



دوفصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»
سال سیزدهم | شماره اول | پاییز ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه السلام
مدیر مسئول: عباس مصالیمی پور یزدی
سرمدیر: حسینعلی سعدی
مدیر داخلی: نوید امساک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

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
نصرالله شاملی استاد (تخصص: زبان و ادبیات عرب) دانشگاه اصفهان
حسین ناصری مقدم استاد (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه فردوسی
غلامحسین الهام دانشیار (تخصص: فقه و حقوق جزا) دانشگاه امام صادق علیه السلام
سیدمحمدرضا امام دانشیار (تخصص: فقه و اصول) دانشگاه تهران

مقاله‌های نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

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

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

صفحه آرا: منصوره صادقی

تجدید طرح جلد: عباس پورحسن یامی

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

۳۶۲ صفحه | ۲۰۰۰۰۰۰۰ ریال | چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام

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

اهداف و چشم انداز دو فصلنامه علمی «پژوهش نامه فقه اجتماعی»

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

چهار محور اصلی مطالعات در این نشریه عبارت است از:

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

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

فهرست مقاله‌ها

- واکاوی فقهی و حقوقی تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله در نظام حقوقی ایران با تکیه بر قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول..... ۱
سید مصطفی محقق داماد، محمد بهرامی خوشکار و عباس عسگری*
- بازتعریف مفهوم «مالیت» و تأثیر آن بر ماهیت پول اعتباری و رمزارزها ۲۵
مهدی شایق* و محمد اسحاقی
- امکان‌سنجی تحریم مصاهرتهی در زناى به عنف ۶۳
محمد حسنى* و حسن شاه ملک‌پور
- سنجش و تحلیل تطبیقی مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران؛ هم‌پوشانی‌ها و تمایزها ۹۳
احسان آهنگری و مسعود جهان‌دوست دالنجان*
- موضوعیت ادله اثبات کیفری در بوته نقد ۱۳۳
احمد حاجی ده‌آبادی و امیرحسین بحیرائی*
- دوگانه امنیت و ارزش‌ها از منظر فقه امنیت ۱۶۳
محمد کاظم طباطبایی، محمدجواد محمدی و یاسین پورعلی*
- تحلیل فقهی و حقوقی تأثیر خسارات ناشی از عملکرد نادرست بانک بر دریافت‌کنندگان تسهیلات ۱۸۳
دلاور برادران زره‌شوران، محمد جواد حیدری هرستانی و محمدمهدی عصارى*
- درآمدی بر مفهوم‌شناسی دانشی فقه حکمرانی مشارکتی ۲۱۹
علیرضا کاظمی و مصطفی مسعودیان*
- حکم اولیه و ثانویه رشوه برای رسیدن به حق در حکومت‌های عادل و ظالم و تطبیق آن بر دیدگاه اصالت فرد در جامعه ۲۴۹
سید محمدهاشم پورمولا* و مریم طالبی‌علی

• تأثیر عقد ذمه بر ابقا یا احداث اماکن دینی اهل کتاب در سرزمین‌های اسلامی ۲۶۷

مهدی معظمی گودرزی* و محمود اکبری

• نقدی بر پذیرش کتابت عوض لفظ در انشای عقد نکاح؛ مطالعه تطبیقی با قانون مدنی

ایران ۲۹۹

فاطمه مشایخی* و کبری پور عبدالله

• تأملی در حکم وضعی «مالکیت عضو پیوندی» ۳۳۱

حمید مسجدسرائی* و زهرا اکبرزاده



A Jurisprudential and Legal Analysis of the Effects of Contract Termination on the Restitution of the Transaction Object in the Iranian Legal System, with Emphasis on the Law Mandating Official Registration of Transactions Involving Immovable Property

Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad: Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

m_mohaghegh@sbu.ac.ir

Mohammad Bahrami Khoshkar: Associate Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

khoshkar@majleskhobregan.com

Abbas Asgari: Ph.D. candidate of Islamic Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari university, Tehran, Iran (Corresponding Author).

abbas.asgari1370@gmail.com

Abstract

The Iranian legislator has remained silent in the Civil Code regarding the legal implications of contract termination (*faskh*) on the restitution of the transaction object. However, the Supreme Court addressed this issue in its Unifying Opinion No. 810. Note 1 of Article 1 of the Law Mandating the Official Registration of Transactions Involving Immovable Property—ratified by the Islamic Consultative Assembly on 28 November 2022 and by the Expediency Discernment Council on 16 May 2024—considering the transaction object, if transferred through binding contracts (*‘uqūd lāzima*), as legally perished, and distinguishes between transfers effected through binding contracts and those through revocable contracts (*‘uqūd jā’iza*).

Nonetheless, this distinction is not reflected in the prevailing opinions of *Imāmī* jurists. Contrary to the aforementioned Note, even if the transaction object is returned to the original owner through mutual rescission (*iqāla*) or the exercise of a contractual option (*khiyār*), restitution is not deemed obligatory. Regarding the effect of termination on the restitution of registered immovable property, the Iranian legislator has abrogated Supreme Court Unifying Opinion No. 810 through the enactment of the aforementioned law dated 6 June 2025.

According to the dominant view among *Imāmī* jurists, the transfer of the transaction object via binding contracts constitutes a form of constructive loss, and in this respect, the law aligns with their jurisprudential stance. However, these jurists do not differentiate between movable and immovable property, nor between formally registered and unregistered transactions, in contrast to the distinctions made in the statutory text.

We have, therefore, presented through a descriptive/ analytical and library research approach, an examination of the related jurisprudential and legal foundations, due to the novel stance of the issue in the statute.

Keywords

Mandatory Registration, Unifying Opinion No. 810 of the Supreme Court Contract Termination, Restitution of the Subject.



واکاوی فقهی و حقوقی تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله در نظام حقوقی ایران با تکیه بر قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول^۱

سید مصطفی محقق داماد: استادگروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

m_mohaghegh@sbu.ac.ir

محمد بهرامی خوشکار: دانشیارگروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

khoshkar@majleskhobregan.com

عباس عسگری: دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

abbas.asgari1370@gmail.com

چکیده

قانون‌گذار ایرانی در خصوص تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله، در قانون مدنی سخنی به میان نیاورده، اما دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۸۱۰ به این مسئله پرداخته است. تبصره ۱ ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۱/۰۹/۰۶ مجلس شورای اسلامی و ۱۴۰۳/۰۲/۲۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام، مورد معامله را در صورتی که از طریق عقود لازمه منتقل شده باشد، در حکم تلف دانسته و میان انتقال ناشی از عقود لازمه و عقود جایز تمایز قائل شده است، اما در اقوال مشهور فقیهان امامیه این تفاوت به چشم نمی‌خورد و برخلاف آنچه در تبصره مزبور آمده است، حتی اگر مورد معامله از طریق اقاله یا اعمال خیار به ملک متعامل نخست بازگردد نیز لزومی به استرداد آن نیست. قانون‌گذار ایرانی در رابطه با تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله در خصوص اموال غیرمنقول ثبت‌شده، رأی وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور را به موجب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳/۳/۱۷ نسخ کرده است. بر اساس دیدگاه مشهور فقیهان امامیه، انتقال مورد معامله از طریق عقود لازمه به منزله تلف حکمی است و از این حیث، قانون مزبور مطابق دیدگاه مشهور فقیهان تدوین شده است؛ هرچند فقیهان امامیه در این مطلب میان اموال منقول و غیرمنقول و نیز معاملات با ثبت رسمی و غیررسمی برخلاف مفاد قانون مزبور تفکیکی قائل نشده‌اند. از این رو با توجه به تازگی موضوع در قوانین موضوعه، در این مقاله که از طریق کتابخانه‌ای و روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده، مبانی فقهی و حقوقی موارد مزبور را تحلیل و بررسی می‌نماییم.

واژگان کلیدی: الزام به ثبت، رأی وحدت رویه ۸۱۰، فسخ، استرداد مورد معامله.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری است.



مقدمه

قانون مدنی ایران در خصوص تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله هنگامی که معاملات مختلفی روی آن واقع شده باشد، حکمی را بیان نکرده است. پس از سال‌ها سکوت، سرانجام قانون‌گذار ایرانی در قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، در خصوص تأثیر فسخ بر قراردادهای متعاقب و استرداد مورد معامله از متبایعان بعدی، حکمی را بیان کرده است. مطابق تبصره ۱ ماده ۱ این قانون که توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به قانون افزوده شده است، «دعوی تنفیذ فسخ معاملات ثبت‌شده اموال غیرمنقول در مواردی که ثبت فسخ مستلزم رأی مرجع قضایی یا داوری است، مشروط بر اینکه ظرف ۱۵ روز پس از اعمال حق فسخ، اظهارنامه رسمی ارسال و ظرف ۱۵ روز بعد از آن نسبت به طرح دعوی تنفیذ فسخ اقدام شود، مسموع است؛ هرچند فسخ ثبت نشده باشد.

سامانه ثبت الکترونیک اسناد باید به گونه‌ای طراحی شود که اگر طرفین قرارداد شرط کنند منتقل‌آلیه تا پایان مهلت اعمال حق فسخ یا موعد پرداخت ثمن یا تا موعد دیگری که مورد توافق طرفین بوده [است]، حق اعمال حقوقی موضوع این ماده را ندارد، امکان انتقال مورد معامله در مهلت تعیین‌شده فراهم نباشد.

درهرحال، چنانچه منتقل‌آلیه، مورد معامله را پیش از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد یا معامله اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله است و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیرمنقول، به منتقل‌آلیه مذکور رجوع خواهد کرد. چنانچه منتقل‌آلیه حق فسخ داشته باشد یا به هر نحو عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال‌دهنده اول (دارنده حق فسخ) مسترد می‌شود».

این تبصره حاوی سه حکم در خصوص فسخ معاملات ثبت‌شده اموال غیرمنقول است. در قسمت نخست تبصره، قانون‌گذار از مسموع بودن دعوی تنفیذ فسخ معاملات ثبت‌شده اموال غیرمنقول در صورت وجود شرایط یادشده در این تبصره سخن گفته است.

در بخش دوم این تبصره، قانون‌گذار کوشیده است مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی در خصوص صحت یا بطلان معاملات من علیه‌الخیار در زمان خیار را بدون در نظر گرفتن ضمانت اجرای حقوقی بطلان، به شیوه فنی و اجرایی عملی سازد؛ توضیح

اینکه، قانون‌گذار در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی، تصرفات ناقله مشتری یا منتقل‌آلیه نسبت به مبیع را در صورتی که طرفین صریحاً یا ضمناً شرط کرده باشند که وی چنین حقی نداشته باشد، باطل دانسته است. در بخش دوم تبصره یادشده، قانون‌گذار کوشیده است تا راه‌حلی غیرحقوقی برای این مسئله بیابد و به‌جای پیش‌بینی ضمانت اجرای حقوقی (یعنی اعلام بطلان معاملات منتقل‌آلیه)، راه‌حل فنی را پیش‌بینی کرده است.

قانون‌گذار در این تبصره حکم کرده است که سامانه ثبت الکترونیک اسناد باید به‌گونه‌ای طراحی شود که در صورتی که طرفین شرط کنند که منتقل‌آلیه تا زمان مورد توافق طرفین (برای مثال، تا زمان پایان حق فسخ یا هر زمان دیگر) حق انجام اعمال حقوقی و تصرفات ناقله را نداشته باشد، اساساً در سامانه یادشده امکان انتقال مال غیرمنقول فراهم نباشد. با توجه به حکم ماده ۱ قانون یادشده که تمام معاملات اموال غیرمنقول باید در سامانه یادشده به ثبت برسد، قانون‌گذار از این ظرفیت استفاده و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را موظف کرده است تا سامانه را به‌گونه‌ای تنظیم کند که در فرض مطرح‌شده، امکان ثبت معامله جدید در سامانه فراهم نباشد و در صورت عدم ثبت نیز این معامله مانند دیگر معاملات ثبت‌نشده مطابق ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، معتبر و قابل استناد نیست.

درنهایت، در بخش سوم تبصره ۱ ماده ۱ قانون یادشده، قانون‌گذار حکمی به‌صراحت مخالف با رأی وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور را بیان کرده است. بر اساس این بخش از تبصره، قانون‌گذار در صورت وجود شرایطی، انتقال رسمی مال غیرمنقول به اشخاص ثالث را به‌منزله تلف حکمی قلمداد کرده و اعمال حق فسخ یا انفساخ عقد اصلی را موجب انحلال قرارداد بعدی ندانسته است. از سویی نیز میان انتقال به وسیله عقد جایز و لازم تمایز قائل شده و مقرر داشته است چنانچه منتقل‌آلیه حق فسخ داشته باشد یا به هر نحو عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال‌دهنده اول (دارنده حق فسخ) مسترد می‌شود. این در حالی است که مطابق رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور، تلف حکمی مورد پذیرش قرار نگرفته است و مطابق آن، دارنده حق فسخ می‌تواند به هریک از متبایعان بعدی رجوع کند و مالش را مسترد دارد و تفکیکی میان انتقال لازم و جایز نیز قائل نشده است. افزون‌براین، رأی وحدت رویه مزبور برخلاف تبصره یادشده تنها در خصوص اموال غیرمنقولی که ثبت رسمی شده‌اند نیست و دیگر قیود یادشده در تبصره

نیز در آن وجود ندارد. از این رو ضرورت دارد تا با بررسی فقهی و حقوقی مسئله، مبانی احکام موجود در این بخش از تبصره مزبور را مورد واکاوی قرار دهیم و بررسی کنیم که در حقوق ایران و فقه امامیه میان انتقال مال از طریق عقد لازم و جایز در صورت فسخ قرارداد اصلی چه تفاوتی وجود دارد؟ در صورت فسخ یا انفساخ یا اقاله معاملات بعدی با وجود پرداخت بدل (مثل یا قیمت)، چه ضرورتی برای استرداد مورد معامله وجود دارد؟ آیا انحلال قرارداد اصلی لطمه‌ای به انتقالات بعدی وارد نخواهد ساخت؟ از این رو بعد از بیان پیشینه موضوع، در بخش دوم به بررسی موضع حقوق موضوعه ایران در خصوص استرداد مورد معامله بعد از فسخ می‌پردازیم و در بخش سوم، عدم امکان استرداد مورد معامله در صورت تلف حکمی و در بخش‌های بعد امکان یا عدم امکان استرداد مورد معامله در صورت خروج از ملک مشتری به واسطه هریک از عقود جایز و لازم را مورد واکاوی قرار می‌دهیم و با توجه به برخی ابهامات در قوانین و مقررات درباره تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله، به تبیین این مسئله در فقه امامیه و حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۱. پیشینه پژوهش

در خصوص قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، نویسندگان پژوهش‌های مختلفی را به رشته تحریر درآورده‌اند، اما با توجه به تصویب و ابلاغ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در تاریخ ۱۴۰۳/۰۳/۱۷ و گذشت مدت زمان نسبتاً کمی از آن، تا جایی که در میان کتاب‌ها، مقالات و پژوهش‌های حقوقی و فقهی تتبع و بررسی کرده‌ایم، در خصوص موضوع این پژوهش یعنی بررسی فقهی و حقوقی تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله در قانون الزام به ثبت اموال غیرمنقول پیشینه‌ای ثبت نشده است.

۲. موضع حقوق موضوعه ایران در خصوص استرداد مورد معامله بعد از فسخ

۲-۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور

با توجه به سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین موضوعه در نظام حقوقی ایران در رابطه با تأثیر اعمال حق فسخ در معاملات پس از انتقال مورد معامله توسط مشتری و استرداد آن، رویه‌های مختلفی در محاکم قضایی وجود داشت که سرانجام منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ در تاریخ ۱۴۰۰/۳/۴ توسط هیئت عمومی دیوان عالی شد.

برخی از محاکم قائل به بطلان معاملات بعد از فسخ قرارداد اول و اعاده ثمن و مثنی به متعاقدان بوده و انتقالات بعدی مورد معامله را در حکم تلف ندانسته و بر این باور بوده‌اند که بائع قرارداد اول می‌تواند مورد معامله را از هریک از متعاملان بعدی استرداد کند. این دیدگاه پیش از زمان تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در برخی محاکم ساری و جاری بود، اما تا اندازه زیادی در تضاد با دیدگاه حاکم در قانون مزبور است؛ زیرا مطابق قسمت اخیر تبصره ۱ ماده ۱ آن، «...چنانچه منتقل‌آلیه، مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به‌صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد یا معامله اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده...». در مقابل، دسته دیگری از محاکم معاملات بعدی را بر اثر اعمال حق فسخ باطل ندانسته و وجود خیار فسخ برای متبایعان را نیز مانع انتقال مورد معامله ندانسته و قائل به تلف حکمی در این‌گونه معاملات شده‌اند و از این‌حیث، تا اندازه‌ای دیدگاهشان هم‌گرا با قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول بوده است. مطابق نظر این دسته از محاکم، اثر فسخ نسبت به آینده است و از تاریخ فسخ آثار آن بار می‌شود.

دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه یادشده، با دیدگاه دسته نخست در محاکم موافقت کرد و مقرر داشت که «مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین‌شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ولو اینکه خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری فروخته باشد، مبیع باید به بائع مسترد شود و عدم اطلاع خریدار بعدی از شرط یادشده با توجه به درج آن در متن قرارداد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص و حق تقدم مالک، موجب بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک اولیه نسبت به عین مال نخواهد بود...».

بنا بر مفاد این رأی وحدت رویه، در صورتی‌که حتی چندین معامله روی مورد معامله منعقد شده باشد، در صورت فسخ قرارداد اول، مورد معامله باید به بائع قرارداد اول مسترد شود و تصرفات حقوقی ناقله در حکم تلف (تلف حکمی) شمرده نمی‌شود. این در حالی است که مطابق ماده ۳۶۳ قانون مدنی، «در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین با وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع انتقال نمی‌شود...». از سویی

مطابق نظر مشهور فقیهان امامیه، فسخ اثر قهقرایی ندارد و اثر آن نسبت به آتیه است و در بیع خیاری، مالکیت به مجرد وقوع بیع و پیش از انقضای خیار حاصل می‌شود. افزون‌براین، تصرفات حقوقی من علیه‌الخیار در فقه امامیه، معرکه آرای فقیهان است و برخی فقیهان سترگ مانند مرحوم شیخ اعظم انصاری (رحمت‌الله علیه) در این خصوص میان خیارات قراردادی و خیارات قانونی تمایز قائل شده‌اند. به این شکل که در قسم اول، تصرفات ناقله من علیه‌الخیار را ممنوع کرده و در قسم دیگر یعنی خیارات قانونی، آن را بلامانع دانسته‌اند. (انصاری، بی تا، ج ۶، صص. ۱۵۹-۱۴۴) مرحوم امام خمینی (رحمت‌الله علیه) قائل به جواز تکلیفی و نفوذ وضعی تصرفات (مانع استرداد) غیرذی‌الخیار در عین شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۲۹۲).

در رأی وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور، مورد معامله پس از فسخ قابل استرداد دانسته شده است، اما در رأی مزبور اشکالات مهمی به چشم می‌خورد از جمله اینکه وضعیت قراردادهای بعدی که موضوع آن‌ها به واسطه اعمال حق فسخ مسترد شده، روشن نشده است آیا قراردادهای مزبور باطل، غیرنافذ یا صحیح هستند؟ با توجه به ماده ۳۶۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین با وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع انتقال نمی‌شود...» و نیز قول مشهور فقها مبنی بر حصول مالکیت به محض انعقاد قرارداد در بیوع خیاری و انتفای اثر قهقرایی برای فسخ در نظام حقوقی ایران، به نظر می‌رسد برخلاف آنچه در رأی مزبور انعکاس یافته است، نمی‌توان به راحتی و بدون توجه به حسن نیت متبایعان بعدی، قائل به استرداد مبیع در معاملات متعاقب پس از فسخ قرارداد مبنا شد. از سویی ابطال قراردادهای متعاقب که با وجود حق فسخ منعقد شده‌اند، با اصل استحکام قراردادی و نظم معاملاتی در تعارض است و امنیت قراردادی را به خطر می‌اندازد. همچنین، ممکن است در برخی موارد منجر به اختلال در نظام قضایی شود.

۲-۲. رویکرد تحول‌گرایانه در نظام حقوقی ایران با تصویب قانون الزام به ثبت رسمی اموال غیرمنقول

رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، آخرین پاسخ نظام حقوقی ایران به مسئله فسخ و امکان استرداد مورد معامله در خصوص قراردادهای متعاقب نبود. در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۶، مجمع تشخیص مصلحت

نظام در راستای حل اختلاف مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان بر سر طرح الزام به ثبت رسمی اموال غیرمنقول، طرح یادشده را با اصلاحاتی به تصویب رساند. یکی از اصلاحاتی که در مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت گرفت و در مصوبه مجلس شورای اسلامی وجود نداشت، تبصره ۱ ماده ۱ این قانون بود که به موضوع امکان فسخ معاملات اموال غیرمنقول و استرداد مورد معامله در قراردادهای فسخ شده می‌پرداخت.

بررسی حکم یادشده در تبصره مزبور نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران در قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول به نسبت راه‌حل ارائه‌شده در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، راه متفاوت و تحول‌گرایانه‌ای را در خصوص موضوع امکان استرداد مورد معامله در پیش گرفته است.

بر اساس این بخش از تبصره، «چنانچه منتقل‌آیه، مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد یا معامله اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده [است] و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست».

این در حالی است که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۸۱۰، تلقی چنین مواردی به عنوان تلف حکمی را نپذیرفته و با استناد به حق تقدم مالک، در این شرایط حکم به استرداد مبیع داده است، اما تبصره یادشده با توجه به مبنای اصلی قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول که حفظ نظم معاملاتی است، این انتقال رسمی مال غیرمنقول به شخص ثالث را در حکم تلف می‌داند و در این موارد، فروشنده را پس از اعمال حق فسخ خویش، تنها مستحق دریافت قیمت روز ملک می‌داند. به نظر می‌رسد این حکم با دکترین حقوقی نیز سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا برخی حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۵۲۷) در این زمینه معتقدند «در صورتی که مورد معامله از ملکیت مشتری به وسیله عقدی از عقود لازمه از قبیل وقف و بیع خارج شده باشد، مانند مورد تلف عمل می‌شود؛ یعنی بدل آن از مثل یا قیمت داده خواهد شد در صورتی که قبل از دادن بدل به جهتی از جهات مانند اقاله، معامله دوم فسخ شود یا به عقد جدیدی مورد معامله به ملکیت مشتری درآید، عین مبیع به بایع رد می‌شود؛ اگرچه بایع رضایت ندهد؛ زیرا دادن بدل در صورت نبودن اصل است و انتقال به غیر حقیقت شیء را تغییر نداده است».

در انتهای تبصره، قانون‌گذار حکمی را بیان کرده است مبنی بر اینکه اگر منتقل‌آیه در معامله با ثالث حق فسخ داشته باشد یا به هر شکل، عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، در صورت فسخ معامله اول، عین مال به انتقال‌دهنده اول دارنده حق فسخ مسترد می‌شود. مبنای حقوقی محکمی نمی‌توان برای این حکم تصور کرد، اما به نظر می‌رسد که قانون‌گذار کوشیده است تا میان اراده طرفین (مبنی بر استرداد مبیع در صورت فسخ) و رعایت نظم معاملاتی، تعادل برقرار کند. باید به این موضوع نیز توجه داشت که بدل پرداختی به بایع نخست در مانحن‌فیه بدل حیلولة نیست؛ زیرا بدل حیلولة در جایی است که رابطه مالک با مالش قطع نشده باشد و شخص مالکیت آنچه را که بدلش را دریافت می‌کند، از دست نداده باشد برخلاف مانحن‌فیه.

نکته قابل توجه اینکه، با توجه به لازم‌الاجرا شدن قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول از تاریخ ۱۴۰۳/۴/۳، سازمان ثبت اسناد و املاک موظف است که این اصلاح را فوراً در سامانه الکترونیک ثبت اسناد اعمال کند. همچنین، به‌رغم اینکه هنوز موعد یادشده در صدر ماده ۱ این قانون سپری نشده است، با توجه به تبصره ۴ ماده ۱ که بیان می‌کند «مفاد این ماده در خصوص اموال غیرمنقولی که پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون سند مالکیت حدنگار برای آن‌ها صادر می‌شود، از تاریخ صدور سند مالکیت مذکور مجری است؛ هرچند سامانه موضوع ماده ۱۰ این قانون راه‌اندازی نشده باشد»، احکام یادشده در تبصره ۱ ماده ۱ قانون مزبور در خصوص اموال غیرمنقولی که پس از تاریخ ۱۴۰۳/۴/۳ برای آن‌ها سند مالکیت حدنگار صادر شده است و می‌شود، در حال حاضر قابل اجرا است، اما در خصوص دیگر اموال غیرمنقول لازم است تا مهلت یادشده در صدر ماده یعنی یک‌سال از زمان راه‌اندازی سامانه موضوع ماده ۱۰ قانون سپری شود.

۳-۲. وضعیت رأی وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور پس از تصویب قانون الزام به ثبت اموال غیرمنقول

با توجه به آنچه در بخش پیش گفته شد، پرسش مطرح این است که پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، وضعیت رأی وحدت رویه ۸۱۰ به چه صورت خواهد بود؟

بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴، آرای وحدت

رویه در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و دیگر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است. مطابق ماده ۴۷۳ همین قانون، «آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور تنها به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری که مطابق ماده ۴۷۱ این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است».

به نظر می‌رسد قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول دست‌کم در خصوص بعضی از مصادیق موضوع رأی وحدت رویه ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، حکم جدیدی بیان و رأی یادشده را در خصوص برخی از مصادیق بی‌اثر کرده است.

در زمان نگارش پژوهش حاضر با توجه به عدم راه‌اندازی سامانه موضوع ماده ۱۰ قانون یادشده و طبیعتاً عدم گذشت یک سال از تاریخ راه‌اندازی آن، قدر متیقن آن است که به استناد تبصره‌های ۱ و ۴ ماده ۱ قانون، اموال غیرمنقولی که برای آن‌ها پس از تاریخ ۱۴۰۳/۴/۳، سند مالکیت حدنگار صادر شده باشد و توسط منتقل‌آلیه به صورت رسمی به اشخاص ثالث منتقل شده باشد، در صورتی که برای منتقل‌آلیه حق فسخ وجود نداشته باشد یا معامله اقاله نشده باشد، از شمول حکم رأی وحدت رویه ۸۱۰ مستثنا هستند و در خصوص این اموال امکان استرداد مبیع پس از فسخ معامله اول وجود ندارد و فروشنده اول تنها مستحق قیمت مبیع خواهد بود.

پس از راه‌اندازی سامانه موضوع ماده ۱۰ قانون یادشده و گذشت یک سال از آن تاریخ، حکم فوق به تمام معاملات اموال غیرمنقول تسری می‌یابد، اما همچنان شرط عدم وجود حق فسخ برای منتقل‌آلیه یا اقاله باقی خواهد ماند.

همچنین، حکم یادشده در این قانون تنها در خصوص اموال غیرمنقول است درحالی که دامنه شمول رأی وحدت رویه ۸۱۰، اموال منقول و غیرمنقول است و مصادیق مربوط به معاملات متعاقب اموال منقول به خصوص در مورد وسایل نقلیه کم نیست و تعداد زیادی از پرونده‌ها را شامل می‌شود.

بنابراین، می‌توان گفت قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول به صورت جزئی رأی وحدت رویه ۸۱۰ را نسخ کرده است، اما در مواردی که مشمول قانون فوق نیست، همچنان رأی وحدت رویه ۸۱۰ معتبر و لازم‌الاجراست. از این رو و با توجه به اینکه قانون‌گذار در قانون یادشده به رعایت نظم معاملات و استحکام معاملات متمایل شده است و در خصوص آن دسته از اموالی که موضوع قانون الزام به ثبت رسمی

معاملات اموال غیر منقول بوده، با پذیرش مبنای تلف حکمی، حکم متفاوتی را نسبت به رأی وحدت رویه ۸۱۰ بیان کرده، لازم است تا قانون‌گذار حکم صریح‌تری در خصوص حکم تمام معاملات متعاقب بیان کند.

۳. عدم امکان استرداد مورد معامله در صورت خروج از ملکیت مشتری به واسطه عقد لازم
بر اساس قسمت آخر تبصره ۱ ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول، انعقاد عقد لازم در صورت وجود شرایطی بر مورد معامله‌ای که روی آن حق فسخ وجود داشته، در حکم تلف است. بیشتر فقیهان امامیه انتقال لازم را به منزله تلف حکمی دانسته‌اند (نجفی‌جواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص. ۱۸۸؛ جواهری، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۱۵۶؛ نجفی خوانساری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۸۵؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۷۵). مرحوم امام خمینی (رحمت‌الله علیه) معتقدند در صورتی که غیر ذی‌الخیار به واسطه عقد لازمی، مبیع را از ملک خود خارج کرده باشد، مرتکب تلف حکمی شده است و ذی‌الخیار می‌تواند برای گرفتن مثل یا قیمت مبیع به وی رجوع کند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۱۰). در میان اقوال فقیهان امامیه بیشتر در باب غصب از تلف حکمی سخن به میان آمده است و در آنجا مالی را که از دسترس مالک آن خارج شده باشد؛ به‌طوری‌که عادتاً قابلیت دسترسی به آن وجود نداشته باشد را در حکم تلف دانسته‌اند، اما در مواردی که مال در خارج موجود باشد و در دسترس نیز باشد، اما به دلیل مانع قانونی یا شرعی امکان رد آن به مالک وجود نداشته باشد، را نیز از مصادیق تلف حکمی دانسته‌اند. برای مثال، اگر پس از عقد بیع، مشتری مورد معامله را به شخص دیگری بفروشد و سپس عقد اصلی به هر دلیلی فسخ شود، به دلیل وجود مانع قانونی و شرعی (اصل تسلیط و...) امکان رد مبیع به بایع اول وجود ندارد و به‌جای آن بدل داده می‌شود (مثل یا قیمت)؛ زیرا مبیع در حکم تلف به شمار می‌آید. در واقع، شارع یا قانون‌گذار در این‌گونه موارد، حکم تلف را برای مبیع در نظر گرفته؛ هرچند در عالم واقع تلف به معنای حقیقی آن رخ نداده است. از این‌رو به آن «تلف شرعی» نیز می‌گویند (هاشمی شاهرودی و جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۶۱۸)؛ البته برخی از صاحب‌نظران معتقدند تحقق تلف حکمی در مال غصبی منحصر به موارد استهلاك است و نه غیر از آن (نایینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۴۹). برخی دیگر معتقدند زمانی مال غصبی در حکم تلف است که به‌طور کلی از قیمت بیفتد؛

به گونه‌ای که اگر قرار باشد عین مال داده شود، هیچ ارزشی برای آن نباشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۱۸). افزون بر فقه امامیه، در فقه اهل سنت نیز انتقال مورد معامله به منزله تلف حکمی قلمداد شده است. برخی نویسندگان عامه، مبیعی را که توسط دیگران فروخته شده یا مبیعی را که تغییر یافته مانند گوشتی که تبدیل به طعام شده است، از مصادیق تلف حکمی بیان کرده‌اند (افندی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۲۴۱). برخی دیگر از نویسندگان عامه، وقف و استیلا مبیع از سوی مشتری را تلف حکمی دانسته‌اند (دمیری ابوالبقاء الشافعی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص. ۱۳۰).

بعضی دیگر از فقهای عامه خروج مبیع از ملک مشتری به سبب یکی از اسباب (ناقله) را تلف حکمی دانسته‌اند (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۲۶۱). از این رو می‌توان گفت پذیرش تلف حکمی در قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول تا اندازه زیادی با دیدگاه موجود در فقه اسلامی انطباق دارد.

به عقیده مرحوم شهید ثانی نیز در صورتی که بایع معامله را فسخ کرده و مشتری مبیع را از ملک خود بیرون کرده باشد، حکم این است که چنانچه انتقال از ملک به سبب عقد لازم بوده باشد (مانند اینکه مبیع را فروخته باشد یا اگر مبیع عبد بوده باشد، آن را آزاد کرده باشد)، در این صورت بایع می‌تواند مثل یا قیمت آن را از مشتری بگیرد. همچنین، در صورتی که مشتری مبیع را از ملک خود خارج نکرده باشد، اما نتواند عین آن را به دلیل وجود مانع شرعی به بایع پس بدهد مانند اینکه کنیز را بچه‌دار کرده باشد، بایع می‌تواند مثل یا قیمت آن را از مشتری بگیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۰). به عقیده ایشان در مانحن فیه که من علیه‌الخیار نمی‌تواند عین مبیع را به بایع برگرداند؛ چه به خاطر انتقالش از ملک او به عقد لازم و چه به خاطر وجود مانع شرعی، اگر مانع مزبور همچنان ادامه داشته باشد و مبیع به ملک مشتری برنگردد، واضح است که سقوط اختیار (نسبت به برگرداندن عین به بایع) نیز ادامه می‌یابد و همان‌طوری که گفته شد، اختیار نسبت به گرفتن عوض آن یعنی مثل یا قیمت دارد، اما اگر مانع مزبور برطرف شود، دو صورت دارد؛ یا اینکه قبل از حکم به گرفتن عوض (مثل یا قیمت) مانع برطرف می‌شود (مثل اینکه دوباره مبیعی که از ملک مشتری خارج شده است، به ملک او برگردد به اقاله کردن مثلاً و مثل اینکه در مسئله کنیز، بچه‌اش بمیرد) یا اینکه بعد از حکم مزبور (یعنی بعد از آنکه حکم شود که بایع عوض مبیع را از مشتری بگیرد) مانع

برطرف شود. اگر مانع پیش از حکم مزبور برطرف شود، خیار بایع نسبت به خود عین هم برمی‌گردد؛ یعنی بایع خود عین را می‌تواند پس بگیرد و احتمال هم دارد که بگوییم در این صورت بایع حق ندارد خود عین را پس بگیرد و به حال سقوط باقی است، بلکه فقط حق دارد عوض یعنی مثل یا قیمت را بگیرد؛ زیرا به واسطه انتقال عین از ملک مشتری، حق بایع نسبت به خود عین از بین رفته است و دیگر حق مزبور به واسطه برگشتن عین به ملک مشتری به بایع برنمی‌گردد و اگر مانع بعد از حکم به گرفتن عوض (مثل یا قیمت) برطرف شود (خواه آن را قبض کرده باشد یا نکرده باشد)، در این صورت دو احتمال است. ۱. اینکه بگوییم بایع حق ندارد خود عین را پس بگیرد به همان دلیلی که در احتمال بالا بیان شد و آن اینکه، به واسطه انتقال عین از ملک مشتری، حق بایع نسبت به خود عین از بین می‌رود پس دیگر حق مزبور به واسطه برگشتن عین به ملک مشتری به بایع برنمی‌گردد. ۲. اینکه بگوییم بایع حق دارد خود عین را پس بگیرد؛ زیرا علت اینکه حکم به گرفتن عوض (مثل یا قیمت) برای بایع کردیم، آن بود که چون وی دسترسی به عین مال خود نداشت (به واسطه خروج عین مبیع از ملک مشتری مانع و حائل شده بود از رسیدن بایع به عین، مبیع و به عبارت دیگر، عوض مزبور به عنوان بدل حیلولة بود) نه اینکه واقعاً حق بایع (با وجود خود مبیع) گرفتن عوض مزبور باشد و حالا که فرض آن است که آن عین مبیع دوباره به ملک مشتری برگشته است و بایع دسترسی به گرفتن خود عین دارد، پس دیگر اشکالی نخواهد بود در اینکه بایع، عین مال خود را پس بگیرد. در اشکال به این مطلب باید گفت بدل حیلولة در جایی است که مال در ملک مالکش باقی باشد، اما در مانحن‌فیه، مال از ملک بایع خارج شده است و دیگر بدل حیلولة معنا ندارد، بلکه بدل از اصل مال است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۳۶۴).

برخی از صاحب‌نظران (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۳۶۴) معتقدند بازگشت مال به ملک مشتری یا پیش از فسخ توسط ذی‌الخیار است یا بعد از فسخ. در صورتی که بعد از فسخ باشد، وجهی برای ارجاع مال به ذی‌الخیار وجود ندارد؛ زیرا مبیع حین فسخ به بدلش انتقال یافته است (بدل از اصل مال نه بدل حیلولة)، اما در مقابل، برخی دیگر معتقدند مقتضای قاعده رد عین به ذی‌الخیار بصورت مطلق است؛ زیرا مبادله بین نفس دو مال بوده است نه بین دو ملکیت؛ زیرا ملکیت موضوعی اعتباری و قائم به معتبرش اعم از

شارع یا عقلاست و میان دو موضوع اعتباری که قائم به دو شخص هستند، مبادله معنا ندارد. از این رو در صورتی که ذی‌الخیار عقد را فسخ کرد و مالش را نزد طرف مبادله یافت، می‌تواند آن را پس بگیرد.

آنچه روشن است این است که این مسئله بازگشت دارد به آنچه در مباحث قبلی در خصوص تصرفات من علیه‌الخیار بدان پرداختیم؛ زیرا اگر قائل به عدم جواز تصرفات من علیه‌الخیار وضعاً و تکلیفاً شویم، روشن است که خروج از ملک مشتری به هر نحو کالعدم است و تمام تصرفات حقوقی نافله باطل خواهد بود و نمی‌توان آن‌ها را از مصادیق تلف حکمی به شمار آورد، اما اگر قائل به جواز تصرفات من علیه‌الخیار شویم، با عنایت به اینکه متعلق حق خیار را چه بدانیم، مسئله می‌تواند وجوه مختلفی بیابد. اگر متعلق خیار را عین مورد معامله یا عقد طریقیلاً لاسترجاع‌العین بدانیم، ممکن است طبق منهج برخی از فقیهان، قائل به عدم نفوذ دیگر عقود متعاقب شویم و در اینجا نیز حکم به استرداد مبیع بدهیم و نتوان انتقالات بعدی را از مصادیق تلف حکمی برشمرد، اما به‌طور قطع می‌توان گفت اگر متعلق حق خیار را خود عقد دانستیم، می‌توان انتقالات بعدی را از مصادیق تلف حکمی دانست و حکم به دریافت بدل (مثل یا قیمت) کرد.

مرحوم شیخ انصاری در مبحث خیار غبن و در بحث از تصرفات غابن به این موضوع پرداخته است و در تصرفات تملیکی لازم معتقد است زمانی که مغبون از غبن مطلع شد، حق اعمال خیار دارد، اما در کیفیت اعمال آن سه وجه وجود دارد.

وجه اول

اینکه گفته شود مغبون حق دارد تصرفات غابن را از زمان اعمال خیار ابطال کند؛ یعنی تا زمان اعمال فسخ بیع یا هر عقد لازم دیگری صحیح و مؤثر است و پس از اعمال فسخ مغبون، تمام آن‌ها باطل می‌شود و عین مال به مغبون برمی‌گردد.

مرحوم شیخ جمع میان دو حق غابن و مغبون را دلیل این وجه بیان می‌کند؛ بدین‌گونه که از سویی مورد معامله متعلق حق مغبون و با اصل معامله غبنی او محقق است؛ اگرچه فعلیت آن پس از ظهور غبن باشد، اما اصل حق از روز اول موجود بوده و محفوظ است و می‌تواند پس از ظهور سبب (علم به غبن) اعمال خیار کند و مبیع را مسترد کند. از سوی دیگر، غابن مالک بوده و در ملک خود معامله کرده است و دلیلی

وجود ندارد که بگوییم تصرفات وی از ریشه باطل بوده است؛ زیرا خلاف قاعده تسلیط است. از این رو نتیجه رعایت هر دو حق آن است که بگوییم تا لحظه فسخ از جانب مغبون، تصرفات غابن صحیح بوده و در نتیجه، نمائات نیز برای مشتری دوم است و از زمان فسخ، عین مال به ملک مغبون برمی گردد.

وجه دوم

رجوع مغبون به غابن موجب می شود بیع غابن از روز اول باطل شود و در نتیجه، عین مال به مغبون برمی گردد؛ همان گونه که اگر راهن عین مرهونه را بفروشد، مرتهن حق دارد آن را از اصل به هم بزند.

دلیل این وجه نیز این است که اولاً، عقد غابن در متاعی که متعلق حق غیر بوده و در ملک متزلزل واقع شده و عنان ملک متزلزل نیز در ید ذی الخیار است. اگر امضا کرد مستقر می شود و اگر فسخ کرد کلاً باطل می شود. از این رو در هر حال، هر نوع دخل و تصرف در ملک متزلزل منوط به اجازه صاحب حق است. ثانیاً، اگر فسخ مغبون به معنای ابطال تصرفات غابن از زمان اعمال خیار باشد، لازمه اش این است که پس از فسخ مغبون به مشتری جدید رجوع کند و عین را از او بگیرد در حالی که مقتضای فسخ آن است که از غابن که طرف معامله اش بوده است، عین را پس بگیرد و این با ابطال عقد از رأس سازگار است.

افزون بر این، برخی از محشین مکاسب معتقدند نهایت امر این است که تصرفات مغبون را به دلیل اینکه در متعلق حق غیر واقع شده است، باید فضولی و غیر نافذ بدانیم و این چیزی غیر از تسلط بر ابطال است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۹۱)، اما باید گفت در صورتی که قائل به نظریه کشف در فضولی شویم، می توان تسلط بر ابطال را توجیه کرد.

وجه سوم

مغبون حق رجوع به بدل مالش را دارد (مثل یا قیمت).

آنچه به عنوان دلیل این وجه بیان شده، این است که اولاً، همان گونه که در احکام خیار مرحوم شیخ بدان قائل شده است، تصرفات غیر ذی الخیار در مدت خیار دیگری

(در اینجا تصرفات غابن) صحیح و لازم است و دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد. ازاین‌رو زمانی که مغبون رجوع کند، حق دارد بدل را بگیرد. ثانیاً، پیش از ظهور غبن، خیار فعلیت ندارد و مغبون سلطنت فعلیه ندارد و آنچه مانع تصرفات دیگران است، سلطنت فعلیه است. ازاین‌رو در خیار عیب و غبن فقها گفته‌اند پیش از ظهور عیب یا غبن، تصرفات طرف نافذ است و قابل بر هم زدن نیست. بنابراین، پس از اعمال خیار نوبت به اخذ بدل می‌رسد و ضمان معاوضی طرفین تبدیل به ضمان ید می‌شود.

مرحوم شیخ اعظم (رحمت‌الله علیه) همین وجه ثالث را تقویت می‌کند و به آن تمایل بیشتری نشان می‌دهد. مرحوم خوئی (رحمت‌الله علیه) نیز پس از استدلال در رد دو وجه اول، وجه سوم را متعین می‌داند و معتقد است مغبون نمی‌تواند تصرفات غابن را ابطال کند، بلکه باید به بدل مالش رجوع کند؛ زیرا تصرفات من علیه‌الخیار حتی در صورت علم به خیار طرف قرارداد صحیح و نافذ است و تنها استثنای وارد بر آن را بیع شرط می‌داند؛ زیرا غرض در آن تمکن از ارجاع عین در زمان رد مثل ثمن است و ازاین‌رو مشتری در آنجا حق تصرفات ناقله ندارد (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۳۶۳).

در راستای رد وجوه اول و دوم می‌توان گفت اگر متعلق خیار را عین مورد معامله بدانیم، تصرفات غابن فضولی و متوقف بر اجازه مغبون خواهد بود و در صورت عدم اجازه، تمام تصرفات از ابتدا باطل خواهد شد (در صورتی که اجازه یا رد را کاشف بدانیم)، اما در صورتی که متعلق خیار را نفس عقد بدانیم، تصرفات غابن صحیح است؛ زیرا در متعلق حق غیر صورت نگرفته است و وجهی برای بطلان آن وجود ندارد (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۳۶۳).

همچنین، اگر اشکال شود که عدم قدرت بر اعاده وضع سابق که بایع قبل از عقد داشته است، موجب ضرر اوست (به دلیل عدم فسخ) و در صورت تعارض آن با ضرر مشتری (در صورت فسخ) تساقط می‌کنند، باید گفت با دادن بدل از مثل یا قیمت وضعیت اقتصادی بایع تا آنجا که ممکن است مانند پیش از عقد خواهد شد و ضرری متوجه او نمی‌شود. ازاین‌رو این موضوع موجب عدم جواز فسخ در مورد تلف و انتقال نمی‌شود. افزون‌براینکه خیار عبارت از ملکیت حق فسخ است و با تلف و انتقال مورد معامله زایل نمی‌شود و این موارد نیز از مسقطات آن به شمار نیامده‌اند.

برخلاف مفاد قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول و دیدگاهی که در

آن انتقال عین به موجب عقد لازم را به منزله تلف حکمی می‌داند، برخی معتقدند حتی اگر متعلق حق خیار عین مورد معامله نباشد، بلکه حق خیار به خود عقد تعلق گیرد نیز نتیجه خیار چیزی جز ارجاع عین مال به ملک صاحب خیار در فرض بقای آن نیست؛ زیرا معنی فسخ چیزی جز این نیست که عقد را در عالم اعتبار کالعدم کند و لازمه آن رجوع ثمن و مثنی به مالکان اولیه آن‌هاست. بنابراین، باید توجه کرد که فسخ مانند قرض نیست که در آن دائن متمکن از مطالبه عین مالش در صورت بقای آن نیست؛ زیرا قرض تضمین برای مثل یا قیمت است و عین ملک مدیون می‌شود و نمی‌توان آن را مطالبه کرد مگر به مثل یا قیمتش، اما فسخ به خیار معنایش چیزی جز جعل مبادله و عقد کالعدم در عالم اعتبار نیست و لازمه آن، رجوع عین ثمن و مثنی به مالکان آن‌هاست و در صورت بقای آن‌ها، به مثل و قیمت منتقل نمی‌شود. در این صورت تصرف من علیه‌الخیار از بین بردن متعلق حق غیر به این معناست و مجاز نیست؛ زیرا موجب تفویت حق است.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت هرچند حق خیار به این معنا یعنی معنایی که نتیجه آن ارجاع عین مال در صورت بقایش است نیز است، مقتضای آن بیش از رجوع عین به ملک فاسخ در فرض بقای آن نیست، اما وجوب ابقای عین تا زمانی که بعد از فسخ به مالکش برگردد، از آن فهمیده نمی‌شود و این موضوعی است که محتاج ارائه دلیل جداگانه است. به عبارت فنی‌تر، باید گفت این معنا از حق مانع تصرف در مال نمی‌شود و مانند دیگر حقوق مانعه مثل حق رهنه نیست؛ زیرا مقتضای خیار چیزی جز رجوع مال به ذی‌الخیار در فرض بقای خیار نیست و این ملازمه و قضیه شرطیه یعنی بازگشت عین مورد معامله به فاسخ در صورت باقی بودن آن ثابت است، اما موجب ابقای موضوع و مال تا زمانی که بعد از فسخ به مالکش بازگردد، نیست؛ زیرا وجوب ابقای مورد معامله و حرمت اتلاف آن چه حقیقی یا حکمی نیازمند اقامه برهان است؛ زیرا از ضروریات و بدیهیات نیست. بنابراین، مقتضای عموم الناس مسلطون علی اموالهم یا عموماً بیع و هبه و... جواز تصرف من علیه‌الخیار در مورد معامله را می‌رساند و از آنجا که مقتضای موجود و مانع مفقود است، وجهی برای عدم جواز تصرفات من علیه‌الخیار باقی نمی‌ماند؛ البته ممکن است در برخی موارد دلایلی برای وجوب ابقای مورد معامله در زمان خیار اقامه شده باشد مانند بیع شرط که در آنجا مطلب این گونه نیست.

افزون بر موارد یادشده، سیره عقلا و متشرعان نیز دلالت بر جواز تصرف در مال در زمان خیار دارد. از این رو تا به حال ندیده و نشنیده‌ایم که برای مثال، در خیار حیوان، بایع تا سه روز در ثمن دریافتی تصرف نکند یا اینکه وقتی شخصی چیزی را با اشتراط خیار می‌فروشد، من علیه‌الخیار در آن تصرف نکند تا زمانی که خیار منقضی شود؛ زیرا در حقیقت، چنین موضوعی خلاف مقصود از بیع است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۰، ص. ۱۷۹).

۴. لزوم استرداد مورد معامله در صورت خروج از ملکیت مشتری به واسطه عقد جایز

مطابق مفهوم مخالف تبصره ۱ ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، انتقال مورد معامله‌ای که متعلق حق فسخ است به واسطه عقد غیرلازم در حکم تلف نیست و قابل استرداد است. به نظر می‌رسد این قسمت از قانون مزبور برگرفته از کتاب شرح لمعه و مطابق دیدگاه شهید ثانی است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۰)؛ هرچند به عقیده برخی فقیهان امامیه در عقد هبه، صرف تصرف در مال منجر به این می‌شود که مال مزبور در حکم تلف به شمار آید حتی اگر مشتری مال را به دیگری منتقل نکرده باشد. برای مثال، مطابق دیدگاه بیشتر فقیهان امامیه هرگاه متهب در عین موهوبه تصرفی کند، آن را در حکم تلف قرار داده است و سبب می‌شود که حق رجوع و اهب ساقط شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۸۴).

صرف نظر از دیدگاهی که بر اساس آن تصرفات مشتری را بعد از فسخ قرارداد اصلی توسط ذی‌الخیار باطل می‌داند، به عقیده برخی فقها، اگر مشتری مبیع را از ملک خود خارج کرده باشد؛ به گونه‌ای که بتواند دوباره آن را به ملک خود برگرداند مانند اینکه آن را به شخص ثالثی فروخته و حق خیار در این معامله را داشته باشد که آن را از شخص مزبور پس بگیرد، در این صورت پس از آنکه بایع به‌خاطر غبن، معامله را فسخ کرد، حق دارد مشتری را مجبور کند بر اینکه معامله دوم را که مشتری با شخص ثالث انجام داده بر هم زند و مبیع را از شخص ثالث بگیرد و به بایع اول رد کند و هرگاه مشتری فسخ معامله دوم را قبول نکند، بایع می‌تواند به حاکم شرع شکایت کند که حاکم شرع مستقیماً آن معامله دوم را فسخ کند و اگر بایع دسترسی به حاکم شرع نداشته باشد، خودش می‌تواند مستقیماً آن معامله دوم را فسخ کند و مبیع را بگیرد و ثمن را به مشتری پس بدهد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۰).

مطابق این دیدگاه، با فسخ بیع توسط ذی‌الخیار، بایع قائم‌مقام مشتری می‌شود و می‌تواند قراردادهای قابل فسخ منعقدشده از سوی او را فسخ کند.

البته دیدگاه فوق از سوی برخی از صاحب‌نظران و فقیهان امامیه مورد خدشه قرار گرفته؛ به‌طوری‌که مرحوم صاحب‌جواهر (رحمت‌الله علیه) آن را بلا دلیل دانسته و معتقد است مقتضای فسخ به خیاری، ابطال معاوضه قبلی و استرداد هریک از عوضین به صاحبان خود است و اگر موجود نباشند، بدل آن‌ها داده می‌شود و در مانحن‌فیه الزام به فسخ قراردادهای قابل فسخ وجود ندارد (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص. ۴۴).

مرحوم شیخ اعظم نیز در خدشه به استدلال مزبور معتقد است فسخ معامله مشتری توسط مغبون یا به دلیل داخل شدن عین در ملکیت اوست یا به دلیل داخل شدن بدل عین در ملک وی است. در صورت نخست، نیازی به فسخ معاملات قابل فسخ وی نیست؛ زیرا مال در ملک او داخل شده است و در صورت دوم نیز دلیلی ندارد که از آنچه توسط فسخ استحقاق آن را یافته است؛ یعنی بدل عین به غیر آن یعنی خود عین عدول کند (انصاری، بی‌تا، ج ۶، ص. ۱۹۳).

برخی فقیهان معاصر نیز الزام مشتری (من علیه‌الخیار) به ارجاع عین از طریق فسخ، شرا و... را در مواردی که مورد معامله از طریق عقود جایزه منتقل شده باشد، بعید ندانسته‌اند و افزون‌بر آن، معتقدند در چنین مواردی اگر رجوع عین به هر شکل از قبیل اقاله، شرا، میراث و... بعد از دادن بدل اتفاق افتد، دفع آن به فاسخ واجب نیست، اما اگر پیش از دفع بدل چنین چیزی اتفاق افتد، موجب وجوب ارجاع عین به فاسخ می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص. ۴۴).

برخی دیگر از معاصران معتقدند «زمانی که غابن در مبیع با نقل جایز تصرف کند، آن تصرف از مصادیق تلف حکمی است و باید بدل را در صورت فسخ به مغبون بپردازد و جایز بودن عقد، تصرف غابن را از مصادیق "من فسخ و وجد المبیع موجوداً" قرار نمی‌دهد؛ زیرا مبیع به غیر منتقل شده است و جایز بودن این انتقال به‌وسیله عقد جایز، آن را از اینکه از ملک غابن خارج شده است (به‌هرحال، از ملک غابن خارج شده است و جواز عقد ناقل تأثیری در این خصوص ندارد) خارج نمی‌کند و جایز بودن تصرف تنها از جانب غابن است نه از جانب مغبون؛ زیرا مغبون طرف عقد نیست» (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۵۳). از این‌رو باید توجه کرد که حق خیاری مانند

حق شفعه که متعلق به عین است، نیست و شخصی که در آن طرف عقد نیست، نمی‌تواند مانند اخذ به شفعه، قرارداد دیگری را فسخ کند.

برخی دیگر از صاحب‌نظران فقه و حقوق معتقدند «از نظر فقه، جایز بودن عقد دوم، امکان فسخ عقد دوم را برای ذی‌الخیار در عقد اول فراهم نمی‌آورد و در واقع، فرقی نیست بین اینکه عقد دوم جایز باشد یا لازم؛ زیرا جواز عقد موجب سلطنت عاقد بر فسخ است نه سلطنت شخص ثالث و تصرف بایع دوم از شخص دارای اهلیت آن امر صادر شده و در محل خودش صورت گرفته است» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۵۵۳).

برخی فقیهان امامیه تحقق تلف حکمی را در موردی که شوهر همسر خود را با وجود تسلیم تمام مهریه پیش از نزدیکی طلاق دهد، منوط به انتقال به نقل لازم دانسته‌اند؛ زیرا در این صورت زن باید نصف مهریه را به مرد بازگرداند. از این رو اگر آن مقدار از مال را به نقل لازم انتقال داده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بازگرداند، اما اگر با نقل جایز این کار صورت پذیرفته باشد، احتیاط آن است که زن با فسخ عقد جایز و استرداد عین مهریه، آن را به شوهرش بازگرداند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۷).

به عقید برخی از اساتید حقوق، «هرگاه مورد معامله به عقد غیر لازمی مانند هبه و بیع خیاری واگذار غیر شده باشد، نمی‌توان مشتری را ملزم به انحلال آن کرد، بلکه مانند مورد تلف، بدل به بایع داده خواهد شد» (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۵۲۷).

۵. استرداد مورد معامله در صورت مالکیت مجدد

بر اساس تبصره ۱ ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، در صورتی که منتقل‌آلیه در معاملات بعدی حق فسخ داشته باشد یا به هر شکل عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال‌دهنده اول (دارنده حق فسخ) مسترد می‌شود. به نظر می‌رسد این حکم بستگی به ماهیت و نوع بدل پرداختی دارد. نکته شایان توجه این است که آنچه به عنوان بدل در مانحن‌فیه و در مواردی که مال به واسطه یکی از عقود ناقله از ید مشتری خارج شده است، مطرح می‌شود، بدل حیلولة نیست؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر بدان اشاره کردیم، بدل حیلولة در جایی است که مال از ملک شخص مالک خارج نشده باشد (برخلاف مانحن‌فیه). به عبارت دیگر، تفاوت وضعیت یادشده با ضمان حیلولة از این نظر است که در ضمان حیلولة هرگاه عین وجود داشته

باشد و به آن دسترسی وجود داشته باشد یا بعداً پیدا شود، خود عین باید تسلیم شود و عین مملوک مضمون‌له است، اما در اینجا عین، ملک فاسخ نیست.

به نظر می‌رسد از آنجا که انتقال مورد معامله از سوی من علیه‌الخیار حتی با یک معامله قابل فسخ نیز به معنای انتزاع مالکیت مال از وی است، از این رو از این حیث تفاوتی با تلف مال ندارد و همان‌طوری که در صورت تلف مال وی ملزم به دادن بدل می‌شود، در اینجا نیز ملزم به دادن بدل می‌شود نه چیز دیگری از قبیل الزام به فسخ و... .

اگر در مقام اشکال به پرداخت بدل در صورت انتقال مبیع گفته شود در اثر فسخ معامله، مشتری باید عین مبیع را به بایع رد کند و با عدم قدرت بر آن در صورت انتقال یا تلف فسخ عملی نخواهد شد، باید بگوییم لزوم رد عین مبیع در اثر فسخ در جایی است که عین مبیع نزد مشتری موجود باشد نه در تمام موارد.

نتیجه‌گیری

۱. تبصره ۱ ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مطابق با دیدگاه برخی از فقیهان امامیه تدوین شده است. بر اساس دیدگاه مشهور فقیهان امامیه انتقال مورد معامله از طریق عقود لازمه به منزله تلف حکمی است و از این حیث تبصره مزبور مطابق دیدگاه مشهور فقیهان تدوین شده است؛ هرچند فقیهان امامیه در این مطلب میان اموال منقول و غیرمنقول و نیز معاملات با ثبت رسمی و غیررسمی برخلاف مفاد قانون مزبور تفکیکی قائل نشده‌اند.
۲. لزوم استرداد مورد معامله‌ای که از طریق عقود جایزه به دیگران منتقل شده است و نیز ضرورت فسخ عقود لازمه در صورت داشتن خیار، (بعد از فسخ قرارداد اصلی) برخلاف قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، مورد اختلاف فقیهان امامیه قرار گرفته است.
۳. قانون‌گذار ایرانی در رابطه با تأثیر فسخ بر استرداد مورد معامله در خصوص اموال غیرمنقول ثبت‌شده، رأی وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور را به موجب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳/۳/۱۷ نسخ کرده است.
۴. ضرورت استرداد مورد معامله پس از اقاله یا فسخ قراردادهای متعاقب، برخلاف قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، از جانب برخی فقیهان امامیه

مورد مناقشه جدی واقع شده است؛ زیرا می‌توان گفت بدل حیلولة در جایی است که مال از ملک شخص مالک خارج نشده باشد (برخلاف مانحن‌فیه). به عبارت دیگر، تفاوت وضعیت یادشده با ضمان حیلولة از این نظر است که در ضمان حیلولة هرگاه عین موجود و به آن دسترسی وجود داشته باشد یا بعداً پیدا شود، خود عین باید تسلیم شود و عین مملوک مضمون‌له است، اما در اینجا عین، ملک فاسخ نیست.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب (جلد ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- افندی، علی‌حیدر خواجه‌امین (۱۴۱۱ق). دررالحکام فی شرح مجلة الاحکام (جلد ۱). بی‌جا.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۹). حقوق مدنی (جلد ۱). تهران: اسلامیه.
- انصاری، مرتضی (بی‌تا). المکاسب (جلد ۶). قم: تراث الشیخ الاعظم.
- ایروانی نجفی، میرزاعلی (۱۳۸۵). حاشیه المکاسب. تهران: کیا.
- جواهری، شیخ محمد (بی‌تا). الواضح فی شرح العروة الوثقی (جلد ۱۰). قم: العارف.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (جلد ۳). قم: داوری.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی (جلد ۴۰). قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخوئی.
- دمیری ابوالبقاء الشافعی، کمال‌الدین محمد بن موسی بن عیسی بن علی (۱۴۲۵ق). النجم الوهاج فی شرح المنهاج (جلد ۴). جده: دارالمنهاج.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). روضة البهیة فی شرح للمعة الدمشقیة (جلد ۳). قم: داوری.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۹ق). تفصیل الشریعة (جلد ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- کاسانی حنفی، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود بن احمد (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع (جلد ۶). دارالکتب العلمیه.
- مجموعه من المؤلفین (بی‌تا). الفتاوی والاقتصادیه. بی‌جا.

- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مروج جزایری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶ق). هدی الطالب فی شرح المکاسب. قم: دارالکتاب.
- مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی (بی تا). فرهنگ فقه فارسی. بی جا.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۰ق). کتاب البیع (جلد ۵). قم: اسماعیلیان.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا). تحریر الوسیله (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- نایینی، محمدحسین (۱۴۱۰ق). منیه الطالب (جلد ۱). قم: المکتبه المحمدیه.
- نجفی جواهری، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۲۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی (بی تا). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. قم: المکتبه المحمدیه.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۳ق). منهاج الصالحین (جلد ۲). قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام) (جلد ۲). قم: دائرة المعارف فقه اهل بیت (علیهم السلام).

References

- Afandi, Ali Haidar Khwajah Amin (1411 AH). Durar al-Hukkam fi Sharh Majallat al-Ahkam. n.p. [in Arabic]
- Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (1406 AH). Hashiyat al-Makasib. Tehran: Vezarat-e Farhang va Ershad-e Eslami. [in Arabic]
- Ansari, Sheikh Morteza (n.d.). Al-Makasib. Qom: Turath al-Sheikh al-A'zam. [in Arabic]
- Collection of authors (n.d.). Al-Fatawa al-Iqtisadiyyah. n.p. [in Arabic]
- Damiri al-Shafi'i, Kamal al-Din Mohammad ibn Musa ibn 'Isa ibn Ali (1425 AH). Al-Najm al-Wahhaj fi Sharh al-Minhaj. Jeddah: Dar al-Minhaj. [in Arabic]
- Emami, Seyed Hassan (1389 SH). Hoquq-e Madani. Tehran: Eslamiyeh. [in Persian]
- Fazel Lankarani, Mohammad (1419 AH). Tafsil al-Shari'ah. Qom: Markaz Feqhi A'emmeh Athar (peace be upon them). [in Arabic]
- Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud (1433 AH). Minhaj al-Salihin. Qom: Bonyad Feqh va Ma'aref Ahl al-Bayt. [in Arabic]
- Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud, and a group of researchers (1426 AH). Farhang-e Feqh motabeq mazhab Ahl al-Bayt (peace be upon them). Qom: Da'erat al-Ma'aref Feqh Ahl al-Bayt. [in Persian]
- Iravani Najafi, Mirza Ali (1385 SH). Hashiyat al-Makasib. Tehran: Kia. [in Arabic]

- Jawaheri, Sheikh Mohammad (n.d.). Al-Wadih fi Sharh al-‘Urwat al-Wuthqa –al-‘Aref. Qom: al-‘Aref. [in Arabic]
- Kasani Hanafi, ‘Ala’ al-Din Abu Bakr ibn Mas‘ud ibn Ahmad (1406 AH). Bada’i‘ al-Sana’i‘ fi Tartib al-Shara’i‘. Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah. [in Arabic]
- Khoei, Seyed Abolqasem (1377 SH). Misbah al-Fiqahah. Qom: Davari. [in Arabic]
- Khoei, Seyed Abolqasem (1418 AH). Mawsu‘at al-Imam al-Khoei. Qom: Mu’assasat Ihya’ Athar al-Imam al-Khoei. [in Arabic]
- Mo’asseseh Da’erat al-Ma‘aref al-Fiqh al-Eslami (n.d.). Farhang-e Feqh-e Farsi. n.p. [in Arabic]
- Mohaqqiq Damad, Seyed Mostafa (1390 SH). Qawa‘id al-Fiqh. Tehran: Markaz-e Nashr-e Oloum-e Eslami. [in Persian]
- Mousavi Khomeini, Rouhollah (1410 AH). Kitab al-Bay‘. Qom: Esma‘ilian. [in Arabic]
- Mousavi Khomeini, Rouhollah (n.d.). Tahrir al-Wasilah. Tehran: Mu’assasat Tanzim va Nashr Athar Imam Khomeini (RA). [in Arabic]
- Murawwij Jaza’iri, Seyed Mohammad Jafar (1416 AH). Huda al-Talib fi Sharh al-Makasib. Qom: Dar al-Ketab. [in Arabic]
- Naeini Mohammad Hossein (1410 AH). Monyat al-Talib. Qom: al-Maktabah al-Mohammadiyyah. [in Arabic]
- Najafi Jawaheri, Mohammad Hasan (1362 SH). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara’i‘ al-Islam. Beirut: Dar Ihya’ al-Turath al-‘Arabi. [in Arabic]
- Najafi Khansari, Sheikh Musa (n.d.). Monyat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib. Qom: al-Maktabah al-Mohammadiyyah. [in Arabic]
- Shahid Thani (1410 AH). Rawdat al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum‘ah al-Dimashqiyyah. Qom: Davari. [in Arabic]
- Sobhani, Sheikh Jafar (1414 AH). Al-Mukhtar fi Ahkam al-Khiyar. Qom: Mu’assasat. [in Arabic]



Redefining the Concept of *Property-Hood* (*Mālīyah*) and Its Impact on the Nature of Fiat Money and Cryptocurrencies

Mahdi shayeq: Ph.D. Graduate in Fiqh and Foundations of Islamic Law, University of Tehran (Corresponding Author).

Shayeq@ut.ac.ir

Mohammad eshaghi: Associate Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, University of Tehran.

m.eshaghi.a@ut.ac.ir

Abstract

Property-hood (*mālīyah*) is one of the key topics in Islamic jurisprudence of transactions (*fiqh al-mu‘āmalāt*). Many profound debates in monetary and financial matters—such as the nature of money, liability for currency devaluation, the legitimacy of money creation, and the status of cryptocurrencies—stem from an imprecise understanding of *property-hood*. In general, some objects are considered “property” (*māl*) and are subject to rulings such as liability (*ḍamān*) and validity of sale. Yet, what precisely constitutes the *property-hood* that grounds these rulings, and what criteria define it? Does the *Sharī‘ah* intend by *māl* whatever yields purposeful benefit, even if it has no market price? Or is it whatever has a market price, even if it lacks consumptive utility? Or must both conditions be met? To what extent do rational conventions (*i‘tibārāt ‘uqalā’*) influence this issue? Can conventionally ascribed status confer *property-hood* to something inherently devoid of it, or even assign existence to something that has no reality, and then further ascribe *property-hood* to that conventionally created existence? This study demonstrates that *property-hood* is an abstractly derived (*intizā‘ī*) concept rather than a conventional (*i‘tibārī*) one. Contrary to the common view, its origin lies in consumptive utility, not in price or exchange value. Hence, attributing conventional *property-hood* to objects lacking utility—or to purely fictitious entities—is impossible. An abstract notion cannot be derived without an external basis, and essential benefits cannot be assigned by convention. Although perceptual error may lead humans to regard as *māl* what is not truly property, ascribing *property-hood* to non-property amounts to customary extension of property rulings to non-property, which ultimately undermines the integrity of *Sharī‘ah* injunctions.

Keywords

Property (*Māl*), Property-Hood (*Mālīyah*), Money, Cryptocurrency, Fiat Money.

بازتعریف مفهوم «مالیت» و تأثیر آن بر ماهیت پول اعتباری و رمازرها^۱

مهدی شایق: دانش‌آموخته دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده

الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول). Shayeq@ut.ac.ir

محمد اسحاقی: دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

m.eshaghi.a@ut.ac.ir

چکیده

مالیت یکی از مباحث کلیدی در فقه معاملات است. اختلافات عمیق در مباحث پولی و مالی مانند ماهیت پول، ضمان کاهش ارزش پول، اکل مال به باطل بودن خلق نقدینگی، ماهیت رمازرها و... همه ریشه در فهم غیردقیق از مالیت دارد. به اجمال می‌دانیم برخی از اشیا مصداق «مال» هستند و احکامی مانند ضمان، صحت بیع و... دارند، اما آن مالیتی که موضوع این احکام است، دقیقاً به چه معناست و چه ضابطه‌ای دارد؟ آیا مراد شارع از مال آن چیزی است که منفعت مقصوده دارد ولو آنکه هیچ قیمتی در بازار نداشته باشد یا آن چیزی است که قیمت سوقیه دارد ولو آنکه هیچ ارزش مصرفی‌ای نداشته باشد یا اینکه هر دو مورد در صدق مفهوم مال شرط است؟ اعتبارات عقلا تا چه میزان در این مسئله مؤثر است؟ آیا می‌توان با اعتبار، چیزی را که فی‌نفسه فاقد مناط مالیت است، مالیت بخشید یا اینکه حتی چیزی را که اساساً هیچ وجودی ندارد، وجود آن را اعتبار کرد و سپس با اعتباری دیگر به این وجود اعتباری، مالیت بخشید؟ در این پژوهش اثبات می‌شود که مالیت از امور انتزاعی است نه اعتباری و از آنجاکه بر خلاف برداشت رایج، منشأ این انتزاع، ارزش مصرفی است نه قیمت و ارزش مبادله‌ای، جعل مالیت اعتباری برای اشیا فاقد منفعت و ارزش مصرفی و نیز اشیا اعتباری محض به هیچ وجه ممکن نیست؛ زیرا امر انتزاعی بدون تحقق خارجی منشأ انتزاع، انتزاع نمی‌شود و اعتبار امور تکوینی مانند منفعت موضوعی ناممکن است؛ هرچند ممکن است بر اثر خطای ادراکی، انسان چیزی را که مال نیست، مال بپندارد، اما اعتبار مالیت برای اشیا فاقد مالیت، چیزی جز سیره و حکم عرف در توسعه احکام مال به غیر مال و در نتیجه، هتک احکام شرعی نیست.

واژگان کلیدی: مال، مالیت، پول، رمازر، پول اعتباری.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری است

مقدمه

در سده‌های گذشته که بشر با موضوعات مالی با این پیچیدگی و صف‌ناپذیر روبه‌رو نبود، تمیز آنچه مال است از آنچه مال نیست، دشوار نبود. از این‌رو اثر چندانی از تبیین دقیق این مسئله در کتاب‌های فقهی متقدم دیده نمی‌شود و فهم «مالیت» عموماً به عرف عام موکول شده است، اما در روزگاری که بشر با مسائلی مانند پول اعتباری و رمزارز مواجه است که حتی عرف هم شناخت دقیقی از آن ندارد و بعضاً فریب می‌خورد، دیگر نمی‌توان شناخت آن را به عرف موکول کرد.

در واقع، اختلافات عمیق موجود در مباحث پولی و مالی مانند ماهیت پول، مثلی یا قیمی بودن پول، ضمان کاهش ارزش پول، شبهه ربوی بودن عقود بانکی، اکل مال به باطل بودن خلق نقدینگی، ماهیت رمزارزها و... ریشه در فهم غیردقیق از مالیت دارد. در مقام تبیین پرسش پژوهش باید گفت که اولاً، به اجمال می‌دانیم بعضی از اشیا واجد وصف «مالیت» هستند و به اصطلاح «مال» نامیده می‌شوند و احکامی عرفی و شرعی مانند ضمان، صحت بیع، ممنوعیت تصرف در مال دیگران و... دارند، اما پرسش این است که آن مالیتی که موضوع این احکام است، دقیقاً به چه معناست و چه ضابطه و مناطی دارد؟

ثانیاً، اعتبارات عقلاً تا چه میزان در این مسئله مؤثر است و آیا می‌توان با اعتبار و توافق، چیزی را که فی‌نفسه فاقد مناط مالیت است، مالیت بخشید یا اینکه از این هم فراتر رفت و چیزی را که اساساً هیچ وجودی ندارد، وجود آن را اعتبار کرد و سپس با اعتباری دیگر به این وجود اعتباری مالیت بخشید؟

نکته بسیار مهم اینکه، بی‌شک در مباحث فقهی «مالیت» به معانی متعددی استعمال شده است و چه‌بسا همین تعدد معانی باعث خلط‌هایی شده باشد، اما در این مقام آن مالیتی مقصود است که فقدان آن باعث اکل به باطل بودن معامله می‌شود و وجودش سبب ترتب آثار فراوانی از جمله حرمت تصرف در مال غیر و ضمان می‌شود. بنابراین، اگر در پایان تعریفی از مالیت ارائه دهیم که ما را به این مقصود نرساند، بلکه از آن دورتر کند و ناچار شویم مناط و موضوع دیگری برای این احکام بیان کنیم، بی‌شک راه را اشتباه رفته‌ایم.

در این پژوهش، با روش کتابخانه‌ای، ابتدا اطلاعات و داده‌های پژوهش گردآوری شده است. سپس با روش توصیفی-تحلیلی موضوع حکم فقهی و درنهایت، با روش استنباطی حکم این موضوع تبیین شده است.

۱. پیشینه تحقیق

مراجعه به میراث فقهی بیان‌کننده این است که تعاریف و برداشت‌های بسیار متفاوتی از مال و مالیت صورت گرفته است که هرکدام نتایج و ثمرات متفاوتی در پی دارد. برای مثال، برخی مالیت را از حیثیات واقعی (اصفهانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶) و برخی دیگر از حیثیات غیرواقعی دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۱۱). برخی مالیت را موضوعی حقیقی و برخی اعتباری دانسته و برخی قائل به تفصیل شده‌اند.^۱ حتی گاه مشاهده می‌کنیم که یک فقیه نظرات متفاوتی در رابطه با مالیت بیان می‌دارد.

آنچه در کتاب‌های فقهی در این باره بیان شده است، در بهترین حالت از سه‌چهار صفحه تجاوز نمی‌کند. عموماً در خلال مباحث فقهی (به‌خصوص مبحث مکاسب محرمة) به این مسئله اشاره شده است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۴۶؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۳۶؛ رشتی، بی‌تا ب، ج ۱، ص ۵۰۹؛ ایروانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۵).

در روایات هم اثری از لفظ «مالیت» بدین معنا نیست و «عدم مالیت» از برخی احکام وارده در روایات انتزاع شده است (کاشف‌الغطا، بی‌تا، ج ۱، ص ۸۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۱۵۵؛ نایینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۶؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۵۲۸).

باوجوداین، در سال‌های اخیر توجه برخی محققان به این مسئله معطوف و نظریاتی در این رابطه مطرح شده است که بیان آن خواهد آمد.

از مهم‌ترین آثاری که در این زمینه به رشته تحریر درآمده، می‌توان به مقاله «ضابطه مال بودن در مباحث فقهی» (یوسفی، ۱۳۹۹)، کتاب *تحلیل ماهیت پول و بنیان‌های اعمال سیاست پولی در اقتصاد اسلامی* (توسلی، ۱۳۹۴)، *تقریرات خارج رمزارزها* (مدرسی یزدی، ۱۳۹۹)، *تقریرات خارج فقه پول* (شهیدی، ۱۳۹۷) و نیز *تقریرات خارج فقه بیت‌کوین و رمزارزها* (مروی، ۱۴۰۰) اشاره کرد. در ادامه، مهم‌ترین آرا و نظراتی که این محققان بیان کرده‌اند، به‌اجمال گفته می‌شود.

- مالیت همان قیمت اشیا یا آنکه ملازم با قیمت اشیاست.

- قیمت داشتن و قابلیت فروش شیء و در نتیجه، واسطه مبادله واقع شدن، یکی از منافع تحقق بخش مالیت است.
 - اقدام عرف به معامله شیء و بذل مال در مقابل آن، دلیل مالیت شیء است.
 - فرقی نمی کند بذل مال در مقابل شیء برای تحصیل منافع ذاتی شیء باشد یا خیر. از این رو صرف بذل مال با هر انگیزه‌ای که باشد، برای صدق مالیت کفایت می کند.
 - منشأ انتزاع مالیت در صورت انتزاعی بودن، قیمت داشتن یا معامله شیء در بازار است.
 - مالیت اشیا همان ارزش مبادله‌ای اشیا است.
- گفتنی است که همه این فروض با اشکالات جدی مواجه است که در این پژوهش تبیین می شود.
- وجه افتراق این پژوهش با پژوهش‌های پیشین این است که منشأ انتزاع مالیت را منافع ذاتی اشیا می داند. به دیگر عبارت، مالیت اشیا تابع ارزش مصرفی اشیاست نه ارزش مبادله‌ای. در نتیجه، صرف معامله شیء در بازار سبب حدوث مالیت نمی شود. از این رو اعتبار مالیت برای شیء فاقد مالیت، تأثیری در مالیت آن ندارد و معاملات آن را از عنوان اکل به باطل خارج نمی کند. نتایج دیگری بر این نظریه مترتب می شود که در مباحث آینده بیان خواهد شد.
- به نظر می رسد یکی از مهم ترین چالش‌های پژوهش‌های سابق ذبح شدن هدف از تبیین مالیت است. همان گونه که در مقدمه گذشت، هدف از تبیین مالیت فهم دقیق از موضوع و مناط احکامی مانند ضمان، حرمت تصرف، صحت بیع و اکل مال به باطل است، اما تعریفی که بسیاری از محققان معاصر از مالیت ارائه داده اند، سبب شده است تا مالیت نه مناط صحت بیع باشد نه فقدان سبب اکل به باطل بودن معامله و نه وجودش برای حرمت تصرف و ضمان ضروری باشد. از این رو اینکه گروهی از فقها در ضرورت وجود مالیت در قوام بیع تشکیک کرده اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۷؛ خویی، بی تا ج، ۵، ص. ۱۲) یا موضوع برخی احکام مانند حرمت تصرف در مال غیر را چیزی غیر از مالیت دانسته اند (خویی، بی تا ب، ج ۵، ص. ۳۷۴)، ریشه در تعاریف

متفاوتی است که از مالیت ارائه کرده‌اند.

۲. مالیت چه نوع موضوعی است؟

برخی فقها مالیت را مطلقاً موضوعی اعتباری دانسته‌اند (آملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۱۲۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۸۵؛ یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۷۷).^۲ برخی دیگر قائل به تفصیل شده، مالیت برخی از اشیا مانند طلا و نقره را حقیقی و مالیت برخی دیگر مانند پول را اعتباری دانسته‌اند (خمينی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۶۱۳؛ سند، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۴۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۹).

نگاه دقیق به مباحث و پژوهش‌های موجود، بیان می‌کند که در عموم مباحث فقهی به‌رغم آنکه مالیت را موضوعی اعتباری دانسته‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۸۵؛ یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۷۷)، برای آن مناطی تکوینی مانند منفعت، خواص و مرغوبیت نزد عقلا بیان کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۳۸؛ رشتی، بی‌تا الف، ج ۱، ص. ۵۲۰؛ نایینی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۳).

اکنون پرسش این است که چگونه ممکن است مناط موضوع اعتباری، موضوع تکوینی باشد درحالی‌که رابطه تولیدی (سبب و مسببی) بین اعتباریات و حقیقیات برقرار نیست و امکان ندارد موضوع حقیقی سبب موضوع اعتباری باشد. (طباطبایی و شریعتی سبزواری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۴۱).

بنابراین، اینکه برخی محققان منشأ حدوث منفعت را اعتبار دانسته (مدرسی یزدی، ۱۳۹۹) و برخی دیگر ارزش استعمالی پول‌های رایج را اعتباری دانسته‌اند (یوسفی، ۱۳۹۹، ص. ۴۱) محل تأمل است. زیرا منفعت موضوعی تکوینی است، ازاین‌رو نه می‌توان آن را اعتبار کرد و نه می‌توان آن را معلول موضوعی اعتباری دانست.

ممکن است منشأ این خلط این تصور باشد که امثال بلیت، تمبر، کوپن و... دارای منفعت اعتباری هستند، اما آنچه در اینجا اتفاق افتاده است، اعتبار منفعت برای یک شیء بی‌ارزش نیست، بلکه منفعت موجود خارجی (مانند برنج و روغن و...) یا منفعت حقیقی مفروض‌الوجود در آینده (مانند حمل مسافر و حمل کالا)، به شیء بی‌ارزشی مانند بلیت و کوپن نسبت داده شده است. در واقع، مفاد اعتبار نسبت منفعت موجود یا

مفروض الوجود به شیء خاص است نه اعتبار نفس منفعت؛ چنانکه در اعتبار مالکیت، شیء موجود خارجی را اعتباراً به شخص خاصی نسبت می‌دهیم. ازاین‌رو در امثال کوپن، تمبر و بلیت آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد، منفعت تعهدشده است نه نفس کاغذ. بنابراین، قیاس آن با پول اعتباری که تعهدی در پی ندارد، قیاس مع الفارق است، اما اگر منشأ چنین خلطی این تصور باشد که منفعت و ارزش استعمالی پول اعتباری (که به اعتقاد قائلان، همان قدرت خرید و واسطه مبادلات بودن است) معلول اعتبار است، باید بگوییم در امثال پول و رمزارز مطلقاً هیچ منفعت و ارزش استعمالی‌ای وجود ندارد و این از بزرگ‌ترین اشتباهاتی است که نظریه‌پردازان معاصر بدان دچار شده‌اند. تفصیل این مطلب در مباحث آتی خواهد آمد.

از آنچه گذشت، معلوم شد که منفعت موضوعی تکوینی است و امکان ندارد علت یا معلول موضوعی اعتباری باشد. ازاین‌رو یا باید از اعتباری بودن مالیت دست کشید یا اینکه آن را به‌گونه‌ای تبیین کرد تا با دیگر مفروضات در تعارض نباشد. برای پاسخ دقیق‌تر به پرسش یادشده لازم است درک دقیقی از امور اعتباری داشته باشیم.

۲-۱. تبیین امور اعتباری

در اصطلاح، لفظ اعتباریات دو معنای مهم دارد. در یک معنا که در علوم اجتماعی کاربرد دارد، مراد از اعتباریات اموری است که وضع و رفع آن به دست بشر است و با قراردادهای انسانی وضع یا مرتفع می‌شوند مانند پیمان زوجیت، ملکیت، مناصب اجتماعی، وجوب، حرمت و مانند این‌ها. این نوع از اعتباریات، اعتباریات عقلایی (اجتماعی) هستند.

در مقابل این قسم، اعتبارات عقلانی (معقولات ثانی فلسفی) قرار دارد و عموماً در مباحث فلسفی مطرح است. در این اصطلاح، اعتباریات به مفاهیمی اطلاق می‌شود که به‌طور مستقیم و مستقل مصداق خارجی ندارند، بلکه عقل انسانی آن‌ها را به‌گونه‌ای خاص انتزاع می‌کند. در واقع، این امور انتزاعی، احکام و صفاتی هستند که بر مفاهیم موجود در خارج صدق می‌کنند و ذهن خلاق انسان با نگرستن به خارج، آن‌ها را انتزاع کرده است مانند حدوث و قدم، علت و معلول، فوقیت و تحتیت، تقدم و تأخر و... . ازاین‌رو مفهومی مانند فوقیت نه به‌طور مستقل در خارج موجود است و نه

می‌توان گفت موضوعی اعتباری است که وضع و رفع آن به دست عقلاست و هیچ ارتباطی با واقعیت خارجی ندارد، بلکه باید بگوییم این ذهن انسان است که فوقیت را از مقایسه موقعیت دو شیء انتزاع کرده است. این دسته از مفاهیم را اعتباریات عقلانی یا معقولات ثانی فلسفی می‌نامند.

این نوع از اعتباریات را نمی‌توان لغو کرد؛ زیرا اعتبار آن عقلانی است نه عقلایی.

۲-۲. مالیت از اعتبارات عقلانی است

اکنون با این مقدمه باید بگوییم برخلاف تصور شایع، مالیت از اعتبارات عقلانی است نه اعتبارات عقلایی. از این رو اگر طلا نزد مردم ارزشمند است و مال تلقی می‌شود، هیچ واضع و معتبری اعتبار نکرده است که این فلز به این مقدار ارزشمند باشد و مال به شمار آید، بلکه این منافع بسیار این فلز است که باعث شده است مورد رغبت عقلا باشد^۳ و عقل انسانی در چنین مقامی مالیت را انتزاع می‌کند و آن شیء را ارزشمند می‌خواند^۴. به بیان دیگر، اعتبار عقلایی (اجتماعی) ولو اینکه معتبر و واضع آن شارع مقدس (بما هو شارع) باشد، هیچ تأثیری در ارزشمندی شیء نخواهد داشت؛ زیرا ارزش که نوعی محبوبیت و مرغوبیت نزد عقلاست، زاییده اموری تکوینی مانند منفعت است و اعتبارات عقلایی صرف مانند آنچه در بیع و نکاح و مانند آن رخ می‌دهد، هیچ تأثیری در این امور تکوینی ندارد،

اما اینکه عموم پژوهش‌ها مالیت را از اعتباریات اجتماعی فرض کرده‌اند، خلط بین اعتباریات اجتماعی و اعتباریات فلسفی است که منجر به اشتباهات بسیاری شده است. باین حال، چند تن از فقها و محققان به درستی به این نکته اشاره کرده‌اند.

محقق اصفهانی تأکید دارد که مالیت از امور اعتباری است، اما از توضیحاتی که در ادامه بیان کرده، به خوبی روشن است که مراد ایشان اعتبارات عقلانی است نه عقلایی. طبق نظر ایشان، هرگاه شیء «ذاتا» به گونه‌ای باشد که نوع آدمی بدان متمایل باشد و مال خود را در مقابل آن بذل کند، از آن شیء عنوان مالیت انتزاع می‌شود (اصفهانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۷۷). ایشان در ادامه همین مطلب تأکید دارند که مالیت از «حیثیات ذاتی» اشیاست و این گواه دیگری بر این مطلب است که مراد ایشان اعتبارات عقلی و فلسفی بوده است.

شهید مطهری (رحمت‌الله) نیز در موضعی به این مطب اشاره می‌کند. ایشان بیان می‌دارد «ارزش نه ذاتی اشیاست که از قبیل صفات فی‌نفسه اشیا باشد و نه اعتباری و قراردادی است» (مطهری، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۱۳۰).

این نظر ثمرات متعددی دارد که در ادامه مباحث به برخی از آن‌ها خواهیم پرداخت، اما باید یادآور شد که این نظر در صورتی مثمر است که منشأ انتزاع مالیت به‌درستی تبیین شود و گرنه ثمره چندانی نخواهد داشت.

۲-۳. منشأ انتزاع مالیت

اینکه منشأ انتزاع مالیت چه باشد، لوازم بسیار مهمی دارد. اگر منشأ انتزاع مالیت را منافع تکوینی و به عبارت دقیق‌تر، ارزش استعمالی شیء بدانیم، هم‌زمان دست شارع و عرف را از هرگونه دخل و تصرفی در مالیت کوتاه کرده‌ایم؛ زیرا نه عرف و نه شارع می‌تواند در ارزش استعمالی اشیا دخل و تصرف کند، اما اگر منشأ انتزاع مالیت را معاملات کالا و قیمت بازاری (ارزش مبادله‌ای) بدانیم، دست شارع را از دخل و تصرف در مالیت کوتاه کرده‌ایم بی‌آنکه ذره‌ای از قدرت عرف در وضع مالیت کاسته باشیم؛ زیرا در این صورت منشأ انتزاع مالیت چیزی جز عمل عرف (معامله کالا) نیست. عموم محققانی که مالیت را موضوعی انتزاعی دانسته‌اند، بر همین باورند (یوسفی، ۱۳۹۹، ص. ۴۷). تنها تفاوت این فرض با نظری که مالیت را اعتباری اجتماعی می‌داند، این است که در صورت اعتباریت صرف، دست شارع هم برای وضع و رفع مالیت باز است، اما در این فرض امکان تغییر مالیت توسط شارع وجود ندارد.

نخستین تالی فاسد این نظریه این است که تکرار عمل، محرم و باطل، مناط حلیت و صحت آن خواهد بود؛ توضیح مطلب اینکه، طبق این نظر اگر عرف به مبادله شیئی که مطلقاً ارزش و نفعی ندارد (که طبعاً معامله آن باطل و تملک ثمن آن مصداق اکل به باطل است) روی آورد و این عمل حرام را تکرار کند، لاجرم مالیت می‌یابد و دیگر معامله آن مصداق اکل به باطل نخواهد بود! چنان‌که عین این اتفاق هر روز در رمزارزها در جریان است و گروهی از فقها بر همین اساس مالیت رمزارزهای رواج‌یافته مانند بیت‌کوین را امضا کرده‌اند (مدرسی یزدی، ۱۳۹۹؛ مروی، ۱۴۰۰).

این نظریه اشکالات دیگری نیز دارد که در ادامه مباحث تبیین خواهد شد. در ادامه مباحث اثبات می‌شود که آن مالیتی که موضوع احکام شرعی متعدد است، منوط به ارزش مصرفی اشیاست نه ارزش مبادله‌ای؛ هرچند ممکن است ارزش مصرفی علت تامه نباشد.

۲-۴. اعتبار مالیت توسط عرف و شارع

از آنچه بیان شد این اشکال به ذهن متبادر می‌شود که این اموالی که تنها به عنایت اعتبار مالیت یافته‌اند و هیچ منفعت مقصوده‌ای ندارند، چیست؟!

این مسئله سبب شده است که عموم فقها و محققان قائل شوند که مالیت اشیا دو گونه است. گاه مالیت و ارزشمندی اشیا تکوینی است و گاه اعتباری است مانند پول اعتباری که مالیت آن منوط به اعتبار عقلاست (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۶۱۳؛ سند، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۴۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۹).

از سویی اگر منشأ انتزاع مالیت را ارزش مصرفی اشیا دانستیم، هیچ مجالی برای مالیت اعتباری نمی‌ماند؛ زیرا ارزش مصرفی قابل اعتبار نیست و اگر منشأ انتزاع مالیت را ارزش مبادله‌ای اشیا دانستیم، هیچ مالیت تکوینی‌ای باقی نمی‌ماند؛ زیرا حتی طلا و نقره هم مادامی‌که توسط عقلا مبادله و قیمتی برای آن تعیین نشود، فاقد ارزش مبادله‌ای است.

در پاسخ به تعارض یادشده باید بگوییم اینکه تصور شود با اعتبار صرف می‌توان شیء بی‌ارزشی را ارزشمند قرار داد، از اساس اشتباه است. آری؛ عقلا می‌توانند اعتبار کنند که «با این شیء بی‌ارزش همان‌گونه رفتار می‌کنیم که با طلای ارزشمند رفتار می‌کنیم» و این اعتبار و به تبع آن رفتار عقلا، ممکن است برای برخی موهم ارزشمندی حقیقی و مالیت آن شیء شود، اما همان افراد وقتی دقیق می‌نگرند، به عدم ارزش حقیقی آن شیء اعتراف می‌کنند. شاهد این مدعا اذعان گروهی از اقتصاددانان به بی‌ارزشی ارزهای دیجیتال (Nicholas Taleb, 2021) و اذعان گروهی دیگر به بی‌ارزشی پول‌های کاغذی است (Gregory Mankiw, 2015, p. 220).

توضیح بیشتر اینکه، اعتبار عقلا چیزی فراتر از عمل عقلا نیست و اساساً اعتبارات اجتماعی در ورای ظرف عمل تحقیقی ندارند (طباطبایی و شیروانی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص.

۱۵۲). برای مثال، در اعتبار ریاست اگر مطاع بودن رئیس در مقام عمل و اعمال قدرت او و ضمانت اجرایی ریاست او (اعم از عقاب دنیوی و اخروی) نباشد، این اعتبار هیچ معنا و ارزشی ندارد و توهمی بیش نیست. همچنین است اعتبار ملکیت بدون حق دخل و تصرف مالک در ملک خود و نیز اعتبار زوجیت بدون حق اعمال حقوق زوجیت. اعتبار مالیت یا اعتبار عدم مالیت توسط عقلا چیزی جز التزام عملی یا حکم عقلا به لوازم مالیت یا عدم مالیت نیست. بنابراین، اگر عقلا توافق کردند که با شیئی بی‌ارزش (مانند اسکناس یا رمزارز) به‌گونه‌ای رفتار کنند که با شیء ارزشمندی مانند طلا رفتار می‌کنند، این عمل عقلا به معنای جعل مالیت برای اسکناس است.

برعکس، اگر عقلا با چیزی که در نگاه عقل دارای ارزش (ولو ناچیز) است آن‌گونه رفتار کنند که با اشیای بی‌ارزش رفتار می‌کنند، به معنای اعتبار عدم مالیت است. در واقع، اینکه عرف متلف یک دانه گندم را ضامن نمی‌داند یا اقدام به معامله آن نمی‌کند، نه از این‌روست که عقل آن را مطلقاً بی‌ارزش می‌داند و مال نمی‌داند، بلکه عرف به چنین ارزش اندکی اعتنا نمی‌کند و آن را در حکم بی‌ارزش قلمداد می‌کند. از این‌رو یک دانه گندم مالیت عقلی دارد، اما مالیت عرفی و عقلایی ندارد.

بنا بر آنچه بیان شد، باید بگوییم مالیت امثال اسکناس که ارزش مصرفی ندارند و برعکس، عدم مالیت برخی از اشیای دارای ارزش مصرفی مثل یک دانه گندم و یک دانه خرما، ادارک عرف نیست، بلکه سیره و حکم عرف است. از این‌رو هر دوی این موارد برای حجیت نیازمند امضای شارع است که در ادامه مباحث بیان آن خواهد آمد.

همه نزاع‌های موجود بر سر مالیت، ضمان و حرمت تصرف در اشیای کم‌ارزشی مانند چند دانه گندم (رشتی، بی‌تا پ، ۲۶؛ مطهری، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۴۴؛ منتظری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۵۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۹)، ناشی از خلط بین مالیت عقلی و مالیت عقلایی است.

در واقع، برخلاف تصور رایج، موضوع احکام فقهی یادشده، مالیت عقلی و ذاتی اشیاست نه مالیت اعتباری که البته در ادامه به تفصیل این مطلب به اثبات خواهد رسید. با پذیرش این مبنا، اختلاف فقها بر سر امکان نفی مالیت برخی اشیا مانند آلات

قمار توسط شارع (حکیم، بی تا، ج ۱، ص. ۲۳۶؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۰) نیز حل می شود؛ زیرا مالیت شرعی نیز حکم شارع به التزام یا عدم التزام به لوازم مالیت است.

۳. چستی و مناط مالیت

در بیان مفهوم و مناط مالیت برخی مالیت را هم معنای واژه ارزش دانسته اند. عده ای هم مالیت را مساوی قیمت یا ملازم قیمت داشتن دانسته اند. در ادامه، ضمن بررسی این دو موضوع، مناط مالیت تبیین خواهد شد.

۳-۱. رابطه قیمت و مالیت

مشاهده کتاب های فقهی بیان می کند که در مواردی مالیت هم معنای قیمت یا ملازم قیمت داشتن تلقی شده است (آملی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۱۲۱؛ خویی، بی تا الف، صص. ۵۷۲ و ۵۷۴)

درحالی که یکی دانستن مالیت و قیمت با اشکالاتی اساسی روبه روست که در ادامه بیان خواهد شد.

۱. قیمت از اعتبارات عقلایی است، اما مالیت از اعتبارات عقلانی است. ازاین رو امکان ندارد این دو یک چیز باشند؛ زیرا قیمت حاصل توافق طرفین معامله یا اعتبار فروشنده است. ازاین رو وضع و رفع آن به دست انسان است حال آنکه وضع و رفع مالیت به دست انسان نیست و این ذهن انسان است که از سلسله اموری آن را انتزاع می کند.

اساسا عقلا می توانند چیزی را که مال نیست و ارزشی ندارد، نازل منزله شیء ارزشمند قرار دهند و برای آن بهای گزافی پرداخت کنند. بنابراین، قیمت اشیا در گروهی اراده و اعتبار عقلاست نه مالیت آن.

گفتنی است آن ارزشی که پس از اعتبار عقلا از اشیا انتزاع می شود (ارزش مبادله ای)، غیر از مالیت است که بیان آن خواهد آمد.

۲. قیمت دانستن مالیت مستلزم این تالی فاسد است که اگر عرف از خرید شیء ارزشمندی امتناع کرد، آن شیء فاقد وصف مالیت باشد. برای مثال، اگر جامعه ای به

دلیل جهلش، ارزش کتاب گران‌سنگی را ندانست و حاضر به پرداخت هیچ وجهی در مقابل آن نبود، باید بگوییم این کتاب مالیت ندارد و در نتیجه، معامله آن صحیح نیست و متلف آن ضامن نیست حال آنکه بالوجدان می‌دانیم معامله آن صحیح و متلف آن ضامن است.

همچنین، اگر جامعه فریب‌کاران را خورد و به شیء بی‌ارزشی بها داد، باید آن شیء را مال بدانیم و لوازم مالیت را بر آن بار کنیم حال آنکه قطعاً چنین نیست. بنابراین، نه تنها مفهوم مالیت با مفهوم قیمت مغایر است، بلکه هیچ ملازمه‌ای بین آن‌ها نیست.

۳-۲. رابطه ارزش و مالیت

بی‌تردید در نگاه نخست، «ارزش» بهترین و دقیق‌ترین پاسخ برای چیستی مالیت است؛ چنان‌که برخی فقها نیز به این معنا تصریح کرده‌اند (حسینی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۳۶)، اما مسئله این است که خود ارزش نیز معانی و تعاریف متعددی دارد. از این رو باید ببینیم کدام تعریف از ارزش می‌تواند معادل «مالیت» باشد.

۳-۲-۱. ارزش از منظر علم اقتصاد

مهم‌ترین ابهام این است که کدام ارزش مدنظر است؛ «ارزش مصرفی» یا «ارزش مبادله‌ای»؟

ارزش مصرفی از ویژگی‌های کیفی محصول که آن را برای مصرف مطلوب می‌سازد، انتزاع می‌شود (حسینی، ۱۳۹۹، ص. ۳).

ارزش مبادله‌ای از این نگاه برآمده است که هنگام مبادله دو شیء ارزشمند (دو کالا)، چیز هم‌ارزی در این دو کالا وجود دارد. برای مثال، هنگام مبادله یک گرم طلا با چند کیلوگرم گندم، مسلماً ارزش مصرفی این دو کالا برابر نیست. لاجرم باید ارزش دیگری در این دو کالا مساوی باشد که آن را «ارزش مبادله‌ای» نامیده‌اند (حسینی، ۱۳۹۹، ص. ۳).

اقتصاددانان در نظریه‌های ارزش خود تلاش فراوانی کرده‌اند تا ملاک و مناط دقیقی برای تعیین میزان این ارزش بیابند تا تعیین قیمت واقعی و عادلانه کالا و در نتیجه، سهم

هریک از ارکان تولید و توزیع معین شود، اما به نظر می‌رسد این تلاش ناکام مانده است. از این رو برخی اقتصاددانان نئوکلاسیک اساساً منکر وجود چنین مناطی برای ارزش مبادله‌ای شده‌اند (Pareto, 1909, p. 246)

به نظر می‌رسد منشأ این بن‌بست آن است که برخلاف فرض یادشده، ارزش مبادله‌ای متأخر از قیمت است نه متقدم بر آن و قیمت متأثر از عوامل مختلفی از جمله اراده انسان است. انسان می‌تواند شیئی را که هیچ ارزشی ندارد، به قیمت گزافی معامله کند. اگر چنین اتفاقی پیاپی رخ دهد، ذهن انسان همان شیء بی‌ارزش (به لحاظ مصرفی) را به لحاظ مبادلی با ارزش می‌پندارد.

در مباحث فقهی اثر چندانی از این تفکیک دیده نمی‌شود. این موضوع باعث بروز اشتباهاتی شده است. برای نخستین بار شهید صدر (رحمت‌الله) این تفکیک را وارد مباحث فقهی و بر اساس آن، برخی مشکلات مهم فقهی را حل کرد (صدر و هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۵۱۴).

۳-۲-۲. تبیین آرای فقها در رابطه بین ارزش و مالیت

بی‌تردید اظهار نظر قطعی درباره برداشت فقها در نوع رابطه میان «ارزش» و «مالیت» کار دشواری است؛ زیرا اساساً چنین مفهومی در میان فقها مطرح نبوده است. از این رو تنها راه ممکن این است که از خلال آرا و تعابیر فقها، برداشت آنان را نسبت به این مسئله تبیین کنیم.

گروهی از فقها، مالیت اشیا را دایره مدار «ارزش استعمالی» آن‌ها دانسته‌اند. از این رو با مناط «منفعت مقصوده» که حاکی از مصارف و منافع عینی اشیاست، آن را تعریف کرده‌اند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۴۰۰؛ حلی (علامه)، ۱۳۷۳، ج ۱۰، صص. ۶۷، ۲۱۴، ۲۵۳ و ۲۹۵؛ فخرالمحققین، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۰۱؛ شهید ثانی، بی‌تا الف، ج ۳، ص. ۲۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۹). نکته مهم در اینجا این است که طبق این مناط، قیمت داشتن اهمیت چندانی ندارد. ملاک اصلی، وقوع معامله به انگیزه منفعت حلال موجود در شیء است؛ به گونه‌ای که معامله صورت گرفته سفیهانه نباشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۵۷؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۳۵؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۳). از این رو می‌توان خون

طاهر را به انگیزه رنگ آمیزی خریداری کرد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۷) حال آنکه قیمت بازاری و ارزش مبادله‌ای ندارد، اما از آنجاکه مالیت (ارزش استعمالی) دارد و بیع آن عقلایی است (نه سفهی)، معامله آن جایز و صحیح است. به همین دلیل است که گروهی از فقها بر مالیت اشیایی که به لحاظ مبادله‌ای بی‌ارزش است (مانند یک دانه گندم) تأکید کرده‌اند و اساساً هر چیزی را که به ملکیت درآید، مال دانسته‌اند.^۵ گروهی دیگر از فقها، مالیت اشیا را «ارزش مبادله‌ای» آن‌ها در نظر گرفته‌اند. از این‌رو ملاک‌هایی در تبیین مالیت بیان کرده‌اند که بیشتر ناظر به ارزش مبادله‌ای اشیاست. مناط‌هایی مانند «مرغوبیت نزد عقلا» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۷؛ خویی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۴؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص. ۴۱۳)، «اعتبار عقلایی»^۶ (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۲۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۸۵) و تقاضای نسبی (عرضه و تقاضا) (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۴۶) از این قبیل است.^۷

یکی از مهم‌ترین مظاهر این برداشت، تعریف مالیت به «ما بیذل بازائه المال» است. (حلی (علامه)، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۶۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۳، ص. ۸)، اما این تعریف بعدها مورد انتقاد شدید فقها واقع شد و آن را مستلزم دور دانستند (ایروانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۶۵).

باید توجه داشت در مباحث فقهی تفکیکی میان «ارزش مصرفی» و «ارزش مبادله‌ای» صورت نگرفته است. از این‌رو چه‌بسا فقهی در یک موضع در تبیین مالیت، آن را منطبق بر «ارزش مصرفی» تفسیر و در موضعی دیگر آن را منطبق بر «ارزش مبادله‌ای» تبیین کرده باشد. از این‌رو علامه حلی در یک موضع مالیت را مطابق با مشخصه‌های «ارزش مصرفی» (حلی (علامه)، ۱۳۷۳، ج ۱۰، ص. ۶۷) و در جایی دیگر مطابق با مؤلفه‌های «ارزش مبادله‌ای» (حلی (علامه)، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۶۵) تعریف کرده است. شبیه چنین اختلافی در آرای محقق خویی نیز مشاهده می‌شود (خویی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۴ و ۳۴).

شهید صدر (رحمت‌الله علیه) در مقام بیان مناط مالیت، وجود هر دو ارزش را ضروری می‌داند. ایشان بیان می‌دارد که شیئی که ارزش استعمالی ندارد، اساساً ارزش

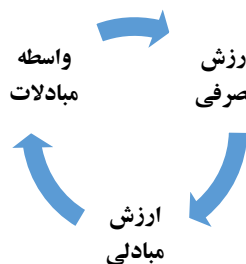
مبادله‌ای هم ندارد. ازاین‌رو ارزش استعمالی در تکوین ارزش تبادلی دخیل است، اما علت تامه آن نیست. بنابراین، علاوه بر آن، عامل عرضه و تقاضا هم در تکوین ارزش مبادلی دخیل است (صدر و حسینی حائری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص. ۶۳۳). مهم‌ترین اثر این نظریه بر آرای ایشان این است که ایشان برخلاف گروهی از فقها، قائل به ضمان اتلاف مالیت^۸ در صورت کاهش ارزش مصرفی شده‌اند. ازاین‌رو در جایی که شخصی یخ دیگری را تا فصل زمستان حبس می‌کند، از آنجاکه کاهش مالیت به سبب کاهش منافع یخ در زمستان و ازاین‌رو ارزش مصرفی آن است، حبس‌کننده ضامن است، اما اگر کاهش قیمت تنها ناشی از نوسانات بازار و تغییرات عرضه و تقاضا باشد، حبس‌کننده ضامن نیست؛ زیرا ارزش مصرفی از حیثیات واقعی اشیاست و مانند دیگر حیثیات واقعی، اتلاف آن ضمان‌آور است، اما در صورت تقلیل ارزش مبادله‌ای، ضرر حقیقی متحقق نمی‌شود و ضرر تنها موضوعی تقدیری و فرضی است. بدین معنا که اگر به‌فرض شخص، پیش‌تر آن را با مالی دیگر مبادله می‌کرد، نسبت به الان مال بیشتری تحصیل می‌کرد و چنین نقصی ضرر حقیقی نیست (صدر و حسینی حائری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص. ۶۳۴).

به‌رغم محاسن یادشده، اشکالاتی هم بر این نظر وارد است. اول اینکه، ثابت شد که ارزش مبادلی همیشه مترتب بر ارزش مصرفی نیست و چه‌بسا شیئی که هیچ منفعتی ندارد با اعتبار عقلا واجد ارزش مبادلی شود. مثال بارز آن، پول اعتباری و رمزارز است که به اعتراف اقتصاددانان فاقد ارزش مصرفی هستند و بیان آن به‌تفصیل گذشت.

دوم اینکه، ایشان بیان داشته‌اند شیء فاقد ارزش مصرفی، فاقد ارزش مبادلی و در نتیجه، فاقد مالیت است که مخالف مبنای ایشان در مال دانستن پول‌های اعتباری است که ارزش مصرفی ندارند.

البته ممکن است اشکال شود که منفعت پول‌های اعتباری، واسطه مبادله بودن آن (قدرت خرید) است. در پاسخ می‌گوییم این سخن مستلزم دور است؛ زیرا قدرت خرید تنها در صورتی متحقق می‌شود که شیء ارزش مبادلی داشته باشد. ازاین‌رو قدرت خرید فرع ارزش مبادله‌ای است؛ زیرا تا چیزی قیمت و ارزش مبادله‌ای نداشته

- باشد، نمی‌تواند واسطه مبادلات باشد و قدرت خریدی ایجاد نمی‌کند.
- از سویی طبق مبنای ایشان، تا شیئی ارزش مصرفی نداشته باشد، ارزش مبادلی ندارد؛ یعنی ارزش مبادلی هم فرع ارزش مصرفی است. در نتیجه:
- قدرت خرید $\leftarrow$ متوقف بر ارزش مبادله‌ای $\leftarrow$ متوقف بر ارزش مصرفی.
 - حال اگر بگوییم «قدرت خرید پول همان ارزش مصرفی آن است»، معنای عبارت سابق این می‌شود:
 - ارزش مصرفی $\leftarrow$ متوقف بر ارزش مبادله‌ای $\leftarrow$ متوقف بر ارزش مصرفی و این بداهتاً باطل است.



گفتنی است طبق مبنای مختار (که ارزش مبادلی تابع اراده و اعتبار افراد است و لزوماً تابع ارزش مصرفی نیست) چنین اشکالی از اساس وارد نمی‌شود.

سوم اینکه، لازمه دیگر این نظریه، عدم ضمان کاهش ارزش پول اعتباری است؛ زیرا پول اعتباری اساساً ارزش مصرفی ندارد که از آن کاسته شود. از این رو از ارزش مبادلی آن کاسته شده و این تنها به علت افزایش عرضه و کاهش تقاضای پول است؛ دقیقاً همان دلیلی که ایشان آن را سبب نقصان تقدیری دانسته و آن را موجب ضمان ندانسته‌اند. ایشان قائل به ضمان کاهش ارزش پول هستند (صدر، ۱۴۳۴ق، ج ۵، ص. ۲۰۹)، اما اینکه ایشان در عین حال به ضمان کاهش ارزش پول حکم کرده‌اند، ناشی از این است که ایشان ارزش مصرفی پول را قدرت خرید آن دانسته‌اند و اشکال آن گذشت. این برداشت سبب نظریه خاص ایشان در تبیین مثلی بودن پول اعتباری شده است که البته این نظریه خلط بین ارزش مصرفی و مبادلی است و توضیح آن خواهد آمد.

چهارم اینکه، اشکال اساسی این نظریه، خلط بین ارزش مصرفی و ارزش مبادلی است؛ توضیح مطلب اینکه، ایشان به رغم آنکه پول را مثلی دانسته‌اند، بیان داشته‌اند که

مثل پول آن چیزی است که همان قدرت خرید را داشته باشد (صدر، ۱۴۳۴ق، ج ۵، ص. ۲۰۹)؛ زیرا طبق مبنای ایشان، ارزش مصرفی پول همان قدرت خرید پول است و کاهش ارزش مصرفی (طبق مبنای ایشان) مستلزم ضمان است. ازاین‌رو مقتضی ضامن کاهش ارزش پول است.

روشن است که قدرت خرید از لوازم قیمت و ارزش مبادلی اشیا و معلول اعتبار جامعه است و ارتباطی با ارزش مصرفی که تکوینی و انتزاعی است، ندارد و اینکه لازمه ارزش مبادلی را ارزش مصرفی بدانیم، چیزی جز خلط میان ارزش مصرفی و مبادلی نیست.

در ادامه مباحث، دو مطلب مهم اثبات می‌شود. اول اینکه، ارزش مبادلی در مالیت اشیا موضوعیت ندارد. دوم اینکه، ارزش مصرفی در مالیت اشیا موضوعیت دارد و فقدان آن مستلزم اکل مال به باطل است.

در ادامه، در دو بخش مجزا به بیان این دو نکته خواهیم پرداخت.

۳-۲-۳. عدم موضوعیت ارزش مبادله‌ای در مالیت اشیا

از مطالبی که پیش از این بیان شد، تا حدودی روشن شد که ارزش مبادله‌ای در تکوین مالیت اشیا موضوعیت ندارد و در این باره می‌توان به دلایل زیر اشاره کرد.

الف. ظهور لفظ مال و استعمالات شارع مقدس

بسیاری از فقها و لغت‌دانان مال را هر چیزی دانسته‌اند که به تملک درآید (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۴۹۹؛ ابن زهره، ۱۳۷۵، ص. ۲۷۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۶۳۵؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۴) و این اعم از آن است که آن شیء قیمت سوقیه داشته باشد یا خیر و حقیقتاً، عرف هر چیزی را که مورد تملک شخصی واقع شود، مال او می‌داند ولو آنکه آن شیء مورد رغبت مبادله‌ای در جامعه نباشد و ثمنی در مقابل آن نپردازند.

دقت در نصوص شرعی نیز به‌وضوح مبین این مطلب است که ظهور لفظ «مال» منحصر در اشیایی که ارزش مبادله‌ای دارند، نیست. برای مثال، قرآن کریم می‌فرماید: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا»

(نساء/۱۰).

با دقت در این آیه شکی باقی نمی‌ماند که در صدق تصرف در مال یتیم، ارزش مبادله‌ای آن مال موضوعیت ندارد. ممکن است گفته شود حرمت تصرف در این موارد از باب تصرف در ملک دیگران است نه از باب اکل اموال یتیم، اما باید بگوییم استعمال لفظ ملک برای این موارد در بین عرف متداول نیست و همان لفظ مال بر این موارد اطلاق می‌شود؛ زیرا به شهادت عرف حتی اخذ یک لیوان آب یا نصف دانه خرما از مال یتیم اگر ظالمانه باشد، مصداق قطعی این آیه است. از این رو هر چیزی که ارزش مصرفی عقلایی داشته و به هر دلیل فاقد قیمت بازاری باشد از مصادیق مال است.

ب. استلزام تالی فاسد

از این گذشته، چه بسا عرف نسبت به شیئی که ارزش بسیاری دارد، بی‌اعتنایی کند و از این رو آن شیء فاقد ارزش مبادله‌ای شود مانند تصویر یا دست‌خط جد شخص خاص یا کتاب ارزشمندی که جامعه بدان بها نمی‌دهد، اما عالمی برای حفظ آن از جان خود می‌گذرد یا دارویی که منفعت نادره دارد و مانند این موارد. بی‌تردید عرف همه این موارد را از اموال اشخاص می‌داند. بی‌شک در صورتی که قائل به موضوعیت ارزش مبادله‌ای شویم، باید همه این موارد را از دایره مالیت خارج بدانیم حال آنکه بالوجدان همه این موارد اموال محترم اشخاص هستند.

