

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## فقه

کاوشی نو در فقه اسلامی

### فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و یکم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۳

۸۰

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسؤول: عبدالرضا ایزدپناه

سر دبیر: محمدحسن نجفی

هیأت تحریریه (به ترتیب الفبا):

عبدالرضا ایزدپناه

یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیداحمد حسینی (استاد سطوح عالی حوزه و عضو محترم جامعه مدرسین)

محمد زرنودی رحمانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی (دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

کارشناس تحریریه: محمدصادق مزینانی

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

ویراستار: علی کوچکی

مجله فقه به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی

در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید.

مجله فقه در بانک اطلاعات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noor Mags)

و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (www.daftarmags.ir) نمایه می شود

آدرس: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، دفتر مجله فقه، صندوق پستی: ۵۹۹-۳۷۱۸۵

تلفن دفتر مجله: ۳۷۷۴۲۱۵۸؛ نامبر: ۳۷۷۴۲۱۵۹؛ تلفن واحد توزیع: ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیک: feqh.osul@gmail.com؛ وب سایت: jf.isca.ac.ir

امور چاپ: سید حسین موسوی چاپ: چاپخانه دفتر تبلیغات اسلامی بهای: ۳۰۰۰ تومان

۱. مقاله ارسالی علاوه بر بهره‌مندی از اصول و ساختار علمی در پژوهش و نگارش، باید دست کم در یکی از این موارد، نوآوری داشته باشد: الف. طرح مسائل جدید و نوپیدای فقهی و اصولی؛ ب. طرح روش‌های نو در حل مسائل؛ ج. طرح مسائل پیشین در قالبی جدید؛ د. نقد نظریه علمی.
۲. حجم مقاله ارسالی، نباید بیش از ۲۵ صفحه<sup>۳۰۰</sup> کلمه‌ای نباشد.
۳. فایل مقاله (تایپ شده تحت برنامه Word با قلم B Lotus شماره ۱۴)، به دفتر فصلنامه فرستاده شود.
۴. مقاله دارای چکیده فارسی و در صورت امکان، چکیده عربی (۱۰۰ تا ۱۵۰ کلمه) باشد. کلیدواژه‌های مقاله نیز در سه تا هفت کلمه، پس از چکیده ذکر شود.
۵. مشخصات کامل نویسنده و رتبه علمی وی، شماره تماس و پست الکترونیک، در صفحه اول مقاله درج شود.
۶. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه‌ای منتشر و یا همزمان به نشریه دیگری ارسال شده باشد.
۷. مقاله برای درج در یک شماره فصلنامه آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
۸. ارجاعات مقاله به صورت درون‌متنی، بین پرانتز به این صورت ذکر شود:  
قرآن: (نام سوره/شماره آیه)  
کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر: شماره جلد/ شماره صفحه)  
مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه)  
اگر از یک نویسنده بیش از یک اثر در مقاله استفاده شده، در صورت اشتراک زمان انتشار آثار، با ذکر حروف الفبا پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند.
۹. اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشد، تنها نام خانوادگی یک نفر آورده شود و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره شود.
۱۰. فهرست منابع در پایان مقاله و به ترتیب حروف الفبا به صورت زیر تنظیم شود:  
کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، نام ناشر، محل انتشار، نوبت چاپ.  
مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه.  
۱۱. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و بیش از فهرست منابع آورده شود.  
۱۲. مطالب طرح شده، صرفاً بیانگر دیدگاه نویسندگان آن‌ها است.

۴	مبانی و ادله اعتبار شرعی شخصیت حقوقی / سیدضیاء مرتضوی
۳۱	ارث زنان از فضای محاذی زمین / محمدحسن نجفی راد
۶۱	رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات / مسعود امامی
۷۸	مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر / جواد حبیبی تبار؛ ضامن علی حبیبی
۱۰۳	تعامل با سلطان جور در اندیشه شیخ مفید / بهاء الدین قهرمان نژاد؛ فهیمه فرهمندیپور؛ سیدصادق حقیقت؛ محسن مهاجرنیا؛ مرتضی حسنی نسب
۱۲۱	کارکرد توسعه ای مبانی علامه طباطبایی (ره) در فقه القرآن / محمدصادق یوسفی
	مقدم
۱۴۰	تأثیرات فلسفه اسلامی بر علم فقه / محمدعلی اسماعیلی
۱۶۵	خلاصه مقاله ها به عربی / سبزه خدا

## مبانی و ادله اعتبار شرعی شخصیت حقوقی\*

سیدضیاء مرتضوی\*\*

### چکیده

یکی از نیازهای حیاتی جوامع کنونی، اعتبار داشتن شخص حقوقی در کنار اشخاص حقیقی است. به رغم پذیرش اصل شخصیت حقوقی در منابع فقهی و وجود مصادیق آن در دوره تشریح و پیش از آن، در منابع فقه استدلالی گذشته، نگاه مستقلی به آن صورت نگرفته است و تنها در دوره معاصر و به دلیل گسترش نیاز به این تأسیس حقوقی، کم و بیش مورد توجه قرار گرفته است. به اقتضای طبیعت مسائلی که تازه محل توجه و بحث شده و با توجه به آثار فقهی و حقوقی فراوانی که بر این امر بار می شود، پرداختن چندباره و گسترش جنبه های گوناگون بحث لازم می نماید. نگارنده در پژوهشی تفصیلی که خود بخشی از یک پژوهش گسترده در موضوع ضمان و مسؤولیت مدنی دولت در اقدامات زیانبار می باشد، به این موضوع پرداخته است؛ و در اصل پژوهش، علاوه بر مفهوم شناسی بحث و نشان دادن پیشینه موضوع در منابع فقهی، ادله آن را به صورت عام و نیز شخصیت حقوقی دولت را به صورت خاص نشان داده است. آنچه در این مقاله آمده، تنها گزیده ای از ادله عام این بحث است که در دو بخش کلی استدلال به سیره عقلا و اطلاقات و عمومات ادله، سامان یافته است.<sup>۱</sup>

### کلیدواژه ها

شخصیت حقوقی، سیره عقلا، عقود جدید، مالکیت، خطابات شارع.

\* تاریخ دریافت ۹۴/۱۲/۴؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۳/۱۰.

\*\* دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

امروزه با شناختی که از کشورها و جوامع و ماهیت مناسبات درونی و بیرونی آن‌ها داریم، ترسیم عملی جامعه و کشوری بدون پذیرش «شخصیت حقوقی»، شبیه محال است و حیات اجتماعی کنونی بشری و مناسبات عمومی جوامع جز با پذیرش آن، شکل نخواهد گرفت؛ تا جایی که این امر یکی از ارکان شکل‌گیری «دولت مدرن» به شمار رفته است (هلد، ۱۳۸۶: ۵۹-۵۸. نیز ر.ک: مرسی، ۱۳۷۳: ۳۷۳؛ مهاجریان، ۱۳۷۳: ۷۶). با این حال از نگاه فقهی، «شخصیت حقوقی» در اصل و در آثار آن، به ویژه در موضوع گسترده ملکیت و شؤون و احکام آن، با پرسش‌های بسیاری مواجه است. از مهم‌ترین و مبنايي‌ترین مسائل نظام و حکومت، مانند جایگاه نظام سیاسی و نسبت آن با حاکم و جایگاه قانون اساسی و نهاد «دولت - کشور» تا گسترش یا عدم گسترش حرمت ربا به اشخاص حقوقی مانند بانک‌ها و تا احکام خمس و زکات، و نیز از مالکیت دولت تا مالکیت شرکت‌ها و مؤسسات عمومی و خصوصی و آن همه احکامی که به شؤون مختلف ملکیت برمی‌گردد، همگی با این مفهوم، پیوند دارند. از این رو، جای شگفتی نیست که این موضوع یکی از مصادیق مسأله «دخالته زمان و مکان در اجتهاد» شمرده شود (سبحانی، ۱۴۱۶: ۱۵۴).

پرسش این است که آیا از نگاه فقهی، شخصیت حقوقی وجود دارد و می‌تواند اجمالاً همانند شخصیت حقیقی و طبیعی، اهلیت داشته، موضوع حق و تکلیف قرار گیرد؟ به رغم این که بخش اصلی موضوع شخصیت و اشخاص حقوقی به شؤون مختلف مالکیت برمی‌گردد و حقوق دانان از این منظر، درباره آن سخن گفته‌اند و حتی قوام آن را در قابلیت تملک دیده‌اند، اما احکام و پی‌آمدهای پذیرش آن را نباید به شؤون مختلف ملکیت و مالکیت محدود کرد؛ مثلاً با فرض پذیرش شخصیت حقوقی و پذیرش دولت، آیا می‌توان میان حاکم و نهاد حکومت در بحث «بغی»، تمایز قائل شد؛ و خروج بر حاکم و مخالفت با وی را لزوماً به معنای خروج بر حکومت ندانست؟ آیا می‌توان حکومت را بدون شخص حقیقی یا حقوقی حاکم فرض کرد، به گونه‌ای که دست کم بخشی از احکام و شؤون حاکم مانند جنگ و صلح، به آن واگذار شود؟ طبعاً در پی این پرسش، پرسش‌های فرعی زیادی وجود دارد که در منابع حقوقی نیز به آن‌ها پرداخته شده است. چنان که پرسش از «مسئولیت کیفری» شخصیت حقوقی در کنار بحث از «مسئولیت

مدنی» آن، توجه حقوق دانان و قانون گذاران را به خود جلب کرده است و از امکان و چگونگی آن نیز سخن گفته‌اند (از جمله نک: اکبری، ۱۳۸۴: ۱۷-۱۹؛ خردمندی، ۱۳۸۳: ۱۰۸) و قوانین برخی کشورها مانند انگلیس (مرسی، ۱۳۷۳: ۱-۳۸۹)، آمریکا، ایتالیا و آلمان، مسؤولیت کیفری شخص اعتباری را پذیرفته‌اند (صانعی، ۱۳۷۶: ۱۲۱/۲-۱۲۰). یکی از پرسش‌ها نیز این است که آیا دولت را می‌توان به عنوان یک شخص حقوقی تلقی کرد و آثار حقوقی و فقهی مانند مالکیت و مسؤولیت و ضمان را بر آن بار کرد؟ نگارنده در پژوهش خود به این پرسش نیز پرداخته است و اینک مجال بازگویی آن نیست. آنچه در این جا می‌آید، بررسی ادله فقهی اعتبار شرعی اصل شخصیت حقوقی است که در دو بخش ادله عام و ادله خاص پیش رو گذاشته می‌شود.

از نظر پیشینه بحث، تا آن جا که ما سراغ داریم، آیت الله سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، نخستین فقیهی است که به صورتی برجسته و روشن، اصل موضوع را پذیرفته، بر آن به اجمال استدلال کرده و سخن او در این باره مورد توجه و ارزیابی و پذیرش فقهای بعدی قرار گرفته است. راهی که وی به صورت روشن گشوده و یا دست کم بر آن تأکید کرده، این تأسیس حقوقی را به روشنی پیش رو گذارده و فقهای بعد نوعاً با اصل مبنای آن، همراهی کرده‌اند. چنان که ردیابی موضوع نشان می‌دهد، فقهای پیش از وی نیز گاه توجه به عناوینی غیر از عنوان حقیقی انسان داشته‌اند که آثار مالکیت یا برخی آثار آن را می‌توان بر آن بار کرد و برخی مصادیق اشخاص حقوقی را نشان داده‌اند، و ما در جای دیگر به تفصیل به این موضوع پرداخته و افزون بر گزارش گفته‌های این فقها، بخشی از ادله اعتبار شخصیت حقوقی را همان جا آورده‌ایم و آن‌ها را در این جا تکرار نمی‌کنیم (نک: مرتضوی، ۱۳۹۱: ۶۶-۱۰۷). آنچه در این مقاله محور اصلی استدلال بر اعتبار فقهی و شرعی شخصیت حقوقی است، یکی سیره و ارتکاز عقلا و تأیید آن از سوی شارع است؛ و دیگر، استناد به عموماً و اطلاعات موجود. این گفتار را در دو امر پی می‌گیریم.

### بخش اول: اعتبار سیره و ارتکاز عقلا

سیره و ارتکاز عقلا در کنار توجه به قلمرو اعتبارات عقلایی، یک دلیل عمده و بلکه عمده‌ترین دلیل در اثبات شخصیت حقوقی است. در این جا نخست به موضوع اعتباری بودن قلمرو عناوین و موضوعاتی مانند ملکیت، به عنوان مقدمه استدلال به سیره و ارتکاز عقلا پرداخته می‌شود و سپس به تکمیل استدلال آن.

## ۱. شخصیت حقوقی، اعتباری عقلایی

شخصیت حقوقی، واقعیتی جز اعتبار ندارد که عقلاً بر پایه نیاز و مصلحتی که در جعل آن می‌بینند، حسب مورد، اعتبار و آثار مورد نظر را بر آن بار می‌کنند. نکته کلی سخن، این است که اموری مانند ملکیت، مالکیت، ذمه، ضمان و مسؤولیت در فقه و حقوق، واقعیتی جز جعل و اعتبار ندارد و تعیین موضوع یا متعلق آن‌ها نیز بسته به دایره اعتبار است؛ و شارع حکیم بر پایه همین اعتبارات وضعی، سخن گفته و از جمله موضوع احکام تکلیفی خود قرار داده است. تأکید بر این امر، از این رو است که تأکید شود صرف نظر از وجود و عدم وجود شخصیت حقوقی در دوره تشریح و پذیرش آن از سوی شارع، این عناوین اساساً از یک سو، ماهیتی اعتباری و از سوی دیگر، خاستگاهی عقلایی دارد؛ و در اصل، در دایره تعاریف و حدود عقلاً می‌گنجد و شارع مقدس هر جا قید و شرطی را لازم یا زائد دیده، دخالت کرده است. خاستگاه موضوعاتی مانند این مفاهیم، تنها نیاز انسان و اعتبارات عقلایی و عرفی است که به فراخور این نیاز پدید می‌آید؛ حتی تشریح احکام نیز که ریشه در مصالح واقعی دارد، بیش از امری اعتباری از سوی شارع حکیم نیست.

آیت الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی نقطه اصلی و بلکه یگانه خود در پذیرش این نظریه را این مبنای کلی و عام قرار داده که این دست امور، در شمار امور اعتباری عقلایی به شمار می‌رود و وجودی جز اعتبار و جعل ندارد؛ و آنچه برابر آن است، همان قرار عقلاً می‌باشد؛ و ملکیت، یکی از مصادیق روشن آن است. فقهای پس از ایشان نیز به درستی بر همین دلیل تکیه کرده‌اند. هسته اصلی سخن این فقها در پذیرش نظریه اهلیت و شخصیت حقوقی، اولاً یک کبرای کلی است؛ و آن این که اموری چون مالکیت و مسؤولیت، اموری اعتباری است که منشأ اعتبار آن، عقلاً یا شارع می‌باشد و متعلق آن، خود می‌تواند امری اعتباری باشد؛ و ثانیاً یک صغرای تحقق یافته که عقلاً برای عناوینی چون زکات و خمس و بیت‌المال و یا اعیانی چون مسجد و مدرسه و پل، اهلیت تملک و شخصیت حقوقی قائلند. چنان که در نگاه عقلاً، برای موضوعات اعتباری می‌توان ذمه یا اهلیت حقوقی قرار داد که خود ماهیتی اعتباری دارد. کاملاً روشن است که این مبنای عقلایی، به مصادیقی که

در سخن این فقها آمده، اختصاص ندارد و شامل سایر اعیان واقعی یا نهادهای حقوقی و ساختارهای اجتماعی و هر عنوان کلی ای می شود که عقلاً آن را شخص حقوقی حساب کنند و برای آن شخصیت قائل شوند.

## ۲. سیره و ارتکاز عقلا

اعتباری بودن مفاهیم و عناوینی مانند مالکیت و ضمان و ذمه و اهلیت حقوقی و قرار داشتن در قلمرو عمل عقلا از یک سو، و نیاز و مصلحت اجتماعی از سوی دیگر، این ارتکاز را در اذهان عقلا پدید آورده است که دایره موضوع و متعلق چنین عناوینی را به افراد بشر به عنوان اشخاص حقیقی محدود نکنند. آنان بر پایه همین ارتکاز، سراغ اعتبار ذمه و اهلیت و شخصیت برای برخی عناوین حقیقی دیگر مانند معبد یا عناوین اعتباری و جعلی مانند دولت و شرکت رفته و آن‌ها را موضوع یا متعلق احکام حقوقی خود قرار داده‌اند. در ارزیابی فقهی این عمل و واقعیت آشکار عقلایی، یک پرسش این است که آیا این امر، رویه و سیره‌ای تازه و بدون پیشینه در دوره تشریح است؟ پرسش دیگر، چگونگی احراز تأیید آن از سوی شارع است.

برخی با اذعان به این که این دست امور، اموری اعتباری است و اعتبار امری کم هزینه می باشد و پذیرش وجود مصادیقی از شخصیت حقوقی در فقه اسلامی، مانند اموالی که در مالکیت موقوفات در می آید و مالکیت عناوینی مثل فقرا و منصب امامت یا حکومت، پرسش اصلی خود را متوجه این نقطه کرده‌اند که آیا می توان هر آنچه از مصادیق اشخاص حقوقی و آثار آن مانند ملکیت و ذمه را که عرف عقلایی امروزه پذیرفته، درستی آن را بر پایه ادله و موازین فقهی، اثبات کرد یا خیر؟ به نظر ایشان، این‌ها برای اثبات فقهی همه مصادیق شخصیت‌های حقوقی که در حقوق غرب آمده، کافی نیست. اعتبار سیره موجود عقلا در زمان معصومان(ع) با فرض عدم منع آن، اصلی پذیرفته است، اما در ارزیابی استدلال به ارتکاز عقلا در این بحث، یک چالش کلی در تعیین قلمرو چنین سیره‌هایی وجود دارد که آیا محدود به همان محدوده و مصادیق موجود در زمان تأیید بوده یا بخشی را که در کنج ذهن و ارتکاز عقلا بوده و در طول زمان تحقق بیرونی خواهد یافت نیز - هرچند در آن زمان، مصادیق آن در عمل وجود نداشته - شامل می شود؟ تأیید ارتکازات عقلایی، در صورتی ممکن است که حکمی ارتکازی وجود داشته باشد؛ و برخی مصادیق موضوع آن در زمان معصوم(ع) وجود داشته است و اینک مصداق حقیقی و تکوینی دیگری از آن پدید



آمده که مانند آن در گذشته نبوده است؛ اما اگر مصداق حقیقی تازه‌ای برای آن موضوع پدید نیامده باشد، ولی خود عقلاً دایره حکم را گسترش داده‌اند، به این معنا که یا حکم را گسترده‌تر گرفته‌اند یا این که فرد اعتباری جدیدی را برای آن موضوع پدید آورده‌اند، در این صورت نمی‌توان حکم تأییدشده زمان معصوم (ع) را به مورد تازه گسترش داد؛ زیرا در فرض نخست که گسترش در قلمرو حکم داده‌اند، واضح است حکمی تازه است؛ و فرض دوم نیز که فرد اعتباری جدیدی پدید آورده‌اند، واقعیت آن، همان گسترش حکم یعنی پدید آوردن حکم تازه است که فرض نخست بود. گسترش اعتبار شخصیت حقوقی از برخی موارد موجود در زمان معصوم (ع) به مصداقی چون شرکت‌ها و مؤسسات و نهادهایی که در گذشته وجود نداشته و به ذهن کسی نمی‌آمده، از این قسم است که واقعیت آن به گسترش دایره حکم و ارتکاز برمی‌گردد و نه ظهور مصداقی تازه؛ و با فرض این که توسعه قلمرو حکم و ارتکاز عقلاً شمرده نشود، از کجا معلوم که مصداقی تازه، در ارتکاز آنان وجود داشته است؟ این خود نیازمند اثبات است. از این رو، از راه استناد به ارتکاز عقلایی نمی‌توان اعتبار همه مصداقی شخصیت حقوقی را ثابت کرد (نک: حایری، ۱۴۲۳: ۱/۹۷-۸۲).

### ۳. استوارسازی استدلال به سیره و ارتکاز عقلاً

در ارزیابی نگاه یادشده، ملاحظات چندی را پیش رو می‌گذاریم؛ ملاحظاتی که در مجموع نشان می‌دهد همراهی شارع حکیم با سیره یا ارتکاز عقلاً در پذیرش شخصیت حقوقی، تنها در برخی مصداقی یا در مواردی نیست که در نهایت به یک شخصیت حقیقی بینجامد.

۳/۱. چنان که شواهد تاریخی و اجتماعی به خوبی نشان می‌دهد، شخصیت حقوقی و اصل اعتبار آن به عنوان یک نیاز اجتماعی و عقلایی، واقعیتی است که ریشه دیرینه‌ای در زندگی انسان دارد؛ و آدمی در زندگی اجتماعی خود، همان گونه که خود را نیازمند جعل و اعتبار مفاهیمی مانند ملکیت، ضمان، ذمه، دین، و انواع عقود میان آدمیان به عنوان اشخاص حقیقی دیده، به جعل و اعتبار مفهوم شخصیت حقوقی و تعیین اشخاص آن، نیازمند دیده است. نمونه روشن این واقعیت را از یک سو در تفکیک میان شخصیت حقیقی و حقوقی سران قبایل و حکومت‌ها می‌توان دید که پیمان‌ها و قراردادهای و تعهدات داخلی یا بیرونی دوجانبه و چندجانبه میان خود را امری شخصی و وابسته به یک فرد نمی‌شمردند که با مرگ یا برکناری او لغو شود؛ و از سوی دیگر، وقف بر بت‌ها و معابد و مانند آن یا هدیه

به آن‌ها و یا وقف بر جهات و عناوینی کلی مانند نیازمندان و درراه‌ماندگان، در جوامع مختلف الهی و غیرالهی، امری رایج بوده است. در نقد یادشده نیز این واقعیت عقلایی انکار نشده و به نمونه‌هایی از مصادیق آن در شرع و فقه اسلامی اذعان شده است.

۳/۲. نیاز به اهلیت دادن به برخی اشخاص حقوقی، به ویژه در موضوع ملکیت و آثار آن، امری است که به زندگی اجتماعی بشر برمی‌گردد؛ و از این رو، طبعاً به جامعه‌ای خاص اختصاص نداشته است؛ چنان‌که در قانون روم باستان، امری شناخته شده بود و آن قانون برای حکومت و برخی شرکت‌ها و مؤسسات چنین شخصیتی قائل بود (مرسی، ۱۳۷۳: ۳۷۴). برخی با این بیان که شخصیت حقوقی از روزگاران پیش در جهان وجود داشته است اما اروپائیان بر آن نام نهاده و با نظم از آن بحث کردند (لنگودی، ۱۳۸۱: ۲۲۵۲/۳)، به همین واقعیت اشاره کرده‌اند. اما توجه به جامعه جاهلی پیش از اسلام، افزون بر این که یک نمونه به دست می‌دهد، ما را با فضایی که تشریح اسلامی در آن صورت گرفته و اهلیت و اعتبار برخی از موارد اشخاص حقوقی تأیید شده آشنا می‌سازد و نشان می‌دهد پذیرش این موارد در همراهی با اصل حکم و سیره عقلایی در همان جامعه در پذیرش شخصیت حقوقی و تعیین برخی مصادیق آن، به حسب نیاز و مصالح مورد نظر است. عرب جاهلی گرچه در تطبیق این نیاز بر برخی مصادیق مانند بت‌ها و بتکده‌ها به خطا می‌رفت، اصل اهلیت بخشی و شخصیت دادن به غیر شخص حقیقی انسان را برخاسته از یک نیاز اجتماعی و بر پایه اعتبار و جعل عقلایی می‌دید؛ این است که آنان تنها برای بت‌ها که آن‌ها را در سرنوشت خود دخیل می‌دانستند و برای معابد و بتکده‌ها که وجود عینی خارجی داشت و ممکن است گفته شود همانند انسان آن‌ها را دارای نوعی حقیقتی بیرونی دانسته و شخص حقیقی به شمار می‌آورده‌اند، وقف نمی‌کردند بلکه برای عناوین و جهاتی کلی مانند نیازمندان و درراه‌ماندگان نیز وقف می‌کردند یا دولت و بیت‌المال را مالک می‌شمردند. چنان‌که برای قبیله به عنوان یک نهاد و یک واحد اجتماعی، شخصیت قائل بودند؛ و در برابر برخی امور، مسؤول می‌شمردند. دکتر جواد علی بر پایه منابع تاریخی و اسناد موجود در جاهای مختلفی از کتاب برجسته خود، مطالبی را گزارش کرده که نشان می‌دهد در دوره جاهلی مصادیقی از اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته شده بود و اصل اعتبار شخصیت حقوقی به عنوان یک ارتکاز عقلایی و عرفی، امری پذیرفته بوده است. جمع بندی زیر شامل بخشی از این گزارش می‌باشد:

الف) ملکیت اموال منقول و غیرمنقول در شبه جزیره عربستان به صورت کلی، چهار

گونه بود: ملکیت حکومت، ملکیت شخصی شاه یا حاکم، ملکیت معابد، و ملکیت اشخاص. زمین‌هایی که با جنگ تصرف می‌شد و درآمد آن‌ها، زمین‌هایی که مربوط به حکومت‌های دیگر بود و زمین‌های رهاشده یا بی‌وارث، همه در شمار اموال حکومت به شمار می‌رفت (علی، ۱۹۷۸: ۲۵۷/۵-۲۵۸) و سرزمین‌های فتح‌شده، حق حکومت بود و به نام آن ثبت می‌شد و جزو بیت‌المال به شمار می‌رفت. البته اشراف و نظارت بر آن‌ها در اختیار حاکم بود؛ چون او رئیس حکومت بود؛ چنان‌که وقتی شاه سبأ سرزمین «اوسان» و «دهس» و «عبدان» را فتح کرد، همه آن سرزمین به همراه شهروندان آن، ملک حکومت سبأ و بیت‌المال آن شد و مدیریت آن به دست حاکم افتاد (همان: ۲۵۵-۲۵۶). البته این تفکیک، مانع از آن نبود که شاهان در اموال دولتی همانند اموال شخصی خود تصرف کنند و از این جهت، فرقی میان این دو نبینند (همان: ۱۹۱).

