صص. ۱۹۹-۱۹۸). ناقل اجماع مورد بحث، فقیه متبعی است، اما نقل او در مورد نظر معصوم (علیه السلام) ساکت نیست (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۱). از این رو باید این اجماع را مصداق حالت دو دانست که به دلیل عدم وقوع حیات مراغی در دوران پیش از غیبت معصوم (علیه السلام)، حجت نیست (سبحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص. ۲۰۰). پژوهش حاضر، اجماع مورد بحث را پیش از بررسی حالت آن نیز مردود می‌داند؛ زیرا از میان حالات پنج‌گانه اجماع منقول، تنها حالات یک و سه حجت هستند و حجیت حالت سه نیز مشروط به این است که منقول‌الیه، نقل را ملازم نظر معصوم (علیه السلام) بیندارد (سبحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، صص. ۲۰۱-۲۰۰). واضح است که اجماع مورد بحث مصداق حالت یک نیست. از این رو پژوهش حاضر با بیان عدم ملازمه اجماع مورد بحث با نظر معصوم (علیه السلام) و مستدل کردن آن به مطرح شدن موضوع در دوران غیبت، اجماع مورد بحث را از باب حالت سه نیز حجت ندانسته است و آن را حتی پیش از بررسی حالت آن، مردود می‌داند.

۷. مکتوب در یادداشت شماره ۳.

۸. «و بالجمله فرق بین کون الأفراد الغالبه مما لا یقدم فیه إلا علی الحصول و عدم ضرر و بین ما لا یقدم فیه إلا علی الضرر فإن الناس مسلطون علی أموالهم فإن بنی علی هبة ماله أو المعاوضة بما هو معلوم النقصان الفاحش فلا بحث لأنه مقدم علی بذل ماله علی کل حال بخلاف صور الغرر فإن الإقدام فیها غالباً علی الحصول و إن کان غیر موثوق به» (مراغی،

۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۶).

۹. برای مثال، دو آیه شریفه مورد تمسک در بحث بیان می‌شوند.

«وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا» (نساء/۲).

«وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا» (نساء/۵).

۱۰. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرِ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ» (مائده/۱).

۱۱. در این زمینه مراغی بیان داشته است «فإن بنی علی هبة ماله أو المعاوضة بما هو معلوم النقصان الفاحش فلا بحث، لأنه مقدم علی بذل ماله علی کل حال» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۶). همچنین، شیخ انصاری گفته است «فلو علم بالقيمة فلا خيار، بل لا غبن كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال؛ لأنه أقدم علی الضرر» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۶) و در سطور بعدی نیز افزوده است «و الحاصل أن الشاک الملتفت إلى الضرر مُقدّمٌ علیه» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۶).

۱۲. مانند صحیح حلی از امام صادق (علیه السلام) در مورد عدم اشکال بهتر یا بدتر بودن مسلم<sup>۱۱</sup> از مورد توافق در صورت طیب نفس (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۲۹۹).

۱۳. همان‌طور که بیان مفصل آن در بخش سوم گذشت، اجماع بر بطلان عمل سفهی نزد امامیه پذیرفتنی نیست؛ زیرا اساساً بحث وضعیت عمل سفهی در فقه امامیه از دوران شیخ طوسی آغاز شده که پس از آغاز غیبت کبری و در دوره عدم دسترسی به معصوم (علیه السلام) است. از این رو زمانی که پرسش از وضعیت عمل سفهی نزد فقهای امامیه مطرح شد، دسترسی به معصوم (علیه السلام) وجود نداشت تا جمعی شامل معصوم (علیه السلام) بر بطلان عمل سفهی نظر دهند. در نتیجه، این دلیل در تعیین وضعیت عمل سفهی کارایی ندارد.

در مورد دلالت فساد تصرفات مالی شخص سفیه نیز در بخش سه بیان شد که اولاً، اگر به معنای در حکم سفیه دانستن شخص باشد، مردود است؛ زیرا شخص رشید متبخر در تجارت نیز ممکن است عملی سفهی انجام دهد و نمی‌توان چنین شخصی را به واسطه یک عمل سفهی که حتی ممکن است بر مال اندکی انجام شود، سفیه پنداشت. سفیه، ملکه است و با انجام دادن عمل سفهی ثابت نمی‌شود. ثانیاً، اگر به معنای این باشد که نهی از تصرفات مالی شخص سفیه، ناشی از تعدد انجام اعمال سفهی توسط اوست و این نهی، کاشف از عدم

رضایت شارع از انجام عمل سفهی است، ایضاً مردود است؛ زیرا حجر سفیه برای حفظ اموال اوست درحالی که شخص رشید با انجام یک عمل سفهی لزوماً در معرض از دست دادن اموال قرار نمی‌گیرد. نتیجه اینکه، این دلیل نیز کمکی به تعیین وضعیت عمل سفهی نمی‌کند. همچنین، در بخش سه بیان شد که دلالت لاضرر و لاضرار بر نفی حکم ضرری محل بحث است. افزون‌براین، ضرر شخص متضرر از عمل سفهی با ضرر شخص منتفع از آن در تعارض است. در نتیجه، این دلیل نیز وضعیت عمل سفهی را روشن نمی‌سازد.

۱۴. این هماهنگی با عقلاً به‌عنوان دلیلی مستقل از دلایل دیگر در دو نظریه بطلان و صحت مطرح نمی‌شود، بلکه در هر دو نظریه مانند ریسمانی برای تمسک به دلایل قابل قبول در نظر گرفته می‌شود که قائلان این دو نظریه، برای جریان یافتن دلایلی که آورده‌اند، به آن نیاز دارند. قائلان هر دو نظریه می‌دانند که اگر این ریسمان بریده شود، تمسک به دلایل قابل قبولی که آورده‌اند، ناممکن می‌شود. دلایلی که مطرح کرده‌اند، محترم است، اما دیگر ریسمانی برای تمسک به این دلایل ندارند. این امر به تصریح قائلان هر دو نظریه رسیده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸). گویی هرکدام از این دو نظریه می‌گویند دلایل من قابل تمسک هستند و دلایل طرف مقابل، قابل تمسک نیستند؛ زیرا عرف با من هماهنگ است و با طرف مقابل هماهنگ نیست. اکنون تصریح هر دو نظریه به این مطلب نقل می‌شود:

«إن لفظ "التجارة" هنا ليس عاما حتى يندرج فيه مطلق الأفراد، بل هو مطلق ينصرف إلى الأفراد الشائعة المعتادة ولا ريب أن السفهية خارجة عن المعتاد الغالب فلا تدخل تحت المستثنى، فتبقى تحت عموم الأكل بالباطل، و لازمه الفساد و أما عموم أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و نحو ذلك من العمومات، كأحل الله البيع و الصلح جائز و غير ذلك من الأدلة المطلقة في أبواب الفقه التي يتمسك بها في إثبات الصحة فغير شامل للمقام، نظرا إلى انصرافها أيضا إلى المتعارف الشائع و ما عليه طريقة الناس و ما لا يقصد للعقلاء غير مندرج تحت ذلك» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۷۲).

«فمقتضى القواعد فيه أعنى عموم أدلة نفوذ المعاملات صحته و كونه سفهيا لا يقتضى فسادة فإن الأسباب الشرعية إذا صدرت سفها ترتبت عليها مسبباتها و دعوى انصراف أدلة نفوذ المعاملات عن المعاملات السفهية لا وجه لها كما أن التمسك بقوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» على البطلان بدعوى أن البيع السفه باطل في نظر العرف فيشمله قوله تعالى «لا تأكلوا» مردود بمنع بطلان البيع السفه عرفا بمعنى خلوه عن الأثر بل كل معاملة قارنت رضا المالك فهي صحيحة مؤثرة في النقل كما يشهد استثناء تجارة عن تراض» (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۸).

۱۵. همان‌طور که در عبارات نقل‌شده از دو نظریه بطلان و صحت در یادداشت شماره ۱۴ مشخص است، هریک از این دو نظریه می‌گوید که عرف همواره با من هماهنگ است و هرگز با طرف مقابل هماهنگ نیست، اما هیچ‌یک از این دو نظریه به علت این ادعای خود نپرداخته است. به بیان دیگر، هیچ‌یک از این دو نظریه به تحلیل این مهم نپرداخته است که چگونه عرف همواره با او هماهنگ است و هرگز با طرف مقابل هماهنگ نیست. اساساً اگر نظر عرف تا این حد یک‌صدا بود، دو نظر مخالف هم در مورد آن شکل نمی‌گرفت.

۱۶. آنچه در عمل سفهی مورد بحث بوده و هست، عمل سفهی در معنای اخص آن است. عمل سفهی در معنای حقیقی و اخص آن، مستقل از دیگر موجبات حکم مانند غبن و غرر بوده و در معنای اعم، مختلط با ایشان است. در نتیجه، معنای اعم آن قابلیت بررسی به‌عنوان موضوع یک حکم مستقل را ندارد. این موضوع موجب می‌شود که اختلاف و اتفاق نظرهما خارج از محدوده معنای اخص عمل سفهی، اهمیتی در تعیین حکم عمل سفهی به معنای اخص نداشته باشد. همچنین، اتفاق و اختلاف نظرهما در تعیین دایره معنای اخص عمل سفهی اهمیتی در تعیین حکم آن ندارد. علت، این است که عمل سفهی در معنای اخص، مستقل از دیگر موجبات حکم است و حکم عمل سفهی هرچه باشد، بر تمام اعمال سفهی به معنای اخص در نظر یک فقیه اعمال می‌شود. برای مثال، اینکه فقیهی ملاک شخصی را داخل در ارزش‌گذاری یک کالا بداند یا نداند، تفاوتی در حکم عمل سفهی برای او ایجاد نمی‌کند. فقیه قائل به هر حکمی برای عمل سفهی باشد، آنچه را که سفهی به معنای اخص بیندارد، مشمول آن حکم خواهد دانست.

۱۷. از نظر پژوهش حاضر، عناوینی مانند معاملات مسامحه (یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۲۴۵) و معاملات اضطراری، مشابه عمل سفهی شمرده نمی‌شوند. معاملات یادشده می‌توانند حسب مورد در دایره عمل سفهی به معنای اخص تعریف و مشمول حکم آن شوند یا بیرون از این دایره واقع شوند و سفهی به شمار نیایند. برای مثال، معامله اضطراری خاصی که باید با نصف قیمت حالت غیراضطرار منعقد شود، اگر به نصف قیمت حالت غیراضطرار ایجاد شود، عقلایی و اگر به یک‌دهم آن ایجاد شود، سفهی است. در نظر پژوهش حاضر، تنها عناوین غبن و غرر مشابه عمل سفهی هستند که در زیر، تفاوت عمل سفهی با هریک از این دو عنوان بیان می‌شود.

الف. تفاوت عمل سفهی با غبن: ۱. غبن تنها در عقود معاوضی رخ می‌دهد، اما قلمرو عمل سفهی تمام اعمال حقوقی مالی را دربرمی‌گیرد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۹۲). ۲. در غبن دست‌کم یک طرف معامله هنگام انعقاد به قیمت واقعی جهل دارد، اما عمل سفهی آگاهانه

روی می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۵۷). ۳. در غبن جبران تفاوت قیمت میسر است، اما در عمل سفهی، جبرانی نیست و حکم صحت یا بطلان جاری می‌شود. ۴. غبن قابلیت اسقاط دارد، اما سفهی بودن عمل، قابلیت اسقاط ندارد.

ب. تفاوت عمل سفهی با غرر: ۱. در غرر پای ندانستن در میان است، اما در عمل سفهی، شخص رشید، آگاهانه عمل سفهی را ایجاد می‌کند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۴). ۲. حکم غرر همواره بطلان است، اما حکم یک عمل سفهی می‌تواند صحت باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۱۶-۳۱۵). ۳. غرر با تعلق غرض عقلایی تصحیح نمی‌شود، اما عمل سفهی با تعلق غرض عقلایی از اتصاف به سفهی بودن ساقط می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۰). ۴. ضرر حاصل از غرر، احتمالی است، اما ضرر حاصل از عمل سفهی، حتمی است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۵). ۵. در غرر معلوم نیست که مقصود حاصل شود، اما در عمل سفهی مقصود حاصل است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۰).

۱۸. مقصود، انحراف خاص اعمال سفهی است و نه انحرافی که در دیگر موجبات حکم رخ می‌دهد.

۱۹. انحراف غیرقابل چشم‌پوشی یا فاحش، با اجتناب عقلا از این میزان انحراف تعیین می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۲۱).

۲۰. انحراف غیرقابل توجیه با عدم تعلق غرض عقلایی رخ می‌دهد (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۲۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۵۲). در صورت توجیه انحراف عمل با غرضی مورد تأیید غالب عقلا، عمل مورد نظر از سفهی بودن ساقط می‌شود. برای مثال، ممکن است عقلا بالاتر بودن قیمت کالا را به موجب داشتن فرصت بیشتر برای پرداخت ثمن تأیید کنند؛ البته تا حدی که این بالاتر بودن فاحش نشود.

۲۱. فایده چنین نگاهی به عرف، محدود به معاملات نیست. برای مثال، موضوع نجاست خون همان است که عرف آن را خون بنامد. مصداق آن نیز با فهم عرف تعیین می‌شود. برای مثال، رنگ باقی‌مانده از خون شسته‌شده که در نظر عرف خون به شمار نمی‌آید، مشمول حکم نجاست نیست؛ اگرچه عقل بگوید که رنگ باقی‌مانده از خون، واقعاً اجزای ریز خون است (خمینی، ۱۳۹۲ ب، ج ۴، ص. ۲۲۵).

#### کتابنامه

قرآن کریم.

*The Holy Quran.*

آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد

اسلامی/سازمان چاپ و انتشارات.

Khorasani, Mohammad Kazem (1985). *Hashiatolmakasib*. Tehran: Ministry of Cultural & Islamic Guidance.

ابن بابویه، محمد (۱۳۶۳). من لایحضره الفقیه (جلد ۳). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم/مؤسسه النشر الاسلامی.

Ibn Babevayh, Mohammad (1984). *Manlayahzoroholfaqih* (Vol. 3). Qom: Islamic Publication Institute.

اردبیلی، محمد (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان (جلدهای ۸ و ۱۰). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم/مؤسسه النشر الاسلامی.

Ardebili, Mohammad (Unknown). *Majmaolfaedate valborhan* (Vols. 8-10). Qom: Islamic Publication Institute.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). المكاسب (جلدهای ۴ و ۵). قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الاعظم الانصاري، الامانة العامة.

Ansari, Murtaza (1994). *Almakasib* (Vols. 4-5). Qom: International Conference of 2<sup>nd</sup> Century of Shaykh Murtaza Ansari.

ایروانی، علی (۱۳۷۹). حاشیه المكاسب (جلد ۱). قم: کتبی نجفی.

Irvani, Ali (1959). *Hashiatolmakasib* (Vol. 1). Qom: Katbi Najafi.

باقی، احسان (۱۳۹۰). مطالعه معاملات سفهی در نظام حقوقی ایران با نگاهى در فقه اهل سنت (پایان نامه کارشناسی ارشد). قابل بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرنداک)، ش. f7fe6807bfd177c803fba75a582c0fd9.

Baghi, Ehsan (2012). *The Study of Irrational Transactions in Iranian Legal System and Sunni Jurisprudence* (M.A. Disertation). Available from Ganj Database (Irandoc No. f7fe6807bfd177c803fba75a582c0fd9).

بهبهانی، محمدباقر (۱۳۷۸). الرسائل الفقهية. قم: مؤسسه العمل امة المجدد الوحید البههانی.

Behbahani, Mohammad Bagher (1999). *Arrasaelol fiqhiyah*. Qom: Allamah Vahid Behbahani Institute.

حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق). دررالفوائد. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Haeri Yazdi, Abdolkarim (1997). *Dorarulfavaid*. Qom: Islamic Publication Institute.

حر عاملی، محمد (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (جلد ۱۸). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

Hor Ameli, Mohammad (1995). *Tafsilo vasealeshia ela tahsile masaeleshariah* (Vol. 18). Qom: Alolbait Institute.

حکمت نیا، محمود؛ و زمانی، جعفر (۱۳۹۲). «وضعیت حقوقی معاملات سفهی در فقه امامیه و حقوق ایران». حقوق اسلامی، ۱۰ (۳۶)، صص. ۷-۳۶.

Hekmatnia, Mahmood, & Zamani, Jafar (2013). the Legal Status of Dementia Transactions in Imamie Jurisprudence and Iranian Legal System. *Islamic Law*, 10(36), 7-36.

- حلی، محمد (۱۴۱۰ق). السرائر (جلد ۳). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- Hilli, Mohammad (1989). *Assaraer* (Vol. 3). Qom: Islamic Publication Institute.
- خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۹۴). رساله آموزشی معاملات بر اساس فتاوی مرجع عالی قدر تقلید، حضرت آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای. تهران: فقه روز (وابسته به انتشارات انقلاب اسلامی).
- Khamenei, Ali (2015). *Risaleh Amoozeshi 2*. Tehran: feqheroos.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۱). الاستصحاب. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام‌الخمینی (قدس سره).
- Khomeini, Ruhollah (2002). *Alistishab*. Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲ الف). المكاسب المحرمة (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام‌الخمینی (قدس سره).
- Khomeini, Ruhollah (2013). *Almakasibolmoharramah* (Vol. 1). Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲ ب). کتاب البيع (جلدهای ۳ و ۴). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام‌الخمینی (قدس سره).
- Khomeini, Ruhollah (2013). *Ketabolbay'* (Vol. 3 & 4). Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی (سلام‌الله‌علیه).
- Khomeini, Ruhollah (1994). *Badae oddorar finafye ghaedatenafyazzarar*. Qom: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). توضیح المسائل. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام‌الخویی.
- Khoei, Abulghasim (2001). *Taozihilmassail*. Qom: Institute for Revival of Imam Khoei's Works.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۹ق). محاضرات فی الفقه الجعفری (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
- Khoei, Abulghasim (2008). *Muhatharatfilfiqhijafari* (Vol. 1). Qom: The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام‌الخویی (جلد ۳۵). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام‌الخویی.
- Khoei, Abulghasim (1997). *Mausouatulimamilkhoei* (Vol. 35). Qom: Institute for Revival of Imam Khoei's Works.
- رستمی، محمدزمان؛ و رستمی، محمدهادی (۱۳۹۹). «تبیین فقهی اقتصادی قراردادها و فعالیت‌های سفهی در حوزه‌های کلان و شرایط اقتصادی نوین». *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ۱۳ (۲۵)، صص. ۳۲-۱.
- Rostami, Mohammad Zaman, & Rostami, Mohammad Hadi (2020). *Economic*



Legal Explanation of Contracts and Incompetent Activities in Large Areas and New Economic Conditions. *Islamic Economics Studies*, 13(25), 1-32.

رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا). کتاب الاجارة. بی‌جا: بی‌نا.

Rashti, Habibullah (Unknown). *Kitabolejarah*. Unknown: Unknown.

روحانی، محمدصادق (۱۴۳۵ق). *فقه‌الصادق* (جلد ۲۸). قم: آیین دانش.

Ruhani, Mohammad Sadiq (2013). *Fiqhossadiq* (Vol. 28). Qom: Ayin Danesh.

روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹ق). *منهاج‌الفقاهه* (جلد ۵). قم: انوارالهدی.

Ruhani, Mohammad Sadiq (2007). *Minhajolfiqahah* (Vol. 5). Qom: Anvarulhuda.

زمانی، جعفر (۱۳۹۱). بررسی ماهیت معاملات سفهی و وضعیت حقوقی آن در فقه امامیه و

حقوق ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل‌بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران

(ایرنداک، ش. aeff74b61f221685fec272cedb1f0733).

Zamani, Jafar (2012). *An Analysis of the Nature of the Dementia Transactions and Their Legal Status in Imamie Jurisprudence and Iranian Legal System* (M.A. Disertation). Available from Ganj Database (Irandoc No. aeff74b61f221685fec272cedb1f0733).

زندى، طيب (۱۳۹۴). *معامله سفهی در فقه و حقوق ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل

بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرنداک، ش.

e2d114f82e0c077171a56c36eb9fb532).

Zandi, Tayyeb (2015). *Unconscionable Contract in Islamic and Iranian Law* (M.A. Disertation). Available from Ganj Database (Irandoc No. e2d114f82e0c077171a56c36eb9fb532).

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۹). *استفتائات* (جلد ۲). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).

Sobhani, Ja'far (2010). *Estefta'at* (Vol. 2). Qom: Imam Sadiq Institute.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۳۶ق). *الایضاحات السنیه للقواعد الفقهیة* (جلد ۱). قم: مؤسسه

الامام‌الصادق (علیه‌السلام).

Sobhani, Ja'far (2015). *Alizahatossaniyah lelghavaedelfiqhiyah* (Vol. 1). Qom: Imam Sadiq Institute.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۳۱ق). *المبسوط فی اصول‌الفقه* (جلد ۳). قم: مؤسسه امام‌صادق

(علیه‌السلام).

Sobhani, Ja'far (2010). *Almabsut fi osulilfiqh* (Vol. 3). Qom: Imam Sadiq Institute.

شبیبری زنجانی، موسی (بی‌تا). کتاب نکاح (جلد ۲۱). قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.

Shobairi, Mousa (Unknown). *Ketabenekah* (Vol. 21). Qom: Raypardaz Research Institute.

صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۳۸۵). *جامع‌الاحکام* (جلد ۱). قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت

آیت‌الله‌العظمی صافی گلپایگانی.

Safi, Lotfollah (2006). *Jameolahkam* (Vol. 1). Qom: Editing & Publishing Office of Ayatollah Safi Golpaygani's Works.

- صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق). *هدایة‌العباد* (جلد ۲). قم: دارالقرآن‌الکریم.
- Safi, Lotfollah (1995). *Hidayatulibad* (Vol. 2). Qom: Darulquranilkarim.
- صباغی ندوشن، مریم؛ و حائری، محمدحسن (۱۳۹۵). «تأملی در قاعده‌انگاری بطلان معاملات سفیهانه با تأکید بر آیه ممنوعیت اکل مال به باطل». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۲ (۴۴)، صص. ۵۷-۷۸.
- Sabaghi Nadoshan, Maryam, & Haeri, Mohammadhassan (2015). The Recognition of the Quranic Concept of Changing God's Creation. *Islamic Law & Jurisprudence Researches*, 12(44), 57-78.
- طوسی، محمد (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه‌الامامیة* (جلد ۲). تهران: مکتبه‌المرتضویة.
- Tousi, Mohammad (1967). *Almabsut fifiqhil Imamiah* (Vol. 2). Tehran: Maktabatolmortazaviyah.
- عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). *الروضه‌البهیة فی شرح‌المعتمدالمشقیة* (جلد ۳). قم: مکتبه‌الداوری.
- Ameli, Zainoddin (1989). *Arrowzatolbahiyah fisharhellom'atteddemashghiyah* (Vol. 3). Qom: Maktabatoddavari.
- عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). *مسالك‌الفهام الی تنقیح شرایع‌الاسلام* (جلد ۴). قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیة.
- Ameli, Zainiddin (1992). *Masalikul'afham ilatanghihesharaye'ilislam* (Vol. 4). Qom: Ma'aref Islami Institute.
- عاملی، محمد (۱۴۳۰ق). *موسوعة‌الشهیدالاول* (جلد ۱۳). قم: مکتب‌الاعلام‌الاسلامی فی الحوزة‌العلمیة قم‌المقدسة، معاونیة‌الابحاث / مرکز‌العلوم و الثقافة‌الاسلامیة.
- Ameli, Mohammad (2009). *Mawsuatoshahidilavval* (Vol. 13). Qom: Maktabule'elamilislami filhawzatel ilmiyah.
- عراقی، ضیاء‌الدین (۱۳۷۹). *کتاب‌القضاء*. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام‌رضا (علیه‌السلام).
- Iraqi, Ziyaoddin (2000). *Kitabulghaza*. Qom: Imam Reza Islamic Studies Institute.
- علوی گرگانی، محمدعلی (۱۳۸۷). *توضیح‌المسائل*. قم: دفتر حضرت آیت‌الله علوی گرگانی.
- Alavi, Mohammad Ali (2008). *Taozihilmassail*. Qom: Ayatollah Alavi Gorgani's Office.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق). *حاشیة‌المکاسب* (جلد ۵). قم: ذوی‌القربی.
- Gharavi Isfihani, Mohammad Hossein (2006). *Hashiatolmakasib* (Vol. 5). Qom: Zavilghurba.
- قزوینی، علی (۱۴۲۴ق). *ینایع‌الاحکام فی معرفة‌الحلال والحرام* (جلد ۵). قم: جماعة‌المدرسین فی‌الحوزة‌العلمیة قم / مؤسسه‌النشرالاسلامی.
- Qazvini, Ali (2003). *Yanabi'olahkam fima'rafatelhalalevalharam* (Vol. 5). Qom: Islamic Publication Institute.
- کاشف‌الغطا، مهدی (۱۴۳۱ق). *احکام‌المتاجر*. نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء‌العامة.
- Kashifulgheta, Mahdi (2010). *Ahkamolmatajer*. Najaf: Kashifulgheta Institute.
- کریمی، اعظم (۱۳۸۷). *وضعیت حقوقی معامله سفیهی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)*. قابل‌بازیابی

از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایراندک)، ش.  
(6e8412ac3878da1368c862b8d50263ca).

Karimi, Azam (2008). *Legal Status of Unreasonable Contracts* (M.A. Disertation). Available from Ganj Database (Irاندک No. 6e8412ac3878da1368c862b8d50263ca).

کلینی، محمد (۱۳۸۷). *الکافی* (جلد ۱۰). قم: مؤسسه علمی-فرهنگی دارالحدیث/سازمان چاپ و نشر.

Kolaini, Mohammad (2008). *Alkafi* (Vol. 10). Qom: Darolhadith Scientific & Cultural Institute.

مبلغی، احمد (۱۳۸۳). «مکتب اصولی امام خمینی؛ دو عنصر عرف-محوری در روش اصولی امام خمینی». *فقه*، ۱۱ (۴۱)، صص. ۲۰۲-۱۹۱.

Moballeghi, Ahmad (2004). *Imam Khomeini's school of principles 2. Fiqh*, 11(41), 191-202.

مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیة* (جلد ۲). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم/مؤسسه النشر الاسلامی.

Maraghi, Abdulfattah (1996). *Alanavinulfiqhiyah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publication Institute.

مطیعی، محمدجواد (۱۴۰۱). *بازاندیشی ماهیت عمل سفهی و ضمانت اجرای آن در فقه امامیه و حقوق ایران (پایان نامه کارشناسی ارشد)*. دانشگاه امام صادق (علیه السلام).

Motiee, Mohammad Javad (2022). *Rethinking the Quiddity of the Financially Irrational Contracts and its Status in Imami Jurisprudence and Iranian Law*. (Unpublished M.A. Dissertation). Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

مظفر، محمدرضا (۱۳۹۳). *اصول الفقہ* (جلد ۲). قم: دارالعلم.

Muzaffar, Mohammad Reza (2014). *Osulolfiqh* (Vol. 2). Qom: Darol'elm Publications.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰). *کتاب النکاح* (جلد ۱). قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

Makarem, Naser (2003). *Kitabonnikah* (Vol. 1). Qom: Imam Ali ebne abitaleb School.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰). *القواعد الفقہیة* (جلدهای ۱ و ۲). قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

Makarem, Naser (1991). *Alghavaedolfiqhiyah* (Vols. 1-2). Qom: Imam Ali ebne abitaleb School.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶ق). *انوار الفقاهة (المکاسب)*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

Makarem, Naser (2005). *Anvarulfiqahah* (Almakasib). Qom: Imam Ali ebne abitaleb School.



نایینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائدالاصول* (تقریرات محمدعلی کاظمی خراسانی) (جلد ۴). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Naini, Mohammad Hossien (1997). *Favaidulosul* (Vol. 4). Qom: Jame'e Modarresine Hawzeh Elmieh Qom.

یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق). *حاشیه المکاسب* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.

Yazdi, Mohammad Kazem (1989). *Hashiatolmakasib* (Vol. 2). Qom: Esmailian.

یزدی، محمدکاظم (۱۳۷۶). *سؤال و جواب* (جلد ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

Yazdi, Mohammad Kazem (1997). *So'alojavab* (Vol. 1). Tehran: Islamic Sciences Publication Center.

## خوانشی بنیادین از حق انتخاب محل اقامت شهروندان در اصل ۳۳ قانون اساسی از منظر حقوق بشر اسلامی

امین سلیمان کلوانق\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۲۲

عباس کعبی‌نسب\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۰

امیر کشتگر\*\*\*

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

از جمله حقوق اساسی شهروندان که در اسناد بین‌المللی تدارک شده است و به تبع، نظام‌های سیاسی مختلف آن را شناسایی کرده‌اند، «حق انتخاب محل اقامت» است. قانون‌گذار اساسی نیز در اصل ۳۳ به آن تصریح کرده است. نظر به اینکه شایسته است این تأسیس مقنن با نصوص اسلامی سازگار باشد، پرسش اصلی این است که وضعیت آزادی موضوع اصل ۳۳ از لحاظ مبانی و ادله مشروعیت در نصوص اسلامی چیست و عندالافتضا رهیافت اسلامی موجد چه استلزام اصلاحی در موعده بازنگری قانون اساسی است؟ در پژوهش حاضر که با روش توصیفی-تحلیلی در مراجعه به قرآن و روایات انجام گرفته است، در خصوص مبنای حق مزبور این نتیجه یافت شد که در قرآن، دو دسته از آیات به حق مزبور دلالت دارند. این آیات عبارت‌اند از آیات الزام به استفاده از حق انتخاب محل اقامت (آیه ۵۶ سوره عنکبوت و آیه ۹۷ سوره نساء) و آیات تجویز جهاد (آیات ۳۹ و ۴۰ سوره حج) در برابر محدودکننده آزادی موضوع اصل. در روایات نیز این حق در کلام پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و امیر مؤمنان (علیه‌السلام) مورد تأکید قرار گرفته است. استلزامات اصلاحی حاصل از تتبع و تفقه در مبانی اصل هم این شد که اولاً، تعبیر به «آزادی انتخاب محل اقامت» عنوان جامعی است و دیگر تعابیر به‌کاررفته در اصل را دربرمی‌گیرد و نیازی به ذکر یکایک آن‌ها نیست. ثانیاً، ملاک ممنوعیت تحدید آزادی موضوع اصل شامل حالات مشابه اجبار - اعم از اکراه و اضطرار - نیز می‌شود و شواهد قرآنی بر آن وجود دارد. از این رو قید اجبار، قیدی تمثیلی است. پیشنهاد می‌شود در اصلاحات آتی قانون اساسی این موارد مورد توجه قرار گیرد.

### واژگان کلیدی

اصل ۳۳، آزادی، اجبار، محل اقامت.

\* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).  
a.soleyman@tabrizu.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، مؤسسه آموزشی-پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، قم، ایران.  
abbaskaabi@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه مطالعات نظام‌سازی، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران.  
amir.keshtgar@chmail.com

## مقدمه

امینت قضایی یکی از اصول بنیادین بشری است که تضمین آن در قوانین اساسی نظام‌های سیاسی مختلف، در قالب تقنین حقوق قضایی ملت صورت می‌گیرد. یکی از این حقوق که در اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته، «آزادی انتخاب محل اقامت» است که افزون بر اعلامیه جهانی حقوق بشر<sup>۱</sup>، در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز تصریح شده است.<sup>۲</sup> این اصل در قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله فرانسه<sup>۳</sup>، ایتالیا<sup>۴</sup>، برزیل<sup>۵</sup>، آفریقای جنوبی<sup>۶</sup> و کره جنوبی<sup>۷</sup> مورد اشاره قرار گرفته است. سابقه تقنینی حق مزبور در ایران نیز به متمم قانون اساسی مشروطه برمی‌گردد. این مضمون در اصل ۱۴ قانون مزبور<sup>۸</sup> پیش‌بینی شده بود. افزون بر سابقه تقنینی اصل، گونه‌های متعدد و فراوان تحدید آزادی انتخاب محل اقامت در زمان پیش از انقلاب، ضرورت تضمین این حق را به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری دوچندان می‌کرد. به همین منظور، در اصل ۳۸ پیش‌نویس قانون اساسی آمده بود «هیچ‌یک از ایرانیان را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید یا از اقامت در محل دلخواهش منع کرد یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد» که با کمی تفاوت در اصل ۳۳ متن تدوین‌شده نهایی قانون اساسی<sup>۹</sup> تجلی یافت.

وجود این آزادی در قانون اساسی دیگر حکومت‌ها و حتی حکومت‌های سابق ایران نباید این مطلب را به ذهن آورد که تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد؛ توضیح اینکه، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارای صبغه اسلامی و مُلهم از نصوص دینی است. از این رو ضرورت دارد قرائتی که از اصل ۳۳ می‌شود، منطبق با مبانی اسلامی باشد. بنابراین، نگارنده لازم می‌داند تا با روش توصیفی-تحلیلی و رجوع به منابع کتابخانه‌ای در قلمروی کتاب و سنت، در راستای تبیین و تحلیل رهیافت اسلامی در تضمین حق مزبور به‌عنوان پژوهش مطلع، ابتدا به گستره اصطلاحات اساسی اصل پردازد و در ادامه، با رجوع به قرآن و سنت، ضمن استقصای مبانی ناظر بر «آزادی انتخاب محل اقامت»، با واکاوی مضامین به‌کاررفته در متن اصل، استلزامات اصلاحی اصل مزبور را برای اعمال در اصلاحات آتی قانون اساسی پیشنهاد کند.

## ۱. پیشینه پژوهش

گفتنی است در خصوص مسئله حاضر تاکنون پژوهشی صورت نگرفته است. از این رو افزون بر اینکه پژوهش حاضر، انفتاحی برای مسئله مورد بحث است، طبق نتایج برآمده از پژوهش، پیشنهادهای اصلاحی نیز ارائه می‌شود.

## ۲. تحلیل مفهوم‌شناختی اصطلاحات اساسی اصل

این بخش از نوشتار، گستره مفهومی اشکال مختلفی از تحدید آزادی موضوع اصل را که به آن تصریح شده است، مورد تبیین و تحلیل قرار می‌دهد.

آزادی انتخاب محل اقامت در گونه‌های مختلفی می‌تواند تحدید شود که عبارت‌اند از «تبعید»، «اقامت اجباری در محل معین» و «ممنوعیت از اقامت در محل معین». نخستین مورد از اشکال تحدید آزادی مزبور «تبعید» است. تبعید در لغت از ریشه «بَعَدَ» و مصدر باب تفعیل و معنای آن دور کردن است (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۱۸۸). در اصطلاح حقوقی، تبعید یعنی اخراج مجرم از محل ارتکاب بزه یا از اقامتگاهش (یا هر دو) و فرستادن او به جای دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۴). در کلام فقها نیز تبعید، تغریب یا نفی بلد عبارت است از بیرون کردن بزهکار از محل زندگی یا محل ارتکاب بزه یا محل اجرای حد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۳۴۱). در حقوق جزایی اسلام کلماتی مانند «النفی»<sup>۱۰</sup>، «التغریب»<sup>۱۱</sup> و «الابعاد»<sup>۱۲</sup> به جای واژه تبعید استعمال شده‌اند. حتی در تعریف یکی، از دیگری استفاده شده است. دیگر گونه‌های تحدید آزادی موضوع اصل، «اجبار به اقامت در محل معین» و «ممنوعیت از اقامت در محل معین» است. در اجبار به اقامت در محل معین - که بیشتر مشابه تبعید است - فرد الزاماً باید در محلی معین اقامت کند و حق انتخاب ندارد، اما در ممنوعیت اقامت در محل معین - که مرادف آن در کتاب‌های لغت، ابعاد و طرد است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۲۶۷؛ راغب اصفهانی، ۱۳۷۴ق، ج ۱، ص. ۵۱۷) - فرد از اقامت در محل مورد نظر ممنوع می‌شود، اما می‌تواند در مکان دیگری که بخواهد، اقامت گزیند.

این سه مورد، در فقه سیاسی به علت منافات با آزادی بشر در انتخاب محل اقامت، ممنوع است و تفاوت مفهومی میان آن‌ها، تأثیری در حکم ممنوعیت ندارد.

### ۳. مبانی مشروعیت آزادی انتخاب محل اقامت

آزادی انتخاب محل اقامت با عنوان و بیانی که قانون‌گذار اساسی تصریح کرده، در نصوص دینی نیامده، اما دقت در آیات و روایات بیان‌کننده وجود ادله و مبانی دینی متعدد در شناسایی این حق است. در این بخش، مهم‌ترین مبانی فقهی آزادی بشر در انتخاب محل اقامت با عناوین «مبانی مشروعیت حق انتخاب محل اقامت مبتنی بر قرآن کریم» و «مبانی مشروعیت حق انتخاب محل اقامت مبتنی بر روایات» مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۳-۱. مبانی مشروعیت حق انتخاب محل اقامت مبتنی بر قرآن کریم

در مقام بررسی مبانی فقهی اصل ۳۳ سعی بر این است که دلالت آیات قرآن کریم برای آزادی موضوع این اصل استفصاح شود. در این راستا، به دو دسته از آیات بر می‌خوریم که به‌گونه‌ای دلالت بر آزادی انتخاب محل اقامت دارد.

#### ۳-۱-۱. آیات «الزام به استفاده از حق انتخاب محل اقامت»

دسته‌ای از آیات در قرآن کریم وجود دارند که خدای متعال، مؤمنان را به استفاده از حق انتخاب محل اقامت الزام می‌کند تا با اعمال این حق خویش، محلی را برای اقامت خود برگزینند که بتوانند در آنجا به شعایر اسلامی عمل کنند.

خدای متعال در آیه ۵۶ سوره عنکبوت می‌فرماید «ای بندگان من که ایمان آورده‌اید! زمین من وسیع است. پس تنها مرا بپرستید (و در برابر فشارهای دشمنان تسلیم نشوید)»<sup>۱۳</sup>. در این آیه خداوند سبحان خطاب را متوجه مؤمنانی کرده است که در سرزمین کفر قرار دارند و نمی‌توانند تظاهر به دینداری کنند و دین حق را آشکار و به سنت‌های آن عمل کنند (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۶، ص. ۱۴۴). تأکید خداوند متعال بر موضوع «گسترده بودن زمین» بر این مضمون دلالت دارد که به مؤمنان بفهماند زمین ملک خداوند است و بندگی بندگان هر جا که باشد برای ایشان فرقی ندارد. به بیان دیگر، در هر جای زمین که از دین حق و عمل به آن جلوگیری شود، باز نواحی دیگر آن در اختیار بندگان است بدون اینکه در آن نواحی، بندگان را از دینداری ممانعت کنند. براین‌اساس، عبادت خدای یکتا در هیچ حالی ممتنع و محال نیست (طباطبایی،



۱۴۱۷ق، ج ۱۶، ص. ۱۴۴).

اگرچه مدلول مطابقی آیه شریفه، آزادی بشر در انتخاب محل اقامت خود نیست، در فرازی که خدای متعال می‌فرماید: «زمین من گسترده و وسیع است»، به اصل آزادی انتخاب محل اقامت اشاره می‌کند؛ با این بیان که وسعت زمین خداوند، بدون آزادی انسان در انتخاب جا برای اقامت خود، قابلیت استناد ندارد تا مستند به آن، به لزوم گزینش مکان مناسب برای تحقق بندگی حکم کند. به عبارت دیگر، حکم به پذیرش لزوم هجرت برای عبودیت خدای متعال متوقف بر این است که مؤمنان در انتخاب محل اقامت خود آزاد باشند والا مطالبه هجرت از مؤمنان معنا ندارد و تکلیف به «مالیطاق» است؛ یعنی تکلیف به چیزی است که خارج از توان مکلف و این از نظر فقهای شیعه مردود است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۳۷۵؛ بحرانی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۲۶۳)، اما باید دقت داشت که با وجود مسلم بودن آزادی انتخاب محل انتخاب نزد شارع مقدس، استفاده از این آزادی مطلق نیست، بلکه دارای ضابطه است و باید در راستای هدفی که خدای متعال از خلقت انسان‌ها دارد، تحقق یابد. از آنجاکه هدف از خلقت انسان در آیه ۵۶ سوره مبارکه ذاریات، بندگی خداوند متعال عنوان شده است «وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ» و مطابق با آیه ۵۶ سوره عنکبوت، هرگاه این هدف اساسی و نهایی زیر پا بماند، راهی جز هجرت نیست؛ زیرا زمین خدا وسیع است و باید به محل دیگری گام نهاد، در چنین مواردی نباید پایبند مفاهیمی مانند قبیله و قوم، وطن، خانه و کاشانه شد و در نتیجه، تن به ذلت و اسارت داد؛ زیرا احترام این امور تا زمانی است که هدف اصلی به مخاطره نیفتد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ج ۱۶، ص. ۳۲۷). به عبارت دیگر، خدای متعال برای ارج نهادن به شخصیت مسلمانان، ذلت و زبونی آنان را نمی‌پذیرد و آنچه را که مانعی برای بندگی است، ممنوع می‌داند و برای فراهم کردن زمینه‌های بندگی، به اصل آزادی در انتخاب محل اقامت اشاره می‌کند.

بدیهی است این حکم اختصاصی مربوط به مؤمنان مکه نیست و شأن نزول، هرگز مفهوم وسیع و گسترده آیه را که هماهنگ با دیگر آیات قرآن است، محدود نمی‌کند. به این ترتیب، در هر عصر و زمان و در هر محیط و مکانی که آزادی به طور کامل از

مسلمانان سلب شود و اقامت در آنجا نتیجه‌ای جز ذلت و زبونی و دور ماندن از برنامه‌های الهی نداشته باشد، وظیفه مسلمانان مهاجرت به مناطقی است که بتوانند آزادی مطلق یا نسبی را به دست آورند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ج ۱۶، ص. ۳۲۷). باید دقت داشت که دلالت آیه مزبور به حق انتخاب محل اقامت، دلالت التزامی است. به عبارت دیگر، الزام به استفاده از حق انتخاب محل اقامت ملازمه با اعطای حق انتخاب محل اقامت دارد. دلالت التزامی هم عبارت است از اینکه دلالت لفظ بر چیزی باشد که خارج از معنای موضوع<sup>۱</sup> له آن قرار دارد، اما در ذهن با آن ملازم است؛ یعنی هرگاه موضوع<sup>۲</sup> له در ذهن حاصل شود، موضوع خارج از آن نیز با آن پدید می‌آید (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ص. ۴۵۶) و این دلالت از اقسام دلالت بوده و حجت است (محقق داماد، ۱۳۶۲، ج ۱، ص. ۷۲). همچنین باید دقت داشت که نه تنها این آزادی، بلکه تمام آزادی‌هایی که به بشر اعطا شده است، مطلق نیست، بلکه افزون‌براینکه آزادی نباید موجب نفی آزادی دیگری باشد، باید اهداف الهی از خلقت را تأمین کند که یکی از این اهداف عالی، بندگی انسان است. از این رو استفاده از آزادی موضوع اصل نیز باید در راستای تحقق بندگی به کار گرفته شود. در واقع، در این آیه شریفه خداوند سبحان تذکر به مطلبی دارد که در آیه ۵۹ سوره ذاریات به آن اشاره داشته است.

اگر این اشکال مطرح شود که آیه در مقام تشریح وجوب هجرت است و در مقام تشریح آزادی انتخاب محل اقامت نیست، در پاسخ باید گفت که در مقام تشریح این حق طبیعی بشر نیست، اما همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، وجوب هجرت بدون پذیرش آزادی انتخاب محل اقامت میسر نیست<sup>۱</sup> و این حکایت از وجود اصل آزادی انتخاب محل اقامت نزد شارع مقدس دارد؛ البته باید دقت داشت که استفاده از آزادی مزبور نباید با هدفی که خالق انسان از خلقت وی دارد، منافات داشته باشد. با توجه به این مطالب روشن می‌شود که در واقع، خطاب خدای متعال به مکلفان این است که در انتخاب محل اقامت خود آزادی دارید، اما در کنار این، به هدف از آفرینش خویش نیز توجه کنید؛ زیرا اعطای این نوع آزادی‌ها نباید موجب غفلت از هدف آفرینش انسان شود. براین اساس، اگر شرایطی پیش آمد که مؤمنان نتوانند در محلی بندگی خداوند را به جا آورند، ملزم هستند که حق انتخاب محل اقامت را به کار گیرند و محل مناسب را

برگزینند. به بیان دیگر، خدای متعال در عین حال که این حق را به بشر می‌دهد، به او تذکر می‌دهد که نباید محوریت بندگی در آزادی‌های مشروع خود را از یاد ببرید. در نهایت، باید گفت که هدف از «هجرت»، ممنوعیت از اقامت در سرزمین خاص نیست، بلکه به اعتبار بیان «وسیع بودن زمین» و «مالکیت خداوند بر آن»، منظور از آن، الزام بشر به استفاده از حق خود در انتخاب محل اقامت برای محقق ساختن بندگی است؛ زیرا در شریعت اسلام، هدف از اعطای این حق طبیعی، به‌کارگیری آن در راستای تحقق اهداف خداوند در نظام خلقت است که از اهم آن اهداف، بندگی خدای متعال است.

یکی دیگر از آیاتی که می‌توان به‌عنوان مستند فقهی اصل ۳۳ به آن اشاره کرد، آیه ۹۷ سوره مبارکه نساء است که مشابه مضمون آیه قبل است و به آیه «هجرت» نیز معروف است. خدای متعال در این آیه شریفه می‌فرماید «إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَأَسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا»؛ کسانی که فرشتگان (قبض ارواح)، روح آن‌ها را گرفتند در حالی که به خویشتن ستم کرده بودند، به آن‌ها گفتند شما در چه حالی بودید (و چرا با اینکه مسلمان بودید، در صف کفار جای داشتید؟)؟ گفتند ما در سرزمین خود، تحت فشار و مستضعف بودیم. آن‌ها (فرشتگان) گفتند مگر سرزمین خدا پهناور نبود که مهاجرت کنید. آن‌ها (عذری نداشتند و) جایگاهشان دوزخ است و سرانجام بدی دارند.

در آن فراز از آیه شریفه که فرشتگان می‌گویند «آیا زمین خدا وسیع نبود تا از خانه‌ها و سرزمین خود خارج شوید و از کسانی که شما را از ایمان به خدا و پیامبر منع می‌کردند، جدا شوید و به سوی سرزمینی مهاجرت کنید که اهل آن، شما را در برابر مشرکان کمک کنند و شما در پناه ایشان، خداوند را به یکتایی پرستش و عبادت کنید و پیامبر گرامی‌اش را پیروی کنید»، فرشتگان به پهناوری زمین خداوند متعال اشاره می‌کنند و همان‌گونه که در آیه پیش هم اشاره شد، فراخ بودن زمین بدون اینکه بشر حق انتخاب قسمتی از آن را برای سکونت و اقامت خود داشته باشد، نمی‌تواند دستاویزی بر مجازات وی در فرضی باشد که

مکان مناسب<sup>۱۵</sup> را برای اقامتش انتخاب نکرده است. بنابراین، کلام خداوند متعال در این آیه شریفه، هم کاشف وجود اصل مسلم آزادی در انتخاب محل اقامت نزد ایشان است و هم حکایت از لزوم توجه به هدف خلقت انسان در استفاده از حق مزبور دارد.

همچنین، گفته شده است که «فقه‌های شیعه معتقدند که مادام که کفر باقی است، هجرت نیز همچنان به عنوان یک وظیفه استمرار دارد و هجرت باید به جایی باشد که مسلمان در آنجا قادر به اظهار شعائر اسلام باشد و منظور از اظهار شعائر اسلام این است که مسلمان بتواند وظایف خود را بدون آنکه مزاحمتی برای او ایجاد شود، انجام دهد» (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۳۲۲). در مقام تبیین این مطلب گفتنی است هر آنچه که موجب سقوط واجب می‌شود، حرام است (اردبیلی، بی‌تا، ص. ۳۱۶). با توجه به همین، دلیل ممنوعیت اقامت در محلی که فرد نمی‌تواند شعائر اسلامی را اظهار کند، روشن می‌شود. چه بسا که بشود گفت خداوند متعال آزادی انتخاب محل اقامت را برای بشر در راستای تأمین مقدمات تحقق بندگی اعطا کرده است.

### ۳-۱-۲. آیه تجویز جهاد در برابر محدودکننده آزادی انتخاب محل اقامت

در برخی آیات قرآن کریم، خداوند منان برای مؤمنان اجازه جهاد در برابر کسانی که آزادی موضوع اصل ۳۳ قانون اساسی را از آنان سلب کرده‌اند، صادر کرده است. در آیه ۳۹ سوره مبارکه حج آمده است «أَذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بَأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ»؛ به کسانی که جنگ بر آنان تحمیل شده، اجازه جهاد داده شده است؛ زیرا مورد ستم قرار گرفته‌اند و خدا بر یاری آن‌ها تواناست. در آیه ۴۰ همین سوره نیز آمده است «الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْدَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدٌ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ»؛ همان کسانی که از خانه و شهر خود به ناحق رانده شدند جز اینکه می‌گفتند پروردگار ما، خدای یکتاست و اگر خداوند بعضی از مردم را به وسیله بعضی دیگر دفع نکند، دیرها و صومعه‌ها و معابد یهود و نصارا و مساجدی که نام خدا در آن بسیار برده می‌شود، ویران

می‌شود و خداوند کسانی را که یاری او کنند (و از آیینش دفاع کنند) یاری می‌کند. خداوند قوی و شکست‌ناپذیر است.

مطابق با آیه نخست، مسلمانان از آن‌رو اذن قتال با مشرکان را یافتند که مورد ستم آنان قرار گرفتند (جمعی از محققان در پژوهشگاه تحقیقات اسلامی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۲۱۴). خداوند سبحان در آیه بعد درصدد بیان و تفسیر آن، مصداق واضح و آشکار ظلم را اخراج مؤمنان از محل اقامتشان بیان می‌کند (جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ج ۳۲، ص. ۱۲۸). در کلام مفسران هم علت تجویز جهاد همین است که مسلمانان مورد ظلم قرار گرفتند؛ با این توضیح که حرف «باء» در جمله «بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا» برای سببیت است و علت تجویز جهاد را ظلمی می‌دانند که بر مسلمانان وارد می‌شد (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۴، ص. ۳۸۴)، اما اینکه وجه ظلم چه بود، جمله «الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ...» آن را تفسیر می‌کند؛ با این بیان که کفار بدون هیچ‌گونه حق و مجوزی، مسلمانان را از دیار و وطنشان (مکه) بیرون کردند (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۴، ص. ۳۸۴؛ مراغی، بی‌تا، ج ۱۷، ص. ۱۱۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰، ص. ۳۵۷؛ صادقی تهرانی، ۱۳۶۵، ج ۲۰، ص. ۱۲۶).

گواه بر اینکه تجویز جهاد نشان‌دهنده این است که شارع مقدس فرض را بر آزادی انتخاب محل اقامت بشر گذاشته است و محدود کننده آن را متجاوز به شمار می‌آورد، این است که خداوند سبحان در خصوص افرادی که از محل اقامتشان اخراج می‌شوند، تعبیر «ظَلَمُوا» می‌آورد؛ یعنی منظور این است که این افراد چون مورد ظلم قرار گرفتند، خداوند سبحان جهاد را تجویز کرد.

پس روشن می‌شود که خداوند سبحان، آزادی انتخاب محل اقامت را از مسلمات نزد خویش می‌داند و براین اساس است که تجاوز به آن را مصداق ظلم و مجوزی برای جهاد می‌شمارد. به بیان دیگر، آنچه موجب وجوب جهاد شده، تجاوز به آزادی موضوع اصل است. نکته حائز اهمیت دیگر این است که با اینکه این افراد از محل خود اخراج شده‌اند، باز هم شارع نمی‌فرماید که در مکانی مشخص اقامت گزینند (که در این صورت نشان‌دهنده این بود که مهم، داشتن سرپناه است و آزادی افراد مسئله مهمی نیست)، بلکه انتخاب محل اقامت را به

اختیار خودشان می‌گذارد.

افزون بر این مطالب، علامه طباطبایی اشاره می‌کند «دفاع مردم از منافع حیاتی خود و حفظ استقامت وضع زندگی، سنتی است فطری که (چه این آیه بفرماید و چه نفرماید) در میان مردم جریان دارد؛ هرچند این سنت فطری هم منتهی به خدای تعالی می‌شود» (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۴، ص. ۳۸۶).

### ۲-۳. مبانی مشروعیت حق انتخاب محل اقامت مبتنی بر روایات

یکی دیگر از مبانی فقهی آزادی انتخاب محل اقامت، روایات وارده از معصومان (علیهم‌السلام) به‌ویژه پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) و امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) است. از پیامبر مکرم اسلام (صلی‌الله‌علیه و آله) چنین نقل شده است که «الْبِلَادُ بِلَادُ اللَّهِ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ، فَحَيْثُمَا أَصَبْتَ خَيْرًا فَأَقِمْ»؛ همه سرزمین‌ها از آن خداست و بندگان نیز بندگان او هستند. پس هر کجا موجب خیر و سعادت شماست، اقامت کنید» (سیوطی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۴۹۶؛ ابن‌کثیر، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۲۶۲؛ پاینده، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۳۷۷). دلالت مطابقی روایت شریف، این است که بشر در انتخاب محل اقامت خویش اختیار دارد. روایت در ابتدا، مالکیت زمین را از آن خدای متعال می‌داند، اما در ادامه از اختیار بشر در گزینش محل دلخواه سخن به میان می‌آورد. دلیل این هم که ارشاد به گزینش مکانی کرده است که موجب خیر شود، این است که خداوند سبحان، آنچه را به بشر اعطا می‌کند در راستای سعادت انسان است. از این رو آزادی انتخاب محل اقامت نیز از آن مستثنا نیست و بشر مختار در انتخاب محل اقامتی است که موجبات سعادت را تأمین کند.

مشابه کلام پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله)، بیان گوهر بار امیر مؤمنان (علیه‌السلام) است که می‌فرماید «لَيْسَ بَلَدٌ بِأَحَقَّ بِكَ مِنْ بَلَدٍ، خَيْرُ الْبِلَادِ مَا حَمَلَكَ»؛ شهری از شهر دیگر به تو سزاوارتر و شایسته‌تر نیست. بهترین شهرها، شهری است که تو را به دوش گیرد (اهل آن تو را بخواهند و با زندگی در آنجا در رفاه و آسایش باشی) (ابن‌ابی‌الحدید (بی‌تا)، خطبه ۴۳۴). مطابق با کلام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام)، بهترین مکان‌ها، محلی است که برای آسایش انسان مناسب باشد و اقامت در آنجا برایش میسر شود. از آنجاکه رفاه انسان‌ها برای شارع از اهمیت بالایی برخوردار است، این اختیار را

داده است که هر مکانی را که برای این مهم متناسب دانستند، برگزینند و این مهم معنا نمی‌شود الا در صورتی که پیش‌فرض آزادی انتخاب محل اقامت برای افراد نزد شارع مقدس مفروع<sup>۱</sup> عنه باشد.

با وجود این، گاه مسائل مهم‌تری در زندگی مطرح می‌شود که این موضوع را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد؛ به این‌گونه که خداوند متعال با صراحت دستور می‌دهد که اگر در محیطی به خاطر عواملی نتوانستید آنچه را وظیفه دارید، انجام دهید، به محیط و منطقه امن دیگری هجرت کنید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص. ۹۰) که بحث آن به‌طور مفصل در باب آیات گذشت و بیان شد که حکم به هجرت نتیجه تعارض میان دو موضوعی بوده که یکی اهم و دیگری مهم بوده است. اهم، هدف خدای متعال از خلقت انسان (یعنی بندگی) است و مهم، حق انتخاب محل اقامت است.

#### ۴. استلزامات اصلاحی اصل ۳۳ قانون اساسی

در این بخش از نوشتار نگارندگان بر این هستند تا برخی از مضامین وارده در متن اصل را مورد واکاوی قرار دهند و استلزامات اصلاحی برآمده از مبانی فقهی ناظر بر اصل را تبیین کنند.

##### ۴-۱. کفایت تعبیر به «آزادی انتخاب محل اقامت»

قانون‌گذار اساسی برای شناسایی حق موضوع اصل از تعبیر متعددی استفاده کرده است. این تعبیر به‌جای اینکه آزادی موجود در منابع دینی را به‌صراحت مورد اشاره قرار دهد، عمدتاً اشکال و گونه‌های تحدید آزادی انتخاب محل اقامت را احصا کرده است. تبیین جایگاه این اصل در تعالیم اسلامی نیازمند تبیین معنای «آزادی» و «محل اقامت» است. «آزادی» در لغت مقابل بندگی (معین، ۱۳۸۸، ص. ۴۶) و به معنای حریت، اختیار و قدرت بر انجام دادن یا ترک فعل به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۸۴، ص. ۷۷). «اقامه» مصدر از ریشه «قَوْمَ» است و به اعتبار مضاف‌الیه‌اش معانی متعددی دارد. از جمله معانی‌ای که در کتب لغت برای آن گفته شده، عبارت است از اقامت در محل یعنی ثابت بودن در مکان (راغب اصفهانی، ۱۳۷۴ق، ج ۳، ص. ۲۷۵) و توقف

کردن (طریحی، ۱۳۷۵ق، ج ۶، ص. ۱۴۳). «محل اقامت» در منابع اسلامی در ابواب صوم و صلوات در معنای خاصی استعمال شده است و به محلی اطلاق می‌شود که خارج شدن از آن، موجبی برای قصر نماز و افطار روزه است<sup>۱۶</sup>، اما روشن است که موضوع این اصل، یکی از آزادی‌های بنیادین بشری است و با توجه به اینکه بشر باید در طول زندگی در راستای تعالی گام بردارد، مفهوم مدنظر از اقامت نمی‌تواند معنای ابواب صوم و صلوات باشد. در واقع، نمی‌توان زمان خاصی را برای صدق عنوان «اقامت» در نظر گرفت و همان‌گونه که در معنای لغوی این واژه نیز آمده است، توقف عرفی نیز می‌تواند مشمول عنوان اقامت باشد. بنابراین، رفت‌وآمد نیز مشمول اقامت می‌شود.

برخی از حقوق‌دانان اساسی، آزادی رفت‌وآمد را در کنار آزادی انتخاب محل اقامت استعمال می‌کنند بدون اینکه سخن از ملازمه میان این دو بیاورند (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۹۹). در مقابل، برخی میان آزادی انتخاب محل اقامت با آزادی رفت‌وآمد قائل به ملازمه هستند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۲۵۰). در تعریف آزادی موضوع اصل متناسب با معانی لغوی و با دقت در مبانی فقهی می‌توان این‌گونه گفت که آزادی انتخاب محل اقامت عبارت است از «اختیار بشر در گزینش محلی برای سکونت، رفت‌وآمد، فعالیت و هر موضوع دیگر». با توجه به اینکه آزادی انتخاب محل اقامت عنوانی است که ممنوعیت اشکال مختلف تحدید آزادی مزبور را دربرمی‌گیرد، برای جلوگیری از حشو و اطناب کلام مقنن در قانون اساسی می‌توان این‌گونه گفت که «افراد در انتخاب محل اقامت خویش آزادند مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد».

#### ۴-۲. تمثیلی بودن حالت «اجبار» در اصل ۳۳ قانون اساسی

آزادی انتخاب محل اقامت ممکن است در حالات متعددی مورد تحدید قرار گیرد. از جمله این حالات که در اصل مزبور نیز بر آن تأکید شده، «اجبار» است. اجبار از ریشه «جَبَرَ» و مصدر باب افعال است و در لغت، ملزم کردن فرد به کاری است که آن را اراده نمی‌کند و نسبت به آن اکراه دارد (صاحب، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص. ۹۷). در اصطلاح نیز به استیلائی اطلاق می‌شود که اختیار را از فرد مجبور سلب می‌کند؛ به‌گونه‌ای که



درعین حال که قصد انجام دادن آن کار را ندارد، قدرت بر ترک آن نیز ندارد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۱۶۱). چالشی که در این فراز از اصل به ذهن می‌رسد این است که آیا حالت اجبار مصرح در متن اصل، موضوعیت دارد یا اینکه از باب تمثیل بوده است و ملاک مستنبط از مبانی فقهی، لزوم تسری ممنوعیت تحدید آزادی انتخاب محل اقامت به حالات «اضطرار» و «اکراه» را نیز اقتضا دارد؟

برای پاسخ به این چالش، ابتدا به تبیین مفاهیم اضطرار و اکراه پرداخته می‌شود. اضطرار از ریشه «ضَرَر» و مصدر باب افتعال و اصل آن اضترار است (مصطفوی، ۱۴۳۰ق، ج ۷، ص. ۲۵) که به معنی نیازمندی و احتیاج داشتن به چیزی استعمال شده (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص. ۱۲۳) و در اصطلاح حالتی است که صبر بر آن مقدور نیست (اردبیلی، بی‌تا، ص. ۶۳۶)، اما فرد با اراده و قصد و رضایت خویش، فعل را برای رفع حالت اضطراری عارض شده انجام می‌دهد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۱۶۳)؛ هرچند رضایت قلبی نسبت به آن ندارد (مشکینی، بی‌تا، ص. ۷۴). اکراه از ریشه «کَرَه» و مصدر باب افعال و در لغت، وادار کردن انسان به انجام دادن کاری است که نسبت به آن بی‌میل است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۷۰۸). در اصطلاح نیز به حالتی اطلاق می‌شود که درعین حال که اختیار را از فرد سلب نکرده است و شخص نسبت به فعل مورد اکراه قصد دارد، رضایت خاطر وجود ندارد، بلکه در اثر تهدید، ترس از نفس، مال و آبروی خود به آن عمل اقدام می‌کند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۱۶۲).

قانونی کردن یک حق و آزادی، ممنوعیت از ایجاد اخلال نسبت به اعمال آن حق را در پی دارد. در تطبیق کلام بالا بر آزادی موضوع اصل این‌گونه می‌توان گفت که وقتی خداوند متعال بشر را در انتخاب محل اقامت خویش آزاد می‌داند، به این معناست که ایجاد هرگونه تعرض نسبت به این آزادی را ممنوع می‌داند؛ خواه این تعرض در قالب «اجبار» باشد خواه «اکراه» یا «اضطرار» باشد. بنابراین، «اجبار» به معنای اصطلاحی آن در حقوق جزایی اسلام، مدنظر قانون‌گذار اساسی نبوده و به‌عنوان یکی از مصادیق تعرض نسبت به این حق مورد توجه قرار گرفته است<sup>۱۷</sup>؛ زیرا وقتی ثابت شود که مطابق نظر شارع، «افراد بشری در انتخاب محل اقامت

خویش آزادند»، باید تمهیدات لازم در راستای بهره‌مندی از این حق برای مردم فراهم شود. نخستین و مهم‌ترین تمهیدات این است که نسبت به این حق طبیعی افراد تعرضی صورت نگیرد. همچنین در نصوص روایی مضامینی وجود دارد که وقتی مکلف عملی را در دو حالت «اضطرار» و «اکراه» انجام می‌دهد، عقاب نمی‌شود. از جمله این موارد حدیث مشهور رفع است. در این روایت آمده است «امام صادق (علیه‌السلام) می‌فرماید رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) فرمودند نه خصلت از امت من برداشته شده است؛ خطا و فراموشی و آنچه ندانند و آنچه توان انجامش را ندارند و آنچه نسبت به آن اضطرار می‌یابند و آنچه بر آن وادار می‌شوند و حسد و طیره - فال بد زدن - و وسوسه اندیشیدن در آفرینش تا زمانی که به زبان و دست آشکار نشود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۶۳). این مطلب نشان می‌دهد که خدای متعال این حالات را «عناوین ثانویه» در نظر می‌گیرد که عمل انجام‌شده در آن حالات را موجبی برای استحقاق مؤاخذه نمی‌داند. با این بیان روشن می‌شود که وقتی تکلیفی از انسان مطالبه می‌شود در این سه حالت، او معذور است و به طریق اولی در جایی که حقی برای بشر تشریح کرده است، نسبت به تحدید این حق جز از طُرُقی که خود مشروع می‌شمارد، بر محدود کردن حق از هیچ طریقی - اعم از اجبار و اکراه و اضطرار - رضایتی ندارد<sup>۱۸</sup>. افزون‌براین، در بحث از مبانی فقهی این اصل گفته شد که در مواردی که افراد از محل اقامتشان اخراج شدند، خدای متعال جهاد را تجویز کرده است. از بیان مفسران چنین برمی‌آید که این افراد در حالت اضطرار قرار گرفته بودند و خدای متعال جهاد را برای آنان تجویز کرده بود؛ به‌گونه‌ای که مفسران شیعه فرموده‌اند «آن‌ها را به‌قدری اذیت کردند و تحت فشار قرار دادند که مضطر شدند و وطن خود را ترک کنند» (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۷، ص. ۱۳۸) یا مشابه همین آمده است که «آن‌قدر شکنجه و آزار دادند و آن‌قدر برای آنان صحنه‌سازی کردند تا حالت اضطرار برایشان پیش آمد و با پای خود شهر و زندگی را رها و در دیار غربت منزل کردند» (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۶، ص. ۱۴۴) و افراد مجبور به خروج از محل اقامتشان نشدند، بلکه آنان را در حالت اضطرار قرار دادند تا از محل اقامت خود خارج شوند.