از این رو کسانی که مالیت را به ارزش مبادله‌ای تعریف کرده‌اند، در تصحیح بیع این موارد با چالش مواجه شده‌اند و بیان آن در تاریخچه تحقیق گذشت. سخن ما این است که بر فرض با تغییر موضوع بیع و بیان عدم موضوعیت مالیت در قوام بیع، مشکل صحت بیع را حل کردیم، مشکل ضمان را چگونه حل خواهیم کرد؟ آیا می‌توانیم بگوییم اتلاف چنین اشیایی چون ارزش مبادله‌ای و تقاضای بازاری ندارند، ضمان‌آور نیست حال آنکه ادله ضمان (من اتلف مال الغیر) دایره مدار مال است.

۳-۲-۴. موضوعیت ارزش استعمالی در مالیت اشیا

از آنچه گذشت به‌خوبی روشن شد که فقدان ارزش تبادلی منجر به فقدان مالیت

نمی‌شود. با این حال، ممکن است بگوییم برای تحقق مالیت، وجود یکی از دو ارزش استعمالی و مبادله‌ای کفایت می‌کند و نیازی به وجود هر دو نیست. بنابراین، ارزش استعمالی به تنهایی موضوعیت ندارد، بلکه آنچه موضوعیت دارد، وجود یکی از دو ارزش است؛ چنان‌که عرف همین پول‌های اعتباری فاقد ارزش مصرفی را مال خود می‌داند.

نگاه دقیق به رفتار عرف و واقعیت خارجی، ابهامات و اشکالاتی ایجاد می‌کند که انسان را نسبت به این فرض مردد می‌کند؛ توضیح مطلب اینکه، در هر مالی، کاهش قیمت مال هیچ مسئولیت و ضمانتی برای غیرمالک ایجاد نمی‌کند. برای مثال، اگر فردی یک سکه طلا از دیگری قرض کند و در طول دوره قرض، قیمت سکه به یک‌دهم تنزل یابد، مقتضای هیچ مسئولیتی نسبت به این مسئله ندارد و بی‌تردید جبران کاهش ارزش سکه مستلزم ریاست. همچنین، اگر عامل این تنزل قیمت، رفتار سیاسی و اقتصادی دولت باشد، او هم هیچ مسئولیتی در این قبال ندارد؛ چنان‌که اگر فردی با واردات یا تولید زیاد کالا باعث ارزانی آن و در نتیجه، ضرر گروهی شود، هیچ مسئولیتی در قبال ضرر آن گروه ندارد.

اکنون پرسش این است که اگر حقیقتاً اسکناس از منظر عرف مال است، پس چرا اگر در وقت ادای دین، ارزش پول یک‌دهم یا یک‌صدم شده باشد، همین عرف مدیون را بری‌الذمه نمی‌داند حال آنکه اگر شیئی مانند طلا یا گندم مورد دین باشد و از قیمت آن کاسته شده باشد، عرف او را بری‌الذمه می‌داند و به چه دلیل است که عرف دولت را ضامن کاهش ارزش پول خود می‌داند و چگونه است که اگر دولت با انتشار اسکناس بدون پشتوانه باعث تورم شود، او را به «دست کردن در جیب مردم» متهم می‌کند حال آنکه دولت در مال مردم هیچ تصرفی نکرده و تنها اموال اعتباری جدید ایجاد کرده و اینکه قیمت اموال مردم با این تولید جدید کم شده است، «علی‌القاعده» به او ارتباطی ندارد؛ چنان‌که تاجر و تولیدکننده کالا، مسئولیتی نسبت به کاهش قیمت کالا ندارد.

اساساً اگر قرار باشد کسی را که اموال جدید ایجاد می‌کند، ضامن بدانیم، باید هر شخصی را که با ابتکار خود میزان تولید کالا را افزایش می‌دهد و باعث کاهش قیمت و ضرر گروهی می‌شود، ضامن بدانیم!

این سخن وارد نیست که پول با بقیه اموال متفاوت است؛ زیرا اگر مصداق کلی مال باشد به ضرورت باید تمام احکام کلی را دارا باشد؛ زیرا دلیلی بر تخصیص آن نداریم.

ازاین‌رو یا باید از مالیت مستقله چنین اموالی صرف‌نظر کنیم یا باید به لوازم مالیت آن (عدم ضمان کاهش قیمت) پایبند باشیم که هر دو با محظوراتی مواجه است. عدول از مالیت، مخالف برداشت عرفی از این اشیاست و پایبندی به لوازم مالیت، مستلزم ظلم بینی است که عقلاً بما هم عقلاً به قبح آن حکم می‌کنند.

ازاین‌رو مادامی‌که این مشکل حل نشود، حل مسئله قیمی بودن یا مثلی بودن هیچ مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا هرکدام مستلزم محظوری است. ازاین‌رو قول به مثلی بودن (و در نتیجه، عدم ضمان کاهش ارزش پول) مستلزم ظلم آشکار و بین است و قول به قیمی بودن خلاف قواعد مسلم در باب قیمی و مثلی است؛ زیرا همه اجزای پول، قیمتی مساوی دارند و ازاین‌رو باید مثلی باشند. افزون‌براینکه قیمی بودن مستلزم غرری شدن تمام معاملات نسبه و بسیاری از موارد قرض می‌شود.

قول به ضمان کاهش ارزش پول در عین مثلی بودن خلاف مقتضای مالیت مستقله پول است و بر چه مبنایی برخلاف همه اموال دیگر باید بگوییم کاهش قیمت در پول مستلزم ضمان است؟!

کلید حل این معما، همان نکته‌ای است که پیش از این بدان اشاره شد و آن اینکه، اعتبارات عقلاً در ورای ظرف عمل هیچ تحقیقی ندارد. ازاین‌رو مالیت اعتباری چیزی جز احکام مترتب بر آن مانند صحیح دانستن معامله شیئی بی‌ارزش و فاقد منفعت و نیز ضمان آن نیست.

بنابراین، مالیت اعتباری خود نفس حکم است نه موضوع حکم. ازاین‌رو نمی‌توان مالیت اعتباری عقلایی را در کنار مالیت تکوینی و انتزاعی قرار داد و هر دو را موضوع حکمی واحد دانست.

به دیگر عبارت، مال حقیقی «موضوع حکم» صحت بیع است، اما «مالیت اعتباری» نفس حکم به صحت است؛ زیرا (دقت کنید) مالیت اعتباری چیزی جز حکم به لوازم مالیت برای غیر مال نیست.

در واقع، عرف با عمل خود (مانند بیع، ضمان، حرمت تصرف و...) به مالیت یک شیء بی‌ارزش حکم و مالیت آن را اعتبار کرده است و این حکم در عرض حکم شارع است نه در طول آن.

برای وضوح بیشتر مطلب به این مثال دقت کنید. فرض کنید در جامعه‌ای گروهی از مردان آن جامعه، چهره و ظاهری شبیه به زنان دارند و آن جامعه اعتباراً این مردان را زن به شمار می‌آورد و تمام احکام و حقوق زنان از جمله زوجیت را در مورد آنان جاری می‌کند. این اقدام شنيع آن‌قدر رواج یافته است که عرف آن جامعه، زن را اعم از زنان حقیقی و زنان اعتباری آن جامعه می‌داند. حتی با شنیدن لفظ «زن»، این افراد اعتباری از زنان نیز در ذهنشان متبادر می‌شود. به دیگر عبارت، به وضع تعینی، معنای لفظ «زن» توسعه یافته است و شامل این موارد نیز می‌شود.

بی‌شک در چنین فرضی نمی‌توان ادعا کرد که موضوع حلیت ازدواج منوط به تأنیث زوجه است و اکنون محقق شده است و نمی‌توان گفت شارع تشخیص تأنیث را به عرف واگذار کرده و اکنون عرف به تأنیث این افراد حکم می‌کند؛ زیرا این «تأنیث اعتباری» چیزی جز عمل عرف در هتک محرمات الهی و جاری دانستن احکام خاص زنان در حق مردان نیست و این نفس حکم است نه موضوع حکم. از این‌رو در جایی که عرف با اعتبار خود موضوعات را توسعه و تضییق می‌دهد، نمی‌توان گفت فهم موضوع به عرف موکول شده است!

مسئله «مالیت اعتباری» هم عیناً از همین قبیل است؛ یعنی «مالیت اعتباری» چیزی جز عمل و حکم عرف در صحیح دانستن معامله شیئی بی‌ارزش نیست و اینکه بعضاً عرف این موارد را حقیقتاً مال می‌داند، بر اثر کثرت استعمال و وقوع وضع تعینی است و قطعاً این مسئله تأثیری در احکام شارع مقدس ندارد.

با این توضیحات مشخص شد چرا عرف اموال اعتباری را مال می‌داند و نیز مشخص شد که اولاً، این «اعتبار مالیت» سبب توسعه یا تضییق موضوع و دایره احکام شرعی نمی‌شود. ثانیاً، نمی‌توان «مال حقیقی» و «مال اعتباری» را موضوع حکم واحد دانست.

اساساً اگر چنین باشد، تمام احکام شرعی را می‌توان با اعتبارات عقلا تغییر داد؛

حتی می‌توان خدایی را برای بت‌ها اعتبار کرد و در مقابلشان سجده کرد! افزون‌براین، اگر سیره عرف در جعل اعتباری مالیت حجت باشد، بی‌شک در نفی اعتباری آن هم باید حجت باشد. ازاین‌رو اگر عرف مالیت برخی از اموال محترم مردم را کان لم یکن تلقی کند و تصرف و اکل آن را مباح شمرد، باید به عدم مالیت این اشیا و حلّیت عمل عرف حکم کنیم! اکنون با این مقدمات می‌گوییم شکی نیست که معامله شیء فاقد ارزش و منفعت که مالیتی ندارد، چیزی جز اکل مال به باطل نیست و طبعاً رواج آن در جامعه و اعتبار مالیت برای آن در حکم یادشده هیچ تأثیری ندارد.

اشکال

با این نظر دیگر موضوع‌شناسی معنا نخواهد داشت؛ زیرا وقتی می‌گوییم ربا حرام است، این عرف است که مشخص می‌کند ربا چیست. همچنین، این عرف است که مشخص می‌کند شراب چیست یا مسافر کیست؟ بی‌شک باید به عرف رجوع کرد و به طبع، نظر عرف در اینجا شناخت موضوع است نه صدور حکم.

پاسخ

باید گفت که موضوع‌شناسی تنها و تنها برای فهم مراد شارع است نه توسعه و تضییق آن. ازاین‌رو در موضوع‌شناسی زمانی می‌توان به فهم عرف و جامعه امروز اتکا کرد که دست‌کم دلیلی بر انتقال معنا نداشته باشیم که در چنین جایی با اتکا به اصل عدم نقل می‌گوییم در زمان شارع هم این لفظ (موضوع) به همین معنای امروزی بوده است، اما در جایی که انتقال معنا محرز است، هیچ شکی نیست که معنا و فهم امروزی معتبر نیست و اساساً اگر معانی تغییر یافته حجت بود، فقها و اصولیان برای اثبات اصالت عدم نقل خود را به زحمت نمی‌انداختند!

اشکال

عرف می‌گوید مال چیزی است که در قبال آن مالی پرداخت شود. این حکم، اعتبار یا انشا نیست، بلکه اخبار از یک واقعیت است.

پاسخ

پیش از پاسخ، بیان یک مقدمه ضروری است و آن اینکه، جعل حکم به دو طریق صورت می‌گیرد. در حالت عادی ضمن بیان موضوع، حکمی را نسبت به آن صادر می‌کنیم مانند اینکه می‌گوییم «اکرم اباک»، اما گاه علی‌الظاهر هیچ حکمی صادر نمی‌کنیم و صرفاً در حال توصیف موضوع هستیم، اما درحقیقت، با توسعه یا تضییق موضوع در حال جعل حکم هستیم مانند اینکه می‌گوییم «الآباء ثلاثة: أبٌ ولدک، و أبٌ زوجک و أبٌ علمک». در اینجا درحقیقت، مراد گوینده چیزی جز تعمیم حکم سابق (اکرم اباک) به دو فرد دیگر نیست. در واقع، به‌جای آنکه بگوید: «اکرم من زوجک و اکرم من علمک»، با تکیه بر حکم سابق (اکرم اباک)، با این بیان همان حکم را برای دو گروه جدید جعل کرده است. به عبارت دقیق‌تر، جعل حکم گاه به لسان جعل یا نفی موضوع صورت می‌گیرد که به اصطلاح حکومت نامیده می‌شود.

سرّ این مطلب این است که تغییر موضوع خواه ناخواه مستلزم تغییر حکم است. از این رو اگر شارع فرمود: «لا تشرب الخمر» و عرف معنای شراب را مضیق کرد و برخی از مواردی را که سابقاً مصداق شراب بود، از موارد شراب خارج کرد، خواه ناخواه این اقدام عرف منجر به ارتکاب برخی موارد مبعوض شرع خواهد شد؛ چنان‌که در زمان ائمه معصوم عین همین اتفاق سبب شد تا مردم تصور کنند فقاع مصداق خمر نیست و شرب آن جایز است. از این رو ائمه معصوم در رابطه با آن فرموده‌اند «هی خمره استصغرها الناس!» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۵، ص. ۳۶۵).

با همه این اوصاف ممکن است ادراک اکل به باطل بودن «مالیت اعتباری» بر برخی خوانندگان دشوار باشد؛ به‌خصوص آنکه همه جوامع اسلامی و حتی علمای اسلام با این اموال اعتباری دادوستد کرده‌اند و می‌کنند.^۹

در بخش آخر این پژوهش، توضیحات بیشتری در این رابطه خواهد آمد.

۳-۳. مناط مالیت

تا به اینجا روشن شد که مالیت، مفهومی انتزاعی است که از برخی ویژگی‌های حقیقی اشیا انتزاع می‌شود. حال باید دوباره از خود پرسیم منشأ این انتزاع چیست؟ قطعاً همان‌گونه که بزرگان گفته‌اند، منشأ این موضوع حقیقی، منافع حقیقی موجود

در اشیاست (حلی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۶، ص. ۱۶۴؛ شهید ثانی، بی تا ب، ج ۱، ص. ۵۱۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۷۰ و ۱۵۷).

منفعت موضوعی تشکیکی است. از این رو هیچ چیزی نیست که مطلقاً هیچ منفعتی نداشته باشد. حتی چند گرم خاک هم از نظر عقلاً خالی از منفعت نیست. پس اگر بخواهیم هر منفعتی را به دقت عقلی مناط مالیت بدانیم باید هر شیئی را مال بدانیم!

شکی نیست که در انتزاع مالیت غیر از منفعت ذاتی، چیز دیگری هم دخیل است و آن، مقصوده بودن منفعت است؛ یعنی آن منفعت در حدی باشد که مورد رغبت عقلاً واقع شود و دست کم فردی از عقلاً مایل به تملک و استفاده از آن باشد. از این رو بعید نیست که شیء واحدی در شرایطی مقصود عقلاً و مال باشد و در شرایط دیگری غیر مقصود باشد و مال نباشد.

۴. موضوعیت مالیت تعریف شده در احکام مالی اسلام

پیش از این گذشت که یکی از مهم ترین اشکالاتی که بر برداشت مشهور معاصران از مالیت وارد است، این است که این مالیتی که این بزرگان تعریف کرده اند در هیچ کدام از احکام شرعی مربوط به مال تأثیر تام ندارد و مواردی از آن در پیشینه تحقیق گفته شد. همچنین، ادعا شد تعریفی که در این پژوهش ارائه می شود، در همه احکام مالی یادشده موضوعیت دارد. همچنین، در مواضعی تأثیر تام مالیت به معنای تعریف شده در احکام حرمت تصرف در مال غیر، ضمان اثبات شد.

در ادامه، این مهم اثبات می شود که فقدان مالیت به معنای یادشده، علت تامه اکل مال به باطل است. برای تبیین دقیق مطلب لازم است به عنوان مقدمه، اشاره ای به چیستی اکل به باطل داشته باشیم.

۴-۱. ضابطه اکل به باطل

قرآن کریم در تحریم اکل به باطل می فرماید «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...» (نساء/۲۹).

یکی از مباحث اختلافی در فهم مراد آیه این است که بای یادشده در آیه (بالباطل)،

بای سببیت است یا بای مقابله. اگر سببیت باشد، مراد آیه این خواهد بود که «اموالتان را بین خود با اسباب باطل تملک نکنید، بلکه تنها به سبب تجارة عن تراض، اموال یکدیگر را تملک کنید».

اما اگر با را بای مقابله ترجمه کنیم (چنانکه ظاهر برخی روایات صحیح دال بر همین مبناست^۱) مراد از آیه این خواهد بود که «اموالتان را بین یکدیگر در مقابل باطل (و هیچ و پوچ) تملک نکنید، بلکه تنها در مقابل عوض عقلایی (تجارت) و با رضایت یکدیگر (عن تراض) تملک کنید».

نتیجه این تفسیر از آیه این است که اگر شیئی منفعت مقصوده عقلایی داشت ولو آنکه در بازار هیچ قیمتی نداشت (مثل عکس خاص یا داروی خاص)، معامله آن خالی از اشکال و صحیح است و مصداق اکل مال در مقابل باطل نیست، اما اگر چیزی فاقد منفعت عقلایی باشد، اما جامعه به علت فریب خوردن یا اجبار قانونی یا انگیزه باطل (مثل اینکه سکه طلای بدل را به این انگیزه بخرد که دیگری را بفروشد و به او بفروشد) اقدام به معامله آن مال کند و آن مال در جامعه ارزش مبادله‌ای یابد، معامله آن از مصداق اکل به باطل خارج نمی‌شود. از این رو تعریفی که از مالیت ارائه شد، دقیقاً بر این حکم تطبیق می‌کند و فقدان آن مستلزم اکل به باطل است.

اما اگر با را بای سببیت بدانیم، باز اشکالی در مدعای پژوهش حادث نمی‌شود؛ زیرا در هر صورت طبق بیان فقها، استثنای یادشده در آیه دال بر انحصار اسباب مشروع و صحیح معاملات در «تجارة عن تراض» است. از این رو هرچه از دایره تجارة عن تراض خارج باشد، لاجرم مصداق اکل به باطل است.

با این توضیح باید بگوییم چیزی که فاقد ارزش استعمالی باشد و هیچ منفعت مقصوده عقلایی نداشته باشد، امکان ندارد مبادله آن مصداق تجارة عن تراض باشد. اساساً این تصور اشتباه که معامله اموال اعتباری مصداق تجارة عن تراض است، ناشی از نگاه خرد به مسئله است.

در واقع، نقطه کلیدی فهم نادرست از مالیت اعتباری، این تصور اشتباه است که تولید مال اعتباری، تولید ثروت است؛ چنانکه هنوز برخی گمان می‌کنند که دولت‌ها با

چاپ پول می‌تواند مشکل فقر را حل کند. غافل از اینکه چنین چیزی مثل این است که بخواهیم با دزدی از فردی و هدیه کردن بخشی از مال به او، بر ثروت او بیفزاییم و او را از فقر نجات دهیم!

در واقع، این‌گونه نیست که با انتشار مال اعتباری (اعم از اسکناس و رمزارز) ثروتی به ثروت‌های جامعه افزوده شود. در تولید ناخالص ملی هر کشور، پول تولیدشده در آن کشور هیچ تأثیری ندارد، بلکه با انتشار پول، ثروت گروهی از مردم به گروهی دیگر منتقل می‌شود.

برخی از قائلان به مالیت پول، در عین حال اذعان کرده‌اند که در نگاه کلان، پول مالیت ندارد و تولید پول توسط دولت‌ها چیزی جز تولید بدهی نیست. (یوسفی، بی‌تا، ص. ۹۱). از این‌رو هرچه دولت پول بیشتری چاپ کند، بدهکارتر می‌شود نه ثروتمند!

اما به‌راستی چگونه ممکن است بگوییم یک چیز هم مال است (بر اساس نگاه کلان) و هم مال نیست! (بر اساس نگاه خرد) از این‌رو، یا نگاه خرد غلط و سراب است یا نگاه کلان.

برای تبیین این مطلب از یک مدل ساده استفاده می‌کنیم. فرض کنید در یک جامعه تنها دو فرد وجود داشته باشد؛ یک نفر گندم تولید می‌کند و دیگری گوشت و هرکدام با مبادله کالابه‌کالا و پرداخت نیمی از تولید خود به شخص مقابل نیازهای خود را تأمین می‌کنند. حال فرض کنید شخص سومی در این جامعه پول اعتباری تولید کند. از این‌رو به‌جای دادن کالای حقیقی که نیاز واقعی جامعه را تأمین می‌کند، با پرداخت پول اعتباری، نیمی از گندم و گوشت جامعه یادشده را بخرد. در اینجا تولیدکنندگان، گندم و گوشت خود را در مقابل مقداری کاغذ بی‌ارزش به شخص دیگر می‌دهند و الان در تأمین نیاز خود، هیچ راهی جز پرداخت دوباره گندم و گوشت ندارند! نتیجه قهری چنین اتفاقی این است که نیمی از تولید جامعه بدون هیچ عوض مفیدی به جیب خالق پول می‌رود و بقیه ناچارند به نیمی از مصرف گذشته اکتفا کنند.

در واقع، جامعه گندم و گوشت را در مقابل هیچ‌و‌پوچ (باطل) از دست داده است.

آیا واقعا مال کسب شده توسط خالق مال اعتباری، مصداق تجارة عن تراض است؟ در مقابل، چه عوض حقی از این مال به دست آمده است تا آن را مصداق تجارت بدانیم؟ به راستی آیا جامعه در قبال این زیان عظیم رضایت دارد تا بگوییم این تکسب مال عن تراض بوده است؟

از این رو همان گونه که مشاهده شد، خلق پول ثروتی به ثروت های این جامعه کوچک نیفزود، بلکه ثروت یکی را به دیگری منتقل کرد. این انتقال ثروت نه مصداق تجارت است و نه مصداق عن تراض.

حال اگر مثال یاد شده را بزرگ تر کنیم؛ برای مثال، جامعه صدنفری را تصور کنید که هر فرد یک کالا (مازاد بر نیاز خود) تولید می کند. در مجموع، در این جامعه، صد کالا برای مبادله وجود دارد که افراد برای تأمین دیگر نیازهای خود آن را مبادله می کنند. حال تصور کنید یک شخص از این جامعه، پول اعتباری تولید کند و جامعه این پول را بپذیرد. این فرد به جای اینکه با مبادله کالای مازاد خود یک کالای جایگزین تهیه کند، با پرداخت پول اعتباری، افزون بر حفظ کالای خود، ده کالای جدید هم دریافت می کند و برای ۹۹ نفر دیگر، تنها ۸۹ کالا باقی می ماند. بنابراین، دست کم ۱۰ نفر هیچ کالایی نخواهند داشت و در عوض مالک چند تکه کاغذ، بی منفعت خواهند بود.

همین طور هر چقدر جامعه بزرگ تر شود، ماهیت موضوع هیچ تغییری نمی کند. تنها اتفاقی که در خلق پول رخ می دهد انتقال بی اجر و مزد و ظالمانه بخشی از ثروت جامعه به بخشی دیگر است؛ زیرا ثروت موضوعی تکوینی و حقیقی است و نمی توان با یک اعتبار صرف، آن را ایجاد کرد. از آنجاکه ثروت های هر جامعه ای محدود است، اگر فردی با خلق پول، ۱۰ درصد از اموال جامعه را تصاحب کند، دقیقاً به همین میزان از مجموع اموال دیگر افراد کاسته می شود.

به هیچ وجه امکان ندارد خلق مال اعتباری مثل خلق مال حقیقی باشد که هر دو طرف معامله منتفع شوند، بلکه دقیقاً مانند قمار، سود یک طرف، همان ضرر طرف دیگر است. بنابراین، امکان ندارد مصداق «تجارة عن تراض» باشد و لاجرم از مصادیق اکل مال به باطل است.

آری؛ این امکان منتفی نیست که برخی از دریافت‌کنندگان مال اعتباری، همه یا بخشی از ضرر خود را به دریافت‌کنندگان بعدی منتقل کنند^{۱۲}، اما این مسئله تأثیری در ماهیت آنچه واقع شده است، ندارد.

در واقع، همه اشتباهات رخ داده در فهم موضوع، ناشی از نگاه جزءنگر به موضوع است. غافل از اینکه در نگاه کلان، خلق اموال اعتباری ماهیتی جز تصاحب ظالمانه اموال جامعه توسط گروهی خاص ندارد.

بر همین اساس، اقتصاددانان این خلق پول را چیزی جز تملک اموال مردم نمی‌دانند و از آن به مالیات پنهان تعبیر می‌کنند (توسلی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۳)؛ هرچند تعبیر به مالیات، خالی از اشکال نیست. از این رو گروهی دیگر از اقتصاددانان، خلق نقدینگی را تقلب، دزدی و بازتوزیع ثروت دانسته‌اند (عالی‌پناه و تاج‌لنگرودی، ۱۳۹۶، صص. ۸۴-۸۵؛ Hulsmann, 2008, p. 49; Meera & Larbani, n.d, pp. 101-116; Rothbard, 2008, pp. 44-45).

نتیجه‌گیری

در مباحث پیشین به‌خوبی روشن شد که اولاً، مالیت موضوعی انتزاعی و عقلانی است و از سنخ اعتباریات اجتماعی نیست. ثانیاً، مالیت عرفی چیزی جز بنا و سیره عرف در التزام یا عدم التزام به لوازم مالیت عقلانی نیست. ثالثاً، مالیت شرعی نیز حکم شارع در تأیید یا نفی لوازم مالیت عقلی (مانند ضمان و حرمت تصرف) است. رابعاً، مشخص شد که مالیت اشیا غیر از قیمت آن‌هاست؛ زیرا قیمت موضوعی اعتباری و معلول اراده افراد است حال آنکه مالیت تشخیص و انتزاع افراد است نه اعتبار افراد. خامساً، روشن شد که مالیت اشیا متقوم به ارزش مصرفی آن‌هاست نه ارزش مبادله‌ای، اما این اصول پنج‌گانه در شناخت مالیت است که ثمرات بسیاری در مباحث مالی دارد که به آن‌ها اشاره می‌شود.

- ۱- ایجاد ضابطه دقیق در ضمان و حرمت تصرف در مال غیر.
- ۲- ایجاد ضابطه دقیق در اکل مال به باطل.
- ۳- ملازمه بین مالیت اعتباری و اکل مال به باطل.
- ۴- حل تعارض در مثلی بودن پول و ضمان کاهش ارزش آن

یادداشت‌ها

۱. تفصیل این مطلب در بخش بعدی آمده است.
۲. تعلیقه آیت‌الله مکارم شیرازی بر متن *عروة الوثقی*.
۳. اینکه منشأ انتزاع «مالیت» چه باشد، مطلب دیگری است و آنچه اینجا بیان شده، مسامحه یاد شده است.
۴. اینکه مالیت به معنای ارزش باشد یا نه، تأثیری در این استدلال ندارد؛ زیرا در هر صورت عقل از موضوعی حقیقی مانند منفعت این مالیت را انتزاع می‌کند. از این رو فعلاً در مقام بیان این نکته که مالیت به معنای ارزش است یا خیر نیستیم.
۵. البته آرای علامه حلی (رحمت‌الله علیه) در این باره در کتاب‌های مختلف متفاوت است. ایشان در *نهایة الاحکام* به عدم مالیت این اشیا حکم کرده‌اند. باین حال، در ضمان آن تردید کرده‌اند (حلی (علامه)، بی تا، ج ۲، ص. ۴۶۵).
۶. اعتبار عقلایی به جنبه قیمت اشیا اشاره دارد و به طبع، قیمت با ارزش مبادله‌ای پیوند خورده است نه ارزش مصرفی.
۷. قرائن و شواهد موجود در متن منابع گواه این برداشت است. اساساً علت اصلی عدول از ملاک «منفعت مقصوده» در بین متأخران عدم اشمال آن نسبت به پول اعتباری است؛ زیرا ناظر به ارزش مصرفی است و پول اعتباری فاقد آن است.
۸. در اینجا مراد از مالیت، ارزش مبادله‌ای است.
۹. گفتنی است که نگارنده مسئول، خود را ذره‌ای ناچیز در مقابل ساحت قدسی علما و فقها می‌داند، اما این سبب نمی‌شود تا باب تعقل، تفکر و تفقه را مسدود و همه امور را به سلف صالح موکول کنیم؛ زیرا قطعاً چنین عملی با سیره آنان نیز سازگار نیست.
۱۰. *وَعِلَّةُ تَحْرِيمِ الرِّبَا... لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ كَانَ ثَمَنُ الدَّرْهَمِ دَرَاهِمًا وَ ثَمَنُ الْآخَرِ بَاطِلًا.*
۱۱. اقدام مرم برای خرید این اموال چند صورت دارد. گاه به دلیل نظامات اجتماعی و اقتصادی خریدار مضطر به خرید مال اعتباری بی ارزش می‌شود درحالی که می‌داند از خرید آن متضرر می‌شود. گاه به طمع آنکه این شیء بی ارزش را گران تر به نفر بعدی بفروشد، اقدام به خرید آن می‌کند. این همان چیزی است که بین اقتصاددانان به نظریه «احمق بزرگتر» شهرت یافته است. در واقع، مبنای اصلی سرمایه گذاری پول‌های بی ارزش دیجیتال در این نظریه بیان شده است.

منابع

- قرآن کریم.
- آملی، محمدتقی (بی تا). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (جلد ۱۰). ۱۲ ج، تهران: مؤلف.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (والمستطرفات) (جلد ۲). ۳ ج، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم / مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره، حمزة بن علی (۱۳۷۵). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع. ۱ ج، قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). لسان العرب (جلد ۱۱). ۱۵ ج، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- اصفهانى، محمد حسین (بی تا). حاشیه کتاب المکاسب (جلد ۱). ۵ ج، قم: ذوی القربی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ ق). المکاسب (طبع قدیم) (جلد ۱). ۳ ج، قم: منشورات دار الذخایر.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ق). کتاب المکاسب (جلدهای ۱ و ۴). ۶ ج، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، علی (بی تا). حاشیه المکاسب (جلد ۱). ۲ ج، قم: کتاب فروشی کتبی نجفی.
- توسلی، محمد اسماعیل (۱۳۹۴). تحلیل ماهیت پول و بنیان های اعمال سیاست پولی در اقتصاد اسلامی. چاپ ۳، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حسینی، سید عقیل (۱۳۹۹). «نظریه ارزش». دانشنامه اقتصاد، شماره ۱. صص. ۵-۱.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (طبع جدید) (جلدهای ۱۳ و ۱۸). ۲۶ ج، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم / دفتر انتشارات اسلامی.
- حکیم، محسن (بی تا). نهج الفقاهه (جلد ۱). قم: ۲۲ بهمن.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۷۳). تذکره الفقهاء (طبع جدید) (جلد ۱۰). ۲۲ ج، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۷۴). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۶). ۹ ج، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم / مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا). نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام (جلد ۲). ۲ ج، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرایع الاسلام (جلد ۲). ۴ ج، قم: اسماعیلیان.

- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلدهای ۱ و ۳). ۵ج، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۹). تحریرالوسیله (جلد ۲). ۲ج، قم: دارالعلم.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). المکاسب‌المحرمة (جلد ۱). ۲ج، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا). کتاب البیع (قدیری، تقریر) (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا الف). توضیح‌المسائل (فارسی). مؤسسه الخویی الاسلامیه.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا ب). التتبیح فی شرح‌العروة الوثقی (جلد ۵). ۶ج، قم: لطفی.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا ج). مصباح‌الفقاهه (طبع قدیم) (جلدهای ۲ و ۵). ۷ج، قم: انصاریان.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). موسوعة الامام‌الخوئی. ۵۰ج، قم: موسسه احیای آثار الامام‌الخوئی.
- رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی (بی‌تا الف). تعلیقه موجزة شریفة علی کتاب المکاسب والبیع (جلد ۱). قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی (بی‌تا ب). فقه‌الامامیه؛ قسم‌الخيارات (جلد ۱). قم: مکتبه‌الداوری.
- رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی (بی‌تا پ). کتاب‌العصب (جلد ۱). تهران: احمدالشیرازی.
- روحانی، محمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه‌الصادق (علیه‌السلام) (طبع قدیم) (جلدهای ۱۵ و ۱۹). ۲۶ج، قم: مؤلف.
- سند، محمد (بی‌تا). سند‌العروة الوثقی؛ کتاب‌النکاح (جلد ۲). ۲ج، قم: باقیات.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا الف). الروضة‌البهیة فی شرح‌اللمعة‌الدمشقیة (کلانتر) (جلد ۳). ۱۰ج، بیروت: مؤسسه‌الاعلمی للمطبوعات.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا ب). فواید‌القواعد (جلد ۱). قم: حوزه علمیه قم/دفتر تبلیغات اسلامی.
- شهیدی، محمدتقی (بهمن ۱۳۹۷). تقریرات خارج فقه. بازیابی از <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahidi/feqh2/97/971124/>
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲). جواهر‌الکلام فی شرح‌شرایع‌الاسلام (جلد ۲۲). ۴۳ج، بیروت: دار احیاء‌التراث‌العربی.
- صدر، محمدباقر (۱۴۳۴ق). موسوعة الامام‌الشهید السید محمدباقر الصدر (جلد ۵). ۲۱ج، چاپ ۲،

- قم: پژوهشگاه علمی-تخصصی شهید صدر/دارالصدر.
- صدر، سیدمحمدباقر و هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الاصول* (جلد ۴). قم: موسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- صدر، محمدباقر و حسینی حائری، کاظم (۱۴۳۰ق). *مباحث الاصول (القسم الثاني)* (جلد ۴). ۵ج، قم: دارالبیشر.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین و شریعتی سبزواری، محمدباقر (بی تا). *تحریری بر اصول فلسفه و روش رئالیسم* (جلد ۲). ۳ج، چاپ ۲، قم: بوستان کتاب.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین و شیروانی، علی (۱۳۸۷). *ترجمه و شرح نهیة الحکمة* (جلد ۳). دارالفکر.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه* (جلد ۳). ۸ج، تهران: کتابفروشی مرتضوی .
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاف* (جلد ۳). ۶ج، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم/دفتر انتشارات اسلامی.
- عالی پناه، علیرضا و تاج لنگرودی، محمدحسن (بهار و تابستان ۱۳۹۶). «بررسی فقهی خلق پول به وسیله بانک های تجاری». *پژوهش نامه میان رشته ای فقهی*، شماره ۱۰.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (آذر ۱۳۸۹). *کتاب البیع بر اساس تحریرالوسیله* (پایگاه اطلاع رسانی آیت الله شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی، بازیابی ۱ تیر ۱۴۰۱ از <http://fazellankarani.com/persian/lessons/3338>).
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۵). *تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیله (المکاسب المحرمه)* (جلد ۱). قم: مرکز فقه الائمة الاطهار (علیهم السلام).
- فخرالمحققین، محمدبن حسن (بی تا). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. ۴ج، قم: المطبعة العلمية .
- کاشف الغطاء، مهدی (بی تا). *احکام المتأجر المحرمه* (جلد ۱). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء العامة.
- مدرسی یزدی، سیدمحمدرضا (۱۴۰۱). *تقریرات خارج فقه خلق پول*. بازیابی از <https://eitaa.com/qommpth/2882> .
- مدرسی یزدی، سیدمحمدرضا (۱۳۹۹). *تقریرات خارج فقه ارز دیجیتال* (<https://eitaa.com/qommpth/1266>).
- مروی، محمدجواد (مهر ۱۴۰۰). *درس خارج فقه بیت کوین و رمزارزها* (B2n.ir/bn2346).

- مطهری، مرتضی (۱۳۸۰). *نظری به نظام اقتصادی اسلام* (جلد ۱). چاپ ۱۰، تهران: صدرا.
- منتظری، حسینعلی (بی تا). *دراسات فی المکاسب المحرمة* (جلد ۲). ۳ ج، قم: تفکر.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱). *قواعد فقهیه* (جلد ۱). ۲ ج، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه) / مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- نایینی، محمدحسین (بی تا). *المکاسب والبيع* (جلد ۱). ۲ ج، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم / مؤسسه النشر الاسلامی.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۱ ق). *حاشیه المکاسب* (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم (بی تا). *العروة الوثقی مع تعلیقات* (معلقین: خمینی، سیدروح الله؛ خویی، سید ابوالقاسم؛ گلپایگانی، سید محمد رضا؛ مکارم، ناصر) (جلد ۲). ۲ ج، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- یوسفی، احمدعلی (۱۳۹۹). «ضابطه مال بودن در مباحث فقهی». *اقتصاد اسلامی*. دوره ۲۰. شماره ۷۹. صص. ۶۳-۳۷.
- یوسفی، احمدعلی (بی تا). *ماهیت پول و راهبردهای فقهی اقتصادی آن*.

References

- Ali-Panah, Alireza, and Taj Langaroudi, Mohammad Hassan (Spring and Summer 2017). "Jurisprudential Analysis of Money Creation by Commercial Banks." *Interdisciplinary Jurisprudential Research Journal*, No. 10. [in Persian]
- Amoli, Muhammad Taqi (n.d.). *The Light of Guidance in Explaining al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 10). 12 vols., Tehran: Author. [in Arabic]
- Ansari, Morteza ibn Muhammad Amin (1990). *Al-Makasib* (Old Edition) (Vol. 1). 3 vols., Qom: Dar al-Dhakha'ir Publications. [in Arabic]
- Esfahani, Muhammad Hussein (n.d.). *Commentary on the Book of Al-Makasib* (Vol. 1). 5 vols., Qom: Dhawi al-Qurba. [in Arabic]
- Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad ibn Hassan (n.d.). *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id*. 4 vols., Qom: Scientific Press. [in Arabic]
- Fazel Lankarani, Mohammad Jawad (December 2010). *Kitab al-Bay'* Based on Tahrir al-Wasila (Website of Ayatollah Sheikh Mohammad Jawad Fazel Lankarani, retrieved June 22, 2022, from <http://fazellankarani.com/persian/lessons/3338>). [in Persian]
- Fazel Muhaqqiq Lankarani, Mohammad (2006). *Tafsir al-Shari'a fi Sharh Tahrir al-Wasila (Al-Makasib al-Muharrama)* (Vol. 1). Qom: Center for the Jurisprudence of the Pure Imams (peace be upon them). [in Arabic]
- Hakim, Mohsen (n.d.). *Nahj al-Fiqaha* (Vol. 1). Qom: 22 Bahman. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hassan ibn Yusuf (1994). *Tadhkirat al-Fuqaha* (New Edition)

- (Vol. 10). 22 vols., Qom: Al al-Bayt (peace be upon them) Institute for Heritage Revival. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hassan ibn Yusuf (1995). Mukhtalif al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a (Vol. 6). 9 vols., Qom: Society of Teachers in the Qom Seminary/Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hassan ibn Yusuf (n.d.). Nihayat al-Ahkam fi Ma'rifat al-Ahkam (Vol. 2). 2 vols., Qom: Ismailian Institute. [in Arabic]
- Hilli (Muhaqqiq), Ja'far ibn Hassan (1987). Shara'i' al-Islam (Vol. 2). 4 vols., Qom: Ismailian. [in Arabic]
- Hosseini Ameli, Mohammad Jawad ibn Mohammad (n.d.). Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-'Allama (New Edition) (Vols. 13 and 18). 26 vols., Qom: Society of Teachers in the Qom Seminary/Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Hosseini, Seyyed Aghil (2020). "The Theory of Value." Encyclopedia of Economics, No. 1, pp. 1-5. [in Persian]
- Hulsmann, J. G. (2008). The Ethics of Money Production. Alabama: Ludwig von Mises Institute.
- Ibn Idris, Muhammad ibn Ahmad (1989). Al-Sara'ir al-Hawi li Tahrir al-Fatawi (and Al-Mustatrafat) (Vol. 2). 3 vols., Qom: Society of Teachers in the Qom Seminary/Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Ibn Manzur, Muhammad ibn Mukarram (1993). Lisan al-'Arab (Vol. 11). 15 vols., Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing, and Distribution. [in Arabic]
- Ibn Zuhra, Hamza ibn Ali (1996). Ghunyat al-Nuzu' ila 'Ilmay al-Usul wa al-Furu'. 1 vol., Qom: Imam al-Sadiq (peace be upon him) Institute. [in Arabic]
- Iravani, Ali (n.d.). Commentary on Al-Makasib (Vol. 1). 2 vols., Qom: Najafi Bookstore. [in Arabic]
- Kashif al-Ghita, Mahdi (n.d.). Ahkam al-Muta'jjar al-Muharrama (Vol. 1). Najaf: Kashif al-Ghita General Institute. [in Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasim (2001). Encyclopedia of Imam Khoei. 50 vols., Qom: Institute for the Revival of Imam Khoei's Works. [in Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasim (n.d.). Al-Tanqih fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa (Vol. 5). 6 vols., Qom: Lutfi. [in Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasim (n.d.). Misbah al-Fiqaha (Old Edition) (Vols. 2 and 5). 7 vols., Qom: Ansarian. [in Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasim (n.d.). Tawdih al-Masa'il (Persian). Islamic Khoei Institute [in Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (1994). Al-Makasib al-Muharrama (Vol. 1). 2 vols., Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (2000). Kitab al-Bay' (Vols. 1 and 3). 5 vols., Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's

- Works. [in Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (2000). Tahrir al-Wasila (Vol. 2). 2 vols., Qom: Dar al-‘Ilm. [in Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (n.d.). Kitab al-Bay‘ (Qadiri, Transcription) (Vol. 1). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works. [in Arabic]
- Mankiw, N. Gregory. (2015). Brief Principles of Macroeconomics. Cengage Learning.
- Marvi, Mohammad Jawad (October 2021). Advanced Jurisprudence Lesson on Bitcoin and Cryptocurrencies, retrieved from B2n.ir/bn2346. [in Persian]
- Meera, A., & Larbani, M. (n.d.). “Ownership Effects of Fractional Reserve Banking: An Islamic Perspective.” Humanomics, 21. (<https://doi.org/10.1108/08288660910964175>).
- Modarresi Yazdi, Seyyed Mohammad Reza (2022). Notes on Advanced Jurisprudence: Money Creation, retrieved from [https://citaa.com/qommpth/2882_](https://personally Yazdi, Seyyed Mohammad Reza (2022). Notes on Advanced Jurisprudence: Money Creation, retrieved from https://citaa.com/qommpth/2882_) [in Persian]
- Montazeri, Hossein Ali (n.d.). Studies in Forbidden Transactions (Vol. 2). 3 vols., Qom: Tafakkur. [in Arabic]
- Motahari, Morteza (2001). A Glance at the Islamic Economic System (Vol. 1). 10th ed., Tehran: Sadra. [in Persian]
- Mousavi Bojnourdi, Mohammad (2022). Jurisprudential Rules (Vol. 1). 2 vols., Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works/Oruj Publishing Institute. [in Arabic]
- Naini, Mohammad Hossein (n.d.). Al-Makasib wa al-Bay‘ (Vol. 1). 2 vols., Qom: Society of Teachers in the Qom Seminary/Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Pareto, Vilfredo. (1909). Manuel d’économie politique. Paris.
- Rashti, Habibullah ibn Muhammad Ali (n.d.). A Concise and Honorable Commentary on the Book of Al-Makasib and Al-Bay‘ (Vol. 1). Qom: Majma‘ al-Dhakha’ir al-Islamiyyah. [in Arabic]
- Rashti, Habibullah ibn Muhammad Ali (n.d.). Fiqh al-Imamiyyah: Section on Options (Vol. 1). Qom: Al-Dawari Library. [in Arabic]
- Rashti, Habibullah ibn Muhammad Ali (n.d.). Kitab al-Ghasb (Vol. 1). Tehran: Ahmad al-Shirazi. [in Arabic]
- Rothbard, Murray N. (2008). The Mystery of Banking. Alabama: Ludwig von Mises Institute.
- Rouhani, Mohammad Sadiq (1991). Fiqh al-Sadiq (peace be upon him) (Old Edition) (Vols. 15 and 19). 26 vols., Qom: Author. [in Arabic]
- Sadr, Muhammad Baqir (2013). Encyclopedia of the Martyr Imam Sayyed Muhammad Baqir al-Sadr (Vol. 5). 21 vols., 2nd ed., Qom: Martyr Sadr Scientific-Specialized Research Institute/Dar al-Sadr. [in Arabic]

- Sadr, Muhammad Baqir, and Hosseini Ha'eri, Kazem (2009). Discussions on Principles (Part Two) (Vol. 4). 5 vols., Qom: Dar al-Bashir. [in Arabic]
- Sadr, Sayyed Muhammad Baqir, and Hashemi Shahrudi, Sayyed Mahmoud (1996). Discussions in the Science of Principles (Vol. 4). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia on the School of Ahl al-Bayt (peace be upon them). [in Arabic]
- Sahib Jawahir, Mohammad Hassan ibn Baqir (1983). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam (Vol. 22). 43 vols., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [in Arabic]
- Sanad, Mohammad (n.d.). Sanad al-'Urwah al-Wuthqa: Book of Marriage (Vol. 2). 2 vols., Qom: Baqiyat. [in Arabic]
- Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (n.d.). Al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya (Kalantar) (Vol. 3). 10 vols., Beirut: Al-A'lam Institute for Publications. [in Arabic]
- Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (n.d.). Fawa'id al-Qawa'id (Vol. 1). Qom: Qom Seminary/Islamic Propagation Office. [in Arabic]
- Shahidi, Mohammad Taqi (February 2019). Notes on Advanced Jurisprudence, retrieved from <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahidi/feqh2/97/971124/>. [in Persian]
- Tabataba'i, Sayyed Mohammad Hossein, and Shariati Sabzevari, Mohammad Baqir (n.d.). Commentary on the Principles of Philosophy and the Method of Realism (Vol. 2). 3 vols., 2nd ed., Qom: Bustan-e Ketab. [in Persian]
- Tabataba'i, Sayyed Mohammad Hossein, and Shirvani, Ali (2008). Translation and Commentary on Nihayat al-Hikma (Vol. 3). Dar al-Fikr. [in Arabic]
- Taleb, Nassim Nicholas. (2021, July 13). "Black Swan" author Nassim Taleb says bitcoin is worth zero and fails as a currency and a hedge. Retrieved June 28, 2022, from <https://www.cnbc.com/2021/07/13/black-swan-author-nassim-taleb-says-bitcoin-is-worth-zero.html>.
- Tavassoli, Mohammad Ismail (2015). Analysis of the Nature of Money and the Foundations of Monetary Policy in Islamic Economics. 3rd ed., Research Institute of Hawza and University. [in Persian]
- The Holy Quran.
- Tusi, Mohammad ibn Hassan (1986). Al-Khilaf (Vol. 3). 6 vols., Qom: Society of Teachers in the Qom Seminary/Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hassan (2008). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah (Vol. 3). 8 vols., Tehran: Mortazavi Bookstore. [in Arabic]
- Yazdi, Mohammad Kazim ibn Abdulazim (2000). Commentary on Al-Makasib (Vol. 1). Qom: Ismailian. [in Arabic]
- Yazdi, Mohammad Kazim ibn Abdulazim (n.d.). Al-'Urwah al-Wuthqa with

Commentaries (Commentators: Khomeini, Seyyed Ruhollah; Khoei, Seyyed Abulqasim; Golpayegani, Seyyed Mohammad Reza; Makarem, Naser) (Vol. 2). 2 vols., Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him) School. [in Arabic]

Yousefi, Ahmad Ali (2020). "The Criterion of Being Property in Jurisprudential Discussions." Islamic Economics, Vol. 20, No. 79, pp. 37-63. [in Persian]

Yousefi, Ahmad Ali (n.d.). The Nature of Money and Its Jurisprudential-Economic Strategies. [in Persian]



Feasibility of Affinity Sanctity after Rape

Mohammad Hassani: Ph.D. candidate of Criminal Law and Criminology, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran.

Mohamadhassani082@gmail.com

Hassan Shahmalekpour: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran.

h.shahmalekpour@guilan.ac.ir

Abstract

Marriage affinity is a bond between one of the spouses and the relatives of the other spouse, which causes the prohibition of sexual relation between them. Most jurists, in addition to legal sexual intercourse, have also included unlawful intercourse among acts that undergo the related sanctity. In this regard, adultery can, under certain conditions, lead to the permanent affinity-related prohibitions for the parties involved and can also result in the prohibition of marriage with their relatives. The main objective of this study is to address two questions: Does coerced or forced adultery, like consensual adultery, lead to the prohibition of marriage? Does the *hadith* of exemption (*raf*) remove the permanent prohibition? The present research is theoretical, employing a descriptive and analytical method, with data collected through library research. The findings of this study indicate that coerced adultery does not lead to the prohibition of marriage, as the *hadith* of exemption is not limited to obligatory rulings and it includes substantive laws as well.

Keywords

Marriage Affinity, Prohibition, Adultery, Rape, Duress.



امکان‌سنجی تحریم مصاهرتی در زناى به عنف

محمد حسنى: دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران (نویسنده مسئول). Mohamadhassani082@gmail.com

حسن شاه ملک‌پور: استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. h.shahmalekpour@guilan.ac.ir

چکیده

مصاهرت پیوندی میان یکی از دو زوج با خویشاوندان زوج دیگر است که سبب می‌شود خویشاوندان بر یکدیگر حرام شوند. مشهور فقها افزون‌بر وطی شرعی، وطی غیرشرعی را نیز در زمره تحریم مصاهرتی آورده‌اند. از این حیث، زنا هم می‌تواند با وجود شرایطی منجر به حرمت ابدی طرفین و هم می‌تواند منجر به حرمت مصاهرت با اقارب شود. هدف اصلی این تحقیق پاسخ به این دو پرسش است که آیا زناى به عنف و اکراه مانند زناى مطاوعی منجر به حرمت مصاهرت می‌شود یا خیر؟ آیا حدیث رفع حرمت ابدی را برمی‌دارد؟ پژوهش حاضر از نوع نظری و روش تحقیق به شیوه توصیفی و تحلیلی است. شیوه گردآوری اطلاعات این تحقیق نیز به روش کتابخانه‌ای است. یافته‌های این تحقیق بیان می‌کند که زناى اکراهی منجر به تحریم مصاهرتی نمی‌شود؛ زیرا حدیث رفع منحصر به احکام تکلیفی نیست و احکام وضعی نیز به واسطه حدیث رفع مرتفع می‌شود.

واژگان کلیدی

مصاهرت، حرمت، زنا، عنف، اکراه.

مقدمه

غریزه جنسی یکی از نعمت‌های الهی و دین مبین اسلام به این موضوع توجه ویژه داشته است و انسان را به ازدواج تشویق می‌کند. (گوهری و جهانگیری، ۱۴۰۲، ص. ۲۲۰؛ نور/۳۲). با توجه به اهمیت ازدواج در اسلام و توجه فقه اسلامی به ابعاد گوناگون آن، بررسی احکام و آثار نکاح جایگاه ویژه‌ای دارد که یکی از مباحث بسیار مهم آن، موانع نکاح است که در اصطلاح فقهی سه عامل مهم دارد: نسب، رضاع و مصاهرت (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۱۹۸؛ حلی (علامه)، بی‌تا، ج ۲، صص. ۶۱۳-۶۱۴). آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد، حرمت ناشی از مصاهرت است. مصاهرت در واقع پیوندی میان یکی از دو زوج با خویشاوندان زوج دیگر است که باعث می‌شود ازدواج با آن خویشاوندان حرام شود؛ عیناً (حرمت ابدی) یا جمعاً (جمع بین‌الاختین) (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۷). بنابراین، در اینکه خویشاوندی و پیوند منجر به حرمت نکاح با اقارب می‌شود، بحثی نیست. در ادامه، مسئله دیگری که فقها مطرح کرده‌اند، این است که آیا وقوع زنا نیز در نشر حرمت سببی (بالمصاهره) مؤثر است یا نه؟ به عبارت دیگر، اگر فردی با زنی زنا کند آیا ازدواج با مادر و دختر آن زن و نیز ازدواج آن زن (مزنیها) با پدر یا پسر زناکار حرام ابدی می‌شود؟ بسیاری از فقهای متقدم و متأخر، زنا را موجب نشر حرمت بالمصاهره می‌دانند (طوسی (شیخ)، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۳۱۰؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ ابن حمزه، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۹۲؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۳۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۸۸؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۴۱۴؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۲۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۲۸۶؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۴۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۱۷۱؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۸۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۳۲؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، ص. ۱۷۷)، اما آنچه در این پژوهش مورد واکاوی قرار می‌گیرد، نه تأثیر خویشاوندی و نه تأثیر زناى مطاوعی در حرمت نکاح است. در واقع، این موضوعات توسط پژوهشگران دیگر مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته، بلکه چالش اصلی و در واقع موضوع محوری این تحقیق آن است که آیا زناى به عنف نیز مانند زناى مطاوعی منجر به تحریم مصاهرتی می‌شود یا خیر؟ فرضیه مقاله حاضر این است که عمل شنیع زناى به عنف تحریم مصاهرتی را به دنبال ندارد.

۱. پیشینه پژوهش

در رابطه با پیشینه پژوهش باید خاطرنشان کرد که موضوع این مقاله در پژوهش‌های پیشین به‌طور خاص مورد بررسی قرار نگرفته است، اما مقالاتی مرتبط در این زمینه نگارش شده‌اند. برای مثال، مقاله‌ای با عنوان «نگاهی به دیدگاه فقهای مذاهب خمسیه پیرامون اثر زنا و لواط بر حرمت مصاهرت» (هاشمی خانباسی و آقایی، ۱۴۰۰)؛ نگارش شده است که آثار زنا و لواط مطاوعی (با رضایت طرفین) بر حرمت مصاهرت را مورد بررسی قرار داده است، اما باید یادآور شد که در این مقاله تنها زنا و لواط مطاوعی مورد بحث قرار گرفته درحالی‌که محور اصلی در مقاله پیش رو، زنا به عنف و اکراه و بررسی و تحلیل حدیث رفع در خصوص امکان‌سنجی تحریم مصاهرتی در زنا به عنف است. افزون‌براینکه در مقاله پیش‌گفته، مبحث حرمت ابدی میان طرفین رابطه (زانی و زانیه) مورد توجه قرار نگرفته، بلکه تنها آثار زنا بر حرمت ازدواج با اقارب بررسی شده است.

همچنین، در مقاله دیگری با عنوان «حکم ازدواج پسر و پدر زانی با زانیه از نگاه مذاهب خمسیه» (گوهری و جهانگیری، ۱۴۰۲)، حرمت ازدواج پدر و پسری با زانیه مورد بررسی قرار گرفته است. در واقع، محور این تحقیق آن است که اگر پسری با زنی زنا کرد، آیا پدر می‌تواند با این زن ازدواج کند یا خیر.

گفتنی است جستار حاضر ضمن تبیین مفهوم مصاهرت و زنا به عنف، به نقد و بررسی فتاوی فقها در رابطه با اثر حرمت مصاهرتی در زنا به عنف و در نهایت، واکاوی حدیث رفع را به‌عنوان دلیل مستقل در دستور کار خود قرار داده است تا از رهگذر نقد و بررسی فتاوی فقها در رابطه با نشر حرمت در زنا به عنف و نیز بررسی دلالت حدیث رفع و شمولیت آن، به مسئله اصلی پژوهش پاسخ دهد.

۲. مفهوم‌شناسی مصاهرت

۲-۱. مفهوم لغوی

واژه «صهر» در زبان عربی به معنای خویشاوندی از طریق ازدواج است. خانواده زن را «اصهار» و خانواده مرد را «اختان» می‌نامند، اما برخی عرب‌ها هر دو گروه را «صهر» می‌دانند. فعل «صاهر» به معنای وصلت و ازدواج با یک قوم است و «مصاهره» نیز به

معنای پیوند خویشاوندی از راه ازدواج است؛ البته ابن سیده گفته است «گاهی با واژه "صَهْر" به‌طور کنایه‌ای به "قبر" اشاره می‌کردند؛ زیرا در زمان جاهلیت، عرب‌ها دختران را زنده‌به‌گور می‌کردند و آنان را دفن می‌کردند. پس می‌گفتند دخترانمان را به قبر شوهر دادیم (ازدواج دادیم). سپس این واژه در دوران اسلام نیز به کار برده شد، اما با معنایی متفاوت» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۷۱). واژه صهر و دامادی به‌وضوح در آیه ۵۴ سوره مبارکه فرقان آمده است که بیان می‌دارد «خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا»؛ او کسی است که (از قطره‌ای) آب، بشر را آفرید و تکثیر آن را به‌صورت دو نوع پیوند فرزندی و دامادی قرار داد.

۲-۲. مفهوم اصطلاحی

مصاهرت یکی از اسباب حرمت نکاح است که چهار طبقه را که عمودین نام دارد، حرام می‌کند؛ یعنی مادر این زن «هر چقدر بالاتر رود» و دختر این زن «هر چقدر پایین‌تر رود»، بر این مرد حرام می‌شود. همچنین، پدر این مرد «هر چقدر بالاتر رود» و پسر این مرد «هر چقدر پایین‌تر رود»، بر این زن حرام می‌شود (سرور، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۲۳۴). برخی از محققان مصاهرت را این‌گونه تعریف می‌کنند که «دامادی پیوندی است بین زن و مرد که با برقراری این پیوند عاطفی، ازدواج با بستگان طرفین حرام می‌شود» (مغویه، ۱۳۹۵، ص. ۲۲۹). امام خمینی (رحمت‌الله علیه) نیز مصاهرت را چنین تعریف می‌کند «المصاهرة هی علاقة بین احد الزوجین مع اقرباء الآخر موجبة لحرمة النکاح عیناً أو جمعاً علی تفصیل یأتی»^۱ (موسوی خمینی، ۱۳۹۲ الف، ج ۲، ص. ۲۹۷). به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی فقها بیان داشته‌اند، منظور امام (رحمت‌الله) از ملحقات به مصاهره که یکی از فصول کتاب تحریرالوسیله را به این بخش اختصاص داده است، اموری است که شکل نکاح را ندارد، اما خاصیت نکاح را به لحاظ حرمت مصاهرت داراست از قبیل وطی به شبهه و زنا (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۱۱۶).

لازم است برای آماده‌سازی ذهن مخاطب، مفهوم و منظور از تحریم مصاهرتی در زناى مطاوعی بیان شود و سپس بحث اصلی پژوهش مطرح شود.

ابتدا باید خاطر نشان کرد که اگر زنا پیش از عقد صورت گیرد، غالب فقهای امامیه قائل بر این هستند که حکم نکاح صحیح را دارد. بنابراین، اگر فردی با زنی نزدیکی

کند، مادر و دختر این زن بر مرد حرام می‌شود (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ ابن حمزه، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۹۲؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۳۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۸۸؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۴۱۴؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۲۷؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۸۲)، اما اگر همسر شخصی با یکی از اقارب او زنا کند (برای مثال، بعد از عقد، پدرشوهر با عروس زنا کند)، در این صورت حرمتی میان زن و مرد ایجاد نمی‌شود، به این دلیل که زنا بعد از عقد اثری در بطلان و حرمت عقد نکاح سابق ندارد (طوسی (شیخ)، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۵؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۸۸؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۳۷؛ شهید اول، ۱۴۳۰ق، ص. ۱۶۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۲۸۷؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۸۲). قائلان به این قول به قاعده «لا یحرم الحرام الحلال» و نیز به روایات کثیری در این باره استناد کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص. ۴۲۹؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۴۱۵).

نکته دیگر اینکه، زنا افزون‌بر نشر حرمت ابدی با اقارب، بعضاً باعث می‌شود که زانی و زانیه تا ابد نتوانند با یکدیگر ازدواج کنند مانند زنا با زن شوهردار و زنا با زن معتده رجعیه (طوسی (شیخ)، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۵۲؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۳۶؛ مفید (شیخ)، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۰۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص. ۲۰۷؛ اراکی، ۱۳۷۷، ص. ۱۹۵). به عبارت بهتر، منظور از حرام ابدی این است که اگر شوهر آن زن فوت کند یا زن را طلاق دهد، زانی حق ازدواج با زانیه را نخواهد داشت. ازاین‌رو بنا بر عقیده برخی فقها، ازدواج با زنی که دیگری (نه خود او) با وی زنا کرده، مکروه است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲ الف، ج ۲، ص. ۲۵۶) و ازدواج زانی با زانیه نیز دو صورت دارد. اول اینکه، زانیه دارای همسر باشد که در این صورت بر وی حرام ابدی می‌شود. دوم اینکه، دارای همسر نباشد که در این صورت ازدواج با وی صحیح است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲ الف، ج ۲، ص. ۲۵۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲ ب، ج ۹، ص. ۱۵۱). بنابراین، مشهور فقها خاطرنشان می‌کنند که زنا با زن منجر به تحریم مصاهرتی نمی‌شود مگر اینکه زن به عقد دائم یا موقت، دارای شوهر باشد (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ مفید (شیخ)، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۰۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۳۱۴؛ سیدمرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۲۶۴؛ طباطبایی،

۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص. ۲۰۷؛ طوسی (شیخ)، ۱۳۶۵، ج ۷، ص. ۳۰۵؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی‌تا، ج ۵، ص. ۲۰۲؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۹، ص. ۴۳۴). استدلال فقهای امامیه بر عدم حرمت ابدی نکاح بعد از زنا با زن غیرشوهردار و زنی که در عده رجعیه به سر نمی‌برد، «اصل حلیت» و «روایت» است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۳۱۴؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی‌تا، ج ۵، ص. ۲۰۱).

بنابراین، از آنجاکه عمل شنیع زنا طبق قول مشهور، جزو توابع اسباب حرمت مصاهرتی است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص. ۴۲۴)، دو موضوع مشابه یعنی آثار زناى اکراهی بر اقارب و آثار زناى اکراهی بر طرفین رابطه، ذیل بخش «آثار حرمت مصاهرتی در زناى اکراهی» در مقاله حاضر مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

۳. مفهوم زناى به عنف

زنا در اصطلاح شرع عبارت است از دخول آلت تناسلی مرد در فرج زن به مقدار ختنه‌گاه یا بیشتر بدون آنکه بین آن دو عقد ازدواجی واقع شده باشد یا مرد مالک زن باشد یا شبهه عقد یا ملک وجود داشته باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۲۹۲). عنف در لغت به معنای مدارا نکردن، شدت، خشونت و استفاده از زور در عمل است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۵۷). در اصطلاح، عنف به رفتاری اشاره دارد که با خشونت، آزار و اعمال زور انجام می‌شود و عمدتاً در حالتی صورت می‌گیرد که اراده قربانی نادیده گرفته شود و به‌رغم مقاومت فرد، به ضرر او عمل می‌شود (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶، ص. ۱۱۶). گفتنی است واژه عنف بیشتر در متون حقوقی به کار رفته است تا متون فقهی. به عبارت بهتر، عنوان عنف در کلام فقهای متقدم به کار نرفته است و فقها بیشتر عنوان «غصب» را استعمال کرده‌اند. به همین منظور، زناى به عنف نیز در روایات تحت عنوان «غصب امرأة فرجها» مطرح شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۸، صص. ۱۰۸-۱۰۹)؛ البته برخی فقهای شیعه از تعبیر زناى به عنف و اکراه نیز استفاده کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ص. ۲۵۵). زناى به عنف یکی از شدیدترین و رایج‌ترین جرائم جنسی به شمار می‌رود که در آن مردی به عنف و اکراه و بدون رضایت زن به او تجاوز می‌کند. در رابطه با تعریف اکراه، فقها خاطرنشان کرده‌اند که اکراه عبارت است از «واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست

در صورتی که همراه با تهدید باشد، به طوری که اگر آن فعل مکروه را ترک کند و انجام ندهد، به جان خودش یا اطرافیان و نزدیکان یا آبرو یا مالش ضرر وارد آید» (انصاری (شیخ)، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۴۹). سرخسی فقیه اهل سنت، اکراه را این گونه تعریف می کند که «اکراه تهدیدی است که فردی نسبت به دیگری روا می دارد تا با این کار رضایت او را منتفی یا اختیارش را سلب کند بدون اینکه اهلیت کار یا خطاب را از او بگیرد» (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۴، ص. ۳۸). نگارش ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی^۲ در نگاه نخست به گونه ای به نظر می رسد که شخص ثالث دیگری را تهدید به عمل مجرمانه با یک شخص خاص می کند (مثل اینکه «الف»، «ب» را تهدید می کند که یک گلوله به «ج» شلیک کند)، اما آنچه از استفتائات فقها از جمله فقهای معاصر برداشت می شود، این است که فقها لزوماً اکراه کننده را شخص ثالث نمی دانند، بلکه زنا به عنف در لسان فقها تحت عنوان زنا به اجبار و اکراه یا به عنف و اکراه مطرح شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ص. ۲۵۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص. ۵۰۳). به همین منظور، قانون گذار در بند ت ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی^۳، احکام زنا به عنف و اکراه را در یک راستا و در معنای واحد در نظر گرفته است.

۴. آثار حرمت مصاهرتی در زنا ی اکراهی

منظور از حرمت مصاهرتی در این پژوهش، تبیین دو مسئله فقهی و حقوقی مهم است؛ یعنی حرمت مصاهرتی با اقارب و حرمت ابدی میان زانی و زانیه. منظور از نوع اول حرمت، این است که زنا باعث می شود زانی نتواند با اقارب زانیه ازدواج کند و منظور از نوع دوم، آن است که گاه زنا به گونه ای رقم می خورد که زانی و زانیه بر یکدیگر حرام ابدی می شوند. این حالت زمانی اتفاق می افتد که زن در حین وقوع زنا، شوهردار باشد، اما مسئله و چالشی که وجود دارد این است که آیا اکراهی بودن زنا می تواند صورت مسئله را عوض کند و منجر به این شود که حرمت مصاهرتی شکل نگیرد؟ برای پاسخ به این مسئله ابتدا لازم است دیدگاه فقها در رابطه با اثر حرمت مصاهرتی در زنا ی اکراهی برجسته شود. در نهایت، با واکاوی حدیث رفع به عنوان یک دلیل مستقل، موضع فقهایی که به استناد حدیث رفع، قائل بر رفع جمیع آثار (از جمله تحریم مصاهرتی) یا صرفاً عقاب و مؤاخذه هستند، مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

۴-۱. آثار زناى اکراهى نسبت به طرفین زنا (ایجاد حرمت ابدی)

برای فهم بهتر این موضوع لازم است دو دیدگاه موافق و مخالف با ایجاد حرمت ابدی که ناشی از زنا با زن شوهردار است، مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

۴-۱-۱. دیدگاه موافق با ایجاد حرمت ابدی

در زنا با زن شوهردار، برخى قائل به این موضوع‌اند که اگر زن به زنا اکراه شود، حکم حرمت ابدی جاری می‌شود و در رابطه با اکراه مرد خاطرنشان کرده‌اند که حکم ظاهری، بیان‌کننده تسری آن به مرد است، اما در نهایت، این نظر را خالی از اشکال ندانسته‌اند^۴ (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۱۴؛ اشتهااردی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۹، صص. ۲۶۲-۲۵۹، موسوی اردبیلی، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۵۷۴؛ گلپایگانی، ۱۳۵۲، ج ۳، ص. ۱۸۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲ الف، ج ۲، ص. ۳۰۲). در عروة‌الوثقی، نویسنده ایجاد حرمت ابدی را بعید ندانسته، اما معتقد است این نظر خالی از اشکال نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۲۴). از چند جهت می‌توان اشکال محقق یزدی را توجیه کرد. نخست اینکه، گفته شود اجماع فقها در حرمت ابدی در بحث مزبور (یعنی زنا با زن شوهردار) منصرف می‌شود به زناى حرامی که موجب عقوبت و مجازات است و چون در فرض زناى به اکراه با وجود حدیث رفع، عقوبت و مؤاخذه بر مکره متفی است، بنابراین، حرمت ابدی نیز متفی می‌شود. این انصراف احتمالی است، اما به‌هرحال، بنا به آنچه معروف است که «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، مرحوم حکیم، این احتمال را در اشکال صاحب عروه مطرح کرده است و البته خود ایشان این انصراف را رد می‌کند و به حرمت ابدی معتقد است (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، صص. ۱۵۷-۱۵۹). دوم اینکه، گفته شود اکراهی بودن زنا بنا به اقتضای حدیث رفع، موجب رفع اثر از فعل مکره‌علیه می‌شود. از آنجاکه حرمت ابدی از آثار فعل زناست، بنابراین، به استناد حدیث رفع، این اثر (حرمت ابدی) مرتفع و متفی می‌شود (خویی، بی تا الف، ج ۱، ص. ۲۸۵). توجیه سوم اینکه، گفته شود از آنجاکه مستندی غیر از اجماع در بحث مزبور وجود ندارد (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۳۸) و اجماع هم یک دلیل لبی است و شامل قدر متیقن از موضوع می‌شود، از این‌رو موضوع بحث مزبور اطلاقی ندارد تا مورد مانحن‌فیه (زناى اکراهی) را شامل شود. به عبارت بهتر، در مسئله مزبور، اطلاق لفظی موجود نیست تا

بخواهد شمولیت داشته باشد. افزون بر اینکه اصل مسئله مزبور که ترتب حرمت ابدی است، خلاف اصول و قواعد اولیه است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۸۵). از نظر نویسندگان، توجیه‌های دوم و سوم برای طرح اشکال از سوی محقق یزدی صحیح‌تر است؛ همچنان‌که برخی فقهای معاصر نیز بیان کرده‌اند.

در دیدگاه برخی دیگر از فقها نیز آمده است که مکروه بودن و مختار بودن مرد در ایجاد حرمت ابدی تأثیری ندارد و در هر حالت حرمت ابدی حاصل می‌شود (سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۶۲). این نظر فقھی با مفاد ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز هم‌راستا است؛ زیرا با توجه به نص صریح ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی این استنباط حاصل می‌شود که علت حکم حرمت ابدی در رابطه با زن شوهردار، شوهردار بودن زانیه در حین عمل زناست؛ خواه مرد به اختیار مرتکب زنا شود و خواه به عنف و اکراه؛ البته برخی حقوق‌دانان نیز معتقدند اگر زانیه به زنا اکراه شده باشد، مدخوله باشد یا غیرمدخوله (به‌وسیله شوهر)، حرمت ابدی حاصل می‌شود، اما اگر مرد اکراه شود به زنا، با توجه به اینکه عمل مربوط زنا شمرده نمی‌شود، حرمت ابدی حاصل نمی‌شود و بر فرض اینکه زنا شمرده شود، اطلاق ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی آن را دربر نمی‌گیرد؛ زیرا ماده منصرف به رفتاری است که با اختیار شخص انجام شده باشد نه به اکراه و اجبار. ازاین‌رو حرمت ابدی حاصل نمی‌شود (صفایی و امامی، ۱۴۰۲، ص. ۱۰۱).

۴-۲. دیدگاه مخالف با ایجاد حرمت ابدی

عده‌ای دیگر از فقها قائل به عدم حرمت مصاهرتی هستند. برخی از فقهای طرفدار این دیدگاه خاطرنشان می‌کنند که اینکه گفته می‌شود در زنای به اکراه تمام احکام از جمله حرمت مصاهرت به دلیل اطلاق نصوص مترتب می‌شود، قابل اشکال است؛ زیرا اولاً، زنا در نصوص وارده، منصرف به زنای به اختیار و اراده است؛ یعنی زنایی که شخص به‌عمد و اختیار انجام می‌دهد. افزون بر اینکه این مسئله (زنای به اکراه) مشمول حدیث رفع هم می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷ق، ج ۶۳، ص. ۱۰۶). به عبارت بهتر، از نظر مشارالیه با وجود حدیث رفع، همه آثار مترتب بر عنوان اکراه اعم از مؤاخذه و حرمت منتفی می‌شود. بنابراین، ایشان دو دلیل بر اینکه اکراه موجب نمی‌شود که حرمت مصاهرت مترتب شود، بیان کرده‌اند. دلیل نخست اینکه، زنایی مستوجب حکم

است که با اختیار و اراده صورت پذیرد. از این رو زناى به عنف و اکراه نشر حرمت را در پی ندارد؛ زیرا با اختیار و اراده صورت نگرفته است. دلیل دوم اینکه، این مسئله (حرمت مصاهرتی) مشمول حدیث رفع هم می شود؛ زیرا حدیث رفع تمام آثار را مرتفع می کند. از این رو حرمت مصاهرتی به واسطه حدیث رفع مرتفع می شود. همان طور که مشخص است، دلیل دومی که ایشان به آن اشاره کردند، حدیث رفع است. در واقع، ایشان بر این باورند که احکام وضعی مشمول حدیث رفع می شود.

۴-۲. آثار زناى اکراهی نسبت به اقارب

در خصوص نشر حرمت سببی و مصاهرتی، بین فقهای متقدم و متأخر اختلاف نظر جدی وجود دارد؛ به طوری که عده ای از آنان قائل به نشر حرمت مصاهرتی هستند (طوسی (شیخ)، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۳۱۰؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۸۶؛ ابن حمزه، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۹۲؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۳۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۸۸؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۴۱۴؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۲۷؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، بی تا، ج ۵، ص. ۱۸۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۳۲؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، ص. ۱۷۷). مستند این دسته از فقها، افزون بر روایات (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص. ۴۳۳)، عموم آیه شریفه سوره نساء است مبنی بر اینکه مادران و دختران زنانی که با آنها نزدیکی کرده اید، بر شما حرام اند (نساء/۲۳). برخی دیگر از فقها به نشر حرمت ناشی از زنا اعتقادی ندارند (مفید (شیخ)، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۰۴؛ صدوق (شیخ)، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۲۵؛ سیدمرتضی، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۱۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۵۲۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص. ۱۸۲؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص. ۳۴۴؛ محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۱۳۱)؛ زیرا معتقدند با وجود روایات معارض، آیات منصوص قرآنی در این باره اطلاق ندارند و با توجه به قدر متیقن از معنای آنها که محارم مصاهرتی ناشی از عقد نکاح را بیان کرده است، ماورای موارد یادشده از جمله وقوع زنا، موجب نشر حرمت مصاهرتی نمی شود (وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (نساء/۲۴)). لازم به توضیح است که نویسندگان مقاله، با آنکه تنها به نشر حرمت به واسطه نکاح صحیح معتقدند، اما در این مقاله با فرض قبول دیدگاه آن دسته از فقهای که معتقدند با وقوع زنا نیز نشر حرمت مصاهرتی واقع می شود، به طرح

مسئله زناي اکراهي و تأثير آن در نشر حرمت مصاهرتي پرداخته‌اند.

برخی معاصران معتقدند اگر زنا به عنف و اکراه واقع شود، به اقتضای اطلاق ادله نشر حرمت موجب حرمت مادر و دختر زانیه بر زانی و حرمت زانیه بر پدر و پسر زانی که از احکام وضعیه این عمل است، می‌شود (شبیری زنجانی، بی‌تا، ج ۹، ص. ۲۸۹۷). اساساً تأثیر زناي اکراهي در نشر حرمت، در متون فقهی متقدمان و متأخران کمتر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، بلکه بیشتر در مباحث فقهی فقه‌های معاصر مطرح شده است؛ به‌طوری‌که برخی معاصران خاطرنشان کرده‌اند که در نشر حرمت مصاهرتي به‌واسطه زنا فرقی در حالت خواب و بیداری و جبر و اختیار یا اضطراب نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۸۳۳-۸۳۲). این در حالی است که هیچ‌کدام از تعلیق‌نویسان بر متن ایشان اشکالی وارد نکرده‌اند؛ البته سیدمحسن حکیم در شرح مستقل بر کتاب عروه، در مسئله مزبور با محقق یزدی موافقت کرده است (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، صص. ۱۵۹-۱۵۷). باوجوداین، یکی دیگر از شارحان کتاب عروه، قائل به تفصیل شده است؛ به‌طوری‌که مرحوم خویی ضمن مخالفت با صاحب عروه، خاطرنشان می‌کند که باید تفاوت قائل شد بین احکام مصاهرت بر زانی و دیگران و احکام این دو نباید با یکدیگر خلط شود؛ زیرا حدیث رفع مقتضی آن است که موضوع حکم زنا در خارج وجود نداشته و مرفوع است. ازاین‌رو احکام آن هم مرتب نمی‌شود. بنابراین، در زناي اجباري یا اضطرابي زانی می‌تواند با مادر یا دختر مزنی^۱ بها ازدواج کند. بااین‌حال، احکام مترتبه بر پدر و فرزند زانی رفع نمی‌شود. ازاین‌رو ازدواج مزنی^۲ بها با پدر و پسر زانی همچنان حرام است (خویی، بی‌تا ب، ج ۳۲، ص. ۳۲۵). به عبارت بهتر، ایشان بر این باورند که با دو توجیه می‌توان احکام چهارگانه را (حرمت مادر و دختر مزنی^۳ بها بر زانی و حرمت مزنی^۴ بها بر پدر و پسر زانی) از یکدیگر تفکیک کرد. بدین صورت که قائل بر حرمت مزنی^۴ بها بر پدر و پسر زانی و عدم حرمت مادر و دختر مزنی^۵ بها بر زانی شد.

توجیه نخست اینکه بپذیریم حدیث رفع تمام احکام از جمله تحریم مصاهرتي مادر و دختر مزنی^۶ بها را مرتفع نمی‌کند، بلکه صرفاً عقوبت و مؤاخذه را از زانی مکره برمی‌دارد. به عبارت بهتر، ازآنجا که ملاک حرمت نکاح با مادر و دختر مزنی^۷ بها برای زانی

به نوعی عقوبت و مجازات شمرده می شود، از این رو حدیث رفع این مجازات را مرتفع می کند و موجب تحریم نمی شود و از آنجا که ملاک حرمت نکاح مزنی^۱ بها با پدر و پسر زانی به دلیل قرابت و فامیلی است که به واسطه زنا ایجاد شده، این حرمت همچنان بین آنها باقی است (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۹، ص. ۲۸۹۸).

توجیه دوم اینکه بپذیریم در عین حال که حدیث رفع همه آثار وضعی و تکلیفی را برمی دارد، حکم امتنانی و ارفاقی است؛ یعنی این رفع اثر، تنها متعلق به فعل زانی مکره است. از این رو حرمت نکاح دختر و مادر مزنی^۲ بها با زانی مکره قطعاً مرتفع می شود، اما نسبت به رفع حرمت نکاح مزنی^۳ بها با پدر و پسر تأثیر ندارد و حرمت همچنان باقی است (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۹، ص. ۲۸۹۸).

به هر دو توجیه ایشان از سوی برخی شاگردان ایشان اشکال وارد شده است. اشکال اول اینکه، معلوم نیست که ملاک و مناط نشر حرمت مصاهرتی در زنا با یک زن لزوماً عقوبت و مؤاخذه است یا وجود قرابت و فامیلی که امکان نکاح را منتفی می کند. از این رو تفکیک مزبور وجهی ندارد؛ چنان که غالب فقها نیز چنین تفکیکی را بیان نکرده اند. اشکال دومی که به توجیه ایشان وارد شده، این است که ادله تحریم مصاهرتی مطلق بوده و شامل احکام چهارگانه یعنی حرمت نکاح مادر و دختر مزنی^۴ بها با زانی و حرمت نکاح پدر و پسر زانی با مزنی^۵ بها است. از این رو اگر زناى اکراهی واقع شود به اقتضای حدیث رفع تمام آثار چهارگانه نشر حرمت مترتب بر زنا برداشته می شود. بنابراین، نه تعدد مناط قابل پذیرش است (تفکیک در احکام چهارگانه و قول به عدم ایجاد حرمت مادر و دختر زانیه بر زانی اکراه شده و حرمت زانیه بر پدر و پسر زانی) و نه رفع تمام آثار در حدیث رفع مورد قبول است، بلکه اعتقاد بر این است که زناى شخص مکره مانند شخص مختار موجب نشر حرمت در همه موارد چهارگانه می شود (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۹، صص. ۲۸۹۸-۲۸۹۹)، اما به عقیده نگارندگان، تفکیک خوبی به واقع نزدیک تر است؛ زیرا مستندی غیر از اجماع در بحث مزبور وجود ندارد. اجماع هم یک دلیل لبی است و شامل قدر متیقن از موضوع می شود. افزون بر اینکه مسئله مزبور (تحریم مصاهرتی) مشمول حدیث رفع نیز می شود. گفتنی است دیدگاه فقها در رابطه با متعلق حدیث رفع مختلف است و قبول یا رد هریک از

آن‌ها در پاسخ به مسئله و موضوع مانحن‌فیه که وجود یا عدم وجود نشر حرمت مصاهرتی به واسطه زناى اکراهی است، مؤثر است. از این‌رو لازم است تا مفاد حدیث رفع به‌عنوان دلیل مستقل مورد بررسی قرار گیرد و در نهایت، معلوم شود که آیا به استناد حدیث رفع، جمیع آثار زناى اکراهی رفع می‌شود یا اینکه اختصاص به احکام تکلیفی و مؤاخذه دارد.

۵. واکاوی حدیث رفع به‌عنوان دلیل مستقل

حدیث رفع^۵ از جمله احادیث مهمی است که در واقع، متضمن مبنای حقوقی و قاعده‌ای پرکاربرد در متون فقهی است. این حدیث بر احکام اولیه حاکم بوده و در واقع آثار مترتب بر عناوین و فقرات موجود در حدیث را مرتفع می‌کند. از جمله مهم‌ترین مباحث حدیث رفع آن است که موضوع و متعلق رفع چیست و به عبارتی موضوع آن کدام است. رفع در لغت به معنای برطرف کردن و برداشتن چیزی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۱۲۹). در اصطلاح به معنای ازاله چیزی است که قبلاً محقق بوده و حاصل شده است (سبحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۲۰). به عبارت دیگر، رفع عبارت است از معدوم کردن شیء موجود و در مقابل آن، دفع یعنی منع کردن از ایجاد یک شیء (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۳۰۵؛ نایینی، ۱۳۷۶، ج ۳، صص ۳۳۷-۳۳۶). در هر صورت، در اینکه مراد از مرفوع در این حدیث چیست، در میان فقهای صاحب‌نظر معاصر اختلاف نظر وجود دارد (منتظری، ۱۴۱۵ق، ص ۵۸۳). از این‌رو برای فهم بهتر و دقیق‌تر متعلق رفع و شرایط آن لازم است دیدگاه فقها در این رابطه مورد بررسی قرار گیرد که در زیر به آن اشاره می‌شود.

۵-۱. متعلق رفع

برخی فقها از اساس حدیث رفع را به‌خاطر مجمل بودن از حجیت ساقط می‌دانند. ابو عبدالله بصری و ابوالحسین بصری در این دسته از فقها جای می‌گیرند (بصری، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۳۰۸). استدلال این دسته از فقها بر این موضوع استوار است که به سبب اینکه رفع به خطا و نسیان تعلق گرفته و از سویی مشاهده وقوع خطا و نسیان موضوعی وجدانی است، از این‌رو مرتفع شدن خود این امور غیرقابل تصور است

(طوسی (شیخ)، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۴۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص. ۴۱۸). برخی دیگر متعلق رفع را به تناسب خود آن موضوع قابل بررسی می دانند؛ به طوری که در بیشتر موارد، رفع عقاب و مؤاخذه مراد است، در برخی از موارد، رفع تأثیر و در برخی دیگر، مراد از رفع، رفع تکلیف است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ص. ۳۰۳). عده ای از فقها بر این باورند که حدیث رفع افزون بر احکام تکلیفی، شامل احکام وضعی نیز می شود. به عبارت بهتر، افزون بر احکام تکلیفی، احکام وضعیه (مانند نکاح، طلاق و حرمت مصاهرت) نیز به واسطه حدیث رفع و از باب امتنان برداشته می شود (عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۲۷). برای مثال، این دسته از فقها بر این باورند که حدیث رفع در معامله اکراهی، مفاد حکم «اوفوا بالعقود» را برمی دارد؛ یعنی لسان حدیث عام است و دلیلی وجود ندارد که اختصاص به احکام تکلیفی داشته باشد (قدیری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۳۸۰-۳۷۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۴۸). آخوند خراسانی در بحث ادله برائت معتقد است در موضوع اضطرار و اکراه حدیث رفع اگر بخواهیم تنها رفع عقاب و مؤاخذه را مرفوع بدانیم، موجه به نظر نمی رسد. ایشان معتقدند اساساً در حدیث رفع مراد از مای موصوله، خود حکم است؛ یعنی همان فعل اکراهی یا اجباری یا اضطراری. به عبارت بهتر، آنچه به واسطه حدیث رفع مرتفع می شود، خود فعل است و وقتی فعل منتفی شود، حکم آن هم اعم از تکلیفی و وضعی مرتفع می شود. در این صورت نیازی به اسناد مجازی (اسناد رفع به حکم) نیست. بنابراین، حدیث رفع به عنوان یک امتنان و ارفاق بر امت، بر رفع تمام احکام تکلیفی و وضعی دلالت دارد؛ همچنان که امام معصوم (علیه السلام) در رفع آثار طلاق اکراهی به این حدیث نبوی استناد کرده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص. ۳۴۲-۳۴۱). مرحوم حائری یزدی در این رابطه توضیح می دهد «اگر به ظاهر حدیث رفع بنگریم، صرفاً متعلق رفع، عقاب و مؤاخذه خواهد بود، اما با توجه به استشهاد امام (علیه السلام)، حدیث رفع برای بطلان قسم اکراهی و امر بین تقدیر گرفتن همه آثار (تکلیفی و وضعی) و اثر مناسب مردد خواهد شد و از آنجاکه تقدیر گرفتن "اثر مناسب" مستلزم ملاحظات متعدد است، در تقدیر گرفتن "جميع آثار" متعین است» (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، صص. ۴۴۳-۴۴۲). امام صادق (علیه السلام) در پاسخ به پرسش درباره طلاق اکراهی با استناد به حدیث رفع

فرمودند که سوگند اکراهی باطل است و آثار وضعی مانند طلاق یا صدقه بر آن مترتب نمی‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۲۶). شیخ انصاری نیز در خصوص متعلق حدیث رفع به سه قول اشاره می‌کند (نفی همه آثار اعم از تکلیفی و وضعی، نفی به تناسب هر موضوع و نفی صرفاً مؤاخذه و عقوبت). ایشان قول سوم را به لحاظ عرف نزدیک به واقع و قول اول را به لحاظ ظهور و معنای حقیقی معتبر می‌شمارد و در نهایت، استدلال می‌کند اگر حدیث رفع تنها برای مؤاخذه باشد، در این صورت امتنان و ارفاقی برای امت پیغمبر نخواهد بود. بنابراین، آنچه ارفاقی بودن حدیث رفع را توجیه می‌کند، رفع هر دو آثار وضعی و تکلیفی است (انصاری (شیخ)، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۹). مرحوم خویی نیز معتقد است حدیث رفع، تمام آثار تکلیفی و وضعی را مرتفع می‌کند. به عبارت بهتر، مقتضای حدیث رفع آن است که اصلاً فعل صادر شده از مجبور یا مکره یا مضطر در عالم تشریع معدوم فرض شده است. ازاین‌رو هیچ حکمی بر آن مترتب نیست (خویی، بی تا الف، ج ۱، ص. ۳۹۸). بر همین اساس، ایشان معتقدند در فرض مانحن‌فیه (یعنی زنای اکراهی)، حدیث رفع تمام آثار حرمت را برمی‌دارد (خویی، بی تا الف، ج ۱، ص. ۲۹۵).^۶

از سویی برخی فقها، متعلق رفع در حدیث رفع را تنها مؤاخذه دانسته‌اند نه جمیع آثار (نجفی اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۱۳؛ قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۵۰؛ بهایی (شیخ)، ۱۳۸۳، ص. ۳۹۰؛ نراقی، ۱۳۸۴، ص. ۲۰۵). استدلال این دسته از فقها بر رفع عقاب (نه جمیع آثار) آیات قرآن^۷ و روایاتی^۸ است که صراحت در رفع عقاب و مؤاخذه دارند. ازاین‌رو معتقدند اینکه برخی اصولیان جمیع آثار را به واسطه حدیث رفع برداشته‌اند، به‌خاطر حدیثی بوده که غیرقابل اتکا و ضعیف است (مجلسی (علامه)، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ص. ۳۰۵؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۲۶). در تأیید این دیدگاه برخی بیان کرده‌اند حدیث رفع برای عموم مردم بیان شده است. ازاین‌رو نخستین چیزی که به اذهان مردم متبادر می‌شود، رفع عقاب است و اثر ظاهر یا عموم آثار که نیاز به مباحث پیچیده فقهی و اصولی دارند و اختلافات بسیاری نیز در آن‌ها وجود دارد، کاملاً با اذهان مردم نامأنوس است (قنبری شیخ شبانی، ۱۴۰۰، ص. ۴۵). برخی فقها معتقدند (برداشته شدن) اقتضا می‌کند که متعلق آن امر سنگینی باشد و براین اساس باید آنچه برداشته می‌شود، امر سنگینی باشد تا تعلق رفع به آن صحیح باشد. به همین خاطر

معتقدند، بعيد است چیزی ثقیل تر از مؤاخذه وجود داشته باشد (خرازی، ۱۴۲۲ق، ج ۵، ص. ۴۲۱؛ جلالی مازندرانی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۳۴۶).

۵-۲. شرایط رفع

نخستین شرطی که فقها برای رفع اثر به واسطه حدیث رفع بیان کرده‌اند آن است که حکم بارشده بر فعل مکلف به عنوان خود فعل باشد نه عنوانی دیگر (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۳۱۲). بنابراین، اگر از روی اکراه و اضطرار، بدن یا لباس کسی نجس شود، حکم به نجاست آن می‌شود و نمی‌توان با استناد به حدیث رفع، حکم به عدم نجاست آن کرد؛ زیرا نجس شدن بر عنوان ملاقات با نجاست به عنوان فعل مکلف بار نشده است، بلکه بر خود ملاقات بار شده است؛ هرچند مکلف هیچ نقشی در آن نداشته باشد (صالحی مازندرانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۹۱). مثال دیگری که می‌توان ارائه داد وجوب قضای نماز است. بر این ابتنا، در صورتی که شخصی به دلیل اضطرار یا اکراه، قادر به ادای نماز در وقت مقرر خود نشود، وجوب قضای آن نماز همچنان بر عهده او باقی می‌ماند. دلیل این موضوع آن است که وجوب قضا ناشی از فوت نماز یعنی عدم انجام آن در زمان معین است و نه به سبب عملی که فرد مکلف به‌طور عمدی انجام داده یا ترک کرده باشد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص. ۳۱۲؛ روحانی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۳۲۷). در رابطه با زناى اکراهی و نشر حرمت مصاهرتی ناشی از آن که خود حکمی وضعی است، نمی‌توان این مبنا را به کار برد؛ زیرا در زناى اکراهی، تحریم مصاهرتی به خود فعل زنا (چه اختیاری و چه اکراهی) وابسته است نه به شرایط خارجی مستقل از فعل شخص؛ برخلاف نجاست که به ملاقات با چیز نجس وابسته است.

شرط مهم دیگر آن است که رفع اثر در راستای امتنان امت باشد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۳۱۲؛ صالحی مازندرانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۹۱؛ روحانی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۳۲۷). از این رو، اگر کسی از روی اکراه و اضطرار مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است و نمی‌توان به استناد حدیث رفع، ضامن را از او برداشت؛ زیرا رفع ضامن نسبت به صاحب مال تلف‌شده برخلاف امتنان است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص. ۲۶۱). نکته‌ای که برخی به آن اشاره کرده‌اند این است که این امتنان باید برای همه امت باشد نه شخص واحد. برای مثال، اگر شخصی شیشه منزلی را بشکند، اگرچه بر

کسی که شیشه را شکسته است امتنان اقتضا می‌کند که ضامن نباشد، اما بدیهی است که بر صاحب شیشه و امت امتنان نخواهد بود. به همین خاطر است که فقها خاطرنشان کرده‌اند که حکم تکلیفی به واسطه اکراه برداشته می‌شود، اما حکم وضعی (ضمان) برداشته نمی‌شود؛ زیرا حدیث رفع باید در راستای امتنان باشد و این امتنان باید بر امت باشد نه شخص واحد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۳۱۲)، اما باید خاطرنشان کرد که موضوع مورد بحث ما (تحریم مصاهرتی) با مثال فوق (ضمان) کاملاً متفاوت است؛ زیرا تحریم مصاهرتی خلاف امتنان بر امت نخواهد بود. از این رو نگارندگان معتقدند اگر تحریم مصاهرتی در این حالت باقی بماند، فردی که بدون اراده و به اجبار درگیر این فعل شده باشد، از حقی (مثل حق ازدواج با مادر یا دختر طرف مقابل) محروم می‌شود. این محرومیت به‌ویژه با توجه به عدم اختیار او در فعل زنا، نوعی مشقت و سخت‌گیری بر اوست که با اصل امتنان (تسهیل بر امت) سازگار نیست و از سویی با رفع تحریم مصاهرتی هیچ ضرری هم بر امت وارد نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش نگارندگان در تلاش برای پاسخ به این پرسش مهم بودند که آیا زنا به عنف مانند زنا مطاوعی منجر به حرمت مصاهرت می‌شود یا خیر؟ نویسندگان با مطالعه آثار فقهی و اصولی و با مراجعه به فتاوی فقهی به نتایج زیر دست یافتند.

۱. بر اساس یافته‌های این تحقیق، زنا به عنف موجب تحریم مصاهرت نمی‌شود. دلیل اصلی این است که زنا به عنف مستوجب حکم است که با اراده و اختیار صورت گرفته باشد. در زنا به عنف، به دلیل فقدان اراده و اختیار، شرایط لازم برای ایجاد حرمت ابدی (مانند حرمت ازدواج با مادر یا دختر زانیه و پدر یا پسر زانی) محقق نمی‌شود.

۲. حدیث رفع به‌عنوان دلیل مستقل، هم شامل احکام تکلیفی (مانند واجبات، محرمات، مستحبات و مکروهات) و هم احکام وضعی (مانند تحریم مصاهرتی) می‌شود و این گونه نیست که تنها در خصوص احکام تکلیفی اعمال شود. مفاد این حدیث نشان می‌دهد که هرگونه آثار شرعی ناشی از افعال غیرارادی (خطا، نسیان و اکراه) از امت اسلام برداشته شده است. بنابراین، در

زنای اکراهی، هم مجازات حدی (مانند شلاق یا اعدام) و هم آثار وضعی (مانند تحریم مصاهرتی) به استناد حدیث رفع مرتفع می‌شود.

۳. حرمت مصاهرتی در زنای به عنف در متون فقهی متقدمان و متأخران کمتر مورد نقد و بررسی قرار گرفته است، بلکه بیشتر فقهای معاصر به این مسئله پرداخته‌اند. افزون‌براینکه آن دسته از فقهای معاصر که در زنای به عنف مانند زنای مطاوعی قائل بر حرمت‌اند، دلیلی که به‌طور صریح ادعای ایشان را تقویت کند، ارائه نکرده‌اند، بلکه به اجماع و اطلاق ادله نشر حرمت بسنده کرده‌اند.

۴. با وجود روایات معارض، آیات منصوص قرآنی اطلاق ندارد و با توجه به قدر متیقن از معنای آن‌ها که محارم سببی ناشی از عقد نکاح را بیان کرده است، ماورای موارد یادشده و ازجمله وقوع زنا موجب نشر حرمت سببی نمی‌شود.

یادداشت‌ها

۱. مصاهرت عبارت است از حصول پیوند زناشویی زوجین با خویشاوندان دیگری که این پیوند، حرمت نکاح را عیناً یا جمعاً در پی دارد....
۲. هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌شود. در جرائم موجب تعزیر، اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص، طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.
۳. ماده ۲۲۴: حد زنا در موارد زیر اعدام است.
الف- زنا با محارم نسبی.
ب- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است.
پ- زنای مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است.
ت- زنای به عنف یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.
تبصره ۱- مجازات زانیه در بندهای ب و پ حسب مورد، تابع سایر احکام مربوط به زناست.
تبصره ۲- هرگاه کسی با زنی که راضی به زنای با او نباشد، در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند، رفتار او در حکم زنای به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است.

۴. ولو كان الواطئ مكرها على الزنا فالظاهر لحقوق الحكم وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضا.
۵. حدیث رفع از پیامبر (صلی الله علیه و آله) و مفاد آن، برداشته شدن نه چیز از امت اسلامی برای رحمت و امتنان بر آنان است. این نه چیز عبارت‌اند از خطا، فراموشی، آنچه با اکراه انجام داده‌اند، آنچه نمی‌دانند، چیزهایی که تحمل آن را ندارند، آنچه بدان مضطر شوند (اضطرار)، حسد (تا زمانی که آن را اظهار نکنند و به آن ترتیب اثر ندهند)، تغال به بد زدن و وسوسه در تفکر در خلق (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، صص. ۳۷۰-۳۶۹؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۶۳).
۶. لازم به یادآوری است که محقق یزدی در کتاب عروة‌الوقتیه و حکیم در مستمسک عروة‌الوقتیه معتقدند در خصوص نشر حرمت به سبب زنا، هیچ فرقی بین زنا به اختیار و اکراه وجود ندارد؛ زیرا اطلاق ادله و اطلاق فتاوی فقهی و شهرت فتاوی دلاله بر این موضوع می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۲۴؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، ص. ۱۵۹).
۷. بقره/۲۴۹، بقره/۲۸۶ و نحل/۱۰۶.
۸. روایت اول: اللهم إذ أعطيتني ذلك كله فزدي قال سل قال ربنا ولا تحملنا مالا طاقة لنا به فقال تبارك اسمه قد فعلت ذلك بامتك وقد رفعت عنهم عظم بلا يا الامم وذلك حكمي في جميع الامم أن لا اكلف خلقا فوق طاقتهم قال فقال النبي (مجلسی (علامه)، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، صص. ۴۹-۲۸)؛ روایتی از امام کاظم (علیه السلام) وارد شده است که بیان‌کننده گفت‌وگوی پروردگار با پیامبر (صلی الله علیه و آله) در شب معراج است. خداوند می‌فرماید «و آن حکم من است که امتی را بالاتر از طاقتشان تکلیف نکنم». در این روایت از واژه‌های عقاب، بلا، عذاب و مؤاخذه استفاده شده است. روایت دوم: وباسناد عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن حمران قال سألت (أبا عبدالله) عن امرأة تزوجت في عدتها بجهالة منها بذلك فقال لا أرى عليها شيئا ويفرق بينها وبين الذي تزوج بها ولا تحل له أبدا (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۴۵۵)؛ روایت اخیر که حمران از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده، در رابطه با زنی است که در عده با مردی ازدواج کرده و جاهل به تحریم ازدواج در عده بوده است. امام (علیه السلام) فرمودند حد و حرمت تکلیفی بر آن زن نیست، اما حرمت وضعی پیدا می‌کند؛ یعنی آن زن بر این مرد، حرام ابدی می‌شود.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة/الاصول. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث.

ابن ادریس حلی، فخرالدین ابو عبدالله محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

ابن براج، عبدالعزيز بن نحریر (۱۴۰۶ق). المذهب (جلد ۲). قم: جامعه مدرسين.
ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۱۸ق). الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق (عليه السلام).

ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جلدهای ۴، ۸ و ۹). بیروت: دار صادر.

ابو صلاح حلبی، تقی بن نجم (۱۴۰۳ق). الکافی فی فقه. اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (عليه السلام).

اراکي، محمد علی (۱۳۷۷). کتاب نکاح، قم: نورنگار.
اشتہاردي، علی پناه (۱۴۲۹ق). مدارک العروة (جلد ۲۹). تهران: منظمة الاوقاف والشؤون الخيرية/دار الاسوة للطباعة والنشر.

انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول (جلد ۲). قم: مجمع الفكر الاسلامی.

انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق). مکاسب (جلد ۱) قم: دارالذخائر.
برهانی، محسن و دادجو، مهسا (۱۳۹۶). «مفهوم و جایگاه علف در حقوق کیفری ایران». حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۵۳، صص. ۱۴۸-۱۱۱.

بصری، ابوالحسن (۱۴۰۳ق). المعتمد فی اصول الفقه (جلد ۱). بیروت: دارالکتب العلمیة.
بهایي (شیخ)، محمد (۱۳۸۳). زیادة الاصول، قم: شریعت.

جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد (بی تا). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (جلد ۵). ۱۰ ج، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۷) قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

جلالی مازندرانی، سید محمود (۱۴۱۴ق). المحصول فی علم الاصول (جلد ۳). قم: مؤسسه امام صادق (عليه السلام).

حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق) در الفوائد (طبع جدید). چاپ ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه* (جلدهای ۱۳، ۱۵، ۲۰، ۲۳ و ۲۸). ۳۰ ج، چاپ ۱، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۷ق). *الفقه* (جلد ۶۳). بیروت: دارالعلوم.
- حکیم، محسن (۱۳۷۴). *مستمسک العروة الوثقی* (جلد ۱۴). قم: دارالتفسیر.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا). *تذکره الفقهاء (ط القدیمة؛ الاجارة الى النکاح)* (جلد ۲). تهران: مکتبه المرتضویه.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة* (جلد ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۵ق). *نهاية الوصول الى علم الاصول* (جلد ۲). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- خرازی، محسن (۱۴۲۲ق). *عمدة الاصول*. قم: مؤسسه در راه حق.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا الف). *النکاح* (جلد ۱). بی جا: بی نا.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا ب). *مبانی فی شرح العروة الوثقی (مقدمه)* (جلد ۳۲). بی جا: مؤسسه الخویی الاسلامیة.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مصباح الاصول* (جلد ۱). قم: مؤسسه احیای آثار امام الخویی.
- روحانی، سید محمد صادق (بی تا). *زبدة الاصول* (جلد ۴). بی جا: حدیث دل.
- سبحانی، جعفر (بی تا). *تقریر بحث السید روح الله الخمنی، الشیخ جعفر سبحانی* (جلد ۲). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۶ق). *المبسوط* (جلد ۲۴). بیروت: دارالمعرفه.
- سرور، ابراهیم حسین (۱۴۲۹ق). *المعجم الشامل للمصطلحات العلمیة والدینیة* (جلد ۱). بیروت: دارالهادی.
- سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). *الانتصار*. قم: جماعة المدرّسین فی الحوزة العلمیة بقم/مؤسسه النشر الاسلامی.
- سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۷ق). *مسائل الناصریات*. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیة/مدیریه الترجمة والنشر.

سيستاني، سيد علي (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحين* (جلد ۳). قم: كتب آيت الله العظمي السيد سيستاني.

شبيري زنجاني، موسى (بي تا). *كتاب نكاح* (جلد ۹). قم: مؤسسه پژوهشي رأي پرداز. شهيد اول، محمد بن مكي (۱۴۳۰ق). *اللمعة الدمشقية في فقه الامامية*. قم: مكتب الاعلام الاسلامي في الحوزة العلمية.

صالحی مازندرانی، اسماعيل (بي تا). *مفتاح الاصول* (جلد ۳). بی جا: نشر الصالحان. صدوق (شيخ)، محمد بن علي (۱۴۰۴ق). *من لا يحضره الفقيه* (جلد ۳). قم: جامعه مدرسين. صدوق (شيخ)، محمد بن علي (۱۴۱۵ق). *المقنع*. قم: مؤسسه الامام الهادي (عليه السلام). صفائي، حسين و امامي، اسد الله (۱۴۰۲). *مختصر حقوق خانواده*. چاپ ۶۰، تهران: ميزان. طباطبائي، سيد علي (۱۴۱۹ق). *رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل* (جلد ۱۰). قم: مؤسسه النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين.

طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقى* (جلد ۲). بيروت: مؤسسه الاعلمي للمطبوعات.

طوسي (شيخ)، محمد بن حسن (۱۳۶۵ق). *التهذيب الاحكام* (جلد ۷). چاپ ۴، تهران: دار الكتب الإسلامية.

طوسي (شيخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاف* (جلد ۴). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم/مؤسسه النشر الاسلامي.

طوسي (شيخ)، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق). *العدة في اصول الفقه* (محمد رضا انصاري قمي، محقق و گردآورنده) (جلد ۲). قم: تيزهوش.

طوسي (شيخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، *النهاية*. چاپ ۲، بيروت: دار الكتاب عربي.

عراقي، ضياء الدين (۱۴۱۴ق). *شرح تبصرة المتعلمين* (جلد ۵). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم/مؤسسه النشر الاسلامي.

فاضل موحدي لنكراني، محمد (۱۴۲۱ق). *تفصيل الشريعة (النكاح)*. قم: مركز فقه الائمة الاطهار (عليهم السلام).

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *كشف اللثام عن قواعد الاحكام* (جلد ۷). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم/مؤسسه النشر الاسلامي.

قديري، محمد حسن (۱۴۱۸ق). *كتاب بيع* (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار

امام خمینی (رحمت الله علیه).

قمی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق). *قوانین الاصول* (جلد ۳). قم: احیاء الکتب الاسلامیه.

قنبری شیخ شبانی، حسن و قنبری شیخ شبانی، محمدتقی (۱۴۰۰). «بازکاوی حدیث رفع».

فصلنامه علمی- پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۷، شماره ۲۵.

کلینی، ابوجعفر (۱۴۰۷ق). *الکافی* (جلدهای ۲ و ۴). ۸ج، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۳۵۲). *وسيلة النجاة (المحشى)* (جلد ۳). قم: نیکنام.

گوهری، احد؛ جهانگیری، محسن (۱۴۰۲). «حکم ازدواج پسر و پدر زانی با زانیه از نگاه

مذاهب خمس»، *مجله آموزه های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ۱۵،

شماره ۲۷.

مجلسی (علامه)، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). *بحار الانوار* (جلدهای ۵ و ۱۰). تهران: دار

احیاء التراث العربی.

محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد (۱۳۸۱). *کفایة الفقه* (جلد ۲). قم: جماعة المدرسين

فی الحوزة العلمية بقم/ مؤسسه النشر الاسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد* (جلد ۱۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البیت

(علیهم السلام) لاحیاء التراث.

مغنیه، محمدجواد (۱۳۹۵). *فقه تطبیقی* (کاظم پورجوادی، مترجم). چاپ ۵، تهران: جهاد

دانشگاهی.

مفید (شیخ)، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق). *المقنعة*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (رحمت الله

علیه).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب نکاح* (جلدهای ۱ و ۴). چاپ ۲، قم: مدرسه

امام علی بن ابی طالب.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۷). *انوار الفقاهه (کتاب حدود و تعزیرات)*. چاپ ۱، قم: مدرسه

امام علی بن ابی طالب.

منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). *نهایة الاصول (تقریرا لابیحات سماحة المرحوم آیت الله العظمی*

الحاج آقا حسین الطباطبائی البروجردی (قدس سره)). تهران: تفکر.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۳۱ق). *التعلیقه علی العروه الوثقی* (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر

لجامعة المفید (رحمت الله علیه).

موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲ الف). *تحریر الوسیله* (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر

- آثار امام خمینی (قدس سره).
 موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲ ب). *استفتائات* (جلد ۹). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
 موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مذهب الاحکام فی بیان الحلال والحرام* (جلد ۲۴). قم: سیدعبدالاعلی السبزواری.
 موسوی عاملی، محمدبن علی (۱۴۱۳ق). *نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام* (جلد ۱). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم/ مؤسسه النشر الاسلامی.
 نایینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول* (محمدعلی کاظمی خراسانی، تقریرات) (جلد ۳). قم: جامعه مدرسین.
 نجفی، محمدحسن (۱۳۶۸). *جواهر الکلام* (جلد ۲۹). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 نجفی اصفهانی، محمدرضا (۱۴۱۳ق). *وقایة لاندهان*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
 نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۳۸۴). *تجريد الاصول*. قم: سنای معرفت.
 نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة فی احکام الشریعة* (جلد ۱۶). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
 هاشمی خانعباسی، سید علی؛ آقایی، مرتضی (۱۴۰۰). «نگاهی به دیدگاه فقهای مذاهب خمسہ پیرامون اثر زنا و لواط بر حرمت مصاهرت». *فصلنامه فقه مقارن*، دوره ۹، شماره ۱۷.
 هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام)* (جلدهای ۳، ۴ و ۵). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

References

- The Holy Qur'an.
 Abu Salah Halabi, Taqi ibn Najm (1403 AH). *Al-Kafi fi Fiqh*. Isfahan: Amir al-Mu'minin Library. [in Arabic]
 Akhund Khorasani, Mohammad Kazim ibn Hossein (1409 AH). *Kifayat al-Usul*. Qom: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [in Arabic]
 Ansari (Sheikh), Morteza ibn Mohammad Amin (1411 AH). *Makasib* (Volume 1). Qom: Dar al-Dhakha'ir. [in Arabic]
 Ansari (Sheikh), Morteza ibn Mohammad Amin (1419 AH). *Fara'id al-Usul* (Volume 2). Qom: Islamic Thought Association. [in Arabic]
 Araki, Muhammad Ali (1998). *Ketab al-Nikah (Book of Marriage)*. Qom: Noornagar Publications. [in Arabic]

- Baha'i (Sheikh), Mohammad (2004). *Zubdat al-Usul*, Qom: Shari'ah.
- Basri, Abu al-Husayn (1403 AH). *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh* (Volume 1). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyya. [in Arabic]
- Borhani, Mohsen; Dadjou, Mahsa (2017). "The Concept and Position of Violence in Iranian Criminal Law." *Islamic Law Journal*, vol. 14, No. 53, pp. 111–148. [in Persian]
- Eshtehardi, Ali-Panah (1429 AH). *Madarik al-Urwa* (Volume 29). Tehran: Organization of Endowments and Charitable Affairs / Dar al-Usweh for Printing and Publishing. [in Arabic]
- Fazel Movahedi Lankarani, Muhammad (1421 A.H.). *Tafsil al-Shari'ah (Nikah)*, Qom: Center for Fiqh of the Pure Imams (A.S.). [in Arabic]
- Fazil Hindi, Mohammad ibn Hasan (1416 AH). *Kashf al-Litham 'an Qawa'id al-Ahkam* (Volume 7). Qom: Society of Seminary Teachers in Qom / Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Ghadiri, Muhammad Hasan (1418 A.H.). *Kitab al-Bay* (Volume 1). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Persian]
- Ghanbari Sheikh Shabani, Hassan and Ghanbari Sheikh Shabani, Mohammad Taghi (2021). "Re-examination of the Hadith of Raf'." *Scientific-Research Quarterly of Jurisprudential and Usul Studies*, Vol. 7, No. 25. [in Persian]
- Gohari, Ahad; Jahangiri, Mohsen (2023). "The Ruling on the Marriage of a Fornicating Son and Father with a Fornicatress from the Perspective of the Five Islamic Schools." *Journal of Civil Jurisprudence Teachings*, University of Razavi Islamic Sciences, vol. 15, no. 27. [in Persian]
- Golpaygani, Sayyid Mohammad Reza (1973). *Wasilat al-Najat* (Annotated) (Volume 3). Qom: Niknam. [in Arabic]
- Haeri Yazdi, Abdulkarim (1418 A.H.). *Durar al-Fawa'id*, New Edition, 6th ed., Qom: Islamic Publishing Institution. [in Arabic]
- Hakim, Mohsen (1995). *Mustamsak al-Urwa al-Wuthqa* (Volume 14). Qom: Dar al-Tafsir. [in Arabic]
- Harr Amili, Mohammad ibn Hasan (1414 AH). *Wasa'il al-Shi'a ila Tahsil Masa'il al-Shari'a* (Volumes 13, 15, 20, 23, and 28). 30 vols., 1st Edition, Beirut: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [in Arabic]
- Hashemi Khanabbasi, Seyed Ali; Aghaei, Morteza (2021). "A Look at the Views of the Jurisprudents of the Five Schools of Thought Regarding the Effect of Adultery and Sodomy on the Prohibition of Affinity." *Comparative Jurisprudence Quarterly*, Vol. 9, No. 17. [in Persian]
- Hashemi Shahrudi, Mahmoud (2003). *Dictionary of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt (peace be upon them)* (Volumes 3, 4, and 5). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia Based on the School of Ahl al-Bayt. [in Persian]
- Hilli (Allama), Hasan ibn Yusuf (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shi'a fi Ahkam al-*

- Shari'a* (Volume 7). Qom: Islamic Publications Office Affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hasan ibn Yusuf (n.d.). *Tadhkirat al-Fuqaha* (Old Edition; Al-Ijara to Al-Nikah) (Volume 2). Tehran: Murtazawiyya Library. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hasan ibn Yusuf ibn Muthar Asadi (1425 A.H.). *Nihayat al-Wusul ila 'Ilm al-Usul* (Volume 2). Qom: Imam Sadiq Institute. [in Arabic]
- Hilli (Muhaqqiq), Ja'far ibn Hasan (1408 AH). *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram* (Volume 2). Qom: Isma'iliyan. [in Arabic]
- Hosseini Shirazi, Sayyid Mohammad (1407 AH). *Al-Fiqh* (Volume 63). Beirut: Dar al-Ulum. [in Arabic]
- Ibn Barraj, Abdul Aziz ibn Nahrir (1406 AH). *Al-Muhadhdhab* (Volume 2). Qom: Society of Seminary Teachers. [in Arabic]
- Ibn Hamza, Mohammad ibn Ali (1418 AH). *Al-Wasila ila Nayl al-Fadila*. Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library. [in Arabic]
- Ibn Idris Hilli, Fakhr al-Din Abu Abdullah Mohammad ibn Ahmad (1410 AH). *Al-Sara'ir* (Volume 2). 2nd Edition, Qom: Islamic Publishing Institute Affiliated with the Society of Seminary Teachers. [in Arabic]
- Ibn Manzur, Jamal al-Din Mohammad ibn Makram (1414 AH). *Lisan al-Arab* (Volumes 4, 8, and 9). Beirut: Dar Sader. [in Arabic]
- Ibn Zuhra, Hamza ibn Ali (1417 AH). *Ghunyat al-Nuzu' ila 'Ilmay al-Usul wa al-Furu'*. Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him). [in Arabic]
- Iraqi, Zia al-Din (1414 AH). *Sharh Tabsirat al-Muta'allimin* (Volume 5). Qom: Society of Seminary Teachers in Qom / Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Jaba'i Amili (Shahid Thani), Zayn al-Din ibn Ali ibn Ahmad (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam* (Volume 7). Qom: Islamic Knowledge Institute. [in Arabic]
- Jaba'i Amili (Shahid Thani), Zayn al-Din ibn Ali ibn Ahmad (n.d.). *Al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya* (Volume 5). 10 vols. Qom: Islamic Knowledge Institute. [in Arabic]
- Jalali Mazandarani, Sayyid Mahmoud (1414 A.H.). *Al-Mahsool fi 'Ilm al-Usul*, (Volume 3). Qom: Imam Sadiq Institute. [in Arabic]
- Kharazi, Mohsen (1422 A.H.). *Umdat al-Usul*. Qom: Dar Rah-e Haq Institute. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abul Qasim (1422 AH). *Misbah al-Usul* (Volume 1). Qom: Institute for the Revival of Imam Khoei's Works. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abul Qasim (n.d.a). *Al-Nikah* (Volume 1). [No place]: [No publisher]. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abul Qasim (n.d.b). *Mabani fi Sharh al-Urwa al-Wuthqa* (Introduction) (Volume 32). [No place]: Al-Khoei Islamic Institute. [in Arabic]

- Kulayni, Abu Ja'far (1407 AH). *Al-Kafi* (Volumes 2 and 4). 8 vols., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya. [in Arabic]
- Majlisi (Allama), Mohammad Baqir ibn Mohammad Taqi (1403 AH). *Bihar al-Anwar* (Volumes 5 and 10). Tehran: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser (1424 AH). *Kitab Nikah* (Volumes 1 and 4). 2nd Edition, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School. [in Persian]
- Makarem Shirazi, Naser (1998). *Anwar al-Fuqaha (Book of Hudud and Ta'zirat)*, 1st ed., Qom: Imam Ali School. [in Arabic]
- Moghniiyeh, Muhammad Jawad (2016). *Applied Fiqh*, (trans. Kazem Pour Javadi), 5th ed., Tehran: Jihad University Press. [in Persian]
- Mohaghegh Sabzevari, Muhammad Baqir ibn Muhammad Mumin (2002). *Kifayat al-Fiqh . Kifayat al-Fiqh (Volume 2)*. Qom: Society of Seminary Teachers, Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Montazeri, Hossein Ali (1415 AH). *Nihayat al-Usul* (Notes on the Discussions of His Eminence the Late Grand Ayatollah Haj Agha Hossein Tabataba'i Borujerdi, may his soul be sanctified). Tehran: Tafakkur. [in Arabic]
- Mousavi Amili, Mohammad ibn Ali (1413 AH). *Nihayat al-Maram fi Sharh Mukhtasar Shara'i' al-Islam* (Volume 1). Qom: Society of Seminary Teachers in Qom / Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Mousavi Ardabili, Sayyid Abdulkarim (1431 A.H.). *Al-Ta'liqah 'ala al-'Urwah al-Wuthqa (Volume 2)*. Qom: Publishing Institute of Jami'at al-Mufid, may Allah have mercy on him. [in Arabic]
- Mousavi Khomeini, Sayyid Ruhollah (2013a). *Tahrir al-Wasila* (Volume 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Mousavi Khomeini, Sayyid Ruhollah (2013b). *Istifta'at* (Volume 9). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Mousavi Sabzevari, Abdul Ali (1413 A.H.). *Muhadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram (Volume 24)*. Qom: Sayyid Abdul Ali Sabzevari. [in Arabic]
- Mufid (Sheikh), Muhammad ibn Muhammad (1413 A.H.). *Al-Muqni'ah*, Qom: Global Congress of Sheikh Mufid Millennium, may Allah have mercy on him. [in Arabic]
- Muhaqqiq Karki, Ali ibn Husayn (1414 AH). *Jami' al-Maqasid* (Volume 12). 2nd Edition, Qom: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [in Arabic]
- Naini, Mohammad Hossein (1997). *Fawa'id al-Usul* (Notes by Mohammad Ali Kazemi Khorasani) (Volume 3). Qom: Society of Seminary Teachers. [in Arabic]
- Najafi Esfahani, Muhammad Reza (1413 A.H.). *Wiqayat al-Adhhan*, Qom:

- Ahl al-Bayt Institute for Reviving Heritage. [in Arabic]
- Naraq, Ahmad ibn Muhammad Mahdi (1415 A.H.). *Mustanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Volume 16). Qom: Ahl al-Bayt Institute for Reviving Heritage. [in Arabic]
- Naraq, Ahmad ibn Muhammad Mahdi (2005). *Tajrid al-Usul*, Qom: Sanaye Ma'refat. [in Arabic]
- Qomi, Abu al-Qasim (1430 A.H.). *Qawanin al-Usul* (Volume 3). Qom: Ihya al-Kutub al-Islamiyya. [in Arabic]
- Ruhani, Sayyid Muhammad Sadiq (n.d.). *Zubdat al-Usul* (Volume 4). n.p: Hadith Del. [in Arabic]
- Saduq (Sheikh), Muhammad ibn Ali (1415 A.H.). *Al-Muqni'*, Qom: Imam al-Hadi Institute. [in Arabic]
- Saduq (Sheikh), Mohammad ibn Ali (1404 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (Volume 3). Qom: Society of Seminary Teachers [in Arabic]
- Safaei, Hossein and Emami, Asadollah (2023). *A Concise Family Law*. 60th edition, Tehran: Mizan. [in Persian]
- Salih Mazandarani, Ismail (n.d.). *Miftah al-Usul* (Volume 3). n.p : Al-Salihan Publication. [in Arabic]
- Sarakhsi, Mohammad ibn Ahmad (1406 AH). *Al-Mabsut* (Volume 24). Beirut: Dar al-Ma'rifa. [in Arabic]
- Sarwar, Ibrahim Husayn (1429 AH). *Al-Mu'jam al-Shamil li al-Mustalahat al-'Ilmiyya wa al-Diniyya* (Volume 1). Beirut: Dar al-Hadi. [in Arabic]
- Sayyid Murtada 'Ilm al-Huda, Ali ibn Hasan (1417 A.H.). *Masa'il al-Nasariyat*, Tehran: Culture and Islamic Relations Association, Directorate of Translation and Publication. [in Arabic]
- Sayyid Murtada, Ali ibn Husayn (1415 A.H.). *Al-Intisar*, Qom: Society of Seminary Teachers, Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Shahid Awwal, Muhammad ibn Makki (1430 A.H.). *Al-Lum'ah al-Dimashqiyya fi Fiqh al-Imamiyya*, Qom: Islamic Media Office of the Seminary. [in Arabic]
- Shobeiri Zanjani, Musa (n.d.). *Kitab Nikah* (Volume 9). Qom: Raipardaz Research Institute. [in Persian]
- Sistani, Sayyid Ali (1415 AH). *Minhaj al-Salihin* (Volume 3). Qom: Books of His Eminence Ayatollah Sayyid Sistani. [in Arabic]
- Sobhani, Ja'far (n.d.). *Taqrir Bahth al-Sayyid Ruhollah al-Khomeini* (Volume 2). Qom: Imam Sadiq Institute. [in Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, Sayyid Mohammad Kazem (1409 AH). *Al-Urwa al-Wuthqa* (Volume 2). Beirut: Al-A'lami Institute for Publications. [in Arabic]
- Tabataba'i, Sayyid Ali (1419 AH). *Riyad al-Masa'il fi Bayan Ahkam al-Shar' bi al-Dala'il* (Volume 10). Qom: Islamic Publishing Institute Affiliated with the Society of Seminary Teachers. [in Arabic]
- Tusi (Sheikh), Mohammad ibn Hasan (1365 AH). *Al-Tahdhib al-Ahkam*

- (Volume 7). 4th Edition, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya. [in Arabic]
- Tusi (Sheikh), Mohammad ibn Hasan (1407 AH). Al-Khilaf (Volume 4). Qom: Society of Seminary Teachers in Qom / Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Tusi (Sheikh), Mohammad ibn Hasan (1417 AH). Al-Udda fi Usul al-Fiqh (edited and compiled by Mohammad Reza Ansari Qomi) (Volume 2). Qom: Tizhoosh. [in Arabic]
- Tusi, Muhammad ibn Hasan (1400 A.H.). *Nihayah*, Beirut, 2nd ed., Dar al-Kitab al-‘Arabi. [in Arabic]



Comparative Assessment and Analysis of the Components of Judicial Security in *Imāmīa* Jurisprudence and the Iranian Legal System: Overlaps and Distinctions

Ehsan Ahangari: Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology, Islamic Studies, and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

ahangari@isu.ac.ir | 0009-0009-4856-8141

Masoud Jahandoost Dalanjan: Ph.D. in Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran; Research Associate, Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology, Islamic Studies, and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (corresponding author).

mjahandoost@ut.ac.ir | 0000-0002-7110-6684

Abstract

Judicial security constitutes a fundamental pillar for the realization of justice and serves as a key criterion for evaluating the integrity of the judiciary within legal systems. Given that the Iranian legal system is grounded in *Imāmīa* (Twelver Shī'ī) jurisprudence, and in light of the claim that a coherent judicial framework exists within this jurisprudential tradition, a central question arises: to what extent do the components of judicial security overlap between these two systems, and where do they diverge?

The objective of this study is to identify the components of judicial security in *Imāmīa* jurisprudence and to assess the degree to which they are reflected in the Iranian legal system. It further examines how much the components which are recognized in Iranian law but not explicitly articulated in the juristic sources can be justified by the general principles of *Imāmīa* jurisprudence. Findings of this descriptive-analytical research, based on library sources, indicate that a substantial portion of the components of judicial security are shared by both systems, and that the primary challenges lie more in the sphere of implementation than in legislation. Nevertheless, certain jurisprudential components—such as the obligation to suspend judgment in cases of doubt or the right to select one's judge—are largely neglected in the Iranian legal framework. Conversely, components such as the right to appeal, access to judicial information, and the right to legal counsel are not explicitly stated in *Imāmīa* jurisprudence; however, this absence of explicit textual grounding does not signify any contradiction with its general principles and is largely attributable to historical contexts and the gradual evolution of modern judicial institutions.

Keywords

Judicial Security, Comparative Analysis, Iranian Law, Judicial Justice, *Imāmīa* Jurisprudence.



سنجش و تحلیل تطبیقی مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران؛ هم‌پوشانی‌ها و تمایزها

احسان آهنگری: استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران. ahangari@isu.ac.ir
مسعود جهان دوست دالنجان: دانش آموخته دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران و همکار علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول). mjahandoost@ut.ac.ir

چکیده

امنیت قضایی از ارکان بنیادین تحقق عدالت و معیاری برای سنجش سلامت نهاد قضا در نظام‌های حقوقی به شمار می‌رود. با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران بر فقه امامیه مبتنی است و نیز با عنایت به ادعای وجود نظام قضایی منسجم در مبانی فقهی، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که مؤلفه‌های امنیت قضایی در این دو نظام، چه میزان هم‌پوشانی و چه تمایزهایی دارند. هدف این پژوهش، شناسایی مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و سنجش میزان انعکاس آن‌ها در نظام حقوقی ایران است. همچنین، بررسی می‌شود که مؤلفه‌های پذیرفته‌شده در حقوق ایران که فاقد تصریح فقهی‌اند تا چه اندازه با عمومات فقهی قابل توجیه‌اند. یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، نشان می‌دهد بخش زیادی از مؤلفه‌های امنیت قضایی در هر دو نظام مشترک‌اند و چالش‌ها بیشتر در مرحله اجرا نهفته است تا قانون‌گذاری. درعین حال، برخی مؤلفه‌های فقهی مانند لزوم توقف در موارد مشتبّه یا حق انتخاب قاضی، در نظام حقوقی ایران مغفول مانده‌اند. همچنین، مؤلفه‌هایی مانند حق تجدیدنظر، دسترسی به اطلاعات قضایی و حق برخورداری از وکیل در فقه امامیه تصریح نشده‌اند، اما این فقدان تصریح به معنای مغایرت آن‌ها با کلیات و عمومات نیست و عمدتاً برخاسته از زمینه‌های تاریخی و تحول تدریجی در نهادهای قضایی مدرن است.

واژگان کلیدی: امنیت قضایی، تحلیل تطبیقی، حقوق ایران، عدالت قضایی، فقه امامیه.

مقدمه

«امنیت قضایی» به عنوان یکی از ارکان حاکمیت قانون، مفهومی بنیادین در تضمین عدالت و حفظ حقوق فردی و اجتماعی به شمار می‌رود. این مفهوم در نظریه‌های حقوق عمومی، شاخصی برای سنجش اعتبار و کارآمدی نهاد قضا و ناظر به مجموعه مؤلفه‌هایی است که در نظام قضایی عادلانه، امکان استیفای حقوق، مصونیت از تصمیمات خودسرانه و تضمین دادرسی منصفانه را فراهم می‌آورد. در ادبیات حقوقی معاصر، امنیت قضایی نه تنها به عنوان آرمان نظری، بلکه به مثابه مطالبه عملی و ساختاری مطرح است که باید در سطوح تقنین، اجرا و نظارت نهادینه شود.

با توجه به این ادعا که فقه امامیه دارای نظام‌های درونی متعددی از جمله نظام تقنینی و قضایی منسجم است، شناسایی مؤلفه‌های امنیت قضایی در این نظام فقهی به خودی خود دارای اهمیت است. با این حال، بررسی این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و سنجش تطبیقی آن با فقه امامیه، از اهمیت دوجندانی برخوردار است؛ زیرا نظام حقوقی ایران، مطابق اصل ۴ قانون اساسی، ملزم به انطباق یا عدم مغایرت با موازین اسلامی و مبانی فقه امامیه است. از این رو ارزیابی میزان انعکاس مؤلفه‌های امنیت قضایی برگرفته از فقه در ساختار حقوقی کشور و نیز شناسایی خلأهای آن، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. افزون بر این، ممکن است برخی مؤلفه‌های پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران، فاقد تصریح در منابع فقهی باشند که این موضوع پرسش‌هایی را در خصوص مبانی مشروعیت یا قابلیت استنباط آن‌ها از فقه، پیش روی پژوهشگر قرار می‌دهد.

براین اساس، مقاله حاضر با رویکرد تطبیقی، درصدد بررسی میزان هم‌پوشانی و تمایز میان مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران است. این بررسی از آن رو حائز اهمیت است که چهارچوب نظری پایداری برای بازاندیشی در ساختار دادرسی کشور فراهم می‌آورد و به اصلاح یا تکمیل خلأهای تقنینی و رویه‌ای منتهی می‌شود. بنابراین، هدف نهایی، ترسیم الگویی بومی برای امنیت قضایی است که ضمن بهره‌گیری از ظرفیت فقهی، به نیازهای نظام حقوقی معاصر نیز پاسخ دهد.

۱. پیشینه پژوهش

نسبت به پیشینه پژوهش می‌توان به این دو مقاله اشاره کرد. «چالش‌های امنیت قضایی و راهکارهای حل آن با تأکید بر اصل حاکمیت قانون از منظر فقه و حقوق» (حاجی ده‌آبادی و صمیمی، ۱۴۰۳) و «سازوکارهای تأمین امنیت قضایی در نظام سیاسی اسلام از منظر فقه و فقها» (فصیحی، ۱۳۹۹). به صورت خلاصه باید گفت این آثار به موضوع امنیت قضایی از جنبه فقه یا حقوق ورود کرده‌اند، اما هیچ‌یک به صورت مشخص به تحلیل تطبیقی مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران و شناسایی خلأهای تقنینی و اجرایی نپرداخته‌اند. از این رو موضوع این پژوهش از حیث روش و تمرکز موضوعی واجد نوآوری علمی است.

۲. امنیت قضایی؛ مفاهیم و مبانی نظری

امنیت مفهومی کلیدی و بنیادین در زندگی فردی و جمعی انسان‌هاست که در ابعاد مختلف اجتماعی، سیاسی و حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. بررسی مفهوم امنیت از منظرهای گوناگون از جمله ریشه‌شناسی لغوی، اندیشه فقهی و نظریه‌های حقوقی، امکان فهم دقیق‌تر و کاربردی‌تر آن را فراهم می‌سازد. این تنوع نگرش‌ها زمینه را برای پرداختن به امنیت قضایی به عنوان شاخه‌ای خاص و کارکردی از امنیت عمومی مهیا می‌کند که به نقش قوه قضائیه در تضمین و حفظ حقوق و عدالت می‌پردازد. در این مسیر، بررسی تحلیلی و مقایسه‌ای تعاریف و مفاهیم، امکان ارائه تعریفی منسجم و دقیق از امنیت قضایی را فراهم خواهد ساخت.

امنیت از ریشه «امن» است و مطابق کلام اهل لغت، این واژه در دو معنای «آرامش قلب» و «تصدیق» استعمال شده است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۱، ص. ۱۳۴). بی‌گمان این دو استعمال در ابعاد با یکدیگر اشتراک دارند؛ زیرا تصدیق یک موضوع در حالتی اتفاق می‌افتد که انسان نسبت به آن اطمینان خاطر یافته و دلش به آن آرام گرفته باشد (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۱، ص. ۱۳۴). به نظر می‌رسد اثری بر مباحث ریشه‌شناسی نسبت به این واژه مترتب نیست؛ زیرا هرچند مشتقات واژه یادشده در متون روایی و قرآن استعمال شده، اما اثری از استعمال خود واژه امنیت یافت نشده است (علیدوست، ۱۳۹۴، ص. ۱۱).

در ادبیات روایی و فقهی، نزدیک‌ترین اصطلاح به واژه امنیت، واژه «حفظ» است. یکی از مهم‌ترین استعمالات این واژه، مقوله «حفظ بیضه اسلام» است که در متون روایی و فقهی، به کرات از آن استفاده شده است (حمیری، ۱۳۸۷ق، ص. ۳۴۶؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۹، ص. ۳۹۵؛ صدوق، ۱۳۸۶ق، ج ۲، ص. ۶۰۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۸؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴، ص. ۳۸۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۳۸۶). از دیگر مصادیق همسو با امنیت، مقوله «مرابطه و مرزداري» است که در متون روایی امامیه بدان اشاره شده است (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۹، ص. ۳۹۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۱۲۵). دقت در دو مصداق بالا ما را به این رهنمون می‌کند که اصلی‌ترین معنای این مفهوم، «در امان بودن» است. شاید بتوان ادعا کرد موسع‌ترین و روشن‌ترین استعمال از واژه «حفظ»، در کلام شهید اول انعکاس یافته است. به اعتقاد وی - که این اعتقاد خود متخذ از کلام بزرگان اهل سنت مانند غزالی است - تمام احکام شریعت برای حفظ مقاصد پنج‌گانه «دین»، «عقل»، «نفس»، «نسب» و «مال» جعل شده‌اند (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص. ۳۸).

با تأمل در کارکرد واژه «حفظ» در گفتمان فقهی و ارتباط آن با مقوله امنیت، می‌توان نتیجه گرفت که امنیت در نگاه شریعت اسلامی، مفهومی بنیادین برای تحقق مشروعیت و پایداری نظم اجتماعی شمرده می‌شود. «در امان بودن» از تهدید نسبت به مصالح پنج‌گانه شریعت، غایت همه احکام شرعی است و تأمین این امنیت، هم جنبه سلبی (رفع تهدید) و هم جنبه ایجابی (ایجاد و تضمین حمایت) دارد. در این میان، دستگاه قضا نقش محوری ایفا می‌کند. چنان‌که «حفظ» در فقه ناظر به مصون داشتن دین، جان، مال، عقل و نسب است، امنیت قضایی در نظم حقوقی امروز نیز به معنای فراهم ساختن محیطی مطمئن برای حمایت از همین ارزش‌ها در بستر فرایند قضایی است. می‌توان گفت امنیت قضایی در واقع، ترجمان نهادی همان مفهومی است که در فقه با عنوان «حفظ» شناخته می‌شود. بر همین مبنا، تحلیل مؤلفه‌های امنیت قضایی نه تنها موضوعی حقوقی، بلکه استمرار منطقی سنت فکری فقهی است که ریشه در اصول بنیادین شریعت دارد.

با گذر از معنای فقهی، نزد حقوق‌دانان تعاریف بیشتر و جامع‌تری نسبت به واژه

امنیت ارائه شده است. در تعریف ابتدایی، «امنیت بحثی کلی درباره پیگیری رهایی از تهدید» دانسته شده است (بوزان، ۱۳۸۷، ص. ۳۳). این تعریف، ناظر به خاستگاه‌های سنتی مفهوم امنیت در حوزه‌های نظامی و سیاسی است، اما امروزه با گسترش حوزه‌های مطالعاتی، تلقی‌های گسترده‌تری را از آن شاهد هستیم. در نگاه جامع‌تر و دقیق‌تر، امنیت به معنای «در امان بودن از ورود خسارت به ارزش‌های اکتسابی» تعریف شده است (Baldwin, 1997, p. 261). روشن است که این تعریف به واسطه کلیت خود، تمام اقسام و مصادیق امنیت را دربرمی‌گیرد؛ اما از آنجاکه در معنای واژه «ارزش» ابهام وجود دارد، مفهوم امنیت را با تفسیرهای گوناگون مواجه می‌سازد.

برخی حقوق‌دانان در تعریف امنیت بیش‌ازپیش بر عنصر «حق» تمرکز کرده‌اند. براین‌اساس، «مفهوم امنیت، مصونیت از تعرض و تصرف اجباری بدون رضایت است و در مورد افراد، به این معناست که مردم هراس و بیمی نسبت به حقوق و آزادی‌های مشروع خود نداشته باشند و به هیچ‌وجه حقوق آنان به مخاطره نیفتد و هیچ عاملی حقوق مشروع آنان را تهدید نکند» (عمید زنجانی، ۱۳۷۳، ص. ۵۴۸). تکیه اصلی این تعریف بر «در امان بودن از تعارض و تصرف اجباری بدون رضایت» است، اما استفاده از واژگانی مانند «حقوق» وجه صحیح‌تری از مفهوم امنیت را هویدا می‌سازد. در صورتی‌که متعلق امنیت را «حقوق» در نظر بگیریم و آن را به در امان بودن و مصونیت حقوق معنا کنیم، تعریف ارائه‌شده، تعریفی جامع، مانع و موجز خواهد بود. ناگفته پیداست که تحولات صورت‌گرفته در خصوص معنای امنیت، ناشی از تحولات حقوق انسانی است. به عبارت بهتر، به تغییر در مصادیق امنیت بازمی‌گردد. از این‌رو ادعای برخی مبنی بر عدم امکان بیان تعریف برای مفهوم امنیت (بوزان، ۱۳۸۷، ص. ۱۵) یا وجود تفاوت‌های اساسی در تعریف آن و به تعبیری «انقلاب در مفهوم امنیت» (صادقیان، ۱۳۸۲، ص. ۵۷) با تردید مواجه است؛ زیرا همین تعاریف متعدد نیز در ذیل چهارچوب تحلیلی قابل جمع‌اند.

پیش از بیان مفهوم امنیت قضایی، باید به تقسیم‌بندی‌هایی اشاره کرد که پژوهشگران حوزه امنیت در این زمینه ارائه کرده‌اند. یکی از این تقسیم‌بندی‌ها، تقسیم امنیت به اعتبار ابزار تأمین آن است. براین‌اساس، می‌توان گونه‌های متفاوتی از امنیت را برشمرد که از مهم‌ترین آن‌ها، امنیت نظامی و قضایی است. در اینجا، اضافه «قضایی» در ترکیب

«امنیت قضایی»، اضافه ابزاری و طریقی است. از این رو می‌تواند تمام حوزه‌های حقوق را در دل خود جای دهد. توجه به این نکته ما را در ارائه تعریفی دقیق از این مفهوم یاری می‌کند.

بر اساس نظر برخی از پژوهشگران، امنیت قضایی «کیفیت مناسب عملکرد دادگاه‌ها در به کار بستن ضمانت‌های اجرایی قانون» است (نوروزی، ۱۳۷۹، ص. ۶۸). در تعریفی دیگر، امنیت قضایی عبارت است از «حالتی که حیثیت، مال و همه امور مادی و معنوی انسان در حمایت قانون و در صیانت قوه قضائیه باشد» (روحانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴). در این تعریف، با تصریح به معنای صیانت توسط قوه قضائیه، به نقش این قوه اشاره شده است، اما در تعریفی دیگر، مؤلفه «دادخواهی» در امنیت قضایی برجسته شده است. بر این اساس، «امنیت قضایی به معنای تأسیس دادخواهی عادلانه برای عموم شهروندان و تضمین و تأمین آن است» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۳۳).

در مقام جمع‌بندی می‌توان گفت تعاریف یادشده تا اندازه‌ای معنا و مفهوم امنیت قضایی را روشن می‌کنند، اما از آنجاکه به وظایف دستگاه قضایی در تحقق امنیت قضایی اشاره نکرده‌اند، به نوعی دارای ابهام هستند. باید توجه داشت که دستگاه قضایی در تحقق امنیت قضایی دو تکلیف عمده دارد. اولاً، باید اقتدار خود را نادرست علیه اشخاص به کار نبرد. به عبارتی، باید شهروندان را از آسیب‌های ناشی از نقض عدالت مصون بدارد. ثانیاً، باید سازوکارهای مؤثر و قابل دسترسی برای دادخواهی و جبران خسارات مادی و معنوی را فراهم آورد. از این منظر می‌توان امنیت قضایی را چنین تعریف کرد که وضعیتی است که در آن، دستگاه قضایی از سویی با خودداری از اعمال اقتدار ناعادلانه، حقوق بنیادین شهروندان را از تعرض و تهدید مصون می‌سازد و از سوی دیگر، با ایجاد سازوکارهای مؤثر دادخواهی و تضمین اجرای عدالت، احساس اطمینان، آرامش و اعتماد عمومی را نسبت به امکان استیفای حقوق تقویت می‌کند. این تعریف ضمن آنکه اجزای تحلیلی تعاریف پیشین را در خود دارد، چهارچوب مفهومی منسجمی نیز برای تبیین نظری و تطبیقی امنیت قضایی را در بخش‌های آتی پژوهش فراهم می‌آورد.

با توجه به این مقدمه مفهومی، وارد بدنه اصلی پژوهش می‌شویم و مؤلفه‌های امنیت

قضایی در سه بخش مجزا مورد شناسایی قرار می‌گیرند. در گام نخست، مؤلفه‌هایی بررسی می‌شوند که میان فقه امامیه و نظام حقوقی ایران مشترک و دارای هم‌پوشانی هستند. سپس به بررسی تمایزها پرداخته می‌شود و ابتدا مؤلفه‌هایی که دارای پشتوانه فقهی هستند، اما در نظام حقوقی ایران مغفول مانده‌اند، مورد تحلیل قرار می‌گیرند. در ادامه، مؤلفه‌هایی که در نظام حقوقی ایران حضور دارند، اما فاقد پشتوانه صریح در فقه امامیه‌اند، مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۳. مؤلفه‌های مشترک در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

برای درک درست و ایجاد چهارچوب ذهنی منسجم از مؤلفه‌های مشترک، مباحث این بخش در سه قسم مجزا مورد شناسایی قرار می‌گیرند.

۳-۱. مؤلفه‌های ناظر به حقوق دادرسی و اصحاب دعوی

حقوق دادرسی دربردارنده اصول و قواعدی است که برای تضمین عدالت در فرایند رسیدگی قضایی و حمایت از حقوق اصحاب دعوی طراحی شده‌اند. این مؤلفه‌ها به‌گونه‌ای تدوین می‌شوند که از سویی دسترسی همگان به عدالت قضایی را تسهیل کنند و از سوی دیگر، با رعایت اصول بی‌طرفی، مساوات و حفظ شأن انسانی طرفین دعوی، فرایند دادرسی را در مسیر مشروع و عادلانه‌ای قرار دهند. در این قسمت، سه مؤلفه بنیادین در این زمینه یعنی حق دادخواهی، اصل برائت و اصل برابری در برابر قانون مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۳-۱-۱. حق دادخواهی

یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های امنیت قضایی این است که تمام افراد جامعه بتوانند نسبت به حقوقی از آن‌ها که مورد تعرض و تجاوز قرار گرفته است، از طریق دادگاه صالح احقاق حق کنند (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۵). بر اساس این حق، هر فردی حق دارد برای دستیابی به حقوق خود، به محاکم قضایی دسترسی داشته باشد. به عبارت بهتر، در صورتی که فرد یا گروهی نتوانند به مراجع قضایی مراجعه کنند، امنیت قضایی نقض می‌شود.

۳-۱-۲. اصل برائت

اصل برائت یکی از مؤلفه‌های تحقق امنیت قضایی و احساس امنیت قضایی است که به‌نوعی یکی از مهم‌ترین حقوق عامه نیز شمرده می‌شود. مطابق این اصل، تنها در صورتی می‌توان شخصی را مجرم قلمداد کرد که اتهام وی توسط شاکی یا دادستان با ادله معتبر نزد مقام قضایی ذیصلاح ثابت شود. با توجه به این مطلب، بار اثبات دلیل بر عهده مدعی است و متهم هیچ وظیفه‌ای برای ارائه دلیل به‌منظور اثبات بی‌گناهی خود ندارد. این اصل نه‌تنها در مورد عملکرد محاکم و بررسی دلایل اعمال می‌شود، بلکه نسبت به عملکرد پیش از محاکمه هم ضروری است رعایت شود (طه و اشرافی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۹).

۳-۱-۳. برابری در برابر قانون

یکی از حقوقی که تضمین‌کننده رفتار برابر مقامات عمومی - به‌خصوص مراجع قضایی - با مردم است، حق برابری در برابر قانون است. مطابق این حق، هرگونه تبعیض میان شهروندان بر مبنای ملاک‌های غیرحقوقی و غیرمنطقی - که به‌اصطلاح تبعیضات ناروا خطاب می‌شوند - ممنوع و مستلزم نقض حقوق عامه و امنیت قضایی است. در صورتی که تبعیض در فرایند دادرسی رخ دهد، اثر مستقیم در تخریب امنیت قضایی می‌گذارد، اما اگر هریک از افراد جامعه بدانند قانون نسبت به او و دیگر افراد بدون در نظر گرفتن اموری مانند نژاد، رنگ، زبان، دین، فرهنگ یا قدرت اقتصادی - سیاسی برتر به‌طور مساوی حاکم است، این موضوع تأثیر شگرفی بر احساس امنیت قضایی دارد (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۱).

ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر کرده است که «همه افراد در برابر قانون مساوی هستند و باید بدون هرگونه تبعیض، از حمایت قانون برخوردار شوند». کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی در بند ۱ اصل ۱۴ مقرر کرده است که «همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری مساوی هستند». ماده ۲۶ این کنوانسیون نیز تأکید کرده است که «همه افراد در برابر قانون مساوی هستند و باید بدون هیچ‌گونه تبعیضی از حمایت مساوی قانون بهره‌مند شوند».

۳-۱-۴. تحلیل، نقد و چالش

در تحلیل مؤلفه‌های یادشده، آنچه به‌عنوان نقطه اشتراک برجسته می‌شود، تأکید بر تضمین‌پذیری آن‌ها در بستر عدالت‌محور قضااست. این مؤلفه‌ها نه‌تنها نقش کلیدی در فرایند دادرسی عادلانه ایفا می‌کنند، بلکه شرط تحقق اعتماد عمومی نسبت به دستگاه قضایی نیز شمرده می‌شوند. از آنجاکه این مؤلفه‌ها در هم تنیده‌اند، نقض هریک از آن‌ها، عملاً امنیت قضایی را خدشه‌دار می‌سازد؛ به‌ویژه مؤلفه‌هایی مانند اصل برائت و برابری در برابر قانون به‌مثابه ارکان بنیادین عدالت، در صورت عدم رعایت، بستر بی‌اعتمادی ساختاری و تبعیض‌های نظام‌مند را فراهم می‌کنند.

از منظر فقهی نیز این مؤلفه‌ها از جایگاه ریشه‌دار و پرنفوذی برخوردارند؛ به‌گونه‌ای که تأسیس نهاد قضا بدون آن‌ها فاقد مشروعیت تلقی می‌شود. با این حال، تحقق عملی آن‌ها در نظام حقوقی ایران به‌ویژه در مواردی مانند دسترسی همگانی به دادگاه‌ها یا اجتناب از تبعیضات نهادی، همچنان با چالش‌هایی روبه‌روست که در ادامه، به آن پرداخته خواهد شد.

الف. جایگاه این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حق دادخواهی را در اصل ۳۴ به‌عنوان حقی مسلم برای همه افراد به رسمیت شناخته است. به‌موجب این اصل، هیچ‌کس را نمی‌توان از مراجعه به دادگاه‌های صالح بازداشت. اصل برائت نیز در اصل ۳۷ قانون اساسی تصریح شده است و بر این نکته تأکید دارد که مجرمیت تنها در صورت اثبات در دادگاه صالح پذیرفتنی است. ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری و بند ۲ قانون احترام به آزادی‌های مشروع نیز همین مضمون را تأکید می‌کنند و اصل برائت را محور برخورد نظام قضایی با متهم می‌دانند. برابری در برابر قانون نیز در اصول ۱۹، ۲۰ و بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته و بر لزوم رفع تبعیضات ناروا و برخورداری برابر از حقوق سیاسی، اجتماعی و فرهنگی تأکید شده است. ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر اعمال یکسان قواعد دادرسی نسبت به اشخاص در شرایط مشابه تصریح دارد.

ب. مستندات فقهی این مؤلفه‌ها

حق دادخواهی در اسلام و فقه اسلامی از حقوق مسلم افراد است و هرکس که حقی از او ضایع شده است، حق دارد با مراجعه به محاکم قضایی، حقوق ضایع شده خویش را مطالبه کند. فقها به دلیل وجوب حفظ نظام در این باره تمسک جسته و لزوم تشکیل دادگاه‌های صالح را از ضروریات دانسته‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۴۴؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۵). شهید ثانی در این باره در عبارتی مهم چنین نگاشته است: «وظیفه القضاء من فروض الکفاية لتوقف نظام النوع الإنسانی علیه و لأن الظلم من شیم النفوس فلا بد من حاکم ینتصف للمظلوم من الظالم و لما یترتب علیه من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر»^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۳۶). از این رو در فقه، قضاوت از واجبات نظامیه و واجب کفایی به شمار آمده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۸۲) که بر اساس آن، عده‌ای که شأنت قضاوت دارند باید به این موضوع خطیر مبادرت کنند تا دادخواهان به حقوق خود دست یابند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۲۰). علامه حلی یاد کرده است که اگر شهری قاضی نداشته باشد، بر امام واجب است که شخصی را بدانجا برای این موضوع گسیل دارد (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۱۰۹). از سوی دیگر، قاضی باید به راحتی در دسترس مردم باشد تا امکان مراجعه به او به سهولت فراهم باشد (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۷۳). همچنین، قاضی باید اعلام عمومی کند تا مردم از حضور او مطلع شوند و برای دادخواهی به وی مراجعه کنند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۶۴).

در مورد اصل براءت باید گفت این اصل ریشه در نصوص اسلامی دارد و قرآن و سنت بر آن تأکید ویژه کرده‌اند. از این رو فقه اسلامی فرض را بر براءت افراد گذارده است تا جرم آن‌ها در محکمه ثابت شود. قاعده بسیار مشهور «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۷۱)، ریشه در اصل براءت دارد؛ زیرا به صرف ادعا نمی‌توان حقی را ثابت کرد. از این رو از مدعی مطالبه بینه و دلیل بر مدعای خود شده است؛ البته این قاعده عمومیت دارد و دعاوی حقوقی و کیفری هر دو را شامل می‌شود. بر اساس این قاعده، کسی که علیه دیگری دعوایی طرح می‌کند، باید دعوای خود را ثابت کند و مدعی علیه در این مرحله وظیفه‌ای مبنی بر اثبات عدم

مجرمیت ندارد. در خصوص دعاوی کیفری نیز قاعده درأ مقتضی آن است که در صورت وجود شبهه در مجرمیت، با اعمال این قاعده مجرم بودن فرد منتفی شود. در کنار روایات، یکی از مهم‌ترین مبانی این قاعده نیز اصل برائت است. فقها معتقدند که این قاعده از جهت شبهه عمومیت دارد و شامل شبهات موضوعیه و حکمیه هر دو می‌شود (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۶).

مسئله مساوات در برابر قانون از منظر فقهی تا اندازه‌ای مورد تأکید است که به قاضی اجازه داده نشده است تا در محکمه کمترین نابرابری را در مورد اصحاب دعوی اعمال کند و احکام ویژه‌ای در خصوص رعایت مساوات در مجلس قضاوت تشریع شده است. شهید ثانی می‌نویسد «و یجب علی القاضی التسویه بین الخصمین فی الکلام معهما و السلام علیهما و رده إذا سلما و النظر إلیهما و غیرها من أنواع الإکرام»^۲ (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۷۳). از این رو مداخله قاضی در اظهارات اصحاب دعوی و نیز شهود ممنوع اعلام شده است تا عدالت قضایی در بالاترین وجه آن تحقق یابد (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۷۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۷۵).

ج. بررسی چالش‌های تحقق این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

با وجود پیش‌بینی مؤلفه‌های یادشده در اسناد بالادستی، چالش‌هایی در تحقق عملی آن‌ها وجود دارد. در زمینه حق دادخواهی موانعی مانند هزینه‌های دادرسی، نبود دسترسی یکسان به وکلا یا محدودیت جغرافیایی برخی مناطق موجب نقض دسترسی برابر به عدالت می‌شود. اصل برائت نیز گاه در سایه رفتارهای رسانه‌ای یا رویه‌های پیش‌دادرسی مانند بازداشت‌های طولانی‌مدت یا استفاده ناموجه از قرارهای تأمینی مخدوش می‌شود. این رویه‌ها پیش از اثبات جرم، ذهنیت مجرم‌انگارانه نسبت به متهم ایجاد می‌کند. در زمینه برابری در برابر قانون، وجود تبعیضات نهادی و نفوذ موقعیت سیاسی و اقتصادی برخی افراد یا گروه‌ها، مانع اعمال برابر قانون بر همگان می‌شود. نظارت مؤثر بر فرایند دادرسی و تقویت استقلال قوه قضائیه از مهم‌ترین راهکارهای برطرف کردن این چالش‌هاست.

۲-۳. مؤلفه‌های ناظر بر تشریفات دادرسی عادلانه

در راستای تأمین امنیت قضایی، تشریفات دادرسی عادلانه از اهمیت بنیادینی برخوردار است. رعایت این تشریفات نه تنها ضامن سلامت و عدالت در روند رسیدگی قضایی است، بلکه موجب تقویت اعتماد عمومی به نهاد قضا و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی در فرایند دادرسی می‌شود. در این میان، سه مؤلفه اساسی یعنی اصل علنی بودن دادگاه‌ها، اصل قانونی بودن دادگاه‌ها و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات، ستون‌های اصلی تشریفات دادرسی عادلانه به شمار می‌روند.

۱-۲-۳. اصل علنی بودن دادگاه‌ها

بی‌گمان رعایت اصول و تشریفات دادرسی یکی از حقوق عامه افراد جامعه و از مؤلفه‌های امنیت قضایی است. برای تضمین این مؤلفه، علنی بودن دادگاه‌ها ضروری جلوه می‌کند؛ زیرا بدین وسیله همین که قاضی بداند عملکردش توسط رسانه‌ها و مردم رصد می‌شود، تأثیر بازدارنده شگرفی در نقض مقررات دادرسی دارد و از این رو سبب افزایش احساس امنیت قضایی خواهد شد. اصل علنی بودن دادگاه‌ها، در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان یک حق شناخته شده است. از دیگر سو، بر اساس بند ۱ اصل ۱۴ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی، «هرکس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنی در دادگاه صالح مستقل و بی طرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود...».

۲-۲-۳. اصل قانونی بودن دادگاه‌ها

یکی از اصولی که تأمین آن در تحقق امنیت قضایی نقش عمده ایفا می‌کند، اصل قانونی بودن دادگاه‌هاست. بر اساس این اصل، اولاً، تشکیل دادگاه‌ها و ثانیاً، تعیین صلاحیت آن‌ها باید طبق قانون صورت بگیرد و مصلحت‌سنجی‌ها و سلیقه‌های شخصی نباید مداخلیتی در کار ایجاد کند. قانونی بودن دادگاه‌ها این احساس را ایجاد می‌کند که دادگاه دارای استقلال است. بنابراین، هدف از اینکه دادگاه‌ها باید به وسیله قانون تأسیس شوند، این است که عدالت نباید به صلاحدید قوه اجرایی وابسته باشد، بلکه باید به وسیله قانونی مقرر شود که پارلمان آن را تصویب کرده است.

۳-۲-۳. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات

یکی دیگر از مؤلفه‌های امنیت قضایی، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات است. این اصل به نوعی تضمین‌کننده مجموعه‌ای از حقوق عامه شمرده می‌شود. بر اساس این اصل، اولاً، هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه قانون از قبل برای آن مجازات در نظر گرفته باشد. ثانیاً، حکم به مجازات و اجرای آن باید به موجب قانونی باشد که از پیش به تصویب رسیده است. با توجه به این موضوع، «عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری» نیز از آثار اصل قانونی بودن جرائم و مجازات به شمار می‌آید. طبق بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر «هیچ‌کس را نمی‌توان به دلیل فعل یا ترک فعلی که در زمان ارتکاب طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده است، محکوم کرد».

۳-۲-۴. تحلیل، نقد و چالش

در این بخش می‌توان مشاهده کرد که مؤلفه‌های سه‌گانه یادشده در ظاهر ناظر به ابعاد شکلی فرایند دادرسی‌اند، اما در واقع پایه‌های بنیادین دادرسی عادلانه را شکل می‌دهند. اصل علنی بودن تضمینی برای شفافیت و نظارت عمومی، اصل قانونی بودن دادگاه‌ها تضمینی برای استقلال و بی‌طرفی ساختار قضایی و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات تضمینی برای پیش‌بینی‌پذیری و عدالت کیفری است. بنابراین، تحلیل و بررسی این اصول باید با توجه به نقش آن‌ها در صیانت از حقوق بنیادین افراد و ایجاد اعتماد عمومی به دستگاه قضایی صورت گیرد.

الف. جایگاه این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران، اصل علنی بودن دادگاه‌ها در اصل ۱۶۵ قانون اساسی مورد تصریح قرار گرفته است. مطابق این اصل، «محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوی تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد». از این رو «حق رسیدگی علنی تضمین اساسی برای عادلانه بودن و استقلال روند قضایی و ابزاری حاکمیتی برای اعتماد عمومی در نظام قضایی است» (طه و اشرافی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۳).

اصل قانونی بودن دادگاه‌ها نیز مورد توجه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بوده و در اصل ۱۵۹ آمده است «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است».

در رابطه با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات، قانون اساسی ایران تأکیدات متعددی دارد. طبق اصل ۳۶، «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». اصل ۱۶۶ نیز بیان می‌دارد «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». همچنین، اصل ۱۶۹ مقرر داشته است «هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم شمرده نمی‌شود»؛ البته باید توجه داشت که اصل ۱۶۷ قانون اساسی به نوعی دامنه اصل قانونی بودن جرائم و مجازات را محدود کرده است. بر اساس این اصل، قاضی در فقدان قانون مدون موظف است به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کند که همین موضوع می‌تواند منجر به اعمال سلیقه فردی و تهدید امنیت قضایی شود.

ب. مستندات فقهی این مؤلفه‌ها

در منابع فقهی به صراحت از لزوم علنی بودن دادرسی یاد نشده است، اما از برخی فتاوی فقیهان چنین برمی‌آید که دادرسی باید در مکانی باز که امکان حضور افراد در آن فراهم باشد، صورت پذیرد. برای مثال، قاضی برای دادرسی باید در فضای باز بنشیند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۱۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۷۳) و از اتخاذ حاجب (دربان) خودداری کند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۷۴). همچنین، قاضی باید اهل علم را به مجلس قضا فراخواند تا بر فرایند دادرسی نظارت کنند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۱۲۵). افزون‌براین، لازم است عده‌ای به عنوان ناظر و شاهد در محکمه حضور داشته باشند تا امکان انکار آنچه در جلسه دادرسی واقع شده است، وجود نداشته باشد (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۱۲۶).

در شریعت اسلامی، قضاوت و تشکیل محکمه از وظایف امام است که باید خود به آن قیام یا افرادی را به این منظور منصوب کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۱-۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۳۸). روشن است که افراد تعیین شده باید صلاحیت

کامل برای دادرسی و علم و آگاهی لازم برای تصدی قضا را داشته باشند. در مورد اصل قانونی بودن جرائم و مجازات نیز فقه اسلامی با تأکید بر اصل براءت، این اصل را تأیید کرده است. از جمله مشهورترین ادله این اصل، آیه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا»^۳ (اسراء/۱۵) است. افزون بر این، مطابق حدیث معتبر رفع، نه چیز از امت پیامبر برداشته شده که یکی از آن‌ها، اموری است که مردم آن را نمی‌دانند و داخل در «ما لایعلمون» است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۵۹). همچنین، قاعده عقلی «قیح عقاب بلا بیان» نیز تأکید می‌کند که در صورت عدم بیان حرمت یا منع یک عمل، مجازات آن قبیح و مردود است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴).

ج. بررسی چالش‌های تحقق این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

یکی از چالش‌های مهم در تحقق اصل علنی بودن دادگاه‌ها، چگونگی تفسیر و اجرای استثنائات این اصل در عمل است. در موارد بسیاری، دادگاه‌ها بدون ارائه دلایل کافی یا شفاف، جلسات را غیر علنی اعلام می‌کنند که این موضوع زمینه‌ساز نقض حقوق طرفین دعوی و کاهش اعتماد عمومی می‌شود. همچنین، نبود رویه مشخص در برخورد با رسانه‌ها و حضور ناظران مردمی، اجرای مؤثر این اصل را با مشکل مواجه می‌سازد. در خصوص اصل قانونی بودن دادگاه‌ها، گاه شاهد شکل‌گیری یا استمرار فعالیت برخی نهادهای شبه قضایی هستیم که خارج از ساختار تعریف شده قوه قضائیه فعالیت می‌کنند. این رویه موجب تداخل صلاحیت‌ها و اختلال در وحدت رویه قضایی می‌شود و نقض‌کننده اصل شفافیت و پاسخ‌گویی در نظام دادرسی است. در نهایت، چالش مهمی که اصل قانونی بودن جرائم و مجازات را تهدید می‌کند، اصل ۱۶۷ قانون اساسی است که به قضات اجازه مراجعه به منابع فقهی در نبود قانون مدون را می‌دهد. این اصل با هدف جلوگیری از بلا تکلیفی قضایی تدوین شده، اما در مواردی ممکن است موجب صدور احکام غیر قابل پیش‌بینی و ناسازگار با اصل قطعیت و شفافیت در امور کیفری شود. از این رو ضرورت دارد که این اصل در پرتوی اصول دیگر، با احتیاط و با تکیه بر رویه‌های مستقر و قابل پیش‌بینی استفاده شود.

۳-۳. مؤلفه‌های ناظر به صیانت از کرامت انسانی در فرایند قضایی

یکی از مهم‌ترین ابعاد امنیت قضایی، رعایت کرامت انسانی در فرایند دادرسی است. صیانت از کرامت انسان اقتضا می‌کند که شخص در برابر دستگاه عدالت صرف‌نظر از جایگاه اجتماعی، عقاید یا وضعیت کیفری‌اش، مورد رفتار انسانی، منصفانه و محترمانه قرار گیرد. این مؤلفه‌ها از مبانی حقوق بشر و اصول مسلم حقوقی در نظام‌های حقوقی مدرن به شمار می‌آیند و بی‌توجهی به آن‌ها مشروعیت و کارآمدی فرایند قضایی را به چالش می‌کشد. در ادامه، به مهم‌ترین مؤلفه‌های ناظر به صیانت از کرامت انسانی در فرایند قضایی پرداخته می‌شود.

۳-۳-۱. ممنوعیت شکنجه

یکی از مؤلفه‌های امنیت قضایی مرتبط با حقوق عامه، مقوله ممنوعیت شکنجه است و بی‌اعتبار بودن اقرارات و اطلاعات به‌دست‌آمده با آن است؛ زیرا شکنجه از مصادیق بارز نقض کرامت انسانی است. بر اساس ماده ۷ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی، «هیچ‌کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا ترذیلی قرار داد».

۳-۳-۲. ممنوعیت تفتیش عقاید

آزادی عقیده را می‌توان از مؤلفه‌های امنیت قضایی به شمار آورد. بر اساس این حق، صرف داشتن یک عقیده نباید موجبات تعرض به جان و آزادی افراد را ایجاد کند؛ زیرا در غیر این صورت امنیت قضایی خدشه‌دار می‌شود؛ چون شخص حتی نسبت به آنچه در فکر خود دارد، احساس امنیت نخواهد داشت.

۳-۳-۳. ممنوعیت هتک حرمت متهم و مجرم

از دیگر مؤلفه‌های ناظر به صیانت از کرامت انسانی در فرایند قضایی، ممنوعیت هتک حرمت متهمان و مجرمان است. کرامت انسانی ایجاب می‌کند که متهم و حتی مجرم جز محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های ناشی از اجرای قوانین، مورد هیچ‌گونه توهین و بی‌احترامی قرار نگیرد. هتک حرمت متهم و مجرم، نقض حاکمیت قانون و به‌تبع خدشه‌ای است بر امنیت قضایی. بر اساس ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و

سیاسی، «درباره همه افراد که از آزادی خود محروم شده‌اند، باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار کرد».

۳-۳-۴. جبران خسارت ناشی از قضاوت غلط

پس از تحولات مبانی مسئولیت مدنی دولت و درنهایت، با زیر سؤال رفتن نظریه عدم مسئولیت دولت در قبال اعمال حاکمیتی، مسئولیت دولت در قبال قضاوت مورد پذیرش قرار گرفت. قبول مسئولیت مدنی در موارد قضاوت نادرست، امنیت قضایی و احساس امنیت قضایی را تقویت خواهد کرد. در این فرض، در صورت تقصیر قاضی، مسئولیت جبران خسارت متوجه قاضی خواهد بود و در غیر این صورت بر اساس نظریه مسئولیت مدنی بدون تقصیر، دولت مسئول جبران خسارت وارده است.

۳-۳-۵. تحلیل، نقد و چالش

مؤلفه‌های مطرح‌شده، هریک بیان‌کننده ضرورت‌های بنیادین به‌منظور تحقق کرامت انسانی در فرایند دادرسی هستند. این مؤلفه‌ها در سطح اسناد بین‌المللی حقوق بشر، اصول پذیرفته‌شده حقوق داخلی و نیز آموزه‌های اسلامی مورد تأکید قرار گرفته‌اند. باین‌حال، صرف وجود این اصول در متون قانونی، بدون پیاده‌سازی دقیق، منسجم و مؤثر آن‌ها در نظام حقوقی و رویه عملی، نمی‌تواند موجبات تحقق کامل امنیت قضایی را فراهم آورد. در بخش‌های آتی، جایگاه این اصول در نظام حقوقی ایران، مستندات فقهی آن‌ها و چالش‌های اجرایی پیش رویشان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف. جایگاه این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

ماده ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به‌صراحت بر ممنوعیت هرگونه شکنجه به‌منظور اخذ اقرار یا اطلاعات تأکید دارد و مقرر می‌دارد: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند، مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود». همچنین، بند ۹ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی تصریح می‌کند «هرگونه شکنجه متهم به‌منظور اخذ اقرار یا اجبار او به امور دیگر ممنوع است و اقرارهای اخذشده بدین وسیله، حجیت شرعی و

قانونی نخواهد داشت».

در خصوص اصل آزادی عقیده نیز اصل ۲۳ قانون اساسی مقرر می‌دارد «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد».

اصل ۳۹ قانون اساسی به موضوع حفظ کرامت متهم و مجرم پرداخته است و تأکید می‌کند «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده [است]، به هر صورت که باشد، ممنوع و موجب مجازات است». ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر حفظ کرامت اشخاص در فرایندهای کیفری تصریح دارد و تأکید می‌کند که اقدامات محدودکننده یا سالب آزادی باید به گونه‌ای صورت پذیرد که به کرامت و حیثیت افراد لطمه وارد نکند. همچنین، بند ۶ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی تصریح می‌کند «در جریان دستگیری و بازجویی یا استطلاع و تحقیق، فرد نباید با اموری همچون بستن چشم یا ایذا و تحقیر مواجه شود».

اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز متضمن پذیرش مسئولیت مدنی ناشی از قضاوت نادرست است و مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی شود، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال، از متهم اعاده حیثیت می‌شود».

ب. مستندات فقهی این مؤلفه‌ها

اصل ممنوعیت شکنجه پیوندی عمیق با مقوله «اکراه» در فقه اسلامی دارد. در این حوزه، اکراه یکی از موانع نفوذ اعمال حقوقی به شمار آمده است و فقها در همه اعمال حقوقی از لزوم وجود اختیار کامل یاد کرده‌اند. همچنین، اقراری که از روی اختیار کامل نباشد، در فقه هیچ اعتباری ندارد (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۲۶). در نتیجه، هرگاه اقراری در اثر شکنجه از سوی شخص صورت گیرد، اعتبار حقوقی ندارد و نمی‌تواند علیه شخص مقرر استفاده شود.

در خصوص اصل ممنوعیت تفتیش عقاید باید گفت فقها در مواضع متعدد بر

ممنوعیت تجسس از امور مردم تأکید و آن را حرام اعلام کرده‌اند. این تجسس اعم از آن است که نسبت به زندگی و حریم خصوصی افراد باشد یا اعتقادات درونی آن‌ها. قرآن کریم از حرمت تجسس یاد کرده و فرموده است: «لاتجسسوا» (حجرات/۱۲). از نظر فاضل کاظمی این نهی به معنای اخذ به ظاهر حال افراد بدون بررسی و تجسس از این موضوع که مطابق یا عدم مطابق با واقعیت است، شمرده می‌شود (کاظمی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۴۹). از این رو فقیهان در بحث از اتهام ارتداد، صرف انکار شخص را موجب حفظ جان و رفع اتهام وی دانسته‌اند و تحقیق در این رابطه را جایز نمی‌شمرند (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص. ۳۶۱).

در باب حفظ حرمت متهم و مجرم، فقه اسلامی با نگاهی کرامت‌مدار، وظیفه دولت اسلامی را تکفل امور همه کسانی دانسته است که گرفتار عسر و حرج هستند و از تأمین معاش و اداره امور جاری خود عاجزند. از این رو شخص زندانی از هر حیث در کفالت و تعهد حکومت است و همه نیازهای او در حدود متعارف باید برطرف شود. همچنین، چون خانواده و عائله محکوم با زندانی شدن سرپرستشان، کسب درآمد خود را از دست می‌دهند، دولت پرداخت هزینه و اداره امور آن‌ها را نیز عهده‌دار می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۷).

در خصوص جبران خسارات ناشی از خطای قاضی نیز فقها برای خطای قاضی که باید از سوی بیت‌المال جبران شود، موارد متعددی را بیان کرده‌اند. برای مثال، هرگاه قاضی در تشخیص عدالت شهود اشتباه کند و حکمی دهد که سالب حیات باشد، باید از بیت‌المال دیه شخص پرداخت شود (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۳۴۷). همچنین، هرگاه قاضی نداند که زن زانیه باردار است و دستور اجرای حکم را دهد و موجب اسقاط جنین شود، دیه جنین بر بیت‌المال است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۰۵).

ج. بررسی چالش‌های تحقق این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

تحقق عملی مؤلفه‌های صیانت از کرامت انسانی، در نظام حقوقی ایران با چالش‌هایی همراه است. یکی از این چالش‌ها، ضعف در اجرای مؤثر قوانین موجود است. اگرچه اصول روشنی در قانون اساسی و قوانین عادی درباره منع شکنجه، هتک حرمت متهم و تفتیش عقاید وجود دارد، اما در مقام عمل، نظارت بر ضابطان و مقامات قضایی در

مواردی ناکافی است و سازوکارهای رسیدگی به تخلفات، گاه از شفافیت و ضمانت اجرایی لازم برخوردار نیست.

چالش دیگر، تعارض میان برخی اصول قانون اساسی و رویه‌های عملی نهادهای امنیتی و قضایی است. برای مثال، در مواردی مشاهده می‌شود که به بهانه حفظ نظم عمومی یا امنیت ملی، عقاید افراد مورد ارزیابی و تفتیش یا افراد بدون حکم قانونی روشن تحت فشار قرار می‌گیرند. این وضعیت با اصل ممنوعیت تفتیش عقاید و اصل قانونی بودن محدودیت‌ها در تعارض است.

در نهایت، جبران خسارت ناشی از قضاوت اشتباه در اصل ۱۷۱ قانون اساسی پیش‌بینی شده، اما در عمل، فرایند احراز اشتباه یا تقصیر قاضی دشوار، پیچیده و گاه همراه با محافظه‌کاری قضایی است. همین موضوع موجب می‌شود قربانیان خطای قضایی کمتر موفق به دریافت جبران خسارت شوند و اصل اعاده حیثیت نیز به‌درستی تحقق نیابد.

۴. مؤلفه‌های حاضر در نظام حقوقی ایران و فاقد پشتوانه صریح در فقه امامیه

بخش پیشین به هم‌پوشانی‌ها اختصاص داشت و به مؤلفه‌هایی پرداخته شد که هم در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده‌اند و هم دارای پشتوانه فقهی هستند. اینک در این بخش به تمایزها ورود می‌کنیم و در ابتدا، مؤلفه‌های حاضر در نظام حقوقی ایران و فاقد پشتوانه صریح در فقه امامیه بررسی می‌شود. پیش از آغاز باید اشاره کرد که علت این تمایز بیش از آنکه ناظر بر تعارض باشد، برخاسته از زمینه‌های تاریخی و تفاوت ساختار نظام‌های حقوقی و تحول تدریجی در نهادهای قضایی مدرن است.

۴-۱. حق دسترسی به وکیل در تمام مراحل رسیدگی

در صورتی که طرفین دعوی یا متهم از حق بهره‌مندی از وکیل محروم شوند، امنیت قضایی به‌طور جدی آسیب خواهد دید. این موضوع منجر به شکل‌گیری احساس عدم امنیت در فرایند دادرسی می‌شود. در واقع، فقدان حضور وکیل در جریان رسیدگی قضایی، احتمال بروز رفتارهای خارج از ضوابط قانونی از سوی مقامات قضایی را افزایش می‌دهد و در نتیجه، اعتماد اصحاب دعوی به مرجع رسیدگی‌کننده کاهش می‌یابد.

ازجمله عواملی که به سلب این حق منجر می‌شود، ناتوانی مالی طرفین دعوی در تأمین هزینه‌های وکالت است. فقر از مهم‌ترین عواملی است که امنیت قضایی افراد را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ زیرا بزه‌دیدگانی که توانایی مالی لازم برای به‌کارگیری وکیل ندارند، بیش از دیگران در معرض نادیده انگاشته شدن حقوق قانونی خود قرار دارند (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، صص. ۱۱۸-۱۱۷). ازاین‌رو بر حاکمیت فرض است که زمینه‌های بهره‌مندی افشار فاقد تمکن مالی از خدمات وکالتی را به شیوه‌ای نظام‌مند فراهم آورد.

در همین راستا، قسمت ب بند ۳ ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مقرر می‌دارد «برخورداری از تسهیلات و فرصت کافی برای تهیه دفاعیه و ارتباط با وکیل منتخب» ازجمله حقوق مسلم متهم شمرده می‌شود.

۲-۴. حق تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه‌ها

حق تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه‌ها یکی از مؤلفه‌های کلیدی در تحقق امنیت قضایی به شمار می‌آید. این حق از آن‌رو اهمیت دارد که مانع قطعیت بخشیدن فوری به آرای می‌شود که ممکن است بر مبنای اشتباهات شکلی یا ماهوی صادر شده باشند و بدین‌وسیله تضمینی مضاعف را برای دستیابی به عدالت فراهم می‌سازد. وجود مرجعی بالاتر برای بازنگری در احکام، احساس اطمینان، آرامش و اعتماد را در میان اصحاب دعوی تقویت می‌کند و شهروندان را نسبت به سلامت فرایندهای قضایی امیدوار نگاه می‌دارد.

از منظر بین‌المللی، بند ۵ از ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به‌صراحت تأکید می‌کند که هر فرد محکوم‌شده حق دارد رأی صادره را در دادگاهی بالاتر مورد تجدیدنظر قرار دهد. این مقرر به‌عنوان بخشی از حقوق دادرسی منصفانه، پیوند وثیقی با امنیت قضایی دارد؛ زیرا دادرسی عادلانه بدون امکان نظارت بر احکام صادره، در عمل با تهدیداتی مواجه خواهد بود.

تجدیدنظرخواهی افزون‌براینکه ابزاری آیینی است، نقش ساختاری در تضمین اعتماد عمومی به قوه قضائیه دارد. در غیاب چنین حقی، نظام قضایی در معرض بسته شدن گردش اطلاعات، خطای قضایی جبران‌ناپذیر و تضعیف احساس امنیت حقوقی

در جامعه قرار خواهد گرفت.

۴-۳. حق دسترسی آزاد به اطلاعات قضایی

حق دسترسی آزاد به اطلاعات قضایی یکی از اصول بنیادین و ضروری در تحقق دادرسی منصفانه و امنیت قضایی است. این حق در نظام‌های قضایی مرفعی بدون هیچ‌گونه محدودیتی در تمام مراحل دادرسی اعم از تحقیقات مقدماتی، تعقیب، رسیدگی و صدور حکم اعمال می‌شود. دسترسی کامل و مطلق به اطلاعات پرونده، زمینه تحقق اصول مهم دیگری مانند تساوی حقوق، بی‌طرفی و توافعی شدن دادرسی را فراهم می‌آورد. محدود کردن این حق، امنیت قضایی را با تهدید جدی مواجه می‌سازد و اعتماد عمومی به نظام قضایی را کاهش می‌دهد (احسان‌پور و قلی‌پور جمنانی، ۱۳۹۸، ص. ۲).

البته باید توجه داشت که حق دسترسی آزاد به اطلاعات قضایی باید در چهارچوب حفظ محرمانگی و حریم خصوصی افراد تنظیم شود. به عبارت دیگر، امنیت قضایی مستلزم تعادل میان شفافیت و حفاظت از اطلاعات حساس است تا هم عدالت رعایت و هم امنیت روانی و اجتماعی شهروندان حفظ شود.

۴-۴. ضمانت اجرایی احکام توسط قوه قهریه (دولت)

ضمانت اجرایی احکام قضایی توسط قوه قهریه به عنوان بنیادی‌ترین رکن تحقق امنیت قضایی در عمل شناخته می‌شود. صدور حکم قضایی بدون وجود نهادی که اجرای آن را تضمین کند، تنها جنبه نظری و توصیه‌ای خواهد داشت و فاقد اثربخشی عملی است. در نظام‌های حقوقی کارآمد، دولت مسئولیت اصلی اجرای احکام صادره از مراجع قضایی را بر عهده دارد و این مهم از طریق دستگاه‌های اجرایی مانند نیروی انتظامی، سازمان زندان‌ها و مراجع اجرای احکام به مرحله تحقق می‌رسد. این ضمانت اجرایی به شهروندان اطمینان خاطر می‌دهد که حقوق به رسمیت شناخته شده در دادگاه‌ها تنها روی کاغذ نخواهد ماند، بلکه به صورت عملی اجرا و تضمین می‌شود.

از منظر امنیت قضایی، تضمین اجرای احکام قضایی نقش کلیدی در ایجاد ثبات و اعتماد عمومی ایفا می‌کند. این ضمانت مانع بروز خودسرانه‌گری و هرج و مرج می‌شود

و اجازه نمی‌دهد تصمیمات قضایی مورد بی‌توجهی قرار گیرند. همچنین، اجرای قاطع و مؤثر احکام موجب حفظ نظم اجتماعی و تقویت اقتدار دستگاه قضایی می‌شود. به بیان دیگر، امنیت قضایی زمانی محقق می‌شود که اراده قوه قضائیه به کمک قوه قهریه به‌صورت عملی تحقق یابد و حقوق شهروندان در برابر تضییع محافظت شود. فقدان ضمانت اجرایی نه‌تنها منجر به ناکارآمدی نظام عدالت می‌شود، بلکه زمینه‌ساز بی‌اعتمادی عمومی و بحران‌های اجتماعی خواهد بود.

۴-۵. تحلیل، نقد و چالش

در مباحث پیشین، چهار مؤلفه مهم امنیت قضایی معرفی شدند. اینک در این بخش به جایگاه محوری این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران پرداخته خواهد شد و در ادامه، دلایل عدم هم‌پوشانی آن‌ها با فقه امامیه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۴-۵-۱. جایگاه این مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران، مؤلفه‌های چهارگانه مورد اشاره در پرتوی تأمین امنیت قضایی، جایگاه راهبردی و سازنده‌ای یافته‌اند؛ زیرا مبنای حقوقی آن‌ها کم‌وبیش در قانون اساسی، قوانین موضوعه و اسناد سیاستی ملی وجود دارد.

حق دسترسی به وکیل در تمام مراحل رسیدگی یکی از ارکان بنیادین در تأمین امنیت قضایی و تضمین دادرسی منصفانه در نظام حقوقی ایران است. اصل ۳۵ قانون اساسی این حق را به‌عنوان یک اصل عام و سلب‌ناپذیر برای اصحاب دعوی مقرر کرده است. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در مواد مختلف ازجمله مواد ۴۸ و ۱۹۰، این حق را در مرحله تحقیقات مقدماتی و پس از آن به رسمیت شناخته و سازوکارهای اجرایی آن را پیش‌بینی کرده است. بااین‌حال، در برخی جرائم خاص مانند جرائم علیه امنیت، محدودیت‌هایی برای انتخاب وکیل اعمال شده است. همچنین، مواد مختلف قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و به‌ویژه ماده ۵ آن نیز بر حضور وکیل در تمام مراحل تأکید دارد.

حق تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه‌ها نیز در نظام حقوقی ایران شناسایی شده است. قانون اساسی به‌صراحت به این مؤلفه نپرداخته، اما قوانین عادی آن را به‌عنوان

اصلی کلی پذیرفته‌اند. ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل را بر قابلیت تجدیدنظر در آرای دادگاه‌های بدوی قرار داده است مگر در موارد استثنایی. همچنین، ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، این حق را برای محکوم‌علیه و دیگر اصحاب دعوی در امور کیفری شناسایی کرده است. ماده ۲۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز این حق را در تمام امور در حدود مقررات قانونی تضمین کرده است.

در خصوص حق دسترسی آزاد به اطلاعات قضایی باید گفت این حق در نظام حقوقی ایران به صورت محدود، نسبی و مشروط در قوانین مختلف پذیرفته شده، اما به گونه‌ای تنظیم شده است که تعادل میان شفافیت، رعایت حقوق اصحاب دعوی، حفظ حریم خصوصی و مصلحت عمومی برقرار باشد. مطابق ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در مرحله تحقیقات مقدماتی، دسترسی به اوراق پرونده تنها برای اصحاب دعوی و با اجازه مقام قضایی ممکن است. این محدودیت به منظور حفظ سلامت روند تحقیقات، حقوق متهم و منافع عمومی اعمال می‌شود. از سوی دیگر، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ۱۳۸۸، مبنای عام‌تری برای دسترسی شهروندان به اطلاعات نهادهای عمومی از جمله نهاد قضایی فراهم کرده و در ماده ۵، اصل را بر دسترسی عمومی به اطلاعات نهادهای عمومی قرار داده است. باین حال، طبق ماده ۱۳، اطلاعاتی که متضمن حریم خصوصی یا اسرار قضایی باشد، از شمول این حق خارج شده است. بنابراین، دسترسی به اطلاعات پرونده گرچه در اصل به رسمیت شناخته شده، در عمل با ملاحظات قضایی و محرمانگی همراه است.

در نهایت، در نظام حقوقی ایران، اجرای احکام قضایی از سوی دولت به عنوان یکی از ارکان تأمین امنیت قضایی به صراحت در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. بر اساس اصل ۱۵۶، قوه قضائیه موظف است وسایل اجرای احکام را فراهم آورد. این وظیفه به منزله تضمین تحقق عدالت از مرحله صدور تا اجرای رأی تلقی می‌شود. همچنین، اصل ۱۶۰ با تعیین نقش دادستان کل کشور در نظارت بر اجرای قوانین، بر مسئولیت دولت در اجرای منویات قضایی تأکید دارد. بدین ترتیب، قانون اساسی سازوکار اجرای قهری احکام را بخشی جدایی‌ناپذیر از نظام دادرسی و حفظ حقوق عمومی می‌داند.

۴-۵-۲. بررسی دلایل عدم هم‌پوشانی با فقه

فقدان پشتوانه صریح فقهی برای این مؤلفه‌ها، به معنای تعارض آن‌ها با فقه امامیه نیست، بلکه بیشتر ناشی از تفاوت در رویکردها، بستر تاریخی و اجتماعی و تحولات نظام‌های حقوقی است که در زیر به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱. تحولات نظام قضایی و دولت مدرن: فقه امامیه در بستر نظام‌های قضایی پیشین که ساختار دولت و قوای سه‌گانه به شکل امروزی وجود نداشت، شکل گرفته است. بسیاری از این حقوق و تضمینات مانند حق تجدیدنظرخواهی سیستمی یا حق دسترسی گسترده به اطلاعات، ناشی از تحولات دولت مدرن و پیچیدگی‌های جامعه امروز است. در زمان شکل‌گیری و تدوین فقه، نیازی به تصریح جزئیات این موارد احساس نمی‌شد؛ زیرا سازوکارهای جامعه آن زمان متفاوت بود.

۲. عدم نیاز به تصریح و کفایت اصول عام: بسیاری از این مؤلفه‌ها در فقه امامیه در قالب اصول کلی و عام‌تری مانند اصل عدالت، نفی ظلم، لزوم رعایت حقوق الناس و ضرورت احقاق حق مستتر هستند. برای مثال، فقه به‌صراحت از «حق وکیل» سخن نگفته است، اما بر لزوم دفاع از خود و اقامه بینه و شهادت تأکید دارد که این موضوع زمینه را برای حق دفاع و در نتیجه، حق انتخاب وکیل فراهم می‌کند. به همین ترتیب، جلوگیری از خطای قضایی و لزوم رسیدگی دقیق، زمینه را برای تجدیدنظرخواهی فراهم می‌آورد. بنابراین، عدم تصریح جزئی به معنای نفی کلیت آن نیست، بلکه به دلیل نبود ساختار نظام‌مند کنونی، فقه به این جزئیات نپرداخته است.

۳. تأثیر حقوق مدرن و ضرورت‌های جامعه بین‌المللی: نظام حقوقی ایران با الهام از آموزه‌های فقهی، ناگزیر به پذیرش و ادغام برخی از دستاوردهای حقوق مدرن برای پاسخ‌گویی به نیازهای جامعه معاصر و تعهدات بین‌المللی است. در عصر حاضر، امنیت قضایی و دادرسی عادلانه مستلزم وجود این تضمینات است و نظام حقوقی ایران برای حفظ مشروعیت و کارایی خود، آن‌ها را به رسمیت شناخته است. این پذیرش نه به معنای تخالف با فقه، بلکه به معنای تطبیق و توسعه بر مبنای مقتضیات زمان است.

۴. منطقه الفراغ قانونی و امکان اجتهاد: در برخی موارد، فقه در مورد جزئیات این مؤلفه‌ها سکوت کرده یا تنها به کلیاتی اشاره داشته است که تفسیرهای مختلفی را برمی‌تابد. این سکوت یا عمومیت، فضایی برای قانون‌گذاری و اجتهاد بر اساس مصالح و مقتضیات زمان و مکان را فراهم می‌آورد. از این رو قوانین کنونی ایران در این زمینه‌ها، محصول اجتهاد و انطباق اصول کلی فقه با نیازهای جامعه معاصر هستند و به تقویت امنیت قضایی کمک می‌کنند.

البته در پایان باید اشاره کرد که وضعیت «حق تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه‌ها» با سه مؤلفه دیگر اندکی متفاوت است؛ زیرا امکان فرض حق بازنگری در حکم قاضی در عصر صدور شریعت کاملاً فراهم است. باین حال، باید گفت در فقه امامیه بازنگری در حکم قاضی اختصاص به موارد محدود و مضیقی دارد؛ زیرا اولاً، اصل بر عدم نقض حکم است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، صص. ۱۷۴-۱۷۲) و ثانیاً، با دقت در کلام فقها می‌توان دریافت که تجدید رسیدگی و نقض حکم قاضی اول اختصاص به حالتی دارد که حکم قاضی مخالف با ضروریات فقه و قطعیات کتاب و سنت باشد (خویی، بی‌تا، صص ۲۲؛ آشتیانی، ج ۱، ۱۴۲۵ق، صص. ۵۵؛ تبریزی، ۱۴۲۷ق، صص. ۸۵ و ۸۷). به نظر می‌رسد عدم هم‌پوشانی این مؤلفه با فقه بیشتر ناشی از این مطلب باشد که غالب قضات در عصر حاضر فاقد اجتهاد فقهی هستند و همین اختلاف موجب توسعه این حق در عصر قضات غیرمجتهد و مأذون شده است.

۵. مؤلفه‌هایی با پشتوانه فقهی، اما مغفول در نظام حقوقی ایران

بخش گذشته به مؤلفه‌های حاضر در نظام حقوقی ایران و فاقد پشتوانه صریح در فقه امامیه اختصاص داشت. آنچه در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد، آن دسته از مؤلفه‌های امنیت قضایی هستند که در فقه امامیه به صورت صریح مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، اما اثری از آن‌ها در نظام حقوقی ایران وجود ندارد.

۵-۱. پرهیز از حکم در موارد مشتبّه و الزام به توقف در صورت تردید جدی

از مؤلفه‌های کلیدی در تحقق امنیت قضایی، اصل پرهیز از صدور حکم در موارد مشتبّه و ضرورت توقف دادرسی در صورت تردید جدی است. این اصل اقتضا دارد که

قاضی در مواجهه با پرونده‌ای که شواهد آن به درجه‌ای از وضوح نرسیده و تردید جدی در اثبات یا نفی حقانیت یکی از طرفین وجود دارد، از صدور رأی خودداری کند و رسیدگی را تا برطرف شدن تردید به تأخیر اندازد. فلسفه این قاعده، تقدم حفظ عدالت و اتقان در داوری بر مصالحی مانند تسریع در رسیدگی یا رعایت صرف مهلت‌های قانونی است.

این اصل در تقابل با رویه‌ای قرار می‌گیرد که قاضی را به صرف التزام به مهلت‌های آیین دادرسی، ولو در شرایط تردید و ابهام، ملزم به صدور رأی می‌سازد. چنین الزامی با هدف پیشگیری از اطاله دادرسی وضع شده است، اما در فقدان قطعیت به صدور احکام نادرست و تضییع حقوق افراد می‌انجامد. اصل توقف در موارد مشتبّه با تأکید بر اولویت «اتقان» بر «سرعت»، بستر اطمینان و اعتماد را در فرایند قضا فراهم می‌آورد و از ارکان پیشگیری از خطای قضایی و تقویت وجوه عقلانی عدالت شمرده می‌شود.

۵-۲. حق انتخاب قاضی

حق انتخاب قاضی به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های امنیت قضایی، ناظر به امکانی است که به طرفین دعوی اجازه می‌دهد در تعیین قاضی رسیدگی‌کننده به دعوای خود، نقشی فعال داشته باشند. این مؤلفه با هدف تقویت بی‌طرفی، شفافیت و اعتماد در فرایند دادرسی مطرح می‌شود. فلسفه وجودی آن، جلوگیری از نگرانی نسبت به جانب‌داری، تعارض منافع یا فقدان صلاحیت قاضی است. از منظر امنیت قضایی، احساس اطمینان نسبت به بی‌طرفی مرجع رسیدگی‌کننده یکی از عناصر حیاتی برای تحقق دادرسی عادلانه و افزایش رضایت از نظام قضایی است.

این حق به شکل مطلق به معنای گزینش آزاد قاضی توسط طرفین نیست، بلکه می‌تواند به‌صورت محدود، در قالب انتخاب از میان چند قاضی واجد شرایط یا ابراز نظر نسبت به صلاحیت و بی‌طرفی قاضی (از طریق درخواست رد یا تغییر مرجع) تحقق یابد. تأمین چنین حقی به‌ویژه در دعوای حساس به ارتقای اعتماد عمومی به دادرسی و تقویت مشروعیت نهاد قضاوت منجر می‌شود. ازاین‌رو «حق انتخاب قاضی» نه تنها یک امتیاز فردی، بلکه ابزاری برای تحکیم امنیت قضایی در نظام حقوقی عادلانه است.

۳-۵. تحلیل، نقد و چالش

در مباحث پیشین، به دو مؤلفه مهم در امنیت قضایی اشاره شد. حال در این بخش به جایگاه این مؤلفه‌ها در فقه امامیه پرداخته خواهد شد و در ادامه، دلایل عدم هم‌پوشانی آن‌ها با نظام حقوقی ایران بررسی خواهد شد.

۳-۵-۱. جایگاه این مؤلفه‌ها در فقه امامیه

برخلاف سکوت قانون‌گذار نسبت به دو مؤلفه مهم «پرهیز از حکم در موارد مشتبه و الزام به توقف در صورت تردید جدی» و «حق انتخاب قاضی»، در فقه امامیه این دو مؤلفه دارای پشتوانه فقهی مستحکمی هستند.

فقیهان امامی به اتفاق از لزوم توقف در اصدار حکم در هنگام تردید و عدم علم سخن به میان آورده‌اند. این اتفاق از ادله متعددی که در این خصوص وجود دارد، نشئت می‌گیرد. فارغ از حکم کلی مستفاد از آیه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»^۴ (اسراء/۳۶)، در میراث روایی امامیه اساساً تمسک به «غیرعلم» مورد نهی قرار گرفته است. بر اساس روایت «مَنْ أَقْبَى النَّاسَ بَغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى مِنَ اللَّهِ لَعَنَتْهُ مَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ وَمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ وَ لَحِقَهُ وَزْرٌ مِنْ عَمَلٍ بِفُتْيَاهُ»^۵ (برقی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۰۵)، افتا به غیرعلم جایز نیست. از سوی دیگر، مطابق روایت «مَنْ شَكَّ أَوْ ظَنَّ فَأَقَامَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ. إِنَّ حُجَّةَ اللَّهِ هِيَ الْحُجَّةُ الْوَاضِحَةُ»^۶ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۷، ص. ۱۵۶)، عمل به غیرعلم نیز منهی عنه است. فارغ از این دو دلیل عام، روایت «الْقَضَاءُ أَرْبَعَةٌ: ثَلَاثَةٌ فِي النَّارِ، وَ وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ. رَجُلٌ قَضَى بِجَوْرٍ وَ هُوَ يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِجَوْرٍ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِالْحَقِّ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِالْحَقِّ وَ هُوَ يَعْلَمُ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ»^۷ (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۷، ص. ۲۲)، به صراحت در خصوص قضاوت وارد شده است و ما را از دادرسی به غیرعلم برحذر می‌دارد. اگر اشکال شود که روایت اخیر مربوط به عدم علم در خصوص احکام کلیه است و نه عدم علم در موضوعات - که محل گفت‌وگوی ماست - در پاسخ می‌گوییم این اشکال وارد نیست؛ زیرا فقها در شبهات موضوعیه نیز به روایت بالا تمسک جسته‌اند. برای مثال، فقها در هنگام عدم تشخیص مدعی از منکر از طرف قاضی، او را از صدور حکم منع کرده و دلیل آن را

روایت بالا دانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۱۲۴).

با قطع نظر از روایات نهی از تمسک به غیرعلم، روایت «لَيْسَ مِنَ الْعَدْلِ الْقَضَاءُ عَلَى النَّقَّةِ بِالظَّنِّ»^۸ (سیدرضی، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۴۶) به صراحت در موضوع قضا وارد شده و دادرسی بر اساس ظن و در هنگام تردید را مساوی با خروج از عدالت‌پیشگی قلمداد کرده است. افزون‌براین، هنگام وجود شبهه، قاعده احتیاط نیز مقتضی تحقیق بیشتر قاضی و تأخیر در صدور حکم تا زمان حصول است.

با مراجعه به کتاب‌های فقهی می‌توان دریافت که فقها در خصوص ثبوت «حق انتخاب قاضی» با یکدیگر متفق‌اند؛ البته باید اشاره کرد که این اجماع، اجماعی مرکب است؛ زیرا ایشان در خصوص اینکه انتخاب قاضی با مدعی است یا مدعی‌علیه یا در مورد رجوع به اعلم یا قرعه هنگام اختلاف، با یکدیگر اختلاف دارند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص. ۵۱؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق ب، ج ۴، ص. ۴۷۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۷۱؛ یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، صص. ۱۴-۱۵؛ خویی، بی‌تا، ج ۱، صص. ۹-۱۰؛ گلپایگانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص. ۱۰۷؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، صص. ۱۷۱-۱۶۹)، اما همگی در این نکته با یکدیگر مشترک‌اند که مدعی یا مدعی‌علیه یا هر دو می‌توانند دست به انتخاب یک قاضی از میان قضات متعدد و منصوب شهر بزنند.

۵-۳-۲. بررسی دلایل عدم هم‌پوشانی با نظام حقوقی ایران

بررسی عدم پیش‌بینی دو مؤلفه «پرهیز از حکم در موارد مشتبّه» و «حق انتخاب قاضی» در نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد که علل این کاستی‌ها را باید در ساختار شکلی و سیاست‌گذاری‌های کلان نظام دادرسی جست‌وجو کرد. مؤلفه نخست یعنی اصل «پرهیز از حکم در موارد مشتبّه»، در فقه امامیه به عنوان قاعده کلیدی برای حفظ عدالت و جلوگیری از خطای قضایی مورد تأکید قرار گرفته است، اما در نظام حقوقی ایران، اقتضائات آیین دادرسی مدنی و کیفری با آن در تعارض است. بر اساس مقررات آیین دادرسی، قاضی مکلف است در مهلت قانونی رأی صادر کند و تأخیر بی‌ضابطه در صدور رأی می‌تواند موجبات مسئولیت انتظامی شود. بنابراین، ساختار موجود، قاضی را حتی در موارد تردید، به صدور رأی سوق می‌دهد تا از اطاله دادرسی و تزلزل در روند رسیدگی جلوگیری شود. از این رو اصل «اتقان در داوری» که مبنای مؤلفه مزبور

است، مورد غفلت قرار گرفته است. این در حالی است که علت‌العلل اطاله دادرسی موضوع دیگری است و نمی‌توان برای برطرف کردن آن، اتقان در داوری را فدا کرد. توضیح این مطلب از اهداف این پژوهش خارج است.

در مورد مؤلفه دوم یعنی «حق انتخاب قاضی»، فقدان این حق در نظام حقوقی ایران ناشی از ساختار متمرکز و دولتی قضاوت است. دستگاه قضایی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر نظام قضاات منصوب و نه انتخابی اداره می‌شود. در چنین ساختاری، طرفین دعوی امکان انتخاب قاضی یا حتی داور مرضی‌الطرفین را در قالبی نهادمند و قانونمند ندارند مگر در موارد استثنایی مانند داوری در قراردادهای خصوصی. این در حالی است که حتی در این حوزه نیز رویه قضایی با احتیاط و گاه با موانع اجرایی مواجه است. افزون‌براین، نگرانی‌هایی مانند تعارض منافع، فساد احتمالی یا سوءاستفاده از موقعیت اقتصادی-اجتماعی برخی اصحاب دعوی و نیز اطاله دادرسی، قانون‌گذار را به سمت سلب این امکان سوق داده است درحالی‌که از قضا با اندکی تأمل می‌توان دریافت که حق انتخاب قاضی نه تنها سبب نگرانی‌های فوق نمی‌شود، بلکه می‌تواند موجبات اعتماد بیشتر به دستگاه قضایی شود و احساس امنیت قضایی را در مراجعان به وجود آورد (حسینی، ۱۳۸۲، صص. ۱۷۴-۱۷۲).

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با هدف بررسی تطبیقی مؤلفه‌های امنیت قضایی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، به نتایجی ناظر به میزان هم‌پوشانی، تمایز و چالش‌های اجرایی دست یافته است. در گام نخست مشخص شد که بسیاری از مؤلفه‌های بنیادین امنیت قضایی مانند حق دادخواهی، اصل برائت و برابری در برابر قانون، ریشه در آموزه‌های فقهی داشته و به‌صورت نسبتاً روشنی در قوانین موضوعه ایران نیز بازتاب یافته است. بااین‌حال، تحقق کامل این مؤلفه‌ها با چالش‌های اجرایی مواجه است ازجمله عدم دسترسی برابر به عدالت، تبعیض‌های نهادی و ضعف در تضمین حقوق متهمان در عمل.

در گام دوم روشن شد که مؤلفه‌هایی مانند حق تجدیدنظر، بهره‌مندی از وکیل در تمام مراحل رسیدگی، ضمانت اجرایی احکام و دسترسی آزاد به اطلاعات قضایی، در

نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته شده‌اند، اما در فقه امامیه به صراحت بیان نشده‌اند. این تمایز بیش از آنکه ناشی از تعارض مفهومی باشد، از تفاوت‌های ساختاری میان فقه سنتی و نظام حقوقی مدرن نشئت می‌گیرد. با این حال، می‌توان آن‌ها را با استفاده از اصول عام فقهی مانند عدالت، نفی ظلم و رعایت حقوق مردم توجیه کرد. در نهایت، برخی مؤلفه‌ها مانند حق انتخاب قاضی و لزوم توقف در موارد مشتبّه، با وجود جایگاه ریشه‌دار در فقه امامیه، در نظام حقوقی ایران مورد غفلت قرار گرفته‌اند. این خلأها در صورت برطرف شدن، به تقویت مشروعیت دستگاه قضایی و ارتقای احساس امنیت قضایی می‌انجامند. نتیجه نهایی اینکه، هم‌گرایی فعال میان فقه اجتهادی و حقوق مدرن شرط لازم برای تحقق کامل امنیت قضایی در بستر حقوق اسلامی معاصر است.

یادداشت‌ها

۱. قضاوت یکی از واجبات کفایی است؛ زیرا برپایی نظام نوع انسانی بر آن متوقف است و نیز از آن‌رو که ستمگری از خوی‌های نفسانی بشر است و ناگزیر باید حاکمی باشد تا حق مظلوم را از ظالم بازستاند و نیز به سبب آثاری که قضاوت در تحقق امر به معروف و نهی از منکر به جا می‌گذارد.
۲. بر قاضی واجب است میان دو خصم در گفتار، در سلام دادن به هر دو و پاسخ دادن به سلام ایشان، در نگاه کردن به آنان و در دیگر انواع تکریم و احترام، مساوات و برابری را رعایت کند.
۳. ما هرگز (قومی را) مجازات نخواهیم کرد مگر آنکه پیامبری مبعوث کرده باشیم (تا وظایفشان را بیان کند).
۴. از آنچه به آن آگاهی نداری، پیروی مکن.
۵. هرکس بدون علم و بی‌هیچ هدایتی از جانب خداوند برای مردم فتوا دهد، فرشتگان رحمت و فرشتگان عذاب او را لعنت می‌کنند و گناه هر آن کس که بر اساس فتوای او عمل کند، دامن‌گیر وی خواهد شد.
۶. هرکس دچار شک یا گمان شود و بر اساس یکی از این دو عمل کند، عملش تباه خواهد شد؛ زیرا حجت الهی همان حجت روشن و بین (علم) است.
۷. قاضیان چهار دسته‌اند: سه گروه در آتش و یک گروه در بهشت. مردی که به ناحق حکم

کند درحالی که خود می‌داند، در آتش است و مردی که به ناحق حکم کند درحالی که نمی‌داند، در آتش است و مردی که به حق حکم کند درحالی که نمی‌داند، در آتش است و مردی که به حق حکم کند درحالی که می‌داند، در بهشت است.

۸. در شمار عدالت نیست که در قضاوت اعتماد به مجرد گمان شود.

منابع

- قرآن کریم.
- آشتیانی، محمدحسن (۱۴۲۵ق). کتاب القضا (جلد ۱). قم: زهیر.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (جلد ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- احسان پور، سیدرضا و قلی پور جمنانی، فرامرز (۱۳۹۸). «موانع، چالش‌ها و محدودیت‌های حق دسترسی به پرونده‌های قضایی». مطالعات فقه اقتصادی، ۱ (۲)، صص. ۲-۲۴.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). القضاء والشهادات. قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الاعظم الانصاری.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (جلد ۳). قم: نشر الهادی.
- برقی، احمدین محمد (بی تا). المحاسن (جلد ۱). قم: دارالکتب الاسلامیه.
- بوزان، باری (۱۳۸۷). مردم، دولت‌ها و هراس. تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی.
- تبریزی، جواد (۱۴۲۹ق). تنقیح مبانی الاحکام (جلد ۱). قم: دارالصدیقه الشهیده (سلام الله علیها).
- تبریزی، جواد (۱۴۱۷ق). اسس الحدود والتعزیرات. قم: دفتر آیت الله جواد تبریزی.
- تبریزی، جواد (۱۴۲۷ق). اسس القضا والشهادة. قم: دفتر آیت الله جواد تبریزی.
- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی و صمیمی، محمدجواد (۱۴۰۳). «چالش‌های امنیت قضایی و راهکارهای حل آن با تأکید بر "اصل حاکمیت قانون" از منظر فقه و حقوق». فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۱۸ (۴۹)، صص. ۳۱-۶۲.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۰). «ظرفیت‌ها و چالش‌های سیاست جنایی ایران در ایجاد امنیت قضایی». مجموعه مقالات امنیت قضایی. تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (جلد ۲۷). قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث.

حسینی، سیدیوسف (۱۳۸۲). «حق انتخاب قاضی». مجله حقوقی دادگستری، ۶۷ (۴۵)، صص. ۱۷۶-۱۶۰.

حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق). *القضا فی الفقه الاسلامی*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام* (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة* (جلد ۵). قم: موسسه امام صادق (علیه السلام).
حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام* (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.

حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ق). *قرب الاسناد*. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
خمینی، سیدروح الله (بی تا). *تحریر الوسیلة*. قم: دارالعلم.
خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). *مبانی تکملة المنهاج* (جلدهای ۱ و ۲). نجف: مطبعة الآداب.
خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *مبانی تکملة المنهاج* (در ضمن موسوعة الامام الخویی). قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخویی.

روحانی، حسن (۱۳۹۰). «نقش امنیت قضایی در امنیت اجتماعی». مجموعه مقالات امنیت قضایی، تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
سیدرضی، محمد بن حسین (۱۴۱۳ق). *نهج البلاغه*. تهران: بنیاد نهج البلاغه.
شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). *القواعد والفوائد* (جلد ۱). قم: کتابفروشی مفید.
شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة* (جلدهای ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (جلد ۳). قم: کتابفروشی داوری.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام* (جلد ۱۳). قم: موسسه المعارف الاسلامیة.

صادقیان، سیدجلال (۱۳۸۲). «درآمدی بر امنیت و ابعاد و گستره آن». دانش انتظامی، ۵ (۱۶)، صص. ۷۵-۵۴.

صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۸۶ق). *علل الشرایع* (جلد ۲). قم: کتابفروشی داوری.
صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه* (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات

- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی* (جلد ۱). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی الفقه الامامیه* (جلدهای ۲ و ۸). تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام* (جلد ۶). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طه، فریده و اشرفی، لیلا (۱۳۹۰). *دادرسی عادلانه*. تهران: میزان.
- عباسی، محمود و صالحی، حمیدرضا (۱۳۹۰). «آسیب شناسی امنیت قضایی در پرتوی قانون اساسی». *مجموعه مقالات امنیت قضایی*، تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۴). «ماهیت و چیستی شناسی "فقه امنیت" و "فقه امنیتی"». *حکومت اسلامی*، ۲۰ (۷۸)، صص. ۵-۲۶.
- علینقی، امیرحسین (۱۳۷۹). «امنیت قضایی». *فصلنامه مطالعات راهبردی*، ۳ (۱۰)، صص. ۶۴-۵۰.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۳). *فقه سیاسی*. تهران: امیرکبیر.
- فصیحی، محمدحسن (۱۳۹۹). «سازو کارهای تأمین امنیت قضایی در نظام سیاسی اسلام از منظر فقه و فقهها». *فصلنامه افق‌های نو در فقه سیاسی*، ۸ (۷)، صص ۱۰۷-۱۳۲.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق، الف). *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲ق، ب). *تحریر المجله*. قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق، ج). *انوار الفقاهة (کتاب الزکاة)*. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کاظمی، جواد بن سعد (بی تا). *مسالك الأفهام إلى آیات الأحکام* (جلد ۲). بی جا: بی نا.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق). *الکافی* (جلد ۹). قم: دارالحديث للطباعة والنشر.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۴۱۲ق). *الدر المنضود فی احکام الحدود* (جلد ۳). قم: دارالقرآن الکریم.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۴۲۶ق). *القضا والشهادات* (جلد ۱). قم: شریعت.

- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). «عناصر اصلی امنیت قضایی». مجموعه مقالات / امنیت قضایی، تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلد ۴). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۴۰). بیروت: دار احیاء التراث الاسلامی.
- نجفی فیروزجایی، عباس (۱۳۹۰). «امنیت قضایی، بنیان‌های نظری و تطبیق آن با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران». مجموعه مقالات / امنیت قضایی. تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۴۱۵). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- نش، کیت (۱۳۸۰). جامعه‌شناسی سیاسی، جهانی شدن سیاست و قدرت (محمدتقی دلفروز، مترجم)، تهران: کویر.
- نقره‌کار، محمد صالح (۱۳۸۸). نقش دادستان در صیانت از حقوق عامه. تهران: جنگل.
- نوروزی، کامبیز (۱۳۷۹). «امنیت قضایی و سازمان قضا در جمهوری اسلامی ایران». فصلنامه مطالعات راهبردی، ۳ (۱۰)، صص ۶۷-۸۱.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۲). «اصل امنیت قضایی». مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۸۳، صص. ۱۴۵-۱۱۶.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰). «کیفیت قوانین و امنیت قضایی». مجموعه مقالات / امنیت قضایی، تهران: نشر مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی (جلد ۲). قم: کتاب‌فروشی دآوری.

References

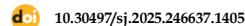
- The Holy Qur'an.
- Abbasi, Mahmoud & Salehi, Hamid Reza (1390 SH). Pathology of Judicial Security in Light of the Constitution. In the Collection of Judicial Security Articles, Tehran: Strategic Research Center Publications of the Expediency Discernment Council. [in Persian]
- Alidoust, Abolghasem (1394 SH). The Nature of 'Security Jurisprudence' and 'Jurisprudence of Security'. Islamic Government, 20(78), pp. 26-5. [in Persian]
- Alinaghi, Amirhossein (1379 SH). Judicial Security, Strategic Studies Quarterly, 3(10), pp. 64-50. [in Persian]
- Allameh Helli, Hasan ibn Yusuf (1413 AH). Qawa'id al-Ahkam. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary

- Teachers of Qom. [in Arabic]
- Allameh Helli, Hasan ibn Yusuf (1420 AH). Tahrir al-Ahkam al-Shar'iya 'ala Madhhab al-Imamiya. Qom: Imam Sadiq Institute. [in Arabic]
- Amid Zanjani, Abbas Ali (1373 SH). Fiqh-e Siyasi. Tehran: Amir Kabir Publications. [in Persian]
- Ansari, Morteza (1415 AH). Al-Qada' wa al-Shahadat. Qom: The International Conference on the Bicentennial of the Birth of al-Shaykh al-A'zam al-Ansari. [in Arabic]
- Ashtiani, Mohammad Hasan (1425 AH). Ketab al-Qada'. Qom: Zoheir Publications. [in Arabic]
- Baldwin, David (1997). The Concept of Security. Review of International Studies, 23.
- Barqi, Ahmad ibn Mohammad (n.d.). Al-Mahasn. Qom: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [in Arabic]
- Bojnordi, Seyed Hasan (1419AH). Al-Qawaeid Al-Feqhiah. Qom: Al-Hadi publi. [in Arabic]
- Bozan, Barry (1387 SH). People, States, and Fear. Tehran: Strategic Studies Research Center. [in Persian]
- Ehsanpour, Seyed Reza & Gholipour Jomani, Faramarz Obstacles, Challenges and Limitations of the Right of Access to Judicial Cases.
- Fasihi, Mohammad Hasan (1399 SH). Mechanisms for Ensuring Judicial Security in the Islamic Political System from the Perspective of Fiqh and Jurists, New Horizons in Political Fiqh Quarterly, 8(7), pp. 132-107. [in Persian]
- Gulpaygani, Mohammad Reza (1426 AH). Al-Qada' wa al-Shahadat. Qom: Shari'at. [in Arabic]
- Gulpaygani, Seyed Mohammad Reza (1412 AH). Al-Durr al-Mandud fi Ahkam al-Hudud. Qom: Dar al-Quran al-Karim. [in Arabic]
- Habibzadeh, Mohammad Jafar (1390 SH). Capacities and Challenges of Iran's Criminal Policy in Establishing Judicial Security, in Collected Articles on Judicial Security. Tehran: Center for Strategic Research, Expediency Discernment Council. [in Persian]
- Haeri Hosseini, Seyed Kazem (1423 AH). Al-Qada' fi al-Fiqh al-Islami. Qom: Islamic Thought Assembly. [in Arabic]
- Haji Deh Abadi, Mohammad Ali & Samimi, Mohammad Javad (1403 SH). Challenges of Judicial Security and Strategies to Solve Them With Emphasis on the Principle of Rule of Law From the Perspective of Jurisprudence and Law. Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 18(49), pp62-31. [in Persian]
- Hemyari, Abdullah ibn Jafar (1413 AH). Qurb al-Isnad. Qom: Al-Albeit Institute. [in Arabic]
- Hor 'Ameli, Mohammad ibn Hasan (1416 AH). Tafsil Wasail al-Shi'a ila Tahsil Masa'il al-Shari'a. Qom: Al-Albeit Foundation for Reviving Heritage. [in Arabic]

- Hosseini, Seyed Yusof (1382 SH). The Right to Choose a Judge, Judicial Law Journal, 67(45), pp 176-160. [in Persian]
- Ibn Fares, Ahmad (1404 AH). Ma'jam Maqayis al-Lugha. Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [in Arabic]
- Kashef al-Ghita, Jafar ibn Khezr (1422 AH). Kashf al-Ghita 'an Mubhamat al-Shari'a al-Ghara'. Qom: Office of Islamic Propagation Publications. [in Arabic]
- Kashef al-Ghita, Mohammad Hasan (1422 AH). Tahrir al-Majalla. Qom: International Center for Proximity between Islamic Schools of Thought. [in Arabic]
- Kashef al-Ghita, Sheikh Hasan ibn Jafar (1422 AH). Anwar al-Faqaha (Kitab al-Zakat). Najaf Ashraf: Kashef al-Ghita Institute. [in Arabic]
- Kazemi, Javad ibn Saad (n.d.). Masalik Al-Afham ila Ayat Al-Ahkam. [no place]: [no publisher]. [in Arabic]
- Khoei, Seyed Abolghasem (1418 AH). Mabani Takmila al-Minhaj (within Encyclopedia of Imam al-Khoei). Qom: Institute for Reviving the Works of Imam al-Khoei. [in Arabic]
- Khoei, Seyed Abolghasem (n.d.). Mabani Takmila al-Minhaj. Najaf: Matba'at al-Adab. [in Arabic]
- Khomeini, Seyed Ruhollah (n.d.). Tahrir al-Wasilah. Qom: Dar al-'Ilm. [in Arabic]
- Kulaini, Mohammad ibn Ya'qub (1429 AH). Al-Kafi. Qom: Dar al-Hadith. [in Arabic]
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa (1390 SH). Main Elements of Judicial Security, in the Collection of Judicial Security Articles, Tehran: Strategic Research Center of the Expediency Discernment Council Publishing. [in Persian]
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa (1406 AH). Qawa'id-e Fiqh. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [in Persian]
- Mohaghegh Helli, Jafar ibn Hasan (1408 AH). Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram. Qom: Esmacilian Publications. [in Arabic]
- Najafi Firoozjai, Abbas (1390 SH). Judicial Security: Theoretical Foundations and Its Application to the Constitution of the Islamic Republic of Iran," in Collection of Articles on Judicial Security, Tehran: Strategic Research Center of the Expediency Discernment Council. [in Persian]
- Najafi, Mohammad Hasan (1404 AH). Jawaher al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Islami. [in Arabic]
- Naraq, Ahmad ibn Mohammad Mahdi (1415 AH). Mostanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a. Qom: Al-Bayt Foundation for Revival of Heritage. [in Arabic]
- Nash, Kate (1380 SH) Political Sociology: Globalization of Politics and Power (Translated by Mohammad Taghi Delfrouz), Tehran: Kavir

- Publications [in Persian].
- Noghrehkar, Mohammad Saleh (1388 SH). The Role of the Prosecutor in Protecting Public Rights, Tehran: Jangal Publications. [in Persian]
- Norouzi, Kambiz (1379 SH). Judicial Security and the Judiciary Organization in the Islamic Republic of Iran, Strategic Studies Quarterly, 3(10), pp. 81-67. [in Persian]
- Rouhani, Hassan (1390 SH). The Role of Judicial Security in Social Security. In Collected Articles on Judicial Security, Tehran: Center for Strategic Research, Expediency Discernment Council. [in Persian]
- Sadeghian, Seyed Jalal (1382 SH). An Introduction to Security, Its Dimensions and Scope, Danesh-e Entezami (Police Science Journal), 5(16), pp. 75-54. [in Persian]
- Saduq, Mohammad ibn Ali ibn Babawayh (1386 AH). 'Ilal al-Shara'i. Qom: Davari Bookstore. [in Arabic]
- Saduq, Mohammad ibn Ali ibn Babawayh (1413 AH). Kitab Man La Yahadhuru al-Faqih. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [in Arabic]
- Seyed Razi, Mohammad ibn al-Hosseini (1413 AH). Nahj al-Balagha. Tehran: Nahj al-Balagha Foundation. [in Arabic]
- Shaheed Avval, Mohammad ibn Makki (1417 AH). Al-Durus al-Shar'iyah fi Fiqh al-Imamiya. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [in Arabic]
- Shaheed Avval, Mohammad ibn Makki (n.d.). Al-Qawā'id Wa-l-Fawā'id. Qom: Mofid Bookstore. [in Arabic]
- Shaheed Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1410 AH). Al-Rawdha al-Bahiya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiya. Qom: Davari Bookstore. [in Arabic]
- Shaheed Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1413 AH). Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam. Qom: al-Ma'arif al-Islamiyyah Institute. [in Arabic]
- Strategic Studies of Jurisprudence and Law, 1(2), pp 24-2. [in Persian]
- Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem (1409 AH). Al-'Urwa al-Wuthqa fi ma Ta'ummu bihi al-Balawa. Beirut: Al-Alami Publications. [in Arabic]
- Tabrizi, Javad (1417 AH). Osos al-Hudud wa al-Ta'zirat. Qom: Office of Ayatollah Javad Tabrizi. [in Arabic]
- Tabrizi, Javad (1427 AH). Osos al-Qada' wa al-Shahada. Qom: Office of Ayatollah Javad Tabrizi [in Arabic]
- Tabrizi, Javad (1429 AH). Tanqih Mabani al-Ahkam. Qom: Dar al-Sadiqa al-Shahida, Salam Allah 'Alayha. [in Arabic]
- Taha, Farideh & Ashrafi, Leila (1390 SH). Fair Trial, Tehran: Nashr-e Mizan. [in Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hasan (1387 AH). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiya. Tehran: Maktabat al-Murtazawiya. [in Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hasan (1407 AH). Tahdhib al-Ahkam. Tehran: Dar al-

- Kutub al-Islamiya. [in Arabic]
- Vijeh, Mohammad Reza (1382 SH). The Principle of Judicial Security, Journal of the Central Bar Association, 183, pp. 145-116. [in Persian]
- Vijeh, Mohammad Reza (1390 SH). Quality of Laws and Judicial Security, in Collection of Judicial Security Articles, Tehran: Strategic Research Center of the Expediency Discernment Council. [in Persian]
- Yazdi, Seyed Mohammad Kazem (1414 AH). Takmilat al-‘Urwa al-Wuthqa. Qom: Davari Bookstore. [in Arabic]



Critique of the Sufficiency of Criminal Proof Evidence

Ahmad Haji Dehabadi: Professor of Criminology, Farabi Collage, Tehran University, Qom Campus

adehabadi@ut.ac.ir | 0000-0002-0389-6215

Amir Hossein Bahirae: Ph.D. in Criminology, Farabi College, Tehran University (Corresponding author).

amirbahirae@ut.ac.ir | 0009-0006-5498-0413

Abstract

The popular opinion among the Islamic jurists about confession and testimony is that these two have sufficiency. In other words, if these pieces of evidence do not contradict the judge's knowledge, they are valid and the judge must issue a verdict based on them both in civil and criminal matters. This article seeks to investigate the fact that not only confessions and testimony are not valid in the presence of contrary evidence, but their validity in criminal law is dependent on some kind of general public's assurance or trust. Based on this, if the judge, despite the confession and testimony, concludes that the general public were not convinced by this evidence, that is not enough to issue a verdict. Relying on these pieces of evidence is valid as long as they lead to people's trust or at least there is no suspicion as to the contrary.

Keywords

Sufficiency of Evidence, Instrumentality of Evidence, Validity of Confession, Validity of Testimony.

موضوعیت ادله اثبات کیفری در بوته نقد^۱

احمد حاجی ده‌آبادی: استاد گروه کیفری و جرم‌شناسی، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.
adehabadi@ut.ac.ir
امیرحسین بحیرانی: دانش‌آموخته دوره دکتری رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول).
amirbahiraee@ut.ac.ir

چکیده

تصور رایج میان فقها، در اقرار و شهادت آن است که این دو موضوعیت دارند. بدین معنا که مادامی‌که علم به خلاف آن دو نباشد، حجت‌اند و قاضی باید بر اساس آن حکم صادر کند؛ چه در امور مدنی و چه در امور کیفری. نتیجه بررسی ادله موافق و مخالف موضوعیت ادله اثبات کیفری این است که اقرار و شهادت در امور کیفری موضوعیت ندارند. این ادله نه تنها در صورت وجود قرینه مخالف حجت ندارند، بلکه حجت آن در حقوق کیفری منوط به حصول اطمینان یا وثوق نوعی است. براین اساس، اگر قاضی با وجود اقامه اقرار و شهادت، به این نتیجه رسید که نوع مردم از این دلیل قانع نشده‌اند، چه بسا بتوان گفت این ادله کافی برای صدور حکم نیست. اعتماد به این ادله هم مادامی است که موجب حصول وثوق برای نوع مردم باشد یا حداقل ظنی برخلاف آن نباشد. در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به آرای فقها، موضوعیت ادله اثبات در امور کیفری مورد واکاوی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: موضوعیت ادله، طریقت ادله، حجت اقرار، حجت بینه.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری است.

مقدمه

در فقه برای ادله اثبات موضوعیت قائل‌اند. منظور از موضوعیت ادله اثبات جرم این است که صرف‌نظر از واقع، اصل ثبوت جرم منوط به حصول این ادله است و قاضی تنها با استناد به این ادله رأی به محکومیت صادر می‌کند. صرف‌نظر از حصول یا عدم حصول اطمینان، در صورتی که اقرار و شهادت با شرایط معتبر شرعی حاصل شوند، قاضی موظف است طبق آن حکم صادر کند. به تعبیر دیگر، محکومیت حاصل از این ادله با کیفیت و کمیت شرعی مورد قبول است. منظور از طریقت ادله هم این است که همه ادله (چه منصوص و چه غیرمنصوص) طریقی برای کشف حقیقت هستند. اقرار و شهادت در صورتی معتبر است که قاضی به صحت مفاد آن اطمینان داشته باشد یا دست‌کم ظن به خلاف نداشته باشد. در صورتی که پدری به قتل فرزندش اقرار کند و قاضی در صحت اقرار تردید کند و احتمال دهد که قتل توسط برادر مقتول انجام شده است و با بررسی بیشتر هیچ نتیجه‌ای حاصل نشود، بر مبنای طریقت، این اقرار بی‌ارزش و بر مبنای موضوعیت، این اقرار معتبر است.

در نظام حقوقی کشور پیش از انقلاب اسلامی با توجه به مواد قانونی (از جمله ماده ۳۲۹ قانون موقتی محاکمات جزایی) و آرای شعب دیوان عالی کشور، نظام ادله معنوی و طریقت ادله حاکم بوده است. اقرار و شهادت مادامی دارای اعتبار است که موجب علم و اقتناع وجدان قاضی باشد. پس از انقلاب اسلامی با توجه به حاکمیت اندیشه‌های فقهی، جلوه‌هایی از نظام ادله قانونی و موضوعیت ادله در قوانین و رویه قضایی پدیدار شد. از این‌رو در خصوص طریقت یا موضوعیت ادله، میان حقوق‌دانان اختلاف نظر ایجاد شد. برخی به موضوعیت ادله و حاکمیت نظام ادله قانونی عقیده داشتند و برخی، دیدگاهشان بر طریقت ادله و نظام ادله معنوی بود و هر کدام به موادی از قانون برای پشتیبانی از دیدگاه خود استناد می‌کردند. گروهی هم با جمع این دو نظر، به حاکمیت نظام ادله مختلط عقیده داشتند. با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ و اشاره به موضوعیت ادله در مواد ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۷۱ و ۱۷۲ و...، این قانون باعث شد که بسیاری از حقوق‌دانان بر موضوعیت اقرار و شهادت نظر بدهند. با وجود این، دیدگاه طریقت هم، همچنان طرف‌دارانی دارد.

پیش از شروع مباحث یادآوری پنج نکته ضروری است.

اول، بحث در موضوعیت یا طریقت ادله هم در امور کیفری و هم در امور مدنی مطرح است، اما ما محور بحث را در امور کیفری قرار داده‌ایم. موضوعیت ادله در امور مدنی با مخالفت جدی مواجه نشده است. وقتی کسی اقرار می‌کند که به دیگری بدهکار است، عقلاً او را ملزم به اقرارش می‌دانند؛ خواه برای قاضی اقناع حاصل شود یا نشود. این بدان روست که اولاً، هدف امور مدنی فصل خصومت است و وقتی مدعی علیه اقرار می‌کند خصومت از بین می‌رود، اما هدف در امور کیفری کشف واقع است. ثانیاً، نتیجه امور مدنی، مسئولیت مدنی و الزام به جبران خسارت است، اما نتیجه امور کیفری، مجازات است که بین آن دو تفاوت‌های مهمی از حیث ماهیت و آثار برقرار است.

دوم، پس از تحصیل ادله پنج حالت مختلف ممکن است محقق شود؛ علم و اطمینان به صدق، ظن به صدق، شک در صدق و کذب، و هم به صدق و درنهایت، علم به کذب. در حالت نخست یعنی حصول علم، مقصود روشن است؛ زیرا چه در نظام ادله اثبات معنوی و چه در نظام ادله قانونی (بر مبنای موضوعیت یا طریقت) باید مطابق این ادله حکم صادر کرد. در حالت پنجم هم که اقرار و شهادت ارزش اثباتی ندارد. موضوع این نوشتار آن است که آیا این ادله (عمدتاً اقرار و شهادت) در حالت شک در صدق و کذب، و هم به صدق و حتی ظن به صدق معتبرند یا خیر؟ از میان ادله اثبات جرم، در این مقاله محور بحث بر اقرار و شهادت است.