ب) وقف، نذر، صدقه و هدیه برای بت‌ها امری رایج بود و معابد دارای موقوفه‌های مختلفی بود. چنان‌که زمین و درختان خرما و انگور و مانند آن و انواع حیوانات یا چراگاه‌ها را بر بت‌ها و بتکده‌های خود وقف می‌کردند و برخی درآمد آن را برای درراه‌ماندگان قرار می‌دادند. معابد افرادی برای گردآوری درآمدهای موقوفات خود و حتی ایجاد تشکیلات ویژه‌ای برای اداره املاک گسترده معابد داشتند (همان: ۱۸۵-۱۸۷ و ۲۵۹ و ۶۱۰ و ۱۸۸-۱۸۹ و ۲۱۰-۲۱۱). نذر برای بت‌ها و معابد، نقشی بس مهم در زندگی دینی مردمان جاهلی داشت و طیف گسترده‌ای از اموال و کارها را در برمی‌گرفت (ر.ک: همان: ۱۸۹/۶-۱۹۵)؛ امری که در قرآن کریم نیز به آن اشاره شده است (انعام/۱۳۶). در مناطق جنوبی شبه جزیره، به رغم سلطه حاکمان بر زمین که تنها در مالکیت بت‌ها بود، رجال دینی در اداره اموال معابد استقلال داشتند و معابد مالیاتی به حکومت نمی‌پرداختند و از این رو، دارای ثروت و قدرت بودند (علی، ۱۹۷۸: ۲۵۴/۵)؛ چنان‌که برخی اسناد نشان می‌دهد همان‌گونه که سهمی از درآمد سالانه زمین به عنوان زکات به صاحبان زمین و دولت پرداخت می‌شد، سهم معینی مانند یک‌دهم، برای معابد بود (همان: ۱۸۷)؛ حتی در آثار کشف‌شده برخی معابد، قراردادهایی در موضوع اجاره املاک معابد به دست آمده است و در آن‌ها شروط مورد توافق با معابد برای در اختیار گرفتن موقوفه ذکر شده است (همان: ۱۸۸/۶). وقف مستقیم درخت خرما یا آب برای نیازمندان و درراه‌ماندگان نیز وجود داشت (همان: ۶۱۰/۵). هدیه به بت‌ها و معابد نیز چنان‌که اشاره شد، امری رایج بود؛ از جمله انواع بخور، عطریات، لباس، پارچه و غذا. اهدای به کعبه، خانه خدا، از جمله حیوانات

قربانی نیز از همین منظر ارزیابی شده است و حتی نامیدن شتر به «هدی» که در قرآن نیز چند بار آمده، از همین رو بوده است (همان: ۲۰۹/۶-۲۱۰)؛ چنان که گفته شده شمشیر ذوالفقار که پیامبر اکرم (ص) به امام علی (ع) داد، در شمار اموال اهدایی به بت «منات» یا «فلس» بوده است و علی (ع) در سال هشتم هجرت، به دستور پیامبر (ص)، آن بت و بتکده را ویران ساخت و اموال آن از جمله آن شمشیر را برای حضرت آورد (همان: ۲۴۹). پذیرش مالکیت صاحب قبر و حق اختصاصی وی نسبت به آن در دوره جاهلی (همان: ۵/۵۷۶) را نیز می توان از همین منظر دید که آنان برای مرده، شخصیت حقوقی قائل بودند؛ و تصرف بی اجازه در آن را تصرف در مال صاحب قبر و اهل او می دانستند.

ج) برخی شواهد نشان می دهد قانون گذاری جاهلی، بر پایه قانون پیوند و وابستگی قبیلگی (عصبیت)، اجمالاً اهلیت و شخصیت حقوقی قبیله و مسؤولیت آن را به عنوان یک نهاد اجتماعی و حقوقی پذیرفته بود؛ چنان که قبیله را نسبت به هر فردی از افراد قبیله که از اموال بت و بتکده سرقت می کرد یا زبانی به آن می رساند، در برابر الاهی و بت، مسؤول می شمرد (همان: ۴۵۱/۷). بر همین پایه، در صورت ارتکاب جنایت از سوی یکی از افراد قبیله و عدم امکان قصاص قاتل، مسؤولیت در نهایت، به عشیره و قبیله منتقل می گشت و به آن «معاقله» گفته می شد. این مسؤولیت محدود به زیان های جانی نبود و شامل زیان های مالی نیز می شد؛ و قبیله تنها در صورتی که نسبت به فردی از افراد قبیله، آشکارا از خود سلب مسؤولیت و در واقع او را طرد کرده بود، در برابر جنایت و زیان بعدی وی مسؤول نبود و به چنین فردی «خلیع» گفته می شد (همان: ۴۸۸/۵-۴۹۰).

د) اجاره دادن زمین هایی که در ملکیت شاهان و حاکمان بود نیز یکی از زمینه های بروز شخصیت و اهلیت حقوقی قبیله بود. این زمین ها گرچه نوعاً به بزرگان و رؤسای قبایل اجاره داده می شد، اما گاه نیز به قبیله به عنوان «قبیله» اجاره داده می شد؛ و آن قبیله در برابر زمین مسؤول بود. از این رو، در قرارداد اجاره، نام قبیله ذکر می شد؛ به این دلیل که آن قبیله عهده دار کار بود (همان: ۲۵۸).

ذکر این همه، از آن جهت مفید و بلکه لازم است که از یک سو نشان می دهد این سیره و ارتکاز عقلایی از جمله درباره شخصیت دولت و قبیله، حتی در دوره جاهلی نیز وجود داشته و تا آن جا که محل نیاز بوده، مصداق داشته است؛ و از سوی دیگر، نشانه و تأکیدی است بر این واقعیت که تأیید مصادیقی از شخصیت حقوقی در تشریح اسلامی، در همین فضا و در ادامه همین سیره و ارتکاز کلی عقلایی بوده است و محدود به مصادیق یادشده

نمی‌باشد. این نکته قابل توجهی در اصل ثبوت شخصیت حقوقی از جمله شخصیت حقوقی دولت و حکومت است؛ چنان‌که در بخش دوم نیز در تأکید بر امضایی بودن عناوین معاملات به عنوان یک نیاز اجتماعی، به وجود عناوین معاملات و حتی عبادات در دوره جاهلی اشاره خواهد شد.

۳/۳. با این حال، وجود برخی مصادیق اشخاص حقوقی در فقه اسلامی، با این تردید مواجه شده است که این موارد ثابت نمی‌کند عناوین یادشده، دارای همه نوع حقوق، چه به سود (له)، چه به زیان (علیه)، باشد. این اشکال به درستی پاسخ داده شده که طبع عقلا تفکیک میان حقوق را نمی‌پذیرد و آنان فرقی میان اهلیت مالکیت و اهلیت قرض دادن یا قرض گرفتن نمی‌بینند؛ و پیداست که این ارتکاز، برخاسته از طبع عقلایی پیوسته به زمان تشریح است. اما این تردید بر جا مانده است که گسترش چنین ارتکازی در آن زمان، به غیر عناوینی که در نهایت تطبیق بر یک انسان شود، روشن و ثابت نیست. این در حالی است که می‌دانیم طبع و ارتکاز عقلایی در این باره نیز فرقی میان گسترش اهلیت مالکیت به اهلیت قرض دادن و قرض گرفتن و مانند آن با گسترش اشخاص حقوقی قابل تطبیق بر یک شخص حقیقی و غیر آن نمی‌بیند. خاستگاه اصلی نگاه عقلایی در هر دو مورد، همان نیاز اجتماعی و اعتبار است؛ و عقلا در احساس نیاز به این اعتبار و لزوم رفع آن فرقی نمی‌بینند؛ مثلاً میان مالکیت حکومت با این فرض که در واقع به نوعی خاص از مالکیت یک شخص حقیقی یعنی حاکم برمی‌گردد و مالکیت مسجد یا عنوان فقراء یا یک مؤسسه و شرکت که شکل‌گیری و تشخیص آن بسته به جعل و قرار است. دلیل مشترک در میان همه موارد نیز همان امکان جعل و اعتبار است. در این میان، پول در معنای جدید خود - که خاستگاه اعتبار و مالیت و ارزش مبادلاتی آن، تنها اعتبار عقلایی و عوامل مؤثر بر آن است و با ماهیت آن در گذشته که ارزش ذاتی نیز داشته، فرق می‌کند - نمونه گویایی است که نیاز اجتماعی پدید آورده و امروزه ملاکی روشن و عام و پذیرفته شده در سنجش ثروت و مالیت به شمار می‌رود.

۳/۴. چنان‌که اشاره شد، آنچه در مصادیق متعدد اشخاص حقوقی که گرچه با عدم ردع، مورد تأیید شارع قرار گرفته، تأیید، اجمالی یا محدود به برخی مصادیق نیست؛ بلکه همان نیاز و ارتکاز و سیره شکل گرفته، بر پایه آن است. مالکیت و نیز مسؤولیت حکومت و بیت‌المال و امت، مالکیت عنوان و «جهت» فقراء، در راه ماندگان، کارگزاران، مؤلفه قلوبهم، یتیمان و ذوی‌القربی در حکم زکات و خمس، و حتی مالکیت عنوان کلی «مقاتل»

نسبت به غنایم پیش از تقسیم بنا بر یک نظر (خلخالی، ۱۴۲۷: ۳۴/۱)، مالکیت مسجد و کعبه نسبت به اموال موقوفه یا اهدایی یا متعلق وصیت، وقف و وصیت برای جهات و عناوین کلی، همگی تنها بخشی از مصادیق موجود در دوره تشریح بوده است و نشان از همراهی شارع است با آنچه از مصادیق که در آن دوره وجود داشته است؛ و عرف در این همراهی، خصوصیتی را در این مصادیق نمی بیند؛ همان گونه که ارتکاز عقلا نیز این بوده که اگر نیاز به گسترش این مصادیق به موارد دیگر باشد، دامنه اشخاص حقوقی را گسترش خواهد داد.

عرف همان گونه که در تأیید شخصیت حقوقی خانه کعبه یا مسجد از سوی شارع برای وقف و مالکیت نسبت به منافع آن، خصوصیتی ندیده و آن را به عنوان مثال به کلیسا نیز گسترش می داده، در گسترش آن به یک مؤسسه یا شرکت مفروض در آن زمان که عقلا برای آن شخصیت قائل شده بودند نیز تردید نمی کرد؛ زیرا از منظر همراهی شارع با روش عقلا، میان این دو فرقی نمی دید و در مصادیق موجود، اعم از این که در سخن خود شارع نیز آمده بود (مانند اصل جواز هدیه یا وصیت برای خانه شریف کعبه) یا با تقریر و عدم ردع خود، آن را تأیید کرده بود، به قرینه ارتکاز برخاسته از طبع عقلایی که اینک سراغ داریم، احتمال خصوصیت را دفع می کرد. از این رو، استناد به چنین ارتکازی، به معنای گسترش دامنه حکم بیش از آنچه در دوره تشریح مورد تأیید قرار گرفته، نیست؛ بلکه به این معناست که همان زمان نیز اگر به فرض از عرف درباره مصادیق کنونی و شمول همراهی و امضای شارع پرسیده می شد، پاسخ عرف این بود که در این همراهی، فرقی میان مصادیق موجود و غیر موجود نمی بیند و از این نظر، فرقی میان مصادیق کنونی حیات و شخصیت حقوقی نیست. چنان که عرف در تفسیر عنوان سفر و گسترش احکام شرعی آن، میان سفر زمینی و دریایی که در دوره تشریح رایج بود و سفر هوایی که قرن ها بعد رایج شده، فرقی ندیده است؛ و این توسعه، به این معناست که اگر همان زمان فرض رواج سفرهای هوایی برای عرف مطرح می شد، فرقی نمی دید؛ و این امری واضح است. اهلیت عناوین حقوقی و اعتباری برای مثل ملکیت نیز همین گونه است.

۳/۵. در منابع فقهی، مصادیق چندی از اشخاص حقوقی آمده است و اجمالاً مورد توجه کسانی بوده است که به بررسی شخصیت حقوقی از نگاه فقهی پرداخته اند؛ و نیازی به استقرا و گزارش همه آن ها نیست. یکی از مصادیق شخصیت حقوقی، خانه کعبه است که به نظر می رسد از یک سو گواه روشنی بر اصل وجود سیره و ارتکاز عقلا در پذیرش

شخصیت حقوقی در دوره تشریح و پیش از آن است؛ و از سوی دیگر، بر همراهی شارع با آن دلالت می‌کند؛ با این حال توجه لازم به آن نشده است.

در روایات چندی به موضوع هدیه به خانه کعبه یا وصیت و نذر برای آن یا اموال موجود کعبه پرداخته شده است. این روایات نیز در ادامه آنچه از تاریخ آوردیم، نشان می‌دهد هدیه به کعبه از گذشته امری رایج بوده است و این امر، گاه از طریق وصیت بخشی از اموال برای آن صورت می‌گرفته است. سیاق روایات نشان نمی‌دهد که این کار، پدیده‌ای جدید و مربوط به دوره اسلامی بوده است. در این روایات، آنچه موضوع پرسش است نوعاً به چگونگی مصرف چنین اموالی مربوط است که مال خانه کعبه است و این که با توجه به سوءاستفاده‌ای که «بنی شیبه» به عنوان پرده‌داران و متولیان موجود خانه از موقعیت خود و این اموال می‌کرده‌اند، آیا در اختیار آنان گذاشته شود یا خیر؟ اگر از تحویل چنین اموالی به متولیان موجود یا حتی از اهدای مال به خانه باز داشته شده، چنان که در خود روایات آمده، به دلیل عدم شایستگی متولیان وقت آن بوده است و نه اصل کار؛ چنان که شیخ صدوق به نقل از پیامبر (ص) و امامان (ع) آورده است: «اهدای به کعبه تنها به این دلیل مستحب نیست که به دست پرده‌داران می‌افتد، نه نیازمندان» (عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۲۵۵). همین دلیل در تأکید امیرالمؤمنین (ع) بر این که «اگر دو دره سیل آسا از طلا و نقره هم داشته باشم، چیزی به کعبه اهدا نخواهم کرد!» نیز آمده است (همان: ۲۵۶-۲۵۵). از سوی دیگر، روایات جواز خرید و فروش پرده کعبه و نهی از کفن قرار دادن آن نیز از همین منظر قابل ارزیابی است (همان: ۳/۴۴). در این روایات، تعبیراتی مانند «مال کعبه» یا «برای کعبه» یا «به کعبه» دلالت روشن بر مالکیت خانه خدا نسبت به این اموال دارد؛ و حتی تعبیر «دزدان خدا» درباره پرده‌داران موجود نیز اشاره به همین امر است. از این رو، شیخ حر عاملی باب اصلی این روایات را با این عنوان مشخص کرده است: «باب تحریم اکل مال الکعبه و و ما یهدی الیها او یوصی لها...» (همان: ۲۵۴-۲۴۷).

با فرض اهلیت مالکیت برای کعبه، پیداست آنچه موضوع برای چنین اهلیتی است، شخصیت حقوقی بنا و ساختار مادی کعبه نیست بلکه عنوان کلی و جامع آن است؛ و از این رو، با فرض نوسازی آن، تغییری در عنوان مالکیت خانه نسبت به اموال موجود پدید نمی‌آید. این نکته‌ای است که اختصاص به کعبه ندارد و اماکن دیگر مانند مسجد نیز همین گونه است. به عبارت دیگر، آنچه در مثل کعبه و مسجد، متعلق مالکیت است عناوین اعتباری آن‌هاست و نه وجود حقیقی آن که خاک و سنگ و چوب و مانند آن است.

۳/۶. موضوع این روایات خانه کعبه است و حصول ملکیت نیز از راه عناوینی مانند اهدا، وصیت و نذر ذکر شده است، اما نه کعبه خصوصیت دارد و نه این عناوین؛ از این رو، شاهدیم که فقهای ما به مورد این روایات بسنده نکرده و حکم را شامل تمام مشاهد مشرفه پیامبران(ع) و امامان(ع) نیز دانسته‌اند (از جمله نک: شهید ثانی، ۱۴۲۲: ۱۱/۳۷۴-۳۷۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷/۳۶۹-۳۷۰؛ مجاهد، بی تا: ۶۰۵-۶۰۰)؛ چنان که سید محمد مجاهد به تفصیل در این باره سخن گفته و بر گسترش حکم تأکید کرده و همراهی فقها را نشان داده است. ایشان از جمله به استدلال برخی از فقها اشاره می‌کند که با تعبیر «اتحاد طریق» به یکسانی ملاک کعبه و سایر مشاهد در این امر استدلال کرده‌اند. وی پس از الحاق حکم نذر برای قبر شریف پیامبر(ص) و امیرالمؤمنین(ع) و سایر امامان(ع)، به نذر برای کعبه و اشاره به فقهایی که از گذشته همین نظر را داشته‌اند و ادله آنان، این پرسش را طرح می‌کند که آیا این امر به این مشاهد اختصاص دارد یا شامل سایر مشاهد انبیا و اوصیا و اصحاب صالح و امامزادگان و عالمان و شهدا نیز می‌شود یا خیر؟ ایشان با اشاره به این که در این خصوص، تصریحی از سوی فقها سراغ ندارد، خاطر نشان می‌کند که اطلاق سخنان فقها آن را می‌رساند و با توجه به عموم ادله و سیره مورد قبول و مستمر میان شیعیان، این نظری بسیار استوار است؛ و سپس می‌افزاید که مسجد و سایر اماکن شریف را نیز می‌توان به این موارد افزود و در یک جمع بندی کلی تأکید می‌ورزد که به دلیل عمومیت ادله، هر مکان و هر چیزی که مانند کاروان سرا و پل و مدرسه که بتوان بر آن وقف کرد، می‌توان برای آن نذر کرد (مجاهد، بی تا، ۶۰۰). چنان که گسترش درستی نذر برای کسی که مرده است، اعم از اهل بیت(ع) و دیگران از سوی برخی فقها (نک: همان: ۶۰۲)، نشان می‌دهد برای مرده نیز می‌توان اعتبار ملکیت کرد؛ و این شاهد دیگری است بر پذیرش شخصیت حقوقی و همراهی با سیره عقلا در این باره.

۳/۷. چگونگی و محل مصرف این اموال، چه مصالح خود خانه کعبه و مشاهد مشرفه باشد و چه فقرا و حاجیان و زائران، نه تنها در اصل تحقق مالکیت کعبه و مشاهد دخالتی ندارد، بلکه خود می‌تواند تأکیدی بر مالکیت آن‌ها باشد؛ از این رو، وقتی اموالی مال کعبه یا مشاهد است، آیا باید تنها در مصالح آن مانند تعمیرات و تزئین آن‌ها صرف کرد یا می‌توان در امور دیگر مرتبط به آن‌ها مانند نیازهای حاجیان و زائران هزینه کرد؟ روایاتی که شیوه مصرف اموال اهدایی به کعبه را به جای دادن به پرده داران نالایق معین کرده است، ناظر به همین پرسش است و تعیین مالکیت این اموال. این است که صاحب حدائق، میان



نذر یا هدیه برای مشاهد و نذر برای خود امام(ع) فرق گذاشته است. وی در فرض نخست، مانند برخی دیگر از فقها، قائل است که اگر شیوه هزینه آن مطلق است، در مصالح و نیازهای خود مشاهد هزینه می‌شود و در صورت بی‌نیازی آن‌ها هزینه زائران می‌گردد. اما اگر اموالی برای خود امام(ع) نذر شود، شایسته و احتیاط است نخست صرف اولاد نیازمند خود آنان شود و در مرحله بعد، صرف شیعیان آنان که مضطر باشند؛ زیرا در این فرض، مانند سایر اموال آنان خواهد بود که در دوره غیبت حکم خاص خود را دارد چنان‌که روایات چندی درباره وقف و وصیت برای امامان(ع) و اهدای به آنان در زمان حیاتشان و پذیرش آنان وارد شده است؛ و از نظر درستی کار، فرقی میان زمان حیات و مرگ آنان وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷/۳۷۰).

#### ۴. اعتبار سیره‌های جدید

می‌دانیم اعتبار و حجیت سیره و بنای عقلا، امری مستقل در عرض عقل، قرآن و سنت نیست؛ و بسته به پذیرش آن از سوی شارع است. ظاهراً دلیلی کلی در دست نیست که نشان دهد شارع همه امور ارتكازی و بناهای عقلایی را به جز موارد استثنا پذیرفته باشد؛ از این رو، هر مورد نیازمند احراز همراهی و امضای جداگانه است. البته تحقق پذیرش، نیاز به تصریح لفظی ندارد و همین که شارع به رغم رواج آن در محیط تشریح، از آن باز ندارد، در امضا و همراهی کافی است و یکی از مصادیق «تقریر» به شمار می‌رود؛ اما بنا و عمل عقلا در محیط تشریح باید رایج باشد تا بتوان گفت به رغم این که پیش چشم شارع بوده و می‌توانسته از آن باز دارد، سکوت کرده و این سکوت نشانه همراهی و تأیید است. از این رو، درباره سیره‌ها و بناهایی که در دوره‌های بعد پدید می‌آید یا به فرض در محیط‌های دیگر وجود داشته، این پرسش هست که آیا راهی برای احراز همراهی شارع با آن وجود دارد یا خیر؟

آنچه در استدلال به سیره و ارتكاز عقلا برای اعتبار شخصیت حقوقی و عموم اشخاص آن آمد، این بود که شارع با اصل این ارتكاز همراهی کرده و به عنوان یک حکم عقلایی و نیاز اجتماعی آن را پذیرفته است؛ و گسترش انواع شخصیت حقوقی به مثل شرکت‌ها و مؤسسات، در واقع پدیدار شدن مصادیق تازه‌ای از همان امر ارتكازی است که شارع به عنوان حکمی کلی پذیرفته است و نه شکل‌گیری سیره‌ای تازه و گسترش دامنه خود حکم. حال از منظری دیگر، به استدلال بر اعتبار اشخاص حقوقی تازه می‌پردازیم. این

استدلال با این فرض است که به واقع سیره تازه‌ای شکل گرفته باشد که گرچه اصل آن با مواردی مشابهت دارد که در دوره تشریح یا پیش از آن وجود داشته، اما چنان‌که در سخن برخی معاصران آمده بود، صرف گسترش مصادیق نیست. این استدلال با بهره‌گیری از سخنی است که امام خمینی در استدلال به سیره و بنای عقلا در خصوص حجیت شرعی اجتهاد به روشی که پس از دوره تشریح پدید آمده، مطرح کرده است؛ اجتهادی که بنا بر یک نگاه، ماهیت آن با اجتهادهای دوره تشریح فرق می‌کند:

۴/۱. دلیل اصلی حجیت اجتهاد و جواز یا وجوب تقلید، اصل روشن و فراگیر عقلایی «رجوع جاهل به عالم» در هر دانش و حرفه و فنی است؛ اما بناهای عقلایی، بدون امضای شارع اعتبار شرعی ندارد و احراز امضای شارع در صورتی است که شارع، شاهد آن باشد و از آن باز ندارد.

۴/۲. دانش فقه و اجتهادی که در دوره تشریح وجود داشته و برخی از اصحاب امامان(ع) از آن برخوردار بوده‌اند، با اجتهاد در دوره‌های بعد فرق می‌کند. اجتهاد در آن روزگار، امری ساده و متکی بر دریافت‌هایی وجدانی و دستیابی به احکام واقعی بوده است که فقیهانی مانند محمد بن مسلم و زراره و ابان بن تغلب و ابوبصیر مستقیماً از محضر امامان(ع) داشته‌اند؛ و با اجتهاد در روزگاران ما که امری پیچیده است و در شمار دانش‌های نظری است و دست کمی از فلسفه و ریاضی ندارد، فرق می‌کند. اگر تقلید در آن دوره به معنای رجوع به کسی بود که دانش خود را از امام(ع) گرفته بود و دانش او امری وجدانی به شمار می‌رفت، در روزگار ما مستند ساختن عمل خود به دانشی اجتهادی و استنباطی بر پایه امارات و طرق ظنی و اعم از حکم واقعی و ظاهری است؛ و در واقع، دانش چنین شخصی، دانشی تنزیلی و تعبدی است، نه وجدانی؛ و نمی‌توان از آن، الغای خصوصیت کرد و با آنچه موضوع اصل مورد تأیید «رجوع عالم به جاهل» در آن دوره بوده، قیاس کرد.