گفتنی است در مواردی که افراد هنگام استخدام، در مقابل دولت متعهد شده باشند

که تعیین محل خدمتشان در اختیار دولت باشد، تخصصاً<sup>۱۹</sup> از بحث خارج است؛ زیرا وقتی انسان به چیزی متعهد شود (مانند تعهد خدمت نظامی)، به لوازم آن نیز متعهد می‌شود.<sup>۲۰</sup> براین اساس، وقتی فرد به ارگانی تعهد خدمت می‌دهد، این اذن را نیز می‌دهد که هر جا ارگان صلاح بداند، وی را به کار گیرد؛ البته این منافاتی ندارد که فرد هنگام استخدام، چنین شروطی را نپذیرد و سخن در جایی است که فرد تعیین محل خدمت را به اختیار مقام دولتی داده باشد.

### نتیجه گیری

اصل ۳۳ قانون اساسی در مقام اساسی سازی جایگاه «آزادی انتخاب محل اقامت» است. مطابق با این اصل، آزادی مزبور به گونه‌های مختلفی تحدید می‌شود که عبارت‌اند از «تبعید»، «اقامت اجباری در محل معین» و «ممنوعیت از اقامت در محل معین». گونه‌های تحدید آزادی موضوع اصل، در منابع فقهی با تعبیر مختلفی از قبیل «التبعید»، «النفی»، «التغریب»، «الابعاد» و «الطرد» به کار رفته است.

آزادی موضوع اصل با عنوان و بیانی که قانون‌گذار اساسی دارد، در نصوص دینی نیامده است، اما در قرآن دو دسته از آیات بر آزادی موضوع اصل دلالت دارند. دسته نخست آیات ۵۶ سوره عنکبوت و ۹۷ سوره نساء است که در این آیات خداوند سبحان با پیش فرض مسلم دانستن آزادی انتخاب محل اقامت، مؤمنان را به استفاده از حق مزبور به لزوم گزینش مکان مناسب برای تحقق بندگی حکم می‌کند. دسته دوم، آیات ۳۹ و ۴۰ سوره مبارکه حج است که خداوند متعال اخراج مؤمنان از محل اقامتشان را مصداق واضح و آشکار ظلم بیان می‌کند و به مؤمنان در برابر کسانی که آزادی انتخاب محل اقامت را از آنان سلب می‌کنند، اجازه جهاد داده است. در روایات نیز آزادی موضوع اصل در کلام پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) و امیر مؤمنان (علیه السلام) مورد توجه قرار گرفته است.

در راستای تحلیل مفاهیم و استخراج مبانی قرآنی و روایی ناظر بر اصل این نتایج به دست آمد که اولاً، با توجه به توسعه مفهومی که در واژه اقامت وجود دارد و مبانی وارده در فقه اسلامی، «آزادی انتخاب محل اقامت» عبارت است از «اختیار بشر در گزینش محلی برای سکونت، رفت و آمد، فعالیت و هر موضوع دیگر». براین اساس،

عنوان جامعی است که تمام مصادیق آن را دربرمی‌گیرد. از این رو نیازی به تعدد تعابیر در اصل نیست. ثانیاً، اصل مزبور در حالت تحدید آزادی انتخاب محل اقامت، تنها به حالت اجبار تصریح کرده است، اما ملاک مُستنبط از مبانی فقهی در لزوم تسری ممنوعیت تحدید آزادی انتخاب محل اقامت به حالات اضطرار و اکراه را نیز اقتضا دارد. بر این اساس پیشنهاد می‌شود دو نکته یادشده در اصلاحات آتی قانون اساسی مدنظر قرار گیرد.

### یادداشت‌ها

۱. ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هیچ‌کس نباید مورد توقیف، حبس یا تبعید خودسرانه قرار گیرد».
- بند ۱ ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر انسانی سزاوار و محق به داشتن آزادی جابه‌جایی و اقامت در (هر نقطه‌ای) درون مرزهای مملکت است».
۲. بند ۱ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هرکس قانوناً در سرزمین دولتی مقیم باشد، حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانه مسکن خود را در آنجا خواهد داشت».
۳. این حق در اعلامیه حقوق بشر و شهروند که بخشی از قانون اساسی فرانسه است، به‌طور جداگانه تضمین شده است. بر اساس ماده ۱۲ این اعلامیه، «آزادی رفت‌وآمد در هر نقطه از قلمرو ملی، تحت حفاظت قانون است». همچنین، بر اساس ماده ۱۳، «آزادی محل اقامت در هر نقطه از قلمرو ملی، تحت حفاظت قانون است».
۴. اصل ۱۶ قانون اساسی ایتالیا: «هر شهروند حق دارد که در هر بخش از قلمرو ملی به‌صورت آزاد سفر کند و اقامت داشته باشد مگر در مواردی که به دلایل بهداشتی یا امنیتی، قانون محدودیت‌هایی را برای عموم تعیین کند. هیچ محدودیتی به دلایل سیاسی وضع نخواهد شد».
۵. اصل ۵ قانون اساسی برزیل: «همه حق دارند که به‌صورت آزاد در قلمرو ملی حرکت کنند و در آن اقامت داشته باشند».
۶. اصل ۲۱ قانون اساسی آفریقای جنوبی: «همه حق دارند که به‌صورت آزاد در قلمرو ملی حرکت کنند و در آن اقامت داشته باشند».
۷. اصل ۱۴ قانون اساسی کره جنوبی: «همه شهروندان حق دارند که به‌صورت آزاد در قلمرو ملی حرکت کنند و در آن اقامت داشته باشند».
۸. «هیچ‌یک از ایرانیان را نمی‌توان نفی بلد یا منع در اقامت در محلی یا مجبور به اقامت در محلی معین کرد مگر در مواردی که قانون تصریح می‌کند».

۹. «هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد».
۱۰. نفی به دور کردن از سرزمین (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص. ۳۳۷)، طرد کردن و دفع کردن (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۴۱۸) و دور کردن شخص از کشورش به کشوری دیگر معنا شده است (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۹۲۷).
۱۱. تغریب به نفی و دور کردن از سرزمینی به سرزمینی دیگر (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۱۹۱؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص. ۴۹۳۹)، دور کردن از سرزمینی که جنایت در آن واقع شده (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۶۳۹) و غرب را جهت قرار دادن (موسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۸۵) معنا شده است.
۱۲. ابعاد به تبعید، بیرون کردن، راندن و از شهر و کشوری نفی بلد کردن معنا شده است (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۷).
۱۳. «يَا عِبَادِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ أَرْضِي وَاسِعَةٌ فَإِيَّايَ فَاعْبُدُونِ».
۱۴. باید دقت داشت که منظور از این کلام این نیست که اگر هجرت واجب باشد، باز هم محل اقامت به اختیار است، بلکه ای بسا که محلی را که باید به آنجا هجرت کرد هم مشخص کنند، بلکه منظور این است که اگر انتخاب محل اقامت، حق بشر نبود، مستثنا کردن مواردی تحت حکم هجرت لازم نبود. به عبارت دیگر، نزد شارع مقدس اصل این است که بشر در گزینش محل اقامت خویش آزادی دارد، اما در مواردی این آزادی محدود می‌شود و این محدودیت گاه تنها با ترک محل اقامت حاضر است و تعیین محل اقامت جدید به اختیار فرد است، اما در برخی موارد افزون‌بر ترک محل، اقامت در محل معینی واجب می‌شود.
۱۵. قدر متیقن از مکان مناسب، محلی است که انسان بتواند در آن واجبات الهی را انجام دهد و محرّمات الهی را ترک کند.
۱۶. البته در این حکم تفاوت‌هایی وجود دارد میان جایی که وطن فرد شمرده می‌شود و محلی که وطن فرد نیست، اما مکلف قصد ماندن ده روز و بیشتر را در آنجا داشته باشد یا بدون قصد اقامت بیشتر از سی روز در آنجا بماند (برای مثال، در فقه امامیه کسی که از وطن خود مسافرت می‌کند و از حد ترخص شرعی خارج می‌شود، نمازش قصر است و روزه‌اش را باید افطار کند، اما کسی که قصد اقامت ده‌روزه را در محلی داشته باشد، به محض خروج از آن، نمازش قصر می‌شود و روزه‌اش را باید افطار کند).
۱۷. همان‌گونه که در اصل ۲۲ قانون اساسی نیز عدم جواز تعرض پذیرفته شده است؛ «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون

تجویز کند».

۱۸. منظور مواردی است که در شریعت اسلام، محدودیت آزادی انتخاب محل اقامت در گونه‌های مختلفی به صراحت پذیرفته شده است.

۱۹. یعنی اصل ۳۳ در مقام بحث از چنین موضوعاتی نیست و این موارد خروج موضوعی دارد.

۲۰. سیره عقلاست که می‌فرمایند «من التزم بشیء التزم بلوازمه» و این به‌عنوان یکی از مبانی قاعده «اذن فی شیء، اذن فی لوازمه» است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۳۱).

### کتابنامه

قرآن کریم.

ابن ابی‌الحدید، عبدالحمید بن هبته‌الله (بی‌تا). شرح نهج‌البلاغه. قم: مکتبه آیت‌الله‌العظمی المرعشی‌النجفی (رحمت‌الله‌علیه).

Ibn Abi al-Hadid, Abdul Hamid ibn Hibahallah (NO). Explanation of the Nahjul-Balagha. Qom: Maktaba Ayatollah al-Uzma al-Mar'ashi al-Najfi.

ابن کثیر، اسماعیل (۱۴۱۹ق). تفسیر القرآن‌العظیم (جلد ۶). بیروت: دارالکتب العلمیه.

Ibn Kathir, Ismail (1998). Tafsir al-Quran al-Azim (Volume 6). Beirut: Dar al-Kuttab al-'Alamiyyah.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب (جلدهای ۱، ۳ و ۱۵). چاپ ۳، بیروت: دار صادر.

Ibn Manzur, Muhammad ibn Makram (1414 AH). Lisan al-Arab (Volumes 1, 3 and). 3<sup>rd</sup> edition, Beirut: Dar Sader.

اردبیلی، احمد بن محمد (بی‌تا). زبدة‌البیان فی احکام القرآن. چاپ ۱، تهران: مکتبه‌الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه.

Ardebili, Ahmad ibn Muhammad (NO). Zubdat al-Bayan fi ahkam al-Quran. 1st edition, Tehran: Maktaba al-Razaviyyah for the revival of the works of the Ja'fariyyah.

امینی، عبدالحسین (بی‌تا). الغدیر، ج ۸: صص. ۲۹۷-۳۰۷.

Amini, Abdul Hussein (NO). Al-Ghadir, Vol. 8: pp. 307-297.

بحرانی، محمد سند (۱۴۲۶ق). اساس النظام‌السیاسی عند الامامیه. چاپ ۱، قم: مکتبه فدک.

Bahrani, Muhammad Sanad (2005). The Foundations of the Political System of the Imamiyyah. 1st edition, Qom: Fadak Library.

بستانی، فواد افرام (۱۳۷۵). فرهنگ ابجدی. چاپ ۲، تهران: اسلامی.

Bostani, Fouad Afram (1996). Abjadi Dictionary. 2nd edition, Tehran: Islamic.

پاینده، ابوالقاسم (۱۳۸۲). نهج‌الفصاحه (جلد ۱). تهران: دنیای دانش.

Payandeh, Abolqasem (2003). Nahjul-Fasaha (Volume 1). Tehran: Dunyae Danesh.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.

Jafari Langroodi, Mohammad Jafar (2009). Wasit in Legal Terminology, 3rd edition, Tehran: Ganj Danesh Library.

جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام) (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

A group of researchers (2005). Fiqh Dictionary According to the Ahl al-Bayt (peace be upon them) (Volume 2). 1st edition, Qom: Da'er al-Ma'arif Institute of Islamic Jurisprudence on the Ahl al-Bayt (peace be upon them).

جمعی از محققان در پژوهشگاه تحقیقات اسلامی (۱۴۲۸). جهاد در آینه قرآن (جلد ۲). چاپ ۱، قم: زمزم هدایت.

A group of researchers at the Islamic Research Institute (2007). Jihad in the Mirror of the Quran (Volume 2). 1st edition, Qom: Zamzam Hedayat.

جمعی از نویسندگان (بی تا). مجله فقه اهل البیت (علیهم السلام) (جلد ۳۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

A group of writers (NO). Journal of Fiqh of the Ahl al-Bayt (peace be upon them) (in Arabic) (Volume 32). 1st edition, Qom: Da'er al-Ma'arif Institute of Islamic Fiqh on the Religion of the Ahl al-Bayt (peace be upon them).

جمعی از محققان (۱۳۸۹). فرهنگ نامه اصول فقه. چاپ ۱، قم: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی.

A group of researchers (2001). Dictionary of Principles of Fiqh. 1st edition, Qom: Islamic Information and Documentation Center.

جمعی از نویسندگان (۱۳۹۹). محشای قانون اساسی (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

A group of writers (2011). Mahshay al-Qanun al-Asa' (Volume 1). 1st edition, Tehran: Guardian Council Research Institute.

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة. چاپ ۱، بیروت: دارالعلم للملایین.

Johari, Ismail ibn Hammad (1989). Sahih Taj al-Lughah and Sahih al-Arabiya. 1st edition, Beirut: Dar al-Ilm for millions.

حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق). شمس العلوم (جلد ۸). دمشق: دارالفکر، چاپ ۱.

Hamiri, Nashwan ibn Saeed (1999). Shams al-Uloom (Volume 8). Damascus: Dar al-Fikr, 1st edition.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۴). لغت نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.

Dehkhoda, Ali Akbar (2005). Dehkhoda Dictionary. Tehran: University of Tehran.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۷۴ق). مفردات الفاظ قرآن (جلدهای ۱ و ۳). چاپ ۱، تهران: نشر مرتضوی.

Raghib Isfahani, Hussein bin Muhammad (1995). Vocabulary of the Words of the Quran (Volumes 1 and 3). 1st edition, Tehran: Mortazavi Publishing House.

زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ق). تاج العروس (جلد ۷). چاپ ۱، بیروت: دارالفکر.

Zubaydi, Muhammad bin Muhammad (1993). Taj al-Arous (Volume 7). 1st edition, Beirut: Dar al-Fikr.

سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الاساسیة (جلد ۳). چاپ

۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Saifi Mazandarani, Ali Akbar (2004). The Foundations of Active Jurisprudence in the Basic Jurisprudence (Volume 3). 1st edition, Qom: Islamic Publishing House affiliated with the Society of Teachers of the Qom Seminary.

سیوطی، عبدالرحمان بن ابی بکر (۱۴۲۹ق). الجامع الصغیر (جلد ۱). بیروت: دارالفکر للطباعة

والنشر والتوزیع.

Suyuti, Abd al-Rahman bin Abi Bakr (2008). Al-Jami' al-Saghir (Volume 1), Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing and Distribution.

صاحب، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (جلد ۷). چاپ ۱، بیروت: عالم الکتب.

Sahib, Ismail bin Ibad (1993). Al-Muhait fi'l-Lughah (Volume 7). 1st edition, Beirut: Aalem al-Kutb.

صادقی تهرانی، محمد (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن (جلد ۲۰). چاپ ۲، قم: فرهنگ

اسلامی.

Sadeghi Tehrani, Muhammad (1986). Al-Furqan in the Interpretation of the Qur'an with the Qur'an (Volume 20). 2nd edition, Qom: Farhang al-Islami.

طباطبایی، محمد حسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (جلدهای ۱۴ و ۱۶). چاپ ۵، قم:

دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Tabatabaei, Muhammad Husayn (1945). Al-Mizan in the Interpretation of the Qur'an (Volumes 14 and 16). 5th edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن (جلد ۷). چاپ ۳، تهران: ناصر

خسرو.

Tabarsi, Fadl ibn Hassan (1993). Majma' al-Bayan in the Interpretation of the Qur'an (Volume 7). 3rd edition, Tehran: Nasser Khosrow.

طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵ق). مجمع البحرین (جلدهای ۱ و ۶). چاپ ۳، تهران: نشر

مرتضوی.

Torehi, Fakhr al-Din ibn Muhammad (1996). Majma' al-Bahrain (Volumes 1 and 6) 3rd Edition, Tehran: Mortazavi Publishing.

عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۴). چاپ ۱،

قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

Aamili, Zayn al-Din ibn Ali (1992). Masalak al-Afham al-Tanqih Shari' al-Islam



- (Volume 4). 1st edition, Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyya Institute.  
عباسی، بیژن (۱۳۹۰). حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین. تهران: دادگستر.
- Abbasi, Bijan (2011). Human Rights and Fundamental Freedoms. Tehran: Dadgostar.  
عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی (جلد ۳). چاپ ۴، تهران: امیرکبیر.
- Amid Zanjani, Abbas Ali (2000). Political Jurisprudence (Volume 3). 4th edition, Tehran: Amir Kabir.  
کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۲). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- Kulayni, Muhammad ibn Yaqub (1986). Al-Kafi (Volume 2). 4th edition, Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiyya.  
محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۲). مباحثی از اصول فقه (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- Mohaqiq Damad, Mustafa (1983). Discussions of the Principles of Jurisprudence (Volume 1). 1st edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.  
مراغی، احمد (بی تا). تفسیر المراغی (جلد ۱۷). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Maraghi, Ahmad (NO). Tafsir al-Maraghi (Volume 17). 1st edition, Beirut: Dar al-Ihya'at al-Turat al-Arabi.  
مشکینی، علی (بی تا). مصطلحات الفقه. بی جا: بی نا.
- Meshkini, Ali (NO). Jurisprudence Terms. Bija: Bina.  
مصطفوی، حسن (۱۴۳۰ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (جلد ۷). چاپ ۳، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- Mustafawi, Hassan (2008). Investigation of the Words of the Holy Quran (Volume 7). 3rd edition, Beirut/Cairo/London: Dar al-Kutb al-Islamiyya.  
مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). مائتة قاعدة فقهية. چاپ ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- Mostafavi, Seyyed Mohammad Kazem (2000). Ma'at Qa'ida Fiqh. 4th edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers' Association.  
مطهری، مرتضی (۱۳۷۲). گفتارهای معنوی. تهران: صدرا.
- Motahari, Morteza (1993). Spiritual Speeches. Tehran: Sadra.  
معین، محمد (۱۳۸۸). فرهنگ فارسی. تهران: امیرکبیر.
- Moin, Mohammad (1999). Persian Dictionary. Tehran: Amir Kabir.  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۲). تفسیر نمونه. چاپ ۱، قم: دارالکتب الاسلامیه.
- Makarem Shirazi, Nasser (1993). Exemplary Interpretation. 1st edition, Qom: Dar al-Kuttab al-Islamiyya.  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۱ق). المثل فی تفسیر کتاب الله المنزل (جلد ۱۰). چاپ ۱، قم: مدرسه علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- Makarem Shirazi, Nasser (2000). Al-Mathil fi tafsir Kitab Allah al-Manzil (Volume



10). 1st edition, Qom: Madrasa Ali ibn Abi Talib (peace be upon him).  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۳). ترجمه قرآن. قم: دارالقرآن الکریم (دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی).

Makarem Shirazi, Nasser (1994). Translation of the Quran. Qom: Dar al-Quran al-Karim (Office of Islamic History and Education Studies).

موسی، حسین یوسف (۱۴۱۰ق). الافصاح فی اللغة (جلد ۱). چاپ ۴، قم: مکتبۃ الاعلام الاسلامی.

Musa, Hossein Yusuf (1989). Al-Afsah fi al-Laghah (Volume 1). 4th edition, Qom: Maktaba-e-Alam al-Islami.

## حکم فقهی نکاح غرری با تمرکز بر مبهم بودن «طرفین عقد» و «صفات آنان»

رضا الهامی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۰۴

مهرداد پوراسکندری\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

یکی از اسباب باطل شدن عقد بیع و دیگر معاوضات، «غرر» است. غرر به این معنی است که ابهام موجود در ارکان عقد سبب شود یکی از طرفین از دچار شدن به ضررهای قابل توجه مصون نباشد، اما نحوه تأثیرگذاری این قاعده بر عقد نکاح که معاوضه حقیقی شمرده نمی‌شود، یکی از مسائلی چالش‌برانگیز است؛ به‌خصوص در صورتی که وجود ابهام در «طرفین نکاح» یا «صفات آنان» باشد. برای مثال، هنگام عقد، اینکه زوج کیست، مجهول باشد یا اینکه سن زوج مبهم باشد و بدون تعیین عرفی، زن جوانی به عقد پیرمردی فرتوت درآید. در این صورت حکم چنین عقدهایی از حیث غرری بودن آن چیست؟ این مقاله درصدد است تا با روش تحلیلی و کتابخانه‌ای و بر اساس ادله فقهی و فتاوی فقیهان، حکم چنین عقدی را از حیث صحت و بطلان تعیین کند. مسئله‌ای که طبق جستار انجام‌شده، پیش از این پژوهشی درباره آن انجام نشده است و از خلأ علمی رنج می‌برد. بر اساس یافته‌های این تحقیق، قاعده نفی غرر در عقد نکاح نیز جاری است؛ به‌طوری‌که اگر در هنگام عقد، «طرفین نکاح» مبهم باشند، عقد باطل است، اما در صورتی که اوصاف آنان مبهم باشد، غالباً عقلاً صفت را مستقل از ذات تشخیص می‌دهند که قصد اصلی هریک از طرفین بر ذات طرف دیگر تعلق گرفته، از این‌رو منجر به صحت عقد شده است، اما گاه صفت مبهم در نگاه عرف آن‌قدر اهمیت بالایی دارد که عقلاً آن را جدا از ذات طرف دیگر نمی‌دانند. در این فرض، عقد نکاح بر اثر جریان قاعده نفی غرر باطل است.

### واژگان کلیدی

نکاح غرری، قاعده نفی غرر، بطلان عقد، فقه امامیه، صفات مبهم.

\* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).  
r.elhami@tabrizu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.  
m.poureskandari@tabrizu.ac.ir

**مقدمه**

یکی از اسباب بطلان معاملات «غرری بودن» آن‌هاست. به این معنی که اگر بر اثر ابهام موجود در عوضین، یکی از طرفین قرارداد از احتمال وقوع در ضرری قابل توجه در امان نباشد، چنین معامله‌ای بر اثر جریان قاعده نفی غرر باطل است. ریشه این قاعده نهی پیامبر از بیع غرری است که بسیاری از فقیهان بعد از الغای خصوصیت از بیع، آن را در اغلب معاوضات جاری دانسته‌اند، اما درباره عقد نکاح که حقیقتاً معاوضه نیست، دو بعد قابل بحث است. اول اینکه، نکاح غرری چگونه قابل تصور است؟ دوم اینکه قلمرو جریان قاعده نفی غرر نکاح را نیز دربرمی‌گیرد؟ در خصوص بعد اول باید گفت نکاح غرری سه فرض دارد که عبارت است از مجهول بودن «مهریه» یا «شرط ضمن عقد» یا «طرفین عقد». فرض سوم خود دو مصداق دارد که ناظر به مبهم بودن «اشخاص نکاح» یا «صفات آنان» است. برای مثال، اگر در مجلس عقد یا پیش از آن، دختر دقیقاً معین نشده باشد یا اینکه در حین اجرای عقد، مثلاً سن یا سلامتی یکی از طرفین که خود در مجلس عقد حضور ندارد، مبهم باشد که چه‌بسا طرف مقابل، پیری فرتوت یا فردی مبتلا به بیماری ایدز است که در این صورت، نکاح فواید خود اعم از بضع و توالد را از دست خواهد داد. حال جای این پرسش است که چنین عقدهایی در فقه امامیه چه حکمی دارند؟ به‌طورکلی، جایگاه قاعده نفی غرر در قبال عقد نکاح چیست؟ به عبارتی، پرسش اصلی پژوهش این است که حکم فقهی نکاح غرری در صورتی که یکی از طرفین عقد یا صفات او غرری باشد، از حیث صحت و بطلان چیست؟ برای پاسخ به این پرسش لازم است ابتدا به دو پرسش زیر پاسخ داده شود.

- حکم فقهی نکاح غرری در صورت غرری بودن طرفین عقد از حیث صحت و بطلان چیست؟

- حکم فقهی نکاح غرری در صورت غرری بودن صفات زوجین از حیث صحت و بطلان چیست؟

این پژوهش درصدد است تا با استناد به ادله نفی غرر و استنباط فقیهان، به مسئله یادشده و پرسش‌هایی از این دست پاسخ دهد.

ضرورت پاسخ به این پرسش‌ها هنگامی روشن می‌شود که یکی از زوجین بعد از عقد، بی‌آنکه تدلیسی در میان باشد، دریابد همسرش هنگام عقد، از نظر سنی فاصله

زیادی با وی داشته یا به بیماری‌های مزمنی مانند ایدز، سرطان و... مبتلا بوده که وی در هنگام عقد، هرگز چنین مقصودی نداشته است؛ به‌خصوصاً در فرض ابتلای زوجه که صرف عقد، موجب ثبوت نصف مهریه بر عهده زوج می‌شود.

ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی در زمینه تعیین زوجین می‌گوید «تعیین زن و شوهر به‌نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبیه نباشد، شرط صحت نکاح است». باین حال، برخی از فقیهان ادله ارائه‌شده برای اثبات این حکم را مخدوش دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۹). بدیهی است ثبوت جریان قاعده نفی غرر در این قبیل نکاح‌ها، تأثیر مستقیمی بر نظریه این دست از فقیهان خواهد داشت. افزون‌براین، برای اثبات ماده یادشده ادله‌ای غیر از قاعده نفی غرر اقامه شده درحالی که پژوهش حاضر درصدد امکان‌سنجی جریان قاعده نفی غرر در نکاح غرری است. همچنین، ماده یادشده نسبت به غرری بودن صفات اساسی طرفین نکاح ساکت است درحالی که این پژوهش به دنبال کشف حکم این فرع نیز است.

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی آورده است «اگر دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند...». برخلاف راه‌حل این ماده که ناظر به طلاق است، مقاله حاضر در پی امکان‌سنجی بطلان نکاح غرری از گذر جریان قاعده نفی غرر است که آثار آن با طلاق متفاوت است.

#### ۱. پیشینه پژوهش

پیش‌تر آثاری درباره نکاح غرری پدید آمده است از جمله مقاله «قاعده نفی غرر در نکاح در سخنان فقها و حقوق ایران» که در نشریه مطالعات جنسیت و خانواده، در پاییز و زمستان ۱۳۹۸، شماره ۱۳ به چاپ رسیده، اما نویسنده بیشتر به جریان قاعده نفی غرر در مهریه پرداخته و از جریان آن در طرفین عقد یا صفات آنان، به اشاره‌ای بسنده کرده است. در همین زمینه، مقاله «تحلیل و واکاوی قلمرو و آثار معاملات غرری در فقه اسلامی و حقوق ایران» تألیف و در تابستان ۱۳۹۷ در نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ۴، شماره ۲ چاپ شده است که محقق بی‌آنکه تتبع قابل قبولی در آثار فقیهان داشته باشد، تنها با مراجعه به شش اثر فقهی آن هم اغلب آثار متأخران بدون ارائه تحلیلی دقیق از ادله قاعده نفی غرر، قلمرو قاعده را به همه معاوضات تعمیم داده

و درعین حال، قائل به عدم جریان آن در عقد نکاح شده است. با وجود جست و جوی فراوان، اثری یافت نشد که با ارائه تحلیلی دقیق از ادله اثبات قاعده نفی غرر، جریان آن در طرفین عقد نکاح دائم یا اوصاف آنان را امکان‌سنجی کرده باشد.

## ۲. مفاهیم

### ۲-۱. مفهوم غرر

غرر در لغت به معنی «خطر» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۴۲۶؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۱۱؛ فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۴۴۵؛ راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۶۰۴) و خطر به معنی «مشرف بودن بر هلاکت و نابودی» است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۴۸؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۸۴؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۲۹۱). فروش «ماهیان آب»، «مرغان آسمان» و «غلام گریزیا» مثال‌هایی است که لغت‌دانان برای بیع غرری آورده‌اند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۶۸؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۸۱). برخی لغت‌دانان بیع غرری را خرید و فروش چیزی دانسته‌اند که ظاهری فریبنده و باطنی نامعلوم دارد (ابن اثیر، بی تا، ج ۳، ص ۳۵۵؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۲۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۳؛ دهخدا، واژه غرر).

درباره معنی اصطلاحی غرر، عبارات فقیهان متفاوت و گاه مبهم است. شاید ابن حمزه نخستین کسی است که غرر را تعریف کرده است. وی می‌نویسد «الغرر ما لایمکن ضبطه و تحصیله بالمقدار أو لایؤمن فیہ التلف قبل التسلیم» (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۴۵). از دیدگاه او غرر دو قسم است. قسم نخست ناظر به مواردی است که عوضین ضابطه‌مند و قابل اندازه‌گیری نیستند، هرچند قابل تسلیم باشند (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۴۵). قسم دوم ناظر به مواردی است که هرچند در هنگام عقد معین شده‌اند، تضمینی برای تسلیم آن‌ها وجود ندارد (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۴۵). غرر در کلام برخی دیگر به معنی «مُنطوی» یعنی چیز درهم‌پیچیده است (ابن سعید، ۱۴۰۵ق، ص ۲۵۵). به تعبیر برخی دیگر، معنی غرر «جهل داشتن به حصول [عوضین]» است (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۷). از دیدگاه برخی دیگر، غرر در فقه همان معنای لغوی است؛ یعنی عقدی که مشرف به هلاک باشد (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۸۸؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۴).

از مجموع گفته‌های لغت‌دانان و فقیهان و مقالاتی که در این زمینه نوشته شده است، می‌توان گفت «غرر هر معاوضه و شبه‌معاوضه‌ای است که در آن وجود یا حصول یا مقدار عوضین و شبه‌عوضین یا یکی از آن‌ها مجهول باشد» (الهامی و پوراسکندری، ۱۴۰۳، صص. ۴۱۹-۴۰۵).

## ۲-۲. مفهوم نکاح غرری

لغت‌دانان نکاح را گاه به معنی «بضع و جماع» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۶۳؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۸۲؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۱۳) و گاه به معنی «عقد ازدواج» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۷۵؛ راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۸۲۳) دانسته‌اند. از نگاه علامه مصطفوی، نکاح به معنی تعهد زوجین بر یک‌سری مقررات معهود بین آنان است که از لوازم آن، ثبوت حقوقی معین بر طرفین عقد است (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۱۲، ص ۲۳۵)، اما در اصطلاح فقیهان، نکاح، همسر گرفتن مرد یا زن است که به سبب عقد ازدواج همراه با شرایط آن، به نحو دائم یا موقت تحقق می‌یابد (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۳۶۳؛ مشکینی، ۱۳۹۲، ص ۵۴۶).

براین‌اساس، در نکاح برخلاف بیع، عوض و معوض حقیقی وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۰۷)، اما با توجه به تعریف اصطلاحی غرر، یکی از مصادیق نکاح غرری می‌تواند موردی باشد که زوج یا زوجه به سبب جهلی که نسبت به طرف دیگر یا اوصاف وی دارد، از دچار شدن به ضرر معتنا به ایمن نباشد.

## ۳. مستندات قاعده نفی غرر و قلمرو آن

قاعده نفی غرر ریشه در نهی پیامبر از بیع غرری دارد که در آثار روایی شیعه و سنی با عبارات و اسناد مختلف نقل شده است (طایی، ۱۴۰۶ق، ص ۸۴؛ ابن حیون، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۱؛ صدوق (شیخ)، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۴۶؛ مسلم، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۱۵۳؛ ترمذی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۵۲۴؛ دارقطنی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۴۰۳؛ ابن حنبل، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۵۰۰). این روایت به‌اندازه‌ای در منابع تکرار و بدان استناد شده است که اصحاب آن را دارای شهرتی عظیم و اجماعی قطعی و ضروری دانسته و با نفی شک از حجیت آن، حدیث نفی غرر را قوی‌تر از حتی اخبار صحیح‌السند برشمرده‌اند (نراقی،

۱۳۷۵، ص. ۸۴).

با همه اختلافی که این روایات در اسناد و عبارات دارند، در یک چیز یعنی «مقید شدن نهی به بیع» مشترک هستند. باین حال، در برخی منابع، نهی پیامبر بی آنکه مقید به چیزی شود، به صورت مطلق نقل شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۳، صص. ۳۱۹ و ۳۳۰؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۷۷، ۳۵۸، ۳۵۹ و ۴۵۹؛ ابن ادریس، ۱۴۲۹ق، ص. ۴۴۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۵۸۶). این نقل مرسل و ممکن است ناشی از احادیثی باشد که نزد قدما بوده، اما به دست ما نرسیده است یا ریشه در این دیدگاه داشته باشد که «بیع بودن» مورد هیچ موضوعیتی در نهی پیامبر ندارد. از این رو فقیهان نهی را در آثار متعدد خود، به صورت مطلق بیان کرده، مفاد آن را عملاً به همه معاملات تعمیم داده‌اند.

#### ۴. حکم فقهی نکاح غرری در صورت مجهول بودن زوجین

عقدی که در آن زوجه معین نشده باشد، بی اختلاف (انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص. ۹۲)، بلکه بالاتفاق باطل است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۹). معین بودن زوج نیز شرط صحت نکاح و مبهم بودن آن مبطل عقد است (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۹۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۹). فقهای کنونی نیز در این فتاوا با گذشتگان هم عقیده‌اند (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۴۵۳).

فقیهان برای اثبات این حکم، به چند دلیل تمسک کرده‌اند که نخستین آن اجماع است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۹)، اما این دلیل با توجه به مدرکی بودن آن مردود شناخته شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۲۰؛ سبجانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۹). دومین دلیل ناظر به این است که چون در عقد نکاح هریک از طرفین برای استمتاع، عیناً قصد شده است، معین بودن آنها در صحت نکاح شرط است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۱۰۶). این دلیل نیز با توجه به اینکه تعیین زوج یا زوجه بعد از وقوع عقد امکان‌پذیر است، بعید شمرده شده است (سبجانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۹)، بلکه تعیین زوجین موضوعی است که ناگزیر بعد از عقد حاصل خواهد شد (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۷۴). سومین دلیل، سیره عقلاست که بر تمایز طرفین نکاح مستقر شده است نه مبهم گذاشتن آنان (سبجانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص.



(۱۵۰). این دلیل نیز مخدوش است؛ زیرا حجیت سیره عقلا از باب تقریر معصوم است و امضای آن توسط امامان به این معنی نیست که تنها راه صحیح شرعی مقبول نزد آنان تعیین طرفین نکاح بوده است. از این رو خود مستدل با اینکه سیره عقلا را باور دارد، در ماجرای عقد حضرت موسی و یکی از دختران شعیب، می‌نویسد «اگر ظهور آیه در [مبهم گذاشتن زوجه و] کافی بودن تعیین بعد از عقد منع شود، ناگزیر باید قول دیگر [یعنی لزوم تعیین] را پذیرفت؛ چراکه سیره عقلا بر تعیین مستقر شده است نه ابهام» (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۵۰)؛ یعنی استقرار سیره بر تعیین زوجه، نافی صحت عقد مبهم تحت شرایطی خاص نیست. گواه این موضوع روایت ابو عبیده است که می‌گوید «از امام باقر درباره مردی پرسیدم که یکی از سه دخترش را در قبال مهر معلوم به عقد مردی درآورده و زوجه را نه برای زوج و نه برای شهود معین نکرده است. سپس زوج با پدر دختران در اینکه مورد نکاح دختر بزرگ‌تر بوده است یا دختر کوچک‌تر، اختلاف می‌کنند. امام باقر فرمود اگر زوج همه دختران را [قبلاً] دیده و هیچ‌کدام را [هنگام عقد] اسم نبرده بود، پس سخن پدر مقدم است و باید بینه و بین‌الله، دختری را که واقعاً نیت داشته است، تسلیم زوج کند و اگر زوج [قبلاً] همه دختران را ندیده، هیچ‌یک را هنگام عقد اسم نبرده بود، نکاح باطل است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۱۲؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص. ۴۲۲-۴۲۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۷، ص. ۳۹۳). این روایت غیر از اینکه توسط مشایخ ثلاثه نقل شده است، عالمان شیعه به صحت سند آن تصریح کرده‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص. ۲۷۸؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰، ص. ۱۶۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص. ۱۷۹؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۵۵۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۷). در مقابل، برخی مدعی اعراض مشهور از روایت هستند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۵۶)، اما بررسی‌ها نشان می‌دهد پیش از محقق کرکی غیر از ابن ادریس که اساساً خبر واحد را حجت نمی‌داند و ابن متوج بحرانی کسی از روایت اعراض نکرده است (شبییری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص. ۳۵۴۴)، اما وجه تأیید آن است که از دیدگاه عقلا، تعیینی معتبر است که صریح و غیرقابل تفسیر باشد نه آنکه چون زوج همه دختران را دیده و ولی در دل یکی را در نیت داشته، مورد نکاح همان باشد. عقلا چنین تعیینی را کافی نمی‌دانند که اگر کافی

می‌دانستند، حکایت روایت به نزاع ختم نمی‌شد. از این رو سیره عقلا بر لزوم تعیین زوجین پا گرفته است، اما اینکه موارد مقبول نکاح در شرع تنها همان‌هایی باشد که سیره عقلا حکم می‌کند، سخنی ناصواب است.

دلیل **چهارم** که ناظر به مسئله پژوهش است، غرری بودن نکاح در فرض عدم تعیین زوجین هنگام عقد است. فقیهان چنین نکاحی را مستلزم «ضرر» و «غرر» دانسته که هر دو با ادله قطعی نفی شده‌اند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص. ۲۵). عبارت بعدی مستدل، «المنفیین بالادلة القطعیة»، نشان می‌دهد مصنف غرر را در معنی ضرر به کار نبرده است. مکارم شیرازی نیز در وجه باطل بودن چنین عقدهایی، بعد از الغای خصوصیت از نهی پیامبر از بیع غرری، مسئله را از مصادیق قراردادهای غرری و باطل دانسته است (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۲۰)؛ هرچند برخی در مقابل، منهی بودن غرر در ابوابی غیر از بیع و معاوضات را فاقد دلیل می‌دانند (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۷۴).

حاصل اینکه مشهور فقیهان در شرط بودن تعیین زوجین در عقد نکاح و در نتیجه، باطل بودن عقد در صورت عدم تعیین، به چهار دلیل تمسک کرده‌اند که سه مورد «اجماع»، «قصد استمتاع» و «بنای عقلا» به ترتیب به علت «مدرکی بودن»، «امکان تعیین طرفین بعد از عقد» و «امکان تصحیح نکاح مبهم تحت شرایطی بر اساس روایات» مردود شناخته شده است. از این رو دلیل چهارم، غرری بودن عقد مبهم، در صورت تمام بودن آن می‌تواند تنها دلیل بر بطلان عقد باشد.

#### ۵. حکم فقهی نکاح غرری با تمرکز بر مجهول بودن صفات زوجین

فقیهان در مواجهه با نکاح غرری قسم دوم دو دسته شده‌اند؛ اغلب فقها قاعده نفی غرر را در این دست از عقدها جاری ندانسته‌اند. سید یزدی و برخی دیگر از فقیهان با تصریح بر عدم شرطیت علم هریک از زوجین به اوصاف دیگری، می‌نویسند «بعد از تعیین شخص، جهل داشتن به اوصاف او مضر نیست. لذا قاعده نفی غرر در آن جاری نمی‌شود» (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۶۰۸). در عین حال، عبارات دسته‌ای از فقیهان حاکی از گرایش آنان به جریان قاعده نفی غرر در فرض یادشده است.

فقیهان **دسته نخست** برای اثبات ادعای خود چهار دلیل بیان کرده‌اند؛ «اصل»، «اطلاق»، «اتفاق» و «سیره» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص. ۲۳۲). مراد از «اصل» این

است که هرگاه در صحیح بودن نکاح شک کردیم، در شرط علم داشتن هریک از طرفین به اوصاف طرف دیگر، اصل بر عدم شرط بودن آن است (اشتهدادی، ۱۴۱۷ق، ج ۳۰، ص. ۹۷). مراد از «اطلاق» نیز آن است که الفاظ ادله «لزوم وفای به عقود» مقید به چیزی نشده است. از این رو اگر تردید شود که آیا مقصود متکلم معنای مطلق بوده یا مقید، اصل اطلاق است؛ یعنی اگر مراد گوینده معنای مقید بود، باید اعلام می‌کرد و چون اعلام نکرده است، عقلاً به احتمال وجود قید اعتنا نمی‌کنند (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۱۹۴). همچنین، فقیهان بی‌اشکال و اختلاف بر این اجماع دارند که در صحت عقد نکاح، علم داشتن هریک از طرفین عقد به اوصاف طرف دیگر شرط نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۷۰). آنان قائل‌اند بالاتر از اجماع، سیره نیز بر مدعا قائم شده است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۴۰۴؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۷۰؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۱، ص. ۶۰؛ گرامی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۶۵۵). دلیل اخیر که بیش از ادله دیگر مورد توجه فقیهان قرار گرفته است، نیازمند سه شرط اساسی است؛ «قطعاً بودن سیره»، «اتصال آن به زمان امامان» و «عدم ردع آن از سوی ائمه» و از دیدگاه اینان، همه این شروط محقق شده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۷۰).

در مقابل، منشأ تشکیک فقیهان دسته دوم، عمدتاً ناظر به تعمیم این حکم به اوصافی است که جهل به آن‌ها «کثیر» یا «غیرمتعارف» باشد. از نگاه آنان، چنین اوصافی محل صحت عقد نکاح هستند. فاضل هندی بر این باور است که اگر زوج همه دختران زید را دیده و تعیین زوجه را به وی تفویض کرده باشد، عقد صحیح خواهد بود؛ برخلاف صورتی که آنان را رؤیت نکرده و «جهالت کثیر» باشد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۵۱). این عبارت بدین معناست که از دیدگاه وی، چنین عقدی در صورت کثرت جهالت اشکال دارد. آیت‌الله مرعشی نجفی نیز بعد از تصریح بر اینکه علم زوجین به اوصاف همدیگر در صحت عقد شرط نیست، می‌نویسد «اما حکم به صحت عقد در صورت کثرت جهالت خالی از اشکال نیست» (مرعشی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۲۲۳). همچنین، آیت‌الله مکارم شیرازی با «اولی» دانستن علم به صفات زوجین به‌منظور پیشگیری از نزاع و طلاق می‌نویسد «احتیاط درباره اوصافی که نکاح در بین عقلاً بدون علم به آن متعارف نیست، نباید ترک شود مانند اینکه زوجه جوان است یا پیرزنی

فرتوت» (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۸۳۹). تحلیل این نظریه‌ها نشان می‌دهد وجه باطل بودن عقد از دیدگاه این فقیهان، جریان قاعده نفی غرر در فرض مسئله بوده است؛ زیرا در فقه، مفهوم «جهالت» و «غرر» همواره دوشادوش هم به کار رفته‌اند و عامل اصلی بطلان عقود غرری جهالت بوده است. افزون‌براین، برداشت برخی پژوهشگران از عبارات فاضل هندی نیز همین بوده است (بحرانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۴۴۸). از سوی دیگر، عبارات مرعشی و مکارم ناظر به فتوای سید یزدی است که منکر جریان قاعده نفی غرر در عقد نکاح است. این تقابل می‌تواند به معنای آن باشد که اینان برخلاف سید یزدی و دیگران، قائل به جریان قاعده نفی غرر در عقد نکاح هستند (یزدی، ۱۳۸۸، ج ۱۵، ص. ۴۴۷)؛ به‌خصوص آیت‌الله مکارم شیرازی که در جای‌جای آثار خود به الغای خصوصیت از بیع در قاعده نفی غرر و جریان آن در عقد نکاح تصریح کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۴۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۲۹).

حاصل اینکه، فقیهان در اینکه قاعده نفی غرر در اوصاف طرفین نکاح جاری است یا نه، دو دسته‌اند؛ اغلب فقیهان با توجه به اصل، اطلاق، اجماع و سیره قطعی قاعده نفی غرر را در اوصاف زوجین جاری ندانسته‌اند. در مقابل، برخی فقیهان هرچند در مجهول بودن اوصاف معمولی مشهور را همراهی کرده‌اند، «جهل کثیر» به صفات را منحل صحت عقد نکاح دانسته‌اند.

## ۶. دیدگاه برگزیده

با توجه به جستار انجام‌شده در آثار فقیهان، به نظر می‌رسد قول مشهور موافق با اصل و اطلاق است، اما قرائنی برای تأیید قول فقیهان دسته دوم وجود دارد که از این بین می‌توان به «تنوع استدلال آنان به قاعده نفی غرر در ابواب مختلف فقهی»، «روایات باب خواستگاری» و «تابعیت عقود از قصود» اشاره کرد.

### ۶-۱. استنادات فقیهان به قاعده نفی غرر

معمولاً وقتی از قاعده نفی غرر سخن گفته می‌شود، در آغاز بیع غرری به ذهن می‌آید درحالی‌که فقیهان با استناد به قاعده نفی غرر، به بطلان انواع معاملات فتوا داده‌اند.

هرچند معقد اجماع و قدر متیقن دلالت روایت نفی غرر، بطلان بیع‌های غرری است، فقیهان قاعده نفی غرر را عملاً هر جا که مناسبتی داشته است، اجرا کرده‌اند. عقدهای لازم، عقود جایز و حتی ابوابی که از عداد عقود خارج‌اند، در سیره فقیهان مجرای قاعده بوده‌اند.

در باب عقود لازم، شیخ طوسی، ابن ادریس و طبرسی ضمان مجهول (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۳، ص. ۳۱۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۷۶؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۵۸۶) و ابن ادریس صلح غرری را با استناد به حدیث نفی غرر ابطال کرده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۲۹ق، ص. ۴۴۱). محقق حلی معلوم بودن اجرت با کیل و وزن را شرط (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، صص. ۱۴۱ و ۱۴۵) و علامه حلی معلوم بودن منفعت در اجاره را از باب نفی غرر واجب دانسته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۸۵). شهید اول وجه کافی بودن مشاهده در تعیین عین مستأجر را انتفای غرر توسط مشاهده عنوان کرده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۳۱۲). علامه حلی با همین استدلال، معلوم بودن عین در جعاله (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۱۹۹) و تعیین اجل در کفالت و ضمان را لازم دانسته است (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص. ۳۸۹). برخی فقهای معاصر یکی از وجوه بطلان نکاح در صورت عدم تعیین زوجة را غرری بودن آن دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۲۰).

بسیاری از فقیهان دامنه قاعده را حتی به عقود جایز تعمیم داده‌اند. از جمله اسدی حلی به پیروی از شیخ طوسی، مضاربه غرری (اسدی حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۵۵۹) و ابن زهره شرکت وجوه را با تمسک به نفی غرر باطل دانسته‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۳). سیوری نیز یکی از جهات بطلان شرکت مفاوضه را نفی غرر عنوان کرده است (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۲۱۰). ابن براج و نیز علامه حلی در یکی از اقوال خود، وکالت غرری را فاسد دانسته‌اند (ابن براج، ۱۴۱۱ق، ص. ۸۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۵۵). حتی علامه که در آثار دیگرش وکالت مجهول را صحیح دانسته، در بیان وجه صحت، جریان نفی غرر در وکالت را نفی نکرده است (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص. ۵۳).

برخی فقیهان فراتر رفته، پای قاعده را به دیگر مناسبات فقهی باز کرده‌اند. برای

مثال، فخرالمحققین در تبیین اشکال علامه بر قصاص مژه، پلک، موی سر و ریش، قصاص جنایات غیرقابل ضبط را از باب نفی غرر ناممکن می‌داند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۶۴۴) که این استدلال ریشه در عبارات علامه در شروط قصاص دارد (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۵۰۸). از همین نکته استفاده می‌شود که فقیهان در اجرای قاعده نفی غرر، به احتفاظ ارزش و جنبه مالی معاوضات توجهی نداشته‌اند. بنابراین، جریان قاعده در نکاح با این استدلال که جنبه مالی در عقد نکاح ملحوظ نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۷۰)، با اجرای قاعده در باب قصاص در تنافی است.

حاصل اینکه از مجموع فتاوی فوق می‌توان مطمئن شد برخلاف کسانی که اجرای قاعده را مختص باب بیع (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۴۰۴) یا معاوضات مالی می‌دانند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص. ۲۳۲؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۷۴)، فقها قاعده نفی غرر را در مواردی که جهل افراد موجب ضررهای اغماض ناپذیر به آنان شود، جاری می‌دانند. حال فرقی نمی‌کند معاوضه باشد یا نه، جایز باشد یا لازم و موجب خسارت مالی باشد یا جانی. بنابراین، مقتضی برای جریان قاعده نفی غرر در طرفین عقد نکاح موجود است.

## ۶-۲. تنزیل نکاح به منزله بیع در روایات

بی‌تردید، نکاح عقدی کاملاً مستقل است و احکام خاص خود را دارد. با این حال، طبق برخی روایات، عقد نکاح نازل منزله بیع معرفی شده است و از این رو، امکان جریان قاعده نفی غرر در نکاح نیز بسان بیع وجود دارد. این تنزیل مانند خبر «الطواف بالبيت صلاة» است که «طواف» را در دایره شمولی «صلاة» قرار داده است. بر همین اساس، فقیهان برخی از احکام نماز از قبیل لزوم طهارت را به طواف نیز تعمیم داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۲، ص. ۳۲۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص. ۷۴).

**نخستین** روایت، منسوب به امیرالمؤمنین است که درباره جایز بودن نگاه خواستگار به زن فرمودند «لَا بَأْسَ إِنَّمَا هُوَ مُسْتَأْمٌ...» (حمیری، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۵۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۷، ص. ۴۳۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۸۹). سند روایت صحیح است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، صص. ۱۲ و ۱۴؛ مشکینی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۲۰۳) و وجه

دلالت آن بر مدعی، اطلاق «مستام» بر مرد است که از ریشه «سوم» (تعیین قیمت کردن) به معنی «خریدار» است (ترحینی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۱۳۰).

در روایت دوم که مضمونش را محمّدون ثلاث با اسناد جداگانه نقل کرده‌اند، صادقین (علیهم‌السلام) در همین زمینه فرموده‌اند «نعم، إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۶۵؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۱۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۷، ص. ۴۳۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۸۹). این حدیث گذشته از اسناد متعدد آن، صحیح‌السند است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص. ۱۲؛ شوشتری، ۱۳۶۴، ج ۸، ص. ۳۰۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص. ۴۳؛ مشکینی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۲۰۲؛ ترحینی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۱۲۹) و استعمال لفظ «اشتری»، «بای مقابله» و «اعلی الثمن» که از الفاظ بیع است، درباره عقد نکاح، نشان می‌دهد اجمالاً نکاح به منزله بیع است.

روایت سوم نیز در پاسخ به همین پرسش می‌گوید «نعمَ فَلَمْ يُعْطِ مَالَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۸۸). برخلاف کسانی که این روایت را صحیح دانسته‌اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۵۱)، مرسل و فاقد اعتبار است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص. ۱۶؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۴). باین حال، مضمون آن گواهی بر مدعاست؛ زیرا هرچند نکاح حقیقتاً بیع نیست، غرض مردان از اعطای مهر بالا آن است که زنی صالح و با کمالات ظاهری و باطنی نصیبشان شود (مکارم، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۳۳).

روایت چهارم که در کتاب *الاشعثیات* یا همان *الجعفریات* از پیامبر اکرم چنین نقل شده است «إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَتَزَوَّجَ فَلَا بَأْسَ أَنْ يُوَلِّجَ بَصْرَهُ فَإِنَّمَا هُوَ مُشْتَرٍ» (ابن اشعث، بی تا، ص. ۹۳). برخی قائل‌اند «مؤلف *الاشعثیات* ثقه و کتاب اصلی‌اش معتبر بوده، اما انتساب کتابی که در زمان ما به این اسم معروف است، به وی ثابت نیست» (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۱، ص. ۲۷۵؛ منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۳۷۳) و «اسناد آن اعتبار ندارد» (شبیری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۱۰۰) یا برخی قائل‌اند «روایت *جعفریات* نوعاً برخلاف اصول حدیثی شیعه هستند» (شبیری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، ص. ۳۷۶۱) یا برخلاف کتاب‌های چهارگانه که در مورد آن‌ها نسخه‌برداری دقیق و مقابله‌های متعدد صورت گرفته است،

کتاب *اشعثیات* نسخه‌های نادری داشته که به دست افراد معدودی افتاده است. از این رو در *اشعثیات* اشتباه زیاد وجود دارد (شیری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۵۴۱۲). در خصوص روایت بالا، هیچ‌یک از اشکالات وارد نیست؛ زیرا این روایت در کتاب *دعائم‌الاسلام* و *النوادر* نیز نقل شده است (ابن‌حیون، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۰۱؛ راوندی، بی‌تا، ص ۱۳) که نشان می‌دهد اولاً، روایت در نسخه اصلی کتاب موجود بوده است. ثانیاً، نسخه‌برداری‌های متعددی از آن صورت گرفته است. همچنین، مضمون آن در منابع دیگر امامیه نیز نقل شده است. از این رو برخلاف اصول حدیثی شیعه نیست. بنابراین، سند روایت فاقد اشکال است و مانند روایات قبلی، «مرد» و «نکاح» را نازل منزله «مشتری» و «بیع» قرار داده است.

حاصل اینکه، نکاح عقد کاملاً مستقلی است، اما طبق روایات فوق، نازل منزله بیع معرفی شده است. از این رو، امکان جریان قاعده نفی غرر در نکاح نیز بسان بیع وجود دارد. رویکرد فقیهان نیز منبعث از همین برداشت بوده است؛ زیرا آنان با عدول از نگاه صرفاً تعددی به روایات، برداشت‌هایی مطابق با آنچه نکاح نازل منزله بیع باشد، ارائه کرده‌اند که به چهار مورد اشاره می‌شود.

**اول** اینکه، فقیهان بر این باور بوده‌اند که تشریح این حکم درباره نکاح نیز مانند بیع، به‌منظور دفع غرر بوده است. شهید ثانی با استناد به همین روایات می‌نویسد «نگاه مرد به صورت زنی که قصد ازدواجش را دارد، جایز، بلکه مستحب است تا غرر دفع شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۹۷). صاحب‌جواهر، شیخ‌انصاری و محقق‌خویی نیز در این برداشت با وی همراه‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۶۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص ۴۱؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۱۵). همین باعث شده تا برخی با این استدلال که «خطر حاصل از جهالت در نکاح به مراتب بیشتر از خطر جهالت در بیع است»، جریان قاعده نفی غرر در نکاح را سزاوارتر از دیگر معاوضات بدانند (گرامی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۶۵۵).

**دومین** حکم ناظر به جایز بودن نگاه زن به بدن مردی است که قصد ازدواج با وی را دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۴۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۷۴). شیخ‌انصاری با دفاع قاطع از این فتوا، نظر مخالف را



ناشی از بی‌دقتی در مفاد تعلیل دانسته است و می‌نویسد «اگر نگاه مرد به زن به‌منظور جلوگیری از تزییع اموال و مهریه تشریح شده است، پس نگاه زن به مرد نیز برای جلوگیری از تباه شدن بضع او جایز است؛ خصوصاً اینکه مرد بعد از عقد چاره‌ای چون طلاق دارد برخلاف زن که راه دیگری ندارد» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص. ۴۲). وی می‌افزاید «به‌طورکلی، همان‌گونه که روایات بر جایز بودن نگاه مرد به زن با توجه به اغلی‌الثمن بودن او دلالت می‌کند، استفاده می‌شود زن نیز که خودش و بضعش را در معرض بیع قرار می‌دهد، اغلی‌الثمن است» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص. ۴۳). برخی دیگر مسئله را ناشی از قیاس و باطل دانسته‌اند، اما اصل استدلال و امکان اجرای قاعده نفی غرر در نکاح را انکار نکرده‌اند (اراکی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۸).

سوم اینکه، برخی فقیهان این حکم بیع را که بعد از حصول تراضی بین متعاملان و قبل از اجرای عقد، مبیعه جدید کالا با افراد دیگر، منهی‌عنه (صدوق) (شیخ، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۱۶) و حرام دانسته شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۶۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳۵)، به نکاح نیز تعمیم داده‌اند؛ یعنی اگر بعد از حصول تراضی بین طرفین نکاح و پیش از اجرای عقد، مرد دیگری زن را به عقد خود درآورد، چنین عقدی حرام دانسته شده است. برای اثبات این حکم به چند دلیل از جمله «تنزیل نکاح در روایات به‌منزله بیع» تمسک شده است؛ با این توضیح که چون نکاح نوعی بیع است و ورود در معامله دیگران جایز نیست، پس ورود در خطبه دیگران نیز جایز نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص. ۱۲۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۲۸۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص. ۱۴۸؛ شبیری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۸، ص. ۵۹۱۴). اگرچه این سخن از اساس مخدوش و رأی مشهور، بر کراهت ورود در بیع دیگران تعلق گرفته است، استناد فقیهان برای اثبات مدعی به روایات یادشده، حاکی از تمایل آنان به اشتراک حکمی بیع و نکاح است.

**چهارم** اینکه، از دیدگاه برخی از فقیهان، یکی از ادله وجوب وقوع ایجاب از ناحیه زوجه، تنزیل نکاح به‌منزله بیع است (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۸۳۰؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۶۲؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۲۱). آیت‌الله فاضل لنکرانی می‌نویسد «لازمه تعبیر به اینکه "إنما یشتريها بأغلی‌الثمن"، مشتری بودن زوج و بایع بودن زوجه است و

[در بیع] انشای ایجاب در انحصار بایع است. به علاوه اینکه مقصود اصلی در نکاح، بضع است و مهر عوض آن محسوب می‌شود. پس محور اصلی عقد نکاح زوجه است. لذا لزوم تقدیم ایجاب از طرف زوجه اگر اقوی نباشد، مقتضای احتیاط است» (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۶۲). همچنین، آیت‌الله سبحانی می‌نویسد «مشهور این است که در عقد نکاح ایجاب را زوجه و قبول را زوج انشا می‌کند؛ زیرا نکاح شبیه بیع است و گویی زن بضع خود را در قبال صدق تسلیم می‌کند و بدین جهت، زوجه موجب و زوج مشتری قابل می‌شود» (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۲۱). این فقیهان حکم فوق را نقد و با استناد به ادله دیگر مردود دانسته‌اند، اما اصل استدلال حاکی از تمایل برخی فقیهان به تسری احکام بیع به نکاح است.

حاصل اینکه، هرچند نکاح حقیقتاً بیع نیست، در لسان روایات در حکم بیع است. روایات یادشده نکاح را به دلالت مطابقی بیع عنوان نکرده‌اند، اما همین که نکاح و ارکان آن را با الفاظ اختصاصی بیع مانند «اشترا»، «مستام»، «مشتری»، «ثمن» و... عنوان کرده‌اند، می‌توان نکاح را از باب حکومت، بیع دانست و احکام متناظر را که بیشتر ناظر به «قرار گرفتن زنی صالح و با کمالات در قبال اعطای مهریه بالا» و «دچار شدن به غرر در غیر این صورت» است، در نکاح نیز جاری دانست.

### ۳-۶. تبعیت عقود از قصود

دلیل دیگری که نظریه دوم (باطل بودن نکاح غرری) را تأیید، بلکه تثبیت می‌کند، جریان قاعده «تبعیت عقود از قصود» در مسئله است. به تعبیر دیگر، آثار عقد وقتی بر آن مترتب می‌شود که معنی عقد، مقصود متکلم و انشاکننده باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص. ۱۳۶-۱۳۵). به عبارتی، آنچه در خارج از حیث نوع، کمیت، کیفیت، شرایط و دیگر خصوصیات عقد محقق می‌شود، تابع قصد است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۳۷۰). تأثیر این قاعده بر عقد نکاح در دو مجال است. نخست اینکه، زوجین غیرمقصود هم باشند و دوم اینکه طرفین نکاح واجد صفات غیرمقصود باشند.

در مجال نخست، بی‌تردید عقد باطل است (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۵۴). برای مثال، وقتی هنگام عقد، زید هند را به‌عنوان زوجه قصد کرده، اما عقد بر فرد دیگری جاری شده است، عقد تابع قصد عاقد نبوده، بی‌تردید باطل است. این دلیل در عبارات

فقیهان با رنگ و لعاب دیگری نیز طرح شده است. مثلاً گفته‌اند: «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع»، اما این وجه دلیل مستقلی نیست و از متفرعات و لوازم قاعده تبعیت عقود از قصود شمرده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۳۷۰) یا اینکه در وجه باطل بودن عقد در فرض مزبور، گاه به «عدم تطابق» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص. ۲۲۷؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۳۹۳) و «عدم ربط و ارتباط» بین ایجاب و قبول (اشتهدادی، ۱۴۱۷ق، ج ۳۰، ص. ۸۹) استدلال کرده و گاه گفته‌اند «از آنجاکه متعلق ایجاب غیر از متعلق قبول است، بین ایجاب و قبول تطابق وجود ندارد. در نتیجه، التزام موجب، به التزام قابل منضم نشده است. پس بین طرفین عقد معاهده‌ای تحقق نیافته، عقد باطل است» (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۶۲). بدیهی است این «عدم تطابق»، «عدم ربط» و «عدم انضمام التزام موجب و قابل» ناشی از قصدهای متفاوت موجب و قابل است که متفرع بر قاعده تابعیت عقود از قصود هستند.

اما در مجال دوم (مغایرت داشتن صفات هریک از طرفین با مقصود طرف دیگر)، عقد نکاح محکوم به صحت است؛ زیرا در این دست از عقدها، عاقد قاصد دو قصد دارد که یکی ناظر به «اصل عقد» و دیگری ناظر به «اوصاف معقود» است. از این رو در فرض مسئله برخلاف قصد تبعی، قصد اصلی محقق شده، عقد بی تردید صحیح است. از نگاه فقیهان، انحلال قصد متعاقدان به دو قصد اصلی و فرعی، اتفاق تازه‌ای نیست و در فروع دیگر مثل «تخلف شرط» و «تبیین غبن» در باب بیع نیز ثمرات مشابهی داشته است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۵۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، الف، ج ۵، ص. ۱۵۹). بنابراین، اگر یکی از دو طرف عقد با این تصور که طرف دیگر باسواد یا ثروتمند یا شاعر است، راضی به عقد شده باشد، ابتدائاً و اصالتاً نکاح و ثانیاً و تبعاً اوصاف یادشده را قصد کرده است. از این رو فقدان این صفات در نهایت، به ثبوت خیار فسخ منجر خواهد شد نه بطلان عقد که خود پژوهش مستقلی می‌طلبد. بلی؛ ممکن است فارغ از دقت‌های عقلی که در هر حال، بین ذات و صفات تمایز قائل است، نظر عرف درباره برخی صفات متفاوت باشد؛ زیرا هستند صفاتی که از نظر عرف جدا از معقود نیستند. برای مثال، پیش از عقد، توصیف زوج یا زوجه از حیث «جوان» یا «سالم» بودن مبهم گذاشته شده در حالی که وی «پیری فرتوت» یا «مبتلا به بیماری ایدز» است. قضاوت

عرف درباره چنین اوصافی این نیست که طرفین هنگام عقد دو قصد اصلی و تبعی داشته‌اند، بلکه در چنین مواردی عرفاً فقط یک قصد وجود دارد که عبارت است از ازدواج «با همتای خود» یا «فرد سالم». از این رو قاعده «العقود تابعة للقصد» یا لازمه مشهور آن «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» در این فرض نیز جاری و مستلزم باطل بودن عقد است.