سوم، در مثال پیش‌گفته اگر قاضی احتمال قوی دهد که برادر، برادر را کشته و پدر قتل را به گردن گرفته است تا مبادا برادرزاده‌ها عمو را قصاص کنند و بررسی همه جوانب موضوع، قاضی را به نتیجه نرساند، آیا قاضی باید بر اساس اقرار پدر حکم صادر کند؟ بر مبنای موضوعیت، پاسخ مثبت و بر مبنای طریقت، پاسخ منفی است. حتی در فرض ظن به صدق اقرار پدر در مبنای طریقت، قاضی نمی‌تواند حکم صادر کند.

چهارم، در بحث درباره موضوعیت یا طریقت ادله، مقتضای قاعده و اصل چیست؛ یعنی اگر از ادله مطروح به نتیجه نرسیم، اصل، اقتضای حجیت و اعتبار ادله را دارد یا عدم اعتبار؟ پاسخ این است که اصل، عدم اعتبار است؛ زیرا برخلاف قطع که حجیت آن ذاتی است، دیگر قرائن و امارات نیاز به دلیل قطعی دارد تا حجیت آن ثابت شود و

افزون براین، نتیجه پذیرش اعتبار، اعمال مجازات است که به نوعی اعمال ولایت یا ایضای دیگری به شمار می آید و اصل بر عدم ولایت و حرمت ایضای دیگری است. براین اساس، شک در حجیت اقرار و شهادت در فروض پیشین مساوی با عدم حجیت آن است و طرفداران موضوعیت باید دراین خصوص اقامه دلیل کنند.

پنجم، هدف از این نوشتار، لزوماً نقد موضوعیت و اتخاذ موضع خاص نیست، بلکه لزوم بازنگری و بازاندیشی در ادله موضوعیت است.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که آیا اقرار و شهادت تحصیل شده با شرایط شرعی در فرض حصول ظن به صدق، شک در صدق و کذب و وهم به صدق معتبرند یا خیر؟ این پژوهش با مطالعه در کتاب های فقهی سعی دارد تا با جمع آوری مناسبی از ادبیات موجود، ابتدا به بحث درباره ادله مربوط به موضوعیت ادله (۱) و سپس ادله طریقت (۲) بپردازد و درنهایت، ادله موضوعیت را نقد و بررسی کند (۳).

۱. پیشینه پژوهش

پیش از این، در خلال بسیاری از نوشته های مربوط به ادله اثبات (اعم از کتاب ها و مقالات)، به بحث جزئی درباره موضوعیت ادله اثبات جرم و آثار آن پرداخته شده است. همچنین، دو مقاله به صورت ویژه در خصوص موضوعیت ادله اثبات نوشته شده است. حق وردیان و پورقهرمان در مقاله ای با عنوان «طریقت و موضوعیت داشتن ادله اثبات جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رویکردی بر فقه» به مباحث کلی طریقت و موضوعیت پرداخته و مباحث مبنایی طریقت و موضوعیت و دیدگاه های فقها را مورد بررسی قرار نداده اند. مقاله شمس ناتری و سمایی با عنوان «اقتضائات موضوعیت داشتن دلیل در قانون مجازات اسلامی» ماهیتاً مقاله ای فقهی نیست و به مباحث قانونی پرداخته است. این مقاله درنهایت، دیدگاه موضوعیت ادله را تأیید کرده و آثار سلبی و ایجابی آن را مورد اشاره قرار داده است. آنچه سبب تمایز این اثر از نوشته های فوق می شود، این است که این مقاله ضمن بررسی ادله موضوعیت و طریقت، ادله موضوعیت را مورد نقد قرار داده و بر اساس مبانی فقهی، نظر به طریقت ادله و لزوم حصول اقتناع وجدان از ادله داده است.

۲. رویکرد موضوعیت محور به ادله

موضوعیت داشتن ادله به این معناست که یک دلیل ظنی نوعاً کاشف از واقع، مورد اعتماد شارع قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که پس از تحصیل، فصل‌الختام باشد. از کلام برخی فقها، گفتمان موضوعیت ادله اثبات قابل فهم است. در قسمتی از کتاب ابن زهره آمده است «بر اساس شهادت دو مرد عادل در تمام امور مشروط به اینکه آزاد، عاقل، بالغ و عادل باشند، حکم صادر می‌شود و در این مورد، قول خلافی وجود ندارد. با این تفاوت که در زنا جز شهادت چهار مرد مورد قبول نیست» (حلبی (ابن زهره)، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۳۸). در این بخش، ادله مربوط به موضوعیت اقرار و شهادت مورد بررسی قرار گرفته است.

۲-۱. اطلاق ادله حجیت اقرار

برخی از کتاب‌های فقهی، حدیث نبوی «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» را به‌رغم ضعف سندی آن (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۴۰۴)، به‌عنوان مستند قاعده فقهی مورد پذیرش قرار داده‌اند. عموم این روایت در حقوق جزای اسلامی همه مجازات‌ها را دربرمی‌گیرد. افزون‌بر این روایت، روایات خاصی به‌صورت موردی مبنی بر حجیت اقرار به‌عنوان یکی از ادله اثبات برخی جرائم^۱ وجود دارد. در این روایات، حجیت اقرار منوط به حصول اطمینان یا اقناع وجدان قاضی نشده است. در همین راستا در روایتی آمده است «... إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَتْلِ قَتِلَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ»^۲ (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص. ۳۱۳). در این روایت صرف اقرار متهم به قتل بدون وجود هر قرینه و اماره دیگری (معنای عام لفظ بینه) و بدون ایجاد اطمینان موجب محکومیت به قصاص و مجازات سالب حیات دانسته شده است. از سوی دیگر، عدم پذیرش انکار پس از اقرار به‌عنوان قاعده کلی نشان از این دارد که حجیت اقرار منوط به حصول اقناع وجدان نیست؛ زیرا انکار متهم پس از اقرار عمدتاً اقناع احتمالی ناشی از اقرار را مخدوش می‌سازد. اطلاق ادله اقرار و عدم نیاز به حصول وثوق و اطمینان، به‌صراحت مورد اشاره برخی فقها هم قرار گرفته است. آیت‌الله بهبانی در این خصوص آورده‌اند:

«اقرار دارای دو جنبه سببیت (موضوعیت) و طریقت است و عمده آن است که جنبه موضوعیت مدنظر قرار بگیرد. براین اساس، اقرار عقلاً مطلقاً دارای نفوذ است و

نیازی به حصول وثوق به صدق اقرارکننده نیست. از این رو اگر دو نفر به صورت جداگانه به قتل فردی اقرار کنند، به اقرار خود ملتزم هستند و ولی دم در تصدیق یکی از اقراریر مخیر است»^۳ (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص. ۱۳۸).

استفاده از اقراری که موجب حصول اطمینان نشده به عنوان مستند صدور حکم محکومیت ممکن است با دو مانع مواجه باشد. یکی، قاعده درأ و دیگری بنای عقلا. اولاً، در فرض عدم حصول اطمینان از مفاد اقرار، مجالی برای استناد به قاعده درأ نیست؛ زیرا اعمال قاعده درأ را باید مختص حالتی بدانیم که دلیل شرعی در دست نباشد (شمس ناتری و سمایی، ۱۳۹۵، ص. ۶) و اعتبار مطلق ادله شرعی و نصوص پشتیبان آن مانع استناد به قاعده درأ است. ثانیاً، استناد به قاعده درأ در فرضی است که جریان قاعده درأ را در شبهات حکمیة بپذیریم درحالی‌که این چنین نیست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۰). ثالثاً، این ایراد هم که بنای عقلا به صرف احتمال یا با وجود شک و تردید کسی را محکوم نمی‌کند، پذیرفتنی نیست؛ زیرا این بنای عقلا امضای شارع می‌خواهد درحالی‌که اطلاعات ادله اقرار و ادله قاعده عدم پذیرش انکار پس از اقرار موجب ردع این بنای عقلاست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۸، ص. ۱۲۱).

۲-۲. اطلاق ادله حجیت بینه

قاعده حجیت بینه به عنوان قاعده‌ای کلی در همه ابواب فقه پذیرفته شده است. دلیل حجیت بینه در باب قضا مستند به حکم مولوی و تأسیسی یعنی روایاتی است که بر این موضوع، به طور عام - مانند «إنما أنا أقضی بینکم بالبینات والأیمان» - یا به طور خاص - مانند «إذا طلق الرجل امرأته وهو غائب فقامت البینة علی ذلک فعدتها من یوم طلق» - دلالت دارند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۲). در روایات مربوط به بینه، حجیت بینه مطلق است و منوط به حصول ظن به وفاق یا عدم ظن به خلاف نشده است (شریعتمدار جزایری، ۱۳۸۱، ص. ۲۸۹).

آیت الله منتظری در کتاب زکات، مبنای عدم نیاز به حصول وثوق و اطمینان از بینه را ضرورت حفظ نظام می‌داند و معتقدند که اگر نیاز به حصول وثوق باشد، آنگاه نظام مختل خواهد شد:

«در حجیت بینه عدم ظن به خلاف شرط نیست؛ زیرا دلیل حجیت بینه مطلق است.

اگر دلیل حجیت بینه دلیل عقلی باشد، عقلا در اعتماد به حرف اهل ثقه نیازی به حصول یقین نمی‌بینند. حکمت جعل در طرق عقلایی حفظ نظام است و حفظ نظام تنها با اعتبار مطلق بینه و سایر ادله محقق می‌شود. اگر در حجیت بینه، ظن به وفاق یا وثوق شرط باشد، اخلال در نظام ایجاد خواهد شد.^۴

در نتیجه، در دیدگاه مشهور فقها حجیت بینه به صورت مطلق پذیرفته شده است. در روایات مربوط به بینه نه تنها حجیت بینه منوط به حصول اقتناع وجدان نشده، بلکه در برخی روایات، مخالف این دیدگاه هم مورد تأکید قرار گرفته است. برای مثال، در روایت آمده است «أَحِلَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِقَوْلِ الْبَيِّنَةِ؟ فَقَالَ: خَمْسَةُ أَشْيَاءَ يَجِبُ عَلَى النَّاسِ أَنْ يَأْخُذُوا فِيهَا بِظَاهِرِ الْحُكْمِ؛ الْوَلَايَاتُ وَالتَّنَاقُحُ وَالمَوَارِيثُ وَالدَّبَائِحُ وَالشَّهَادَاتُ. فَإِذَا كَانَ ظَاهِرُهُ ظَاهِرًا مَأْمُونًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ وَلَا يَسْأَلُ عَنْ بَاطِنِهِ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۴، ص. ۶۹۷). از این رو اگر پس از تحصیل بینه در مورد آن شک و تردید یا ظن به خلاف وجود داشته باشد، باید بر اساس بینه رأی محکومیت صادر کرد.

۲-۳. روایت اَنَّمَا اقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَ الْإِيمَانِ

در روایت از حضرت رسول (صلی الله علیه و آله) آمده است «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَ الْإِيمَانِ وَ بَعْضُكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَيُّمَا رَجُلٍ قَطَعْتَ لَهُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» (ابن حیون، ۱۳۸۳ق، ج ۲، ص. ۵۱۸). مطابق این روایت، قضاوت بر اساس بینه و یمین، صرف نظر از اینکه مطابق یا خلاف واقع باشد، انجام می‌شود و حصول علم از بینه و یمین لازم نیست. این مسئله در مخاصمه امروقیس و مردی از حَضَرَمُوت در مورد یک قطعه زمین هم مورد اشاره قرار گرفته است که بعد از ارائه یمین، دیگر مجالی برای کشف حقیقت نیست و امکان تقاضای منکر وجود ندارد. این به دلیل موضوعیت یمین و بینه است و مجالی برای صحبت از طریقت باقی نمی‌ماند تا بتوان صحبت از اقوی بودن علم قاضی کرده (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۳۲۷).

بر اساس همین روایت برخی فقها معتقدند که به خاطر مصلحت قضا و بسته نشدن باب قضا و در نهایت، حفظ نظام، کشف واقع در قضا مطلوب نیست و ماحصل بینه و

یمین مطلوب است^۶ (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۶، ص. ۱۲۴). برخی دیگر از فقها هم معتقدند در بحث قضا تنها کشف واقع ملاک نیست، بلکه واقعی که امارات با تعداد و شرایط از پیش تعیین شده ایجاد می کنند، مدنظر است (نوری همدانی، ۱۳۷۵، ص. ۸۹). با عنایت به آنچه گفته شد، در صدور حکم نیازی به حصول وثوق از بینه و یمین نیست و تا جایی که علم به خلاف آن تحصیل نشده باشد، این ادله دارای اعتبار هستند.

۲-۴. روایت مربوط به تخییر ولی دم در رجوع به احد اقرارکنندگان

افزون بر آنچه در مورد اطلاق برخی از نصوص مربوط به اقرار توضیح داده شد، در روایتی از امام صادق (علیه السلام) آمده است:

از امام صادق (علیه السلام) پرسیده شد که اگر فردی کشته شود و یک نفر به قتل عمدی مقتول و دیگری به قتل خطایی وی اقرار کند. امام فرمود اگر قول مقرر به قتل خطایی را بپذیرد، دیگر حقی برای مراجعه به مقرر به قتل عمدی ندارد و اگر اقرار فرد مقرر به قتل عمدی را بپذیرد، دیگر نسبت به مقرر به قتل خطایی حقی ندارد^۷ (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۴، ص. ۲۲۳).

این روایت که به گونه ای در مواد ۴۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مورد اشاره قرار گرفته است و دلالت بر تخییر ولی دم دارد، نمایان کننده موضوعیت اقرار است. در صورتی که اگر فائل به طریقت اقرار باشیم، پس از اقرار متهم دوم به قتل، در صحت هریک از این دو اقرار شبهه و تردید ایجاد می شود و قابلیت استناد ندارند یا اینکه باید مستدلاً یکی از اقرار را مخدوش دانست. در مورد حکمت صدور این روایت برخی فقها معتقدند که دلیل اعتبار این دو اقرار این است که هرکدام سبب مستقلی برای تحمیل مقتضای آن به مقرر است «لأنَّ كُلَّ واحدٍ من الإقرارین سببٌ مستقلٌّ فی إيجابِ مقتضاه علی المقرَّ به» (شهید ثانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۴۰۸). این در حالی است که در عالم واقع نمی توان پذیرفت که یک نفر مقتول را به صورت عمدی و شخص دیگر به صورت خطایی به قتل برساند.

۳. رویکرد طریقت محور به ادله

برخی فقها با توجه به رسالت حقوق کیفری در احقاق حق و عدالت، به صراحت یا

به صورت ضمنی به طریقت ادله اثبات اشاره داشته‌اند. آیت‌الله موسوی اردبیلی در قسمتی از کتاب *فقه/تقضا* آورده‌اند «... فلو اعترض بأنّ هذا أوّل الکلام؛ بمعنى أنّ عنصر الحقّ و العدل لا يتحقّق إلّا بعد الحكم على وفق البینة و الإقرار فأقول لو كانت حجّة البینة و الإقرار من باب الموضوعیة و السببیة و لو بنحو جزء الموضوع، لكان الاعتراض وارداً و لكن ليس الأمر كذلك و إنّما هی بمقتضى أدلّتها من باب الطریقیة و إنّما يلتجأ إلیهما للكشف عن الواقع؛ بمعنى أنّهما قائمان مقام العلم و هذا ما يفهمه کلّ من تصدّى لمعرفة أدلّة حجّیتهما... نعم لو كان هناك دلیل صریح و قاطع بأنّ حجّة البینة و الیمین فی باب القضاء، إنّما یرد على نحو الموضوعیة فیکون ذلك الدلیل مقدّمًا على تلك الأدلّة لصراحته و وضوح بیانہ و لحکومتہ على الأدلّة الأولیة و لكن دون إثبات ذلك خرط القتاد»^۸ (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۲۹۳). ایشان به صورت مطلق برای ادله اثبات قائل به طریقت هستند و موضوعیت ادله را نیازمند دلیل قاطع و صریح می‌دانند. ایشان درنهایت، شبهه موضوعیت در خصوص حدود منافی عفت را قابل طرح می‌دانند^۹ (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۳۰۲). محقق نراقی هم قولی را به عبدالعزیز براج نسبت می‌دهد که طبق اخبار رسیده وی قائل به طریقت بوده است (نراقی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۷۳). برخی دیگر از فقها هم با تشبیه حجیت بینة با خبر عادل، آن را طریقی می‌دانند^{۱۰} (آل کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص. ۴۰۰).

یکی از آثار موضوعیت، حجیت ادله بدون نیاز به حصول وثوق و اطمینان است. از این رو پس از حصول امارات شرعی، ظن به خلاف یا شک و تردید به مؤدای آن مانع حجیت نیست. تشکیک در این اثر از موضوعیت ادله اثبات قابل دفاع است. در صورت عدم وثوق قاضی و حصول شک و تردید، او می‌تواند، بلکه موظف است تا حد امکان تلاش کند تا وثوق و اطمینان متعارف و نوعی را تحصیل کند؛ چه وثوق به مؤدای همان ادله یا وثوق به خلاف آن (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۲۱۴). می‌توان اثبات کرد که وثوق و اطمینان نوعی شرط حجیت همه ادله اثبات دعوا در حقوق کیفری است؛ چه ادله تأسیسی و تعبدی و چه ادله امضایی و عقلایی. یکی از فقها در این خصوص آورده است «امارات شرعی (مانند بینة، خبر واحد و اقرار) غالباً یا دائماً دایر بر مدار حصول وثوق و حصول ظن به مؤدایشان یا لااقل منوط به عدم حصول ظن به خلاف است.

در صورتی که ظن به خلاف امارات وجود داشته باشد، اعتماد به آن امکان پذیر نیست»^{۱۱} (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۱۸۲). در همین راستا، عبدالقادر عوده نیز در کتاب تشریع الجنایی به صراحت شرط حجیت ادله مطروح نزد قاضی را حصول اقتناع وجدان دانسته است^{۱۲} (عوده، بی تا، ج ۲، ص. ۴۲۸). مراد از وثوق و اطمینان، وثوق در خصوص هر پرونده است و نه وثوق کلی به عنوان یک دلیل اثبات.

۴. نقد ادله موضوعیت

در این بخش، ابتدا موضوعیت ادله اثبات جرم مورد نقد قرار گرفته و سپس ادله ای ارائه شده است که مبتنی بر آن ادله اثبات جرم موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد.

۴-۱. نقد اطلاق ادله حجیت بینه و اقرار

آیا محدوده حجیت شهادت شهود یا اقرار شامل حالتی که امارات و قرائن معتنابه برخلاف آن وجود دارد، اما منتهی به علم نشده است، می شود؟ آیا در جایی که شک در صدق و کذب اقرار و شهادت داریم، این ادله قابل اعتماد هستند؟ مشهور فقها معتقدند این ادله به اصطلاح اطلاق دارند و حجیت آن به مجرد وجود قرینه برخلاف زایل نمی شود. برای مثال، در بحث تقلید، فقهای معاصر به صراحت می فرمایند یکی از امارات فقاہت و اعلمیت، قیام بینه (شهادت شاهدین خبرین) بر آن است (علوی گرگانی، ۱۳۸۷، ص. ۶). سپس می افزایند اگر دو اهل خبره بر اعلمیت فقیهی شهادت دادند و یک اهل خبره دیگر بر اعلمیت فقیه دیگری شهادت داد، شهادت اخیر بی اعتبار و حجت بر اعلمیت فقیه اول تمام است. در مثال دیگر، اگر چهار اهل خبره بر اعلمیت فقیهی شهادت دادند و دو اهل خبره دیگر آن را انکار و بر اعلمیت فقیه دومی شهادت دادند، شهادت دو شاهد اخیر در مقابل دو شاهد از چهار شاهد اول از اعتبار ساقط می شود و دو شاهد باقی مانده بر اعلمیت فقیه اول حجت را تمام می سازند (روحانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۵).

در فرض وجود امارات و قرائن معتنابه بر خلاف شهادت شهود، دیدگاه مشهور مبنی بر بقای حجیت شهادت شهود قابل رد است. در این مقام ابتدا باید گفت در خصوص معنای بینه در روایات، دو مبنا در میان فقها مطرح است. یکی مبنای مورد

پذیرش که بینه به معنای «حجت واضح وثوق آور»^{۱۳} است و شهادت دو شاهد تنها مصداقی تبعدی برای بینه است که احیاناً در زمان صدور روایات فراوانی داشته است. دیگری بر مبنای مشهور که بینه را تبعداً در شهادت شاهدان منحصر می‌داند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۳).

اولاً، بر اساس مبنای مختار (بینه به معنای حجت واضح) علی‌القاعده مصداق (شهادت شهود) از خصوصیات مفهوم عام (بینه) خالی نیست؛ یعنی اگر پذیرفتیم در ماهیت «حجت واضح وثوق آور» نبود قرینه مخالف شرط است و صرف وجود قرینه معتنابه مخالف، بینه را از اعتبار می‌اندازد، خواهیم پذیرفت که در اعتبار تبعدی شهادت شاهدان به‌عنوان مصداق بینه نیز وصف نبود قرینه مخالف مأخوذ است^{۱۴} (صدر، ۱۴۳۴ق، ج ۱۲، ص. ۱۲۳). بر این مبنا، قول مخالف باید اقامه دلیل کند؛ توضیح اینکه وقتی عنوان عامی (در اینجا بینه) عرفاً مقید به قیدی است (نبود قرینه معتنابه مخالف)، این قید فی‌الجمله در همه مصداق آن وجود خواهد داشت. همین قرینه کافی است تا نشان دهد مصداق تبعدی آن مفهوم عام (شهادت شهود) هم مقید به آن قید است و این، اطلاعات حجیت شهادت شاهدان را فی‌الجمله مقید می‌کند. اگر کسی در قرینیت مطلب فوق مناقشه کند، دست‌کم باید بپذیرد که مجال تشکیک در آن وجود دارد. درضمن، با توجه به لبی بودن این قرینه - و ملاحظه این مطلب که قرینه لبی به‌منزله قرینه متصل است - و ملاحظه اصل عدم حجیت، دفع اطلاق حکم تبعدی با این قرینه مشکلی نخواهد داشت. به‌عبارت دیگر، در مسئله مورد بحث، بینه به معنای «حجت واضح نوعی» ذاتاً مقید به نبود قرینه معتنابه مخالف است؛ یعنی اگر در مقابل مصداقی از مصداق بینه، قرینه معتنابه‌ی وجود داشته باشد، وصف بینه به خود نمی‌گیرد؛ زیرا دیگر حجت واضح نوعی نیست. مدعای ما این است که تقید به نبود قرینه معتنابه مخالف در مورد شهادت شاهدان هم صادق است؛ زیرا شارع آن را به‌عنوان مصداق تبعدی بینه با تمام خصوصیات آن جعل کرده و حجیت بخشیده است. با این حساب، در مثال تقلید، اگر یک اهل خبره در مقابل دو اهل خبره قرار بگیرد، شهادت این دو را از اعتبار تبعدی خارج می‌کند و اعتماد بر آن متوقف بر وثوق و علم خواهد بود. در همین راستا، آیت‌الله شبیری زنجانی در پاسخ به استفتای به‌عمل آمده از ایشان که «اگر دو نفر از اهل خبره، مجتهد «الف» را اعلم بدانند و چهار نفر مجتهد «ب» را به‌عنوان

اعلم معرفی کنند، وظیفه چیست؟ می‌فرمایند «کلام هر دو دسته از حجیت می‌افتد» (شبیری زنجانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۳۲).

ثانیاً، اگر بینه را تعبداً در شهادت شهود منحصر بدانیم، قید «نبود قرینه مخالف» در اعتبار شهادت شهود مأخوذ است. آنچه در این مبنا گفته می‌شود در صورتی که به مبنای اول (بینه به معنای حجت واضح) هم قائل باشیم، نافذ و جاری است. توضیح مطلب نیاز به تبیین مسئله‌ای مبنایی در ماهیت اماره و تقسیمات آن و فرق آن با اصل عملی دارد. تبیین ماهیت اصل و اماره - همان که به اصطلاح حقوق‌دان‌ها «امارات قانونی» خوانده می‌شوند - این است که هم اصل و هم اماره اعتباراتی عقلایی و شرعی هستند که آن‌ها با نگاه کلی در کنار مصلحت تسهیل بر بندگان تجمیع و ارزیابی می‌شوند. با این تفاوت که نکته اساسی در اعتبار امارات، طریقت آن‌ها به واقع و کشف آن است، اما در اصول، نکته اساسی همان برطرف کردن سرگردانی و احیاناً مصلحت تسهیل است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۴۹۶).

تا اینجا جای کلام را شاید بتوان به مشهور فقها و اصولیان نسبت داد. نکته مورد نظر نگارندگان نتیجه‌ای است که از توجه به این مبنا قابل استفاده است. این استنتاج همراهی مشهور را با خود ندارد. استنتاج این است که قاعده اولی در حجیت هر اماره‌ای این است که در صورت وجود قرینه معتنابه مخالف، حجیت اماره زایل شود ولو آن قرینه فی ذاته اطمینان‌آور یا حجت اصولی نباشد؛ البته باید گفت وجود قرینه معتنابه مخالف یا قرینیت آن برخلاف باید قطعی باشد و به مجرد تشکیک در قرینه مخالف نمی‌توان حجیت اماره را نادیده گرفت. در تبیین این مسئله باید به دو دلیل اشاره داشت.

اولاً، قاطبه فقها و اصولیان در تحلیل امارات تعبدی (اعم از امارات عقلایی و شرعی) آن را به ظن نوعی حاصل از آن ارجاع می‌دهند و معتقدند حجیت امارات مستند به وجود ظن نوعی است که در آن وجود دارد^{۱۵} (یزدی، ۱۳۳۹ق، ص. ۴۱۷). با این تحلیل، شاید گفته شود وقتی ظن نوعی معیار حجیت است، کم و زیاد این ظن اهمیت ندارد؛ یعنی تا حجتی برخلاف اماره نباشد، بر اعتبار خود باقی است و صرف وجود قرینه مخالف برای زوال آن کفایت نمی‌کند؛ زیرا معمولاً ظن نوعی در آن باقی

است. سرّ مطلب این است که وقتی کاشفیت مراتبی دارد^{۱۶} و بر ما معلوم نیست کدام مرتبه از کاشفیت در جعل حجیت اماره مدنظر قانون‌گذار بوده، طبیعی است که در مراتب مشکوک نتوان اطمینان به حجیت اماره داشت. این در مورد امارات عقلایی - که دلیل لبی دارند - روشن است به قرینه مشابَهت به امارات شرعی هم قابل تعمیم است. همچنین، به نظر می‌رسد اطلاق ادله آن برای اثبات محدوده بیشتر کفایت نمی‌کند.

ثانیاً، مبنای دوم در حجیت امارات این است که بگوییم حجیت امارات نزد عقلا از باب وثوق نوعی حاصل از آن - و نه ظن نوعی - است. با این مبنا، هرچه این وثوق نوعی را زایل کند، نزد عقلا ارزش اماریت ندارد و وثوق نوعی با وجود قرینه معتنابه مخالف زایل می‌شود. آیت‌الله منتظری به مناسبتی در بحث زکات این تحلیل را قابل اعتنا دانسته‌اند که عقلا جز به وثوق اعتماد نمی‌کنند^{۱۷} (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۶۴). وقتی مشی خاصی در میان عقلا رایج است و شارع در آن حوزه حکمی را جعل می‌کند، قاعده اولی این است که در موارد تردید در محدوده آن حکم، طریقه عقلا را جاری بدانیم. از این رو حکم خلاف آن نیاز به دلیل خواهد داشت و از آنجاکه حکم خلاف ارتکازات عقلایی نیاز به تأکید دارد، تمسک به اطلاق برای اثبات آن کافی نیست. به هر ترتیب، شاهد بر ارتکاز و سیره عقلایی فوق در کلام آیت‌الله منتظری، واقعیت خارج و آثاری است که عقلا بر امارات مترتب می‌کنند و انصافاً این انکارپذیر نیست؛ همان طور که در تردید در بین مبنای مشهور و مبنای ایشان، استدلال به لبی بودن دلیل ارتکاز و اصل عدم حجیت برای اثبات لزوم التزام به مبنای دوم کافی است.

ثالثاً، اگر از مبنای وثوق صرف‌نظر کنیم و بپذیریم امارات بر پایه ظن نوعی اعتبار یافته‌اند، باز به نظر می‌رسد حجیت امارات در فرض وجود قرینه معتنابه مخالف نیازمند دلیل باشد؛ توضیح مطلب اینکه، اگر بپذیریم که در جعل حجیت اماره، جهت کاشفیت حکمت اصلی جعل آن است، هر قرینه‌ای که جهت کشف اماره را به شکلی معتنابه کاهش بدهد، علی‌القاعده اعتبار آن را مشکوک می‌سازد (صدر، ۱۴۳۴ق، ج ۱۲، ص. ۱۲۳).

براین اساس، شهادت شهود چه عیناً همان بینه باشد یا مصداق آن، اماره است و به تبع، حجیت آن تابع شرایط کلی امارات خواهد بود. درنهایت، در صورت تردید در نتیجه نهایی، دست‌کم در جزئیات باید به موجب قاعده درأ، طریق احتیاط را پیمود.

آنچه در خصوص عدم حجیت بینه به صورت مطلق در فرض وجود قرینه گفته و در ذیل آن به بحث امارات و لزوم حصول وثوق و اطمینان پرداخته شد، عمدتاً در بحث اقرار هم قابل استفاده است. گفتیم که حجیت امارات یا ناشی از ظن نوعی حاصل از آن است یا ناشی از وثوق و اطمینانی است که از آن ایجاد می شود و در نهایت، وجود قرینه مخالف مضر بر هر دو مبناست. تاکنون به این نتیجه رسیدیم که اگر قرینه ای موجب ظن و گمان برخلاف اقرار و شهادت یا شک و تردید در آن شد، اقرار و شهادت به دلایل پیش گفته دارای حجیت نیست.

فراتر از این مسئله، نگارندگان معتقدند که حصول وثوق نوعی شرط حجیت اقرار و شهادت است. مراد از وثوق نوعی، اعتماد بالفعل عمومی نسبت به ادله ای است که مستند قاضی در یک پرونده خاص واقع شده است. در تبیین این دیدگاه باید گفت اولاً، قضا^{۱۸} به نوعی اعمال ولایت عملی بر غیر است^{۱۹} (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۸). ثانیاً، از مجموع ادله شرعی برمی آید که رکن رکن هر اعمال ولایت تشریعی بر غیر - از جمله قضا - این است که در آن، همان طور که حجت بر ولی تمام است، بر مولی علیه - یعنی عموم مردم - هم تمام باشد. لازمه این دو موضوع آن است که وقتی قاضی حکمی می کند - یعنی حق را به یکی از طرفین دعوا می دهد و دعوی دیگری را تخطئه می کند و احیاناً مجازاتی را بر خاطی مقرر و اجرا می کند - حکم او، اولاً، باید از شفافیت برخوردار باشد و حتی المقدور همه آن را ببینند. ثانیاً، همه یا قریب به اتفاق عقلا بر این باور باشند که حکم قاضی به لحاظ موازین، حق است. یکی از دلایل اصطیاد این مطلب این است که در مورد شرط حجیت علم قاضی فقها فرموده اند که علم قاضی تنها وقتی حجت است که یا بعد از اعتماد مردم به قاضی و امین دانستن او باشد یا مستندات علم او قابلیت عرضه بر مردم و اقناع ایشان را داشته باشد (جعفری تبریزی، ۱۳۷۷، ص. ۳۱۳).

توصیه اسلام به علنی بودن محاکمات هم ریشه در همین دارد تا قضاوت از معیارهای متعارف - که عموم را قانع می کند - خارج نشود. اینکه سیره عملی پیامبر در قضا بر علنی بودن آن بوده است یا امام علی (علیه السلام) بر دکه القضا در مسجد کوفه می نشست، گواه این مطلب است. از امام علی (علیه السلام) است که فرموده اند «یا

شريح اجلس فى المسجد فإنه أعدل بين الناس وأنه وهن بالقاضى أن يجلس فى بيته» و باز فرموده‌اند «اگر مردم گمان بردند که در موردی ستمی مرتکب شده‌ای، دلیل کاری را که کرده‌ای برایشان توضیح ده و با توضیحات خود گمان آنان را از خود بازگردان (دور کن)؛ زیرا این کار هم مایه ریاضت (پرورش) نفس خودت وهم نرمش با مردم است»^{۲۰} (الله‌یاری و طباطبایی لطفی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱). شواهد و مؤیدات بسیاری می‌توان بر این مطلب اقامه کرد. خلاصه کلام اینکه، اقناع عمومی شرط مشروعیت اصدار حکم قضایی است. این به معنای آن است که ادله قضایی باید با وجدان عمومی همراه باشد و وثوق نوعی بیاورد. به عبارت دقیق‌تر، در هر محکمه‌ای باید ادله به‌گونه‌ای فراهم باشد که اگر عموم یا قریب‌به‌اتفاق مردم در آن حاضر باشند، وثوق به صحت حکم برای ایشان حاصل شود. منظور از مردم عقلا هستند؛ یعنی کسانی که از روی عواطف و احساسات سخن نمی‌گویند. حال اگر فرض شود که دلیلی اقناع و وثوق عمومی بیاورد، اما برای قاضی این وثوق حاصل نشود، چه باید کرد؟ در این باره چند حالت متصور است. یکی اینکه، قاضی اطلاعات خاص و منحصربه‌فردی در اختیار نداشته و در عدم وثوق خود متفرد باشد. در این صورت بعید نیست بتوان گفت قاضی دریافت متعارف ندارد. او در این پرونده نباید به دریافت انحصاری خود اعتماد کند. دوم اینکه، قاضی اطلاعات خاصی دارد که آن اطلاعات در اختیار مردم نیست. او باید اطلاعات منحصربه‌فرد خود را در اختیار دیگران بگذارد و به‌اصطلاح ریشه‌های قضاوت خود را در مرئی و مسمع دیگران بگذارد و بین همه ایجاد همدلی کند. قاضی علی‌القاعده باید از این توان برخوردار باشد که ادله مبهم را هم آشکار سازد. اگر این توفیق حاصل نشد، در جزئیات بر اساس قاعده درأ و در حقوق خصوصی بر اساس مصالحه و احتیاط یا قواعدی مثل تنصیف عمل کند.

براین‌اساس، اعتماد به مجرد اقرار و شهادت و به‌طورکلی همه امارات و ادله اثبات، بدون بررسی‌های بعدی متوقف بر آن است که این نحوه اعتماد متعارف باشد؛ یعنی نوع مردم به آن اکتفا کنند. گاه حقانیت اقرار و شهادت و مانند آن به‌اندازه‌ای روشن و واضح است که احتمال خلاف آن معتنابه نیست. در این صورت می‌توان بدون فحص از قرائن مخالف، حکم صادر کرد، اما اگر احتمال خلاف آن معتنابه بود، باید در ابتدا

فحص صورت بگیرد و اگر به موجب آن فحص، علم به خلاف حاصل نشد یا کاشفیت بینه مورد خدشه قرار نگرفت، بر اساس اقرار و شهادت حکم شود.

۴-۲. اختصاص برخی ادله حجیت مطلق به امور مدنی

ادله مربوط به موضوعیت اقرار و بینه هم در حقوق مدنی و هم در حقوق کیفری وارد شده است. برخی از نصوصی که از آن برداشت موضوعیت می شود، مربوط به حوزه حقوق مدنی است. برای مثال در روایت آمده است «زمانی که صاحب حق به سوگند منکر راضی شود و منکر را سوگند دهد و منکر سوگند بخورد، این سوگند حق مدعی را از بین می برد و دعوا مدعی از بین می رود... گفتم حتی اگر بینه علیه منکر باشد؟ گفت بله؛ حتی اگر بعد از سوگند منکر پنجاه قسامه اقامه شود، یمین منکر همه دعوا مدعی را از بین برده است»^{۲۱} (اسماعیل پور قمشه ای، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۳۳۴). در این روایت، سوگند منکر دارای موضوعیت است و بعد از آن هیچ دلیلی از سوی مدعی پذیرفته نمی شود. حتی به منکر اجازه تقاض هم داده نمی شود یا اینکه در روایت امروقیس و فردی از حضرموت پس از سوگند منکر، صاحب حق مجالی برای اثبات خلاف ندارد. از سوی دیگر، برخی از نصوص مرتبط با موضوعیت از جمله روایات مربوط به تخییر ولی دم که در بالا اشاره شد، مربوط به حقوق کیفری است. با وجود این، ممکن است گفته شود که با توجه به رسالت کشف حقیقت در حقوق کیفری و اصولی مانند اصل برائت و اعمال قاعده درأ در شبهات حکمیه که همگی دلایلی ثانویه شمرده می شود، موضوعیت ادله در حقوق کیفری قابل اعمال نیست. در همین راستا برخی معتقدند گفتمان موضوعیت ادله در حقوق کیفری ناشی از خلط مباحث حقوق مدنی و حقوق کیفری است. در حقوق مدنی با توجه به عدم پذیرش علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات، کشف واقع و حقیقت ملاک نیست و به قول اصولیان، دادرس به دنبال احکام ظاهری و فصل خصومت است (آهنگران و محمدی زاده کرمانی نژاد، ۱۳۹۹، ص. ۲۳). براین اساس، با توجه به دلایل ثانویه مورد اشاره در بالا، اختصاص موضوعیت ادله به حقوق مدنی موجه به نظر می رسد.

۴-۳. قاعده احتیاط در دما

شناخت قواعد مربوط به اثبات در حقوق کیفری به دلیل ارتباط با جان، مال، آزادی، ناموس و آبروی افراد از اهمیت دوچندانی برخوردار است. توجه به تمامیت جسمانی و سلامت افراد به گونه‌ای است که روح احکام شریعت، عقل و سیره عقلا به احتیاط در اعمال هر مجازاتی که مخل آن باشد، اهتمام دارد (اکرمی، ۱۳۹۹، ص. ۳). تنها موردی که به اجماع فقها چه در شبهات موضوعی و چه در شبهات حکمی موضوع احتیاط شرعی قرار گرفته، احتیاط در دما و آبروست (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۵۱۵). در مورد اینکه معنای «دم» در این قاعده به معنای مضیق در نظر گرفته شود تا تنها نسبت به قتل کارایی داشته باشد یا اینکه معنای اعم شامل جرح و قطع عضو است، اختلاف نظر وجود دارد. باوجوداین، ملاحظه آثار فقها نشان از معنای اعم دارد.

بر اساس این قاعده، مادامی که در صدور حکم به قصاص نفس یا عضو شک و تردید وجود دارد، باید از آن خودداری شود. هر حکمی که منجر به مرگ یا قطع عضو انسان شود، باید مستند به یک دلیل قطعی و به دور از هرگونه شبهه باشد. پس اگر در حکم به مرگ یا قطع عضو انسان، شبهه، شک یا تردید باشد، این شک نازل منزله یقین قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، به گفته برخی فقها، شبهه در مواردی که بنا بر احتیاط است، جایگزین قطع می‌شود؛ یعنی در اینجا یقین حاصل می‌شود که نباید مجازات را اجرا کرد (حلی (علامه)، بی تا، ج ۲، ص. ۹۰۵).

یکی دیگر از آثار مبنای احتیاط در دما، عدم توجه به اطلاعات ادله‌ای است که در صورت نبود نص مبنی بر احتیاط، مطابق آن فتوا داده می‌شد (اکرمی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶). براین اساس، ادله مربوط به اقرار و شهادت مطلق هستند و اطلاق این ادله سبب می‌شود که جز در حالت علم به خلاف، مطابق آن حکم به محکومیت صادر شود، اما قاعده احتیاط در دما مانع تمسک به این اطلاق است. اطلاق موجود در روایات اقرار و شهادت در دما قابلیت استناد ندارد.

افزون بر لزوم احتیاط در باب قصاص مبتنی بر قاعده احتیاط در دما، برخی فقها تحت عنوان «باب وجوب توقف و احتیاط در قضا»^{۲۲} به لزوم قضاوت بر اساس یقین و علم در همه ابواب نظر داده‌اند^{۲۳}. این فقها در راستای اثبات این دیدگاه به احادیث متعددی اشاره کرده‌اند که در آن قضاوت جز در حالت علم نهی شده است و به لزوم توقف در غیر

فرض علم تأکید شده است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۷، صص. ۱۶۵-۱۵۴). افزون‌براینکه، از نظر اصولی گاه اهمیت یک موضوع و لزوم عقلی احتیاط در آن^{۲۴} به‌اندازه‌ای است که اطلاق دلیل (در اینجا ادله اقرار و شهادت) برای رد حکم عقلا و عقل عملی به لزوم احتیاط از دلالت کافی برخوردار نیست. به عبارت دیگر، این قاعده‌ای پذیرفته شده است که حکم خلاف ارتکاز نیاز به تأکید دارد و اطلاق دلیل به‌اندازه کافی تأکید ندارد. در چنین مواقعی لازم است تصریح به حکم خلاف ارتکاز شود.

۴-۴. قاعده درأ

مفهوم شبهه در قاعده درأ به نحو قضیه حقیقیه عام و فراگیر است و شبهه قاضی و متهم را دربرمی‌گیرد (مظاهری، ۱۳۹۷، ص. ۲۱۸). در مورد بحث موضوعیت - طریقت؛ مسئله به شبهه قاضی در قاعده درأ مربوط می‌شود که در اینجا شبهه حکمیه برای قاضی است و نه موضوعیه. شبهه حکمیه این است که آیا قاضی می‌تواند مطابق اقرار و شهادتی که وهم به صدق، ظن به خلاف یا شک و شبهه و تردید در صحتشان وجود دارد، حکم صادر کند؟ در جریان قاعده درأ در شبهه حکمیه قاضی اختلاف نظر وجود دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۷۸). برخی فقها در محل نزاع، قاعده درأ را جاری نمی‌دانند؛ زیرا قاضی مکلف است در شبهات حکمیه احکام را فراگیرد و با دلیل درباره موضوع نظر بدهد^{۲۵}. نتیجه اینکه، نمی‌توان برای رد امکان صدور حکم مطابق با اقرار و شهادت در فروض پیش گفته به قاعده درأ استناد کرد.

۴-۵. وجود مقید لبی

مستندات روایی حجیت اقرار و بینة مطلق هستند و حجیت شهادت یا اقرار در آن منوط به حصول اطمینان یا علم نشده است. کلام متکلم حکیم باید در بستر فهم و ذهنیت مخاطب - که معمولاً همان ارتکازات عقلایی است - معنا شود نه در خلأ. به عبارت دیگر، گاه ارتکازات عقلایی، قرینه‌ای بر تقیید و تخصیص یک حکم یا قرینه‌ای بر تعمیم و الغای خصوصیت از حکمی جزئی است (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۶). تخطئه سیره عملی و ارتکازات عقلایی و رد آن نیاز به تأکید دارد و اطلاق و عموم کلام نمی‌تواند تأکید لازم را برای این مهم داشته باشد. به عبارت دیگر، در تعارض بدوی

بین یک اطلاق یا عموم و بین یک سیره یا ارتکاز عقلایی، این ارتکاز و سیره است که قرینه تخصیص و تقیید آن اطلاق و عموم خواهد بود نه اینکه اطلاق و عموم بتواند آن سیره یا ارتکاز را رد کند. بر اساس این دو قاعده، سیره و ارتکاز عقلایی می‌تواند مانع اطلاق روایاتی باشد که برای دفاع از اطلاق مورد اشاره قرار گرفته است. به‌عنوان قاعده کبروی در اطلاق‌گیری، چنانچه مورد به‌گونه‌ای باشد که عقلاً بدون درج قید در کلام، اطلاق را از کلام می‌فهمند، تقیید محتاج بیان است. اگر موضوع به شکلی است که کلام بدون درج قید هم از سوی عقلاً به‌صورت مقید فهم می‌شود، تقیید نیازمند بیان نیست (مزروعی، ۱۴۰۱، ص. ۳۲۲). نظر به اینکه عقلای جامعه از اقرار و شهادت با شرایط تعیین‌شده اطمینان حاصل می‌کنند و آن را منشأ اثر می‌دانند و مبنای تشریع این ادله ایجاد اطمینان است، اطلاق موجود در روایات اقرار و شهادت به‌صورت کلی قابل استناد نیست. دلیل این ادعا آن است که عقلای جامعه اقرار و شهادتی را مثبت مجرمیت متهم می‌دانند که موجب اطمینان باشد.

۴-۶. روایت اتقیا لله فلا تقطعا ید الرجل ظلماً^{۲۶}

این روایت از محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام) در خصوص یکی از قضاوت‌های حضرت امیر (علیه السلام) است. ایشان به دو شاهد سرقت زره فرمودند «از خدا پروا کنید و دست این مرد را به ستم نبرید». سپس حضرت هر دو شاهد را سوگند داد. آنگاه فرمود یکی از شما دو شاهد، دست این را ببرد و دیگری دست وی را نگه دارد. شهود در زمان اجرای حد و بدون اینکه حد سرقت را اجرا کنند، از محل گریختند و در نهایت، حد اجرا نشد (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۳۰، ص. ۵۱۹). در برخی از حدود به لزوم مشارکت شهود و حاکم در زمان اجرای حد تأکید شده است^{۲۷} (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص. ۱۸۴). شاید حکمت این سفارش شارع، احتیاط شهود در تحمل و ادای شهادت است. دلیل سقوط مجازات در این روایت آن است که از دیدگاه عقلاً به علت ظن تبانی و کذب شهود، شهادت آنان دیگر حجیتی ندارد. در این مورد هم فرقی میان اینکه چه نوع حدی با شهادت شهود در حال اجرا باشد، وجود ندارد (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲، صص. ۳۰۷-۳۰۶).

در دیدگاه فقها فرار شهود در زمان اجرای حد، شبهه شمرده می‌شود و حکم یادشده

در روایت فوق بر تحقق شبهه استوار است و نه صرف فرار (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص. ۵۸۵). در این روایت به رغم آنکه شهادت شهود با شرایط تعیین شده فراهم بود، فرار شاهدان در زمان اجرای حد باعث حصول ظن کذب و تبانی و درنهایت، سقوط اجرای مجازات دانسته شده است. در این روایت و نظرات فقها، فرار شهود از مشارکت در اجرای حد منوط به علم به خلاف مفاد شهادت شهود نشده است و همین که شک و شبهه و ظن بر کذب و تبانی شهود فراهم آید، برای عدم اجرای حد کافی دانسته شده است. در صورتی که شهادت شهود دارای موضوعیت باشد، صرف فرار شهود از اجرای حکم پس از اثبات جرم نباید به عنوان مسقط مجازات دانسته شود. اقوال فقها مبنی بر درء حد در فرض عدم مشارکت شهود در اجرای حد مبتنی بر دیدگاه عقلاست.

۵- نتیجه گیری

به تأسی از دیدگاه بسیاری از فقها، جلوه های موضوعیت ادله اثبات در قوانین کیفری هم پدیدار شده است. گفتمان موضوعیت ادله سبب می شود که اقرار و شهادت جز در فرض علم به خلاف حجیت داشته باشند. در فرض پذیرش موضوعیت، این ادله در حالت شک در صدق و کذب، ظن به خلاف (وجود قرینه به خلاف)، وهم به صدق و حتی ظن به صدق معتبرند. از این رو در فرضی که قرائن و اماراتی برخلافشان وجود داشته باشد، اما موجب علم به خلاف نشود، مستند حکم محکومیت قرار می گیرند. اطلاق مستندات مربوط به حجیت اقرار و بینه، روایت نبوی مشهور «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» و برخی دیگر از روایات می تواند به عنوان دلیل برای پذیرش موضوعیت اقرار و شهادت مورد استفاده قرار گیرد.

با وجود این، برخی فقها موضوعیت ادله اثبات را نپذیرفته اند و قائل به طریقت ادله هستند. آنان معتقدند که ادله اثبات جز در فرض حصول اقناع وجدان برای قاضی اعتباری ندارند. توجه به مبانی حجیت امارات (کاشف نوعی از حقیقت یا حصول وثوق)، قاعده درأ، اصل احتیاط و قابل اعتنا نبودن اطلاق ادله می تواند در عداد دلایل این دسته از فقها باشد. بر اساس بررسی های انجام شده در این مقاله، موضوعیت ادله اثبات کیفری پذیرفتنی نیست و این ادله طریقت دارند. از این رو در صورت وجود قرینه

(اماره) مخالف با اقرار و شهادت این ادله قابلیت استناد ندارند. فراتر از موضوعیت یا طریقت ادله اثبات در حقوق کیفری به عنوان قاعده کلی، اقناع عمومی شرط مشروعیت صدور حکم قضایی است. این به معنای آن است که ادله قضایی باید با وجدان عمومی همراه باشد و وثوق نوعی بیاورد. براین اساس، نه تنها موضوعیت اقرار و شهادت مبنای فقهی ندارد، بلکه ادله طریقت دارند. همچنین، از نظر موازین فقهی اعتماد به مجرد اقرار و شهادت و به طور کلی همه امارات متوقف بر آن است که این اعتماد، متعارف باشد؛ یعنی نوع مردم به آن اکتفا کنند. مطابق همین دیدگاه در برخی از روایات معصومان به صدور حکم محکومیت به صرف اقرار و شهادت نظر داده شده است. پیشنهاد می شود که مواد مرتبط با موضوعیت اقرار و شهادت در قانون مجازات اسلامی (از جمله مواد ۱۶۲، ۱۶۱، ۱۷۱ و ۱۷۲) اصلاح شود.

یادداشت ها

۱. «عن الصادق (علیه السلام): إذا أقرَّ الحرُّ على نفسه بالسَّرقة مرة واحدة عند الامام قطع.»
«عن أبي عبد الله (علیه السلام):..... و إن أقرَّ على نفسه أنه شرب خمرًا أو بفرية فاجلدوه ثمانين جلدة...».
۲. «قَتَلَ الْعَمْدُ كُلُّ مَا عَمَدَ بِهِ الضَّرْبَ فِيهِ الْقَوْدُ وَإِنَّمَا الْخَطَا أَنْ يُرِيدَ الشَّيْءَ فَيُصِيبَ غَيْرَهُ وَقَالَ إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَتْلِ قُتِلَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ.»
۳. «الإقرار فيه جنبتان جنبه السببية و الموضوعية و جنبه الطريقية و العمدة فيه الجنبه الأولى و لذا ينفذ إقرار العقلاء على أنفسهم مطلقاً و لا يعتبر في نفوذه الوثوق بصدق المقر فإذا أقر شخصان كل واحد بالقتل منفردا عن الآخر يلزمان بحكم القتل فيتخير الولي في التصديق.»
۴. «كما لا يعتبر في حجيتها عدم الظن بالخلاف كل ذلك للاطلاق في دليل حجيتها فان الدليل عليها ان كان هو السيرة العقلانية فلم يعتبر العقلاء في الاعتماد على الثقة حصول شيء من ذلك بل الحكمة الداعية في الطرق العقلانية هي حفظ النظام و لا يحفظ النظام الا باعتبار البينة و غيرها من الطرق الا بالاطلاق و عدم اعتبار قيد من القيود المتقدمة لانا اذا اعتبرنا الوثوق او الظن بالوافق او عدم الظن بالخلاف فيلزم منه اختلال النظام.»
۵. «و أن طريقيّة البيّنات و الايمان كانت لخصوصيّة فيهما لا لمجرد طريقيتهما المحضه إلى الواقع لكي يتوهم قيام قطع القاضى مقامهما و لو في الارتكاز العرفى بل من يلاحظ أدلة اليمين و الحلف

يجد في بعضها التصريح بموضوعية اليمين و أنه بعد قبول المدعى بيمين المنكر لا يجوز له أن يأخذ المال و لو أقام خمسين قسامة على خلافه، بل لا يمكنه التقاض منه لو وقع مال آخر من الحالف بيده، مما يشهد على أن لليمين موضوعية في باب القضاء و ليس بابه باب الطريق المحض ليقال بكون علم القاضى مثلاً أشد و أقرب إلى الواقع منه فيقوم مقامه و لو عرفاً و ارتكازاً».

٦. «و قد قام الدليل القطعي من الشرع نفسه على جواز القضاء بأصول لا تفيد العلم و الجزم كالإقرار و البينة و اليد و الاستفاضة و السر في ذلك هو التيسير و التسهيل إذ لو انحصر طريق القضاء بالعلم لا نسد بابه و ذهبت الحقوق هدرًا و عمّت الفوضى و قد ذهب البعض إلى أن الواقع بما هو واقع غير مطلوب في القضاء و انما المطلوب الحكم بما تؤدي إليه البينات و الايمان لحديث: إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان».

٧. «فقد سئل الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل وجد مقتولاً فجاء به رجلان إلى وليه فقال أحدهما: أنا قتلته عمدا و قال الآخر: أنا قتلته خطأ؟ فقال الإمام: ان هو أخذ بقول صاحب العمد فليس له على صاحب الخطأ سبيل و ان أخذ بصاحب الخطأ فليس له على صاحب العمد سبيل».

٨. خرط قتاد كناية از سخت بودن اثبات موضوعیت است.

٩. «فالشبهة الموضوعية للبينة أو الإقرار في هذه الحدود قوية جداً».

١٠. «فإن حجية البينة كحجية خبر العدل ليس من باب الموضوعية و السببية بل من باب الطريقة فالراجح أقرب إلى الواقع فيتعين».

١١. «الأمارات الشرعية كالبينة و خبر الواحد و الإقرار غالباً أو دائماً تدور مدار حصول الوثوق و حصول الظن بمؤداها و لو نوعاً و لا أقل من كونها منوطاً بعدم الظن بخلافها فإذا حصل الظن بخلافها من أمانة - و لو حالية - يشكل الاعتماد عليها و الوثوق بها».

١٢. «و العبرة عند توقيع العقاب بثبوت الاتهام لدى القاضى فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها و إلّا فلا».

١٣. ما يبين به الشئ».

١٤. «وأمّا اقتران البينة بكاشف نوعي على الخلاف يزاحم كاشفية البينة عند العقلاء على العموم و يوجب قصورها عن إفادة الظن لديهم أو حصول الظن على خلافها فالظاهر أنه يوجب سقوط البينة عن الحجية لعدم الموجب إثباتاً لحجيتها حينئذ».

١٥. «قد اختلف الأصحاب في سبب حجية مطلق الأمارات على أقوال قيل بأنه من باب التعبد و

قیل بآنه من باب حصول الظن الشخصی و قیل بآنه حجة من باب الظن النوعی بشرط ان يحصل الظن الشخصی أيضا على وفقه و قیل بآنه حجة بشرط ان لا يحصل الظن الشخصی على خلافه و المشهور انه حجة من باب الظن النوعی مطلقا».

۱۶. کاشف غیر تام - که در مورد امارات مطرح است - نیز مراتبی دارد. چون از مرحله شک بالاتر رفت، عنوان کاشفیت پیدا می‌شود. (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص. ۱۲۶).

۱۷. «أن العقلاء لا تعبد فيهم ولا تقلد لهم من غيرهم في ذلك بل هذه الأمور في الحقيقة طرق علمهم ووثوقهم وسكون أنفسهم فكأنهم لا يعتنون الا بالعلم».

۱۸. در تعریف قضا آمده است «ولاية شرعية على الحكم و المصالح العامة من قبل الإمام (عليه السلام)».

۱۹. از شرایط قطعی قضا و حدود در اسلام - به اتفاق مذاهب - ولایت امام یا نماینده اوست. در بحث قضاوت، فقها تصریح دارند که قاضی ولایت بر حکم دارد. به تعبیر دیگر، قضاوت و نفوذ آن از مصادیق ولایت است. بنابراین، در اجرای حدود نیز باید ولایت وجود داشته باشد و بدون آن، کسی حق اجرای حدود را ندارد.

۲۰. «إِنْ ظَنَنْتَ الرَّعِيَّةُ بِكَ حَيْفًا فَأَصْحِرْ لَهُمْ بِعُذْرِكَ وَ اَعْدِلْ (و اعزل) عنكَ ظُنُونَهُمْ بِإِصْحَارِكَ فَإِنَّ فِي ذَلِكَ رِيَاضَةً مِنْكَ لِنَفْسِكَ وَ رِفْقًا بِرَعِيَّتِكَ».

۲۱. «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له، قلت و ان كانت عليه بينة عادلة؟ قال نعم و ان اقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له و كانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما استحلفه عليه»

۲۲. بَابُ وَجُوبِ التَّوَقُّفِ وَ الْاِحْتِيَاظِ فِي الْقَضَاءِ.

۲۳. «لا يجوز القضاء و لا الإفتاء إلا بقطع و يقين و مع فقدہ يجب التوقف» (فضلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۹۲).

۲۴. در حقوق کیفری چه در جرائم حق الناسی و چه در حق اللهی احتیاط لازم است. در حقوق الناس که لزوم احتیاط در آن لازم به ذکر نیست و در دعاوی حق اللهی، قاعده درأ تأکید صریح بر لزوم احتیاط دارد. تفاوتی که بین حقوق الناس و حقوق الله هست، این است که در حقوق الناس احتیاط در کشف حقیقت منظور است و در حقوق الله احتیاط در این است که بی گناهی مجازات نشود و مجازات بیش از گناه نباشد.

۲۵. «إن القاضي في الشبهات الحكمية لا بد و أن يتعلم الأحكام بخلاف الشبهة الموضوعية فإنه لا يجب عليه فيه ذلك بل يكتفي بالموازين الظاهرية من البينة و الايمان» (هاشمی شاهرودی،

۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۳۰۵.

۲۶. از خدا پروا کنید و دست این مرد را به ستم نبرید.

۲۷. «إذا أقر الزاني المحصن كان أول من يرحمه الإمام ثم الناس فإذا قامت عليه البيّنة كان أول من يرحمه البيّنة ثم الإمام ثم الناس».

منابع

آل کاشف‌الغطا، محمدحسین (۱۴۲۲ق). *تحریرالمجلة* (جلدهای ۱ و ۲). قم: مرکز تحقیقات والدراسات العلمية.

آهنگران، محمدرسول و محمدی‌زاده کرمانی‌نژاد، مجتبی (۱۳۹۹). «تأثیر معاینه و تحقیق محل در اقناع وجدان علم قاضی». *پژوهش‌های فقهی*
ابن حیون، نعمان‌بن محمد (۱۳۸۳ق). *دعائم‌الاسلام* (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.

اسماعیل‌پور قمشه‌ای، محمدعلی (۱۴۲۱ق). *البراهین‌الواضحات* (جلد ۱). المطبعة العلمية.
اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۹). «احتیاط در دماء؛ مبنایی برگرفته از شرع و عقل». *نشریه عقل و دین* (۲۳).

الله‌یاری، مهدی و طباطبایی لطفی، عصمت‌السادات (۱۳۹۹). «بررسی ادله فقهی لزوم علنی بودن دادرسی». *فقه و مبنایی حقوق اسلامی*.

انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ق). *الموسوعة الفقهية الميسرة* (جلد ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

بجنوردی، سیدحسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهية* (جلد ۳). قم: الهادی.

بروجردی، سیدحسین (۱۳۸۶). *منابع فقه شیعه* (جلد ۳۰). تهران: فرهنگ سبز.

بهبهانی، سیدعلی (۱۴۰۵ق). *القواعد الكلية مما يبتنى عليه كثير من معضلات مسائل الفقه والاصول* (جلد ۱). اهواز: مكتبة دارالعلم.

جعفری تبریزی، محمدتقی (۱۳۷۷). *رسائل فقهی (استفتاءات)*. تهران: مؤسسه کرامت.

حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۸). *مبنایی ادله اثبات کیفری در اسلام؛ موارد و مبنایی تفکیک از ادله اثبات مدنی*. چاپ ۱، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۷). *قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)*. چاپ ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). *تفصیل وسائل‌الشیعة الی تحصیل مسائل‌الشریعة* (جلد ۲۷).

- قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث.
- حلبی (ابن زهره)، حمزة بن علی (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق.
- حلی (علامه)، حسن بن يوسف؛ المتهی المطلب؛ ج ۲، بی تا؛ مشهد: مجمع البحوث الاسلاميه
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۹). *مبانی تحریر الوسیله* (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *موسوعة الامام الخوئی* (جلد ۱). قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخوئی.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۳۸۳). *استفتاءات* (جلد ۲). قم: حدیث دل.
- شبییری زنجانی، سید موسی (۱۳۹۶). *استفتاءات* (جلد ۱). قم: مرکز فقهی امام محمد باقر (علیه السلام).
- شریعتمدار جزایری، نورالدین (۱۳۸۱). *النور المبین فی شرح التحریر و منهاج الصالحین*. قم: مؤسسه دارالکتاب (الجزایری).
- شمس ناتری، محمد ابراهیم و سمایی، مهدی (۱۳۹۵). «اقتضائات موضوعیت داشتن دلیل در قانون مجازات اسلامی». *حقوق اسلامی*، (۹۴).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۷۱). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (جلد ۲). قم: مجمع فکر اسلامی.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۳۴ق). *موسوعة الشهید السید محمد باقر الصدر* (جلد ۱۲). قم: پژوهشگاه علمی تخصصی شهید صدر.
- علوی گرگانی، سید محمد علی (۱۳۸۷). *توضیح المسائل*. قم: دفتر حضرت آیت الله علوی گرگانی.
- عوده، عبدالقادر (بی تا). *تشریع الجنایی الاسلامی* (جلد ۲). بیروت: دارالکتاب العربی.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). *اصول فقه شیعه* (جلد ۴). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- فضلی، عبدالهادی (۱۴۲۷ق). *التقلید والاجتهاد*. بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۷). *الکافی* (جلدهای ۷ و ۱۴). مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث.

- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶ق). ملاذالاحیار فی فهم تهذیب الاخبار (جلد ۱۶). قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (رحمت الله علیه).
- مزروعی، رسول (۱۴۰۱). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی - صاحب حق قصاص، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی
- مظاهری، حسین (۱۳۹۷). عوائد القواعد الفقهية (جلد ۱). اصفهان: مؤسسه فرهنگی-مطالعاتی الزهرا (علیها السلام).
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷). اصول الفقه (المظفر-تعليقات الزارعی). قم: مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی.
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹). فقه الامام جعفر الصادق (جلد ۶). قم: انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۷). القواعد الفقهية (جلد ۲). قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق). کتاب الزکاة (جلد ۱). قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیة.
- موسوی، سیدصمدعلی (۱۳۹۲). القواعد الفقهية فی کتاب تفصیل الشریعة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۳۸۱). فقه القضا (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه (جلد ۱). قم: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (جلد ۲۰). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- نراقی، احمد (۱۴۰۸ق). عواید الایام. چاپ ۳، قم: منشورات مکتبه بصیرتی.
- نوری همدانی، حسین (۱۳۷۵). مسائل من الاجتهاد والتقليد. قم: مکتب الاعلام الاسلامی (مرکز النشر).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام) (جلد ۴). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). قراءات فقهية معاصرة (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
- یزدی، سید کاظم (۱۳۳۹ق). المعالم الزلفی فی شرح العروة الوثقی. قم: المطبعة العلمية.

References

- Al-Kashif al-Ghata, Muhammad Hossein (1422 AH). Tahrir al-Majale (volumes 1 & 4). Qom: Center for Scientific Research and Studies. [in Arabic]

- Ahangaran, Mohammad Rasoul; and Mohammadzadeh Kermaninejad, Mojtaba (1399). The Effect of Examination and Investigation of the Site in Convincing the Judge's Conscience, Jurisprudential Research . [in Persian]
- Ibn Hayyun, Noman ibn Muhammad (1383 AH). Daem of Islam (Volume 2). Qom: Al-Bayt (peace be upon him) Foundation for Revival of Heritage. [in Arabic]
- Ismailpour Qomshahi, Muhammad Ali (1421 AH). Al-Barahin Al-vazehat (Volume 1). Al-Matbaah Al-Ilmiyah. [in Arabic]
- Akrami, Ruhollah (1399). Caution in Blood: A Basis Derived from Sharia and Reason. Journal of Reason and Religion (23). [in Persian]
- Allahyari, Mehdi; and Tabatabaei Lotfi, Esmat Sadat (1399). Examining the jurisprudential evidence for the necessity of public proceedings, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law. [in Persian]
- Ansari, Muhammad Ali (1415 AH). Al-Musuah Al-Fiqhiyyah Al-Misra (Volume 3). Qom: Islamic Thought Forum. [in Arabic]
- Bojnourdi, Seyyed Hassan (1377). Al-Qawwa'id al-Fiqhiyyah (Volume 3). Qom: Al-Hadi Publishing House. [in Persian]
- Boroujerdi, Seyyed Hossein (1386). Sources of Shiite Jurisprudence (Volume 30). Tehran: Farhang Sabz. [in Persian]
- Behbahani, Sayyid Ali (1405 AH). The Complete Rules on Which Many of the Problems of Jurisprudence and Fundamentals Are Built (Volume 1), Ahvaz: Dar al-Ilm Library. [in Arabic]
- Jafari Tabrizi, Mohammad Taghi (1377). Jurisprudential Treatises (Questions). Tehran: Karamat Publishing House.
- Haji Dehabadi, Ahmad (2019). Fundamentals of Criminal Evidence in Islam; Cases and Principles of Separation from Civil Evidence. First Edition. Islamic Culture and Thought Research Institute. [in Persian]
- Hajideh Abadi, Ahmad (1397). Rules of Criminal Jurisprudence (Hoodud and Ta'zirat, Qisas and Diyat). Fourth edition. Qom: Hajj and University Research Center.
- Har Ameli, Muhammad ibn Hassan (1416 AH). The description of Shia's methods for the study of Shari'a issues (Volume 27). Qom: Al-Al-Bayt (peace be upon him) Foundation for Revival of Heritage. [in Persian]
- Halabi (Ibn Zahra), Hamzah ibn Ali (1417 AH), Ghaniyeh al-Nizwa eli al-Usul wa al-Faroo, Qom: Al-Imam al-Asadiq Institute. [in Arabic]
- Hilli (Allama), Hassan ibn Yusuf; Al-Muntahi al-Matlab; Vol. 2, pp. 1-2; Mashhad: Al-Islamic Research Society. [in Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (1389). Foundations of Tahrir al-Wasilah (Volume 2), Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Khoi, Seyyed Abul Qasim (1418 AH). Encyclopedia of Imam Al-Khoei (Volume 1), Qom: Ihiya Foundation of Imam Al-Khoei's Works. [in Arabic]
- Rouhani, Seyyed Mohammad Sadeq (1383). Istifta'at (Volume 2). Qom: Hadith of the Heart. [in Persian]

- Shubayri Zanjani, Seyyed Musa (1396). Istifta'at (Volume 1). Qom: Publications of the Fiqh Center of Imam Muhammad Baqir (peace be upon him). [in Persian]
- Shariatmadar Jazayeri, Nour al-Din (1381). The Light of Manifestation in the Explanation of Tahrir and the Path of the Righteous. Qom: Dar al-Kitab (Al-Jazayeri) Institute. [in Arabic]
- Shams Natri, Mohammad Ibrahim; and Samaei, Mehdi (1395). The requirements of the materiality of having proof in the Islamic Penal Code, Islamic Law (94). [in Persian]
- Shahid Thani, Zainuddin ibn Ali (1371). Al-Rosa al-Bahiya in Sharh al-Lama' al-Damashkiyyah (Volume 2). Qom: Islamic Thought Forum. [in Arabic]
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir (1434 AH). Encyclopedia of the Martyr Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr (Volume 12). Qom: Shahid Sadr Specialized Scientific Research Institute. [in Arabic]
- Alavi Gorgani, Seyyed Mohammad Ali (1387). Explanation of the Issues. Qom: Office of Ayatollah Alavi Gorgani. [in Arabic]
- Odeh, Abdul Qadir (Undated). Islamic Criminal Law. Beirut: Darul Kitab Al-Arabi. [in Arabic]
- Fazel Movahedi Lankarani Muhammad (1381). Principles of Shiite Jurisprudence (Volume 4). Qom: Jurisprudential Center of the athar Imams (AS). [in Arabic]
- Fazli, Abdul Hadi (1427). Imitation and Ijtihad. Beirut: Al Ghadir Center for Islamic Studies. [in Arabic]
- Kulayni, Muhammad ibn Yaqub (1387). Al-Kafi (Volumes 7 & 14). Dar Al-Hadith Scientific and Cultural Institute. [in Arabic]
- Majlesi, Mohammad Bagher (1406 AH). Malaz al-Akhyar in understanding the refinement of news (Volume 16). Qom: Public Library of Hazrat Grand Ayatollah Marashi Najafi (RA). [in Arabic]
- Mazrouei, Rasoul (1401) Detailed Explanation of Islamic Penal Code - The Rightful Retaliator, Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [in Arabic]
- Mazaheri, Hossein (1397). The Benefits of Jurisprudential Principles (Volume 1), Isfahan: Al-Zahraa Cultural Studies Institute (peace be upon him). [in Arabic]
- Muzaffar, Mohammad Reza (1387). Principles of Fiqh (Al-Muzaffar - Commentary of Al-Zara'i). Qom: Al-Nashar al-Taba Publishing Center of the Islamic Media School. [in Arabic]
- Mughniyeh, Muhammad Javad (1379). The Jurisprudence of Imam Jafar al-Sadiq (Volume 6). Qom: Ansarian. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (1377). Jurisprudential rules (Volume 2). Qom: School of Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him). [in Arabic]
- Montazeri, Hossein Ali (1409 AH). The Book of Zakat (Volume 1). Qom: The World Center for Islamic Studies. [in Arabic]
- Mousavi, Seyyed Samad Ali (2013), Jurisprudential Principles in the Book of Explanation of Sharia, Qom: Jurisprudential Center of the athar Imams

- (a.s.). [in Arabic]
 Mousavi Ardabili, Seyyed Abdul Karim (1381). Jurisprudence (Volume 1)
 Qom: Al-Nashar Publishing House. [in Arabic]
 Mousavi Bojnourdi, Mohammad (1379). Rules of Jurisprudence (Volume 1).
 Qom: Oruj Publishing House. [in Arabic]
 Najafi, Muhammad Hassan ibn Baqir (1421 AH). Javaher al-Kalam (Volume 20). Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt (peace be upon them). [in Arabic]
 Naraq, Ahmad (1408 AH).avaeid alayam. Third edition. Qom: Publications of the Basirati School. [in Arabic]
 Nouri Hamdani, Hossein (1375). My issues of ijtiḥad and taqlid. Qom: Al-Mahad Al-Islami School (Publishing Center). [in Arabic]
 Hashemi Shahrudi, Seyyed Mahmoud (1382). Dictionary of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt (peace be upon them) (Volume 4). Qom: Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the School of Ahl al-Bayt (peace be upon them). [in Persian]
 Hashemi Shahrudi, Seyyed Mahmoud (1423 AH). Contemporary jurisprudential readings (volume 1). Qom: Islamic Jurisprudence Department Foundation. [in Arabic]
 Yazdi, Seyyed Kazem (1339 AH). al-Muhamm al-Zalafi in Sharh al-Uruwat al-Wothga. Qom: Al-Matbat Al-Elamiya. [in Arabic]



The Dichotomy of Security and Values from the Perspective of the Jurisprudence of Security

Mohammad Kazem Tabatabaee: Associate Professor, department of Nahj-al-Balagha, Faculty of hadiths Sciences and education, University of the Quran and Hadith, qom, Iran.

tabakazem@gmail.com

Mohammad Javad Mohammadi: Assistant professor, Department of Iranian Studies, Faculty of world studies, university of Tehran, Tehran, iran.

mjmohammadi@ut.ac.ir

Yasin Pourali: Seminary Researcher, Visiting Professor, Imam Sadiq university, Tehran, iran (Corresponding Author).

Pourali.y@gmail.com

Abstract

Security, as one of the fundamental needs of both the individual and society, has consistently occupied a prominent place within intellectual and political systems. In modern frameworks, security is often defined through political, economic, or military considerations, and in many cases its provision is justified by restricting or suspending certain human values and fundamental rights. In contrast, within the Islamic intellectual system—particularly in the framework of the jurisprudence of security—security is defined within a comprehensive network of religious values and principles, and cannot be considered independently. Drawing on jurisprudential sources and the governing principles of the jurisprudence of security, this article examines the relationship between security and values. It argues that, from this perspective, the two are not in conflict; rather, authentic and sustainable security can only be realized through adherence to values such as justice, morality, development, and freedom. In this sense, security does not merely denote the absence of threats, but the creation of conditions that enable human growth and perfection under the guidance of divine values. Ultimately, the study concludes that, in contrast to secular readings of security, the jurisprudence of security presents a paradigm in which security is not achieved at the expense of values, but inextricably linked to them, never sacrificing ethical or divine principles in the pursuit of safety.

Keywords

Jurisprudence of Security, Islamic Values, Security, Justice, Binary Oppositions, Ssecurity–Values Tension.



دوگانه امنیت و ارزش‌ها از منظر فقه امنیت

محمد کاظم طباطبایی: دانشیار گروه نهج‌البلاغه، دانشکده علوم و معارف حدیث، دانشگاه قرآن و حدیث، قم، ایران. tabakazem@gmail.com

محمدجواد محمدی: استادیار گروه مطالعات ایران دانشکده مطالعات جهان، دانشگاه تهران، تهران، ایران. mjmohammadi@ut.ac.ir

یاسین پورعلی: پژوهشگر حوزوی، استاد مدعو دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول). pourali.y@gmail.com

چکیده

امنیت به‌عنوان یکی از نیازهای اساسی فرد و جامعه، همواره جایگاه برجسته‌ای در نظام‌های فکری و سیاسی داشته است. در نظام‌های مدرن، امنیت غالباً با ملاحظات سیاسی، اقتصادی و نظامی تعریف می‌شود و در بسیاری از موارد، تأمین امنیت با تحدید یا تعلیق برخی ارزش‌های انسانی و حقوق بنیادین توجیه می‌شود. در نظام فکری اسلام به‌ویژه در چهارچوب فقه امنیت، امنیت در بستر منظومه‌ای از ارزش‌ها و اصول دینی تعریف شده است و نمی‌تواند به‌صورت مستقل از آن‌ها مورد توجه قرار گیرد. این مقاله با بهره‌گیری از روش تحلیلی - توصیفی و مطالعه کتابخانه‌ای، ضمن تکیه بر منابع فقهی و اصول حاکم بر فقه امنیت، به بررسی نسبت میان امنیت و ارزش‌ها می‌پردازد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد از منظر فقه امنیت، نه‌تنها این دو مقوله در تعارض نیستند، بلکه امنیت اصیل و پایدار تنها در پرتوی التزام به ارزش‌ها ازجمله عدالت، اخلاق، توسعه و آزادی قابل تحقق است. در این چهارچوب، امنیت تنها به معنای فقدان تهدید نیست، بلکه به معنای فراهم بودن شرایط رشد و تعالی انسان در سایه ارزش‌های الهی است. درنهایت، این پژوهش نتیجه می‌گیرد که فقه امنیت در مقابل قرائت‌های سکولار از امنیت، الگویی ارائه می‌دهد که امنیت را نه به بهای کنار گذاشتن ارزش‌ها، بلکه در پیوند وثیق با آن‌ها معنا می‌کند و در مسیر تأمین امنیت، هیچ‌گاه اصول اخلاقی و الهی را قربانی نمی‌سازد.

واژگان کلیدی: فقه امنیت، ارزش‌های اسلامی، امنیت، عدالت، تقابل دوتایی، تعارض امنیت و ارزش.

مقدمه

امنیت یکی از مهم‌ترین نیازهای جوامع انسانی و یکی از اصول اساسی در نظام‌های سیاسی و اجتماعی است. در فقه اسلامی، امنیت به‌عنوان یکی از مقاصد شریعت در کنار عدالت، آزادی، اخلاق و رفاه اجتماعی مطرح شده است، اما در برخی موارد، تأمین امنیت ممکن است با دیگر اصول و ارزش‌های انسانی یا قوانین شرعی در تضاحم قرار گیرد. برای مثال، ممکن است برای حفظ امنیت، برخی از اصول عدالت، اخلاق، صداقت، کرامت انسانی، ایثار و آزادی‌های مشروع محدود شوند. این مسئله نیازمند تحلیل فقهی دقیق برای تعیین اولویت‌ها و چگونگی برطرف شدن تضاحم است. در فقه امنیت، تضاحم به معنای برخورد میان تأمین امنیت عمومی با دیگر ارزش‌های والای انسانی و اسلامی است که خود دارای اهمیت هستند. تضاحم در فقه به معنای وجود دو یا چند حکم شرعی است که در موقعیتی خاص به دلیل شرایط یا محدودیت‌های خاص نمی‌توان هم‌زمان همه آن‌ها را اجرا کرد و از این‌رو نیاز به انتخاب یک حکم به عنوان اولویت و مقدم داشتن آن بر دیگری وجود دارد. این مسئله در فقه امنیت نیز مطرح است؛ جایی که در شرایط بحرانی یا تهدیدات مختلف، حفظ امنیت عمومی ممکن است با دیگر اصول و قوانین شرعی مانند حقوق فردی، عدالت، اخلاق یا حتی توسعه اقتصادی تضاحم یابد.

در فقه امنیت، هدف اصلی، حفظ جامعه و منافع عمومی است، اما در کنار این هدف، باید توازن بین این هدف و دیگر اصول مانند حقوق بشر، عدالت و اخلاق برقرار شود. بنابراین، تبیین تضاحم در فقه امنیت نیازمند بررسی دقیق شرایط و اصول فقهی است که می‌تواند در تصمیم‌گیری‌های مربوط به امنیت نقش‌آفرین باشد. در این پژوهش از باب استقراء، تضاحم بین امنیت و عناوین فضیلتی مانند عدالت، آزادی، توسعه، محیط‌زیست، اخلاق و اقتصاد از منظر فقهی بررسی شده است.

ضرورت پژوهش در مورد دوگانه «امنیت و ارزش‌ها» از منظر فقهی به این دلیل است که در دنیای معاصر، بحث امنیت به‌عنوان یکی از مقولات اصلی در روابط اجتماعی و بین‌المللی مطرح است و در عین حال، حفظ و احترام به ارزش‌های انسانی، دینی و اخلاقی نیز از اهمیت زیادی برخوردار است. در این راستا، بررسی چگونگی تعامل میان این دو مقوله از منظر فقهی کمک می‌کند تا تعادلی منطقی و مشروع بین

تأمین امنیت و حفظ اصول ارزشی برقرار شود؛ به‌ویژه در مواقعی که امنیت به خطر می‌افتد و ممکن است نیاز به تضییع یا فدای برخی از ارزش‌ها باشد. چنین پژوهشی می‌تواند راه‌حل‌هایی فقهی برای چالش‌های معاصر ارائه دهد و به تبیین رویکردهای شرعی در مواجهه با تهدیدات امنیتی کمک کند.

این پژوهش درصدد پاسخ به این پرسش‌هاست که آیا امنیت همیشه باید در اولویت باشد؟ چگونه مفاهیم ارزشی مانند عدالت، صداقت و کرامت انسانی با نیاز به امنیت تراحم می‌یابد و درنهایت، راه‌حل‌های فقهی برای حل این تراحم‌ها چیست؟

۱. کلیات و مفاهیم

امنیت واژه‌ای است که از زوایای مختلف لغوی، فقهی و اصطلاحی معناهای متفاوتی دارد که در ادامه توضیح داده می‌شود.

- معنای لغوی: واژه «امنیت» در زبان عربی از ریشه «أمن» به معنای در امان بودن، ایمنی و آسودگی (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۲۳) و از بین رفتن هراس و نگرانی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۹۰). این معنا در متون فقهی نیز مورد توجه قرار گرفته و به‌عنوان یکی از مقاصد شریعت، بر اهمیت حفظ امنیت و آسایش عمومی تأکید شده است (ورعی، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۸).
- معنای فقهی: در فقه اسلامی، امنیت مفهومی گسترده‌تر دارد و به معنای حفاظت از جان، مال، دین و عرض مسلمانان و تأمین شرایطی است که در آن فرد یا جامعه از خطرات مختلف مانند تهدیدات دینی، خارجی یا داخلی در امان باشند. امنیت در فقه به‌عنوان یکی از حقوق اولیه انسان‌ها و جوامع شناخته می‌شود و تأمین آن از وظایف حاکمیت و دولت اسلامی است. در فقه اسلامی، تأمین امنیت به‌طور خاص در چهارچوب اصولی مانند «حفظ النفس» (حفظ جان) و «حفظ المال» (حفظ مال) و «حفظ العرض» (حفظ آبرو) مطرح می‌شود (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص. ۳۸).
- معنای اصطلاحی: در اصطلاحات معاصر، امنیت به معنی وضعیت یا شرایطی است که در آن تهدیدات مختلف (اعم از اقتصادی، اجتماعی، نظامی یا سایبری) بر یک فرد، گروه یا کشور منتفی شده باشد و شرایط مطلوب برای

فعالیت‌های عادی، رشد و پیشرفت فراهم شود. امنیت اصطلاحی شامل ابعاد مختلفی است که از امنیت فردی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی گرفته تا امنیت ملی و بین‌المللی را دربرمی‌گیرد. در این زمینه، امنیت مقوله‌ای چندبعدی و پویاست که همواره باید با دیگر نیازهای جامعه مانند آزادی‌ها و حقوق بشر متوازن شود (نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۷).

۱-۱. تعریف دوگانه‌ها

دوگانه‌ها یا تقابل‌های دوتایی به مفاهیم و ساختارهایی اشاره دارند که در آن‌ها دو عنصر یا مفهوم در وضعیت تضاد، تعامل یا توازن با یکدیگر قرار می‌گیرند. این مفاهیم در بسیاری از حوزه‌های نظری، فلسفی، اجتماعی، فرهنگی و دینی مطرح می‌شوند و معمولاً بیان‌کننده نیاز به درک جهان از طریق تمایز و مقایسه‌اند. مفاهیمی مانند خیر و شر، عقل و نفس، زن و مرد، امنیت و آزادی یا دنیا و آخرت، مثال‌هایی از این تقابل‌ها هستند که هم در تفکر سنتی و دینی و هم در اندیشه مدرن حضور دارند.

از منظر ساختارگرایی، ذهن انسان برای فهم جهان به طبقه‌بندی و تضاد نیاز دارد و دوگانه‌ها ابزاری برای نظم دادن به تجربه انسانی شمرده می‌شوند. در آثار کلود لوی استروس، این تقابل‌ها سازوکار بنیادین تولید معنا در زبان، اسطوره و فرهنگ تلقی می‌شوند. با این حال، پس‌اساختارگرایان مانند ژاک دریدا بر سیالیت این دوگانه‌ها و نسبی بودن مرز میان آن‌ها تأکید کرده و نشان داده‌اند که هر قطب برای معنا یافتن به قطب دیگر وابسته است، هیچ‌کدام بر دیگری برتری ذاتی ندارد و اغلب در هم تنیده‌اند. این مفهوم در روزگار معاصر به‌گونه‌ای گسترده در تمام حوزه‌های هنر، معماری، علوم اجتماعی، زبان‌شناسی، علوم انسانی و حتی علوم سیاسی نفوذ کرده است (رامین‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۳).

در بستر دینی نیز دوگانه‌ها نقش کلیدی در تحلیل مفاهیم اخلاقی و هستی‌شناختی ایفا می‌کنند. در قرآن کریم و منابع اسلامی، تقابل‌هایی مانند هدایت و ضلالت، خوف و امنیت، نفس، عقل و دنیا و آخرت همواره به‌عنوان بستر انتخاب اخلاقی و رشد معنوی انسان مطرح شده‌اند. این دوگانه‌ها برخلاف ظاهر متناقض‌شان، گاه زمینه‌ساز تعامل و تکامل‌اند. برای مثال، در آیه «فَالْهَمَّهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا» (شمس/۸) به قابلیت وجودی انسان برای انتخاب میان دو مسیر اشاره می‌شود که هر دو در ساختار وجودی او قرار دارند.

در تحلیل‌های اجتماعی و فرهنگی معاصر، دوگانه‌هایی مانند امنیت و آزادی، فرد و جامعه، سنت و تجدد به‌طور خاص محل توجه‌اند (جوادی آملی، ۱۳۸۳، ص ۲۷۷؛ رادمند، ۱۳۷۹، ص ۲۱۷؛ افروغ، ۱۳۸۰، ص ۱۱۶). این مفاهیم نه تنها در تضاد نیستند، بلکه در توازنی ظریف قرار دارند که فهم و حفظ آن برای رسیدن به راه‌حل‌های کارآمد و متعادل ضروری است. بنابراین، دوگانه‌ها تنها ابزارهای تحلیلی برای نمایش تضاد نیستند، بلکه بیان‌کننده پیچیدگی‌های ذاتی جهان انسانی‌اند که می‌توانند بستری برای خلاقیت، تأمل و یافتن تعادل‌های نوین در مسائل پیچیده فراهم آورند. در ادامه، دوگانه‌هایی که احتمال تراحم با امنیت دارند، به‌طور خلاصه تعریف شده است.

- توسعه در فقه اسلامی: توسعه در نگاه فقهی شامل رشد و پیشرفت همه‌جانبه انسان و جامعه است که در ابعاد اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و حتی معنوی محقق می‌شود.
- آزادی در فقه شیعه: آزادی در فقه اسلامی به معنای حقیقت اختیار انسانی و آزاد بودن از سلطه نامشروع و غیراسلامی است.
- محیط‌زیست در فقه اسلامی: محیط‌زیست در فقه اسلامی به مفهوم حفظ منابع طبیعی، منابع آبی، خاک و هوا و به‌طور کلی، تعامل انسان با طبیعت است؛ به‌گونه‌ای که به آن آسیب نرساند. فقه اسلامی به حفاظت از زمین، آب، هوا و دیگر منابع طبیعی توجه دارد و به انسان‌ها مسئولیت می‌دهد که در استفاده از این منابع اعتدال را رعایت کنند.
- اخلاق در فقه اسلامی: اخلاق اسلامی به مجموعه اصول و قواعدی اشاره دارد که انسان‌ها را به رفتار صحیح و نیکو هدایت می‌کند. این اصول نه تنها شامل اخلاق فردی مانند صداقت، امانت‌داری و رعایت حقوق دیگران، بلکه شامل اخلاق اجتماعی مانند عدالت، انصاف، احترام به حقوق عمومی و حمایت از برابری در جامعه می‌شود.
- اقتصاد در فقه اسلامی: اقتصاد در فقه اسلامی به معنای تأمین نیازهای انسانی به شیوه‌ای است که عدالت و رفاه عمومی را در نظر بگیرد. در اسلام، مسائل اقتصادی نه تنها از نظر فنی و علمی، بلکه از نظر اخلاقی نیز مورد توجه قرار دارند.

۱-۲. تصویر تراحم بین امنیت و مفاهیم ارزشی

در نظام‌های دینی و به‌ویژه در فقه اسلامی، «امنیت» یکی از ارکان بنیادین جامعه مطلوب به شمار می‌رود که زمینه‌ساز اجرای احکام، تحقق عدالت و تأمین آسایش عمومی است. باین‌حال، در فرایند استقرار امنیت، همواره احتمال بروز تراحم با دیگر مفاهیم ارزشی مانند آزادی، عدالت، کرامت انسانی و حقوق فردی وجود دارد. این تراحم‌ها به‌ویژه در موقعیت‌های بحرانی مانند تهدید، ناامنی یا شورش‌های اجتماعی، نمود عینی‌تری می‌یابد و فقیه یا حاکم شرعی را در مقام ترجیح و اولویت‌گذاری قرار می‌دهد.

تصویر این تراحم‌ها تنها در سطح اجرایی و سیاست‌گذاری قابل تحلیل نیست، بلکه نیازمند بازخوانی فقهی و اصولی است. فقه اسلامی با بهره‌گیری از قواعدی مانند تراحم، اهم و مهم، اضطرار و مصلحت می‌کوشد تا به‌گونه‌ای منطقی و متوازن، میان امنیت به‌عنوان ضرورتی اجتماعی و دیگر ارزش‌ها به‌عنوان اصول بنیادین دینی سازگاری ایجاد کند. تبیین دقیق این نسبت‌ها نه تنها چالش‌های نظری فقه را روشن می‌سازد، بلکه در ارائه الگوی حکمرانی دینی در دنیای معاصر نیز نقش کلیدی ایفا می‌کند؛ البته باید توجه داشت که مواردی مانند امنیت و آزادی یا امنیت و عدالت که در اینجا به آن‌ها اشاره شد، تنها برای مثال به‌منظور روشنی بحث آورده شده‌اند و گر نه دامنه این مسئله می‌تواند فراتر از این مصادیق باشد و دیگر حوزه‌های ارزشی را نیز دربرگیرد.

۱-۲-۱. امنیت و اخلاق

مسئله تراحم بین امنیت و اخلاق در فقه اسلامی یکی از موضوعات مهم و چالش‌برانگیز است. در بسیاری از موارد، برای تأمین امنیت عمومی ممکن است تصمیمات یا اقدامات خاصی اتخاذ شود که به نظر می‌رسد با اصول اخلاقی و انسانی در تضاد هستند. برای مثال، در شرایط خاص امنیتی ممکن است اقدامات نظارتی سرکوبگرانه یا حتی نقض حریم خصوصی افراد لازم به نظر برسد که با آموزه‌های اخلاقی اسلام مغایر است.

در شرایط عادی باید امنیت و اخلاق به‌طور طبیعی با هم هماهنگ شوند. فقه اسلامی بر این اصل تأکید دارد که هیچ‌گاه نباید به بهانه تأمین امنیت، اصول اخلاقی نادیده گرفته شود. برای مثال، نباید به دلیل نیاز به امنیت عمومی، به حقوق فردی و خصوصی افراد تجاوز شود

یا از روش‌های غیراخلاقی مانند شکنجه یا دروغ‌گویی برای دستیابی به اهداف امنیتی استفاده کرد، اما در شرایط اضطراری یا بحران‌ها ممکن است اقدامات امنیتی به شکلی ضرورت یابند که برخی اصول اخلاقی به‌طور موقت تحت‌الشعاع قرار گیرد. برای مثال، در شرایط جنگ یا تهدیدات جدی امنیتی ممکن است استفاده از برخی روش‌ها که در شرایط عادی مغایر با اخلاق است، اجتناب‌ناپذیر شود. برای مثال، در مواقع حساس امنیتی آیا می‌توان اطلاعات را پنهان کرد یا حقایق را تحریف کرد؟ گاه ممکن است اقدامات امنیتی منجر به نقض برخی از اصول اخلاقی مانند صداقت، حریم خصوصی و حقوق انسانی شوند.

۱-۲-۲. امنیت و آزادی

مسئله تزامن میان امنیت و آزادی یکی از چالش‌های اساسی در دنیای معاصر است. در جوامع اسلامی و به‌ویژه در فقه شیعه، این موضوع به‌طور مداوم مورد بحث قرار گرفته است. در برخی مواقع، حفظ امنیت عمومی و حاکمیت نظم اجتماعی ممکن است به محدودیت آزادی‌های فردی منجر شود و در برخی دیگر، آزادی فردی می‌تواند تهدیدی برای امنیت جامعه باشد. برای مثال، در مواقع اضطراری یا تهدیدات امنیتی ممکن است نیاز به محدود کردن برخی از آزادی‌ها و حقوق فردی مانند حریم خصوصی یا آزادی‌های اجتماعی باشد تا امنیت عمومی تأمین شود. در مواقعی که تهدیدات امنیتی جدی هستند، ممکن است محدود کردن حقوق فردی از جمله حریم خصوصی، آزادی‌های فردی و آزادی‌های اجتماعی برای تأمین امنیت جامعه ضروری باشد یا در دوران جنگ یا بحران‌های امنیتی ممکن است نیاز به بازداشت‌های موقت یا محدودیت‌های شدید بر رفت‌وآمد افراد باشد که برای تأمین امنیت جامعه ضروری است (رادمند، ۱۳۷۹، ص ۲۱۴).

۱-۲-۳. امنیت و اقتصاد

یکی از چالش‌های اساسی در دوران معاصر، تزامن میان امنیت و اقتصاد است. در برخی مواقع، برای تأمین امنیت عمومی ممکن است اقدامات امنیتی به‌طور مستقیم بر فعالیت‌های اقتصادی تأثیر بگذارد و برعکس، در برخی از شرایط اقتصادی بحرانی، برای تأمین رفاه و مصالح اقتصادی ممکن است سیاست‌هایی اتخاذ شود که به امنیت جامعه آسیب برساند. در شرایط عادی، تلاش برای حفظ امنیت و رشد اقتصادی باید به‌طور هم‌زمان انجام

شود. فقه اسلامی بر این تأکید دارد که جامعه باید از لحاظ اقتصادی به خودکفایی برسد و درعین حال از تهدیدات امنیتی جلوگیری کند. به‌طورکلی، فقه اسلامی معتقد است که اقتصاد سالم و امنیت پایدار هم‌راستا هستند و یکی بدون دیگری نمی‌تواند موفق باشد، اما در موارد خاص، ممکن است تصمیمات امنیتی به‌گونه‌ای اتخاذ شوند که بر فعالیت‌های اقتصادی تأثیر منفی بگذارند. در شرایط بحرانی مانند جنگ، تهدیدات خارجی یا بحران‌های اجتماعی ممکن است اقدامات امنیتی نیاز به فدا کردن برخی مسائل اقتصادی داشته باشند. برای مثال، ممکن است منابع مالی و انسانی به‌جای توسعه اقتصادی، برای تقویت اقدامات امنیتی تخصیص یابند که این به‌طور مستقیم بر رشد اقتصادی تأثیر می‌گذارد.

۱-۲-۴. امنیت و محیط‌زیست

یکی از چالش‌های عمده در عصر حاضر، تزامن میان امنیت و محیط‌زیست است. این تزامن هنگامی رخ می‌دهد که اقدامات امنیتی، نظامی یا صنعتی برای تأمین امنیت جامعه ممکن است به محیط‌زیست آسیب بزنند یا برعکس، حفظ محیط‌زیست و توجه به توسعه پایدار ممکن است تهدیداتی برای امنیت ملی ایجاد کند. در فقه اسلامی، اصول و قواعدی وجود دارد که به حل این تزامن‌ها کمک می‌کند. این قواعد نه تنها بر اساس حفظ مصالح عمومی، بلکه بر اساس اصول اخلاقی و شرعی و احترام به حقوق بشر، حیوانات و محیط‌زیست استوار است.

در شرایط عادی، امنیت و محیط‌زیست باید به‌طور متوازن و هماهنگ با یکدیگر پیش روند. توسعه‌ای که منجر به آسیب به محیط‌زیست شود، نمی‌تواند به‌طور پایدار و درست امنیت جامعه را تأمین کند. از سوی دیگر، اگر محیط‌زیست تحت تأثیر تهدیدات امنیتی قرار گیرد، این تهدیدات ممکن است به بحران‌های جدی در آینده تبدیل شوند.

در شرایط اضطراری مانند جنگ، بحران‌های اجتماعی یا تهدیدات امنیتی شدید، ممکن است برای حفظ امنیت عمومی نیاز به اقدامات خاصی باشد که به محیط‌زیست آسیب بزنند. برای مثال، استفاده از منابع طبیعی برای تأمین نیازهای امنیتی، تخریب منابع طبیعی در جنگ یا حتی اعمال تحریم‌هایی که به محیط‌زیست آسیب می‌زنند.

۱-۲-۵. امنیت و عدالت

در جوامع اسلامی، مفاهیم امنیت و عدالت به عنوان دو اصل اساسی و مهم برای رشد و تعالی جامعه شناخته می شوند، اما در برخی مواقع، این دو مفهوم ممکن است با یکدیگر در تراحم قرار گیرند (جعفرپیشه، ۱۳۸۴، ص ۱۱۶). به عبارت دیگر، ممکن است در شرایط خاصی، اجرای یک سیاست امنیتی با محدود کردن اصول عدالت همراه باشد یا اجرای عدالت به گونه ای منجر به تهدید امنیت جامعه شود. برای مثال، در مواقع بحرانی ممکن است نیاز به محدود کردن دسترسی به منابع اقتصادی یا تخصیص منابع به نفع دستگاه های امنیتی باشد که این اقدامات می توانند بر مساوات اقتصادی یا عدالت اجتماعی تأثیر منفی بگذارند.

در این شرایط، پاسخ گویی به این تراحم ها نیازمند فهم دقیق از اصول فقهی و قواعد اسلامی است. تراحم امنیت و عدالت هنگامی رخ می دهد که برقراری یکی از این دو اصل، به هزینه دیگری تمام شود. این تراحم می تواند در ابعاد مختلف مانند محدودیت در آزادی های فردی به وجود آید. بدین توضیح که برای تأمین امنیت عمومی ممکن است نیاز به محدود کردن برخی حقوق فردی یا اجتماعی افراد باشد که این اقدام به نظر برخی از پژوهشگران با اصول عدالت مخالف است (فتاحیان و رضاپور، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۵).

۱-۲-۶. امنیت و توسعه

در جوامع امروزی، دو مفهوم امنیت و توسعه از ارکان اساسی پایداری و پیشرفت شمرده می شوند. از سویی امنیت شرط اساسی برای تحقق توسعه پایدار است و از سوی دیگر، توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، خود عاملی در راستای تثبیت و تقویت امنیت به شمار می آید. با این حال، گاه میان این دو مقوله تراحم رخ می دهد. به این معنا که اجرای سیاست های امنیتی ممکن است موجب محدودیت در روند توسعه شود یا برخی اقدامات توسعه ای، چالش هایی برای امنیت جامعه ایجاد کنند (شاپوری و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۲۲). در فقه اسلامی، اصول و قواعدی برای حل تراحم میان این دو مقوله ارائه شده است که می تواند راهگشای سیاست گذاری و تصمیم گیری باشد. تراحم میان امنیت و توسعه معمولاً در یکی از حالت های زیر رخ می دهد.

- اولویت‌بخشی به امنیت بر توسعه: در شرایط بحران، حکومت‌ها ممکن است توسعه را متوقف و بر مسائل امنیتی تمرکز کنند. این موضوع منجر به رکود اقتصادی یا محدودیت در آزادی‌های اجتماعی می‌شود.
- اولویت‌بخشی به توسعه بر امنیت: برخی سیاست‌های توسعه‌ای مانند سرمایه‌گذاری خارجی بدون نظارت کافی یا آزادسازی فرهنگی بدون کنترل، ممکن است امنیت ملی را به خطر بیندازد.
- تراحم در روش‌های اجرایی: گاه سیاست‌های امنیتی و توسعه‌ای هم‌زمان اجرا می‌شوند، اما در روش‌های اجرایی دچار تراحم می‌شوند. برای مثال، اجرای برخی طرح‌های عمرانی ممکن است موجب نارضایتی عمومی و اعتراضات اجتماعی شود که امنیت را تهدید می‌کند.

۳-۱. نسبت «بحث ضد» در اصول فقه با «بحث دوگانه‌ها» در فقه

در دانش اصول فقه، یکی از مباحث دیرینه و فنی که ذیل مباحث اوامر مطرح می‌شود، موضوع «بحث ضد» است. این بحث به بررسی این نکته می‌پردازد که آیا اگر شارع به فعل خاصی فرمان دهد، به‌طور ضمنی از ضد آن نیز نهی کرده است یا نه؟ (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۲۶۳). به بیان ساده‌تر، اگر شارع به «نماز» امر کرده، آیا از این فرمان می‌توان نهی از اعمال متضاد آن مانند خوردن، خوابیدن یا سرگرم شدن به کاری دیگر در وقت نماز را نیز استنباط کرد؟ این بحث، با تمرکز بر افعال مکلف و در فضای فقه فردی، به تعیین مرزهای الزام شرعی و دامنه دلالت امر می‌پردازد و در واقع، به فقیه کمک می‌کند تا در مواجهه با تعارضات احتمالی، تکلیف را مشخص کند.

در سوی دیگر در دانش فقه نوعی دیگر از تقابل‌ها پدیدار می‌شود که از آن‌ها به «دوگانه‌های ارزشی» یاد می‌شود مانند تقابل امنیت و آزادی یا امنیت و عدالت. در این موارد، فقیه یا حاکم اسلامی با موقعیت‌هایی روبه‌روست که تحقق هم‌زمان دو ارزش مطلوب شرعی ممکن نیست و باید با در نظر گرفتن مصالح عمومی، یکی را بر دیگری مقدم بدارد. تحلیل این موقعیت‌ها نیازمند رویکرد ترکیبی است که هم عقلانیت فقهی و هم ملاحظات اجتماعی را در نظر بگیرد.

با وجود تفاوت در بستر و سطح تحلیل می‌توان میان بحث «ضد» در اصول فقه و

دوگانه‌های ارزشی در فقه نوعی نسبت تحلیلی برقرار کرد (فیرحی، ۱۳۹۹، ص. ۹۶). در این حالت، هر دو ناظر به وضعیت‌هایی هستند که در آن‌ها «تراحم» میان دو فعل یا دو ارزش رخ می‌دهد و فقیه ناگزیر از تعیین اولویت و ترجیح است. در بحث ضد، این تراحم در سطح افعال مکلفان و به‌ویژه در دلالت‌های الفاظ شرعی تحلیل می‌شود درحالی‌که در عرصه فقه، دوگانه‌هایی مانند امنیت و آزادی، در سطح کلان اجتماعی مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

باین‌حال، تفاوت اساسی آنجاست که «بحث ضد» بیشتر بر استلزامات منطقی و دلالت‌های لفظی متمرکز است، اما بررسی دوگانه‌های ارزشی در بستر واقعیت‌های پیچیده اجتماعی، شرایط متغیر زمان و مکان و اهداف کلان شریعت صورت می‌گیرد. بنابراین، نسبت این دو را باید نوعی «هم‌خویشی مفهومی» دانست؛ یعنی هر دو درگیر مسئله «ترجیح در موقعیت تراحم» اند، اما از دو منظر متفاوت.

۲. ادله فقهی برای حل تراحم امنیت و ارزش‌های والای انسانی

از منظر فقه اسلامی، امنیت ذاتاً به معنای مقوله‌ای مستقل و خودمختار در نظر گرفته نمی‌شود. به عبارت دیگر، امنیت در فقه اسلامی به‌خودی‌خود، موضوعی مستقل و فاقد هدف نیست، بلکه ابزاری برای حفظ و تحقق اهداف عالی انسانی و دینی است. در فقه امنیت، این مقوله به‌طور مستقیم با مفاهیم دیگر مانند حفظ دین، جان، عقل، مال و نسل (که در مقاصد شریعت مورد تأکید قرار دارند) ارتباط دارد (شهید اول، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۳۸).

برای تبیین دقیق مطلب باید گفت امنیت به‌عنوان ابزار در فقه اسلامی مطرح شده است. بدین معنا که امنیت هدف مستقل نیست، بلکه ابزاری است برای حفظ ارزش‌های بنیادین انسانی و دینی. در واقع، امنیت باید در راستای تحقق اهداف عالی انسانی و دینی مانند عدالت، کرامت انسان و حفظ اصول دینی به کار گرفته شود (مؤذن جامی، بی‌تا، ص. ۱۱). به عبارت دیگر، اگر امنیت باعث نقض یا تحدید این ارزش‌ها شود، مشروعیت خود را از دست می‌دهد. فقه اسلامی بر این باور است که اهداف کلان شریعت در پنج مقوله اصلی است: حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ مال و حفظ نسل. این مقاصد در کنار هم، اهمیت و مشروعیت امنیت را در جامعه اسلامی تعیین می‌کنند. امنیت

می‌تواند در راستای حفظ این مقاصد به کار گرفته شود، اما هیچ‌گاه به‌تنهایی هدف قرار نمی‌گیرد. در فقه اسلامی، اگر امنیت به‌عنوان اصل در نظر گرفته شود، باید در چهارچوب ارزش‌های اسلامی و انسانی عمل کند. ازاین‌رو امنیت ذاتاً نمی‌تواند در تضاد با ارزش‌ها قرار بگیرد، بلکه باید به‌عنوان یکی از وسایل برای حفظ و تقویت ارزش‌ها در جامعه دیده شود. ازاین‌رو امنیت همواره باید در راستای حفظ مقاصد شریعت و ارزش‌های انسانی به کار گرفته شود و هیچ‌گاه به‌طور مستقل نمی‌تواند هدف قرار گیرد. به همین خاطر، فقه اسلامی برای رهایی از تراحم‌هایی که احیاناً بین امنیت و ارزش‌ها حاصل می‌شود، راهکارهایی را تعبیه کرده است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

۲-۱. قاعده الایهم فالایهم

این قاعده بیان می‌کند که در شرایطی که دو ارزش یا دو حکم در تراحم^۱ باشند، آنچه اهمیت بیشتری دارد، مقدم خواهد شد (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۰۳)؛ با این توضیح که اگر در شرایطی خاص، امنیت عمومی و عدالت در تراحم باشند، باید بررسی شود که کدام یک اهمیت بیشتری دارد. این قاعده به این معناست که وقتی دو یا چند مسئله در فقه در تراحم قرار می‌گیرند، آن چیزی که اولویت بیشتری دارد باید اجرا شود. در زمینه امنیت، اگر در موقعیت خاصی، حفظ امنیت از اهمیت بالاتری برخوردار باشد، باید تصمیماتی اتخاذ شود که به تأمین امنیت عمومی کمک کند حتی اگر این تصمیمات با برخی حقوق فردی یا دیگر اصول فقهی در تضاد باشد. نکته مهم اینکه، اولویت‌بخشی امنیت بر عدالت باید موقتی و حداقلی باشد (دیلمی و جلیلی مراد، ۱۳۹۹، ص. ۲۳).

۲-۲. قاعده دفع افسد به فاسد

این قاعده بیان می‌کند که اگر میان دو ضرر تراحم ایجاد شد، باید ضرر کمتر را پذیرفت تا از وقوع ضرر بزرگ‌تر جلوگیری شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۹). اگر برای حفظ امنیت لازم باشد که برخی اطلاعات پنهان شود و این پنهان‌کاری در شرایط عادی ناپسند باشد، در شرایط بحرانی ممکن است پنهان‌کاری برای جلوگیری از خطرات بزرگ‌تر مجاز باشد. برای مثال، ممکن است در شرایط تهدید تروریستی، دستگیری مظنونان بدون طی تشریفات قضایی صورت گیرد، اما این باید در حد ضرورت باقی

بماند و به رویه دائمی تبدیل نشود. طبق این قاعده، زمانی که باید دو فساد یا ضرر را برطرف کرد و برطرف کردن هر دو ممکن نیست، باید به اجبار آن فساد یا ضرر کمتر را انجام داد تا بتوان از وقوع یا ادامه فساد بزرگ‌تر جلوگیری کرد. در فقه امنیت، این قاعده می‌تواند به این صورت تفسیر شود که در شرایط بحرانی، اگر برای تأمین امنیت جامعه نیاز به اعمال اقدامات امنیتی باشد که در غیر شرایط بحرانی غیرمجاز یا غیراخلاقی هستند، باید آن اقداماتی را انتخاب کرد که کمترین آسیب به اصول اخلاقی، حقوق فردی و عدالت وارد شود.

برای مثال، اگر در جنگ یا بحران، نیاز به محدود کردن دسترسی به اطلاعات برای حفظ امنیت کشور باشد، باید کوشید این محدودیت‌ها به اندازه‌ای باشد که کمترین آسیب را به آزادی‌های اطلاعاتی و حقوق شهروندی وارد کند.

۲-۳. قاعده الضرورات تبیح المحظورات

این قاعده تصریح می‌کند که در مواقع اضطراری، برخی امور که در شرایط عادی جایز نیستند، ممکن است به‌طور موقت مجاز شوند. برخی صاحب‌نظران شیعه در تعریف اضطرار گفته‌اند که اضطرار آن است که صبر بر آن ممکن نباشد مانند گرسنگی (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص. ۶۳۶).

این قاعده از عناوین ثانویه است که با پیدایش آن، تکلیف مربوط از عهده مکلف برداشته می‌شود و او می‌تواند کاری را که در حالت عادی واجب یا حرام است، ترک کند یا مرتکب شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص. ۵۴۲).

در شرایط اضطراری، ممکن است برخی محدودیت‌های امنیتی مانند شنود مکالمات، کنترل شدید اطلاعات یا اعمال برخی محدودیت‌های اجتماعی لازم باشد. این اقدامات باید محدود به شرایط اضطراری باشد و پس از برطرف شدن بحران، به وضعیت عادی بازگشت. این قاعده بیان می‌کند که در مواقع ضروری و بحرانی که خطرات جدی تهدید می‌کنند، برخی از اصول فقهی که در شرایط عادی حرام یا غیرمجاز هستند، مجاز می‌شوند. در فقه امنیت، این قاعده به‌ویژه در مواقع جنگ، تهدیدات امنیتی یا بحران‌های اجتماعی اهمیت دارد؛ زیرا ممکن است برای حفظ امنیت عمومی نیاز به اتخاذ تصمیماتی باشد که در غیر شرایط اضطراری مجاز نباشد.

۲-۴. قاعده لاضرر و لاضرار

قاعده لاضرر قاعده فقهی برگرفته از متن حدیث نبوی «لا ضَرَر و لا ضَرار فی الاسلام»^۲ که بر نفی ضرر و زیان به خود و دیگران در دین اسلام و حرمت آن دلالت می‌کند. قاعده لاضرر از مشهورترین قواعد فقهی است که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۳۱) و نیز در فقه پزشکی و برخی مسائل مستحدث فقهی به آن استناد کرده‌اند. اهمیت این قاعده به‌اندازه‌ای است که بسیاری از فقهای گذشته و حال در تألیفات و تقریرات خود، رساله مستقلی را بدان اختصاص داده‌اند.

طبق این قاعده، هیچ اقدام امنیتی نباید باعث آسیب جدی و جبران‌ناپذیر به افراد جامعه شود. اگر تأمین امنیت باعث سلب آزادی‌های مشروع، کرامت انسانی یا ایجاد ظلم شود، باید متوقف یا اصلاح شود. برای مثال، ممکن است بازجویی‌های خشن برای حفظ امنیت انجام شود، اما اگر این روش‌ها کرامت انسانی را خدشه‌دار کنند، باید با روش‌های دیگر جایگزین شوند.

این قاعده تأکید دارد که هیچ فردی نباید به دیگری ضرر وارد کند و هیچ اقدام امنیتی نباید منجر به ضرر جبران‌ناپذیر برای افراد یا جامعه شود. در حل تراحم‌های امنیتی باید کوشید اقدامات امنیتی به‌گونه‌ای باشد که کمترین آسیب را به افراد و جامعه وارد کند. برای مثال، هنگام اتخاذ تصمیمات امنیتی باید مطمئن شد که این اقدامات بیش از حد نیاز به حقوق فردی یا آزادی‌های عمومی آسیب نرساند.

۲-۵. قاعده حفظ نظام

در فقه اسلامی یکی از قواعد کلیدی و زیربنایی که در مقام ترجیح میان ارزش‌های متعارض می‌تواند راهگشا باشد، قاعده حفظ نظام است. این قاعده که از عقل، سیره عقلا و متون دینی استخراج شده است، بیان می‌کند که حفظ نظم اجتماعی و جلوگیری از هرج و مرج، از ضرورت‌های شرعی است که در بسیاری موارد بر دیگر ملاحظات مقدم می‌شود (نجفی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۴، ص. ۱۷۵).

در شرایطی که فقیه یا حاکم اسلامی با دوگانه‌هایی مانند امنیت و آزادی، عدالت و کارآمدی یا مصلحت فرد و مصلحت جمع مواجه می‌شود، قاعده حفظ نظام می‌تواند به‌عنوان دلیلی فراگیر، مبنای ترجیح یک ارزش بر دیگری قرار گیرد. برای مثال، اگر

اجرای بی‌قید و شرط آزادی‌های فردی، به اخلال در امنیت عمومی یا فروپاشی نظم اجتماعی بینجامد، قاعده حفظ نظام ایجاب می‌کند که آزادی در چهارچوب معقولی محدود شود. این تقدم به معنای نفی ارزش آزادی نیست، بلکه ناشی از اولویت بخشی به شرط امکان تحقق دیگر ارزش‌ها یعنی نظم اجتماعی پایدار است.

نظم اجتماعی از بسترهای ضروری تحقق احکام شریعت است؛ به گونه‌ای که برخی از فقها مانند محقق نایینی و امام خمینی تأکید داشته‌اند که بدون حفظ نظام، اجرای احکام الهی و تحقق مصالح جامعه دینی ممکن نخواهد بود (نایینی، ۱۴۲۴ق، صص. ۷۶-۷۵؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۶۱۹). از منظر مقاصد شریعت نیز حفظ دین، نفس، عقل، مال و نسل، همگی در گروی حفظ ساختار منظم اجتماعی هستند. بنابراین، قاعده حفظ نظام، نه تنها در فقه فردی، بلکه به‌ویژه در فقه حکومتی و در شرایط تزاحم ارزش‌ها، دلیلی کلان و جهت‌بخش شمرده می‌شود که می‌تواند ترجیح یکی از دو طرف دوگانه را عقلانی و شرعی جلوه دهد. در چنین وضعیتی، فقیه با در نظر گرفتن این قاعده، به دنبال راه‌حلی است که ضمن احترام به ارزش‌های بنیادین شریعت، از فروپاشی نظم اجتماعی و بحران‌های عملی در حکمرانی جلوگیری کند.