۴/۳. رجوع به عالم در این روزگار نیز گرچه مانند رجوع به صاحب صنعت و فنی، امری غریزی و ارتکازی است اما صرف چنین ویژگی در اعتبار این اصل عقلایی، کافی نیست و باید متصل به دوره تشریح باشد تا بتوان تأیید آن را احراز کرد. امضای ارتکازات عرفی و عقلایی در شمار امور لفظی نیست که بتوان به عموم یا اطلاق آن استناد کرد. از این رو، به صرف این که امامان(ع) افراد را به برخی فقهای اصحاب خود ارجاع می‌داده‌اند، دلیل اعتبار و حجیت اجتهادات کنونی و لزوم رجوع به آن‌ها نمی‌شود؛ هر چند می‌دانیم

عقلا همچون گذشته در این موارد نیز بر همان اصل فطری رجوع عالم به جاهل خود باقی اند و به آن فرامی خوانند.

۴/۴. برای زدودن این اشکال یا باید نشان داد که ماهیت فقاقت و اجتهاد در روزگار ما با آنچه در آن دوره متعارف بوده، فرقی ندارد و مردم به چنین مجتهدانی رجوع می کرده اند و امامان(ع) نیز افراد را به آنان ارجاع می داده اند، یا این که گفته شود با فرض فرق داشتن نیز اگر امامان(ع) ارتکاز و بنای کنونی عقلایی را در رجوع به اجتهادهای این روزگار قبول نداشته اند، باید از آن بازمی داشتند و عدم بازداری از آن، نشان دهنده رضایت آنان به آن است.

۴/۵. اجتهاد در آن دوره و این روزگاران فرقی نداشته و ندارد؛ و فرق تنها به کمی و زیادی تفریعات برمی گردد که امری نسبی و خارج از ماهیت اجتهاد است و در روزگار ما نیز جاری است و امامان(ع) نیز به چنین فقاقت و فقهای ارجاع داده اند. امام خمینی به تفصیل به این موضوع می پردازد تا از یک سو نشان دهد این دو در ماهیت خود فرقی ندارند و از سوی دیگر، نشان دهد امامان(ع) در مسائل اجتهادی به فقهای شیعه ارجاع می داده اند و آنان را پاسخ گویی در شبهات حکمیة معرفی می کرده اند؛ و این امر بر این نکته دلالت می کند که رجوع به فقها و علما در آن دوره، امری ارتکازی بوده است. اما سخن ایشان از موضوع این پی گیری بیرون است؛ و در واقع، مشابه همان شرحی است که ما در تأکید بر پذیرش شخصیت حقوقی به عنوان یک بنا و ارتکاز عقلایی در دوره تشریح آوردیم. البته ایشان می پذیرد که اختلاف های گسترده ای که اینک در مسائل وجود دارد، در آن روزگاران نبوده است؛ و با وجود این نمی توان امضای شارع را احراز کرد. این اشکالی است که به نظر ایشان تنها بر پایه راه حل دوم می توان رفع کرد.

۴/۶. ارتکازی بودن رجوع جاهل به عالم در هر دانشی، امری روشن است و امامان شیعه(ع) نیز می دانستند که بر همین اساس عالمان شیعی در دوره غیبت که دسترسی به خود امامان(ع) ندارند، از منابع موجود حدیثی بهره خواهند برد؛ و سایر شیعیان نیز بر پایه همان ارتکاز و بنای عقلایی، به اینان رجوع خواهند کرد. از این رو، اگر این رویه عقلایی مورد رضایت و تأیید آنان نبود، باید از آن بازمی داشتند؛ زیرا از این نظر، میان سیره و رویه عقلایی متصل به زمان آنان و سیره و رویه ای که در زمانی دیگر شکل می گیرد اما می دانند که مورد ابتلا و نیاز مردم است و سراغ آن خواهند رفت، فرقی نیست؛ چنان که در خود روایات نیز به این نیاز اشاره شده است. (خمینی، ۱۴۱۸: ۸۲-۶۴).

۴/۷. پیداست که این گونه استدلال نمی‌تواند به همه سیره‌های عقلایی نوپدید، حجیت و اعتبار بخشد؛ و در صدد آن هم نیست؛ بلکه به مواردی مانند امر ارتکازی «رجوع جاهل به عالم» محدود است که از یک سو، اصل آن در دوره تشریح وجود داشته است و از سوی دیگر، شارع می‌داند در آینده نیز محل نیاز و رجوع مردم به آن است و همراهی با برخی مصادیق آن از سوی او، می‌تواند نشانه همراهی با مصادیق یا قلمروهای جدید آن به شمار رود.

مشابه این استدلال را می‌توان در موضوع شخصیت حقوقی نیز طرح کرد؛ به این بیان که از یک سو در دوره تشریح، اصل ارتکاز عقلا در پذیرش شخصیت و اهلیت حقوقی وجود داشته است و شارع حکیم نیز نه تنها از آن باز نداشته، بلکه برخی موارد آن را در تشریح خود آورده است؛ و از سوی دیگر، شارع می‌داند در آینده از سوی عقلا به دلیل نیاز اجتماعی، در خود این بنا و ارتکاز، نوعی توسعه رخ خواهد داد؛ و بر پایه آن، موارد دیگری از اشخاص حقوقی مانند انواع مؤسسات و شرکت‌ها اعتبار خواهد شد و احراز همراهی شارع با اصل آن، ممکن است شاهد پذیرش گسترش‌های بعدی از سوی شارع گرفته شود. در این صورت، اگر این گسترش، مورد تأیید شارع حکیم نباشد، باید پیشاپیش آن را نشان دهد و قلمرو مورد قبول خود در شخصیت حقوقی را معرفی کند و سکوت شارع در این باره، نشان‌دهنده رضایت او می‌باشد.

### بخش دوم: اطلاعات و عمومات

دلیل مهم دیگر در اعتبار شخصیت حقوقی و اثبات اهلیت اشخاص حقوقی در معاملات و تعهدات عقلایی، استناد به عموم و اطلاق ادله‌ای است که نه تنها در مواردی که در شمول حکم برخی مفاهیم و عناوین معاملات و عقود موجود در دوره تشریح، مانند بیع و اجاره و وقف و طلاق، نسبت به برخی مصادیق شک وجود داشته باشد، محل استناد و رفع شک است، بلکه دلیل اعتبار و درستی عناوین و مفاهیم معاملی و عقدی تازه‌ای است که در آن دوره وجود نداشته و بعدها پدید آمده است؛ مانند عقد بیمه و مالکیت معنوی و مانند گسترش شخصیت حقوقی به عناوین جدید اعتباری. استناد به این دلیل، از یک سو با این فرض است که شخصیت حقوقی پیشینه‌ای متصل به دوره تشریح ندارد؛ و یا دست‌کم آنچه اینک از آن سراغ داریم، وجود نداشته است. در این صورت، امکان استدلال، به یک پرسش مبنایی برمی‌گردد؛ و آن این‌که اطلاعات و عمومات ادله عقود و معاملات به معنای

عام آن، آیا به همان عناوین و مفاهیم و نیز مصادیقی محدود است که در دوره تشریح وجود داشته است؛ و از این رو، راه برای پدید آمدن مفاهیم جدید در عرض آن عناوین و یا شمول نسبت به مصادیق تازه بسته است یا محدود به آن نیست و نسبت به عناوین و عقود و مصادیق جدید، قابل استناد است؟ از سوی دیگر، این فرض مطرح است که این مفهوم در دوره تشریح نیز وجود خارجی داشته است و عرف در سطح مصادیق موجود و رایج، با آن آشنایی داشته‌اند، اما نمی‌دانیم شارع نیز آن را پذیرفته است یا خیر؟ این استدلال را با ذکر چند نکته پی می‌گیریم:

۱. از گذشته تا کنون، این پرسش مبنایی وجود داشته که عناوین و مصادیق مشروع معاملی و عقود، به همان‌هایی محدود می‌باشد که در دوره تشریح وجود داشته و به تأیید شارع رسیده است یا خیر؟ آیا دلیلی مانند آیه شریف «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود» (مائده/ ۱)، با این فرض که مقصود از «عقود» همان عقود ابواب معاملات است یا شامل آن‌ها نیز می‌شود، ناظر به عقود و مصادیق متعارف در دوره صدور آیه است و به آن محدود می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا واژه جمع، مقید به «الف» و «لام» عهد است و معنای «عقود معهود» را می‌دهد یا به آن‌ها اختصاص ندارد و به عنوان «الف» و «لام» جنس یا استغراق، هر چیزی را که در عرف عنوان عقد بر آن گذاشته شود، شامل می‌گردد؛ هر چند در شمار عقود و عناوینی باشد که در گذشته وجود نداشته یا به گونه کنونی نبوده است؟ اصل این پرسش، درباره آیه «لَتَأْكُلُوا مَوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء/ ۲۹) و سخن پیامبر (ص) که «المؤمنون عند شروطهم» (عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۲۷۶) با فرض شمول نسبت به شروط ابتدایی یعنی عقود، نیز جاری است.

۲. فقها به اجمال یا تفصیل، به فراوانی درباره این بحث مبنایی سخن گفته‌اند و نگاه یکسانی ندارند. محقق نراقی که نخستین موضوع «عوائد الایام» را به این بحث اختصاص داده، این اطلاق‌ها و عموم‌ها را به عقود معهود و متعارف زمان تشریح، محدود شمرده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۲۲-۵). نگاه میرزای قمی و صاحب جواهر نیز همین است (قمی، ۱۴۱۳: ۲/۴۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۷۰ و ۱۶۱ و ۵۹/۲۷). سیداحمد خوانساری قدر متیقن از ادله را همان عقود متعارف دانسته است؛ با این احتمال که الف و لام در «العقود» برای عهد است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۱۸۵).

در برابر این نگاه که محدود به فقهای یادشده نیست، فقهای چندی، عقود جدید را نیز مشمول ادله شمرده و اگر هم پاره‌ای از ادله را در اثبات آن کافی ندیده‌اند، اما همه آن‌ها را

چنین ندیده‌اند. صاحب عروه در استدلال بر مشروعیت وقف مالیت، تأکید کرده است که گرچه ادله موجود وقف، ناظر به وقف اصطلاحی و رایج است، بر پایه تمام معاملات عقلایی که شارع از آن باز نداشته باشد، نیز درست است (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱/۲۶۴). محقق ابروانی معهود نبودن را مانع شمول ندیده است (ابروانی، ۱۴۰۶: ۱/۸۵). میرزای نایینی بر عدم محدود بودن به عقود دوره تشریح، چه از نظر اسباب و چه مسببات، تأکید و خاطر نشان کرده که عهد بودن الف و لام، مخالف اصل کاربرد آن در هر جا به ویژه در مثل چنین احکامی است. البته وی وجوب التزام را در آیه «اوفوا بالعقود»، نسبت به عقدهایی که در اصل صحت آن تردید وجود دارد، با اشکال و تردید روبه‌رو دیده اما در استدلال به مثل آیه «الا ان تکون تجارة عن تراض» چنین شبهه‌ای نیز ندیده است (نایینی، ۱۳۷۳: ۱/۱۰۴-۱۰۵). چنان‌که استاد ما آیت‌الله شبیری، با اشاره به سخن محقق نراقی، استناد به آیه یادشده را درست ندیده‌اند، اما دو دلیل دیگر را بر درستی همه معاملات جدیدی که شارع از آن باز نداشته باشد، درست شمرده‌اند؛ یکی بنای عقلا و دیگری تمسک به قاعده مقتضی و مانع در باب ملاکات (ر.ک: زنجانی، ۱۴۱۹: ۸/۲۶۸۹-۲۶۸۳). استاد دیگر ما آیت‌الله منتظری نیز به تفصیل به استدلال بر شمول آیه «اوفوا بالعقود» نسبت به عقود جدید پرداخته و خرده‌گیری‌های محقق نراقی را یک‌به‌یک پاسخ گفته‌اند و در یک جمع‌بندی نوشته‌اند: «وکیف کان فالظاهر جواز عدل الآیة الشریفة من الضوابط الکلیة الدالة علی صححة العقود مطلقا إلی فی ما ثبت خلافه» (ر.ک: منتظری، ۱۴۱۵: ۱/۳۷-۶۰). برخی دیگر از فقها نیز همین نظر را برگزیده‌اند (از جمله: حلی، ۱۴۱۵: ۴۱-۴۰؛ اردبیلی، ۱۴۲۱: ۲۹؛ همو، ۱۴۱۴: ۵۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶: ۲۴). در همراهی با همین نگاه، گفته شده است: معاملات در مشروعیت و درستی خود، نیازمند دلیل خاص شرعی نیست؛ همین‌که شارع از آن باز نداشته باشد، بس است. معاملات و مبادلات، امری محدود و قابل حصر نیست و به فراخور تحولات و پیشرفت زندگی، افزایش می‌یابد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۴/۳)؛ یعنی همین‌که شارع از آن باز نداشته، کاشف از نظر موافق و همراهی وی است. در همراهی با نظر دوم، به این نکته توجه می‌دهیم که در فضای تشریحی‌ای که به عنوان نمونه برای گسترش مشروعیت و احکام مسابقه تیراندازی به ابزارهای جدید، به درستی از ظاهر ادله آن دست کشیده می‌شود و خصوصیتی در تیر و کمان دیده نمی‌شود، آیا می‌توان گفت در نگاه شارع حکیم، عناوین معاملات و مبادلات مالی و یا مصادیق آن، محدود به همان‌ها است که در روزگار تشریح وجود داشته است؟!!

۳. به گسترش این بحث و استدلال تفصیلی بر اصل صحت عقود جدید، چندان نیاز نیست؛ و چنان که اشاره کردیم، دیگران در این زمینه بحث کرده‌اند. ذکر گفته‌های یادشده نیز به انگیزه اشاره به قوت این نگاه در فقه است. با این حال، به عنوان دلیلی مستقل و کلی می‌افزاییم که قلمرو خطابات عام قرآن کریم و سنت شریف که به درستی داعیه جهانی دارد و به تعبیر قرآن «بشیر» و «نذیر» و «رحمت» برای تمام بشر و بلکه اعم از آن است، حتی اگر مخاطب بالفعل آن، افراد موجود زمان تشریح یا مشافهان بالفعل باشد، به دوره‌ای خاص محدود نیست. این عمومیت، از منظر عناوینی مانند الغای خصوصیت و قاعده اشتراک در احکام نیست؛ بلکه مدعای ما این است که اصل «منادا» در خطباتی مانند «یا ایها الذین آمنوا» و «یا ایها الناس»، تنها مؤمنان و مردمان موجود یا مخاطبان موجود نیست، بلکه مقتضای جایگاه قرآن کریم و آموزه‌های شارع حکیم، چنان که در آیه «أَوْحِيَ إِلَيَّ هَذَا الْقُرْآنَ لِأُنذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ» (انعام/ ۱۹) نیز آمده، این است که همه مکلفان حال و آینده را مخاطب بالفعل خود می‌داند. بر خلاف نظر برخی بزرگان مانند جناب شیخ انصاری (انصاری، بی تا: ۲۰۳) یا حتی این گفته که شیعه قائل به عموم لفظی الفاظ نداء و خطاب نیست، زیرا این‌ها برای مشافهان حقیقی وضع شده است و گرنه کاربردی مجازی خواهد بود (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۱۵۲)، به نظر ما فرقی میان این دسته خطابات با عموماتی مانند «لله علی الناس حجّ البيت» و یا «المؤمنون» در آیه «قد افلح المؤمنون» و اوصافی که بر آن بار شده، وجود ندارد. همان گونه که پذیرفته نیست دستوراتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» ناظر به مسلمانان موجود شمرده شود و برای تعمیم آن به دیگران، تنها به ادله‌ای چون قاعده اشتراک استناد شود، در فرمان‌هایی مانند «اوفوا بالعقود» نیز چنین است.

۴. خطابات قرآن، خطابات عام و مستمری است و نزول آیات از مصدر تشریح و خوانده شدن آن‌ها بر مؤمنان موجود توسط پیامبر (ص) به عنوان مثال، در ردیف خطابه یک خطیب در جمع حاضر نیست و اگر مؤمنان در دوره‌های بعد، هنگام قرائت خطابه‌هایی مانند «یا ایها الذین آمنوا» و «یا ایها الناس» به واقع خود را مخاطب آن می‌یابند، بر پایه الغای خصوصیت و اشتراک در احکام یا یک عادت نیست، بلکه به واقع خود را مخاطب مستقیم آن‌ها می‌دانند. چنان که گمان نمی‌رود نسلی که در صدر اسلام پس از نزول قرآن پدید آمدند، هنگام خواندن این آیات، چنین حسی داشته‌اند که آری، مخاطبان اصلی و واقعی این دسته آیات، پدران آنان بوده‌اند و آنان مخاطب بالفعل نیستند و تنها در احکام برخاسته از آن با پدران خود مشترکند! حتی می‌توان گفت مخاطبان اولیه و موجود نیز به شناختی که از

قلمرو شریعت اسلامی و رسالت پیامبر خاتم (ص) داشته‌اند، تنها خود را مخاطب واقعی و اصلی نمی‌شمرده‌اند؛ چنان‌که انتقال و بازخوانی آیات برای مسلمانان بعدی را نه از باب قاعده اشتراک و الغای خصوصیت، بلکه از باب یکسانی در مخاطب بودن با آنان صورت می‌داده‌اند. این خود علاوه بر این‌که اصل در «الف» و «لام» برای جنس و استغراق است، شاهدی روشن بر کاربرد به این معنا در چنین مواردی می‌باشد.

۵. امام خمینی در اشاره به همین واقعیت، خاطر نشان کرده است که خطابات الهی، هر گونه که باشد، مستقیماً متوجه بندگان نبوده است، چه در محل وحی حاضر بوده‌اند یا نبوده‌اند. زیرا وحی تنها بر پیامبر (ص) نازل می‌شد و کسی آن را نمی‌شنید و او به مردم می‌رساند. بلکه آن گونه که از آیات و روایات پیداست، جبرئیل واسطه بود و پیامبر (ص) واسطه دوم بود که آن را برای مردم بازگو می‌کرد. از این رو، از نظر عدم توجه خطاب لفظی، وضع حاضران در زمان پیامبر (ص) و نزول وحی و دیگران یکسان است. خطابات قرآنی که از طریق پیامبر (ص) بازگو شده، پس از آن نیز باقی است؛ و گذشتگان و آیندگان به آن، یک نسبت دارند. وقتی عنوان خطابات، عام یا مطلق است، دیگر وجهی برای اختصاص یافتن آن به مخاطبان یا مکلفان موجود نیست. چنان‌که گسترش خطاب نوشتاری به همه کسانی که نوشته را می‌بینند، امری متعارف است (خمینی، ۱۴۱۴: ۲/۲۸۸-۲۸۹).

از این رو، امام خمینی در پاسخ به این شبهه در عقد بیمه که عموم چنین خطاب‌هایی مخصوص عقود معهود در دوره تشریح است و شامل مانند بیمه - که عقدی جدید است - نمی‌شود، تأکید کرده است که «دوری چنین برداشتی از ظاهر آیات و روایات، روشن است؛ زیرا ادعای انحصار این گونه عمومات، در معاملات متداول در زمان وحی و تشریح، تحمیلی نادرست است. چنین نگرش متحجرانه و برداشت جمودگرایانه، نسبت به این الفاظ عام و شامل، از ساحت مقدس شریعت سمحه و سهله به دور است. گمان نمی‌کنم به ذهن احدی که آشنای به زبان عرف باشد و فارغ از وسوسه‌ها، چنین مطلبی خطور کند، که آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، که در مقام قانون‌گذاری پایدار، تا قیامت نازل شده، در تنگنای عقدها و معامله‌های متداول آن زمان، محدود باشد. پیامد جمودی از این گونه، دور شدن از روال فقه، بلکه از فهم اصل دین است و باید از آن، به خدا پناه ببریم. چنین جمودی، بی‌کم و کاست، به سان جمود حنابله، نسبت به بسیاری از ظواهر دین است» (خمینی، ۱۳۷۴).

۶. تنها نکته‌ای که در این باره باید به آن توجه کرد و بر آن تأکید نمود، این است که



عام بودن خطاب برای همهٔ زمان‌ها با اختصاصی بودن راه شناخت مفاهیم کلی واژگان به کاررفته در خطاب به منبع یا دوره‌ای خاص، ناسازگار نیست. اگر واژه‌ای در دورهٔ شارع در جاهای مختلف، معنای یکسانی نداشته و یا در دوره‌های زمانی قبل معنای دیگری داشته یا در دوره‌های بعد معنای دیگری یافته، پیداست آنچه ملاک است، تنها مراد شارع است و بس. در این موارد، اگر شارع خود معنا و تفسیری خاص هرچند با تکیه بر فرائین متصل یا منفصل، به دست نداده باشد یا به منبع یا عرف خاصی واگذار نکرده باشد، اصل اولی در شناخت مراد وی همان معنایی است که مخاطبان خطاب در دورهٔ تشریح به عنوان عرف عام می‌فهمیده‌اند؛ اما آشکار است که این امر به شناخت مصادیق مفهوم کلی فرق می‌کند؛ مثلاً حمل مفهوم کلی «عقد» بر مصادیق رایج در دورهٔ تشریح از قسم شناخت مصادیق است و نه شناخت مفهوم کلی مورد نظر شارع. مفهوم کلی و ارتکازی آن در همان دوره، پیمان و قرارداد است که شامل همه گونه قرارداد می‌شود.

۷. بر این پایه است که تأکید داریم به وزان گسترش دامنهٔ منادای «یا ایها الذین آمنوا»، دامنهٔ دستور «اوفوا بالعقود» نیز به همهٔ عناوین عقدی و مصادیق آن در همهٔ زمان‌ها گسترش می‌یابد؛ مگر آن دسته از عقود که شارع به خصوص یا به گونهٔ عام، از آن باز داشته باشد؛ و چنین نیست که منادا عام باشد و دستور به «وفای به عقود»، اشاره به همان عقود موجود در دورهٔ نزول باشد. از این رو، این سخن که دستور به پای‌بندی به عقود، به عقود «مشروع» محدود است و شامل عقود غیرمشروع نمی‌شود، در متن واقع و ثبوتاً درست است، اما تأکید ما بر این است که این دستور در جایگاه امضای یک رویهٔ عقلایی و تأکید بر آن، یا حتی تأسیس یک قاعده، یک اصل در مشروعیت و لزوم پای‌بندی به عقود، اعم از موجود و آنچه در آینده پدید می‌آید، به دست می‌دهد؛ اصلی که طبعاً در موارد شک، محل رجوع و استناد است. از این رو، این اصل و قاعده نه تنها در مصادیق جدید عقودی که عناوین آن مانند بیع، در گذشته موجود بوده، قابل استناد است، بلکه دلیل همراهی و امضای شارع نسبت به عناوین عقدی جدیدی است که هیچ پیشینه‌ای در دورهٔ تشریح ندارد. اهلیت اشخاص حقوقی و از جمله شخصیت دولت، دست کم از راه اعتبار عقودی که یک یا دو طرف آن شخص حقوقی است، یک نمونه است. افزون بر این که اساساً توقیفی بودن معاملات در معنای عام خود که در برابر عبادات قرار می‌گیرد، امری است که نگاه یکسانی دربارهٔ آن وجود ندارد؛ و در حالی که فقهای گذشته بیش‌تر جانب توقیفی بودن آن را داشته‌اند، فقهای متأخر و به‌ویژه در دورهٔ معاصر، بیش‌تر معتقد به عدم توقیفی بودن آن

هستند که اینک مجال پرداختن بیش تر به آن نیست.

۸. نکته قابل توجه دیگری که برای استدلال به اعتبار ارتکاز و سیره عقلا در بخش اول قرار دارد، این است که در اصل همراهی شارع حکیم با رویه‌ها و بناهای عقلایی در بخش معاملات به معنای عام آن که در برابر ابواب عبادات قرار دارد، جز در مواردی که تصریح به خلاف یا قیودی در آن لحاظ کرده است و عدم فرق میان عناوین عقود و معاملات موجود و غیر موجود از این نظر، این واقعیت را می‌توان شاهد گرفت که نوع عناوین عقدی و مفاهیمی که به گونه‌ای روابط مالی و مناسبات اقتصادی و تعهدات و قراردادهای اجتماعی را شکل می‌دهد و اینک در منابع فقهی و شرعی ما موجود است، پیش از دوره تشریح، در دوره جاهلی وجود داشته است؛ و در این قلمرو، هیچ عنوان و مفهومی را سراغ نداریم که شارع خود مستقلاً و ابتداءً وضع کرده باشد. چنان‌که در نگاهی گسترده‌تر، بسیاری از عناوین سایر ابواب فقهی از جمله بخش عبادات نیز همین گونه است. این است که تنها با گذری کوتاه بر منابع تاریخ جاهلی با عناوین و مفاهیم بسیاری مانند خراج، ارض و اخذ عشر، اقطاع، حمی، وقف و حبس، عمری و سکنی، غنیمت جنگ، ارض مفتوح عنوة، صفایا، ربع در برابر خمس، رکاز (گنج‌ها)، زکات و صدقه، قانون «اللذکر مثل حظ الانثیین»، سوگند، قسامه، شهادت، صداق و نکاح و طلاق، حکمیت میان زوجین، عقیقه، ختان و جشن آن، روبه‌رو می‌شویم. همان‌گونه که شاهد رواج انواع عناوین عقود و مفاهیم معاملی حتی مثل حق شفعه در آن دوره هستیم (از جمله ر.ک: علی، ۱۹۷۸: ۷/صفحات مختلف).