حاصل اینکه، قاعده «تبعیت عقود از قصد» دوشادوش قاعده نفی غرر، باطل بودن نکاح غرری را تثبیت می‌کند؛ به طوری که اگر زوجین غیرمقصود هم باشند، به اقتضای این اصل، عقد نکاح باطل است. همچنین، اگر طرفین نکاح واجد صفات غیرمقصود باشند، از آنجاکه قصد اصلی به نفس عقد تعلق گرفته است، فقدان اوصاف خللی در صحت عقد ایجاد نمی‌کند مگر صفاتی که از نظر عرف به قدری مهم هستند که گویی قصد اصلی متعاقدان بوده‌اند. در این صورت نیز فقدان این صفات، مستلزم بطلان عقد است.

### نتیجه‌گیری

این تحقیق اثبات کرد بسیاری از فقیهان قاعده نفی غرر را در نکاح با تمسک به انحصار جریان آن در بیع یا معاوضات مالی جاری ندانسته‌اند، اما تحلیل و ارزیابی سخنان آنان نشان داد این نظریه محل نقد است؛ زیرا فقیهان با تمسک به قاعده نفی غرر افزون‌بر بیع، به بطلان دیگر معاملات لازم فتوا داده‌اند. برخی از آنان پای قاعده را به معاوضات جایز نیز باز کرده، حتی در ابوابی مانند قصاص، با اینکه معاوضی نیست، قاعده نفی غرر را اجرا کرده‌اند. افزون‌براین، روایاتی که درباره نکاح و ارکان آن، واژه‌های «اشترا»، «سوم»، «مستام»، «اغلی الثمن» و مانند آن را به کار برده است، می‌تواند دلیلی بر همسان بودن حکم بیع و نکاح از حیث جریان قاعده نفی غرر باشد. این تحقیق نشان داد قاعده نفی غرر در صورت مبهم بودن «هریک از زوجین» یا «اوصاف اساسی آنان» مبطل عقد نکاح است. بنابراین، اگر در هنگام اجرای عقد، زوج یا زوجه معین نشود یا طرفین عقد نسبت به اوصاف اساسی یکدیگر جهل کثیر داشته باشند، عقد نکاح بر اثر جریان قاعده نفی غرر باطل است. همچنین، قاعده «تبعیت عقود از قصد» مانند قاعده نفی غرر مستلزم تعیین «طرفین نکاح» و «صفات اساسی زوجین» و باطل بودن عقد در صورت مبهم بودن آنان در هر دو فرض است.

### کتابنامه

قرآن کریم.

ابن اثیر، مبارک (بی تا). *النهائة فى غريب الحديث والاثار* (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

Ibn Athir, Mobarak bin Mohammad, (no date), *Al-Nahaya fi Gharib el-Hadith va Alathar*, Vol.3, Ch.1, Qom: Ismailian.

ابن ادريس، محمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (جلد ۲). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Ibn Edris, Mohammad bin Mansour, (1989), *Al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*, vol.2, ch2, Qom: Islamic Propaganda Office.

ابن ادريس، محمد (۱۴۲۹ق). *اجوبة مسائل و رسائل فى مختلف فنون المعرفة*. چاپ ۱، قم: دليل ما.

Ibn Edris, Mohammad bin Mansour, (2008), *Ajwibat masayil va rasayil fi mokhtalaf funun almaerifati*, ch1, Qom: dalil ma.

ابن اشعث، محمد (بی تا). *الجعفریات (الاشعثیات)*. چاپ ۱، تهران: مکتبه النینوی الحدیثه.

Ibn Ashath, Mohammad, (no date), *Al-jafaryat (Ashathyat)*, ch2, Tehran: maktaba al-neynava al-haditha.

ابن براج، قاضی (۱۴۱۱ق). *جواهر الفقه؛ العقائد الجعفریة*. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Ibn Barraji, Qazi Abd al-Aziz, (1990), *Javaher al-Fiqh*, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

ابن حمزه، محمد (۱۴۰۸ق). *الوسيلة الى نيل الفضيلة*. چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

Ibn Hamzah, Mohammad bin Ali, (1987), *Al-Wasila ela Naile Al-Fazdilah*, Ch.1, Qom: Publications of Ayatollah Marashi Najafi Library.

ابن حنبل، احمد (۱۴۱۶ق). *المسند* (احمد محمد شاکر، محقق) (جلد ۵). چاپ ۱، قاهره: دارالحدیث.

Ibn Hanbal, Ahmad, (1995), *Musnad al-Imam Ahmad ibn Hanbal*, research: Ahmad Mohammad Shakir, vol.5, ch1, Cairo: Dar al-Hadith.

ابن حیون، نعمان (۱۳۸۵). *دعائم الاسلام و ذکر الحلال والحرام* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت.

Ibn Hayyun, Nu'man Ibn Mohammad, (1965), *Daaemo al-Isalam va zekr al-Halal va al-Haram va Al-Qadaya va Al-Ahkam*, Vol.2, Ch.2, Qom: Aal-Al-Bayt

Foundation.

ابن زهره، حمزه (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق.

Ibn Zohra, Halabi, (1996), *Ghoniyyah al-Nozoua ela ilmai al-Usul va al-Foroa*, Ch.1, Qom: Imam Sadiq Institute.

ابن سعید، یحیی (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرایع*. چاپ ۱، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.  
Ibn Saaid, Helli, (1984), *Al-Jamee Le al-Sharae*, Cha.1, Qom: Sayyid Al-Shohada Al-elmiya Foundation.

ابن عباد، صاحب (۱۴۱۴ق). *المحیط فی اللغة* (جلدهای ۲ و ۴). چاپ ۱، بیروت: عالم الكتاب.  
Ibn Abbad, Sahib, (1993), *al-Mohit fi al-Logha*, vol.2,4, ch.1, Beirut: Aalam al-Kitab.

ابن فارس، ابوالحسین (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة* (جلدهای ۴ و ۵). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Ibn Faris bin Zakariya, (1983), *Mujam al-Maqaeis al-Logha*, Vol.4,5, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

ابن منظور، محمد (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (جلد ۵). چاپ ۳، بیروت: دارالفکر.  
Ibn Manzour, Mohammad Bin Mokarram, (1993), *Lesan al-Arab*, Vol.5, Ch.3, Beirut: Dar al-Fekr Le al-tabaat va Al-Nashr va Al-Towzi'ah - Dar Sadir.

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۹ق). *کتاب النکاح*. چاپ ۱، قم: نورنگار.  
Araki, mohammad ali (1998), *ketab Al-nikah*, ch.1, Qom: noor negar.

اسدی حلی، احمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Asadi Helli, Jamal al-Din, (1986), *al-Mohazzab al-Barea fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi*, vol.2, ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

اشتهداردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة* (جلد ۳۰). چاپ ۱، تهران: دارالاسوة للطباعة والنشر.

Eshtehardi, Ali Panah, (1996), *Madarek Al-orwa*, Vol.30, Ch.1, Tehran: Dar Al-Oswa le al-tabaat va al-nashr.

الهامی، رضا؛ و پوراسکندری، مهرداد (۱۴۰۳). «تعریف فقهی غرر از دیدگاه فقیهان شیعه». *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۵۶، شماره ۲، صص. ۴۱۹-۴۰۵.

Elhami, Reza; Poureskandari, Mehrdad, (2024), *The jurisprudential definition of Gharar from the point of view of Shia jurists, Fiqh and Fundamentals of Islamic*

Law, 22, 405-419.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، الف). کتاب المکاسب (جلد ۵) چاپ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

Sheikh Ansari, Mortaza, (1994 A), Kitab al-Makaseb, vol.5, ch1, Qom: World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق، ب). کتاب النکاح. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

Sheikh Ansari, Mortaza, (1994B), Kitab al-Nikah, Ch.1, Qom: World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari.

بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (جلدهای ۳ و ۵). چاپ ۱، قم: نشر الهادی.  
Bojnourdi, Seyyed Hasan, (1998), Al-Qavaed al-Fiqhiyyah, Vol.3,5, Ch.1, Qom: Al-Hadi Publishing.

بحرانی، محمد سند (۱۴۲۹ق). سند العروۃ الوثقی؛ کتاب النکاح (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مکتبه فدک.

Bahrani, Mohammad Sanad, (2008), Sanad al-orwa al-Wothqa - Kitab al-Nikah, vol.1, ch.1, Qom: Fadak Library.

بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (جلد ۲۳). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Bahrani, Yousef, (1984), al-Hadaiq al-Nazerah fi ahakam al-etrah al-Tahira, Vol.23, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

ترحینی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة (جلد ۶). چاپ ۴، قم: دارالفقه للطباعة والنشر.

Tarhini, Seyyed Mohammad Hossein, (2006), al-Zobdah al-Fiqhiya fi Sharh al-Ruda al-Bahiya, Vol.6, Ch.4, Qom: Dar al-Fiqh le al-tabaat va al-nashr.

ترمذی، محمد (۱۳۹۵). سنن الترمذی (محمدفؤاد عبدالباقی و دیگران، محقق) (جلد ۳). چاپ ۲، مصر: شرکت مکتبه و مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

Tirmidhi, Mohammad bin Eisa, (2015), Sunan al-Tirmidhi, researched by Mohammad Fouad Abd al-Baqi and others, vol.3, ch2, Egypt: Mostafa Al-Babi Al-Halabi Library and Publishing Company.

جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، بیروت: دارالعلم للملایین.

Johari, Ismail bin Hammad, (1989), Sehad-Taj al-Logha va Sehad al-Arabiyyah, Vol.1,2, ch.1, Beirut: Dar al-elm le al-malaain.

- حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (جلد ۱۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت.  
Haeri, Seyyed Ali, (1997), Riyazd al-Masael, vol.11, ch1, Qom: Aal-Al-Bayt Institute.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلد ۲۰). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت.  
Horr Aamili, Mohammad Bin Hasan, (1988), Al-Wasael al-Shi'a, Vol.20, Ch.1, Qom: Aal-Al-Bayt Institute.
- حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- Hakim, Seyyed Mohsen, (1995), Mostamasak al-orwa al-Wothqa, Vol.14, Ch.1, Qom: Dar al-Tafsir Foundation
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). منتهی‌المطلب فی تحقیق‌المذهب (جلد ۱۳). چاپ ۱، مشهد: مجمع‌البحوث‌الاسلامیه.
- Allameh Helli, Hasan bin Yousuf, (1991), Montaha al-Matlab fi tahghigh-e al-mazdhab, Vol.13, Ch.1, Mashhad: Majma al-bohouth al-Islamiyya.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه‌الحلال والحرام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Allameh Helli, Hasan bin Yousuf, (1991), Qav'aed al-Ahkam fi Maarafah Al-Halal va Al-Haram, Vol.2, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره‌الفقهاء (جلدهای ۹، ۱۰، ۱۴ و ۱۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- Allameh Helli, Hasan bin Yousuf, (1993), Tazdkerat al-Foqaha, Vol.9,10,14,15, Ch.1, Qom: Aal-Al-Bait Institute.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام‌الشرعیة علی مذهب‌الامامیه (جلدهای ۳ و ۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام‌صادق.
- Allameh Helli, Hasan bin Yousuf, (1999), Tahrir al-Ahkam al-Sharia ala al-Mazdhab al-Imamia vol.3&5, Ch.1, Qom: Imam Sadiq Institute.
- حلی (محقق)، نجم‌الدین (۱۴۰۸ق). شرایع‌الاسلام فی مسائل‌الحلال والحرام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- Mohaghegh Helli, Najmoddin, (1987), Sharia al-Islam fi masael al-Halal va al-Haram, Vol.2, Ch.1, Qom: Ismailian.
- حمیری، عبدالله (۱۴۱۳ق). قرب‌الاسناد. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- Hemiari, Abdullah, (1992), Qorb al-Isnad, Ch1, Qom: Aal-Al-Bayt Institute.
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). جامع‌المدارک فی شرح مختصرالنافع (جلد ۴). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- Khansari, Seyyed Ahmad, (1984), Jami al-Madarek fi Sharh mokhtasar al-Nafi, vol.4, ch.2, Qom: Ismailian.



خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (محتسبی) (جلد ۲). چاپ ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Imam Khomeini, Seyyed Rouh Allah, (2003), Tozdih Al-Masael, vol.1,2, ch8, Qom: Islamic Propaganda Office.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، موسوعه الامام الخویی (جلدهای ۳۲، ۳۳ و ۴۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

Khoei, Seyyed abul al-Qasim, (1997), Al-Imam al-Khoei Encyclopedia, Vol.32,33, Ch.1, Qom: Foundation for Revival of Imam Al-Khoei's Works.

دارقطنی، ابوالحسن (۱۴۲۴ق). سنن الدارقطنی (شعیب الارنؤوط و دیگران، محقق) (جلد ۳). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه الرساله.

Darqotni, Abu al-Hasan, (2003), Sonan al-Darqotni, research: Shoaib al-Arnaut and others, Vol.3, Ch.1, Beirut: Al-resala Institute.

راغب، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. چاپ ۱، لبنان/سوریه: دارالعلم/الدار الشامیه.

Ragheb, Hosein bin Mohammad, (1991), Mofradat alfaz Al-Qur'an, Ch.1, Lebanon-Syria: Dar al-Alam - Al Dar al-Shamiya.

راوندی، فضل الله (بی تا). النوادر. چاپ ۱، قم: دارالکتاب.

Ravndi, fadzl Allah, (no date), al-navader, ch1, qom: dar-ketab.

روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام) (جلد ۲۱). چاپ ۱، قم: دارالکتاب.

Rouhani, Seyyed Sadiq, (1991), Fiqh al-Sadiq, Vol.21, Ch.1, Qom: Dar al-Kitab - School of Imam Sadiq.

سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیه الغراء (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Sobhani, Jafar, (1995), Nizam al-Nikah fi Al-Sharia al-Islami al-Gharra, Vol.1, Ch.1, Qom: Imam Sadiq Institute.

سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (جلد ۲۴). چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار.

Sabzevari, Seyyed Abd al-Aaala, (1992), Mohadzab al-Ahkam, Vol.24, Ch.4, Qom: Al-Manar.

سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق)، کفایة الاحکام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Sabzevari, Seyyed Abd al-Aaala, (1992), Mohadzab al-Ahkam, Vol.24, Ch.4, Qom: Al-Manar.

سیوری، مقداد (۱۴۰۴ق). التنقیح الرابع لمختصر الشرایع (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

- Suyuri, Meqdad, (1983), Al-Tanqih al-Ra'e Le mokhtasar al-Sharaie, Vol.2, Ch.1, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.
- شاهرودی، محمود (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- Shahroudi, Mahmoud, (2012), Farhang Fiqh motabegh ba mazhab Ahl al-Bayt, Vol.1, Ch.1, Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt.
- شیرازی، سیدموسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (جلدهای ۱، ۱۰، ۱۱، ۱۷ و ۱۸). چاپ ۱، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- Shobairi, Seyyed Mousa, (1998), Ketab Al-nikah, Vol10,18, Ch.1, Qom: Rai Pardaz. شوشتری، محمدتقی (۱۳۶۴). النجعة فی شرح اللمعة (جلد ۸). چاپ ۱، تهران: مکتبه الصدوق.
- Shoushtari, mohammadtaqi, (۱۹۸۵), al-nojaah fee sharh al-lomah, vol.2, ch.1, Tehran: maktaba al-sadouq.
- شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الارشاد (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Shahid avval, Mohammad Bin Makki, (1993), Ghaya al-Morad fi Sharh Nakat al-Irshad, Vol.2, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.
- شهید اول، محمدبن مکی (بی تا). القواعد والفوائد (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کتاب فروشی مفید.
- Shahid avval, Mohammad Bin Makki, (no data), Al-Qavaed and Al-Favaed, Vol.2, Ch.1, Qom: Mufid Bookstore.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (سیدمحمد موسوی، حاشیه) (جلد ۵). چاپ ۱، قم: کتاب فروشی داوری.
- Shahid Thani, Zain al-Din bin Ali, (1989), Al-Rowda al-Bahiyyah fi Sharh al-Loma'a al-Dameshqiyya, Kalantar margin, Vol.5, Ch.1, Qom: Davari Bookstore.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۷). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- Shahid Thani, Zain al-Din bin Ali, (1992), Masalek al-Afham ela tanghih Sharia al-Islam, Vol.7, Ch.1, Qom: Islamic Knowledge Foundation.
- صدوق (شیخ)، محمدبن علی (۱۳۷۸). عیون اخبار الرضا (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: نشر جهان.
- Sheikh Sadouq, Mohammad Bin Ali, (1958), Oyoun Akhbar al-Reza, Vol.2, Ch.1, Tehran: Nashr jahan.
- صدوق (شیخ)، محمدبن علی (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (جلدهای ۳ و ۴). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Sheikh Sadouq, Mohammad Bin Ali, (1992), Man la yahzarho Al-Faqih, Vol.3,4,

Ch2, Qom: Islamic Propaganda Office.

طایی، احمد بن عامر (۱۴۰۶ق). *صحیفه الامام الرضا*. چاپ ۱، مشهد: کنگره جهانی امام رضا. Ta'i, Ahmad bin Amer, (1985), *Sahifa al-Imam al-Reza*, Ch.1, Mashhad: Imam Reza World Congress.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). *المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف* (جلد ۱). چاپ ۱، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

Tabarsi, Fazdl bin Hasan, (1989), *Al-Mu'talaf Men al-Makhtalaf bain aemma al-Salaf*, Vol.1, Ch.1, Mashhad: *Majma Al-bohoath al-Islami*.

طرقی، زینب؛ و دادمرزی، سید مهدی (۱۳۹۸). «قاعده نفی غرر در نکاح در سخنان فقها و حقوق ایران». *نشریه مطالعات جنسیت و خانواده*، ۱۳، صص. ۱۰۱-۱۲۳.

Toroghi, Zainab; Dadmarzi, Seyyed Mahdi, (2018), *The rule of negation of gharar in marriage in the words of Iranian jurists and laws*, *Gender and Family Studies*, 13, 101-123.

طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین* (جلد ۳). چاپ ۳، تهران: کتابفروشی مرتضوی. Toraihi, Fakhroddin, (1995), *Majmaul-Bahrain*, Vol.3, Ch.3, Tehran: Mortazavi bookstore.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه* (جلد ۲). چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية.

Tousi, Mohammad bin Hasan, (1967), *Al-Mabsout fi Fiqh al-imamiya*, Vol.2, Ch.3, Tehran: *Al-Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Antiquities*.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، الف). *الخلاف* (جلدهای ۲ و ۳). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Tousi, Mohammad bin Hasan, (1986 A), *Al-Khelaf*, Vol.2 and 3, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، ب). *تهذیب الاحکام* (جلد ۷). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

Tousi, Mohammad bin Hasan, (1986 B), *Tahzeeb al-Ahkam*, Vol.7, Ch.4, Tehran: *Dar al-Kitab al-Islamiyya*.

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام* (جلد ۷). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Fazdel Hendi, Mohammad bin Hasan, (1995), *Kashful-L-Tham-va-al-Ibham-an-Qavaed-al-Ahkam*, Vol.7, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد* (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- Fakhr al-Mohaqqin, Mohammad bin Hasan, (2008), *Izdah al-Favaed fi sharhe moshkelat al-qavaed*, Vol.4, Ch.1, Qom: Ismailian.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *کتاب العین* (جلدهای ۳ و ۴). چاپ ۲، قم: نشر هجرت.
- Farahidi, Khalil bin Ahmad, (1989), *Kitab al-Ain*, Vol.3,4, Ch.2, Qom: Hijrat Publishing.
- فیومی، احمد بن محمد (بی تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: منشورات دارالرضی.
- Fayoumi, Ahmad bin Mohammad, (no data), *al-Misbah al-Monir fi Gharib al-Sharh al-Kabir*, Vol.2, Ch.1, Qom: Manshurat Dar al-Rezda.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی* (جلد ۵). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- Koleini, Mohammad bin Yaqub, (1986), *al-Kafi*, vol.5, ch.4, Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyya.
- گرامی، محمد علی (۱۴۱۵ق). *المعلقات علی العروة الوثقی* (جلد ۴). چاپ ۱، قم: توحید.
- Gerami, mohammadali, (1994), *al-moallaqat ala Al-Orwa Al-Wothqa*, vol.4, ch.1, qom: tohid.
- لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: النکاح*. چاپ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- Lankarani, Mohammad Fazdil, (2000), *Tafsil al-Shari'ah fi sharhe Tahrir Al-Wasila - Al-Nikah*, Ch.1, Qom: The Jurisprudence Center of Imams Athar.
- مجلسی اول، محمد تقی (۱۴۰۶ق). *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه* (جلد ۸). چاپ ۲، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
- Majlisi Avval, Mohammad Taqi, (1985), *Rozdat al-Mottaqeen fi Sharh Man la yahzarho Al-Faqih*, Vol.8, Ch.2, Qom: Islamic Cultural Institute of Kushanbur
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴ق)، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول* (جلد ۲۰). چاپ ۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- Majlesi, Mohammad Baqer, (1983), *Miraat al-Oqool fi Sharh Akhbar Aal-Ar-Rasoul*, Vol.20, Ch.2, Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiyya.
- محسنی راد، عبدالحمید (۱۳۹۷). «تحلیل و واکاوی قلمرو و آثار معاملات غرری در فقه اسلامی و حقوق ایران». *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، ۱، صص. ۹۸-۹۱.
- Mohseni rad, Abdul Hamid, (2017), *analysis of the territory and effects of Gharari transactions in Islamic jurisprudence and Iranian law*, Political Science Studies, Law and Jurisprudence, 1, 91-98.
- مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیه* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Maraghi, Mir Abd al-Fattah, (1996), *Al-Anawin al-Fiqhiyyah*, Vol.2, Ch.1, Qom: Islamic Propaganda Office.

مرعشی، سیدشهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). *منهاج المؤمنین* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

Marashi Najafi, Seyyed Shahaboddin, (1985), *Minhaj al-Mo'minin*, Vol.2, Ch.1, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.

مسلم، ابوالحسن النیسابوری (بی‌تا). *المسند الصحیح المختصر* (محمدفؤاد عبدالباقی، محقق) (جلد ۳). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

Moslim, Abu al-Hasan al-Nisaburi, (no data), *al-Mosnad al-Sahih al-Mokhatsar*, researcher: Muhammad Fouad Abdul Baqi, Vol.3, Ch.1, Beirut: Dar Ehiya al-Torath al-Arabi.

مشکینی، علی (۱۳۹۰). *التعلیقه الاستدلالية علی تحریر الوسیلة* (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه علمی فرهنگ دارالحدیث.

Mishkini, Mirza Ali, (2011), *al-taaliqa al-estedlalia ala tahrir al-vasila*, vol.3, ch.1, Qom: Publishing organization.

مشکینی، علی (۱۳۹۲). *مطلحات الفقه* (حمید احمدی جلفایی، محقق). چاپ ۱، قم: دارالحدیث.

Mishkini, Mirza Ali, (2012), *Mostalahat Al-Fiqh*, researched by Hamid Ahmadi Jolfaei, Ch.1, Qom: Dar al-Hadith.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم* (جلد ۱۲). چاپ ۱، تهران: مرکز کتاب لترجمه والنشر.

Mostafavi, Hasan, (1982), *al-Tahaqiq fi Kalamat al-Qur'an al-Karim*, Vol.12, Ch.1, Tehran: Markaz Al-Kitab le Al-tarjemah va Al-nashr.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *القواعد الفقهیه* (جلد ۲). چاپ ۳، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.

Makarem Shirazi, Naser, (1990), *al-Qavaed al-Fiqhiyah*, vol.2, ch.3, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School Publications.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، *کتاب النکاح* (جلدهای ۱، ۵ و ۶). چاپ ۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.

Makarem Shirazi, Naser, (2003), *Kitab al-Nikah*, Vol.1, Ch.1, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School Publications

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). *انوار الفقاهه؛ کتاب النکاح*. چاپ ۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.

Makarem Shirazi, Naser, (2004), *Anwar al-Fiqahah - Kitab al-Nikah*, Ch.1, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School Publications

منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). *دراسات فی مکاسب المحرمه* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: نشر تفکر.

Montazeri, hosseinali, (1994), *derasat fee al-makaseb al-moharrama*, vol.1, ch.1,

Qom: tafakkor.

موسوی عاملی، محمد (۱۴۱۳ق). *نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Mousavi aameli, mohammad bin ali, (1990), *nehaya al-maram*, Ch.1, Qom: Entesharate eslami office.

میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات* (جلد ۴). چاپ ۱، تهران: مؤسسه کیهان.

Mirzai Qommi, Abu al-Qasim, (1992), *Jame Al-Shatt fi ajvebah AI-soaalat*, Vol.4, Ch.1, Tehran: Kayhan Institute.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (جلدهای ۲۹، ۳۰ و ۳۱). چاپ ۷، لبنان: دار احیاء التراث العربی.

Najafi, Mohammad Hasan, (1983), *Javaher al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*, Vol.29,30, Ch.7, Lebanon: Dar Ihya Al-Torath al-Arabi.

نراقی، مولا احمد (۱۳۷۵). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

Naraghi, Mola Ahmad, (1996), *Awaed al-Iyyam fi Bayan al-Ahkam*, Researched by: Center for Research and Islamic Studies, Ch1, Qom: Islamic Propaganda Office.

یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۸۸). *العروة الوثقی والتعلیقات علیها* (جلد ۱۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه السبطين العالمیة.

Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (2009), *Al-Orwa Al-Wothqa va al-taalikat alaiha*, vol. 15, ch.1, Qom: sibstayn International Foundation.

یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی* (جلد ۲). چاپ ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1988), *Al-Orwa Al-Wothqa*, Vol.2, Ch.2, Beirut: Al-Alami Publishing House.

یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۹ق). *العروة الوثقی (المحشی)* (جلد ۵). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1998), *Al-Orwa Al-Wothqa (Al-Mohasha)*, Vol 5, Ch 1, Qom: Islamic Propaganda Office.

یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۸ق). *العروة الوثقی مع التعلیقات* (سیدروح الله خمینی، سید ابوالقاسم

خویی، سیدمحمد رضا موسوی گلپایگانی و ناصر مکارم شیرازی، تعلیقات) (جلد ۲). چاپ

۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.

Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (2007), *Al-Orwa al-Wothqa with commentaries, commentaries on great verses: Imam Khomeini, Khoei, Golpayegani and Makarem Shirazi*, Vol.2, Ch.1, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School Publications.

## بررسی فقهی جواز خریدوفروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی در مقام حفظ نفس محترمه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

محمد حسن زاده\*

سیدمحمد حسینی\*\*

### چکیده

فرایند معاوضه اعضای بدن انسان و حفظ نفس محترمه از دیرباز مورد توجه فقه جعفری قرار داشته است. آنچه از برآیند آرای فقها درباره این موضوع نمایان است، اشتهاار حکم تحریم فرایند خریدوفروش و هر نوع دیگر از عقود تملیکی معاوضی بر اعضای بدن انسان آن هم به هر انگیزه‌ای است. در پژوهش پیش رو با بیان نظرات فقهی و علل و ادله این احکام، به نقد تفصیلی حکم تحریم فرایند معاوضه و نقل وانتقال اعضای بدن انسان پرداخته شده و با استفاده از منابع صدور احکام فقهی، موجبات حکم به جواز فرایند نقل وانتقال اعضای بدن انسان فراهم شده است. حال با توجه به اثبات مالیت عقلایی و قابل اعتنا و قابلیت تملک اعضای بدن بیماران مرگ مغزی و تحقق مرگ حقیقی آنان، این مهم میسر شده است. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و اطلاعات ابزار کتابخانه‌ای سامان یافته و امید است که با توجه به اثبات حکم جواز خریدوفروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی، تسهیل فرایند انتقال و در نتیجه، حفظ نفوس محترمه را در پی داشته باشد.

### واژگان کلیدی

خریدوفروش اعضای بدن، پیوند اعضا، معاوضه اعضای بدن، خریدوفروش اعضای بیماران مرگ مغزی، مرگ مغزی.

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Mhmd.hasanzadeh75@ut.ac.ir

\*\* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

hoseini.sm@ut.ac.ir

### مقدمه

دین اسلام برای هریک از رفتارهای انسان در برابر پروردگار و اجتماع پیرامونی وی، احکام متفاوتی را وضع کرده که هرکدام از ظرافتی خاص برخوردار است. در این مکتب، حفظ کرامت و حرمت مسلمان حتی پس از مرگ اهمیتی ویژه دارد؛ همان‌گونه که حفظ نفس محترمه نیز از مقاصد شرعیه دین مبین اسلام به شمار می‌رود و از امور حسبه و جدانشدنی آن شمرده می‌شود. این رویکرد مسئله خریدوفروش اعضای بدن انسان را نیز دربرگرفته و در کانون مباحث فقهی-حقوقی قرار داده است.

در جهان پیش رو، با ترقی و پیشرفت علوم نوین، امکان انتفاع از اعضای بدن انسان از جمله اعضای بدن بیمارهای دچار مرگ مغزی فراهم آمده است؛ زیرا با به‌کارگیری فرایند پیوند اعضای بیماران مرگ مغزی یا اعضای انسان‌های دارای حیات، موجبات حفظ نفوس بیماران محتاج به اندام پیوندی فراهم شده و جان آن‌ها از خطر مرگ حتمی نجات یافته است که این غایت خود به‌عنوان ثمره بی‌بدیل عملی شمرده می‌شود. جواز خریدوفروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی در مقام حفظ نفس محترمه از دریچه فقه، مسئله‌ای چالش‌برانگیز و مورد توجه است؛ زیرا اثبات این حکم جان‌های زیادی را از مرگ حتمی نجات داده و مصداقی روشن از آیه ۳۲ سوره مائده «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» است.

خریدوفروش اعضای بدن انسان در استمراربخشی حفظ نفس محترمه نقش قابل توجهی دارد و می‌توان از آن به‌عنوان انگیزه‌ای برای رواج فرایند پیوند اعضا برای حفظ نفس محترمه یاد کرد که با عنایت به ادله تفصیلی پیش رو، حکم به جواز در این مسئله میسر است و می‌توان از آن به‌عنوان فرضیه پژوهش پیش رو یاد کرد.

علت اختیار عقد بیع برای انتقال اعضای بدن بیماران مرگ مغزی بدین دلیل است که غرر و حدودی که در دیگر عقود راه دارد، در بیع راه ندارد و در نتیجه، در صورت امکان اجرای بیع، امکان اجرای دیگر عقود به‌طور خلاصه میسر خواهد بود. همچنین، غلبه وجودی اجرای بیع در خارج نیز از مؤیدات این انتخاب است.

آنچه می‌توان از آن به‌عنوان نوآوری و وجه تمایز پژوهش پیش رو یاد کرد، حکم به تحقق مرگ حقیقی بیماران مرگ مغزی، وصول به حکم جواز معاوضه اعضای بدن



بیماران یادشده با انگیزه‌های معتنابه عقلایی با صرف نظر از مقام حفظ نفس محترمه و نیز تمول ذاتی آن اعضاست که جلوه‌ای از پویایی فقه جعفری را به نمایش می‌گذارد؛ البته توجه به این نکته نیز ضروری است که وجود مفاسد مختلف در این فرایند انکارناپذیر است که به قطع، پژوهش پیش رو به جلوگیری از ترویج این مفاسد گوشزد می‌کند. این پژوهش بر اساس اهداف مورد نظر، توسعه‌ای و بر اساس نیاز آن به فرضیه، توصیفی است.

### ۱. پیشینه پژوهش

با تفحص و بررسی پژوهش‌های مطروح و آرای فقها این نکته نمایان خواهد بود که رأی پژوهش‌های گذشته مبنی بر عدم جواز معاوضه و خرید و فروش اعضای بدن است و وجود برخی پژوهش‌ها و آرا درباره جواز معاوضه، خالی از ادله استنباطی و پژوهشی به کاررفته در پژوهش پیش روست که برای مثال به بیان برخی از عناوین بسنده می‌شود.

۱. مقاله علمی-پژوهشی «بررسی فقهی و حقوقی مالکیت انسان بر بدن» نوشته معصومه مطلبی و همکاران (۱۳۹۹) در مجله پژوهش‌های فقهی.
۲. مقاله علمی-پژوهشی «برداشت اعضای پیوندی از مردگان مغزی» نوشته غلامرضا پیوندی و حمید ستوده (۱۳۸۰) در نشریه حقوق اسلامی.
۳. بررسی فقهی و حقیقی رابطه انسان با اعضای بدن خود نوشته محسن کریمی نیا (۱۳۷۹).
۴. نظریه جواز و صحت خرید و فروش اعضای بدن در فقه امامیه (رساله سطح چهار حوزوی) نوشته سیداحمد خضری (۱۴۰۰).
۵. نحوه ارتباط انسان با اعضای بدن خود از دیدگاه فقه و حقوق (رساله سطح چهار حوزوی) نوشته علی حسینی (۱۳۹۶).

### ۲. مفهوم‌شناسی

#### ۲-۱. پیوند اعضا

از نگاه پزشکی پیوند اعضا یا پیوند اندام فرایندی است که در آن، اندام یا عضو سالم از

بدن فرد زنده یا مرده یا دچار مرگ مغزی برداشته و به بدن فرد بیمار دارای عضو معیوب پیوند زده می‌شود. تاکنون پیوند اعضایی مانند کلیه، قلب، کبد، روده، لوزالمعده، رحم، ریه و تیموس در انسان با موفقیت انجام شده است. بیشترین تعداد پیوند عضو در سراسر جهان پیوند کلیه و پس از آن، پیوند کبد و قلب، بیشترین پیوند است. بافت‌هایی که تاکنون با موفقیت پیوند زده شده‌اند عبارت‌اند از بافت استخوانی، زردپی، قرنیه، پوست، دریچه‌های قلب، عصب‌ها و سیاهرگ‌ها که از این میان بیشترین تعداد پیوندها مربوط به قرنیه، استخوان و پیوند تاندون (زردپی) بوده است. بافت‌های پیوندی برخلاف اعضا پیوندی قابل ذخیره و انجماد تا حداکثر پنج سال هستند؛ البته در میان این بافت‌ها، بافت قرنیه استثناست و قابل ذخیره نیست (Executive Board, 2003, pp. 1-2).

## ۲-۲. مرگ مغزی

در ماده‌های ۱ و ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون پیوند اعضای بیماران مرگ مغزی مصوب هیئت وزیران در سال ۱۳۸۰ آمده «ماده ۱- مرگ مغزی عبارت است از قطع غیرقابل برگشت کلیه فعالیت‌های مغزی کورتیکال (قشر مغز)، ساب کورتیکال (لایه زیر قشر مغز) و ساقه مغزی به‌طور کامل. تبصره: شرایط احراز مرگ مغزی و ضوابط و معیارهای آن توسط وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در دستورالعملی در چهارچوب این آیین‌نامه تعیین و ابلاغ خواهد شد. ماده ۲- تشخیص و تأیید مرگ مغزی بر اساس ضوابط این آیین‌نامه توسط چهار پزشک متشکل از یک متخصص نورولوژی، یک متخصص جراحی مغز و اعصاب، یک متخصص داخلی و یک متخصص بیهوشی صورت می‌گیرد».

از لحاظ احکام، مرگ مغزی ذیل مرگ حقیقی قرار دارد و تمام احکام موضوع مرگ حقیقی بر آن متصور است.

با تتبع آرای فقهای معاصر در موضوعات مختلف فقهی، حکم به عدم تحقق مرگ حقیقی بیماران مرگ مغزی نمایان است (حسن‌زاده، ۱۴۴۴ق، ج ۱، ص. ۸۰)، اما پژوهش پیش رو با عنایت به جلوه‌های پویایی فقه جعفری به رد نظریه مشهور پرداخته است و برخلاف دیگر فقهای معاصر تمام احکام مترتب بر میت حقیقی را بر بیماران مرگ مغزی جاری می‌داند. در نتیجه، از زمان ابتلای بیمار به مرگ مغزی، نگهداری عده

وفات بر همسر وی واجب و دیگر احکام همچون وجوب تکفین و تجهیز وی و تقسیم ترکه او نیز جاری است. از دریچه فقه نیز صرف نظر از وجود اختلافات فقهی درباره این موضوع باید بیان داشت که نظریه مختار، مرگ حقیقی و ترتب آثار آن بر بیمار مرگ مغزی است که ادله تفصیلی در استنباط این حکم بیان شده است (حسن زاده، ۱۴۴۴ق، ج ۱، ص ۹۰). حال باید بیان داشت موضوع تحقق مرگ حقیقی بیماران مرگ مغزی از مجاری رجوع به اهل خبره است (زیرا شرع مقدس از بیان ادله تفصیلی شرایط تحقق آن خودداری و به تذکر ظنون و نشانه‌های آن اکتفا کرده است) که از شیوه‌های پذیرفته و رایج نزد عقلاست و شارع مقدس نیز آن را تأیید کرده است؛ یعنی رجوع جاهل به عالم و خبره آن موضوع که از آن به‌عنوان مهم‌ترین دلیل‌های مشروعیت تقلید یاد می‌شود.

در همین راستا، میزان در شناخت صحیح موضوعاتی که آثار شرعی دارند مانند ارزش‌گذاری میزان آسیب‌های وارد شده بر آسیب‌دیده در جنایات، رجوع به اهل خبره است. از دیگر این موارد می‌توان به رجوع بیمار به پزشک برای تشخیص ضرر داشتن ادای کامل عبادات برای بیمار، رجوع زن برای تشخیص حامله بودن و مدت آن و تشخیص عیوب مجوز فسخ نکاح در زن و شوهر اشاره کرد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۱). پس همان‌طور که از قول مشهور کارشناسان پزشکی بر تحقق مرگ واقعی و حقیقی بیماران مرگ مغزی سخن آمد، رجوع فقیه به پزشکان برای تشخیص این موضوع مشروع خواهد بود. آنچه از کلام مشهور متخصصان امر پزشکی برمی‌آید، تحقق مرگ حقیقی بر بیماران مرگ مغزی است و آن‌ها حالت مرگ مغزی را به‌عنوان مرگ واقعی می‌دانند؛ زیرا مغز مرکز بسیاری از کارکردهای حیاتی مانند کنترل تنفس و دستگاه قلبی-عروقی است و به دنبال مرگ مغزی، تنفس و قلب هم از کار خواهد افتاد و اگر تنفسی وجود دارد به دلیل دستگاه تنفس مصنوعی است که با قطع آن، تنفس بیمار فوراً قطع می‌شود و اگرچه گاه بین مرگ مغز و توقف ضربان قلب فاصله‌ای وجود دارد، صرف وجود ضربان قلب (با توجه به اینکه مرکز کنترل دستگاه قلبی-عروقی در ساقه مغز است که آن هم دچار توقف برگشت‌ناپذیر شده است) دال بر حیات فرد نیست (پورجوهری، ۱۳۸۳، ص ۱۸۱؛ ستوده، ۱۳۹۱، ص ۷۱).

از نظر علم پزشکی، میان حیات انسانی و حیات اندام‌ها، اعضا و سلول‌ها و به همین نسبت مرگ فرد و مرگ اندام‌ها و سلول‌ها تفاوت وجود دارد و به علت پدیده آنزیمی «بی‌نظمی از بین رفتن عامل نظم‌دهنده مغزی»، مرگ سلولی چند ساعت پس از مرگ قطعی به وقوع می‌پیوندد و مدت زنده ماندن یاخته‌ها متفاوت است. برای مثال، اسپرمتوزوئیدها حداکثر ۳۴ ساعت پس از مرگ حیات خود را حفظ می‌کنند و سیستم‌هایی مانند کبد تا ۱۵ دقیقه و قلب تا ۳۴ دقیقه بعد از قطع شدن گردش خون درحالی‌که هنوز از بدن خارج نشده‌اند و زنده هستند، حیات دارند. بنابراین، صرف وجود ضربان قلب در مرگ مغزی آن هم به صورتی که با قطع دستگاه ونتیلاتور، عملیات تنفس و ضربان قلب متفی خواهد شد، دلیلی بر وجود علائم حیاتی در فرد دچار مرگ مغزی نیست (پورجوهری، ۱۳۸۳، ص. ۱۳۵؛ قضایی، ۱۳۷۳، ص. ۴۰). باید گفت در جامعه پزشکی به خصوص در آمریکا، مرگ مغزی را معادل مرگ حقیقی می‌دانند که با قطع اقدامات نگاه‌دارنده، ۸ تا ۵ دقیقه بعد، مرگ حقیقی شخص فرا می‌رسد (مرتضوی، ۱۳۹۳، ص. ۷۶).

این نکته نیز حائز اهمیت است که بازگشت نشانه‌های ظاهری حیات هم‌زمان با قطع کوتاه‌مدت یا حتی چندساعته و چندروزه به معنای حیات دوباره فرد دچار مرگ نیست، بلکه این موضوع نیز مانند یکی از صدها واکنش و عارضه طبیعی بدن در برابر پاره‌ای از علل خارجی و داخلی است و پزشکان بر این باورند تا زمانی که ارتباط میان اعضا فراهم نباشد، این نشانه‌ها دارای ارزش بالینی و علمی نیستند. شایان توجه است که ارتباط عملکرد اعضای بدن انسان با هم تنها از طریق مغز و سیستم عصبی امکان‌پذیر است که با قبول قول به نفی حیات سلولی در این بخش‌ها، ارتباط یادشده نیز کاملاً متفی می‌شود و تمام سیستم ارگانیک بدن از بین می‌رود؛ به طوری‌که دمای بدن، فشار خون و قند خون به شکل کنترل‌ناپذیر در نوسان خواهد بود و هیچ‌گونه انتظامی در این موارد وجود نخواهد داشت. همین موضوع موجب از بین رفتن حیات عضوی قلب، عروق و دیگر اندام‌های بدن در دو تا سه روز می‌شود (سیدحسینی، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۵).

در رابطه با ظن مستفاد از رجوع به اهل خبره نیز باید گفت این ظن به دلیل بنای عقلا و عدم ردع و امضای شارع، از ظنون خاص و معتبر به شمار می‌رود و از دایره

حرمت تعبد به ظن خارج می‌شود (وحید بهبهانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲). در نهایت، توجه به این نکته ضروری است که اشکالاتی مانند غیرعلمی بودن (مظنون بودن) عوامل در تشخیص مرگ و زندگی، عدم جدایی روح از بدن با حیات یک عضو و استصحاب آثار شرعی حیات از حیز انتفاع خارج و به تفصیل مورد نقد واقع شده است که برای رعایت اختصار پژوهش به ارجاع اکتفا می‌شود (حسن زاده، ۱۴۴۴ق، ج ۱، ص. ۹۴). از نگاه پزشکی نیز مرگ مغزی زمانی پیش می‌آید که شخص با استفاده از دستگاه‌های حمایتی از زندگی مصنوعی برخوردار باشد و مغز او قادر به هیچ عملکرد مغزی نباشد. زندگی مصنوعی به این معنی است که افراد مبتلا قادر نیستند هوشیاری خود را به دست آورند و حتی نمی‌توانند بدون دستگاه‌های حمایتی نفس بکشند. این بیماری همچنین با نام «مرگ ساقه مغز» در بین پزشکان شناخته شده است (Harrison, 2015, p. 835).

### ۳. نظریه تحریم معاوضه و انتقال اعضای بدن انسان تحت هر یک از عقود و ایقاعات

خرید و فروش اعضای بدن انسان از دیرباز محل تضارب آرا فقها قرار داشته است (سبزواری، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۳۳). آنچه از نگاه به آرای فقهای اسلامی درباره این موضوع نمایان است، اشتها نظریه حرمت خرید و فروش اعضای بدن انسان اعم از انسان دارای حیات و انسان دچار مرگ است (مؤمن قمی، ۱۳۷۴، ص. ۲۶)؛ البته قول به اجماع تحریم نیز خالی از قوت نیست که تنها به دلیل دشواری‌های تحصیل اجماع‌های معتبر فقهی، از چنین ادعایی صرف نظر می‌شود. آنچه به عنوان جمله معترضه مورد توجه است، این است که در تحریم فرایند خرید و فروش اعضای بدن انسان، انگیزه این فرایند مورد اهمیت نیست و آرای فقها مبنی بر تحریم فرایند خرید و فروش اعضای بدن انسان اعم از انگیزه‌هایی مانند حفظ نفس محترمه و کسب درآمد و پرداختن به فعالیت‌های اقتصادی است. حال با توجه به فرضیه پژوهش، به آرای تفصیلی فقهای مذهب جعفری مبنی بر تحریم فرایند خرید و فروش اعضای بدن انسان پرداخته می‌شود.

آنچه از فقه جعفری نمایان است، محدودیت اسباب ملکیت و تصرف است. بر همین مضمون شهید ثانی در *الروضه البهیة* می‌فرماید اسباب موجب ایجاد ملکیت محصور و معدود هستند (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۴، ص. ۲۰۱).<sup>۱</sup> با آنچه که بیان شد، انتقال ملکیت منحصر در عقود و ایقاعات صحیحه فقهی است که هر کدام دارای

شرایطی خاص برای ترتیب اثر وضعی (ملکیت) هستند. در نتیجه، در صورت فقدان یا خلل در هریک از این شرایط، ملکیت یا حق تصرف محقق نخواهد شد.

فرایند پیوند اعضای بیماران مرگ مغزی نیز از این قاعده مستثنا نیست و برای تحقق حکم وضعی انتقال عضو از بیمار مرگ مغزی به بیمار نیازمند دریافت، خواستار شمولیت یکی از عقود بر خود است تا بتواند تحت آن عقد فرایند انتقال صحیح شرعی را به ثمر رساند. بر اساس دیدگاه عرف، فرایند انتقال عضو از بدن بیمار مرگ مغزی به واسطه عقد «هبه» است (اهدا)، اما آنچه از تساوی فی الجمله شرایط صحت و لزوم عقد هبه و دیگر عقود ناقله (از جمله بیع که موضوع پژوهش مورد نظر است) نمایان است، عدم تفاوت در استفاده از عقد هبه، بیع و... برای انتقال در این فرایند است که در نتیجه، اگر قول به صحت نقل و انتقال اعضای بدن بیماران مرگ مغزی به هریک از عقود تملیکی مانند هبه واقع شود، جایگزینی دیگر عقود نیز میسر خواهد بود؛ زیرا اسباب تملک اموال محدود و قابل گسترش نیستند (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۳، ص ۲۴۶).

حال از آنجاکه از شرایط صحت عقد بیع درباره تحقق ملکیت، تمول و قابلیت تملک است، این مهم دلیلی بر آن است که در صورت فقدان این شرایط تصحیح کننده، عقد بیع باطل است و اثری بر آن محقق نیست (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۳، ص ۲۴۰).

به همین ترتیب و از آنجاکه شرایط یادشده در صحت دیگر عقود تملیکی معاوضی نیز جاری هستند، در بیان این شرایط آمده است همانا از شروط واهب (برای صحت عقد) این است که آزاد باشد، مالک مال باشد یا دارای اجازه از مالک باشد. پس اگر بنده یا کسی که مال در اختیار او نیست، اقدام به اهدا کند، صحت عقد متوقف بر اجازه مالک (مالک عبد یا مال موهوبه) است و از شرایط مال موهوبه این است که در قالب عین خارجی یا در ذمه به صورت دینی موجود و دارای مالیت باشد؛ به گونه ای که ارزش و قابلیت قیمت گذاری، تملک و قبض شدن داشته باشد. همچنین، از شرایط مال موهوبه این است که مال در رهن فردی دیگر برای وثیقه نباشد و آن مال معلوم و قابل تحقق باشد (کاشف الغطاء، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۶۵).

آنچه نمایان است بیان کننده این است که بایع و واهب در صورتی امکان بیع و اهدا دارد که مبیع و موهوبه در تملک او باشد یا اذن مالک ضمیمه عقد واهب شود و همچنین مال موهوبه باید قابلیت مالیت و تملک داشته باشد. حال از آنجاکه اعضای بدن

دارای نجاست عینی و عدم مالیت عقلایی هستند، امکان نقل و انتقال (تملیک و تملک) اعضای بدن تحت هیچ‌یک از عقود و ایقاعات معاوضی وجود ندارد. ادله تحریم انتفاع و انتقال (مانند عقد بیع) اعضای بدن را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد.

### ۳-۱- قرآن کریم

خداوند متعال در سوره مائده می‌فرماید «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَ مَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ...»؛ برای شما مؤمنان گوشت مردار و خون و گوشت خوک و آن ذبیحه‌ای که به نام غیر خدا کشتند، حرام است (مائده/۳). و همچنین می‌فرماید «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! شراب و قمار و بت‌ها و گروبندی با تیرها، پلیدی و کار شیطان است، از آن اجتناب کنید تا رستگار شوید (مائده/۹۰).

برخی فقها بعد از نقل این آیات بیان می‌دارند که با توجه به نظر مرحوم شیخ طوسی و علامه حلی، حرمت انتفاع و انتقال نجس‌العین مانند اعضای بدن شامل حرمت تمام انتفاعات و انواع معاوضات می‌شود (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۵۱). باید گفت از ضروریات فقه اسلامی، نجاست عینی میته حیوانی (منظور از حیوان اعم از ناطق و غیرناطق) است که دارای خون جهنده باشد. اجزای چنین حیوان یا انسانی اگر در حال حیات از بدن او جدا شود، میته و در حکم آن خواهد بود (نجفی، ۱۳۹۷، ج ۵، ص. ۳۱۱)؛ بدین علت که مقتضی نجاست میته، مرگ آن است و این دلیل در اعضای بدن حیوان و انسان نیز ساری است. بنابراین، احکام میته بر اعضای بدن نیز جاری خواهد شد (حلی، ۱۳۳۳، ج ۱، ص. ۱۶۵).

### ۳-۲. روایات

بعضی فقها دلیل تحریم را وجود نصوص تحریم‌کننده خاص بیان داشته‌اند که در آن‌ها ثمن میته به «سحت» تعریف شده است. علی‌بن‌ابراهیم از سکونی چنین نقل می‌کند که امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند ثمن میته، سگ و خمر حرام است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق،

ج ۱۷، ص. ۹۳<sup>۳</sup>. همچنین، در روایتی دیگر امام صادق (علیه السلام) از اجداد بزرگوارش درباره وصیت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله) بر امام علی (علیه السلام) نقل کردند ای علی! ثمن میتة سحت و حرام است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۹۴)<sup>۴</sup>.

فقها در مقام استدلال چنین بیان کرده‌اند که این نصوص مختص به میتة هستند، اما از آن‌ها برای تحریم فروش اعضای میتة نیز استفاده می‌شود؛ بدین علت که مطابق ارتکاز و متفاهم عرفی، اخذ عوض در برابر جسد منع شده است و اتصال به بدن تأثیری نخواهد داشت (روحانی، ۱۴۱۴، ص. ۱۲۳).

همچنین، اقتضای اطلاق موجود آن است که بین انسان و حیوان برای صدور حکم تحریم اختلافی نیست. در نتیجه، در مقابل عضوی که از میتة جدا شود، امکان اخذ عوض وجود ندارد (روحانی، ۱۴۱۴، ص. ۱۲۴).

صرف نظر از آنچه بیان شد، مطابق نصوص متعدد، عضو جدا شده از انسان دارای روح نیز میتة شمرده می‌شود (روحانی، ۱۴۱۴، ص. ۴۷۷).

در روایتی دیگر، پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله) می‌فرمایند خداوند زمانی که چیزی را حرام می‌کند، قیمت (معاوضه و نقل و انتقال) آن را نیز حرام می‌کند (مجلسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰۰، ص. ۵۵)<sup>۵</sup>.

حال باید توجه داشت که فقها از این روایت الغای خصوصیت کرده‌اند و آن را منحصر به بیع نمی‌دانند؛ بدین شاهد که قولی از فقها مبنی بر اینکه برای مثال بیع فلان شیء نجس حرام، اما هبه آن جایز است، در دست نیست. گفتنی است که در قول به عدم فصل (اینکه فرقی بین بیع و دیگر معاوضات نیست) با توجه به مناط تحریم اعیان نجسه نیز که همان منفعت محله عقلائی است، نمایان است (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۶۵).

در مقام استنتاج از روایات تحریم‌کننده، برخی از فقها می‌فرمایند اکتساب و معامله با اعیان نجسه حرام است مگر در مواردی که روایت آن‌ها را جایز دانسته است که البته موارد استثنا نیز ارتباطی با پژوهش ندارد و حرمت معاوضه و نقل و انتقال اعضای بدن بر قوت خود باقی خواهد ماند (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۱۴)<sup>۶</sup>.

### ۳-۳. اجماع

برای اثبات بطلان نقل و انتقال میتة، به اجماع موجود در سخنان برخی اصحاب متقدم و



متأخر تمسک شده است (حلی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۹۱؛ حلی، ۱۳۳۳، ج ۲، ص ۱۰۰۸).

### ۳-۴. عدم مالیت

شرع مقدس به دلیل اعتقاد به کرامت انسان، به وی نگاه معاملی و اقتصادی نمی‌کند و طبع و عرف در صورتی اشیا (جامدات) را مال تلقی می‌کنند که قیمت بازاری داشته باشند و چنین موضوعی در مورد انسان صادق نیست و از نظر عقل نیز مال باید خارج از جسم انسان باشد (شرف‌الدین، ۱۴۰۳ق، ص ۹۴).

حال باید گفت که انسان حر نه مال است و نه ملک و به همین دلیل، بیع، هبه و هر نوع انتقال او جایز نیست و همین حکم در اعضای وی هم جاری خواهد بود (روحانی، ۱۴۱۶، ص ۲۱۶). با همین نگاه است که فقها در مسئله ربوده شدن انسان توسط دیگری، آدم‌ریا را مشمول حد و تعزیری که در سرقت اموال ثابت است، نمی‌دانند و مستند آنان برخی روایات است که تصریح می‌دارد انسان مال تلقی نمی‌شود تا احکام سرقت اموال بر آن جاری شود (نجفی، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۵۰۹).

بر همین مضمون برخی فقها می‌فرمایند در صورت غضب مانند گروگان‌گیری و ربودن انسان آزاد، ضمانتی از لحاظ عین و منفعت (مدت زمان غضب) بر عهده غاصب نیست؛ زیرا انسان آزاد دارای مالیت نیست پس داخل در عموم ادله ضمان همچون قاعده علی‌البد نیست (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۷، ص ۲۷).<sup>۷</sup>

حال بعد از بیان ادله اثبات‌کننده عدم مالیت و ملکیت اعضای بدن و عدم صحت استفاده از عقود و ایقاعات برای انتقال اعضای بدن بیماران مرگ مغزی، چگونه می‌توان خرید و فروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی را با رعایت موازین شرعی در قالب اسباب ملکیت محقق کرد؛ در نتیجه، به دلیل همین عدم توانایی است که حکمی جز حرمت بر معاوضه اعضای بیماران مرگ مغزی زیبنده نخواهد بود.

### ۴. نظر به جواز معاوضه و انتقال اعضای بدن انسان (مانند بیماران مرگ مغزی) تحت هر یک از عقود و ایقاعات اسلامی

#### ۴-۱. مالکیت انسان بر اعضای بدن وی

در ارتباط با اشکال عدم مالکیت انسان بر اعضای بدن که یکی از شرایط صحت شرعی

نقل و انتقال است، آنچه از آیات و روایات روشن است، ولایت و مالکیت انسان بر اعضا و جوارح خودش است که می‌توان ادله اثبات‌کننده جواز نقل و انتقال اعضای بدن را به شرح زیر دانست.

#### ۴-۱-۱. قرآن کریم

برای اثبات فرض ولایت و مالکیت می‌توان به آیات ۶ سوره احزاب و ۲۰۷ سوره بقره در قرآن کریم مراجعه کرد که تفصیل چگونگی استدلال بدین آیات به شرح زیر است. ولایت انسان بر خود و اختیارش، موضوعی عقلایی است؛ زیرا قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» مانند تسلط بر اموال، خود قاعده‌ای عقلایی است که شارع از آن نهی نکرده، بلکه به زبان‌های گوناگون در آیات و روایات آن را امضا کرده است.

از جمله ادله‌ای که این امضا از آن استفاده می‌شود، آیه ۶ سوره احزاب است که می‌فرماید «النبیُّ اُولیُّ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ اَنْفُسِهِمْ وَاَزْوَاجِهِ اُمَّهَاتِهِمْ وَاَوْلُو الْاَرْحَامِ بَعْضُهُمْ اَوْلٰی بِبَعْضٍ فِیْ کِتَابِ اللّٰهِ مِنَ الْمُؤْمِنِینَ وَالْمُهَاجِرِینَ اِلَّا اَنْ تَفْعَلُوْا اِلَیْ اَوْلِیَائِکُمْ مَعْرُوْفًا کَانَ ذٰلِکَ فِی الْکِتَابِ مَسْطُوْرًا»؛ پیامبر نسبت به مؤمنان از خودشان سزاوارتر است و همسران او، مادران آن‌ها (مؤمنان) شمرده می‌شوند و خویشاوندان نسبت به یکدیگر از مؤمنان و مهاجران در آنچه خدا مقرر داشته است، اولی هستند مگر اینکه بخواهید نسبت به دوستانتان نیکی کنید (و سهمی از اموال خود را به آن‌ها بدهید). این حکم در کتاب (الهی) نوشته شده است (احزاب/۶).

این آیه در مقام اثبات مقدم بودن پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) در ولایت بر مؤمنان است، اما بدون شک با توجه به بیان اولویت تصرف پیامبر اسلام، بر ولایت مؤمنان بر خودشان نیز دلالت دارد؛ هرچند ولایت پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) بیشتر است. بنابراین، مفهوم عرفی آیه این است که ولایت انسان‌ها بر خود، همان است که عقلاً برای هرکس معتقدند؛ یعنی قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم».

دلیل دیگر بر امضای شارع، آیه ۲۰۷ سوره بقره است که خداوند متعال می‌فرماید «وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ یَشْرِیْ نَفْسَهُ اِبْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللّٰهِ وَاللّٰهُ رَءُوْفٌ بِالْعِبَادِ»؛ بعضی از مردم (باایمان و فداکار مانند علی (علیه‌السلام) به هنگام خفتن در جایگاه پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله))، جان خود را به خاطر خشنودی خدا می‌فروشدند و خداوند نسبت به بندگان مهربان است.

با توجه به اینکه در خرید و فروش قطعاً رضایت فروشنده و خریدار معتبر است، نسبت دادن فروش نفس به انسان دلالت بر این دارد که زمام نفس آدمی به دست خود اوست (مالکیت وی بر اعضای بدن خویش). به همین دلیل در صدد فروش آن برآمده و این همان قاعده عقلایی یادشده است (مؤمن قمی، ۱۳۷۴، ص. ۱۶۴).

در نهایت، باید توجه داشت آنچه از دلیل تسلط و ولایت انسان نسبت به اعضای بدن مورد نیاز پژوهش است، صرف قابلیت معاوضه و خرید و فروش آن است و صرف تلازم میان تسلط و مالکیت اعضای بدن نسبت به انسان و ورثه آن (در فرض مرگ انسان) مورد نیاز نیست؛ زیرا در صورت قبول به مرتبه ضعیف تر تسلط که می توان از آن به عنوان اباحه تصرف یاد کرد، قابلیت معاوضه و خرید و فروش اعضای یادشده پابرجاست؛ همان گونه که معاوضه عین به دست آمده از معاطات (که دال بر اباحه تصرف است) جایز است (شهید ثانی، ۱۳۹۷ ش، ج ۷، ص. ۱۲۰). در نتیجه، می توان گفت عدم تحقق مرتبه عالی سلطنت که همان مالکیت است، خدشه ای به مسیر پژوهش وارد نمی آورد.

#### ۴-۱-۲. روایات

در روایات نیز موارد متعددی یافت می شود که بر حق ولایت و مالکیت اعضای بدن برای انسان دلالت می کند. اخبار دال بر واگذار کردن همه امور مؤمن به خود او توسط خداوند از همین نمونه اند که در حد استفاضه یافت می شوند (کلینی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص. ۱۵۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۴۲۴) و نیز اخبار مرتبط با قصاص عضو یا عفو از آن یا گرفتن دیه دلخواه در برابر آن نیز بر این دلالت دارند که اختیار و مالکیت هر یک از اقسام به مجنی علیه واگذار شده و این همان اعتبار حق و سلطنت نسبت به اعضایش است؛ بدین شکل که این حق اقتضا کرده است که موضوع جنایت به او سپرده شود و این در حقیقت، ابقای حق سابق است نه تشریح امر جدید (صدوق، ۱۳۹۵، ج ۴، ص. ۱۳۵؛ کلینی، ۱۳۷۵، ج ۷، ص. ۳۲۰).

#### ۴-۱-۳. بنای عقلا

جدای از آیات و روایات، «بنای عقلاء بما هو عقلاء» چنین است که انسان بر جسم و

اموال خود فی الجمله تسلط و مالکیت دارد و همین اندازه تسلط و مالکیت فرد بر اجزای مقطوع از بدن وی را اثبات می‌کند. در نتیجه، می‌تواند آن را مورد بیع و معاوضه قرار دهد و یا هبه کند و مادامی که منعی شرعی به وصول نائل نیاید، از عدم وصول منع چنین نمایان است که شارع بنای عقلا را امضا کرده است (آقابابایی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۶). به همین علت ممکن است بیان شود که اعتبار مالیت از نظر عقلا به قوت خود باقی و ردعی از لحاظ شارع متوجه این بنا نشده است؛ البته می‌توان ادعا کرد افزون بر اینکه نه تنها ردعی از سمت شارع مقدس متوجه این بنا نیست، بلکه آیات (احزاب/۶ و بقره/۲۰۷) و روایات (صدوق، ۱۳۹۵، ج ۴، ص. ۱۳۵؛ کلینی، ۱۳۷۵، ج ۷، ص. ۳۲۰) دلیلی بر تأیید این بنای عقلی از سوی شارع مقدس که خود رئیس العقلاست، هستند و در طرز امضای شارع نیز باید بیان داشت که هر قاعده عقلایی که مبنای امور مردم باشد، در امضای آن لازم نیست مفهوم مطابقی آن به صراحت بیان شود، بلکه همین مقدار که در زبان شرع، دلالت و اشاره‌ای به آن شود، عقلا امضای شارع را برداشت می‌کنند. بنابراین، اگر روش عقلا مورد تأیید شارع نباشد، باید به آن تصریح کند (مظفر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۵۴).

برخی فقیهان در بحث صدق بیع در صورتی که عوض، یکی از حقوق باشد، در همین مضمون بیانی آورده‌اند. ایشان در ضمن پاسخ به اشکال شیخ انصاری، در این باره می‌فرمایند نزد عقلا، همان‌طور که مردم بر اموال خود مسلط هستند، بر جان‌هایشان نیز مسلط‌اند، بلکه امروزه فروش خون و جسد شخص پس از مرگش برای آزمایش‌های پزشکی، متعارف است و دلیل آن چیزی نیست جز تسلط شخص بر بدن خود نزد عقلا. بنابراین، سلطنت مردم بر خودشان موضوعی عقلایی است (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۳).<sup>۱</sup>

#### ۴-۱-۴. نقل وانتقال با دلیل حق اولویت

صرف‌نظر از مبنای ملکیت اعضای بدن (که مرتبه والای سلطنت به شمار می‌آید)، با تمسک به حق اولویت و تصرف انسان بر بدن خود، جواز نقل وانتقال آن وجیه خواهد بود. بر اساس این نظریه، اعضای انسان قابلیت تملک را دارا نیستند، اما اخذ عوض در برابر واگذاری و نقل اعضا را مجاز می‌شمارد. به اعتقاد معتقدان به این نظریه، انسان و

به دنبال وی، اعضای او مطابق نصوص شرعی قابلیت تملک را ندارند و نمی‌توان وی را جزو اموال تلقی کرد، اما رابطه انسان با اعضایش به گونه‌ای است که می‌تواند از طریق حق اختصاص یا حق اولویت در اعضای خویش تصرف مالکانه بکند (مؤمن قمی، ۱۳۷۴، ص. ۲۶).