نتیجه‌گیری

بررسی نسبت میان امنیت و ارزش‌ها از منظر فقه اسلامی نشان می‌دهد که فقه امنیت برخلاف بسیاری از نظریه‌های رایج در اندیشه‌های سکولار، امنیت را نه در تقابل با ارزش‌ها، بلکه در پیوندی ناگسستنی با آن‌ها تعریف می‌کند. در این نگاه، امنیت ابزاری است برای صیانت و تحقق ارزش‌های متعالی شریعت؛ ارزش‌هایی مانند عدالت، کرامت انسانی، حفظ دین و رعایت حدود الهی. از این منظر، اگر امنیت از این اصول فاصله بگیرد، نه تنها پایدار نخواهد ماند، بلکه به بستری برای گسترش ناامنی‌های ساختاری، اخلاقی و فرهنگی تبدیل خواهد شد.

فقه امنیت با تلفیق عقلانیت و تعهد به شریعت، می‌کوشد توازنی میان مصالح دنیوی و ارزش‌های اخروی برقرار سازد و الگویی برای حکمرانی اسلامی ارائه دهد که در آن، امنیت در خدمت ارزش‌ها قرار گیرد نه در رقابت یا تعارض با آن‌ها. در این چهارچوب هرگونه اقدام امنیتی که به قیمت نقض اصول و مبانی دینی انجام شود، فاقد مشروعیت

فقهی خواهد بود.

باین‌حال، در مقام ترجیح میان ارزش‌های متعارض مانند دوگانه امنیت و آزادی یا امنیت و عدالت، فقه اسلامی راه‌حلهایی مبتنی بر قواعد اصولی مانند قاعده تراحم، قاعده اهم و مهم و قاعده حفظ نظام ارائه می‌دهد. نکته مهم این است که ادله‌ای که برای رفع تراحم در فقه به کار می‌روند، جنبه موردی دارند و از آن‌ها نمی‌توان به‌صورت کلی و تعمیم‌پذیر، قاعده استخراج کرد. به عبارت دیگر، هر مورد از تراحم نیازمند بررسی مستقل در ظرف زمان، مکان، شرایط اجتماعی و آثار مترتب است و باید در همان بستر خاص خود تحلیل شود تا بتوان تشخیص داد که کدام ارزش «اهم» یا «ارجح» است.

در این میان، یکی از پیش‌نیازهای حیاتی در فقه آن است که تشخیص مصداق اهم و مهم، به فرد یا نهادی دارای صلاحیت سپرده شود؛ نهادی که با احاطه بر اصول فقهی، آگاهی از واقعیت‌های اجتماعی و اشراف بر شریعت بتواند در موقعیت‌های تراحمی، تصمیمی مستند و مشروع اتخاذ کند. این وظیفه در نظام اسلامی بر عهده ولی فقیه، شورای نگهبان یا نهادهای فقهی مشورتی است که مرجع تشخیص مصالح و اولویت‌ها در مقام سیاست‌گذاری هستند.

در نتیجه، فقه امنیت نه تنها ظرفیت پاسخ‌گویی به چالش‌های پیچیده عصر حاضر را دارد، بلکه اگر با درکی عمیق از شرایط واقعی و ملاحظات ارزشی همراه شود، می‌تواند مبنایی معتبر و راهبردی برای سیاست‌گذاری امنیتی در نظام اسلامی باشد؛ سیاست‌گذاری‌ای که نه با حذف ارزش‌ها، بلکه با حفظ و اولویت‌بخشی صحیح میان آن‌ها، امنیتی پایدار و مشروع را تضمین کند.

یادداشت‌ها

۱. این قاعده بخشی از نظریه تراحم در اصول فقه است نه تعارض؛ زیرا در تراحم، هر دو طرف از نظر شرع مطلوب‌اند، اما امکان اجرای هم‌زمان‌شان وجود ندارد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۲۶).
۲. سمره‌بن جندب در خانه یکی از انصار درختی داشت که برای سرکشی به آن درخت، بدون اجازه وارد آنجا می‌شد و باعث آزار و اذیت آن انصاری می‌شد. این قضیه به گوش رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) رسید و او از سمره خواست که هنگام ورود به منزل انصاری اجازه بگیرد. وی به خواسته رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) ترتیب اثری نداد و وقتی ایشان

خواستند درخت از وی خریداری شود، از فروشش نیز ابا کرد. حضرت فرمود در ازای این درخت، در بهشت پاداشی را برایت تضمین می‌کنم. وی بار دیگر نیز ابا کرد تا اینکه رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) به انصاری فرمود برو درخت را از خانه‌ات بکن و بیرون بینداز، زیرا ضرر و ضراری در اسلام نیست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۹۲).

منابع

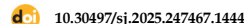
- قرآن کریم.
- افروغ، عماد (۱۳۸۰). «سنت و تجدد». *مجله بازتاب اندیشه*، شماره ۱۴.
- جعفرپیشه، مصطفی (۱۳۸۴). «عدالت و امنیت». *مجله حکومت اسلامی*.
- جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)* (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۳). «رابطه فرد و جامعه در اسلام». *نشریه پاسدار اسلام*، شماره ۲۷۷.
- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی (۱۳۸۷). «قاعده دفع افسد به فاسد و دلالت‌های حقوقی-جرم‌شناختی آن». *مجله حقوق اسلامی*، سال ۵، شماره ۱۸.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۹). *تحریرالوسیله* (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- دیلمی، احمد و جلیلی مراد، آیت‌الله (۱۳۹۹). «قاعده اهم و مهم و کارکردهای حقوقی آن». *مجله حقوق اسلامی*، سال ۱۷، شماره ۶۶.
- رادمند، داوود (۱۳۷۹). «امنیت و آزادی». *مجله علوم سیاسی*، شماره ۹.
- راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات الفاظ القرآن*. بیروت: الدارالشامیه.
- رامین‌نیا، مریم (۱۳۹۳). «تقابل‌های دوگانه و کارکرد آن‌ها در متن با تأکید بر تقابل نور و ظلمت در آثار فارسی شیخ اشراق». *مجله پژوهش زبان و ادبیات فارسی*، شماره ۳۵.
- زبیدی، محمدمرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس* (جلد ۱۸). بیروت: دارالفکر.
- شاپوری، مهدی، موسوی شفاپی، مسعود و سلطانی‌نژاد، احمد (۱۳۹۶). «نسبت امنیت و توسعه؛ الزامات سیاست خارجی». *مجله مطالعات راهبردی*.
- شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۰۰ق). *القواعد والفوائد* (جلد ۱). قم: کتاب‌فروشی مفید.
- صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الاصول* (جلد ۷). قم: مرکز الغدير للدراسات الاسلامیه.
- فتاحیان، محمدحسین و رضاپور، حسین (۱۴۰۰). «ترسیمی از رابطه عدالت و امنیت در نظام

- اسلامی با تأکید بر اندیشه امام خمینی». مجله سیاست متعالیه.
- فیرحی، داوود (۱۳۹۹). «نشست ماه؛ دانش فقه و مرجع امنیت». مجله دیده‌بان امنیت ملی، شماره ۱۰۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلد ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). القواعد الفقهیه (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه (جلد ۱). قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- مقدس اردبیلی، احمد (بی‌تا). زبدة البیان فی احکام القرآن. تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
- مؤذن جامی، محمد هادی (بی‌تا). بررسی مفهوم امنیت از دید قرآن و امیرالمؤمنین (علیه السلام). اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.
- نایینی، محمد حسین (۱۴۲۴ق). تنبیه‌الامة و تنزیه‌الملة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۲ق). جواهر الکلام (جلد ۱۴). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نصیری، قدیر (۱۳۹۰). «تأملی نظری در یافته‌ها و دشواری‌های "باری بوزان" در بررسی امنیت». فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۵۴.
- ورعی، سید جواد (۱۳۹۷). «امنیت از اهداف تشریع». مجله فقه حکومتی، شماره ۵.

References

- The Holy Qur'an.*
- Afrough, E. (2001). Tradition and modernity. *Baztab Andisheh Journal*, 14. [in Persian]
- Deylami, A., & Jalili-Morad, A. (2020). The rule of more important and important, and its legal functions. *Islamic Law Journal*, 17(66). [in Persian]
- Fattahian, M. H., & Rezapour, H. (2021). An outline of the relationship between justice and security in the Islamic system with emphasis on Imam Khomeini's thought. *Transcendent Politics Journal*. [in Persian]
- Feirahi, D. (2020). Monthly session: Jurisprudence and the reference of security. *National Security Watch Journal*, 104. [in Persian]
- Haji Dehabadi, M. A. (2008). The rule of repelling the greater harm by the lesser and its legal-criminological implications. *Islamic Law Journal*, 5(18). [in Persian]
- Jafarpisheh, M. (2005). Justice and security. *Islamic Government Journal*. [in Persian]
- Javadi Amoli, A. (2004). The relationship between individual and society in Islam. *Pasdar Islam Journal*, 277. [in Persian]

- Khomeini, R. (2000). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Kulaini, M. b. Ya'qub. (1987/1407 AH). *Al-Kafi* (Vol. 5). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [in Arabic]
- Moazen Jami, M. H. (n.d.). The concept of security from the perspective of the Qur'an and Imam Ali (peace be upon him). Isfahan: Qaemieh Computer Research Center. [in Persian]
- Mostafavi, S. M. K. (2000/1421 AH). *Al-Qawa'id al-fiqhiyyah* (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute, affiliated with the Society of Seminary Teachers. [in Arabic]
- Mudhafar, M. R. (1991). *Usul al-fiqh* (Vol. 1). Qom: Islamic Propagation Office Publishing Center. [in Arabic]
- Muhaqqiq Damad, S. M. (1986/1406 AH). *Qawa'id al-fiqh* (Vol. 1). Tehran: Center for Islamic Sciences Publishing. [in Persian]
- Muqaddas Ardebili, A. (n.d.). *Zubdat al-bayan fi ahkam al-Qur'an*. Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyah li-Ihya' al-Athar al-Ja'fariyyah. [in Arabic]
- Na'ini, M. H. (2003/1424 AH). *Tanbih al-ummah wa tanzih al-millah*. Qom: Islamic Propagation Office, Seminary of Qom. [in Arabic]
- Najafi, M. H. (1982/1402 AH). *Jawahir al-kalam* (Vol. 14). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [in Arabic]
- Nasiri, G. (2011). A theoretical reflection on the findings and difficulties of Barry Buzan in the study of security. *Strategic Studies Quarterly*, 54. [in Persian]
- Radmand, D. (2000). Security and freedom. *Political Science Journal*, 9. [in Persian]
- Raghib Isfahani, H. b. M. (1992/1412 AH). *Mufradat al-faz al-Qur'an*. Beirut: Al-Dar al-Shamiyyah. [in Arabic]
- Ramin-nia, M. (2014). Binary oppositions and their functions in text with emphasis on the opposition of light and darkness in Suhrawardi's Persian works. *Journal of Persian Language and Literature Research*, 35. [in Persian]
- Research Group. (2005/1426 AH). *Fiqh culture according to the school of Ahl al-Bayt* (Vol. 1). Qom: Islamic Fiqh Encyclopedia Institute. [in Persian]
- Sadr, M. B. (1996/1417 AH). *Buhuth fi 'ilm al-usul* (Vol. 7). Qom: Al-Ghadir Center for Islamic Studies. [in Arabic]
- Shahid al-Awwal, Muhammad b. Makki. (1979/1400 AH). *Al-Qawa'id wa al-fawa'id* (Vol. 1). Qom: Mufid Bookstore. [in Arabic]
- Shapouri, M., Mousavi Shafaei, M., & Soltani-Nejad, A. (2017). The relationship between security and development: Implications for foreign policy. *Strategic Studies Journal*. [in Persian]
- Varaei, S. J. (2018). Security as one of the goals of legislation. *Journal of Governmental Fiqh*, 5. [in Persian]
- Zubaidi, M. M. (1994/1414 AH). *Taj al-'Arus* (Vol. 18). Beirut: Dar al-Fikr. [in Arabic]



A Jurisprudential and Legal Analysis of the Impact of Damages Caused by the Bank's Improper Performance on Loan Recipients

Delavar Baradaran Zareh Shoran: Instructor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Islamshahr, Iran.

baradaran@iaiu.ac.ir

Mohammadjavad Heydari Horestani: Ph.D. Candidate of private law, Faculty of Law, Farabi College, University of Tehran, Iran.

mj.heydari@isu.ac.ir

Mohammad Mahdi Assari: Bachelor's degree student in Islamic Studies and Law, Faculty of Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

M.assari@isu.ac.ir

Abstract

The banking system, as the vital artery of the economy, plays an irreplaceable role in allocating resources and granting facilities. However, operational complexities and extensive interactions can lead to damages for recipients due to banks' improper performance. This research explains the foundations and limits of banks' civil liability within the framework of *Imamia* jurisprudence and Iranian positive law. The fundamental question is: when borrowers incur losses from a bank's incorrect actions, what are the elements of liability, who is obligated to compensate, on what grounds, and to what extent

Adopting a descriptive-analytical method and a comparative approach between jurisprudential principles and Iranian law, this study analyzes common credit agreements (like civil partnerships, lease-purchases, and *ju'alah*), their ensuing obligations, and the rules governing civil liability. Findings show that a bank's liability towards borrowers is primarily a form of professional liability. The pivotal role of the jurisprudential rule of attribution (*intisab*) in proving liability is emphasized, along with the need to distinguish between actual damages and loss of profits in determining compensability. Fundamental jurisprudential rules like *daman yad* (liability from possession), *la darar* (no-harm principle), *itlaf*, and *tasbib* (indirect causation) hold significant potential for addressing modern banking challenges. A combined flexible application of jurisprudential and legal theories is essential to navigate the complexities of banking operations and precisely establish liability.

Keywords

Shared Contracts, *Ju'alah*, Hire-Purchase Contract, Bank, Loan Recipient, Loss, Loss of Prospective Profits, Professional Liability.



تحلیل فقهی و حقوقی تأثیر خسارات ناشی از عملکرد نادرست بانک بر دریافت کنندگان تسهیلات

دلاور برادران زره شوران: مربی گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلامشهر، ایران baradaran@iaau.ac.ir
محمد جواد حیدری هرستانی: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، ایران mj.heydari@isu.ac.ir
محمد مهدی عساری: دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول) M.assari@isu.ac.ir

چکیده

نظام بانکی به عنوان شریان حیاتی اقتصاد، در فرایند تخصیص منابع و اعطای تسهیلات، نقشی بی بدیل ایفا می کند. با این حال، پیچیدگی عملیات و گستردگی تعاملات گاه منجر به بروز خساراتی برای دریافت کنندگان تسهیلات در اثر عملکرد نادرست نهادهای بانکی می شود. این پژوهش با هدف تبیین دقیق مبانی و حدود مسئولیت مدنی بانکها در چنین شرایطی، در چهارچوب نظام فقهی امامیه و حقوق موضوعه ایران انجام پذیرفته است. پرسش اساسی که تحقیق حاضر در پی پاسخ به آن است، ناظر بر این مهم است که در صورت ورود زیان به تسهیلات گیرندگان به سبب عملکرد نادرست بانک، ارکان مسئولیت بانک چیست و با استناد به کدام مبانی و تا چه میزانی محقق خواهد شد؟ تحقیق حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بررسی مبانی فقهی و حقوق ایران، به واکاوی ماهیت قراردادهای تسهیلاتی متداول (مشارکت، اجاره به شرط تملیک و جعاله)، تعهدات قراردادی ناشی از آنها و ضوابط حاکم بر مسئولیت مدنی بانکها پرداخته است. یافته های پژوهش نشان می دهد که مسئولیت بانکها در قبال تسهیلات گیرندگان، عمدتاً تحت عنوان ضمان صاحبان تخصص قابل تحلیل است. در این میان، ضرورت تفکیک میان زیان به معنای فقهی آن (ورود نقص یا تلف مال موجود) و عدم النفع در تعیین قابلیت جبران خسارت مورد تأکید قرار گرفته است. قواعد فقهی بنیادین مانند ضمان ید، اتلاف و تسبیب، از ظرفیت شایان توجهی برای پاسخ گویی به چالش های نوین بانکداری برخوردارند. اعمال ترکیبی منعطف از نظریه های فقهی و حقوقی برای مواجهه با پیچیدگی های عملیات بانکی و تعیین دقیق مسئولیت ضروری است.

واژگان کلیدی: عقود مشارکتی، جعاله، اجاره به شرط تملیک، بانک، تسهیلات گیرنده، زیان، عدم النفع، ضمان صاحبان حرفه و تخصص.

مقدمه

در نظام اقتصادی معاصر، بانک‌ها به مثابه یکی از ارکان اصلی، نقشی حیاتی در تجهیز و تخصیص منابع مالی به‌ویژه اعطای تسهیلات به اشخاص حقیقی و حقوقی ایفا می‌کنند. این تعاملات گسترده و قراردادهای متنوع مرتبط با آن، به‌رغم اهمیت انکارناپذیرشان در پویایی اقتصادی، گاه به دلیل پیچیدگی‌های ذاتی عملیات بانکی، فقدان شفافیت کافی در برخی شروط قراردادی یا عملکرد غیردقیق و نادرست از سوی بانک یا کارکنان آن منجر به بروز خسارات شایان توجهی برای مشتریان به‌خصوص دریافت‌کنندگان تسهیلات می‌شود. برای مثال، تصور کنید تولیدکننده‌ای برای توسعه خط تولید خود، تسهیلاتی در قالب مشارکت مدنی از بانک دریافت می‌کند. بانک متعهد به پرداخت مرحله‌ای وجوه تسهیلات هم‌زمان با پیشرفت طرح است. حال اگر بانک در پرداخت یکی از مراحل کلیدی، تأخیری غیرموجه و برخلاف مفاد قرارداد داشته باشد، این موضوع منجر به توقف طرح، فاسد شدن مواد اولیه خریداری‌شده توسط تولیدکننده با اتکا به دریافت به‌موقع آن بخش از تسهیلات، از دست رفتن قراردادهای فروش محصولات به دلیل عدم امکان تولید یا افزایش هزینه‌های پیش‌بینی‌نشده برای تکمیل طرح می‌شود. در چنین وضعیتی، زیان مادی قابل توجهی به تسهیلات‌گیرنده وارد می‌شود. این موضوع پرسش بنیادینی را مطرح می‌سازد که در کانون توجه این پژوهش قرار دارد و آن اینکه، در صورت وقوع چنین زیان‌هایی ناشی از عملکرد نادرست بانک، مسئولیت جبران آن بر عهده چه فرد یا نهادی (بانک به‌عنوان شخص حقوقی، کارمندان خطاکار یا هر دو) است؟ مبانی فقهی و حقوقی این مسئولیت چیست و حدود و ثغور آن تا کجاست؟ هدف اصلی این پژوهش، تبیین و تحلیل دقیق مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی بانک‌ها در قبال خسارات وارد به دریافت‌کنندگان تسهیلات در اثر عملکرد نادرست آن‌ها و ارائه چهارچوبی روشن برای تعیین ارکان، مبانی و حدود این مسئولیت است. براین‌اساس، پژوهش حاضر در پی پاسخ به پرسش‌های محوری مانند ماهیت تعهدات بانک در قراردادهای تسهیلاتی مختلف، تمایز میان زیان قابل مطالبه و عدم‌النفع از منظر فقهی و حقوقی در این حوزه، اعتبار و دامنه شروط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت در عقود بانکی و میزان و قواعد فقهی رایج (مانند ضمان ید، اتلاف، تسبیب و قاعده انتساب) در پاسخ‌گویی به چالش‌های نوظهور در عرصه بانکداری و

حمایت از تسهیلات‌گیرندگان است. در این پژوهش، ابتدا به بررسی ماهیت فقهی - حقوقی قراردادهای تسهیلاتی رایج و تعهدات بانک و مشتری در آنها پرداخته خواهد شد. سپس با تفکیک دقیق میان مفهوم زیان به معنای فقهی (ورود نقص یا تلف به مال موجود) و عدم‌النفع، مصادیق خسارات وارد به تسهیلات‌گیرندگان تحلیل می‌شود. در ادامه، مبانی مسئولیت قراردادی بانک و اعتبار شروط عدم مسئولیت در عقود بانکی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. پیشینه پژوهش

برخی پژوهش‌ها مسئولیت بانک را نتیجه تقصیر کارمندان آن دانسته و آن را در چهارچوب قواعد مسئولیت کارفرما در قبال عمل کارگر (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی) تحلیل کرده‌اند. این دسته از تحقیقات، مسئولیت بانک را به‌صورت تبعی و پس از اثبات خطای کارمند در نظر می‌گیرند (اشراق‌آباد شاپوری، ۱۳۹۸). عده دیگری با تمرکز بر قوانین خاص بانکی، با استناد به بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی، معتقدند که مسئولیت بانک در برابر مشتری، مسئولیتی محض و بدون نیاز به اثبات تقصیر است و صرف اثبات رابطه سببیت بین عملیات بانکی و خسارت وارد برای مسئول شناختن بانک کافی است (میرشکاری، ۱۳۹۲؛ ایرانی و همکاران، ۱۴۰۱). در گامی فراتر، برخی پژوهشگران کوشیده‌اند تا میان مبانی حقوق موضوعه و قواعد فقهی پیوند برقرار کنند و در تحلیل مسئولیت بانک در قبال انتقال غیرمجاز وجوه الکترونیکی، افزون‌بر استناد به قوانین، به شکل مشخص از قواعد فقهی مانند تسبیب و ضمان ید برای اثبات مسئولیت بانک بهره برده و ید بانک بر وجوه مشتریان را به دلیل عدم مجانی بودن خدمات، ید ضمانی دانسته‌اند (دیلمی و فیروزبخت، ۱۳۹۶). رویکرد غالب در تبیین مسئولیت بانک‌ها با اتکا به نظریات مدرن مسئولیت مدنی، عمدتاً بر تحلیل قوانین موضوعه و استنتاج مبانی مسئولیت محض یا بدون تقصیر متمرکز بوده است. بااین‌حال، به‌رغم اهمیت این دستاوردها، تمرکز کمتری بر مبانی فقهی این مسئولیت صورت گرفته است. غفلت از واکاوی عمیق مبانی فقهی این مسئولیت، در سه حوزه مشخص مشاهده می‌شود. نخست، تحلیل ناکافی تأثیر ماهیت فقهی عقود معین تسهیلاتی بر حدود ضمان بانک که این موضوع نیازمند واکاوی نمونه‌های واقعی از قراردادهای استاندارد بانکی

(مانند مشارکت، اجاره به شرط تملیک و جعاله) برای درک چالش‌های عملی و حقوقی آن‌هاست. دوم، عدم بررسی کافی قاعده فقهی ضمان صاحبان حرف و مشاغل به مثابه مبنای مستقل و کارآمد در کنار دیگر مبانی مسئولیت و سوم، فقدان تفکیک مفهومی و کاربردی دقیق میان زیان به معنای فقهی (خسارت به مال موجود) و عدم‌النفع در مصادیق ناشی از عملکرد بانک‌ها. پژوهش حاضر با هدف برطرف کردن خلأهای یادشده با رویکرد فقهی، درصدد است تا ضمن بازشناسی این موارد، چهارچوبی دقیق برای تفکیک میان زیان و عدم‌النفع در دعاوی بانکی ارائه کند.

۲. ماهیت فقهی-حقوقی قراردادهای بانکی و تعهدات طرفین

بانک‌ها به‌منظور گردش پول و سرمایه و تحصیل سود از مجرای آن، اقدام به تنظیم و ارائه قراردادهای از پیش تهیه‌شده (قراردادهای تیپ) می‌کنند و از این طریق، بخشی از منابع بانک به مشتریان (تسهیلات‌گیرندگان) تعلق می‌گیرد. قراردادهای اعطای تسهیلات یا اعتبار مصرفی، قراردادهایی متحدالشکل‌اند که به‌صورت تیپ هستند و ویژگی الحاقی دارند. در این شق از قرارداد، یکی از طرفین (شخص حقوقی بانک)، اقدام به تنظیم مفاد عقد می‌کند و طرف دیگر بدون اینکه امکان تغییر یا گفت‌وگو درباره شرایط قرارداد را داشته باشد، به آن می‌پیوندد. در واقع، در این قسم از عقود، عنصر توافق دو اراده که جوهر و پایه همه قراردادهاست، مفقود است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۱۹). در این وضعیت، تنها چیزی که مولود مذاکره طرفینی است، مقدار تسهیلات اعطایی است و دیگر شروط و مندرجات، از پیش تعیین شده است و بر مبنای قاعده یا قبول کن یا هیچ، به مشتریان عرضه می‌شود. بنابراین، قراردادهای اعطای تسهیلات، تنها حصول یک آزادی را برمی‌تابند و آن، آزادی انعقاد قرارداد است. بر اساس تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار مصوب ۱۳۹۰، اصل این است که محاکم یا قانون‌گذار در قراردادهای خصوصی طرفین، هیچ مداخله‌ای نداشته باشند، اما قراردادهای الحاقی به سبب پاره‌ای از خصایص و اوصاف، از شمول این اصل استثنا شده‌اند. نخست آنکه، قراردادهای اعتبار مصرفی ازجمله قراردادهای حاوی شروط تحمیلی و غیرمنصفانه‌اند؛ زیرا در این نوع قراردادها، احد طرفین به‌واسطه برخورداری از شرایط و موقعیت بهتر، متمکن از تعیین شرایط و ویژگی‌های عقد است و می‌تواند

خواسته خود را به طرف دیگر عقد تحمیل کند. در این قراردادها، طرف نیرومندتر (بانک)، شرایط و قیود عقد را از پیش تعیین می‌کند و چنانچه طرف مقابل بر انعقاد پیمان با او مصر باشد، چاره‌ای جز تسلیم و گُرنش در برابر خواسته‌های اقتصادی او ندارد. از جمله مهم‌ترین اقسام این عقود می‌توان به عقود مشارکتی، جعاله و اجاره به شرط تملیک اشاره کرد. این قراردادها به‌سان عقود مبادله‌ای، انتفاعی‌اند با این تفاوت که در قراردادهای مبادله‌ای، تحقق سود حتمی است، اما در قراردادهای مشارکتی، با سود انتظاری روبه‌رو هستیم.

۲-۱. مشارکت مدنی

مشارکت مدنی یکی از پرکاربردترین روش‌های تخصیص منابع بانکی است که بر اساس آن، بانک و مشتری با آمیختن سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی خود به‌صورت مشاع، در فعالیت اقتصادی معینی (تولیدی، بازرگانی یا خدماتی) برای مدتی محدود و به قصد انتفاع شریک می‌شوند. از منظر فقه امامیه، مشارکت مدنی بانکی ماهیتاً همان شرکت اموال یا شرکت‌العنان است که عقدی جایز شمرده می‌شود؛ بدین معنا که هریک از طرفین اصولاً حق فسخ آن را دارد مگر اینکه ضمن عقد خارج لازم، این حق ساقط شده باشد. صحت این عقد منوط به شرایط عمومی صحت عقود مانند عقل، بلوغ، اختیار و عدم حجر طرفین است (شهید ثانی (العاملی)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۱۹۸ و ۶۲۰). ارکان اصلی این عقد عبارت‌اند از ۱. آورده شرکا: به عبارتی، هریک از شرکا (بانک و مشتری) باید مالی را به‌عنوان آورده خود در این اجتماع قرار دهد. این مال طبق نظر فقها و قانون مدنی باید عین خارجی باشد؛ یعنی موضوع شرکت باید حق مالکیت معین باشد نه دین، خدمات یا اعتبار صرف. ۲. اشاعه در مالکیت: اموال شرکت باید به‌طور مشاع به ملکیت همه شرکا درآید. برای مثال، اگر یک شریک ماشین‌آلات و دیگری زمین و سومی وجه نقد بیاورد، باید تراضی بر این مبنا باشد که با تشکیل شرکت، هر شریک سهم مشاعی از کل دارایی‌های شرکت را دارا شود (ماده ۵۷۱ قانون مدنی). ۳. تقسیم سود و زیان: سود و زیان حاصل از فعالیت مشترک به‌تناسب سهم هر شریک در مال مشاع تقسیم می‌شود (ماده ۵۷۵ قانون مدنی)؛ البته در فقه این امکان وجود دارد که برای شریکی که کار و مدیریت بیشتری انجام می‌دهد، سهم بیشتری از

سود (نه از اصل سرمایه در صورت زیان) در نظر گرفته شود، اما شرط اختصاص سود بیشتر به یک شریک بدون انجام دادن کار بیشتر یا قبول ریسک بالاتر، مورد مناقشه فقهی است (کاتوزیان، ۱۴۰۰، صص. ۳۳۰-۳۳۱). قواعد فقهی متعددی بر این قرارداد حاکم است از جمله قاعده شرط (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص. ۳۵۳) که به طرفین اجازه می‌دهد شروطی را در ضمن عقد (غالباً ضمن عقد خارج لازم برای ایجاد التزام بیشتر) بگنجانند مانند حق نظارت بانک بر طرح یا سلب حق فسخ یک‌جانبه. قاعده عدل و انصاف (نوری کرمانی، ۱۳۸۱، ص. ۲۶۶) ایجاب می‌کند که شروط قرارداد منصفانه باشد و از تحمیل تعهدات یک‌طرفه و غیرعقلایی پرهیز شود. قاعده نفی غرر بر لزوم شفافیت در ارکان عقد، میزان سرمایه، چگونگی تقسیم سود و زیان و مدت مشارکت تأکید دارد تا از جهالت مؤثر در اراده طرفین جلوگیری شود. قاعده قصد (نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲۲، ص. ۲۶۵) نیز بر اهمیت نیت واقعی طرفین برای مشارکت حقیقی و پرهیز از صوری‌سازی قرارداد برای دستیابی به سود ثابت تأکید دارد.

۲-۲. مضاربه

مضاربه در معنای لغوی خود به مفهوم تجارت با سرمایه متعلق به دیگری است (عمید، ۱۳۶۳، ص. ۱۰۹۶). از منظر اصطلاحی و بر اساس ماده ۳۶ آیین‌نامه تسهیلات اعطایی، این عقد پیمانی است که به موجب آن، یک طرف قرارداد (مالک)، سرمایه‌ای را در اختیار طرف دیگر (عامل) قرار می‌دهد تا با آن به فعالیت تجاری بپردازد و سود حاصل از این فعالیت، مطابق با نسبت‌های از پیش تعیین‌شده در قرارداد، میان آن‌ها تقسیم شود (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ص. ۳۳۷). در این نوع تسهیلات، بانک در جایگاه مالک و تأمین‌کننده سرمایه (رأس‌المال) عمل می‌کند که جوهره اصلی عقد است و دریافت‌کننده تسهیلات به‌عنوان عامل، مسئولیت اجرای فعالیت تجاری مورد توافق در قرارداد مضاربه را بر عهده دارد. در پایان دوره قرارداد، سود به‌دست‌آمده بر اساس نسبت معین‌شده در قرارداد، بین بانک و عامل توزیع می‌شود. در همین راستا، ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرایی قانون بانکداری بدون ربا، در تشریح تسهیلات مضاربه بانکی بیان می‌دارد که مضاربه قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کند و در

سود حاصل شریک باشند. از الزامات عقد مضاربه، تعیین سهم هریک از مالک و عامل از سود در ابتدای انعقاد قرارداد است. این سهم باید به صورت نسبتی از کل سود (مثلاً کسری از آن) برای هر دو طرف مشخص شود و تخصیص یک مبلغ ثابت و قطعی به عنوان سود برای یکی از طرفین مجاز نیست (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ص. ۳۶۴). بنابراین، اگر هدف از تملیک بلاعوض توسط عامل به بانک (معادل زیان ناشی از فعالیت تجاری مطابق با ماده ۵۵۸ قانون مدنی)، پرداخت سودی تضمین شده و معین باشد، این موضوع با اصول عدالت و انصاف در تعارض است و همچنین، با قواعد حقوقی حاکم بر عقد مضاربه در تضاد جدی قرار می گیرد.

۲-۳. مزارعه و مساقات

بر اساس ماده ۱ دستورالعمل اجرایی مزارعه و نیز ماده ۷۱ آیین نامه فصل ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مزارعه به عنوان یکی از عقود مشارکتی برای تأمین مالی در بخش کشاورزی شناخته می شود. به موجب این عقد، یک طرف قرارداد (مالک زمین یا مزارع)، زمین خود را برای مدتی معین در اختیار طرف دیگر (عامل) قرار می دهد تا وی در آن به کشت و زرع بپردازد و محصول نهایی میان مزارع و عامل تقسیم شود. در قراردادهای مزارعه، بانک ها عموماً نقش مزارع (صاحب زمین) را ایفا می کنند. ممکن است در شرایطی، بانک تمایل داشته باشد که سهم خود از محصول را از طریق عامل به فروش برساند. در این حالت، با درج شرطی ضمن عقد، عامل به عنوان وکیل بانک، مسئول فروش سهم بانک و پرداخت بهای آن به بانک خواهد بود. مساقات نیز از دیگر عقود اسلامی است که میان صاحب درختان (و موارد مشابه) و عامل در برابر دریافت سهمی مشاع و معین از ثمره منعقد می شود. منظور از ثمره همه محصولات از قبیل میوه، برگ، گل و مانند آن است. ماده ۷۴ آیین نامه اجرایی فصل ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران) در این باره مقرر می دارد که مساقات، معامله ای است که بین صاحب درخت و مانند آن با عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می شود و ثمره اعم است از میوه، برگ، گل و غیر آن. در چهارچوب این قرارداد، بانک همواره در جایگاه مالک باغ قرار می گیرد. از این رو بانک هایی که در محدوده فعالیت شعب خود دارای درختان مثمر یا با قابلیت ثمردهی هستند، به شرطی

که مالکیت عین یا منافع آن را داشته باشند یا به هر شکل دیگری مجاز به تصرف در آن‌ها باشند، می‌توانند با اشخاص حقیقی یا حقوقی که مایل به ایفای نقش عامل هستند، قرارداد مسابقات منعقد کنند. هدف از این قرارداد، واگذاری امور مربوط به نگهداری، پرورش درختان و دیگر فعالیت‌های باغبانی به عامل و درنهایت، تقسیم محصول بر اساس توافقات قراردادی است. گفتنی است که تسهیلات مبتنی بر مسابقات، مشابه مزارعه تاکنون در نظام بانکی کشور به مرحله عملیاتی نرسیده است.

۲-۴. قرارداد اجاره به شرط تملیک

قرارداد اجاره به شرط تملیک هم یکی از عقود اسلامی مورد استفاده در نظام بانکی است که در آن، بانک (موجر) مالی را به مشتری (مستأجر) اجاره می‌دهد و شرط می‌شود که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت کامل اقساط مال الاجاره و انجام دادن دیگر تعهدات، مالکیت عین مستأجره به مستأجر منتقل شود (موسویان، ۱۳۹۰، ص. ۵۳۸). ماهیت این قرارداد عمده‌تاً یک عقد اجاره است که شرط تملیک (به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه) در ضمن آن گنجانده شده است. اداره حقوقی قوه قضائیه آن را شرط بیع در ضمن عقد اجاره تعریف کرده است (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (معاونت آموزش و تحقیقات)، بی‌تا، صص. ۲۷ و ۲۹). این عقد برخلاف مشارکت مدنی، عقدی لازم است. قواعد فقهی مهمی مانند قاعده شرط (در خصوص شرط تملیک و دیگر شروط ضمنی) و قاعده عدالت (در بررسی منصفانه بودن تعهدات به خصوص تعهدات یک‌طرفه مستأجر) بر آن حاکم هستند. در باب مشروعیت این عقد می‌توان گفت هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد، درست است پس دلیلی بر نامشروع بودن آن نیست. همچنین، ماده ۵۸۰ آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، به طور کلی صحت این عقد را پذیرفته است، اما جزئیات شروط و چگونگی اجرای آن می‌تواند محل بحث فقهی باشد که در این مقال نمی‌گنجد.

۲-۵. قرارداد جعاله بانکی

جعاله از منظر لغوی به معنای قرار دادن چیزی برای انسان در مقابل کاری است که انجام می‌دهد (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۴، صص. ۱۴۱ و ۱۵۶). در اصطلاح فقهی، انشای

التزام به عوض در مقابل عمل حلال مقصود تعریف شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۸۷). جعاله عقدی جایز است و ارکان آن عبارت‌اند از ۱. صیغه (ایجاب) یعنی لفظ یا عملی که دلالت بر التزام به پرداخت عوض در مقابل کار دارد. ۲. عمل یا کاری که دارای مالیت و منفعت عقلایی و مشروع باشد. ۳. جعل (عوض) یا مالی که در برابر عمل پرداخت می‌شود و باید معلوم باشد. در نظام بانکی، معمولاً مشتری به‌عنوان جاعل از بانک به‌عنوان عامل درخواست انجام دادن عملی را (برای مثال، تعمیر مسکن یا انجام دادن امور ساختمانی) در قبال جعل معین می‌کند؛ هرچند در برخی نمونه قراردادهای بانکی مشاهده می‌شود که جایگاه جاعل و عامل به‌درستی تبیین نشده و بانک که باید عامل باشد، در قرارداد جاعل نامیده شده است.

۳. تعهدات طرفین در قراردادهای بانکی

تعهدات بانک و مشتری در هریک از این قراردادها متفاوت و بررسی دقیق آن‌ها از منظر فقهی و حقوقی ضروری است. در ادامه، به تعهداتی که برای طرفین در قراردادهای نمونه بانکی با تحقیقات میدانی به دست آمده است، می‌پردازیم.

۳-۱. تعهدات مشترک بانک و مشتری (شرکا) در قراردادهای نمونه مشارکت

۱. تأمین سهم‌الشرکه: هر دو طرف متعهد به ارائه سهم خود از سرمایه (نقدی یا غیرنقدی معین) هستند.
۲. قبول مالکیت مشاعی: هر دو طرف مالکیت مشاعی بر اموال شرکت را می‌پذیرند.
۳. مشارکت در سود و زیان: هر دو طرف بر اساس نسبت سرمایه در سود و زیان شریک هستند مگر توافق دیگری بر اساس میزان کار و فعالیت صورت گیرد.

۳-۲. تعهدات خاص مشتری (شریک بانک) در قراردادهای نمونه مشارکت

۱. رعایت شروط ضمن عقد مانند التزام به مدیریت درست طرح، ارائه گزارش‌های دوره‌ای و پذیرش حق نظارت بانک.
۲. تضمین اصل و سود بانک (محل اشکال فقهی): در برخی نمونه قراردادهای بانکی، شریک متعهد می‌شود که سهم‌الشرکه بانک به همراه سود ابرازی و حتی ضرر و زیان وارد به بانک را از اموال خود تأمین و پرداخت کند. این شرط به دلیل

- مخالفت با مقتضای عقد مشارکت (که شراکت در سود و زیان واقعی است) و ربوی بودن (در صورت تضمین سود قطعی) مورد انتقاد فقهی است.
۳. پرداخت وجه التزام تأخیر تأدیه دین در صورت وجود دین ناشی از قرارداد در مرحله تسویه.
۴. ارائه وثایق و تضمینات: مشتری معمولاً متعهد به ارائه وثایق کافی برای تضمین حسن اجرای تعهدات و بازپرداخت احتمالی دیون است.
۵. اجازه برداشت از حسابها (وکالت بلاعزل): گاه مشتری به بانک وکالت بلاعزل می‌دهد تا در صورت عدم ایفای تعهدات، مطالبات خود را از موجودی حسابهای وی برداشت کند. بانکها عمدتاً از مشتریان خود وکالتی بلاعزل مبنی بر دریافت سود احتمالی می‌گیرند تا در صورتی که مشتری به تعهد خود عمل نکند، از طریق این وکالت‌نامه بتوانند سود انتظاری را از وی اخذ کنند. چنین به نظر می‌رسد که این موضوع نوعی اعمال تغییر شکلی در تعهدات با هدف نهایی تضمین سود در قراردادهای بانکی است (کریمی و مرادی، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۵).
۶. پرداخت هزینه‌های تبعی مانند هزینه بیمه اموال مورد وثیقه و موضوع عملیات که تحمیل کامل آن بر مشتری می‌تواند مغایر با اصل مشارکت و عدالت باشد.

۳-۲-۱. اعتبار و آثار شروط عدم مسئولیت بانک در قراردادهای مضاربه و مشارکت مدنی

در پایان مدت قرارداد پس از وضع همه هزینه‌های مشارکت، مانده حساب مشترک باید به نسبت تعیین شده در قرارداد، بین بانک و شریک تقسیم شود. نکته مهم و اساسی که باید در قرارداد مشارکت مورد توجه واقع شود، چگونگی تقسیم سود و زیان است. پذیرش این مطلب که طرح موضوع مشارکت ضرری است و سودی برای تقسیم وجود ندارد، برای بانک دشوار است. از این رو بانکها قراردادهای خود را به گونه‌ای تنظیم می‌کنند که در هر صورت، سود مورد نظر خود را دریافت دارند. از این رو در ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان، تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده تا سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار تعیین شده است، به عنوان سود بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود به بانک صلح کند. در واقع، این قبیل شروط، شروط عدم مسئولیت شمرده می‌شوند که

ممکن است با ماهیت عقد شرکت در تعارض باشند. از حیث رویه قضایی، در این زمینه اشکال مؤثری مطرح نیست، زیرا تسهیلات گیرندگان (در عقود مشارکتی) خود را نه شریک، بلکه وام گیرنده می‌انگارند و بدین ترتیب، ایرادات مؤثری در خصوص عدم موفقیت طرح مشارکتی خود با بانک و دلایل آن به میان نخواهند آورد و اساساً باب بررسی موضوع توسط دادگاه باز نخواهد شد، اما از نظر دکتترین فقهی و حقوقی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا پیش‌بینی این قبیل شروط، با ماهیت عقد مشارکت مدنی در تغایر است یا خیر؟ برخی فقها و حقوق‌دانان معتقدند که اگر در مشارکت، زبانی بر مال وارد آید، به نسبت باید تقسیم شود و بدین ترتیب، بازپرداخت سود یا اصل سرمایه زمانی موضوعیت می‌یابد که اصل سرمایه موجود بوده و سود فعلی محقق شده باشد. به بیان دیگر، چنانچه تضمین سود و رأس‌المال (تسهیلات اعطایی) به معنای تضمین آن در هر صورت باشد، این موضوع با مقتضای شرکت مغایر است و ربا یا حیل ربا شمرده خواهد شد. بنابراین، با توجه به حرمت ربا در سیستم حقوقی اسلام، قابل بررسی است که آیا شرط پیش‌تعیین سود معین برای یک طرف که همان سرمایه‌گذار است، شرطی درست و نافذ است یا به دلیل عدم مشروعیت آن، باطل است؟ در مراجعه به آرای صاحب‌نظران حقوق اسلامی در باب مضاربه که نوعی سرمایه‌گذاری غیرمستقیم امروزی است و باب شرکت که نوعی سرمایه‌گذاری مستقیم اشتراکی معاصر است، مشهور فقها شرط پیش‌تعیین سود پیش از سرمایه‌گذاری را ممنوع کرده و آن را باطل شمرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶، ص. ۱۲). در مقام تعلیل این نظر، پاره‌ای از حقوق‌دانان گفته‌اند هریک از شرکا در مال مشترک به نسبت سهم خود مشاعاً شریک است و در نمائات حاصل و نیز در نقصان، به همان نسبت شریک است؛ زیرا نمائات تابع ملک است. از این رو منقصت احتمالی نیز بر ملک تحمیل می‌شود. هریک از شرکا به نسبت ثمن فروش مال مشترک و اجرت‌المسمی یا اجرت‌المثل و خسارت مزبور، به نسبت سهم خود مشاعاً شریک است؛ زیرا عوض در حکم معوض است. بنابراین، در صورت فروش مال مشترک، هر جزء از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع و در اجاره مال مشترک، هر جزء از مال‌الاجاره در مقابل هر جزء از منافع مشترک قرار می‌گیرد و در آنچه از میان می‌رود نیز همگی شریک‌اند (امامی، ۱۳۵۶، ج ۱، ص. ۲۰۹).

تمام آنچه بیان شد، ناظر به شرط عدم مسئولیت شخص حقوقی بانک در جریان

اعطای تسهیلات مشارکتی بود، اما باید دانست که شرط مبنی بر جبران زیانهای بانک از محل اموال شخصی تسهیلات گیرنده (شریک) نیز از تیغ برنده انتقاد مصون نمانده و گفته شده است قسمت دوم ماده ۵۵۸ قانون مدنی، به طور آشکار در تضاد با بخش نخستین ماده است. این راه حل از نظر حقوقی و فقهی نیز مورد انتقاد است؛ زیرا میزان خسارت در هنگام عقد مجهول است و این جهالت، به همه تعهدات طرفین گسترش می یابد و به آنها آسیب می رساند.

۳-۳. تعهدات بانک (شریک مشتری) در قراردادهای نمونه مشارکت

۱. نظارت و همکاری: بانک افزون بر تأمین سهم الشرکه، معمولاً وظیفه نظارت بر حسن اجرای طرح را نیز بر عهده دارد و باید در راستای تحقق اهداف مشارکت همکاری کند.
۲. تقسیم سود واقعی: بانک متعهد به محاسبه و تقسیم سود واقعی حاصل از مشارکت بر اساس توافق است.

۳-۴. تعهدات مستأجر (مشتری) در قراردادهای نمونه اجاره به شرط تملیک

۱. پرداخت مال الاجاره: پرداخت منظم اقساط اجاره بها در مواعد مقرر.
۲. حفظ و نگهداری عین مستأجره: استفاده درست و متعارف از مال مورد اجاره و محافظت از آن مانند امین. اصولاً مستأجر ضامن تلف یا نقص عین نیست مگر در صورت تعدی یا تفریط، اما در قراردادهای بانکی، گاه مسئولیت های گسترده تری در این زمینه به وی تحمیل می شود که از نظر حقوقی، قرار دادن این مسئولیت ها برای امین محل بحث و اختلاف است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۲۰).
۳. پرداخت هزینه های تعمیر و نگهداری: در نمونه قراردادهای بانکی، غالباً تمام هزینه های مربوط به مورد اجاره اعم از تعمیرات اساسی و جزئی بر عهده مستأجر گذاشته می شود.
۴. عدم تغییر در عین مستأجره: ممنوعیت ایجاد هرگونه تغییر در شکل یا محل مال مورد اجاره بدون موافقت بانک.
۵. اسقاط اختیارات: در بسیاری از قراردادهای بانکی، شرط اسقاط همه اختیارات به ویژه

خیار غبن و عیب، از مستأجر گرفته می‌شود که از نظر فقهی به‌خصوص در مورد غبن فاحش یا عیوب اساسی و مخفی، محل اشکال جدی است و می‌تواند با قاعده لاضرر و نفی غرر در تعارض باشد (اکبری و الهام، ۱۴۰۰، صص. ۸-۱۰).

۳-۵. تعهدات موجر (بانک) در قراردادهای نمونه اجاره به شرط تملیک

۱. تحویل عین مستأجره به مستأجر برای استیفای منفعت.
۲. تملیک عین پس از اتمام قرارداد: انتقال قطعی مالکیت عین مستأجره به نام مستأجر پس از پرداخت کامل تمام اقساط و ایفای دیگر تعهدات مندرج در قرارداد.
۳. ارائه تخفیف در صورت تعجیل ثمن: در صورت پرداخت زودتر از موعد اقساط توسط مستأجر، بانک معمولاً متعهد به ارائه تخفیف متناسب است که این موضوع از نظر فقهی تحت عنوان صلح حطیبه یا ضع و تعجل جایز شمرده شده است (اکبری و الهام، ۱۴۰۰، ص. ۶).

۳-۶. تعهدات جاعل (مشتري یا بانک) در قراردادهای نمونه جعاله بانکی

تعیین و پرداخت جعل: جاعل متعهد است پس از انجام دادن کامل عمل توسط عامل، جعل (عوض) معین شده را به وی بپردازد. استحقاق جعل اصولاً پس از اتمام عمل است و پرداخت آن به صورت پیش‌پرداخت یا اقساطی پیش از اتمام عمل، با ماهیت جعاله و نظر مشهور فقها سازگار نیست؛ هرچند در آیین‌نامه‌های بانکی مواردی از پیش‌دریافت یا پیش‌پرداخت مجاز شمرده شده که توجیه فقهی آن محل تأمل است (الهام، ۱۳۹۸، صص. ۲۵۷، ۲۷۲-۲۷۰).

۳-۷. تعهدات بانک یا عامل در قراردادهای نمونه جعاله بانکی

۱. انجام دادن عمل مورد جعاله: عامل متعهد به انجام دقیق و کامل عملی است که در قرارداد جعاله مشخص شده است.
۲. امکان واگذاری به غیر (جعاله ثانوی): در قراردادهای بانکی، گاه به بانک (عامل اول) اجازه داده می‌شود که قسمتی از عمل را تحت عنوان جعاله ثانوی یا عناوین دیگر به عامل دیگری واگذار کند مشروط بر اینکه خود بانک نیز در قسمتی از عمل مشارکت داشته باشد یا نظارت مؤثر اعمال کند. واگذاری کامل عمل بدون

هیچ‌گونه دخالت یا نظارتی از سوی عامل اول، با روایات و نظرات فقهی در این باب سازگار نیست (الهام، ۱۳۹۸، صص. ۲۶۴-۲۶۲).

۳. رعایت امانت: اگر مالی برای انجام عمل در اختیار عامل قرار گیرد، ید او امانی است.

در مجموع، بررسی این سه نوع قرارداد بانکی نشان می‌دهد که تلاش شده است تا این قراردادها بر مبنای فقهی استوار باشند، اما در عمل، نمونه قراردادهای رایج بانکی در مواردی با چالش‌های فقهی-حقوقی مواجه هستند. شروط یک‌طرفه به نفع بانک، ابهام در برخی ارکان، تحمیل هزینه‌های غیرمتعارف بر مشتری، تضمین سود قطعی در عقود مشارکتی و مسائلی از این دست، نیازمند بازنگری و اصلاح برای انطباق کامل با موازین عدل، انصاف و قواعد مسلم فقهی است تا هدف اصلی از بانکداری اسلامی یعنی دوری از ربا و تحقق عدالت اقتصادی به نحو احسن تأمین شود.

۴. تعریف و اقسام مسئولیت مدنی

هرکس سبب ایراد زیانی به غیر شود، به گونه‌ای که بر اساس داوری عرف، ضرر مزبور مستند به وی باشد، مکلف به جبران خسارت است. از منظر فقه امامیه، زیان (ضرر) اصولاً به معنای ورود نقص یا تلف به مال موجود و بالفعل شخص است. بدیهی است که در این رهگذر، نهاد بانک نیز مستثنا نیست و در صورت ایراد چنین زیانی به ثالث، حسب مقررات، مکلف به جبران آن خواهد بود.

آنچه محل بحث و مناقشه کنونی است، این است که آیا ضمان مزبور، از آبخشور قرارداد منعقد در زمان تخصیص منابع به مشتری (تسهیلات‌گیرنده) سیراب می‌شود (ضمان قراردادی) یا اینکه الزامی است خارج از قرارداد که به حکم قانون یا قواعد فقهی مانند اتلاف و تسبیب، بانک را ضامن می‌شناسد و در هر دو حالت، آیا آنچه از مشتری فوت شده، زیان اصطلاحی است یا عدم‌النفع؛ زیرا مسئولیت مدنی در معنای عام خود به هرگونه تعهدی اطلاق می‌شود که قانون یا شرع بر عهده شخص می‌نهد تا زیان وارد به زیان‌دیده را جبران کند، اما حدود این زیان در فقه محدودتر از مفهوم عرفی آن در برخی نظام‌های حقوقی است.

۴-۱. ضمان مبتنی بر قرارداد

گفته شد که زادگاه این شق از مسئولیت، در جایی است که شخصی به موجب عقدی از عقود، تعهدی را پذیرفته باشد و در ادامه، به واسطه عدم تعهد، تأخیر در ایفای تعهد یا بد انجام دادن تعهد، خسارتی را به متعهدله وارد آورد. از منظر فقهی، صرف تأخیر در پرداخت تسهیلات یا عدم ایفای تعهدی که منجر به از دست رفتن فرصت یا منفعت برای مشتری (تسهیلات گیرنده) می شود، اصولاً عدم النفع شمرده می شود و زیان به معنای ورود خسارت به دارایی کنونی و موجود مشتری تلقی نمی شود (یزدانیان، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۲۰۵؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۱، صص. ۳۸۰-۳۴۷؛ تاجمیری، ۱۳۷۵، ص. ۳۲).

براین اساس، سه رکن عمده برای تحقق این قسم از ضمان (در صورت ورود زیان واقعی) عبارت است از وجود قرارداد نافذ، نقض قرارداد مزبور (عدم ایفا یا تأخیر در ایفا یا ایفای ناقص) و ایراد زیان (به معنای فقهی یعنی نقص در مال موجود یا تلف آن) به طرف دیگر عقد در اثر پیمان شکنی ناقض. پس از تبیین اجمالی ضمان قراردادی، نوبت به طرح این مسئله مهم می رسد که اساساً این شق از مسئولیت در حوزه بانکداری و به طور مشخص در زمینه تخصیص منابع، چگونه متجلی می شود؟ در پاسخ بدین پرسش می توان چنین مرقوم داشت که اولاً، در صورت عدم ایفای تعهد از سوی بانک (مثلاً تأخیر در پرداخت تسهیلات)، نخستین اثر حقوقی از منظر فقهی، ایجاد حق فسخ برای مشتری (تسهیلات گیرنده) است؛ زیرا ادامه قرارداد برای وی فایده مورد انتظار را ندارد. ثانیاً، ثبوت ضمان قراردادی بانک برای جبران خسارت فرع بر این است که زیان وارد به مشتری، از نوع نقص در مال موجود یا تلف مال باشد نه صرفاً عدم النفع یا از دست رفتن سود انتظاری. برای مثال، در فرضی که شخص حقوقی بانک متعهد شود تا در قالب تسهیلات مشارکت مدنی، مبلغ ۸۰ میلیارد تومان تسهیلات را در قالب چهار قسط ۲۰ میلیارد تومانی و در بازه های زمانی یک ساله در اختیار تسهیلات گیرنده قرار دهد، چنانچه پس از پرداخت مبلغ ۴۰ میلیارد تومان ظرف دو سال (از تاریخ انعقاد عقد) و با وجود پیشرفت شایان توجه طرح بازرگانی (یادشده در طرح توجیهی اولیه)، از پرداخت مبلغ ۲۰ میلیارد تومان سوم امتناع ورزد، برای تسهیلات گیرنده حق فسخ قرارداد ایجاد می شود. اگر به واسطه این امتناع، زیانی مستقیم به اموال موجود تسهیلات گیرنده (برای مثال فاسد شدن مواد اولیه خریداری شده که به دلیل عدم

دریافت قسط بعدی تسهیلات، امکان فراوری نیافته‌اند) وارد شود، بانک اصولاً ضامن آن زیان خواهد بود، اما اگر تنها فرصت کسب سود از دست رفته باشد (عدم‌النفع)، جبران آن منوط به وجود شرط صریح در قرارداد یا حکم خاص قانونی است. در غیر این صورت اصل بر عدم ضمان نسبت به عدم‌النفع است. بانک نیز برای رهایی از ضمان (در موارد تحقق زیان) باید بتواند استناد زیان مزبور به حدوث قوه قاهره را اثبات کند.

۴-۲. الزامات خارج از قرارداد

در این شق از ضمان که در ادبیات فقهی به ضمان قهری مشهور است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۳۹۲)، ثبوت مسئولیت به جبران و تدارک خسارات به‌هیچ‌عنوان فرع بر وجود قرارداد یا تعهد پیشین نیست. از این‌رو چنانچه تحقق فعل زیان‌بار مقدم بر عقد باشد، اگر شخص موجب از مفاد ایجاب خویش عدول کند یا آنکه خسارت مزبور معلول اغرار (فریب دادن) احد متعاقدان در جریان مذاکرات پیش‌قراردادی باشد، مبنای مسئولیت حاصل، عقد و قرارداد نبوده و مصداقی از مصادیق الزامات خارج از قرارداد است. برای مثال، زیان‌دیده‌ای را در نظر بگیرید که پس از اتمام مذاکرات اولیه با شخص حقوقی بانک و پیش از انعقاد قرارداد مشارکت مدنی یا مضاربه، اقدام به تمهید مقدماتی مانند ساخت سوله و وارد کردن ماشین‌آلات صنعتی کرده است، اما در ادامه، بانک یادشده از انعقاد پیمان با وی استنکاف کند و عملاً مخارج مزبور معطل ماند و بدین ترتیب، زیانی به‌غایت گزاف بر شخص تسهیلات‌گیرنده وارد شود. در این وضعیت، از منظر فقهی، معطل ماندن سرمایه و عدم استفاده از ماشین‌آلات و از دست رفتن سود انتظاری، اصولاً عدم‌النفع شمرده می‌شود نه زیان به معنای نقص در عین مال. بنابراین، مشتری زیان‌دیده نمی‌تواند تنها به این دلیل، جبران خسارت (عدم‌النفع) را از بانک مطالبه کند مگر اینکه بتواند ثابت کند که بانک با اغرار و فریب، او را وادار به این مخارج کرده است و این عمل بانک سبب ورود زیان مستقیم به اموال موجود او شده باشد (برای مثال، اگر برای تهیه این مقدمات، اموال دیگری را فروخته و متضرر شده باشد و این ضرر مستند به فریب بانک باشد). در این صورت ممکن است بر اساس قاعده «المغرور یرجع الی من غره» بتوان جبران زیان واقعی را مطالبه کرد؛ البته لازم به

گفتن است اثبات اینکه مذاکرات پیش‌قراردادی به‌اندازه‌ای پیش رفته باشد که عرفاً نوعی تعهد ضمنی ایجاد کرده و عدول از آن مصداق نقض عهد یا اضرار باشد، در عمل بسیار دشوار است.

۵. ماهیت‌شناسی خسارت در قراردادهای بانکی؛ تفکیک مفهومی زیان و عدم‌النفع از منظر فقهی و حقوقی

تحلیل مسئولیت مدنی بانک‌ها در قبال عدم ایفای تعهد یا تأخیر در آن، مستلزم درک دقیق مفاهیم بنیادین خسارت در نظام حقوقی و فقهی است. ازجمله مهم‌ترین این مفاهیم، تفکیک میان زیان (خسارت مثبت) و عدم‌النفع (خسارت منفی) است. این تفکیک نه‌تنها در تعیین قابلیت مطالبه خسارت، بلکه در تبیین مبانی مسئولیت نیز نقش کلیدی ایفا می‌کند. در این بخش، ابتدا به احراز تحقق زیان از منظر فقهی و حقوقی با تمرکز بر عملکرد بانک پرداخته می‌شود و سپس مسئولیت مدنی بانک بر اساس این مبانی تحلیل خواهد شد.

۵-۱. تفکیک ماهوی زیان از عدم‌النفع

در نظام حقوقی، خسارت قابل مطالبه به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود: خسارت وارد (زیان) و عدم‌النفع (منافع ممکن‌الحصول). حقوق‌دانان زیان را شامل هر نوع کاهش ارزش دارایی یا از بین رفتن آن و نیز هزینه‌هایی که برای جلوگیری از توسعه خسارت یا برای جبران آن صرف می‌شود، تعریف می‌کنند (شیروی، ۱۳۸۰، ص. ۹). در مقابل، عدم‌النفع عبارت است از نفع و سودی که پیش‌بینی می‌شده است در آینده حاصل شود، اما به علت نقض قرارداد یا فعل زیان‌بار این منافع تحقق نیافته است. این تفکیک از آن‌رو حائز اهمیت است که قابلیت جبران هریک از این دو نوع خسارت به‌ویژه در فقه امامیه با چالش‌ها و دیدگاه‌های متفاوتی روبه‌روست. این تفکیک نه‌تنها در تعیین قابلیت مطالبه خسارت، بلکه در تبیین مبانی مسئولیت نیز نقش کلیدی ایفا می‌کند.

۵-۱-۱. دیدگاه فقه امامیه در خصوص قابلیت جبران زیان و عدم‌النفع

از منظر فقه امامیه، لزوم جبران زیان مستقیم به مال موجود اصولاً مورد اتفاق فقها

بوده و بر مبنای متقنی مانند قاعده اتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) و قاعده تسبیب استوار است. در این موارد، هرگاه فعل یا ترک فعل شخصی (اعم از بانک) مستقیماً منجر به تلف یا نقص در اموال دیگری شود، آن شخص ضامن خواهد بود، اما در خصوص عدم النفع، دیدگاه مشهور در فقه امامیه بر عدم ضمان است مگر در شرایط بسیار خاص یا با وجود شرط صریح در قرارداد. دلایل مخالفان ضمان عدم النفع را می‌توان چنین برشمرد که ضرر باید فعلی و محقق باشد و منافع محتمل الحصول که هنوز به وجود نیامده است، قابل مطالبه نیست. اصل بر براءة ذمه است و دلیلی بر ضمان منافع فوت شده در دست نیست مگر اینکه تقویت منفعت موجب تضرر کنونی شود. همچنین، ادله غصب و ضمان ید تنها نسبت به اموال متصور است و عدم النفع را نمی‌توان مال تلقی کرد و تحت ید دیگری هم قرار نگرفته است که آن را تلف کند و در نتیجه، موجب ضمان شود (حلی (محقق)، ۱۴۱۵ق، صص. ۲۶۳ و ۶۵۰).

در مقابل، برخی فقها با استناد به قواعدی مانند لاضرر، تسبیب و عرف عقلا، جبران عدم النفع را در صورتی که مسلم و قطعی باشد (نه صرفاً محتمل) و ناشی از فعل زیان بار یا نقض تعهد باشد، جایز دانسته‌اند (مغنیه، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۵). ایشان تأکید می‌کنند که حتی بنا بر نظر فقهایی که عدم النفع را قابل مطالبه می‌دانند، این موضوع منوط به آن است که تقویت منفعت به درجه بالایی از یقین رسیده باشد و صرف امکان حصول نفع کافی نیست (طباطبایی، ۱۴۰۱ق، صص. ۳۰۲). شرط اساسی دیگر، وجود رابطه سببیت مستقیم میان فعل زیان بار و عدم النفع است.

۲-۵. تطبیق بر مصادیق عملکرد بانک در قراردادهای بانکی

با توجه به ماهیت قرارداد مشارکت مدنی که مبتنی بر مشارکت در سود و زیان ناشی از فعالیت اقتصادی مشترک است، عملکرد بانک به دو صورت اصلی منجر به خسارت برای مشتری (شریک) می‌شود.

۱-۲-۵. ورود زیان مستقیم به مال الشرکه یا دیگر اموال مشتری

برای مثال، تأخیر غیرموجه بانک در پرداخت سهم الشرکه خود که منجر به فاسد

شدن مواد اولیه خریداری شده توسط مشتری با اتکا به آن سهم‌الشرکه می‌شود (در اینجا، ارزش مواد اولیه تلف شده، زیان مستقیم به مال موجود مشتری است) یا مدیریت نادرست طرح توسط بانک (در صورتی که مدیریت بر عهده بانک باشد و منجر به زیان مستقیم در سرمایه اولیه شود نه صرفاً کاهش سود) یا نقض تعهدات امانی که منجر به کاهش ارزش واقعی آورده مشتری شود. در این گونه موارد، زیان به معنای فقهی آن محقق می‌شود و اصولاً قابلیت مطالبه از بانک را (با اثبات شرایط لازم) خواهد داشت.

۵-۲-۱. ایجاد عدم‌النفع برای مشتری

برای مثال، تأخیر بانک در پرداخت سهم‌الشرکه که منجر به از دست رفتن فرصت تجاری سودآور و معین برای طرح مشارکتی شود (برای مثال، از دست دادن قرارداد فروش مسلّم و قطعی). در اینجا، سود انتظاری و قطعی ازدست‌رفته مصداق عدم‌النفع است. همچنین، هنگامی که مدیریت ناکارآمد بانک منجر به عدم حصول سود پیش‌بینی شده در طرح مشارکتی (با فرض قطعیت نسبی آن سود) شود بدون آنکه به اصل سرمایه‌زیانی وارد شده باشد. در این موارد، عدم‌النفع رخ داده است. قابلیت جبران این نوع خسارت، همان‌طور که بیان شد، در فقه محل بحث است و اصولاً منوط به وجود شرط صریح در قرارداد یا تحقق شرایط بسیار خاصی مانند قطعیت و مسلّم بودن منفعت ازدست‌رفته است که اثبات آن در عمل دشوار است.

احراز نوع خسارت وارد (زیان مستقیم یا عدم‌النفع) از منظر فقهی و حقوقی، گام نخست و ضروری در تحلیل مسئولیت مدنی بانک است. درحالی که جبران زیان مستقیم اصولاً پذیرفته شده است، جبران عدم‌النفع با چالش‌های نظری و اثباتی بیشتری همراه و نیازمند بررسی دقیق شرایط هر مورد خاص است.

۶. مبانی مسئولیت مدنی بانک در صورت ورود زیان مستقیم به مشتری

هرگاه عملکرد بانک در چهارچوب قرارداد مشارکت مدنی منجر به ورود زیان مستقیم به اموال مشتری (اعم از سهم‌الشرکه وی یا دیگر اموال مرتبط) شود، مسئولیت بانک بر مبنای زیر قابل استناد است.

۱-۶. مسئولیت قراردادی (نقض تعهد)

بانک به موجب قرارداد مشارکت، تعهداتی مانند پرداخت به موقع سهم‌الشرکه، مدیریت صحیح (در صورت توافق) و رعایت مصلحت شریک را بر عهده دارد. نقض این تعهدات در صورتی که منجر به ورود زیان مستقیم به مشتری شود، موجب مسئولیت قراردادی بانک خواهد بود. در مسئولیت قراردادی، صرف عدم انجام دادن تعهد با فرض اینکه متعهدله استحقاق اجرای آن را داشته، برای تحقق مسئولیت کافی است و اصولاً نیازی به اثبات تقصیر متعهد (بانک) نیست مگر اینکه ماهیت تعهد، تعهد به وسیله باشد نه تعهد به نتیجه (مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ قانون مدنی).

۲-۶. قاعده اتلاف و تسبیب

اگر فعل یا ترک فعل بانک مستقیماً موجب تلف مال مشتری شود (اتلاف) یا با ایجاد سبب منجر به ورود زیان شود (تسبیب)، بانک بر اساس این قواعد فقهی ضامن خواهد بود (مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون مدنی).

۳-۶. ضمان ید امانی در صورت تعدی و تفریط

در عقد شرکت، ید هر شریک نسبت به سهم شریک دیگر، ید امانی است. بنابراین، بانک تنها در صورتی ضامن تلف یا نقص سهم‌الشرکه مشتری است که مرتکب تعدی (تجاوز از حدود اذن) یا تفریط (کوتاهی در وظایف متعارف) شده باشد.

۷. بررسی امکان سنجی جبران عدم‌النفع ناشی از عملکرد بانک و ضمانت اجرای آن

در مواردی که عملکرد بانک منجر به عدم‌النفع برای مشتری در قراردادهای بانکی شود، رویکرد فقهی و حقوقی به شرح زیر است.

۱-۷. حق فسخ قرارداد

نخستین و مسلّم‌ترین اثر نقض تعهدی که منجر به عدم امکان حصول منافع مورد انتظار از قرارداد برای مشتری می‌شود، ایجاد حق فسخ قرارداد برای وی است. این حق می‌تواند بر مبنای اختیار تخلف از شرط (صریح یا ضمنی مبنی بر ایفاء به موقع و صحیح تعهدات) یا اختیار تعذر ایفاء تعهد استوار باشد.

۲-۷. جبران عدم‌النفع از طریق شروط ضمن عقد

طرفین می‌توانند در قراردادهای بانکی، شرط معتبر و مشروعی را مبنی بر جبران عدم‌النفع ناشی از تأخیر یا عدم انجام دادن تعهد از سوی بانک پیش‌بینی کنند. چنین شرطی بر اساس قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» و با رعایت شرایط صحت شروط (مانند معلوم و معین بودن میزان خسارت یا مبنای محاسبه آن، عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد شرکت در خصوص مشارکت در زیان واقعی و عدم ربوی یا غرری بودن) می‌تواند نافذ باشد.

۳-۷. بررسی امکان جبران عدم‌النفع بدون شرط صریح بر اساس مبانی فقهی

همان‌طور که در بخش نخست بیان شد، دیدگاه مشهور فقها بر عدم ضمان عدم‌النفع بدون شرط صریح است. با این حال، در موارد بسیار خاص و با اثبات قطعیت و مسلم بودن منفعت ازدست‌رفته و وجود رابطه سببیت مستقیم میان فعل بانک و فوت آن منفعت، برخی فقها با استناد به قواعدی مانند لاضرر (با تفسیر موسع مبنی بر شمول آن بر اضرار به منافع قطعی) یا تسبیب (در صورتی که فعل بانک سبب عرفی و منحصر فوت منفعت مسلم باشد)، امکان جبران را مطرح کرده‌اند (مغنیه، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۱ق، ص. ۳۰۲). این موارد نیازمند بررسی دقیق مصداقی و اثبات شرایط ویژه است و نمی‌توان آن را به عنوان قاعده کلی در نظر گرفت.

۴-۷. رویکرد قوانین موضوعه ایران نسبت به جبران عدم‌النفع

قانون مدنی ایران در مورد جبران عدم‌النفع در قراردادها (فراتر از خسارت تأخیر تأدیه دین پولی که احکام خاص خود را دارد) صراحت چندانی ندارد. رویه قضایی نیز در این خصوص با احتیاط عمل می‌کند. با این حال، اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) و امکان درج شروط ضمن عقد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی در خصوص وجه التزام) می‌تواند مبنایی برای توافق طرفین بر جبران عدم‌النفع باشد. قانون‌گذار اصل مطالبه خسارت را به رسمیت شناخته است، ولی تحدید آن به میزان نرخ تورم و مشروط کردن آن به تمکن دائن و عدم پرداخت وی، از تنگناها و کاستی‌های این قانون به شمار می‌آید. این بخش مستقیماً به عدم‌النفع نمی‌پردازد، اما نشان‌دهنده رویکرد کلی

قانون‌گذار در پذیرش اصل جبران خسارت است.

۸. نظریه تقصیر در سنجه فقه امامیه

در میان فقهای امامیه، این مطلب مورد اختلاف جدی است که آیا تقصیر به عنوان قاعده‌ای اولیه برای ثبوت یا عدم ثبوت ضمان حجت است یا خیر؟ به دیگر بیان، آیا شغل ذمه به جبران زیان‌های مورد ادعای خواهان، به تمامی فرع بر احراز تقصیر خوانده است؛ به گونه‌ای که با وجود آن، ضمان نیز وجود یابد و با فقد آن، ضمان نیز منتفی شود یا پذیرش حجیت تقصیر با این وسعت امکان‌پذیر نیست و در فرض عدم احراز تقصیر نیز می‌توان به مسئولیت خوانده حکم کرد؟ برخی فقهای امامیه، به نظریه نخست گرویده و ضمان عامل زیان‌رسان را کاملاً بر عنصر تقصیر مبتنی کرده‌اند؛ چنان‌که مبنای حکم امیرالمؤمنین (علیه السلام) بر ضمان صاحب حیوان (نسبت به جبران زیان‌های وارد بر صاحب زراعت) در شب و عدم ضمان وی نسبت به این قبیل خسارات در روز را آن دانسته‌اند که شب‌هنگام، بر مالک حیوان است که حیوان را در آغل نگهداری کند و بدین ترتیب، در ضرر به وجود آمده از جانب حیوان مقصر است، اما در هنگام روز، بر صاحب زراعت است که از زرع خویش حراست کند و بدین ترتیب، زیان وارد در این حالت، معلول اقدام شخص خواهان است که نمی‌توان بار ضمان حاصل را بر کسی جز خود او تحمیل کرد (حسینی مراغی، ۱۳۸۵، ج ۶، صص. ۳۲۵ و ۳۳۳؛ خویی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۲۴۹؛ شهید ثانی (العالمی)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۵۶۶) یا حکم حضرت مبنی بر ضمان صنعتگر، رنگرز و... را نیز بر پایه نظریه تقصیر توجیه کرده و ابراز داشته‌اند که حکم به ضمان در این فرض، با در نظر گرفتن مصالح جامعه اسلامی صادر شده است و بدین ترتیب، صرف تخطی از انتظارات عرفی افراد از صاحبان حرفه و تخصص، ظاهر در تقصیر ایشان است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ص. ۱۲۸؛ طباطبایی حکیم، جلد ۲، ۱۴۱۵ق، ص. ۷۴؛ عبدالرحیم، ۱۹۸۹م، ص. ۱۱۶؛ امامی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص. ۱۳۴). در مقابل، گروهی دیگر از فقها معتقدند که اساساً در فقه امامیه، نظریه تقصیر به عنوان مبنای اولی ضمان پذیرفته نخواهد بود؛ زیرا انتساب تقصیر به شخص، فرع بر احراز درک و تمیز اوست. بنابراین، اگر نظریه تقصیر مبنای ضمان باشد، لاجرم صغیر غیرممیز یا مجنون نباید در

هیچ صورتی ضامن فرض شود حال آنکه حسب مشهور، این دو گروه نیز در صورت ایراد زیان بر ثالث ضامن هستند و از محجوریت خویش طرفی نمی‌بندند. از این رو عنصر کلیدی در دعوی مسئولیت مدنی همان احراز رابطه سببیت عرفی میان عمل شخص و خسارات وارد خواهد بود. حسب معنونه در بالا، اصل بر این است که در فقه و حقوق اسلامی، به هیچ عنوان نمی‌توان اصلت را به احراز عنصر تقصیر داد و نظریه تقصیر را به عنوان نظریه مختار برگزید. حتی در خسارات مبتنی بر تسبیب نیز عنصر تقصیر تنها دارای نقش مکمل است و فقط در مسیر احراز رابطه سببیت عرفی کاربرد دارد. گواه این نظر نیز عبارات فقهاست؛ آنجا که تسبیب را اتلاف مع الواسطه خوانده و در ادامه گفته‌اند که شرط صدق اتلاف، احراز عنصر تقصیر است تا رابطه سببیت عرفی برقرار شود (صفایی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۵۵۴).

۹. نقش قاعده اتلاف و ضمان صاحبان حرفه و تخصص در ضمان شخص حقوقی بانک

چنان‌که گذشت، مشهور فقهای امامیه، ثبوت ضمان برای فاعل فعل زیان‌بار را فرع بر احراز عنصر تقصیر نمی‌دانند و به تبعیت از ایشان، قول مشهور در دکترین حقوقی ایران نیز این است که اساساً نظریه تقصیر در سیستم حقوقی ایران جایگاهی ندارد و مواد مبتنی بر این نظریه در قانون مسئولیت مدنی، نسخ ضمنی شده‌اند. قائلان به این نظریه، به جای پافشاری بر نظریه تقصیر، از قاعده فقهی انتساب یا استناد سخن می‌گویند که از قضا، مبنای کاملاً فقهی و شرعی دارد و مقتبس از مبانی فکری غربی نیست (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۳). در راستای دیدگاه‌های نوین مطرح شده توسط برخی حقوق دانان، آنچه برای صدور حکم به نفع خواهان (زیان‌دیده) ضروری است، صرفاً انتساب زیان مورد ادعا به خواننده (عامل ورود زیان) است بدون آنکه احراز یا عدم احراز تقصیر در نتیجه دعوی مطروح مدخلیتی داشته باشد (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۳).

۹-۱. قاعده اتلاف

دلیل لفظی قاعده اتلاف آن‌گونه که برخی فقهای متقدم مانند مرحوم شیخ طوسی در مبسوط فرموده‌اند، آیه ۱۹۰ سوره مبارکه بقره و نیز روایت عبدالله بن مسعود از حضرت

رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) است که به موجب آن، حرمت مال مسلم به مثابه حرمت خون وی دانسته شده است. آیه و روایت هر دو مفید حکم وضعی صریحی اند مبنی بر اینکه هرکس مال دیگری را تلف کند، ضامن آن خواهد بود. افزون بر این، پاره‌ای از فقهای امامیه به قاعده اصطیادی «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» تمسک جسته و آن را به عنوان دلیل لبی در راستای اثبات حجیت قاعده اتلاف معرفی کرده‌اند (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۲۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۲، صص. ۱۱۱-۱۰۹؛ مقدادی، ۱۳۹۳، ص. ۴۰).

عموم ادله اتلاف، مفید موضوعی بودن ضمان است؛ به گونه‌ای که وقوع یا عدم وقوع خطا و تقصیر، عمد و غیرعمد، تمیز و بلوغ یا عدم آن، در ثبوت ضمان بی تأثیر است و همین که رابطه علیت عرفی میان عمل خواننده و تلف حاصل محرز باشد و فعل ضرری منتسب به فاعل شود، مسئولیت حاصل است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹، ص. ۸۳؛ الزحیلی، ۲۰۱۱م، ج ۵، ص. ۷۴۱)؛ مطلبی که در مواد ۳۳۰-۳۲۸ قانون مدنی به طور کامل پذیرفته شده و بدین ترتیب، هم در ضمان ناشی از تلف عین و هم در ضمان ناشی از اتلاف منفعت قابل استناد است.

چنان‌که گذشت، لازم است تا در بسیاری از موارد، جبران زیان مشتریان توسط بانک‌ها به صرف اتلاف مال مشتری به عمل آید و در این رهگذر، نفس انتساب عرفی زیان به خواننده (شخص حقوقی بانک) کفایت کند. برای مثال، چنانچه در زمان واریز تسهیلات مشارکت مدنی به حساب شرکت سهامی تسهیلات‌گیرنده، در اثر خطای سیستم یا اشتباه کاربر، مبلغ مزبور به حساب مدیرعامل یا یکی از اعضای هیئت‌مدیره واریز شود و وی نیز بلافاصله اقدام به هزینه‌کرد آن مبلغ در راستای منافع شخصی خویش کند، مقتضای قاعده اتلاف این است که چنین زانی باید بدون هیچ قید و شرطی جبران شود و ضمان بانک در این وضعیت، فرع بر احراز تقصیر یا عمد وی نباشد.

مصادق دیگری که می‌تواند به عنوان گواهی بر پذیرش مسئولیت بدون تقصیر در فقه امامیه شمرده شود، مقوله مسئولیت مدنی صاحبان حرفه و تخصص است که اگر فرض یا اماره مسئولیت ایشان احراز شود، بسیاری از مشکلات زیان‌دیدگان در اثبات انتساب ضرر به خواننده و دریافت خسارت از وی برطرف خواهد شد. از جمله

مهم‌ترین مباحث موجود در این زمینه آن است که آیا بیان عنوان طیب، صنعتگر و... از باب تمثیل است و بدین ترتیب، می‌توان از ملاک آن در تمهید فرض یا اماره مسئولیت بانک‌ها در برابر مشتریان بهره جست یا اینکه شرایط خاص تعیین‌شده منصرف به مصادیق خاص است و قابل تسری به دیگر موارد نیست؟ مشهور در فقه امامیه این است که اگر مال در ید اجیر صاحب پیشه و تخصص (در اثنای کار و عملیات) تلف شود، ولو آنکه تلف رخ داده در این وضعیت، معلول تقصیر وی نباشد، مشاراًلیه در برابر مالک ضامن خواهد بود؛ چنان‌که مرحوم صاحب عروه می‌فرمایند اگر شخصی که عهده‌دار انجام دادن کاری در برابر اجرت شده است، در محدوده کار و عمل خویش، فساد و خسارتی به بار آورد، ضامن است ولو آنکه عمدی نباشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۴، ج ۵، ص. ۶۸). مبنای این نظر فقها، روایات عدیده‌ای است که در این زمینه موجود است. کثرت تمسک به این روایات تا اندازه‌ای است که برخی فقها اقدام به ارائه قاعده‌ای اصطیادی در این زمینه کرده و گفته‌اند که مَنْ اعطى الاجرَ لِيُصْلِحَ فَأُفْسِدَ، فَإِنَّهُ ضَامِنٌ (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۲، ص. ۴۱۶).

دستآورد بحث بالا، پاسخ بدین پرسش است که آیا بانک‌ها نیز با توجه به مقتضیات شغلی و حرفه‌ای، مشمول اطلاق روایات مزبور هستند و اماره مسئولیت ایشان نیز به‌سان دیگر اشخاص متخصص برقرار است یا خیر؟ به نظر می‌رسد که در روایت منقول از حضرت صادق (علیه‌السلام) که مهم‌ترین دلیل لفظی برای وضع اماره مسئولیت بر صاحبان حرفه است، سائل از باب تمثیل از ضمان شخص رنگرز پرسیده است و ازاین‌رو امام (علیه‌السلام) نیز گستره پاسخ را وسیع‌تر کرده و فرموده‌اند «كُلُّ اجِيرٍ يُعْطَى الاجرَ لِيُصْلِحَ فَأُفْسِدَ، فَإِنَّهُ ضَامِنٌ...». ازاین‌رو فعالیت بانک‌ها در اعطای تسهیلات به مشتریان نیز دقیقاً در همین چهارچوب قابل تحلیل است. توجیه دیگری که می‌توان در این زمینه ارائه داد، این است که در روایات، دلیل پذیرش اماره مسئولیت صاحبان حرف، «لِيُحْتَاطَ بِهِ عَلَى أَمْوَالِ النَّاسِ» دانسته شده است (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۱۷۰) و دقیقاً همین موضوع، در خصوص ضمان بانک‌ها نیز مصداق دارد؛ به‌ویژه در فضای بانکداری الکترونیک که اساساً تمام اسناد و مدارک در اختیار بانک و تسهیلات‌گیرنده از کمترین اطلاعات

در خصوص عملیات بانک برخوردار است.

۲-۹. تحلیل مسئولیت قراردادی بانک در بستر ضمان صاحبان حرفه و تخصص

از جمله روش‌های تعدیل نظریه تقصیر، گسترش قلمرو مسئولیت‌های قراردادی است. نقض عهد، خود، تقصیر است یا دست‌کم اماره‌ای قانونی بر وجود تقصیر است. از این‌رو طلب‌کار نیازی به اثبات تقصیر جداگانه ندارد و کافی است که اثبات کند که وفای به عهد صورت نگرفته است. از این‌رو اگر بتوان تکلیفی عام را که اشخاص (حقیقی یا حقوقی) درباره رعایت احتیاط و عدم ایراد زیان به دیگران دارند، به قراردادی منسوب کرد، زیان‌دیده از اثبات تقصیری دیگر معاف خواهد شد. «تاریخ حقوق آمریکا نیز نشان می‌دهد که چگونه دادگاه‌ها کوشیده‌اند تا مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالاهای خطرناک و به‌ویژه ارزاق عمومی را به قرارداد و تضمین آنان منسوب کنند و مصرف‌کننده را از اثبات تقصیر صاحبان کارخانه‌های بزرگ بی‌نیاز سازند» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۴، ص. ۲۳۷). بر این اساس، اگر بتوانیم به گونه‌ای دعوی خسارت مطروح (به طرفیت بانک) را به مفاد قرارداد و پیمان منتسب سازیم و از این مجرا، زیان‌دیده (تسهیلات‌گیرنده) را از اثبات جداگانه عنصر تقصیر معاف کنیم، هم به‌طور شایسته خسارات مورد ادعای خواهان را جبران کرده و هم بی‌عدالتی ناشی از تحمیل قرارداد الحاقی (عقد مشارکتی) به وی را تعدیل کرده‌ایم (اقدام علیه اُتوریت). در این راستا، نخستین پرسشی که مطرح می‌شود، این است که آیا تقصیر شغلی و حرفه‌ای، ناشی از قرارداد است یا آنکه مبتنی بر الزامی است خارج از قرارداد؟ اشکال از آنجا ناشی می‌شود که به حکم قانون نیز پزشک، وکیل، سردفتر و معمار، مکلف به رعایت ضوابط شغلی خویش است. از این‌رو اگر تخلف کند، این تردید به میان می‌آید که آیا مفاد قرارداد خود با مشتری را نادیده گرفته است یا حکم قانون را؟ برخی از حقوق‌دانان معتقدند که جز در موارد استثنایی (مانند موردی که مجروحی در اثر تصادم از هوش رفته است و رهگذری او را به بیمارستان می‌رساند)، رابطه زیان‌دیده با صاحب حرفه، بر مبنای قرارداد صریح یا ضمنی است و تعهدات هریک از طرفین، در آینه تراضی و لوازم عرفی و قانونی آن جلوه‌گر می‌شود. از این‌رو مقتضای احترام به اراده ایشان این است که تقصیر قراردادی (عهدشکنی) مبنای مسئولیت قرار گیرد و

احکام ویژه این مسئولیت رعایت شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۳۸۴). ازجمله مهم‌ترین نکات در این زمینه (در رابطه با تقصیر اشخاصی که از فنون و مهارت‌های ویژه‌ای برخوردارند)، تفاوت در معیار تمییز تقصیر است. باید توجه داشت که در امور فنی و تخصصی نمی‌توان رفتار انسان متعارف را به‌عنوان سنجه این تشخیص معرفی کرد؛ زیرا این تشخیص گاه با واقعیات علمی و فنی چنان در تعارض است که ناگزیر باید در نفوذ و اعتبار آن تردید کرد؛ زیرا از شخصی که با مفاهیم علمی و قواعد فنی آشنایی کامل دارد، نمی‌توان انتظار داشت که در اعمال خویش به‌سان مردم عادی رفتار کند، بلکه معیار سنجش وقوع یا عدم وقوع تقصیر قراردادی در این حالت، رفتار انسانی متعارف از همان گروه و صنف خواهد بود (آبخیز و نصیران، ۱۳۹۴، ص. ۱۵).

پس از تبیین جایگاه بحث به شرح بالا، نوبت به طرح این پرسش اساسی می‌رسد که آیا برای خواننده (صاحب حرفه و تخصص)، فرض مسئولیت شده یا اماره مسئولیت به زیان ایشان برقرار شده است؟ تفاوت عمده این دو مورد آن است که در حالت نخست، اصل عدم ضمان امین (موضوع ماده ۶۳۱ قانون مدنی) ساقط می‌شود و به‌هیچ‌عنوان قابلیت اجرا نمی‌یابد، اما در اماره مسئولیت، در عین جریان قاعده عدم ضمان امین، وی در جایگاه مدعی و لازم است تا عدم استناد زیان به خویش را برای رهایی از بار مسئولیت اثبات کند. در مقام پاسخ به این پرسش، برخی فقهای امامیه (به‌سان مرحوم صاحب شریع و صاحب جواهر) به برقراری اماره تقصیر به زیان صاحب حرفه روی آورده و گفته‌اند که اگر صانع یا ملاح (خواننده صاحب تخصص)، مدعی تلف کالا بدون تعدی یا تفریط شود و در مقابل، مالک مدعی خلاف این ادعا شود، بر خواننده است تا به اقامه دلیل پردازد و و عدم انتساب تلف به فعل خویش را اثبات کند. عده‌ای نیز بر جریان بی‌قید و شرط قاعده عدم ضمان امین اصرار ورزیده و در فرض مشابه، قول خواننده صاحب تخصص را در فرض اقترا با یک سوگند، مقدم داشته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ص. ۳۴۲). در سیستم حقوقی ایران، این شق از مسئولیت قراردادی تابع نظریه اماره مسئولیت دانسته شده و قانون‌گذار در موارد پایه آن، اقدام به وضع مقرره قانونی کرده است.

ازجمله این موارد، بند ۲ ماده ۱۱۳ قانون دریایی است که بر اساس آن، در صورت

فوت یا صدمات بدنی، فرض بر این است که حادثه بر اثر تقصیر یا غفلت متصدی حمل یا مأموران مجاز او اتفاق افتاده است مگر آنکه خلاف آن اثبات شود. بدیهی است که در این وضعیت، قرارداد معتبری در میان است که در آن به طور ضمنی، تخصص خواننده، مورد نظر متعاقدان قرار گرفته و بر پایه همین اعتماد متعارف نیز قانون‌گذار وی را مسئول جبران خسارات مورد ادعا قرار داده و اماره مسئولیت را به زیان وی برپا کرده است.

به نظر می‌رسد که در روایت منقول از حضرت صادق (علیه‌السلام) که مهم‌ترین دلیل لفظی برای وضع اماره مسئولیت بر صاحبان حرفه است، سائل از باب تمثیل از ضامن شخص رنگرز پرسیده است و از این رو امام (علیه‌السلام) نیز گستره پاسخ را وسیع‌تر کرده و فرموده‌اند: *كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الْأَجْرَ لِيُصْلَحَ فَأُفْسَدَ فَإِنَّهُ ضَامِنٌ...*. تسری این حکم به رابطه بانک و مشتریان (تسهیلات‌گیرندگان) نیز خالی از اشکال به نظر می‌رسد. توجیه دیگری که می‌توان در این زمینه ارائه داد، این است که در روایات، دلیل پذیرش اماره مسئولیت صاحبان حرفه، «لِيَحْتَاطَ بِهِ عَلَى أَمْوَالِ النَّاسِ» دانسته شده است (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۱۷۰).

۳-۹. قانون تجارت

با توجه به الزام بند الف ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور مبنی بر اینکه تأسیس بانک منحصراً در قالب شرکت سهامی امکان‌پذیر است، بانک دارای شخصیت حقوقی مستقلی است، اما به دلیل عدم توانایی در ابراز اراده انشایی به صورت مستقیم، این موضوع از طریق اشخاصی صورت می‌پذیرد که به موجب اساسنامه به عنوان نماینده و دارای امضای مجاز معرفی شده‌اند. از این رو شخصیت حقوقی بانک ملزم به پذیرش مسئولیت‌های ناشی از اقدامات این نمایندگان است و هرگونه تغییر در ترکیب هیئت‌مدیره یا مفاد اساسنامه نمی‌تواند حقوق و تعهداتی را که پیش‌تر برای بانک ایجاد شده است، متأثر سازد. بانک‌ها نمی‌توانند تنها با استناد به اینکه تشریفات داخلی به طور کامل رعایت نشده است، اعتبار اقدامات صورت گرفته را زیر سؤال ببرند. این رویکرد از آن رو منطقی به نظر می‌رسد که اشخاص ثالثی که با بانک وارد معامله می‌شوند، معمولاً از جزئیات مقررات و دستورالعمل‌های داخلی

بانک آگاهی ندارند و اصولاً مکلف یا محق به کسب اطلاع در این زمینه نیستند. بنابراین، ثالث می‌تواند به‌عنوان زیان‌دیده از اقدامات مدیران، دعوی خود را مستقیماً علیه بانک مطرح کند (السان، ۱۳۹۲، ص. ۲۰۴). لایحه اصلاحی قانون تجارت برای مدیریت شرکت دو گونه مسئولیت یعنی نسبی و تضامنی را در نظر گرفته است. ماده ۱۴۲ این لایحه مقرر می‌دارد که مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل شرکت و اشخاص ثالث نسبت به تخلف از مقررات قانونی یا اساسنامه شرکت یا مصوبات مجمع عمومی برحسب مورد، منفرداً یا مشترکاً مسئول هستند و دادگاه حدود مسئولیت هریک را برای جبران خسارت تعیین خواهد کرد. با استناد به این ماده و با در نظر گرفتن اصول مسلم حقوق قراردادهای و مسئولیت مدنی، باید این حق را برای خواهان (برای مثال، تسهیلات‌گیرنده) قائل شد که بر مبنای قرارداد بانکی و با توسل به قواعد عمومی مسئولیت مدنی، علیه بانک اقامه دعوی کند (اسکینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۱۷۲). خلاصه آنکه، به نظر می‌رسد قانون تجارت ایران با اتکا به مواد قانونی یادشده، رویکرد نظریه انتساب را در خصوص عملکرد و تصمیمات مدیران پذیرفته است و در نتیجه، بانک را به‌طور کامل در برابر خسارات ناشی از اقدامات کارکنان خود (اعم از مدیرعامل و اعضای هیئت‌مدیره) مسئول قلمداد می‌کند.

نتیجه‌گیری

این پژوهش با هدف واکاوی مبانی و ابعاد مسئولیت بانک‌ها در قبال خسارات وارد به دریافت‌کنندگان تسهیلات انجام شده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که مسئولیت بانک‌ها در این زمینه، عمدتاً ریشه در تعهدات آن‌ها در عقود تسهیلاتی (مانند مشارکت‌ها، اجاره به‌شرط تملیک و جعاله) و نیز ضمان ناشی از تخصص حرفه‌ای آن‌ها دارد. تحلیل‌ها گواه این است که ضمان ناشی از تخصص حرفه‌ای به‌عنوان مبنایی استوار در فقه امامیه، نقش کلیدی در اثبات ضمان بانک ایفا می‌کند و می‌تواند جایگزین مناسبی برای چالش‌های اثبات تقصیر در ساختارهای پیچیده بانکی باشد. تفکیک دقیق میان زیان به معنای اخص فقهی (ورود خسارت به دارایی موجود) و عدم‌النفع، در تعیین قابلیت جبران خسارت از اهمیت بسزایی برخوردار

است؛ هرچند تحت شرایط خاص و با وجود ادله متقن، جبران عدم النفع مسلم نیز از منظر برخی فقها با استناد به قواعدی مانند لاضرر قابل دفاع است. قواعد بنیادین فقهی مانند ضمان ید، اتلاف و تسبیب ظرفیت زیادی برای پاسخ‌گویی به دعاوی مسئولیت علیه بانک‌ها دارند و با نظریه‌های مسئولیت مدنی مدرن نیز در بسیاری موارد قابل انطباق و جمع هستند. نوآوری این تحقیق در ارائه تحلیلی متمرکز بر دریافت‌کنندگان تسهیلات و تلاش برای ایجاد پیوندی منسجم میان مبانی نظری فقهی و چالش‌های عملی حقوق بانکی معاصر در این حوزه خاص است. درحالی‌که بسیاری از مطالعات به کلیات مسئولیت بانک یا جنبه‌های خاصی مانند بانکداری الکترونیک پرداخته‌اند، این پژوهش می‌کوشد تا با تمرکز بر قراردادهای تسهیلاتی، به تبیین دقیق‌تر حقوق این گروه از مشتریان بپردازد. باین‌حال، پیچیدگی روزافزون عملیات بانکی، تنوع قراردادها و ظهور فناوری‌های نوین، ایجاب می‌کند که رویکردی ترکیبی و منعطف از نظریه‌های فقهی و حقوقی برای احراز و تعیین میزان مسئولیت اتخاذ شود و صرف اتکا به یک نظریه یا قاعده خاص، ممکن است در همه موارد پاسخ‌گوی نیازهای عدالت و انصاف نباشد.

منابع

قرآن کریم.

- آبخیز، مجید، داوود، نصیران (۱۳۹۴). «مقایسه تطبیقی جبران خسارت نیابتی در فقه و حقوق کامن لا». فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۲۵.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۱). حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری (جلدهای ۲ و ۴). تهران: سمت.
- اشراق‌آباد شاپوری، سعید (۱۳۹۸). «مسئولیت مدنی کارکنان بانک‌ها در ایران». فصلنامه مطالعات حقوق، دوره ۳، شماره ۳۰.
- اکبری، محمود و الهام، صادق (۱۴۰۰). «نگاهی فقهی به قرارداد اجاره به شرط تملیک بانک». دوفصلنامه علمی مطالعات اقتصاد اسلامی، سال ۱۳، شماره ۱ (پیاپی ۲۶).
- امامی، سیدحسن (۱۳۵۶). حقوق مدنی (جلد ۳). چاپ ۲۴، تهران: اسلامیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). المکاسب (جلد ۵). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایرانی، محمدجعفر، تقی‌زاده، ابراهیم و ایرانشاهی، علیرضا (۱۴۰۱). «مسئولیت مدنی بانک‌ها در قبال سپرده مشتریان». نشریه علمی دانش حقوق مدنی، سال ۱۱، شماره ۱ (پیاپی ۲۱).

- بجنوردی، محمدحسن (۱۳۷۱). *القواعد الفقهیه* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- بحرانی، یوسف (۱۳۶۳). *الحائث الناصره* (محمدتقی ایروانی، محقق) (جلد ۱۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۱). *ضمان قهری* (مسئولیت مدنی). چاپ ۱، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- تاجمیری، امیر تیمور (۱۳۷۵). *حقوق مدنی ۴*. تهران: مؤسسه فرهنگی آفرینه.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). *الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة)* (جلد ۴). بیروت: دارالعلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *وسائل الشیعة*. تهران: کتابخانه اسلامی.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۳۸۵). *العناوین (شریعت باقری، مترجم)* (جلد ۶). تهران: میزان.
- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۹). *مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- حلی (محقق). جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق). *شرایع الاسلام*. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۷). *مبانی تکملة المنهاج* (علیرضا سعید، مترجم) (جلد ۲). قم: خرسندی.
- دیلمی، احمد و فیروزبخت، فهیمه (۱۳۹۶). «ضمان و مسئولیت مدنی در انتقال الکترونیکی معتبر و غیرمجاز وجوه». *پژوهش‌های فقهی*، دوره ۱۳، شماره ۲.
- الزحیلی، وهبة (۲۰۱۱م). *الفقه الاسلامی و دلتنه* (جلد ۵). دمشق: دارالفکر.
- السان، مصطفی (۱۳۹۲). *حقوق بانکداری اینترنتی*. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی.
- الهام، صادق (۱۳۹۸). «بررسی فقهی قرارداد جعاله بانکی». *دو فصلنامه علمی مطالعات اقتصاد اسلامی*، سال ۱۲، شماره ۱ (پیاپی ۲۳).
- شهید ثانی (العاملی)، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام* (جلد ۲). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه». *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال ۳، شماره ۹.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۷۵). *حقوق مدنی و حقوق تطبیقی (مسئولیت مدنی ناشی از فعل*

- زیان‌آور صغیر و مجنون (جلد ۱). تهران: نشر میزان.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۵ق). منهاج‌الصالحین (المحشی) (جلد ۲). بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۹۴). شرح عروة‌الوثقی (جلد ۵). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۱ق). ریاض‌المسائل. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- عبدالرحیم، محمد (۱۹۸۹م). المدخل الی فقه‌الامام علی (علیه‌السلام). قاهره: دارالحديث.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۵). عقود معین (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۴۰۰). درس‌هایی از عقود معین (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). اعمال حقوقی. چاپ ۱۳، تهران: بهمن برنا.
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۶). «مسئولیت بانک‌ها در عقود مشارکتی». فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی. شماره ۲۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). نظریه شروط (جلد ۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی و مرادی، یاسر (۱۳۹۲). «تحلیل مسئولیت بانک‌ها در قبال مشتریان؛ موانع و راهکارها». فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۸ (۷۲)، صص. ۹۵-۱۲۰.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (معاونت آموزش و تحقیقات). مجموعه آرای قضایی در امور حقوقی. قم.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۰۴). فقه‌الامام جعفرالصادق. قم: قدس محمدی.
- مقدادی، محمد مهدی (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی ورزش‌کاران. قم: دانشگاه مفید.
- موسویان، عباس (۱۳۹۰). طرح تحول نظام بانکی؛ اصلاح قانون الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع‌الشتات فی اجوبة‌السؤالات (جلد ۳). تهران: کیهان.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۲). «مسئولیت مدنی بانک‌ها». فصلنامه مطالعات آرای قضایی رأی، دوره ۲، شماره ۲.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م). جواهرالکلام (جلد ۲۷). دارالاحیاء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م). جواهرالکلام (جلد ۲۷). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- نوری کرمانی، محمدامیر (۱۳۸۱). موضوع‌شناسی ربا. قم: بوستان قم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۶). «بانکداری اسلامی». مجله تحقیقات اسلامی،

شماره‌های ۱ و ۲، سال ۱۲.

یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۷). حقوق مدنی (قواعد عمومی مسئولیت مدنی) (جلد ۱). تهران: میزان.

References

- The Holy Qur'an
 Abd al-Rahim, M (1989). *Al-madkhal ila fiqh al-Imam 'Ali*. Dar al-Hadith. [in Arabic]
 Abkhiz, M., & Nasiran, D (2015). Comparative study of vicarious liability compensation in fiqh and common law. *Journal of Fiqh and Foundations of Islamic Law* 8(25). [in Persian]
 Akbari, M., & Elham, S (2021). A fiqhi perspective on the lease-to-own contract of banks. *Biannual Scientific Journal of Islamic Economics Studies* 13(1). [in Persian]
 Al-Amili, Z (1993). *Masalik al-afham fi sharh shara'i' al-Islam* Vol (2). Al-Ma'arif al-Islamiyyah Institute. [in Persian]
 Alsan, M (2013). *Internet banking law*. Monetary and Banking Research Institute, Central Bank of Iran. [in Persian]
 Al-Zuhayli, W (2011). *Al-fiqh al-islami wa adillatuh* Vol (5). Dar al-Fikr. [in Arabic]
 Ameli, H (1999). *Wasa'il al-Shi'ah*. Ketabkhaneh Islamieh. [in Arabic]
 Ansari, M (1995). *Al-makasib* Vol (5). Majma' al-Fikr al-Islami. [in Arabic]
 Bahrami Ahmadi, H (2012). *Non-contractual liability civil liability (1)* st ed. Imam Sadiq University Press. [in Persian]
 Bahrani, Y (1984). *Al-hada'iq al-nadira* (M. T. Irvani, Ed.; Vol (12). Al-Nashr al-Islami Institute. [in Arabic]
 Bojnourdi, M. H (1992). *Al-qawa'id al-fiqhiyyah* Vol (2). Esmailian. [in Persian]
 Deylami, A., & Firouzbacht, F (2017). Guarantee and civil liability in authorized and unauthorized electronic funds transfers. *Fiqhi Researches*, 13(2), 243-264. [in Persian]
 Elham, S (2019). A fiqhi study of the banking ju'alah contract. *Biannual Scientific Journal of Islamic Economics Studies*, 12(1). [in Persian]
 Emami, S. H (1997). *Civil law* 24th ed., Vol (3). Islamieh Publications. [in Persian]
 Eshragh Abad Shapouri, S (2019). Civil liability of bank employees in Iran. *Journal of Legal Studies*, 3(30), 11-28. [in Persian]
 Eskini, R (2002). *Commercial law: Commercial companies* Vols (2&4). SAMT. [in Persian]
 Fiqhi Research Center of the Judiciary (Deputy of Education and Research). *Collection of judicial decisions in civil matters*. Fiqhi Research Center of the Judiciary. [in Persian]
 Hashemi Shahrudi, S. M. Islamic banking. *Journal of Islamic Research*,

12(1-2).

- Hekmatnia, M (2010). *Civil liability in Imami fiqh: Foundations and structure*. Research Institute for Islamic Sciences and Culture. [in Persain]
- Hosseini Maraghi, A (2006). *Al-anawin* Shariat Bagheri, Trans.; Vol (6). Mizan Publications. [in Arabic]
- Irani, M. J., Taghizadeh, E., & Iranshahi, A (2022). Banks' civil liability to customer deposits. *Scientific Journal of Civil Law Knowledge*, 11(1), 127-138. [in Persian]
- Jawhari, I (1990). *Al-sihah: Taj al-lughah wa sihah al-'arabiyah* Vol (4). Dar al-Ilm lil-Malayin. [in Arabic]
- Karimi, A., & Moradi, Y(2017). Banks' liability in participatory musharakah contracts. *Quarterly of Islamic Economics and Banking*, (21).
- Katouzian, A. N (2016). *Specific contracts* (Vol 1). Ganj-e Danesh
- Katouzian, A. N (2021). *Lessons on specific contracts* Vol (1) Ganj-e Danesh
- Katouzian, N (2008) *Juristic acts* 13th ed Bahman Borna. [in Persian]
- Khoei, S. A (2008). *Mabani takmilat al-minhaj* A. Saeid, Trans.; Vol(2). Khorsandi Publishing. [in Arabic]
- Meqdadi, M. M (2015). *Civil liability of athletes*. Mofid University Press. [in Persian]
- Mirshekari, A (2013). Civil liability of banks. *Quarterly Journal of Judicial Decisions Studies Ra'y* 2(2), 59-70. [in Persian]
- Mirzaye Qomi, A (1992). *Jami' al-shatat fi ajwibat al-so'alat* Vol (3). Kayhan. [in Arabic]
- Mohaghegh Damad, S. M (2011). *The theory of stipulations* Vol (2). Center for the Publication of Islamic Sciences. [in Persian]
- Mohaghegh Damad, S. M., & Moradi, Y(2014). Analysis of banks' liability toward customers: Obstacles and solutions. *Islamic Economics Quarterly*, 18(72), 95-120.
- Mohaghegh Hilli, J (1995). *Shara'i' al-Islam*. Ma'arif Islami Institute. [in Persian]
- Mousavian, A (2011). *Banking system evolution plan: Reforming the law of the operational model of usury-free banking*. Research Institute for Islamic Culture and Thought. [in Persian]
- Mughniyah, M. J (1404). AH. *Fiqh al-Imam Ja'far al-Sadiq*. Quds Mohammadi. [in Arabic]
- Najafi, M. H(1981). *Jawahir al-kalam* Vol (27). Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [in Arabic]
- Najafi, M. H (1981). *Jawahir al-kalam* Vol (27). Dar Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic]
- Nouri Kermani, M. A (2002). *Thematic study of riba*. Boostan-e Qom. [in Persian]

- Safaei, S. H (1996). *Civil law and comparative law: Civil liability arising from the harmful act of a minor and an insane person* Vol (1). Mizan Publishing. [in Persian]
- Shiravi, A (2001). Critique and review of civil procedure regulations regarding the claim for contractual damages and default interest. *Journal of the Qom Higher Education Complex*, 3(9). [in Persian]
- Tabataba'i Hakim, S. M (1990). *Minhaj al-salihin* Annotated; Vol (2). Dar al-Ta'aruf lil-Matbu'at. [in Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, S. M. K (2015). *Sharh 'urwat al-wuthqa* Vol (5). Jame'e Modarresin Howzeh Elmiyeh. [in Persian]
- Tabataba'i, S. A (1981). *Riyad al-masa'il*. Al al-Bayt Institute. [in Persian]
- Tajmiri, A. T (1996). *Civil law* Vol (4). Afarineh Cultural Institute. [in Persian]
- Yazdanian, A(2018). *Civil law: General rules of civil liability* Vol (1), Mizan.



An Introduction to the Conceptual Knowledge of Participatory Governance Jurisprudence

Alireza Kazemi: Scholar of the Department of Jurisprudence and Law of Qom Seminary ,Qom , Iran.

alirezakazemi2150664011@gmail.com

Mostafa Masoudian: Assistant Professor of the Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Shahid University of Tehran, Iran (corresponding author).

m.masoudian@shahed.ac.ir

Abstract

Legitimacy and popularity are the two main elements of government in *Shia* jurisprudence. The model at the disposal of government officials should also have two elements of people and *sharia*. Therefore, the governance system in *Shia* jurisprudence has been based on the principles and rulings of *Sharia*. Regulating governance jurisprudence with the approach of people's participation in order to transform it into an independent jurisprudential style requires several steps: 1. Constructing concepts, principles and establishing foundations 2. Presenting the system of problems 3. Forming and explaining rulings in facing each of the system of problems. This article has investigated and processed the jurisprudence of governance with a popular approach by using innovative styles of conceptualization and descriptive-analytical method. The findings obtained in this research indicate that the participatory governance jurisprudence derives its concepts from government jurisprudence, political jurisprudence and social system jurisprudence in each of the innovative methods of conceptualization, and the approach of public participation, while existing in those two jurisprudences, relates with social system jurisprudence in knowledge. Based on this, by presenting a conceptual framework for each of the existing concepts in participatory governance jurisprudence and by inducing each of the concepts presented in the knowledge styles, it has tried to process the concept of participatory governance jurisprudence. Finally, this article has established a concept for the jurisprudence of governance with the approach of popular participation by constructing the concept and analyzing the principles of confirmation and imagination. The findings of this article are a sort of introduction or conclusion to the concept of participatory governance jurisprudence in a systematic way.

Keywords

System Jurisprudence, Governmental Jurisprudence, Political Jurisprudence, Conceptual Styles, Participatory Governance, Governance Jurisprudence.



درآمدی بر مفهوم‌شناسی دانشی فقه حکمرانی مشارکتی

علیرضا کاظمی: سطوح عالی حوزه علمیه قم، قم، ایران. alirezakazemi2150664011@gmail.com
مصطفی مسعودیان: استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران
(نویسنده مسئول). m.masoudian@shahed.ac.ir

چکیده

مشروعیت داشتن و مردمی بودن دو عنصر اصلی سازنده حکومت در فقه شیعه است. الگوی در اختیار کارگزاران حکومت نیز در خود باید دو عنصر مردم و شرع را دارا باشد. نظام حکمرانی در فقه شیعه، مردمی بودن را بر پایه اصول و احکام شرعی پایه‌گذاری کرده است. تنظیم فقه حکمرانی با رویکرد مشارکت مردمی برای تبدیل آن به سبک فقهی مستقل، نیازمند رهگذر چند مرحله است: اول، ساخت مفاهیم، اصول و پایه‌ریزی مبانی دوم، ارائه نظام مسائل و سوم، تشکیل و تشریح احکام در مواجهه با هریک از نظام مسائل. این پژوهش با استفاده از سبک‌های ابداعی مفهوم‌شناسی و روش توصیفی-تحلیلی به بررسی و پردازش فقه حکمرانی با رویکرد مردمی پرداخته است. یافته‌های به‌دست‌آمده در این پژوهش نشان‌دهنده مفهوم‌گیری فقه حکمرانی مشارکتی از فقه حکومتی، فقه سیاسی و فقه نظام اجتماعی در هریک از شیوه‌های ابداعی مفهوم‌شناسی است. رویکرد مشارکت مردمی نیز ضمن اینکه در آن دو فقه وجود دارد، با فقه نظام اجتماعی نیز ارتباط دانشی می‌یابد. براین اساس، با ارائه چهارچوب مفهومی برای هریک از مفاهیم موجود در عنوان فقه حکمرانی مشارکتی و با القای هریک از مفاهیم ارائه‌شده در سبک‌های دانشی، سعی بر پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی کرده است. این مقاله با ساخت مفهوم و تحلیل مبادی تصدیقی و تصویری، مفهومی برای فقه حکمرانی با رویکرد مشارکت مردمی پایه‌ریزی کرده است. یافته‌های این مقاله به‌نوعی مقدمه یا درآمدی بر مفهوم‌شناسی عنوان فقه حکمرانی مشارکتی به‌صورت نظام‌مند است.

واژگان کلیدی: فقه نظام، فقه حکومتی، فقه سیاسی، سبک‌های مفهوم‌شناسی، حکمرانی مشارکتی، فقه حکمرانی.

مقدمه

ساحت فقه حکمرانی، تعیین دقیق خط‌مشی یا رهنمای درست حکمران اسلامی است. بنابراین، لازم است رویکرد یا سبک حکمرانی در شناساندن معنا و مفهوم فقه حکمرانی نیز به‌درستی اتخاذ و پردازش شود. به‌خاطر اهمیت و نیازمندی در ارائه مفهومی فقهی از موضوع مشارکت مردمی، در این پژوهش به‌عنوان رویکردی سیاستی در کنار پردازش مفهوم فقه حکمرانی به کار برده شده است؛ زیرا نمی‌توان رویکرد کلی مانند ارائه تعریف در مفهوم‌شناسی فقه حکومتی و فقه سیاسی داشت، بلکه لازم است در شکل‌دهی مفهوم، رویکرد سیاستی (مشارکت مردمی) نیز با آن در مفهوم‌پردازی همراه شود.

بیان اهمیت موضوع این مقاله در ضمن تحلیل دانش‌های فقهی آن نهفته است؛ زیرا طراحی کارکردی (ساخت نهادی) و رویکردی (تشکیل تدابیر نظم سیاسی)، اجزای اصلی دانش فقه سیاسی است. فقه سیاسی در دوران معاصر به علت طرح مباحثی مانند تحزب، رابطه دین با دموکراسی و دولت، تفکیک قوا، تنظیم روابط بین نهادها، انتخابات و ارائه الگوهای نظارت عملکرد دولت بر مردم اهمیت دارد. نکته مورد توجه در بیان اهمیت فقه سیاسی این است که ساحت دانش این فقه را از حالت فردی به حالت اجتماعی و حکومتی مبدل داشته است. بر اساس این مفهوم‌شناسی فقهی، رویکرد مشارکت مردم در عرصه‌های حکمرانی نیز در تلاقی میان دانش فقه سیاسی و فقه حکومتی، اهمیت پرداختن بدان را روشن می‌کند؛ زیرا دانش فقه حکومتی نیز به دلیل تئوریزه کردن حکومت بر پایه مبانی فقهی، حفظ مصالح کلان جامعه اسلامی و نقش ابزاری در تحقق دین از نگاه کلان و راهبردی، مورد اهمیت است. نکته اساسی دیگر در تشریح اهمیت پرداختن به این موضوع، فضای کنونی جامعه و حکمرانان در جمهوری اسلامی است؛ زیرا انتظار الگونگاری برای بهبود فرایندهای حکمرانی و ساخت روندهای کارآمد برای حل مشکلات با مشارکت مردم از منظر دانش فقه، مهم‌ترین خواسته آن‌ها از فقه‌پژوهان است.