۹. پیداست همراهی و امضای یادشده از سوی شارع در عین لحاظ قیود و شرایط خود، از این باب نبوده است که شارع به گونه اتفافی تنها در عناوین و مفاهیم یادشده، خصوصیت و مصلحت مورد نظر خود را دیده است؛ بلکه از این منظر بوده که شارع در مقام تشریح، به جز لحاظ برخی قیود و شرایط مورد نظر خود مانند نفی ربا، رسالت تأسیس نهادهای حقوقی و عناوین معاملی را برای خود قائل نبوده است و آن را در قلمرو نظام و مناسبات عقلایی معیشت مردمان می‌دانسته است که در طول زمان و بسته به نیازها و عرف‌ها در معرض تغییر و تحول است؛ و از این نظر، فرقی میان عناوین موجود و غیر موجود نمی‌دیده است. از همین خاستگاه است که برخی فقیهان نیز تصریح کرده‌اند که اساساً بیان موضوعات احکام غیر عبادی در حوزه وظیفه شارع قرار ندارد و می‌توان آن را از غیر شرع گرفت (بهبهانی، ۱۴۱۹-ب: ۱۳۲؛ ۱۴۱۷: ۲۱۳؛ ۱۴۱۵: ۹۷ و ۱۰۵) و فقها اتفاق نظر

دارند که واژگان معاملات توقیفی نیست (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۴۷۶) و نه تنها در کاربرد معانی حقیقی واژگان پس از ظهور اسلام و آغاز دوره تشریح در بخش معاملات، تغییری پدید نیامده و در همان معانی حقیقی گذشته خود به کار رفته، بلکه بعید نیست که واژگان عبادی صلاة، زکاة، صوم، حج و غسل و الفاظ هم معنای آن در دیگر زبان‌ها نیز در همان معانی حقیقی خود به کار می‌رفته است؛ و پیامبر اکرم (ص) تنها تغییراتی در چگونگی به جا آوردن آن‌ها داده است و لازمه این کار، تغییر در معنای حقیقی الفاظ نیست (بهبهانی، ۱۴۱۹-الف: ۲۸۷/۲).

۱۰. با توجه به نکات یادشده، آنچه به عنوان یک اصل مبنایی مورد تأکید ما می‌باشد، این است که بر خلاف عناوین عبادی که امری توقیفی و محدود به شمار می‌رود، در اصل گسترش عناوین معاملی به عناوین تازه یا مصادیق تازه که بر پایه نیازهای تازه و در چهارچوب اقدامات عقلایی یا اقدامات عرفی اما مورد پسند و تأیید عقلا صورت می‌گیرد، نه تنها منعی وجود ندارد، بلکه روش شارع در گذشته و شواهد کلی، نشان می‌دهد که اقتضای تشریح همین بوده است؛ و آنچه شارع حکیم مستقیماً بر عهده خود می‌دانسته، بیان ملاک‌های کلی در توسعه یا تقیید و تضییق عناوین معاملی موجود و غیر موجود بوده است و بس.

۱۱. از سوی دیگر، حتی اگر به فرض عموم و اطلاق ادله لفظی موجود شامل شخصیت حقوقی در معنای عام آن نگردد و مشروعیت و اهلیت آن را ثابت نکند اما الغای خصوصیت از شخص حقیقی در بار کردن اموری اعتباری مانند ملکیت و گسترش آن به عناوین اعتباری و حقوقی، امری عرفی است؛ که در واقع، بیان دیگری از اطلاق است و عرف با نادیده گرفتن خصوصیت، خطاب شارع را مطلق می‌بیند که قهراً حکم سایر اطلاقات را خواهد داشت. همان گونه که عرف در ادله لفظی احکام شرعی سفر میان سفر زمینی و دریایی با سفر هوایی فرقی نمی‌بیند، گرچه آنچه در ادله مطرح است، سفرهای زمینی و حداکثر سفر دریایی است.

### جمع بندی

اعتبار شخصیت حقوقی که جامعه پیش‌رفته کنونی جز با پذیرش آن، نمی‌تواند قوام داشته باشد، افزون بر شواهد و ادله‌ای که اجمالاً بر پذیرش آن در منابع اسلامی و فقهی دلالت می‌کند و ما در جای دیگر نشان داده‌ایم، به دو دلیل عمده و عام مستند است؛ یکی ارتکاز و سیره عقلا که به تأیید شارع حکیم رسیده است؛ و دیگر، ظهور اطلاقات و عمومات ادله

لفظی موجود در کتاب و سنت در مشروعیت کلیه عقود عقلایی که شارع از آن باز نداشته است، هر چند در زمان شارع موجود نبوده است؛ چنان که با تقریری متمایز می‌توان اعتبار شخصیت حقوقی را بر پایه پذیرش بخشی از سیره‌های جدید که اصل آن ریشه در دوره تشریح دارد، ثابت شمرد. بررسی منابع تاریخی، به روشنی نشان می‌دهد که در دوره تشریح و پیش از آن در عصر جاهلی، اصل شخصیت حقوقی امری پذیرفته و از نگاه عقلایی و دینی مانند آنچه درباره مالکیت کعبه سراغ داریم، محل اعتنای عملی مردم بوده است؛ و در منابع اسلامی درباره اصل آن هیچ منعی سراغ نداریم. از این رو، از یک سو در کنار ادله اجمالی، مقتضای اطلاقات و عمومات ادله، اعتبار عمومی شخصیت‌های حقوقی از جمله مؤسسات و شرکت‌ها و نیز دولت است که ما در جای دیگر جداگانه نیز آن را بررسی کرده‌ایم و از سوی دیگر، شناخت مصادیق آن، افزون بر آنچه در خود شرع معرفی شده، به بنا و عرف عقلا می‌باشد.

### پی‌نوشت

۱. این مقاله، گزیده‌ای از تحقیق در دست انجام نویسنده در پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی است.

### منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۱۴ق)، فقه الشركة و کتاب التأمین، منشورات مکتبه أمير المؤمنين (ع)، دارالعلم مفید، قم.
۲. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۱ق)، فقه المضاربه، دانشگاه مفید، قم.
۳. اکبری، موسی الرضا (۱۳۸۴ق)، «مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی»، ماهنامه دادرسی، ش ۵۰، سال نهم، خرداد و تیر.
۴. خمینی، امام سیدروح الله موسوی (۱۴۱۸ق)، الاجتهاد و التقليد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴)، بررسی چند مسأله مستحدثه - بیمه، تقریر محمد محمدی گیلانی، فصلنامه فقه اهل بیت (ع) (فارسی)، شماره ۱، بهار.
۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق)، مناهج الوصول الی علم الاصول، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم.
۷. انصاری، شیخ اعظم، مرتضی (بی‌تا)، مطارح الانظار، تقریر ابوالقاسم بن محمدعلی

- کلائتر نوری، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۸. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶ق)، حاشیه المکاسب، ۲ج، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
۹. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۲۵ج، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۱۰. بهبهانی، وحید، محمدباقر بن محمداکمل (۱۴۱۹ق- الف)، الحاشیه علی مدارک الأحکام، ۳ج، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق- ب)، الرسائل الفقهية، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، قم.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق)، الفوائد الحائریه، مجمع الفكر الإسلامی، قم.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، قم.
۱۴. لنگرودی، جعفری، محمدجعفر (۱۳۸۱ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، دوم، تهران.
۱۵. حائری حسینی، سیدکاظم (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، ۲ج، مجمع اندیشه اسلامی، دوم، قم.
۱۶. حلّی، حسین (۱۴۱۵ق)، بحوث فقهية، مؤسسة المنار، قم، چهارم.
۱۷. خردمندی، سعید (۱۳۸۲ش)، وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه، بوستان کتاب، قم.
۱۸. خلخالی، موسوی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷ق)، فقه الشیعة، کتاب الخمس و الانفال، ۳ج، دار البشیر، قم.
۱۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ۷ج، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چ ۲.
۲۰. زنجانی، سیدموسی شبیری (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، ۲۵ج، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم.
۲۱. سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق)، نظام المضاربة فی الشریعة الإسلامية الغراء، مؤسسه امام صادق (ع)، قم.
۲۲. صانعی، پرویز (۱۳۷۴ش)، حقوق جزای عمومی، ۲ج، گنج دانش، تهران، ششم.
۲۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، ۲ج،

- کتاب فروشی داوری، قم.
۲۴. عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، ۳۰ج، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۲۲ق)، حاشیة شرائع الإسلام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۲۶. علی، جواد (۱۹۷۸م)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ۱۰ج، دارالعلم للملایین، بیروت، مکتبة النهضة، بغداد، دوم.
۲۷. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، ۴ج، مؤسسه کیهان، تهران.
۲۸. مجاهد، سید محمد طباطبایی حائری (بی تا)، المناهل، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۲۹. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۹۱ش)، «نظریه شخصیت حقوقی، نقطه عطفی در فقه آیت الله طباطبایی یزدی»، فصلنامه فقه، کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۷۳، پاییز.
۳۰. مرسی، محمد کامل (۱۳۷۳ق - ۱۹۵۴م)، شرح القانون المدني الجديد، المطبعة العالمية، مصر.
۳۱. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق (ع)، ۶ج، مؤسسه انصاریان، قم، دوم.
۳۲. منتظری، حسین علی (۱۴۱۵ق)، دراسات فی مکاسب المحرمة، ۳ج، تفکر، قم.
۳۳. مهاجریان، عباس (۱۳۷۳ش)، شخصیت حقوقی، فردوسی، تهران.
۳۴. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة مکاسب، ۲ج، المکتبة المحمدیة، تهران.
۳۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق عباس قوچانی، ۴۳ج، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم.
۳۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم.
۳۷. هلد، دیوید (۱۳۸۶ش)، شکل گیری دولت مدرن، ترجمه: عباس مخبر، آگه، تهران.

## ارث زنان از فضای محاذی زمین\*

محمدحسن نجفی راد\*\*

### چکیده

از آن جا که به نظر قریب به اتفاق فقهای شیعه، زن از ارث بری برخی اموال شوهر متوفای خویش محروم است، این پرسش وجود دارد که آیا فضای محاذی زمین که امروزه از مهم ترین اموال به حساب می آید، از مصادیق محرومیت به حساب می آید یا آن که محرومیت، شامل این فضا نمی شود و زن مطابق اصل اولیه و عموماً، از آن ارث می برد؟ تحقیق حاضر، ضمن بررسی و اثبات مالیت مستقل برای فضا، محرومیت را مختص زمین دانسته، فضای محاذی زمین را خارج از موارد محرومیت می داند. یکی از ثمرات مهم این تحقیق ارث زنان از عین بسیاری از آپارتمان های مسکونی و تجاری و اداری است.

### کلیدواژه ها

ارث، فضا، زمین، زن.

---

\* تاریخ دریافت ۹۵/۱/۲۵؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۳/۳۰. برگرفته از موظفی نویسنده با عنوان «مالکیت فضای محاذی زمین و احکام بهره برداری از آن».  
\*\* استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

## طرح موضوع

از متفردات فقه شیعه است که زنان بر خلاف مردان - که از همه اموال همسرانشان ارث می‌برند - از به ارث بردن برخی اموال، محروم هستند. این که مصداق این محرومیت چیست، بین فقها اختلاف نظر است؛ آیا مطلق زمین است یا خصوص زمینی که عرصه خانه است و یا مطلق مال غیر منقول؛ و محرومیت از اعیان، هر اعیانی است یا منحصر به اعیان تابع زمین و...؟ طبیعاً این پرسش به وجود می‌آید که آیا محرومیت، شامل فضای محاذی زمین نیز می‌شود؛ به ویژه که امروز، فضای محاذی زمین با توجه به تنوع و گستردگی بهره‌گیری از آن ارزش فراوانی یافته است و مصادیق بسیاری دارد؛ مثلاً این موارد:

۱. کسی که فقط مالک طبقه فوقانی است و پیش از فوتش خراب می‌شود، آنچه در حین فوت در تملک اوست، فضای آن‌جا است. در برخی از متون فقهی به این مورد اشاره شده است (ر.ک: نراقی، بی تا: ۳۸۳/۱۹؛ و سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۶/۳۰)؛

۲. صاحب زمینی که فضای فراتر از متعارف محاذی ملک خویش را به عنوان مصداقی از انفال یا مصداق مباح تصرف کرده باشد که تملک او نسبت به این نوع از فضا، به تبعیت از زمین نیست؛<sup>۱</sup>

۳. همان مورد در صورتی که فضا را به عنوان تراکم خریده باشد؛

۴. فضای خریداری شده‌ای که مالک آن، پیش از ساخت، از دنیا برود؛

۵. فضای پیش فروش در پروژه‌های بزرگ که قبل از ساخت و تحویل، صاحب آن از دنیا می‌رود؛

۶. بناهای مسکونی و تجاری موجود در برج‌های بزرگ که مالکیت اصلی و مستقل شخص نسبت به فضای اشغال شده است و مالکیت عرصه، ثانیاً و بالعرض و آن‌هم به صورت مشاع است؛

و نمونه‌هایی از این دست که بر اهمیت پرسش یادشده می‌افزاید.

پاسخ به این پرسش، در گرو بررسی دو موضوع است.

الف: آیا فضای مجرد محاذی زمین، مال هست؟ چه نوع مالی است؟ عین است یا منفعت است یا حق؟ اگر منفعت باشد، ارث منافع برای زنان بلا اشکال است؛ و اگر حق باشد، اختلاف نظر در ارث حقوق مالی، اندک است. ولی اگر عین باشد، به دلیل آن که غیر منقول است، اظهار نظر درباره آن، به اتخاذ موضع در مصداق محرومیت زنان در



ارث، وابسته خواهد بود.

ب: مصادیق محرومیت زنان از ارث چیست؟ آیا منحصر به زمین است یا شامل مطلق غیر منقول هم می‌شود؟ آیا محرومیت از زمین، شامل اعیان تابع زمین هم می‌شود یا به زمین اختصاص دارد؟ این مقال برای پاسخ به این سؤال‌ها پایه‌ریزی شده است.

### مبحث اول: مالیت‌شناسی فضا

نسبت به نوع مالیت فضا در تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین» فصلی به ماهیت‌شناسی فضای محاذی زمین، اختصاص یافته است. نگارنده در آن جا ضمن بررسی تفصیلی احتمالات پنج‌گانه، مالیت عینی فضا را در برابر مالیت حقیقی و منفعتی برگزیده است که اجمال آن در پی می‌آید.

متعلقات انسان‌ها که در تعاملات اجتماعی مورد دادوستد قرار می‌گیرد، یکی از این سه چیز است: یا عین است؛ یا منفعت است؛ و یا حق. بخش زیادی از منابع فقه و حقوق، به تبیین احکام و قوانین مربوط به این عناوین سه‌گانه می‌پردازد. حال باید دید فضای محاذی زمین، جزو کدامیک از این عناوین است؟ عین است یا منفعت و یا حق. به بیان دیگر، در این‌که فضا به تبع زمین هم موجود است و هم مالیت دارد، تردیدی نیست. سخن در وجود فضای منهای زمین و مستقل از آن است. آیا وجود چنین فضایی، عینی و خارجی (عین) است؛ یا تبعی است (منفعت)؛ یا اعتباری است (حق)؛ و یا از اساس وجود ندارد.

یافتن پاسخ صریح و روشنی از کلمات فقیهان برای این پرسش، مشکل است؛ ولی در منابع فقهی، عبارت مورد وفاقی وجود دارد که می‌توان آن را جمله کلیدی نامید؛ چون در پرتو تحلیل و بررسی آن، می‌توان در دستیابی به احتمالات ثبوتی و اثباتی در موضوع بحث، یاری گرفت. آن جمله کلیدی این است: «الهواء تابع للقرار.»

این عبارت هم در منابع فقهی شیعه آمده است و هم در منابع فقه سنی (ر. ک. شیخ طوسی، ۱۴۱۴: ۲۹۴/۳؛ ۱۴۱۲: ۳۱۲/۴؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶/۲۴۳؛ وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۱۸/۱۶۱، و ۸۷-۸۲/۲۳؛ ابوزکریا، بی‌تا: ۴۰۰/۱۳). در ابواب مختلف فقهی، آن را مستند حکم قرار داده‌اند؛ از جمله در کتاب صلح، در مسأله واگذاری فضای بدون زمین گفته‌اند در قالب بیع، جایز نیست، ولی صلح آن بلامانع است و دلیل عدم جواز بیع را «الهواء تابع للقرار» دانسته‌اند (ر. ک. علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۴۳ و ۴۹؛ و بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۲۰ و ۱۴۱).

باید دید مقصود از این تبعیت چیست؟ آیا تبعیت در اصل وجود است که فضای بدون زمین وجود ندارد، حتی وجود اعتباری نظیر تبعیت نمائات متصله (چاقی حیوان)؛ یا تبعیت در عینیت خارجی است، یعنی فضای بدون زمین جزو اعیان نیست، هر چند ممکن است حق یا منفعت باشد؛ یا آن که تبعیت در تملک است، به این معنی که فضای مستقل زمین هر چند وجود عینی و خارجی دارد، بدون زمین، قابل تملک و تسلط نیست؛ و نظیر پرنده در هوا است که با وجود مالیت، به دلیل عدم تسلط بر آن، قابل تملک نیست؛ و یا تبعیت صرفاً در ملکیت است، آن هم در حدی محدود به این معنی که فضا به تنهایی، هم عین است و هم قابل تملک، ولی اگر دلیل خاص نباشد، در حد محدودی، مالیت آن تابع مالکیت زمین است. بنابراین احتمالات پنج گانه ذیل برای فضای مستقل محاذی زمین، قابل تصور است:

۱. نفی هرگونه وجود از فضای بدون زمین؛

۲. حق بودن (وجود اعتباری)؛

۳. منفعت بودن فضا؛

۴. عین غیر قابل تملک؛

۵. عین قابل تملک.

برای احتمالات یادشده، غیر از احتمال سوم (منفعت بودن فضا) می توان با تتبع در کلمات فقها، ثبوتاً نیز مستنداتی را به دست آورد. آنچه در ذیل می آید، حاصل این تتبع و کاوش در متون فقهی است.

#### ۱. نفی وجود یا نفی عین و حق و منفعت

نفی وجود از فضای مستقل که نفی مال و حق و منفعت بودن را هم در پی دارد به ابوحنیفه و برخی از پیروان او نسبت داده اند، اینان با این که فروش فضا به تبع زمین را به عنوان حق بنا، جایز می دانند ولی مستقل از زمین را، به دلیل آن که چیزی نیست، تا مبیع واقع شود، جایز نمی دانند (ر.ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۱۲/۲۹۳؛ ۵/۱۹۳۴)؛ و از این رو، «حق التعلی»<sup>۲</sup> را نه در قالب بیع و نه حتی مصالحه جایز ندانسته اند از آن جهت که متعلق آن، فضا است و فضا را امری معدوم می دانند؛ (ر.ک: وزارة الاوقاف؛ ۱۴۰۴: ۳۳/۷۹-۷۶)؛ مثلاً در کتاب «الفقه علی مذاهب الأربعة» وقتی بیع معدوم را جزو انواع بیع باطل می شمارد، یکی از مصادیق آن را فروش «حق التعلی» می داند؛ به این دلیل که متعلق حق

التعلی، فضا و هواست و فضا هم، از آن جهت که مال نیست، وجود خارجی ندارد و امری معدوم است و بیع معدوم نیز باطل است:

«و از انواع بیع باطل، بیع معدوم است؛ مانند بیع طبقه بالا پس از خرابی؛ مثل این که بنایی دو طبقه باشد که هر کدام متعلق به یکی باشد و هر دو خراب شوند یا بالایی خراب شود؛ در این صورت، فروش طبقه بالا پس از خرابی، جایز نیست، چون بیع حق تعلی است و مال نیست؛ چون مال، عین خارجی ای است که امکان احراز و نگهداری داشته باشد؛ و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به فضاست که فضا هم مال نیست. حال آن که مبیع یا باید مال باشد و یا متعلق به مال (جزیری، ۱۴۰۶: ۲/۲۱۴). حق تعلی چون به فضا تعلق گرفته و فضا هم مال نیست، پس مصداق امر معدوم است.

توضیح این که حنفیه، عین بودن و قابلیت احراز و نگهداری را از ویژگی های اصلی مال می دانند؛ و از منظر ایشان، اگر چیزی وجود خارجی قابل نگهداری نداشت، مال نیست. به همین دلیل، حقوق را مال نمی دانستند و در صورتی که متعلق حقوق، مال نباشد، آن را قابل هیچ گونه نقل و انتقالی نمی دانستند. بنابراین نفی مال بودن، به معنی نفی وجود است و مصداق بیع معدوم.

مشابه همین عبارت، از ابن عابدین یکی دیگر از فقهای حنفی، نقل شده است که می گوید:

«حق بلندمرتبه سازی (حق التعلی) مال نیست؛ چون مال، عینی است که امکان احراز و نگهداری داشته باشد؛ و حق، چنین خاصیتی ندارد (چون امری اعتباری است) و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به هوا و فضاست و فضا هم مال نیست که بشود آن را فروخت و حال آن که مبیع، باید یکی از این دو (مال یا متعلق به مال) باشد» (ابن الهام، بی تا: ۲۰۴/۵). به دلیل این که فضای مستقل را امری وجودی (مال) نمی دانند، وقف به تنهایی طبقه بالا را هم جایز نمی دانند (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۵۸/۲۱).

## ۲. حق بودن فضا

فقها در کتاب بیع، برای عوضین شرایطی را ذکر کرده اند که یکی از آن شرایط، عین بودن «مبیع» است، در مقابل منفعت و حق. به این معنی که «مبیع» نمی تواند حق یا منفعت باشد؛ هر چند می تواند حق یا منفعت «ثمن» قرار بگیرد. البته این مربوط به عقد بیع است؛ ولی از طریق سایر عقود مثل عقد اجاره یا عقد صلح، منافع و حقوق می توانند در برابر

ثمن، مبادله شوند. مقصود از عین هم این است که وقتی در خارج به وجود آید، جسم دارای ابعاد سه گانه (طول و عرض و عمق) باشد (خویی، بی تا: ۱۷/۲).

از طرف دیگر، در کتاب صلح، واگذاری فضای زمین به دیگری را از طریق بیع ممنوع دانسته، ولی مصالحه آن را مجاز شمرده‌اند. دلیل آن را هم این گونه بیان کرده‌اند: «لأن الهواء لا یفرد بالبیع» (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۷/۷۸ و ۱۶۷)؛ فضا به تنهایی فروخته نمی شود.

چرا فضای مستقل مبیع قرار نمی گیرد؟

فقها دلیل آن را عین نبودن فضا دانسته‌اند. صاحب «مفتاح الکرامه» در نقد کلام شیخ طوسی که مصالحه مستقل فضا را جایز نمی داند، می گوید: «و لیس فی محلّه لانه حق مالی متعین المالك فجاز الصلح علیه و اخذ العوض عنه... بخلاف البیع لانه لا یتناول الا الأعیان...». (همان: ۷۸/۱۷).

تصریح آنان به جواز صلح به جای بیع، نشان می دهد که فضای مستقل را منفعت هم نمی دانند؛ و گرنه باید غیر از بیع، دو راه پیشنهاد می دادند: اجاره و صلح. از این که فقط گفته‌اند «لا یفرد بالبیع بل یجوز الصلح»، نشان از منحصر بودن گزینه حق درباره فضا است. از این رو، مرحوم شهید در دروس، پس از آن که می فرماید «یجوز افراد الهواء بالصلح و ان کان لا یفرد بالبیع» (هوا به تنهایی مصالحه می شود اگرچه به تنهایی فروخته نمی شود؛ شهید اول، بی تا: ۳/۳۰۱)، در عبارتی دیگر، ضمن تأکید بر حق بودن هوا، و جواز مصالحه آن، بر نفی اجاره و بیع، هر دو، تصریح می کند که نشانی از انحصار فضا، در حق بودن است؛ در مقابل عین و منفعت؛ «و کذا یصح الصلح علی حق الهوی لا البیع و لا الأجاره» (بر حق هوا، مصالحه صحیح است، نه بیع و نه اجاره؛ همان: ۳۱۰).

تصریح به حق بودن فضا، در کلمات دیگر فقها نیز وجود دارد؛ مثلاً «فلا یجوز بیع حق الهواء...» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۱۶/۴). در آثار فقهی معاصر نیز فضا را در برابر عین قرار داده‌اند:

«یصح الصلح علی مجرد الانتفاع بعین او فضاء کان یصالح علی ان یسکن داره... او علی ان یشترک جناحاً فی فضاء ملکه» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸). نتیجه این که بر اساس فرمایش این دسته از فقیهان، فضای مستقل از زمین، حق است، در برابر عین و منفعت. در کلمات فقها شواهدی بر این وجود دارد که مقصود آنان از «حق الهواء» همان فضای محاذی زمین است و متعلق این حق هم عرصه زمین است؛ از جمله:

۱. صاحب مفتاح الکرامه، ذیل عنوان حقوق متعلق به اعیان که قابل مصالحه هستند

حق الهواء را در ردیف «حق المسيل» و «حق الاستطراق» قرار داده است که این دو از حقوق متعلق به عین یعنی زمین هستند:

«الثالث لا يجوز بيع حق الهواء ولا المسيل ولا الاستطراق» (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۴/۱۷)؛ آن گاه این سخن را به عده‌ای از فقها نسبت می‌دهد و حتی بر آن، نقل اجماع می‌کند (همان). هم عرضی هوا با راه آب و راه عبور و مرور که از حقوق متعلق به زمین هستند، نشان می‌دهد که مقصودشان از هوا نیز حق متعلق به زمین است.