تعداد زیادی از فقهای متأخر شیعی از رابطه انسان با اعضای وی بدیل حق مالکیت، به حق اولویت یا حق اختصاص تعبیر کرده‌اند (آقابابایی، ۱۳۷۸، ص. ۷۰).

حال باید بیان داشت تمام آیات و روایات یادشده که دلیل بر قبول ملکیت انسان بر اعضای بدن قرار داده شد، بر فرض وجود اشکال در آن موضوع (حق ملکیت)، به شکل قدر متیقن بر تحقق حق اختصاص یا اولویت دلالت دارد مانند آیه ۶ سوره احزاب که خداوند می‌فرماید «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيْ أُولِيَانِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا»؛ پیامبر نسبت به مؤمنان از خودشان سزاوارتر است و همسران او مادران آنها شمرده می‌شوند و خویشاوندان نسبت به یکدیگر از مؤمنان و مهاجران در آنچه خدا مقرر داشته است، اولی هستند مگر اینکه بخواهید نسبت به دوستانان نیکی کنید (و سهمی از اموال خود را به آنها بدهید). این حکم در کتاب (الهی) نوشته شده است (احزاب/۶).

از اولویت ولایت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله) بر مسلمانان، ولایت نسبی خود مسلمانان بر خودشان (هرچند در مرتبه ضعیف و پایین تر نسبت به ولایت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله)) نمایان خواهد بود که همین اندازه ولایت، بر تحقق حق اختصاص و اولویت انسان بر بدن خود کفایت می‌کند.

حال اگر بیع به واسطه حق اولویت غیر صحیح دانسته شود (به دلیل عدم مالکیت همان‌طور که نظر برخی از فقهاست (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۷، ص. ۱۶۰؛ خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص. ۲۲۱))، در فرایند معاوضه اعضای بدن بیماران مرگ مغزی خللی وارد نخواهد آمد؛ زیرا در فقه اسلامی نیز آنچه از کلام فقها نمایان است، جواز مصالحه و پرداخت عوض در مقابل استحقاق حق اولویت و اختصاص است که در نتیجه، به آنچه که مورد نیاز است وصول پیدا خواهد شد. برخی فقها بر همین مضمون می‌فرمایند «از

شروط صحت حیات»، عدم آغاز به کار فردی دیگر در احیای زمین (تحجیر) می‌شود؛ البته در صورتی که احیا تمام و کمال نباشد (در حد تحجیر). حال به واسطه فرایند احیا، حق اولویت برای محیی ایجاد می‌شود که به دلیل همین حق، فرد دیگری حق تخطی به مکان وی را ندارد. این حق اولویت افاده ملکیت نمی‌کند و در نتیجه، دلیل بر جواز بیع آن نیست، اما صلح بر آن (انتقال به وسیله عقد صلح) و به ارث رسیدن آن صحیح است (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۷، ص. ۱۶۰).<sup>۹</sup>

حال باید توجه کرد که با عنایت به مالیت و قابلیت انتقال و معاوضه اعضای بدن بیمار مرگ مغزی، اعضای بدن وی به تسلط یا ملکیت ورثه درآمده و مانند دیگر اموال او، قابلیت انتقال و تصرف در آن اعضا در اختیار ورثه وی است.

در حقوق موضوعه ایران نیز اماراتی دال بر مالکیت انسان بر اعضای بدن وجود دارد. معاونت حقوقی-قضایی قوه قضائیه در رأی مشورتی خود به شماره ۱۵۵۷/۷-۷۶۶۷/۲۵ چنین بیان می‌دارد که با عنایت به ملاک ماده ۲۸۷ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، عضو قطع شده متعلق به فردی است که از او قطع شده است و می‌توان آن عضو قطع شده را به خود او یا دیگری پیوند زد. از این رأی می‌توان برداشت کرد که معاونت حقوقی-قضایی قوه قضائیه نیز به گونه‌ای رابطه ملکیت را بین انسان و اعضای بدن وی پذیرفته است که صرف نظر از این قانون مشورتی، در سال ۱۳۷۹ جواز فرایند اهدای عضو و پیوند اعضای بیماران مرگ مغزی به شکل قانون لازم‌الاجرا درآمد که خود به‌عنوان اماره‌ای دال بر ملکیت و سلطنت، قوانین مشورتی پیش از خود را مورد نسخ قرار می‌دهد.

#### ۴-۲. انتفاع قابل اعتنای اعضای بدن بیماران مرگ مغزی با وجود نجاست عینی آنان

آنچه از اشکال بر عدم صحت نقل و انتقال اعضای بدن به علت نجاست عینی آن متوجه فرایند معاوضه اعضای بدن بیماران مرگ مغزی می‌شود، مخدوش است؛ زیرا علت حرمت معاوضه اعیان نجس‌العین مانند اعضای بدن انسان، عدم منفعت عقلایی و قابل توجه در نجاسات عینی است.

در این حکم (نجاست عینی اعضای بدن بیماران مرگ مغزی) تفاوتی بین قبول قول به تحقق مرگ حقیقی و عدم قبول آن نیست؛ زیرا عضو جدا شده انسان چه در فرض حیات و چه در فرض ممات، دارای نجاست عینی است (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۳، ص. ۱۳۴).

برخی فقها در بیان دلیل حرمت معاوضه اعیان نجسه می‌فرمایند همانا مانعی از صحت بیع نجس‌العین و متنجس وجود ندارد مگر از لحاظ نبود منفعت محلله عقلایی. حال اگر منفعت محلله عقلایی برای نجس‌العین تصور شود، دیگر مانعی از صحت بیع آن وجود نخواهد داشت (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۶۵).<sup>۱۰</sup>

همچنین، برخی دیگر نیز در این باره می‌گویند همانا بیع نجاسات عینی به دلیل حرام بودن انتفاعات مقصوده آن، حرام و هر آنچه انتفاعات مقصوده (عقلایی) آن حرام باشد، بیع آن باطل است. باید بیان داشت صغرای کلام بیان شده (یعنی کل محرمة الانتفاع لا یصح بیعه) اجماعی است که از ظاهر غنیه نیز این ادعای اجماع نمایان است. در نتیجه، حکم به حرمت اکتساب و معامله با اعیان نجسه بدین علت که خالی از منفعت محلله عقلایی است، وجیه است (نجفی، ۱۳۹۷، ج ۹، ص. ۲۲).<sup>۱۱</sup>

برخی دیگر از فقها نیز مانند شیخ انصاری بعد از بررسی تمام ادله عقلی و نقلی تحریم معاوضه نجس‌العین، به صراحت صحت نقل و انتقال نجاسات عینی را برمی‌گزینند. ایشان می‌فرمایند آنچه از سخنان حاصل شد، این است که از تمام نجاسات می‌توان انتفاع شرعی و عقلایی برد و هیچ دلیل عامی بر حرمت تمام انتفاعات نجاسات وجود ندارد؛ همان‌گونه که دلیل عامی بر حرمت بیع و معاوضه آن‌ها وجود ندارد (حال باید بیان داشت که نه تنها دلیلی بر حرمت وجود ندارد)، بلکه مقتضای ادله، جواز بیع نجاسات عینی را در جایی که دارای منفعت (عقلایی) هستند، نشان می‌دهد. در نتیجه، در هر موردی از نجاسات عینی که دلیلی بر حرمت غیر از ادله عام اجتناب وجود نداشت، حکم به جواز انتفاع و بیع آن خواهد شد مانند بول و منی حیوان حرام‌گوشت که در این دو به علت نبود دلیل خاص بر حرمت، انتفاع و بیع آن دو در غیر خوردن و آشامیدن جایز خواهد بود؛ البته بر این فرض که برای بول و منی حیوان حرام‌گوشت منفعت عقلایی فرض شود مانند استفاده از منی حیوانات برای تلقیح و باروری (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۳۷).<sup>۱۲</sup>

در انتها باید بیان داشت آنچه از کلام فقها در استدلال بر آیات و روایات تحریم‌کننده معاوضه و انتفاع از نجس‌العین نمایان است، معلل بودن حرمت معاوضه و انتفاع از اعیان نجسه بر عدم منفعت مقصوده و محلله عقلایی است و صرف وجود نجاست مانع انتفاع و نقل و انتقال نیست.

حال باید پرسید که آیا منفعتی بالاتر از نجات جان انسان وجود دارد؟ خداوند متعال در مقام اهمیت حفظ نفس محترمه در آیه ۳۲ سوره مائده می‌فرماید «مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ»؛ بدین سبب بر بنی‌اسرائیل حکم کردیم که هرکس نفسی را بدون حق یا بی‌آنکه فساد و فتنه‌ای در زمین کرده باشد، بکشد، مثل آن باشد که همه مردم را کشته است و هرکس نفسی را حیات بخشد (از مرگ نجات دهد)، مثل آن است که همه مردم را حیات بخشیده است و هرآینه رسولان ما به سوی آنان با معجزات روشن آمدند. سپس بسیاری از مردم بعد از آمدن رسولان باز روی زمین بنای فساد و سرکشی را گذاشتند (۳۲/مائده).

بدین مبنا (مناطق حرمت معاوضه، نبود منفعت محله عقلایی است) معاوضه و انتفاع اعضای بدن انسان هیچ محظوری از لحاظ نجاست نخواهد داشت؛ زیرا بالاترین نوع منفعت مورد توجه عقلا یعنی حفظ نفوس محترمه را داراست. البته این مناطق مورد قبول همه فقها نیست و برخی به این نظریه قائل‌اند که در حکم معاوضه اعیان نجسه باید به همان موارد منصوص در روایت عمل کرد. بدین صورت که روایت اگر به‌طور کلی قائل به تحریم است و تنها موارد خاصی را جایز می‌داند، باید به همان موارد خاص اکتفا کرد و از نص روایت و کلام معصوم تجاوز نکرد. در نتیجه، تحلیل و تحریم معاوضه و انتفاع از نجاسات عینی دایر مدار وجود انتفاع محله عقلایی نیست.

این فرضیه را مرحوم شهید ثانی در مسالک به مشهور فقها نسبت داده‌اند: آنچه کلام اصحاب بر آن است در عدم جواز بیع نجاسات عینی فرقی از لحاظ صلاحیت مبنی بر قابلیت انتفاع از آن و عدم صلاحیت یادشده نیست (شهید ثانی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص. ۱۱۹)۱۳، اما واقعیت این است که چنین انتسابی به اصحاب و مشهور فقها بدون سند و دلیل است و آنچه از کلام فقها نمایان است، خلاف سخن مرحوم شهید ثانی است.

در اثبات این سخن برخی از فقها می‌فرمایند آنچه شهید ثانی در رابطه با عدم تفاوت در حکم به ممنوعیت از بیع (و انتفاع) نجاسات عینی، بین نجاسات دارای انتفاع (عقلایی) و عدم انتفاع به اصحاب نسبت داده‌اند، ثابت نیست. این سخن شهید ثانی در



حالی است که تعداد زیادی از اصحاب، مناط حکم (در جواز و حرمت) استفاده از اعیان نجسه را وجود و عدم منفعت عقلایی می‌دانند (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۹۵)<sup>۱۴</sup>. در ادامه، شواهدی بر نظر فقها در رابطه با اناطه حکم بر وجود و عدم منفعت عقلایی که موافق رأی پژوهش است، بیان می‌شود. از آنچه گذشت، این نکته نیز حائز تأمل خواهد بود که این جواز موجب صحت معاوضه اعضای بدن توسط فرد دهنده عضو به صورت «سلف» نخواهد شد؛ آن هم بدین دلیل که معاوضات مقید به تنجیز هستند و قابلیت تعلیق ندارند و صرف اشتراط در معاوضه بدین صورت که بایع بگوید اگر دچار مرگ مغزی شدم، اعضای من به فلان ثمن در ملک تو، موجب بطلان خواهد بود که این فرض مورد اتفاق فقهاست (شهید ثانی، ۱۳۹۷ش، ج ۴، ص. ۲۰۴).

#### ۳-۴. مالیت اعضای بدن بیماران مرگ مغزی

آنچه در اشکال یادشده به عنوان عدم مالیت اعضای بدن بیان شد نیز مخدوش است. در تعریف اصطلاحی مالیت آنچه از کلام فقها نمایان است، چهار تعریف کلی است.

##### ۱-۳-۴. تعریف نخست

بیان تعریف مال به آنچه در ازای آن مال پرداخت می‌شود (نایینی، ۱۳۷۱ش، ج ۱، ص. ۳۳۹)<sup>۱۵</sup>: برخی از فقها معیار مالیت را بذل مال در مقابل آن می‌دانند. صاحب بلغة الطالب نیز این مطلب را تحت عنوان «قیل» مطرح کرده است (نایینی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۳۳۹). خدشه‌ای که به این تعریف وارد است، این است که مستلزم دور محال است. به عبارت دیگر معرف در تعریف بیان شده است در صورتی که در جای خود در منطق آمده که معرف باید اجلی از معرف باشد.

##### ۲-۳-۴. تعریف دوم

تعریف مال به منفعت از طریق عقد سلبی: این تعریف در مقام بیان ضابطه برای مال نیست و توجهی به جنبه اثباتی مال ندارد، بلکه طرف سلبی مال را مدنظر قرار داده است. صاحب جواهر در شروط العوضین، تعریف ملکیت را عنوان کرده است و به این مطلب تصریح دارد که چیزی که صلاحیت تملک ندارد، بیع آن صحیح نیست و علت بطلان را عدم منفعت معرفی می‌کند (نجفی، ۱۳۹۷، ج ۲۲، ص. ۳۴۳)<sup>۱۶</sup>.

«بیع حشرات صحیح نیست»؛ بدین دلیل که دارای صلاحیت برای تملک نیستند؛ زیرا در بیشتر موارد، حشرات دارای منفعت مورد توجه نیستند. فقهای دیگری نیز بدین نظر اعتقاد دارند که برای اختصار به ذکر سند اکتفا می‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۹، ج ۸، ص. ۱۶۷؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۶۶). گویا در اعتقاد این دسته از فقها، عدم صلاحیت تملک منجر به عدم مالیت می‌شود.

### ۳-۴-۴. تعریف سوم

مقید کردن منفعت به قید «عقلایی» از طریق عقد سلبی یا ایجابی: شیخ انصاری که یکی از شرایط عوضین را «مالیت» عنوان می‌کند، در این رابطه می‌فرماید در هریک از عوضین معامله شرط است که دارای مالیت باشند؛ زیرا تعریف بیع، مبادله مال در برابر مال است (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۱۱۰)۱۷.

یعنی ایشان مطلب را مدلل به تعریف لغوی مال می‌داند و با این شرط از هر چیزی که منفعت عقلایی نداشته باشد و شرعاً هم مجاز نباشد، احتراز می‌جوید که البته برای قید «منفعت عقلایی» بعضی از حشرات را مثال می‌زند که به این دلیل که عرف با آنها معامله مال نمی‌کند، معاوضه بر آنها را نیز صحیح نمی‌داند. برای قید دوم، خوک و شراب را برای مثال بیان می‌کند که از نظر شرع منفعت حلال ندارند. مرحوم نراقی نیز در *عوائدالایام* از طرفداران همین نظریه است و منفعت معتبر در صدق مال را اعتبار عقلایی می‌داند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۰).

با اینکه این دسته از تعاریف در مقام بیان ضابطه برای تعریف مال هستند، اما نارسایی در بیان مطلب به وضوح قابل رؤیت است؛ زیرا اشیایی مانند نور و هوا با اینکه دارای منفعت عقلایی، بلکه حیاتی هستند، عرف آنها را به علت وفور، مال به شمار نمی‌آورد و هیچ‌کس مایل به پرداخت عوض در مقابل آنها نیست.

### ۴-۳-۴. تعریف چهارم

تعریف مال به عناصر آن: دسته‌ای دیگر از فقها، مال را به عناصر تشکیل‌دهنده آن معرفی کرده‌اند؛ هرچند در عناصر تشکیل‌دهنده مال با هم توافق ندارند. محقق ایروانی در حاشیه خود بر مکاسب شیخ انصاری می‌نویسد، ظاهر این است که دو موضوع در

تحقق مفهوم مال معتبر است.

۱. مردم در دنیا و آخرت، به آن شیء نیاز داشته باشند.

۲. بدون کار و تلاش، امکان دسترسی به آن نباشد.

در حقیقت، مالیت موضوعی نسبی است که برای تشخیص مالیت اموال باید مقدار نیاز افراد و کاری که برای وصول به این نیاز صرف شده است، مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، آب در کنار رودخانه مال به شمار نمی‌رود، ولی همین آب در فضایی دور از رودخانه، مال تلقی می‌شود؛ البته این دو خصوصیت یادشده در جایی است که اشیا اولاً و بالذات مورد رغبت قرار گیرند (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۶۵). وی در پایان تعریفش به این سخن اقرار کرده که تعریف مفهوم مال به نوعی که جامع و مانع باشد، مشکل است.

آنچه از مجموع تعاریف چهارگانه «مال و مالیت» استنتاج می‌شود، این است که با تأملی ظاهری، پی برده می‌شود که اعضای بدن از مصادیق اتم مال در عصر معاصر هستند و بدون شک حائز مالیت هستند. در نتیجه، اشکالی تحت عنوان عدم جواز نقل و انتقال اعضای بدن به دلیل عدم مالیت آنها وجود نخواهد داشت؛ زیرا مطابق تعریف نخست، پرداخت مال در برابر اعضای بدن بیماران، فعلی عرفی، متعارف و عقلایی است. بنا بر تعریف دوم نیز صلاحیت اعضای بدن بیماران از لحاظ تملک آن روشن است؛ زیرا دارای منفعت قابل اعتنای عقلایی است و صرف نجاست آنان بنا بر آنچه گفته آمد، دلیل عدم منفعت نمی‌شود. بنا بر تعریف سوم نیز اعضای بدن بیماران در زمره مال به شمار می‌آیند؛ زیرا دارای منفعت عقلایی مانند حفظ جان انسان‌ها هستند. در نهایت، بنا بر تعریف چهارم نیز از آنجاکه این اعضا برای ادامه حیات آنان مورد نیاز مبرم است و نیز دسترسی به این اعضا به سهولت امکان‌پذیر نیست، در زمره مال شمرده می‌شوند.

#### ۴-۴. عدم حجیت اجماع مدرکی

در ارتباط با ادعای اجماع مبنی بر عدم صحت انتفاع و معاوضه اعضای میتة (که اعضای بدن بیماران مرگ مغزی در زمره آنان قرار دارد) باید گفت که بر فرض وجود اجماع محصل و حجیت اجماع منقول در کلمات بزرگان، این اجماع، تعبدی و مدرکی است نه اجماع کاشف از قول معصوم (علیه‌السلام)؛ زیرا مدرک اجماع‌کنندگان از آیات و روایات است که در نتیجه این دلیل از حیز انتفاع خارج می‌شود (سبحانی، ۱۳۸۴، ج ۱،

ص. ۱۷۱؛ مروج جزائری، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۳۸۶).

#### ۴-۵. ادله تصحیح بیع اعضای بدن بیماران مرگ مغزی

با توجه به اینکه هیچ‌یک از ادله مخالفان بر بطلان معاوضه (هریک از عقود ناقله) نسبت به اعضای بدن دلالت ندارد، برای مثال، برای تصحیح بیع اعضای بدن می‌توان دست‌کم به دو دلیل استناد کرد.

##### ۴-۵-۱. دلیل نخست

اطلاقات ادله بیع مانند قول خداوند متعال «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...»؛ خداوند بیع را حلال شمرده است... (بقره/۲۷۵)، کفایت می‌کند (مؤمن قمی، ۱۳۷۴، ص. ۱۷۸)؛ زیرا مقصود از بیع در این آیه شریفه، بیع عرفی است؛ یعنی هر عملی را که عرف و عقلاً بیع تلقی می‌کنند، شارع آن را حلال و صحیح قلمداد می‌کند؛ البته به شرطی که از سوی شارع مورد نهی قرار نگرفته باشد. در مورد اعضای بدن باید گفت که عرف و عقلاً گرفتن عوض در برابر اعطای عضو را قطعاً بیع تلقی می‌کنند و همان‌طور که در مبحث گذشته ثابت شد، منعی از سوی شارع مقدس وارد نشده است که بر بطلان بیع اعضای بدن انسان دلالت داشته باشد؛ البته توجه به این نکته ضروری است که عدم منع شارع مقدس به اخذ عوض در برابر اعطای عضو به صورت مطلق شامل موضوع بیماران مرگ مغزی نیز می‌شود؛ زیرا آنان نیز داخل در عمومیت این موضوع هستند و دارای خصوصیتی منحصر به فرد و خارج‌کننده از عموم عدم ردع نیستند. بنابراین، مقتضی عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و دیگر ادله صحت بیع این است که خرید و فروش اعضای بدن صحیح است و عضو یادشده ملک مشتری و ثمن ملک بایع می‌شود. البته گفتنی است در صورتی که صاحب عضو زنده باشد، ثمن ملک صاحب عضو می‌شود، اما در صورتی که در قید حیات نباشد، ثمن جزو ترکه میت شمرده می‌شود و میان ورثه به میزان سهام تقسیم خواهد شد.

##### ۴-۵-۲. دلیل دوم

روایات؛ همان‌طور که در تأملات پیش بیان شد، مناط صحت بیع این است که مبیع دارای منافع محله و مقصوده عقلایی باشد. به عبارت دیگر، هر شیئی که انتفاع از آن

جایز و مباح باشد، فروش آن به خاطر آن منفعت مباح، صحیح خواهد بود. این ملاک از برخی سخنان ائمه (علیهم السلام) نیز قابل استفاده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

در روایتی از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است هر موضوعی که در آن صلاح و منفعتی برای بندگان باشد و قوام زندگی آنها بر این موضوع دارای مصلحت و منفعت متوقف باشد؛ به طوری که چیز دیگری نتواند جای این منفعت را بگیرد از جمله چیزهایی که می‌خورند، می‌آشامند، می‌پوشند، تملک می‌کنند و مورد استفاده قرار می‌دهند از چیزهایی که استعمال آن برای مردم جایز است و هر چیزی که در جهت از جهات دارای صلاحی برای مردم باشد، خرید و فروش و هدیه دادن و عاریه دادن همه این‌ها جایز است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۵۵)<sup>۱۸</sup>.

از نظر دلالت، در این نصوص تصریح شده که ملاک و مناط صحت خرید و فروش اشیا، رعایت مصلحت مردم و داشتن منفعت مباح است؛ یعنی هر آن چیز که صلاح و قوام زندگی نوع مردم به آن وابسته و دارای منفعت مباح باشد، خرید و فروش آن به خاطر آن مصلحت و منفعت صحیح است و شکی نیست که اعطای اعضای بدن برای پیوند به شخص نیازمند از اموری است که قوام و صلاح زندگی مردم وابسته به آن است و در بسیاری از موارد موجب نجات جان انسان‌ها یا رهایی آنها از درد و رنج می‌شود.

### نتیجه گیری

با توجه و تفحص به برآیند پژوهش پیش رو، زوایا و حدود بررسی فقهی جواز خرید و فروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی در مقام حفظ نفس محترمه روشن و حکم به جواز فقهی موضوع یادشده (و در مواردی وجوب آن) نمایان شد. از آنجاکه پژوهش مطروحه جلوه‌ای از پویایی فقه جعفری را به نمایش می‌گذارد، دارای وجوه تمایزی با دیگر تحقیقات متشابه در این موضوع است که به اختصار بدان وجوه اشاره خواهد شد.

۱. با تتبع آرای فقها نمایان است که قول تحریم خرید و فروش اعضای بدن انسان دارای شهرت است.

۲. نجاسات عینی مانند اعضای بدن بیمار دچار مرگ مغزی در صورت وجود منفعت محله عقلائی، دارای مالیت است و به واسطه تملک آن، قابلیت نقل و انتقال دارد.
۳. ولایت، سلطنت و مالکیت اعضای بدن انسان با توجه به ادله استنباط احکام فقهی، متعلق به انسان است.
۴. صرف نظر از قول به مالکیت اعضای بدن انسان، وجود حق اولویت و اختصاص، موجبات حکم به جواز خرید و فروش آن اعضا را فراهم می‌کند.
۵. با تتبع و بررسی آرای فقها و رد ادله آنان و نیز وجود ادله مثبت استنباطی فقهی، خرید و فروش اعضای بدن بیماران مرگ مغزی برای حفظ نفس محترمه و نیز هر داعی دیگر، دارای حکم جواز است.

#### یادداشت‌ها

۱. و الأسباب المثمرة للملك معدودة.
۲. أنه يشترط في الواهب أن يكون حراً مالكا أو مأذونا منه، فلو وهب العبد أو مال الغير وقف على الإجازة و أما الموهوب فيشترط أن يكون موجودا في العين أو في الذمة و أن يكون مالا متقوما مملوكا مقدورا على قبضه، لا حق فيه للغير من رهن و نحوه معيناً، لا مجهولا مطلقا أو لا واقع له.
۳. أبي عبدالله (عليه السلام) قال السحت ثمن الميتة، و ثمن الكلب، و ثمن الخمر... .
۴. عن جعفر بن محمد عن آبائه في وصية النبي (صلى الله عليه و آله) لعلی (عليه السلام) قال يا علی! من السحت ثمن الميتة.
۵. عَنِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله) قَالَ إِذَا حَرَّمَ اللَّهُ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَّهُ.
۶. الاكتساب بالأعيان النجسة حرام عدا ما استثني.
۷. و الحر لا يضمن بالغصب عينا و منفعة لأنه ليس مالا فلا يدخل تحت اليد.
۸. إنَّ النَّاسَ لَدَى الْعُقَلَاءِ مَسْلُطُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ، كَمَا أَنََّّهُمْ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ، بَلْ فِي هَذَا الْعَصْرِ تَعَارَفَ بَيْعُ الشَّخْصِ دَمَهُ وَ جَسَدَهُ لِلْإِخْتِبَارَاتِ الطَّبِيبَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَ لَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا لِتَسْلُطِهِ عَلَى نَفْسِهِ لَدَى الْعُقَلَاءِ، فَسُلْطَنَةُ النَّاسِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ عَقْلَانِيَّةٌ.

۹. مشروعاً فی إحيائه شروعاً لم يبلغ حد الاحياء فإنه بالشروع يفيد أولوية لا يصح لغيره التخطي إليه و إن لم يفد ملكاً فلا يصح بيعه، لكن يورث و يصح الصلح عليه.
۱۰. انّ المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس الاً من حيث حرمة المنفعة المقصوده، فاذا فرض حلّها فلا مانع من البيع.
۱۱. انما يحرم بيعها لانها محرمة الانتفاع و كل محرمة الانتفاع لا يصح بيعه. اما الصغرى فاجماعيه، بل لعل ذلك ظاهر الغنيه ايضاً و حينئذ يتجه الحكم بحرمة التكبس به لكونه مسلوب المنفعة.
۱۲. فتحصل مما ذكرناه جواز الانتفاع بصنوف النجاسات و لا دليل عام على حرمة جميع الانتفاعات بها، كما لا دليل كذلك على حرمة بيعها، بل مقتضى اطلاق الأدلة جوازه فيما ينتفع به، ففى كل مورد ليس الدليل إلا الأدلة العامة يحكم بجواز الانتفاع به و جواز البيع فى ما ينتفع به، كالبول مما لا يؤكل لحمه و المنى، لعدم الدليل فيهما بالخصوص، فيجوز الانتفاع بهما فى غير الشرب و الأكل و بيعهما، لو فرض لهما منفعة عقلانية كمنى الحيوانات للتلقيح المتعارف فى هذا العصر.
۱۳. لا فرق فى عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه على ما نصّ عليه الأصحاب.
۱۴. و ما نسبه فى المسالك من عدم فرقهم فى المنع عن بيع بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح فلم يثبت صحته، مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطة الحكم فى كلامهم مدار الانتفاع.
۱۵. ما يُبذل بإزائه المال.
۱۶. لعدم صلاحيتها للتملك، باعتبار عدم المنفعة المعتد بها غالباً فيها.
۱۷. يشترط فى كل منها (عوضين) كونه متمولاً لأن البيع مبادلة مال بمال.
۱۸. وكل شئ يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريتته.

کتابنامه

قرآن کریم.

The holy quran.

آقابابایی، اسماعیل (۱۳۸۷). *پیوند اعضای بیماران مرگ مغزی*. قم: پژوهشگاه علم و فرهنگ اسلامی.  
Aqababaei, ismaeil (1387). *Peyvand azaye bimiran e marg maqzi, qom: pajuheshgah elm va farhang.*

انصاری، مرتضی (۱۳۹۴). *مکاسب المحرمه (جلدهای ۱ و ۲)*. قم: مطبوعات دینی.  
Ansari, morteza (1394). *Makaseb almoharrameh, qom: matbouat dini.*

ایروانی، میرزاعلی (۱۴۰۶ق). *حاشیه مکاسب (جلد ۱)*. نجف: دارالعلم.  
Irvani, mirzaali (1406). *Hashiya to almakaseb, najaf: darolelm.*

پورجوهری، علی (۱۳۸۳). *پیوند اعضا و مرگ مغزی از آینه فقه*. چاپ ۱، تهران: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Pourjavaheri, Ali (1383). *Organ Transplantation and Brain Death from the Perspective of Jurisprudence, First Edition, Tehran, Imam Sadiq (AS) Publications.*

حر عاملی، محمد (۱۴۱۶ق). *وسائل الشیعه (جلدهای ۱۱، ۱۲ و ۱۷)*. تهران: کتابچی.  
Hurr al-Amili, Muhammad (1416). *Wasa'il al-Shia. Tehran: Kitabchi Publications.*

حسن زاده، محمد (۱۴۴۴ق). *التنقیح فی تحریم الترقیع و زرع الاعضاء (جلد ۱)*. تهران: تألیفی آموزشی ارشدان.

Hasan Zadeh, Muhammad (1444). *Al-Tanqih fi Tahrim al-Tarqi' wa Zar' al-A'da'. Tehran: Arshadan Educational Publications.*

حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۸). *تذکره الفقهاء (جلد ۱)*. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).

Hilli, Hassan ibn Yusuf (1378). *Tadhkirat al-Fuqaha'. Qom: Al al-Bayt (AS) Institute Publications.*

حلی، حسن بن یوسف (۱۳۳۳). *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (جلدهای ۱ و ۲)*. قم: مجمع البحوث الاسلامیه.

Hilli, Hassan ibn Yusuf (1333). *Muntaha al-Matlab fi Tahqiq al-Madhhab. Qom: Islamic Research Complex.*

خمينی، روح الله (۱۳۸۶). *المکاسب المحرمه (جلدهای ۱ و ۲)*. قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی.

Khomeini, Ruhollah (1386). *Al-Makasib al-Muharrama. Qom: Publications of the Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.*

روحانی، سیدصادق (۱۴۱۴ق). *المسائل المستحدثه*. قم: مؤسسه دارالکتاب.

Rouhani, Seyyed Sadiq (1414). *Al-Masa'il al-Mustahdatha. Qom: Dar al-Kitab Institute.*

سبحانی، جعفر (۱۳۸۴). *الموجز فی الأصول (جلد ۱)*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Subhani, Jafar (1384). *Al-Mujaz fi al-Usul. Qom: Imam Sadiq (AS) Institute.*



- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۴ق). *المهذب الاحکام*. قم: دارالفکر.
- Sabzevari, Seyyed Abdul-Ala (1414). *Al-Muhadhdhab al-Ahkam*. Qom: Dar al-Fikr.
- ستوده، حمید (۱۳۹۱). *مرگ مغزی؛ پردازش فقهی-حقوقی*. چاپ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه (علیهم السلام).
- Sotoudeh, Hamid (1391). *Brain Death: A Jurisprudential and Legal Analysis*, First Edition, Qom, Center for Shiite Jurisprudence of the Imams (AS).
- سیدحسینی، صادق (۱۳۹۳). *خرید و فروش و پیوند اعضا از دیدگاه فقهی حقوقی*. چاپ ۱، تهران: علمی-فرهنگی.
- Seyed Hosseini, Sadeh (1393). *Buying, Selling, and Transplanting Organs from a Jurisprudential and Legal Perspective*, First Edition, Tehran, Elmi Farhangi Publications.
- شرف الدین، عبدالحسین (۱۴۰۳). *الاحکام الشرعیة للاعمال الطبی، چاپ ۳*. کویت: المجلس الاسلامی.
- Sharaf aldin, abdohosein (1403). *Alahkam alshariyah lelamaal altebbi*. Third edition, Islamic parliament.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۳۹۷). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (جلدهای ۳، ۴ و ۷)*. قم: دارالفکر الاسلامی.
- Shahid Thani, Zayn al-Din (1397). *Al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya*. Qom: Dar al-Fikr al-Islami.
- صدوق، محمد (۱۳۹۵). *من لایحضره الفقیه (جلد ۴)*. قم: دارالفکر.
- Saduq, Muhammad (1395). *Man La Yahduruhu al-Faqih*. Qom: Dar al-Fikr.
- طوسی، محمد (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۲)*. قم: اسلامی.
- Tusi, Muhammad (1387). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya*. Qom: Islamic Publications.
- قضایی، صمد (۱۳۷۳). *پزشکی قانونی*. چاپ ۲، تهران: دانشگاه تهران.
- Ghaza'i, Samad (1373). *Forensic Medicine*, Second Edition, Tehran, University of Tehran Press.
- کاشف الغطاء، عباس (۱۴۳۰ق). *تحریر المجله (جلد ۳)*. قم: پژوهشگاه علوم و معارف.
- Kashef al-Ghita', Abbas (1430). *Tahrir al-Majalla*. Qom: Research Institute of Science and Culture.
- کلینی، محمد (۱۳۷۵). *اصول الکافی (جلدهای ۵ و ۷)*. قم: اسوه.
- Kulayni, Muhammad (1375). *Usul al-Kafi*. Qom: Uswah Publications.
- گودرزی، فرامرز؛ و کیانی، مهرزاد (۱۳۹۲). *پزشکی قانونی*. چاپ ۱، تهران: سمت.
- Goodarzi - Kiani, Faramarz - Mehrzad (1392). *Forensic Medicine*, First Edition, Samt Organization.
- مجلسی، محمد باقر (۱۳۸۶). *بحار الانوار (جلد ۱۰۰)*. چاپ ۴، قم: انتشارات دارالفکر الاسلامیه.
- Majlesi, mohammad baqir (1386). *Biharolanvar*. Fourth edition, qom: darolfekr alislamiyeh.

- مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۴). بهره‌گیری از کالبدشکافی در پزشکی. قم: فقه اهل بیت (علیهم‌السلام).
- Momen Qomi, Muhammad (1374). Utilizing Autopsy in Medicine. Qom: Fiqh Ahl al-Bayt (AS).
- مرتضوی، سیدمحسن (۱۳۹۳). بیوند اعضا؛ مرگ مغزی در آینه فقه. چاپ ۱، مشهد: نسیم رضوان.
- Mortezaavi, Seyyed Mohsen (1393). Organ Transplantation and Brain Death in the Mirror of Jurisprudence, First Edition, Mashhad, Nasim Rezvan Publications.
- مروج جزایری، محمدجعفر (۱۳۷۱). منتهی‌الدرایة فی توضیح‌الکفایة (جلد ۴). قم: دارالکتاب.
- Murooj Jazayeri, Muhammad Jafar (1371). Muntaha al-Diraya fi Tawdih al-Kifaya. Qom: Dar al-Kitab.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۳). اصول‌الفقه (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین.
- Muzaffar, Mohammad Reza (1383). Usul al-Fiqh. Qom: Jami'a Modarresin.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۳۷۹). مجمع‌الفائدة والبرهان فی شرح‌الارشاد (جلد ۸). قم: جامعه مدرسین.
- Muqaddas Ardabili, Ahmad (1379). Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharh al-Irshad. Qom: Jami'a Modarresin.
- نایینی، محمدحسین (۱۳۷۱). اجودالتقریرات (جلد ۱). قم: مصطفوی.
- Na'ini, Muhammad Hussain (1371). Ajwad al-Taqirrat. Qom: Mostafavi Publications.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۷). جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلدهای ۴، ۵، ۹ و ۲۲). قم: الجماعة‌المدرسین بقم.
- Najafi, Muhammad Hassan (1397). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam. Qom: Jama'at al-Modarresin bi-Qom.
- نراقی، احمد (۱۴۱۵ق). مستندالشیعة. قم: دارالتراث.
- Naraqi, Ahmad (1415). Mustanad al-Shi'a. Qom: Dar al-Turath.
- وحید بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۶ق). الرسائل‌الفقہیة. قم: مؤسسه علامه بهبهانی.
- Vahid Behbahani, Mohammad Baqir (1416). Al-Rasa'il al-Fiqhiyya. Qom: 'Allama Behbahani Institute Publications.
- Human organ and tissue transplantation, EB113/14. EXECUTIVE BOARD (2003). Harrison TR (2015). HARRISON'S principles of internal medicine, 17, McGraw-Hill, New York.*



10.30497/sj.2024.245372.1318

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی» سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۳، صص. ۵۵۳-۵۷۸

## ابعاد فقهی-حقوقی «مسئولیت کارگزاران دولتی» در واکسیناسیون عمومی

محمد مهدی محب‌الرحمان\*

سیدام‌الله حسینی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

واکسن فرآورده‌ای بیولوژیکی است که با تحریک سیستم ایمنی بدن، عامل عفونی یا میکروارگانیسم‌های مرتبط با آن را در آینده شناسایی و نابود می‌کند. واکسیناسیون عمومی در کنترل بسیاری از بیماری‌های فراگیر از جمله آبله، فلج اطفال، سرخک و کزاز مؤثر بوده و از این رو مورد تأکید دانش پزشکی قرار گرفته است.

مقاله پیش رو که از پیامدهای تزریق واکسن سخن می‌گوید، در پی پاسخ به این پرسش است که «مسئولیت مدنی و کیفری در عوارض احتمالی و ناشناخته واکسن یا تزریق واکسن بی‌کیفیت و نیز عدم تزریق واکسن و سرایت بیماری، بر عهده چه کسی است؟».

یافته‌های پژوهش که با روش داده‌پردازی توصیفی-تحلیلی و با گردآوری اطلاعات و داده‌ها از منابع کتابخانه‌ای صورت پذیرفته است، نشان می‌دهد در فرض قصور کارکنان دولتی یا مصلحت‌سنجی در ارائه واکسن تأییدشده درجه دو، مسئولیت مدنی، جبران خسارت و پرداخت دیه و ارش متوجه ایشان است و در فرض تقصیر نیز مسئولیت کیفری افزوده خواهد شد. همچنین، در فرض خودداری شهروند از تزریق واکسن و بیماری‌پذیری، مسئولیت دولت منتفی است.

### واژگان کلیدی

واکسیناسیون، واکسن، فقه پزشکی، مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری.

\* استادیار گروه مسائل فقهی و حقوقی، پژوهشکده فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران  
m.moheb@isca.ac.ir (نویسنده مسئول).

\* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام‌خمينی  
s.a.hoseini@isr.ikiu.ac.ir (رحمت‌الله علیه)، قزوین، ایران.

## مقدمه

واکسن فراورده‌ای زیستی است که طی آن، آنتی‌بادی یا آنتی‌ژن به عضله یا رگ تزریق می‌شود یا به صورت قطره خوراکی درمی‌آید و در برابر بیماری میکروبی مشخص، ایمنی فعال اکتسابی تولید می‌کند.

با اجرای برنامه واکسیناسیون همگانی در جهان، شیوع بسیاری از بیماری‌های خطرناک مانند دیفتری، کزاز، سیاه‌سرفه، سرخک و فلج کودکان کنترل شده و به حداقل میزان خود رسیده و در برخی موارد مانند آبله به کلی ریشه‌کن شده است در حالی که طاعون به‌عنوان مرگ سیاه یا مرگ‌بارترین بیماری همه‌گیر در قرن ۱۴، حدود ۷۵ تا ۲۰۰ میلیون نفر را به کام مرگ کشاند.

با شیوع بیماری همه‌گیر کووید ۱۹ نیز واکسن‌های مختلفی برای کنترل این بیماری ساخته شد و دولت‌ها در راستای تضمین سلامتی و ایمنی‌بخشی شهروندان، به واکسیناسیون روی آوردند و حتی دستورالعمل‌هایی مبنی بر تزریق واکسن ارائه کردند. این در حالی بود که تعداد کسانی که در مقابل واکسیناسیون مقاومت و از آن خودداری کردند، کم نبود.

با وجود توصیه دولت به واکسیناسیون، اگر فردی به دلایلی مانند عوارض ناشناخته واکسن یا تزریق واکسن بی‌کیفیت و... دچار خسارت و آسیب شود، مسئولیت مدنی و کیفری کارگزاران دولتی در چهار فرض قابل تصور است.

۱. خطا، اشتباه و قصور کارکنان دولتی، ۲. تعمد و تقصیر کارکنان دولتی که واکسن‌های بی‌کیفیت و آسیب‌زا را در اختیار شهروندان قرار داده‌اند، ۳. مصلحت‌سنجی کارکنان دولتی برای تأمین واکسن‌های تأییدشده درجه دو و... و ۴. آسیب دیگر شهروندان به خاطر خودداری شخص از تزریق واکسن.

البته «اضرار عامدانه» یا حتی خطای پزشک و پرستار به علت «عدم رعایت پروتکل‌ها و شیوه‌های بهداشتی تزریق واکسن»، خارج از موضوع پژوهش است و به تحقیق‌های گسترده و مرتبط به «ضمان در عمد و خطای پزشکی» ارجاع داده می‌شود (معینی و گلزار، ۱۳۹۹، صص. ۱۳-۱).

## ۱. پیشینه پژوهش

در موضوع مورد بحث پژوهش‌هایی صورت گرفته که مهم‌ترین آن‌ها به شرح زیر است.

۱. مقاله «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیر (بررسی موردی: کووید ۱۹)» نوشته السان (۱۳۹۹) در نشریه تحقیقات حقوقی.
  ۲. مقاله «واکاوی فقهی-حقوقی حق بر سلامت و مسئولیت دولت در شرایط شیوع بیماری کرونا» نوشته جوان آراسته و رحمانی (۱۳۹۹) در مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی.
  ۳. مقاله «تبیین فقهی مسئولیت دولت در رویارویی با بیماری کرونا» نوشته غریب‌پور (۱۳۹۹) در مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی.
  ۴. مقاله «مناسبات دولت اسلامی و خانواده در کنترل بیماری کرونا» نوشته موسوی و حبیبی تبار (۱۳۹۹) در مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی.
  ۵. مقاله «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا» نوشته مهرا (۱۳۹۹) در نشریه تحقیقات حقوقی.
  ۶. مقاله «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹» نوشته مظفری و میرزایی مقدم در نشریه تحقیقات حقوقی.
  ۷. مقاله «تأثیر علم و قصد بر مسئولیت مدنی ناقل بیماری‌های واگیردار» نوشته هوشمند (۱۳۹۹) در مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی.
- در پژوهش‌های یادشده از مسئولیت دولت در نتیجه واکسیناسیون صحبتی به میان نیامده است، بلکه برعکس درباره مسئولیت دولت و فرد در صورت خودداری از واکسیناسیون بحث کرده‌اند آن هم بدون کاوش فقهی. همچنین، برخلاف پژوهش‌های مشابه، این پژوهش محدود به بیماری‌های واگیردار نیست.

## ۲. مسئولیت کارگزاران در وضعیت قصور

این فرض تحت عناوینی از جمله «خطای حاکم» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۹، حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۵۸) یا «اشتباه حاکم» (کاشف‌الغطا، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۶۰۶)، در

کلمات فقها طرح و بحث شده است و شاید بتوان آن را بحثی پرسابقه به شمار آورد که در ادامه، با تفکیک میان مسئولیت مدنی و کیفری، ابتدا مسئولیت مدنی کارگزاران دولتی و پس از آن، مسئولیت کیفری آنان در وضعیت‌های قصور، اشتباه و خطا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۱. مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی دولت - که ناظر به پرداخت خسارت و جبران آن برای شهروند آسیب‌دیده است - در خصوص آسیب‌های ناشی از خطای کارگزاران و کارکنان دولتی در برنامه واکسیناسیون الزامی، توسط عمواماتی از جمله قاعده لاضرر و نیز روایات خاصی مانند موثقه اصبع‌بن‌نباته قابل توضیح به نظر می‌رسد که بر جبران چنین خسارتی از بیت‌المال تصریح دارد.

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) أَنَّ مَا أَخْطَأَتْ بِهِ الْقَضَاءُ فِي دَمٍ أَوْ قَطْعٍ فَعَلَى بَيْتِ الْمُسْلِمِينَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص. ۱۴۷).

در این روایت به نقل از امیر مؤمنان (عليه السلام) می‌فرماید آنچه را که داوران در قصاص (ریختن خون) یا قطع (مثل بریدن دست سارق) اشتباه کنند، جریمه‌اش با بیت‌المال است. از نظر سند، این روایت به دو سند متفاوت - البته با کمی تفاوت در متن - مورد توجه و اعتماد مشایخ ثلاث در کافی شریف (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۳۵۴)، تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص. ۲۰۳) و من لایحضره الفقیه (ابن بابویه، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص. ۷) قرار گرفته است. درباره رجال آن در نقل ثقة الاسلام کلینی با توجه به تمام رجال یادشده: علی بن ابراهیم (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۶۰)، پدر او یعنی ابراهیم بن هاشم (حلی، ۱۳۸۱، ص. ۵)، حسن بن علی بن فضال که گویا مدتی فطحی بوده است (کشی، ۱۴۰۹ق، ص. ۵۶۵)، یونس بن یعقوب بجلی (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۴۵) و درنهایت، عبدالغفار بن قاسم ابو مریم (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۴۷)، روایت موثقه و قابل اعتماد است؛ همچنان‌که فقهای بسیاری نیز در میان استدلال‌های خود بر آن تکیه کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص. ۲۷۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۵۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص. ۲۵۱). از نظر دلالت نیز این روایت موضوع خطای قاضی در حکم

به قصاص نفس یا عضو و در نتیجه، اجرای قتل یا جرح محکوم علیه را مورد توجه قرار داده است و حکم آن را «جبران خسارت از حساب بیت‌المال» بیان می‌کند.

در واقع، طبق این حکم منقول از حضرت امیر، اولاً، قاضی عادل‌ی که تمام تلاش و جدیت خود را داشته، اما از روی خطا و اشتباه، حکم به قصاص کرده است، باید از پرداخت دیه معاف شود و ثانیاً، لازم است جان آسیب‌دیده با توجه به بی‌گناهی او و الزامی که از سوی قاضی داشت، مورد احترام شمرده و به تبع، خسارت وی از بیت‌المال پرداخت شود؛ البته روایت اصبع‌بن‌نباته، باب قضا و عمل قاضی را در موضوع خود جای داده، اما با توجه به روش برخورد دانشمندان فقه با چنین روایاتی و تطبیق آن بر حاکم، به نظر می‌رسد برداشت حکم «اشتباه حاکم و کارگزاران او» نیز - دست‌کم بر اساس این مبنا - دشوار نخواهد بود؛ همچنان که فقهای بزرگی بر اساس همین روایات، در مصادیق مشابه یا به‌طور مطلق در عنوان «خطای حاکم»، پرداخت خسارت را از سوی بیت‌المال توضیح داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۶۰؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۶۰؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۵۸؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۴۷؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۷۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۵۰۷؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۴۱)؛ ضمن اینکه طبق تناسب موضوع و حکم، مراد از قاضی، شخص قاضی‌القضات یا شخص حاکم نیست، بلکه افزون‌بر او، قضات، کارگزاران، مأموران و مبلغان او را نیز شامل خواهد بود. افزون‌براین، همچنان‌که فقها نیز یادآور شده‌اند (تبریزی، بی‌تا، ص ۶۱۰)، انحصار حکم پرداخت خسارت از بیت‌المال تنها در «قتل و جرح خطایی» بسیار بعید به نظر می‌رسد؛ به‌طوری‌که اگر نتیجه اشتباه قاضی، خسارت مالی بر محکوم علیه باشد، وی دیگر محترم نیست و نباید به جبران آن اقدام کرد؛ زیرا مفاد روایاتی مانند موثقه اصبع‌بن‌نباته نه‌تنها بیان‌کننده حکمی تعبدی، بلکه حکمی مطابق قواعدی از جمله لاضرر، تسبیب و... به نظر می‌رسد که به جبران جنایت و خسارتی دستور می‌دهد که از سوی دولت و «منتسب به دولت» واقع شده است؛ همچنان‌که لزوم جبران خسارت بر مدار حکم عقل بر حسن عدل و قبح ظلم نیز قابل محاسبه است؛ زیرا سرپوش گذاشتن و پرداخت نکردن خسارت مالی و آسیبی که

از اشتباه حاکم عادل و کارگزاران او نشئت گرفته است، عدم احترام مال شهروند و هدر بودن آن و به تبع، ظلم را نشان می‌دهد؛ ضمن اینکه برای جرح و قتل خطایی خصوصیت ویژه‌ای ملاحظه نمی‌شود تا نسبت به ضررهای مالی حکم متفاوتی در نظر گرفته شود؛ همچنان‌که در سرتاسر فقه، خسارت‌های مالی نیز مانند خسارت‌های جانی و جرحی باید جبران شوند و در هیچ بابی، عفو و بخشش بدون جبران ضرر در مقابل زیان مالی دیده نمی‌شود.

از این رو هیچ بعید نیست که گفته شود این روایت تنها به نمونه بارزی از خطای حاکم اشاره کرده است و حکم خسارت‌های مشابه از جمله خسارت مالی را نیز می‌توان از آن استفاده کرد. در تطبیق این روایت بر خسارت ناشی از تزریق واکسن نیز می‌توان گفت از سویی این خسارت و آسیب به سبب واکسیناسیون از سوی کارگزاران دولتی رخ داده است؛ به طوری که اگر توصیه تزریق واکسن صورت نمی‌گرفت، شهروند نیز از آن خودداری می‌کرد و دچار آسیب و خسارت نمی‌شد. از سوی دیگر، کارگزاران و عوامل دولتی که با بهره‌گیری از تمام تلاش و اخذ مشورت و نظرهای کارشناسی به تکلیف شرعی و قانونی خود در اجرای برنامه واکسیناسیون عمل کرده، اما به خاطر شرایط خاصی شهروندانی مورد آسیب و زیان قرار گرفته‌اند، دچار اشتباه و خطا شده است و با توجه به موثقه پیش‌گفته، بیت‌المال مسئول جبران خسارت آن خواهد بود. بنابراین، با توجه به آنچه گفته شد، خسارت ناشی از اجرای واکسیناسیون به شهروندان را باید از طریق محاسبه از بیت‌المال جبران کرد، تا اولاً شخص کارکنان دولت تبرئه شوند و ثانیاً، حرمت جان شهروندان حفظ شود. مطابق تصریح ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، نتیجه‌گیری فقهی پیش‌گفته مبنی بر جبران خسارت از بیت‌المال تأیید شده و لازم است در قبال لطمه به جان و سلامتی افراد، جبران خسارت صورت پذیرد: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد شده [است]، لطمه‌ای وارد کند که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است». این در حالی است که ظاهر ماده مربوط به آسیب از سوی شخصیت‌های حقیقی است که قابلیت انصراف از نهاد حاکمیت را دارد؛ به خصوص ماده ۱۱ همین قانون که به ایراد لطمه از سوی حاکمیت می‌پردازد، پرداخت



خسارت را با وجود دو شرط متتفی بیان می‌کند. اولاً اینکه، اقدام دولت برحسب ضرورت صورت گرفته باشد و ثانیاً، لازم است این برنامه برای تأمین منافع اجتماعی رخ داده باشد: «... در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود». از این رو به نظر می‌رسد بتوان طبق این مواد، نهاد حاکمیت را که به علت شرایط خاص و ضروری و در راستای مصلحت اجتماعی از واکسیناسیون عمومی سر باز زده بود، از پرداخت خسارت به آسیب‌دیدگان تبرئه کرد (مظفری و میرزایی مقدم، ۱۳۹۹، ص. ۳۸۵)، اما عدم جبران خسارت ناشی از خطای کارگزاران دولتی که از ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی نتیجه گرفته شد، افزون‌بر مخالفت با مبانی فقهی امامیه - با کمک ادله‌ای از جمله قاعده لاضرر و روایاتی مانند موثقه اصبع‌بن‌نباته که تفصیل آن گذشت - در مقایسه با بنیان‌های دیگر حقوقی که دولت را مکلف به پرداخت خسارت دانسته‌اند، نقدهایی را نشان می‌دهد. برای مثال، بر اساس نظریه «قراردادهای اجتماعی» که روسو معرفی کرده است، در مقابل آزادی که مردم به دولت واگذار می‌کنند، دولت هم به‌عنوان طرف تعهد در هنگامی که در اثر یک پدیده اجتماعی آسیبی به افراد وارد شود، ملزم به جبران خسارات وارده شناخته می‌شود. همچنین، مطابق دیدگاه «هم‌بستگی اجتماعی» که تکلیف دولت را بر پایه اخلاقی توجیه می‌کند، مردمی که در جامعه زندگی می‌کنند، به یکدیگر وابسته هستند و به تبع، کمک به شخص آسیب‌دیده توسط جامعه، با مبانی انصاف و عدالت سازگارتر به نظر می‌رسد (مهرا، ۱۳۹۹، ص. ۱۴۳). بنابراین، با توجه به ادله‌ای که گذشت، در جنبه حقوقی مسئله نیز باید مطابق مبانی فقهی امامیه، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را که پیش از انقلاب اسلامی تصویب شده، مورد نسخ تلقی کرد و دولت را مسئول جبران خسارت به افراد آسیب‌دیده به شمار آورد.

## ۲-۲. مسئولیت کیفری

در بررسی مسئولیت کیفری که از وقوع جرم و مجازات مجرم سخن می‌گوید، در خصوص خطای کارگزاران و کارکنان دولتی که بذل وسع کرده‌اند و بدون اهمال آنان، آسیب شهروندان رقم خورده است، به نظر می‌رسد بتوان از ادله‌ای از جمله موثقه

اصبغ بن نباته بهره گرفت. این روایت که بحث رجالی، سندی و دلالی آن در صفحات پیش گذشت، با توجه به عبارت «أَنَّ مَا أَخْطَأْتُ بِهِ الْقُضَاةُ فِي دَمٍ أَوْ قَطْعٍ، فَعَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» که طبق توضیحات پیش گفته، مسئولیت کارگزاران دولتی را در حکم خطایی، جبران مالی از بیت المال دانسته است، به نظر می‌رسد دیگر جایی برای مسئولیت کیفری شخص کارگزاران دولتی باقی نمی‌ماند؛ زیرا اولاً، کارگزاران دولتی طبق وظیفه شرعی و قانونی خود، تزریق واکسن را اجرا کرده و از این رو جرم عمدی و غیرعمدی مرتکب نشده‌اند؛ زیرا طبق ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی، «در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز شود» و طبق ماده ۱۴۵ همین قانون، «تحقق جرائم غیرعمدی منوط به احراز تقصیر مرتکب است...» که در قسمت بعد مورد بررسی قرار خواهد گرفت. افزون‌براین، حتی حکم تکلیفی حرمت نیز برای عملکرد او متصور نیست و نمی‌توان گفت وی کار حرام یا ممنوعی انجام داده است. ثانیاً، روایات از جمله موثقه اصبغ بن نباته که در مقام بیان تشریح چگونگی جبران خسارت شخص آسیب‌دیده هستند، تنها به پرداخت خسارت مالی از بیت‌المال تصریح کرده‌اند و از بیان مسئولیت کیفری و مجازات، خالی هستند.

البته ممکن است گفته شود اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. از این رو دستور جبران از بیت‌المال نافی مجازات و کیفر حاکم نیست و این حکم (وجوب پرداخت از بیت‌المال) انحصار و مفهوم ندارد. در پاسخ می‌توان گفت آنچه در اضرار و آسیب به غیر تصور می‌شود، تنها یکی از چهار گزینه قصاص در جرم عمدی، پرداخت دیه در جرم عمدی و خطایی از سوی شخص، عاقله یا بیت‌المال است و با انجام دادن یکی، جایی برای دیگری باقی نمی‌ماند. برای مثال، در صورت تحقق جنایت عمدی که امکان قصاص وجود دارد، جایی برای پرداخت دیه نیست و در صورت تحقق جنایت خطایی، جایی برای قصاص نفس و عضو باقی نخواهد ماند؛ همچنان‌که در جنایت خطای محض نیز با پرداخت دیه از سوی عاقله، دیگر کیفر و مجازات شخص جانی را تهدید نمی‌کند. از این رو با تصریح روایت به پرداخت خسارت از بیت‌المال باید گفت صرف تصریح به یکی از موارد، نشان می‌دهد جایی برای موارد دیگر از قصاص یا پرداخت دیه از هزینه شخصی حاکم یا عاقله او نیست و پیامدهای کیفری و جزایی دامن حاکم اسلامی و

عوامل او را نخواهد گرفت؛ البته در کنار جبران خسارت به میزان دیه و ارش، می‌توان جریمه یا تعزیر را نیز در نظر گرفت که به‌عنوان مسئولیت کیفری، غیر از جبران خسارت به شمار خواهد آمد.

### ۳. مسئولیت کارگزاران دولتی در وضعیت تقصیر

تقصیر عوامل و کارگزاران دولتی در خصوص «اجرا یا عدم اجرای واکسیناسیون و آسیب زدن از طریق آن»، این‌گونه تصویر می‌شود که برخی کارکنان دولتی به دلایلی از جمله منفعت‌طلبی، سودجویی یا اهمال، بی‌توجهی و تقصیر، برنامه‌هایی مانند تأمین واکسن‌های بی‌کیفیت یا آلوده را ترتیب دهند که آسیب و زیان شهروندان را در پی داشته باشد؛ همچنان که ممکن است به همین دلایل، از تزریق واکسن مفید خودداری ورزند.

#### ۳-۱. مسئولیت مدنی

در خصوص مسئولیت مدنی کارگزاران و کارکنان دولتی در آسیب و اضرار به شهروندان در وضعیت تقصیر، می‌توان از ادله مختلفی مانند «قاعده لاضرر»، «قاعده تسبیب»، «قاعده غرور» و... بر اثبات مسئولیت مدنی بهره گرفت و جبران خسارت را از سوی شخص آسیب‌رسان توضیح داد که در ادامه، تنها به قاعده لاضرر به‌عنوان مستند فقهی و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به‌عنوان مستند حقوقی اشاره خواهد شد.

طبق نظر مشهور فقها، مفاد قاعده لاضرر بر اساس صحیح زرار، «لاضرر و لاضرار» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۵، ص. ۴۲۸)، حکم عقل و بنای عقلا نفی حکم ضرری و حاکم بر ادله احکام اولیه است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۲۰) و از جهت حکم وضعی نیز، همچنان که محقق داماد آورده است، بر طبق بنای عقلا در مستند این قاعده، «ضمان» و «مسئولیت مدنی» را بر شخص آسیب‌رسان مترتب کرده، و شخص او را ملزم به جبران خسارتی که وارد داشته، بیان می‌کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۳۱). در تطبیق بر موضوع بحث باید گفت کارمندان و کارگزارانی که در اجرای برنامه واکسیناسیون با تأمین واکسن‌های بی‌کیفیت و... از روی تقصیر مرتکب اضرار و آسیب‌رسانی به اشخاص شده‌اند یا حتی با اهمال و عدم دقت کافی در این برنامه، آسیب

و ضرر را متوجه شهروندان کرده‌اند، بر اساس مبانی فقهی، خود مسئول جبران خسارت افزون بر قصاص و دیه - که در مسئولیت کیفری محور سخن است - هستند و باید از عهده آن برآیند. ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی، خساراتی به اشخاص وارد کنند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده هستند». این ماده به‌روشنی بر ضمان این کارمندان تصریح کرده و مسئولیت مدنی را متوجه شخص آنان و نه نهاد حاکمیت اعلام داشته است؛ البته در خصوص پزشکان و پرستاران ناآگاهی که متکفل تزریق واکسن آلوده شده‌اند، مباشرت در تزریق واکسن در موردشان تصویر می‌شود، اما با توجه به انتساب آسیب و ضرر به دولت و کارگزاران او که توصیه به تزریق واکسن داده یا اسباب تزریق واکسن بی‌کیفیت را رقم زده‌اند، اقوایت سبب محرز است؛ زیرا پزشکی که مباشرت را بر عهده دارد مانند کارگر شهرداری، بدون اراده مستقل، اقدام به اجرای دستور تخریب کرده است که به تصریح فقها و حقوق‌دانان، ضمان مالی، جزایی و کیفری را نیز بر دوش نخواهد کشید (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۱۵۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۲۲).