شناسایی مفاهیم عنوان فقه حکمرانی مشارکتی وابسته به ارائه معانی تشکیل‌دهنده آن است. عنوان فقه حکمرانی در خود مباحثی مانند فقه حکومتی،

فقه سیاسی و رویکرد سیاستی را جای داده است. بسیار مهم است که در ساخت مفاهیم به گونه‌ای آن معنا در قالب‌های مفهومی پردازش شود که با سنخیت مسائل و موضوعات بنیادی فقهی هم‌پوشانی داشته و تعارض هم وجود نداشته باشد. از سوی دیگر، شناساندن مفهوم اصطلاحی یا نوآور نیز باید به گونه‌ای باشد که حوزه دانشی مفاهیم دیگر را دربرگیرد، بلکه در استفاده از آن باید مفهومی بدیع و نوآور نیز ارائه دهد.

مسئله اصلی این پژوهش، تعیین سازوکار و محتوای فقه حکمرانی نیست، بلکه آنچه به عنوان مسئله این پژوهش دنبال می‌شود، شناسایی مفهوم درست فقه حکمرانی مشارکتی است. به عبارت دیگر، تنها تعیین مفهوم درست برای تشکیل حوزه موضوعی فقه حکمرانی با رویکرد مشارکت مردمی در این مقاله و در فرصت بعد، تعیین نظام مسائل به عنوان مسئله اصلی به شمار می‌آید. پرسش اصلی این مقاله، چگونگی شکل‌دهی مفهوم حکمرانی مشارکتی از منظر دانش فقهی است.

ارائه مطالب این مقاله بدین صورت پیگیری خواهد شد. ۱. روش‌شناسی تعریف یا بازتعریف اصطلاحات موجود و دربرگیرنده عنوان فقه حکمرانی. ۲. بیان و پیگیری عنوان مقاله در سبک دانشی یا الگوهای ارائه تعریف. ۳. ارائه تعریف فقه حکمرانی. در نهایت، ساختار این پژوهش در سه بخش اصلی تعیین و مطالب آن پیگیری می‌شود.

۱. چهارچوب نظری پژوهش.

۲. چیستی مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی در سبک‌های دانشی.

۳. ارزشیابی دانشی مفاهیم برآمده از سبک‌های دانشی.

موضوع این پژوهش نیز به طور دقیق، درآمدی بر مفهوم‌شناسی دانشی فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی است و تمام تلاش و هدفمندی این پژوهش در ارائه مطالب به منظور پردازش مفهوم فقه حکمرانی با رویکرد مشارکتی در رهگذر سبک‌های دانشی است.

۱. پیشینه پژوهش

موضوع فقه حکمرانی مشارکتی از مسائل جدید به شمار می‌آید. با وجود این، تاکنون

تحقیقاتی در این خصوص انجام شده است که بخشی از آن‌ها با رویکرد فقه سیاسی، موضوع مشارکت مردم را آن‌هم تنها در خصوص مشارکت سیاسی مانند حزب و شورا نگاشته‌اند مانند «امام‌خمینی؛ ولایت فقیهان و مشارکت مردم» انتشار یافته در فصلنامه علمی-پژوهشی علوم سیاسی، «نظام‌های سیاسی در فقه شیعه و ظرفیت‌سنجی آن‌ها در خصوص مشارکت سیاسی» انتشار یافته در فصلنامه علمی-پژوهشی علوم سیاسی، «مشروعیت و مشارکت سیاسی در اندیشه فقهای شیعه» انتشار یافته در فصلنامه علمی-پژوهشی رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، مشارکت سیاسی در فقه سیاسی شیعه انتشار یافته در پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و بخشی دیگر نیز به موضوع فقه حکومتی اختصاص و به‌طور ضمنی به مفهوم مشارکت مردم اشاره داشته‌اند مانند «راهکارهای مشارکت مردم در اداره حکومت اسلامی» انتشار یافته در فصلنامه دانش حقوق عمومی، اما در این پژوهش تمام شئون مشارکت مردم در عرصه‌های حکمرانی از منظر دانش فقه مورد توجه بوده و سعی شده است مفهوم کاربردی برای تشکیل دانش فقه حکمرانی مشارکتی ارائه شود.

۲. چهارچوب نظری پژوهش

پیش از آغاز پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی لازم است که روش‌شناسی مفهوم‌پردازی، بیان اصطلاحات موجود در عنوان پژوهش و نیز ارائه سبک‌های دانشی مورد استفاده در مفهوم‌پردازی فقه حکمرانی مشارکتی بیان شود. در این قسمت، در سه بخش به این موارد پرداخته خواهد شد.

۲-۱. روش‌شناسی پردازش مفاهیم موجود در عنوان پژوهش

اصطلاح‌شناسی یا ترمینولوژی به مطالعاتی گفته می‌شود که به مفاهیم و لغات، خاصه در یک دانش می‌پردازد. این مطالعه علمی و روشمند یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های شکل‌دهنده به نظامات علمی و مفاهیم و معانی صادره از آن‌ها در آن نظام دانشی است. به همین منظور لازم است در این بخش، روش شناخت مفاهیم برگرفته از سبک‌های دانشی به‌ترتیب برای فقه حکومتی و فقه سیاسی و در مرحله بعد، راهبرد یا روش حکمرانی از نوع مشارکت اجتماعی و درنهایت، فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی تبیین

شود تا بتوان در بخش بعدی به ارائه و مفهوم‌پردازی مطابق با نظام اندیشه‌ورزی مناسب پرداخت.

۲-۱. روش‌شناسی پردازش مفهوم فقه حکومتی

روش‌شناسی در معنایابی فقه حکومتی را می‌توان به این صورت احتمالی تصویر کرد: فقه را به‌عنوان مفهومی عام که یکی از دانش‌های دینی است، در نظر گرفت که فقه حکومتی از شقوق آن است و سپس به دنبال مشتقات فقه و واژه‌های مرتبط با آن در منابع فقهی و دیگر نصوص بود. در این روش می‌توان آن دسته از گزاره‌های فقهی را که مرتبط با حاکمیت و اقتضائات آن است، بزرگ‌نمایی و به‌عنوان مصادیق فقه حکومتی بیان کرد. این اتصال که تنها به دلیل اتصال زبانی صورت می‌پذیرد، نمی‌تواند دلالت معنایی کاملی از فقه حکومتی به ذهن متبادر کند (طالبی طادی، ۱۳۹۷، ص. ۵۲).

این روش در مفهوم‌پردازی فقه حکومتی نمی‌تواند متناسب با اصطلاحات فقه حکمرانی مشارکتی و پاسخ‌گوی مسائل جدید باشد؛ زیرا این مفاهیم محصول اندیشه‌ورزی و نظاماتی است که در قرون پیشین با تحولاتی از سوی فرهنگ‌ها در مبانی فکری و بینشی نسبت به حیات مادی و معنوی در آن زمان نقش‌آفرین بوده است. بنابراین، ساختارهای قدرت و کارکردهای آن نیز مبتنی بر نظام مفاهیم یا اسلوب دانشی کاملاً متفاوت با اقتضائات عصر حاضر ظهور یافته است.

روش دقیق‌تر در معناشناسی فقه حکومتی آن است که این اصطلاح نه صرفاً به صورت لغوی یا عرفی، بلکه با توجه به چگونگی جعل آن و حقیقت وضعی‌ای که به‌مثابه یک حقیقت متشرعه برای آن در نظر گرفته شده است، مورد تحلیل قرار گیرد. در این مسیر باید ابتدا روشن شود که در بستر چنین جعلی، این اصطلاح ناظر به چه موضوعی جعل و وضع شده است. سپس این موضوع^۱ در منابع دینی ردیابی می‌شود تا بتوان مؤلفه‌های سازنده آن را شناسایی و برای طراحی یک ساختار معنایی منسجم به‌کار گرفت.

به‌منظور تحقق این رویکرد، نخست لازم است مفهوم فقه حکومتی بازسازی و مؤلفه‌های اصلی آن استخراج گردد؛ آنگاه این مؤلفه‌ها با تکیه بر متون و روش‌های

کلاسیک فقهی نقد و ارزیابی شوند تا هم جایگاه واقعی آن‌ها مشخص گردد و هم نقاط تمایز یا چالش‌های آن در نسبت با سنت فقهی روشن شود. می‌توان چنین نتیجه گرفت که روش‌شناسی فقه حکمرانی از مسیر سبک‌های دانشی در تعریف و تبیین دو حوزه مرتبط، یعنی فقه حکومتی و فقه سیاسی شکل می‌گیرد. به همین قیاس، راهبردها و روش‌های حکمرانی مبتنی بر مشارکت اجتماعی نیز باید در همین چارچوب دانشی تحلیل و تبیین شوند. با این حال، در فرایند تعیین مؤلفه‌های سازنده نظام حکمرانی، می‌توان نقش محوری قدرت را به‌عنوان عنصر غالب در میان سایر مؤلفه‌ها مد نظر قرار داد؛ به‌ویژه آنکه قدرت در این ساختار نه صرفاً به‌عنوان ابزار، بلکه به‌مثابه محور سازمان‌دهنده روابط حکمرانی عمل می‌کند.

۲-۱-۲. روش‌شناسی پردازش مفهوم فقه سیاسی

روش مفهوم‌شناسی فقه سیاسی با رویکردی مبتنی بر هم‌نشینی فقه و مسائل سیاسی حکومت، به‌گونه‌ای تعریف می‌شود که می‌توان آن را سبک انضمامی نامید؛ سبکی که در آن، پردازش مفهوم فقه سیاسی نه به‌صورت انتزاعی و جدا از واقعیت سیاسی، بلکه در پیوند و هم‌زمانی با مدیریت مسائل و چالش‌های سیاسی صورت می‌گیرد. بر این اساس با لحاظ ماهیت فقه در کنار ماهیت سیاست یعنی توجه به آن دسته از کارکردهای فقه که ابعاد و پیامدهای سیاسی دارند؛ می‌توان به تعریفی روشن‌مند از فقه سیاسی دست یافت. نکته اساسی این است که این رویکرد، صرفاً گردآوری یا متناظر کردن مسائل پراکنده فقهی دارای جنبه سیاسی نیست؛ بلکه هدف آن ساختارمند کردن و یکپارچه‌سازی این حوزه در قالبی مسئله‌محور و نظام‌مند است، به‌گونه‌ای که فقه سیاسی بتواند به‌عنوان یک دستگاه معرفتی منسجم در تحلیل، هدایت و مدیریت عرصه سیاست عمل کند.

۲-۱-۳. روش‌شناسی پردازش مفهوم مشارکت اجتماعی

روش مفهوم‌شناسی رویکرد سیاستی که به معنای مشارکت اجتماعی است، تمایزی با مفهوم مشارکت سیاسی نخواهد داشت، بلکه با در نظر داشتن تمام اقسام مشارکت

سیاسی، آن را در عرصه‌های حکمرانی یا به عبارت صحیح‌تر سطوح حاکمیت، کاربردی‌سازی می‌کند. واضح است مشارکت مردم در عرصه‌های حکمرانی متوقف بر شورا و حزب نیست، بلکه در عرصه‌هایی مانند نظارت، تصمیم‌گیری، تصمیم‌سازی و پیاده‌سازی نیز کاربرد دارد.

هرچند به‌وضوح در ذیل مفهوم مردم‌سالاری دو عنوان یا مؤلفه «اقتدار جمعی» و «مشارکت اجتماعی» وجود دارد (جلالی اصل، ۱۴۰۳، ص ۴۱)، در ذیل همین مفهوم نیز باید تعریف آن صورت گیرد؛ زیرا می‌توان این مفهوم را به‌عنوان مفهومی عام در نظر گرفت و با تحلیلی ساختارمند، دو مؤلفه اصلی آن را استخراج و صورت‌بندی کرد. بنابراین، مراجعه به متون و منابع دینی به‌منظور کشف گزاره‌های توجیه‌کننده، مبانی و پیش‌فرض‌ها و درنهایت، گزاره‌های تبیینی آن‌ها نسبت به حدود مؤلفه‌های مفهومی مردم‌سالاری به‌منظور دستیابی به نظام سیاسی مبتنی بر مردم‌سالاری دینی ضروری است و از آنجا که این مراجعه نیازمند استخدام الگوی روش‌شناختی متناسب است، تعریف صورت‌گرفته برای مشارکت اجتماعی در ادامه یا در ذیل تفسیر اجتهادی به‌عنوان الگوی روش‌شناختی منتخب قرار خواهد گرفت.

۲-۱-۴. روش‌شناسی پردازش مفهوم حکمرانی

روش مفهوم‌شناسی فقه حکمرانی از دو روش دانشی بهره می‌گیرد. در روش نخست با تعریف هریک از اصطلاحات فقه حکومتی و فقه سیاسی و تجمیع آن می‌توان مفهومی را برای فقه حکمرانی پردازش کرد و در روش دوم، متناظر با ضرورت، اهداف، کارکردها یا مؤلفه‌های هریک از فقه حکومتی و فقه سیاسی، اولاً، تعریفی برای آن دو ارائه خواهد شد. سپس، با تجمیع و ساده‌سازی این دو تعریف در یک مفهوم و ارائه تعریف یکسان، فقه حکمرانی نیز تعریف می‌شود.

۲-۲. تشریح مفاهیم موجود در عنوان پژوهش

با گذر از روش‌شناسی در بخش چهارچوب پژوهش، در این بخش لازم است تا هریک از اصطلاحات روش‌شناسی شده، مفهوم‌پردازی شود؛ البته باید دانست که تعاریف ارائه‌شده در این بخش با تعاریف ارائه‌شده در قسمت سوم مقاله یعنی پردازش مفهوم

فقه حکمرانی مشارکتی متفاوت است؛ زیرا در آن قسمت بر اساس شیوه هریک از سبک‌های دانشی برای تعریف یکپارچه عنوان فقه حکمرانی مشارکتی، مفهوم‌شناسی شده است.

۲-۲-۱. فقه حکومتی

فقه حکومتی رویکردی جامع، جامعه‌نگر و نظام‌محور به فقه است که می‌تواند در همه ساحت‌های حکومت نقش ایفا کند و برای گشایشگری مسائل و معضلات گوناگون حکومتی کارآمد باشد و احکام شرعی فرعی از روی ادله تفصیلی در چهارچوب یک سازمان متشکل مبتنی بر قدرت حاکم را نتیجه دهد (صرامی، ۱۳۹۰؛ سیدباقری و پیربالایی، ۱۴۰۰، ص ۷۷).

۲-۲-۲. فقه سیاسی

تعاریف مطرح‌شده برای فقه سیاسی را می‌توان در پنج تعریف دسته‌بندی کرد. ۱. فقه سیاسی، اجتهادی تخصصی است که به شناخت احکام و موضوعات سیاسی و نظام سیاسی در قالب نظریه‌پردازی فقهی می‌پردازد (نصرتی، ۱۳۹۳، ص. ۳۷). ۲. برخلاف تعریف نخست، در این تعریف، فقه سیاسی در متن فقه وجود دارد و جزئی از آن تلقی می‌شود. بنابراین، لازم است با تقسیم‌بندی مجدد فقه، مباحث سیاسی را با عنوان اختصاصی فقه سیاسی دسته‌بندی کرد (نصرتی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۳). ۳. فقه سیاسی مجموعه قواعدی است فقهی و حقوقی که به رفتار سیاسی دولت‌ها با یکدیگر و با مردم می‌پردازد (نصرتی، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۳). ۴. این تعریف، فقه سیاسی را در نسبت فرد، جامعه و دولت می‌بیند. بنابراین، فقه سیاسی دانشی خواهد بود که چگونگی سامان‌دهی یا حکم رفتار سیاسی انسان را در جامعه و دولت مشخص می‌کند (ورعی، ۱۳۹۶، ص. ۷). ۵. فقه سیاسی به معنای تدبیرکننده زندگی مردم بر اساس گزاره‌های شرعی است که عهده‌دار بیان مسائل سیاسی نیز است. این تعریف از فقه سیاسی به‌صورت ترکیب اضافی است. بدین معنا که فقه سیاسی بابی از فقه در مقابل دیگر ابواب فقهی است.

با توجه به روش‌شناسی در ارائه مفهوم فقه سیاسی، مفهوم مختار مقاله از فقه

سیاسی در ترکیب وصفی بدین معناست: آن بخش از فقه که موضوعش مکلف خاص نیست و مصلحت و مفسده‌اش مربوط به جامعه است، فقه سیاسی خوانده می‌شود؛ البته منافاتی ندارد که در پرتوی مصالح اجتماعی، مصالحی هم به فرد برسد، اما ملاک و غرض اصلی آن مصلحت اجتماعی است.

۲-۳. مشارکت اجتماعی

منظور از مشارکت شهروندان در حکمرانی، مشارکتی است مؤثر و کارآمد. بدین معنا که شهروندان مجوز خواهند داشت تا در عرصه‌های حکمرانی ایفای نقش کنند و بر روندهای آن مانند حکمرانان تأثیر مستقیم گذارند؛ زیرا ریشه‌یابی جریان مشارکت‌دهی شهروندان در فرایندهای حکمرانی منحصر در این سه ریشه است.

الف. تحقق دولت باز: مشارکت شهروندان برای افزایش شفافیت و تقویت بن‌مایه دموکراسی (پل‌لو، ۱۳۷۰، ص. ۲۰).

ب. راه‌حلی جایگزین برای دموکراسی نمایندگی: به دنبال رفع انحصار در تفویض قدرت از نمایندگان و حکمرانان به خود مردم (رستمی، ۱۳۸۷، ص ۲۳).

ج. همکاری با شهروندان برای حل مشکلات و تحقق پیشرفت: شکل‌دهی حکمرانی متعالی به معنای حکمرانی مردم بر مردم و رشد اجتماعی.

ریشه سوم، جریانی فرصت‌ساز برای مشارکت شهروندان است؛ زیرا حکمرانی مردم بر مردم با هدف سپردن قدرت تأثیر در حکمرانی به عناصر اجتماعی به‌طور مستقیم است. تمام این ریشه‌ها نقش فزاینده‌ای برای تعامل میان دولت‌ها و شهروندان ایجاد می‌کند، اما در ریشه سوم آثار دو ریشه قبلی نیز وجود دارد. مشارکت مؤثر و کارآمد وابسته به رویکرد این‌چنینی است: «تعالی حکمرانی از طریق ایفای نقش مردم برای مردم». این ریشه، تمرکز اندیشه‌ها و عملکردهای حکمرانی را بر همکاری و تعامل بین ذی‌نفعان و بازیگران مختلف در حاکمیت و نیز بر مشارکت شهروندی معطوف داشته است. در این مقاله، ریشه یا هدف سوم از حکمرانی مشارکت اجتماعی پذیرفته شده است.

۲-۳. روش‌شناسی پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی

درنهایت، برای مفهوم‌پردازی اصل موضوع به‌طور پیوسته در مقابل تقسیم معنایی واژگان موجود در مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی باید به دو سبک یا روش دانشی پرداخته شود.

در نوع نخست که «سبک تجمیع دانشی» نام دارد، با در نظر داشتن موضوع به‌عنوان مفهوم انضمامی می‌توان آن را در پی‌ریزی سبک‌های دانشی تفکیک واژگان یعنی فقه حکومتی، فقه سیاسی و فقه حکمرانی تعریف کرد. این روش را در اصطلاح سبک تجمیع دانشی می‌نامیم.

در روش نخست سبک تجمیع دانشی، تنها فقه حکمرانی تعریف می‌شود و در مرحله بعد، راهبرد مشارکت اجتماعی به‌عنوان یکی از عرصه‌های حکمرانی در ذیل آن پردازش مفهومی قرار می‌گیرد.

در روش دوم سبک تجمیع دانشی، مشارکت اجتماعی به‌عنوان یک مفهوم در نظر گرفته می‌شود. این مفهوم در سبک‌های دانشی تعریف می‌شود؛ یعنی مفهوم مشارکت اجتماعی در نظر گرفته می‌شود و آن را در هریک از سبک‌های دانشی پردازش می‌کنیم و ضمن دریافت سه مفهوم از سبک‌های دانشی پیش‌گفته یعنی فقه حکومتی، حکمرانی و سیاسی، آن را تجمیع می‌کنیم و وحدت مفهومی را شکل می‌دهیم. بدین روش، سبک تجمیع دانشی تحقق خواهد یافت.

در نوع دوم که «سبک کارآمدسازی دانش» نام دارد، در راستای شناخت این موضوع، هریک از این سبک‌های دانشی به شکل تفکیک‌یافته از هم، دارای نواقص و سنجه‌های نادرستی در نسبت با شمول کامل ابعاد قضیه هستند، اما ضمن ارائه آن به بیان روش دیگر که در اصطلاح سبک دانشی کارآمد قرار گرفته است، با گذر از مرحله ظاهری یا اولی برای پردازش مفهوم، به شکل پسینی به مرحله زیرین یا پیشینی برای ارائه تعریف می‌پردازد. با رویکرد یا دیدگاهی بنیادین برای فقه حکمرانی مشارکتی در سه مرحله موضوع، سنخیت‌شناسی مسائل و اهداف، معنا و مفهوم شکل داده خواهد شد. شاید بتوان این سبک دانشی در پردازش مفاهیم فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی یا مردمی را ذیل فقه نظام نیز دانست و درنهایت، آن را یکی از گرایش‌ها یا فروع آن

قرار داد.

۳. چستی مفهوم فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی در سبک‌های دانشی

این بخش به دنبال کشف و شناسایی مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی از سبک‌های دانشی و متناظر با الگوهای مفهوم‌شناسی است. در این بخش، مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی بیان خواهد شد.

۳-۱. سبک تجميع دانشی

سبک تجميع دانشی به معنای پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی به شکل ساختارمند از کنار هم نهادن مفاهیم و اجزای موجود در عنوان است. این سبک با توجه به دو روش، به ارائه و پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی می‌پردازد.

۳-۱-۱. پردازش تعاریف «فقه حکومتی»، «فقه سیاسی» و متناظر کردن مفهوم مشارکت اجتماعی

در این روش مطابق با شیوه‌نامه تحلیلی سبک‌های دانشی (تبیین‌شده در بخش چهارچوب نظری)، برای هریک از مفاهیم فقه حکومتی و فقه سیاسی تعریف ارائه می‌شود. سپس مفهوم یا کارکرد مشارکت اجتماعی متناظر با آن قرار می‌گیرد و درنهایت، با تجميع آن ضمن اینکه حکمرانی تعریف می‌شود، مفهوم مشارکت اجتماعی نیز متناظر با آن قرار می‌گیرد و درنهایت، مفهوم آن پردازش می‌شود.

الف. فقه حکومتی و متناظر کردن مفهوم مشارکت اجتماعی

مطابق با روشی که در بخش «چهارچوب نظری» برای تعریف فقه حکومتی بیان شد، می‌توان گفت که فقه حکومتی نه شاخه‌ای مستقل و گسسته از فقه سنتی و جواهری، بلکه وجه ارتقایافته و توسعه‌یافته آن است. همان‌گونه که فقهای بزرگ در طول تاریخ فقهات، با گسترش ابواب و تعمیق مباحث، هیچ‌گاه فقه موجود را از پیشینه آن جدا ندانسته و به‌عنوان دانشی مستقل تلقی نکرده‌اند، فقه حکومتی نیز استمرار همان مسیر است؛ اما در مواجهه با نیازهای نوپدید و افق‌های گسترده زمانه امروز، به بازخوانی و بازتوسعه موضوعات می‌پردازد.

تفاوت بنیادین این فقه با گذشته در این است که اگرچه بر همان منابع و ادله استوار است، اما دیگر نمی‌توان احکام را صرفاً بر اساس نصوص اولیه و بدون توجه به آثار، پیامدها و مصالح اجتماعی صادر کرد. به بیان دیگر، فقه حکومتی با افزودن قید «حکومتی»، شمولیت و جامعیت فقه در تمامی شئون فردی و اجتماعی حیات انسان را برجسته می‌سازد و در این چارچوب، موضوع و متعلق احکام را متناسب با الزامات حکمرانی و مصلحت عمومی بازتعریف و توسعه می‌دهد^۱ (طالبی طادی، ۱۳۹۷، ص. ۵۶).

نخستین نکته در تحلیل معنایی این رویکرد آن است که فقه حکومتی تولید خرده‌دانش‌های مجزا یا شاخه‌های علمی مستقل نیست، بلکه بازآرایی و ارتقای درون‌دانشی همان فقه موجود است که با اقتضائات حکمرانی روزآمد می‌شود. شاید بتوان این‌طور گفت که صدور فتاوی در فقه حکومتی باید ناظر بر جمع، اجتماع و مشارکت شهروندی، نخبگانی یا اجتماعی باشد.

ب. فقه سیاسی و متناظر کردن مفهوم مشارکت اجتماعی

پردازش تعریف فقه سیاسی و شمول مفهوم مشارکت اجتماعی در ادامه آن، وابسته به ارائه تعاریف مرسوم از فقه سیاسی به شیوه بیان ماهیت فقه و سپس تشریح ماهیت سیاسی و آوردن این دو با هم برای تشکیل معنای فقه سیاسی و در ادامه آن، تبیین شمول موضوع مشارکت اجتماعی به‌عنوان یکی از موضوعات در نظام موضوعی فقه سیاسی است.

ماهیت فقه سیاسی عبارت است از همه پاسخ‌ها و مسائلی که دین اسلام نسبت به مسائل حقوق اساسی، مفاهیم سیاسی و حقوق بین‌الملل ارائه می‌دهد. براین‌اساس، چه‌بسا مسئله‌ای سیاسی بالاصاله و به شکل مستقیم در متون دینی بحث نشده باشد، اما مجتهد با استفاده از ابزارهای استنباط بتواند پاسخی فقهی برای آن تدارک بیند (عمید زنجانی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص. ۴۱).

فقه سیاسی به‌عنوان بخشی از مجموعه کلان فقهی، به موضوعاتی می‌پردازد که هویت سیاسی دارند یا مرتبط با سیاست هستند. ازاین‌رو فقه سیاسی در تمام ادوار پیشین حضور داشته و ارتباط معناداری با امر سیاسی یافته است. این بخش

دانش سیاسی فقه عبارت از پاسخ‌هایی است که فقه در ارتباط با مسائل سیاسی دارد یا باید داشته باشد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۴). بنابراین، می‌توان امر سیاسی را مانند مشارکت اجتماعی یکی از موضوعات فقه سیاسی دانست که فقه در ارتباط با آن پاسخ سیاسی دارد. امر سیاسی همان رویکردهای سیاستی است مانند حزب، شورا و مواردی که ماهیت سیاسی دارد. در واقع، فقه سیاسی بخشی از علم مدنی عام و تابعی از کارکرد عمومی دستگاه فقه به‌طورکلی است که استنباط و صدور احکام الزام‌آور سیاسی یکی از ارکان و غایت آن است (فیرحی، ۱۳۹۱، ص. ۲۵). این نوع معنایپردازی از فقه سیاسی و متناظر کردن مشارکت اجتماعی در نسبت با آن یعنی بررسی مشارکت اجتماعی از دید فقه سیاسی یا تنها استنباط آن در فقه سیاسی است و دیگر به مرحله شیوه‌نامه، چگونگی یا روش تحقق موضوعات و مسائل نمی‌پردازد؛ زیرا موضوعات و مسائل متناظر آن در پردازش مفهوم فقه سیاسی جای نگرفته‌اند و تنها به‌عنوان مسئله خارجی و بیرونی مورد لحاظ واقع شده‌اند.

ج. فقه حکمرانی و متناظر کردن مفهوم مشارکت اجتماعی

در این بخش ابتدائاً به تجمیع دو تعریف فقه حکومتی و سیاسی پرداخته خواهد شد؛ زیرا از رهگذر فقه حکومتی و فقه سیاسی می‌توان به این تعریف رسید که در حوزه مسائل و امر سیاسی با دید حکومتی یعنی جمعی، اجتماعی و مشارکتی باید به شیوه‌نامه یا آیین‌نامه اجرایی و کارکردی متناظر با نظام مسائل فقه حکمرانی پرداخته شود. در واقع، فقه حکمرانی نظام مسائل خود را امر سیاسی می‌داند. سپس رویکرد حکومتی و کلان‌نگر به طرح و ارائه شیوه‌نامه به حکمران در آن حوزه موضوعی یا امر سیاسی خاص می‌پردازد.

۳-۱-۲. ارائه مفهوم مشارکت اجتماعی در پردازش تعاریف «فقه حکومتی» و «فقه سیاسی»

در روش دوم، مفهوم مشارکت اجتماعی در تعریف و پردازش مفهوم هریک از فقه حکومتی و فقه سیاسی قرار می‌گیرد. درنهایت، مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی پردازش می‌شود. بنابراین، فرق روش نخست با روش دوم در شیوه ارائه تعریف آن است؛ زیرا

در روش نخست، خارج از پردازش مفهوم و ارائه تعریف برای هریک از فقه حکومتی و فقه سیاسی، مفهوم مشارکت اجتماعی تنها متناظر با آن بیان می‌شود، اما در روش دوم داخل در پردازش مفهوم فقه حکومتی و فقه سیاسی قرار می‌گیرد و به تولید مفهوم فقه حکمرانی می‌پردازد.

۳-۱-۲-۱. مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی

در این بخش، تشریح مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی بر اساس دو تلقی از فقه صورت می‌گیرد. تحلیل مشارکت اجتماعی در تلقی نخست به صورت استنباطی است و در تلقی دوم به شکل عمل‌گرایی است.

۳-۱-۲-۱. تلقی استنباطی از فقه حکومتی

در این رویکرد، حکومتی بودن احکام نه به مقام ثبوت و اثبات آن‌ها مربوط می‌شود، بلکه ناظر به مرحله «اجرای محض» است؛ بدین معنا که فقه در این مرحله، با تمرکز بر تحقق عینی و اجرایی احکام، نقش محوری در سازوکار حکومت می‌یابد.

این مرحله از فقه را می‌توان در مرتبه سوم فرآیندهای اجتهاد جای داد؛ مرتبه‌ای که پس از استنباط حکم و بررسی وضعیت‌های تراجمی قرار دارد و در صورت نبود مانع یا تراجم، نوبت به اجرای حکم می‌رسد. به بیان دیگر، این سطح از فقه نه مرحله «استنباط محض»، بلکه مرحله «استنباط و اجرا» است؛ جایی که فقه به حوزه عمل و مدیریت سیاسی-اجتماعی پیوند می‌خورد. اگر از میان احکام، مفهوم مشارکت اجتماعی را نیز به عنوان حکم لحاظ کنیم، می‌توان در چهار فرض زیر متناسب با تعریف فقه حکومتی، آن را نیز تعریف کرد.

الف. فقه حکومتی ناظر به مقام اصل تحقق و اجرای احکام: اینکه احکام فقهی در اصل تحقق و اجرا، حکومت‌محورند؛ یعنی تحقق آن‌ها متوقف بر حکومت و حکومت تضمین‌کننده تحقق آن است (سیدباقری و پیربالایی، ۱۴۰۰؛ ضیایی‌فر، ۱۳۹۰، ص. ۱۱).
ب. فقه حکومتی ناظر به حسن تحقق احکام: یعنی تأثیربخشی احکام وابسته به حکومت و استقرار آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۵۰).

ج. فقه حکومتی ناظر به اصول، قواعد، ملاک حجیت، اعتبار تحقق و اجرای احکام: این مقوله مربوط به شرایط قانون‌گذاری و برنامه‌ریزی برای اجرای احکام و نیز اصول و قواعد صادرشده از ولی شرعی است؛ اصول حاکم بر صدور قوانینی که تحت عنوان فقه حکمرانی مشارکتی یاد می‌شود. در این راستا، حجیت و اعتبار احکام در مقام اجرا منوط به حکومت و صلاح‌دید حاکم است. هرکدام از این فروض به‌صورت مجزبه جزئی و مجزبه کلیه قابل بیان هستند (لک‌زایی، ۱۳۸۹، ص ۴۷).

بنا بر چنین تلقی‌ای از فقه حکومتی می‌توان مفهوم مشارکت اجتماعی را متناظر با آن بدین صورت تعریف کرد که تحقق و اجرای رویکرد مشارکت اجتماعی وابسته به: ۱. تحقق حکومت، ۲. الزام‌آوری آن توسط حاکم (مانند صدور فرمان یا حکم حکومتی) و ۳. به‌کارگیری توسط حکومت است (هادوی تهرانی، ۱۳۷۵، ص ۵۴).

۳-۱-۲-۲. تلقی عمل‌گرایانه از فقه حکومتی

از جمله الزامات توجه به حکومت و اداره جامعه در فرایندهای استنباطی، عنایت به مقتضیات زمان و مکان و تحولات موضوعی در فرآیند استنباط احکام است. گسترش جامعه و پیشرفت ابزارهای ارتباطی، روابط نوینی در عرصه اجتماع انسانی پدید می‌آورد و این روابط جدید، موضوعات تازه‌ای را ایجاد می‌کند که در نتیجه آن، احکام و فروع نوینی نیز شکل می‌گیرد.

در واقع، این رویکرد از سطح «مرحله اجرا» فراتر رفته و تعریف مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی را به مرحله استنباط منتقل می‌کند؛ بدین معنا که مشارکت اجتماعی نه صرفاً به‌عنوان یک امر اجرایی پسینی، بلکه به‌عنوان عنصری مؤثر در فرآیند استنباط احکام مورد توجه قرار می‌گیرد و در همان مرحله شکل‌گیری حکم، جایگاه و حدود آن تعیین می‌شود. بدین معنا که موضوعات نوظهور، به‌عنوان فروع جدید در دل اصول کلی شریعت جای می‌گیرند؛ به گونه‌ای که با تغییر روابط اجتماعی، اقتصادی و سایر حوزه‌ها، ممکن است یک فرع از ذیل اصل پیشین خود خارج شده و ذیل اصلی دیگر قرار گیرد.

برای مثال، مشارکت اجتماعی که در ابتدا به‌عنوان فرعی ذیل عنوان کلی فقه

حکومتی مطرح می‌شود، می‌تواند در برخی وجوه از آن خارج شده و در حوزه فقه سیاسی به‌عنوان یکی دیگر از اصول شریعت جای یابد. بر این اساس، برای پردازش مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی با رویکردی عمل‌گرایانه، می‌توان موارد زیر را مدنظر قرار داد.

الف. مراد از مقتضیات زمان و مکان و نقش آن در استنباط احکام، در واقع توجه به شرایط عرفی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی حاکم بر جامعه در عصر صدور نصوص و نیز زمان صدور فتواست. توجه به این شرایط موجب شناخت درست موضوعات در عصر صدور نصوص و تطبیق آن با موضوعات و فروع جدید می‌شود. بی‌توجهی به آن‌ها نیز موجب می‌شود که نه تنها فقیه فهم درستی از نصوص دینی نداشته باشد، بلکه نتواند به درستی آن‌ها را با شرایط زمانی تطبیق دهد. در این نگاه؛ فقه از نگاه خرد و فردی به موضوعات عبور می‌کند و از جنبه حاکمیتی و کلان‌بدان می‌نگرد (مهریزی، ۱۳۷۶، ص ۶۶)

ب. از آنجاکه در فقه‌پژوهی می‌توان رویکرد جزئی‌نگر به مسائل داشت، بنابراین، در معرض آن است که احکام موضوعات خرد بر موضوعات کلان نیز جاری شود. برای مثال، مردم‌سالاری در مقیاس خرد غالباً با عنوان حضور مردم در عرصه‌های خاص سیاسی حکومت مانند انتخابات و در مقیاس کلان مشارکت مؤثر در تمام سطوح حاکمیت اعم از اجتماعی و سیاسی مورد بحث قرار می‌گیرد (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، ص. ۵۲). بنابراین، می‌توان گفت فقه حکومتی با در نظر داشتن موضوع مشارکت اجتماعی به‌عنوان کارکرد کلی در تلقی استنباط‌گونه قرار می‌گیرد؛ یعنی در تمام مسائل مقتضی بررسی فقه حکومتی، موضوع مشارکت اجتماعی باید به‌عنوان سنجه کلی مدنظر باشد.

ج. تفاوت تلقی استنباط‌گونه با تلقی اجرا از ارائه مفهوم مشارکت در تعریف فقه حکومتی این است که در تلقی استنباط‌گونه باید هرگونه ارائه نظری (یعنی هرگونه صدور فتوایی) منطبق با رویکرد کلی و نگاه حداکثری به مسائل اجتماع و مردم باشد درحالی‌که در تلقی اجرا، فقه حکمرانی وظیفه حکومت را تحقق احکام استنباطی خود مانند مشارکت اجتماعی می‌داند.

بیان این نکته ضروری است که در روش دوم در پی استنباط مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی نیستیم، بلکه می‌خواهیم فقه حکومتی را متناظر با مفهوم مشارکت اجتماعی تعریف کنیم؛ زیرا فقه حکومتی نه یک روش‌شناسی مستقل و بدیل در برابر روش‌شناسی رایج اصول فقه، بلکه رویکردی اجتهادی است که در چارچوب تلقی دوم از فقه حکومتی یعنی تلقی استنباط‌محور و با اتخاذ نگاه کلان و فرابخشی به فرآیند استنباط شکل گرفته است. بدین صورت که از نگاه فردی یعنی مراجعه به منابع و نصوص شریعت با هدف و جهت استنباط و استخراج احکام فردی به رویکرد حکومتی یعنی مراجعه به منابع و نصوص شریعت با هدف و جهت استنباط احکام فرد و جامعه و اداره نظام و حکومت، تأثیرات و تحولاتی را در موضوع‌شناسی، روش‌شناسی و تدوین اصول به جا می‌گذارد (رشاد، ۱۳۸۱، ص ۴۳).

می‌توان برای پردازش مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی گفت که ۱. فقیه در مرحله استنباط باید با رویکرد جمعی یا همان مردم‌سالاری و در کارکردهای آن، با اتخاذ کارکرد کلی یعنی مشارکت اجتماعی در مقابل کارکرد جزئی به صدور فتاویٰ پردازد. ۲. در مرحله اجرا نیز فقیه از استنباط باید درصدد تحقق این کارکرد کلی در صدور فرمان یا به‌کارگیری آن توسط حکمران در حکومت باشد (مشکانی سبزواری، ۱۳۹۶، ص. ۲۴).

۳-۲-۱. مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه سیاسی

در تعریف فقه سیاسی با در نظر داشتن مفهوم مشارکت اجتماعی می‌توان گفت علم به احکام شرعی فرعی در حوزه سیاست از ادله تفصیلی. بنابراین، فقه سیاسی استنباط مسائل و پرسش‌های سیاسی مانند چگونگی مشارکت اجتماعی از منابع چهارگانه فقهی است؛ همان گونه که در احکام فردی به منابع چهارگانه مراجعه می‌کنند، در احکام سیاسی نیز باید به منابع رجوع کرد و چگونگی تحقق آن در حکومت نیز بحث می‌شود. به عبارت دیگر، با استخراج احکام شرعی در حوزه سیاست و ارتباط هماهنگ آن‌ها می‌توان نظام سیاسی مطلوب شارع را استخراج کرد (آقامهدوی و کاظمی، ۱۳۹۹، ص. ۱۰).

فقه سیاسی به اعتبارات مختلف می‌تواند تعاریف گوناگونی داشته باشد.

به اعتبار غرض، دانشی است که چگونگی سامان‌دهی یا حکم رفتار سیاسی انسان را در جامعه و دولت مشخص می‌کند (شکوری، ۱۳۹۴، ص. ۷۶).

به اعتبار مسائل آن، بخشی از دانش فقه است که به رابطه سیاسی شهروندان با یکدیگر و با حکومت و رابطه حکومت با شهروندان می‌پردازد مانند جهاد، امر به معروف و نهی از منکر و ده‌ها مسئله دیگر (عمید زنجانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۷۶).

به اعتبار موضوع، دانشی است که حکم شرعی رفتار سیاسی فرد و جامعه را تعیین می‌کند. با الهام از تعریف رایج فقه و از تفاوت میان موضوع فقه سیاسی با موضوع فقه فردی می‌توان گفت در فقه سیاسی، موضوع «فعل سیاسی مکلف» است و در فقه فردی، موضوع «مطلق فعل مکلف» است (ورعی، ۱۳۹۶، ص. ۷).

می‌توان گفت فقه سیاسی دانشی است که می‌کوشد با بهره‌گیری از شرع و تعالیم اسلامی به پرسش‌ها و مشکلات گوناگون در باب فرد، شهروند، جامعه و دولت در عرصه‌های داخلی یا خارجی و نوع تعامل دولت با شهروندان و نیز چگونگی تعامل شهروندان با دولت (مفهوم مشارکت اجتماعی) پاسخ دهد. در واقع، فقه سیاسی در جست‌وجوی پاسخ به پرسش‌های سیاسی و اجتماعی شهروندان، دولت و جامعه با بهره‌گیری از تعالیم اسلام است (سیدباقری، ۱۳۹۰، ص. ۷۷؛ شکوری، ۱۳۹۴، ص. ۷۰).

۳-۲-۱-۳. مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکمرانی

از رهگذر از مطالب پیش‌گفته معلوم می‌شود که فقه حکمرانی فقهی است که حکمران بنا بر پردازش مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه حکومتی باید در حل مسائل برای اتخاذ راهکار با رویکرد مشارکت اجتماعی به تحلیل جنبه‌های مسئله به‌منظور فهم راهکارهای آن اقدام کند و سپس به زمینه‌سازی شرایط تحقق آن رویکرد بپردازد، اما در پردازش مفهوم مشارکت اجتماعی در فقه سیاسی نوعی آیین‌نامه یا چگونگی تحقق آن بحث می‌شود. درنهایت نیز میزان به‌کارگیری آن مشخص می‌شود. تجمیع و کنار هم نهادن این دو مفهوم می‌شود فقهی که به تسهیل فرایند حل مسئله حکمران با رویکرد مشارکت مردمی کمک می‌کند و زمینه تحقق ابزارهای مشارکت‌گیری را فراهم می‌کند و آیین‌نامه یا روشمندی آن «مشارکت مردم در

عرصه‌های حکمرانی» را ارائه می‌دهد.

۲-۳. سبک دانشی کارآمد یا «سبک کارآمدسازی دانش»

آنچه در بخش‌های پیشین مطرح شد، ناظر به رویکرد ظاهری، اولیه و پسینی در ارتباط با ارائه و پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی بود. در این رویکرد، با عبور از سطح برداشت اولیه و ورود به لایه‌های عمیق‌تر و پیشینی‌تر، امکان بازتعریف و بازفهمی این مفهوم فراهم می‌شود. در واقع، به جای تکیه بر سبک‌ها و سازوکارهای صرفاً ترمینولوژیک برای مفهوم‌پردازی، این روش بر سبک ماهیت‌یابی و رویکرد بنیادین استوار است؛ رویکردی که در آن تلاش می‌شود ماهیت و بنیان‌های اصلی فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی شناسایی و بر اساس آن، تعریف و ساختار معنایی تدوین گردد. بر این اساس، می‌توان گفت تنها بخش «فقه حکمرانی» از ترکیب مفهومی «فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی» قابلیت طرح و تحلیل در چارچوب ماهیت‌یابی بنیادین را دارد؛ و لذا تعریف ساختارمند، در این سبک، عمدتاً بر همین بُعد از عنوان مذکور متمرکز خواهد شد.

دلیل استفاده از عنوان کارآمدسازی دانش برای این سبک، بنا بر دو جنبه اصلی یا بنیادین موجود در آن است. ۱. سازگار کردن مفهوم فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی با مبانی دینی شناختی^۲ و ۲. هویت‌بخشی به فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی به عنوان علم.

با توجه به این مقدمات، نخستین رکن از آنچه بحث خواهد شد، بررسی غایت خود فقه است. غایت فقه کشف احکام الهی است؛ زیرا فقه از طریق منابع و براهین معتبر در تمام مواردی که بشر نیازمند دانستن احکام الهی است، به جست‌وجو پرداخته است تا قوانین مربوط به هر مورد خاص را کشف کند (جناتی، ۱۳۷۴، ص. ۸). پس از آن لازم است روشن شود که برای رسیدن به این غایت، حرکت از کدام مبدأ آغاز می‌شود. بر این پایه، مسئله بعدی، تبیین موضوع و مسائل فقه است؛ زیرا تعریف فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی بنا بر سه رکن ۱. موضوع، ۲. سنخ مسائل و ۳. هدف انجام خواهد شد.

الف. موضوع فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی ناظر به چگونگی «بایدها و نبایدها»

حضور مردم در تمامی سطوح و مراحل حکومت و همچنین شیوه‌نامه ایفای نقش آنان در مناصب و فرآیندهای حکمرانی است. به عبارت دقیق‌تر، مشارکت مردم در حکمرانی به‌عنوان محور و موضوعیت اصلی این فقه مطرح می‌شود. ارائه چنین دیدگاهی به‌منزله یک تصویر کامل و بی‌نقص نیست؛ بلکه باید تصریح شود که موضوع این فقه، چگونگی حضور مؤثر، فعال و کارآمد مردم در ساختار و فرآیندهای حاکمیت است. این رویکرد نیازمند تطبیق با دیدگاه مشهور فقها در رابطه با تعریف موضوع فقه و همچنین تبیین دلایل تأسیسی برای پردازش موضوع فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی می‌باشد. به این ترتیب، فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی می‌تواند هم به عنوان یک چارچوب نظری و هم به عنوان یک راهنمای عملی برای مدیریت حضور مردم در نظام حکمرانی عمل کند.

امر شارع به تحصیل فعل حسن یا نهی از فعل قبیح، ناظر به پیامد عمل است نه ناظر بر تکلیف فرعی. بنابراین، ملکات نفسانی به‌گونه‌ای متعلق تکلیف و مرحله فعلیت قرار می‌گیرند (صدر، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۲۲). تعلق تکلیف به پایگاه‌های اجتماعی نیز دور از ذهن نیست. به هر حال، هر موضوعی که صدور آن از انسان، منشأ ارادی داشته باشد، می‌تواند متعلق امر و نهی قرار گیرد. بنابراین، موضوع فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی نیز ساخت‌های ارادی انسان تلخیص‌شده در عنوان ایفای نقش مردم ناظر بر سطوح حاکمیت و حکمرانی است. در واقع، خود مشارکت اجتماعی را می‌توان ساخت‌های ارادی انسان‌ها دانست و آن را برای فقه در راستای کشف شیوه چگونگی به کاربردن آن بحث و تبیین کرد.

ب. مسائل فقه، متناظر با موضوع و اهداف آن مطرح می‌شوند. بر این اساس، تحریر مسائل فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی دارای رویکردی پیشینی است و عمدتاً ناظر بر اهداف و به ویژه موضوع فقه می‌باشد. این رویکرد برخلاف دیدگاه برخی فقیهان است که مسائل فقه را عمدتاً پسینی و مبتنی بر شناسایی احکام موجود می‌دانستند.^۳ این بیان، با سنخ مسائل فقه حکمرانی مشارکتی و مبنای مشهور که تعیین مسائل را در مقام تعریف فقه توصیه می‌کند، کاملاً سازگار نیست. با این حال، همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، تدوین دانش محصول اراده و تلاش انسانی

است و هر علمی با غایت خاصی شکل می‌گیرد. به تبع آن، موضوع علم نیز مشخص می‌شود و نمی‌توان مسائل آن را صرفاً پسینی تعریف کرد؛ زیرا شناخت مسائل پس از تعیین هدف و موضوع، از امکان تحلیل و کاربردی‌سازی آنها در فرایند استنباط و حکمرانی می‌کاهد.

همچنین، مسائل علم باید چنان گزینش شوند که هدف از تدوین علم را برآورند. پس مسائل فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی تابع موضوع آن یعنی ساخت ارادی (حکمران و مردم) و هدف آن نیز نظام‌مند کردن مفهوم مشارکت اجتماعی در درون حکومت اسلامی خواهد بود. با این بیان می‌توان گفت مسائل فقه ساختار نظام شرعی مستفاد از خطابات شرعی برای ساخت‌های ارادی است.

بنابراین، می‌توان مسائل فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی را بر اساس این اصول شناسایی و تبیین کرد، به گونه‌ای که هر مسئله در چارچوب اهداف، موضوع و قواعد بنیادین فقه حکمرانی مورد تحلیل قرار گیرد.

اصل نخست: اصل مشارکت‌سالاری مردم در تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی و تضمین حاکمیت قانون (اصل تعیین سرنوشت).

اصل دوم: زمینه‌سازی ساخت آینده توسط مشارکت مستقیم مردم در حکومت. اصول سوم و چهارم: اصل شکل‌دهی شبکه مردمی و مدیریت مردم به سمت پیشرفت (اصل شبکه‌سازی پیشرفت اجتماعی) و اصل هدایت کنش‌های اجتماعی به سمت تحقق و پیاده‌سازی ارزش‌های «دینی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و حتی اجتماعی» حکومت (اصل راهبری نافع کنش‌های اجتماعی).

اصل پنجم: اصل محوری بودن نظارت مردم متناظر با سطوح، ساختار، فرایند و منافع نهاد حکومت.

اصل ششم: ارتقا و بهبود کارکردهای اجتماعی از طریق هویت‌زایی افراد.

اصل هفتم: طراحی نظام مشارکت‌دهی مستمر و پایدار سرمایه‌های اجتماعی.

اصل هشتم: مدیریت مشارکت اجتماعی بر پایه منطق گزینش دینی و طراحی چهارچوب‌ها و الگوهای گزینش مشارکت مردمی.

اصل نهم: طراحی نظام انگیزشی اجتماعی در راستای ایجاد اشتیاق در مردم (نخبگان و خبرگان) برای مشارکت در عرصه‌های حکمرانی.

درنهایت، مفهوم فقه حکمرانی در سبک کارآمدسازی دانش بدین صورت است: «فقهی است که از حیث موضوع به ایفای نقش مردم در عرصه‌های حکمرانی می‌پردازد و هدف آن، ارائه شیوه‌نامه برای تعالی ساخت‌های ارادی جامعه و مردم بر پایه اصول نه‌گانه بیان‌شده است».

۴. ارزشیابی مفاهیم برآمده از سبک‌های دانشی

سبک نخست با عنوان «تجمیع دانشی» و سبک دوم با عنوان «کارآمدسازی دانش» ارزشیابی شده و مفهوم نهایی را برای فقه حکمرانی مشارکتی تشریح کرده است. روش نخست از سبک تجمیع دانشی به دلیل خارج دانستن قید مشارکت اجتماعی از اجزای مفاهیم شکل‌دهنده عنوان این مقاله نمی‌تواند مفهوم صحیحی را ارائه کند و ناقص است، بلکه آنچه در این مقاله اختیار شده است، روش دوم در سبک تجمیع دانشی است؛ زیرا در این سبک، قید مشارکت اجتماعی داخل در مفهوم‌شناسی اجزای تشکیل‌دهنده عنوان این مقاله است. در واقع، این سبک مفهوم متناظر از حیث شمول مفاهیم دیگر را دربرگرفته است. بنابراین، لازم است تا این سبک در کنار سبکی قرار گیرد که برای ارائه مفهوم خود موضوع را تشریح بدارد و سپس اگر مفاهیم متناظر با آن نیز بیان شود، جامعیت و نیز حدود تفکیک مفاهیم مشابه را مشخص بدارد.

در ارزیابی سبک کارآمدسازی دانش نیز می‌توان گفت تنها ارائه مفهوم برای خود موضوع بدون پرداختن به مفاهیم مشابه و داخل در موضوع نمی‌تواند تعریفی ارائه کند که دارای جامعیت از حیث شمول و مانعیت در تعیین حدود و تفکیک آن از مفاهیم مشابه بوده باشد.

درنهایت، فقه حکمرانی مشارکتی، فقهی است که از حیث موضوع به ایفای نقش مردم در عرصه‌های حکمرانی می‌پردازد و هدف آن ارائه شیوه‌نامه برای تعالی ساخت‌های ارادی جامعه و مردم بر پایه اصول نه‌گانه ارائه‌شده است. در واقع، فقهی که به تسهیل فرایند حل مسئله حکمران با رویکرد مشارکت مردمی کمک می‌کند و زمینه تحقق ابزارهای مشارکت‌گیری را فراهم می‌کند و آیین‌نامه یا روشمندی آن «مشارکت مردم در عرصه‌های حکمرانی» را ارائه می‌دهد.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش چگونگی پردازش مفهوم فقه حکمرانی مشارکتی به‌عنوان پرسش اصلی تعیین شده است. فرضیه اصلی آن نیز بنا نهادن شیوه‌هایی برای مفهوم‌شناسی منطبق با دیگر دانش‌ها و سبک‌های فقهی مرتبط با عنوان فقه حکمرانی مشارکتی است. بنابراین، در پی پاسخ به چگونگی ساخت مفهوم برای فقه حکمرانی مشارکتی، روش‌هایی پایه‌گذاری شد که در پردازش مفهوم کاربرد داشته و باعث شده است که بتوان از قید دانش برای عنوان فقه حکمرانی مشارکتی بهره برد؛ زیرا سبک‌های دانشی در ساخت مفهوم برای این عنوان باعث شده است که از مرحله مفهوم‌نگاری به مرحله دانش‌شناسی مبدل شود.

فقه حکمرانی، مانند فقه حکومتی، یک رویکرد واحد و منفرد به فقه نیست؛ بلکه همانند فقه نظام، نتیجه تلفیق و هم‌افزایی رویکردهای مختلف فقهی است، از جمله فقه حکومتی، فقه سیاسی و رویکردهای اجتماعی یا مردمی به فقه. در واقع، تأسیس قواعد برای تنظیم رفتار کارگزاران حکومت در موضوع مشارکت مردمی، از طریق استنباط مستقیم از منابع فقهی انجام می‌شود. در این چارچوب، فقه حکمرانی با رویکرد مشارکتی شکل می‌گیرد و این رویکرد باید به‌صورت آشکار در نظام مسائل آن، به‌عنوان موضوع فقهی مدنظر قرار گیرد. به عبارت دیگر، فقه حکمرانی، فقهی نظام‌یافته و یکپارچه است که از ترکیب و تعمیق فقه حکومتی و فقه سیاسی پدید آمده و ضمن حفظ اهداف مشارکت اجتماعی، راهنمای عملیاتی برای تنظیم رفتار و تعاملات اجتماعی در چارچوب حکومت فراهم می‌آورد.

دستاورد مطالب پیش‌گفته‌شده روشن می‌دارد که:

الف. فقه حکمرانی مشارکتی دارای ویژگی سنجش‌گرایانه است؛ زیرا تنها در صورتی می‌توان به دنبال تبدیل این عنوان از فقه به دانش فقهی بود که از ویژگی سنجش‌گرایی بهره برده باشد. این ویژگی باعث توانمندسازی فقیه در مواجهه با مسائل و در نتیجه، تعالی نظام مسائل فقه حکمرانی مشارکتی می‌شود. ساخت حکمی مسائل فقه حکمرانی این را می‌رساند که این فقه، هم در حل مسائل نگاه حکمی دارد و هم به ساخت دانش فقه حکمرانی با رویکرد حکمی می‌پردازد.

ب. استفاده از قید نظام برای دانش فقه سیاسی و فقه حکومتی، وجهی از فقه

حکمرانی را می‌سازد که ساختارمند است و از سبک‌های دانشی فهم شده است. فقه حکمرانی همان تلاقی دانش فقه سیاسی و دانش فقه حکومتی در کنار ویژگی ساختارمندی است. بنابراین، فقه نظام سیاسی و فقه نظام حکومتی به‌طور مستقل کامل نیست و اضافه عنوان نظام در راستای کشاندن این دانش برای رسیدن به قید حکمرانی است. این موضوع روشن می‌دارد که نگاه فقه حکمرانی به دانش‌های فقهی دیگر و مسائل، نظام‌مند است. همچنین، بنای اصلی دانش فقه حکمرانی از نظام‌مندی دیگر دانش‌های فقهی پدیدار شده است.

ج. وجود ویژگی ساختارمندی و سنجش‌گرایی در دانش فقه حکمرانی این را می‌رساند که غایت فرایند استنباط آن رسیدن به فتوا یا حکم شرعی مطابق با آنچه در فقه فردی است، نیست، بلکه غایت سازوکار اجتهادی دانش فقه حکمرانی با توجه به ویژگی‌های ساختارمندی و سنجش‌گرایی، دریافت تحلیل نظام‌مند فقهی از پدیده‌ها و مسائل حکمران، جامعه و حکومت است. انتظار از دانش فقه حکمرانی، ایجاد الگو و نهادسازی است. این انتظار از فتوا مانند آنچه در فقه فردی است، محقق نخواهد شد؛ زیرا در آوردن ساحت فقه در حکمرانی مشارکتی از تکنگرایی به کل‌نگاری یا چندوجهی، رهاورد ویژگی ساختارمندی سنجش‌گرایی است.

د. این مفهوم از فقه حکمرانی مشارکتی توانسته است کارکرد خرد شارع با کارکرد خرد عرفی مقبول را در یک قالب دانشی هماهنگ سازد. دانش فقه حکمرانی از نظر کارکردی در مواجهه با مسائل از مرحله معنا و مفهوم عبور کرده و به مرحله خرد و هماهنگی رابطه میان آن پرداخته است؛ هرچند در این مجال تنها می‌توان به‌عنوان نتیجه مطالب بررسی‌شده پیشین، این نظریه را مطرح کرد. به‌طور قطع، در پژوهش‌های دیگر باید توانمندی فقه حکمرانی مشارکتی در ایجاد هماهنگی در یک قالب دانشی میان خرد شارع و خرد عرفی نیز اثبات شود، اما آنچه فهم می‌شود، دستاورد و کارآمدی این مقاله در ایجاد مفهوم و پایه‌گذاری مبانی برای ساخت دانش فقه حکمرانی مشارکتی است.

هـ. دانش فقه حکمرانی مشارکتی در چرخه اندیشه‌ورزی خود، راهبرد ترقی

حکومت، مردم و حکمران را در فرایند تنظیم‌گری متوازن و فراگیر پایه‌گذاری کرده است؛ زیرا این فقه با خوانش انتقادی و ساختارمند، اندیشه ترقی را با تحلیل وضعیت گذشته و نگاشت دقیق از آینده شکل می‌دهد. این موضوع نشان‌دهنده تغییر صدور فتوا مانند فقه فردی به ارائه تحلیل فقهی است. باید دانسته شود که دو عنصر «تعمیق» در نگاه به گذشته و «تکامل» در پیش‌بینی آینده، در ارائه فتاوی یا تحلیل‌های فقه حکمرانی مشارکتی نهفته است.

این تحقیق تنها به مفهوم فقه تأسیسی حکمرانی پرداخته و لازم است تا در آثار علمی دیگر، بر پایه این مفهوم، مبانی و اصول یا همان نظام مسائل آن برای دستیابی بر احکام معتبر این عرصه تشریح شود؛ زیرا لازم است سبک فقهی کارکردگرا در ذیل فقه نظام برای تأسیس قواعد و نهادها ایجاد شود. به‌نوعی، فقه حکمرانی همان حلقه مفقوده فقه نظام در اصطلاح نظام‌سازی است. گام‌های بعدی تشریح مبانی و تحلیل نظام مسائل است که درنهایت، احکام فقه حکمرانی در رویکرد سیاستی مشخص شکل می‌گیرد.

یادداشت‌ها

۱. این اصطلاح‌پردازی مبتنی بر تقسیم علم به تصویری اجمالی و تفصیلی و در قسم دوم بدین شکل است: معنای تصور شده کلی و موضوع‌گه افراد آن نیز کلی باشد نه نفس کلی و در اصطلاح از آن به وضع عام و موضوع‌گه خاص نام می‌برند. به عبارت دیگر، واضع، معنای کلی و عام را تصور کرده، سپس لفظ را برای افراد آن قرار داده است. پس معنا به‌نفسه تصور نشده، بلکه به‌وجه و عنوانه تصور شده است؛ زیرا کلی وجه و عنوان برای افراد و مصادیق خود است.

۲. این سبک به دنبال ارائه تعریف پیشینی برای فقه حکمرانی مشارکت اجتماعی است؛ البته این تعریف پیشینی نباید ماهیتی برای فقه تعریف کند که به کلی برای جامعه فقیهان بیگانه باشد و تصور تأسیس علم جدید به ذهن بیاید، بلکه باید در پی تعریف ماهیتی برای فقه باشد که هم با مبانی دین‌شناختی سازگار باشد و هم با نیازها و انتظارات امروزی از فقه همخوانی داشته باشد.

۳. مانند این بیان که مسائل فقه مطالبی است که فقه بر آن استدلال می‌شود.

منابع

- آقامهدوی، اصغر و کاظمی، محمد صادق (۱۳۹۹). کلیات فقه سیاسی. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- پل‌لو، رابر (۱۳۷۰). *شهروند و دولت*. تهران: دانشگاه تهران.
- جلالی اصل، هادی (۱۴۰۳)، بررسی سازگاری مردم‌سالاری با نظریه ولایت مطلقه فقیه، در اندیشه سیاسی حضرت آیت الله خامنه‌ای (مد ظله العالی)، پژوه نامه فقه و علوم اسلامی دوره ۳ تابستان ۱۴۰۳ شماره ۹.
- جناتی، محمدابراهیم (۱۳۷۴). *دوار فقه و کیفیت بیان آن*. تهران: کیهان.
- خرمشاد، محمدباقر (۱۳۹۷). «مسئله مشروعیت در نظریه مردم‌سالاری دینی آیت‌الله خامنه‌ای (زیده عزه)». *نشریه دولت پژوهی*، شماره ۱۵.
- رستمی، ولی (۱۳۸۷). «مشارکت مردم در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران». *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۱.
- رشاد، علی‌اکبر (۱۳۸۱). «اجتهاد موجود و اجتهاد مطلوب». *پژوهش و حوزه*، شماره ۱۲.
- سیدباقری، سیدکاظم (۱۳۹۰). *فقه سیاسی شیعه*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- سیدباقری، سیدکاظم و پیربالایی، محسن (۱۴۰۰). «نسبت‌سنجی فقه حکومتی با حکومت اسلامی». *نشریه فقه حکومتی*، شماره ۱۲، صص. ۱۲-۶.
- شکوری، ابوالفضل (۱۳۹۴). *فقه سیاسی/اسلام*. تهران: مؤسسه بوستان کتاب.
- صدر، محمدباقر (۱۳۹۸). *دروس فی علم‌الاصول* (جلد ۱). قم: نشر اسلامی.
- صرامی، سیف‌الله (۱۳۹۰). «درآمدی بر فقه حکومتی (تعریف و مبانی)». *نشریه فقه*، شماره ۷۰، صص. ۴۴-۳.
- ضیایی‌فر، سعید (۱۳۹۰). «رویکرد حکومتی به فقه». *مجله علوم سیاسی*، شماره ۳۵.
- طالبی طادی، بهنام (۱۳۹۷). *فقه حکومتی*. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- طوسی، محمدبن محمد (۱۴۲۶ق). *جواهرالفرایض*. قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
- عاملی، شمس‌الدین محمد (۱۴۱۷ق). *الدروس شرعیة فی فقه‌الامامیه*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰). *درآمدی بر فقه سیاسی*. تهران: امیرکبیر.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۶). *فقه سیاسی: نظام سیاسی و رهبری در اسلام* (جلدهای ۱ و ۲). تهران: امیرکبیر.
- فارابی، ابونصر (۱۳۹۸). *فلسفه دین و الهیات سیاسی*. قم: عقل سریره.

- فیرحی، داوود (۱۳۹۱). فقه و حکمرانی حزبی. تهران: نشر نی.
- کاشف الغطا، جعفر (۱۴۲۲ق). کشف الغطا عن مبهمات شریعه الغرا (جلد ۱). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- لکزایی، نجف (۱۳۸۹). «مسائل فقه سیاسی». فصلنامه دانش فقه سیاسی، شماره ۱.
- مشکانی سبزواری، عباسعلی (۱۳۹۶). جستارهایی در فقه حکومتی. تهران: کتاب فردا.
- مشکینی، علی (۱۳۸۷). تحریر تحریر الوسیله. قم: دارالحدیث.
- مصباح یزدی، محمدتقی و نوروزی، محمدجواد (۱۳۹۱). مردم سالاری دینی و نظریه ولایت فقیه. قم: مؤسسه امام خمینی (رحمت الله علیه).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهه. قم: مدرسه امام علی (علیه السلام).
- مهریزی، مهدی (۱۳۷۶). «فقه حکومتی». فصلنامه نقد و نظر، سال ۳.
- نصرتی، علی اصغر (۱۳۹۳). تمایزات فقه و فقه سیاسی. قم: پژوهشگاه مطالعات اسلامی.
- ورعی، سیدجواد (۱۳۹۶). درس نامه فقه سیاسی. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- هادوی تهرانی، محمدمهدی (۱۳۷۵). «الشخصیات المعنویه فی فقه الاسلامی». مجله فکر اسلامی، شماره ۱۶.

References

- Ameli, Shams al-Din Muhammad (1996 AD). Legal Lessons in Imamiyah Jurisprudence. Qom: Society of Teachers of Qom Seminary. [in Arabic]
- Amidi Zanjani, Abbas Ali (2011). An Introduction to Political Jurisprudence. Tehran: Amir Kabir. [in Persian]
- Amidi Zanjani, Abbas Ali (2017). Political Jurisprudence: Political System and Leadership in Islam (Volumes 1 and 2). Tehran: Amir Kabir. [in Persian]
- Farabi, Abu Nasr (2019). Philosophy of Religion and Political Theology. Qom: Aql Sarireh. [in Persian]
- Firahi, Davood (2012). Jurisprudence and Party Governance. Tehran: Nashr-e Ney. [in Persian]
- Hadvi Tehrani, Mohammad Mahdi (1996 AD). "Moral Characters in Islamic Jurisprudence." Journal of Islamic Thought, No. 16. [in Arabic]
- Jalali Asl, Hadi (2024). "Examining the Compatibility of Democracy with the Theory of Absolute Guardianship of the Jurist in the Political Thought of His Excellency Ayatollah Khamenei (may his shadow endure)." Journal of Jurisprudence and Islamic Sciences, Vol. 3, summer 2024, No. 9. [in Persian]
- Janati, Mohammad Ibrahim (1995). Periods of Jurisprudence and the Quality

- of Its Expression. Tehran: Kayhan .[in Persian]
- Kashif al-Ghita, Jaafar (2001 AD). Discovery of Ambiguities in the Divine Law (Volume 1). Qom: Office of Islamic Propagation Publications. [in Arabic]
- Khoramshad, Mohammad Baqir (2018). "The Issue of Legitimacy in the Theory of Religious Democracy of Ayatollah Khamenei (may Allah's mercy be upon him)." Government Research Journal, No. 15 .[in Persian]
- Lakzaei, Najaf (2010). "Issues of Political Jurisprudence." Quarterly Journal of Political Jurisprudence, No. 1. [in Persian]
- Mahdavi, Asghar and Kazemi, Mohammad Sadeq (2020). General Principles of Political Jurisprudence. Tehran: Research Institute of Hawzeh and University. [in Persian]
- Makarem Shirazi, Naser (2005 AD). Anwar al-Faqih. Qom: Imam Ali School (Peace be upon him). [in Arabic]
- Mehrizi, Mehdi (1997). "Governmental Jurisprudence." Quarterly Journal of Criticism and Opinion, Year 3. [in Persian]
- Meshkini Sabzevari, Abbas Ali (2017). Essays on Governmental Jurisprudence. Tehran: Ketab Farda. [in Persian]
- Meshkini, Ali (2008). The Text of the Resalat. Qom: Dar al-Hikmah. [in Persian]
- Misbah Yazdi, Mohammad Taqi and Nooroozi, Mohammad Javad (2012). Religious Democracy and the Theory of Guardianship of the Jurist. Qom: Institute of Imam Khomeini (May Allah's mercy be upon him). [in Persian]
- Nasrati, Ali Asghar (2014). Distinctions between Jurisprudence and Political Jurisprudence. Qom: Research Institute of Islamic Studies. [in Persian]
- Polleau, Robert (1991). Citizen and State. Tehran: University of Tehran .[in Persian]
- Reshad, Ali Akbar (2002). "Existing Ijtihad and Desired Ijtihad." Research and Hawzeh, No. 12. [in Persian]
- Rostami, Vali (2008). "Public Participation in Legislation in the Islamic Republic of Iran." Private Law Studies, No. 1. [in Persian]
- Sadr, Mohammad Baqir (2019). Lessons in the Science of Principles (Volume 1). Qom: Islamic Publication. [in Arabic]
- Sarami, Seyfollah (2011). "An Introduction to Governmental Jurisprudence (Definition and Foundations)." Jurisprudence Journal, No. 70, pp. 44-3 .[in Persian]
- Seyed Bagheri, Seyed Kazem (2011). Political Jurisprudence of Shia. Tehran: Research Institute of Culture and Islamic Thought. [in Persian]

- Seyed Bagheri, Seyed Kazem and Pirbalayi, Mohsen (2022). "Comparative Analysis of Governmental Jurisprudence and Islamic Government." Journal of Governmental Jurisprudence, No. 12, pp. 12-6. [in Persian]
- Shakouri, Abolfazl (2015). Political Jurisprudence in Islam. Tehran: Bustan Ketab Institute. [in Persian]
- Talebi Tadi, Behnam (2018). Governmental Jurisprudence. Tehran: Imam Sadiq University (Peace be upon him). [in Persian]
- Tusi, Muhammad ibn Muhammad (2005 AD). Jewels of Obligations. Qom: Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence. [in Arabic]
- Varaei, Seyed Javad (2017). Curriculum of Political Jurisprudence. Tehran: Research Institute of Hawzeh and University. [in Persian]
- Ziai Far, Saeed (2011). "A Governmental Approach to Jurisprudence." Political Science Journal, No. 35. [in Persian]



The Primary and Secondary Rulings on Bribery for Attaining One's Right in Just and Unjust Governments, and Its Application to the Doctrine of Individualism in Society

Seyyed Mohammad Hashem Pourmola: Associate Professor, Department of Quranic Sciences and Fiqh, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran.

pourmola@shirazu.ac.ir | 0009-0002-4769-1668

Maryam Talebi Ali: Ph.D. Candidate in Fiqh and Principles of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran.

maryam.talebi123@hafez.shirazu.ac.ir

Abstract

In the *hadiths* and jurisprudential texts concerning the prohibition of bribery, an exception, i.e permissibility, is mentioned regarding the case of attaining one's rightful claim. The question arises whether this permissibility should be considered a secondary ruling, or whether a distinction must be made between just and unjust governments, such that the ruling differs according to the type of government in question. Furthermore, how can this exception to the prohibition of bribery be applied in light of the doctrine of individualism in society?

In this article, through a descriptive-analytical method with an *ijtihad*-based approach, the following results were obtained: it may be argued that in just governments, the primary ruling on bribery for attaining one's right is prohibition, while the secondary ruling—under special circumstances of hardship or severe harm, such as threats to life, property, honor, or dignity—is permissibility; although, in any case, receiving a bribe remains prohibited. In contrast, in unjust governments, the primary ruling is permissibility, while the secondary ruling, in cases involving serious harm to life, property, or reputation, is prohibition.

Moreover, based on the doctrine of individualism in society, the primary prohibition of bribery in just governments safeguards collective interests. However, in unjust governments, where the very foundation of governance is oppression, the collective interest is not genuinely protected; hence, prioritizing individual interest is permissible. Yet, under conditions such as fear of serious harm, the secondary ruling becomes prohibition. Additionally, if bribery in unjust governments leads to greater corruption, disruption of order, and abandonment of justice, the permissibility is revoked.

Keywords

Bribery, Just Government, Unjust Government, Primary Ruling, Secondary Ruling, Individualism, Collectivism.



حکم اولیه و ثانویه رشوه برای رسیدن به حق در حکومت‌های عادل و ظالم و تطبیق آن بر دیدگاه اصالت فرد در جامعه

سید محمدهاشم پورمولا: دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول). pourmola@shirazu.ac.ir
مریم طالبی‌علی: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. maryam.talebi123@hafez.shirazu.ac.ir

چکیده

در مورد حکم حرمت رشوه در احادیث و متون فقهی استثنایی مطرح است که عبارت است از فرض وقوف رسیدن به حق. پرسش این است که آیا این جواز به‌عنوان حکم ثانویه است یا باید بین حکومت‌های عادل و جائز تفاوت قائل شد و بر اساس اینکه موضوع، حکومت عادل یا جائز است، حکم متفاوت خواهد شد؟ همچنین، چگونه این استثنا از حکم رشوه بر اساس دیدگاه اصالت فرد در جامعه قابل تطبیق است؟ در این مقاله، با روش توصیفی-تحلیلی از نوع اجتهادی این نتایج حاصل شد که می‌توان این احتمال را داد که حکم اولیه رشوه برای رسیدن به حق در حکومت‌های عادل حرمت است و حکم ثانویه در شرایط خاص عسر و حرج و ضرر شدید مانند جان، مال، ناموس و آبرو جواز است؛ هرچند این اقدام برای رشوه‌گیرنده در هر صورت حرام است. در مقابل، در حکومت‌های جائز، حکم اولیه جواز و حکم ثانویه مانند ضرر جانی، مالی و آبرویی قابل توجه حرمت خواهد بود. همچنین، بر اساس دیدگاه اصالت فرد در جامعه، با حکم اولیه حرمت رشوه در حکومت‌های عادل مصلحت جمع رعایت شده است، اما در مورد حکم اولیه جواز رشوه در حکومت‌های جائز به دلیل اساس ظالم بودن این حکومت‌ها، مصلحت جمع از بنیان رعایت نمی‌شود و از این رو رعایت مصلحت فرد بلامانع است، اما در شرایطی مانند خوف ضرر و...، حکم ثانویه حرمت دارد. همچنین، اگر رشوه در حکومت‌های جائز سبب شود که فساد بیشتر و نظم و عدالت ترک شود، این جواز برداشته می‌شود.

واژگان کلیدی: رشوه، حکومت عادل، حکومت ظالم، حکم اولیه، حکم ثانویه، اصالت فرد، اصالت جامعه.

مقدمه

رشا و ارتشا و به عبارتی رشوه دادن و رشوه گرفتن از گناهای است که در طول زمان همواره فراوری ملت‌ها و جوامع انسانی بوده و در هر جامعه به صورت‌های مختلفی نمود و بروز داشته و به تبع این معضل نیز قوانین و مقرراتی برای مقابله و مهار آن توسط حکومت‌ها وضع و اجرا شده است. حرمت و نهی از رشا و ارتشا همواره مدنظر شارع مقدس بوده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۳۱) و در فقه شیعه نسبت به آن اجماع وجود دارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۱۹) و از منابع استنباط احکام اسلامی برای اثبات حرمت آن دلایلی را اقامه کرده‌اند. حرمت رشوه به‌خصوص در مسئله قضاوت، هم از منظر روایات و هم بر اساس مصالح حکومت اسلامی و سالم بودن دستگاه قضایی مدنظر است. به عبارت دیگر، عقل و نقل هر دو بر این حکم دلالت دارند. با وجود این، در بسیاری از منابع و متون فقهی استثنایی در این حکم وجود داشته و از حکم حرمت خارج شده است. این استثنا در جایی است که توقف حق یکی از متخاصمان بر رشوه باشد. در این مورد سه نظریه کلی وجود دارد؛ مطلقاً جواز، مطلقاً حرام و تفصیل بین حالتی که راه دیگری برای احقاق حق موجود باشد یا خیر که در صورت اول حرام و در صورت دوم جایز است.

پرسشی که در اینجا به ذهن خطور می‌کند، این است که آیا عادل یا جائز بودن حکومت تأثیری در این موضوع دارد و آیا می‌توان بدین وسیله تفصیل دیگری را در خصوص رشوه مطرح کرد؟

پژوهش حاضر سعی دارد افزون‌بر بررسی مطلب بالا با روش توصیفی-تحلیلی و از نوع اجتهادی، به مباحث جامعه‌شناسی اصالت فرد در جامعه نیز ورود و تأثیر آن را بر مسئله رشوه دنبال کند. بر این اساس، این پژوهش ابتدا به بررسی حکم اولیه رشوه در حکومت‌های عادل و جائز به صورت مجزا و سپس به یافتن حکم ثانویه در صورت وجود عناوین ثانوی در هر کدام می‌پردازد و در ادامه، تطبیق با مباحث جامعه‌شناسی اصالت فرد در جامعه را مورد بررسی قرار می‌دهد.

۱. پیشینه تحقیق

مطالعه ارژنگ و حمیدی (۱۳۹۲) با عنوان «حکم رشوه در زمان توقف حق بر آن» به بررسی این مسئله پرداخته که آیا زمانی که حق شخصی به حالت تعلیق درآمده، پرداخت رشوه برای احقاق آن جایز است یا خیر؟ این پژوهش به این نتیجه رسیده است که در چنین مواردی، حکم اولیه حرمت باقی می‌ماند. میرحسینی نیری (۱۳۹۶) در مقاله «حکم استیفای حق از راه پرداخت رشوه» با رویکردی فقهی-اصولی به تحلیل ادله جواز یا حرمت این عمل پرداخته است. یافته این پژوهش نشان می‌دهد که در نظام‌های فاسد، استیفای حق از طریق رشوه در شرایط خاص می‌تواند مشمول عناوین ثانویه قرار گیرد. نوروزی و همکاران (۱۴۰۳) در مقاله «پرداخت رشوه به منظور احقاق حق (نقد دیدگاه مشهور با رویکرد اجتماعی به فقه)» با نقد دیدگاه مشهور به تحلیل اجتماعی این پدیده پرداخته و به این نتیجه رسیده‌اند که رشوه به منظور احقاق حق، مطلقاً بر رشوه‌دهنده و رشوه‌گیرنده حرام است. بنابراین، هیچ‌کدام از موارد بالا به بررسی حکم اولیه و ثانویه رشوه به صورت مجزا در حکومت‌های عادل و جائز و تطبیق آن بر دیدگاه اصالت فرد در جامعه نپرداخته‌اند و این مسئله نوآوری این مقاله است.

۲. دلایل حرمت رشوه

ازجمله دلایلی که به آن استناد شده، آیه ۱۸۸ سوره بقره است که می‌فرماید «ولا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل و تدلوا بها لی الحکام لتأکلوا فریقاً من اموال الناس بالاثم و انتم تعلمون»؛ در میان خود اموال یکدیگر را به باطل نخورید و بخشی از آن را برای خوردن قسمتی از اموال مردم به گناه، به قضات ندهید درحالی‌که می‌دانید. این قسمت آیه که می‌فرماید «...وتدلوا بها إلی الحکام...»، دلالت بر حرمت دادن مال به قضات به عنوان رشوه دارد.

همچنین، آیه ۴۲ سوره مائده در این باب مورد استناد قرار می‌گیرد که «سماعون للکذب اکالون للسحت...». روایاتی در ذیل این آیه و آیه قبلی وجود دارد که «سحت» را به رشوه تفسیر کرده‌اند. برای مثال، عماربن مروان از امام باقر (علیه السلام) پرسید که «سحت» چیست؟ حضرت فرمود مراد رشوه است. آنگاه پرسید مراد رشوه در حکم و قضاوت است؟ حضرت فرمود آن که کفر به خداست (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص.

۶۱). همچنین، سماعه از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرمود رشوه در قضاوت کفر به خداوند است (عیاشی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۳۲۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۶۴).

در روایت دیگر از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) آمده است که لعنت خدا بر رشوه‌دهنده و رشوه‌گیرنده و واسط بین آن دو (محمّدی ری‌شهری، ۱۳۸۴، ج ۴، ص. ۴۶۵). همچنین، در روایتی دیگر از ایشان نقل شده است که از رشوه بپرهیزید؛ زیرا رشوه کفر محض است و رشوه‌خوار بوی بهشت را استشمام نخواهد کرد (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۴، ص. ۲۷۴).

در اسلام حرمت رشوه مورد اتفاق تمام مذاهب اسلامی است؛ به گونه‌ای که گویا اساساً کسی در این بحث تردیدی نکرده است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۴۱۹). از این رو می‌توان اجماع را دلیل دیگری بر حرمت رشوه بیان کرد. چنین اجماعی از طرف خاصه و عامه مورد ادعا قرار گرفته است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۱۴۵؛ شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۹، ص. ۱۷۲؛ کحلانی، ۱۳۷۹ق، ج ۴، ص. ۱۲).

دلیل دیگر بر حرمت رشوه دلیل عقل است. اگر عقل در عملی، مفسده و انجام‌دهنده آن را مستحق نکوهش و عقاب دید، شرع نیز به آن حکم می‌کند (مطهری، ۱۳۷۲، ص. ۳۱). مراد از عقل در اینجا عقل عملی است (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۷۷). احکام عقلی نیز در صورتی پذیرفته خواهند بود که قطعی و جزمی باشند (صدر، ۱۳۹۵ق، ص. ۳۵).

در مورد رشوه (از سوی مرتشی) آنچه قطعی است، این است که افزون‌بر اختلال در مجاری طبیعی و عادی امور، موجب تجری اشخاص، بی‌ثمری و بی‌فایده‌گی سیستم اداری خواهد شد. همچنین، باعث تجمع مال در دست اشخاصی می‌شود که به جای کار و رتق و فتق امور، با تبلی، کاهلی و واسطه‌گری اقدام به انجام دادن کارها می‌کنند که این شیوه هرگز مورد پذیرش هیچ عقل سلیمی نیست و آن را قبیح می‌شمارد و جامعه عقلاً به نابخردانه و ناعاقلانه بودن آن رأی می‌دهند و سعی در سالم‌سازی و پویایی نظام اجتماع دارند.

۳. حکم رشوه در فرض توقف حق بر آن

همان‌گونه که گفته شد، حکم در مسئله رشوه، حرمت و عدم جواز است و در این حکم تردیدی وجود ندارد. باوجوداین، در برخی موارد، دادن رشوه جایز دانسته شده است. ازجمله موارد استثنا جایی است که شخص رشوه‌دهنده، ذی‌حق دعوی است و رشوه دادن او سبب تضییع حق طرف دیگر نخواهد شد. در صحت چنین رشوه‌ای سه دیدگاه کلی وجود دارد.

۱. رشوه دادن از سوی ذی‌حق مطلقاً جایز است حتی اگر رشوه‌دهنده راه دیگری برای گرفتن حق خود داشته باشد؛ هرچند این دیدگاه به‌صراحت از سوی فقیهی بیان نشده است، اما اطلاق کلام آنان در بخش جواز رشوه دادن از سوی طرف حق، بر چنین برداشتی دلالت دارد. (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۵۱؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۱۶۶).

۲. رشوه دادن از سوی ذی‌حق دعاوی مطلقاً حرام است. این حکم در نوع خود نادر است و برخی فقهای متأخر قائل به آن هستند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۶۷۹).

۳. اگر راه دیگری برای گرفتن حق وجود نداشته باشد، رشوه دادن از سوی صاحب حق جایز است. این نظر مشهور است که برای اثبات آن به ادله مختلفی تمسک شده است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۷۵).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، پرداخت رشوه از سوی ذی‌حق دعوی را برخی مطلقاً جایز و بعضی دیگر مطلقاً حرام و دسته‌ای دیگر قیدهایی را بر آن افزوده‌اند. برای اثبات هریک از این نظرات توسط قائلان آن‌ها دلایلی مطرح شده است. حال باید دید که این حکم استثنا در کدام ظرف زمانی صادر شده و آیا این حکم در هر زمان و حکومتی قابل اجراست؟ قائلان این حکم به چه ادله‌ای استناد کرده‌اند و پرسش آخر اینکه، این استثنا یک حکم اولیه است یا حکم ثانویه در شرایط خاص؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا حکم اولیه رشوه در حکومت‌های عادل را که زمان صدور حکم حرمت بوده است، بررسی می‌کنیم و سپس حکم استثنای رشوه در حکومت ظالم را که زمان صدور حکم جواز بوده است، از لحاظ حکم اولیه مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۴. رشوه در فرض توقف حق بر آن در حکومت‌های عادل

همان‌طور که در مطالب پیش بیان شد، حرمت رشوه اجماعی و از ضروریات بوده است و در آن اختلافی نیست. حال در جایی که استیفای حق متوقف بر پرداخت رشوه باشد و عملاً در غیر پرداخت رشوه، گرفتن حق امکان‌پذیر نباشد، در برخی از فتاوی فقها حکم به پرداخت رشوه وجود دارد؛ زیرا از باب دو قاعده لاضرر و لاجرح، حکم ثانویه‌ای مبنی بر جواز پرداخت رشوه در این صورت داده‌اند، اما این نکته اتفاقی است که در روایات صادره از پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) که به تبع آیات مربوط به آن، حکم رشوه حرمت بیان شده است، تخصیصی مطرح نیست و ظرف این آیات و روایات حکومت عادل است. از سویی روایاتی که فقهای معظم برای تخصیص فرض توقف حق بر رشوه بدان استناد کرده‌اند، در زمان حکومت‌های جائز است. براین اساس، این احتمال داده می‌شود که حکم حکومت‌های عادل و جائز متفاوت شود که باید دانشمندان درباره آن تأمل کنند.

برای توضیح بیشتر در حکومت‌های عادل پرداخت رشوه به‌رغم اینکه فرد را به حق و مقاصد صحیحش می‌رساند، مستلزم ایجاد فساد در جامعه خواهد شد و پیامدهای زیان‌باری در دستگاه حکومت، امور کشور و جامعه به دنبال می‌آورد. بر همین اساس، حکم حرمت در جامعه اسلامی به‌طور مطلق منع قرار داده شده است و در جاهایی که منفعت فرد با منفعت جمع تعارض یابد، منفعت جمع یا به عبارتی جامعه مقدم خواهد شد. بنابراین، می‌توان گفت که ادله رشوه مطلقاً حکم به حرمت رشوه را بیان کرده‌اند و در صورت حق یا ناحق حکم همان است. به عبارت دیگر، این ادله در اصطلاح فقها ابا از تخصیص هستند و ظرف تشریع آن حکومت عادل در زمان پیامبر بوده است.

همچنین، یکی از دلایل تغییر حکم، تغییر موضوع است (عابدیان، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۶). در بحث رشوه با تغییر موضوع از حکومت عادل به حکومت ظالم، حکم رشوه نیز متفاوت می‌شود و با دو موضوع و دو حکم اولیه مجزا مواجه هستیم و از آنجاکه دو موضوع مجزا وجود دارد، حکم اولیه و ثانویه هرکدام نیز متفاوت می‌شود. بنابراین، حکم اولیه رشوه در حکومت‌های عادل حرمت است و اگر در جایی اضطرار واقعی وجود داشته باشد که باعث آسیب شدید و ضرر بزرگ به جان، مال، ناموس یا آبرو

بشود و عسر و حرج در این حد باشد، در اینجا پرداخت رشوه مشمول حکم ثانویه جواز رشوه خواهد شد و پرداخت رشوه مانعی ندارد مانند حکم اضطراری اکل میتة در جایی که تهدید مرگ وجود دارد.

۵. رشوه در فرض توقف حق بر آن در حکومت‌های جائر

نظر مشهور شیعه این است که اگر کسی به محق بودن خود علم داشته باشد و تنها راه برای اخذ حق خود دادن رشوه باشد، این عمل جایز است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۳۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص. ۴۲۱) از جمله دلایل، روایتی است که در آن شخصی به نام «حفص» از امام موسی کاظم (علیه‌السلام) درباره رشوه دادن به کارگزاران حاکم پرسیده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۹۶). صیرفی این پرسش و پاسخ را چنین بیان می‌کند که عمال دولت وقتی مشک، ظروف و ابزاری را از ما خریداری می‌کنند و وکیل آن‌ها برای گرفتن می‌آید، برای آنکه به آنان ظلم نکند به او رشوه می‌دهند. حکم آن چیست؟ حضرت فرمودند رشوه هر چیزی که مال تو را اصلاح کند، مانعی ندارد. امام پس از گذشت زمانی پرسیدند اگر رشوه به آن‌ها بدهی، کمتر از شرط یعنی کمتر از مقدار جنس فروخته‌شده از تو اخذ می‌کند؟ گفت بله؛ چنین عمل می‌کنم. حضرت فرمودند رشوه خود را فاسد کردی. ظاهر روایت این است که امام (علیه‌السلام) رشوه دادن را برای ممانعت از ظلم و ستم زمامداران حکومت جایز دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۹۹).

دلیل دیگری که برای حکم به جواز رشوه در فرض توقف حق بر آن ارائه داده‌اند، استناد به عموم احادیث مستند قاعده نفی حرج و نفی ضرر است. به این صورت که عدم پرداخت رشوه در این حالت حرجی بوده و تحمل آن بر نوع انسان‌ها سنگین و از مصادیق حرج و حکم ثانویه است (اراکي، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۹). حکم به عدم جواز پرداخت رشوه حتی در صورت توقف حق ممکن است باعث عسر و حرج نوع مردم و ایجاد خسارت و ضرر بر آن‌ها شود. از این رو این قاعده از باب حکومت بر احکام اولیه، موجب اثبات جواز رشوه در فرض یادشده می‌شود (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۳۳)؛ البته این مسئله قابل نقد است.

آیا می‌توان گفت که روایات یادشده مربوط به بحث قضا نیست، بلکه پرداخت

مبلغی به عاملان حکومت جور برای جلوگیری از ظلم آن‌هاست؟ بله؛ به نظر می‌آید آنچه در روایت مورد پرسش قرار گرفته، موضوعی بدیهی و روشن است و بی‌تردید می‌توان در مقابل عوامل ظالم با پرداخت قسمتی از اموال، از ضرر بیشتر ممانعت کرد و اگر این ضرر از نوع ضرر آبرو یا جانی باشد، چه‌بسا که پرداخت مال واجب باشد. چنین موضوعی رشوه نیست و عقلاً و شرعاً منعی برای آن وجود ندارد. برخی بحث تقییح مناط را برای رسیدن به این نتیجه مطرح کرده‌اند (ارژنگ و حمیدی، ۱۳۹۲، صص. ۲۶-۱۱)، اما به نظر می‌رسد که چون علت در روایت به‌صراحت جلوگیری از ظلم بیان شده است، می‌توان آن را نوعی منصوص‌العله دانست.

فساد گسترده در دستگاه قضا و اجرایی حکومت‌های ظالم زمان معصومان (علیهم‌السلام) سبب شده بود که گرفتن حق در بسیاری موارد با دادن رشوه امکان‌پذیر باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۱۳۱)، اما در حال حاضر که عموماً حکومت جامعه اسلامی است و دستگاه قضا و دیگر بخش‌های حکومت بر اساس روش‌های صحیح و عادلانه اداره می‌شوند و مبادرت به صدور حکم می‌کنند و در صورت اشتباه یا تخلف قاضی یا هر مسئول دیگری، امکان پیگیری و احقاق حق در مراجع مربوط فراهم است، موضوع توقف حق بر دادن رشوه قابل توجیه و دفاع نیست. براین اساس، این حکم در ظرف آن دوران موجه و قابل دفاع است و به همه حکومت‌هایی که بر پایه و اساس ظلم و بی‌عدالتی هستند، قابل تعمیم است؛ البته می‌توان فرق بین حکومت جائز و جامعه جائز را تصور کرد؛ به‌گونه‌ای که قدر متیقن از حدیث یادشده، حکومت جائزی است که مناسبات ظالمانه افزون‌بر در دستگاه حکومت، در جامعه آن نیز حکم‌فرماست و رشوه برای گرفتن حق سبب اخلال در نظم و عدالت جامعه نشود.

حکم جواز رشوه در حکومت‌های ظالم حکم اولیه است و در جایی که اضطراب واقعی تهدید جان، مال، ناموس و آبرویی وجود دارد، مشمول حکم ثانویه حرمت می‌شود. برای مثال، اگر در حکومت ظالم که حکم اولیه جواز می‌شود، دادن رشوه سبب اتهام رشا به انسان در دستگاه جور شود و موجبات حبس و مجازات و دیگر مفاسد برای انسان فراهم آورد، از مصادیق حکم ثانویه است که حرمت رشوه را در حکومت‌های جائز اثبات می‌کند.

۶. حکم عام رشوه و ابا از تخصیص

به عام مقاوم در برابر تخصیص به دلیل ظهور قوی‌تر نسبت به خاص، عام ابا از تخصیص گفته می‌شود (قلی‌زاده، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۳). برحسب معمول، عام قابل تخصیص است؛ زیرا خاص یا به علت اینکه برای عام قرینه است یا به دلیل اینکه ظهور آن قوی‌تر از عام است، بر عام مقدم است. بنابراین، عام ابا از تخصیص، عامی است که به واسطه عوارضی، ظهوری قوی‌تر از خاص می‌یابد و غیرقابل تخصیص می‌شود. به عدم تخصیص و تقییدپذیری عام و مطلق، ابا از تخصیص و تقیید گفته می‌شود (مؤسسه دائره‌المعارف الفقه الاسلامی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۲۱۷).

منشأ ابای از تخصیص و تقیید می‌تواند مختلف باشد. با تتبع در آثار اصولی، خاستگاه‌های عمومات و مطلقات ابای از تخصیص را می‌توان مشاهده کرد که در اینجا به چند مورد به فراخور بحث اشاره می‌شود: عمومات صریح در تعمیم (حکیم، ۱۴۰۸، ج ۱، ص. ۵۴۰)، تخصیص اکثر و استهجان تخصیص (مظفر، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۲۰۶)، قرینیت (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص. ۳۸۹) و اظهاریت عام (حسینی تهرانی، ۱۴۳۰، ص. ۸۲). با وجود قاعده کلی در فقه و اصول فقه با مضمون «ما من عام الا و قد خص»، شماری از عمومات و مطلقات وجود دارند که تخصیص بردار نیستند و فقها، اصولیان و حتی برخی مفسران دلایل و خواستگاه‌های مختلفی را در کتاب‌های خود بیان کرده‌اند. در مورد بحث رشوه نیز می‌توان گفت که اولاً، احتمال دارد عمومات صریح در تعمیم حکم رشوه در زمان پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) که حکومتی عادل بوده است، باشند. ثانیاً، به علت وجود قرینیت حکومت ایشان و نیز اظهاریت حکم عام که در ظرف حکومت عادل تشریع شده است، مستندات رشوه در صدر اسلام به علت ظهور قوی‌ای که دارد قابل تخصیص نباشد؛ زیرا وجود این قرائن مانع قوت ظهور خاص یا مقید می‌شود؛ البته فقیه می‌تواند از این عمومات و اطلاقات، عموم و اطلاق در حکومت عادل و غیر آن استفاده کند که قابل احترام است و بحث و گفت‌وگو در ظهور این ادله توسط پژوهشگران همچنان مطرح است.

۷. رشوه و بحث اصالت فرد و جامعه

بحث از اصالت فرد یا جامعه در میان دانشمندان اسلامی و غربی در علوم انسانی از گذشته تا امروز به صورت جدی مطرح بوده است. احکام اولیه و ثانویه اسلام از جمله بحث رشوه

دارای یکسری مصالح و مفسد برای افراد جامعه است. از آنجاکه احتمال تعارض این مصالح و مفسد وجود دارد، بحث اصالت فرد در جامعه در میان جامعه‌شناسان بررسی شده است که اگر بخواهیم چکیده‌ای از نظر برخی اندیشمندان اسلامی درباره اصالت فرد در جامعه را با بحث احکام رشوه تطبیق دهیم، ابتدا باید بگوییم که سه دیدگاه عمده در این مسئله وجود دارد: اصالت فرد، اصالت جامعه و اصالت فرد در جامعه.

نظریه اصالت فرد معتقد است فقط فردها می‌اندیشند و عمل می‌کنند و جامعه به‌خودی خود هیچ واقعیتی ندارد و چیزی جز مجموعه افراد و اشکال ارتباطات و مناسبات میان افراد نیست. جامعه حاصل جمع همه افراد آن است نه چیزی غیر آن و مقصود از تأثیر جامعه بر فرد، چیزی جز تأثیر دیگر افراد جامعه بر فرد خاص نیست. مقصود از حقوق و تکالیف فرد در برابر جامعه نیز چیزی جز حقوق و تکالیف فرد در برابر دیگر افراد جامعه نیست. در مقابل، معتقدان به اصالت جامعه می‌گویند که جامعه را اصل و مبنای جهان فرض کنند و حقیقت اصیل را جامعه بدانند؛ جامعه‌ای که متمایز از افراد تشکیل‌دهنده آن است و آثار و خواص ویژه و خاصی دارد که در افراد انسانی دیده نمی‌شود (سوزنجی، ۱۳۸۵، صص. ۴۴-۴۳). بیشتر غربی‌ها و تعدادی اندک از مسلمانان به این نظر معتقدند.

در میان نظریات اصالت فرد و اصالت جامعه، گروهی دیگر از نظریات نیز مطرح است که درحقیقت می‌گویند تا با جمع میان دیدگاه اصالت فرد و دیدگاه اصالت جامعه، تا حدودی کشمکش و تناقض ظاهری بین این دو را کمتر کنند. مهم‌ترین متفکران معاصر که به ترویج این دیدگاه پرداخته‌اند، علامه طباطبایی و شهید مطهری هستند. علامه طباطبایی اعتقاد دارد که افزون‌بر وجود و اصالت فرد، جامعه نیز دارای وجود مستقل و اصالت است (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص. ۹۶). شهید مطهری نیز معتقد است قرآن برای همه جوامع نامه عمل مشترک در نظر گرفته و صفاتی مانند فهم و شعور، طاعت یا عصیان را به آن‌ها نسبت داده است. ایشان افزون‌بر آیاتی که علامه طباطبایی برشمرده است، نسبت حیات به قوم و امت می‌دهد و به آیاتی اشاره می‌کند که اعمال گذشته قوم بنی‌اسرائیل را به مردم زمان پیامبر نسبت می‌دهند و بیان می‌دارند این قوم به‌خاطر اینکه در گذشته پیامبران را می‌کشتند، مستحق عذاب هستند. این مسئله بیان می‌کند که روح جمعی «ستم‌پیشگی» هنوز در آن‌ها وجود دارد و به علت همین روح اجتماعی، هرچند رأساً افراد حاضر جامعه کنونی منجر به قتل پیامبری نشده

باشند، مستحق عذاب الهی هستند (مطهری، ۱۳۷۴، ج ۲، صص. ۳۳۵-۳۳۸).

نتیجه پذیرفتن دیدگاه «اصالت جامعه و فرد» این است که جامعه از نوعی حیات مستقل از حیات فردی بهره‌مند است. این حیات در میان افراد جامعه پراکنده شده است و در آنان حلول می‌کند، اما قواعد و سنت‌های مستقلی برای خود دارد که صفاتی را دربرمی‌گیرد. از سوی دیگر، اعضای یک جامعه مانند اعضای اندام، همه تحت یک حیات واحد قابل تعریف هستند، اما نمی‌توان این‌گونه برداشت کرد که افراد، حیات و اصالت مستقلی از روح واحد یعنی جامعه ندارند، بلکه افراد هم می‌توانند استقلال عمل داشته باشند و منشأ اثر واقع شوند.

از نظر شهید مطهری، جامعه جدا از افراد دارای وجودی مستقل است. از این رو دارای قوانین مستقل است که شناخت آن لازم است. اجزای جامعه نیز که همان افرادند، دارای استقلال نسبی هستند. آنچه صحیح به نظر می‌آید، اصالت فرد در جامعه است؛ یعنی در مقام تعارض مصالح جمع و فرد، چون جمع افراد بیشتری در آن است از باب قاعده اهم و مهم مقدم است و گرنه هم مصالح فرد اصالت دارد و هم مصالح جامعه به‌عنوان جمع افراد. به نظر می‌آید اصالت به معنای لغوی که ریشه است، در اینجا به معنای حظی از حقیقت داشتن است.

در بحث رشوه و فرض توقف حق بر آن با توضیحات بیان‌شده می‌توان گفت که بر اساس نظر برخی اندیشمندان یادشده در بالا، در اصالت فرد در جامعه، هم حق افراد حفظ می‌شود هم حق جامعه. به این صورت که در حکومت عادل چون اساس بر عدل و مساوات است، با حکم حرمت رشوه حتی در فرض توقف حق بر آن، هرچند در تعارض بین حق فرد و حق اجتماع، به‌ظاهر حق فرد حفظ نمی‌شود، اما باید توجه داشت که فرد در جامعه حضور دارد و عضوی از اجتماع است و با حفظ مصلحتی بالاتر که مصالح جامعه است، مهم‌تر و مقدم می‌شود؛ زیرا اجتماع کثرت افراد است و منافع اکثریت بر اساس قانون عقلی بر منافع فرد ترجیح می‌یابد. در واقع، حق فرد به‌عنوان عضوی از جامعه محفوظ خواهد ماند.

در حکومت‌های جائز نیز که اساس حاکمیت بر ظلم بنا شده است، حلیت رشوه در فرض رسیدن به حق، بستگی به گستردگی ظلم و جور در جامعه دارد که اگر جامعه نیز جائز و ظالم شده و فساد عمومیت یافته باشد، آنگاه حلیت رشوه برای رسیدن به حق به

دلیل رعایت حق فرد در بستر ظلم است. به این معنا که در فرض گسترده‌گی فساد در جامعه، حق فرد نباید نادیده گرفته شود؛ زیرا اخلال در نظم و ترک عدالت از قبل تحقق یافته و حق جامعه پایمال شده است، اما اگر تنها حاکم و دستگاه حکومت جائز است و جامعه جائز نشده و فساد عمومیت نیافته است، آنگاه رشوه برای رسیدن به حق سبب شود که فساد بیشتر و نظم و عدالت ترک شود، این جواز نیز برداشته می‌شود.

نتیجه‌گیری

در مورد حکم اجماعی حرمت رشوه مواردی مطرح شده است که رشوه دادن جایز است. از جمله موارد جواز جایی است که شخص رشوه‌دهنده، ذی‌حق دعوی است و عملاً رشوه دادن او باعث ضایع شدن حق دیگر طرف دعوی نخواهد شد. در جواز چنین رشوه‌ای سه دیدگاه کلی وجود دارد: رشوه دادن از سوی ذی‌حق در دعاوی مطلقاً جایز است، رشوه دادن از سوی ذی‌حق در دعاوی مطلقاً حرام است و رشوه دادن از سوی ذی‌حق دعوی تنها در حالتی جایز است که راه دیگری برای احقاق حق وجود نداشته باشد. مشهور فقیهان این نظر را پذیرفته و تقویت کرده‌اند. دلیل این گروه از فقها اولاً، روایت و ثانیاً از باب دو قاعده لاضرر و لاجرح و حکم ثانویه‌ای مبنی بر جواز پرداخت رشوه در این صورت است، اما می‌توان احتمال داد که ادله حرمت رشوه عام است و نمی‌توان آن ادله را تخصیص زد؛ زیرا شأن نزول روایات، حرمت رشوه در حکومت‌های عادل بوده و احکام اسلام بر اساس برخی مصالح و مفاسدی است که دارای جنبه‌های مبنایی، ریشه‌ای و فلسفی هستند. بنابراین، حکم اولیه رشوه در حکومت‌های عادل حرمت است و اگر در جایی اضطراب واقعی وجود داشته باشد که باعث آسیب شدید و ضرر بزرگ به جان، مال، ناموس یا آبرو بشود و عسر و حرج در این حد باشد، در اینجا پرداخت رشوه مشمول حکم ثانویه جواز رشوه خواهد شد.

اما در حکومت‌های جائز زمان برخی معصومان (علیهم‌السلام)، فساد قضایی و اجرایی گسترده بوده که پرسش از گرفتن حق با اعطای رشوه مطرح شده است. حکم جواز در این نوع حکومت‌ها حکم اولیه است و در شرایط اضطراب واقعی که تهدید جان، مال، ناموس و آبرویی وجود دارد، مشمول حکم ثانویه حرمت می‌شود. برای مثال، دادن رشوه سبب اتهام رشا به انسان در دستگاه جور شود و موجب حبس و

مجازات و دیگر مفاسد برای انسان شود.

به عبارت دیگر، می‌توان احتمال داد که حکم حرمت رشوه قابل تخصیص نیست تا گفته شود حکم رشوه حرمت است و در موارد توقف حق بر آن، تخصیص می‌خورد و مشمول حکم جواز می‌شود یا اینکه حکم اولیه حرمت است و در فرض توقف حق بر آن، حکم ثانویه جواز صادر می‌شود، بلکه در حکومت‌های ظالم با تغییر نوع حکومت و تغییر موضوع، حکم عوض می‌شود.

درباره موضوع اصالت فرد یا جامعه در بحث رشوه و فرض توقف حق بر آن می‌توان گفت با پذیرش نظر اصالت فرد در جامعه، هم حق افراد حفظ می‌شود هم حق جامعه. به این صورت که در حکومت عادل چون اساس بر عدل و مساوات است با حکم حرمت رشوه حتی در فرض یادشده، در تعارض بین حق فرد و حق اجتماع، به ظاهر حق فرد حفظ نمی‌شود، اما باید توجه داشت که فرد در جامعه حضور دارد و عضوی از اجتماع است و با حفظ مصلحتی بالاتر که مصالح جامعه است، مهم‌تر و مقدم می‌شود؛ زیرا اجتماع کثرت افراد است و منافع اکثریت بر اساس قانون عقلی بر منافع فرد ترجیح می‌یابد. در واقع، حق فرد نیز به عنوان عضوی از جامعه محفوظ خواهد ماند، اما در حکومت‌های جائری که جامعه نیز به ظلم و فساد آلوده شده، چون پایه و اساس بر عدل و مساوات نیست، حکم اولیه جواز است و حکم ثانویه حرمت برای مواردی است که اضطرار یا خطر قابل توجه باشد. همچنین، اگر رشوه در حکومت‌های جائری که جامعه هنوز فاسد نشده است، سبب اخلال در نظم و ترک عدالت شود، این جواز نیز برداشته می‌شود.

منابع

قرآن کریم.

آشتیانی، میرزاحمدحسن بن جعفر (۱۴۲۵ق). کتاب القضا (جلد ۱). ج ۲، چاپ ۱، قم: زهیرکنگره علامه آشتیانی (قدس سره).

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۳ق). المكاسب المحرمه. چاپ ۱، قم: مؤسسه در راه حق.

ارژنگ، اردوان و حمیدی، محمدرضا (۱۳۹۲). «حکم رشوه در زمان توقف حق بر آن». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۴.

- انصاری، مرتضی (۱۳۸۶). *المکاسب المحرمه* (محمی الدین فاضل هرنندی، مترجم و شارح) (جلد ۲)، چاپ ۴، قم: بوستان کتاب.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة* (جلد ۲). ۲۵ ج، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة* (جلد ۱۸). ۳۰ ج، چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
- حسینی تهرانی، سید محمد حسین (۱۴۳۰ق). *رساله مودت*. مشهد مقدس.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة* (جلدهای ۱۰ و ۱۳). ۲۳ ج، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۸ق). *حقایق الاصول* (جلد ۱). چاپ ۵، قم: کتاب فروشی بصیرتی.
- حلی، ابن ادریس محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۴. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سوزنجی، حسین (۱۳۸۵). «اصالت فرد، جامعه یا هردو، بررسی تطبیقی آرای استاد مطهری و استاد مصباح یزدی». *مجله قبسات*، شماره ۴۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (جلد ۳). ۱۰ ج، چاپ ۱، قم: کتاب فروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام* (جلد ۱۳). ۱۵ ج، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۲۵ق). *مسالك الافهام*. قم: مؤسسه معارف الاسلامیه.
- شوکانی، محمد بن علی (۱۹۷۳م). *نیل الاوطار* (جلد ۹). بیروت: دار الجیل.
- صدر، محمد باقر (۱۳۹۵ق). *معالم الجدیة للاصول*. تهران: مکتبه النجاش.
- طباطبایی، سید محمد حسین (۱۴۱۲ق). *المیزان فی تفسیر القرآن* (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.
- طباطبایی، سید محمد حسین (بی تا). *حاشیه کفایة* (جلد ۲). قم: بنیاد علمی-فکری العلامة

الطباطبائی.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۸). ۸ج، چاپ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
عابدیان، میرحسن (۱۳۸۱). «عوامل مؤثر در تغییر حکم». پژوهشنامه متین، شماره‌های ۱۵ و ۲۶.

عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۶۳). تفسیر عیاشی. تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه.
قلی‌زاده، احمد (۱۳۹۰). فرهنگ اصطلاحات اصول فقه (جلد ۱). چاپ ۱، قم: ایران، انتشارات تحسین.

کحلانی، محمد بن اسماعیل (۱۳۷۹ق). سبل السلام (شیخ محمد عبدالعزیز الخولی، محقق) (جلد ۴). چاپ ۴، بی‌جا: شرکت چاپ مصطفی البابی الحلبی.
مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوار (جلد ۱۰۴). بیروت: مؤسسه الوفا.
محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد (۱۴۲۳ق). کفایه الاحکام (جلد ۲). ۲ج، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، محمدی ری‌شهری، محمد (۱۳۸۴) میزان الحکمه (جلد ۴). قم: ایران، انتشارات دارالحديث.

مطهری، مرتضی (۱۳۷۴). مجموعه آثار (جلد ۲). تهران: صدرا.
مطهری، مرتضی (۱۳۷۲). عدل الهی. تهران: صدرا.
مظفر، محمدرضا (۱۳۸۲). اصول الفقه (جلد ۲). قم: مؤسسه بوستان کتاب.
مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۶ق)، الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، قم: مؤسسه علی بن ابی طالب.

مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی. (۱۳۹۵)، فرهنگ فقه فارسی (جلد ۱).
میرحسینی نیری، سیداحمد (۱۳۹۶). «حکم استیفای حق از راه پرداخت رشوه». مجله پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۳، شماره ۳.
نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلدهای ۲۲ و ۴۰). ۴۳ج، چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
نوروزی، علیرضا، میردامادی، سیدمجتبی و صفی‌خانی، ابراهیم (۱۴۰۳). «پرداخت رشوه

به منظور احقاق حق (نقد دیدگاه مشهور با رویکرد اجتماعی به فقه). فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷۵.