۲. شاهد دیگر، استدلال فقها بر این که چرا هوا مبیع واقع نمی‌شود (الهواء لا یفرد بالبيع) را شرط عین بودن مبیع دانسته‌اند، معلوم می‌شود هوا به تنهایی عین نیست (همان: ۷۸).

۳. تصریح برخی فقیهان بر این که هوا به تنهایی، نه قابل مصالحه است و نه قابل بیع یا اجاره (الدروس الشرعیه، ج ۳/۳۰۱)؛ و این یعنی منحصر بودن هوا در حق.

### ۳. منفعت بودن فضا

اما احتمال به نظر می‌رسد منفعت بودن فضا، ثبوتاً و اثباتاً مردود است؛ هر چند از ظاهر عبارت علامه که می‌گوید «الهواء لا یفرد بالعقد بل یتبع الدار کالحمل مع الام...» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۳/۱۶) این فهمیده شود که فضا، همانند بچه که از منافع مادر به حساب می‌آید، جزو منافع زمین است. مؤید آن، سخن دیگر ایشان است در مسأله واگذاری فضای زمین برای استفاده شاخه درخت غیر، از طریق مصالحه، که شرط کرده باید مدت زمان استفاده، مشخص شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۴۹/۲۶) و حال این که چنین شرطی از مشخصات اجاره در باب منافع است. بنابراین این سخن علامه، مورد اشکال صاحب جواهر قرار گرفته است (همان: ۲۴۹ و ۲۵۰)؛ هر چند ممکن است گفته شود که مقصود علامه از این تشبیه، فقط بیان تناظر در عدم استقلال در انتقال است. در هر صورت، منفعت پنداشتن فضا، مخدوش است؛ زیرا:

اولاً: با تعریف منفعت، سازگاری ندارد؛ چون در منفعت، افزون بر تبعیت در وجود، تدریجی بودن نیز از مقومات مفهوم آن است؛ و فضای محاذی زمین، هیچ کدام از این مشخصات را نسبت به عرصه زمین ندارد.

ثانیاً: مخالف اجماع ضمنی فقها است؛ چون همه فقیهان حتی خود علامه، به هنگام

مخالفت با بیع مستقل فضا، تنها صلح را پیشنهاد می‌کنند که لازمه بیان این طریق انحصاری، اجماع بر نفي منفعت بودن فضا است.

#### ۴. عین غیر قابل تملک

از سخنان برخی چنین بر می‌آید که فضا، مال (عین) هست و تعریف مال شامل آن می‌شود، ولی از آن دسته اموالی است که قابل تملک نیست؛ مانند پرندگان در آسمان که تا در آسمان هست، به دلیل عدم وجود تسلط بر آن، ملک نیست با این که مالیت دارد؛ چون مورد رغبت عقلا است.

یکی از کسانی که بر این باور است، ابن حزم است که در مقام استدلال بر این که هوا مبیع قرار نمی‌گیرد، چنین می‌گوید:

«فروش فضا جایز نیست؛ چون هوا استقرار ندارد تا ضبط شود و به ملکیت درآید؛ بلکه متوج است و اجزای آن دائم در حال رفت و آمد است (یک جز می‌رود و جزء دیگری می‌آید). در این صورت، فروش فضا، مصداق اکل مال به باطل است؛ چون چیزی را فروخته که قدرت بر ثبت و ضبط آن را ندارد. بنابراین مصداق بیع غرر و بیع چیزی غیر مملوک و بیع مجهول است» (ابن حزم، بی تا: ۱۹/۹).

از این که ایشان بر خلاف دیگر فقها دلیل عدم جواز را عدم قابلیت تملک به دلیل ماهیت متموج هوا دانسته، معلوم می‌شود که عین بودن فضا را پذیرفته است و شاهد آن هم دلایلی است که بر بطلان این بیع، بیان می‌کند؛ مانند اکل مال به باطل و یا مجهول بودن مبیع و غرری بودن معامله. به نظر می‌رسد منشأ این باور، در تفسیر نادرستی است که از هوا کرده‌اند. ایشان هوا را به معنی زیست محیطی آن، گرفته است؛ یعنی گازهای موجود در فضا که موجودی است غیر مستقر و متحول؛ به خلاف هوا به معنی جغرافیایی آن که خالی گاه محاذی سطح زمین است و این امری است ثابت و مستقر.

از ظاهر کلام محقق اردبیلی نیز چنین بر می‌آید که او نیز فضا را قابل تملک نمی‌داند؛ زیرا دلیل بر عدم جواز بیع هوا را عدم امکان تسلیم دانسته است. این استدلال، در صورتی درست است که هوا را به معنی «اکسیژن» بگیریم: «و لایصح بیع الهواء وحده لعدم امکان التسليم» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۶۷/۹)؛ و گرنه هوا به معنای فضای مقابل زمین، قابل تسلیم است؛ البته تسلیم عرفی؛ و عرف هم تسلیم هر چیزی را متناسب خودش می‌داند.

نظریهٔ دیگر، این است که فضا نه تنها عین است که قابل تملک هم هست؛ و در نتیجه، مستقل از زمین، قابلیت هرگونه نقل و انتقال را دارد. از میان فقها می‌توان از شهید ثانی به عنوان شخصی که عین بودن فضا را پذیرفته، یاد کرد؛ چون ایشان، از سویی عین بودن مبیع را لازم می‌داند و لذا تعریف محقق از عقد بیع در شرایط را که گفته است «العقد هو اللفظ الدال علی ملک من مالک الی آخر بعوض معلوم»، می‌گوید:

«لفظ ملک شامل اعیان و منافع می‌شود؛ پس مانعیت تعریف به عقد اجاره، نقض می‌شود؛ چون عقد اجاره هم لفظی است که بر نقل ملک دلالت دارد و آن، نقل منفعت است، در مقابل عوض مشخص» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/۱۴۵ و ۱۴۶). ولی در کتاب صلح، وقتی محقق از شیخ طوسی به عنوان کسی که مصالحهٔ مستقل فضا را مجاز نمی‌شمرد، نام می‌برد، مرحوم شهید در مقام نقد سخن شیخ طوسی می‌فرماید این سخن مبتنی بر دو مقدمه است که هر دو مقدمهٔ آن، مخدوش است: یکی ممنوعیت مبیع واقع شدن مستقل فضا، و دیگری تبعیت صلح از بیع: «سخن شیخ مبتنی بر آن چیزی است که از او نقل شده است؛ و آن، ممنوعیت فروش مستقل فضا و دیگری فرعی صلح بر بیع؛ و هر دو مقدمه نادرست است» (همان: ۲۸۱/۴). معلوم می‌شود ایشان این را نمی‌پذیرد که گفته شده هوا به صورت منفرد و مستقل از زمین نمی‌تواند مبیع واقع شود. بنابراین از ضمّ این دو فرمایش شهید، می‌توان گفت که ایشان از کسانی است که فضا را مستقل از زمین، هم مال می‌داند و هم عین. البته این سخن، بر خلاف آن چیزی است که از کلمات فقها استفاده می‌شود؛ زیرا آنان فضا را فقط حق می‌دانستند، در برابر عین و منفعت.

در هر صورت ظاهراً تا آن زمان کسی از فقها غیر از ایشان، به عین بودن فضا اشاره نکرده است. از این رو، مرحوم صاحب مفتاح الکرامه پس از نقل آرای مختلف دربارهٔ جواز و عدم جواز مصالحهٔ مستقل فضا، می‌گوید: همهٔ این صاحبان آرای مختلف در مخالفت با این نظر شهید که گفته است «بیع هوا و فضا به گونهٔ منفرد و مستقل جایز است»، متفق و هم‌رأیند:

«و کیف کان، فقد تسالمت الخصوم علی خلاف ما فی المسالک من جواز بیع الهواء منفرداً» (در هر صورت همهٔ مخالفان، در مخالفت با آنچه در مسالک آمده که بیع هوا را مستقلاً مجاز می‌شمرد، متفقند، (عاملی، ۱۴۱۹: ۷۸/۱۷).

البته از برخی عبارات صاحب جواهر نیز تمایل به این نظریه استفاده می‌شود؛ چون ایشان نیز به دنبال نقل نظر شیخ طوسی، مشابه سخن شهید را بیان می‌کند:

«ولو صالح من له حق منهم علی احداث روشن مثلاً، قیل و القائل الشیخ لایجوز لانه لایصح افراد لهواء بالبیع و الصلح فرعه، و فیه تردد بل منع اذ المقدمتان ممنوعتان، للعمومات، خصوصاً عمومات الصلح المقتضیه جواز، و ان قلنا بعدم افراده فی البیع» (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶/۲۴۹).

و اگر از صاحبان ذی حق کوچۀ بن بست، بر ساخت بالکن را به دیگری مصالحه کند، شیخ گفته است جایز نیست؛ چون هوا به تنهایی مبیع واقع نمی‌شود و صلح هم در این جا تابع بیع است. این سخن شیخ، قابل تردید بلکه قابل منع است؛ به دلیل ممنوعیت هر دو مقدمه (مبیع واقع نشدن مستقل هوا و مستقل نبودن عقد صلح)؛ به دلیل وجود عمومات، به ویژه عمومات صلح که مقتضی جواز آن است؛ هر چند استقلال در بیع را نپذیریم.

این سخن، دقیقاً مشابه کلام شهید در نقد فرمایش شیخ است. افزون بر آن که در چند سطر بعد، در پاسخ کسانانی که می‌خواهند حکم فضا را از سایر اموال جدا کنند، می‌فرماید: «ضرورة کون الفضاء ملک کسائر الاملاک، فیجری علیه جمیع احکامها. و الله العالم» (فضا هم ملکی است مانند سائر املاک و همه احکام دیگر املاک بر آن جاری است (همان: ۲۵۰)).

این سخن نیز مشعر به استقلال فضا در همه دادوستدها است؛ از جمله بیع و امثال آن. این ادبیات، شاهد همراهی صاحب جواهر با مرحوم شهید است و تمایل او به عین دانستن فضا؛ زیرا شرط عین بودن مبیع، مفروض صاحب جواهر نیز هست.

#### بررسی احتمالات پنج گانه

از احتمالات پنج گانه غیر از احتمال سوم (منفعت بودن) که ثبوتاً و اثباتاً مردود بود و مدعی هم نداشت، مابقی قابل بررسی است. از آن جا که برای هر یک از این احتمالات چهار گانه، مدعی و یا مدعیانی وجود دارد، می‌توان از آن‌ها به دیدگاه و نظرات یاد کرد. آنچه در پی می‌آید، به بررسی این دیدگاه‌ها می‌پردازد:

##### ۱. نظریه نفی وجود

اما احتمال نخست که برای فضای مستقل از زمین، هیچ گونه وجودی (عین، حق، منفعت) قائل نیست و آن را امر عدمی می‌داند و مدعیان فقهای حنفی بود، بی شک ادعای



نفی هر گونه وجود از فضای مستقل، بدهات بطلان دارد و صرفاً یک ادعا است. شاهد بطلان آن، علاوه بر وجدان:

اولاً مخالفت دیگر فقیهان شیعه و سنی با این نظریه است؛ چه آن‌ها که فضا را عین می‌دانند یا حق و یا حتی منفعت؛ در هر صورت، بر نفی عدمی دانستن فضا، اجماع مرکب دارند.

ثانیا در فروعات فراوانی در فقه، فضای مستقل از زمین، موضوع حکمی قرار گرفته است و هیچگاه امر عدمی، موضوع حکم قرار نمی‌گیرد؛ مانند خواندن نماز در فضای غصبی، وضو گرفتن در فضای غصبی، عبور از فضای حرم بدون احرام، احرام بستن در فضای محاذی میقات، صید در فضای حرم، تصرف غاصبانه فضای ملک دیگری از طریق گشودن بالکن و...، و ده‌ها فرع و مسأله فقهی که هر کدام به گونه‌ای دلیل و شاهد بر پذیرش وجود مستقل برای فضا منهای زمین است. مصداق بارز آن، چیزی است که در کتاب صلح آمده است و آن، مصالحه فضای زمین به طور مستقل است که غیر از فقهای حنفیه همگان آن را پذیرفته‌اند؛ و معنی آن، واگذاری مستقل فضا بدون زمین، به دیگری است که او نیز از طریق این مصالحه، مالک این فضا می‌شود، بی آن‌که زمین را مالک باشد.

## ۲. نظریه حق بودن فضا

برخی گفته‌اند فضای منهای زمین، حق است (در برابر عین یا منفعت)، در پاسخ اینان باید گفت:

اولاً فضا، از دایره تعریف حق بیرون است؛ زیرا حق با همه پراکندگی آرا در تعریف اصطلاحی آن، اعتباری بودن آن، مورد اتفاق است؛ چون حق را چه سلطنت ضعیفه یا ملکیت ناقصه و یا حکم بدانیم، در همه این فرض‌ها، حق، ماهیت اعتباری دارد.

ثانیاً این مفهوم اعتباری، از مفاهیم ذات اضافه است؛ بدین معنی که تحقق آن، همواره بر دو یا سه عنصر متکی است؛ صاحب حق، متعلق حق، و در برخی موارد، من علیه الحق. با نبود این عناصر دوگانه یا سه‌گانه، حق وجود خارجی و حتی ذهنی ندارد.

این در حالی است که فضای منهای زمین، دارای هویت مستقل و واقعیت موجود خارجی است؛ فضایی که در بسیاری از احکام فقهی، موضوع قرار گرفته است. فضا به این معنی است، نه به معنی حق؛ مثلاً فضای محاذی کعبه در بحث قبله، یا فضای محاذی میقات در باب احرام و امثال آن که نیاز به ذی حق و من علیه الحق ندارد چگونه می‌تواند مصداق حق

باشد. خلاصه آن که حق، وجودش اعتباری است؛ و وجود فضا، عینی است؛ و بین این دو، تفاوت است.

### ۳. نظریه عین غیر قابل تملک

در این نظریه گفته شده که فضای محاذی زمین، به دلیل وجود غیر ثابت و غیر مستقر، قابل تملک نیست. این نظریه اصل وجود و ماهیت مستقل برای فضا را پذیرفته است، اما به دلیل تموج و عدم استقرار و یا عدم امکان تسلط بر آن، تملک آن را غیر ممکن می‌داند.

اگر مقصود از هوایی که وجود غیر مستقر و مواج دارد، هوای به معنی زیست محیطی (اکسیژن و...) آن است، چنان که از ظاهر برخی عبارات ها پیداست، این به معنی خلط بین دو معنی از هوا است؛ چنان که مرحوم صاحب جواهر، در نقد سخن جزایری، به آن اشاره کرده است (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۸/۸ و ۲۷۹). البته هوا به معنی زیست محیطی، موضوع بحث ما نیست. هر چند امروزه، همین معنی از هوا، نیز قابل ثبت و ضبط است و طبعاً قابل تملک و تسلط نیز هست و از این رو، در محیط زیست، موضوع قوانین و مقررات فراوانی برای حفظ و پیرایش آن از آلودگی‌ها، قرار گرفته است.

در هر صورت، آنچه موضوع بحث ما است، فضا و هوای جغرافیایی آن است؛ یعنی بخش خالی محاذی زمین؛ و هوا به این معنی، هم ثابت و استقرار دارد و هم قابل تفکیک است؛ زیرا فضای محاذی زمین A غیر از فضای محاذی B است و قابل تسلط و تملک نیز هست. مثلاً بسیاری از فقها، گشودن بالکن به معابر عمومی را مجاز دانسته و صاحب آن را مالک فضای تصرف شده دانسته‌اند؛ با این که اصل زمین چون معبر عمومی است، ملک او نیست (ر.ک: همان: ۲۶/۲۵۵ به بعد). این قول، نشانه قابلیت تسلط و تملک فضا، مستقل از زمین است.

### ۴. نظریه عین بودن فضا (نظر مختار)

چنان که اشاره شد، از فقهای گذشته می‌توان مرحوم شهید ثانی را از مدعیان و صاحب جواهر را از مؤیدان این نظریه به حساب آورد و در مقام اثبات این نظر، می‌توان چنین گفت:

اولاً نفی دیدگاه‌های گذشته، خود می‌تواند دلیل کافی بر اثبات این نظریه باشد؛ چون نفی وجود از فضای محاذی زمین، انکار بدیهیات است، کسی نمی‌تواند منکر امکان تسلط و بهره‌گیری از فضا شود. نهایت سخن، در نوع این وجود است که آیا وجودش اعتباری است (مثل این که حقی از حقوق زمین و مصداقی از حق الارتفاق باشد یا منفعتی از نوع

منافع غیر محسوس و اعتباری مانند سکونت در خانه)؛ و یا عین خارجی است؛ چه عین خارجی وابسته، مانند منافع منفصله همچون میوه درختان و یا عین مستقل. از مباحث گذشته، معلوم شد که فضا، نه امری اعتباری است (حق) و نه عین وابسته (منفعت). در نتیجه، تنها گزینه باقی مانده، وجود عین مستقل است.

ثانیاً شواهد فراوانی بر عین بودن فضا، هم در عرف و هم در شرع وجود دارد.

#### شواهد عرفی و عقلایی

از گذشته‌های دور، عقلا برای فضای محاذی زمین ارزش قائل بوده و برای چگونگی بهره‌وری از آن، حق و حقوقی مشخص کرده‌اند؛ اما از آن‌جا که استفاده از فضا نوعاً به مقدار متعارف، محدود می‌شده، نگاه به فضای محاذی زمین، نگاه تبعی بوده است نه استقلالی. اما امروز، به این دلیل که امکان بهره‌گیری از فضا بسیار گسترده شده، فضای مقابل زمین، خود عنصری مجزا و در عرض زمین و دریا، به عنوان یک عنصر تأثیرگذار در زندگی اجتماعی به حساب آمده است؛ مثلاً ترانزیت هوایی نوعی استفاده از فضا است که ربطی هم به سطح زمین ندارد. امروزه حق ترانزیت در کنار ترانزیت زمینی و دریایی، یکی از منابع مهم درآمدی کشورها است. در حق ترانزیت هوایی، فضا، خود متعلق حق است، مانند زمین و دریا؛ نه این که خود او، حق باشد.

نمونه دیگر تراکم‌فروشی در شهرهای بزرگ است که نوعاً شهرداری‌ها متولی فروش آن هستند و بخش زیادی از نیازهای شهری را از این راه تأمین می‌کنند. تراکم‌فروشی یعنی اجازه بهره‌گیری از فضای فراتر از متعارف، به صاحب زمین که شهرداری‌ها، خود را مالک آن می‌دانند و نوعاً این فضا به صاحب عرصه زمین فروخته می‌شود. اگر تراکم را حق بدانیم (حق بهره‌گیری از فضا) باز متعلق آن فضا است، نه این که فضا، حق باشد.

نمونه دیگر، پیش‌فروش طبقات مسکونی و تجاری در برج‌های مرتفع و سر به فلک کشیده است. کاری که امروز در بین عقلا، امری متداول شده است. مسلم، آنچه در این نوع برج‌ها مورد معامله قرار می‌گیرد، فضای مستقل از زمین است.

این‌ها و نمونه‌های دیگری از این دست، از عین بودن فضا، در عرف عقلا، و نگاه استقلالی داشتن به فضا، حکایت دارد.

#### شواهد شرعی

مقصود از شواهد شرعی، وجود آن دسته از موارد و نمونه‌هایی است که در منابع فقهی و آرای فقیهان، نشان از پذیرش عین بودن فضای مستقل از زمین دارد؛ مثلاً

۱. در موضوع وقف طبقه دوم برای مسجد، همه فقیهان غیر از فقهای حنفی، به جواز فتوا داده اند.

صاحب مفتاح الکرامة که نوعاً به جمع آوری آرا می پردازد، می گوید: وقف طبقه بالا برای مسجد و غیر مسجد بدون طبقه پائین، جایز است؛ و تنها مخالف را ابوحنیفه ذکر می کند: «و ان وَقَفَ الْعُلُوَّ اخْتَصَّ الْوَقْفَ وَ يَتَّبِعُهُ الْهَوَاءُ وَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا تَصَحُّ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَا وَ هُوَ مَمْنُوعٌ» (اگر طبقه بالا را فقط وقف کند صحیح است و فضای آن هم به تبعیت وقف می شود. ابوحنیفه گفته است صحیح نیست چون فضا به تبع متعلق وقف قرار می گیرد و این جایز نیست (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۶۰/۲۱). از طرف دیگر، عین بودن از شرایط مسلم مال وقفی است: «و شروطه اربعة ان یکون عیناً مملوکه...» (همان: ۶۳۷). در این جا مطابق فرض، آنچه وقف شده، مسلماً زمین نیست، بلکه بخشی از فضای مستقل از عرصه زمین به عنوان طبقه بالا است که با دیوارها و سقفی محصور شده است.

سؤال این است که «موقوف»، این در و دیوار است یا فضایی که این در و دیوار آن را محصور کرده اند؟ اگر صرف این در و دیوارها است، طبعاً باید با از بین رفتن آن ها، وقف هم به دلیل انتفای موضوع از بین برود و اگر مجدداً طبقات ساخته شد، واقف یا موقوف علیهم، هیچ ادعایی نباید داشته باشند؟! به نظر می رسد هیچ فقیهی چنین فتوایی را ندهد. شاهد آن همین مورد است؛ در صورتی که طبقه بالا متعلق به شخصی و طبقه پایین ملک شخص دیگری باشد و طبقه بالا یا هر دو، خراب شوند، هیچ کس با از بین رفتن طبقه فوقانی، مالکیت صاحب طبقه فوقانی را منتفی ندانسته است، بلکه گفته اند اگر صاحب طبقه پایین در این خرابی مقصر بوده است، بر بنای مجدد، اجبار می شود (ر.ک: همان: ۲۶/۲۷۱).

بنابراین در این جا هم باید گفت با خراب شدن مورد وقف، اصل وقف از بین نمی رود؛ چون وقف، فک مالکیت صاحب آن است، نه اصل ملکیت. بنابراین بنا باید تجدید شود. اگر وقف باقی است، نشان می دهد آنچه «موقوف» است، فضا است. ضمن آن که افزون بر طبقه فوقانی فضای محاذی آن نیز به تبع، خود، موضوع وقف است؛ چنان که در عبارت مفتاح الکرامة تصریح شده بود و دلیل مخالفت حنفیه هم همین موضوع وقف قرار گرفتن فضا بود. اگر فضا موضوع وقف باشد، دلیل بر عین بودن آن است؛ زیرا از شرایط مورد اتفاق در وقف، این است که باید عین باشد (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۳۷/۲۱)؛ و اساساً در تعریف وقف چنین گفته اند: «تحبیس الأصل او عین و اطلاق او تسبیل المنفعة» (همان: ۴۱۴).

۲. مورد دیگر در کتاب صلح است در مورد تصرف در فضای معابر عمومی، مثل

گشودن بالکن، در گذشته؛ و طاق نصرت یا تابلوهای اعلانات، در حال حاضر. همه فقها گفته‌اند در صورتی که چنین تصرفی، مضر به عبور و مرور مردم نباشد، مجاز است؛ و تصرف کننده را مالک آن فضا، و یا ذی حق (بنا بر اختلاف مبانی در حیازت) دانسته‌اند. در هر صورت، فضا را مستقل از زمین، قابل تصرف و تملک دانسته‌اند. آن‌گاه فرعی را مطرح کرده‌اند که اگر آن چیزی که موجب تصرف این فضا شده، از بین برود، مثل این که بالکن خراب شود، آیا دیگری می‌تواند آن فضا را تصرف کند؟ برخی گفته‌اند می‌تواند؛ و برخی هم گفته‌اند اگر اولی اعراض نکرده باشد، دومی حق تصرف ندارد؛ چون صرف خراب شدن دلیل بر زوال ملکیت و یا حقیت نیست (ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶/۲۵۵). سؤال این است که اولاً اگر فضای مستقل از زمین، عین نیست، تصرف کننده اول چه چیزی را با حیازت و یا احیاء، مالک و یا ذی حق شده است؟ ثانیاً حال که ابزار تصرف از بین رفته، اگر فضای مجرد از زمین، عین نیست، متعلق این حق مالکانه یا حق اولویت تصرف چیست؛ که به بقای آن حکم شده است؟

ثالثاً تعابیری همچون حیازت فضا و یا جریان دادن اصالة الاباحه، شاهد عین بودن فضای مستقل است. به بیان دیگر، این‌ها از عوارض اعیانند نه حقوق.

با توجه به شواهد یادشده تردیدی نمی‌ماند که فضا، عینی از اعیان است؛ نهایت این که تا به تصرف در نیامده، نامحسوس است، نظیر بسیاری از اعیان نامحسوس؛ مثلاً گاز و برق، دو عنصر بسیار مهم و تأثیرگذار در زندگی انسان هستند، ولی نامحسوسند و دارای ابعاد چهارگانه نیستند، ولی نه تنها هیچ کس منکر وجود آن‌ها نیست، بلکه شایع‌ترین و رایج‌ترین مصایق خرید و فروش را به خود اختصاص داده‌اند.