### ۲-۳. مسئولیت کیفری

در خصوص مسئولیت کیفری کارگزاران و عواملی که به دنبال منفعت‌طلبی و سودجویی یا حتی با تقصیر، کوتاهی و اهمال، برنامه واکسیناسیون را اجرا کرده و از طریق تأمین واکسن بی‌کیفیت یا آلوده و... اسباب اضرار به شهروندان را فراهم آورده‌اند، روایاتی مانند موثقه اصبح بن نباته که حکم خطای حاکم و کارگزار او را نشان می‌دهد، خروج موضوعی دارد و نمی‌تواند حکم آن مبنی بر پرداخت خسارت از بیت‌المال را شامل شود. در این میان ادله و قواعد فقهی و حقوقی دیگری مانند «قاعده تسبیب» و نیز ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی به‌خوبی می‌تواند مسئولیت کیفری این عوامل و کارگزاران دولتی را نشان دهد که سبب بروز ضرر و آسیب به شهروندان بوده‌اند. اثبات ضمان به تسبیب مورد اتفاق و بلکه اجماع فقهاست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۴۶) که مستند به ادله روایی متعددی است از جمله موثقه سکونی به این شرح: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ

(علیه‌السلام) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) مَنْ أَخْرَجَ مِزَابًا أَوْ كَنْيَفًا، أَوْ أَوْتَدَ وَتَدًا أَوْ أَوْثَقَ دَابَّةً، أَوْ حَفَرَ شَيْئًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَصَابَ شَيْئًا فَعَطِبَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص. ۲۴۵). این روایت به نقل از رسول خدا می‌فرماید هر کس در راه عبور مردم مسلمان ناودانی بنهد یا کنیف یا مستراحی احداث کند یا میخی بکوبد یا حیوانی را ببندد یا چاهی را حفر کند و مسلمانی با یکی از این چیزها برخورد کند و تلف شود، وی ضامن است. این روایت مورد اعتماد مشایخ ثلاثه قرار گرفته است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۳۵۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱۰، ص ۲۳۰؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۵۴). رجال سند نیز همگی موثق و قابل اعتماد هستند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۶۰). از لحاظ دلالت نیز روایت با ذکر مصادیق شایعی از رفتارهای انسانی در آن دوران مانند قرار دادن ناودان، کوبیدن میخ و حفر چاه در مسیر، به ضمان ناشی از خسارت‌آوری آن تصریح کرده است؛ ضمن اینکه این موارد خصوصیت ندارد و نمی‌توان ضمان را تنها در این موضوعات تصویر کرد. از این رو این روایت و نیز روایات مشابه، موضوع قاعده تسبیب را ترتیب می‌دهند که فعل یا ترک فعل شخص، مستقیماً و مباشرتاً موجب اتلاف نیست و رابطه علی و معلولی میان آن دو وجود ندارد، بلکه رابطه بین رفتار شخص و تلف به شکلی است که اگر آن رفتار واقع نشود، تلف نیز اتفاق نمی‌افتد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۱۷). در واقع، در این مثال‌ها، حفر چاه لزوماً آسیب را در پی ندارد، اما اگر شخص در مسیر عمومی حفر چاه را نمی‌کرد، آسیب نیز رخ نمی‌داد و به تبع، ضمانی هم محقق نمی‌شد، اما نکته مهم در روایت، عدم دخالت قصد و عمد برای رخداد آسیب در این برنامه‌هاست؛ به طوری که قصد شخص در حفر چاه، بهره‌گیری شخصی بوده و هیچ قصدی بر وارد کردن آسیب به دیگران نداشته است. از این روست که در قاعده تسبیب، صرف انتساب آسیب و تلف به شخص در ضمان او کافی شمرده می‌شود (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۱۵). فقها نیز با هماهنگ‌سازی میان قاعده تسبیب و تحقق مسئولیت کیفری، بر مجازات قصاص یا پرداخت دیه توسط سبب اقوا از مباشر تصریح کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۴۸). برای مثال، گفته‌اند اگر کسی غذای مسمومی را که غالباً کشنده، به دیگری بدهد یا بدین وسیله قصد کشتن او را داشته باشد، قتل عمد و قصاص محقق می‌شود (خمینی،

بی‌تا، ج ۲، ص ۵۱۱)؛ همچنان‌که اگر جانی طعام را با سم مخلوط بکند و توسط شخص دیگری به مجنی‌علیه برساند، باز هم شخص جانی که جنایت منتسب به رفتار اوست، دارای مسئولیت کیفری دانسته می‌شود و نه شخص تقدیم‌کننده که نسبت به مسمومیت طعام بی‌اطلاع بوده است. از این‌رو در تطبیق قاعده تسبیب بر اهمال کارگزاران دولتی و تقصیر آن‌ها در تأمین واکسن‌های مضر و... می‌توان گفت از سویی کم‌کاری و تقصیر مسئولان و کارگزاران سبب آسیب و ضرر به شهروندان شمرده می‌شود؛ به طوری که اگر رفتار آنان نبود، چنین آسیبی متوقع‌الحصول نبوده است. از سوی دیگر نیز هرچند تزریق واکسن با مباشرت پزشکان صورت گرفته است، اما آسیب‌دیدگی شهروندان منتسب به سیاست‌ها، برنامه‌ها و تأمین واکسن آلوده و... توسط این مدیران شمرده می‌شود که با تقصیر و اهمال، چنین ضررهایی را ترتیب داده‌اند. بنابراین، شخص کارگزاران دولتی که تقصیر، کم‌کاری و اهمال آنان در اجرای برنامه واکسیناسیون محرز شده است و آسیب شهروندان به رفتار یا عدم رفتار آنان منتسب دانسته می‌شود، طبق قاعده تسبیب ضامن این جنایت شمرده می‌شوند و با توجه به شرط تحقق عمد یا شبه‌عمد، مسئولیت کیفری از قصاص یا پرداخت دیه را به دوش خواهند کشید. از نظر حقوقی، تحقق جرم عمدی همراه با قصد اضرار برای این دسته از کارکنان دولتی بعید به نظر می‌رسد، اما مطابق تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی، تنها با احراز «تقصیر» آن‌ها، باز هم «جرم غیر عمدی» محقق می‌شود و تحت مسئولیت کیفری از قصاص تا دیه قرار می‌گیرند؛ ضمن اینکه عنصر اصلی در قاعده تسبیب «استناد» است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۲۲۲) و با توجه به استناد آسیب و تلف به این کارمندان دولت، مسئولیت کیفری آنان معلوم می‌شود، اما در مورد پزشکان، پرستاران و... که مباشرت به واکسیناسیون کرده‌اند، همچنان‌که در مسئولیت مدنی گفته شد، با توجه به انتساب ضرر به نهاد حاکمیت که توصیه به تزریق واکسن کرده، اقوائت سبب محرز است؛ زیرا چنین حکمی مطابق برخی قواعد از جمله قاعده تسبیب نیز به نظر می‌رسد؛ زیرا تحقق جنایت و خسارت به سبب کارگزارانی بوده که خسارتی «منتسب به او» واقع شده است؛ زیرا پزشک مباشر مانند سرباز و... بدون اراده مستقل اقدام به اجرای دستور مافوق خود کرده است و به تصریح فقها و حقوق‌دانان، ضمان مالی، جزایی و کیفری نیز بر عهده او نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱،

ص. ۱۲۳)؛ البته در خصوص «عدم رعایت شیوه‌های صحیح و پروتکل‌های بهداشتی در تزریق واکسن» و آسیب‌دیدگی شخص، مسئولیت کیفری برای پزشک یا عوامل متکفل تزریق واکسن، به تفصیلی که در تحقیق‌های مربوط در عمد و خطای پزشکی بیان شده است، تصویر خواهد شد (معینی و گلزار، ۱۳۹۹، صص. ۱۳-۱).

#### ۴. مسئولیت کارگزاران دولتی در وضعیت مصلحت

یکی دیگر از پیامدهایی که برای واکسیناسیون تصویر می‌شود، وضعیتی است که کارگزاران دولتی برای حفظ مصلحت، از انتخاب بهترین شیوه اجرا، بهترین واکسن و... خودداری و واکسیناسیونی را اجرا می‌کنند که هرچند مورد تأیید کارشناسان سلامت و بهداشت قرار گرفته است، اما در مرتبه پایین‌تری از کیفیت جای می‌گیرد و آسیب‌هایی را به برخی شهروندان وارد می‌سازد. در واقع، کارگزاران دولتی برای حفظ مصلحت کشور - بر فرض درستی چنین مصلحت‌اندیشی و ترجیح - نوع خاصی از واکسن یا روش خاصی را در اجرای واکسیناسیون - مانند دسته‌بندی شهروندان بر اساس مشاغل مدیریتی، نظامی، سن و... - انتخاب می‌کنند؛ هرچند از این رهگذر، جان تعدادی از مسلمانان نیز از میان برود. بنابراین، در این فرع، کارگزاران دولتی به دلایلی مانند خوف تسلط سازندگان واکسن که غیرمسلمان هستند بر کشور اسلامی و از میان رفتن دین و کشور یا مصالح دیگر که بر فرض بر جان مسلمانان نیز ترجیح داشته باشد، مصلحت انتخاب نوع خاصی از واکسن یا روش خاصی برای واکسیناسیون را مقدم می‌دارند و از خرید واکسن بهتر خودداری می‌کنند و برخی مسلمانان متحمل آسیب و ضرر می‌شوند. در ادامه، ابتدا مسئولیت مدنی کارگزاران و سپس مسئولیت کیفری آنان مورد اشاره خواهد بود.

#### ۴-۱. مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی دولت در مقابل خساراتی که حکم عدم اجرای واکسیناسیون به بار آورده، مستدل به ادله‌ای چون «قاعدۀ لاضرر» است. قاعدۀ لاضرر چنان‌که پیش‌تر اشارت رفت، نافی حکم ضرری و مثبت ضمان در صورت ایراد ضرر به دیگری است. در تطبیق بر موضوع بحث گفته می‌شود کارمندان و کارگزارانی که در اجرای برنامه

واکسیناسیون، هرچند به خاطر مصلحت امت یا دین، اضرار و آسیب به شخص وارد داشته‌اند، بر اساس مبانی فقهی باید از عهده خسارت برآیند و آن را جبران کنند؛ البته این جبران خسارت مانند موارد مشابه دیگر، بر عهده نهاد حاکمیت و بیت‌المال است و نه هزینه شخصی کارگزاران دولتی؛ زیرا ضرر و آسیب از سوی شخصیت حقوقی آنان به‌عنوان کارگزار صورت گرفته است. در واقع، کارگزاران دولتی در پی انجام دادن وظیفه و انتخاب گزینه بهتر در تراحم میان «واکسیناسیون بی‌نقص» یا «حفظ مصلحت هرچند با آسیب به تعدادی از شهروندان»، حفظ مصلحت جامعه اسلامی را ترجیح داده‌اند و مطابق قواعدی مانند «مَن لَه‌الغَنَمُ فَعَلِیْهِ‌الغَرَمُ» (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۸۴) جامعه‌ای از این حکم سود برده است، به‌تبع، ضامن خسارت‌ها نیز خواهند بود؛ همچنان‌که در مصالح عمومی و اجتماعی دیگری که مورد تصریح روایات و فقها نیز قرار گرفته، جبران هزینه از سوی بیت‌المال صورت می‌پذیرد.

برای مثال، دیه جنینی که مادرش با حکم حاکم فرا خوانده شده و به خاطر ترس دچار سقط شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص. ۱۵۹)، خطای حاکم و قاضی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۲۶)، خسارت تخریب خانه برای توسعه جاده (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص. ۳۰۶)، پرداخت مهریه مردی که همسرش به سمت کفار مهاجرت کرده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۸۶)، هزینه ازدواج جوان مجرد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۳۵۲) و... که نشان از اهمیت مصالح عمومی دارد.

بنابراین، مسئولیت مدنی نهاد حاکمیت که آسیب‌دیدگی شهروندان از تزریق نوع خاصی از واکسن یا روش خاصی برای واکسیناسیون مستند به او دانسته می‌شود، به‌واسطه این ادله به‌خوبی نشان داده شده است و کارگزاران دولتی که آسیب و ضرر به شهروندان را سبب شده‌اند، لازم است از طریق بیت‌المال، خسارات واردشده را جبران کنند.

از نظر حقوقی - همچنان‌که در قسمت‌های قبل توضیح داده شد - ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، پرداخت خسارت از سوی نهاد حاکمیت را با وجود دو شرط تحقق ضرورت در برنامه آسیب‌زا و تأمین منافع اجتماعی، منتفی دانسته است، اما بر اساس مبانی فقهی امامیه از جمله قاعده لاضرر و صحیححه شحام و همچنین مبانی



مختلف دیگری مانند نظریه «قراردادهای اجتماعی» و «هم‌بستگی اجتماعی» (مهرا، ۱۳۹۹، ص. ۱۴۳)، می‌توان دولت را مکلف به پرداخت خسارت دانست. بنابراین، در جنبه حقوقی مسئله نیز باید ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را که پیش از انقلاب اسلامی تصویب شده است، منسوخ دانست (مظفری و میرزایی مقدم، ۱۳۹۹، ص. ۳۸۵) و بر اساس ادله پیش‌گفته، دولت را مسئول جبران خسارت به افراد آسیب‌دیده به شمار آورد.

#### ۴-۲. مسئولیت کیفری دولت

در مسئولیت کیفری که از مجازات مجرم سخن گفته می‌شود، در خصوص آسیب شهروند از «تزریق واکسن آسیب‌زا در وضعیت مصلحت»، این پرسش شایان طرح است که آیا کیفر و مجازات متوجه کارگزاران دولتی که از روی مصلحت، برنامه واکسیناسیون با کیفیت نازل را اجرا کرده‌اند، می‌شود درحالی‌که عملکرد کارگزاران دولتی در ترجیح «واکسیناسیون عمومی» بر «حفظ جان تعدادی از مسلمانان» - بر فرض عدم خطا و رعایت شروط اتخاذ حکم کارشناسانه - طبق مصلحت جامعه روی داده و آسیب و ضرر به افراد محدودی از شهروندان وارد شده، اما همین برنامه واکسیناسیون جلوی آسیب بزرگ‌تر به کیان اسلامی را گرفته است.

البته در صورت «خطا و اشتباه کارگزاران دولتی»، روایاتی مانند موثقه اصیغ‌بن‌نباته که در قسمت قبلی گذشت، جبران دیه آسیب‌دیدگان را از بیت‌المال طرح کرده‌اند؛ همچنان‌که در صورت «عدم رعایت کارشناسی و تحقیق» در حکم به «عدم اجرای واکسیناسیون»، تحقق جرم عمدی را در پی خواهد داشت، اما جایی که برنامه واکسیناسیون با دقت نظر و مطابق مصلحت امت اسلامی انجام شده است، از آنجاکه جان و خون این آسیب‌دیدگان محترم شمرده می‌شود، باز هم بر اساس ادله و قواعدی مانند «قاعده حرمت خون مسلمان»، پرداخت ارش و دیه اشخاص ضروری است.

«قاعده حرمت خون مسلمان» که مورد اتفاق نظر فقها و همچنین قانون‌گذار قرار گرفته است، منشأ احکام و قوانینی شده است. برای مثال، قانون مجازات اسلامی در ماده ۴۸۷ مقرر می‌دارد «اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته نشود یا بر اثر ازدحام

گشته شود، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود» یا در ماده ۴۷۴ بیان می‌دارد «در جنایت شبه‌عمد در صورتی که به دلیل مرگ یا فرار به مرتکب دسترسی نباشد، دیه از مال او گرفته می‌شود و در صورتی که مال او کفایت نکند، از بیت‌المال پرداخت می‌شود» (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص. ۱۲۶) یا در ماده ۱۵۶ آمده است «در موارد دفاع مشروع دیه نیز ساقط است جز در مورد دفاع در مقابل تهاجم دیوانه که دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۴۳۳) و در ماده ۴۷۰ تأکید شده است «در صورتی که مرتکب دارای عاقله نباشد یا عاقله او به دلیل عدم تمکن مالی نتواند دیه را در مهلت مقرر بپردازد، دیه توسط مرتکب و در صورت عدم تمکن از بیت‌المال پرداخت می‌شود». این‌ها همگی مصادیقی از قاعده حرمت خون مسلمان را نشان می‌دهد، اما یکی از مهم‌ترین مستندات این قاعده، صحیح طولانی زید شحام از امام صادق (علیه‌السلام) است که در بخشی از آن آمده است:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدِ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (علیه‌السلام) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) ... فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ... مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ أَيْتَمَنَهُ عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص. ۱۰)؛ به‌راستی که خون و اموال شما محترم است... هرکس امانتی نزد اوست، به صاحبش بازگرداند. به‌راستی که خون مسلمان و مال او حلال نیست مگر به رضایت باطنی او. این روایت که به دو سند صحیح نقل شده، مورد اعتماد دو تن از مشایخ حدیث قرار گرفته است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۷۳ و ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۹۳) و همه رجال آن مورد توثیق قرار گرفته‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۶۰؛ کشی، ۱۴۰۹ق، ص. ۵۵۶؛ طوسی، بی‌تا، ص. ۲۰۱). از لحاظ دلالت نیز جمله «دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ» و «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» به‌روشنی حرمت خون و مال مسلمان را نشان می‌دهد که حکم تکلیفی و وضعی از آن استفاده شده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۶۵).

افزون‌براین، تصریح ابتدایی نبی مکرم به حکم بازپرداخت امانت مالی با عبارت «مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ أَيْتَمَنَهُ عَلَيْهَا» و سپس مستدل‌سازی این حکم به عدم حلیت جان و مال مسلمان با عبارت «فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا

بَطِيْبَةٌ نَفْسِهِ»، تسری حکم وضعی ضمان را به جان مسلمان نشان می‌دهد. به این معنا که اگر جان مسلمان هم ستانده شود، لازم است جبران شود؛ همچنان که برخی فقها با تکیه بر همین روایت، از حکم وضعی ضمان و پرداخت دیه از بیت‌المال در برخی موارد سخن گفته‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۴۰۱)؛ البته از این روایت نمی‌توان حرمت خون را تنها به «مسلمانان» اختصاص داد، بلکه بیان کلمه مسلمان، ظاهراً برای اهتمام به شأن اوست و کافر ذمی نیز داخل در این حکم است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص. ۴۶).

در جمع‌بندی می‌توان گفت طبق این صحیحه، جسم و جان شهروندان ارزشمند است و شخصی که آسیب به او منتسب است، باید از پس جبران آن برآید. پس نمی‌توان خون آسیب‌دیدگان را هدر و جانشان را حلال و بدون هیچ‌گونه ضمان بیان کرد؛ هرچند برنامه کارگزاران دولتی به مصلحت جامعه اسلامی تصویر شده باشد؛ البته با توجه به اینکه برنامه واکسیناسیون آسیب‌زا طبق مصلحت جامعه رخ داده، مسئولیت کیفری کارگزاران دولتی نیز مانند مسئولیت مدنی متوجه نهاد حاکمیت است و خسارت آسیب به آن نیز باید از بیت‌المال جبران شود، اما مطابق ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد»، از آن‌رو که کارگزاران دولتی اساساً مرتکب جرمی نشده‌اند، مسئولیت کیفری نیز از آنان رفع می‌شود و مجازات منتفی خواهد بود.

## ۵. مسئولیت کارگزاران دولتی در مقابل مستنکف

### ۵-۱. مسئولیت مدنی

در مورد اشخاصی که به‌رغم رعایت شرایط واکسیناسیون مطلوب، از تزریق واکسن خودداری کرده‌اند، مسئولیت کارگزاران بر اساس قاعده اقدام منتفی است. قاعده اقدام که در مقابل قواعدی مانند قاعده احترام، قاعده لاضرر، قاعده اتلاف و تسبیب قرار می‌گیرد، به این معناست که اگر خود شخص در اقدامی که انجام می‌دهد، حرمت مال یا جان را سلب کرده باشد، دیگر نمی‌توان ضمان و مسئولیتی برای مال و جان از دست‌رفته علیه شخص دیگر تصویر کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۲۱)؛ زیرا

شخص با اقدام خود موجب از بین رفتن حرمت مال و جان خود شده است و از این رو حمایتی از جانب شارع نخواهد شد. قاعده لاضرر از باب امتنان از کسی حمایت می‌کند که خود در ورود زیان بر خویش دخالتی نداشته باشد؛ همچنان که در قضیه لاضرر سمره‌بن جندب با اقدام خود احترام درخت خود را از بین برد و مراتب قلع آن را هموار کرد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۹۶). در قاعده اتلاف و تسبیب نیز عنصر اصلی «استناد» است و با توجه به اقدام شخص زیان‌دیده علیه خود، تلف به خود وی منتسب است و استناد تلف به سبب دیگر برای اینکه مستند آسیب شمرده شود، منتفی خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۲۲). قاعده اقدام مورد پذیرش فقهای امامیه قرار گرفته و برخی مفاد آن را حکم بدیهی بی‌نیاز از دلایل نقلی شمرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۲۲). در تطبیق این قاعده بر موضوع «مسئولیت دولت در قبال آسیب‌های ناشی از خودداری شخص از واکسیناسیون» نیز باید گفت «اقدام» شخص به خودداری از تزریق واکسن که بیماری و آسیب‌دیدگی او را در پی دارد، به‌عنوان اقدامی در مسیر پذیرش آسیب و ضرر علیه خود شمرده می‌شود. آن هم به‌طوری که آسیب‌های وارد بر او که به سبب اقدام شخصی‌اش روی داده است، به‌خوبی منتسب به خودش دانسته می‌شود و نمی‌توان این اضرار و آسیب را به دولت یا شخص دیگر نسبت داد. بنابراین، مصداقی از قاعده اقدام را ترتیب داده است که با انتساب ضرر به خود وی، رافع مسئولیت دولت به شمار می‌آید؛ البته در صورتی که فرد مستنکف از روی جهالت و پذیرش تبلیغات فریب‌کارانه شخص یا گروهی، از تزریق واکسن خودداری و آسیب و ضرر جسمی و... را تجربه کند، طبق قواعدی مانند «قاعده غرور» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۶۹)، می‌توان ضمن انتساب اضرار به غار، جبران خسارت را بر عهده وی مستدل ساخت.

## ۲-۵. مسئولیت کیفری

همچنان که در قسمت‌های قبلی گذشت، مسئولیت کیفری به معنای مجازات (صفایی و لورراسا ۱۳۷۶، ص. ۳۰) در مواردی که دولت در حکم خطایی یا حتی حکم عمدی، اما به مصلحت جامعه، از تزریق واکسن خودداری کند و به شهروندان آسیب برسد، محقق نخواهد بود. از این رو در جایی که نهاد حاکمیت حکم صحیحی

را صادر کرده است، اما شخص از پذیرش آن خودداری کند، به طریق اولی و بر اساس قیاس اولویت (مظفر، بی تا، ج ۲، ص. ۱۸۴)، مسئولیت کیفری علیه کارگزاران دولتی رقم نخواهد خورد؛ زیرا مطابق ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم عاقل، بالغ و مختار باشد» حال آنکه کارکنان دولت در این زمینه از خود اختیاری ندارند.

### نتیجه‌گیری

از بررسی‌های صورت‌گرفته در خصوص پیامدهای فقهی و حقوقی واکسیناسیون اجباری نتایج زیر به دست می‌آید.

۱. در وضعیت قصور کارگزاران دولتی، مطابق موثقه اصبع‌بن‌نباته، جبران خسارت دیه یا ارش آسیب‌دیدگان از بیت‌المال خواهد بود.
۲. در وضعیت تقصیر کارگزاران دولتی، مطابق قاعده لاضرر و نیز قاعده تسبیب، لازم است جبران خسارات، پرداخت دیه، ارش یا حتی قصاص با تحقق شرایط آن از جانب شخص آنان صورت پذیرد.
۳. در وضعیت رعایت مصلحت امت اسلامی و آسیب دیدن برخی شهروندان، مطابق قاعده لاضرر و نیز حرمت خون مسلمان، خسارت متضرران، پرداخت ارش و دیه بر عهده بیت‌المال است.
۴. در وضعیت خودداری شهروند از تزریق واکسن، کارگزاران دولتی به دلیل قاعده اقدام شخص شهروند بر عدم تزریق واکسن، مسئولیت مدنی و کیفری نخواهند داشت.
۵. در وضعیت خودداری شهروند از تزریق واکسن، شخص شهروند یا عاقله او با توجه به شرایط مختلف سرایت، به دلیل عمومات قصاص و دیه، ملزم به پرداخت دیه، ارش یا قصاص می‌شود، اما با توجه به سیره متشرعه که ردعی از سوی امامان معصوم صورت نپذیرفته است، می‌توان مسئولیت کیفری شهروندان را منتفی دانست.

کتابنامه

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Ibn Babuyah, Muhammad ibn Ali (1992). "Man La Yahduruhu al-Faqih". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- Ibn Manzur, Muhammad ibn Mukarram (1993). "Lisan al-Arab". Beirut: Dar al-Fikr li al-Tiba'wa wa al-Nashr wa al-Tawzi' – Dar Sadr.
- احسائی، محمد بن علی (۱۴۰۵ق). عوالی (غوالی) اللثالی العزیزیه. قم: دار سیدالشهداء للنشر.
- Ahsa'i, Muhammad ibn Ali (1985). "'Awali (Ghawali) al-La'ali al-'Aziziyah". Qom: Dar Sayyid al-Shuhada li al-Nashr.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشادالاندهان (جلد ۱۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Ardabili, Ahmad (1983). "Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhhan". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). زبدة البیان فی احکام القرآن. تهران: المكتبة الجعفریة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- Ardabili, Ahmad ibn Muhammad (n.d.). "Zubdat al-Bayan fi Ahkam al-Qur'an". Tehran: al-Maktaba al-Ja'fariyya li Ihya' al-Athar al-Ja'fariyya.
- السان، مصطفی (۱۳۹۹). «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیر (بررسی موردی: کووید ۱۹)». تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳ (ویژه نامه حقوق و کرونا)، صص. ۲۴۳-۲۱۵.
- Elsan, M. (2020). Government Civil Liability for Infectious Diseases (Case Study: COVID-19). Legal Research Quarterly, 23(LAW and COVID- 19), 215-243. doi: 10.22034/jlr.2020.185075.1642
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- Ansari, Murtada (1994). "Kitab al-Makasib". Qom: World Congress Commemorating Sheikh Azam Ansari.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة (جلدهای ۱ و ۷). قم: نشر الهادی.
- Behnordi, Sayyid Hasan (1998). "Al-Qawa'id al-Fiqhiyya". Qom: Nashr al-Hadi.
- بجنوردی، سیدمحمد (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیة (جلد ۱). تهران: مؤسسه عروج.
- Behnordi, Sayyid Muhammad (1981). "Qawa'id Fiqhiyya". Tehran: Uruj Institute.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Bahrani, Yusuf ibn Ahmad (1985). "Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-'Itra al-Tahira". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- تبریزی، جواد بن علی (بی تا). اسس القضاء والشهادة. قم: دفتر مؤلف.
- Tabrizi, Jawad ibn Ali (n.d.). "Usus al-Qada' wa al-Shahada". Qom: his office.
- جوان آراسته، حسین (۱۳۹۹). «واکاوی فقهی-حقوقی حق بر سلامت و مسئولیت دولت در

- شرایط شیوع بیماری کرونا». مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی، دوره ۱۲، صص. ۱۶-۱.
- Javan Arasteh, H., & Rahmani, S. (2021). Jurisprudential-Legal Analysis of "Right to Health" and "Government Responsibility" in Conditions of Corona Outbreak: jurisprudential-Legal Analysis of "Right to Health" and "Government Responsibility" in Conditions of Corona Outbreak. *Medical Figh*, 12(42), 1-16. <https://doi.org/10.22037/mfj.v12i42.33667>.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (جلدهای ۲۰، ۲۱، ۲۵ و ۲۹). قم: آل البیت.
- Hur 'Amili, Muhammad ibn Hasan (1988). "Tafsil Wasa'il al-Shi'a ila Tahsil Masa'il al-Shari'a". Qom: Al al-Bayt.
- حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ق). *التعلیقات علی شرایع الاسلام*. قم: استقلال.
- Husayni Shirazi, Sayyid Sadiq (2004). "Al-Ta'liqaat 'ala Sharayi' al-Islam". Qom: Isteghlal Publications.
- حلی، ابن ادریس محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Hilli, Ibn Idris, Muhammad ibn Mansur (1990). "Al-Sara'ir al-Hawi li Tahrir al-Fatawi". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام* (جلد ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- Hilli, Ja'far ibn Hasan (1988). "Sharayi' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram". Qom: Isma'iliyya Institute.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۱ق). *رجال العلامة الحلی؛ خلاصة الاقوال فی معرفة احوال الرجال*. نجف اشرف: منشورات المطبعة الحیدریة.
- Hilli, Hasan ibn Yusuf (1961). "Rijal al-'Allama al-Hilli - Khulasat al-Aqwal fi Ma'rifat Ahwal al-Rijal". Najaf al-Ashraf: Manshurat al-Matba'a al-Haydariyya.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Hilli, Hasan ibn Yusuf (1992). "Mukhtalaf al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکرة الفقهاء*. قم: آل البیت.
- Hilli, Hasan ibn Yusuf (1993). "Tadhkirat al-Fuqaha". Qom: Al al-Bayt.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). *نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام*. قم: آل البیت.
- Hilli, Hasan ibn Yusuf (1998). "Nihayat al-Ahkam fi Ma'rifat al-Ahkam". Qom: Al al-Bayt.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامية* (جلد ۵). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- Hilli, Hasan ibn Yusuf (1999). "Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyya 'ala Madhhab al-Imamiyya". Qom: Imam Sadiq (AS) Institute.

- خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (2000). "Kitab al-Bay'". Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- خمینی، سیدروح الله (بی تا). تحریر الوسیله (جلد ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (n.d.). "Tahrir al-Wasilah". Qom: Mu'assasa-ye Matbu'at Dar al-'Ilm.
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (جلد ۷). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- Khansari, Sayyid Ahmad (1985). "Jami' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'". Qom: Isma'iliyya Institute.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام الخویی (جلد ۳). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim (1997). "Mawsu'at al-Imam al-Khoei". Qom: Foundation for the Revival of Imam Al-Khoei's Works.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکمله المنهاج (جلد ۳). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim (2001). "Mabani Takmila Minhaj". Qom: Foundation for the Revival of Imam Al-Khoei's Works.
- سیدرضی، محمدبن حسین (۱۳۷۲). نهج البلاغه (عزیزالله عطاردی، مصصح). تهران: بنیاد نهج البلاغه.
- Sayyid Radi, Muhammad ibn Husayn (1993). "Nahj al-Balagha". Ed. Azizullah 'Atarudi, Tehran: Nahj al-Balagha Foundation Publications.
- شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعة دمشقیة فی فقه الامامیة. بیروت: دارالتراث.
- Shahid Awwal, Muhammad ibn Makki (1990). "Al-Lum'a al-Dimashqiyya fi Fiqh al-Imamiyya". Beirut: Dar al-Turath – al-Dar al-Islamiyya.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۱۴). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1992). "Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi' al-Islam". Qom: Mu'assasa-ye al-Ma'arif al-Islamiyya.
- شیخ الشریعة، فتح الله (۱۴۱۰ق). قاعده لاضرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Shaykh al-Shari'a, Fath Allah (1990). "Qa'ida La Darar". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- صفایی، سیدحسین؛ و لوراسا، میشل (۱۳۷۶). مسئولیت مدنی (محمد اشتری، مترجم). تهران: حقوق دان.
- Safa'i, Sayyid Husayn & Lorrassa, Michel (1997). "Civil liability". Trans. Muhammad Ishtari, Tehran: Huquqdan.



طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (جلد ۱۶). قم: آل‌البيت.

Tabataba'i, Sayyid Ali (1997). "Riyad al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam bi al-Dalail". Qom: Al al-Bayt.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). المؤلفات من المختلف بین ائمة السلف (جلد ۲). مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

Tabarsi, Fadl ibn Hasan (1990). "Al-Mu'talif min al-Mukhtalif bayn A'imma al-Salaf". Mashhad: Majma' al-Buhuth al-Islamiyya.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، الف). تهذیب الاحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

Tusi, Muhammad ibn Hasan (1987). "Tahdhib al-Ahkam". Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، ب). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Tusi, Muhammad ibn Hasan (1987). "Al-Khilaf". Qom: Daftar Intisharat Islami.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۷ق). رجال الشیخ الطوسی؛ الأبواب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Tusi, Muhammad ibn Hasan (2006). "Rijal al-Shaykh al-Tusi – al-Abwab". Qom: Daftar Intisharat Islami.

طوسی، محمد بن حسن (بی تا). الفهرست. نجف اشرف: المكتبة الرضویة.

Tusi, Muhammad ibn Hasan (n.d.). "Al-Fihrist". Najaf al-Ashraf: al-Maktaba al-Ridawiyya.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۱۰). تهران: المكتبة المرزویة لاحیاء الآثار الجعفریة.

Tusi, Muhammad ibn Hasan (1967). "Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya". Tehran: al-Maktaba al-Murtazawiyya li Ihya' al-Athar al-Ja'fariyya.

غریب پور، منصور (۱۳۹۹). «تبیین فقهی مسئولیت دولت در رویارویی با بیماری کرونا». فقه پزشکی، دوره ۱۲ شماره ۴۲، صص. ۲۰-۱.

Gharibpour, M. (2021). Jurisprudential Explanation of the Responsibility of the Government in Dealing With Coronavirus Disease (COVID-19). Medical Fiqh, 12(42), 1–20. <https://doi.org/10.22037/mfj.v12i42.32630>

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ قصاص. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

Fadil Lankarani, Muhammad (2000). "Tafsil al-Shari'a fi Sharh Tahrir al-Wasilah – Qisas". Qom: The Jurisprudential Center of A'imma Athar.

فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا). مفاتیح الشرایع (جلد ۲). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

Fayd Kashani, Muhammad Muhsin (n.d.). "Mafatih al-Shara'i". Qom: Intisharat Kitabkhana Ayatollah Mar'ashi Najafi.

قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲).

Qanun Mujazat Islami (2013).

قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹).

Qanun Mas'uliyyat Madani (1959).

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). الزام‌های خارج از قرارداد (ضمن قهری). تهران: دانشگاه تهران.

Katouzian, Nasser (2006). "Non-contractual obligations (compulsory guarantee)". Tehran: Tehran University.

کاشف‌الغطا، علی‌بن‌محمد رضا (۱۳۸۱). النورالساطع فی‌القیقه‌النافع (جلد ۱). نجف اشرف: مطبعة الآداب.

Kashif al-Ghita, Ali ibn Muhammad Rida (1962). "Al-Nur al-Sati' fi al-Fiqh al-Nafi". Najaf al-Ashraf: Matba'at al-Adab.

کشی، محمد بن عمر (۱۴۰۹ق). رجال الکشی؛ اختیار معرفه الرجال. مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.

Kashi, Muhammad ibn Umar (1988). "Rijal al-Kashi, Ikhtiyar Ma'rifat al-Rijal". Mashhad: Mashhad University Publishing House.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

Kulayni, Muhammad ibn Ya'qub (1987). "Al-Kafi". Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya.

گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء (مقرر: سید علی حسینی میلانی). قم: دارالقرآن الکریم.

Gulpaygani, Sayyid Muhammad Rida (1992). "Kitab al-Qada". Muqarrar: Milani, Sayyid Ali Husayni. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.

مجلسی، محمد باقر (۱۴۱۰ق). بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار. بیروت: مؤسسه الطبع والنشر.

Majlisi, Muhammad Baqir (1990). "Bihar al-Anwar al-Jami'a li Durar Akhbar al-A'imma al-Athar". Beirut: Mu'assasa al-Tiba' wa al-Nashr.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلد ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

Muhaqqiq Damad, Sayyid Mustafa (1986). "Jurisprudence rules". Tehran: Markaz Nashr 'Ulum Islami.

مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق). التفصاح علی ضوء القرآن والسنة (جلد ۳). قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

Mar'ashi Najafi, Sayyid Shihab al-Din (1994). "Al-Qisas 'ala Daw' al-Qur'an wa al-Sunna". Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library.

مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Mustafavi, Sayyid Muhammad Kazim (2000). "Mi'at Qa'ida Fiqhiyya". Qom: Daftar Intisharat Islami.

مظاهری، حسین (۱۳۹۵/۱/۳۰). تقریرات درس خارج فقه؛ کتاب الصوم.

Mazaheri, Husayn (2016). "Taqrirat Dars Kharej Fiqh, Kitab al-Sawm", 18 April 2016.

- مظفر، محمدرضا (بی‌تا). *اصول الفقه* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- Muzaffar, Muhammad Rida (n.d.). "Usul al-Fiqh". Qom: Isma'iliyya.
- مظفری، مصطفی؛ و میرزایی مقدم، مرتضی (۱۳۹۹). «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹». *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۲۳، صص. ۳۸۵-۴۱۱.
- Mozafari, M. and mirzaei moghadam, M. (2020). Review of the Legal Basis of the Government-Selected Process in Management of Covid 19. *Legal Research Quarterly*, 23(LAW and COVID- 19), 385-411. doi: 10.22034/jlr.2020.184981.1618
- معینی، محمد هادی؛ و گلزار، زهرا (۱۳۹۹). «مسئولیت هزینه‌های درمان بیماران مبتلا به کرونا در فرض تقصیر کادر درمان». *نشریه علمی- پژوهشی فقه پزشکی*، ۱۲(۴۲)، صص. ۱۳-۱۰.
- moeini, mohammad hadi, & golzar, zahra. (2021). Liability for treatment costs of patients who suffer from COVID-19 assuming the medical staff's fault. *Medical Figh*, 12(42), 1-13. <https://doi.org/10.22037/mfj.v12i42.33661>
- موسوی، سید موسی؛ و حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۹). «مناسبات دولت اسلامی و خانواده در کنترل بیماری کرونا». *مجله علمی-پژوهشی فقه پزشکی*، دوره ۱۲، شماره ۴۲، صص. ۱۴-۱۰.
- Musavi, S. M., & Habibi tabar, J. (2021). Relationship between the Islamic government and the Family in Corona Disease Control. *Medical Figh*, 12(42), 1-14. <https://doi.org/10.22037/mfj.v12i42.33850>.
- مهر، نسرین (۱۳۹۹). «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا». *تحقیقات حقوقی*، ۲۳، صص. ۱۶۱-۱۴۳.
- nasrin, M. (2020). State's responsibility to compensate the victims of Corona Virus. *Legal Research Quarterly*, 23(LAW and COVID- 19), 143-161. doi: 10.22034/jlr.2020.185074.1640
- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ق). *رجال النجاشی؛ فهرست اسماء مصنفی الشیعه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Najashi, Ahmad ibn Ali (1987). "Rijal al-Najashi - Fihrist Asma' Musannifi al-Shi'a". Qom: Daftar Intisharat Islami.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (جلدهای ۳۷، ۴۱ و ۴۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Najafi, Muhammad Hasan (1984). "Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam". Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
- نراقی، مولا احمد (۱۴۱۷ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- Naraq, Mulla Ahmad (1996). "'Awa'id al-Ayyam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam wa Muhimmat Masa'il al-Halal wa al-Haram". Qom: Intisharat Daftar Tablighat Islami Hawza 'Ilmiya Qom.



هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت (علیهم السلام) (جلد ۳). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

Hashemi Shahroudi, Mahmoud (2002). "Mawsu'at al-Fiqh al-Islami Tabaqan li Madhhab Ahl al-Bayt (AS)". Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them (AS).

هوشمند، حسین (۱۳۹۹). «تأثیر علم و قصد بر مسئولیت مدنی ناقل بیماری‌های واگیردار». فقه پزشکی، ۱۲(۴۲)، صص. ۱۸-۱.

hooshmand, hosein. (2021). The effect of science and intention on civil liability of infectious diseases' carrier. *Medical Fiqh*, 12(42), 1-18. <https://doi.org/10.22037/mfj.v12i42.33421>.

## ضرورت تغییر نگرش در احراز شرایط سلبی شهود با ظهور طبقات جدید اجتماعی (نگاهی به پدیده ولگردی و تکدیگری)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۹

نوع مقاله: پژوهشی

فاطمه نجیب‌زاده\*

معین غلامعلی‌پور\*\*

علی غلامعلی‌پور\*\*\*

### چکیده

در قانون ایران شرایطی برای شهود گفته شده است که برخی از آن‌ها به دلیل وجود مناقشات فراوان نیازمند بازنگری است. در این راستا، نگارندگان با روشی توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای، هریک از شروط سلبی شهود را مورد تحلیل قرار داده‌اند. نتایج حاصل از پژوهش حاکی است که برخی از شروط سلبی مانند ذی‌نفع نبودن و نداشتن خصومت، مورد اتفاق بیشتر فقها بوده است، اما برخی شرایط از جمله عدم اشتغال به تکدی و عدم ولگردی از لحاظ تعیین ملاک و بعضاً از حیث اصول عقلی مورد مناقشه جدی قرار دارند؛ زیرا با پیدایش طبقات جدید اجتماعی با عنوان مطرودان از جامعه که مفهومی اعم از ولگردان دارد و همچنین سائل به کف مضطر و طفیلی که اخص از مفهوم کلی متکدیان است، می‌توان گفت شهادت آن دسته از افرادی که حقیقتاً متکدی و ولگرد شمرده نمی‌شوند، قابلیت استماع را دارد. بر همین بنیان مشخص شد از بین تقسیم‌بندی مفهوم متکدی، تنها متکدیانی که تکدیگری را وسیله امرار معاش خود قرار داده‌اند، از عده دلایل خارج می‌شوند نه فردی که از باب ضرورت یا به صورت موقت یا از روی اکراه دست به تکدیگری زده باشد. همچنین بیان شد ولگردی مفهومی اخص از مطرودان اجتماعی را دارد و هر فردی که از جامعه طرد شده است، در زمره ولگردان قرار نمی‌گیرد، بلکه در صورتی که سه عنصر نداشتن مسکن مشخص، عدم اشتغال به شغل متعارف و تأمین نیازها از راه پرسه زدن در اماکن عمومی را مجتمعاً داشته باشد، ذیل تعریف ولگرد قرار می‌گیرد و به تبع آن نیز از عده دلایل خارج می‌شود که این موضوع همسو با تفسیر مضیق قوانین جزایی و بهتر است برای مفهوم ولگرد و متکدی معیارهای مشخصی تعیین شود تا از تفسیر موسع این مفاهیم نیز پیشگیری شود.

### واژگان کلیدی

شهادت، شاهد، ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، تکدیگری، ولگردی، سائل به کف، مطرودان از جامعه.

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).  
fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
moein.gh.alipour@ut.ac.ir

\*\*\* دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده ادبیات و حقوق، دانشگاه پیام نور، کرمان، ایران.  
ali.gh.alipour@pnu.ac.ir

### مقدمه

شهادت به‌عنوان یکی از قدیم‌ترین ادله اثبات در نظام قضایی اسلام، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. فقهای امامیه شرایط مختلفی را برای شهود بیان کرده‌اند از جمله محقق حلی که به شرایطی مانند بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، انتفای تهمت و طهارت مولد (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۷) اشاره داشته است و شهید ثانی نیز مواردی مانند بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، طهارت مولد، عدم تهمت و فقد عداوت دنیوی را در شهود معتبر می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۱۲۶).

مطابق قانون، شاهد در زمان ادای شهادت باید این شرایط را دارا باشد: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، ذی‌نفع نبودن در موضوع، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها، عدم اشتغال به تکدی و ولگرد نبودن. برخی شرایط از جمله شروط سلبی مانند عدم ولگردی و عدم تکدی همواره مورد اختلاف فقها و حقوق‌دانان بوده، اما به‌هرروی، قانون‌گذار این شروط را به‌صورت مطلق در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) احصا کرده است. در جوامع امروزی که تغییرات سریع و گسترده‌ای را تجربه می‌کنند، گروهی از افراد به دلایل مختلف از جامعه طرد می‌شوند و در طبقه‌ای جدیدی از جامعه به نام مطرودان اجتماعی قرار می‌گیرند. این افراد ممکن است به‌صورت واقعی امکان ادای شهادت را داشته باشند، اما به دلیل عدم تطابق با شرایط موجود در قانون، شهادتشان پذیرفته نشود. مسئله‌ای که پیش روی نظام قضایی و جامعه کنونی قرار دارد، این است که آیا همه طردشدگان اجتماعی ذیل عنوان ولگرد یا متکدی قرار می‌گیرند؟ برای مثال، آیا کارتن‌خواب یا مهاجری که به علت نداشتن مسکن و مأوای مناسب، مدتی را از سر ناچاری در خیابان سر می‌کند، به‌عنوان ولگرد شناخته می‌شود یا فرد بی‌خانمانی که گاه از مردم درخواست غذا می‌کند، ذیل عنوان متکدی قرار می‌گیرد؟ پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، به بررسی شرایط سلبی شهادت شهود و ضرورت تفکیک عنوان مطرودان اجتماعی از ولگردان و متکدیان پرداخته است. این تفکیک از آن‌رو اهمیت دارد که هر طردشده اجتماعی را نمی‌توان به‌سادگی ولگرد یا متکدی به‌شمار آورد. بسیاری از این افراد به دلایل مختلفی از جمله مشکلات اقتصادی، ضعف فرهنگی، عدالت اجتماعی یا حتی مهاجرت ناموفق، از جامعه طرد شده‌اند. از سویی با توجه به اینکه این گروه از

افراد، در جامعه کنونی رو به فزونی هستند، توجه به شرایط و حقوق آنان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این تحقیق به دنبال آن است که با ارائه راهکار، امکان پذیرش شهادت مطرودان را جدا از عنوان ولگردان و متکدیان واقعی، در نظام قضایی و جامعه فراهم سازد.

### ۱. پیشینه پژوهش

در بررسی پیشینه پژوهشی این اثر، موردی که به‌طور مستقل به واکاوی شروط سلبی شاهد با رویکرد تفکیک مطرودان اجتماعی از متکدیان و ولگردان پرداخته باشد، یافت نشد، اما مواردی که در جزئیات یا کلیات بحث با این پژوهش مشترکاتی دارند، به شرح ذیل مورد ارزیابی قرار گرفت.

۱. کتاب *شرایط و احکام شهادت شهود در فقه امامیه و حقوق موضوعه*، نشر زبان علم (اعظم مجرد، ۱۳۹۶) شرایط و احکام شهود را از منظر فقه امامیه و حقوق ایران بازخوانی کرده، اما به موضوع مطرودان اجتماعی و تفکیک آن‌ها از ولگردان نپرداخته است.

۲. پایان‌نامه *ارزش اثباتی شهادت شهود در فقه و قوانین موضوعه ایران* (دانشگاه آزاد، تهران مرکز) (روح‌الدین فرخی، ۱۳۹۵) نیز تنها شهادت شهود را بر مبنای قانون و بعضاً تفاسیر فقهی درباره عدالت برشمرده و بیشتر به ارزش اثباتی شهادت به‌عنوان دلیل یا اماره پرداخته است در حالی که در اثر پیش رو، رویکرد قانون‌گذار نسبت به شرایط متکدیان، ولگردان و افراد در معرض اتهام با معضل اجتماعی به نام طردشدگان از جامعه مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

۳. «شرایط شهود در فقه اسلامی» در *نشریه مطالعات علوم اجتماعی*، شماره ۴ (معصومه رحیم‌نهادی، ۱۳۹۷) نیز شرایط شهود را بدون اینکه عدم ولگردی و عدم اشتغال به تکدی را به‌عنوان شرط مستقل به شمار آورد، مورد بررسی قرار داده است.

۴. در مقاله «آسیب‌شناسی شرایط شهادت شهود با رویکرد مدیریت تعارض منافع در قضای اسلامی» در *نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۲۵ (سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۴۰۰) نیز مواردی که منجر به تعارض منافع شاهد

می‌شود، مورد بحث و ارائه راهکار قرار گرفته و همچنین نسبت به عدم ولگردی و عدم تکدیگری مباحثی بیان شده که نه تنها تفسیر جامع و مانعی از این دو مفهوم در مقابل مطرودان اجتماعی ارائه نشده، بلکه راهکاری هم که بیان شده، بیشتر ناظر به معضل شاهدان اجاره‌ای است که با راه‌اندازی سامانه اعتبارسنجی شهود توسط قوه قضائیه، این معضل نسبتاً کاهش زیادی یافته است.

۵. مقاله «جرم‌زدایی از ولگردی و تکدیگری» در نشریه *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۷ (هادی‌پور و علیپور، ۱۳۹۳) در تلاش است تا به جرم‌زدایی از تکدیگری و ولگردی بپردازد و بیان می‌دارد جرم‌زدایی از این اعمال پیامدهای مثبتی مانند مقابله با تورم کیفری و تشویق قانون‌گذار به وضع قوانین حمایتی و جلوگیری از نقض غرض قانون‌گذار از تعیین مجازات حبس برای این جرائم را دارد، اما وجه نوآوری پژوهش حاضر بیان تفسیری جدید از متکدیان و ولگردان است که با در نظر گرفتن برخی صفات و شرایط و حقوق انسانی ایشان باید در استماع شهادت ایشان تجدیدنظر کرد و شهادت ایشان را در برخی شرایط مورد پذیرش قرار داد.

۶. در مقاله «گونه‌شناسی واکنش‌ها در برابر تکدی؛ از سیاست کیفری تا سیاست اجتماعی» در *مجله حقوقی د/دگستری*، شماره ۱۲۱ (عارفی، ۱۴۰۲)، نگارنده به بررسی جرم‌انگاری تکدیگری در کشورهای ایران، انگلستان، ولز و دانمارک پرداخته است و بیان می‌دارد جرم‌زدایی از تکدیگری در نظام حقوقی ایران ضروری است و جرم‌زدایی را به مفهوم خروج رفتار نظارتی از دایره حقوق کیفری و اعمال تدابیر حمایتی و رفاهی در قبال مرتکبان تفسیر می‌کند. مقاله یادشده ارتباطی با پذیرش شهادت متکدیان ندارد درحالی‌که پژوهش پیش رو به بیان شرایطی می‌پردازد که با توجه آن‌ها، پذیرش شهادت متکدیان می‌تواند مسموع واقع شود و رد مطلق استماع شهادت ایشان از دیدگاه قانون مجازات اسلامی را خلاف انصاف و اصول انسانی می‌داند.

وجه نوآوری این پژوهش در بررسی شروط سلبی شهود با تأکید بر ضرورت تفکیک عنوان مطرودان اجتماعی از ولگردان و متکدیان جامعه است. در این راستا،



رویکرد قانون‌گذار نسبت به اعتبار شهادت این گروه از افراد جامعه مورد نقد و بررسی قرار گرفته است؛ موضوعی که در نهایت منجر به بهبود قوانین و رویه قضایی در احراز شرایط شهود همسو با تغییرات جامعه می‌شود.

## ۲. مفهوم‌شناسی

### ۱-۲. شهادت

شهادت در لغت مأخوذ از فعل ثلاثی مجرد «شهد»، «یشهد»، «شهوداً» و «شهادة» است (عربیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۸). معادل فارسی این کلمه «گواهی» است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۸۲۵). شهادت یا بینه عبارت است از خبر دادن به موضوعی نزد قاضی که به نفع یکی از طرفین دعوی و به ضرر دیگری است (ایمانی، ۱۳۸۲، ص. ۲۱۱). شهادت در اصطلاح فقهی به معنای اخباری است که توأم با قطع و جزم است که از وجود حقی برای غیر که از سوی غیرقاضی به عمل می‌آید (شهید اول، ۱۴۱۰، ص. ۱۶۹) یا در تعریف دیگر، اخبار قطعی از حقی که برای دیگران ثابت و محقق شده است. این اخبار از ناحیه غیرحاکم است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص. ۷۲). در اصطلاح حقوقی و بنا بر تعریف دانشیان حقوق، شهادت عبارت از اخبار فرد نزد مرجع قضائیتی از دیده‌ها یا شنیده‌ها یا دیگر آگاهی‌هایی است که به صورت اتفافی یا به درخواست یکی از اصحاب دعوی از موضوعی یافته است (شمس، ۱۳۸۴، ص. ۸۹). طبق نظر کاتوزیان نیز شهادت عبارت است از «اخبار از واقعه‌ای یا عمل حقوقی به سود یکی از دو طرف و زیان دیگری از سوی شخصی ثالث غیر از اصحاب دعوی» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۴).

### ۲-۲. شاهد

شاهد شخصی است که بر خبری قاطع و اصلی قطعی خبر می‌دهد و شهادت او بر حضور و علم و اعلام او دلالت دارد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳، ص. ۲۳۹). در معنای اصطلاحی «شاهد عبارت است از کسی که نسبت به امری شهادت می‌دهد؛ خواه ادای شهادت کرده باشد خواه تحمل شهادت؛ یعنی موضوع شهادت را احساس و از آن اطلاع حاصل کرده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص. ۳۷۳).

### ۲-۳. تکدیگری

واژه «تکدی»، واژه عربی و مأخوذ از ریشه «کدی» به معنای صلابت است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص. ۳۹۵). این واژه برگرفته از کلمه «مکدّی» به معنای سائل و فردی است که اصرار بر درخواست زیاد دارد (خفاجی، بی تا، ص. ۲۷۰). در زبان عرب، کلمات سائل، تسوّل، متسوّل و استجدا نیز در معنای «متکدّی» به کار رفته است (حمیری، بی تا، ج ۶، ص. ۳۷۰۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۸۳). با توجه به اینکه حقیقت شرعیه عبارت است از استعمال لفظ در معنایی که شارع در زمان خودش آن را تعیین کرده و به تدریج استعمال آن‌ها در این معانی حقیقت شده است و واژه‌ها باید به‌طور خاص در متون دینی و شرعی به معنای خاصی تعریف شده باشند تا بتوانند حقیقت شرعیه تلقی شوند (حلی (محقق)، ۱۴۰۳ق، ص. ۵۲) و در مقابل، حقیقت مشرعه به معنای وضع لفظ برای معنا در زمان پس از شارع و به‌صورت مجازی است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۲۲)، باید عنوان داشت از آنجاکه واژه «متکدی» در متون دینی و فقهی به معنای خاصی تعریف نشده است و این واژه بیشتر در عرف و فرهنگ عمومی مسلمانان به کار می‌رود و در متون فقهی نیز معمولاً به‌عنوان یک مفهوم اجتماعی و عرفی مورد بررسی قرار می‌گیرد، بنابراین، به دلیل اینکه این واژه در زمان شارع به معنای خاصی تعیین نشده و بیشتر تحت تأثیر عرف جامعه قرار دارد، نمی‌توان آن را دارای حقیقت شرعیه دانست.

### ۲-۴. ولگردی

ولگردی به معنی آوارگی، بی‌کاری و بی‌خانمانی است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۳۱۴۳). همچنین، از آن با عنوان «متشرد» در متون لغوی یاد شده است؛ یعنی شخصی که فاقد مسکن و مأوا بوده و بدون شغل مشخص، اقدام به زندگی بدون هدف می‌کند (حمد مختار، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۸۳).

### ۲-۵. سائل به کف

سائل به کف در لغت به معنای فقیر، گدا، متکدی، پرسشگر و در یوزه‌گر است که حتی کاسه‌گدایی نیز نداشته باشد. در برخی از متون فقهی متکدی با عنوان «سائل به کف»

شناخته می‌شود. سائل به کف شخصی است که به کرات از دیگران مالی را طلب کرده است و در میان مردم به حرفه گدایی شناخته می‌شود و با دستن خود از دیگران مالی را دریافت می‌کند» (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۲۸۳؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۱۲۰).

### ۲-۶. مطرودان اجتماعی

طرد در لغت به معنی راندن از روی بی‌اعتنایی است (طریحی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۹۱). پدیده طرد اجتماعی یا واپس‌زدگی اجتماعی اصطلاحی در جامعه‌شناسی است که به‌عنوان معضل اجتماعی از آن یاد می‌شود. از منظر علم جامعه‌شناسی، طرد اجتماعی فرایندی چندبعدی از گسست اجتماعی پیش‌رونده است (Silver, 2006, p. 28). مطرودان جامعه شامل طیف‌های مختلفی از افراد هستند از جمله سال‌خورده‌گان و معلولان، مصرف‌کنندگان مواد مخدر، کارگران ازکارافتاده و بیمار، کارتن‌خواب‌ها، مهاجران و کودکان در معرض آزار (Saunders & Tsumori, 2002)

### ۳. شرایط شاهد

فقه‌های امامیه اعم از متقدمان و متأخران از پنج تا ده شرط برای شاهد بیان کرده‌اند، اما بیشتر فقها شش شرط را برای شاهد عنوان کرده‌اند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۷؛ مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۱، ص. ۶۲) و گروهی نیز هفت شرط را لازم دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۴۷۱). اختلاف فقها در این است که عده‌ای شروط اسلام و ایمان را جداگانه مطرح کرده، اما عده‌ای دیگر شروط اسلام و ایمان را به‌عنوان یک شرط مورد بررسی قرار داده‌اند. طبق ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی، می‌توان شرایط شاهد را به دو قسم تقسیم کرد.

- **شرایط ایجابی:** مراد از این شرایط، مواردی است که شخص باید آن‌ها را دارا باشد از جمله بلوغ، عقل، ایمان، عدالت و طهارت مولد.
  - **شرایط سلبی:** مراد از این شرایط، مواردی است که فقدان آن‌ها شرط است و از شاهد سلب شده‌اند از جمله ذی‌نفع نبودن در موضوع، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آن‌ها، عدم اشتغال به تکدی و عدم ولگردی.
- در مورد شرایط ایجابی شهود اختلاف نظر کمتری مشاهده می‌شود. از سوی دیگر،

پژوهش‌های بسیاری در این زمینه صورت گرفته است از جمله کتاب *احراز عدالت شهود در محاکم نشر چتر دانش* (پارسایی، ۱۳۹۹) رساله دکتری *بررسی شرط حد/قلی عدالت شهود* (دانشگاه ارومیه) (قلی‌پور، ۱۳۹۷)، پایان‌نامه *بررسی شرط ایمان در شهادت شاهد* (دانشگاه قم) (صمیمی، ۱۳۹۹) و مقالات «بررسی تحلیلی مفهوم عدالت شاهد» در *نشریه مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷ (ارژنگ، ۱۳۸۴)، «بررسی فقهی شرطیت بلوغ و ایمان در شاهد» در *پژوهش‌های فقهی*، شماره ۱ از دوره ۱۱ (طباطبایی و سرکشیکیان، ۱۳۹۴) و «بررسی شرط طهارت مولد در شاهد» در *نشریه مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۲ از دوره ۴۹ (حسن‌زاده و رحیمی، ۱۳۹۸)، اما شرایط سلبی شهود به‌خصوص شروط عدم ولگردی و عدم تکدیگری با توجه به تغییر در ساختار اجتماعی ایران، محل اختلاف، بحث و بررسی‌های بسیاری قرار دارد. پژوهش پیش رو در همین راستا به رشته تحریر درآمده است و به چالش‌های موجود در این زمینه خواهد پرداخت.

### ۳-۱. شرایط سلبی شاهد

#### ۳-۱-۱. ذی‌نفع نبودن در موضوع

مشهور فقیهان از این شرط به انتفای تهمت از شاهد تعبیر کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص. ۲۲۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۳۸۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۹۶). تهمت از ریشه «وهم» و به معنای گمان بد کردن و گمان بد زدن است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۶۴۴۶) و در اصطلاح نیز به معنای نسبت دادن امر ناپسند، حرام و مکروه به شخصی است که این موارد در او وجود ندارد (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص. ۲۷). در دانش حقوق از این شرط با عنوان «تعارض منافع» در مبحث شرایط شاهد سخن به میان آمده است. تعارض منافع وضعیتی است که در آن شخصی که مسئول حمایت از منافع دیگران است، قادر به اتخاذ تصمیماتی است که آثار آن دامن‌گیر دیگران می‌شود، اما به دلیل وجود منافع شخصی، بیم آن می‌رود که تصمیم‌گیرنده، منافع شخصی خود را بر منافع دیگران مقدم بدارد (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶). شرط تعارض منافع تأثیر مستقیمی بر پذیرش یا عدم پذیرش شهادت شاهد دارد. برای مثال، اگر شاهد نفع مستقیمی در پیروزی مشهوده در

دعوی نداشته باشد، اما رابطه خویشاوندی بین شاهد و مشهود<sup>۱</sup> ظن جانب‌داری و جلب منفعت شاهد را ایجاد کند، به طوری که به دلیل داشتن میل باطنی و علاقه به مشهود<sup>۲</sup> (خویشاوند خود)، پیروزی او را پیروزی خود بداند، این مهم همان منفعت ثانویه و موجد تعارض منافع است که سبب عدم استماع شهادت شاهد می‌شود. در این راستا، تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی در این راستا مقرر داشته است «شهادت کسی که نفع شخصی به صورت عین یا منفعت یا حق در دعوی داشته باشد... پذیرفته نمی‌شود». برخی فقها در خصوص اشتراط ذی‌نفع نبودن شاهد در موضوع، به روایاتی که به اشتراط انتفای تهمت از شاهد دلالت دارند، استناد کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۸، ص. ۲۳۱؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۵۵۶) از جمله روایت عبیدالله بن علی حلبی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۷۳)<sup>۱</sup> و روایت محمد بن مسلم از ابی جعفر (علیه السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۷۳)<sup>۲</sup> و روایت ابی بصیر از ابی عبدالله (علیه السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۷۳)<sup>۳</sup>. در روایات یادشده یکی از شرایطی که سبب رد شدن شهادت شاهد می‌شود، استناد به عنوان «ظنین» است؛ زیرا چنین فردی در معرض ظن و گمان برای جلب منفعت یا دفع ضرر از هر موضوعی قرار دارد. بنابراین، به دلیل اتهام دفع ضرر یا جلب منفعت شخصی، شهادت وی مردود دانسته شده است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص. ۲۳۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۶۱).

برخی فقها دلالت روایات بر اشتراط انتفای تهمت از شاهد را دلالتی تام دانسته‌اند و هر فردی را که در معرض گناه و معصیت باشد، داخل در این عنوان دانسته‌اند (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۵۵۶)، اما تام بودن این دلالت تنها در صورتی صحیح است که بیان لفظ شهود یا شهادت در ابتدای این روایات قرینه‌ای باشد بر اینکه منظور، انتفای تهمت در خصوص موضوع شهادت است نه مبرا بودن از اتهام؛ زیرا در این صورت با شرط عدالت که خود شرطی مستقل است، یکسان می‌شود درحالی که انتفا از تهمت هم به صورت مستقل جزو شروط شاهد بیان شده است و این احتمال را تضعیف می‌کند. از سویی مفهوم انتفای تهمت نسبت به شاهد در روایات به طور صریح تبیین نشده و با تکیه بر مصادیقی که در کلام فقها آمده است، می‌توان استدلال کرد که مراد ایشان از اشتراط انتفای تهمت همان ذی‌نفع نبودن شاهد در موضوع شهادت است نه مبرا بودن

از احتمال گناه و معصیت.

برای مثال، برخی بیان داشته‌اند شهادت شریک در مال مشترک به نفع شریک خود پذیرفته نمی‌شود، زیرا او ممکن است با شهادت دادن، سهمی از مال را برای خویش بردارد (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۰۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص. ۶۴) و مستند این فتوا روایاتی مانند خبر سماعه (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۷۸) است. در این روایت از موارد رد شهود به شهادت شریک استناد شده است. در فرض مسئله، اگر سه شریک در مالی مشترک باشند و یکی از شرکا علیه شریک دیگر شهادت بدهد، در اینجا نیز چون شاهد، در شهادت خود و نتیجه شهادتش ذی‌نفع است، به‌خاطر اتهام جلب منفعت، شهادتش را نمی‌پذیرند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۸). همچنین، در مورد شهادت وکیل و وصی به نفع موکل و موصی، شهادتشان به علت شائبه نفع مورد پذیرش واقع نمی‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۳۸۵).

طبق مصادیق بیان‌شده، مشهور فقها انتفای تهمت را به‌عنوان یکی از شرایط شاهد مطرح کرده‌اند، اما به نظر می‌رسد ذی‌نفع بودن شاهد به‌عنوان عاملی برای عدم پذیرش شهادت مدنظر ایشان بوده است نه مبرا بودن از احتمال گناه و معصیت که مفهوم مخالف عدالت است. بدین سبب، قانون‌گذار نیز در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، ذی‌نفع نبودن شاهد را به‌عنوان یکی از صفات او بیان کرده است. برای مثال، در رویه قضایی نیز شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌موجب دادنامه شماره ۱۳۳۸ مورخه ۱۳۸۳/۱۰/۲۸، شهادت به نفع برادر را که شبهه ذی‌نفع بودن شاهد در آن پرونده احراز شده، مردود اعلام کرده است.

### ۳-۱-۲. نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها

شرط نداشتن خصومت با طرفین دعوی یا یکی از آنها در کتاب‌های فقهی شیعه با عنوان «فقد عداوت دنیوی» (نداشتن عداوت دنیوی) بیان شده است. مشهور فقها داشتن خصومت و دشمنی دنیوی را مانع پذیرش شهادت دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۰۹؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۸).

قول مشهور مستند به روایاتی است که دشمنی دنیوی را مانع قبول شهادت عنوان کرده‌اند از جمله روایت نبوی (ابن بابویه، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص. ۲۰۸)، روایت عبیدالله بن علی از ابی عبدالله (علیه السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۷۴) و روایت سکونی از امام صادق (علیه السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۷۸).  
برخی فقها عداوت دنیوی را از مصادیق تهمت که مانع پذیرش شهادت می‌شود، دانسته‌اند و معتقدند که عدالت با عداوت و دشمنی قابل جمع است و رد شهادتی که خصومت دارد به دلیل عدم عدالت در وی نیست، بلکه به دلیل متهم بودن وی است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۰۹).

در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند که عداوت و دشمنی با عدالت قابل جمع نیست؛ زیرا نتیجه دشمنی دنیوی، بغض و فسق است که از گناهان کبیره‌اند و گناه کبیره موجب سقوط عدالت می‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص. ۳۹۰)، اما باید توجه داشت که عداوت موضوعی قلبی است و ارادی نیست تا معصیت دانسته شود. چه بسا خود شخص نیز به حس عداوت در خودش راضی نباشد و برای رفع آن تلاش کند، اما برای رفع آن به زمان و مجاهدت بیشتری نیاز دارد. عداوت و کینه قلبی صفاتی مذموم هستند، اما تا زمانی که بروز نیافته‌اند، جزو معاصی شمرده نمی‌شوند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص. ۲۴۵).

بنابراین، عداوت دنیوی به‌طور مطلق مانع پذیرش شهادت نیست و تنها در صورتی که متضمن فسق باشد یا در صورتی که شاهد را در معرض اتهام قوی قرار دهد، مانع پذیرش شهادت است و اگر دشمنی دنیوی به عدالت شاهد خدشه‌ای وارد نسازد، شهادت وی به نفع دشمن یا علیه دشمن مورد پذیرش واقع می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۴۳۳).