References

- The Holy Qur'an.
- Abedian, Mir Hassan. 2002 [1381 SH]. "Effective Factors in Changing Rulings," *Matin Research Journal*, Nos. 15 & 26. [in Persian]
- Allameh Tabataba'i Foundation, n.d. *Hashiyah Kifayah*, Qom. [in Persian]
- Ameli, Seyed Jawad ibn Mohammad Hosseini. 1419 AH. *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-'Allamah*, 23 vols., Vol. 10, 1st ed., Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Ansari, Murtadha, 2007 [1386 SH]. *Al-Makasib al-Muharramah*, trans. & commentary by Mohi al-Din Fazel Herandi, Vol. 2, Qom: Bustan-e Ketab, 4th ed. [in Arabic]
- Araki, Mohammad Ali. 1413 AH. *Al-Makasib al-Muharramah*, Vol. 1, 1st ed., Qom: Dar al-Haqq Institute. [in Arabic]
- Arzhang, Ardavan & Hamidi, Mohammad Reza. 2013 [1392 SH]. "The Ruling on Bribery in the Case of Withholding of Right," *Judicial Legal Perspectives Quarterly*, No. 64. [in Persian]
- Ashtiani, Mirza Mohammad Hassan ibn Jafar. 1425 AH. *Kitab al-Qada'*, 2 vols., Vol. 1, 1st ed., Qom: Zaheer Publications, Congress of Allameh Ashtiani. [in Arabic]
- Ayyashi, Mohammad ibn Mas'ud. 1984 [1363 SH]. *Tafsir al-'Ayyashi*, Tehran: Islamic Scientific Library. [in Persian]
- Bahrani, Yusuf ibn Ahmad ibn Ibrahim Al Asfoor. 1405 AH. *Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah*, 25 vols., Vol. 2, 1st ed., Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Gholizadeh, Ahmad. 2011 [1390 SH]. *Dictionary of Usul al-Fiqh Terminology*, Qom: Iran Tahsin Publications, 1st ed. [in Persian]
- Hakim, Seyed Mohsen. 1408 AH. *Haqa'iq al-Usul*, Vol. 1, Qom: Basirati Bookstore, 5th ed. [in Arabic]
- Hilli, Ibn Idris (Mohammad ibn Mansur ibn Ahmad). 1410 AH. *Al-Sara'ir al-Hawi li-Tahrir al-Fatawi*, 3 vols., 2nd ed., Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Hosseini Tehrani, Seyed Mohammad Hossein. 1430 AH. *Risalat al-Mawaddah*, Mashhad. [in Arabic]
- Hurr al-Amili, Mohammad ibn Hasan. 1409 AH. *Wasā'il al-Shī'ah*, 30 vols., Vol. 18, 1st ed., Qom: Al al-Bayt Institute. [in Arabic]
- Kahilani, Mohammad ibn Isma'il, 1379 AH *Subul al-Salam*, ed. Sheikh Mohammad Abdul Aziz al-Khouli, Vol. 4, n.p.: Mustafa al-Babi al-Halabi Co., 4th ed. [in Arabic]
- Majlisi, Mohammad Baqir. 1403 AH. *Bihar al-Anwar*, Beirut: Al-Wafa Institute. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasir (1426 AH). *Al-Amthal fi Tafsir Kitāb Allāh al-Munzal*. Qom: Ali ibn Abi Talib Institute. [in Arabic]
- Mir Hosseini Niri, Seyed Ahmad. 2017 [1396 SH]. "The Ruling on Seeking

- One's Right through Bribery," Fiqh Studies Journal, Vol. 13, No. 3. [in Persian]
- Motahhari, Morteza 1993 [1372 SH]. Divine Justice, Tehran: Sadra. [in Persian]
- Motahhari, Morteza. , 1995 [1374 SH]. Collected Works, Vol. 2, Tehran: Sadra. [in Persian]
- Muzaffar, Mohammad Reza. , 2003 [1382 SH]. Usul al-Fiqh, Qom: Bustan-e Ketab Institute. [in Arabic]
- Najafi, Mohammad Hasan. 1404 AH. Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam, 43 vols., Vols. 22 & 40, 7th ed., Beirut: Dar Ihya al-Turath al-'Arabi. [in Arabic]
- Norouzi and colleagues ,2024. "Paying Bribes to Achieve Rights (A Critique of the Mainstream View with a Social Approach to Fiqh)," Islamic Fiqh and Law Research Quarterly, No. 75, [1403 SH]. [in Persian]
- Persian Fiqh Dictionary, Islamic Fiqh Encyclopedia Foundation, Vol. 1. [in Persian]
- Rey-Shahri, Mohammad. 2005 [1384 SH]. Mizan al-Hikmah, Vol. 4, Qom: Iran Dar al-Hadith. [in Arabic]
- Sabzewari, Mohammad Baqir ibn Mohammad Muhaqqiq. 1423 AH. Kifayat al-Ahkam, 2 vols., Vol. 2, 1st ed., Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Sadr, Mohammad Baqir. 1395 AH. Al-Ma'alim al-Jadidah li al-Usul, Tehran: Maktabat al-Najah. [in Arabic]
- Shahid Thani (Zayn al-Din ibn Ali). 1410 AH. Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah, 10 vols., Vol. 3, 1st ed., Qom: Davari Bookstore. [in Arabic]
- Shahid Thani (Zayn al-Din ibn Ali). 1413 AH. Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi' al-Islam, 15 vols., Vol. 13, Qom: Ma'aref al-Islamiyyah Institute [in Arabic]
- Shahid Thani (Zayn al-Din). Masalik al-Afham, Qom: Ma'aref al-Islamiyyah Institute, 1425 AH. [in Arabic]
- Shawkani, Muhammad ibn Ali. 1973. Nayl al-Awtar, Vol. 9, Beirut: Dar al-Jil. [in Persian]
- Sozanchi, Hossein. 2006 [1385 SH]. "Primacy of the Individual, Society, or Both? A comparative study of the opinions of Professor Motahari and Professor Mesbah Yazdi." Qabasat, No. 42, Dec. [in Persian]
- Tabataba'i, Seyed Mohammad Hossein. 1412 AH. Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an, Qom: Esma'ilian. [in Arabic]
- Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan , 1387 AH. Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah, 8 vols., Vol. 8, 3rd ed., Tehran: Maktabah al-Murtadha for Reviving Ja'fari Heritage. [in Arabic]



The Impact of *Aqd al-Dhimma* on the Legal Status of Places of Worship for the People of the Book in Islamic Territories

Mehdi Moazami Goudarzi: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Borujerdi University, Borujerd, Iran (Corresponding Author).

m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir

Mahmood Akbari: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Borujerdi University, Borujerd, Iran.

M.akbari@abru.ac.ir

Abstract

The primary legal basis for the residence of the People of the Book (*Ahl al-Kitāb*) in Islamic territories is the pact of protection, known as the *dhimma*. This pact grants them the right of domicile (*ḥaq -al-istīʿān*), the implications of which for their religious sites are the central issue of this study. This paper, specifically, examines the legal rulings on maintaining (*ibqāʾ*) the existing places of worship and constructing (*iḥdāth*) new ones. Using an analytical-descriptive approach, it is shown that a clear juristic consensus (*ijmāʾ*) permits the People of the Book—Jews, Christians, and Zoroastrians—to maintain their pre-existing religious sites.

However, the construction of new sites is a matter of juristic disagreement. The legal status of this prohibition is debated, with three main views: that it is a fundamental pillar (*rukn*) of the *dhimma* pact, an ancillary stipulation (*sharṭ ḍimn al-'aqd*), or an absolute rule. This paper argues for the ancillary stipulation view, based on juristic consensus and the sound narration (*ṣaḥīḥa*) of *Zurāra*. Furthermore, the ruling on construction is contingent on the city's history. In cities founded by Muslims or taken by force (*'unwa*), construction is prohibited by consensus and supported by three narrations. Conversely, in cities acquired through a peace treaty (*ṣulḥ*), the ruling varies. If the treaty allows non-Muslims to retain land ownership in exchange for a land tax (*kharāj*), they possess full authority to build new places of worship. If, however, the land becomes Muslim property, the right to build depends entirely on the specific conditions stipulated in the *dhimma* pact.

Keywords

'*Ad- al- Dhimma*' (Pact of Protection), *Dhimmi*- Religious Freedom, Places of Worship, Right of Residence, *Jizya*, Islamic Law (*Fiqh*).



تأثیر عقد ذمه بر ابقا یا احداث اماکن دینی اهل کتاب در سرزمین‌های اسلامی

مهدی معظمی گودرزی: استادیار گروه دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق دانشگاه آیت الله بروجردی، بروجرد، ایران (نویسنده مسئول). m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir

محمود اکبری: استادیار گروه دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق دانشگاه آیت الله بروجردی، بروجرد، ایران. M.akbari@abru.ac.ir

چکیده

رایج‌ترین سبب برای اقامت کفار کتابی در بلاد اسلامی، از طریق عقد ذمه است. اثر حاصل از این قرارداد برای کفار حق استیطان (حق وطن گرفتن) است. مسئله مورد بحث این است که حق استیطان از طریق عقد ذمه چه تأثیری در ابقا (باقی ماندن اماکن قدیم) و احداث (ایجاد اماکن جدید) اماکن دینی دارد. این نوشتار به صورت تحلیلی-توصیفی به این نتایج رسیده که ابقای اماکن دینی برای کفار کتابی (یهودی، مسیحی و مجوسی) به طور مطلق به اجماع فقها جایز است، اما درباره احداث اماکن دینی اختلاف است. فقها اولاً، نسبت به اینکه عدم احداث جزو ارکان عقد ذمه باشد یا به صورت شرط ضمن عقد بیاید یا مطلق بیان شود، سه دیدگاه دارند که نظریه وسط به خاطر وجود اجماع و صحیحه زراعه پذیرفتنی است. ثانیاً، حکم احداث بسته به نوع شهر است؛ اگر شهر جزو شهرهایی باشد که مسلمانان آن‌ها را ایجاد کرده یا به زور و غلبه فتح کرده باشند، احداث اماکن دینی به خاطر اجماع و سه روایت ممنوع است، اما اگر آن شهر از طریق صلح فتح شده باشد، دو صورت است. اول، امام با کفار مصالحه کند مبنی بر اینکه زمین به ملکیت آن‌ها باقی بماند، اما امام سالانه از آن‌ها خراج بگیرد. در این صورت کفار اختیار تام نسبت به احداث اماکن دینی دارند. دوم، امام با کفار مصالحه کند مبنی بر اینکه زمین به ملکیت مسلمانان دربیاید، احداث اماکن دینی بسته به شرط جواز یا عدم جواز احداث، در ذیل عقد ذمه قرار دارد.

واژگان کلیدی: عقد ذمه، کافر ذمی، آزادی، اماکن دینی، حق استیطان، جزیه، فقه اسلامی.

مقدمه

بی‌تردید آزادی مذهب یکی از بنیادی‌ترین حق‌های مدنی و سیاسی است؛ به‌طوری‌که در ماده ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ آمده است «هرکس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود». در ماده ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ نیز به همین بیان به‌صراحت از آن نام برده شده است؛ البته این حق مطلق نیست؛ به‌طوری‌که محدودیت‌های وارد بر آن در ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است. این حق در حقوق بشر معاصر در سه جنبه مورد توجه قرار گرفته است: حق انتخاب مذهب، منع تبعیض مذهبی و بالاخره عمل به مناسک و تعالیم مذهبی. به‌خاطر وجود این مباحث در سطح بین‌الملل و اهمیت آن در مباحث حقوق بشری، ضرورت داشت که به مباحثی در این زمینه از طریق بازخوانی منابع اسلامی پرداخته شود.

درحقیقت، بازخوانی موضوع اماکن دینی از منظر فقهی، بررسی یکی از مصادیق تعامل با اقلیت‌های دینی در بلاد اسلامی است که حقوق آن‌ها را در چهارچوب آزادی مذهب در این قسمت تبیین می‌کند. افزون‌براین، ثمرات متعددی هم بر این موضوع مترتب است که از جمله آن‌ها می‌توان به شناسایی حق بر داشتن مناسک، چگونگی برگزاری آن، محل برگزاری و... اشاره کرد.

با توجه به اهمیت و ضرورت بحث در حقوق بشر، جا دارد که به یکی از مصادیق آزادی مذهب یعنی اماکن دینی (در زیرمجموعه عمل به مناسک و تعالیم مذهبی) اقلیت‌های دینی یعنی کفار ذمی در بلاد اسلامی پرداخته شود. این نوشتار به موضوع برخورداری از اماکن دینی یکی از اقلیت‌های بلاد اسلامی یعنی کفار کتابی در قالب عقد ذمه پرداخته است. هدف این نوشتار، تبیین حدود و ثغور این آزادی به‌صورت تحلیلی و توصیفی از منابع فقه امامیه است. در این نوشتار سعی شده است ابتدا مفاهیم مرتبط با موضوع بحث که عبارت‌اند از ذمه، کافر کتابی و مصادیق آن، بلاد اسلامی، اماکن دینی و استیطان بررسی و در ادامه، به جایگاه این بحث در عقد ذمه پرداخته شود. درنهایت، با تنويع مباحث مرتبط با بحث و صور مختلفه در موضوع، به‌نوعی به وجود این حق یعنی برخورداری از اماکن دینی در بلاد اسلامی البته نه به‌طور مطلق، بلکه در قالب ضوابط و محدودیت‌ها پرداخته شود. در این مباحث نیز به بحث ماهیتی

عقد ذمه به صورت گذرا اشاره شده است تا به طور غیرمستقیم بیان شود که آیا حاکم اسلامی با اعطای این حق به کفار کتابی، حق رجوع از این حق و به تبع آن، حق اسقاط این حق را دارد یا ندارد؟

۱. پیشینه تحقیق

درباره حقوق اقلیت‌های دینی پژوهش‌های متعددی چه به صورت کتاب و چه به صورت مقاله صورت گرفته است. از جمله کتاب‌ها می‌توان به کتاب‌های حقوق اقلیت‌ها براساس قانون ذمه (عمید زنجانی، ۱۳۶۷)، اسلام و همزیستی مسالمت‌آمیز (عمید زنجانی، ۱۳۴۱)، امام‌علی (علیه‌السلام) و حقوق اقلیت‌های دینی (عمید زنجانی، ۱۳۸۰)، کتاب حقوق اهل کتاب از دیدگاه قرآن (آریانی، ۱۴۰۲) و... اشاره کرد. این کتاب‌ها درباره حقوق اقلیت‌ها به طور مطلق بحث کرده‌اند و به این صورت خاص که پژوهش پیش رو بحث کرده است، به موضوع نپرداخته‌اند. در میان مقالات، موارد مختلفی درباره حقوق اقلیت‌ها بحث کرده‌اند، اما به طور خاص درباره اماکن دینی تنها یک مقاله وجود دارد و آن «احداث، نگهداری و ترمیم معابد اقلیت‌های دینی در فقه امامیه» اثر مهدویان است. این مقاله بیشتر به ادله جواز یا حرمت احداث اماکن دینی پرداخته، اما امتیاز نوشته پیش رو این است که در ابتدا ریشه این نوع حق را برای اقلیت‌ها از طریق عقد ذمه مورد بررسی قرار داده و در ادامه، به اقسام سرزمین‌های بلاد اسلامی پرداخته و جواز یا عدم جواز را به تفصیل بر اساس نوع سرزمین و شروط مقرر در عقد ذمه مورد بررسی قرار داده است. این در حالی است که مقاله پیشین اصلاً به بحث ریشه‌ای و مبدأ وجود یا عدم وجود این حق توجه نکرده است؛ افزون‌براینکه نقد ادله و رسیدگی به آن‌ها در آن مقاله در غایت ضعف است.

۲. مفهوم‌شناسی

با توجه به موضوع نوشتار و پیش از تبیین موضوع بحث، باید یک‌سری از مفاهیم مطرح در ضمن نوشتار، به طور مختصر تبیین و مقصود از آن‌ها تشریح شود. این مفاهیم عبارت از ذمه، کافر کتابی، بلاد اسلامی، اماکن دینی و استیطان است که در زیر به ترتیب توضیح داده می‌شوند.

۲-۱. ذمه

ذمه مصدر ثلاثی مجرد فعل ذَمَّ يَذُمُّ است. اگر همین فعل به باب تفعیل رود، مصدر معروف این فعل در آن باب بر وزن فَعَال ذَمَام است. لغویون برای این ماده معانی‌ای را بیان کرده‌اند از جمله حُرْمَت نگه داشتن (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۱۹۲۶)، عهد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۳۱) و ضمان نیز گفته می‌شود مانند اینکه گفته شود «هذا فی ذمتی»؛ این در ضمان من است (زمخشری، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۴)، اما ابن اثیر در النهایه (بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۶۸)، فیومی در مصباح‌المنیر (بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۱۰) و ابن منظور در لسان‌العرب (۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۲۲۱)، هر سه افزون بر معنای حرمت و عهد، امان را نیز بر شمرده‌اند. با این تعبیر، ذمه نوعی امان دادن به کفار است. پیش از تبیین تعریف اصطلاحی عقد ذمه، این نکته نیز گفته شود که عقد ذمه با عقد جزیه یکی است؛ چنان‌که شیخ طوسی در مبسوط در این رابطه می‌نویسد «عقد الجزیه فهو الذمه» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۷) یا ابن ادریس حلی می‌نویسد «عقد الجزیه فهو عقد الذمه» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۷۵) یا مثلاً صاحب شرایع در یک جا تعبیر به عقد‌الذمه کرده‌اند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۳۴۲) و در جای دیگر تعبیر به عقدالجزیه (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۲۹۹).

آنچه ما از تتبع در کتاب‌های فقهی به دست آوردیم، این است که هیچ فقهی در صدد تعریف مستقیم عقد بر نیامده است. اگر تعریفی از این عقد صورت گرفته، از طریق تعریف جزیه بوده است. در رابطه با جزیه، سه تعریف قریب به هم ارائه شده که شامل موارد زیر است.

اول: الجزیه هی الوظیفه الماخوذه من اهل الکتاب لاقامتهم بدار الاسلام فی کل عام؛ جزیه مالی است که در برابر اقامت اهل کتاب در قلمرو اسلام، سالانه از آن‌ها دریافت می‌شود. علامه حلی در منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۶) و تذکره (۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۷۶) این تعریف را برگزیده‌اند.

دوم: الجزیه هی الوظیفه الماخوذه من اهل الکتاب لاقامتهم بدار الاسلام فی کل عام لبقاتهم علی ذمتهم؛ جزیه مالی است که در برابر اقامت اهل کتاب در قلمرو اسلام به‌خاطر بقای آن‌ها در ذمه، سالانه از آن‌ها دریافت می‌شود (مازندرانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳،

ص. ۴۹۴). این تعریف همان تعریف اول است، تنها قید «لبقائهم علی ذمتهم» افزوده شده است.

سوم: الجزیه هی وظیفه المأخوذة من اهل الكتاب لاقامتهم بدارالاسلام و كُف القتال عنهم» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۸)؛ جزیه مقرره‌ای است که از اهل کتاب در مقابل اقامت آن‌ها در دارالاسلام و خودداری از جنگیدن با آن‌ها اخذ می‌شود.

هر سه تعریف یک وجه مشترک داشتند و آن اینکه هر سه، دو رکن عقد ذمه یعنی بذل جزیه و حق اقامت آن‌ها در قلمرو اسلام را دارند. منتها در تعریف اول قید «فی کل عام» برای پرداخت جزیه است. پس رکن تشکیل‌دهنده عقد نیست. از این رو در تذکره این قید را نیاورده است. در تعریف دوم، قید «لبقائهم علی ذمتهم» را افزوده است که به نظر می‌رسد قید اضافی است، اما مهم‌ترین نقیصه دو تعریف یادشده این است که آن دو، رکن سوم تعریف یعنی خودداری از قتال با آن‌ها را نیاورده‌اند. این در حالی است که این قید یکی از مهم‌ترین هدف‌های عقد ذمه است. به عبارت دیگر، هدف غایی از بستن این قرارداد این است که جان، مال و ناموس کفار ذمی در امان بماند و مسلمانان با این عقد، از قتال با آن‌ها خودداری کنند. باین حال و با توجه به اهمیت این موضوع، دو تعریف نخست با کمال تعجب این قید را نیاورده‌اند. با این بیان به نظر می‌رسد که تعریف سوم کامل‌ترین تعاریف باشد.

۲-۲. کافر کتابی و مصادیق آن

نسبت به اینکه کافر کتابی کیست، سه قول بین فقها مطرح است.

قول اول: قول مشهور فقهای امامیه است که قائل‌اند مراد از کافر کتابی، کفاری هستند که یا بالحقیقت دارای کتاب هستند مانند یهودی و نصارا یا دارای شبه‌کتاب هستند که آن‌ها را منحصر در مجوسی می‌دانند. به این مهم فقها هنگامی که می‌خواهند طرف قرارداد ذمه (معهودله) را بیان کنند، تصریح دارند. در این باب، شیخ مفید در *المقنعه* (۱۴۱۳ق، ص. ۲۶۹)، طوسی در *نهایه* (۱۴۰۰ق، ص. ۱۹۳)، حلبی در *الکافی فی‌الفقه* (۱۴۰۳ق، ص. ۲۴۹)، ابن ادریس حلی در *سرائر* (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶)، علامه حلی در کتاب‌های تذکره (۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۷۴)، منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۷)، تحریر (۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۱۴۹)، خویی در *منهاج* (۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۳۹۱)، روحانی

در کتاب‌های منهاج (بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۲۱) و فقه‌الصادق (علیه‌السلام) (۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص. ۵۰) و نیز دیگر فقها در کتاب‌های دیگر تصریح کرده‌اند. برای مثال، شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد «جزیه بر اهل کتاب واجب است... که آن‌ها یهود و نصارا هستند یا کسانی که در حکم اهل کتاب [یعنی] مجوس هستند» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۱۹۳). این گفته شیخ طوسی را محقق حلی نیز در نُکت‌النهاییه تأیید می‌کند (حلی (محقق)، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۴۴۴) یا علامه در تذکره، متهمی و تحریر بعد از اینکه می‌گوید قرارداد ذمه با کفار اهل کتاب بسته می‌شود، در ادامه می‌نویسد «مراد ما از اهل کتاب کسانی است که حقیقتاً دارای کتاب باشند که آن‌ها یهودی و نصارا یا دارای شبه‌کتاب باشند. آن‌ها عبارت‌اند از مجوس» (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۷۴؛ حلی (علامه) ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۷؛ حلی (علامه) ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۱۴۹).

قول دوم: بنا بر نقل علامه حلی در مختلف، ابن ابی‌عقیل کافر کتابی را منحصر در یهود و نصارا می‌داند. (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۴۳۱)، اما قول ایشان با وجود اجماع (طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۵۴۳) و وجود چندین روایت^۱ که مجوس را نیز اهل کتاب می‌داند، مورد قبول نیست.

قول سوم: این گروه، کفار کتابی را چهار گروه می‌دانند. این‌ها افزون‌بر سه گروه یادشده، صائبی‌ها را نیز از اهل کتاب می‌دانند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۴۳۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۳۹۱؛ روحانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۲۰). استدلال این‌ها نیز ضعیف است؛ زیرا اولاً، شیخ مفید که از بارزترین متکلمان شیعه است، در کتاب *المقنعه* به‌طور صریح، صابئان را از نصارا نمی‌داند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۷۰). ثانیاً، شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع کرده است که از صابئان جزیه گرفته نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۵، ص. ۵۴۳).

با این بیان مشخص شد که اهل کتاب به‌غیر از این سه گروه به دیگر کفار مانند عبادة‌الاوئان (بت‌پرستان)، ستاره‌پرستان از صابئان و... گفته نمی‌شود و به‌تبع، از آن‌ها هم جزیه گرفته نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۶). منظور از دیگر اصناف کفار در کلام شیخ در مبسوط، کفار دارای صُحف آدم و ابراهیم ادريس، زبور داوود و غیره از این کُتب است (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۸۲)؛ یعنی با اینکه این‌ها دارای

کتاب آسمانی هستند، اما از جمله اهل کتاب شمرده نمی‌شوند. علت این موضوع همان‌طور که علامه در منتهی بیان داشته، این است که این کتاب‌ها اولاً، در منزله و رتبه تورات و انجیل نیستند؛ زیرا مطالب آن‌ها تنها وحی است که خداوند نازل کرده است. ثانیاً، بر فرض مساوات در منزلت، به‌خاطر اینکه این کتاب‌ها مشتمل بر مواعظ هستند نه احکام شرعیه، حرمت کُتبی را که مشتمل بر احکام شرعیه است، ندارند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، صص. ۳۱-۳۰).

۲-۳. بلاد اسلامی

فقه‌های امامیه در کتاب‌های خود دو ملاک مشهور برای تحقق دارالاسلام را مورد تبیین قرار داده‌اند. آن دو ملاک را شیخ طوسی، علامه حلی و شهید اول بیان کرده‌اند و بقیه از این سه تن تنها به نقل قول اکتفا کرده‌اند.^۱ این دو ملاک موارد زیر است.

۱. **ملاک مصداقی:** شیخ طوسی در مبسوط و علامه حلی در تذکره، دارالاسلام را مصداقاً مورد تبیین قرار داده‌اند. نکته شایان گفتن در اینجا این است که چنانچه خواهد آمد، بین این دو نیز اختلاف وجود دارد. شیخ طوسی در مبسوط می‌نویسد «دارالاسلام بر سه ضرب است. [اول]، شهری که در اسلام بنا شده است و مشرکان هرگز به آن شهر نزدیک نشده‌اند مثل بغداد و بصره. دوم، سابقاً دارالکفر بوده، ولی مسلمانان آنجا را به تصرف خود درآورده‌اند یا به وسیله قرارداد صلح آنجا را اخذ کرده‌اند یا آن‌ها را در آنجا گذاشته‌اند تا در قبالش جزیه بپردازند. سوم، سرزمینی که متعلق به مسلمین بوده [است]، ولی مشرکان آن را تصرف کرده‌اند مثل طرسوس (طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۳، ص. ۳۴۳). علامه نیز در تذکره می‌نویسد «دارالاسلام دو قسم است. اول، سرزمینی که مسلمانان آن را به وجود آورده‌اند مثل بغداد، بصره و کوفه. دوم، سرزمینی که مسلمانان آن را فتح کرده‌اند مثل مدائن و شام.

دارالکفر هم دو قسم است. اول، شهری که برای مسلمانان بوده، ولی کفار بر آنجا غلبه پیدا کرده‌اند مثل ساحل. دوم، شهری که هیچ‌وقت برای مسلمانان نبوده است مثل بلاد هند و روم» (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، صص. ۳۵۱-۳۵۰). ایشان در ذیل قسم دوم از دارالاسلام می‌نویسد «این قسم به‌عنوان دارالاسلام شمرده می‌شود به‌خاطر اینکه شرط در تحقق دارالاسلام، مسلمان بودن سکنه آن نیست» (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق،

ج ۱۷، ص. ۳۵۰).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان هم همان ملاک شیخ طوسی را گفته است؛ البته با این تفاوت که قسم سوم شیخ طوسی نزد علامه به‌عنوان دارالکفر شناخته شده است.

۲. معیار اجرای احکام اسلام: شهید اول در کتاب دروس این معیار را قائل شده است. وی می‌نویسد «دارالاسلام آن مکانی است که احکام اسلام در آنجا جاری می‌شود و کافر در آنجا نیست مگر از طریق معاهده، اما دارالکفر آن سرزمینی است که در آن احکام کفار اجرا می‌شود و مسلمان در آن زندگی نمی‌کند مگر از طریق مسالمت‌آمیز» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۷۸). صاحب جامع المقاصد بعد از نقل این دو معیار از کلام فقه‌ها، در رابطه با معیار شهید اول می‌نویسد «و هو أضبط» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۳).

۴-۲. اماکن دینی

اقسام کفاری که حق استیطان در بلاد اسلامی دارند، عبارت‌اند از کفار ذمی، کفار مستأمن و کفار معاهد که به‌ترتیب از طریق عقد ذمه، عقد امان و عقد هدنه این حق را در بلاد اسلامی به دست می‌آورند. متنها حقوقی که کفار ذمی از طریق عقد ذمه در بلاد اسلامی برای استیطان می‌یابند، به‌مراتب قوی‌تر از دیگر کفار است. از جمله این حقوق داشتن اماکن مخصوص برای عبادت است که در اصطلاح به آن‌ها اماکن دینی یا عبادتگاه می‌گوییم. علت این گفته این است که یکی از بندها یا به‌عبارت دیگر شروط مطرح‌شده در عقد ذمه، داشتن اماکن دینی در بلاد اسلامی است. از این‌رو فقها بحث مربوط را در ذیل یکی از شروط عقد ذمه مطرح می‌کنند. با این بیان، استنباط می‌شود که اماکن دینی مختص به اهل کتاب (یهود، نصارا و مجوس) است؛ زیرا عقد ذمه تنها با این سه گروه منعقد می‌شود و دیگر کفار تحت عقود دیگر می‌توانند با حاکم اسلامی قرارداد ببندند. به‌عبارت دیگر، حق داشتن یا نداشتن اماکن دینی مختص به کفار کتابی و ویژگی حقوقی برای آن‌ها در بلاد اسلامی است.

با توجه به این موضوع، متأسفانه در کتاب‌های فقهی تعریف حدی یا حتی تعریف رسمی منطقی که از طریق تبیین عوارض خاصه باشد، برای اماکن بیان نشده است.

از این رو ما مفهوم و مراد از اماکن مذهبی را از طریق مصادیق (یک نوع ضعیف از تعریف رسمی) ارائه شده توسط آن‌ها استنباط می‌کنیم.

برخی در این بحث به بیان دو مصداق بیعه و کنیسه بسنده کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۳۷)، اما برخی دیگر چهار مصداق برشمرده‌اند که عبارت‌اند از بیعه، کنیسه، صومعه راهب و مکانی که برای اجتماع نمازشان است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۴۵؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۷۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۳۴۰). علامه در منتهی در این باب حدیثی از اهل سنت نقل کرده که در این حدیث از دو مکان مذهبی اهل کتاب نام برده شده است. یکی دیر و دیگری قلایه (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۷۸).

با وجود این، تنها بیان اماکن دینی یهود و نصارا توسط برخی فقها در برخی از کتاب‌ها به معنی عدم شمول این بحث درباره اماکن دینی مجوسیان نیست؛ زیرا اولاً، برخی از فقها بیت نار یا بیت نیران یا به فارسی آتشکده را در ردیف مصادیق اماکن دینی قرار داده‌اند مانند شهید اول در دروس و صاحب جواهر در جواهر الکلام که به صراحت از آتشکده (بیت نار) نام برده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۸۰). ثانیاً، برخی فقها با اینکه مثلاً هنگامی که درباره احداث اماکن دینی در انواع بلاد اسلامی بحث می‌کنند (اول، شهرهایی که توسط مسلمانان احداث شده‌اند مانند بغداد، بصره و کوفه، دوم، شهرهایی که به زور فتح شده‌اند یعنی مفتوح‌العنوه و سوم، شهرهایی که با عقد صلح با کفار فتح شده‌اند)، در دو مصداق نخست، تنها از اماکن دینی یهود و نصارا مثال می‌آورند، اما هنگام تبیین قسم سوم، افزون‌بر بیان اماکن دینی یهود و نصارا، از بیوت نیران یا آتشکده‌های زرتشتیان نیز سخن می‌گویند. این نکته قرینه بر این است که بیوت نیران جزو مصادیق قسم اول و دوم بلاد اسلامی از منظر آن فقهاست (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص. ۳۴۳-۳۴۱)؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، صص. ۱۰۶-۱۰۴).

همان‌طور که گفته شد، درباره تعریف اماکن دینی، فقها چیزی نگفته و تنها به تبیین مفهومی آن پرداخته‌اند. مفهوم برخی از آن اماکن عبارت است از ۱. بیع که جمع بیعه است و به پرستشگاه نصارا و کنیسه که به پرستشگاه یهودیان گفته می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۵۴) و برخی عکس این را گفته‌اند؛ یعنی بیعه را معبد یهود

و کنیسه را معبد نصارا دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۵۰). ۲. ابن اثیر در *نهایه* می‌نویسد «قَلْبَةُ كَالصَّوْمَعَةِ مِنْ بَيُوتِ عِبَادَتِهِمْ»؛ قلبه مثل صومعه از خانه‌های عبادت اینان است (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۴، ص. ۱۰۵). ۳. دیر که به معنای «الْبَيْعَة» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص. ۵۸) و به معنای «خان نصارا» نیز که عبادتگاه نصاراست، آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۳۰۰).

در هر صورت، اگر به مجموعه مفاهیم الفاظ به‌کاررفته از سوی فقها به‌عنوان بیان مثال در مورد بحث ما نگاهی افکنده شود، این موضوع تجلی می‌یابد که اماکن مذهبی، به مکان‌هایی گفته می‌شود که برای عبادت کفار کتابی اعم از یهودی، مسیحی، مجوسی چه به‌صورت فردی مثل صومعه و چه به‌صورت جماعتی مثل بیعه و کنیسه، آتشکده و... است.

۲-۵. استیطان

استیطان مصدر باب استفعال است که از ماده وَطَنُ یَوْطُنُ گرفته شده و در کتاب‌های لغت به معنای «مُوطِنُ الْإِنْسَانِ وَ مَحَلُّهُ» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۴۵۴) یا «محل الإنسان» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص. ۲۲۱۴؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۰) یا «منزل تقیم به» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۴۵۱) آمده است. در باب استفعال، به معنای این است که آن زمین را وطن خود گرفت؛ چنان‌که طریحی در این زمینه می‌نویسد «استوطن: اتخذها وطناً» (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص. ۳۲۶).

در بحث مورد نظر ما نیز به همین معنا آمده است. وقتی فقها می‌گویند که کافر از طریق سه قرارداد که عبارت‌اند از عقد ذمه، عقد امان و عقد هُذنه، حق استیطان در بلاد اسلامی را کسب می‌کند، بدین معناست که کفار از طریق این سه قرارداد می‌توانند بلاد اسلامی را به‌عنوان حق اقامت اخذ کنند. پس با این تعبیر، حق استیطان به معنای حق اقامت گرفتن کافر از دولت اسلامی از طریق سه قرارداد یادشده است، اما چون این حق از طریق هرکدام از این سه قرارداد، حق‌ها و تکالیفی برای کفار در بلاد اسلامی به وجود می‌آورد؛ به‌طوری‌که آن‌ها را به‌ترتیب کافر ذمی، کافر مستأمن و کافر معاهد در بلاد اسلامی خطاب می‌کنند، از حق استیطان به حق شهروندی تعبیر شده است. به‌عبارت دیگر، حق استیطان برای کافر آثار حقوقی در بلاد اسلامی دارد، از این‌رو ما از

آن تعبیر به حق شهروندی کرده‌ایم.

به بیان دیگر، حق شهروندی در اینجا بدین معناست که اولاً، کافر حق اقامت را در بلاد اسلامی می‌یابد؛ به‌طوری‌که پیش از گرفتن حق اقامت، کافر با وصف حربی آورده می‌شد، اما با بستن قرارداد برای مثال، ذمه، با وصف کافر ذمی نامیده می‌شود. ثانیاً، در چهارچوب قرارداد منعقد کافر با حاکم مسلمان، مجموعه حقوقی به نفع او و مجموعه تکالیفی به ضرر او اعطا می‌شود که این به معنای مشارکت کافر در جامعه مسلمان است که به‌نوعی خودی فرض می‌شود نه بیگانه. پس عبارت حق شهروندی نباید با مباحث حقوقی و سیاسی روز خلط شود، بلکه باید طبق قواعد و قرارداد برای مثال، ذمه، مورد تجزیه و تحلیل قرار بگیرد. ثالثاً، یکی از این حقوقی که به‌خاطر استیطان کافر اعطا می‌شود، حق احداث یا ابقای اماکن دینی در برخی از فروض یادشده در زیر است. به‌عبارت دیگر، داشتن حق استیطان یا کسب این حق، یک نتیجه مهم دارد و آن، حق مترتب بر آن یعنی داشتن یا احداث اماکن دینی است.

اخذ این حق به معنای مساوات با شهروندان مسلمان در بلاد اسلامی در همه حقوق از جمله حقوق سیاسی نیست، زیرا این حق به کافر به‌طور مطلق داده نمی‌شود، بلکه طبق قرارداد و در چهارچوب آن به وجود می‌آید و در همان حیطه قرارداد، حق شهروندی را در بلاد اسلامی به دست می‌آورد. از سویی منعقدکننده حق، این اختیار را ندارد که همه حقوقی که به مسلمانان در بلاد اسلامی داده شده است، به او نیز اعطا شود. گواه این گفته این است که حق شهروندی که از طریق عقد ذمه به دست می‌آید، قوی‌تر از دو قرارداد دیگر است و حق شهروندی از طریق عقد امان نیز قوی‌تر از عقد هدنه است. این خود بحث دیگری می‌طلبد که این مختصر مجال آن نیست.

با این بیان، حق شهروندی در عقد ذمه به این معناست که کافر کتابی حق اقامتی را از طریق قرارداد ذمه در بلاد اسلامی کسب می‌کند که در چهارچوب و حیطه آن، حقوق و تکالیفی را در بلاد اسلامی به دست می‌آورد و در چهارچوب آن قرارداد به‌عنوان شهروند بلاد اسلامی شمرده می‌شود. ما در این نوشتار می‌خواهیم بحث کنیم که در چهارچوب این عقد، کافر حق داشتن اماکن مذهبی را مانند شهروند مسلمان دارد یا ندارد. این خود به‌نوعی اماره بر این مدعاست که شهروندی کافر درجه نازل‌تر از شهروندی مسلمان است.

۳. ماهیت‌شناسی قرارداد ذمه

فقها نسبت به ماهیت عقد ذمه به لحاظ لزوم و جواز دو رویکرد دارند. رویکرد نخست: عقد ذمه از سوی ایجاب‌کننده (موجب) که امام یا نایب امام است، لازم و از طرف قبول‌کننده (قابل) عقد، جایز است. علامه حلی در کتاب قواعد (۱۴۱۳ق، الف، ج ۱، ص. ۱۵۱) به این موضوع اشاره کرده است که بیشتر شارحان کتاب قواعد این گفته علامه را مورد تأیید قرار داده‌اند مانند فخرالمحققین در ایضاح (۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۳۸۶) یا عمیدی در کنزالفوائد (۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۳۵۴). رویکرد دوم: عقد ذمه از هر دو طرف یعنی موجب و قابل جایز است. علامه در منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۳۹) و تذکره (۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۲۸۸) و شهید ثانی در فوائدهالقواعد (۱۴۱۹ق، ص. ۴۸۹) از جمله معتقدان آن هستند.

به نظر می‌رسد از این دو رویکرد، رویکرد نخست یعنی لزوم از طرف امام به‌خاطر ادله‌ای ارجح است که از جمله آن ادله، اصل لزوم بر قراردادهاست (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۵، ص. ۱۳)؛ زیرا اصل در عقود، لزوم است مگر اینکه با دلیلی این اصل را تخصیص بزنیم که ظاهراً چنین دلیلی در این مورد یعنی عقد ذمه وجود ندارد. این اصل در دیگر عقود مراعی است مثل عقد بیع، اجاره، مزارعه و بسیاری از عقود دیگر.

مهم در طرح این بحث این است که وقتی ما عقد ذمه را از سوی حاکم اسلامی لازم می‌دانیم، به تبع آن، رجوع او از اعطای حق اماکن دینی جایز نیست. به عبارت دیگر، با انعقاد عقد ذمه، حقوقی برای کفار ذمی حاصل می‌شود که این حقوق قابل گرفتن نیست مگر اینکه اقاله یا یکی از موارد فسخ عقد ایجاد شود. حال می‌گوییم یکی از حقوق در برخی موارد، احداث و ابقای اماکن دینی است. تا زمانی اقاله‌ای بین کفار با حاکم مسلمان ایجاد نشود یا موارد فسخی بر عقد ذمه حادث نشود، عقد ذمه پابرجا باقی می‌ماند و به تبع، تغییری در احداث یا ابقای اماکن دینی حاصل نمی‌شود که درحقیقت، این ثمره لزوم عقد ذمه نسبت به اماکن دینی است.

۴. تبیین جایگاه داشتن اماکن دینی در شرایط ذمه

بررسی این قسمت به ما نشان می‌دهد که ایجاد یا عدم ایجاد حق آزادی اماکن دینی در عقد ذمه چه جایگاهی دارد. به عبارت دیگر، آیا ازجمله شرایط عقد ذمه هست و اگر

هست، جزو شرایط صحت است یا خیر؟ اجماع فقها بر این مترتب شده است که عقد ذمه تنها از طریق ایجاب و قبول به تنهایی محقق نمی‌شود، بلکه آن‌ها شرایطی را برای عقد ذمه مورد پیش‌بینی قرار داده‌اند که برخی از آن شرایط، شرایط صحت عقد ذمه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۶۵). شروط مقرر در قرارداد ذمه دو قسم است.

۴-۱. شروطی که انجام دادن آن بر کفار واجب است

شروطی که انجام دادن آن بر کفار واجب است، دو قسم است.

۴-۱-۱. بذل جزیه

این شرط را همه فقها به اتفاق قبول دارند (حلی (علامه)، ۱۴۱۱ق، ص. ۸۸)؛ زیرا همان‌طور که در بالا گذشت، از ارکان تشکیل‌دهنده عقد ذمه شمرده می‌شود. رکن بودن از صراحت آیه ۲۹ سوره توبه که خداوند فرمودند «...حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ...» استنباط می‌شود.

۴-۱-۲. التزام به احکام مسلمانان

التزام کفار به احکام مسلمانان این‌گونه است که آن‌ها هر آنچه را مسلمانان نسبت به ادای حق یا ترک محرمی حکم کردند، بپذیرند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۶۵).

۴-۲. شروطی که ترک کردن آن بر کفار واجب است

این شروط چهار تا هستند که از جمله آن‌ها مورد زیر است.

۴-۲-۱. عدم اظهار منکرات در جامعه مسلمان

این شرط متضمن اموری است که انجام ندادن آن توسط کفار واجب است، اما با انجام دادن این امور ضرری بر مسلمانان تحمیل نمی‌شود (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص. ۳۱۹-۳۲۰). امثله‌ای که برای این شرط شمرده شده، عبارت است از اینکه کلیسا یا کنیسه‌ای احداث نکنند که البته در رابطه با این مثال در ادامه، به تفصیل سخن خواهیم گفت. هنگام خواندن کتب مقدسشان، اصواتشان را بلند نکنند و به صورت آشکارا خمر و خنزیر نخورند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۸۴).

در رابطه با این امور و تأثیر آن‌ها بر نقض یا عدم نقض عقد جزیه، سه قول بین فقها

مطرح است.

قول اول: انجام دادن این امور توسط کفار باعث انفساخ قرارداد ذمه می‌شود؛ چه به‌صورت شرط آورده شود یا نشود. شیخ طوسی در نهاییه (۱۴۰۰ق، ص. ۲۹۲)، ابن ادریس حلی در سرائر (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۷)، ابن زهره در الغنیه (۱۴۱۷ق، ص. ۲۰۳)، حلی در الکافی فی الفقه (۱۴۰۳ق، ص. ۲۴۹)، محقق حلی در مختصرالنافع (۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۱) و شهید اول بنا بر برداشت شهید ثانی در الروضه (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۹) و صاحب جواهر در جواهرالکلام (۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۷۰) طرفداران این قول‌اند.

دو دلیل برای استدلال به این قول بیان شده است. اولاً، اجماعی است که ابن زهره در الغنیه ادعا کرده است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۰۳) و ثانیاً، ظاهر صحیحیه متقدم از زراره که از امام صادق (علیه‌السلام) روایتی نقل می‌کند که فرمودند «پیغمبر از اهل ذمه جزیه قبول می‌کردند بنا بر اینکه که ربا نخورند، گوشت خوک نخورند و با خواهر و دختر برادر و دختر خواهر ازدواج نکنند. پس کسی که این امور را انجام دهد، ذمه خدا و رسولش از او برداشته می‌شود. همچنین، فرمودند که از امروز (یعنی آن روزی که آن امور را انجام دادند) ذمه برای آن‌ها نیست» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، صص. ۱۲۵-۱۲۴). صاحب جواهر می‌نویسد «ظاهر این حدیث این است که این‌ها در اصل عقد ذمه معتبرند» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۷۰).

به عبارت دیگر، این شروط از اجزای تشکیل‌دهنده عقد ذمه شمرده می‌شود که به لحاظ حقوقی آن‌ها را شروط صحت عقد گویند. این شروط باید به‌صورت مستمر در طول زمان عقد ذمه وجود داشته باشد که فقدان هریک از آن‌ها چون عقد ذمه جزو عقود غیرقارالذات است، باعث منفسخ شدن عقد ذمه می‌شود.

قول دوم: اگر این امور به‌صورت شرط ضمن قرارداد جزیه بیایند، انجام دادن آن‌ها توسط کفار باعث فسخ عقد می‌شود. در غیر این صورت انجام دادن این امور تأثیری در عقد ذمه ندارد. علامه حلی در کتاب‌های تذکره (۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۳۲۰)، منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۸۴) و تحریر (۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۰) و شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۷۴) و روضه (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۹) فائل به این قول‌اند. علامه در هیچ‌کدام از این سه کتابش هیچ دلیلی اقامه نکرده و شهید ثانی در روضه با عبارت

«و هو الاظهر» و در مسالك با «و هو الاقوى»، گفته خودش را بیان داشته است. قول سوم: انجام دادن این امور باعث انفساخ عقد توسط كفار نمی‌شود؛ چه به‌صورت شرط در ضمن عقد ذمه آورده شود و چه آورده نشود. شیخ طوسی در مبسوط به‌صراحت قائل به این قول است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۴۴) و ظاهر عبارت در کتاب خلاف، این گفته را تأیید می‌کند؛ زیرا وی در این بحث تنها در مورد اجرای حد یا تعزیر در صورت انجام دادن این امور توسط كفار صحبت کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۶، ص. ۴). وی در هیچ‌کدام از این دو کتاب دلیلی اقامه نکرده است.

پیش از تحلیل اقوال سه‌گانه، این نکته باید گفته شود که نقطه مشترک هر سه قول این است که احداث اماکن دینی ممنوع است منتها در چگونگی برخورد با این مهم اختلاف است؛ چنان‌که طبق قول اول باعث انفساخ عقد ذمه می‌شود. طبق قول دوم حق فسخ به حاکم اسلامی می‌دهد که از طریق آن عقد ذمه را فسخ کند و طبق قول سوم مخالفت با آن شرط، تأثیری در عقد ذمه ندارد، بلکه حاکم اسلامی متخلفان از آن شرط را به مجازات تعزیری محکوم می‌کند.

به نظر می‌رسد قول دوم قوی‌تر باشد؛ زیرا ادله‌ای که قول اول ارائه داده است، مورد قبول نیست. بیان مطلب از این قرار است که قائلان به قول اول دو دلیل برای مدعی خودشان آورده‌اند.

دلیل اول، اجماع: به نظر می‌رسد این دلیل مورد قبول نیست؛ زیرا: اولاً، با وجود قول دوم و به‌خصوص قول سوم که قول شیخ طوسی و زمان شیخ طوسی (متوفای ۶۰ق) از ابن زهره (متوفای ۵۷۱ق) مقدم‌تر است، اجماعی تحقق نیافته است.

ثانیاً، با توجه به تعریف عقد ذمه، این عقد از دو رکن تشکیل شده است؛ یعنی بذل جزیه از سوی کافر و اعطای امان از سوی مسلم نه بیشتر. به‌عبارت‌دیگر، اجزای تشکیل‌دهنده عقد ذمه این دو است. ازاین‌رو بقیه شروط مقرر در آن باید خارج از ماهیت تشکیل‌دهنده عقد شمرده شود نه به‌عنوان جزء تشکیل‌دهنده عقد. ازاین‌رو تخلف از این شروط حق فسخ می‌آورد نه بطلان عقد. شاهد بر این مدعا، تمام عقود معین در فقه از قبیل بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و... است که همه این‌ها یا از دو رکن

تشکیل شده‌اند یا درنهایت، قبض هم به‌عنوان شرط صحت آورده شده است. ازاین‌رو عقد ذمه نیز با توجه به ماهیت قراردادی بودن آن، نباید از این موضوع (متشکل بودن از دو جزء یا درنهایت، سه جزء) مستثنا باشد؛ همان‌طوری که این مهم در هنگام تعریف عقد ذمه و بیان اجزا و ارکان تشکیل‌دهنده آن تبیین و تأیید شد.

دلیل دوم، صحیحه زراره است: این دلیل به لحاظ سندی هیچ اشکالی ندارد؛ چنان‌که از آن تعبیر به صحیحه شد، اما به نظر می‌رسد مطلوب قول اول یعنی قرار دادن آن امور به‌عنوان اجزای تشکیل‌دهنده عقد مورد قبول نیست؛ زیرا باید در دامنه اموری که سبب بطلان عقد می‌شود، به قدر متیقن مراجعه کرد؛ یعنی دامنه مواردی که تأثیر در بطلان عقد دارد باید به‌طور مضیق تفسیر شود. بنابراین، با وجود این قرائن و نیز تفسیری که قائلان قول دوم از این امور به‌عنوان شروط ضمن عقد کرده‌اند (زیرا هیچ‌کدام از آن‌ها عدم این امور را مبطل عقد ندانسته‌اند)، ظاهر حدیث را باید موردی تبیین کنیم که با قدر متیقن سازگاری داشته باشد. این مورد عبارت است از صورتی که آن امور به‌صورت شرط در ضمن عقد مندرج شود که با تخلف از آن شرط، ذمه کفار برداشته شود. بنابراین، صحیحه زراره نه‌تنها گواه گفته قائلان به قول اول نیست، بلکه تأییدکننده قائلان به قول دوم است. ازاین‌رو صاحب ریاض درباره برداشت قائلان قول اول از این روایت می‌نویسد «در دلالت این روایت بر حصول نقص مطلقاً از طریق این امور نظر است» (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۴۹). همچنین، علامه حلی بعد از اینکه قول دوم را انتخاب می‌کند، مستند خود را همین روایت زراره قرار می‌دهد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ب، ج ۴، ص. ۴۴۳).

از سوی دیگر، قول سوم اولاً، با ضوابط قراردادهای تطابق ندارد؛ زیرا ضابطه در هر قراردادی این‌گونه است که با وجود شرط و تخلف از آن توسط مشروط‌علیه، حق خیار تخلف شرط برای مشروط‌له حاصل می‌شود. این در حالی است که شیخ طوسی به‌طور مطلق با این ضابطه مسلم و مورد قبول خود ایشان در عقد بیع مخالفت کرده است. ثانیاً، این با وجود نادر بودنش، ادعای اجماع از خود شیخ طوسی و دیگران در مخالف با این قول وجود دارد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۴۹).

با توجه به مطالب یادشده روشن شد که شرط عدم احداث اماکن دینی جزو شروط ضمن عقد است. بنابراین، حاکم اسلامی اختیار دارد که آن‌ها را در ضمن عقد ذمه

بیاورد یا خیر. اگر عدم احداث اماکن دینی را به عنوان شروط آورد، تخلف از آن این اختیار را به حاکم مسلمان می دهد که عقد ذمه را به خاطر خیار تخلف از شرط فسخ کند، اما این مهم (درج عدم احداث اماکن دینی) به معنی منع آزادی دینی بر کفار کتابی نیست؛ زیرا:

اولاً، با انعقاد عقد ذمه، حاکم اسلامی به بقای آن ها بر مذهب و آیین خودشان اقرار کرده است.

ثانیاً، درج این شروط که از جمله آن ها عدم احداث اماکن دینی است، به معنای عدم تظاهر آن در جامعه اسلامی است. از این رو آن ها می توانند اماکن دینی داشته باشند، اما در عین حال، احداث آن تظاهر در جامعه مسلمانان نداشته باشد؛ چنان که مجلسی در ذیل روایت زراره می نویسد «مراد این است که این امور را اظهار نکنند» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص. ۴۲۰).

ثالثاً، عدم احداث منعی است که خود کفار به صورت شرط ضمن عقد پذیرفته اند و محدودیتی است که آن ها با اختیار خود پذیرفته اند و این خوداختیاری مخالفت با آزادی دینی ندارد.

رابعاً، عدم احداث اماکن دینی تنها یکی از مصادیق عدم آزادی دینی است در حالی که آن ها همه نوع آزادی را در بلاد اسلامی بر اساس عقد ذمه دارند.

بنابراین، با این ادله روشن شد که اولاً، شرط عدم احداث مخالفتی با اصل آزادی دینی ندارد. ثانیاً، محدودیت ایجاد شده با اختیار کفار در ضمن عقد آورده شده است. ثالثاً، اصل آزادی دینی اصل مطلق نیست. بنابراین، تقید آن در چهارچوب نظم عمومی هر جامعه ای به آن اصل خدشه ای وارد نمی کند؛ زیرا همه گزاره های حقوق بشری این خاصیت را دارند.

۵. اثر عقد ذمه بر آزادی کفار اهل کتاب در داشتن اماکن مذهبی

هر قراردادی اثر بارزی دارد که به تبع آن اثر، احکام متعددی به آن قرارداد تعلق می گیرد. برای مثال، عقد بیع اثر بارزش، ملکیت عین است که از جمله احکام مترتب بر این مهم، تصرف مشتری در مثنی و بایع در ثمن است (یوسفی (فاضل آبی)، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۴۴). اثر بارز عقد ذمه اکتساب حق شهروندی به معنای یاد شده در فوق در

بلاد اسلامی است. با اکتساب این حق، کافر اهل کتاب در بلاد اسلامی ملقب به کافر ذمی می‌شود.

فقها احکام متعددی را برای حق استیطان (شهروندی کافر در دارالاسلام) مورد شناسایی قرار داده‌اند که برخی از آنها تعلق به حفظ جان کافر و خانواده‌اش دارد و برخی دیگر، به اموال کافر تعلق می‌گیرد و برخی دیگر مربوط به امور دینی کافر می‌شود که از جمله آنها، ابقا و احداث اماکن مذهبی آنان است.

آنچه مورد بحث ما در اینجا است، همین قسم اخیر است که فقها در رابطه با آزادی کفار اهل کتاب در داشتن اماکن مذهبی طبق عقد ذمه، چه دیدگاهی دارند؟ این موضوع دو حالت دارد که ما در ضمن دو قسم، حکم آن را بیان خواهیم داشت.

۵-۱. عدم بیان ترک ابقا و احداث به صورت شرط در ضمن عقد

این حکم در قسمت مربوط به شرایط اهل ذمه، بحث مربوط به داشتن یا نداشتن اماکن مذهبی تحت قسم سوم از موارد شروطی که ترک کردن آن بر کفار واجب است، قرار می‌گیرد. در رابطه با این امور و تأثیر آنها بر نقض یا عدم نقض عقد جزیه، سه قول بین فقها مطرح شده که قول منتخب ما، قول دوم است که می‌گوید اگر این امور به صورت شرط ضمن قرارداد جزیه بیایند، در صورت انجام دادن آنها توسط کفار باعث فسخ عقد می‌شود و در غیر این صورت این امور تأثیری بر عقد ذمه ندارد.

در رابطه با این قول نتیجه مهمی به دست می‌آید و آن این است که اگر این امور در ضمن قرارداد ذمه به صورت شرط ضمن عقد قرار نگیرد، کفار اهل کتاب در انجام دادن این امور در بلاد اسلامی آزادند که از جمله آنها ابقا و احداث اماکن مذهبی در بلاد اسلامی است (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۸۴).

به عبارت دیگر، زمانی که حاکم اسلامی با کفار اهل کتاب عقد ذمه را منعقد می‌کند، آنها حق استیطان در بلاد اسلامی را دارند. داشتن این حق به تبع، یکسری حقوق و تکالیف را برای آنها بر اساس عقد ذمه ایجاد می‌کند که از جمله آن حقوق، داشتن آزادی دینی است؛ یعنی با وجود این قرارداد، حاکم اسلامی ابقای کفار بر دینشان را مورد قبول قرار داده است. به تبع، احترام به عبادتگاه‌های قدیمی و تازه تأسیس، مقتضای این حق یعنی آزادی دینی است. بنابراین، آنها می‌توانند اماکن دینی در بلاد اسلامی

داشته باشند؛ البته ناگفته نماند همه این گفته‌ها زمانی است که شرط عدم احداث اماکن دینی در ضمن عقد ذمه نیاید که در این صورت نباید آن‌ها تظاهر به احداث اماکن دینی در بلاد اسلامی داشته باشند؛ همان‌طور که نباید تظاهر به ربا، شرب خمر و اکل خنزیر و دیگر محرمات در دین اسلام داشته باشند.

البته حق داشتن اماکن دینی به معنی مطلق و بدون ضابطه نیست، بلکه حاکم با توجه به مصلحت بلاد اسلامی، آن را ضابطه‌مند کرده؛ به‌طوری‌که داشتن آن حق با قواعد اسلامی که از جمله آن‌ها ممنوعیت مجامع کفر است، تطبیق داشته باشد. این مهم طبق اوضاع و احوال هر منطقه و عرف آن، طبق دیدگاه حاکم اسلامی قابل تغییر و تحول است. چنان‌که در این‌بین، برخی هدم این اماکن را توسط ولی امر در صورت مصلحت ملزمه جایز می‌دانند (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۰۰).

۵-۲. بیان ترک ابقا و احداث به صورت شرط در ضمن عقد

اما اگر این امور در ضمن قرارداد ذمه به صورت شرط ضمن عقد قرار بگیرند، آیا آن‌ها با این شرط به‌طور مطلق از داشتن اماکن مذهبی منع می‌شوند؟ به نظر می‌رسد باید بین ابقا و احداث فرق قائل شد.

۵-۲-۱. ابقای اماکن دینی

نسبت به ابقای اماکن مذهبی که پیش از جنگ مسلمانان با کفار وجود داشته است، مطلقاً^۳ احدی از فقها مخالفتی ندارد. چنان‌که این موضوع بدون هیچ شرطی از گفته شیخ طوسی در مبسوط (۱۳۸۷ق، ج ۲، صص. ۴۶-۴۵)، محقق حلی در شرایع الاسلام (۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۳۰۲) و مختصرالنافع (۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۱) و فاضل آبی در کشف‌الرموز (۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۲۲) و علامه حلی در کتاب‌های قواعد (۱۴۱۳ق، الف، ج ۱، ص ۵۱۴) و تحریر (۱۴۲۰ق، ج ۲، صص. ۲۱۵-۲۱۴) و... و از فقهای متأخر مانند شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۷۸) و محقق کرکی در جامع‌المقاصد (۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۴۶۱) برداشت می‌شود.

علت این ابقا

اولاً، اجماعی است که بسیاری از فقها آن را ادعا کرده‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق،

ج ۱۵، ص ۱۰۶؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۳۴۱.

ثانیاً، روایت است از ابن عباس که هر شهری که عرب آن را شهر کرده است، اهل ذمه نمی‌توانند در آن بیعه‌ای احداث کنند، اما آن مکان عبادتی که پیش از فتح مسلمانان وجود داشته، بر مسلمانان است که به آن اقرار (باقی گذاشتن) کنند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۱۰۴).

ثالثاً، اصل استصحاب است. توضیح این اصل از این قرار است که پیش از فتح آن سرزمین، عبادتگاه وجود داشته است و بعد از فتح شک می‌کنیم که باقی باشد یا نه که اصل بر بقای آن مکان است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۵۱).

خوبی در منهاج با شرط اینکه بقای آن اماکن باعث ازاله شوکت اسلام نشود، این ابقای اماکن مذهبی در بلاد اسلامی را پذیرفته است (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص ۳۹۹-۴۰۰). طبق این دیدگاه، بقای اماکن دینی شرط مهمی دارد و آن وجود ابقا خلاف مصلحت مسلمانان نباشد که در این صورت در تعارض بین این دو، مصلحت مسلمانان ارجح است.

۵-۲-۲. احداث اماکن دینی

نسبت به احداث اماکن دینی موضوع چطور است؟ به عبارت دیگر، آیا آن‌ها می‌توانند کلیسا یا هر عبادتگاه جدید دیگری را در بلاد اسلام بسازند؟ در اینجا جواب از منظر فقها متفاوت است؛ زیرا بستگی به نوع شهر یا قریه‌ای دارد که قرار است در آن، اماکن دینی احداث شود. آن شهر یا قریه به سه قسمت زیر تقسیم می‌شود.

۱. شهر و قریه‌ای است که توسط مسلمانان احداث شده است مانند کوفه و بصره که در زمان عمر تأسیس شدند و بغداد که در زمان منصور دوانیقی در سال ۱۴۵ق تأسیس شد. فقها اجماع دارند که کفار ذمی حق هیچ‌گونه تأسیس عبادتگاه در این نوع شهرها را ندارند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۱۴). علت این مهم، سه دلیل است.

دلیل اول اجماعی است که علامه در تحریر (۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۱۴) و عدم خلافی است که صاحب جواهر (۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۲۸۱)، ابن ادریس حلی و نیز علامه حلی در منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۱۰۴) ادعا کرده‌اند.

دلیل دوم، سه روایت است که دو تای اولی از ابن عباس و آخری از حضرت علی (علیه السلام) است. در روایت اول، ابن عباس از پیغمبر نقل می‌کند که فرمودند «در هر شهری از شهرهایی که عرب به وجود آورده [است]، اهل ذمه حق احداث بیعه را ندارند...» و در روایت دوم، ابن عباس از پیغمبر نقل می‌کند که فرمودند «هر شهری از شهرهایی که عرب احداث کرد، عجم حق تأسیس بیعه یا زدن ناقوس و... را ندارد» (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۰۴). روایتی در دعائم الاسلام از حضرت علی (علیه السلام) آمده که پیغمبر (صلی الله علیه و آله) از احداث کنیسه در بلاد اسلامی نهی کرده است (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۱، ص. ۳۸۱). محدث نوری نیز این حدیث را از دعائم الاسلام نقل کرده است (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۱، ص. ۸).

دلیل سوم این است که این بلد ملک مسلمانان است و بر کفار جایز نیست که مجامع کفر در ملک مسلمانان احداث کنند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۰۴). به خاطر همین موضوع است که علامه در تذکره گفته است که اگر با کفار مصالحه شود که حق احداث ابنیه مذهبی در این نوع بلاد داشته باشند، این قرارداد باطل است (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۳۴۰) یا آنچه از ابن ادریس حکایت شده که گفته است بر امام جایز نیست که اجازه احداث بیع و کنیسه و... از اماکن دینی به آنها در این بلاد را دهد و در صورت اجازه احداث، قرارداد صلحش باطل است و در این گفته هیچ گونه خلافی نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۸۱).^۴ صاحب جواهر در ذیل این عبارت می‌نویسد: «و هو الحجة» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۲۸۱).

ظاهراً شاید بتوان به برخی استدلال‌های ارائه شده در موضوع بحث خدشه وارد کرد، اما اشکالاتی که وارد به دلیل دوم است این است که اولاً، همان‌طور که ملاحظه شد، در مجموع، سه روایت برای استدلال آورده شده است که هر سه آنها به خاطر مرسل بودنشان، ضعف سندی دارند. ثانیاً، متن روایات مطرح شده از طریق ابن عباس با ظاهر شریعت سازگار نیست. به این صورت که در روایت اول، عرب در مقابل اهل ذمه قرار گرفته است درحالی که بسیاری از عرب‌ها نیز اهل ذمه بوده‌اند که مثال آن، وجود آنها در بلاد شام بوده است که تا به امروز نیز باقی هستند یا در روایت دوم، تقابل عرب و عجم دیده می‌شود. از سوی دیگر، در کتاب‌های حدیث، روایت یا روایات معتبر

دیگری در این زمینه وجود ندارد.

شاید بتوان به اشکالات وارده به دلیل دوم پاسخ داد. به این صورت که اولاً، در رابطه با مورد بحث بین فقهای امامیه اجماع وجود دارد که احداث ابنه مذهبی توسط کفار در این نوع از بلاد اسلامی جایز نیست و احدی از فقها در طول تاریخ فقاقت امامیه از قدام تا معاصران با این مهم مخالفتی نکرده اند. ثانیاً، همان طور که اعراض از روایت صحیح السند از سوی فقها باعث اسقاط آن روایت در استناد دادن می شود، عمل به روایات ضعیف السند به خصوص اجماع فقها باعث تقویت آن روایت و جابر ضعف سندی آن روایت می شود. ثالثاً، مدلول روایت نیز محل خدشه نیست؛ زیرا روایت از پیغمبر (صلی الله علیه و آله) نقل شد و در آن موقع فاتحان اسلام تنها از قوم عرب بودند. بدین خاطر است که در این روایات تنها از قوم عرب نام می برد و این اشکالی به مدلول روایت وارد نمی کند.

اشکال وارد بر دلیل سوم این است که مالک بودن مسلمانان مخالفتی با انتقال این مالکیت از طریق یکی از اسباب ملکیت مثل بیع، صلح و... ندارد و احدی از فقها حکم به بطلان بیع و شرا بین کافر ذمی و مسلمان نداده است. بر فرض که نهی از این نوع قرارداد باشد، نهی در معاملات سبب ابطال آن معامله نمی شود.

به نظر می رسد این اشکال نیز وارد نیست؛ زیرا این اشکال طبق مبانی اصولی تا جایی صحیح است که دلیلی به خصوص در آن موضوع وجود نداشته باشد. این در حالی است که در بالا توضیح داده شد که ما دست کم دو دلیل قابل قبول داریم که یکی اجماع و دیگری آن سه روایت است. بنابراین، با این توضیح احداث اماکن دینی در این نوع از بلاد اسلامی از طرف کفار ذمی جایز نیست.

۲. شهر و قریه ای است که به صورت عنوه یا همان زور توسط مسلمانان فتح شده است. احداث کنیسه یا هر عبادتگاه دیگری در این اراضی توسط کفر جایز نیست و در این گفته، احدی از فقها مخالفتی نکرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷). علت این فتوا این است که با فتح، این اراضی به ملکیت مسلمانان در می آید و احداث مجامع کفر در آنها جایز نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۴۶۱). به نظر می رسد با وجود اجماع و نیز اطلاق در روایات سه گانه در بالا که مطلق بلاد اسلامی را شامل می شدند، این گفته و رویکرد از فقها صحیح باشد و احداث اماکن دینی در این نوع از بلاد هم جایز

نیست.

۳. شهر و قریه‌ای که به صورت صلح به دست مسلمانان فتح شده باشد. صلح با کفار به دو صورت است. صورت اول، امام با کفار مصالحه کند مبنی بر اینکه زمین به ملکیت آن‌ها باقی بماند، اما امام سالانه از آن‌ها خراج بگیرد. در این صورت کفار اختیار تام نسبت به ابقا و احداث اماکن دینی و به طور آزادانه حق زدن ناقوس دارند. علت این موضوع، مالک بودن آن اراضی برای کفار است (طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۲، ص. ۴۶). صورت دوم، امام با کفار مصالحه کند مبنی بر اینکه زمین به ملکیت مسلمانان دربیاید. این صورت سه حالت دارد.

الف. امام بر کفار شرط کند که حق ابقا و بلکه احداث عبادتگاه دارید. این شرط جایز است (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، الف، ج ۱، ص. ۵۱۴). علت این گفته را علامه در منتهی این طور دانسته است که وقتی مصالحه با کفار نسبت به این موضوع که همه اراضی به ملکیت شما باقی بماند، به طریق اولی جایز است که بعضی از اراضی به ملکیت آن‌ها باقی بماند (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، صص. ۱۰۶-۱۰۵). این گفته را بسیاری از فقها قبول دارند؛ چنان‌که برای مثال، فخرالمحققین علامه را در *ایضاح* به طور ضمنی (فخرالمحققین، ۱۳۷۸ق، ج ۱، ص. ۳۹۰) و محقق کرکی در *جامع المقاصد* با عبارت «و هو قریب» (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۴۶۲) تأیید کرده است. مثال این مهم را علامه حلی این طور بیان می‌کنند که «صحابه بسیاری از شهرها را فتح کرده‌اند و کنائس در آن‌ها باقی مانده است (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۰۵) یا فلسطین در زمان عمر از طریق صلح فتح شد و در آنجا همه معابد یهود و نصارا باقی ماند.

ب. امام بر کفار شرط کند که حق ابقا و احداث عبادتگاه ندارند، بلکه می‌تواند با آن‌ها شرط کند که اماکن دینی را تخریب کنند (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۳۴۲).

ج. اگر قرارداد صلح به طور مطلق بود یا به عبارت دیگر، هیچ گونه شرطی بین طرفین نسبت به این امور صورت نگرفت. علامه در منتهی (۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۰۶) و تذکره (۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۳۴۲) قائل است که آن‌ها حق احداث اماکن دینی را در اراضی صلح ندارند؛ زیرا ملکیت اراضی صلح برای ماست، اما در قواعد و جهی را برای جواز حق احداث اماکن دینی در اراضی صلح می‌آورد؛ به اینکه ما به وسیله قرینه حال

کفار مبنی بر اینکه آن‌ها در حال اجتماعشان، به مکانی برای انجام عباداتشان احتیاج دارند، لذا حق احداث اماکن دینی در سرزمین صلح دارند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، الف، ج ۱، ص. ۵۱۴). محقق کرکی می‌گوید این وجه علامه در قواعده از طریق اینکه آنچه دلالت بر احداث مسکن توسط کفار در اراضی صلح دارد، دلالت بر احداث مکان عبادت در این اراضی دارد (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۲۶۲).

به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از این سه صورتی که برای قسم سوم گفته شد، دارای اشکال نباشد؛ زیرا احداث عبادتگاه حقی است برای کفار. آن‌ها می‌توانند از این حق با شرط احداث استفاده کنند یا آن را از خود سلب کنند. از این رو اثبات این حق یا اسقاط آن به صورت شرط و قبول طرف کفار، بلامانع است.

نتیجه‌گیری

عقد ذمه با ویژگی لزوم از سوی حاکم اسلامی و جواز از سوی کفار ذمی، پایه‌ای استوار برای تعامل میان مسلمانان و اهل کتاب ایجاد می‌کند. این عقد در صورت نبود دلایلی برای حق خیار از سوی حاکم، دائمی و حقوق ناشی از آن مانند حق داشتن اماکن دینی، غیرقابل رجوع است. این حق منحصر به اهل کتاب یا کسانی با شبهه کتاب است که فقها عمدتاً یهودیان، مسیحیان و مجوس را مشمول این حکم دانسته‌اند. پذیرش این حق مشروط به شروطی مانند حریت، بلوغ، ذکوریت و کمال عقد است. اثر اصلی عقد ذمه، اکتساب حق شهروندی کفار ذمی در بلاد اسلامی است که شامل حقوقی مانند حفظ جان، مال و آزادی مذهبی می‌شود. از جمله این حقوق، آزادی در ابقا و احداث اماکن دینی است. ابقای اماکن دینی در دارالاسلام مورد اجماع فقهاست، اما احداث عبادتگاه‌های جدید به شرایط خاصی وابسته است.

اگر شرط عدم احداث در قرارداد ذمه نیامده باشد، کفار ذمی در ایجاد اماکن دینی آزادند، اما در صورت شرط ضمن عقد، حکم به نوع زمین وابسته است. در شهرها و قریه‌هایی که توسط مسلمانان احداث یا به زور فتح شده‌اند، احداث اماکن دینی ممنوع است. در مقابل، در شهرها و قریه‌های فتح‌شده با صلح، احداث اماکن دینی غالباً مجاز است مگر اینکه در قرارداد صلح شرط دیگری بیان شده باشد.

نتیجه این است که فقه اسلامی، ضمن رعایت آزادی مذهبی کفار ذمی، این آزادی

را محدود به چهارچوب نظم عمومی و مصلحت جامعه اسلامی کرده است. این چهارچوب، تعادلی میان حفظ هویت دینی جامعه اسلامی و احترام به حقوق اقلیت‌ها برقرار می‌کند و نشان‌دهنده انعطاف فقه اسلامی در مواجهه با مسائل پیچیده اجتماعی است.

یادداشت‌ها

۱. «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص. ۱۲۸). حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) فرمودند «... یا اشعث! خداوند برای مجوس کتابی نازل کرد و بر آن‌ها نبی فرستاد...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص. ۱۲۸). ابویحیی الواسطی نقل می‌کند «ایشان از امام صادق (علیه‌السلام) پرسیدند آیا برای اهل مجوس نبی بود؟ امام فرمودند بله... تا اینکه امام کلامی را از قول پیغمبر نقل می‌کند که ایشان فرمودند برای مجوس کتابی بود که آن را سوزاندند و نبی بود که آن را کشتند... (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۴، ص. ۱۱۳).
۲. چنان‌که این گفته ما را شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۴۷۶)، محقق کرکی در جامع‌المقاصد (۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۳)، طباطبایی در ریاض‌المسائل (۱۴۱۸ق، ج ۱۴، ص. ۱۴۸)، عاملی در مفتاح‌الکرامه (۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۷۷) و صاحب جواهر در جواهرالکلام (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۸، صص. ۱۸۵-۱۸۶) تأیید می‌کنند؛ زیرا در همه این‌ها به نقل کلام آن سه تن در رابطه با تعریف دارالاسلام و دارالکفر اکتفا کرده‌اند.
۳. چه این شهرها توسط مسلمانان احداث شده و چه توسط آن‌ها از کفار به‌طور عنوه یا صلحاً اخذ شده باشد؛ البته در صورت اول، زمانی اماکن مذهبی در آن شهرهاست که آن‌ها به‌مرور زمان گسترش یافته باشند و به شهرها یا قریه‌هایی که پیش‌تر متعلق به کفار بوده است، ملصق شده باشند و بعد آن اماکن در این شهرها واقع شود.
۴. کلام ابن ادریس را از صاحب جواهر نقل کردیم؛ زیرا هرچه در این نسخه سرأثر که در دست ماست، تتبع کردیم، چنین عبارتی را نیافتیم.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن اثیر، محمد بن مبارک (بی‌تا). *النهاية في غريب الحديث* (جلدهای ۲ و ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ابن زهره (حلبی)، حمزة بن علی (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*. چاپ ۱، قم:

- مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (جلدهای ۴، ۱۲ و ۱۳). چاپ ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة* (جلد ۶). چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). *کتاب المکاسب*. چاپ ۹، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة* (جلدهای ۲ و ۳). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة* (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کتاب فروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام* (جلدهای ۳ و ۱۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۹ق). *فوائد القواعد*. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). *المعجم الصحاح* (جلدهای ۵ و ۶). چاپ ۱، بیروت: دارالعلم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة* (جلد ۱۵). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- حلبی، ابوصلاح تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ق). *الکافی فی الفقه*. چاپ ۱، اصفهان: کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- حلی، ابن ادريس (۱۴۱۰ق). *سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام* (جلد ۲). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق، الف). *قواعد الاحکام* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق، ب). *مختلف الشیعة* (جلد ۴). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق). *تذکرة الفقهاء* (جلدهای ۹ و ۱۷). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۲ق). *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب* (جلد ۱۵). چاپ ۱، مشهد: مجمع البحوث الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۱ق). *تبصرة المتعلمین فی الاحکام الدین*، چاپ ۱، تهران: مؤسسه چاپ و نشر.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*. چاپ ۲، تهران: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق). *نکت النهایه*، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *مختصر النافع فی الفقه الامامیه* (جلد ۱). چاپ ۶، قم: مؤسسه مطبوعه الدینیة.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین* (جلد ۱). چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم.
- راغب اصفهانی حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات الفاظ قرآن*. چاپ ۱، دارالعلم.
- روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه السلام)* (جلد ۱۳). چاپ ۱، قم: دارالکتاب.
- روحانی، سید صادق (بی تا). *منهاج الصالحین* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دارالکتاب.
- زمخشری، ابوالقاسم محمد بن عمر (۱۴۱۷ق). *الفائز فی غریب الحدیث* (جلد ۱). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العربیه.
- سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ق). *کفایة الاحکام* (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷ق)، *معجم فقه الجواهر*. چاپ ۱، بیروت: الطباعة الغدير.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل* (جلدهای ۸ و ۱۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین* (جلد ۶). چاپ ۳، قم: کتاب فروشی مرتضوی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیه* (جلد ۲). چاپ ۳، قم: المكتبة المرتضویه.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهایة فی المجرّد الفقه والفتاوی*. بیروت: دارالکتب العربی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، الف). *کتاب الخلاف* (جلد ۵). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی. (ب)
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، ب). *تهذیب الاحکام*. چاپ ۴، تهران:

دارالکتب الاسلامیه. (الف)

عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاحکام (۱۴۱۹ق). چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی

عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی. چاپ ۴، تهران: امیر کبیر.

عمیدی، سید عمیدالدین محمد (۱۴۱۶ق). کنزالفوائد فی حل المشکلات القواعد (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فخرالمحققین، ابی طالب محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح القواعد (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت.

فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا). مصباح المنیر (جلد ۲). چاپ ۱، قم: منشورات دارالرضی.
مازندرانی، محمد هادی بن محمد صالح (۱۴۲۹ق). شرح فروع کافی (جلد ۳). چاپ ۱، قم: دارالحديث للطباعة.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلد ۳). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۶ق). ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاحکام، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.

مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق). دعائم الاسلام (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). المقتنعة. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۲۱ و ۳۸). چاپ ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۱۱). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

یوسفی (فاضل آبی)، حسن (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (جلد ۱). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

References

The Holy Qur'an.

Al-Hurr al-'Amili, Muhammad ibn al-Hasan. (1989). Wasa'il al-Shi'a. 1st ed. Beirut: Ahl al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [in Arabic]

Ameli, Sayyid Javad ibn Muhammad. (1419 AH). Miftah-Karamah fi Sharh Qawaed al-Ahkam. 1st ed. Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]

- Amid Zanjani, 'Abbas 'Ali. (2001). *Fiqh-i Siyasi* (Political Jurisprudence). 4th ed. Tehran: Amirkabir Publications. [in Persian]
- Amidi, Sayyid 'Amid al-Din Muhammad. (1996). *Kanz al-Fawa'id fi Hall Mushkilat al-Qawa'id*. 1st ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Ansari, Shaykh Murtada. (2007). *Kitab al-Makasib*. 9th ed. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami (Assembly of Islamic Thought). [in Arabic]
- Fakhr al-Muhaqqiqin, Abu Talib Muhammad ibn Hasan. (1967). *Idah al-Fawa'id fi Sharh al-Qawa'id*. 1st ed. Qom: Isma'iliyan Institute. [in Arabic]
- Farahidi, Khalil ibn Ahmad. (1410 AH). *Kitab al-'Ayn*. 2nd ed. Qom: Hijrat Publications. [in Arabic]
- Fayyumi, Ahmad ibn Muhammad al-Muqri. (n.d.). *Al-Misbah al-Munir*. 1st ed. Qom: Manshurat Dar al-Radi. [in Arabic]
- Halabi, Abu al-Salah, Taqi al-Din ibn Najm al-Din. (1983). *Al-Kafi fi al-Fiqh*. 1st ed. Isfahan: Amir al-Mu'minin (a.s.) Public Library. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli), Hasan ibn Yusuf ibn Mutahhar. (2000). *Tahrir al-Ahkam*. Qom: Imam Sadiq (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli). (1991). *Tabsirat al-Muta'allimin fi Ahkam al-Din*. 1st ed. Tehran: Printing and Publishing Institute. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli). (1992). *Muntaha al-Matlab fi Tahqiq al-Madhhab*. 1st ed. Mashhad: Islamic Research Foundation. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli). (1993). *Mukhtalaf al-Shi'a*. 1st ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli). (1993). *Qawa'id al-Ahkam*. 1st ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Hilli (al-'Allamah al-Hilli). (1994). *Tadhkirat al-Fuqaha'*. 1st ed. Qom: Ahl al-Bayt (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Hilli (al-Muhaqqiq al-Hilli). (1412 AH). *Nukat al-Nihāyah*. 1st ed. Qom: Islamic Publications Office. [in Arabic]
- Hilli (al-Muhaqqiq al-Hilli). (1988). *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram*. 2nd ed. Tehran: Isma'iliyan Institute. [in Arabic]
- Hilli (al-Muhaqqiq al-Hilli). (1998). *Mukhtasar al-Nafi' fi Fiqh al-Imamiyya*. 6th ed. Qom: Institute of Religious Publications. [in Arabic]
- Hilli, Ibn Idris. (1990). *Al-Sara'ir al-Hawi li-Tahrir al-Fatawi'*. 2nd ed. Qom: Islamic Publishing Institute. [in Arabic]
- Ibn Athir, Muhammad ibn Mubarak. (n.d.). *Al-Nihayah fi Gharib al-Hadith*. 1st ed. Qom: Isma'iliyan Institute. [in Arabic]
- Ibn Faris, Ahmad. (1984). *Mu'jam Maqa'is al-Lughah*. 1st ed. Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda. [in Arabic]
- Ibn Manzur, Muhammad ibn Mukarram. (1994). *Lisan al-'Arab*. 3rd ed. Beirut: Dar al-Fikr for Printing and Publishing. [in Arabic]
- Ibn Zuhra (al-Halabi), Hamza ibn 'Ali al-Husayni. (1997). *Ghunyat al-Nuzu' ila 'Ilmay al-Usul wa al-Furu'*. 1st ed. Qom: Imam Sadiq (a.s.) Institute. [in Arabic]

- Isfahani, Husayn ibn Muhammad al-Raghib. (1992). Mufradat Alfaz al-Qur'an. 1st ed. Dar al-'Ilm. [in Arabic]
- Jawhari, Isma'il ibn Hammad. (1990). Al-Mu'jam al-Sihah. 1st ed. Beirut: Dar al-'Ilm. [in Arabic]
- Karaki, 'Ali ibn Husayn. (1994). Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id. 2nd ed. Qom: Ahl al-Bayt (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim. (1990). Minhaj al-Salihin. 28th ed. Qom: Madinat al-'Ilm Publications. [in Arabic]
- Maghribi, Nu'man ibn Muhammad. (1996). Da'a'im al-Islam. 2nd ed. Qom: Ahl al-Bayt (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Majlisi, Muhammad Baqir. (1406 AH). Maladh al-Akhbar fi Fahm Tahdhīb al-Ahkam. 1st ed. Qom: Publications of the Ayatollah Mar'ashi Library. [in Arabic]
- Mazandarani, Muhammad Hadi ibn Muhammad Salih. (2008). Sharh Furu' al-Kafi. 1st ed. Qom: Dar al-Hadith for Printing. [in Persian]
- Mufid, Muhammad ibn Nu'man. (1993). Al-Muqni'ah. 1st ed. Qom: World Congress for the Millennium of Shaykh al-Mufid. [in Arabic]
- Najafi, Muhammad Hasan. (1984). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam. 7th ed. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [in Arabic]
- Nuri, Mirza Husayn. (1988). Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbat al-Masa'il. 1st ed. Beirut: Ahl al-Bayt (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Rouhani, Sayyid Sadiq. (1992). Fiqh al-Sadiq (a.s.). 1st ed. Qom: Dar al-Kitab. [in Arabic]
- Rouhani, Sayyid Sadiq. (n.d.). Minhaj al-Salihin. 1st ed. Qom: Dar al-Kitab. [in Arabic]
- Sabziwari, Muhammad Baqir. (2002). Kifayat al-Ahkam. 1st ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Shahrudi, Sayyid Mahmoud. (1997). Mu'jam Fiqh al-Jawahir. 1st ed. Beirut: al-Ghadir Printing. [in Arabic]
- Shaid Awwal, Muhammad ibn Makki. (1997). Al-Durus al-Shar'iyya fi Fiqh al-Imamiyya. 2nd ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Shaid Thani, Zayn al-Din ibn 'Ali. (1990). Al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya. 1st ed. Qom: Davari Bookstore. [in Arabic]
- Shaid Thani, Zayn al-Din ibn 'Ali. (1993). Masalik al-Afham fi Sharh Shara'i' al-Islam. 1st ed. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyya (The Islamic Ma'arif Foundation). [in Arabic]
- Shaid Thani, Zayn al-Din ibn 'Ali. (1999). Fawa'id al-Qawa'id. 1st ed. Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda. [in Arabic]
- Tabataba'i, Sayyid 'Ali. (1998). Riyad al-Masa'il. 1st ed. Qom: Ahl al-Bayt (a.s.) Institute. [in Arabic]
- Turayhi, Fakhr al-Din. (1996). Majma' al-Bahrayn. 3rd ed. Qom: Mortazavi Bookstore. [in Arabic]
- Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hasan. (1967). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya. 3rd ed. Qom: al-Maktaba al-Murtadawiyya. [in Arabic]
- Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hasan. (1980). Al-Nihayah fi al-Mujarrad

- al-Fiqh wa al-Fatawa. Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi. [in Arabic]
- Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hasan. (1987). Kitab al-Khilaf. 1st ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hasan. (1987). Tahdhib al-Ahkam. 4th ed. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [in Arabic]
- Yusufi (Fadil Abi), Hasan. (1997). Kashf al-Rumuz fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'. 3rd ed. Qom: Office of Islamic Publications. [in Arabic]
- Zamakhshari, Abu al-Qasim Muhammad ibn 'Umar. (1997). Al-Fa'iq fi Gharib al-Hadith. 1st ed. Beirut: Dar al-Kutub al-'Arabiyyah. [in Arabic]



A Criticism of Accepting Registering instead of Pronouncing in Executing Marriage Contract; a Comparative Study with Iranian Civil Law

Fatemeh Mashayekhi: Ph.D. student, Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law, Imam Sadiq University (Women's Campus), Tehran, Iran. (Corresponding Author).

mashayekhi@isu.ac.ir | 0000-0002-7439-0991

Kobra Poorabdollah: Assistant Professor, Jurisprudence & Islamic Law Department, Imam Sadiq University (Women's Campus), Tehran, Iran.

poorabdollah@isu.ac.ir | 0009-0001-6815-8854

Abstract

There is a controversy among the past and present scholars and jurists about the validity of *Mu'atat* marriage (Marriage by intention) in general and the right of using various tools to create a marriage contract, in particular. In the present study, which is of a fundamental-applied type and has used a library method, a criticism of the paper entitled "*Mu'atat* marriage from the Jurisprudential Perspective" is presented (published in the 40th issue of the "Scientific-Research Quarterly Journal of Strategic women Studies"). The author in this paper has stated that if a man and a woman, with the intention of marriage, declare it in an explicit way, the marriage will take place considering the generality of the necessity of fulfillment of contract and obligation. Meanwhile, both the pronouncement and registering of the vow have been considered effective. The results of this research show that registering the intention had legitimacy at the beginning of Islam. In addition, the use of words as a tool for declaration of will, doesn't cause *Haraj* based on the presented rational and scientific proofs, and customary inference. As a result, the fulfillment of a marriage contract through words isn't subject to the mentioned rule. Such an understanding is consistent with the Iranian Civil law.

Keywords

Word, *Mu'atat*, Writing, *Mu'atat* Marriage, Rule of *La-Haraj*, Civil law.



نقدی بر پذیرش کتابت عوض لفظ در انشای عقد نکاح؛ مطالعه تطبیقی با قانون مدنی ایران

فاطمه مشایخی: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق علیه السلام (پدریس خواهران)، تهران، ایران (نویسنده مسئول). mashayekhi@isuw.ac.ir
کبری پورعبدالله: استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق علیه السلام (پدریس خواهران)، تهران، ایران. poorabdollah@isu.ac.ir

چکیده

در بین اندیشمندان و فقهای متقدم و متأخر در مورد صحت نکاح معاطاتی به طور عام و نیز جواز به کارگیری ابزار گوناگون انشای عقد نکاح به طور خاص، اختلاف نظر وجود دارد. در مطالعه حاضر که از نوع بنیادی-کاربردی و به روش کتابخانه‌ای است، نقدهای وارد بر مقاله با عنوان «نکاح معاطاتی از منظر فقه» که در ۴۰امین شماره فصلنامه علمی-پژوهشی مطالعات راهبردی زنان به چاپ رسیده است، ارائه می‌شود. در این مقاله، نگارنده محترم با توجه به عمومات لزوم وفای عقد و عهد، گفته‌اند که چنانچه زن و مرد با قصد انشای زوجیت مبادرت به اعلام قصد باطنی خود به گونه‌ای صریح کنند، زوجیت محقق می‌شود؛ ضمن اینکه به منظور ایجاب و قبول آن، برای مکتوب نیز مانند ملفوظ اثر قائل شده‌اند. نتایج این تحقیق نشان داد که کتابت در صدر اسلام دارای مشروعیت بوده است؛ ضمن اینکه بر اساس ادله عقلی و علمی و استنباط عرفی ارائه شده در تحقیق حاضر، قاعده لایحرج شامل گفتار به صورت کلی نیست. در نتیجه، انشای عقد نکاح با لفظ مشمول قاعده یادشده نیست. براین اساس، به نظر می‌رسد که ابراز قصد باطنی و انشای عقد نکاح با کتابت پذیرفتنی نیست. چنین برداشتی با قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مطابقت دارد.

واژگان کلیدی: لفظ، معاطات، کتابت، نکاح معاطاتی، قاعده لایحرج، قانون مدنی.

مقدمه

در ۴۰امین شماره فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، مقاله‌ای با عنوان «نکاح معاطاتی از منظر فقه» به قلم استاد ارجمند و گرانمایه دکتر فرج‌الله هدایت‌نیا به رشته تحریر درآمد که در آن نظر بدیعی در باب نکاح معاطاتی ارائه شده است. این مقاله را می‌توان به عنوان یکی از نخستین مقالاتی در این حوزه دانست که از منظری متفاوت به مقوله نکاح معاطاتی نگرسته و سخن جدیدی را در این باب مطرح کرده است که هم از حیث انتخاب موضوع و هم شهادت در ورود به حوزه‌هایی که بعضاً عده‌ای از فقهای عظام قائل به حرمت اصل موضوع آن هستند، در جای خود شایان تقدیر و ستایش است. پرواضح است که منظور از نگارندگان از تدوین این مقاله، انکار زحمات صورت‌گرفته در بررسی فقهی موضوع مهم نکاح معاطاتی توسط نگارنده محترم نبوده و جایگاه علمی ایشان همواره ستودنی است، اما با گذشت بیش از ۱۷ سال از تدوین مقاله یادشده و برداشت‌های متفاوتی که از نگاه خیرخواهانه ایشان شده است، به نظر می‌رسد نقدی بر نظریه مطرح‌شده ایشان در این مقاله در باب پذیرش مکتوب مانند ملفوظ در انشای عقد نکاح، افق‌های جدیدی را در باب این موضوع باز می‌کند. بدیهی است که خوانندگان این مقاله نیز ممکن است نقدهایی بر نظر ارائه‌شده در مقاله حاضر داشته باشند که مشتاقانه مورد استقبال نگارندگان است.

صرف‌نظر از اینکه آیا بین گفتار و نوشتار به لحاظ ماهوی و اثربخشی تفاوتی وجود دارد یا خیر و در صورت وجود اختلاف، کدام‌یک بر دیگری ارجحیت دارد که در جای خویش در حوزه زبان‌شناسی محل بحث است، لازم است در مباحثی مانند موضوع این مطالعه به‌ویژه با توجه به حساسیت و اینکه نکاح در میان همه انسان‌ها بوده و هست و از این‌رو توقیفی نیست، موضوع از زوایای گوناگون مورد مذاقه قرار گرفته و مستندات مورد نیاز ارائه شده است. به بیان دیگر، نمی‌توان به‌سهولت یکی را برتر از دیگری دانست یا اینکه جوازی قطعی بر اعتبار گفتار (لفظ) یا نوشتار (کتابت) صادر کرد مگر اینکه صدور چنین جوازی مستفاد از ادله و براهین عقلی، فقهی و علمی لازم باشد.

۱. پیشینه پژوهش

مروری بر مطالعات صورت‌گرفته نشان می‌دهد که برخی تحقیقات بر وجوب لفظ در

تحقق ایجاب و قبول عقد نکاح تأکید داشته‌اند. آقای بجستانی و همکاران (۱۳۹۸) در تحقیقی ضمن بررسی مبانی فقهی نکاح معاطاتی، بر قول مشهور بر عدم صحت چنین عقدی تأکید داشته‌اند، لفظ را در تحقق ایجاب و قبول بنا به قول مشهور لازم می‌دانند. میردآشی و ستوده (۱۳۹۱) نیز در کاوشی فقهی-حقوقی در خصوص نکاح معاطاتی، بر قطعیت بطلان این نکاح تأکید کرده‌اند و ایجاب و قبول لفظی در عقد نکاح را از شروط صحت آن می‌دانند. از سوی دیگر، حسینی حائری (۱۳۹۰) با بررسی ادله قرآنی و روایی به این نتیجه رسید که هیچ دلیلی بر صحت معاطات در نکاح وجود ندارد و عقد لفظی در نکاح ضروری است.

در مقابل، افشاری و اسدی (۱۳۹۴) دلیلی بر انحصار اعلام اراده از طریق لفظ ندانسته و نتیجه‌گیری کرده‌اند که غیر از لفظ، ابزارهای دیگر ابراز اراده مانند کتابت یا افعالی که دلالت بر قصد نکاح کند، منجر به تشکیل عقد نکاح می‌شود. همچنین، نتایج پژوهش سیدی بنابی و نظری احمدآباد (۱۳۹۰) نیز بیان می‌کند که وجود صیغه در نکاح برای رعایت غایت و نهایت احتیاط است. براین اساس، در نکاح معاطاتی، شیوه‌های مختلف نوشتاری قابل دفاع است و می‌تواند جایگزینی برای عقد لفظی شود و منشأ اثر باشد.

۲. مفهوم‌شناسی مصطلحات

۲-۱. معاطات

معاطات در لغت به معنای بخشش و دهش (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص. ۶۹) و در اصطلاح بدین معناست که هریک از دو نفر چیزی را به دیگری در عوض آنچه از او گرفته است، پرداخت کند (انصاری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۲). به لحاظ مفهومی، نگارنده محترم مقاله مورد نقد در این تحقیق، در بیان مفهوم معاطات درمجموع، پنج تعریف از معاطات و بیع معاطاتی از منظر فقها ارائه کرده‌اند که درباره دومین تعریف با عنوان «معامله بدون عقد مخصوص» (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، صص. ۲۰۲-۲۰۱)، می‌توان گفت که به فرض پذیرش «عقد مخصوص» به‌عنوان «ایجاب و قبول به الفاظ خاص» نیز نویسنده محترم بر اساس نص این تعریف باید چنین نتیجه‌گیری می‌کرد که «معاطات یعنی هریک از متبایعان با توافق بر معامله، مالی را که اراده کرده، عوض آنچه قبض

کرده است به طرف مقابل اعطا کند بدون اینکه ایجاب و قبول به الفاظ خاص جاری شود» نه اینکه استنباط کنند که «... مطابق این تعریف، حتی ایجاب و قبول لفظی نیز کفایت نمی‌کند و باید به الفاظ خاص تکلم شود»؛ ضمن اینکه نتیجه‌گیری نویسنده محترم مبنی بر اینکه اگر ایجاب و قبول به الفاظ فارسی بیان شود، معامله صورت گرفته معاطات خواهد بود نیز از فحوای تعریف ارائه‌شده قابل برداشت نیست.

پرسشی که در اینجا پیش می‌آید، این است که آیا معاطات تنها در صورت نبود عقد محقق می‌شود یا اینکه چنانچه الفاظ عقد نیز ناقص باشد، معاطات شمرده می‌شود؟ به بیان دیگر، اگر عقدی با صیغه فاقد «لبعض الشرائط»، در معامله بین دو نفر منعقد شود، آیا این عقد عنوان معاطات دارد یا خیر؛ یعنی در صورتی که طرفین بخواهند انشای معامله را با همین الفاظی که فاقد شرایط است، انجام دهند و در قبض و اقباض قصد انشا نکنند، بلکه قصد انشا را تنها با همین الفاظ «غیر جامعۀ للشرایط» داشته باشند، آیا معاطات محقق می‌شود یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که مرحوم شیخ انصاری در اینجا سه نظریه بین فقها را شامل «مطلقاً معاطات است»، «معاطات است به شرط تحقق قبض؛ بدین معنا که اگر در عالم خارج، قبض تحقق پیدا کرد این الفاظ می‌شود معاطات والا کالعدم است» و «معاطات نیست مطلقاً؛ چه قبض تحقق پیدا کند، چه تحقق پیدا نکند» (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ج ۳، ص. ۱۰۷) بیان می‌کند. در میان فقهای عظام، مرحوم محقق کرکی در کتاب صیغ/العقود (کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۷۸) و شهید ثانی در کتاب الروضه البهیة (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۲۴) معتقدند که عقد قولی غیرواجد لشرایط، معاطات است. براین اساس، معاطات تنها مشروط به نبود عقد نیست، بلکه چنانچه الفاظ عقد نیز ناقص باشد، معاطات شمرده می‌شود.

۲-۲. حرج و قاعده لاحرج

از دیدگاه ابن اثیر جزری، حرج در اصل، ضیق است و بر گناه و حرام واقع می‌شود (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷ق، ج ۱، ص. ۳۶۱). از اصل لغت حرج و حراج، همچنین به اجتماع دو شیء به گونه‌ای که از جمع شدن آنها کنار هم، تصور تنگی و ضیق بین آن دو شیء شود، تعبیر شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۲۶). براین اساس، به ضیق و سختی، حرج و به گناه نیز حرج اطلاق می‌شود. برخی فقها معتقدند که مقصود از حرجی

که در قاعده لاحرج مورد بحث است، آن حرجی است که تحمل آن عادتاً مشقت داشته باشد نه صرف حرج و مطلق سختی ولو قابل تحمل باشد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۷۳). از منظر ابن منظور، حرج، «اضیق الضیق» یعنی ضیق شدید و جدی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۸۸). برای مثال، اگر خرید آب وضو یا غسل برای کسی ضرر مالی ایجاد کند؛ به طوری که قیمت آب چندین برابر قیمت واقعی باشد، خریدن آب وضو واجب نیست و ضرر مالی در صورتی که مستلزم تحمل حرج باشد، متفی است (انصاری، ۱۴۱۵ق الف، ج ۵، ص. ۱۷۱)؛ البته در اینجا، حرج در صورتی است که طرف کم پول یا مسکین باشد، اما اگر پول داشته باشد حرجی در کار نیست. امام خمینی (رحمت الله علیه) در این باب می فرماید «دیگر از مواردی که باید تیمم کند، جایی است که پیدا کردن آب مشقت زیادی دارد و عادتاً تحمل آن دشوار است. برای مثال، اگر گرفتن آب احتیاج به زیر بار منت کسی رفتن که عادتاً دشوار است، داشته باشد، لازم نیست تهیه آب. همچنین، اگر تهیه آب وابسته به دادن مال زیادی است که به حال او ضرر دارد، لازم نیست، اما اگر پرداختن چند برابر قیمت آب به حال او ضرری ندارد، باید آب تهیه کند و تیمم کفایت نمی کند» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ص. ۵۹).

برخی فقها، عسر و حرج را مقید به قیودی مانند «شدید» یا «فاحش» یا «عادتاً تحمل نشود» کرده اند. صاحب جواهر پس از نقل گفتار عده ای از بزرگان در مسئله ای از مسائل تیمم می فرماید «اقوی این است که باید اکتفا شود بر حد و اندازه ای از عسر و حرج شدید که تحمل آن عادتاً بر مکلف سخت و دشوار باشد» (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۱۰۳). به بیان دیگر، منظور از حرج از منظر این فقها، مطلق ضیق است نه اضیق الضیق؛ هر چند برخی فقها منظور از قاعده لاحرج را رفع تکالیفی می دانند که دارای مشقت و دشواری شدید باشد و عادتاً قابل تحمل نباشد؛ ضمن اینکه منظور از فعل حرجی، آن عمل مشقت زایی است که اولاً، از حد توان مکلف خارج نباشد. ثانیاً، موجب اختلال نظام نشود. ثالثاً، موجب وارد آمدن ضرر بدنی و مالی نشود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۱۶۰).

از سوی دیگر، حکم حرجی بر دو نوع است. گاه در اصل انشای حکم، حرج است و گاه در مصداق حکم. در پاره ای موارد در اصل انشای حکم (منظور اعتباری است که شارع بر ذمه مکلف قرار می دهد و ذمه او مشغول یا متوجه تکلیفی می شود) حرج

وجود دارد. مواردی نیز وجود دارد که اصل حکم، حرجی نیست، اما بعضی از مصداق‌های آن حرجی است. آیه شریفه «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» بیان می‌کند که شارع به‌طور کلی، حکم حرجی در دین را برداشته است؛ چه آنکه خود حکم موجب تحقق حرج شود و چه آنکه امتثال بعضی از مصداق‌های حکم، حرجی باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۳۹).

۲-۳. نکاح معاطاتی

در بیان فقها، دو معنا برای نکاح معاطاتی بیان شده است. برخی فقها، نکاح معاطاتی را به معنای انشای عقد نکاح با لفظ غیرعربی دانسته‌اند. از سوی دیگر، اغلب فقها مفهوم نکاح معاطاتی را شامل انشای عقد نکاح به هر طریقی که نشان‌دهنده قصد انشای طرفین باشد، می‌دانند. بدین معنا که نکاح معاطاتی نکاحی است که در آن با افعالی با هدف زوجیت، قصد انشا شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸۸). برخی دیگر نکاح معاطاتی را نکاحی می‌دانند که تنها به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده می‌شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۶). گفتنی است منظور نویسنده محترم مقاله مورد نقد از نکاح معاطاتی، نکاح بدون صیغه (لفظ) است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۲۰۵).

۳. ادله نافی تشابه اثر مکتوب و ملفوظ در انشای عقد نکاح

۳-۱. ادله فقهی وجوب انشای عقد نکاح با لفظ

برای وجوب انشای عقد نکاح با لفظ و بطلان نکاح معاطاتی در بیان فقهای متقدم و متأخر، ادله‌ای بیان شده است که به‌اختصار بیان می‌شود.

الف. معاطات این است که بالفعل قصد زوجیت کند برای مدت معین یا به‌صورت دائم درحالی‌که زانی و زانیه قصد زوجیت نمی‌کنند. اینکه در نکاح، لفظ معتبر است، برای اجماعی است که ادعا شده و برای احتیاطی است که در نکاح است نه برای اینکه نکاح معاطاتی زناست. مشهور این است که انشای لفظی در ایجاب و قبول در نکاح لازم است، بلکه اجماعی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، صص. ۷۵ و ۸۸).

ب. اگر الفاظ نباشد، لابد تراضی قلبی است و تراضی قلبی انشا نیست درحالی که عقود نیاز به انشا دارند و انشا هم باید یا با کتابت یا با لفظ یا با علم یا با اشاره باشد. درست است که اطلاعات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد معاطاتی هم می‌شود، اما جلوی این مسئله را سیره مسلمانان می‌گیرد؛ یعنی از زمان پیغمبر (صلی‌الله علیه و آله) به این سو، نکاح معاطاتی در میان مسلمانان نداریم. پس معاطات را هم به دلیل مخالفت با سیره و هم به دلیل مخالفت با اجماع کنار می‌گذاریم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۸۹).

ج. فقهای اسلام همه اتفاق نظر دارند که در عقد نکاح نه تنها وقوع ایجاب و قبول لفظی لازم و ضروری است، بلکه بدون آن، رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. بر این مطلب، اجماع مستقر است و فقها به اتفاق بر بطلان نکاح معاطاتی (یعنی تنها به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد) نظر داده‌اند و اصولاً یکی از تفاوت‌های نکاح با زناپی که به تراضی انجام شود، همین نکته است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۶). به عبارت دیگر، از منظر مشهور فقها، نکاح معاطاتی صحیح نیست. برای مثال، از منظر صاحب کتاب غایه‌الامال، معاطات در نکاح جریان ندارد (مامقانی، ۱۳۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۰۲). از منظر علامه حلی، عقد نکاح با لفظی غیر از «زَوَّجْتُکَ وَ نَكَحْتُکَ» منعقد نمی‌شود. به عبارت دیگر، بنا به نص قرآن کریم، تنها صیغه نکاح و تزویج برای ایجاب عقد نکاح از سوی شارع مقدس قرار داده شده است و در این موضوع، اختلافی میان علمای اسلام نیست (حلی (علامه)، بی‌تا، ص. ۵۸۱). همچنین، از منظر صاحب ریاض، مقصود از صیغه‌ای که در عقد نکاح مورد اجماع علمای اسلام است، همان ایجاب و قبول لفظی است؛ زیرا به نظر ایشان در عقد نکاح، نطق به یکی از الفاظ سه‌گانه، شرط صحت است (طباطبایی حائری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۶۸). از منظر شیخ طوسی نیز تنها با الفاظ خاص ایجاب و قبول، نکاح منعقد می‌شود؛ البته به نظر ایشان، استفاده از لفظ تزویج به زبان فارسی در مواردی صحیح است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۱۹۳). در دیدگاه محقق حلی نیز ایجاب و قبول با لفظ صریح لازم است. همچنین، ایشان ماضی بودن لفظ را نیز شرط

دانسته‌اند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۱۷).

د. از منظر صاحب جواهر عقد نکاح مانند دیگر عقود لازم، نیاز به ایجاب و قبول لفظی دارد؛ ایجاب و قبولی که دال بر قصد رافع احتمال یا قصد تفضیلی باشد (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۵، ص. ۱۰۲). به عبارت دیگر، عقد نکاح از عقود لازمه است. فقها در عقود لازمه محدودیتی قائل شده و گفته‌اند که باید با الفاظ و صیغه‌های خاصی که از جانب شارع مقدس رسیده است، انجام شود. برخلاف عقود جایز که در آن‌ها محدودیتی نیست و می‌توان با هر لفظی که رساننده مدلول عقد باشد، آن‌ها را واقع ساخت، گرچه از جانب شارع مقدس نرسیده باشد. از این رو در نکاح نیز گفته‌اند که باید با صیغه‌های خاصی این عقد انجام گیرد (قاروبی، ۱۳۹۵، ج ۲۶، ص. ۱۷۸).

ر. عمده دلیل در بحث لزوم انعقاد عقد نکاح با انشای لفظ، «تسلم بین المسلمین من الامامیه و العامه» است که همه اعتبار لفظ را مفروغ‌عنه گرفته و سراغ شرایط صیغه رفته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۹، ص. ۳۱۱).

۲-۳. ادله عرفی انشای عقد نکاح با لفظ به دلیل حرجی نبودن آن

عرف همیشه به عنوان یکی از طرق و ابزار شناخت احکام مورد توجه بوده است. عرف در مسئله نکاح نقش اساسی دارد؛ زیرا عرف جامعه است که خانواده و نکاح عنصر اصلی آن است (احمدوند و کرمی، ۱۳۹۹، ص. ۲۹۵). بر این اساس، عده دیگری از فقها، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج را عرف می‌دانند که مطابق آن، هر کاری که به صورت متعارف موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۸۱). علامه طباطبایی عرف را سنت‌ها و سیره‌های خوب و زیبایی می‌دانند که در بین عقلا متداول است (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۸، ص. ۳۹۷). عرف همچنین، هر چیز (راه و روشی) است که عقل یا شرع آن را نیکو داند و نزد عقلا زشت و ناپسند نباشد (ملک‌زاده و احمدلو، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۲). شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) نیز عرف را به پیوستگی بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک فعل و جریان الزامی یک رفتار یا سلوک برجسته در میان افراد جامعه تعریف فرموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۸۶).

اکنون پرسش اینجاست که آیا عرف، مصداق حرجی بودن یا نبودن لفظ در ابراز

قصد باطنی و انشای عقد نکاح را تشخیص می‌دهد یا خیر؟ بر اساس تعاریف ارائه‌شده از عرف و شروط لازم در باب استناد به عرف به‌عنوان منبع فقهی و حقوقی از منظر حقوقی و فقه امامیه، به نظر می‌رسد که حرجی نبودن لفظ در ابراز قصد باطنی و انشای عقد نکاح به لحاظ عرف نیز قابل اثبات باشد؛ زیرا به‌کارگیری لفظ در ابراز قصد باطنی و انشای عقد نکاح دارای قدمتی از صدر اسلام تاکنون آن هم به‌صورت مستمر بوده و اعتقاد عمومی جامعه هم بر حرجی نبودن این موضوع است. گواه این مدعا هم نبود هیچ‌گونه شکایت، مطلب یا گزارش مستندی مبنی بر وجود مشقت در بیان لفظ در انشای عقد نکاح به‌استثنای افراد ناتوان در سخن گفتن است؛ ضمن اینکه کاربرد لفظ در ابراز قصد باطنی و انشای عقد نکاح، ویژگی‌های مدنظر فقه امامیه در پذیرش به‌عنوان عرف را نیز دارد. درنهایت، با توجه به آنچه در باب تقدم لفظ بر کتابت از حیث سهولت در ادامه بیان می‌شود و نیز بنا بر حکم عقل و عرف به سهولت لفظ نسبت به کتابت، انشای عقد نکاح توسط لفظ شامل هیچ‌یک از مراتب حرج نیست و از این رو مشمول قاعده لاجرح نمی‌شود.

۳-۳. ادله تاریخی اعتبار و اهمیت لفظ در انشای عقد نکاح

نگارنده محترم در تبیین امکان جایگزینی کتابت با لفظ در انشای عقد نکاح، به بی‌اعتباری کتابت در مقایسه با لفظ در صدر اسلام اشاره و بر این موضوع تأکید کرده‌اند که دلیلی وجود ندارد که با رواج کتابت و اعتماد به آن در عقود مهم، ایجاب و قبول مکتوب در نکاح باطل باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۵)، اما یافته‌های این پژوهش گواه از اعتبار کتابت در صدر اسلام است که در ادامه، به برخی از شواهد آن اشاره خواهد شد.

از آنجاکه جاهلیت، اصطلاحی قرآنی و دینی است و اشاره به نوعی از ویژگی‌های اخلاقی و اعتقادی در تاریخ پیش از اسلام عربستان دارد، برخی مورخان و پژوهشگران، این واژه را برای جامعه عربستان پیش از اسلام به کار می‌بردند. جاهلیت به معنای نادانی و بی‌دانشی نیست، بلکه به این معناست که مردم پیش از اسلام، از مکارم اخلاقی بهره‌ای کامل نداشتند و زندگی آن‌ها در بت‌پرستی، جنگ‌های قبیله‌ای، تکبر و تفاخر، خرافه‌گویی و مانند آن‌ها خلاصه می‌شد (گراوند،

۱۳۹۰، ص. ۲۶). در اینجا لازم است به این نکته اشاره شود که عرب، حظ وافری از علوم و معارف عصر خود داشت و ادب آن‌ها، برترین آداب در روزگار خودشان بود (فروخ، ۱۹۸۴م، ج ۱، ص. ۲۶).

مفسران و مورخان اتفاق نظر دارند که در عصر نزول وحی، بلاغت و فصاحت در جزیره العرب و به خصوص مکه و حومه آن در اوج بوده است. همین سابقه ادبی، زبان عرب را به اوج فصاحت و بلاغت رسانده و فهم و درک عرب را برای نیل به عالی‌ترین معارف الهی صیقل داده و مهیا ساخته بود. اینکه قرآن در حد اعلای بلاغت قرار دارد حاکی است که طرف خطاب آن، مردمی سخن‌سنج و نکته‌دان بودند و از این رو تحت تأثیر و جذبه خاص قرآن قرار می‌گرفتند. از دلایلی هم که مشرکان به قرآن نسبت شعر می‌دادند، اثر عمیقی بود که این کلام در جان مردم می‌نهاد (گراوند، ۱۳۹۰، ص. ۳۷). همچنین، اعراب در دوران پیش از اسلام باید دست‌کم از پیش‌زمینه‌های والای اخلاقی و علمی برخوردار بوده باشند که با ظهور اسلام در مدت زمان کوتاه بتوانند خود را تا حد بزرگ‌ترین ابرقدرت دنیا ارتقا دهند (محمودیان، ۱۴۰۰، ص. ۱۳). افزون‌بر این‌ها، معجزه هر پیامبر، نمادی از وضعیت جامعه زمان اوست و ارتباط بین اثر هنری بدیع و مخاطب، یک اصل است و تحدی و هم‌اوردطلبی قرآن از مخاطبان‌ش، نشان از سطح بالای ادبی و فکری قوم عرب دارد (ظرافت‌کار، ۱۳۸۱، صص. ۲۳۵-۲۳۴).

نگاه به تاریخ اسلام نیز نشان می‌دهد که کتاب و کتابخانه، سنگ زیربنای فرهنگ و تمدن اسلامی بوده است. با طلوع خورشید اسلام در سرزمین حجاز، قرآن مجید بر پیامبر عظیم‌الشأن اسلام نازل شد و نخستین پیام آن که سرآغاز وحی بود، امر به خواندن و نوشتن بود؛ ضمن اینکه اعراب دوره پیش از اسلام، در داخل و خارج از مکه از وسایل مختلفی برای نگارش استفاده می‌کردند. معمولی‌ترین این وسایل شامل پوست، لوحه‌های سنگی، برگ خرما، کاغذ و پاپیروس و نیز لوحه‌های استخوانی بود که از حیواناتی مانند گوسفند و شتر به دست می‌آمد (قلندریان، ۱۳۷۷، صص. ۳ و ۵).

در اوایل اسلام، کتاب‌ها به صورت اوراق جدا از هم یا به صورت نامه‌ها و اسناد بود

و برای همه این واقعیت مسلم است که پیامبر و پیروان او از وجود کتاب کاملاً آگاهی داشتند. افزون‌براین، ظاهراً مسلمانان دریافته بودند که معنی اصلی کتاب همان معنی رایج آن یعنی مجموعه‌ای از نوشته‌های نسبتاً طولانی روی اوراق است. این دیدگاه با اعتقاد قوی مسلمانان مبنی بر اینکه قرآن و کتاب‌های مقدس پیش از آن، کتاب یا وحی الهی هستند که مؤلفان معمولی با هدف کاملاً معینی آن‌ها را جمع‌آوری می‌کنند، سازگاری دارد (سباعی، ۱۳۷۴، ص. ۷۰). در تاریخ آمده است که مقارن ظهور اسلام، ۱۷ نفر از مردان قریش و ۲ نفر زن از همان قبیله که یکی «حفصه» دختر عمو و همسر پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) بود، با خواندن و نوشتن آشنا بودند. در مدینه نیز قوم یهود، خط‌نویسی را پدید آورده بود. پس از گسترش اسلام با تشویق پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله)، دامنه آموزش خط در میان اصحاب توسعه یافت و تعداد زیادی از مسلمانان صدر اسلام با خط نوشتن آشنا شدند. جمعی از این افراد، وحی‌نویسان یا نامه‌نگاران پیامبر بودند (مدیرشانه‌چی، ۱۳۷۴، ص. ۶۶). همچنین، در بیان اهمیت کتابت در صدر اسلام می‌توان به آیه سوره مبارکه مائده «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أُوفُوا بِالْعُقُودِ...» اشاره کرد. از آنجاکه در ابواب معاملات، اساس، بنای عقلاست و کتابت به‌عنوان انشای عقد، در بین عقلا (سابقاً بوده و الان نیز بیشتر شده است) متعارف بوده است، از این رو کتابت شامل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در این آیه شریفه می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۹۱)؛ ضمن اینکه افزون‌بر انشای عقد، کتابت در مکتوب کردن قول نیز کاربرد داشته است.