افزون بر آن که عین بودن فضا کم‌تر از عین بودن «کلی فی المعین» نیست که هیچ‌گاه تحقق خارجی پیدا نکرده و آنچه در خارج محقق می‌شود مصادیق است نه خود کلی، ولی فقها، در بحث بیع که عین بودن مبیع را شرط می‌دانند، کلی فی المعین را به عنوان مصداقی از عین پذیرفته‌اند.<sup>۳</sup>

نتیجه: از مجموع آنچه گذشت: نگارنده بر این باور است که فضای مجرد از زمین، ماهیت و مالیت مستقل دارد؛ عین است، نه حق و یا منفعت؛ هرچند در نقل و انتقال، اگر شواهد و قرائنی نباشد، در حد متعارف، تابع زمین است. ولی این تبعیت، دلیل نفی استقلال نیست؛ بلکه مانند تبعیت درختان روئیده بر زمین است که با این که مستقل از زمین هستند، برای نفی تبعیت، به شاهد و قرینه نیاز دارد.

### مبحث دوم: موارد محرومیت زنان از ارث

این که زوج از همه اموال زوجه ارث می برد، مورد اتفاق است؛ ولی ارث زن از دارایی شوهر، در فقه شیعه به تبع روایات، مورد اختلاف است. اجمالاً در این که زن از به ارث بردن برخی اموال شوهر خود، محروم است، در فقه شیعه، قریب به اتفاق است و از متفردات فقه شیعه به حساب می آید. ولی در مصداق این که آن مال چیست، اختلاف است. برخی آن را به عین و قیمت اراضی مسکونی اختصاص داده اند؛ برخی محرومیت را فقط به عین خانه مسکونی اختصاص داده و ارث از قیمت را پذیرفته اند؛ برخی هم با این که محرومیت را به مطلق زمین توسعه داده اند، این محرومیت را به زن بدون فرزند اختصاص داده اند؛ بعضی دیگر، دامنه محرومیت را به مطلق زمین، عین و قیمت آن و قیمت همه اموال غیرمنقول بدون تفصیل بین زوجه با فرزند و بدون فرزند، توسعه داده و گفته اند زن فقط از قیمت ابزار و مصالح خانه ارث می برد، نه از عرصه و یا اعیانی آن؛ آخرین نظریه این است که محرومیت، به زن بدون فرزند اختصاص دارد، آن هم نسبت به عین، نه قیمت. تفصیل این اقوال، نوعاً در کتاب ها و رساله های نگاشته شده در موضوع ارث، آمده است (شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۳: ۲۶۷/۹).

آنچه در پی می آید، اجمالی از آن تفصیل است:

قول اول: عدم محرومیت

این قول به ابن جنید نسبت داده شده است. علامه حلی در کتاب مختلف، از او چنین نقل می کند که ایشان گفته است:

هرگاه ورثه، زوج و زوجه و فرزند و پدر و مادر باشند: زوج، یک چهارم و زوجه، یک هشتم از همه ترکه منقول و غیرمنقول ارث می برد؛ و به هر یک از پدر و مادر، یک ششم می رسد؛ و باقی مانده به فرزند می رسد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴/۹).

ایشان همانند فقهای اهل سنت، تفاوتی بین زن و مرد در ارث ندیده است؛ مشابه این نظریه از مرحوم ارباب، از فقهای معاصر نیز نقل شده است.

قول دوم: اختصاص محرومیت به عین و قیمت زمین خانه

به این معنی که زن نه از عین زمین خانه و نه از قیمت آن، ارث نمی برد؛ ولی از قیمت ساختمان ها و از عین اموال دیگر، حتی از زمین و املاک کشاورزی ارث می برد. این قول، نظر شیخ مفید در مقنعه است:

«زوجه از زمین خانه - رباع - شوهر، هیچ ارث نمی برد؛ و از قیمت چوب و آجر و ساختمان و ابزار و آلات آن ارث می برد. این حکم، منصوص از جانب پیامبر (ص) و ائمه (ع) است. رباع عبارت است از خانه و مسکن؛ و شامل باغ و زمین کشاورزی نمی شود» (شیخ مفید، ۱۴۰۱: ۶۸۷).

عبارت شیخ مفید نسبت به این که زوجه از مورث، فرزند داشته یا نداشته باشد، ساکت است. از این رو، از عبارت او چنین استفاده می شود که زن به طور کلی، از ارث رباع محروم است؛ چه فرزند داشته و چه نداشته باشد.

قول سوم: اختصاص محرومیت به عین زمین خانه، نه قیمت آن بنا بر این نظر، زوجه تنها از عین زمین خانه، محروم است؛ ولی از قیمت زمین خانه و ساختمان های آن و از عین اموال دیگر، حتی قری و املاک کشاورزی ارث می برد. این نظر سید مرتضی در کتاب انتصار است که می فرماید:

«از احکام اختصاصی فقه امامیه، آن است که زوجه از رباع هیچ ارث نمی برد، بلکه به قیمت آن، از ساختمان و ابزار و آلات آن و نه قیمت عرصه، حق او داده می شود. دیگر مذاهب فقهی با این حکم مخالف بوده و در حق ارث همسران، تفاوتی میان زمین خانه و غیر آن قائل نیستند» (۵۸۲-۵۸۳).

قول چهارم: اختصاص محرومیت به زنان بدون فرزند، ولی تعمیم محرومیت به عین و قیمت مطلق زمین بنا بر این قول، زوجه اگر فرزندی از مورث نداشته باشد، نه از عین و نه از قیمت هیچ زمینی ارث نمی برد؛ ولی از قیمت ساختمان و ابزار و آلات ساختمانی و از درختان ارث می برد؛ اما اگر زوجه دارای فرزندی از مورث باشد، از عین همه اموال ارث می برد. این نظر صریح شیخ طوسی و پیروان او، بلکه نظر مشهور فقهای بعد از اوست. شیخ طوسی در نهایت می گوید:

«زن از زمین شوهر خود ارث نمی برد، فقط قیمت مصالح ساختمان حساب می شود و سهم او از آن داده می شود و از اصل زمین چیزی به او نمی رسد... این حکم، در صورتی است که زن فرزندی از مورث نداشته باشد؛ اما اگر دارای فرزندی از مورث باشد، حق او از همه اموال، از جمله از زمین های کشاورزی و مسکونی و خانه ها پرداخت خواهد شد» (شیخ طوسی، بی تا: ۶۴۲). ایشان مشابه همین سخن را در مبسوط دارد (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۱۲۶/۴).

قاضی ابن براج در کتاب مهذب و ابن حمزه در کتاب وسیله نیز بر همین نظرند؛ و

محقق حلی نیز در شرایع می نویسد:

«هرگاه زوجه از مورث فرزندی داشته باشد، از همه ماترک ارث می برد؛ و اگر دارای فرزندی از او نباشد، از زمین هیچ ارث نمی برد، ولی از قیمت ساختمان‌ها سهم خود را می برد» (محقق، بی تا: ۴/۸۳۵).

قول پنجم: همان قول چهارم است بدون تفصیل میان زوجه دارای فرزند و بدون فرزند مطابق این نظریه، زن چه فرزند داشته باشد و چه بدون فرزند باشد، از ارث مطلق زمین، هم عین و هم قیمت آن، محروم است. این قول مشهور میان فقهای سده‌های اخیر است؛ مثلاً مرحوم آقای خویی می فرماید: «ترث الزوجه ممتارکه الزوج من المنقولات... و لاترث من الارض لاعینا و لا قیمة...» (خویی، ۱۴۱۰: ۲/۳۷۲).

امام خمینی (ره) نیز می فرماید: «ترث الزوجه من المنقولات مطلقاً و لاترث من الارض مطلقاً عیناً و لا قیمة...» (بی تا: ۲/۳۹۷).

مشابه این عبارت در اکثر متون فقهی معاصر وجود دارد.

قانون مدنی نیز تا قبل از اصلاح در سال ۸۷ مطابق همین نظر مشهور بین متأخران در ماده ۹۴۶ و ۹۴۷ چنین آمده است:

ماده ۹۴۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد لیکن زوجه از اموال ذیل:

۱- از اموال منقول از هر قبیل که باشد؛

۲- از ابنیه و اشجار.

ماده ۹۴۷: زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می برد و نه از عین آن‌ها.

قول ششم: اختصاص محرومیت به زنان بدون فرزند آن هم نسبت به عین، نه قیمت بنا بر این نظر، اگر زوجه از مورث دارای فرزند باشد، از عین همه اموال منقول و غیرمنقول ارث می برد؛ و اگر بدون فرزند باشد، از عین اموال منقول و قیمت غیرمنقول ارث می برد. فقهای معاصر، بر این نظرند؛ مانند هاشمی شاهرودی (مجله فقه اهل بیت شماره ۳/۴۹ و ۱۷/۵۰). نظر مقام معظم رهبری نیز مطابق آنچه از ایشان نقل شده، همین است. ایشان در دیدار تعدادی از بانوان فرموده‌اند: «در همین مسأله ارث زن از زمین و غیرمنقول، نظر فقهی بعضی از بزرگان قدیم و امروز، نظر فقهی ما هم همین است که آنچه منع از میراث شده، عین است و قیمت آن بلاشک حق همسر و زوجه است و اشکال هم ندارد.» همچنین در دیدار دیگری با بانوان مجلس شورای اسلامی چنین آمده است: «مثل همین عقار که نظر من، این است که زن از همه چیز ارث می برد و از قیمت. اگر از آن مرد



فرزند داشته باشد، از عین می برد؛ این باید بیاید در قوانین ما» (خامنه‌ای، ۱۳۸۶: ۳). نتیجه این دو فرمایش، همین نظریه ششم است.

از ثمرات این نظریه، بازنگری و اصلاح مواد قانون مدنی در سال ۱۳۸۷ است که تا پیش از آن، مطابق نظر مشهور بود.

توضیح آن که به موجب مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی ایران مصوب (۱۳۰۷ ه. ش)، زن، سهم الارث خود را فقط از قیمت ابنیه و اشجار می برد، و از عین یا قیمت زمین، محروم است. حکم این مواد، با نظر مشهور منطبق است.

پس از بیان دیدگاه رهبر معظم انقلاب اسلامی دام‌پله در دیدار با تعدادی از بانوان، در سال ۱۳۸۶، طرحی از طرف تعدادی از نمایندگان پیشنهاد شد و در سال ۱۳۸۷، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید (شورای نگهبان، ۱۳۸۴: ۳۰۲). به موجب آن، زن نیز همانند شوهر، از کلیه اموال منقول و غیر منقول همسر خویش ارث می برد؛ با این توضیح که زن از عین اموال منقول، و قیمت اموال غیر منقول بهره مند می گردد. به دنبال آن، اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ و حذف ماده ۹۴۷، پایان پذیرفت.

البته از آنجا که نکته اصلی قول ششم که تفصیل بین زن بافرزند از مورث، و بدون فرزند است، در این مصوبه مجلس نیامده است بنابراین می توان این مصوبه را نظریه هفتم نامید هر چند نظریه فقهی نیست.

در هر صورت، محور تفاوت آرا دو چیز است: ۱. زنی که محروم است، چه زنی است؛ بافرزند یا بی فرزند؟

۲. آنچه محروم است، چیست؛ آیا زمین است یا هر غیر منقولی؟ زمین هم آیا منحصر به زمین خانه است؛ چه عین و قیمت یا عین فقط. و یا مطلق زمین است؟ این هم عیناً و قیمتاً یا عین فقط؟

شکی نیست که منشأ اختلاف آرای فقها، روایات است. چون ورود به بحث روایی، ما را از طرح مقدماتی موضوع دور می سازد، ناگزیر ادامه بحث را بر اساس تفاوت مبانی پی می گیریم و در حد نیاز، به بحث‌های روایی نیز می پردازیم.

## مبحث سوم: بررسی ارث زنان از فضای محاذی زمین

### بررسی احتمالات مسأله

با توجه به آنچه در مبحث نخست آمد، معلوم شد فضای محاذی زمین، مالی است که

ماهیتاً غیر از زمین است؛ حال چه حق باشد «حق الهواء» یا عین؛ و آنچه از اختلاف آرا دربارهٔ مصداق محرومیت زن از ارث به دست آمد، باید احتمالاتی را که ممکن است نتیجه آن به محرومیت زن از فضای محاذی زمین بینجامد بررسی کنیم. اهم احتمالات به این قرار است:

#### مصداق محرومیت، مطلق غیرمنقول باشد

اگر زن از هر غیرمنقولی محروم باشد، چه از عین آن و چه از عین و قیمت آن، بنا بر اختلاف موجود، در این صورت اگر فضای محاذی زمین را عین بدانیم - چنان که مقتضای تحقیق، این است - در این صورت، بدون شک زن از فضای محاذی زمین ارث نمی‌برد؛ چه تبدیل به بنا شده باشد یا نه؛ و چه مالک آن، صاحب زمین هم باشد و چه تنها مالک فضا باشد؛ و چه آن را به تبعیت زمین مالک شده باشد و چه آن را مستقلاً خریده باشد و ... .

اگر فضا را حق دانستیم، چنان که مشهور بر این نظر بود، در این جا هر چند متعلق این حق، زمین است که غیرمنقول است، نمی‌تواند دلیل محرومیت باشد؛ بلکه مبتنی بر این است که آیا حقوق هم قابل توارث هستند یا نه؟ اجمالاً نسبت به حقوق مالی که «حق الهواء» از جمله آن است، توارث آن تقریباً مورد وفاق است و اختلاف نظر، اندک است (ر.ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۳۷/۹). از این رو، گفته‌اند زن از حق سرقفلی ارث می‌برد؛ با این که متعلق آن، زمین است؛ و یا در بحث ارث زن از حق خیار، اکثر فقیهان گفته‌اند زن از حق خیار متعلق به زمین، ارث می‌برد (همان/۳۹۷).

بنابراین باید دید آیا عنوان غیرمنقول یا چیزی که این عنوان را بتوان از آن استنباط کرد، در روایات و یا کلمات فقیهان آمده است؛ برای این منظور، سیری اجمالی در روایات و منابع فقهی، لازم است.

#### روایات

در روایات در مورد آنچه زوجه از ارث آن محروم است، تعابیر متفاوتی می‌یابیم که مجموع آن، به پنج عنوان برمی‌گردد (رباع، دار، عقار، ضیاع و ارض). از بین این عناوین پنج‌گانه، فقط عنوان عقار است که ممکن است عنوان مطلق غیرمنقول را از آن بتوان استنباط کرد؛ و گرنه عناوین چهارگانه دیگر رباع (منزل) و دار (خانه) و ضیاع (بستان) و ارض (زمین)، هر کدام بر قطعه مشخصی از غیرمنقول دلالت دارند که مسلماً فضای محاذی زمین، جزو آن‌ها نیست. از این رو، لازم است هم در معنای لغوی عقار و هم در مقصود آن در روایات درنگ کنیم، تا معلوم شود که آیا شامل مطلق غیرمنقول می‌شود یا خیر؟

در منابع لغوی، چند معنی برای «عقار» آمده است: ۱. ضیعه (بستان)؛ ۲. نخل؛ ۳. منزل؛ ۴. قسمت خوب منزل (عقرالدار)؛ ۵. متاع ویژه منازل که در اعیاد توزیع می شود (عقار البیوت)؛ ۶. هر بخش خوب از هر چیز (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۵۲/۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۹۷/۴). در مجمع البحرین، ضمن اشاره به معنی لغوی، جمله ای دارد که عقار را به هر چیز اصالت دار تعمیم داده است: «... عقر الدار اصلها و فی الحدیث ذکر العقار کسلام کل ملک ثابت له اصل کالدار و النخل و الضیاع و منه قولهم «ما له دار و لا عقار» (طریحی: ۱۴۱۶: ۴۱۰/۳). ظاهر این عبارت، تعمیمی است که ممکن است هر غیر منقولی را شامل شود، اما از مصادیقی که ایشان ذکر می کند و همچنین استشهادی که به آن کرده، درمی یابیم که چیزی فراتر از دیگر لغویان اراده نکرده است؛ چون همین مثال (ما له دار و لا عقار) در دیگر منابع لغت، مصداق ضیعه (بستان) آمده است. بنابراین عقار در لغت، هم مصداق منقول دارد و هم غیر منقول؛ و غیر منقول آن شامل بستان و خانه می شود که بخشی از زمین است؛ و فضا از دایره شمول آن، خارج است.

#### عقار در روایات

در مجموع احادیث مربوط به ارث زوجه (حر عاملی، بی تا: ۱۷/باب ۶، از ابواب ارث الازواج)، هشت بار کلمه عقار به کار رفته است که گفته شده زن از عقار، ارث نمی برد. در چهار مورد آن، قرینه است بر این که مقصود از آن، خانه است؛ چون در این روایات آمده که از عقار ارث نمی برد؛ ولی از بنا و ابزار آن ارث می برد؛ مانند حدیث ۳ و ۷ و ۱۴ و ۱۶. در یک روایت هم از هم عرض قرار گرفتن با زمین، معلوم می شود مقصود، ضیاع و بوستان است؛ مانند حدیث ۶ که چنین آمده است «النساء لایرثن من الارض و العقار شیئاً». در یک روایت هم عقار به دار اضافه شده است، مانند روایت ۷ «لا ترث النساء من عقار الدور شیئاً» (حدیث ۷). اگر این اضافه، بیانیه باشد، در این صورت، تبیین مصداق شده است که مقصود، خانه است، نه بستان که مصداق دیگر عقار است؛ و اگر هم اضافه، لامیه باشد (اگرچه بعید است)، معنی روشن است و مقصود از عقار خانه، یعنی اصل خانه که همان زمین آن است، نه بنا و ابزار و آلات آن. در یک روایت هم عقار به ارض اضافه شده است؛ مانند این روایت: «لا ترث النساء من عقار الارض شیئاً» (حدیث ۶). در این جا نیز اگر اضافه، بیانیه باشد، تبیین مصداق مورد نظر از عقار است و آن زمین و عرصه عقار است، نه بنا در خانه و نه درختان در بوستان. اگر اضافه، لامیه باشد، هر چند بی معنی

است)، مفاد آن، اختصاص محرومیت به عقاری است که با زمین مرتبط است؛ مانند خانه و بستان، نه هر عقاری؛ مثل امتعه خاص که یکی از معانی لغوی عقار بود. در یک روایت نیز عقار بدون هیچ قیدی آمده است؛ مانند این روایت: «ان النساء لیس لهن من عقار الرجل اذا توفی عنهن شیئاً» (حدیث ۶). در این روایت چه حمل بر معنای لغوی عقار شود و چه با روایاتی که اشاره شد، مقید شود، باز مقصود از این روایت، مطلق غیر منقول نخواهد بود. بنابراین از نگاه اجمالی به روایات نیز برمی آید که آنچه در این روایات آمده، متفاوت از معنی لغوی عقار نیست. در نتیجه، نمی توان از عقار، مطلق غیر منقول را استنباط کرد. روشن است که جای الغای خصوصیت نیز نیست که گفته شود چون زن از زمین و خانه و بوستان محروم است، معلوم می شود این ها خصوصیتی ندارند بلکه هر مال ثابت غیر منقولی را شامل می شود و دلیل نپذیرفتن این قول، این است که:

اولاً در این که زن از همه این موارد محروم باشد و این که این محرومیت شامل زن فرزنددار هم بشود، اختلاف نظر است.

ثانیاً در برخی روایات، تعابیری آمده است که نشان از داشتن خصوصیت دارد؛ مانند این که آمده است زن از این جهت از ارث خانه محروم است که ممکن است با ازدواج مجدد، غریبه ای را شریک دیگر وراثت قرار دهد.

ثالثاً محروم شدن زن از ارث، خلاف اصل اولی متخذ از عمومات است و در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن، اکتفا شود.

#### سخن فقها

در کلمات فقها چنان که اشاره شد، سخن از غیر منقول نیست. هر چه هست، بیان مصادیق است که عمدتاً زمین و متعلقات آن است؛ بلکه می توان گفت غیر منقول، اصطلاح معاصران است و در متون فقهی معاصران نیز با این که تصریح می کنند که زن از منقول ارث می برد، در نقطه مقابل، تعبیر غیر منقول را استفاده نمی کنند و به ذکر مصادیق محرومیت می پردازند. مثلاً مرحوم آقای خویی می فرماید: «ترث الزوجه مما ترکه الزوج من المنقولات... و لاترث من الارض لاعینا و لا قيمة...» (خویی، ۱۴۱۰: ۳۷۲/۲). امام خمینی (ره) نیز می فرماید: «ترث الزوجه من المنقولات مطلقاً و لاترث من الارض مطلقاً عیناً و لا قيمة...» (خمینی، بی تا: ۳۹۷/۲). مشابه این عبارت، در اکثر متون فقهی معاصر وجود دارد. البته در استفتائات ایشان آمده است که زن از زمین، نه عین و نه قیمت آن، ارث نمی برد؛ ولی از باقی غیر منقولات فقط از عین محروم است، نه قیمت آن:

«اگر شوهر متوفی، فرزندی ندارد، یک چهارم کل دارایی او اعم از نقد و جنس و منقول و غیرمنقول به زوجه می‌رسد؛ نهایت، زوجه از زمین به خصوص ارث نمی‌برد و در غیر زمین، از سایر غیرمنقولات از قبیل ساختمان و درخت، از قیمت آن ارث می‌برد، نه از عین، ...» (همان/۴۳۹).

چنان‌که از عبارت پیداست، مصادیق غیرمنقول همان چیزهایی ذکر شده که به زمین وابسته هستند؛ و بیان همان فتوای مشهور از جمله خود ایشان در تحریر است که زن فقط از عین زمین و قیمت آن ارث نمی‌برد ولی از قیمت متعلقات آن مثل بنا و اشجار، ارث می‌برد.

بنابراین عنوان مطلق غیرمنقول نمی‌تواند مصداق محرومیت زن از ارث باشد تا شامل فضای محاذی زمین نیز بشود.

۲. احتمال این‌که فضا به تبع زمین، مصداق محرومیت باشد. درست است که عنوان فضا جزو موارد تصریح شده در روایات و اقوال فقیهان نیست، می‌توان از طریق تبعیت، آن را جزو مصادیق محرومیت زن از ارث قرار داد؟ چون در این‌که زمین از موارد محرومیت زن از ارث است، اجمالاً تردیدی نیست؛ و مشهور بین متأخران و اشهر بین معاصران است. در بعضی روایات هم تصریح شده است؛ مانند «النساء لایرثن من الارض والعقار شیئاً». از سوی دیگر، تبعیت فضا از زمین محاذی آن نیز مورد اتفاق است، اختلافی اگر هست، در مقدار این تبعیت است. بر این اساس، ممکن است گفته شود مقصود از زمین در روایات و کلمات فقها، زمین و توابع آن است، نه خصوص عرصه آن. شاهد آن، فتوای برخی فقها به عدم ارث زن از قنات و چاه‌ها و چشمه‌های آب است که دلیلی جز تبعیت نمی‌تواند داشته باشد (ر. ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۲۸۹/۹). بنابراین فضای محاذی زمین، به حکم تبعیت، قابل ارث بردن نیست.

در پاسخ به این احتمال می‌توان گفت که:

اولاً تبعیت فضای محاذی از زمین، صرفاً در ملکیت است، نه در هویت. در فصل سوم تحقیق یادشده (فصل مبانی مالکیت فضای محاذی زمین) تفصیل به آن پرداخته شد که بر اساس آن تحقیق، معلوم می‌شود در متعلق که فضای محاذی زمین، سه نظر وجود دارد: برخی آن را بدون هیچ محدودیتی تا عنان آسمان، ملک صاحب زمین می‌دانند و برخی آن را به مقدار متعارف محدود دانسته، فراتر از آن را از مباحات می‌پندارند؛ و نظر سوم هم ضمن تأکید بر محدود بودن تبعیت به متعارف فراتر از آن را جزو انفال می‌داند. ولی در

مجموع، دوگانگی ماهوی فضا و زمین انکار ناپذیر بود. بنابراین مقایسه فضای محاذی زمین با معادن زیر زمین، درست نیست؛ چون دلیل کسانی که معادن را جزو موارد محرومیت می‌دانند این است که معادن زیر زمین هم عرفاً جزو زمین هستند نه این که با اذعان به تفاوت، به دلیل تبعیت، به محرومیت حکم کرده باشند؛ و لذا مخالفان این نظر، دلیل مخالفانشان را عدم صدق زمین بر معادن می‌دانند (ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی تا: ۴۱/۵۰)؛ در حقیقت نزاع، صغروی است.

ثانیاً صرف تبعیت نیز نمی‌تواند دلیل محرومیت باشد. از این رو، بسیاری از فقیهان در مصادیقی که تابع زمین است، یا فتوا به عدم محرومیت زن از ارث داده‌اند و یا آن را مورد تردید قرار داده‌اند؛ مانند ارث زن از حق سرقفلی که از توابع زمین است و حق الاجاره که متعلق به منافع زمین است؛ و یا حق الخيار بنا بر این که متعلق به عین باشد، نه عقد.