در تبصره ۲ ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی نیز در تأیید این سخن آمده است «در مورد شرط خصومت، هرگاه شهادت شاهد به نفع طرف مورد خصومت باشد، پذیرفته می‌شود». این بدان معناست که مجرد خصومت و دشمنی ارتباطی با وصف عدالت ندارد و موجب سلب وصف عدالت از شخص نمی‌شود.

### ۳-۱-۳. عدم اشتغال به تکدی

همان‌گونه که ذیل توضیح مفاهیم بیان شد، در متون فقهی متکدی یا سائل به کف به افرادی اطلاق می‌شود که به‌نوعی از دیگران طلب مال می‌کنند. این افراد را با توجه به کلام فقها می‌توان به سه دسته تقسیم کرد؛ سائل شغلی، سائل اضطراری، سائل طفیلی. در جمع‌بندی، تفاوت اصلی میان این گروه‌ها در انگیزه و شرایط اقتصادی آن‌ها نهفته است. سائل به کف شغلی تکدیگری را به‌عنوان شغل دائمی می‌بیند. سائل به کف اضطراری به دلایل بحرانی به‌طور موقت تکدیگری می‌کند و طفیلی‌ها با سوءاستفاده از مهمان‌نوازی، به شکل غیرمجاز از منابع دیگران بهره‌برداری می‌کنند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۴۳؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۲۰؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۳۵۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۴۹۰؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۸۳).

### ۳-۱-۱. ادله قائلان به عدم پذیرش شهادت متکدی

دسته نخست برای عدم مسموع بودن شهادت فرد متکدی که غالباً از او با عنوان سائل به کف نام می‌برند، ادله‌ای مانند موارد زیر را بیان کرده‌اند.

**الف.** روایتی از علی‌بن‌جعفر از امام موسی‌بن‌جعفر<sup>۹</sup> (علیه‌السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۸۲) و روایتی از محمدبن‌مسلم از امام محمدباقر<sup>۹</sup> (علیه‌السلام) (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۳۹۶) که قائل به پذیرفته نبودن شهادت متکدی هستند. دلیل این موضوع آن است که اگر مردم به شخص متکدی، مالی پرداخت کنند راضی است و اگر از پرداخت مال به وی امتناع ورزند، نسبت به مردم دچار خشم و غیظ می‌شود و شهادتش را تحت تأثیر قرار می‌دهد. (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۵۰۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۹۹).

**بررسی:** باید توجه داشت که این روایات را نمی‌توان به‌طور مطلق به تمام متکدیان تعمیم داد و همه کسانی که به تکدیگری می‌پردازند، لزوماً مشمول این حکم نمی‌شوند. بسیاری از افراد ممکن است به دلیل شرایط اضطراری و ضروریات زندگی به تکدیگری روی آورند و این کار را به‌عنوان شغل خود انتخاب نکرده باشند. اگر ثابت شود که فردی به دلیل اضطرار و نیاز شدید به تکدیگری روی آورده است و همچنان اصول اخلاقی را رعایت می‌کند، می‌توان شهادت او را پذیرفت، اما اگر فردی



تکدیگری را به‌عنوان شغل خود انتخاب کرده و به آن به‌نوعی وابستگی روحی پیدا کرده باشد که بر عدالت و بی‌طرفی او تأثیر بگذارد، شهادت او پذیرفته نخواهد بود. این تحلیل نشان می‌دهد که در فقه اسلامی، هر حکمی را باید با دقت و توجه به شرایط و نیت واقعی افراد مورد بررسی قرار داد تا از عدل و انصاف خارج نشود.

ب. آیه ۲۷۳ بقره<sup>۱۰</sup> که طبق آن، تکدیگری دارای حکم تکلیفی کراهت و چه‌بسا حرمت است (طیب، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص. ۲۷۰).

**بررسی:** مقصود از «لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا» در آیه شریفه، نفی «اصرار درخواست و سؤال» از دیگران است نه نفی «اصل سؤال و درخواست» و منظور از «الْحَاف» اظهار حاجت بیش از «مقدار واجب» است؛ زیرا صرف اظهار حاجت ضروری حرام نیست، بلکه گاه واجب هم می‌شود، اما آن سؤالی مذموم است که زائد بر مقدار لزوم باشد (طباطبایی و موسوی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۶۱۴). بنابراین، اینکه برخی مفسران (طیب، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص. ۲۷۰) با توجه به آیه کریمه، حکم به کراهت یا حرمت درخواست مال از مردم را کرده‌اند، باید گفت تنها درخواستی حرام است که با اصرار زیاد، زائد بر مقدار لزوم و عدم رعایت آبرو و عزت نفس باشد و اگر اظهار نیاز از سر اضطرار و حفظ عزت نفس و آبرو باشد در برخی اوقات واجب نیز است. بنابراین، حکم حرمت و کراهت در مورد متکدیانی که از سر اضطرار به این امر روی آورده و این فعالیت را کسب و پیشه خود قرار نداده‌اند، صدق نمی‌کند.

**ج.** ادعای اجماع و شهرت فتوایی بر عدم پذیرش شهادت متکدی در میان مشهور فقها (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۵؛ صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۳۲).

**بررسی:** شهرت فتوایی فاقد اعتبار (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۹) و اجماع مطرح‌شده نیز مدرکی است و نمی‌تواند مبنایی برای غیرمسموع بودن شهادت متکدی باشد (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۱۷۳).

### ۳-۱-۲. ادله قائلان به پذیرش شهادت متکدی

دسته دوم از فقها شهادت متکدی را با شرایطی پذیرفته‌اند که از جمله ادله ایشان به شرح زیر است.

- الف. اگر فرد متکدی به دلیل ضرورت و نیاز به تأمین معاش در حالت اضطرار به تکدیگری روی آورد (سبزواری، بی تا، ج ۲، ص. ۷۵۹).
- ب. در صورتی که تکدیگری با حفظ شرافت و عزت نفس فرد باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۸۵).
- ج. تکدیگری شغلی برای تأمین معاش فرد نباشد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص. ۱۲۲).
- د. تکدی همراه با امور فسق و تدلیس و قول کذب نباشد و عدالت شاهد را مورد اتهام قرار ندهد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۸۶).

### ۳-۳-۱-۳. نقد و نظر

ماده ۷۱۲ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵)، تکدیگری را جرم دانسته است. از سوی دیگر، بنا به بند ح ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، فرد متکدی شرایط ادای شهادت را ندارد. در مقابل، برخی حقوق دانان، تکدیگری را تنها در صورتی مخل استماع شهادت می دانند که فردی این موضوع را به عنوان حرفه خود در نظر گرفته باشد و شاهد را در معرض این اتهام قرار دهد که در برابر اخذ مالی هرچه به او تلقین کنند، اذعان می کند. از این رو اگر تکدی از روی اضطرار و ناچاری و با حفظ کرامت انسانی و تعفف ورزیدن همراه باشد، مانعی برای استماع شهادت فرد نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۴۵؛ امامی، بی تا، ج ۶، ص. ۱۹۷).

به نظر می رسد قانون گذار مطلقاً شهادت متکدی را مسموع نمی داند، اما با توجه به تحلیل و بررسی ادله فقها و با توجه به تفسیر مضیق برخی حقوق دانان باید گفت اگر فردی تنها از روی اضطرار و به ناچار و با حفظ آبرو، عقیفانه از دیگران درخواست مالی کند، می توان شهادت او را پذیرفت و تنها شهادت افرادی که تکدیگری را به عنوان شغل اتخاذ کرده و هیچ فعالیت اقتصادی سودمندی برای جامعه نداشته باشند، محکوم به رد است.

گفتنی است در ارتباط با مفهوم سائل به کف، دو تفسیر وجود دارد که عبارت اند از تفسیر موسع و تفسیر مضیق. مفهوم سائل به کف اگر در معنای موسع خود به کار رود، می تواند به معنای آن باشد که هر فردی به طور کلی و بدون توجه به شرایط خاص و

حتی با یک بار اقدام به تکدیگری، تحت این تعریف قرار می‌گیرد. در این صورت سائل شغلی، سائل اضطراری و طفیلی ذیل مفهوم سائل به کف و متکدی قرار می‌گیرند و تفاوتی ندارد که فرد در شرایط اضطراری یا حتی به صورت موقت درخواست کمک مالی کند یا آنکه تکدیگری را به صورت دائمی و به عنوان امرار معاش انجام دهد. در مقابل، اگر مفهوم سائل به کف در عنوان تفسیر مضیق تفسیر شود، بدین معناست که تنها افرادی که به طور مداوم و به عنوان شغل دائمی به تکدیگری مشغول هستند (سائل شغلی)، تحت این تعریف قرار می‌گیرند. این تفسیر افرادی را که به دلیل شرایط اضطراری یا به طور موقت درخواست کمک می‌کنند، شامل نمی‌شود. با توجه به اینکه تفسیر مضیق به خصوص در حوزه فقه کیفری در اولویت است، مفاد تفسیر دلالت بر خروج هرگونه موارد مشکوک غیرمنصوص از شمول قلمرو مسئولیت کیفری دارد و دامنه منظور شارع و قانون‌گذار را به حدود یقینی محدود می‌کند (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۴۳؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۱، ص ۱۲۰). همچنین این تفسیر متأثر از اندیشه‌های حداقل‌گرایی کیفری است که ورود و دخالت حقوق جزا را به عنوان آخرین راهکار در برخورد با افراد و وقایع در نظر می‌گیرد و توسیع دامنه آن را مجاز نمی‌شمارد. مطابق با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمام قوانین کیفری باید به طور مضیق تفسیر شوند (گلدوزیان، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۶۵؛ صانعی، ۱۳۸۸، ص ۶۵). از این رو مقصود از سائل به کف در فقه و حقوق کیفری، کاربرد آن در تفسیر مضیق است و تنها شامل سائل شغلی می‌شود؛ یعنی سائلی که تکدیگری را شغل و وسیله امرار معاش خویش قرار داده و بدون آنکه برای اقتصاد جامعه سودمند باشد، به تکدیگری ادامه می‌دهد.

### ۳-۱-۴. عدم ولگردی

در آثار فقهی بحث روشن و آشکاری که به صراحت شهادت افراد ولگرد را منع کرده باشد، وجود ندارد و شاید بتوان به برخی روایات که شهادت افراد در معرض اتهام را رد کرده است، استناد کرد از جمله روایتی که نقل به مضمون از امام صادق بیان شده است که امام (علیه السلام) افرادی را که مصداق «الظنین والمتهم والخصم» باشند، از شمول شرایط شاهد خارج کرده‌اند (ابن بابویه، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق،

ج ۱۸، ص. ۲۲۳). علما منظور از فرد متهم را تعبیر به فقدان عدالت کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص. ۴۰)، اما در مورد «ظنین» که گمان بد را به سمت خود جلب می‌کند، شاید بتوان اظهار کرد که مصداق افراد ولگرد و متکدی را داشته باشد. باین حال شرط عدم تکدی را به صراحت و گاه به صورت مستقل می‌توان در متون فقهی یافت (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۱۴۲؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص. ۵۳)، اما شرط عدم ولگردی را نمی‌توان با یک روایت غیرمستقیم از شرایط مستقل شاهد به شمار آورد.

در قوانین ایران نیز آخرین تعریفی که از ولگردی ارائه شده، در تبصره ۲ ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری است که بیان می‌دارد ولگرد کسی است که مسکن و مأوای مشخص و وسیله معاش معلوم و شغل یا حرفه معینی ندارد که البته این تعریف در ماده ۲۷۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ نیز سابقه تقنینی دارد<sup>۱۱</sup>. همچنین، طبق براینده از ماده ۱ قانون شماره ۲۴ افراد ولگرد و مشکوک مصر (اصلاحی مورخ ۱۹۲۳/۵/۷)، افراد ولگرد شامل موارد زیر می‌شود.

۱. افرادی که با قماربازی یا طالع‌بینی در جاده‌ها، اماکن عمومی یا هر مکان دیگری که در دید عموم قرار دارد، فعالیت می‌کنند.
۲. زنانی که با عنوان‌های نامتعارف در مکان‌های عمومی فعالیت می‌کنند.
۳. کولیانی که بدون داشتن اقامتگاه ثابت یا اثبات حرفه یا صنعت مشروع، در محله‌ها پرسه می‌زنند.
۴. افرادی که معمولاً شب را در جاده‌ها یا میدان‌های عمومی شهرها یا شهرستان‌ها می‌گذرانند و اقامت آن‌ها ثابت نشده است<sup>۱۲</sup>.

برخی حقوق‌دانان در این زمینه اظهار داشته‌اند که معمولاً اعتماد به گفتار افراد ولگرد و کسانی که تکدی را به عنوان شغل خود انتخاب کرده‌اند، آسان نیست. علت این موضوع به وضعیت روحی و رفتاری آنان برمی‌گردد؛ زیرا این افراد به طور معمول به دنبال افرادی هستند که به آن‌ها پول یا منافع ارائه دهند یا احتمال دارد که برای دریافت پول و منافع هر آنچه را به آن‌ها تلقین شود اظهار کنند حتی اگر حقیقت نداشته باشد. این امر نشانه‌ای از وهن، ضعف اخلاقی و عدم استحکام شخصیت آنان است که ریشه آن می‌تواند در ولگردی باشد (امامی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۱۷۶). شاید به همین دلیل باشد که شهادت ولگرد در قانون مطلقاً از عده دلایل خارج شده است که در بند خ ماده

۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نیز بدان اشاره شده است. همچنین، ماده ۷۱۲ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵) نیز ولگردی را از مصادیق جرم‌انگاری دانسته است و مقرر می‌دارد «هرکس تکدی یا کلاشی را پیشه خود قرار داده باشد و از این راه امرار معاش کند یا ولگردی کند، به حبس از یک تا سه ماه محکوم خواهد شد و چنانچه با وجود توان مالی مرتکب عمل فوق شود، علاوه بر مجازات مذکور، همه اموالی که از طریق تکدی و کلاشی به دست آورده است، مصادره خواهد شد».

از سوی دیگر، در جامعه کنونی ایران اساساً با پدیده‌هایی روبه‌رو هستیم که به‌عنوان مطرودان از جامعه تلقی می‌شوند، اما در قانون و رویه قضایی ذیل عنوان ولگردی شناخته می‌شوند از جمله پدیده‌های کارتن‌خوابی، گورخوابی، بی‌خانمانی، زباله‌گردی، ماشین‌خوابی و کتوهای معتادان متجاهر (دیاری و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۳۲) به تعبیر دیگر، مطرودان از جامعه یا واماندگان اجتماعی افرادی‌اند که در مقاطعی از زندگی، توانایی سازگاری یا انطباق با جریان اصلی جامعه را نداشته و کم‌کم از جامعه طرد شده‌اند مانند اشخاص زباله‌گرد، کارتن‌خواب، سال‌خوردگان معلول و ناتوان، افراد مستعد خودکشی، کودکان مورد آزار و اذیت، زنان شکست‌خورده در اجتماع، افراد بیمار و بعضاً عقب‌مانده، افراد ماشین‌خواب و پشت‌بام‌خواب و معتادان به مواد و دارو که با عنوان معتادان متجاهر شناخته می‌شوند. این افراد، جامعه بی‌خانمان‌ها را تشکیل می‌دهند که عمدتاً از گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه هستند (فیروزآبادی و صادقی، ۱۳۹۲، ص. ۱۸). طرد اجتماعی یا واپس‌زدگی اجتماعی اصطلاحی در علم جامعه‌شناسی است که به‌عنوان معضل اجتماعی از آن یاد می‌شود. از منظر جامعه‌شناسی، طرد اجتماعی فرایندی چندبعدی از گسست اجتماعی پیش‌رونده است (Silver & Miller, 2006, p. 28) که افراد و گروه‌ها را از روابط و نهادهای اجتماعی جدا می‌کند و مانع مشارکت کامل آنان در فعالیت‌های طبیعی و مجاز اجتماعی می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، فرایندی است که در نتیجه آن، افراد و گروه‌های اجتماعی معینی از جامعه طرد و به حاشیه رانده می‌شوند (Silver & Miller, 2006, p. 15).

نابسامانی اقتصادی ناشی عملکرد دولت‌ها در کنار تحریم‌های همه‌جانبه اقتصادی، نرخ‌های تورم بالا و وضعیت اقتصادی پسا‌کرونا موجب آسیب‌پذیری اقشار تهی دست و

افزایش نابرابری اجتماعی و فقر شده است که در ایجاد طبقات جدید اجتماعی مانند مطرودان از جامعه و امحای طبقات دیگر و نیز تضعیف و بعضاً تقویت آن‌ها بی‌تأثیر نبوده است (هادی زنوز، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۸؛ شهیدی و کاویانی، ۱۴۰۰، ص. ۱۶). بدون شک وضعیت کنونی جامعه و افزایش مطرودان اجتماعی رابطه بسیار نزدیکی با هم دارند. از این رو با توجه به تغییر در ساختار اجتماعی، قوانین نیز همسو با وضعیت اجتماعی قابلیت تغییر می‌یابند و به‌ناچار باید پذیرفت که طبقه جدیدی به نام مطرودان اجتماعی در ایران ایجاد شده است که حقیقتاً ولگرد شمرده نمی‌شوند.

نکته‌ای که خیلی مهم و هشداردهنده به نظر می‌رسد، روند افزایشی پدیده پردشدگان اجتماعی است که جامعه کنونی ایران را تحت‌الشعاع قرار داده است (سفیری و خادم، ۱۳۹۲، ص. ۶۳) که از حیث اجتماعی و قانونی باید به این چالش‌ها توجه ویژه‌ای شود. از جمله چالش‌های قانونی پیش‌رو، می‌توان توجه به جامعه هدف این گروه را در رابطه با شرایط به‌عنوان شاهد بیان کرد؛ زیرا در زیست این گروه از جامعه، احتمال رفتارهای مجرمانه نسبت به شرایط عادی بیشتر است.

از سویی یکی از ادله اثباتی قابل دسترس، معمولاً مراجعه به شهادت شهود است. پس اگر همه مطرودان از جامعه را به‌عنوان مطلق ولگرد که در بند خ ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نیز احصا شده است، تعبیر کنیم، منجر به سخت شدن فرایند اثبات جرائم این جامعه هدف می‌شود و به طبع جری شدن مجرمان در این گروه را به همراه خواهد داشت.

در واقع، همه مطرودان از جامعه ولگرد به معنای حقیقی شمرده نمی‌شوند. در اصطلاح رابطه آن‌ها عموم و خصوص مطلق است. بدین صورت که می‌توان گفت همه ولگردان جزو مطرودان از جامعه به شمار می‌آیند، اما قطعاً همه مطرودان از جامعه ولگرد نیستند.

با این تفاسیر بهتر است قانون‌گذار معیارهای مشخصی را برای کلمه ولگرد در قانون تعیین کند تا همه مطرودان از جامعه مشمول عنوان ولگرد نگردند؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، همه مطرودان از جامعه ولگرد تلقی نمی‌شوند. پیشنهاد می‌شود برای اینکه شخصی ولگرد تلقی شود، سه عنصر الف. نداشتن مسکن مشخص، ب. عدم اشتغال به شغل متعارف و ج. تأمین نیازها از راه ولگردی در اماکن و معابر عمومی را مجتمعاً

به‌عنوان معیارهای ولگردی در نظر گرفت. در این صورت افرادی که شغل مشخصی دارند، اما مسکن معینی ندارند از شمول تعریف خارج می‌شوند یا برعکس، افرادی که مسکن و ماوای مشخص دارند، اما شغل معینی ندارند نیز از شمولیت ولگرد خارج می‌شوند مانند زباله‌گردهایی که منازل رسمی دارند، اما به دلایل مختلف ترجیح می‌دهند از این راه امرار معاش کنند یا افرادی که از روی اضطرار در شهرهای بزرگ کارتن‌خوابی یا ماشین‌خوابی می‌کنند، اما دارای شغل مشخصی هستند. به‌طور قطع نمی‌توان این افراد را به‌عنوان ولگرد شناخت و به‌تبع آن، شهادتشان را تنها به علت اطلاق کلمه ولگرد در قانون مسموع ندانیم.

### نتیجه‌گیری

تحلیل و بررسی شروط سلبی شاهد، نتایج زیر را به همراه داشت.

۱. ذی‌نفع نبودن شاهد: مشهور فقها انتقای تهمت را به‌عنوان یکی از شرایط شاهد مطرح کرده‌اند، اما به نظر می‌رسد ذی‌نفع بودن شاهد در مصادیق یادشده توسط ایشان به‌عنوان عاملی برای عدم پذیرش شهادت مدنظر آن‌ها بوده نه میرا بودن از احتمال گناه و معصیت که مفهوم مخالف وصف عدالت است.
۲. نداشتن خصومت با طرفین دعوی: عداوت دنیوی به‌صورت مطلق مانع پذیرش شهادت نمی‌شود مگر اینکه این عداوت موجب فسق شاهد یا قرار گرفتن او در معرض اتهام جدی شود. در غیر این صورت اگر دشمنی دنیوی تأثیری بر عدالت شاهد نداشته باشد، شهادت او به نفع دشمن پذیرفته خواهد شد.
۳. عدم اشتغال به تکدی: سائل به کف به چند دسته مختلف مانند سائل شغلی، سائل اضطراری و سائل طفیلی تقسیم می‌شود. بر اساس تفسیر موسع، همه افرادی که به هر نحوی از دیگران درخواست کمک می‌کنند، تحت عنوان متکدی قرار می‌گیرند درحالی‌که بر اساس تفسیر مضیق، تنها افرادی که تکدیگری را به‌عنوان شغل وسیله امرار معاش انتخاب کرده‌اند، تحت این تعریف قرار می‌گیرند. فقها و حقوق‌دانان در مورد پذیرش شهادت متکدیان به‌صورت مطلق اختلاف نظر دارند. دسته‌ای از فقها معتقدند شهادت متکدیانی که تکدیگری را به‌عنوان شغل خود انتخاب کرده‌اند، پذیرفته نمی‌شود

- درحالی که برخی دیگر معتقدند شهادت متکدیانی که به دلیل ضرورت و نیاز به تکدیگری روی آورده‌اند، پذیرفته می‌شود.
۴. به‌طور خلاصه، تفاوت اصلی میان انواع متکدیان در انگیزه‌ها و شرایط اقتصادی آن‌ها نهفته است. متکدیان شغلی به‌عنوان افرادی که تکدیگری را شغل خود قرار داده‌اند، مشمول قوانین سخت‌گیرانه‌تر هستند درحالی که متکدیان اضطراری و طفیلی به دلیل شرایط متفاوت، اگر با دقت در شرایط خاصی که دارند مورد ارزیابی قرار بگیرند، می‌توان گفت شهادت آن‌ها قابلیت استماع را دارد که این نظر با تفسیر مضیق قوانین جزایی نیز همخوانی دارد.
۵. عدم ولگردی: اطلاق کلمه ولگرد در قانون باعث شمول افراد زیادی از مطرودان جامعه شده که به نظر بهتر است قانون‌گذار معیارهای مشخصی را برای کلمه ولگرد در قانون تعیین کند تا همه مطرودان از جامعه مشمول عنوان ولگرد نشوند؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، همه مطرودان از جامعه ولگرد تلقی نمی‌شوند. پیشنهاد می‌شود برای شخص ولگرد سه عنصر الف. نداشتن مسکن مشخص، ب: عدم اشتغال به شغل متعارف و ج: تأمین نیازها از راه ولگردی در اماکن و معابر عمومی را مجتمعاً به‌عنوان معیارهای ولگردی در نظر بگیریم. در این صورت افرادی که شغل مشخصی دارند، اما مسکن معینی ندارند از شمول تعریف خارج می‌شوند یا برعکس، افرادی که مسکن و مأوای مشخص دارند، اما شغل معینی ندارند نیز از شمولیت ولگرد خارج می‌شوند مانند زباله‌گردهایی که مسکن و مأوای رسمی دارند، اما به دلایل مختلف ترجیح می‌دهند از این راه امرار معاش کنند یا افرادی را که از روی اضطرار یا به علت مهاجرت ناموفق به کلان‌شهرها در محیط شهرهای بزرگ کارتن‌خوابی یا ماشین‌خوابی می‌کنند، اما دارای شغل مشخصی‌اند، به‌طور قطع نمی‌توان ذیل عنوان ولگرد به شمار آورد و به‌تبع آن، شهادتشان را تنها به علت اطلاق کلمه ولگرد در قانون نادیده گرفت.



### یادداشت‌ها

۱. عُبَيْدُ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيُّ قَالَ سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَمَّا يَرُدُّ مِنَ الشُّهُودِ - فَقَالَ الظَّنِّينُ وَ الْمُتَمَّهِمُ وَ الْخَصْمُ - قَالَ قُلْتُ: فَالْفَاسِقُ وَ الْخَائِنُ. فَقَالَ هَذَا يَدْخُلُ فِي الظَّنِّينِ.
۲. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص لَمْ تَجْزُ شَهَادَةُ الصَّبِيِّ وَ لَا خَصْمٍ وَ لَا مُتَمَّهِمٍ وَ لَا ظَنِّينٍ.
۳. عَنْ أَبِي بصيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ الظَّنِّينُ وَ الْمُتَمَّهِمُ وَ الْخَصْمُ.
۴. عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَمَّا يَرُدُّ مِنَ الشُّهُودِ - قَالَ الْمُرِيبُ وَ الْخَصْمُ - وَ الشَّرِيبُ وَ دَافِعُ مَعْرَمٍ وَ الْمُتَمَّهِمُ كُلُّ هَؤُلَاءِ تُرَدُّ شَهَادَاتُهُمْ.
۵. لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَ لَا خَائِنَتِهِ وَ لَا ذِي حَقْدٍ وَ لَا ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ.
۶. عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ قَالَ سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَمَّا يَرُدُّ مِنَ الشُّهُودِ فَقَالَ الظَّنِّينُ وَ الْمُتَمَّهِمُ وَ الْخَصْمُ.
۷. عَنْ الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ (عليهم السلام) قَالَ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ذِي شَحْنَاءٍ أَوْ ذِي مُخْزِيَةٍ فِي الدِّينِ.
۸. عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ أَبِي الْحَسَنِ (عليه السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ بِكُفِّهِ - هَلْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَقَالَ - كَانَ أَبِي لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ إِذَا سَأَلَ فِي كُفِّهِ.
۹. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) شَهَادَةَ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ فِي كُفِّهِ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (عليه السلام) لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنْ أُعْطِيَ رَضِيَ وَ إِنْ مَنَعَ سَخِطَ.
۱۰. «لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أَحْضَرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسِبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيْمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا».
۱۱. ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.
۱۲. ماده ۱ قانون شماره ۲۴ افراد ولگرد و مشکوک کشور مصر (اصلاحی مورخ ۱۹۲۳/۵/۷).

### کتابنامه

قرآن کریم.

Holy Quran.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۳ق). معانی الاخبار (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Ibn Babawayh, Muhammad bin Ali (1982). Ma'ani al-Akhbar. Vol. 2, First Edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.

ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جلد ۱۲). چاپ ۱، بيروت: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

Ibn Manzur, Muhammad bin Mukarram (1993). Lisan al-Arab. Vol. 12, First Edition, Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing, and Distribution.

امامی، حسن (بی تا). حقوق مدنی (جلد ۶). چاپ ۱، تهران: انتشارات اسلامیة.

Emami, Hassan (n.d.). Civil Law. Vol. 6, First Edition, Tehran: Islamia Publications.

ایمانی، عباس (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوقی کیفری. چاپ اول، تهران: آریا.

Imani, Abbas (1382). Dictionary of criminal legal terms. First edition, Tehran: Aria.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). ترمینولوژی حقوق. چاپ ۳، تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (1380). Legal terminology. Third edition, Tehran: Ganj Danesh Publications.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلد ۲۷). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

Har'amili, Muhammad bin Hassan (1989). Wasa'il al-Shi'a. Vol. 27, First Edition, Qom: Al al-Bayt Institute (A).

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة (جلد ۲). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

Allameh Hali, Hassan bin Yusuf (1413). Various Shia Volume 2, 2nd edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with Qom Seminary Teachers Society.

حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۱۴). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

Mohagheq Hali, Jafar bin Hassan (1408). The laws of Islam in matters of halal and haram. 14th volume, 2nd edition, Qom: Ismailin Institute.

حمد مختار، عمر (۱۴۲۹ق). معجم اللغة العربية المعاصرة (جلد ۲). چاپ ۱، قاهره: عالم الكتب.

Hamd Mukhtar, Omar (2008). Mu'jam al-Lugha al-'Arabiya al-Mu'asira. Vol. 2, First Edition, Cairo: Alam al-Kutub.

حمیری، نشوان بن سعید (بی تا). شمس العلوم (جلد ۶). چاپ ۱، دمشق: دارالکتب العلمیة.

Hamiri, Nashwan bin Sa'id (n.d.). Shams al-'Ulum. Vol. 6, First Edition, Damascus: Dar al-Kutub al-'Ilmiya.

خفاجی، احمد (بی تا). شفاء الغلیل فی کلام العرب من الدخیل. چاپ ۱، بيروت: دارالکتب العلمیة.

Khafaji, Ahmad (n.d.). Shifa' al-Ghalil fi Kalam al-'Arab min al-Dakhil. First Edition, Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiya.

خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (جلد ۶). چاپ ۱،

قم: مؤسسه اسماعیلیان.

Khonsari, Ahmad bin Yusef (1984). Jami' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'. Vol. 6, First Edition, Qom: Ismailian Institute.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

Khui, Abu al-Qasim (2001). Mabani Takmilat al-Minhaj. Vol. 3, First Edition, Qom: Al-Imam al-Khuyi Institute for the Revival of Works

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

Khui, Abu al-Qasim (1997). Mu'jam al-Rijal al-Hadith. Vol. 41, First Edition, Qom: Al-Imam al-Khuyi Institute for the Revival of Works.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۹۰). لغت نامه (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

Dehhoda, Ali Akbar (2011). Loghatnameh. Vol. 2, First Edition, Tehran: Tehran University Press.

دیاری، مرتضی؛ غفاری، غلامرضا؛ و کرمانی، مهدی (۱۳۹۹). «زیست کارتن خوابی؛ از تلاش ناگزیر برای بقا تا بازسازمانیابی اجتماعی». مجله توسعه محلی روستایی-شهری، (۱) ۴، صص. ۱۵۲-۱۲۷.

Diari, Morteza; Ghafari, Gholamreza; Kermani, Mehdi (2020). "Living in Homelessness; From the Inevitable Struggle for Survival to Social Reorganization." Journal of Rural-Urban Local Development, 4(1): 127-152.

روحانی، محمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام) (جلد ۲۵). چاپ ۱، قم: مدرسه الامام الصادق (علیه السلام).

Ruhani, Muhammad Sadiq (1991). Fiqh al-Sadiq (A). Vol. 25, First Edition, Qom: Imam al-Sadiq School (A).

سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الغراء (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Sobhani, Jafar (1418). The system of al-Qadda and al-Shahadah in Al-Sharia Al-Ghara Second volume, first edition, Qom: Imam Sadiq Institute (AS).

سبزواری، محمدباقر بن محمد (بی تا). کفایة الاحکام (جلد ۲). چاپ ۱، اصفهان: مهدوی.

Sabzevari, Muhammad Baqir bin Muhammad (n.d.). Kifayat al-Ahkam. Vol. 2, First Edition, Isfahan: Mahdavi Publications.

سفیری، خدیجه؛ و خادم، رسول (۱۳۹۲). «بررسی وضعیت امید به زندگی زنان بی خانمان شهر تهران؛ مطالعه موردی: مرکز نگهداری زنان بی خانمان شهرداری تهران، سامان سرای لویزان». مجله مطالعات توسعه اجتماعی ایران، (۱) ۶، صص. ۷۰-۵۱.

Safiri, Khadijeh; Khadem, Rasoul (2013). "A Study of Life Expectancy among Homeless Women in Tehran, Case Study: Tehran Municipality Homeless Women's Center, Samansara Lavizan." Iranian Journal of Social Development

Studies, 6(1): 51-70.

سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید (۱۳۹۹). تعارض منافع در حقوق خصوصی؛ سامان‌دهی نظریه عمومی (رساله دکتری). دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

Siah Bedi Kermanshahi, Saeed (2019). Conflict of interest in private law: organization of general theory. PhD Thesis, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran.

شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی. چاپ ۱، تهران: ادراک.

Shams, Abdullah (1384). Civil procedure. First edition, Tehran: Perception.

شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۰ق). اللعنة‌الدمشقیة فی الفقه‌الامامیة. چاپ ۳، بیروت: دارالتراث.

Shahidawl, Muhammad bin Makki (1410). Al-Lama' al-Damashkiyyah in al-Umami jurisprudence. Third edition, Beirut: Dar al-Trath.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة‌البهیة فی شرح‌اللعنة‌الدمشقیة (جلد ۳). چاپ ۲، قم: مکتبه‌الداوری.

The second martyr, Zain al-Din bin Ali (1410). Al-Rawda al-Bahiya in Sharh al-Lama' al-Damashkiyyah. The third volume, the second edition, Qom: Al-Davari School.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام الی تنقیح شرایع‌الاسلام (جلد ۱۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیة.

Shahid Thani, Zayn al-Din bin Ali (1992). Masalik al-Afham ila Taqih Shara'i' al-Islam. Vol. 14, First Edition, Qom: Islamic Knowledge Institute.

شهیدی، زهرا؛ و کاویانی، زهرا (۱۴۰۰). مجموعه گزارش‌های پایش فقر-کاهش فقر در سال ۱۳۹۹. چاپ ۱، تهران: وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی.

Shahidi, Zahra; Kaviani, Zahra (2021). Poverty Monitoring Reports - Poverty Reduction in 1399. First Edition, Tehran: Ministry of Cooperation, Labor, and Social Welfare.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق). جواهر‌الکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلد ۴۱). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث‌العربی.

The owner of the jewel, Muhammad Hassan bin Baqir (1404). Jawaharlal Kalam in the explanation of the laws of Islam. Volume 41, 7th edition, Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi.

طباطبایی قمی (۱۴۲۳ق). الانوار‌البهیة فی القواعد‌الفقهیة. چاپ ۱، قم: محلاتی.

Tabataba'i Qumi (2002). Al-Anwar al-Bahiya fi al-Qawa'id al-Fiqhiya. First Edition, Qom: Mahallati Publications.

طباطبایی، علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض‌المسائل (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم‌السلام).

Tabataba'i, Ali bin Muhammad (1997). Riyadh al-Masa'il. Vol. 2, First Edition, Qom: Al al-Bayt Institute (A).

طریحی، فخرالدین (۱۴۰۵ق). مجمع‌البحرین (جلد ۳). چاپ ۲، تهران: کتاب‌المرتضویة.

- Tarihi, Fakhreddin (1405). Bahrain Assembly Third volume, second edition, Tehran: Kitab al-Mortazawieh.
- طیب، عبدالحسین (۱۳۷۸). *اطیب‌البیان فی تفسیر القرآن* (جلد ۱۲). چاپ ۱، تهران: اسلام.
- Tayyib, Abdulhussein (1999). *Atyab al-Bayan fi Tafsir al-Quran*. Vol. 12, First Edition, Tehran: Islam Publications.
- عربیان، اصغر (۱۳۹۲). «عدم اختصاص بینة به شهادت دو شاهد». *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۶ (۴)، صص. ۱۶۵-۲۰۶.
- Arabian, Asghar (2012). "Non-attribution of evidence to the testimony of two witnesses, Islamic jurisprudence and law". *Contemporary Comparative Law Studies*, (4) 6: 206-165.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۰ق). *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ القضاء والشهادات*. چاپ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- Fadil Lankarani, Muhammad (1999). *Tafsil al-Shari'a fi Sharh Tahrir al-Wasila, Al-Qada' wa al-Shahadat*. First Edition, Qom: Center for Jurisprudential Studies of the Imams (A).
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام* (جلد ۱۰). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- Fadil Hindi, Muhammad bin Hassan (1995). *Kashf al-Litham wa al-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam*. Vol. 10, First Edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). *کتاب العین* (جلد ۵). چاپ ۲، قم: هجرت.
- Farahidi, Khalil bin Ahmad (1988). *Kitab al-'Ain*. Vol. 5, Second Edition, Qom: Hijrat Publishing.
- فیروزآبادی، سیداحمد؛ و صادقی، علیرضا (۱۳۹۲). *طرد اجتماعی؛ رویکردی جامعه‌شناختی به محرومیت (بررسی مفهومی، دیدگاه‌های نظری و مطالعات موردی در ایران)*. چاپ ۱، تهران: جامعه‌شناسان.
- Firoozabadi, Seyed Ahmad; Sadeghi, Alireza (2013). *Social Exclusion: A Sociological Approach to Deprivation (Conceptual Review, Theoretical Perspectives, and Case Studies in Iran)*. First Edition, Tehran: Sociologists.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *اثبات و دلیل اثبات*. چاپ ۱۱، تهران: میزان.
- Katouzian, Nasser (2018). *Proof and reason for proof*. 11th edition, Tehran: Mizan publication.
- کاشف‌الغطا، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). *انوار الفقاهه؛ کتاب الشهادات*. چاپ ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطا.
- Kashif al-Ghita, Hassan bin Ja'far (2001). *Anwar al-Fiqhah - Kitab al-Shahadat*. First Edition, Najaf Ashraf: Kashif al-Ghita Institute.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی* (جلد ۷). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- Kulayni, Muhammad bin Ya'qub (1986). *Al-Kafi*. Vol. 7, Fourth Edition, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya.

- گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۰۵ق). کتاب الشهادات. چاپ ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
- Golpaygani, Mohammad Reza (1405). Book of Testimonies. First edition, Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
- مرورید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). سلسله‌النبایع الفقہیہ (جلد ۱۱). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه فقہ الشیعہ.
- Marwarid, Ali Asghar. (1410 AH). Elinabi' al-Fiqhiyya series, 11th volume, 1st edition, Beirut: Shia Fiqh Institute.
- مغنیہ، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقہ الامام الصادق (علیه السلام) (جلد ۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه انصاریان.
- Mughniya, Muhammad Jawad (2000). Fiqh al-Imam al-Sadiq (A). Vol. 5, First Edition, Qom: Ansarian Institute.
- مقدس اردبیلی، احمدبن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدہ والبرهان (جلد ۱۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Ardabili saint, Ahmad bin Muhammad (1403). Al-Fedath and Al-Barhan Assembly. Volume 12, first edition, Qom: Islamic Publications Office.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا). تحریر الوسیلہ (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- Khomeini, Ruhollah (n.d.). Tahrir al-Wasila. Vol. 2, First Edition, Qom: Dar al-Ilm Publications Institute.
- مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیلہ (جلد ۱). چاپ ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- Momin Qomi, Mohammad. (1422 AH). Basics of writing. Volume 1, 3rd edition, Tehran: Imam Khomeini Institute for Editing and Publishing.
- نراقی، احمد (۱۴۱۵ق). مستند الشیعہ فی احکام الشریعہ (جلد ۱۸). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیته (علیهم السلام).
- Naraghi, Ahmad bin Muhammad (1994). Mustanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a. Vol. 18, First Edition, Qom: Al al-Bayt Institute (A).
- نراقی، احمدبن محمد (۱۴۲۲ق). رسائل و مسائل (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد.
- Naraghi, Ahmad bin Muhammad (2001). Rasa'il wa Masa'il. Vol. 2, First Edition, Qom: Congress of Naraghi Scholars Mulla Mahdi and Mulla Ahmad.
- هادی زنوز، بهروز (۱۳۸۴). «فقر و نابرابری درآمد در ایران». مجله رفاه اجتماعی، (۱۷) ۲، صص. ۲۰۶-۱۶۵.
- Hadi Zenouz, Behrouz (2004). "Poverty and income inequality in Iran". Journal of Social Welfare, (17) 2: 206-165.
- Saunders, P. Tsumori, K. (2002). Poor concepts: Social exclusion, poverty and the politics of guilt. Policy. A Journal of public policy and ideas, 18 (2), p 1-32.
- Silver, H (2007). The process of social exclusion: the dynamic of an evolving concept. 1th Ed. USA: Brown University.
- Silver, H (2006). Social Exclusion: the European Approach to Social Disadvantag. 1th Ed. USA: Brown University.



10.30497/sj.2025.246385.1393

دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»، سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص. ۶۰۵-۶۳۰

## تأثیر قصد حرام یا انحصار منافع حرام بر معاملات با محوریت دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۷

محمد اسدی\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۱

عظیم اسدی\*\*

نوع مقاله: ترویجی

### چکیده

معاملات از امور ضروری زندگی بشری بوده و انسان برای برطرف کردن حوایج خود، ناگزیر به دادوستد است. حال اگر شخصی اقدام به معامله با قصد حرام کند یا معامله‌ای را منعقد سازد که منافی جز منفعت محرم نداشته باشد، حکم به جواز یا رضایت شارع در آن مردد و محل اختلاف فقیهان است، مانند فروش مواد غذایی به افراد روزه‌خوار در ماه مبارک رمضان، خریدوفروش دستگاه ساخت شراب، اجاره مسکن به قصد حرام و خریدوفروش سیگار از نگاه قائلان به حرمت استعمال آن. نگارندگان در پژوهش حاضر، در پی استخراج آرای فقهی امام خمینی (رحمت الله علیه) هستند و حاصل پژوهش بیان می‌کند که امام خمینی (رحمت الله علیه) قول به حرمت را ترجیح داده است، اما قائل به حرمت مطلق نیست، بلکه با جامع‌نگری خود، کارکرد و غایت مسائل را مورد توجه قرار می‌دهد. مطالعه حاضر به روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

### واژگان کلیدی

قصد، قصد حرام، معامله، منافع حرام، امام خمینی (رحمت الله علیه).

\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).  
asadi.mohammad21@gmail.com

\*\* دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم، قم، ایران.

asadrad2121@gmail.com

## مقدمه

دین اسلام به‌عنوان آخرین و کامل‌ترین دین، در تلاش برای رشد، اعتلا و سعادت بشر است و برای تمام امور و شئون زندگی بشری برنامه دارد؛ اگرچه آن امور، معاملات روزمره انسان باشد که صدور احکام در آن، در زمره احکام امضایی است. فرامین و دستورات شارع در این خصوص نیز چنانچه قائل به مولوی بودن اوامر و نواهی در معاملات نباشیم، در صورت دلالت بر شرطیت، جزئیت و مانعیت، ما را به رضایت یا عدم رضایت شارع و در نتیجه، صحت یا بطلان معاملات رهنمون می‌سازد. فقیهان امامیه در منابع معتبر فقهی به استناد برخی از روایات وارده، در خصوص حکم معامله به قصد حرام یا انحصار منافع در امور حرام مناقشه کرده و به بحث و گفت‌وگو پرداخته‌اند. امام خمینی (رحمت‌الله علیه) نیز به‌عنوان یکی از فقیهان سرآمد معاصر، دیدگاه‌ها و ادله خاصی را مطرح کرده است. پژوهش حاضر به‌رغم بررسی اقوال فقهی، سعی دارد دیدگاه اختصاصی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) را استخراج کند و ضمن بررسی ادله ایشان، وضعیت معامله را در جایی که موضوع منحصر در حرام است یا به قصد حرام خرید و فروش می‌شود، تبیین کند.

## ۱. پیشینه پژوهش

احکام معاملات از دیرباز مورد توجه فقیهان بوده است و اهتمام ویژه بر تضارب آرا در آن داشته‌اند. مباحث مربوط به معاملات و از جمله موضوع پژوهش حاضر نیز در منابع متعدد فقهی به‌صورت پراکنده و در ضمن مباحث مختلف، مورد بحث قرار گرفته است که احصای اسامی کتاب‌های فقهی به علت محدودیت در نوشتار، امکان‌پذیر نیست. مراجعه به پایگاه‌های علمی نیز در دسترس بودن دو مقاله علمی-پژوهشی را نشان می‌دهد که عبارت‌اند از ۱. «حرمت معامله با علم به استفاده حرام» از علی فقیهی که نگارنده در آن، از دریچه بررسی روایی و چگونگی جمع اخبار متعارض به مسئله ورود کرده است. از دیدگاه ایشان، معامله با علم به حرمت معامله، محکوم به حرمت است؛ اگرچه مثبت فساد نباشد و دلیل آن، روایات متواتر و حرمت اعانه بر اثم است. ۲. «انحصار در حرام درمانی با وجود جایگزین حلال از منظر فقهای شیعه و اهل سنت» از الهام رضایی و علیرضا رستمی قفس‌آبادی که مطالعه دیدگاه مذاهب اسلامی و مربوط



به مباحث پزشکی است. در مقاله یادشده، نویسندگان به اولویت داشتن حلال درمانی معتقدند حرام درمانی را تنها در احکام ثانوی مانند اضطرار و عسر و حرج جایز می‌دانند؛ آن هم در جایی که جایگزین حلال وجود نداشته باشد. وجه افتراق اصلی مقاله حاضر با مقالات یادشده، در تمرکز بر دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه) است؛ شخصیتی که جامع علوم به شمار می‌آید و فقه را در کنار منابع قرآنی، فلسفی و عرفانی تبیین کرده است. دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در هیچ‌یک از مقالات علمی به صورت مستقل بررسی نشده و در مسئله حاضر، فقدان دیدگاه ایشان در میان مقالات علمی محسوس است.

## ۲. مستندات روایی مورد استناد در بحث

### ۲-۱. روایات دال بر جواز معامله

الف. اخبار عمر بن اُذینَه

- «از امام صادق (علیه‌السلام) درباره مردی پرسیدم که کشتی و حیوان خود را به شخصی اجاره می‌دهد که در آن‌ها خمر و خوک حمل می‌کند. امام فرمود اشکالی ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۲۷). این روایت به لحاظ سندی «حسن» است و بنا بر قول مشهور، بر موردی حمل می‌شود که ساختن بت یا صلیب در توافق قید نشود و ترک آن به‌طور کلی، احسن و احوط است (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۷۷).
- «از امام صادق (علیه‌السلام) درباره مردی که تاکستان دارد، پرسیدم که آیا می‌تواند انگور و خرما را به کسی بفروشد که می‌داند آن را در خمر و مسکر استفاده می‌کند؟ امام فرمود فروش آن تنها در زمانی حلال است که خوردن و آشامیدن آن حلال باشد. بنابراین، فروش آن اشکالی ندارد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۲۳۰). حدیث یادشده «حسن» و مانند صحیح است (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۱).
- «به امام صادق (علیه‌السلام) نوشتم آیا انسان می‌تواند چوب‌های خود را به کسی بفروشد که از آن بربط (از آلات لهُو) می‌سازد؟ امام فرمود اشکالی ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۲۶). این حدیث «حسن» است و نهی در آن،

حمل بر کراهت و موردی می‌شود که ساختن صلیب در معامله شرط نشود (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۲۶۵).

ب. خبر رفاعه

از امام صادق (علیه‌السلام) در خصوص فروش آب انگور به شخصی که آن را به خمر تبدیل می‌کند، پرسیده شد و من آنجا حاضر بودم. امام فرمود حلال است. آیا ما خرما را به شخصی که آن را به نوشیدنی ناپاک تبدیل می‌کند، نمی‌فروشیم؟ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۱۳۶).

ج. روایت حلبی

از امام صادق (علیه‌السلام) درباره فروش آب انگور به شخصی که با آن شراب می‌سازد، پرسیده شد و امام فرمود فروختن آب انگور به شخصی که آن را می‌پزد یا با آن سرکه می‌سازد، نزد من محبوب‌تر است و در فروختن آن به سازنده شراب، اشکالی نمی‌بینم (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۱۰۶).

دو روایت فوق به لحاظ سندی در زمره احادیث صحیح یاد شده است (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص. ۲۰۳).

د. روایت ابی کهمس

مردی از امام صادق (علیه‌السلام) در مورد فروش آب انگور پرسید که من تاکستانی دارم و هر سال آب انگورها را می‌گیرم و در ظرف قرار می‌دهم و پیش از آنکه به جوش بیاید، می‌فروشم. فرمود اشکالی ندارد؛ اگر جوش بیاید، فروش آن حرام است. سپس فرمود گاه ما خرمای خود را به کسی می‌فروشیم که می‌دانیم شراب درست می‌کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۳۲). این حدیث به لحاظ سندی مجهول است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۲۷۵).

## ۲-۲. روایات دال بر عدم جواز معامله

الف. روایت عمرو بن حرث

از امام صادق (علیه‌السلام) درباره [چوب] درخت توت پرسیدم که آیا می‌توانم آن را به شخصی که صلیب یا بت می‌سازد، بفروشم؟ امام فرمود خیر (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۷۷). روایت به لحاظ سندی «حسن» است و نهی بر شرط حمل می‌شود و

حرمت به خاطر غایت است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۲۶۶).

ب. خبر عمر بن اذینه

به امام صادق (علیه السلام) نوشتم آیا انسان می تواند چوب های خود را به کسی بفروشد که از آن صلیب می سازد؟ امام فرمود خیر (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۲۶). حدیث یاد شده «حسن» است و مشهور میان اصحاب، حرمت فروش چوب برای ساختن هیاکل عبادت و آلات حرام است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۲۶۶).

ج. روایت جابر

از امام صادق (علیه السلام) درباره مردی پرسیدم که خانه خود را اجاره می دهد تا در آن خمر فروخته شود. امام فرمود اجرت آن حرام است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۱۷۴). این حدیث در برخی منابع در زمره احادیث «مجهول» و در برخی دیگر، ظاهراً در زمره احادیث «صحیح» قرار دارد (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۷۶).

### ۳. تصور منافع حلال و حرام بر مبیع

هرگاه مبیع به گونه ای باشد که منافع حلال و حرام برای آن متصور باشد، فقها اختلاف کرده اند که آیا فروش مبیع به قصد حرام (نه داعی) صحیح است یا نه؛ اگر چه مبیع مشروط به انتفاع در حرام نشده باشد. علامه حلی پس از بیان حرمت هر آنچه مقصود از آن حرام است، به حرمت اجاره کشتی و خانه به قصد امور حرام و حرمت بیع انگور برای ساخت شراب رأی می دهد، اما اگر بیع انگور مشروط به ساخت شراب نباشد، از دیدگاه ایشان چنین بیعی مکروه است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۱۳۹). این دیدگاه، قول محقق حلی در شرایع و مختصر النافع، علامه حلی در تحریر الاحکام و ارشاد الازدهان و شهید اول در لمعه و دروس است. بحرانی در حدائق، طباطبایی در ریاض، محقق ثانی در حاشیه الارشاد و شهید ثانی در مسالک همین دیدگاه را تأیید کرده و چنین بیعی را به خاطر وجود غایت حرام، حرام شمرده و این حکم را موضع وفاق (اجماعی) دانسته اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص. ۲۰۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۷)؛ اعم از اینکه شرط حرام، در ضمن عقد واقع شود یا حصول توافق بر آن، بدون درج در متن عقد باشد، اما اگر بایع، مبیع را به شخصی بفروشد که سازنده شراب است و علم ندارد که مشتری، مبیع وی را تبدیل به شراب خواهد کرد یا در امور حرام

مصرف می‌کند، چنین بیعی مکروه و با وجود علم، تحریم آن وجیه‌تر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۲۴). محقق ثانی می‌گوید توافق متبایعان مبنی بر اجاره کشتی و خانه برای امور حرام، مطابق با صحیح‌ترین اقوال، حرام نیست و دلیل آن، اصل و عموم «اوفوا بالعقود» است. این‌گونه معاملات مکروه است و متبادر از حسنه ابن‌اذینه، حرمت و بطلان بیع در امثال صلیب است که تنها در محرمات کاربرد دارند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۱۷)، اما اگر قصد بایع یا موجر، اعانه بر اثم باشد، چنین بیعی حرام و باطل خواهد بود. شیخ انصاری معتقد است معاملات که فروشنده و خریدار از آن قصد حرام می‌کنند بر دو نوع است؛ اول، پرداخت پول در مقابل منفعت حرام واقع می‌شود مانند معامله بر انگوری که متعاملان ملتزم به ساختن شراب می‌شوند. در این قسم، یا قصد متعاملان از معامله، تنها موضوع حرام است و هیچ قصد دیگری در آن داخل نیست یا اینکه حرام و حلال هر دو مقصود هستند مانند معامله بر کنیز آوازخوان که مقداری از افزایش ثمن، بابت آوازخوان بودن کنیز است. دوم، معامله به‌گونه‌ای است که منفعت حرام تنها انگیزه و داعی برای معامله است و لاغیر مانند معامله بر انگور به قصد تخمیر (این قسم خارج از موضوع مقاله است).

### ۳-۱. قصد منافع حرام

اگر پرداخت پول به قصد منفعت حرام باشد مانند فروختن انگور برای ساختن شراب و فروش چوب برای ساختن بت یا آلت‌لهو و اجاره کشتی یا حیوان برای حمل شراب و مانند آن، نه تنها چنین معاملاتی به لحاظ حکم تکلیفی حرمت دارد و در این حکم، هیچ اختلافی میان فقها نیست، بلکه به لحاظ حکم وضعی نیز باطل و فاسد هستند. دلیل این ادعا، اعانه بر اثم و اکل مال به باطل است و از نظر شارع، الزام و التزام به مصرف مبیع در موضوع حرام مردود است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۲۳). مقتضای اطلاق کلام در این فتوا، عدم فرق میان مبیع کلی یا مبیع شخصی خارجی است؛ خواه شرط در ضمن عقد تصریح شود یا عقد مبتنی بر آن (توافق قبلی) انعقاد یابد و بیع و اجاره تفاوتی با یکدیگر ندارند (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۲۸).

کلام فقیهان در این مقام نیز گواه دیدگاه فوق است. برای مثال، شیخ طوسی می‌گوید هرگاه شخصی، خانه‌ای را اجاره کند تا در آن خمر بفروشد، اجاره جایز نیست

و عقد باطل است و دلیل ما بر این قول، اجماع و اخبار است. همچنین، اجاره صحیح نیست در جایی که شخص بنخواهد حیوان و مانند آن را برای جابه‌جایی خمر اجاره کند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۵۰۸). از نگاه علامه حلی، فروش انگور به قصد ساختن خمر حرام و بیع باطل است. عصیر نیز همین حکم را دارد. دلیل حرمت آیه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ» و وقوع عقد بر معصیت خداوند و روایاتی است که در این زمینه وارد شده‌اند و احتجاج به آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...» صحیح نیست؛ زیرا با نصوص دیگر تخصیص خورده و از شروط حلّیت عقد بیع آن است که موانع مرتفع باشند و مانع در اینجا موجود است (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، صص. ۳۶۴-۳۶۲).

از دیدگاه برخی نویسندگان، در خصوص حرمت تکسّب با محرّمات از طریق اجاره مساکن و مانند آن و در خصوص بیع انگور به قصد ساختن خمر و دیگر بیوع به قصد حرام و نیز بطلان این عقود، دیدگاه مخالفی وجود ندارد؛ اعم از اینکه قصد منافع حرام در ضمن عقد شرط شده یا بر آن توافق صورت گرفته باشد و عقد مبتنی بر آن توافق ایجاد شود، بلکه در این باره در مجمع‌البرهان و منتهی‌المطلب، ادعای اجماع شده است؛ همان‌طوری که در خلاف و غنیه ادعای اجماع مشاهده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۰). مطابق با این رأی، روایت صحیح جابر در خصوص وضعیت اجرت خانه‌ای که برای فروختن شراب اجاره داده می‌شود و امام‌صادق (علیه‌السلام) حکم به حرام بودن اجرت آن می‌کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۲۷)، مقید به صورتی است که اجاره خانه تنها به قصد منفعت حرام واقع می‌شود و روایت مصحح ابن اذینه که امام‌صادق (علیه‌السلام) اشکالی در اجاره کشتی یا حیوان به قصد جابه‌جایی شراب و خوک نمی‌بیند، ناظر به جایی است که مبیع مشروط به انتفاع در حرام نیست و مستأجر از جانب خود و بدون هیچ شرطی، منفعت خانه را در موضوع حرام به کار می‌گیرد. دلیل این جمع آن است که قدر متیقن از «حَرَامٌ أُجْرَتُهُ» در روایت جابر، صورت مشروط است، اما اطلاق کلام شامل صورت غیرمشروط نیز می‌شود و از آنجاکه اطلاق از ظواهر کلام شمرده می‌شود، روایت نسبت به صورت مشروط، نص است و نسبت به صورت غیرمشروط، ظاهر است و قدر متیقن از «لَا بَأْسَ» در روایت ابن اذینه، صورت

غیرمشروط است و اطلاق کلام شامل صورت مشروط نیز می‌شود. بنابراین، روایت نسبت به صورت غیرمشروط، نص است و نسبت به صورت مشروط، ظاهر است و در دوران موضوع بین نص و ظاهر، نص را مقدم می‌داریم و اگر به تعارض این دو روایت قائل شویم، عمومات مندرج در *تحف‌العقول* مقدم می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۸۴) و عدم جواز اجاره ترجیح می‌یابد؛ زیرا حکم کردن به جواز معامله سبب تقویت جهتی از جهات معصیت می‌شود و بیع با وجود علم، مستلزم وجهی از فساد خواهد بود و به خاطر قول امام (علیه‌السلام) در *تحف‌العقول* که فرمود «کلّ بیع ملهوّ به و کلّ منهیّ عنه ممّا یتقرّب به لغير الله أو یقوی به الکفر و الشّرك فی جمیع وجوه المعاصی، أو باب یوهن به الحقّ... فهو حرام مُحَرَّمٌ بیعُهُ و شراؤه». عبارت «إنّ أبواب‌الباطل» در روایت نیز شامل مطلق معاصی می‌شود، به‌خصوص که در مقابل «أبواب‌الضلالة» و باب «یوهن به الحق» واقع شده است.

اشکال مطرح بر این کلام آن است که اگر این جمع صحیح باشد، باید در مورد روایات مربوط به بت و صلیب و مانند آن نیز صحیح باشد؛ یعنی آنجا که امام (علیه‌السلام) فروش چوب به سازنده صلیب یا بت را جایز نمی‌داند، مربوط به صورت مشروط است (در متن عقد شرط شود که در امر حرام به کار رود) و صورت غیرمشروط حرام نیست. به نظر می‌رسد صحت چنین استنباطی بسیار بعید باشد و میان این روایات تفاوت اساسی است؛ زیرا در اجاره خانه، حیوان و کشتی برای کار حرام، منفعت عرفی وجود دارد و وقتی مسلمان، خانه خویش را برای فروش شراب یا سایر محرّمات اجاره می‌دهد، غالباً هدف او دستیابی به سود بیشتر است، اما اینکه مسلمان در فروش چوب به مشتری شرط کند که از مبیع، بت یا صلیب بسازد یا انگور را تنها در ساختن شراب به کار گیرد، غالباً غرض و قصد خاصی وجود ندارد. بنابراین، موضوع بر صورت اشتراط حمل نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۲۵).

هرگاه فروش چیزهایی که منفعت حلال دارد، مشروط به استفاده در امور حرام شود، آیا حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان بر آن بار می‌شود؟ چنین معاملاتی محکوم به حرمت و بطلان هستند و ملاک حرمت، اکل مال به باطل است؛ زیرا ثمن در ازای امر باطل (منفعت حرام) قرار گرفته است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱،

ص ۱۹۴؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق، ج ۱، ص ۳۲). توجه به این نکته مفید است که هرگاه ملاک حرمت، اکل مال به باطل باشد، اشتراط ملفوظ و اشتراط غیرملفوظ بر موضوع حرام (توافق در ضمن عقد یا خارج از عقد) یا وقوع عقد بر آن تفاوتی نخواهد داشت. به این معنا که شرط لفظی یا توافق غیرلفظی بر امور حرام، تأثیری در ملاک ندارد و مانع جریان «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل» نیست. در نتیجه، با تصور موضوع حرام و تحصیل مال مکتسب از امور حرام و استقرار عوض در مقابل آن، معامله در هر صورت باطل خواهد بود.

یکی از نویسندگان در موضوع فوق چنین بیان می‌دارد که هرگاه صفت در مبیع به نحو اشتراط در نظر گرفته شود، در این صورت اشکالی در عدم صحت معامله نیست؛ خواه صفت از چیزهایی باشد که مالیت ندارد و خواه از نظر شرعی و عرفی، مالیت داشته باشد و خواه تنها از لحاظ عرفی مالیت داشته باشد. میان این اقسام از لحاظ لزوم وفای به شرط یا عدم لزوم آن فرق است، اما هرگاه صفت در مبیع به نحو تقیید و عنوان در نظر گرفته شود، در این صورت اگر صفت شرعاً مالیت داشته باشد، اشکالی در صحت معامله نیست؛ خواه منافع صفت منحصر در حلال باشد و خواه دارای منافع حلال و حرام باشد، اما اگر صفت شرعاً مالیت نداشته باشد اعم از اینکه منفعت عرفی داشته باشد یا چنین نباشد، بنا بر اینکه گفته شود تخلف وصف آنچه در عنوان مبیع اخذ می‌شود، موجب ثبوت خیار است بدون اینکه معامله باطل باشد، قول به صحت معامله تعیین می‌یابد و تمام ثمن در مقابل موصوف قرار می‌گیرد و معوض در اینجا همان موصوف است، اما بنا بر اینکه تخلف وصف موجب بطلان باشد، چنانچه وجه بطلان چیزی باشد که انشا بر آن تعلق می‌گیرد؛ یعنی عینی که متصف به وصفی است که موجود نیست و آنچه موجود است، انشا بر آن تعلق نگرفته است یا اینکه وصف دخیل در رضا باشد و با تخلف وصف، رضای فعلی موجود نمی‌شود، در اینجا حکم به صحت معامله می‌شود؛ زیرا مفروض همان مبیع یا ذات موصوف است؛ اگرچه وصف موجب افزایش مالیت موصوف شود (مگر اینکه معوض، مال باشد نه مالیت) و چنانچه وجه بطلان، وقوع مقداری از ثمن در ازای قید باشد، قول به فساد تعیین می‌یابد؛ زیرا جزئی از ثمن در مقابل چیزی واقع شده است که شرعاً مالیت ندارد (حسینی روحانی،

۱۴۲۹ق، ج ۱، صص. ۱۹۷-۱۹۶).

### ۲-۳. دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)

هرگاه از مبیعی که منفعت حلال و حرام دارد، «منفعت حرام» قصد شود، چند حالت متصور است.

۱-۲-۳. مبیع، کلی مقید باشد؛ به طوری که تنها با موضوع حرام منطبق شود مانند بیع انگوری که به تخمیر منتهی می شود. در این صورت مبیع مانند دیگر کلیات مقید، بخشی از انگور است. بنابراین، همان طور که انگور قرمز تنها بر مصادیق خاصی از انگور منطبق است، چنانچه بیع به کلی مقید تعلق بگیرد، مبیع بخشی از کلی می شود که تنها بر مصادیق خود منطبق است و تقیید کلی صحیح است با هر قیدی که متعاقدان به آن رضایت دهند. براین اساس، هرگاه انگور منتهی به تخمیر فروخته شود، مصداق مبیع همان انگوری است که بعداً تخمیر می شود نه مطلق انگور و چنانچه بعد از تحویل انگور توسط مشتری، انگور در تخمیر استعمال نشود، مصداق مبیع نبودن آن کشف می شود.

۲-۲-۳. مبیع جزئی خارجی باشد با همان توصیف سابق که منتهی به تخمیر شود. مبیع در اینجا، همان موجود منتهی به تخمیر است و اگر منتهی به تخمیر نشود، تخلف از وصف یا مبیع نبودن آن کشف می شود.

۳-۲-۳. قید به نحو شرط متأخر باشد، خواه مبیع کلی باشد و خواه جزئی؛ به گونه ای که از عدم انتها (به تخمیر)، مبیع نبودن یا مصداق مبیع نبودن آن کشف شود.

ظاهر، بطلان بیع در صورت های فوق است به دلیل عقلایی نبودن ملکیت حیثی در موارد فوق. تفاوت این قید با قید قرمز یا زرد بودن انگور در این است که مصداق قرمز از انگورها پس از تسلیم مبیع، ملک طلق برای مشتری می شود، اما انگور منتهی به تخمیر، تنها از حیث تخمیر شدن ملک مشتری به شمار می آید نه از حیث های دیگر و این نحو از ملکیت نزد عقلاً مرسوم نیست. در غیر این صورت بیع در امثال فروش لباسی که زیر سقف باشد، جایز می شود که ملکیت مشتری مطلق نیست و تنها از حیث زیر سقف بودن جایز است و هرگاه از زیر سقف خارج شود، لباس از ملکیتش خارج می شود و روشن است که معامله به این نحو، غیرعقلایی و غیرمتعارف است.