امام صادق (علیه‌السلام) در این زمینه می‌فرماید «مَنْ اللَّهُ عَلَى النَّاسِ بِهِمْ وَ فَاجِرُهُمْ بِالْكِتَابِ وَ الْحِسَابِ وَ لَوْلَا ذَلِكَ لَتَغَالَطُوا»؛ خداوند بر مردم اعم از نیکان و بدان به وسیله نوشتن و حساب منت گذاشته است و اگر کتاب و کتابت نبود، مردم به غلط می‌افتادند» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص. ۳۲۸). ایشان همچنین، در حدیث دیگری در وصف اهمیت کتابت می‌فرمایند «وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ الَّتِي بِهَا تُقَيَّدُ أَخْبَارُ الْمَاضِينَ لِلْبَاقِينَ وَ أَخْبَارُ الْبَاقِينَ لِلْآتِينَ وَ بِهَا تُخْلَدُ الْكُتُبُ فِي الْعُلُومِ وَ الْأَدَابِ وَ غَيْرِهَا وَ بِهَا يَحْفَظُ الْإِنْسَانُ ذِكْرَ مَا يَجْرَى بَيْنَهُ وَ بَيْنَ غَيْرِهِ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ وَ الْحِسَابِ، وَ لَوْلَاهُ لَانْقَطَعَ أَخْبَارُ بَعْضِ الْأَزْمِنَةِ عَنْ بَعْضٍ وَ أَخْبَارُ الْغَائِبِينَ عَنْ أَوْطَانِهِمْ، وَ دَرَسَتْ

الْعُلُومَ وَ ضَاعَتِ الْآدَابُ، وَ عَظُمَ مَا يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ مِنَ الْخَلَلِ فِي أُمُورِهِمْ وَ مُعَامَلَاتِهِمْ وَلَا يَحْتَاجُونَ إِلَى النَّظَرِ فِيهِ مِنْ أَمْرِ دِينِهِمْ وَ مَا رُوِيَ لَهُمْ مِمَّا لَا يَسَعُهُمْ جَهْلُهُ؛ همچنین (یکی دیگر از نعمت‌های الهی) کتابت و نوشتن است که به وسیله آن اخبار گذشتگان برای موجودین و اخبار موجودین برای آیندگان نگهداری می‌شود و نیز به وسیله آن، کتاب‌ها در علوم و آداب مختلف جاویدان می‌شود و نیز از طریق آن، قراردادها و معاملات و حساب‌هایی که میان انسان و دیگران است، حفظ می‌شود و اگر کتابت نبود، رابطه خبری بعضی از زمان‌ها از بعضی دیگر قطع می‌شد و نیز پیوند کسانی که در وطن خود نبودند، از هموطنانشان بریده می‌شد، علوم و دانش‌ها از بین می‌رفت، آداب و رسوم و سنت‌ها ضایع می‌شد و در امور مردم و معاملات و آنچه از امر دین نیاز به آن داشتند و روایاتی که برای آن‌ها بیان می‌شد و آگاهی بر آن لازم بود، اختلال شدید ظاهر می‌شد» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، صص. ۲۵۹-۲۵۸؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۳، ص. ۲۳۰).

این همه نشان می‌دهد که برخلاف نظر نگارنده محترم، تأکید بر لفظ در صدر اسلام به دلیل بی‌اعتباری کتابت نبوده است، بلکه از اهمیت لفظ در انشای عقد نکاح حکایت دارد؛ زیرا مستندات ارائه شده در بالا همگی نشان می‌دهند که در صدر اسلام، کتابت به اندازه کافی و وافی دارای اعتبار بوده است.

۴. جایگاه لفظ و کتابت در انشای عقد نکاح در قانون مدنی ایران

ازدواج در دین مبین اسلام، پیمانی مقدس و دارای جایگاهی رفیع است و به تبع این اهمیت، اسلام برای تحقق صحیح این پیمان، شرایط و ضوابط خاصی را مقرر داشته که رعایت دقیق آنها برای ایجاد یک پیوند مشروع و دارای آثار حقوقی، الزامی است. در این بین، نحوه ابراز قصد ایجاب و قبول در عقد نکاح از طریق لفظ یا کتابت، به عنوان یکی از مسائل چالش برانگیز در بین فقها و حقوق دانان می‌باشد. بر این اساس، در ادامه، به این امر در قانون مدنی ایران پرداخته می‌شود.

۴-۱. جایگاه قصد در انعقاد عقود در قانون مدنی

ماده ۱۹۱ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به جایگاه قصد در انعقاد عقد

می‌پردازد. این ماده تأکید می‌کند که «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید». مطابق این ماده، صرف توافق و اراده دو طرف بر انجام امری و رضایت به انشاء آن، سبب وقوع عقد نمی‌شود و برای انعقاد عقد، قصد انشاء باید مقرون به چیزی باشد که دلالت بر آن قصد کند. بر این اساس، در چنین عقدی که به آن، عقد رضایی می‌گویند، آن چه که مهم است، رضا و قصد طرفین است و نحوه ابراز آن، طریقت دارد. در برابر عقد رضایی، عقد عینی، عقدی است که علاوه بر ایجاب و قبول، نیازمند قبض نیز هست مثل عقد موجد حق انتفاع (ماده ۴۷ قانون مدنی)، وقف (ماده ۵۹ قانون مدنی) و رهن (ماده ۷۷۲ قانون مدنی). لذا، مستفاد از صدر ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اصل بر رضایی بودن عقود است (بیات، ۱۳۹۹، ص. ۱۲۷-۱۲۸). این بدان معناست که ابراز اراده، چه از طریق لفظ، چه اشاره و چه حتی سکوت در شرایط خاص، می‌تواند منجر به انعقاد عقد شود.

با این حال، قانونگذار در برخی موارد استثنایی، رعایت تشریفات خاصی را برای تحقق عقد لازم دانسته است. عقد نکاح یکی از این موارد است. طبق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، نکاح، تنها با ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید، واقع می‌شود. این ماده، با تأکید بر لزوم استفاده از الفاظ صریح، بر تشریفات بودن عقد نکاح دلالت دارد. اگرچه برخی حقوقدانان معتقدند که استفاده از لفظ، صرفاً یکی از راه‌های ابراز اراده است و اصل بر رضایی بودن عقد نکاح بوده و الفاظ، موضوعیت ندارند، اما قانون مدنی فعلی، با تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، لفظ را به عنوان ابزار اصلی و منحصر به فرد اعلام اراده در عقد نکاح پذیرفته است (روشن و ملازاده نوران، ۱۴۰۳، ص. ۹۰).

۴-۲. جایگاه کتابت در انشاء عقود در قانون مدنی

در سال‌های اخیر، با پیشرفت فناوری و تغییر سبک زندگی، جایگاه نوشتار به عنوان ابزاری برای ابراز اراده، ارتقاء یافته است. برخی حقوقدانان معتقدند که در گذشته، به دلیل محدودیت دسترسی به سواد و دشواری نگارش، لفظ، اولویت داشته است، اما امروزه، با افزایش شمار افراد باسواد و رواج گسترده نوشتار، این ابزار از استحکام و

اطمینان بیشتری نسبت به الفاظ برخوردار است و امروزه، نوشته نسبت به لفظ در بیان اراده، محکم‌تر بوده و از استواری بیشتری برخوردار است تا جایی که قانون‌گذار، برای اسناد، نسبت به اظهارات شفاهی، ارزش بیشتری قائل شده است و در واقع، جانشینی کتابت بر لفظ مطابق با مقتضیات زمان و قوانین جدید است (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۴۶-۴۷).

اگرچه قانون مدنی در خصوص کتابت در انشاء عقود، صراحت ندارد ولی می‌توان از اطلاق ماده ۱۸۳ قانون مدنی که بیان می‌کند «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد» و مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ قانون مدنی استظهار نمود که عقد به وسیله کتابت هم صحیح است چرا که ماده ۱۹۱ قانون مدنی بیان می‌کند که «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید» و ماده ۱۹۳ این قانون تصریح می‌کند که «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». پس می‌توان از مجموع مواد فوق الذکر چنین استنباط نمود که انشاء معامله به هر وسیله‌ای که ابراز شود، صحیح بوده و موجب ترتیب اثر می‌باشد و عقد، اعم از این که به وسیله لفظ صورت بگیرد یا به وسیله کتابت، تحقق می‌یابد، چون عقد به معنای تعهد، و تطابق دو اراده می‌باشد و لفظ و کتابت مبرز آن می‌باشد. پس اشکالی در تحقق عقد و ابرام آن به وسیله کتابت به نظر نمی‌رسد (محمودی دشتی، ۱۳۷۳، ص. ۲۲۶-۲۲۷).

۴-۳. صراحت قانون مدنی در زمینه سببیت الفاظ در انعقاد عقد نکاح

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در زمینه سببیت الفاظ در انعقاد عقد نکاح، صراحت دارد. مطابق ماده ۱۰۶۲ این قانون، «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». بر این اساس، به لحاظ حقوقی، باید صیغه عقد ازدواج بیان شود و ایجاب و قبول باید لفظی باشد. از سوی دیگر، در حالی که ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی بر لزوم الفاظ صریح تأکید دارد، ماده ۱۰۶۶ این قانون تصریح می‌کند که «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال

باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشای عقد باشد». بر این اساس، این ماده قانون مدنی، در حالت عجز از تلفظ، اشاره را نیز کافی دانسته است.

با این وجود، قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار تمایز قائل شده است (افشاری و اسدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۸) و طبق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، ایجاب و قبول لفظی را ضروری دانسته و بنابراین، صرف پیش‌بینی نکاح در ضمن عقد، بدون تحقق ایجاب و قبول لفظی مذکور، موجب تحقق رابطه زوجیت نمی‌شود (علمی کنکلو و همکاران، ۱۴۰۳، ص. ۳۶). بر این اساس، بر خلاف برخی دیگر از عقود که در آنها ممکن است اعلام اراده به روش‌های مختلف از جمله کتابت تحقق یابد، استفاده از کتابت به عنوان جایگزین الفاظ در انعقاد عقد نکاح، مورد پذیرش قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نمی‌باشد.

۴-۴. سکوت قانون مدنی در زمینه انعقاد عقد نکاح از طریق کتابت

در نظام حقوقی ایران، اصطلاح «سکوت قانون»، به معنی فقدان قانون صریح نسبت به موضوع یا موضوعات معین است. این سکوت گاهی ناشی از اراده خود قانون‌گذار است و مشابه آن در متون فقهی با عبارت «ما لا نص فیهِ» مطرح شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص. ۵۹۸ و ۵۲۳). در نظام حقوقی ایران، معاطات به طور کلی در معاملات پذیرفته شده است، ماده ۳۳۹ قانون مدنی در مورد بیع، به امکان وقوع آن از طریق داد و ستد اشاره دارد که ناظر به معاطات است. قانون تجارت الکترونیک نیز، ایجاب و قبول به شیوه الکترونیکی را می‌پذیرد و شرط لفظی بودن را رد می‌کند. در این بین، موارد استثنا شده از معاطات شامل وقف (ماده ۵۶) و عقد نکاح است.

در نهایت، حتی با در نظر گرفتن اصل رضایی بودن قراردادها و امکان پذیرش معاطات در برخی عقود، و همچنین استنباط امکان استفاده از کتابت در حالت عجز از تلفظ، سکوت قانون‌گذار در خصوص کتابت در عقد نکاح، به معنای جواز انعقاد آن با کتابت نیست، بلکه به دلیل صراحت ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، انعقاد عقد نکاح منحصر به الفاظ است.

۵. ادله تقدم لفظ بر کتابت در انشای عقد نکاح

در بخش قبلی، ادله نافی تشابه اثر مکتوب و ملفوظ در انشای عقد نکاح مطرح شد، اما در اینجا ادله‌ای ارائه خواهد شد که مبین آن است که لفظ بر کتابت در انشای عقد نکاح می‌تواند تقدم داشته باشد. به‌طور کلی، گفته می‌شود که نوشتار همزاد نادیده گرفته‌شده گفتار است (Van De Water et al, 1987, p. 99). در تاریخ طبیعی بشر، هیچ مدرک و سندی دال بر وجود نظام نوشتاری از هر نوعی، پیش از ۳۵۰۰ سال قبل از میلاد وجود ندارد درحالی‌که فرض بر این است که زبان گفتاری بسیار پیش از آن وجود داشته است (Leech et al, 1985, p. 38). در طول تاریخ و در بسیاری از فرهنگ‌ها، گفتار جایگاهی بالاتر از نوشتار داشته است. داستان‌ها، فرهنگ، آداب و رسوم، پیشرفت‌های فناوری و قوانین، پیش از به وجود آمدن شکل مکتوب، از طریق سنت شفاهی منتقل می‌شدند. بنابراین، زبان گفتاری توسط بسیاری به‌عنوان شکل اولیه زبان در نظر گرفته می‌شود (Anderson, 2018, p. 97). همین موضوع سبب شده است که برخی از محققان مانند «کوک» مدعی شوند که «زبان نوشتاری به‌خودی‌خود وجود ندارد، بلکه سایه‌ای است که از گفتار افکنده شده است» (Cook, 2004, p. 31).

زبان گفتار معمول و مرسوم، عموماً برنامه‌ریزی‌نشده، غیررسمی و برای تعداد محدودی از شنوندگان است که عموماً با گوینده آشنا هستند و با آن تعامل دارند و اغلب با بازخورد آنی کلامی یا غیرکلامی همراه است. در مقابل، متون نوشتاری، به‌خوبی برنامه‌ریزی شده‌اند و نویسندگان آن‌ها قادرند که متون خود را به‌گونه‌ای صیقل دهند که در آن‌ها، استانداردهای ارتباطی، زیبایی‌شناختی و رسمی رعایت شود. خوانندگان بالقوه یک متن، عموماً در طول زمان نگارش متن، حضور ندارند و حتی ممکن است نویسنده آن متن را نشناسد. در مقایسه‌ای ساده، صحبت کردن بیشتر در مورد تجربیات شخصی است درحالی‌که نگارش، معمولاً اطلاعات توصیفی و توضیحات کلی‌تری را به مخاطب خود منتقل می‌کند. موضوع اساسی در مقایسه نوشتار و گفتار، مشکل تفکیک عوامل متعددی است که تفاوت‌های بین زبان گفتاری و نوشتاری را رمزگشایی می‌کنند (Redeker, 1984, p. 43)، اما چنان‌که الساوی بیان می‌کند، هیچ توافق قطعی در مورد ماهیت تفاوت‌ها یا

شباهت‌های بین دو شکل ارتباط گفتاری و نوشتاری وجود ندارد و به نظر می‌رسد که گفتار و نوشتار هر دو به یک اندازه مهم، سازنده و مستقل هستند و این شرایط است که تعیین می‌کند که در هر موقعیتی، از کدام رسانه ارتباطی استفاده شود (Alsaawi, 2019, p. 198). براین اساس، بیان ادله زیر در بیان تقدم لفظ (گفتار) بر کتابت (نوشتار)، تنها در مورد موضوع این تحقیق است و به هیچ وجه به معنای تقدم قطعی گفتار بر نوشتار نیست و چه بسا ممکن است که نگارندگان در تحقیقی با موضوعی دیگر، ادله دیگری این بار در باب تقدم کتابت بر لفظ به اقتضای موضوع مورد بررسی ارائه کنند.

۵-۱. تقدم لفظ بر کتابت از حیث سادگی و سهولت

زبان نوشتاری به دلیل نیاز به وجود طیف وسیعی از مهارت‌ها و توانایی‌ها از جمله گرافیک، املا و خوش‌نویسی، پیچیده‌ترین نوع گفتار به شمار می‌آید. فرایند تولید زبان نوشتاری و نوشتار، فرایند روانی فیزیولوژیکی پیچیده‌ای است که ارتباط نزدیکی با دیگر انواع فعالیت‌های گفتاری (قوه ناطقه) دارد و به طور ضمنی، با فرایندهای خواندن و تلفظ متن نوشتاری همراه است؛ ضمن اینکه همواره زبان نوشتاری در قیاس با زبان گفتاری، به عنوان فرایندی خلاقانه در نظر گرفته می‌شود که مستلزم تلاش ذهنی قابل توجه، خیال‌پردازی، تفکر انتزاعی و مانند آن‌هاست. همه این موارد، روند کسب مهارت نوشتن را بسیار پیچیده و نوشتن را از یک کنش گفتاری ساده به فعالیتی روان‌شناختی و درنهایت، به کنشی فرهنگی مبدل می‌کند (Khodjaniazova, 2021, pp. 21-22)؛ ضمن این که زبان گفتاری ساختار دستوری ساده‌تری دارد و به این دلیل که زمان کمتری برای تولید و همچنین پردازش گفتار در دسترس است درحالی که نوشتار را می‌توان دوباره بازنویسی و مطالعه کرد، گفتار از نوشتار آسان‌تر است (Artini, 1998, p. 42).

بوردین و فایول با بهره‌گیری از رهیافت حافظه فعال، مجموعه‌ای از آزمایش‌ها را با هدف مقایسه دشواری تولید زبان شفاهی و تولید زبان نوشتاری انجام دادند. نتایج این تحقیق نشان داد که بازیابی مطالب به صورت شفاهی بر روش کتبی به دلیل اینکه سرعت نوشتن بسیار کندتر از صحبت کردن است، برتری دارد؛ زیرا به لحاظ

روانشناسی، ردیابی در حافظه فعال زمانی قوی‌تر می‌شود که این رد و اثر، برای مدت طولانی‌تری در حافظه ذخیره شود. براین اساس، تولید زبان نوشتار دشوارتر از زبان گفتار است (Bourdin & Fayol, 1994, p. 601).

این در حالی است که نویسنده محترم پس از بیان ادله چهارگانه نظریه بطلان نکاح معاطاتی مشتمل بر آیات، روایات، اصول عملیه و نیز اجماع و سیره مسلمانان، بر حرجی نکردن انشای عقد برای جامعه تأکید داشته‌اند و سخت‌گیری و افراط در احتیاط و زیاده‌کردن تشریفات آن را شرعاً مذموم می‌دانند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۵). از آنجاکه از منظر ایشان، تنها نکاح بدون صیغه عقد را می‌توان نکاح معاطاتی در نظر گرفت، به طبع، مراد از واژه «نکاح» در اینجا، همان نکاح با صیغه عقد (لفظ) است. از این رو تأکید نگارنده محترم بر اجتناب از سخت‌گیری و افراط در احتیاط، به صیغه عقد (لفظ) برمی‌گردد. در ادامه هم ایشان در قسمت نتیجه، کتابت را به عنوان جایگزین لفظ پیشنهاد کرده و برای ایجاب و قبول مکتوب نیز مانند ملفوظ اثر قائل شده‌اند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۲۳۰). براین اساس، می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه ایشان، انشای عقد به صورت کتابت از لفظ سهل‌تر است حال آنکه چنان‌که گفته شد، یافته‌های این پژوهش گواه این موضوع نیست.

۲-۵. تقدم لفظ بر کتابت از حیث انتقال بهتر مفاهیم

در فرایند گفتار شفاهی، گوینده و شنونده مدام به هم تبدیل می‌شوند و هر نوع ابهام یا بدفهمی در این گفت‌وگوی دیالکتیکی برطرف می‌شود و امکان انتقال کامل معنا فراهم می‌آید حال آنکه در متن نوشتاری به دلیل غیاب گوینده، این امکان با تردید و ابهام همراه است و چه بسا نیافتنی می‌نماید (عباسی و پوراکبر کسمایی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۹).

۳-۵. تقدم لفظ بر کتابت از حیث انتقال عواطف

به لحاظ روان‌شناختی، در مقایسه با نوشتن، صحبت کردن می‌تواند بیان عاطفی را تشویق کند و چگونگی ادراک مخاطبان و اثربخشی گفت‌وگو را تغییر دهد؛ ضمن اینکه در قیاس با صحبت کردن، نوشتن باعث می‌شود که افراد، نگرش‌های عاطفی کمتری را ابراز کنند (Berger et al, 2022, p. 390).

۴-۵. تقدم لفظ بر کتابت از حیث ذاتی بودن لفظ

صحبت کردن و گوش دادن به طور ذاتی در محیط خانواده اتفاق می افتد درحالی که نوشتن به طور غیرطبیعی در محیط رسمی رخ می دهد (Artini, 1998, p. 40)؛ درضمن، هم لفظ و هم کتابت نیاز به آموزش دارند. از آنجاکه سخن گفتن با ذات بشر قرابت بیشتری دارد، از این حیث به نظر می رسد لفظ بر کتابت تقدم داشته باشد.

۵-۵. تقدم لفظ بر کتابت از حیث زمان صرف شده برای انجام دادن آن

زبان گفتاری سریع و مستقیم است و امکان بازخورد فوری را فراهم می کند، اما زبان نوشتاری معمولاً «مستقیم» نیست؛ زیرا باید برای قابل ادراک بودن آن از قبل برنامه ریزی شود (Leech et al, 1985, p. 56). همچنین، بررسی تفاوت های زبان گفتاری و نوشتاری نشان می دهد که گفتار سریع تر از نوشتار است؛ به گونه ای که دست نوشته (دست خط) به طور مشخص با سرعتی کمتر از یک دهم صحبت کردن انجام می شود (Chafe, 1982, p. 126). در مجموع، با عنایت به ادله ارائه شده در بالا می توان گفت بنا به دلایل عقلی و علمی نیز نمی توان به صراحت رأی به حرجی بودن لفظ در قیاس با کتابت در ابراز قصد باطنی و انشای عقد نکاح داد.

۶-۵. محاذیر اکتفا به کتابت و انصراف از تلفظ

موضوع جایگزینی کتابت به جای لفظ میان فقهای متقدم از موضوعات مورد بحث نبوده است و تنها معدودی از ایشان به بحث جواز یا عدم جواز نکاح معاطاتی پرداخته اند که از آن جمله می توان صاحب عروه را نام برد. ایشان در این موضوع به عدم کفایت ایجاب و قبول از طریق کتابت در انشای عقد نکاح اشاره کرده اند (سند، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۲)، اما با گسترش کتابت در عصر حاضر و رواج آن در انشای عقود، موضوع جایگزینی کتابت به جای لفظ، مورد بحث فقهای متأخر قرار گرفته است. در میان فقهای معاصر نیز علاوه بر آیات عظام، مکارم شیرازی و شبیری زنجانی، حضرت امام خمینی (رحمت الله علیه) نیز در خصوص کتابت اظهار نظر کرده و معاطات را مجرد رضایت قلبی دو نفر دانسته اند و نوشتن را در انشای عقد نکاح کافی نمی دانند (موسوی خمینی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص. ۵۱۵؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۹، ص. ۳۱۱؛ مکارم شیرازی،

۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۸۸).

در این بین، آیت الله مکارم شیرازی به طور مفصل به این موضوع پرداخته‌اند و در این باب می‌فرمایند «در مورد نکاح به طور خاص اجماع داریم که کتابت جایز نیست؛ به عنوان توضیح اینکه، در قدیم الایام، انشا در عقود با الفاظ بوده است، اما برای اینکه عقدها محفوظ بماند و طرفین آن را انکار نکنند و جزئیات آن عقد فراموش نشود، بعد از انشای لفظ، آن را به صورت سند می‌نوشتند و نگه می‌داشتند. در این حالت، نوشتن به عنوان انشا نبوده، بلکه به عنوان حفظ نتیجه عقد لفظی بوده است. بعدها کتابت به عنوان یکی از اقسام انشا شد و انشای بعضی از معاملات مهم صرفاً با کتابت صورت می‌گیرد. از سوی دیگر، اساس در معاملات، بنای عقلاست الا ما خرج بالدلیل و امور توقیفیه مثل عبادات. از این رو "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" شامل همه معاملات می‌شود و باید دید در نکاح، وضعیت چگونه است. برای مثال، در باب طلاق غایب، وصیت و وکالت، روایاتی وجود دارد که تصریح کرده که انشای بالکتابه جایز است. در طلاق و نکاح به طور خاص گفته شده است که کتابت اعتباری ندارد و ادعای اجماع شده است که در این موضوع، صرف تراضی، معاطات، کتابت و اشاره (برای انشای عقد نکاح) کافی نیست؛ زیرا اجماع، تبعدی است و مدرکی هم نیست. پس نکاح مانند عبادات بوده و توقیفی است و "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" شامل آن نمی‌شود. از این رو باید عقد نکاح با الفاظ واقع شود نه با کتابت» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۸۸). ایشان همچنین، در تمایز بین نکاح با بیع و اجاره بیان می‌فرمایند «به نظر فقها، نکاح عبادت است؛ زیرا قصد قربت می‌خواهد؛ یعنی توقیفی است و آن قدر، شارع به آن قید و شرط زده است که مثل صلات و صوم، توقیفی شده است. به دیگر بیان، موضوعی عادی و عرفی نیست. برای همین است که برخورد بزرگان با نکاح غیر از برخورد آن‌ها با بیع و اجاره است. از این رو کتابت را نمی‌توان در نکاح مانند شیوه‌ای که در محیط‌های غیراسلامی صورت می‌گیرد، قابل پذیرش دانست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۳۰).

از سوی دیگر، روایات متعددی دال بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح وجود دارد. نگارنده محترم در بیان ادله نظریه بطلان نکاح معاطاتی (نکاح

بدون صیغه) به روایات در باب ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح اشاره (به همین دلیل در مقاله حاضر با هدف ایجاز، از تکرار آن‌ها اجتناب می‌شود) و به‌طور مفصل و دقیق، اشکالاتی را بر این احادیث از حیث سندیت، چگونگی استدلال یا دلالت وارد کرده‌اند. ایشان در پایان نتیجه‌گیری کرده‌اند که عدم تمسک بسیاری از فقها به این احادیث در بطلان نکاح معاطاتی شاید به دلیل غالب و شایع بودن لفظ در زمان صدور احادیث یادشده باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۲). نکته تأمل‌برانگیز در اینجا است که به استناد ادله ارائه‌شده در مقاله حاضر در باب وجود و اعتماد به کتابت در صدر اسلام به فرض پذیرش وجود اشکالاتی از باب سندیت یا دلالت بر این احادیث، نمی‌توان دلیل عدم تمسک بسیاری از فقها به این احادیث را دال بر غالب و شایع بودن لفظ در آن عصر کرد و می‌توان برداشت‌های دیگری از این موضوع کرد. برای مثال، میرداداشی و ستوده در پژوهشی در باب عدم مشروعیت نکاح معاطاتی، روایات یادشده را در توقف نکاح بر تلفظ، مورد بررسی قرار داده‌اند و بیان می‌کنند که «البته ممکن است هریک از روایات به‌تنهایی خالی از دغدغه دلالتی یا سندی نباشد، اما در مجموع، با تراکم و استظهار از آن‌ها و نیز ملاحظه همه احادیثی که بر جواز عقد نکاح یا حرمت عقد تزویج با محارم یا زن شوهردار و امثال آن‌ها دلالت دارد، چنین می‌نماید که منظور از جواز یا حرمت عقد در این موارد، انشای لفظی آن بوده... چه اینکه ائمه اطهار تقریباً در اجرای عقد نکاح، فقط این روش را به کار برده‌اند و اگر راه دیگری نیز ممکن بود، حتماً بدان اشاره می‌فرمودند. بنابراین، اخذ معنایی اعم از انشای لفظی عقد، خلاف مرتکز ذهنی خواهد بود» (میرداداشی و ستوده، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۱).

افزون بر این‌ها، نویسنده محترم همین اشکالات سندی و دلالتی را بر روایات دال بر صحت نکاح معاطاتی نیز وارد دانسته‌اند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، صص. ۲۱۵-۲۱۱). اکنون با فرض اینکه همه این روایات از حیث سند یا دلالت دارای اشکال باشد، آیا نمی‌توان سیره عملی ائمه معصوم (علیهم‌السلام) در اجرای عقد نکاح به وسیله لفظ و نیز عدم تأکید صریح ایشان بر موضوعی آن هم به اهمیت نکاح را گواهی بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح و صحت وجود اجماع در این زمینه قلمداد کرد؟

نکته حائز اهمیت دیگر این است که در صورت نبود لفظ و صرف انشای عقد نکاح به وسیله کتابت، شک در تأثیر این عمل وجود دارد. در این فرض، اصالة الفساد جاری می شود؛ زیرا نکاح معامله ای است که شائبه عبادی دارد. میرزای قمی در کتاب قوانین/الاصول بر این باور است که اصل در معامله، اقتضای فساد می کند. به بیان دیگر، «الاصل فی العبادات و المعاملات هو الفساد»؛ زیرا صحت، حکم شرعی است و باید از سوی شرع به اثبات برسد و در صورت شک نسبت به تحقق صحت، اصل، عدم تحقق صحت است (میرزای قمی، ۱۳۷۸، ص. ۱۵۵). همچنین، محقق نایینی بر این عقیده است که اصل در تمام معاملات و عقود و ایقاعات، فساد است به دلیل عدم ترتب اثر؛ البته از نظر ایشان، این اصالة الفساد مقتضای اصل اولی است (نایینی و خویی، بی تا، ج ۲، ص. ۲۱۲). درحقیقت، اصالة الفساد در معاملات مربوط به جایی است که شک برگردد به رکنی از ارکان معامله؛ زیرا شک در رکن، مساوی با عدم تحقق آن است و عدم تحقق رکن، مساوی با عدم صحت معامله است، اما اگر شک در یک وصف اضافی باشد، اصالة الصحة جاری می شود. در نتیجه، در عقد نکاح چون اطلاعاتی وجود ندارد که نشان دهد که کتابت کفایت می کند، استصحاب عدم تحقق زوجیت کافی است که با آن، حکم به عدم انتقال کرد و با اصالة الفساد که در باب عقود هست، حکم به فساد و بطلان عقد کرد (شیری زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۹، ص. ۳۱۲۸).

نتیجه گیری

۱. بدیهی است با اثبات الزام لفظی بودن اعلام اراده در عقد نکاح و نیز حرجی نبودن انشای عقد با لفظ، به خودی خود نکاح معاطاتی موضوعیتی نخواهد داشت.
۲. یافته های این پژوهش با استناد به مطالعات صورت گرفته در حوزه روان شناختی، زبان شناسی و مانند آن ها، نشان دهنده این است که لفظ (گفتار) به لحاظ سهولت و سادگی، انتقال بهتر مفاهیم، ذاتی بودن لفظ و نیز زمان صرف شده برای آن (گفتار) در قیاس با نوشتار، بر کتابت اولویت دارد و از این رو شامل مراتب حرج و مصداقی از قاعده لاجرح نیست.

۳. دیگر ابزار اعلام اراده عمدتاً در صدر اسلام وجود داشته است و پدیده‌ای نوظهور شمرده نمی‌شود و می‌توان عدم توجه فقهای متقدم به آن‌ها برای انشای عقد نکاح را ناشی از بی‌اعتباری آن‌ها دانست. از این‌رو تأکید فقهای متقدم بر لفظ در انشای عقد به واسطه اعتبار خاص آن از منظر ایشان و نه از باب نبود دیگر ابزارهای اعلام اراده در صدر اسلام بوده است.
۴. بررسی مفاد قاعده لاجرح نشان می‌دهد که این قاعده در فرضی قابل استناد است که حکم یا مصداقی از مسئله باعث به وجود آمدن سختی غیرقابل تحمل برای عرف جامعه شود که این موضوع در زمینه انشای عقد نکاح به وسیله لفظ محقق نیست.
۵. با عنایت به وجود کتابت در صدر اسلام به اشکال مختلف اعم از نامه، پیمان‌نامه، صلح‌نامه و از همه مهم‌تر، کتابت قرآن و نیز حضور افراد آشنا به خواندن و نوشتن در آن عصر، به نظر می‌رسد که تأکید فقهای متقدم بر انشای عقد نکاح با لفظ، تنها به دلیل اهمیت و موضوعیت داشتن لفظ در انشای این عقد مقدس بوده است.
۶. به دلیل صراحت ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، انعقاد عقد نکاح منحصر به الفاظ است که با برداشت این مقاله مطابقت دارد.

منابع

- قرآن کریم.
- آقای بیجستانی، مریم، شکری، فاطمه و امینی کمرودی، نرگس‌خاتون (۱۳۹۸). «مبانی فقهی مشروعیت نکاح معاطاتی». *فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، ۲۴ (۷۰)، صص. ۲۷-۵۰.
- ابن اثیر جزیری، مبارک‌بن محمد (۱۳۶۷ق). *النهاية في غريب الحديث والاثار* (جلد ۱). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن منظور، ابی‌الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان‌العرب* (جلد ۱۵). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- احمدوند، خلیل‌الله و کرمی، یزدان (۱۳۹۹). «نکاح معاطاتی زنا نیست». *فصلنامه علمی-حقوقی قانون‌یار*، ۴ (۱۶)، صص. ۲۸۷-۲۹۹.
- افشاری، فاطمه و اسدی، حمید (۱۳۹۴). «بررسی فقهی، حقوقی نکاح معاطاتی و شیوه ابراز

- اراده در آن». فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۲۰ (۶۳)، صص. ۱۴۰-۱۲۱.
- انصاری، مرتضی محمدبن امین (بی تا). *المکاسب* (جلد ۲). قم: دارالحکمة.
- انصاری، مرتضی محمدبن امین (۱۴۱۵ق الف). *کتاب الطهارة* (جلد ۵). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مرتضی محمدبن امین (۱۴۱۵ق ب). *کتاب المکاسب* (جلد ۳). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بروجردی، حسین (۱۳۸۶). *منابع فقه شیعه* (جلد ۲۳). تهران: فرهنگ سبز.
- بیات، فرهاد (۱۳۹۹). *شرح جامع قانون مدنی*. تهران: انتشارات ارشد.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة* (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۳۹۰). «عدم جریان معاطات در نکاح». *فصلنامه فقه اهل بیت*، دوره ۱۷، شماره ۶۶، صص. ۵-۲۱.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا). *تذکرة الفقهاء*. تهران: مکتبة المرتضویه.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *المفردات فی غریب القرآن*. بیروت: دارالقلم.
- روشن، محمد و ملازاده نوران، افسون (۱۴۰۳). «واکاوی فقهی و حقوقی کتابت نکاح». *مطالعات زن و خانواده*، ۱۲ (۲)، صص. ۸۰-۱۰۷.
- سباعی، محمد مکی (۱۳۷۴). *تاریخ کتابخانه های مساجد* (محمد عباسپور و محمدجواد مهدوی، مترجمان). مشهد: آستان قدس رضوی.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۵ق). *الرسائل الاربع*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- سند، محمد (۱۴۲۹ق). *العروة الوثقی* (جلد ۱). قم: باقیات.
- سیدی بنابی، سیدباقر و نظری احمدآباد، عسگر (۱۳۹۰). «بررسی نکاح معاطاتی از نظر فقه و حقوق موضوعه». *پژوهش های فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۷ (۲۳)، صص. ۸۷-۱۱۳.
- شبییری زنجانی، موسی (۱۳۸۳). *کتاب النکاح* (جلد ۹). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شهیدثانی، زین الدین بن نورالدین علی بن احمد (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (جلد ۳) قم: مکتبة الداوری.

- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۵). حقوق خانواده. تهران: دانشگاه تهران.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۶۳). تفسیر المیزان (سیدمحمدباقر موسوی همدانی، مترجم) (جلد ۸). قم: بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی.
- طباطبایی حائری، علی بن محمدعلی (۱۴۰۴). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة (جلد ۲). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (جلدهای ۲ و ۴). تهران: مکتبه المرتضویه.
- ظرافت کار، مهدی (۱۳۸۱). «فرهنگ عربی در دوره جاهلی؛ بررسی نثر جاهلی (۱)». نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ۱ (۲)، صص. ۲۴۳-۲۱۹.
- عباسی، حبیب الله و پوراکبر کسمایی، صدیقه (۱۳۹۱). «تقدم نوشتار بر گفتار از دیدگاه قلشنندی». فصلنامه نقد ادبی، ۵ (۱۹)، صص. ۱۹۰-۱۷۷.
- علمی، محمد و بلوردی، طیه (۱۳۹۷). نقش کتبی یا لفظی بودن قراردادها در امنیت شغلی از دیدگاه فقهی. مبانی فقهی حقوق اسلامی. ۱۱ (۱)، صص. ۹۹-۱۲۹.
- علمی کنکلو، سجاد، غریبه، علی و صغیری، اسماعیل (۱۴۰۳). «انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه». مجله حقوقی دادگستری، ۸۹ (۱۲۹)، صص. ۵۱-۳۳.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۵). قاعده لاجرح (سیدجواد حسینی خواه، مقرر) (جلد ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- فروخ، عمر (۱۹۸۴م). تاریخ الجاهلیة (تاریخ الادب العربی) (جلد ۱). بیروت: دارالعلم للملایین.
- قاروبی، حسن (۱۳۹۵). النضید فی شرح روضة الشهید (جلد ۲۶). قم: نشر عالمه.
- قلندریان، غلامرضا (۱۳۷۷). «کتاب و کتابت در قرون اولیه اسلام». فصلنامه کتابداری و اطلاع رسانی، ۱ (۳)، صص. ۱۳-۳.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق). رسائل المحقق الکرکی (صیغ العقود) (جلد ۱). قم: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی (رحمت الله علیه).
- گراوند، مجتبی (۱۳۹۰). «بررسی برخی رفتارهای حاکم بر جزیره العرب پیش از اسلام». تاریخ نو، ۱ (۲)، صص. ۴۲-۲۶.
- مامقانی، محمدحسن بن عبدالله (۱۳۲۳ق). غایة الامال فی شرح المکاسب و البیع (جلد ۲). قم: مجموعه الذخائر الاسلامیه.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۰). قواعد فقه (جلد ۲). تهران: سمت.

- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمودیان، مهراسادات (۱۴۰۰). «تمدن عرب پیش از اسلام از منظر قرآن کریم و کشفیات باستان‌شناسی». قرآن، فرهنگ و تمدن، ۲ (۱)، صص. ۴۵-۸.
- محمودی دشتی، علی اکبر (۱۳۷۳). ادله اثبات دعوی. قم: جمع الفکر الاسلامی.
- مدیرشانه‌چی، کاظم (۱۳۷۴). کتاب و کتابخانه در اسلام. مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهية (جلد ۱). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب (علیه‌السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (جلدهای ۱، ۲ و ۵). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب (علیه‌السلام).
- ملک‌زاده، فهیمه و احمدلو، مونا (۱۳۹۱). «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (رحمت‌الله علیه)». پژوهش‌نامه متین، ۱۴ (۵۶)، صص. ۱۶۳-۱۳۹.
- موسوی بروجردی، محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۳). تحریرالوسیله (علی اسلامی و محمد قاضی‌زاده، مترجمان) (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). رساله نجات‌العباد و حاشیه بر رساله ارث ملاهاشم خراسانی (نجات‌العباد). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- میرداداشی، سیدمهدی و ستوده، حمید (۱۳۹۱). «انشای فعل نکاح؛ جستاری در عدم مشروعیت». حقوق اسلامی، ۹ (۳۲)، صص. ۱۵۰-۱۲۳.
- میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌محمدحسن (۱۳۷۸). قوانین‌الاصول. قم: المکتبه‌الاسلامیه.
- نایینی، محمدحسین و خویی، ابوالقاسم (بی‌تا). اجودالتقریرات (جلد ۲). قم: کتاب‌فروشی مصطفوی.
- نجفی، محمدحسن‌بن‌باقر (صاحب جواهر) (۱۴۲۱ق). جواهرالکلام (جلدهای ۵ و ۱۵). قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام).
- نراقی، مولاحمدبن‌محمدمهدی (۱۴۱۷ق). عوائد‌الایام فی بیان قواعد‌الاحکام (جلد ۲). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

نوری طبرسی، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (جلد ۱۳). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
 هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷). «نکاح معاطاتی از منظر فقه». مطالعات راهبردی زنان، ۱۱ (۴۰)، صص. ۱۹۶-۲۳۴.

References

- Quran Karim.
- Abbasi, Habibollah; and Pourakbar Kasmaei, Seddighe (2012). The Priority of Writing over Speech in al-Qalqashandi. *Literary Criticism*, 5 (19), 177-190. [in Persian]
- Afshari, Fatemeh; and Asadi, Hamid (2016). The Jurisprudential, Legal Analysis of Muatati Marriage and How to Express Will Therein. *Family Law Jurissprudence Journal (Neda-ye Sadeq)*, 20 (63), 121-140. [in Persian]
- Ahmadvand, Khalilollah; and Karami, Yazdan (2021). Nikah Ma'atat Zena Nist. *Journal Law Research of Ghanonyar*, 4 (16), 287-299. [in Persian]
- Alsaawi, A. (2019). Spoken and Written Language as Medium of Communication: A Self-reflection. *International Journal of Applied Linguistics & English Literature*, 8 (2), 194-198.
- Anderson, S. (2018). Is speech really more important than writing? A study of spoken and written language in society. *Journal of Global Media Studies*, 22, 97-102.
- Ansari, Morteza Mohammad bin Amin (Sheikh Ansari) (a1415 AH). *Ketab al-Taharah*. Qom: Kongere-ye Jahani Bozorgdasht Sheikh A'zam Ansari. [in Arabic]
- Ansari, Morteza Mohammad bin Amin (Sheikh Ansari) (b1415 AH). *Ketab al-Makasib*. Qom: Kongere-ye Jahani Bozorgdasht Sheikh A'zam Ansari. [in Arabic]
- Ansari, Morteza Mohammad bin Amin (Sheikh Ansari) (n.d.). *Almakasib*. Qom: Dar al-Hikmah. [in Arabic]
- Aqa'ei Bejastani, Maryam; Shokri, Fatemeh; and Aminikomaroudi, Narges-khatoon (2019). Mabani Feqhi Mashrouiyyat Nikah Ma'atat. *Family Law Jurissprudence Journal (Neda-ye Sadeq)*, 24 (70), 5-27. [in Persian]
- Artini, L.P. (1998). Is speaking easier than writing?: Exploring the complexity of spoken language. *Journal Ilmu Pendidikan*, 5, 38-48.
- Bayat, Farhad (2019). *Comprehensive Explanation of Civil Law*. Tehran: Arshad Publications. [in Persian]
- Berger, J., Rochlage, M. and Packard, G. (1994). Expression Modalities: How Speaking Versus Writing Shapes Word of Mouth. *Journal of Consumer Research*. 49 (3), 389-408.
- Boroujerdi, Hossein (2007). *Manabe Feqh Shia*. Tehran: Farhang Sabz. [in Persian]

- Bourdin, B. and Fayol, M. (1994). Is written language production more difficult than oral language production? A Working Memory Approach. *Journal of Psychology*. 29 (5), 591-620.
- Chafe, W.L. (1982). Integration and Involvement in Speaking, Writing and Oral Literature. In Tanen, D. (ed.). 1982. *Spoken and Written Language: Exploring Morality and Literacy*. 1st Ed., New Jersey: Alex Publishing Corp.
- Cook, V.J. (2004). *The English Writing System*. 1st Ed., London: Arnold.
- Ebn Asir Jezari, Mobarak Ibn Mohammad (1367 AH). *Alnhaayah fi Qharib Alhadith w Al-athar*. Qom: Moasesah Motbua'ati Esma'eelian. [in Arabic]
- Ebn Manzoor, Abi Al-Fazl Jamal Al-Din Mohammad Ibn Makarem (1414 AH). *Lisan Al-Arab*. Beirut: Dar Ehyaa Al-Torath Al-Arabi. [in Arabic]
- Elmi KankLoo, Sajad; Gharibeh, Ali and Saghir, Esmaeil (2025). Formulation and revocation of marriage contract with the condition of corollary. *The Judiciarys Law Journal*, 89 (129), 33-51. [in Persian]
- Elmi, Mohammad; and Bloordi, Tayebbeh (2016). The role of written or verbal contracts in job security from a jurisprudential perspective. *Jurisprudential foundations of Islamic law*, 20 11 (1), 99-129. [in Persian]
- Farookh, Omar (1984). *Tarikh al-Jahiliyah (Tarikh al-Adab al-Arabi)*. Beirut: Dar al-Elm lil-Malayan. [in Arabic]
- Fazel Lankarani, Mohammad Javad (2006). *Qaede La Haraj (Seyed Javad Hosseini-Khah, Mogharrar)*. Qom: Feqhi Center of A'emmeh Athar (a). [in Persian]
- Garavand, Mojtaba (2011). Barresi Barkhi Raftarhaye Hakam bar Jazire-ye Arab Pish az Eslam. *New History*, 1 (2), 26-42. [in Persian]
- Ghalandarian, Gholamreza (1998). Book and Writing in the Early Centuries of Islam. *Library and Information Sciences*, 1 (3), 3-13. [in Persian]
- Gharoui, Hassan (2016). *Al-Nazid fi Sharh Rawdat al-Shaheed*. Qom: Nashr Alameh. [in Arabic]
- Hedayatnia, Farajollah (2008). Mu'atati marriage from the perspective of jurisprudence. *Women's*
- Helli, Hassan Ibn Yousof (Allame-Helli) (n.d.). *Tazkerat-ol-Foqaha*. Tehran: Maktabat Al-Mortazviah. [in Arabic]
- Helli, Jafar Ibn Hassan (Mohaqqeq-e Helli) (1408 AH). *Sharae Al-Islam fi Masa'el Al-halal wa al-Haram*. Qom: Nashr Esma'eelian. [in Arabic]
- Hor Ameli, Mohammad Ibn Hassan (1416 AH). *Tafsil Vasayel Alshia Ela Tahsil Masa'el Alshari'a*. Qom: Moasseseh Ahlulbeit Alayhem Al-Salam L'Ekhya Al-Torath. [in Arabic]
- Hosseini Ha'eri, Seyed Kazem (2011). Adam Jarayan Ma'atat Dar Nikah. *Feqh-e Ahlulbeit*, Dore 17 (66-67), 5-21. [in Persian]
- Jafari Langroodi, Mohammad Jafar (1993). *Legal Terminology*. Tehran: Ganj Danesh Publications. [in Persian]

- Karaki, Ali ibn Hossein (Mohagheqq Karaki) (1409 AH). Rasa'el al-Mohagheqq al-Karaki (Sig al-Uqoud). Qom: Maktabat Ayatollah al-Ozma al-Marashi Najafi (rh). [in Arabic]
- Khodjaniyazova, U.K. (2021). Similarities and differences of spoken and written language. *Current Research Journal of Pedagogics*. 2 (8), 20-23.
- Leech, G., Quirk, R. and Avartvik, J. (1985). *English Grammar for Today*. 1st Ed., London: Mcmillan.
- Mahmoodian, Mehrossadat (2021). Pre-Islamic Arab civilization from the perspective of the Holy Quran and archaeological discoveries. *Quran, Culture and Civilization*, 2 (1), 8-45. [in Persian]
- Mahmoudi Dashti, Ali Akbar (2019). Evidence to prove the claim. Qom: Jam'ul-Fikr al-Islami.
- Makarem Shirazi, Naser (1416 AH). *Al-Qawaed al-Feqhiah*. Qom: Madreseh Imam Ali bin Abi Talib. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser (1424 AH). *Ketab al-Nikah*. Qom: Madreseh Imam Ali ibn Abi Talib. [in Arabic]
- Malekzadeh, Fahimeh; and Ahmadelou, Mona (2012). Status of Common Sense in Law with Special Reference to Imam Khomeini's Viewpoints. *Research Journal Matin*, 14 (56), 139-163. [in Persian]
- Mamqani, Mohammad Hasan bin Abdollah (1323 AH). *Ghayat al-Amaal fi Sharh al-Makasib wa al-Bay'*. Qom: Majmoua al-Zakhayer al-Eslami. [in Persian]
- Mirdadashi, Seyyed Mahdi; and Sotudeh, Hamid (2013). Present Declaration of Marriage, a Research in Illegitimacy. *Islamic Law*, 9 (32), 123-150. [in Persian]
- Mirzayeh Qomi, Abolqasem bin Mohammad Hasan (Mohagheq Qomi) (1999). *Qavanin al-Osoul*. Qom: Al-Maktabah al-Eslamiyeh. [in Arabic]
- Modirshaneh-Chi, Kazem (1992). *Book and Library in Islam*. Mashhad: Research Foundation of Astan Qods Razavi. [in Persian]
- Mohagheqq Damad, Mostafa (2001). *Qavaed-e Feqh*. Tehran: Samt Publishing. [in Persian]
- Mohagheqq Damad, Mostafa (2005). *Jurisprudential study of family law*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [in Persian]
- Mousavi Boroujerdi, Mohammad (2000). *Qavaed-e Feqhieh*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, Orouj Publishing Institute. [in Persian]
- Mousavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (2004). *Tahrir al-Wasilah* (Translators: Ali Eslami va Mohammad Qazizadeh). Qom: The Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers' Association. [in Arabic]
- Mousavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (2013). *Resaleh Nejat al-Ebad va Hashiyeh bar Resaleh Erth Molla Hashim Khorasani (Nejat al-Ebad)*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's

- Works. [in Arabic]
- Naeini, Mohammad Hossein; and Khoei, Abolqasem (n.d.). Ajvad al-Taqrirat. Qom: Mostafavi Bookstore. [in Arabic]
- Najafi, Mohammad Hasan bin Bagher (Sahib Jowaher) (1421 AH). Jowaher al-Kalam. Qom: Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the Religion of Ahlul Bayt. [in Arabic]
- Naraq, Molla Ahmad bin Mohammad Mahdi (1417 AH). Awaed al-Ayyam fi Bayan Qavaed al-Ahkam. Qom: Entesharat Daftar Tablighat Eslami Hozeh Elmiyeh Qom. [in Arabic]
- Noori Tabarsi, Hossein (al-Mohaddeth al-Noori) (1408 AH). Mostadrak al-Vasayel. Qom: Al al-Bayt (alayhem as-salam) Le-ehya' al-Torath Institute. [in Arabic]
- Ragheb Esfahani, Hossein Ibn Mohammad (1412 AH). Almofradat fi Qharib Alquran. Beirut: Dar Alqalam. [in Arabic]
- Redeker, G. (1984). On differences between spoken and written language. Discourse Processes, 7(1), 43-55.
- Rowshan, Mohaammad; and Mollazadehnooran, Afsoon (2025). Jurisprudent and legal analysis of the writing of marriage contract. The Journal of Woman and Family Studies, 12 (2), 80-107. [in Persian]
- Sabai, Mohammad Makki (1995). Tarikh Ketabkhane-ha-ye Masajed (Translators: Mohammad Abbaspour and Mohammad Javad Mahdavi). Mashhad: Astan Ghods Razavi Publishing. [in Persian]
- Safaei, Hossein and Emami, Asadollah (2006). Family Law. Tehran: University of Tehran. [in Persian]
- Sand, Mohammad (Sahib Orweh) (1429 AH). Al-'Urwah al-Wothqa. Qom: Nashr Baqiat. [in Arabic]
- Seyedi Bonabi, Seyed Bagher; and Nazari Ahmad Abad, Asgar (2011). Barresi Nikah Ma'ataati az Nazar Feqh va Hoquq Mozou'eh. Pajouhesh-ha-ye Feqh va Mabani Hoquq Eslami, 7 (23), 87-113. [in Persian]
- Shaheed Thani, Zein al-Din Ibn Nour al-Din Ali Ibn Ahmad (1410 AH). Alrawdah Albahia Fi Sharh Alluma Damashqia. Qom: Maktabah Aldawari. [in Arabic]
- Shobeiri Zanjani, Mousa (2004). Kitab al-Nikah. Qom: Ray-Pardaz Research Institute. [in Arabic]
- Sobhani Tabrizi, Jafar (1415 AH). Al-Rasa'el al-Arba'. Qom: Imam Sadeq Institute. [in Arabic]
- Strategic Studies Quarterly, 11 (40), 196-234. [in Persian]
- Tabatabaei Haeri, Ali bin Mohammad Ali (1404 AH). Ryaz al-Masa'el fi Bayan al-Ahkam b'al-Dalail. Qom: Al al-Bayt (alayhem as-salam) Le-ehya' al-Torath Institute. [in Arabic]
- Tabatabaei, Seyed Mohammad Hossein (1984). Tafsir al-Mizan (Translator: Seyed Mohammad Bagher Mousavi Hamedani). Qom: The Scientific and Intellectual Foundation of Professor Allama Mohammad Hossein Tabatabaei. [in Arabic]

- Tousi, Mohammad bin Hassan (2008). Al-Mabsout fi Feqh al-Imamiyah. Tehran: Maktabat al-Mortazavieh. [in Arabic]
- Van De Water, D.A., Monti, L.A., Kirchner, P.B. and O'Connell, D.C. (1987). Speaking and writing: Comparisons of two psycholinguistic siblings. Bulletin of the Psychonomic Society. 25(2), 99-102.
- Zerafatkar, Mahdi (2002). Farhang Arabi dar Doreh Jahili; Barrasi Nassr Jahili. Nashrieh Daneshkadeye Adabiat va Oloum Ensani, 1 (2), 219-243. [in Persian]



A Reflection on the Status Ruling on "Ownership of a Transplanted Organ"

Hamid Masjedsaraie: Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran (Corresponding Author).

h_masjedsaraie@semnan.ac.ir | 0000-0002-0812-6578

Zahra Akbarzadeh: Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Semnan, Iran.

akbarzadeh110121@semnan.ac.ir

Abstract

New treatment methods have brought new issues before religious science specialists, and one of these challenging issues is organ transplantation from humans or animals. Regardless of the principle of jurisprudence behind the permissibility or impermissibility of organ transplantation, the ownership of a transplanted organ in terms of its related effects, such as guarantee and payment, is always the source of debate and conflict, since it is subjected to jurisprudential sub-rulings on organ impurity, transplant permissibility or non-permissibility, and obligatory ritual purities. The main goal of this research is to examine the status ruling of human ownership in relation to the transplanted organ and to explain its jurisprudential foundations. Some people believe in the theory of ownership of organs based on the principle of '*taslit*' or dominance and ascribing the status of property to the body organs. According to another theory, however, due to the non-absoluteness of human possessions, the transplanted organ falls outside ownership and its transaction is not allowed. The present study, which was carried out in a descriptive-analytical method, tries to justify the human ownership of the transplanted organ on the basis that the emergence of a rational benefit exempts the removed organ from the sanction of the transaction and the attribute of '*maita*' or dead body- related rulings. In addition, the preservation of human life is also one of the interests that restricts the generality of the primary evidence, and this is the main finding of the research.

Keywords

Dead Body (*Maita*), Organ Transplant, Transplanted Organ, Organ Ownership, Purity.



تأملی در حکم وضعی «مالکیت عضو پیوندی»

حمید مسجدسرائی: استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول). h_masjedsaraie@semnan.ac.ir

زهرا اکبرزاده: دانش آموخته رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، سمنان، ایران. akbarzadeh110121@semnan.ac.ir

چکیده

روش‌های نوین درمان، مسائل جدیدی را پیش روی کارشناسان علوم دینی قرار داده که یکی از این موضوعات چالش‌برانگیز، پیوند عضو از انسان یا حیوان است. صرف‌نظر از اصل حکم فقهی جواز یا عدم جواز پیوند عضو، مالکیت عضو پیوندی از حیث آثار مترتب بر آن از قبیل ضمان و دیه، همواره خاستگاه بحث و محل نزاع است؛ زیرا فروع فقهی از نجاست عضو و جواز یا عدم جواز پیوند گرفته تا حکم تکلیفی عبادات مشروط به طهارت، بر مسئله عارض می‌شود. بررسی حکم وضعی مالکیت انسان نسبت به عضو پیوندی و تبیین مبانی فقهی آن هدف اصلی پژوهش حاضر است. برخی به استناد قاعده تسلیط و صدق عنوان مال بر عضو، قائل به نظریه مالکیت اعضا هستند. در مقابل، نظریه دیگر به دلیل مطلق نبودن تصرفات انسان، وی را فاقد حق مالکیت و عضو پیوندی را خارج از مالیت می‌داند و معامله آن را جایز نمی‌شمارد. پژوهش حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است، می‌کوشد تا دیدگاه مالکیت انسان بر عضو پیوندی را مانند عضو اصلی موجه سازد با این مبنای عمده که ظهور منفعت عقلایی، عضو مقطوع را از تحریم معامله و عنوان میته خارج می‌سازد. افزون‌براین که وجوب حفظ جان آدمی از جمله منافی است که عموم ادله اولیه را تقیید می‌زند و این همان یافته اصلی تحقیق است.

واژگان کلیدی: میته، پیوند اعضا، عضو پیوندی، مالکیت بر عضو، طهارت.

مقدمه

امروزه، تحول کارکرد اعضای بدن انسان، انحصار منفعت برای دارنده عضو را از میان برداشته و منافع جدیدی برای عضو پیدا شده است که سابقه قبلی ندارد. این موضوع مرهون پیشرفت عرصه پزشکی است که در وهله نخست با اصل ارزشمندی علم و تسخیر امکانات عالم هستی در خدمت انسان سازگار است (جائیه/۱۲).

از سوی دیگر، درمان برخی بیماری‌ها از طریق پیوند اعضای بدن انسان زنده یا مرده و در مواردی حیوانات مأکول اللحم یا غیرمأکول اللحم یا نجس‌العین انجام می‌شود که با احکام اولیه فقهی ناسازگار است. برای مثال، عضو مقطوع عنوان می‌یابد که حکم آن نجاست و حرمت انتفاع است. در مقابل، ارزشمندی حیات انسان و نجات جان او از اصول دینی تردیدناپذیر است و منابع شرعی اعم از آیات و روایات، گواه این مهم است. قرآن کریم احیای جان یک نفر را معادل احیای جان همه مردم می‌داند: «من أحيّاها فكأنّما أحيى الناس جميعاً» (مائده/۳۲).

این دو اصل ظاهراً در تقابل هم قرار دارند، اما مفتوح بودن باب اجتهاد در فقه شیعه و منابع غنی معارف دینی، مسیر تحقیق و تدقیق را پیش روی کارشناسان دینی قرار داده است که علاج فقهی و مبانی شرعی آن را دریابند؛ به‌ویژه در موارد اضطرار که درمان منحصر در پیوند عضو است.

نوشترهای متعددی جواز پیوند عضو را بررسی کرده است، اما احکام وضعی عضو پیوندی از قبیل مالکیت اعضای پیوندی، حکم خسارت وارد بر آن، مسئولیت مدنی اعم از ضمان و دیه و جایگاه فقهی و حقوقی مسئله و موضوعاتی از این دست، تاکنون مورد بررسی قرار نگرفته است و تحقیق مستقل و مستدلی در این باره به چشم نمی‌خورد.

پژوهش حاضر در خصوص بررسی مالکیت اعضای پیوندی است که با توجه به اختلاف نظر فقها درباره ارتباط انسان با اعضای بدن خود، اثبات این ادعا نیازمند تأمل و واکاوی بیشتر است؛ زیرا عده‌ای قائل به مالکیت انسان بر بدن خود هستند و عده‌ای دیگر، این رابطه را از نوع تسلط یا حق انتفاع می‌دانند. در نظریه مالکیت نیز حقیقی یا اعتباری بودن آن مطرح می‌شود.

پرسش اصلی این است که آیا اعضای بدن انسان مالیت دارد و می‌تواند معنون

به‌عنوان ملک شود؟ با فرض پذیرش، آیا می‌توان این حکم را به‌تبع اعضای اصلی به عضو پیوندی سرایت داد؟ با توجه به اختیار انسان در تصرف و سلطه بر اعضای خود، آیا این مالکیت قابل اسقاط است یا می‌توان آن را به دیگری تفویض کرد؟ از آنجا که مالیت، یکی از عناصر مالکیت است و عناوینی چون میته خارج از مفهوم مال است، چه رابطه‌ای بین عضو پیوندی و پذیرنده آن وجود دارد؟

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. عضو

عضو (جمع آن اعضا) در علم پزشکی به معنای «اندام یا هر بخش متمایزی در بدن خصوصاً هر اندام انتهایی» آمده است (دورلند، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۹۱۸). با استفاده از این معنا می‌توان دریافت که «عضو» هر جزئی از بدن است مانند دست، پا و... . آن اعضای که اساس نیرو و توان آدمی هستند و بقای شخص نیازمند آن است از قبیل قلب، مغز و کبد و اعضای که بقای نوع انسان بستگی به وجود آن‌ها دارد، از اعضای رئیسی‌اند (بستانی، ۱۹۸۷م، ص. ۶۱۰).

۱-۲. مال

مال، از ریشه «م ی ل» و «م و ل»، در اصطلاح به هر چیزی گفته می‌شود که از نظر مردم به‌منظور برطرف کردن نیازهای آنان مطلوب و مرغوب و در معاش آنان دخیل باشد. به‌عبارت دیگر، مال عبارت است از هر چیزی که مردم در تدبیر امور زندگی و حیات خود در حال صحت و بیماری و حتی بعد از فوت خود بدان نیاز دارند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۹). در قانون مدنی، تعریفی اختصاصی از مال نشده است، اما با توجه به مواد قانون مدنی می‌توان تا حدودی از این اصطلاح حقوقی رفع ابهام کرد و آن را این‌گونه تعریف کرد که مال اعم از اموال مادی و اموال غیرمادی، چیزی است که مفید باشد و یک نیاز اعم از مادی یا معنوی را برطرف کند. همچنین، قابلیت اختصاص یافتن به شخص معینی را داشته باشد.

معنی اصطلاحی آن مأخوذ از معنی لغوی این عبارت (ما یبذل بازائه المال؛ ما یرغب به العقلاء) است. قدر مشترک این تعاریف، اعتبار عرف در ملاک مالیت است؛ زیرا

مالیت هر چیزی هم از لحاظ اصل وجود مالیت و هم از نظر مرتبه و مقدار مالیت، تابع عرضه و تقاضاست. بنابراین، اگر شیئی هیچ منفعتی نداشته باشد، اما یک غرض سیاسی و غیرسیاسی از اغراض عقلایی در فروش، حفظ و خرید آن وجود داشته باشد و چنین غرضی منشأ رغبت و میل به خرید آن شیء شود، آن رغبت و تقاضا باعث ایجاد حساسیت در آن شیء می شود (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص. ۱۰).

۳-۱. مالکیت

«الملک» با حرکات سه گانه میم و «الملکه» با فتحه و ضمه و «الملکيه» با کسره در لغت مصدر ملک یملک به معنی داشتن چیزی و تسلط و استیلا بر آن است: ملک الشیء: استیلا و تسلط بر آن چیز است (مشکینی، ۱۳۸۶، ص. ۵۱۴).

می توان گفت مالکیت رابطه ای است که بین انسان و چیزی قرار دارد و می تواند هرگونه تصرفی در آن کند جز آنچه مورد استثنای قانون است. این رابطه اغلب در مورد اعیان یا منافع به کار می رود و گاه به معنای صاحب اختیار بودن به کار می رود؛ همان طور که در قرآن کریم این معنا آمده است: «رَبِّ إِنِّي لَا أُمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي»^۱ (مائده/۲۵). گاه هم به معنای مالکیت تکوینی است: «قُلْ مَنْ يَرْزُقُكُمْ مِنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ أَمَّنْ يَمْلِكُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ»^۲ (یونس/۳۱). بنابراین، مالکیت در معنای وسیع، موارد یادشده را شامل می شود.

مالکیت انسان درحقیقت، تنها یک اعتبار عقلایی است. عقلا چیزی را که در دست کسی قرار دارد (و متعلق به اوست)، علقه و رابطه ای میان او و چیزی که در اختیار وی است، اعتبار می کنند که این رابطه، منشأ تسلط وی بر آن چیز است یا اینکه آنچه را که اعتبار می کنند عبارت است از همان تسلط» (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۵۴)؛ این معنا در عبارات برخی از فقها نیز به کار رفته است: «مالکیت، موضوعی اعتباری و ازجمله احکام آن، سلطه است»^۳ (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۳۰)؛ همچنان که صاحب جواهر آورده است: «مالکیت عرفی عبارت است از سلطه و استیلاء» (نجفی (صاحب جواهر)، ۱۳۶۲، ج ۳، ص. ۱۲۲).

۲. صدق مال بر اعضای بدن انسان

از نظر منطقی بین مال و ملک، رابطه عموم و خصوص من وجه است. گاه چیزی مالیت دارد، ولی ملک شمرده نمی‌شود مانند هیزم در صحرا و گاه ملک است، اما عقلاً رغبتی به پرداخت در ازای آن ندارند مانند چند دانه گندم که ملک شخص است، اما ارزش مالی ندارد و گاه هم مال است و هم ملک مانند اموال تحت مالکیت افراد.

فقه‌ها به هر عین یا منفعتی که دارای قیمت بوده و در صورت اتلاف، متلف مسئول باشد یا آنچه احتمال حیا‌زت و انتفاع از آن باشد، مال گویند (خمینی (امام)، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۱۵۰). از تعریف لغوی استنباط می‌شود که مال، شیء ارزشمندی است که در ازای آن پرداختی صورتی می‌گیرد. برخی حقوق‌دانان عنصر اصلی مال را داشتن ارزش اقتصادی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص. ۱۰) و برخی قابلیت اختصاص داشتن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۴) دانسته‌اند؛ البته برخی فقها خصوصیت اخیر را پذیرفته‌اند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۴).

مالیت، اعتبار عقلایی است؛ یعنی مابه‌ازای خارجی ندارد، بلکه اعتبار عقلی و ذهنی است که عقلاً برای شیء فرض می‌کنند. منشأ این اعتبار، نفعی است که باعث رغبت عقلاً به آن می‌شود تا جایی که برای به دست آوردن آن می‌کوشند مانند حیا‌زت مباحثات یا در قبال آن عوضی قرار می‌دهند. اگر چیزی باشد که هیچ منفعتی بر آن متصور نشود، این شیء مال نیست. نداشتن منفعت نیز یا تکوینی است یا تشریعی؛ یعنی منفعت آن حرام است و در حکم نداشتن است مثل خمر.

در فقه معامله اشیای فاقد منفعت باطل و فاسد است و مراد از منفعت، منفعت مورد اعتناست. گاه شیء فاقد هرگونه منفعت است؛ یعنی نه منفعت شخصی دارد و نه نوعی و نه در حال حاضر منفعتی دارد و نه امید به منفعت آن می‌رود؛ یعنی هیچ مرغوبیتی در آن نیست که منشأ مالیت شود. این قسم از معاملات باطل و فاسد است.

مالیت به اعتبار خاصیت و منافع است که شیء متصف به آن است؛ پس اگر دارای منفعت عقلایی باشد، اعتبار می‌یابد. مالیت شیء نسبت به رغبت مردم تعیین می‌شود. اعضای بدن انسان به لحاظ داشتن منفعت عقلایی در زمره مال شمرده می‌شود، اما قیمت‌گذاری آن مرسوم نیست و موضوعات مالی عارض بر آن از قبیل دیه، جنایت و... معامله جان است و دریافت عوض در قبال آن نیست.

برخی عنصر زمان را در مالیت دخیل می‌دانند (صفایی، ۱۳۹۰، ص. ۸۵). در گذشته کارکردهای امروزی اعضای بدن شناخته شده نبود و عضو مقطوع، «میتة» و حکم آن نجاست بود. امروزه با پیشرفت دانش بشری این اعضا از منابع مهم در درمان بیماری‌ها از طریق پیوند است، بلکه تولید عضو از سلول‌های بنیادی از یافته‌های علمی دیگر شمرده می‌شود.

پس اعضای بدن به اعتبار ارزشمندی و انتفاع آن در عرف عقلا دارای مالیت است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۳۳۰). همین‌طور برخی فقها حکم به احتیاط در مصالحه کردن یا قرار دادن پول در برابر حق اختصاص یا اجازه جدا کردن عضو داده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص. ۴۴۳).

با پذیرش مالیت برای اعضای بدن انسان، حکم مالیت عضو پیوندی به طریق اولی به اثبات می‌رسد؛ زیرا اولاً، منفعت حلال و عقلایی آن انکارناپذیر است. ترمیم عضو آسیب‌دیده و درمان بیماری‌ها به‌ویژه در مواقع اضطرار و اهمیت حفظ جان آدمی از شمار منافع مهم آن است و ثانیاً، اگر عضو مقطوع عنوان میتة دارد یا عضوی از حیوان نجس‌العین است، ادله منع معامله اعیان نجس شامل این مورد نیست، بلکه منصرف به جایی است که منفعت حلال و قابل اعتنا نداشته باشد (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۳؛ نجفی (صاحب جواهر)، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۱۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۶، ص. ۴۲). براین‌اساس، مطابق معنی لغوی در ازای آن مال قرار داده می‌شود و نیز می‌تواند مورد مصالحه در برابر عوض باشد؛ چه صلح عقد مستقلی باشد (خمینی (امام)، ۱۳۹۹، ص. ۵۹۷) یا فرع بر عقود دیگر.

در عمل پیوند، عضو پیوندی جانشین عضو اصلی می‌شود و نقش آن را ایفا می‌کند. همان‌گونه که اعضای اصلی می‌تواند مال تلقی شود، اعضای پیوندی به‌خاطر داشتن منفعت مالیت دارد و قابل معامله و مصالحه است و خروج تخصصی از معاملات باطل دارد.

۳. منشأ و ماهیت مالکیت انسان بر اعضای بدن خود

با توجه به تعریف فقها از مالکیت، منشأ مالکیت انسان بر اعضای خود می‌تواند از اموری باشد که لازم است انطباق آن در مورد اعضای بدن مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. سلطنت و ید

انسان بر اعضا و جوارح خود سلطنت و اختیار تصرف دارد. این سلطنت تعبیر به مالکیت می‌شود و در کتاب‌های فقهی به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» مستند و چنین تعبیر شده است که انسان همان‌گونه که بر مال خود مسلط است، بر نفس خویش نیز مسلط است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۱۷).

یکی از عناصر مالکیت، تصرف و تسلط مطلق است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۱) و جان آدمی به دلیل منافع معقول و مشروع آن ارزشمند و اعضای بدن او دارای مالیت است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۷۲). برخی این مطلب را به صورت دیگری بیان کرده و از طریق اولویت نفس و جان و قیاس با اموال، سلطه بر نفس را ثابت کرده‌اند؛ یعنی مال از آن‌رو ارزشمند است که محصول جان آدمی است و به طریق اولی ارزش جان بیش از مال است (منتظری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص. ۱۵۶). امام خمینی (رحمت‌الله علیه) نظر به تفاوت مالکیت و تسلط، معتقد به تسلط انسان بر نفس خود است و این سلطه را موجب حقی می‌داند که بر اساس آن می‌تواند هرگونه تصرفی را که مانع شرعی و قانونی نداشته باشد، انجام دهد. این تسلط، مقدم بر تسلط بر مال است (خمینی(امام)، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۳۲). حال که انسان مسلط بر مال خویش و مالک آن است، تسلط و مالکیت وی بر نفس، اولی بر تسلط و مالکیت بر مال است؛ هرچند در رویکرد فقهی در اینکه بتوان این تصرف را به نفوس سرایت داد یا نه اختلاف نظر وجود دارد.

دیدگاه دیگر، از آن‌رو که انسان را مالک اعضای خود می‌داند، به اقتضای این مالکیت، برای او حق تسلط ذاتی و تکوینی قائل است. علامه طباطبایی آورده است «ملک، یک نوع اختصاص مخصوص است که به خاطر آن اختصاص، چیزی قائم به چیزی دیگر می‌شود و لازمه آن، صحت تصرفات است و صحت تصرفات، قائم به کسی می‌شود که مالک آن چیز است» (طباطبایی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۳۵).

از ادله مورد استشهاد قائلان بر سلطه، روایات معتبری است که از واگذاری تمام امور مؤمن به خودش خبر می‌دهد از جمله روایت امام صادق (علیه السلام) که فرمودند «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا وَ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ أَنْ يُذِلَّ نَفْسَهُ. أَلَمْ تَسْمَعْ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ...»؛ همانا خداوند تمام امور مؤمن را

به او واگذار کرده، اما به او اجازه ذلیل کردن نفس خویش را نداده است. آیا سخن خدا را نشنیده‌ای که فرمود عزت از آن خدا و پیامبر و مؤمنان است ... (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۶۳).

تفویض و واگذاری تمام امور به مؤمن به این معناست که در همه زمینه‌ها برای وی حقی مشخص شده و همین معنای قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» است (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، صص. ۱۶۵-۱۶۴). استناد به قاعده تسلیط خود دارای اشکال است، اما گفتنی است از این اخبار، تفویض تصمیم‌گیری و اختیار همه امورات مؤمن به او استنتاج نمی‌شود و قدر متیقن، افعال خارجی او مراد است.

سلطنت بر نفس با این اشکال مواجه است که اولاً، در حدیث منقول از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) به تسلط بر اموال تصریح شده (الناس مسلطون علی اموالهم) و به موضوع سلطنت بر «نفس» اشاره‌ای نشده، اما در بعضی از متون فقهی، عبارت «و انفسهم» به «اموالهم» عطف شده است (بروجردی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۳۷). ظاهراً علت این موضوع آن است که در چند آیه از قرآن مجید چنین عطفی وجود داشته است و نساخ و کاتبان متون مزبور به دلیل انس ذهنی به آیات مزبور، دچار چنین اشتباهی شده‌اند، اما فقهای معاصر با افزودن قاعده اولویت، تسلط بر نفس را استنتاج کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۳۳).

ثانیاً، قاعده در مقام بیان سلطنت مطلق انسان بر مال نیست که بتوان سلطنت نفس را از آن استنتاج کرد، بلکه مقید به عدم اضرار به دیگران و اسراف و عدم اتلاف مال و قرار دادن آن در معاملات ربوی و مواردی از این قبیل است که با اطلاق ادله مالکیت ناسازگار است. افزون‌براین، تسلط مطلق را نمی‌توان از طریق این قاعده به دست آورد؛ به‌ویژه مواردی که در تحقق تصرف داشتن یا نداشتن آن تردید وجود دارد؛ زیرا منشأ تردید اگر از بعد قابلیت شرعی باشد و از نظر عرف مشکلی نباشد، بر اساس عموماتی مانند عقد صلح (خمينی(امام)، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۹؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۶) یا بر اساس اصل اباحه اولیه می‌توان حق تصرف قائل شد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۲۳) درحالی‌که عرف ارتباط انسان با اعضای خود را از قبیل تصرف نمی‌داند تا دلیل شرعی دیگری بر آن اقامه شود.

نظر به استدلال پیشین، فرد حق انتفاع از اعضای خویش را دارد، اما از نظر

شرعی اجازه انتفاع او مطلق نیست؛ به طوری که هر تصرفی که بخواهد به واسطه این سلطه انجام دهد؛ یعنی در حق و حکم بودن این سلطه تردید وجود دارد؛ زیرا یکی از ویژگی‌های حق، قابلیت اسقاط یا انتقال است و این موضوع نیاز به دلیل دارد. از این رو در صورت نبودن دلیل شرعی، اصل، نبودن این ویژگی‌هاست. به این ترتیب، سلطه مطلق انسان بر اعضای خود پذیرفته نیست. اگر عضو پیوندی قائم مقام عضو اصلی شمرده شود، به طریق اولی، سلطه و مالکیتی بر آن نیست. اگر عضو مستقلی باشد، همان‌طور که انسان بر عضو اصلی خود که مقتضی خلقت اوست، سلطه مطلق ندارد، بر عضوی که به اضطرار درمان جزو بدن او شده است نیز تسلطی ندارد تا تعبیر به مالکیت شود.

۳-۲. عقلایی بودن ملکیت بدن

برخی فقها ملکیت انسان بر بدن را موضوعی عقلایی می‌دانند. از نظر عقلی و بر اساس سیره عقلا، اصل بر توانایی تصرف انسان در جسم خود و سلطه داشتن اوست. این استدلال در اثبات سلطنت بر نفس نیز به کار می‌رود (خمینی (امام)، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۳). برخی فقها از آن رو که مالکیت را اعتبار عقلا می‌دانند، حق تسلط و تصرف را از عوارض این اعتبار عقلایی تلقی می‌کنند (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۵۴).

شرح سخن این است که ملکیت از امور اعتباری و وجود آن به اعتبار عقلا وابسته است، بلکه ملکیت عین اعتبار عقلاست؛ زیرا ملکیت از جمله اعتبارات ذهنی است. ملکیت حقیقی که مصداق بارز آن مالکیت خداوند نسبت به جهان هستی است، گاه در مورد مالکیت انسان نسبت به اعضای خود نیز به کار می‌رود. اعتبار مالکیت یعنی ذهن شبیه این سلطه را در عالم خیال تصور می‌کند و آن را به دیگر اموال و املاک سرایت می‌دهد مانند مالکیت انسان نسبت به خانه یا دارایی‌های دیگر. عقلا هم همین را اعتبار می‌کنند که سلطه‌ای فرضی و اعتباری است. با توجه به این معنا، هرگاه عقلا برای اعضای بدن مالیت ببینند، اعتبار ملکیت نیز خواهند کرد و انسان را مالک این گونه فروعات خویش می‌دانند. امام خمینی (ره) می‌گوید: «چه بسا در برخی موارد، سلطنت در نظر گرفته شود و ملک و حق تعبیر نشود همانند سلطه مردم بر اموال خود؛ چراکه چنین سلطه‌ای عقلایی است و همچنان‌که مردم بر اموال خود سلطه دارند، بر جان

خویش نیز سلطه دارند و چنانچه از نظر عقلا منع قانونی و از نظر متشرعه منع شرعی در کار نباشد، می‌توانند به هر شکل در اموال خود تصرف کنند»^۴ (خمینی (امام)، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۳۲).

مرحوم خوئی (رحمت‌الله) معتقد است وجدان، ضرورت و سیره عقلا حکم می‌کند که هر فردی بر عمل و نفس خویش مسلط باشد. شارع مقدس این سلطنت را امضا کرده و مردم را از تصرفاتی که مربوط به نفس آنهاست، منع کرده است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، صص. ۳۰۳-۳۰۲).

وجود رابطه میان انسان و اعضای بدن انکارناپذیر است و اختلاف در ماهیت رابطه است. اصل اولیه نیز مبین توانایی انسان در تصرف بر بدن است؛ گرچه این تصرفات در مواردی به واسطه عقل و شرع محدود می‌شود. شیخ انصاری آورده است «قد استفيد من الأدله العقلیه و الثقليه تحريم الاضرار بالنفس» (انصاری، ۱۴۱۴، ج ۱، ص. ۱۱۶).

آیت‌الله مکارم شیرازی تسلط مردم بر نفس خویش را مستفاد از بنای عقلا می‌داند نه آیه و روایت؛ البته این سلطه تخصیص‌پذیر است و شامل هر نوع تصرفی نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۳۷).

عمده‌ترین دلیل ضمان جانی و الزام پزشک به اخذ اذن از بیمار بنای عقلاست؛ گرچه جنایت صورت‌گرفته عمدی نباشد؛ همان‌گونه که در موارد اتلاف اموال نیز بنای عقلا مهم‌ترین دلیل است (قاسمی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۱).

فلسفه اذن در تصرفات، قرار دادن مأذون، نازل منزله مالک است. از این رو ضمانتی متوجه مأذون نیست. لزوم اذن بیمار در معاینات و معالجات پزشکی حاکی از وجود رابطه بیمار با بدن خویش است و تبرئه پزشک از مسئولیت کیفری منوط به التزام وی در اخذ اذن است.

تعریف فقهی اذن و دیدگاه حقوق‌دانان، مسئله را روشن‌تر می‌کند. عبدالفتاح حسینی مراغی اذن را این‌گونه تعریف کرده است که «اذن عبارت است از رخصت مالک یا هرکس که در حکم مالک است در تصرف و رخصتی که قبل از تصرف صورت می‌گیرد، "اذن" نامیده می‌شود، اما اگر رخصت بعد از تصرف باشد "اجازه" نام دارد» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۵۰۶). در حقوق، «اذن انشای رضایت

قانون‌گذار یا مالک یا نماینده مالک یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است، به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیرمعین برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی است» (فصیحی‌زاده، ۱۳۸۰، ص. ۲۶).

عقلا از آن‌رو که بیمار را مالک یا در حکم مالک می‌دانند، برای او نوعی حق تصرف در بدن خود قائل هستند. پس فلسفه اذن به مالکیت او منوط می‌شود.

عضو به واسطه پیوند، جزو بدن پذیرنده و از اعضای او شمرده می‌شود و امکان عقلی مالکیت عضو و حق تصرف و سلطه غیر بر او اولاً، خارج از فهم عقلاست و ثانیاً، لازمه آن مالکیت دو فرد بر مملوک واحد است. صغری این است که چیزی که ملک شخص شده است، برای بار دوم ملک شخص دیگر شود و کبری این است که اللازم بالضرورة باطل فالملزوم مثله. این اصل در عبارات فقها نظیر المملوک و المستحق لایستحق و لایملک دیده می‌شود (انصاری (شیخ)، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۳۴۳).

۳-۳. ذاتی بودن مالکیت بدن

رابطه انسان با اعضای بدن از نوع مالکیت حقیقی است. ظاهر این است که مالکیت انسان نسبت به نفس خودش اعتبار نشده است. مالکیت اعتباری عبارت است از رابطه‌ای که بین شخص و چیز مادی تصور می‌شود و قانون آن را معتبر می‌شناسد و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از او جلوگیری کند (امامی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۴۲).

در منابع شرعی و حقوقی دلیلی بر این اعتبار به چشم نمی‌خورد، بلکه برخی حقوق‌دانان، برخورداری حق مالکیت انسان بر بدن خود را حق طبیعی او می‌دانند (شهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۳۴۹). از سوی دیگر، اعضا و اجزای وجودی انسان، قائم و وابسته به وجود خود اوست و هویت مستقلی ندارد. در نتیجه، انسان از لحاظ تصرف در آن‌ها آزاد است (طباطبایی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۲۱) و این همان مالکیت ذاتی است.

مالکیت ذاتی، حق دائمی است که به موجب آن، شخص می‌تواند حدود و تصرف مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص.

۲۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۱۱۸؛ رجایی و همکاران، ۱۳۹۰، ص. ۵۳). به عقیده آیت الله خویی (ره)، انسان نسبت به نفس، اعضا، افعال و ذمه خود مالک است؛ از نوع مالکیت ذاتیه اولیه (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۷).

می توان گفت مالکیت اعتباری برگرفته از مالکیت حقیقی انسان نسبت به افعال، قوا و اعضای خود است که با شبیه سازی آن، وجود چنین رابطه ای را میان محصولات کار و طبیعت تصور و اعتبار می کند (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۵۰).

علامه طباطبایی (رحمت الله علیه) نیز بر این عقیده است که «و هو مأخوذ من معنی آخر حقیقی نسبیّه أيضاً ملکاً و هو نحو قیام أجزاء وجودنا و قوانا بنا، فإنّ لنا بصراً و سمعاً و يداً و رجلاً و معنی هذا الملك أنّها فی وجودها قائمه بوجودنا غیر مستقلّه دوننا بل مستقلّه باستقلالنا و لنا أن نتصرّف فيها كيف شئنا و هذا هو الملك الحقیقی» (طباطبایی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۲۱).

۴. دلایل قائلان به مالکیت عضو پیوندی

در رابطه انسان با عضو پیوندی عده ای آن را جزو بدن پذیرنده عضو می دانند و استدلال های فقهی و اصولی بر آن دارند. از این رو همان اقوالی که در رابطه انسان با اعضای اصلی خود مطرح است، در اینجا جاری می شود. این قول بر مبانی زیر استوار است.

۴-۱. تبدل عرفی موضوع

بر اساس دیدگاه مالکیت عضو پیوندی، اگر با پیوند، عضو پیوندی عنوان سابق خود را از دست داده باشد، متعلق به فرد پذیرنده و جزو اعضای او می شود. در غیر این صورت بر عنوان سابق خود باقی است. با این فرض که قدر جامع کلام فقها در تغییر موضوع، تغییر عرفی آن است صرف نظر از دقت عقلی (غروی تبریزی، ۱۴۱۰، ج ۴، صص. ۱۴۸-۱۴۷).

فاضل لنکرانی (ره) می نویسد «ظاهراً منظور از حقیقت، حقیقت نوعیه عرفیه است نه حقیقت عقلیه که از جنس و فصل تشکیل شده و اطلاع بر آن دشوار است»^۵ (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۲ق، ج ۴، ص. ۴۴۹).

در پیوند عضو، متبادر این است که عضو به علت ناکارآمدی یا نقص تحت درمان قرار گرفته و دیگری جایگزین آن شده است. با این پیوند صورت قبلی و تعلق پیشین خود را از دست می‌دهد و عنوان جدید می‌یابد که متعلق به پذیرنده است و جزو اعضای او شمرده می‌شود و همان‌گونه که او مالک اعضای اصلی خویش است، مالک عضو پیوندی نیز است؛ زیرا احکام تابع اسم هستند و حقایق اشیا بر اسم جاری است. در واقع، بعد از پیوند، عنوان دومی با عنوان اولی و حکم آن نمی‌تواند یکسان باشد مانند زمانی که سگ و خوک در نم‌کار بیفتند و تبدیل به نمک شوند (بحرانی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۴۷۱).

۴-۲. انتقال

مقصود از انتقال این است که شیء به اعتبار اضافه شدنش به محل خاصی که حکم به نجاست آن می‌شود با انتقال به محل دیگری، شارع حکم به طهارت آن می‌کند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۶، ص. ۲۹۳). اقوال موجود در مسئله به نقل از صاحب‌الحدائق و صاحب‌جواهر، ممّا لا خلاف فیه و لا اشکال علیه است، اما از لحاظ عمل، مطهریت این عنوان مورد سیره متشرعه است (بحرانی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۵۰).

ملاک حکم در مطهریت انتقال، اضافه آن به مکان دیگر است نه اینکه حقیقت موضوع اول تبدیل به حقیقت دیگری مباین با اولی شود (خویی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۱۹۳). این استدلال در کلام قائلان به جواز پیوند دیده می‌شود و پیوند عضو از انسان یا حیوان یا نجس‌العین را از آن‌رو که انتقال سبب تطهیر است، جایز می‌دانند. عضو پیوندشده به سبب انتقال به بدن پذیرنده، نجاست سابق را از دست می‌دهد و پاک است. این طهارت به واسطه انتساب آن عضو به محل دوم و تعلق آن به محل جدید است (انتقال). از این‌رو می‌توان به تعلق عضو پیوندشده به محل دوم یعنی پذیرنده حکم داد و آثار وضعی عضو اصلی را بر عضو پیوندشده ثابت دانست. از این‌رو که عضو متعلق به بدن انسان و او مالک اعضای خویش است، مالک عضو پیوندی نیز می‌شود.

۵. ادله قائلان به نفی مالکیت

برخی فقیهان مالکیت انسان نسبت به اعضای بدن خویش را نپذیرفته‌اند. دلایل این دسته بر نفی مالکیت از این قرار است.

۵-۱. عدم تحقق اساس مالکیت در رابطه انسان با اعضای بدن

اقتضای مالکیت، تصرف تام، مطلق، انحصاری و دائم است. چنین رابطه‌ای بین انسان و اعضای بدن او متصور نیست.

قاعده شرعی مالکیت عام و مطلقه خداوند، او را مالک حقیقی می‌داند؛ مالکیتی که نیاز به دلیل ندارد، بلکه نتیجه قهری پذیرش خالقیت اوست و در بسیاری از آیات قرآن کریم اشاره شده است مانند تفسیر آیه «لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَ مَا فِي الْأَرْضِ»؛ یعنی آنجا که وی خالق و رب همه اشیاست، مالک آنان نیز به شمار می‌رود. به همین سبب، این مالکیت مطلق است و همه تصرفات را شامل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۲۲۶).

مبانی نظری دخالت الهی در شکل‌گیری دستگاه مالکیت و پذیرش این نوع مالکیت از جانب انسان همراه با محدودیت در آن است. در خصوص اموال، وجوب خمس و زکات، اعمال قدرت مالکیت خداوند است که در قرآن کریم با نشان دادن تمایل درونی و فطری انسان به حب مال، پرده از سیطره مالکیت الهی برمی‌دارد: «لن تتالوا البرّ حتی تنفقوا ممّا تحبون و ما تنفقوا من شیء فانّ الله به علیم» (آل عمران/۹۲).

به علت خلقت ویژه انسان و برخورداری او از استعداد و قدرت سلطه، نوعی از مالکیت به انسان تفویض شده که در طول مالکیت الهی است و مقید به حرمت القای نفس در تهلکه و اضرار به آن است که استدلال عقلی نیز دارد؛ اضرار از مصادیق ظلم است و قدر متیقن، هر ظلمی که معتدبه باشد، عقلاً قبیح و حرام است.

نتیجه اینکه، مالکیت حقیقی عبارت است از حق دائمی که در اثر توانایی و سلطنت تام شخص در حدوث و بقای ملک و از سوی دیگر، وابستگی مطلق و دوام ملک به وجود شخص برای وی در ملک مزبور ایجاد می‌شود. به موجب چنین حقی، تمام تصرفات در آن به وی اختصاص می‌یابد.

قانون مدنی در تعریف حقوق افراد نسبت به اموال خود، حق مالکیت را مطلق

می‌داند مگر در مواردی که قانون استثنا کرده است (مواد ۳۱ و ۳۰ قانون مدنی). نفی تصرفات ممنوع به دلیل ماهیت آن تصرف است که در مورد اموال، ماهیت مجرمانه عمل و در مورد نفس، اضرار به نفس است نه نفی مالکیت شخص.

مالکیت انسان بر بدن خود مطلق نیست. محدث بحرانی می‌گوید «اینکه انسان بتواند با نفس خود هر آنچه بخواهد انجام دهد، ممنوع است. پس اینکه او در تصرف تجاوز کند تا اینکه به حد اسراف یا اضرار نفس برسد، بر اساس آیات و روایات دلالت‌کننده بر تحریم اسراف و وجوب دفع ضرر از نفس و مال ممنوع است» (بحرانی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۳).

با این استدلال، ارکان مالکیت در رابطه انسان با نفس خویش محقق نیست. نه تنها انسان در حدوث و بقای حیات سلطه‌ای ندارد، بلکه انحای تصرف او مقید است؛ به‌طوری که با وجود این محدودیت، تعبیر به تصرف بودن یا نبودن آن محل تردید است.

۵-۲. اصل عدم جواز تصرف

با پذیرش وجود رابطه بین انسان و نفس خویش - هر تعبیری که درباره آن به کار رود اعم از سلطه یا اختیار بهره‌مندی و تصرف - می‌توان نوعی از تصرف و سلطه را برای انسان متصور شد که تعبیر مالکیت بالمسامحه است و با توسل به آن نمی‌توان او را مالک دانست؛ زیرا از سویی در تصرف بودن یا نبودن آن تردید وجود دارد و از سویی دیگر، «اصالة‌العدم» در مواقع تردید در اتصاف به این صفت یا غیر آن، حکم به عدم جواز می‌کند مگر دلیل بر آن باشد و چنین ادله‌ای وجود ندارد که بتواند مالکیت نفس را بیان کند، بلکه ادله حرمت اضرار بر نفس و اختلاف نظر فقها در نوع وابستگی و ارتباط شخص با بدن، عکس این برداشت است. برخی به استناد این سلطه، قائل به مالکیت انسان هستند و معتقدند ماهیت مالکیت با وصف حاضر ایجاد می‌شود و مستدل به دنبال همین است و اطلاق و تقیید از عوارض موضوع است که جای بحث دیگری دارد.

اشکال کلام در تشکیک‌پذیری مالکیت است که آیا می‌توان در مسئله وجود یا عدم وجود ملکیت قائل به تشکیک شد؟ حقیقت این است که در عالم، کثرت وجود دارد؛

یعنی وجود کثیر است و این کثرت حقیقی است. این کثرت غیر از کثرتی است که از طریق ماهیات عارض وجود می‌شود و کثرت، صفت ماهیت است و بالعرض وصف برای وجود می‌شود.

کثرت در وجود این‌گونه است که بعضی از وجودها ممکن‌اند و بعضی واجب، بعضی علت هستند و بعضی معلول، بعضی بالقوه و بعضی بالفعل و بعضی مجرد و بعضی ماده هستند.

بحث در این است که آیا این کثرات به وحدت برمی‌گردد؛ یعنی آیا حقیقت این کثرات، واحد است یا نه؛ یعنی آیا حقیقت این کثیرها یک چیز است یا اینکه مختلف است و به تعداد وجودات، حقیقت جداگانه وجود دارد؟ مشاء قائل است که هر وجودی برای خودش حقیقتی دارد که مستقل از دیگری است و هر موجود به تمام حقیقتش با حقایق دیگر مابین است و هیچ وجه اشتراکی بین یک وجود با وجود دیگر نیست. قائلان به تشکیک می‌گویند که وجودات در عین اینکه کثیر هستند، همه با هم در این موضوع اشتراک دارند که موجود هستند؛ یعنی معدوم نیستند (طباطبایی (علامه)، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۹).

مطابق با مبانی هر دو دیدگاه، قول به مالکیت عضو پیوندی معارض ندارد؛ زیرا بنا بر قول به تشکیک‌پذیری وجود و پذیرش نوعی رابطه بین انسان و نفس خویش، این رابطه از هر سنجی که باشد، نقطه اشتراک آن در وجود داشتن و معدوم نبودن است. این غرض در رابطه مضیق یا محدود انسان با اعضا و جوارح خود فراهم است؛ زیرا همگان به وجود ارتباط و وابستگی بین انسان و نفس خویش و جوارح خود اذعان دارند. آنچه مورد اختلاف است، تفسیر این رابطه و تعیین ماهیت و عنوان آن است. مطابق دیدگاه مشاء، حقیقت مستقل وجودات خللی به بحث وارد نمی‌کند؛ زیرا صرف درک رابطه در تحقق موضوع کفایت می‌کند و تفاوت در ماهیت، تصرفی در این مطلب ندارد؛ زیرا کثرت، صفت عارض بر وجود است.

طرف‌داران نظریه اصالت وجود، ماهیت را حد وجود و موضوعی اعتباری می‌دانند. صدرالمتألهین در این باره آورده است «وجود سزاوارترین چیز است به تحقق؛ زیرا ماسوای وجود (یعنی ماهیت) به سبب وجود متحقق و موجود در اعیان و اذهان است. پس به‌وسیله اوست که هر صاحب حقیقتی به حقیقت خویش می‌رسد (ملاصدرا،

۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۹۱).

امام خمینی (ره) ماهیت را جهت فقدان و حد وجود معرفی می‌کند که اثری ندارد و معتقد است در خارج بنا بر اصالت وجود تنها وجود متحقق است، اما عقل وقتی وجود شیء را تصور می‌کند، آن را به دو حیث وجودی و فقدانی تحلیل می‌کند که حیث فقدان آن منشأ انتزاع ماهیت می‌شود. از این رو آنچه تحقق دارد، یکی وجود است که اصل در تحقق است و دیگری ماهیت است که در پرتوی وجود و بالعرض موجود است که حد وجود است. پس موجود در خارج دو حیثیت دارد. یکی، حیثیت وجود و واقعیت و دیگری، خصوصیت و محدودیت وجودی آن که عبارت است از فقدان و نداشتن. از این رو ماهیت حدود وجود است (خمینی(امام)، ۱۳۸۵، ص. ۲۵۷). به عبارتی، ماهیت در مرتبه خارجی هنگامی انتزاع می‌شود که انسان یک وجود خارجی را به ذهن می‌آورد و آن را از وجود جدا می‌کند. این معنا از شیء در تمام مراتب وجود محفوظ است و با شدت و ضعف وجود فرد، قابل تغییر و تبدل نیست.

پس رابطه مالکیت انسان نسبت به اعضای خود با وجود مالکیت ضعیف نیز ثابت می‌شود و فرقی بین عضو پیوندی و غیر پیوندی نیست؛ زیرا عضو پیوندی، تابع عضو اصلی بوده و نازل منزله آن است و به دلالت ادله، جزو اعضای او شمرده می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. دانش پزشکی منافع نوینی برای اعضای بدن انسان یافته است که از نظر فقهی این منافع، حلال و تأیید عقلایی دارد.

۲. حلال بودن این منافع آن را از حرمت معامله اعیان نجس خارج می‌کند و افزون‌براین، با پذیرش عنوان جدید به واسطه پیوند، از عنوان سابق «میت» و حکم «نجاست» خارج می‌شود و فقها با تفاوت در مبانی استدلال، حکم به طهارت این عناوین داده‌اند.

۳. وجود رابطه بین انسان و اعضای بدن او اعم از عضو پیوندی یا اصلی مورد اتفاق است و نیاز به استدلال ندارد. اختلاف نظر فقها در تعیین عنوان و نحوه تسلط یا

تصرف و قدرت اختیار اوست و برداشت متفاوت فقها در این باره خللی به اصل وجود رابطه وارد نمی‌کند. این دیدگاه مبانی فلسفی متقنی دارد که مورد بررسی قرار گرفت.

۴. دیدگاه مالکیت انسان نسبت به اعضای خود اعم از عضو اصلی یا پیوندی دارای مبانی فقهی معتبر و مورد تأیید عقلاست.

یادداشت‌ها

۱. موسی گفت خدایا! من جز بر خود و برادرم مالک و فرمانروا نیستم.
۲. مشرکان را بگو کیست که از آسمان و زمین به شما روزی می‌دهد یا کیست که گوش و چشم‌ها عطا می‌کند؟
۳. «إِنَّ الْمَلَکِیَهِ عِتْبَارَ عَقْلَانِی وَ مِنْ أَحْکَامِهَا السُّلْطَنَةُ».
۴. «الْمَلَکِیَهِ الْعَرَفِیَهِ الَّتِی هِیَ عِبَارَهُ عَنْ السُّلْطَنَةِ وَ الْبِدْ».
۵. «رَبَّمَا تَعْتَبِرُ السُّلْطَنَةُ فِی بَعْضِ الْمَوَارِدِ وَ لَا یَعْتَبِرُ الْحَقُّ وَ الْمَلَکُ کَسُلْطَنَةِ النَّاسِ عَلَی نَفْسِهِمْ، فَأَنَّهُ عَقْلَانِیَهِ کَمَا أَنَّ الْإِنْسَانَ مَسْلُطٌ عَلَی أَمْوَالِهِ، مَسْلُطٌ عَلَی نَفْسِهِ فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِیْهَا بِأَیِّ صُورَةٍ شَاءَ، لَوْلَا الْمَنْعُ الْقَانُونِی لَدِ الْعُقْلَاءِ وَ الشَّرْعِی لَدِ الْمُتَشَرَّعِ».
۶. «إِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الْحَقِیْقَةِ هِیَ الْحَقِیْقَةُ النَّوْعِیَّةُ الْعَرَفِیَّةُ، لَا الْعَقْلِیَّةُ الْمَرْکَبَةُ مِنَ الْجِنْسِ وَ الْفَصْلِ الَّتِی یَکُونُ الْوُقُوفُ عَلَیْهَا مُتَعَسِّرًا».

منابع

- قرآن کریم.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله (بی تا). *منطق المشرقیین*. قم: مرعشی نجفی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۳). *حقوق مدنی* (جلد ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱ق). *المکاسب* (جلد ۱). قم: دارالذخائر.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۴) *رسائل فقهیه* (جلد ۱)، قم: مرکز مجمع الفکر الاسلامی.
- بحرانی، شیخ یوسف (بی تا). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة* (جلدهای ۴ و ۵). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بروجردی، مرتضی (۱۴۲۸ق). *مستند العروة الوثقی* (جلد ۱). تهران: علمیه.

- بستانی، پطرس، (۱۹۸۷). محیط المحيط، بیروت: مکتبه لبنان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- حسینی روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- حسینی مراغی، سیدمیرعبدافتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقہیہ (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی (امام)، سیدروح الله (۱۳۸۵). تقریرات فلسفه. تهران: مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی (امام)، سیدروح الله (۱۳۹۲). کتاب البیع (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی (امام)، سیدروح الله (۱۳۹۹). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی (امام)، سیدروح الله (۱۴۲۲ق). رساله توضیح المسائل. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (جلد ۲). قم: مدینه العلم.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (محمدعلی توحیدی، تقریر) (جلد ۱). قم: داوری خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸). فقه الشیعه: کتاب الطهاره (جلد ۲). قم: مؤسسه الافاق.
- دورلند، ویلیام الگزاندر نیومن (۱۳۷۵). فرهنگ پزشکی انگلیسی-فارسی دورلند (محسن ارجمند و فرید مدرس موسوی، مترجمان) (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: رهنما.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام (جلد ۱۶). قم: مؤسسه المنار/دفتر حضرت آیت الله سبزواری.
- شهیدی، مهدی (۱۴۱۰ق). تشکیل قراردادها و تعهدات (جلد ۱). تهران: مجد.
- شیرازی، صدرالدین (۱۳۸۰) الحکمه المتعالیه فی الاسفار (جلد ۲). تهران: شرکت دایره المعارف اسلامی.
- صدرالدین شیرازی، محمدبن ابراهیم (۱۳۸۶). الشواهد الربوبیه فی المناهج السلوکیه. (تصحیح جلال الدین شیرازی) قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: میزان.
- طباطبایی (علامه)، سیدمحمدحسین (۱۳۸۶). نهائیه الحکمه. قم: مؤسسه پژوهشی امام خمینی (ره).

طباطبایی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۷۴). *المیزان فی تفسیر القرآن* (جلد ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۰ق). *حاشیه المکاسب* (جلد ۱). قم: اسماعیلیان فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۳۲). *تفصیل الشریعه*. قم: مرکز فقه الثمه الاطهار.

فصیحی زاده، علیرضا (۱۳۸۰). *اذن و آثار حقوقی*. قم: بوستان کتاب.

فیضی طالب، عزیز (۱۳۸۸). *سلسله پژوهش های فقهی - حقوقی*. قم: قضا.

قاسمی، محمدعلی (۱۳۹۵). *فقه درمان*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *مقدمه علم حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: مدرسی.

کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی* (جلد ۵). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۴). *قواعد فقه*. تهران: نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹). *قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی.

مرتضوی لنگرودی، سید محمد مهدی (۱۴۱۱ق). *شرح عبدالصاحب علی المکاسب*. قم: مکتبه المفید.

مشکینی، علی (۱۳۸۶). *مصطلحات الفقه*. قم: دفتر نشر الهادی.

مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). *نظری به نظام اقتصادی اسلام* (جلد ۱). تهران: صدرا.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه* (جلد ۲). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵). *دایره المعارف فقه مقارن* (جلد ۱). قم: مدرسه الامام علی علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *النکاح* (جلد ۲). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقهیه* (جلد ۲). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). *استفتائات*. قم: مدرسه علی بن ابی طالب.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). *انوار الفقاهه* (جلد ۱). قم: مدرسه علی بن ابی طالب علیه السلام.

منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۳۶۹). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*. قم: نشر تفکر

موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*. قم: الهادی.

مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵ق). *کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه*. قم: موسسه النشر الاسلامی.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام* (جلدهای ۳ و ۲۲). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

References

- The Holy Qur'an.
- Ansari (Shaykh), Murtadha ibn Muhammad Amin (1990). *Al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Dar al-Dhakha'ir. [in Arabic]
- Ansari (Shaykh), Murtadha ibn Muhammad Amin (1993). *Rasa'il Fiqhiyyah* (Vol. 1). Qom: Majma' al-Fikr al-Islami Center. [in Arabic]
- Bahrani, Shaykh Yusuf (n.d.). *Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah* (Vols. 4–5). Qom: Al-Mu'assasah al-Nashr al-Islami. [in Arabic]
- Boroujerdi, Murtadha (2007). *Mustanad al-'Urwat al-Wuthqa* (Vol. 1). Tehran: 'Ilmiyyah. [in Arabic]
- Bustani, Butrus (1987). *Muhit al-Muhit*. Beirut: Maktabat Lubnan. [in Arabic]
- Dorland, William Alexander Newman (1996). *Dorland's English-Persian Medical Dictionary* (Vol. 2, trans. by Mohsen Arjmand & Farid Modarres Mousavi). 1st ed., Tehran: Rahnama. [in Persian]
- Emami, Sayyid Hasan (1984). *Civil Law* (Vol. 1). Tehran: Islamiyeh Bookstore. [in Persian]
- Fadil Lankarani, Muhammad (2011). *Tafsil al-Shari'ah*. Qom: Markaz Fiqh Ahl al-Bayt. [in Arabic]
- Fasihi Zadeh, Alireza (2001). *Permission and Its Legal Effects*. Qom: Bustan-e Ketab. [in Persian]
- Feyzi Talib, Aziz (2009). *Series of Jurisprudential-Legal Researches*. Qom: Qaza. [in Persian]
- Husayni Maraghi, Sayyid Mir 'Abd al-Fattah (1996). *Al-'Unwan al-Fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Al-Mu'assasah al-Nashr al-Islami. [in Arabic]
- Husayni Ruhani, Sayyid Muhammad Sadiq (1991). *Fiqh al-Sadiq (peace be upon him)*. Qom: Al-Imam al-Sadiq Institute. [in Arabic]
- Ibn Sina (Husayn ibn 'Abdullah) (n.d.). *Mantiq al-Mashriqayn*. Qom: Mar'ashi Najafi. [in Arabic]
- Jafari Langeroudi, Mohammad Jafar (2002). *Comprehensive Terminology of Law*. Tehran: Ganj-e Danesh. [in Persian]
- Katouzian, Nasser (1997). *General Rules of Contracts*. Tehran: Madarresi Publications. [in Persian]
- Katouzian, Nasser (2002). *Introduction to Law*. Tehran: Sherkat-e Sahami Enteshar. [in Persian]
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim (1989). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 2). Qom: Madinat al-'Ilm. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim (1997). *Fiqh al-Shi'ah: Kitab al-Taharah* (Vol. 2). Qom: Mu'assasah al-Afaq. [in Arabic]
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim (1998). *Misbah al-Fiqahah* (Compiled by Muhammad 'Ali Tuhidi) (Vol. 1). Qom: Dawari. [in Arabic]

- Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (2001). *Risalah Tawdih al-Masa'il*. Qom: Al-Mu'assasah al-Nashr al-Islami. [in Arabic]
- Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (2006). *Notes on Philosophy*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Persian]
- Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (2013). *Kitab al-Bay'* (Vol. 1). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (2020). *Tahrir al-Wasilah*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [in Arabic]
- Kulaini, Muhammad ibn Ya'qub (1986). *Al-Kafi* (Vol. 5). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (1995). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Madrasah al-Imam 'Ali ibn Abi Talib (peace be upon him). [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (1995). *Tafsir-i Namuneh* (Vol. 2). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [in Persian]
- Makarem Shirazi, Nasser (2003). *Al-Nikah* (Vol. 2). Qom: Madrasah al-Imam 'Ali ibn Abi Talib (peace be upon him). [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (2004). *Anwar al-Fiqahah* (Vol. 1). Qom: Madrasah 'Ali ibn Abi Talib (peace be upon him). [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (2006). *Encyclopedia of Comparative Fiqh* (Vol. 1). Qom: Madrasah al-Imam 'Ali (peace be upon him). [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Nasser (2006). *Istifta'at*. Qom: Madrasah 'Ali ibn Abi Talib. [in Arabic]
- Meshkini, Ali (2007). *Mustalahat al-Fiqh*. Qom: Daftar Nashr al-Hadi. [in Arabic]
- Muhaqqiq Damad, Sayyid Mustafa (2005). *Legal Maxims (Qawa'id Fiqh)*. Tehran: Nashr-e 'Ulum Islami. [in Persian]
- Muhaqqiq Damad, Sayyid Mustafa (2010). *Contracts in Imamiyyah Jurisprudence*. Tehran: SAMT. [in Persian]
- Murtadha Langeroudi, Sayyid Muhammad Mahdi (1990). *Sharh 'Abd al-Sahib 'Ala al-Makasib*. Qom: Maktabat al-Mufid. [in Arabic]
- Mutahhari, Murtadha (2010). *A View on the Economic System of Islam* (Vol. 1). Tehran: Sadra. [in Persian]
- Qasemi, Mohammad 'Ali (2016). *Fiqh-i Darman*. Qom: Markaz Fiqhi Ahl al-Bayt. [in Persian]
- Sabzevari, Sayyid 'Abd al-A'la (1992). *Muhadhdhab al-Ahkam* (Vol. 16). Qom: Mu'assasat al-Manar / Office of Ayatollah Sabzevari. [in Arabic]
- Sadr al-Din Shirazi (Mulla Sadra), Muhammad ibn Ibrahim (2007). *Al-Shawahid al-Rububiyyah fi al-Manahij al-Sulukiyyah* (Ed. Jalal al-Din Shirazi). Qom: Daftar Tablighat Islami. [in Arabic]
- Safa'i, Sayyid Husayn (2011). *Civil Law*. Tehran: Mizan. [in Persian]
- Shahidi, Mahdi (1989). *Formation of Contracts and Obligations* (Vol. 1).

- Tehran: Majd. [in Persian]
- Shirazi, Sadr al-Din (Mulla Sadra) (2001). *Al-Hikmah al-Muta'aliyah fi al-Asfar al-'Aqliyyah al-Arba'ah* (Vol. 2). Tehran: Encyclopaedia Islamica. [in Arabic]
- Tabataba'i (Allamah), Sayyid Muhammad Husayn (1995). *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (Vol. 1). Qom: Daftar Tablighat Islami. [in Arabic]
- Tabataba'i (Allamah), Sayyid Muhammad Husayn (2007). *Nihayat al-Hikmah*. Qom: Imam Khomeini Research Institute[in Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, Sayyid Muhammad Kazim (1989). *Hashiyah al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Isma'iliyan. [in Arabic]

- **An Introduction to the Conceptual Knowledge of Participatory Governance Jurisprudence219**
*Alireza Kazemi and Mostafa Masoudian**
- **The Primary and Secondary Rulings on Bribery for Attaining One's Right in Just and Unjust Governments, and Its Application to the Doctrine of Individualism in Society 249**
Seyyed Mohammad Hashem Pourmola and Maryam Talebi Ali*
- **The Impact of *Aqd al-Dhimma* on the Legal Status of Places of Worship for the People of the Book in Islamic Territories267**
Mehdi Moazami Goudarzi and Mahmood Akbari*
- **A Criticism of Accepting Registering instead of Pronouncing in Executing Marriage Contract; a Comparative Study with Iranian Civil Law 299**
Fatemeh Mashayekhi and Kobra Poorabdollah*
- **A Reflection on the Status Ruling on "Ownership of a Transplanted Organ 331**
Hamid Masjedsaraie and Zahra Akbarzadeh*

Article List

- **A Jurisprudential and Legal Analysis of the Effects of Contract Termination on the Restitution of the Transaction Object in the Iranian Legal System, with Emphasis on the Law Mandating Official Registration of Transactions Involving Immovable Property 1**
*Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad, Mohammad Bahrami Khoshkar and Abbas Asgari**
- **Redefining the Concept of *Property-Hood* (Mālīyah) and Its Impact on the Nature of Fiat Money and Cryptocurrencies.....25**
Mahdi shayeq and Mohammad eshaghi*
- **Feasibility of Affinity Sanctity after Rape 63**
Mohammad Hassani and Hassan Shahmalekpour*
- **Comparative Assessment and Analysis of the Components of Judicial Security in *Imāmīa* Jurisprudence and the Iranian Legal System: Overlaps and Distinctions 93**
*Ehsan Ahangari and Masoud Jahandoust Dalanjan**
- **Critique of the Sufficiency of Criminal Proof Evidence..... 133**
*Ahmad Haji Dehabadi and Amir Hossein Bahirae**
- **The Dichotomy of Security and Values from the Perspective of the Jurisprudence of Security 163**
*Mohammad Kazem Tabatabaee, Mohammad Javad Mohammadi and Yasin Pourali**
- **A Jurisprudential and Legal Analysis of the Impact of Damages Caused by the Bank's Improper Performance on Loan Recipients 183**
*Delavar Baradaran Zareh Shoran, Mohammadjavad Heydari Horestani and Mohammad Mahdi Assari**

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Research Letter of 25 **Social Jurisprudence**

Bi-Quarterly Journal of "Social Jurisprudence Research Letters"
Vol. 13 | Issue 1 | Serial 25 | Autumn & Winter 2025

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

Hossein Nasery Moghadam
Professor (Expertise: Jurisprudence & Principles) Ferdowsi University

Gholam Hossein Elham
Associate Professor (Expertise: Jurisprudence and Criminal Law) Imam Sadiq University

Sayyed Mohammad Reza Imam
Associate Professor (Expertise: Jurisprudence & Principles) Tehran University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax: +9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Theology & Islamic Studies Faculty,

Tel: +9821-88094001 Internal 374

Website: <https://sj.isu.ac.ir> Email: sj@isu.ac.ir