۳. احتمال سوم، همانندی با حق الخيار (بنا بر این مبنا که فضای محاذی زمین را حق بدانیم، نه عین)؛ چون متعلق این حق، زمین است، می‌تواند همانند حق الخيار باشد که برخی به عدم ارث آن فتوا داده یا در آن تردید کرده‌اند.

اولاً چنان که اشاره شد، تبعیت، دلیل محرومیت نیست.

ثانیاً صرف نظر از کسانی که معتقدند حقوق قابل توارث نیست (روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۳۸/۸) و اینان هم در اقلیت هستند، چنان که اشاره شد، اکثر فقیهان، حقوق مالی را قابل توارث می‌دانند، بنابراین فضا اگر حق هم باشد، چون حق مالی است، قابل توارث است. ثالثاً تردید برخی از فقیهان در ارث زن از حق الخيار، به این دلیل نیست که چون متعلق این حق، چیزی است (زمین) که زن از آن ارث نمی‌برد، بلکه دلایل و وجوه متعددی است که یکی از آن‌ها و بلکه ضعیف‌ترین آن، دلیل تبعیت است (ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی تا: ۴۲/۵۰).

رابعاً به فرض پذیرش، این احتمال، تنها شامل فضاهایی می‌شود که شخص از طریق تبعیت، مالک آن شده باشد؛ ولی کسی که فضا را از طریق‌های دیگر، مانند احیاء، تحجیر، اذن امام و...<sup>۴</sup> مالک شده، طبعاً مشمول آن نخواهد شد.

۴. احتمال چهارم این است که یکی از مصادیق محرومیت زن، نفس خانه و بنا باشد، در عرض زمین و به طور مستقل، نه به تبع زمین. بنابراین اگر کسی فقط مالک بنا و عمارت است و هیچ سهمی از زمین و عرصه آن ندارد و در حقیقت، هوایی را مالک است، همسر او از چنین مالی ارث نمی‌برد. این احتمال، به فرض ثبوت، بخشی از مصادیق فضا را که به

بنا و عمارت تبدیل شده، شامل خواهد شد. بنابراین باید ببینیم آیا در روایات، بنا و عمارت مستقل از زمین، مورد حرمان است یا خیر؟

### روایات

در روایات مربوط به ارث زنان (حر عاملی، بی تا: ۲۶، باب ۶ از ابواب ارث الازواج)، سه تعبیر آمده که ممکن است مؤید این احتمال باشد: یکی واژه «رباع» است؛ دیگری «دار»؛ و سومی «عقار».

رباع جمع ربع است و ربع به فتحه، به معنی منزل و وطن آمده است: «الربع: المنزل و الوطن»؛ و در بسیاری از کتب لغت، تصریح شده که ربع، همان دار است: «الربع الدار بعینها»؛ و در مجمع البحرین، چنین آمده است: «الربع کسهم: الدار نفسها، ففی الحدیث: لایرثن النساء من الرباع شیئاً أی من الدور.» و در معنی دار هم لغویان گفته اند: «و الدار: کل موضع حل به قوم فهو دارهم، و أما الدار فاسم جامع للعرصة و البناء و المحلة»؛ مشابه این عبارت در دیگر منابع لغوی نیز آمده است (ر.ک: فیروزآبادی، بی تا: ۳۴۱/۹؛ و ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۹۸/۴). بنابراین رباع، همان دار است، و دار هم مجموعه عرصه و بنا و محل است. آنچه در فارسی به آن عمارت و بنا، گفته می شود. عقار را هم چنان که قبلاً اشاره کردیم، به چند معنی به کار برده اند که یکی از آن معانی، «دار» است. در همه این روایات، قرینه وجود دارد که مقصود از «رباع» و «دار» خانه و عمارت است؛ چون به دنبال آن، آمده است که از قیمت خانه و یا قیمت خشت و مصالح آن ارث می برد؛ مانند این حدیث: «إن النساء لایرثن من رباع الأرض شیئاً، و لکن لهن قیمة الطوب و الخشب» (حر عاملی، همان: ۱۱ و ۲).

بنابراین اگر عمارت و بنا، مصداق محرومیت باشد، آن دسته از فضاهایی که به ساخت و ساز تبدیل شده باشد، هر چند مالک آن سهمی از عرصه زمین نداشته باشد (مانند آن که فقط طبقه فوقانی را مالک باشد) و یا سهم آن از عرصه نسبت به اصل بنا بسیار ناچیز و آن هم به صورت مشاع باشد (مانند آپارتمان های برج های بزرگ)، زن از آن ارث نمی برد. اولاً لفظ «دار» که «رباع» نیز به معنی آن است، در لغت به معنی منزلگاه و محل استقرار است که محصور به دیوار است؛ و ملازم با داشتن عمارت و بنا نیست؛ و دار را هم که دار گفته اند به دلیل وجود دیوار است: «الدَّارُ: المنزل اعتباراً بدورها الذی لها بالحائط» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۲۱). بعید نیست مقصود از آن، همان زمین اختصاص داده شده به دار یعنی محل سکونت باشد، در برابر «ضیعه» که اراضی اختصاص یافته به بوستان است؛

نه دار به معنی خانه. از این رو، روایت هم بین خانه و دار، تفکیک می‌کند و ضمن آن که تصریح می‌کند زن از دار ارث نمی‌برد، می‌گوید مگر آن که بنایی ایجاد کرده باشد: «ان النساء لایرثن من الدور و لا من الضیاع شیئا الا ان یکون احدث بناء فیرثن من ذلک البناء» (حر عاملی، همان: ح ۱۰).

شاهد دیگر، تعابیر آمده در برخی روایات است؛ از جمله روایت ذکر شده که در آن، نفی کلی ارث زن از دار و یا رباع آمده، ولی به دنبال آن، ارث از بنا یا قیمت آن را استثنا می‌کند که نشان می‌دهد مقصود از دار و رباع، همان زمین اختصاص یافته است، نه اصل بنا و خانه. ثانیاً این احتمال وجود دارد که چون بنا تابع زمین است و از زمین قابل تفکیک نیست، عین آن، مصداق محرومیت قرار گرفته است، نه این که خود در عرض زمین، بالاستقلال مورد توجه روایات باشد. به بیان دیگر می‌توان گفت مستفاد از روایات، این است که زن، تنها از زمین محروم است، چه عین، یا عین و قیمت آن، بنا بر اختلاف آرا. اگر چیزی متصل به زمین است که تفکیک آن موجب اضرار به دیگر ورثه است، در این صورت، از قیمت آن ارث می‌برد؛ عمارت باشد یا درخت. شاهد آن، تصریح روایات به ارث زن از قیمت بنا و یا مصالح به کار رفته در آن است. مؤید دیگر، این که در کلمات فقها آنچه بدان تصریح شده، عین زمین است، چه مطلق زمین یا خصوص زمین خانه؛ ولی نسبت به غیر زمین، سخن از ارث از قیمت یا عین آن است. به بیان دیگر، فقها با همه اختلاف نظری که دارند، بر این نکته متفقند که در مورد خانه، زن فقط از زمین آن محروم است، چه عین آن به تنهایی؛ یا عین و قیمت هر دو؛ ولی نسبت به بنای آن نیز اتفاق بر عدم محرومیت است که به دلیل عدم انفکاک از زمین، باید قیمت شود. مؤید دیگر، نحوه قیمت گذاری بنا است. هر چند در نحوه قیمت گذاری، اختلاف نظر است، ولی نظر مورد قبول اکثریت، این است که بنا با همین هویت بنایی و مستمر آن، قیمت می‌شود، نه مصالح آن و نه هویت فاقد استمرار (ر.ک، جواهر الکلام، ج ۵ و مجله فقه اهل بیت، ج ۵۰ و نظام الارث)؛ و این امر، گویای عدم محرومیت زن از فضای محاذی است.

### نتیجه

از آنچه تاکنون گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که محرومیت زن از مال الارث شوهر، به زمین اختصاص دارد؛ عین آن، یا عین و قیمت هر دو. چون فضای محاذی زمین ماهیتاً غیر از زمین است، طبعاً به مقتضای اصول اولیه، زن نیز همانند مرد از آن ارث می‌برد. در



نهایت، آنجا که متوفی فضا را از طریق تبعیت از زمین مالک شده و در آن ساخت و ساز کرده، به دلیل آن که تفکیک فضای تصرف شده از زمین ممکن نیست و موجب ضرر به دیگر وراثت است، طبعاً جمع بین حقیقین، اقتضا می‌کند که در این گونه موارد، ناگزیر قیمت فضای تصرف شده از طریق قیمت بنا، به زن داده شود؛ همان چیزی که هم در روایات و هم در فتاوا بر آن تأکید شده بود. یکی از نتایج مهم این تحقیق، ارث زنان از عین آپارتمان‌ها و ساختمان‌هایی است که متوفا، یا زمین آن را مالک نیست و یا درصد اندکی را، آن هم به صورت مشاع، مالک است؛ که در برابر مالکیت فضا که به آپارتمان تبدیل شده، چیزی به حساب نمی‌آید و مورد توجه عرف نیست. امروزه این نوع از اموال، مصادیق فراوان دارد که متأسفانه در فتاوی فقہی، توجه لازم بدان نشده است؛ و بلکه برخی این‌ها را نیز به زمین ملحق کرده‌اند.

### پی‌نوشت‌ها

۱. در تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین» به تفصیل از مبانی تملک فضا سخن به میان آمده و مشخص شده است که نسبت به مالکیت فضای فراتر از متعارف محاذی زمین، سه دیدگاه وجود دارد. برخی آن را به تبع زمین، تا عنان آسمان‌ها ملک صاحب زمین دانسته و برخی آن را جزو مباحات شمرده و برخی هم مصداق انفال دانسته‌اند.
۲. حق‌التعلی هو ان یكون الانسان محققا ان یعلو بنائه غیره جابر الانصاری.
۳. ر. ک: خوبی، بی‌تا: ۱۷/۲ به بعد و ۳۳/۱.
۴. در فصل چهارم تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین...» به اسباب تملک فضا پرداخته شده است که تبعیت، یکی از آن‌ها است.

### منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. الجزیری، عبد الرحمن (۱۴۰۶)، الفقه علی المذاهب الاربعه، داراحیاء التراث، بیروت، چاپ هفتم.
۳. ابن اثیر جزری، مبارک‌بن محمد (بی‌تا)، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ۵ جلد، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، اول.
۴. ابن حزم اندلسی، ابی محمد علی بن احمد بن سعید (بی‌تا)، المحلی بالآثار، دار الجیل و

- دار الآفاق الجديدة، بيروت .
- ٥ . ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدين محمد بن مكرم (١٤١٤)، لسان العرب، ١٥ جلد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، بيروت، سوم .
- ٦ . ابن الهام الإمام كمال الدين (بی تا)، شرح فتح القدير على الهداية، للمرغاني، ٢٠٤/٥، المطبعة التجارية بمصر .
- ٧ . أبوزكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (بی تا)، المجموع شرح المهذب، مع تكملة السبكي و المطيعي، دار الفكر .
- ٨ . اردبيلي، احمد بن محمد (١٤٠٣)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ١٤ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول .
- ٩ . بحراني، آل عصفور يوسف بن احمد بن ابراهيم (١٤٠٥)، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ٢٥ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمي، قم، اول .
- ١٠ . بيهقي، أبوبكر محمد بن حسن (١٣٤٤)، السنن الكبرى، مطبعة مجلس، حيدرآباد دكن .
- ١١ . جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بيت عليهم السلام (فارسی)، ٥٦ جلد، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، قم .
- ١٢ . جوهری، اسماعيل بن حماد (١٤١٠)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ٦ جلد، دار العلم للملايين، بيروت، اول .
- ١٣ . حر عاملي، محمد بن حسن (بی تا)، وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة، با تحقيق عبدالرحيم الرباني الشيرازي، دار احیاء التراث العربي، بيروت .
- ١٤ . خميني، روح الله (بی تا)، تحرير الوسيلة، ٢ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، اول .
- ١٥ . خويي، سيد ابوالقاسم موسوي (بی تا)، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد .
- ١٦ . خويي، سيد ابوالقاسم (١٤١٠)، منهاج الصالحين، ٢ جلد، نشر مدينة العلم، قم، ٢٨ .
- ١٧ . راغب اصفهاني، حسين بن محمد (١٤١٢)، مفردات ألفاظ القرآن، در يك جلد، دارالعلم - الدار الشامية، لبنان - سوریه، اول .
- ١٨ . روحاني قمی، سيد صادق حسینی (١٤١٢)، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦

- جلد، دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، قم، اول .
- ١٩ . سبزواری، سيد عبدالأعلى (١٤١٣)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ٣٠ جلد، مؤسسة المنار - دفتر حضرت آيت الله، قم، چهارم .
- ٢٠ . شاهرودی، سيد محمودهاشمی؛ و ديگران (١٤٢٣)، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، مؤسسة دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب أهل بيت عليهم السلام، قم، اول .
- ٢١ . شهيد اول محمد بن جمال الدين مكى العاملى (بى تا)، الدروس الشرعية فى فقه الاماميه، نشر صادقى، قم .
- ٢٢ . شهيد ثانى، زين الدين بن على عاملى (١٤١٣)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ١٥ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول .
- ٢٣ . شيخ طوسى (١٤١٤)، الخلاف، چاپ جامعه مدرسین، قم، ١٤١٤ .
- ٢٤ . شيخ طوسى (١٣٥١)، المبسوط، مكتبة المرتضوية، تهران .
- ٢٥ . شيخ طوسى (بى تا)، النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى، نشر قدس، محمدى، قم .
- ٢٦ . شيخ طوسى (١٤١٢)، منتهى المطلب فى تحقيق المذهب، ١٥ جلد، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، اول .
- ٢٧ . شيخ مفيد، ابى عبدالله محمد بن محمد بن نعمان العكبى البغدادى (١٤٠١)، المقنعة، چاپ جامعه مدرسین، قم .
- ٢٨ . صاحب بن عباد (١٤١٤)، كافي الكفاة؛ و اسماعيل بن عباد، المحيط فى اللغة، ١٠ جلد، عالم الكتاب، بيروت، اول .
- ٢٩ . طريحي، فخرالدين (١٤١٦)، مجمع البحرين، ٦ جلد، كتابفروشى مرتضوى، تهران، سوم .
- ٣٠ . عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى (١٤١٩)، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ٢٣ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علميه، قم، اول .
- ٣١ . علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى (١٤٢٠)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، ٦ جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم، اول .
- ٣٢ . علامه حلى (١٤١٤)، تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)، ١٤ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول .

٣٣. علامه حلي (١٤١٣)، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ٩ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه، قم، دوم.
٣٤. فيروزآبادي، محمد بن يعقوب (بي تا)، القاموس المحيط، مؤسسة الحلبي، قاهره.
٣٥. فيومي، احمد بن محمد مقرئ (بي تا)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دريك جلد، منشورات دار الرضي، قم، اول.
٣٦. محقق حلي، جعفر بن حسن (بي تا)، شرايع الاسلام في الحلال والحرام، ٤ جلد، بيروت.
٣٧. نجفي، محمدحسن (صاحب جواهر) (١٩٨١)، جواهر الكلام، ٤٣ جلد، دار احياء التراث، بيروت.
٣٨. نراقي، مولا احمد بن محمد مهدي (بي تا)، مستند الشيعة، مكتبة السيد النجفي، قم.
٣٩. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت (١٤٠٤-١٤٢٧)، الموسوعة الفقهية الكويتية، عدد الأجزاء: ٤٥ جزء؛ الأجزاء ١-٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت...؛ الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر؛ الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.

## رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات\*

مسعود امامی\*\*

### چکیده

تساوی مقدار قصاص با جنایت، یکی از شرایط قصاص جراحات است. در چگونگی رعایت این شرط، میان فقها اختلاف است و اقوال مختلفی بیان شده است. نویسنده در این مقاله پس از طرح اقوال مختلف در این باره، قول مماثلت نسبی را - که متعلق به اقلیتی از فقهای معاصر است و با فهم عرفی از تساوی قصاص با جنایت سازگارتر است - بر سایر اقوال ترجیح داده است؛ و در نهایت، پیشنهاد داده که قانون مجازات اسلامی - که بر اساس قول مشهور فقها تدوین شده - مطابق با قول مماثلت نسبی، اصلاح شود.

### کلیدواژه‌ها:

قصاص، قصاص عضو، جراحات، مماثلت نسبی.

### مقدمه

با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید در سال ۱۳۹۲، امکان اجرای قصاص در جنایات

---

\* تاریخ دریافت ۹۴/۱۰/۲۵؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۲/۲۶.

\*\* دانش‌آموخته حوزه علمیه قم، و عضو هیأت علمی گروه فقه جزا در مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی. [masoudimami@yahoo.com](mailto:masoudimami@yahoo.com)

کمتر از قتل نسبت به قانون قبل، بیش تر شده است؛ زیرا در این قانون، موادی وجود دارد که شرایط را برای اجرای قصاص عضو آسان می‌کند. شرط رعایت تساوی قصاص با مقدار طول و عرض و عمق جنایت، در مواد ۳۹۳ و ۳۹۴ قانون مصوب سال ۹۲ و در مواد ۲۷۲ و ۲۷۶ قانون مصوب سال ۷۰ آمده است؛ با این تفاوت که در ماده ۴۰۰ قانون سال ۹۲ آمده که «اگر رعایت تساوی در طول و عرض و عمق جنایت، ممکن نباشد و قصاص به مقدار کمتر ممکن باشد، مجتئعلیه می‌تواند به قصاص کمتر، اکتفا کند و مابه‌التفاوت را ارش مطالبه نماید و یا با رضایت جانی، دیه جنایت را بگیرد». بر اساس این ماده، قصاص به مقدار کمتر از جنایت وارد شده، جایز خواهد بود. از این رو، دقت در رعایت تساوی قصاص با جنایت، ضرورت نخواهد داشت و قضات از این پس نمی‌توانند به استناد این که رعایت تساوی قصاص با جنایت، دشوار یا ناممکن است، به عدم قصاص و پرداخت دیه حکم کنند و مجنی علیه را از حق قصاص خود، محروم نمایند. با توجه به این نکته، بررسی مقررات شرعی مربوط به قصاص عضو و مواد آن در قانون مجازات اسلامی در شرایط فعلی، اهمیت مضاعف یافته است. یکی از این مقررات، تساوی و مماثلت مجازات با جرم در جنایات عمدی است. در چگونگی رعایت تساوی و مماثلت در قصاص جراحات، از گذشته تا کنون، میان فقیهان اختلاف بوده است. قانون مجازات اسلامی جدید به این مسأله در ماده ۳۹۴ پرداخته است. همچنین ماده ۲۷۶ قانون گذشته نیز مقررات مربوط به این مسأله را مطرح کرده است. در این نوشتار، این مسأله از منظر فقهی و حقوقی، بررسی می‌شود و پس از نقد و بررسی مواد مذکور و دفاع علمی از یکی از فتاوی فقهی در این باره، در نهایت، پیشنهادی برای اصلاح ماده ۳۹۴ قانون جدید عرضه می‌شود.

### ۱. تساوی قصاص عضو با مقدار جنایت

جنایت بر عضو - چنان که در ماده ۳۸۷ ق. م. ا. سال ۹۲ آمده است - عبارت است از «هر آسیب کمتر از قتل» که شامل قطع عضو، جراحات و آسیب به منفعت، شکستگی استخوان و ضرب می‌شود. شرط تساوی قصاص با مقدار جنایت، به اعتبار انواع جنایت بر عضو، مصادیق مختلفی دارد؛ مثلاً تساوی قصاص با مقدار جنایت، در جنایت بر منفعت، به تساوی آن دو در میزان و درصد آسیب وارد شده بر منفعت می‌باشد. برای درک درست این شرط و تشخیص ملاک تساوی، در هر یک از اقسام جنایت بر عضو، می‌بایست به تحلیل

فهم عرفی از معنای مماثلت در مجازات پردازیم که منشأ همه شرایط معتبر در قصاص عضو و رکن مقوم مفهوم قصاص است.

قصاص، چیزی جز حکم به «مماثلت» مجازات با عمل مجرمانه در جرایم علیه تمامیت جسمانی نیست. این نکته از ریشه لغوی کلمه قصاص نیز فهمیده می شود که در قرآن کریم بدان تصریح شده (بقره/۱۷۸ و ۱۷۹) و به معنای تبعیت است (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۰۵۱/۳). فقها نیز به تناسب معنای لغوی قصاص با مفهوم فقهی آن، تصریح کرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۱/۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۶۵/۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۶/۱۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۴۲). علت و ملاک این حکم نیز پابندی به عدالت و دوری از ظلم در اجرای مجازات است؛ زیرا عقل، اجرای عدالت در مجازات مجرمان را هنگامی محقق می یابد که مجرم به همان اندازه که مرتکب جرم شده، مجازات شود. علاوه بر این، قرآن کریم برای تبیین مفهوم قصاص، از کلمه «مثل» نیز استفاده کرده است:

فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (بقره/۱۹۴)؛

هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید.

وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا (شوری/۴۰)؛

کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن.

وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (نحل/۱۲۶)؛

و هر گاه خواستید مجازات کنید، تنها به مانند آنچه که به شما تعدی شده،

کیفر دهید.

پس حکم شرع در جرایم علیه تمامیت جسمانی، مماثلت مجازات با جرم است. اما تشخیص مماثلت و یافتن مصادیق آن، مانند سایر مفاهیم موضوع احکام شرعی، به عرف واگذار شده است. از این رو، مبنای اصلی فتوای فقها در باب قصاص، فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم است؛ و نصوص روایی معتبر و روشنی درباره چگونگی مماثلت قصاص با جنایت بر عضو وارد نشده است. فقها نیز برای اثبات فتاوی خود، در فروع مختلف مربوط به این مسأله، به روایات استدلال نکرده اند.

فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم، به اعتبار اقسام جنایت بر عضو، متفاوت است. عرف به مهم ترین ویژگی یا ویژگی های یک جنایت نظر می کند و جنایت را بر اساس آن تعریف نموده، در مقام قصاص نیز تحقق آن ویژگی یا ویژگی ها را طلب می کند. به بیان واضح تر، عرف ویژگی های یک جنایت را به سه قسم تقسیم می کند. برخی رکن و مقوم

حقیقت یک جنایت هستند که بدون آن‌ها مماثلت در جنایت تحقق نمی‌یابد؛ مانند این که در جنایت بر چشم، ویژگی چشم بودن، رکن حقیقت آن جنایت است و بدون مماثلت در این ویژگی، قصاص، بی‌معنا خواهد بود. قسم دوم، ویژگی‌هایی هستند که رکن مقوم برای حقیقت جنایت نیستند، اما اهمیت آن‌ها به قدری است که عرف، رعایت مماثلت در آن‌ها را در صورت امکان لازم می‌شمارد، ولی قصاص را در فرض عدم امکان آن‌ها تعطیل نمی‌کند؛ مانند جهت چپ و راست در اعضای زوج بدن بنا بر قول اصح در فقه (امامی، ۱۳۹۳: ۱۸۶). قسم سوم، ویژگی‌های بی‌اهمیتی است که عرف به هیچ وجه رعایت مماثلت در آن‌ها را لازم نمی‌داند؛ مانند رنگ چشم، یا زیبایی و زشتی آن، یا ضعف و قدرت حس بینایی. با توجه به تقسیم‌بندی مذکور، باید دید فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم در اقسام گوناگون جنایت بر عضو چگونه است؟

فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت، در جنایت بر منفعت، به تساوی آن دو در میزان و درصد آسیب وارد شده بر منفعت می‌باشد. فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت در قطع عضو، به قطع همان عضوی است که جنایت بر آن واقع شده است؛ نه به تساوی قصاص با طول و عرض و عمق مقدار قطع شده و بریده شده. از این رو، اگر انسان تومندی دست کودک نوزادی را قطع کند، دست او قطع می‌شود، هرچند دست جانی چندین برابر دست مجنی‌علیه باشد. فقها در این باره اختلافی ندارند (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۸ و ۷۴/۷؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۷: ۴۴۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۴۱۵/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۰/۳ و ۶۴۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۶۴۹/۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۶/۱۵؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶: ۲۱۰/۱۱ و ۲۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۲/۴۲ و ۳۸۵؛ و خمینی، بی‌تا: ۵۴۴/۲ و ۵۴۷). شیخ طوسی می‌گوید:

«اگر قرار باشد که مقدار و مساحت در قصاص قطع عضو، رعایت شود، این امر به تعطیلی قصاص منجر می‌شود؛ زیرا به ندرت اتفاق می‌افتد که اعضای بدن انسان‌ها از این جهت، مساوی هم باشند» (طوسی ۱۳۸۷: ۷۹/۷).