براین اساس، اگر انگور منتهی به تخمیر، ملک شمرده شود، لازمه آن عدم ملکیت انگور به طور مطلق و با جمیع حیثیات خواهد بود و آن حیث خاص (انگور منتهی به تخمیر) نیز مبیع به شمار نمی آید و در ملک مشتری نیز داخل نمی شود و چنین معاملاتی مخالف با اعتبار عقلا هستند. وضعیت تعلیق و شرط نیز چنین است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۷۵-۱۷۴).

۳-۲-۴. بایع چیزی بفروشد و بر مشتری شرط کند که در مبیع تصرف نکند مگر در امور حرام. این مسئله به دو شرط بازمی گردد؛ یکی اینکه در امور حلال صرف نکند و دیگری اینکه در امور حرام صرف کند. گاه نیز ممکن است تنها یک شرط شود و آن، عدم تصرف مشتری در امور حلال است بدون آنکه صرف مبیع در امور حرام شرط شود. قول قوی تر در این صورت بطلان بیع است؛ خواه شرط در ضمن عقد باشد و خواه در ضمن عقد نباشد؛ زیرا چنین شروطی مخالف با مقتضای عقد و اعتبار ملکیت متوقف بر منفعت داشتن مبیع است؛ اگرچه منفعت جزئی باشد که انتفاع از آن برای مالک صحیح باشد. بنابراین، اگر چیزی به نحو مطلق، مسلوب الانتفاع باشد، عقلا آن را نه مال به شمار می آورند و نه ملک. این طور نیست که ملکیت و مالیت همان انتفاعات باشند، بلکه مناط اعتبار آن دو نزد عقلا، صحت انتفاع است ولو جزئی و اجمالی باشد. بنابراین، مسلوب الانتفاع به طور مطلق، ملک و مال نیست و هرگاه بایع بر مشتری شرط کند که از مبیع مطلقاً انتفاع حلال نبرد، مانند بیع چیزی است که عدم ملکیت مبیع برای مشتری شرط شود که مخالف با مقتضای عقد و موجب بطلان معامله است؛ خواه قائل باشیم به اینکه شرط فاسد، مفسد عقد است و خواه به مفسد عقد بودن آن قائل باشیم؛ زیرا اختلاف در شروط فاسد تنها در شروطی است که اشتراط آن به قوام معامله زیان وارد نسازد و شروط منافی با ماهیت و قوام معامله به دلیل رجوعشان به تناقض در جعل و تنافی در انشاء، مفسد عقد خواهند بود. در ما نحن فیه نیز چنین است. انگوری که شرعاً از حیث تخمیر شدن مسلوب المنفعه است، هرگاه مفاد شرط، حرمت انتفاع در امور حلال باشد، منفعت مبیع به طور مطلق سلب می شود (انتفاع در امور حلال را بایع به وسیله شرط در بیع سلب کرد و انتفاع در امور حرام را شارع سلب کرد). در نتیجه، عقلاً ملکیتی برای مشتری اعتبار نمی شود و چنین شروطی با بیع به شرط عدم ملکیت

هم‌سنگ است؛ هرچند عین آن نباشد. مالیت مبیع در امور حرام نیز شرعاً ساقط شده است و صلاحیت مبادله ندارد. براین اساس، دلیل اسقاط مالیت، حاکم بر ادله تنفیذ بیع است. استدلال به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» و حکومت ادله بر آن نیز دلیل دیگری بر ادعاست. به این صورت که در حکومت لازم نیست که دلیل حاکم عین عنوانی باشد که در موضوع دلیل محکوم اخذ می‌شود؛ همان‌طور که «الخمر لیست بمال» از نظر اخراج و ادخال در موضوع، حاکم بر آیه است. همچنین است آنچه بر اتلاف و دور ریختن خمر دلالت دارد بدون آنکه مستلزم ضمان باشد. بنابراین، ظهور در اسقاط مالیت خمر دارد و بر آیه حاکم است. بنابراین، هرگاه اجماع بر عدم مالیت خمر اقامه شود، موضوع اکل مال به باطل را منقح می‌سازد و اکل ثمن را در برابر آنچه مال نیست، اکل به باطل می‌سازد و تعبداً از تجارت خارج می‌شود و اگرچه حکومت بر امثال آن اطلاق نمی‌شود، اما در نتیجه حاصل یعنی بطلان، مناقشه نیست. تقریب دیگر بر بطلان معامله این است که گفته شود ثمن در مقابل انگور، به شرط انتفاع خاصی قرار گرفته (انتفاع در امور حرام) و این انتفاع برای مشتری حاصل نشده است. پس ثمن اخذشده برای انتفاع یا مالیت انگور، بدون حصول عوض اخذ شده و مثل این است که معامله‌ای صورت نگرفته است؛ زیرا معامله متقوم به تبادل دو انتقال است (ثمن و مثن) و با فقدان آن، معامله‌ای تحقق نمی‌یابد. از آنچه بیان شد، قول به بطلان معامله مرجح است، اما مبنای این بطلان، قول به مفسدیت شرط فاسد نیست. براین اساس، حتی با شرط عدم استفاده مبیع در امور حلال و سکوت نسبت به استفاده مبیع در امر حرام نیز قائل به بطلان بیع هستیم. شرط عدم استفاده در امر حلال، شرط مشروعی است، اما بیع باطل است؛ نه به‌خاطر فاسد بودن شرط، بلکه به‌خاطر دلایل مطرح فوق و تأیید روایات (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۷۸-۱۷۵)؛ زیرا شرط عدم استفاده در موضوع حلال به معنای لزوم استفاده در موضوع حرام نیست و شرط‌کننده، تنها عدم استفاده در موضوع حلال را اثبات کرده است نه بهره‌گیری در موضوع حرام را و این هیچ منافاتی با مقتضای عقد و انتقال ثمن و مثن ندارد و اشتراط چنین شرطی از جانب شارع نیز منهی‌عنه نیست و بلکه می‌توان به عمومات و اطلاقات صحت معامله تمسک جست، اما تفاوت اساسی میان شرط استفاده در حرام با شرط عدم استفاده در

حلال این است که عرف، معامله مشروط به استفاده در حرام را اعانه بر اثم تلقی می‌کند، اما اعانه بر اثم بودن، عدم استفاده در حلال مسلّم نیست اگر به اعانه نبودن آن قائل نباشیم.

اگر بایع مبیع را با این شرط به مشتری بفروشد که مطلقاً از مبیع انتفاع نبرد، در این صورت مخالف با ماهیت و مقتضای عقد نیست؛ زیرا بیع به ذات شیء تعلق گرفته و موجب انتقال منافع مبیع به مشتری است، اما شرط، مانع تصرف مشتری در مبیع است. در اینجا مفاد شرط، عدم انتقال نیست که گفته شود مخالف با مقتضای عقد است، بلکه شرط در رتبه متأخر از اعتبار ملکیت مبیع نسبت به منافع و انتقال آن به مشتری قرار دارد و ممکن نیست که شرط، رافع یا دافع موضوع خود باشد. این شرط مانند نذر به عدم تصرف در اموال است اگر به صحت چنین نذری قائل باشیم. در اینجا ملکیت انتقال یافته و مالیت نیز موجود است و تنها شرط متأخر (عدم تصرف به‌طور مطلق) مانع انتفاع است. نهایت امر این است که شرط به دلیل تضييع مال محترم، غیر مشروع و فساد عقد نیز مبتنی بر مفسدیت شرط باشد. امام (رحمت‌الله علیه) در اینجا پاسخ می‌دهد که مالیت اشیا متقوم به وجود منفعت در آن و امکان انتفاع از آن است؛ همان‌طور که شیء هرگاه به‌صورت مطلق مسلوب‌المنفعه باشد، تکویناً، عقلاً آن را ملک و مال به شمار نمی‌آورند. همچنین است اگر مبیع دارای منفعت، اما استیفای آن مطلقاً غیرممکن باشد ولو عادتاً؛ مانند مرواریدی که در دریا غرق شود به‌گونه‌ای که تا ابد به بازگشت آن امیدی نباشد. سلب منافع در عالم تشریح و تقنین نیز برای ملتزمان به آن قوانین چنین است. از این‌روست که شروط، مالیت مبیع را کم یا زیاد می‌کند و اگر شرط شود که مشتری پوستین را در فصل زمستان نپوشد و به دیگری هم انتقال ندهد، قیمت آن تا یک‌دهم کاهش می‌یابد و شروط نزد عقلاً معتبر است و عقلاً به شرط وفا می‌کنند بدون آنکه بطلان شرط و صحت معامله را لحاظ کنند. بنابراین، چنین شروطی (عدم انتفاع مطلقاً) با اصل معامله و خود عقد بیع منافات دارد مگر اینکه گفته شود تخلف از شروط موجب عصیان و خیار می‌شود و با فرض تخلف و انتفاع از مبیع در امور حلال، معاوضه صحیح است و مبیع نزد عقلاً و شرع مال به شمار می‌آید. بنابراین، شرط عدم انتفاع از امور حلال، مخالف با مقتضا و ماهیت عقد نیست و مخالفت با آن موجب

عصیان نیست و حتی در برخی صور موجب خیار تخلف از شرط نیز نیست، اما این سخن اشکال دارد؛ زیرا مالیتی که از جانب تخلف از شرط و شرع پدید می‌آید و مقارن با تخلف از شرط است، نزد عقلا و حتی شارع معتبر نیست، اما چنانچه گفته شود مالیت از جانب تخلف نبوده و بلکه معامله در صورت مخالفت با شرط، شرعاً صحیح است و دلیل بر اعتبار شرعی مالیت آن است که هرگاه مشتری مبیع را در امور حلال صرف کند و سپس مبیع را بفروشد، بیع او صحیح و کاشف از اعتبار مالیت آن از جانب شارع است. در این صورت پاسخ داده می‌شود صحت بیع مشتری در فرض یادشده متوقف بر صحت خرید مشتری به همراه شرط عدم انتفاع در حلال است و اگر صحت خرید مشتری نیز متوقف بر صحت بیع او باشد، محال لازم می‌آید و مطابق با ادعا، اگر بایع چیزی را بفروشد و بر مشتری شرط کند که آن را به شخص دیگری نفروشد و مشتری مبیع را بفروشد، معامله صحیح است؛ زیرا صحت بیع اول و شرط در آن، معلوم است و تخلف از شرط نیز موجب بطلان معامله نیست حال آنکه در محل بحث ما، صحت معامله با شرط عدم انتفاع در حلال، محل تردید و مشکوک است. پس چگونه ممکن است به صحت بیع مشتری حکم و صحت بیع ابتدایی را کشف کرد؟ پس این تصور که صحت بیع دوم موجب صحت بیع اول بوده و بلکه کاشف از صحت بیع اول است، پذیرفتنی نیست؛ زیرا امکان کشف نیست و بلکه صحت بیع دوم متوقف بر صحت عقد اول به همراه شرط است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۸۲-۱۷۹).

۵-۲-۳. بایع، انتفاع از مبیع در امور حرام را بر مشتری شرط کند بدون آنکه در امر حرام منحصر سازد. در این حالت ممکن است شرط به گونه‌ای باشد که به لحاظ آن، نقصان یا زیادتی در عقد بیع اعتبار نمی‌شود (ولو به صورت لَبّی و عقلی) و شرط یادشده تنها از قبیل التزام در التزام محض (یعنی شرط در ضمن عقد محض) است که بدون شک بحث از صغریات است که آیا شرط فاسد، مفسد عقد است یا نه؟ گاه نیز ممکن است به لحاظ شرط یادشده، نقصان یا زیادتی در عقد اعتبار شود مانند اینکه بایع مبیعی را که قیمت آن صد است، به پنجاه بفروشد و شرط کند که آن را بنا بر غرضی که دارد، در منفعت حرام استفاده کند؛ مانند اینکه خانه بایع در همسایگی مشتری باشد و انتفاع یا استفاده حرام از خانه را اراده کند. در اینجا (بحث از صغریات) چون ملاک در باب معاملات، توجه به استقرار انشاست نه برداشت عقلی و مفروض آن است که انشای

معامله میان دو عین واقع شده و شرط خارج از عین است. بنابراین، ثمن یا مثن بر شرط تقسیط نمی‌شود و مجرد نقصان یا زیادت در ثمن و مثن به‌خاطر لحاظ شرط موجب دخول شرط در ماهیت معاوضه نمی‌شود و با عدم دخول شرط در ماهیت معامله، مبادله بین دو عین و شرط باطل و زائد است و به دنبال آن بحث می‌شود که شرط فاسد، مفسد عقد است یا نه؟ همچنین، می‌توان چنین گفت که مالیت ملحوظ از جانب شرط برای طرفی که چیزی از کیسه‌اش خارج شده است (یعنی نصف قیمتی که به سبب شرط از کیسه بایع کم شده است)، اگر حاصل نشود، اخذ آن از جانب مشتری عقلاً بدون عوض و حقیقتاً از قبیل اکل مال به باطل است و بدون شک بایع در معامله مفروض، مالیت مال خود را ساقط نکرده و آن را به‌طور مجانی به مشتری نداده، بلکه از نظر بایع، شرط او مال و دارای قیمت است. به‌عبارت‌دیگر، عقلاً عمدتاً به واقعیت معامله توجه دارند نه الفاظ معاملات و عقلاً عین در مقابل شرط قرار گرفته است و با عدم حصول شرط، آنچه در مقابل شرط ملحوظ قرار گرفته، در واقع بدون عوض و این از مصادیق اکل مال به باطل است. اگر اشکال شود که آنچه گفته شد در تخلف از شروط صحیح نیز جریان دارد مانند جایی که اسب عربی شرط شود و عربی نبودن آن آشکار شود حال آنکه در اینجا خیار تخلف از شرط جاری است، پاسخ این است که هرگاه دلیلی از اجماع یا غیر آن بر صحت معامله در موارد تخلف از شرط و وصف اقامه شود، به مقتضای آن عمل می‌شود؛ اگرچه خلاف قواعد است، اما دیگر موارد مانند ما نحن فیه، از موارد نقض است و قول نزدیک‌تر به صواب در این بحث، وجه اول است؛ اگرچه خالی از اشکال نیست (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۸۵-۱۸۲).

با عنایت به مطالب بیان‌شده، می‌گوییم حکم اجاره و بیع در این مقام (به قصد انتفاع در حرام) یکسان و بلکه بطلان اجاره در بعضی فروع، واضح‌تر است؛ همان‌طور که هرگاه خانه‌ای به قصد فروش خمر و آلات قمار اجاره داده شود، بطلان آن واضح است و حال دیگر صورت‌ها نیز از مباحث پیشین روشن می‌شود.

#### ۴. انحصار منافع در امور حرام

ماده گاه تنها در امور حرام کاربرد دارد و استفاده دیگری ندارد مانند مجسمه‌هایی که برای عبادت ساخته شده‌اند و بدعت در دین شمرده می‌شوند نظیر بت و صلیب. فقیهان

امامیه بر حرمت معامله هیكل عبادات اتفاق دارند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۱۱؛ حسن‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۱۰) و منافع حلال نادر در آن را در تحریم مطلق آن مضر نمی‌دانند و برای دیدگاه خود به تعلیل‌های مختلفی استناد کرده‌اند از جمله روایتی که میگوید هر آنچه در آن فساد باشد، مورد نهی واقع شده است یا هر چیزی که در آن، جهتی از جهات فساد وجود دارد... و هر آنچه مورد نهی واقع شده است و انسان را به غیر خدا نزدیک می‌سازد... خداوند صنعتی را که کل آن حرام بوده و نتیجه آن فساد محض است، تحریم کرده است مانند بربط، مزمار (از آلات موسیقی) و تمام وسایل لهو و لعب. بنابراین، یاد دادن، یاد گرفتن و پرداختن به آن و اخذ اجرت بر آن و تمام تصرفات دیگر حرام است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۸۴). با عنایت به عبارات این روایت، چنانچه به ضعف سند و مرسل بودن آن اشکال نشود، فساد محض بودن صلیب و صنم ثابت و مورد نهی واقع شده است و با دقت در روایت، اگر ساختن صلیب و صنم به قصد صنایع فاسد و حرام باشد، خرید و فروش آن به طریق اولی حرام خواهد بود. دلیل دیگر بر این ادعا، حرمت اکل مال به باطل است (نساء/۴) و شخصی که مبادرت به بیع صلیب و صنم برای عبادت می‌کند، به دلیل منهی‌عنه بودن آن، اکل مال به باطل کرده و اخذ ثمن در مقابل آن باطل و حرام است. تحریم در این امور که تحریم دائمی یا غالبی است، به سبب کاربرد آن در امور حرام است و تحریم آن، تحریم در اجرت آن نیز خواهد بود (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۱۱۰) و چنین نیست که بت و صلیب، منافع حلال و حرام داشته باشد. آیه «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ» (حج/۳۰) نیز بر اجتناب از پلیدی‌های بت تأکید دارد و وقتی اجتناب و نهی به ذات شیء تعلق بگیرد، بدان معناست که همه انواع تصرفات از جمله خرید و فروش آن نیز حرام است.

حال اگر خرید و فروش صلیب و صنم به قصد عبادت نباشد و بلکه به قصد بهره‌برداری از ماده (در مقابل هیئت) باشد، فقها اختلاف نظر دارند؛ مانند اینکه خرید و فروش صلیب به قصد بهره‌برداری از چوب یا دیگر مواد به کار رفته در آن باشد. از نگاه کاشف‌الغطا، هر چیزی که شأن آن چنین باشد که مقصود از آن موضوع حرام باشد، مانند آلات لهو و قمار (مانند شطرنج) و هیاکل عبادات (مانند بت) و هر چیزی که برای توصل به موضوع حرام بوده و در آن فساد عام باشد، اکتساب با آن با

جميع وجوه جایز نیست و هیچ تفاوتی نمی‌کند که برای محلل قصد شود یا غیر آن و همچنین، میان قصد ماده و قصد هیئت هیچ تفاوتی وجود ندارد و بیع صلیب و صنم مطلقاً حرام است. دلیل این حکم، ظاهر اجماع فقیهان و اخبار وارده است (نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۲۱).

در عبارت دیگری چنین آمده است که هرگاه شکسته این امور (صلیب و صنم و...) قیمت داشته باشد و فروشنده آن را به شکل صحیح بفروشد و مشتری نیز از افرادی باشد که به دینداری او وثوق داریم، فروش آن ماده بنا بر قول قوی‌تر جایز است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۱۰۸) این دیدگاه در کفایة الاحکام، ریاض المسائل و الحدائق الناضره مورد تبعیت واقع شده است. از دیدگاه صاحب حدائق، بیعی که غرض از آن شکستن مبیع و مانند این قبیل امور باشد و بیع به‌خاطر آن واقع شود و مشتری از افراد مورد وثوق باشد، بدون شک جایز است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص. ۲۰۱). دلیل تقیید حکم به اطمینان از دینداری مشتری این است که بیع داخل در باب اعانه بر اثم (حرام) نشود، زیرا فروش مبیعی که غالباً مقصود از آن معصیت است و به دینداری مشتری نیز وثوق نباشد، سبب تقویت جهتی از جهات معصیت است و مطابق با روایت تحف‌العقول منجر به بطلان بیع می‌شود. باوجوداین، تقیید حکم به قید یادشده افزون‌بر تأمل در بطلان بیع، به‌واسطه اعانه بر اثم، دچار اشکال است؛ زیرا هیئت در این امور احترام ندارد؛ چنان‌که فقها در باب غصب به آن اشاره کرده‌اند و از بین بردن فوری آن‌ها به دلیل وجوب نابودی ماده فساد، واجب است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۱۵). براین اساس، بایع می‌تواند پس از فروش و پیش از تحویل مبیع، اقدام به شکستن مبیع کند؛ زیرا هیئت مبیع در این حالت فاقد ضمان است.

#### ۴-۱. دیدگاه امام‌خیمینی (رحمت‌الله علیه)

##### ۴-۱-۱. قول به حرمت ارجح است

از دیدگاه امام‌خیمینی (رحمت‌الله علیه)، اشکال کردن بر حرمت و بطلان معامله در جایی که موضوع حرامی بر آن مترتب می‌شود، سزاوار نیست؛ زیرا عقل به نحو استقلال، مبعوض بودن و قبح عبادت بت و حتی تنفیذ بیع و ایجاب وفا به عقدی را که عبادت غیر خدا بر آن مترتب است، می‌فهمد. از سوی دیگر، ادعای اجماع و عدم

خلاف بر آن مطرح است و وجوب شکستن و عدم ضمان، نشانه عدم مالیت آن نزد شارع است و اگر شارع اقدس به خرید و فروش خمر رضایت نمی‌دهد و اخذ ثمن در مقابل آن را باطل می‌داند، چگونه به خرید و فروش اموری چون بت رضایت می‌دهد، بلکه آنچه از اخبار تحریم ثمن خمر و دیگر مسکرات به دست می‌آید، این است که فساد مترتب بر بت و معامله آن‌ها، کلید تمام مفاسد است و تشبیه شراب‌خوار به بت‌پرست نشان می‌دهد که مفسده بت بالاتر از مفسده خمر است. پس چگونه امکان دارد تشدید در خمر به سبب قلع فساد باشد، اما در هیاکل عبادات نباشد؟ امام خمینی (رحمت‌الله علیه) به دو نکته اشاره می‌کنند که در کتاب‌های دیگر تصریح نشده است. ابتدا اینکه، مطالب فوق در جایی مطرح است که به ترتب حرام بر معامله علم داریم، اما اگر ظن داشته باشیم، در این صورت نیز الحاق آن به حالت علم بعید نیست؛ زیرا اهمیت این موضوع و اهتمام بر آن کمتر از نفوس و اعراض نیست و سزاوار در این موضوع، وجوب احتیاط است. دوم اینکه، حکم صلیب را از صنم جدا کرده و صلیب را نشانه و نمادی برای نصرانی بودن دانسته‌اند که حکم آن از حکم هیاکل عبادات جدا است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۶۴-۱۶۲).

از منظر امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، ادله از اثبات حکم برای صورتی که به ترتب حرام بر معامله هیاکل (عبادات) علم وجود ندارد، قاصر است. بنابراین، شامل صورتی نمی‌شود که بت‌پرستی منقرض شده باشد و احتمال وجود عابد در آینده هم نباشد. در این حالت، معامله بر هیاکل حرمت ندارد؛ زیرا مفسده از آن زایل است و ادله لفظی و معاهد اجماع بر آن وجود ندارد. خرید و فروش هیاکل عبادات با غرض حفظ عتیقه و نگهداری در موزه و آنچه در حفاری‌ها به‌عنوان بخشی از تاریخ به دست می‌آید، از موضوع بحث خارج است؛ اگرچه در عصر اسلام معبود بوده باشند و عبادت‌کنندگان آن منقرض شده باشند و احتمال بازگشت آن‌ها را ندهیم. همچنین، بیع هیاکل سالم به قصد شکستن آن‌ها نیز با احراز قصد مشتری، صحیح است؛ زیرا مالیت آن متوقف بر این غایت (قصد) است و با وجود شک در غایت، مالیت تحقق نمی‌یابد و بیع آن باطل است و بلکه صحت صلح و هبه و مانند این دو، متوقف بر احراز غایت است و بدون آن جایز نیست. علامه حلی در تذکره به قیدی که امام خمینی (رحمت‌الله علیه) متذکر شدند (قصد غایت)، اشاره نکرده و برای جواز بیع، تنها به قید «اطمینان به دیانت



مشتری» اکتفا کرده است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۴).

#### ۴-۱-۲. بیع ماده هیاکل عبادات

از دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)، فروش ماده بت صحیح نیست و برای آن حالات زیر متصور است.

اول، ماده رأساً ارزشی نداشته باشد. در این حالت، بطلان بیع ظاهر است. دوم، ماده ارزش دارد، اما ارزش آن ناشی از صورت (هیئت) و بدون صورت فاقد ارزش است. در این حالت، بیع ماده صحیح نیست؛ زیرا مالیت ماده از جانب صورتی است که مالیت آن نزد شارع اقدس، ساقط است. بنابراین، حکم به ابطال هیئت موجب حکم به ابطال ماده می شود و مالیت ماده با مالیت هیئت جمع نمی شود. در این حالت، شکستن و از بین بردن هیئت حرام، ضمان ندارد و در نتیجه، مالیت ماده و هیئت هر دو منتفی می شود. سوم، هیئت به گونه ای است که قیمت اصلی ماده را افزایش می دهد و این غیر از فرضی است که ارزش ماده خارجی از جانب هیئت است. از دیدگاه امام (رحمت الله علیه)، وجوب شکستن هیئت در این حالت بدون آنکه ضمانی در پی داشته باشد، ملازم با اسقاط مالیت ماده خواهد بود. برای تقریب به ذهن، بتی تصور شود که از جنس سنگ مرمر است و شکل و هیئت بت سبب افزایش قیمت سنگ مرمر باشد. در این فرض، شکستن بت و از بین بردن هیئت آن، ملازم با نقصان قیمت ماده (سنگ مرمر) خواهد بود؛ زیرا تبدیل به خرده سنگ مرمر عادی شده است و وجوب شکستن بت نیز دلالت بر عدم ضمانی دارد که ملازم با عدم مالیت آن نزد شارع است و عدم ضمان به سبب امر شارع به شکستن بت و اتلاف و اعدام موضوع است. این مسئله، با جواز انتفاع و حکم کردن به عدم ضمان متفاوت است؛ زیرا در جواز انتفاع، اسراف و احراق جایز نیست و تنها انتفاع بدون عوض مجاز است و اتلاف آن مستلزم ضمان خواهد بود. این مطلب مورد تصریح برخی از نویسندگان معاصر نیز قرار گرفته است (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۴۶). چهارم، ماده ارزشمند است، اما محو کردن هیئت تنها با ابطال ماده از مالیت امکان پذیر است مانند بت از جنس سفال. در این حالت، غرق کردن، نابود کردن یا دفن ماده به دلیل وجوب قلع ماده فساد، واجب و بیع آن به قصد ماده، معامله بر چیزی است که فاقد مالیت است. پنجم، ماده دارای ارزش است، اما ابطال و به هم زدن صورت

(هیئت) رأساً ممکن نیست. در این صورت اگر ارزش ماده مستهلک در ارزش هیئت بوده باشد و قابل انفکاک نباشد و به قیمتی مساوی با قیمت صورت فروخته شود، بیع آن صحیح نیست؛ زیرا با سقوط صورت از مالیت، ماده از مالیت ساقط می‌شود و این دو قابل تفکیک نیستند و چنین بیعی در محیط تشریح، بیع سفهی و غیرعقلایی است و ادله تنفیذ معاملات شامل آن نمی‌شود و کشف رضایت شارع در این حالت ممکن نیست و بیع آن باطل است، اما اگر قیمت ماده در قیمت صورت مستهلک نباشد و با لحاظ سقوط قیمت صورت، برای ماده قیمت عقلایی و قابل اعتنا باقی بماند، به طوری که مورد امضا و تنفیذ معامله از جانب شارع باشد، بیع ماده صحیح است. همچنین صحیح است اگر ماده با لحاظ قیمت غیرمستهلک در هیئت، قیمتی داشته باشد و به همان قیمت یا بیشتر، در صورتی که به حد سفته نرسد، فروخته شود؛ اگرچه خریدار در بیع شرط کند که هیئت محفوظ بماند؛ خواه بایع به دیانت مشتری اطمینان داشته باشد و خواه چنین نباشد و هر چند فروشنده، مبیع را به بت پرست بفروشد و بر بایع شرط شود که بت را نشکند و با وجود چنین شرطی، شرط فاسد است، اما مفسد عقد بیع نیست و در تمام این موارد، مقتضی (مالیت) موجود و مانع (صورت مستعمل در حرام) مفقود است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۷۱-۱۶۹).

اگر اشکال شود که بیع یادشده موجب اشاعه فساد و ترویج بازار فروش بت، آلات لهو و قمار است و مذاق شارع بر عدم امضای این گونه معاملات است، امام خمینی (رحمت الله علیه) می‌فرماید مذاق شارع بر تحریم تسلیم مبیع به همراه هیئتی است که موجب فساد است نه بطلان معامله بر ماده (مانند چوب و سنگ) یا حرمت بیع ماده و ثمن آن. از این رو میان آنچه گفته شد و میان بیع چیزی مانند اسب و شرط بر بایع مبنی بر تسلیم بت یا آلت لهو به همراه آن، تفاوتی نیست و شرط در اینجا فاسد است و تسلیم آلت لهو و بت حرام است، اما معامله بر شیء مباح حرام نیست و واضح است که این موضوع موجب پیروی از فساد و ترویج باطل نمی‌شود. بحث درباره آلات قمار و آلات لهو و ظروف طلا و نقره و درهم‌های مغشوش نیز مانند بحث درباره هیاکل عبادات است.

## ۵. بررسی روایات از دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)

از دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)، روایات وارد در بحث حاضر، بر دو طیف هستند.

طیف اول، روایاتی است که توجیه آن‌ها امکان‌پذیر است؛ به گونه‌ای که با حکم عقل و نقل (آیه تعاون و روایت لعن) منافاتی ندارد. مانند روایت ابی بصیر که از امام صادق (علیه السلام) درباره ثمن عصیر پیش از جوشیدن می‌پرسد که به شخصی فروخته می‌شود که می‌خواهد آن را بپزد یا از آن شراب درست کند. امام (علیه السلام) فرمود اگر آن را پیش از شراب شدن بفروشی، حلال است و اشکالی ندارد. در اینجا گفته می‌شود که سؤال از ثمن عصیر است و پاسخ نیز به همان انصراف دارد. بنابراین، پاسخ امام (علیه السلام) هیچ ارتباطی با اصل معامله و حرمت آن ندارد. همچنین، می‌توان چنین گفت که لفظ «أو» در روایت «لِيَطْبُخَهُ أَوْ يَجْعَلَهُ خَمْرًا» برای تردید است و بایع نمی‌داند که مشتری عصیر را برای جوشاندن می‌خواهد یا استعمال در امر حرام! در نتیجه، بین استعمال حلال و حرام مردد است و با وجود تردید، فروش آن بدون اشکال است. طیف دوم، اخباری هستند که توجیه آن‌ها ممکن نیست یا اینکه بعید و مخالف با ظاهر کلام است مانند صحیح رفاعه و مکاتبه ابن اذینه و روایت ابی کهمس که می‌گوید از امام صادق (علیه السلام) در خصوص فروش آب انگور به شخصی که آن را به خمر تبدیل می‌کند، پرسیده شد، حضرت فرمود حلال است. آیا ما خرمای خود را به شخصی که از آن نوشیدنی ناپاک درست می‌کند، نمی‌فروشیم؟ حمل این روایات بر توهم بایع بر اینکه مشتری از این مبیع به خصوص خمر درست می‌کند یا احتمال اینکه ضمیر در عبارت «يجعله خمرًا» به مطلق عصیر بازگردد، واقعاً بعید و حمل برخلاف ظاهر است؛ زیرا امکان التزام به آن وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص. ۵۰). همچنین، روایات با قرآن یعنی آیه نهی از تعاون بر اثم و سنت مستفیضه مخالف است که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) شراب و شخصی که آن را بکارد، لعن کرده است. از دیدگاه امام خمینی (رحمت الله علیه)، قول به تقیید آیه و سنت نیز صحیح نیست؛ زیرا عقل از پذیرفتن تقیید ابا دارد. بنابراین، معنا ندارد که به حرمت تعاون بر تمام گناهان ملتزم شد به جز تعاون در فروش انگور و خرمایی که به قصد تخمیر خریداری می‌شود و اینکه گفته

شود اعانت بر کاشت، نگهبانی و حمل خمر و امثال آن همگی حرام هستند به استثنای خرید و فروش خرما و انگور به قصد تخمیر و همچنین، التزام به اینکه اعانت بر هر گناهی حرام است مگر شرب خمری که از اعظم گناهان است. بنابراین، به خاطر فرار از تفصیل بعید و غیرممکن که ثابت کند همه اعانت بر اثم حرام است جز بیع عنب، التزام به جواز و عدم حرمت اعانه بر اثم به طور مطلق نیز امکان ندارد؛ زیرا مقتضای این التزام، مخالفت روایات با قرآن به نحو تباین است (آیه دال بر حرمت است و روایات دال بر جواز مطلق) و امکان ندارد نهی در آیه تعاون، بر نهی تنزیهی حمل شود و تخصیص سنت نیز صحیح نیست؛ لسان سنت از لسان قرآن ابا دارد. بنابراین، روایات، مخالف با کتاب و سنت مستفیضه هستند و همچنین، مخالف با حکم عقل و مخالف با روایات نهی از منکر و با اصول مذهب و قداست ساحت ائمه معصومین (علیهم السلام) نیز مخالف هستند. بنابراین، احتیاط در ترک عمل به روایات است و ای کاش بر این گفته یقین می داشت و علم آن نصوص را به صاحبانش باز می گرداند و قطعاً این نصوص وارد در جواز بیع عنب به سازنده خمر با روایات وارد در منع از بیع چوب به سازنده بت و صلیب معارض است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۲۲۶-۲۱۵).

اما در خصوص حرمت معاملات به واسطه علم بایع به ارتکاب عمل حرام از جانب مشتری، امام (رحمت الله علیه) معتقد است در حرمت و فساد فروش انگور و خرما و چوب به کسی که می داند مشتری از آن ها شراب و آلت قمار و بریط و آلات لهو می سازد، وجه قوی وجود دارد. همچنین است اجاره دادن مسکن به شخصی که می داند مشتری در آن، شراب یا آلات قمار می سازد یا می فروشد و مسئله از ناحیه نصوص (جواز فروش) جداً مشکل و ظاهر آن است که این نصوص معلل هستند (خمینی، بی تا، ج ۱، ص. ۴۹۶) و هرگاه معامله بر یکی از دو طرف (به جهاتی مانند ارتکاب محرم) حرام شد، اقدام طرف دیگر بر معامله نیز مشکل است که مبدا اعانه بر اثم باشد (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸۶۳). بر این اساس، امام خمینی (رحمت الله علیه) برای تحقق معاونت، صرف علم و اطلاع را کافی می داند.

### نتیجه گیری

به اعتقاد امام خمینی (رحمت الله علیه)، قصد حرام از چیزهایی که منفعت حلال و حرام دارند، در تمام حالات موجب بطلان معامله است و دلیل آن، عقلایی نبودن ملکیت حیثی، مال و ملک تلقی نشدن مسلوب الانتفاع به طور مطلق، تضييع مال محترم، اکل مال به باطل و تأیید روایات است. از دیدگاه ایشان، هرگاه منافع یک چیز منحصر در حرام بوده یا ظن به انحصار منافع موجود باشد، عقل به استناد وجوب قلع ماده فساد، حکم به حرمت و بطلان معامله می دهد. در نتیجه، ادله وارد شرعی در این خصوص، از باب حکم ارشادی تفسیر می شوند. با وجود این، اگر معامله هیاکل عبادات ملازم با مفسده نباشد (نظیر معامله با غرض حفظ عتیقه) یا قصد مشتری از معامله، قلع ماده فساد باشد (قصد غایت)، معامله آن ها صحیح خواهد بود. ایشان در ضمن تقسیم بحث به فروض مختلف، بیع ماده را تنها در یک فرض جایز می دانند و آن در جایی است که ماده دارای ارزش بوده باشد، اما ابطال و به هم زدن صورت (هیئت) رأساً ممکن نباشد و قیمت ماده در قیمت صورت نیز مستهلک نباشد و با لحاظ سقوط قیمت صورت، برای ماده قیمت عقلایی و قابل اعتنا باقی بماند؛ به طوری که مورد تنفیذ معامله از جانب شارع باشد. همچنین است اگر ماده با لحاظ قیمت غیرمستهلک در هیئت، دارای قیمت باشد.

### کتابنامه

قرآن کریم.

The Holy Quran.

احسائی، محمد (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیه* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دار سیدالشهداء للنشر.

Ehsai, Muhammad (1405 AH). *Awali al-Leali al-Aziziah*. Qom: Dar Seyyed al-Shohada Publishing House, first edition.

اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشادالاذهان* (جلد ۸). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Ardabili, Ahmad (1403 AH), *majma al-Faidah va Al-Burhan Fi Sharhe Ershad Al-Ahkam*. Qom: Islamic Publications Office, first edition.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب المکاسب المحرمة والبیع والخیارات* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

Ansari, Morteza (1415 AH). Kitab al-Makasib Al-Muharmah and Al-Bai and Options. Qom: World Congress of Honoring Sheikh Azam Ansari, first edition.

بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۱۸). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Bahrani, Yusuf (1405 AH). Al-Hadaeq al-Nazareh. Qom: Islamic Publications Office, first edition.

حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلد ۱۷). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).

Hur Ameli, Muhammad (1409 AH). Shiite means. Qom: Al-Bayt-A Institute, first edition.

حسن‌پور، مجید (۱۳۹۸). «بررسی فقهی ساخت مجسمه و ربات با رویکردی به نظر امام خمینی (سلام‌الله‌علیه)». پژوهش‌نامه متین، ۲۱ (۸۵)، ص. ۱۰.

Hassanpour, Majid (2018). Jurisprudential investigation of the construction of statues and robots with an approach to the opinion of Imam Khomeini (pbuh), Matin Research, 21(85), 10.

حسینی روحانی، صادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهه (جلد ۱). چاپ ۵، قم: انوارالهدی.

Hosseini Rouhani, Sadegh (1429 AH). Minhaj al-Fiqahah. Qom: Anwar Al-Hada, fifth edition.

حسینی عاملی، جواد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامه (جلد ۱۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Hosseini Ameli, Javad (1419 AH). Miftah al-Karamah. Qom: Islamic Publications Office, first edition.

حلی، حسن (۱۴۱۲ق). منتهی‌المطلب (جلد ۱۵). چاپ ۱، مشهد: مجمع‌البحوث الاسلامیة.

Helli, Hassan (1412 AH). Muntahi al-Matlab. Mashhad: Islamic Research Council, first edition.

حلی، حسن (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (جلد ۱۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).

Helli, Hassan (1414 AH). Tazkira al-Faqha. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them, first edition.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). المكاسب‌المحرمة (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی (قدس سره).

Khomeini, Ruhollah (1415 AH). Maqasib al-Muharramah. Qom: Institute for

organizing and publishing the works of Imam Khomeini Quds Sar, first edition.

خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (محمشی) (جلد ۱). چاپ ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Khomeini, Ruhollah (1424 A.H.), Explaining the issues. Volume 1, Qom: Islamic Publications Office, 8th edition.

خمینی، سیدروح الله (بی تا). تحریر الوسیلة (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

Khomeini, Ruhollah (No date), Tahrir al- Wasila. Qom: Dar Alam Press Institute, first edition.

سبحانی، جعفر (۱۴۲۴ق). المواهب فی تحریر احکام المکاسب. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Sobhani, Jafar (1424 A.H.), Al-Mahwah fi Tahrir Ahkam al-Makasib. Qom: Imam Sadiq Institute, first edition.

شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

Shahidhani, Zain-al-Din (1413 AH). Masalek al-Afham. Qom: Institute of Islamic Encyclopaedias, first edition.

شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۴ق). حاشیة الارشاد (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

Shahid Thani, Zain-al-Din (1414 AH). Hashiyyah al-Irshad, Qom: Islamic Propaganda Office of Qom Seminary, first edition.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق). هدایة الطالب (جلد ۱). چاپ ۱، تبریز: چاپخانه اطلاعات.

Shahidi Tabrizi, Mirzaftah (1375 AH). hedaya al-Talib. Tabriz: Information Printing House, first edition.

طوسی، محمد (۱۳۹۰ق). استبصار (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیة.

Sheikh Tusi, Muhammad (1390 AH). Estibsar, Tehran: Dar al-Ketub al-Islamiyya, first edition.

طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، الف). تهذیب الاحکام. چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیة.

Sheikh Tusi, Muhammad (1407 AH). Tahdhib al-Ahkam. Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiyya, 4th edition.

طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، ب). خلاف. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

Sheikh Tusi, Muhammad (1407 AH). Khalaf. Qom: Islamic Publications

Office, first edition.

کرکی، علی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (جلد ۴). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).

Karaki, Ali (1414 AH). Jame Al-Maqasid. Qom: Al-Bayt institute, peace be upon them, second edition.

کلینی، محمد (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). چاپ ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.

Koleini, Muhammad (1407 AH). Kafi Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiyya, 4th edition.

مجلسی اول، محمدتقی (۱۴۰۶ق). روضة‌المتقین (جلد ۱۰). چاپ ۲، قم: کوشانپور.

Majlesi I, Mohammad Taqi (1406 AH), Al-Mutaqeen Rowda, Qom: Kushanbur, second edition.

مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآة‌العقول (جلد ۱۹) چاپ ۲، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.

Majlisi II, Muhammad Baqir (1404 AH), Mira'at al-Oqool, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, second edition.

مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۰۶ق). ملاذالانخيار (جلدهای ۱۰ و ۱۱). چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (رحمت‌الله علیه).

Majlisi II, Muhammad Baqir (1406 AH), Malad al-Akhyar, Qom: Publications of Ayatollah Murashi Najafi-Ra Library, first edition.

منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). دراسات فی‌المکاسب‌المحرمة (جلد ۲). چاپ ۱، قم: تفکر.

Montazeri, Hossein-Ali (1415 AH). Darasat Fi al-Maqasib al-Muharramah. Qom: Thought, first edition.

نجفی، جعفر (کاشف‌الغطا) (۱۴۲۰ق). شرح‌القواعد. چاپ ۱، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطا/الذخایر.

Najafi, Jafar [Kashif Al-Ghita] (1420 AH). Description of the rules. Najaf: Kashif Al-Ghita-Zakhair Institute, first edition.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام (جلد ۲۲). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء‌التراث‌العربی.

Najafi, Mohammad Hassan (1404 AH). Jawahir al-Kalam. Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi, 7th edition.



## نقش مجتهد مدیر در حکمرانی دینی؛ بررسی عنصر بنیادی در تعامل الهیات، مردم و حکومت

محمداسماعیل عبداللہی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۷

نوع مقاله: ترویجی

### چکیده

برایند تعامل «الهیات»، «مردم» و «حکومت» را باید در نظام مردم‌سالاری دینی مشاهده کرد. در این مدل، سهم هریک از مؤلفه‌های سازنده چون «جمهوریت» و «دینی بودن»، در شکل‌دهی حکومت به یک اندازه است. مسئله اصلی این است که عنصر سازنده در برقراری روابط متعامل سه‌گانه الهیات، مردم و حکومت چیست و چگونه می‌توان در عصر غیبت میان «دین» و «مردم» هم‌بستگی ساختاری و سیاسی برقرار کرد؟ این پژوهش با گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای و تحلیل آن‌ها به روش توصیفی-تحلیلی درصدد است تا پاسخ این مسئله را در عنصر «مجتهد مدیر» در نظام حکمرانی دینی بیابد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد حضور دین مشروعیت‌بخش است و حضور جمهور، مقبولیت‌ساز. دین می‌تواند از طریق نمایندگان خود در ساختار و بافتار حکومت اعمال‌نظر کند که بر اساس ادله قطعی، این فرایند در عصر غیبت از طریق عنصر «مجتهد مدیر» در ساختار اعمال حاکمیت دین رقم می‌خورد. از این رو برای تأسیس یا پایداری و امتداد بهینه حکومت و تحقق نظام حکمرانی دینی، مجتهد مدیر باید افزون‌بر برخورداری از قدرت استنباط احکام شریعت و فهم اجتهادی از دین و ورزیدگی فکری و اجتهادی، دارای دانش اجتماعی اعم از سیاست، مدیریت، مردم‌شناسی، ذکاوت، هوشمندی، فراست، قدرت اداره و تحلیل نیز باشد.

### واژگان کلیدی

حکمرانی دینی، مجتهد مدیر، مردم‌سالاری دینی، تئودمکراسی، تئوکراسی.

\*استادیار گروه حکمرانی فرهنگی-اجتماعی، دانشکده حکمرانی، دانشگاه تهران، ایران.

## مقدمه

نظام‌های مردم‌سالاری دینی به‌عنوان یکی از شکل‌های سیاسی که در آن مذهب نقش اثرگذاری دارد، در دنیای معاصر به‌طور گسترده‌ای بحث می‌شوند. در چنین نظامی، نقش مجتهد مدیر به‌عنوان فقیه، عالم دینی و راهنمای اجتماعی، برای هدایت و راهبری حکومت اساسی است. مفهوم «مجتهد مدیر» نشان‌دهنده فردی است که هم توانایی‌های علمی-دینی و استنباط و اجتهاد احکام الهی را دارد و هم دارای برتری‌های مدیریتی و سیاسی است (Yilmaz, 2003, p. 213). او در حدود مبانی دینی، اصول قوانین حکومتی و اصول مدیریت کارآمد، به‌عنوان رهبر و مسئول تصمیم‌گیری در نظام مردم‌سالاری دینی فعالیت می‌کند. در این نوع حکومت، نقش مجتهد مدیر به‌منزله شخصی است که خواسته‌های خداوند را می‌فهمد و درک می‌کند و می‌تواند به صحنه عمل بیاورد و انسان‌ها را به سمت عینیت‌بخشی آن‌ها هدایت کند. اجرای قوانین اسلامی و رسیدگی به مسائل سیاسی و اجتماعی در پرتوی ادراک دینی از دیگر مأموریت‌های او به‌شمار می‌رود. مجتهد مدیر با استناد به دانش و تجربه خود، سعی در برقراری عدالت اجتماعی، حفظ حقوق شهروندان و توسعه پایدار دارد (Feirahi, 2020, p. 87). از سویی در مردم‌سالاری دینی، اجرای حکومت به شکل مشورتی و با مشارکت مردم از طریق انتخابات صورت می‌گیرد، اما تصمیم‌های مهم و راهبردی بر عهده مجتهد مدیر است. این مسئله سبب می‌شود نظام مردم‌سالاری دینی توانایی زنده نگه داشتن ارزش‌های دینی و اعتقادات مردم را داشته باشد (Thiemann, 1996, p. 76) درحالی‌که به اصول مدیریتی و دموکراسی نیز توجه کند. در این مقاله قصد داریم به بررسی توانمندی‌ها و محدودیت‌های بازیابی منطق مجتهد مدیر در نظام مردم‌سالاری دینی بپردازیم. با توجه به مشتقات فرهنگی، اجتماعی و سیاسی هر جامعه، این بررسی منجر به درک عمیق‌تر از نقش مجتهد مدیر در حکومت دینی و نیز بهبود فرایندهای تصمیم‌گیری و اجرایی در آن خواهد شد.

به‌طورکلی، تمرکز این مقاله بر ارتباط بین منطق حکمرانی دینی و نیز شناسایی نقش مجتهد مدیر در آن است و با روش‌های تحقیق کیفی و تحلیل مضمونی، می‌کوشیم تا به درک عمیقی از این موضوع برسیم و پیامدهای آن را برای نظم اجتماعی که در نظام مردم‌سالاری دینی به وجود می‌آید، بررسی کنیم. مردم‌سالاری

دینی به‌ویژه در ایران دارای تاریخچه و پیشینه تحقیقات گسترده‌ای در حوزه مطالعات دینی و سیاسی است. این موضوع به‌طور گسترده‌ای در مناقشه‌ها، نظرسنجی‌ها و مقالات علمی به بحث گذاشته شده است. با توجه به اهمیت و گستردگی این زمینه، تحقیقات بیشتری در حوزه منطق حکمرانی در نظام مردم‌سالاری دینی صورت گرفته است. بررسی نخستین ایده‌ها و تعبیرات مربوط به نقش مجتهد مدیر می‌تواند به‌عنوان نقطه آغازی در تحقیقات مرتبط در این زمینه مطرح شود. در طول تاریخ، دین و سیاست از مفاهیم مرتبط و ناگسسته‌ای برخوردار بوده‌اند و در نظام مردم‌سالاری دینی، این دو مفهوم با هم در تعامل هستند. تحقیقات بسیاری در زمینه شریعت و مدیریت سیاسی انجام شده است تا نقش مجتهد مدیر در این نظام روشن شود. در گذشته، تأثیر مذهب بر حکومت و شکل‌گیری ساختارهای سیاسی در نظام‌های مردم‌سالاری دینی مورد بررسی قرار گرفته است (Ben-Nun Bloom & Arikan, 2012, p. 23). رویکردهای متعددی از جمله تحلیل مضمون، مصاحبه و پژوهش‌های تاریخی و فلسفی برای بررسی پیامدهای منطق مجتهد مدیر در حکومت دینی به کار گرفته شده است. همچنین، تحقیقاتی در زمینه تعارض و هماهنگی میان قوانین دینی و قوانین سیاسی در نظام‌های مردم‌سالاری دینی صورت گرفته است. با بررسی نظرات و آرای مختلف، محققان در راستای یافتن راهکارها و مدل‌های تطابقی برای دین و سیاست دست به کار شده‌اند. با این حال، در دسترس بودن مآخذ و منابع قابل اعتماد در این حوزه، چالش‌هایی را نیز به همراه دارد. برخی متخصصان از جمله فقها و کارشناسان سیاسی، به‌منظور ارائه بررسی‌های کیفی و کمی قابل اعتماد در این زمینه تحقیقاتی انجام داده‌اند. همچنین، پژوهش‌هایی درباره تأثیر مذهب بر اداره کشور و چگونگی تعیین قدرت در زمینه حکومت دینی صورت گرفته است.

#### ۱. پیشینه پژوهش

پژوهش‌های قبلی نشان داده است که در نظام‌های مردم‌سالاری دینی، نقش مجتهد مدیر برای راهبری و اجرای احکام دینی و تحقق حکومت دینی بسیار حائز اهمیت است (Rahmawati et al, 2022, p. 21). موسوی (۱۴۰۰) در پژوهشی با عنوان

حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، به انواع حکومت و امتیازهای حکومت مردم‌سالاری دینی پرداخته و نقش ولی فقیه را برای تحقق حکومت دینی، نقشی اساس و پایه دانسته است. منتظری (۱۳۶۷) در کتاب *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه‌الدولة الاسلامیة*، ابعاد مختلف ولایت فقیه را مورد بررسی قرار داده و هرچند در بخش انتهایی کتاب به مردم‌سالاری دینی و نسبت آن با ولایت فقیهان پرداخته است، اما تنها به نسبت‌ها اشاره دارد و هیچ‌گونه مدلی برای پایایی مردم‌سالاری دینی در نسبت با مجتهد مدیر ارائه نمی‌دهد. امام‌خمینی (۱۳۹۴) در کتاب *ولایت فقیه*، طرح کلی و اجمالی حاکمیت اسلامی در عصر غیبت را در دو ساحت عقل و نقل به‌خوبی تبیین کرده‌اند، اما امتداد آن در عصر چندفضایی و ضرورت برخورداری فقیه حاکم از شاخص‌های مهارتی و اجتماعی-سیاسی، موضوعی است که در این کتاب مغفول مانده؛ هرچند در آثار بعدی ایشان مورد بررسی قرار گرفته است. بنابراین، از آنجاکه هنوز برخی جنبه‌ها و جزئیات نقش مجتهد مدیر در فرایندها به‌طور کامل مشخص نشده، این موضوع همچنان موضوعی برای تحقیقات و مقالات جدید است. با استفاده از آمیخته‌ای از پژوهش‌های کمی و کیفی و با استفاده از ابزارهای آماری و روش‌شناسی‌های حدی، تحقیقات اخیر می‌کوشند تا بیشتر به روش‌های مدیریتی و سیاسی مجتهد مدیر در نظام مردم‌سالاری دینی توجه کنند. افزون‌براین، با بررسی مفاهیم اصلی مانند عدالت اجتماعی، حقوق شهروندان و توسعه پایدار در این نظام‌ها، این تحقیقات بهبود فرایندهای تصمیم‌گیری و اجرایی را مورد بررسی قرار می‌دهند.

درمجموع، با اشراف اطلاعاتی از پژوهش‌های صورت‌گرفته، به دست می‌آید که تحقیق پیش رو دارای مزایایی است که در تحقیقات پیشین دیده نمی‌شود. از جمله این برتری‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

۱. موضوع جدید: این تحقیق به‌طور مستقل بر نقش مجتهد مدیر در نظام مردم‌سالاری دینی تمرکز دارد. این تمرکز جدید به توسعه علم و دانش در حوزه حکمرانی و اداره دینی کمک می‌کند.
۲. مدیریت کیفیت داده: با استفاده از ابزارها و روش‌های مدیریت کیفیت داده، این

مقاله می‌تواند به محتوای دقیق‌تری دست یابد و از اطلاعات صحیح و معتبر برای تحلیل و بررسی استفاده کند.

۳. بررسی پیامدهای اجتماعی: این تحقیق به بررسی پیامدهای اجتماعی نظام مردم‌سالاری دینی و نقش مجتهد مدیر در حفظ عدالت اجتماعی، حقوق شهروندان و توسعه پایدار پرداخته است. این نوآوری‌ها به درک بهتر تأثیرات و توانمندی‌های نظام مردم‌سالاری دینی در جامعه کمک می‌کند و مقاله را از دیگر تحقیقات قبلی متمایز می‌سازد.

۴. الگوگیری و راهکارهای عملی: تحقیق پیش رو الگوگیری و راهکارهای عملی را برای سازمان‌دهی و اداره نظام‌های مردم‌سالاری دینی ارائه می‌دهد. با توجه به تحلیل صورت‌گرفته، این مقاله توانسته است بهبوددهنده‌هایی برای این نظام‌ها پیشنهاد دهد و به توسعه عملی‌تر و پیشرفته‌تر این نظام‌ها کمک کند.

۵. این مقاله بر اساس تحلیل چندجانبه، به مدلی بهینه برای چگونگی تعامل حکومت، مردم و دین رسیده که آن را برای نظام‌های مردم‌سالار دینی پیشنهاد داده است.

## ۲. مدل‌های حکومت در برابری نسبت الهیات و حکومت

در نسبت میان الهیات و حکومت، سبک‌ها، تحلیل‌ها و دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. تئوکراسی<sup>۱</sup> (حاکمیت خداوند)<sup>۲</sup> و تئودمکراسی<sup>۳</sup> (حاکمیت خدا و اراده مردم) از مهم‌ترین سبک‌های ارتباط‌بخش میان الهیات و حکومت است که در نقطه مقابل آن، دمکراسی (حاکمیت مردم) قرار دارد. در تئوکراسی، دین و تفسیر حاکم (نمود اتوکراتیک) یا حاکمان (نمود آریستوکراتیک) از دین، مبنای تعیین درست و غلط در مقام سیاست‌گذاری و حکمرانی است، اما در تئودمکراسی افزون‌براینکه دین مبنای سیاست‌گذاری و مشروعیت‌بخش سیاست‌هاست، مردم نیز اقتداربخش سیاست‌ها و قوانین هستند و اراده آن‌ها رکن حکومت به شمار می‌آید. نقطه مشترک این دو سبک از حکومت، این است که انتظار انسان‌ها از دین، مداخله‌گری و نقش‌آفرینی حداکثری است و در اصل دخالت دین اتفاق نظر دارند، اما در اینکه آیا غیر از دین، عناصر تأثیرگذار دیگری دخالت کنند یا نه و به چه شیوه‌ای و با چه شرایطی زمینه برای

نقش آفرینی دین یا دیگر عوامل احتمالی فراهم شود، از مهم‌ترین مسائل اختلافی این دو نوع حکومت است.

## ۲-۱. مدل تئوکراسی

در سبک تئوکراسی تنها خداوند است که حاکمیت دارد و قوانین و موازین او، فصل‌الخطاب امور حکومت و سرنوشت بشر است، اما در اینکه با چه کیفیتی این اتفاق رقم می‌خورد، برداشت‌های مختلفی رخ داده که در تاریخ قابل مطالعه است. رگه‌هایی از این مسئله، در ایران و مصر باستان یا پیش از جنگ جهانی دوم در ژاپن وجود داشته است. در ایران باستان، پادشاهان ایرانی از زرتشتیان پارسا بودند و حکومت را بر اساس قانون آئنه (قانونی ازلی و ابدی که اهورامزدا وضع کرده است) اداره می‌کردند. در مصر، فراعنه مرتبه‌ای الهی داشتند و کاهنان به‌عنوان مستخدم خداوند به فرعون خدمت می‌کردند. در ژاپن، آماتراسو مهم‌ترین ایزد در آیین شینتو بود که در اساطیر ژاپن ایزدبانوی خورشید نام دارد و امپراتوران ژاپن از نوادگان وی به شمار می‌روند.<sup>۵</sup> همچنین، حکومت موسی بر قوم بنی اسرائیل، حاکمیت کلیسا بر اروپا در قرون وسطا و نیز خلافت اسلامی تا زمان سرنگونی در اثر حمله مغولان، مصادیق مشهور تحقق تئوکراسی در تاریخ قلمداد می‌شوند؛ اگرچه برخی معتقدند این حکومت‌ها به‌تمامی تئوکراتیک نبودند؛ زیرا موروثی بودن قدرت و دربار شاهانه، آن‌ها را تا اندازه زیادی شبیه حکومت‌های پادشاهی کرده بود. مطالعه مثال‌های تاریخی، گویای این واقعیت است که در مواردی، تفسیر حاکم یا حاکمان از دین الهی، مبنای علی‌الاطلاق اداره حکومت بوده است (Khomeini, 1979, p. 89) و در مواردی، حاکم یا حاکمان، خود را خدای زمین و آرمان‌های خود را فرمان‌های خدای آسمان دانسته‌اند و به مستخدمان خود فرمان انتشار می‌دهند یا اینکه حاکم را از نوادگان ایزدان معرفی می‌کنند که میراث‌دار فرمان ایزدان است و باید به آن‌ها عمل کند و مبنای حکومت خویش قرار دهد.

سبک تئوکراسی در قرون وسطا با عنوان نظریه حاکمیت الهی مشهور شد و کلیسا، حکومت را تنها حق‌پاپ می‌دانست. اساس نظریه حاکمیت الهی این بود که الف. حکومت تنها از جانب خداست. ب. عالم دینی و مرجع روحانی (پاپ)، فرمانروای

سیاسی است و ج. دستگاه اداری و قضایی زیر نظر مرجع روحانی (پاپ)، صلاحیت دارد تا فرمان‌های خداوند را که از راه وحی رسیده است، تفسیر و اجرا کند. در این نوع حکومت، مقامات حکومتی از طریق قرار گرفتن افراد در موقعیت سلسله‌مراتب دینی انتخاب می‌شوند و در انتخاب مقامات، مردم هیچ‌گونه نقشی ندارند. در دوره معاصر، حکومت واتیکان به‌عنوان تئوکراسی در بستر مسیحیت کاتولیک (بزرگ‌ترین شاخه مسیحیت) نام برده می‌شود که دولت‌شهری مستقل در میانه رم در کشور ایتالیاست.

#### ۲-۱-۱. آسیب‌های تئوکراسی

مهم‌ترین آسیب حکومت‌های تئوکراتیک عبارت‌اند از الف. تنها قواعد و دریافت‌ها از دین را مبنای حیات انسانی می‌دانند و برای عقل و عقلانیت جایگاهی تعریف نمی‌کنند. ب. قدرت نامحدودی به صاحبان اقتدار سیاسی می‌دهند و به نام دین، حلقه حفاظت ایجاد می‌کنند و افراد نمی‌توانند عملکرد حاکمان را در ترازوی نقد قرار دهند و ج. حاکمان، قدرت دنیوی را بر ساخته از خرد معنوی می‌دانند و چون معنویت، گستره نامحدودی دارد، نمی‌توانند در چهارچوب قانون اساسی محدود شوند.

#### ۲-۲. مدل تئودمکراسی

در مدل تئودمکراسی، میان الهیات و حکومت از طریق نقش‌آفرینی مردم ارتباط برقرار می‌شود. دین، زندگی بشر را نظم می‌دهد و به سوی خوبی‌ها هدایت می‌کند. از سویی انسان‌ها برای زندگی سعادت‌مند، نیازمند همکاری و همیاری هم هستند تا نیازهای گسترده و متنوع خود را از طریق تعامل با یکدیگر تأمین کنند. از این‌رو نیاز به تشکیل مجتمعات انسانی دارند. به‌طور طبیعی، در اجتماعات انسانی، تعارض و درگیری رخ می‌دهد. کنترل این تعارضات، رفع خصومت‌ها و هدایتگری بشر برای بهینه‌سازی زندگی، نیازمند تشکیل حکومت است.

#### ۲-۲-۱. تشکیل حکومت؛ ضرورت اجتماعی

دین الهی - به‌ویژه اگر مانند اسلام ماهیت اجتماعی داشته باشد - از طریق حکومت روابط انسانی را تنظیم می‌کند و زندگی بهینه را برای انسان به ارمغان

می‌آورد. تشکیل حکومت از مقتضیات طبع بشری (ارسطو، بی‌تا، ص. ۹۶) و فطری بودن زندگی اجتماعی بشر (عبداللهی، ۱۴۰۲، ص. ۳۱) است. فلسفه اجتماعی اسلام (عبداللهی، ۱۴۰۲، ص. ۳۱) و لازم‌الاجرا بودن همه احکام اقتصادی، سیاسی و... آن تا روز قیامت نیازمند نظام خاصی است تا اعتبار و سیادت این احکام را تضمین کند. بدون تشکیل حکومت و ایجاد نظام، پیاده‌سازی همه احکام الهی موجب هرج و مرج اجتماعی می‌شود. امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در لزوم تشکیل حکومت اسلامی می‌فرماید «احکام اسلامی اعم از قوانین اقتصادی، سیاسی و حقوق تا روز قیامت باقی و لازم‌الاجراست. هیچ‌یک از احکام الهی نسخ نشده و از بین نرفته است. این بقا و دوام همیشگی احکام، نظامی را ایجاب می‌کند که اعتبار و سیادت این احکام را تضمین کند و عهده‌دار اجرای آن‌ها شود؛ زیرا اجرای احکام الهی جز از رهگذر برپایی حکومت اسلامی امکان‌پذیر نیست. در غیر این صورت جامعه مسلماً به‌سوی هرج و مرج می‌رود و اختلال و بی‌نظمی بر همه امور آن مستولی خواهد شد. افزون‌براینکه حفظ مرزهای کشور اسلامی از هجوم دشمنان و تسلط سرکشان، عقلاً و شرعاً واجب است، انجام این وظیفه جز با تشکیل حکومت امکان ندارد. تمام این‌ها از واضحات است که مسلمین به آن‌ها احتیاج دارند و از آفریده حکیم معقول نیست آن‌ها را ترک کنند... لزوم حکومت برای گسترش عدالت، تعلیم و تربیت افراد، حفظ نظم، از بین بردن ستم، حفظ مرزها و جلوگیری از تجاوز اجانب، از روشن‌ترین احکام عقل است و این مسئله مختص به زمان و مکان مشخصی نیست» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۴۶۱). از این رو تشکیل حکومت، واجب شرعی و ضرورت اجتماعی است.

اعمال‌نظر دین و پیاده‌سازی دستورالعمل‌های آن در همه ابعاد از طریق تشکیل حکومت، پشتوانه قطعی ارتقای زندگی انسانی است؛ زیرا خالق انسان بهتر از هر فرد دیگری، نیازمندی‌ها و اقتضائات طبیعت انسان را می‌داند و با ارائه طرح و برنامه (دین) خود، مسیر رشد و تعالی را به وی نشان می‌دهد.

## ۲-۲-۲. فرایند اعمال حاکمیت الهی و عنصر مجتهد مدیر

اکنون پرسش این است که آیا این وجوب شرعی و آن ضرورت عقلی در باب تأسیس



حکومت تنها در زمان حضور نماینده خدا، نبی و امام معصوم است یا اگر بنا به مصالحی، نماینده خدا روی زمین حضور فیزیکی نداشت؛ چنان‌که در دوره کنونی، حضرت حجت (ارواحنا فداه) در پس پرده غیبت هستند، تشکیل حکومت تکلیف نیست یا حتی خلاف تکلیف است و تأسیس حکومت گناه بزرگی است (Chatterjee, 2011, p. 56).

نظر به اینکه غیبت امام‌زمان (علیه‌السلام) و آخرین حجت الهی در میان بشر، دارای حکمت و فلسفه خاصی است و خداوند از این اقدام، اهداف خاصی را دنبال کرده و هیچ‌گاه درصدد آن نبوده است که بشر را به سمت و سوی مسیری برخلاف طریق تعالی و هدف غیبت سوق دهد، بدیهی است دو راه بیشتر پیش روی امت اسلامی و پیروان حضرت حجت (ارواحنا فداه) نیست. یک راه اینکه، میدان را خالی و امور را رها کنند و در انزوا بنشینند تا صاحبان قدرت و شهوت بر انسان‌ها سلطه یابند و حکومت کنند و بشریت را به سمت و سوی خواسته‌ها و آرمان‌های خود سوق دهند. راه دوم این است که مسیر انبیا، اولیا و امامان را امتداد دهند و پاسدار ارزش‌ها، آموزه‌ها و آرمان‌های آن‌ها باشند تا زمینه برای ظهور حجت الهی فراهم آید. انتخاب مسیر نخست، انتخاب عاقلانه‌ای نیست و برخلاف خواسته‌ها و دستورات دینی است (War, 2020, p. 34)؛ زیرا انسان محور همه آفرینش هستی است و خداوند متعال، انسان را مخلوق برگزیده و ممتاز خود در میان دیگر مخلوقات قرار داده و بر همین مدار، کائنات نظام یافته است تا انسان بتواند با اراده و اختیار خود، به موقعیت برتر و جایگاه خلیفه الهی دست یابد. رسیدن به این موقعیت نیازمند الزامات و اقتضائاتی است که خداوند متعال از طریق ارسال نبی و امام و دین کامل، تأمین نیاز کرده است. اکنون اگر در دوره غیبت کبری، قرار باشد انسان‌های الهی و متدین منتظر بمانند و برای مدتی (در مقیاس غیبت حجت الهی) صحنه را ترک و مدیریت اجتماعات بشری عالم را رها کنند و دغدغه‌ای نسبت به رهبری انسان‌ها و هدایت آن‌ها نداشته باشند، این نقض غرض است (خمینی، ۱۳۹۴، ص. ۴۰). این همه مجاهدت و سرمایه‌های به‌دست‌آمده از حاکمیت الهی در طول تاریخ بشر را نادیده گرفتن و بشر را در موقعیت بی‌رهبری و بی‌سرپرست گذاشتن، بازگشت به دوره نخستین حیات بشر را نوید می‌دهد. این حرکت اساساً حکیمانه نیست و حکیم کار عبث و بیهوده انجام نمی‌دهد. غایت الهی در

فرایند خلقت و تعالی انسان، شناخت حقیقی حضرت حق از رهگذر عبودیت و بندگی الهی است. با سلطه شیاطین انس و جن و حاکمیت مستکبران و ملحدان، نه بستری فراهم می‌شود تا بندگی اتفاق افتد و نه زمینه‌ای فراهم می‌شود تا شناخت حقیقی حق حاصل آید. از این رو از باب لطف، بر خداوند متعال است که با غیبت حجت الهی، مسیر تعالی انسان امتداد یابد و بشریت بتواند مانند دوره حضور نماینده خدا و امام معصوم، با حفظ اتحاد و یکپارچگی حول محور توحید و ولایت الهی، زمینه‌ساز گسترش شناخت توحیدی و احساس حضور خدا باشد و نسبت به تشکیل اجتماعات انسانی و برقراری حکومت عدل عمومی تکلیف شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص. ۳۵۸). توسعه معرفت توحیدی و سلوک ربوبی حق متعال از طریق حضور و تعیین ولی در امتداد امام معصوم فراهم می‌شود که اگر بشریت بدون ولی الهی قابل دسترس رها شود، این زمینه به کلی رخت برمی‌بندد و تفکر و جهان توحیدی در انحصار زر و زور و تزویر قرار می‌گیرد.

نظریه ولایت فقیه در امتداد ولایت معصوم در این موقعیت مطرح می‌شود. به دلایل متعددی این ادعا قابل اثبات است که در مباحث ولایت فقیه و حکومت در ذیل دانش فقه و بعدها در علوم سیاسی به تفصیل آمده است (Bagheri & Kazem, 2021, p. 201). نکته مهم این است که همه ادله دال بر اثبات ولایت فقیه، بر فقیه مدیر و مدبر دلالت دارد؛ فقیه‌ای که توان اداره جامعه را داشته باشد و بتواند مردم را رهبری و سرپرستی کند. در زیر به برخی از این ادله اشاره می‌کنیم.

## ۲-۳. مهم‌ترین ادله عقلی بر اثبات مجتهد مدیر

۱. به استناد ادله اثبات امامت، امام معصوم وظیفه سرپرستی و رهبری امت را برعهده دارد. پس بر اساس ادله ولایت فقیه، نایب عام امام نیز در دوره غیبت همین رسالت را برعهده دارد (Lashkari, 2019, p. 118). تحقق رسالت سرپرستی و رهبری نیازمند دانش تدبیر مُدُن است.
۲. حیات اجتماعی انسان در دوره غیبت پیوسته نیازمند کمال مادی و معنوی است. کمال حیات از سویی به قانون مترقی و مصون از نقص و خطا نیاز دارد و از دیگر سو، به نظام جامع و حاکمی عالم و عادل که در تعارضات اجتماعی، توان

- تشخیص و تصمیم و مهارت اداره اجتماع را داشته باشد.
۳. برای جلوگیری از هرج و مرج و برقراری نظم اجتماعی، وجود حکومت اجتناب‌ناپذیر است. احکام اجتماعی اسلام جاودانی است و اجرای آن‌ها وابسته به زمان و مکان خاصی نیست. حکومت آرمانی اسلام آن است که شخص معصوم بر آن حکم براند. هنگامی که از فیض حکومت پیشوای معصوم محروم بودیم، باید نزدیک‌ترین افراد به معصومان را برای سرپرستی جامعه برگزینیم. این قرب و نزدیکی را می‌توان با این سه معیار مشخص ساخت؛ آشنایی با احکام اسلامی (فقاہت)، شایستگی روحی و اخلاقی (تقوا) و کارایی در اداره جامعه. فقیهان عادل و مدیر و مدبر کسانی هستند که این ویژگی‌ها را برای خود گرد آورده و در عصر غیبت، شایسته حکمرانی بر جامعه اسلامی‌اند (مصباح یزدی، ۱۳۷۵، ص. ۸۹).
۴. ابن سینا: *ثمَّ یَجِبُ أَنْ یَفْرِضَ السَّانُ طَاعَةَ مَنْ یُخْلِفهُ*؛ اگر خلیفه منصوب پیامبر حضور نداشت، تکلیف چیست؟ مردم باید فردی را انتخاب کنند که چند صفت داشته باشد. یکی اینکه، «اخلاق او در حد کمال» باشد. دوم، از نظر تدبیر و مدیریت باید «مدبر و مدیر» باشد و سوم، او باید «عالم به شریعت» باشد؛ «و ان یکون عالماً بالشریعة حتی لا یکون اعلم منه» و اعلم از او هم کسی نباشد. بر فقها و علما هم واجب است از چنین فردی اطاعت کنند. ابن سینا در ادامه می‌گوید در دوران امر بین عقل و اعلم در شریعت، اولویت با عقل است و آن اعلم هم باید از او اطاعت کند (ابن سینا، ۱۳۷۶، ص. ۳۸۹).
۵. با توجه به روح حاکم بر مکتب، چاره‌ای جز پذیرش ولایت فقها نیست. این ادعا بر اساس مقدمات زیر قابل دریافت است.
- الف. در هر جامعه به مسائلی برمی‌خوریم که از وظایف فردی اشخاص به شمار نمی‌آیند، بلکه اموری عمومی و اجتماعی‌اند و بقای جامعه در گرو انجام دادن آن‌هاست.
- ب. با نگاهی گذرا به قوانین اسلام روشن می‌شود که این دین به عبادات محض بسنده نکرده، بلکه به اجتماع و سیاست نیز پرداخته است. حدود شرعی، قصاص و دیات، احکام

قضاوت و دادرسی و قوانین مالی هم مانند خمس و زکات، همگی بیان‌کننده توجه دین اسلام به مسائل سیاسی و حکومتی است.

ج. بخش سیاسی اسلام جدا از مسائل روحانی و معنوی نیست؛ چنان‌که رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) خود به تدبیر امور مسلمین می‌پرداخت و پس از وی نیز همواره پیشوای مسلمانان، امامت جماعت آنان را بر عهده داشتند.

د. به اعتقاد شیعیان، پیامبر گرامی اسلام مسئله خلافت و رهبری سیاسی مسلمانان را ناگفته نگذاشته و پس از خود، دوازده امام را شایسته رهبری و زعامت مسلمانان دانسته است.

هـ. امامان معصوم از سویی شیعیان را از مراجعه به خلفای جور و قاضیان ناحق - به عبارت دیگر، طاغوت‌ها - بازداشته‌اند. از سوی دیگر نیز این نکته تردیدناپذیر است که در بیشتر دوران، شیعیان دسترسی چندانی به پیشوایان معصوم نداشته‌اند.

با توجه به این مقدمات، طبیعی است که معصومان - حتی در زمان حضور خود - کسانی را برای رسیدگی به امور اجتماعی مردم منصوب کنند. این گروه همان فقیهان اسلام‌شناس‌اند که در زمان غیبت امام معصوم نیز تا آنجا که بتوانند، مسئولیت رهبری سیاسی مسلمانان را بر عهده می‌گیرند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۶ق، ص. ۵۲).

#### ۲-۲-۴. مهم‌ترین ادله نقلی بر اثبات مجتهد‌مدیر

توقیع شریف امام‌زمان (علیه‌السلام): *أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقَعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةِ حَدِيثِنَا، فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ...* (مجلسی، ۱۹۸۳، ج ۵۳، ص. ۱۸۱؛ حر عاملی، ۱۳۸۵، ج ۲۰، ص. ۱۴۰). مراد از حوادث واقعه، قطعاً مسائل فرعی و احکام شرعی نیست؛ زیرا در زمانی که اسحاق بن یعقوب این درخواست را از امام‌زمان (علیه‌السلام) داشت، فقهای زیادی در دورترین نقاط عالم مشغول اجتهاد و فقاہت و پاسخ‌گویی به مسائل شرعی مردم بودند و اجتهاد در فقه، در دوره معصومان موضوعی مسلم بود (طبرسی، ۱۹۶۶م، ج ۲، ص. ۲۸۴). پس مراد از پیشامدها، رویدادها و مسائل کلان حاکمیتی است که در دایره رهبری و سرپرستی امت اسلامی می‌گنجد.

مراد از راویان حدیث، ناقلان حدیث نیستند؛ زیرا ناقلان یا حافظان حدیث نمی‌توانند مرجع رسیدگی به حوادث باشند. پس باید افرادی باشند که فهم اجتهادی از فقه داشته باشند؛ چیزی که تعبیر به فقها می‌کنیم.

مراد از حجت الهی یعنی کسی را می‌توان حجت خدا بر مردم خواند که پیروی از او در همه مسائل دینی و دنیوی لازم باشد؛ چنان که برداشت همگان از حجت بودن معصومان چیزی جز این نیست. «حجة الله» کسی است که خداوند او را برای انجام دادن اموری قرار داده است (God & Him, 2007, p. 89) و تمام کارها، افعال و اقوال او بر مسلمانان حجت است. اگر کسی تخلف کرد، بر او احتجاج (و اقامه برهان و دعوی) خواهد شد.

مقبوله عمر بن حنظله: عمر بن حنظله دو سؤال از امام صادق (علیه السلام) می‌پرسد که شیعیان در قضاوت به چه کسی مراجعه کنند؟ در تعارض اخبار و استناد فقها به آن‌ها، وجه رجحان چه خواهد بود؟ امام پاسخ مفصلی ارائه می‌کنند که در بخش نخست می‌فرمایند «يُنْظَرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا... فَلْيُرْضَوْا بِهِ حَكَمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا (حل کند/ اداره کند). فاذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله». مورد سؤال قضاوت بوده که از امور اجتماعی اسلام و مصداق حوادث واقعه است (کلینی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۶۷؛ حر عاملی، ۱۳۸۵، ج ۱۸، ص. ۹۹).

«قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ» (یوسف/۵۵) در داستان حضرت یوسف بعد از اینکه خواب عزیز مصر را تعبیر کرد و پادشاه خوشحال شد و او را از زندان آزاد کرد، خود حضرت پیشنهاد داد که مرا منصوب کن تا تدبیر کنم؛ زیرا هم متعهد هستم هم متخصص. از این رو برداشت می‌شود شرط رهبری و سرپرستی امور جامعه، تعهد و تخصص است.

در میان فقهای شیعه، بزرگانی به این مسئله اشاراتی داشته‌اند از جمله مرحوم آیت الله نجفی در جواهر الکلام می‌گوید «فمن الغريب وسوسة بعض الناس في ذلك، بل كانه مذاق من طعم الفقه شيئاً و لا فهم من لحن قولهم و رموزهم امراً» (نجفی، ۱۳۶۲،

ج ۱، ص. ۳۳۹۶) یا مرحوم نایینی در *تنزیه الامه و تنزیه الملة* (نایینی، ۱۳۸۲، ص. ۴۶) یا مرحوم محقق کرکی در *رسائل* (کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۴۲) و نیز ابن ادریس حلی در کتاب *السرائر*، فصلی با عنوان «فصل فی تنفيذ الاحکام و ما يتعلق بذلك له اقامة الحدود والآداب»، به این موضوع اختصاص می‌دهد و قبل از آن به طور مفصل می‌نویسد «اما الحكم بين الناس و القضاء بين المختلفين فلا يجوز ايضا الا لمن اذن له سلطان الحق في ذلك وقد فوضوا ذلك الى فقهاء شيعتهم المأمونين... والذي يقتضيه المذهب انه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالامر فيه الى فقهاء شيعة من ذوى الرأى والصلاح، فإنهم قد ولو هم هذه الامور فلا يجوز لمن ليس بفقیه تولّى ذلك بحال، فانه لا يمتضى شىء مما يفعله لانه ليس ذلك بحال، فأمّا ان تولاه الفقيه فما يفعله صحيح جازي ماض)؛ حکم بين مردم و داوری بين آنانی که اختلاف دارند، جازي نیست مگر برای کسی که سلطان حق به او اجازه داده باشد و ائمه (عليهم السلام) این امر را به فقهای شیعه که امین هستند، واگذارده‌اند... برابر خواست مذهب امامیه است که در غیاب امام عصر (عجل الله) نظارت بر مرده‌ریگ مرده‌ای که وصی ندارد، با فقیهان شیعه صاحب رأی و صلاح است؛ زیرا امامان معصوم (عليهم السلام) موردهایی را که احتیاج به سرپرستی دارند، به ایشان ولایت داده‌اند. بنابراین، غیر از فقیه، کسی حق وارد شدن در این موردهای ولایی را ندارد و فروگیری‌ها و دست‌یازی‌های او جازي و نافذ نیست و تنها فروگیری‌ها و دست‌یازی‌های فقیه جازي و نافذ است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۱۹۳). شیخ مفید هم اقامه حدود و... را وظیفه فقیه می‌داند؛ چنان که می‌نویسد «فأما اقامة الحدود، فهو الى سلطان الاسلام المنصوب من قبل الله تعالى و هم ائمه الهدى من آل محمد (عليهم السلام) و من نصبوه لذلك من الامراء والحکام و قد فوضوا النظر فيه الى فقهاء شيعتهم من الامکان... فأما اقامة الحدود فهو الى سلطان الاسلام المنصوب من قبل الله و هم ائمة الهدى من آل محمد (صلى الله عليه و آله) و من نصبوه لذلك من الامراء والحکام و قد فوضوا النظر فيه الى فقهاء شيعتهم مع الامکان الى أن قال فقد لزمه اقامة الحدود عليهم فليقطع سارقهم و يجلد زانيهم و يقتل قاتلهم و هذا فرض متعين على من نصبه المتغلب لذلك على ظاهر خلافته

له او الامارة من قبله علی قوم من رعیتہ فیلزمہ اقامة الحدود و تنفيذ الاحکام و الامر بالمعروف و النهی عن المنکر و جهاد الکفار و من یتحقق ذلک من الفجار و یحب علی اخوانه من المؤمنین معونته علی ذلک»؛ اما اجرای حدود، وظیفه سلطان اسلام است که از جانب خداوند گمارده شده است و آنان، همانا ائمه هدی از آل محمد (صلی الله علیه و آله) و کسانی هستند که از سوی آنان به این امر گمارده شده‌اند از امیران، حاکمان و فرماندهان. امامان نیز این موضوع را به فقهای شیعه واگذارده‌اند تا در صورت امکان، مسئولیت اجرایی آن را بر عهده بگیرند، اما اقامه حدود بر عهده حاکم اسلامی است که خداوند او را برگمارده است. آنان، همانا، ائمه هدی از اهل بیت محمد (صلی الله علیه و آله) هستند یا امیران و حاکمانی که امامان بر این کار گمارده‌اند. آنان اعمال نظر در این مسئله را به فقهای شیعه واگذارده‌اند؛ اگر این کار برای آن‌ها ممکن باشد... (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۸۱۰). آیت الله تبریزی نیز معتقد است حفظ ثغور مسلمانان و نظام جامعه بر عهده فقیه و از امور حسبی است. تشکیل حکومت هم از همین طریق واجب است (تبریزی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص. ۳۶).

### ۳. موقعیت مجتهد مدیر در حکومت تئوکراسی

در نظام مردم‌سالاری دینی، فقیه در امتداد نبی و امام، رسالت امامت و رهبری جامعه اسلامی را بر عهده دارد. از آنجاکه دین از طریق فقیه در جامعه اعمال و به اجرا گذاشته می‌شود، ضرورت دارد در ساختار حاکمیت به‌ویژه در مواردی که نیازمند فهم اجتهادی از موضوع و مصادیق است، مجتهد برخوردار از توانایی اداره و تدبیر به نمایندگی از فقیه حاکم در نقاط تصمیم‌گیر قرار گیرد. در حکومت جمهوری اسلامی بر همین مبنا، نقاطی به‌عنوان نقاط ضروری برای قرار گرفتن مجتهد برخوردار از ادراک اجتماعی و مهارت اداره و کنترل طراحی شده است مانند مجلس خبرگان، فقهای شورای نگهبان، رئیس و شورای عالی قوه قضائیه، وزیر اطلاعات، مجامع فقهی فعال در نهادهای دولتی و نمایندگان ولی فقیه در داخل و خارج. این جایگاه‌ها به‌عنوان جایگاه حکومتی در ذیل حکومت اسلامی با رویکرد اداره جامعه بر اساس ولایت داشتن فقیه در امتداد ولایت نبی و امام معصوم است (Hashemi-Najafabadi, 2011). بدیهی است چنین شخصی باید برخوردار از

مهارت‌های لازم، هوشمندی، ذکاوت، شجاعت، بصیرت و درک لازم زمانه و اقتضائات زمانی باشد تا بتواند جامعه را از تلاطم‌های مقطعی، تعارضات داخلی و انحرافات فکری به سمت خوبی‌ها هدایت و راهنمایی کند. به تبع آن، نمایندگان فقیه حاکم نیز در دورترین نقاط حکومت باید از همین شرایط برخوردار باشند تا در موقعیت منطقه‌ای خود که اعمال حاکمیت می‌کنند، با کمترین هزینه، بهره‌وری لازم را داشته باشند و با اتحاد و یکپارچگی اجتماعی، انگیزه و علاقه‌مندی جمعی برای دسترسی به سعادت عمومی را در مردم تقویت کنند. چنین مجتهدی دارای مختصاتی است که مهم‌ترین آن‌ها فارغ از قوه اجتهاد و فقاقت، داشتن دانش عمومی اجتماعی اعم از سیاست، مدیریت، رسانه، مردم‌شناسی و...، مهارت اداره و تدبیر است تا بتواند با ارتباط هوشمندانه با بدنه اجتماع، وضعیت جاری را با دقت ببیند و آینده دور را طراحی و پیش‌بینی کند و هدایت‌ها را جهت‌دهی کند.

### ۳-۱. نقش آفرینی مردم در حکومت یک تکلیف اجتماعی است

از سویی مردم نیز باید در این نظام‌بخشی اجتماعی ایفای نقش کنند. مردم از طریق بیان افق‌ها و نیازها، مشارکت در امور زیربنایی، مشارکت در انتخاب مسئولان، شناخت راه‌های نفوذ شیاطین و جلوگیری از سلطه آن‌ها بر انسان، درک شرایط زمانی و محیطی، همراهی و حمایت از ساسیت‌ها و مسئولان امور، نقد سازنده برنامه‌ها و مسئولان امر، مواظبت بر رعایت ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی، نظارت بر رفتار مسئولان، تعصب در استقرار خوبی‌ها، اراده محکم در مبارزه با ستمگری و بی‌عدالتی و... می‌توانند در حکومتی که مشروعیت دینی و الهی دارد، نقش سازنده‌ای داشته باشند. از این‌رو برترین سبک حکومت، مدلی است که بتواند نظر خداوند را در بهینه‌سازی زندگی انسان پیاده کند. در این راستا، مردم مهم‌ترین متغیر پیش‌برنده اهداف هستند و این دو راهبرد در مدل حکومت تئودمکراسی جمع شده است (Jeshfaghani, 2017, p. 60).

### ۴. توازن در اسلامیت و جمهوریت؛ چالش سنت و مدرنیته

چگونگی ارتباط حکومت با الهیات، دمکراسی با دین و جمهوریت با اسلامیت از



مهم‌ترین عناصر چالشی بین سنت و مدرنیته است. با ظهور انقلاب اسلامی ملت ایران (۱۳۵۷)، سبک جدیدی از زندگی سیاسی انسان و حیات اجتماعی او به جهان مخابره شد (Panah, 2007, p. 40)؛ مدلی که افزون‌بر فعال‌سازی حضور دین در صحنه اجتماع، میدان را به مردم سپرد و مردم را صحنه‌گردان اتفاقات بزرگ قرار داد. براین اساس، جمهوریت را نیز از دین استنباط کرد و با مدل‌سازی بهینه توانست زمینه را برای نقش‌آفرینی مردم فراهم سازد.

جمهوری اسلامی ترجمانی از مردم‌سالاری دینی است که سبک حکومت را مشخص می‌کند. در این سبک، حکومت به همان میزان مردمی است که دینی است و به همان اندازه دینی است که مردمی است. تلقی این نسبت برابر، بر این اساس است که هم جمهوریت و هم اسلامیت هر دو دارای بن‌مایه‌های معرفتی عقل و وحی هستند. در سویی، حاکمیت با دین و موازین دینی است و در سوی دیگر، حاکمیت با مردم و خواست و اراده آنهاست. انقلاب اسلامی بر پایه مبانی حکمی و اسلامی بنیان‌گذار آن توانست این دو عنصر را با هم عینیت بخشد و در تثبیت آن موفق شود.

جمهوری اسلامی مردمی است؛ یعنی شکل حکومت، انتخاب حاکمان، تنظیم روابط کلان، اصول اساسی و پیش‌انگاره‌های حکومت را مردم انتخاب می‌کنند و به عقاید، حیثیت، هویت، شخصیت و کرامت مردم اهمیت داده می‌شود (Mirzanejad et al, 2021, p. 97) و دینی است؛ یعنی افزون‌بر اینکه میدان‌داری مردم و اعتبار دادن به انتخاب و خواست مردم، دینی و موضوعی است که از دین به دست آمده است، اقدامات مردم، انتخابات مردم، علایق و انگیزه‌های مردم نیز باید در چهارچوب دین باشد. در این صورت این حرکت‌های مردم که در چهارچوب دین خداست، تعیین‌کننده مطلق خواهد بود. خاصیت دیگر رعایت موازین دینی در حرکت‌های مردمی این است که این اقدامات پشتوانه معنوی می‌یابد و هر اقدام، مأموریتی الهی جلوه می‌کند و عامل انسانی که آن را اقامه کرده، مطیع امر خدا و در برابر اوامر و اراده الهی متعبد بوده و در حقیقت، کار خدایی کرده است. اقدام را امر الهی می‌بیند و قیام برای تحقق آن را عبادت الهی

و در مسیر رشد و تعالی معنوی تعریف می‌کند. با این نگاه، همه امورات دنیایی انسان، مرتبط با دنیا، اما خدایی است و همه آن‌ها در امتداد احکام الهی و در سلوک الهی جای می‌گیرد؛ چیزی که در منظومه معرفتی اسلام از آن به معنویت اجتماعی تعبیر می‌کنیم (Al Zeera 2001, p. 211).

### ۵. قرآن و هویت انسانی- الهی داشتن سبک حکمرانی

از نگاه قرآن کریم، سبک حکمرانی دارای دو عنصر هویتی است؛ هویت انسانی که از اعتقاد به جمهوریت و محوریت مردم ایجاد می‌شود و هویت الهی که از اعتقاد به توحید و حاکمیت دین شکل می‌گیرد. از این رو حکمرانی قرآنی دارای دو هویت انسانی و الهی است. هویت انسانی را حضور و اراده مردم اعتبار می‌بخشد و هویت الهی بودن را سلطه دین و موازین شریعت تعیین می‌کند. خاستگاه جمهوریت و مردم‌سالاری، آموزه‌های وحیانی است؛ چنان‌که ریشه دینی بودن حکومت نیز آموزه‌های قرآنی است. قرآن کریم در موارد متعددی بر حاکمیت دین و تراز بودن دین برای همه اقدامات و حرکت‌های فردی و اجتماعی انسان دلالت دارد مانند آیه ۶ سوره احزاب، آیات ۶۵ و ۱۰۵ سوره نساء، آیه ۵۵ سوره مائده و... و در موارد متعددی نیز بر اهتمام به مردم و محوریت جامعه اصرار دارد. در اینجا به چند نمونه از این موارد اشاره می‌کنیم.

وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ  
(شوری/۳۸)<sup>۶</sup> تأکید بر این است که مؤمنان امورات زندگی را با مشورت یکدیگر و مشارکت گروهی انجام می‌دهند.

وَإِنْ يُرِيدُوا أَنْ يَخْدَعُوكَ فَإِنَّ حَسْبَكَ اللَّهُ هُوَ الَّذِي آتَاكَ بِنَصْرِهِ وَبِالْمُؤْمِنِينَ  
(انفال/۶۲)<sup>۷</sup> تأکید بر این است که حمایت از رهبری جامعه توسط مردم با اراده الهی کارساز است.

### ۶. راهبردهای رویکرد ساز مجتهد مدیر

در منطق مجتهد مدیر، راهبردهای رویکرد ساز مهم‌ترین روندنمای آینده حاکمیت الهی را تعیین می‌کند. اثربخش‌ترین راهبردها به شرح زیر است.

۱. هویت الهی و انسانی نظام مردم‌سالاری دینی دارای مراتب است و برای تعالی مراتب اسلامیت و جمهوریت نیازمند تحول در فقه و فقاہت (ابزارها، روش‌ها و فناوری‌ها) است (هر دو عنصر به شریعت مرتبط است؛ زیرا جمهوریت هم از دل اسلامیت استنباط می‌شود).
  ۲. بر اساس نظریه انتظار، مردم‌سالاری دینی در افق ۵۰ سال آینده انقلاب اسلامی باید به اوج برسد و تکامل یابد.
  ۳. پیاده‌سازی حداکثری نظر خداوند در همه ابعاد زیستی انسان سبب حاکمیت دین می‌شود؛ به‌گونه‌ای که آحاد جامعه، سعادت‌مندی دنیوی و اخروی خود را در گروهی مشارکت عمومی تلقی کنند و نقش‌آفرینی اجتماعی خود را تکلیف شرعی بدانند.
  ۴. مجتهد مدیر مهم‌ترین رکن در پیاده‌سازی حداکثری دین به شمار می‌رود؛ زیرا:
    - الف. دخالت دین در امورات زندگی را بهینه می‌کند.
    - ب. پشتوانه‌های معنوی، عملکرد مردم و مشارکت‌های عمومی آنان را ارتقا می‌بخشد.
    - ج. مشارکت آگاهانه، عالمانه و از سر احساس تکلیف مردم را تقویت می‌کند.
    - د. با استفاده از ظرفیت اجتهاد سیستمی، فقه فرایندهای اتصال علمیت به عینیت و تصورات به واقعیت‌ها را تحقق می‌بخشد.
- هـ. پس از شناخت معادن فقهی و تولید مخازن فقهی در تلاش است تا با تأسیس فقه مصرفی، زمینه را برای حکمرانی شایسته دین فراهم کند.

### نتیجه‌گیری

در نظام مردم‌سالاری دینی، هم جمهوریت و هم دینی بودن در یک رتبه و به‌نحو بسیط قرار گرفته‌اند. مشروعیت حکومت به دینی بودن است و مقبولیت آن به مردمی بودن. دین هم در ساختار و هم در بافتار حکومت اعمال نظر می‌کند. اعمال حاکمیت دینی از طریق نمایندگان دین که بعد از نبی و امام به‌طور رسمی به مردم معرفی می‌شوند، صورت می‌گیرد. بر اساس ادله پیش‌گفته عقلی و نقلی، فقیه جامع‌الشرایط در دوره غیبت، حجت الهی است و بعد از وجود امام معصوم و در دوران غیبت، ولایت و

سرپرستی امت را بر عهده دارد. روح حاکم بر ادله ولایت فقیه این است که فقیه باید توان حل مسئله و اداره کردن را داشته باشد. از شرایط فقیه جامع، داشتن توانایی اداره جامعه است. مجتهد بودن و مدیر بودن مانند دینی بودن و جمهوریت بسیط است و نه مرکب؛ چنان‌که در خود فقاهت، تدبیر و مدیریت وجود دارد. دین از طریق فقیه مدیر اعمال حاکمیت می‌کند و در این میان، مجتهد مدیر عنصر مؤثر در فرایند ساختاری اعمال حاکمیت دین و حاکمیت الهی است.

### یادداشت‌ها

#### 1. Theocracy

۲. از ریشه یونانی *theos* به معنای خدا و *kratia* به معنای حکومت گرفته شده است.

#### 3. Theo-democracy

۴. اشه در لغت به معنای حقیقت و درستی و در اصطلاح عبارت است از تبلور نظم موجود در طبیعت که در قانونی اخلاقی-مینوی و بر پایه حق و درست‌کاری بنا شده باشد ( Dhalla, (Maneckji Nusservanji (1938), History of Zoroastrianism, New York: OUP

۵. این وضعیت تنها با اشغال ژاپن پس از پایان جنگ جهانی دوم تغییر کرد؛ زمانی که امپراتور هیروهیتو مجبور شد اعلام کند که خدای زنده‌ای نیست تا ژاپن دوباره به کشوری دمکراتیک سازمان‌دهی شود.

۶. و آنان که امر خدایشان را اجابت کردند و نماز به پا داشتند و کارشان را به مشورت یکدیگر انجام می‌دهند و از آنچه روزی آن‌ها کردیم (به فقیران) انفاق می‌کنند.

۷. و اگر دشمنان به فکر فریب دادن تو باشند البته خدا تو را کفایت خواهد کرد. اوست که به نصرت خود و یاری مؤمنان تو را مؤید و منصور گردانید.

### کتابنامه

قرآن کریم.

ابن سینا، حسین بن عبدالله (۱۳۷۶). *الهیات فی کتاب الشفاء*. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.

Ibn Sina; Theology in Kitab al-Shifa; Qom: Qom Seminary Publicity Office, first edition, 1376.

ارسطو (بی تا). *السیاست* (سیداحمد لطفی، تعریب). چاپ ۱، قاهره.

Aristotle; politics; Translation by Seyyed Ahmed Lotfi; Cairo: First edition, no.

المراغی، احمد مصطفی (۱۹۶۲م). *تفسیر المراغی*. چاپ ۳، قاهره: المطبعة المصطفی البابی الحلبی

و اولادہ.

Al-Maraghi, Ahmad Mustafa; Tafsir al-Maraghi; Cairo: Al-Mutaba Al-Mustafa Al-Babi al-Halabi Oladeh, third edition, 1962.

تبریزی، شیخ جواد (۱۴۱۱ق). *ایصال الطالب الی التعلیق علی المکاسب* (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Tabrizi, Sheikh Javad; Isal al-Talib al-Tal-eeq Ali al-Mukasab; Qom: Al-Nashar al-Islami Institute, first edition, 1411 A.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۵). *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة* (جلدهای ۱۸ و ۲۰). چاپ ۱۰، تهران: کتابچی.

Haramali, Muhammad Ibn Hassan; Al-Shi'a means to study Shari'a issues; Tehran: Kitabchi, 10th edition, 2015.

حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق). *اسرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (جلد ۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Hali, Ibn Idris; Esraer al-Hawi for Tahrir al-Fatawi; Qom: Al-Nashar al-Islami Institute, first edition, 1410 AH.

خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع* (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

Khomeini, Seyed Ruhollah; Kitab al-Bai; Tehran: Institute for editing and publishing the works of Imam Khomeini (RA), first edition, 1421 AH.

خمینی، سید روح الله (۱۳۹۴). *ولایت فقیه*. چاپ ۱۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

Khomeini, Seyed Ruhollah; Velayat al-Faqih; Tehran: Institute for editing and publishing the works of Imam Khomeini (RA), 11th edition, 2014.

طباطبایی بروجردی، سید حسین (۱۴۱۶ق). *البدائر الزاهر فی صلوة الجمعة والمسافر*. چاپ ۱، قم: مکتبه آیت الله منتظری.

Tabatabai Boroujerdi, Seyyed Hossein; Al-Badr al-Zahr in the Friday prayer and al-Masafir; Qom: Ayatollah Montazeri School, first edition, 1416 AH.

طباطبایی، سید محمد حسین (۱۴۱۷ق). *المیزان فی تفسیر القرآن الکریم*. چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه.

Tabatabai, Seyyed Mohammad Hossein; Al-Mizan in Tafsir Al-Qur'an al-Karim; Qom: The Islamic Publications Office of Qom University Teachers Association, fifth edition, 1417 AH.

طبرسی، ابی منصور احمد بن علی (۱۹۶۶م). *الاحتجاج*. چاپ ۲، نجف: مطابع النعمان.

Tabarsi, Abi Mansour Ahmed Ibn Ali; protest; Najaf: Al-Nu'man Printing House, second edition, 1966.

عبداللہی، محمد اسماعیل (۱۴۰۲). *سایبان خود ساخته عرفان مدرن*. چاپ ۹، تهران: بین الملل.

Abdullahi, Mohammad Ismail; Self-made canopy of modern mysticism; Tehran:

- International Publications, 9th edition, 1402.  
 کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق). *الرسائل* (محمود الحسنون، محقق) (جلد ۱). چاپ ۱، قم: کتابخانه مرعشی نجفی.
- Karaki, Ali Ibn Hossein; messages; Mahmoud al-Hasoun's research, Qom: Marashi Najafi Library, first edition, 1409 AH.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۱ق). *الکافی* (جلد ۱). چاپ ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Kilini, Muhammad Ibn Yaqub; al-kafi; Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi, second edition, 1401 AH.
- گریفتس، مارتین (۱۳۸۸). *دانشنامه روابط بین الملل و سیاست جهان* (علیرضا طیب، مترجم). چاپ ۱، تهران: نشر نی.
- Griffiths, Martin; Encyclopedia of international relations and world politics; Translated by Alireza Tayeb; Tehran: Ney Publishing, first edition, 2018.
- مجلسی، محمد باقر (۱۹۸۳م). *بحار الانوار* (جلد ۵۳). چاپ ۱، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- Majlisi, Mohammad Baqer; Bahar Al-Anwar; Lebanon: Dar al-Ahiya al-Trath al-Arabi, first edition, 1983.
- مصباح یزدی، محمد تقی (۱۳۷۵). «اختیارات ولی فقیه در خارج از مرزها». *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۱.
- Misbah Yazdi, Mohammad Taghi; The powers of the legal guardian outside the borders; Qom: Islamic Government Quarterly, No. 1, 1375.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق). *المقنعة*. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- Mufid, Muhammad Ibn Muhammad; Al-Maqqah; Qom: Sheikh Mufid Millennium World Congress, first edition, 1413 AH.
- منتظری، حسین علی (۱۳۶۷). *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*. چاپ ۱، تهران: مؤسسه کیهان.
- Montazeri, Hossein Ali; Studies in Islamic jurisprudence and jurisprudence, Tehran: Kayhan Institute, first edition, 1367.
- موسوی خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۰۰). *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Mousavi Khalkhali, Seyyed Mohammad Mahdi; Sovereignty in Islam or Velayat al-Faqih; Qom: Islamic Publications Office, second edition, 1400.
- نایینی، محمد حسن (۱۳۸۲). *تنبیة الامه و تنزیة الملة*. چاپ ۱، قم: بوستان کتاب.
- Nayini, Mohammad Hassan; Punishment of the nation and punishment of the nation; Qom: Bostan Kitab, first edition, 1382.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (جلدهای ۱ و ۲۱). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Najafi Al-Jawaheri, Mohammad Hassan; Jawaharlal Kalam in the description of the laws of Islam; Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi, 7th

- edition, 1362.
- Black, Henry (1991). Black's Law Dictionary, Law Book Exchange.
- Lipset, Seymour Martin (1985). The Encyclopedia of Democracy, C.2, V.2, London, Routledge, 1995.
- Rivero, J, Droit (1985). administratif, Paris, Daloz.
- Adelman, Iran (1999). "The role of government in economic development" califovnia agriculturaural experiment station giannini foundation of agriculturaural economics, may.
- Carter, David. (2017). A Competency Framework for Governance: The knowledge, skills and behaviours needed for effective governance in maintained schools, academies and multi-academy trusts. England Department for Education.
- Fukuyama, Francis. (2013). "What Is Governance?". Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institution. Vol 26. No 3. pp 347-368.
- Al Zeera, Z. (2001). Wholeness and holiness in education: An Islamic perspective, International Institute of Islamic Thought (IIIT).
- Bagheri, S. and S. Kazem (2021). "Contraction and Expansion the powers of the agents of the Islamic system based on the theory of Velayat-e-Faqih." Journal of Islamic Political Studies 3(5): 83-99.
- Ben-Nun Bloom, P. and G. Arikian (2012). "A two-edged sword: The differential effect of religious belief and religious social context on attitudes towards democracy." Political behavior 34: 249-276.
- Chatterjee, K. (2011). Sovereignty as Responsibility: Mazhab-e Aitraz. 'Ali Shari'ati and the Shaping of Political Islam in Iran, Springer: 121-151.
- Feirahi, D. (2020). "Traditional Governance and the Theology of Law." Journal of Islamic Political Studies 2(3): 37-64.
- God, K. and W. Him (2007). "Introduction to Chapter One".
- Hashemi-Najafabadi, A. (2011). "The Shi'i Concept of Imamate and Leadership in Contemporary Iran: The Case of Religious Modernists." Studies in Religion/Sciences Religieuses 40(4): 479-496.
- Jeshfaghani, H. A (2017). "Participation of People in the Islamic State Analytical Review of the People Role in the System of Velayat Faqih." The edition materials are posted in Scopus and Web of Science.
- Khomeini, R. (1979). Islamic government, Manor Books New York, NY.
- Lashkari, K. (2019). "The Necessity of Islamic Government in Modern Day from Imam Khomeini's perspective".
- Mirzanejad, M., et al. (2021). "On Democracy in Iran in the Islamic Republic Era: A Knowledge-based Social Outline." Contemporary Review of the Middle East 8(2): 236-257.
- Panah, M. (2007). "The Islamic Republic and the World." Global Dimensions of the Iranian.
- Rahmawati, R., et al. (2022). "The Role and Challenges of Islamic Religious Education in the Age of Globalization." Journal of Information Systems



- and Management (JISMA) 1(1): 6-11.
- Thiemann, R. F. (1996). Religion in public life: A dilemma for democracy, Georgetown University Press.
- War, T. (2020). "Muslim Apocalyptic Consciousness: Representation of Imam al-Mahdi (as) in Literature." *Українське Релігієзнавство*(91): 173-194.
- Yilmaz, I. (2003). "Ijtihad and tajdid by conduct." *Turkish Islam and the Secular State, the Gülen Movement*. Syracuse, NY: Syracuse University Press .Google Scholar.





10.30497/sj.2025.245544.1336

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Promotional Paper

## The Role of the Executive Mujtahid in Religious Governance: Investigating the Fundamental Element in the Interaction between Theology, People and Government

Mohammad Esmaeil Abdollahi<sup>1\*</sup>

Received: 09/12/2023

Accepted: 27/05/2024

### Abstract

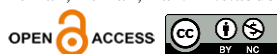
The interaction between theology, people and government should be observed in the system of religious democracy. In this model, the contribution of each of the constructive components such as republic and religion in shaping the government is the same. The main issue is: What is the constructive element in establishing interactive relationships between theology, people and government? And how can we establish structural and political solidarity between religion and people in the Age of Occultation (absence of Imam)? This research, by collecting information with a library method and analyzing them with a descriptive and analytical method, tries to find the answer around "executive mujtahid" in the religious governance system. The findings of the research show that religion gives legitimacy and people make acceptability. Through its representatives, religion can exercise its will on the structure and context of the government, and according to definite evidence, this process takes place in the age of Occultation (absence of the Infallible Imam) through an "executive *mujtahid* (Islamic jurist)" in the structure of religious governance. Therefore, for the establishment or stability and optimal continuation of the government and the realization of the religious governance, the executive manager, in addition to having the power to deduce the rulings of the Sharia, and intellectual training and *ijtihad*, should have social knowledge including politics, management, anthropology, etc. and, intelligence, sagacity, power of administration and power of analysis.

### Keywords

Religious Governance, Executive Mujtahid, Religious Democracy, Theocracy, Democracy.

---

\* Assistant Professor, Department of Socio-Cultural Governance, Faculty of Governance, University of Tehran, Tehran, Iran. m.e.abdollahi@ut.ac.ir





10.30497/sj.2025.246385.1393

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Promotional Paper

## The Effect of Haram Intention or the Monopoly of Haram Interests on Transactions, Based on Imam Khomeini's View

Mohammad Asadi\*  
Azim Asadi\*\*

Received: 26/04/2024

Accepted: 01/08/2024

### Abstract

Trading is one of the essential acts of human life and a person has to trade to meet his needs. Now, if a person engages in a transaction with the intention of *haram* (forbidden according to *sharia* or religion) or enters into a transaction that does not have but *haram* benefits, the ruling on the permission or consent of the *shariah* is doubtful. Some instances are activities like buying and selling pork and wine making tools, selling food and drink to those who do not observe fasting in Ramadan, renting housing for *haram* purposes, means of debauchery, and even buying and selling cigarettes from the point of view of those who believe it to be *haram*. In the present research, in addition to expressing and examining jurists' different views on the issue, we seek to extract the opinions of Imam Khomeini from his book *Makasib Mohrramah* and analyze its evidences.

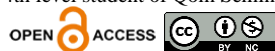
### Keywords

Intention, Haram Intention, Transaction, Haram Interests, Imam Khomeini.

---

\* Ph.D. in jurisprudence and fundamentals of Islamic law , Qom University, Qom, Iran. M.asadi@stu.qom.ac.ir

\*\* 4th level student of Qom Seminary, Qom, Iran. A.asadi@qom.ac.ir





10.30497/sj.2025.246339.1388

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## The Necessity of Changing Perspectives on the Disqualifying Conditions of Witnesses in Light of New Social Classes (A Study of the Phenomenon of Vagrancy and Begging)

Fatemeh Najibzadeh\*  
Moein Gholamalipour\*\*  
Ali Gholamalipour\*\*\*

Received: 29/03/2024

Accepted: 19/08/2024

### Abstract

Iranian law stipulates certain conditions for witnesses, some of which require reevaluation due to numerous disputes. In this regard, the authors have analyzed each of the disqualifying conditions for witnesses using a descriptive-analytical method based on library resources. The results of this research indicate that while some disqualifying conditions, such as lack of interest and absence of enmity, are widely accepted among jurists, other conditions, namely the prohibition against engaging in begging and vagrancy are seriously contested regarding their criteria and sometimes from a rational perspective. This contention arises with the emergence of new social classes referred to as outcasts from society, which encompass a broader concept than mere vagrants, as well as those who beg out of necessity or as a temporary measure. It can be argued that the testimony of individuals who are not genuinely considered beggars or vagrants should be admissible. Consequently, it has been determined that among the classifications of beggars, only those who rely on begging as their primary means of livelihood are excluded from being witnesses. In contrast, individuals who resort to begging out of necessity or under duress should not be disqualified. Furthermore, vagrancy is understood as a more specific concept within the category of social outcasts; not every individual marginalized by society qualifies as a vagrant. Instead, one must possess three elements which are lack of a fixed residence, absence of conventional employment, and securing basic needs through wandering in public places to be classified under the definition of vagrancy. Thus, this classification aligns with a narrow interpretation of criminal laws and suggests that specific criteria should be established for the concepts of vagrancy and begging to prevent their broad interpretation.

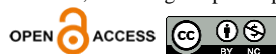
### Keywords

Testimony, Witness, Article 177 of the Islamic Penal Code (Approved in 2013), Begging, Vagrancy, Necessitous Beggar, Outcasts from Society.

\* Ph.D. candidate of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Ferdowsi University, Mashad, Iran (corresponding author) fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir

\*\* Ph.D. in Islamic jurisprudence and Law, Faculty of theology, Tehran University, Tehran, Iran moein.gh.alipour@ut.ac.ir

\*\*\* Associate Professor of International Law, Faculty of Literature and Law, Payam-e-Nour University, Kerman, Iran ali.gh.alipour@pnu.ac.ir





10.30497/sj.2024.245372.1318

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## Jurisprudential Dimensions of Government Agents' Responsibility in Mass Vaccination

Mohamad Mahdi Moheb al-Rahman\*  
Sayed Amrollah Hoseini\*\*

Received: 02/11/2023

Accepted: 10/03/2024

### Abstract

A vaccine is a biological product that, by stimulating the body's immune system, identifies and destroys the infectious agent or related microorganisms in the future. Also, mass vaccination has been effective in controlling many widespread diseases, including smallpox, polio, measles and tetanus, and therefore it has been emphasized by medical knowledge.

This article, which talks about the consequences of vaccination, seeks to answer the question: "Who bears the civil and criminal responsibility for the possible and unknown side effects of the vaccines or the injection of a low-quality vaccine, as well as the lack of vaccination and the spread of the disease"?

The research, which was carried out with the descriptive and analytical data processing method, and by collecting information and data from library sources, has concluded: First, if there is negligence or even prudence on the part of government employees in providing the second-grade approved vaccines, the civil liability and compensation (*diah*) will go to them and in case of culpability, criminal liability will also be added. Secondly, in the case of the citizens' refusal to receive vaccines which may result in sickness, the responsibility of the government is excluded.

### Keywords

Vaccination, Vaccine, Medical Jurisprudence, Civil Liability, Criminal Liability

---

\* Assistant Professor, Department for Jurisprudential and Legal Issues, Research Center for Islamic Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran (corresponding author) m.moheb@isca.ac.ir

\*\* Faculty member, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Sciences and Islamic Research, Imam Khomeini international University. s.a.hoseini@isr.ikiu.ac.ir





10.30497/sj.2024.245351.1317

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## A Jurisprudential Review of the Permission to Trade Body Organs of Brain-Dead Patients as Concerns Self-Preservation Principle

Mohamad Hasanzadeh\*  
Seyed Mohammad Hoseini\*\*

Received: 01/11/2023

Accepted: 08/04/2024

### Abstract

The process of transplanting human body organs and the associated self-preservation principle has been the focus of Jafari jurisprudence for a long time. What is evident from the opinions of the jurists on the issue is the conventional banning of the trade and any type of ownership or exchange contract for body organs regardless of motivation. In this research, after expressing the opinions of Islamic schools of jurisprudence and mentioning the reasons and evidences for these rulings, a detailed criticism of the ban has been discussed, and based on the jurisprudential sources, the causes of the permissibility of body organs transplantation are provided. Now, by considering the reasonable proprietary value of brain-dead people's organs (when their death is ascertained), this process has become possible. The research is descriptive-analytical and has used library data. It is hoped that this jurisprudential research will save many lives and become an example of the 32<sup>nd</sup> verse of surah *Ma'ida* "And whoever saves a life is as though he had saved all mankind".

### Keywords

Body Organ Trade, Organ Transplantation, Organ Exchange, Brain-Dead Patients

---

\* Ph.D. candidate of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of theology, Tehran University, Tehran, Iran (corresponding author) Mhmd.hasanzadeh75@ut.ac.ir

\*\* Associate Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Tehran University, Tehran, Iran hosein.sm@ut.ac.ir





10.30497/sj.2025.245483.1329

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## The Jurisprudence of Risky Marriage by Focusing on the Ambiguity of the Parties and their Attributes

Reza Elhami\*  
Mehrdad Poureskandari\*\*

Received: 25/11/2023

Accepted: 04/05/2024

### Abstract

One of the reasons for the invalidation of the contract of sale and other exchanges is uncertainty or ambiguity (*gharar*). This means that the ambiguity in the pillars of the contract causes one of the parties not to be safe from incurring significant losses. But how this rule affects the marriage contract, which is not considered a real exchange, is one of the challenging issues, especially if the ambiguity pertains to the marriage parties or their qualities. For example, if at the time of marriage, the wife is unidentified, or the age of the spouse is ambiguous and a young woman is unconventionally married to a very old man, what will be the ruling on this contract? This article tries to determine the validity and invalidity of such a contract using an analytical and library research method, and based on the jurisprudential evidence and *fatwas* of Islamic jurists. This problem is assumed to be lacking in previous investigation.

Based on the findings of this research, the rule of the negation of *gharar* is also valid in the marriage contract. Hence, the invalidity of the marriage if the parties were unidentified. However, if the ambiguity relates to the parties' attributes, the dictate of reason considers them distinct from the essence, and recognizes the fact that the main intention of each party went to the essence of the other, hence the validity of the contract. Still, there are cases when the ambiguous attributes are conventionally considered so serious that they could not be separated from the essence, and in this case, the marriage contract is annulled.

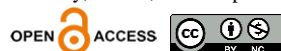
### Keywords

Nekah Gharari (Risky Marriage), the Rule of Negation of Gharar, Annulment of the Contract, Imamaiah Jurisprudence, Attributes

---

\* Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Tabriz University, Tabriz, Iran (corresponding author) r.elhami.ac.ir

\*\* Ph.D. candidate of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic studies, Tabriz university, Tabriz, Iran m.poureskandari@tabrizu.ac.ir





10.30497/sj.2025.245283.1312

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## A Fundamental Reading of Citizens' Right to Choose Their Residence in Article 33 of the Constitution in the Light of Islamic Human Rights

Amin Soleyman Kolvanaq\*  
Abbas Kaabi Nasab\*\*  
Amir Keshtgar\*\*\*

Received: 14/10/2023

Accepted: 29/04/2024

### Abstract

One of the basic citizens' rights existing in international documents and recognized by different political systems is "the right to choose the place of residence", also stated in Article 33 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. The necessity of the compatibility of this right with Islamic texts raises our question: "What is the status of the Article 33 in terms of the foundations and evidence of legitimacy in Islamic texts and what reform should it undergo if the constitution is decided to be amended?" To answer this question, by referring to the Qur'an and narrations, it was concluded that this right is referred to in two groups of the Quran's verses, the one necessitating the use of the right (verses 56 of Surah *Ankabut* and 97 of Surah *Nisa*) and the one recommending Jihad against the those who limit it (verses 39, 40 of Surah *Haj*). This is also emphasized by the Holy Prophet (PBUH) and Imam Ali (PBUH). While examining the Qur'anic and narrative bases, it was concluded that the concept of freedom to choose one's residence is comprehensive and there is no need to mention the details. Also, there are similar situations backed by Qur'anic evidences that imply compulsion such as reluctance and urgency. Therefore, the constraint of coercion is a metaphorical constraint. It is suggested that these issues be taken into consideration in the future amendments of the Constitution.

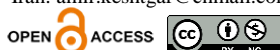
### Keywords

Article 33, Freedom, Coercion, Residence

\* Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Tabriz university, Tabriz Iran (corresponding author) a.soleyman@tabrizu.ac.ir

\*\* Assistant Professor, Department of Law, Imam Khomeini Educational and Research Institute, Qom, Iran. abbaskaabi@gmail.com

\*\*\* Assistant Professor, Department of Systematic Studies, Guardian Council Research Institute, Tehran, Iran. amir.keshtgar@chmail.com





10.30497/sj.2025.245671.1341

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## The Legal Situation of Safahi Contracts in Imamia Jurisprudence, the Relativity Opinion

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi\*  
Mohammad Javad Motiee\*\*

Received: 30/12/2023

Accepted: 19/06/2024

### Abstract

Safahi contracts are usually described as eligible persons' financially irrational contracts. The silence of the Iranian Legislature regarding the legal situation of these contracts and Imamia Jurisprudents' disagreement about it have made Iranian legal system face a complication in making an appropriate decision on it. This basic research investigates the two existing opinions on the subject, i.e. Absolute Invalidity and Absolute Validity, and refutes some of their evidences and proves the others. Using a descriptive- analytic method, the research has discovered that the two opinions are incapable of solving the problem because of their absolutist approach to the custom, and offers a new opinion called the Relativity of Safahi contracts' Legal Situation. The relativity of Safahi contracts vis-à-vis the absolutist status of them in the two mentioned theories, enables the custom to correct some of the Safahi contracts' acts on the basis of their being conventional and denouncing others.

### Keywords

Validity, Invalidity, Relativity, Safahi Contracts, Imamia Jurisprudence, Legislation, Iranian Law.

---

\* Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. m.mostafavi@isu.ac.ir

\*\* PhD student in Public Law, Department of Public Law & International Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author). m.j.motiee@isu.ac.ir







10.30497/sj.2025.245283.1312

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## A Jurisprudential Analysis of Urban Land Ownership and the Criteria for Its Transfer

Mohammad Naeij Haghghi\*  
Hosein Zamanian\*\*

Received: 11/09/2023

Accepted: 15/04/2024

### Abstract

Housing is one of the main needs of families in society, and failure to meet this need will cause many issues and problems in social, economic, cultural, educational and even political life of the society. One of the main elements of providing housing is its land. The land survey data confirms the existence of enough land in the country, but the government's management of the existing land and the way the land is allocated have not been able to solve the problem. Any idea proposed to the government for organizing residential land is based on the ownership of land and its distribution criteria. Therefore, the main purpose of this research is to explain and analyze the related jurisprudence. Since this issue is a normative one, the authors believe that it is jurisprudence which has the authority to deal with it. This research has tried to collect the necessary information about the subject with the library method and analyze the information through *ijtihad* and jurisprudence. The results show that the authority over the available lands that can be used for housing belongs to the government, i.e. the government can provide lands for those who can build there and pay taxes in return. Of course, the government cannot assume the ownership of these lands, and their public ownership is permanent.

### Keywords

Ownership, Urban Land, Fiqh, Housing, Public Ownership.

\* M.A. student of Islamic Studies and Economics, Faculty of Islamic Studies and Economics, Imam Sadiq University, Tehran, Iran haghghi.4537@gmail.com

\*\* Ph.D. candidate of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Islamic Studies and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (corresponding author) hosseinisu@gmail.com



 10.30497/sj.2025.246743.1411

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## Departing from Non-Detailed Legal Authorizations in Identifying the True Concept of the Right of Permissibility and Discretion

Hossein Javar\*  
Mohaddeseh Osuli Yamchi\*\*

Received: 08/03/2024

Accepted: 10/07/2024

### Abstract

Distinguishing 'right' from concepts such as free will, permissibility, and right of discretion is important due to the difficulties caused by mixing these two and misinterpretations [necessity of research]. One of the common fallacies is the fallacy of real and figurative, which is due to the legislator's use of "common words" or expressing legal propositions based on the persons' free will, which has caused some cases such as the right of divorce, recourse to divorce or *fadhah* or custodianship to become abortive. Therefore, it is necessary to define conceptual boundaries with appropriate methods [research problem]. By relying on the classification of the core of authority and induction in the jurists' criteria [research method], it is known that by relying on the nature of the arbitrariness of right and paying attention to the difference in the "limit of authority" and the "degree of dominance of persons", the difference in the "limitation limit" and the achievement of "dominion over supremacy" or "authority over authority" which is specific to the concept of right, we could achieve a correct understanding. In the true concept of right, revocability is the definitive factor of differentiation with similar concepts, and paying attention to factors such as public right, the existence of the obligor, the existence of context and reason, the existence of the intention of revocation and its expression, the possibility of delimitation, obligation, demandability, and decomposability, we can pass over the above-mentioned non-detailed condition or fallacy and clarify the conceptual dimensions and significations of right and permissibility. [research results]

### Keywords

Homonyms, Non-Detailed Law, Right, Permissibility, Free Will, Degree of Limitation.

---

\*Associate Professor of Private Law, Farabi Faculty, Tehran University, Tehran, Iran (corresponding author) hjavar@ut.ac.ir

\*\* Ph.D. in Islamic Jurisprudence and Law, Farabi Faculty, Tehran University, Tehran, Iran  
m.osuli114@yahoo.com



10.30497/sj.2024.77665

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024

Research Paper

## An Analysis of the Coherence of the 'Right to Obedience' Theory

Hossein Ali Saadi\*

Received: 18/04/2024

Accepted: 10/08/2024

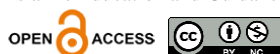
### Abstract

The theory of the right to obedience is one of the innovative theories of Martyr Sadr (may God have mercy on him), which was designed and presented against the famous theory of the fundamentalists based on the 'abomination of punishment' without explanation. The rule of 'abomination of punishment' without explanation is based on the central point that unless the obligation is clearly or scientifically communicated to the person obligated, it does not require incitement and the creation of a *Baath*, and the punishment for inaction where there is no need for incitement will be abominable according to reason. By raising the issue that the scope of fulfillment depends on the *maulaviyyah* and the right to obey, Martyr Sadr believes that *maulaviyyah* is a questionable reality and that the extent to which the *maulaviyyah* of the master is strong, the scope of fulfillment also expands. The famous mistake of the *Usuliyyah* is that in *maulaviyyah*, they have equated the conventional *maula* (master) with the true *maula*, and just as in conventional mastery the possible fulfillment of the task is not fulfilled, in the true master they have also raised the possibility of the non-fulfillment of the possible fulfillment of the tasks. The essence of Martyr Sadr's view is that there is a requirement of *Baath* and incitement in the tasks revealed to be possible in the true master. This theory has been criticized by some due to its internal inconsistency. The critic claims that in the possibility of the obligatory duty of the master, there is also the possibility of release and permission, and the right to obey the master, just as there is a requirement to observe *maulaviyyah* in obligatory rulings, there is also a requirement to observe *maulaviyyah* in dispensational rulings, and in the event of conflict between the aspects of obligation and release, there is no aspect that prefers one side over the other. Therefore, the theory of Martyr Sadr is plagued by internal inconsistency. In this article, an attempt has been made to clarify the absence of these problems in the theory. The claim of Martyr Sadr is that there is a requirement to provoke in the possible duties of the true master, and the critic considers the theory incomplete because the right to obey in the area of obligatory duties is hindered and disturbed by dispensational duties, rather than criticizing the principle of the claim, which is the existence of the requirement of *Baath*. This is the main error of the criticism, although it also faces problems in other areas, which have also been addressed.

### Keywords

Right to Obedience, Martyr Sadr, Internal Inconsistency, Obligatory and Dispensational Aspects, Preservation Interference, Conformity Interference, Possibility Justification

\* Professor of the Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Islamic Education and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. saadi@isu.ac.ir





10.30497/sj.2024.246698.1407

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",  
Vol. 12, No.2 (Serial 24), Spring & Summer 2024*

**Research Paper**

## **The Role of the General Requirements of Contracts in Determining the Specificity of the Subject Matter of a Transaction**

**Abbas Karimi\***  
**Mohsen Mahdian\*\***

Received: 18/04/2024

Accepted: 05/07/2024

### **Abstract**

The analysis of contractual intent and the precise stages at which each contractual element manifests itself has long been a battleground of opinions among jurists and, consequently, legal scholars. Among these elements, the specificity of the subject matter of the transaction stands out as a cornerstone of contract law. This issue becomes particularly pertinent in the modern world, where individuals often enter into contracts in a somewhat general manner to accommodate social and commercial exigencies. The central question arises: how can the validity of such contracts be justified?

According to the theory of the general requirements of contracts, every contract, at the time of its formation, must possess the requisite of agreement. This agreement, based on formal logic, encompasses the concept of offer and acceptance, along with the subject matter of the transaction, all occurring simultaneously. This logical understanding is further supported by commercial needs, the principle of the stability of transactions, and the economic conditions of society.

Therefore, if an agreement can be ascertained in a reliable manner within the context of a contract, the validity and continued existence of the contract should be upheld, preventing its dissolution. In this article, the authors first delve into a thorough examination of the condition of specificity of the subject matter of the transaction (Section I). Subsequently, they explore the feasibility of applying the theory of the general requisite of contracts to the identification of the subject matter (Section II), employing a descriptive-analytical approach.

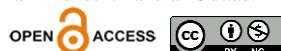
### **Keywords**

Agreement, Indeterminacy, Requirement of Contract, Transaction, Will

---

\* Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. abkarimi@ut.ac.ir

\*\* Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. mohsen.mahdian@ut.ac.ir



- **Jurisprudential Dimensions of Government Agents' Responsibility in Mass Vaccination.....553**  
*Mohamad Mahdi Moheb al-Rahman\* and Sayed Amrollah Hoseini*
- **The Necessity of Changing Perspectives on the Disqualifying Conditions of Witnesses in Light of New Social Classes (A Study of the Phenomenon of Vagrancy and Begging) ..... 579**  
*Fatemeh Najibzadeh\*, Moein Gholamalipour and Ali Gholamalipour*
- **The Effect of Haram Intention or the Monopoly of Haram Interests on Transactions, Based on Imam Khomeini's View ..... 605**  
*Mohammad Asadi\* and Azim Asadi*
- **The Role of the Executive Mujtahid in Religious Governance: Investigating the Fundamental Element in the Interaction between Theology, People and Government ..... 631**  
*Mohammad Esmaeil Abdollahi\**

**Article List**

- **The Role of the General Requirements of Contracts in Determining the Specificity of the Subject Matter of a Transaction..... 315**  
*Mehdi Rahmani\* and Mohsen Mahdian*
- **An Analysis of the Coherence of the 'Right to Obedience' Theory..... 351**  
*Hossein Ali Saadi\**
- **Departing from Non-Detailed Legal Authorizations in Identifying the True Concept of the Right of Permissibility and Discretion..... 373**  
*Hossein Javar\* and Mohaddeseh Osuli Yamchi*
- **A Jurisprudential Analysis of Urban Land Ownership and the Criteria for Its Transfer ..... 409**  
*Mohammad Naeij Haghighi\* and Hosein Zamanian*
- The Legal Situation of Safahi Contracts in Imamia Jurisprudence, the Relativity Opinion..... 439**  
*Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi\* and Mohammad Javad Motiee*
- **A Fundamental Reading of Citizens' Right to Choose Their Residence in Article 33 of the Constitution in the Light of Islamic Human Rights ..... 475**  
*Amin Soleyman Kolvanaq\*, Abbas Kaabi Nasab and Amir Keshtgar*
- **The Jurisprudence of Risky Marriage by Focusing on the Ambiguity of the Parties and their Attributes ..... 497**  
*Reza Elhami\* and Mehrdad Poureskandari*
- **A Jurisprudential Review of the Permission to Trade Body Organs of Brain-Dead Patients as Concerns Self-Preservation Principle..... 525**  
*Mohamad Hasanzadeh\* and Seyed Mohammad Hoseini*



**In the Name of Allah the Compassionate the Merciful**

# **Research Letter of** 24 **Social Jurisprudence**

**Bi-Quarterly Journal of "Social Jurisprudence Research Letters"  
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024**

**Publisher: Imam Sadiq University  
Managing Director: Abbas Mosallaeipour Yazdi  
Editor in Chief: Hossein Ali Saadi  
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 Shameli**  
Professor (Expertise: Arabic Language & Literature) Isfahan University

**Hosein 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