اگر مقداری از عضو، قطع شده باشد، مماثلت مجازات با جرم اقتضا می‌کند که به همان نسبت از عضو جانی قطع شود. عرف در قصاص قطع قسمتی از عضو، به مقدار طول و عرض و عمق بخش قطع شده توجه نمی‌کند. پس اگر جانی سه سانتیمتر از گوش یا بینی مجنی‌علیه را قطع کرده باشد که مساوی نیمی از گوش یا بینی اوست، قصاص این جنایت به قطع سه سانتیمتر از گوش یا بینی جانی نیست، بلکه به قطع نیمی از گوش یا بینی



جانی است. فقها نیز در قصاص قطع قسمتی از عضو، همین گونه فتوا داده‌اند. آنان در توضیح فتوای خود گفته‌اند که اگر رعایت تساوی مقدار طول و عرض قسمت قطع شده ضروری باشد، چه بسا در بعضی موارد، لازم آید که به جهت قطع بخشی از عضو مجنی علیه، همه عضو جانی قصاص شود، یا بالعکس (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۶/۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۰/۳؛ و ۱۴۲۰: ۵۰۹/۵ و ۵۱۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲۱۴/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۶/۱۰؛ و ۱۴۱۳: ۲۸۵/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۴۱۱/۱۱؛ خمینی، بی تا: ۵۴۶/۲؛ و خوبی، ۱۴۱۸: ۲۰۷/۴۲). صاحب جواهر در این فتوا تردید دارد و در آن مناقشه می‌کند، ولی در نهایت، این احتمال را که فهم عرف از قصاص در این گونه موارد به تساوی نسبت قطع شده با همه عضو است، رد نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۴/۴۲). فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت در جراحات، مورد اختلاف فقها است. آن‌ها در ملاک مماثلت در جراحات، فتاوی مختلف دارند. بررسی حقوقی و فقهی این مسأله، موضوع اصلی این نوشتار است که در سرفصل‌های بعد، از آن بحث می‌شود.

## ۲. رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات در قانون

ماده ۳۹۳ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲، به بیان شرایط قصاص عضو پرداخته است. شرط دوم در ماده ۳۹۳، این است که «قصاص با مقدار جنایت، مساوی باشد». ماده ۳۹۴ به همین شرط مربوط است و مصداق این شرط را در قصاص جراحات توضیح می‌دهد. در این ماده آمده است:

رعایت تساوی مقدار طول و عرض، در قصاص جراحات لازم است؛ لکن اگر طول عضو مورد قصاص، کمتر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، دیه گرفته می‌شود؛ لکن میزان در عمق جنایت، صدق عنوان جنایت وارده است. ماده ۳۹۴ جایگزین ماده ۲۷۶ قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ شده است. ماده ۲۷۶ بدین قرار است:

جرحی که به عنوان قصاص وارد می‌کنند، باید از حیث طول و عرض مساوی با جنایت باشد؛ و در صورت امکان، رعایت تساوی در عمق نیز لازم است. تبصره: در جراحات موضعه و سمحاق، تساوی در عمق شرط نیست و مماثلت عرفی، کافی است.

قبل از بررسی این دو ماده، این توضیح لازم است که جراحات در قانون، به تبع فقه، به جراحات شجاج (جراحات سر و صورت) و جراحات غیرشجاج تقسیم می‌شود. انواع جراحات شجاج در ماده ۷۰۹ قانون سال ۹۲ این‌گونه تعریف شده است:

جراحات سر و صورت و دیه آن‌ها به این ترتیب است:

۱. حارصه: خراش پوست بدون آن‌که خون جاری شود، یک صدم دیه کامل؛
  ۲. دامیه: جراحی که اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان کم یا زیاد خون باشد، دو صدم دیه کامل؛
  ۳. متلاحمه: جراحی که موجب بریدگی عمیق گوشت شود، لیکن به پوست نازک روی استخوان نرسد، سه صدم دیه کامل؛
  ۴. سمحاق: جراحی که به پوست نازک روی استخوان برسد؛ چهار صدم دیه کامل؛
  ۵. موضحه: جراحی که پوست نازک روی استخوان را کنار زده و استخوان را آشکار کند، پنج صدم دیه کامل؛
  ۶. هاشمه: جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، گرچه جراحی را تولید نکرده باشد، ده صدم دیه کامل؛
  ۷. منقله: جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، و درمان آن جز با جابه‌جا کردن استخوان میسر نباشد، پانزده صدم دیه کامل؛
  ۸. مأمومه: صدمه یا جراحی که به کیسه مغز برسد، یک سوم دیه کامل؛
  ۹. دامغه: صدمه یا جراحی که کیسه مغز را پاره کند، که علاوه بر دیه مأمومه، موجب ارش پاره شدن کیسه مغز نیز می‌باشد.
- در ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، میان جراحات سر و صورت (شجاج) و غیر آن، تفکیک نشده است. کلمه «جرحی» که در آغاز ماده آمده، مطلق است و شامل جراحی شجاج و غیرشجاج می‌شود. پس بر اساس این ماده، مراعات مقدار طول و عرض در قصاص همه جراحات، لازم است. اما درباره عمق، گفته شده که «در صورت امکان، رعایت تساوی در عمق نیز لازم است».
- مفهوم مخالف این جمله، این است که در صورت عدم امکان، رعایت تساوی در عمق در همه جراحات (اعم از شجاج و غیرشجاج) لازم نیست. چنین حکمی درباره مقدار طول و عرض و عمق جراحات، علاوه بر این که قابل دفاع علمی نیست، با فتوای هیچ‌یک

از فقها نیز مطابق نمی باشد؛ زیرا بنا بر قول مشهور، رعایت مقدار طول و عرض در جراحی لازم است و رعایت مقدار عمق لازم نیست، ولی این قول، به جراحات شجاج مربوط است و در میان فقیهان چنین قولی - چنان که خواهد آمد - در جراحات غیر شجاج وجود ندارد.

ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲ نیز گرفتار همین اشکال است. در این ماده نیز میان جراحی شجاج و غیر شجاج تفکیک نشده است؛ و کلمه «جراحات»، مطلق است و جراحی شجاج و غیر شجاج را در بر می گیرد. در حالی که پایان ماده، حکمی را درباره مقدار عمق بیان کرده است که به رعایت مقدار عمق در جراحی شجاج مربوط است؛ زیرا هیچ فقهی در جراحات غیر شجاج چنین فتوایی نداده است.

تدوین کنندگان قانون سال ۷۰ که در گزینش آرای فقهی، توجه خاصی به کتاب تحریر الوسیله داشته اند، کوشیده اند در این ماده و تبصره آن، فتوای امام خمینی در تحریر الوسیله را منعکس کنند، ولی از این نکته غفلت کرده اند که رأی فقها از جمله امام خمینی درباره عدم رعایت عمق در جراحی، به جراحات شجاج مربوط است. امام خمینی می گوید:

«در قصاص جراحات شجاج، تساوی در طول و عرض لازم است؛ گروهی از فقها گفته اند که تساوی در عمق لازم نیست، بلکه صدق نام جراحی کافی است؛ اما این نظر قابل تأمل و اشکال است؛ و قول درست این است که تساوی در عمق در صورت امکان، رعایت شود... این حکم جراحی حارصه، دامیه و متلاحمه است. اما در مورد جنایت سمحاق و موضعه ظاهراً تساوی در عمق شرط نیست، پس انسان لاغر در مقابل جنایت بر انسان چاق، قصاص می شود تا عنوان سمحاق و موضعه تحقق یابد» (خمینی، بی تا: ۵۴۱/۲).

مؤید ادعای اعتماد قانون سال ۷۰ در ماده ۲۷۶ به تحریر الوسیله، این است که در تبصره این ماده، جراحی موضعه و سمحاق که از اقسام جراحات شجاج می باشند، از حکم ذکر شده در ماده، استثنا شده اند و این استثنا مطابق فتوای امام خمینی در مسأله ذکر شده است.

در تبصره این ماده درباره جراحی سمحاق و موضعه آمده است که «تساوی در عمق، شرط نیست و مماثلت عرفی کافی است». این جمله دقیق نیست؛ زیرا چنان که گذشت، فقها پیوسته در بحث قصاص، در صدد تحقق مماثلت عرفی بوده اند و اختلاف آرای آن ها

نیز برخاسته از درک متفاوتشان از مصادیق مماثلت عرفی میان قصاص با جنایت وارد شده بر عضو بوده است و بحث آن‌ها درباره رعایت یا عدم رعایت مقدار طول و عرض و عمق در جراحات، در واقع بحث درباره تحقق یا عدم تحقق مماثلت عرفی است. با توجه به این نکته، روشن می‌شود که شرط بودن تساوی در عمق یا شرط نبودن آن، چیزی غیر از مماثلت عرفی نیست. پس جمله «تساوی در عمق شرط نیست و مماثلت عرفی کافی است» غلط است.

### ۳. رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات در فقه

در منابع فقهی درباره رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات، میان جراحات شجاج و غیرشجاج فرق نهاده شده است. از این رو، بررسی این موضوع طی دو سرفصل مطرح می‌شود:

#### الف: رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات غیرشجاج

بیش تر فقها مسأله تساوی قصاص با جنایت را در موارد جراحات، در بحث جراحات شجاج (جراحات سر و صورت) مطرح کرده‌اند و به ندرت درباره تساوی قصاص در جراحات غیرشجاج سخن گفته‌اند. از بررسی و جمع‌بندی آرای فقها در منابع فقهی، به دست می‌آید که درباره شرط تساوی قصاص با جنایت در جراحات غیرشجاج، دو قول در میان فقیهان مطرح است. قول مشهور، این است که رعایت طول و عرض و عمق در قصاص، لازم است. این قول به وضوح در آثار فقهی مطرح نشده است، ولی از کلمات فقیهان درباره جراحات شجاج، تلویحاً این نکته به دست می‌آید که اصل اولی نزد آنان، این است که در قصاص جراحات می‌بایست تساوی در مقدار طول و عرض و عمق رعایت شود؛ و این اصل اولی فقط در مورد تساوی در عمق در جراحات شجاج، تخصیص می‌خورد؛ زیرا این گونه جراحات، اسامی خاصی دارند که این اسامی به اعتبار کیفیت عمق جراحات - نه کمیت آن - تعیین شده‌اند؛ پس رعایت تساوی در اسم خاص جراحات (کیفیت جراحات) می‌تواند جایگزین تساوی در کمیت و مقدار عمق باشد.

شواهدی برای چنین برداشتی از کلمات فقها وجود دارد. شیخ طوسی در آغاز بحث تساوی قصاص با جنایت در جراحات، به صراحت بر لزوم رعایت مقدار طول و عرض و عمق تأکید می‌کند و آن‌گاه که به بحث جراحات شجاج وارد می‌شود، تساوی در مقدار

عمق را استثنا می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۷۴-۷۵). محقق اردبیلی نیز بعد از نقل قول مشهور بر عدم اعتبار عمق، می‌گوید: «گویا مقصود آنان از عدم اعتبار عمق، در خصوص جراحات سر (شجاج) است. « سپس بعد از مناقشه در قول مشهور می‌گوید: «اعتبار تساوی در عمق، در جراحات غیر سر، ممکن است، ولی اعتبار آن در جراحات سر، مشکل است» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۱۶). در نهایت آیت الله فاضل لنکرانی تصریح کرده است که فقها اختلافی در اعتبار عمق در جراحات غیر شجاج ندارند (فاضل، ۱۴۲۱، ۳۷۹). البته این ادعا با وجود قول دوم، نقض می‌شود.

قول دوم در جراحات غیر شجاج، لزوم رعایت «مماثلت نسبية» است. قاتلان این قول، در مطلق جراحات (اعم از شجاج و غیر شجاج)، رعایت تساوی در طول و عرض و عمق را لازم نمی‌دانند و معتقدند که فقط رعایت «مماثلت نسبية» میان قصاص و جنایت لازم است. توضیح بیش‌تر درباره این قول، ضمن بیان آرای فقها درباره جراحات شجاج می‌آید.

### ب: رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات شجاج

آرای مطرح درباره شرط تساوی قصاص با مقدار جنایت در جراحات شجاج و به عبارت دیگر، رعایت طول و عرض و عمق در قصاص این‌گونه جراحات، بدین شرح است:

قول اول: بیش‌تر فقیهان این قول را برگزیده‌اند که رعایت مقدار طول و عرض در جراحات شجاج لازم است، ولی رعایت مقدار عمق لازم نیست، بلکه عمق جراحات در شجاج، به مقداری خواهد بود که نام خاص جراحات و شجّه صدق کند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۷۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴/۲۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ۱/۳۰۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲/۳۵۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۶۴۲؛ ۱۴۲۰، ۵/۵۰۷؛ ۱۴۱۰، ۲/۲۰۹؛ و ۱۴۱۱، ۱۹۸؛ فقعی، ۱۴۱۸، ۱۶/۳۱۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۲۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۱۰/۸۰؛ و ۱۴۱۳، ۱۵/۲۷۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۱/۲۲۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۶/۳۲۳؛ بهایی، ۱۴۲۹، ۹۵۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۲/۱۳۱؛ خویی، ۱۴۱۸، ۴۲/۱۹۲؛ و روحانی، ۱۴۱۲، ۲۶/۱۴۹)؛ زیرا تفاوت جراحات شجاج مانند حارصه، دامیه، و متلاحمه با یکدیگر، بر اساس مقدار عمق جراحات است؛ پس تساوی در نام جراحات، جایگزین تساوی در عمق خواهد بود. در این میان بعضی از آن‌ها بر لزوم رعایت مقدار طول و عرض در قصاص جراحات، ادعای اجماع کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۱/۲۲۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۶/۳۲۳).

قول دوم: برخی همچون شهید اول، محقق اردبیلی، صاحب جواهر و آیت الله سیداحمد خوانساری لزوم رعایت مقدار طول و عرض در جراحات را پذیرفته اند؛ اما در قول مشهور مبنی بر عدم لزوم رعایت مقدار عمق و اکتفا به صدق عنوان جراحت، اشکال کرده و آن را خلاف مماثلت در قصاص شمرده اند (عاملی، بی تا: ۱۱/۱۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۴۲؛ اردبیلی، ۱۴۱۳: ۱۴/۱۱۶؛ و خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۲۷۳-۲۷۴). گویا شهید اول، لزوم رعایت مقدار عمق و عدم لزوم در صدق عنوان شجّه و جراحت را می پذیرد. اما سایر فقهای نام برده قول مشهور را نپذیرفته اند، ولی فتوایی بر خلاف آن نیز نداده اند. به نظر می رسد نتیجه عملی موضع گیری آنان، این است که در قصاص جراحات می بایست احتیاطاً ضمن رعایت صدق عنوان جراحت، مقدار عمق نیز در صورت امکان، رعایت شود. آیت الله محمدتقی بهجت نیز بر این نظر است که اگر صدق عنوان شجّه متوقف بر عمق بیش تر باشد، قصاص به دیه تبدیل می شود (مجموعه آرای فقهی حقوقی، بی تا: ۱/۱۵۱). پس به نظر ایشان، باید رعایت صدق عنوان شجّه بشود و در عین حال برای آن که مقدار عمق در قصاص بیش از مقدار عمق در جنایت نباشد، رعایت مقدار عمق نیز لازم است. یکی از فقهای معاصر نیز رعایت مقدار طول و عرض و عمق را در صورت امکان، لازم می داند؛ و در صورتی که صدق عنوان شجّه با عمق کمتر تحقق یابد و مراعات مقدار عمق موجب تغییر عنوان شجّه شود، از رعایت عمق، منع می کند. او در فرضی که صدق عنوان شجّه با عمق بیش تر تحقق یابد، می گوید: «اگر مقدار بیش تر ضرر معتدبه نداشته باشد، مجنی علیه می تواند مقدار بیش تر را قصاص کند؛ و در غیر این صورت، باید به مقدار عمق قصاص کند و نسبت به مازاد، دیه بگیرد» (شیرازی، بی تا: ۸۹/۴۱۴).

قول سوم: برخی همچون امام خمینی در موارد سمحاق و موضحه، مراعات عمق را لازم نمی دانند؛ و در سایر موارد مانند حارصه، دامیه و متلاحمه، در صورت امکان، مراعات آن را لازم می شمارند. امام خمینی در موارد غیر سمحاق و موضحه، احتمال داده است که اگر امکان رعایت عمق نباشد و به همین جهت، قصاص به کمتر از عمق در جنایت واقع شود، پرداخت ارش مابه التفاوت از سوی جانی لازم باشد (خمینی، بی تا: ۲/۵۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۹/۱۰-۱۱؛ فاضل، ۱۴۱۳: ۳۷۴).

علت این که این گروه از فقها میان سمحاق و موضحه با دیگر جراحات شجاج، فرق نهاده اند، این است که سمحاق و موضحه، دو جراحی هستند که به اعتبار انتهای بریدگی و جراحت وارد شده بر بدن، تعریف شده اند. سمحاق، جراحی است که به پوست نازک

روی استخوان برسد؛ و موضعه، جراحی است که پوست نازک روی استخوان را کنار زده و استخوان را آشکار کند؛ اما حارصه، دامیه و متلاحمه، چنان که در تعریفشان در ماده ۷۰۹ آمده، جراحاتی هستند که به اعتبار شروع و آغاز بریدگی و جراحت وارد شده تعریف شده اند (فاضل، ۱۴۱۳: ۳۷۴). پس مقدار عمق در سمحاق و موضعه، بر خلاف سایر جراحات، قابل تغییر نیست؛ زیرا اگر بریدگی در این دو جراحت، به محل نهایی در تعریفشان برسد، عنوان سمحاق و موضعه صدق می کند؛ و در عمق کمتر از این دو محل، این دو عنوان صدق نمی کنند؛ و در عمق بیش تر، محل نهایی، غیر از آن چیزی خواهد بود که در تعریف آمده است. اما در سایر جراحات، با رسیدن بریدگی به نقطه ذکر شده در تعریف، عنوان جراحت صدق می کند و با افزوده شدن بر عمق جراحت، مادامی که تعریف جراحت بعدی صدق نکند، همچنان عنوان قبلی صادق است. ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، بر اساس این قول تدوین شده است.

قول چهارم: بعضی از فقهای معاصر در لزوم مراعات طول، عرض و عمق در قصاص، رأی کاملاً متفاوتی دارند. آنان بر این عقیده اند که تساوی در مقدار طول و عرض و عمق جراحات، لازم نیست، بلکه مماثلت نسبی در قصاص جراحات (اعم از شجاج و غیر شجاج) لازم است؛ یعنی رعایت نسبت جراحت با اعضای مجاور و نسبت آسیب به اعضای داخلی لازم است. پس اگر جانی نیمی از فاصله میان گوش و چشم را پاره کرده باشد و سبب پارگی بخش هایی از اعضای داخلی شده باشد، نیمی از فاصله میان گوش و چشم او بریده و به همان نسبت، به بخش های داخلی او آسیب وارد می شود، هر چند طول و عرض و عمق هر دو جراحت متفاوت باشد. نگارنده فقط فتوای آیت الله رضا مدنی کاشانی و آیت الله ناصر مکارم شیرازی را مطابق این نظر یافته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۷۸/۱؛ ۵۲۱/۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۲۰۵).

قانون گذار در ماده ۳۹۴ - چنان که در بند اول گذشت - به روشنی میان جراحت شجاج و غیر شجاج تفکیک نکرده است؛ ولی روشن است که مقصود او در این ماده، جراحات شجاج است؛ زیرا حکم ذکر شده در این ماده، تقریباً مطابق قول اول مربوط به جراحات شجاج است. پس می توان گفت که در ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲، قول اول از میان اقوال طرح شده درباره جراحات شجاج، برگزیده شده و در ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، قول سوم انتخاب شده است.

## ج: دفاع از قول مماثلت نسبی

چنان که گذشت، درباره رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات، نص معتبری وجود ندارد که فقها به آن استناد کرده باشند؛ از این رو، مستند همه اقوال طرح شده، فهم عرفی از مماثلت قصاص با جنایت در جراحات است. به نظر نگارنده، قول دوم در قصاص جراحات غیر شجاج و قول چهارم در قصاص جراحات شجاج که در واقع یک قول در مطلق جراحات می باشند، با فهم عرفی از مماثلت در قصاص سازگارتر است؛ زیرا فقیهان پذیرفته اند که رعایت طول، عرض و عمق در قصاص قطع عضو و قطع بخشی از عضو لازم نیست، بلکه درک عرفی در تساوی و مماثلت قصاص با جنایت در قطع عضو و قطع بخشی از عضو، به قطع همان عضو جانی یا قطع همان نسبت از بخش قطع شده از عضو است؛ هر چند مقدار قطع شده در قصاص با مقدار قطع شده در جنایت، از نظر کوچکی و بزرگی یکسان نباشند. همچنین بیش تر آنان پذیرفته اند که رعایت مقدار عمق نیز در قصاص جراحی شجاج، لازم نیست؛ زیرا در صورت رعایت مقدار عمق، چه بسا در مقام قصاص - به علت تفاوت جانی و مجنی علیه در چاقی و لاغری و بزرگی و کوچکی اعضا - جراحی کاملاً متفاوت با جنایت، ایجاد گردد؛ از این رو، به درستی دریافته اند که فهم عرفی در لزوم مماثلت در قصاص به تساوی مقدار عمق نیست، بلکه به ایجاد همان آسیب به اعضای خارجی و داخلی بدن جانی و صدق عنوان جراحی است. به نظر می رسد، فهم عرفی در قصاص همه جراحات بر لزوم رعایت تساوی در طول و عرض و عمق نیست، بلکه بر تساوی نسبت دو جراحی با ابعاد بدن جانی و مجنی علیه است. پس مقدار طول و عرض جراحی در جانی باید به اندازه نسبت جراحی وارد شده بر مجنی علیه با همه عضو یا اعضای مجاور او باشد. از این رو، اگر نیمی از پیشانی یا نیمی از فاصله میان گوش و بینی مجنی علیه بریده شده باشد، قصاص آن به بریدن نیمی از پیشانی یا نیمی از فاصله میان گوش و بینی جانی است، هر چند مقدار طول و عرض جراحی جانی با جراحی مجنی علیه یکسان نباشد و مقدار عمق جراحی در جانی نیز باید به ایجاد همان نسبت از آسیب وارد شده بر پوست و هر یک از اعضای داخلی بدن مجنی علیه باشد. پس اگر نیمی از طحال مجنی علیه سوراخ شده است، قصاص آن به سوراخ کردن نیمی از طحال جانی است، هر چند مقدار عمق هر دو جراحی یکسان نباشد.

کسی را تصور کنید که با بریدن چاقو یا پاشیدن اسید، نیمی از صورت کودک



خردسالی را از بین برده است و به همین سبب، چهرهٔ کودک را تا آخر عمر، کربه و بدمنظر کرده است. اگر قصاص این جنایت به رعایت مقدار طول و عرض آسیب در مجنی علیه باشد، چه بسا آسیب وارد شده بر جانی به علت بزرگی صورت او، به مقدار یک پنجم صورتش هم نرسد. آیا در این صورت، می توان ادعا کرد که جانی «مثل» ظلمی که بر مجنی علیه وارد کرده، مجازات شده است؟! آیا مساوات میان مجازات با جرم، رعایت شده است؟! پس از دیدگاه عرف، جراحی بر همه یا بخشی از عضو، تفاوتی با قطع همه یا بخشی از عضو ندارد؛ و در هر دو، تساوی مقدار طول و عرض و عمق جنایت شرط نیست، بلکه تساوی نسبت جنایت با همهٔ عضو یا اعضای دیگر لازم است.

قصاص جراحات فرض های مختلفی دارد که پای بندی به اقوال فقها - غیر از قول به مماثلت نسبی - در برخی از این فرض ها محظوراتی را در پی دارد. همین نکته نشان دهندهٔ برتری قول به مماثلت نسبی بر سایر اقوال است. توضیح آن که در رعایت تساوی طول و عرض و عمق جراحی در قصاص، با جراحی وارد شده بر مجنی علیه، چهار قول است. سه قول نخست در لزوم رعایت تساوی در طول و عرض، اختلافی ندارند و اختلافشان در رعایت تساوی در عمق است. بنا بر قول چهارم که قول مختار است، رعایت تساوی در هیچ یک از طول و عرض و عمق جراحی لازم نیست و مماثلت نسبی کافی است. اینک بنا بر سه قول نخست که رعایت تساوی در طول و عرض لازم می باشد، فروع مختلفی مطرح است:

۱. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، بخشی از عضو او را فرا گرفته و این مقدار از طول یا عرض، بخشی از عضو جانی را نیز فرامی گیرد.
۲. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، همهٔ عضو او را فرا گرفته است و این مقدار از طول یا عرض، همهٔ عضو جانی را نیز فرامی گیرد.
۳. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، بخشی از عضو او را فرا گرفته است، ولی این مقدار از طول یا عرض، همهٔ عضو جانی را فرامی گیرد.
۴. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، همهٔ عضو او را فرا گرفته است، ولی این مقدار از طول یا عرض، بخشی از عضو جانی را فرامی گیرد.
۵. طول یا عرض جراحی وارد شده بر عضو مجنی علیه، به مقداری است که بیش از همهٔ عضو جانی است.

حکم فرض اول تا چهارم بنا بر سه قول نخست - که رعایت تساوی در طول و عرض

لازم است - روشن می باشد و مشکلی نیز پیش نمی آید. اما رعایت تساوی در طول و عرض در فرض پنجم، موجب می شود که جراحت در جانی، عضو دیگرش را نیز فراگیرد و این مخالف مماثلت عرفی در قصاص است. روشن است که در فرض پنجم بنا بر قول به مماثلت نسبی، هیچ محظوری پیش نمی آید؛ و همین نکته، نشان دهنده اتقان قول مماثلت نسبی نسبت به سایر اقوال است.

فقههای مدافع سه قول نخست، برای رفع محذور پیش آمده در فرض پنجم، فتوا داده اند که در این صورت، در قصاص، به عضو مماثل جانی اکتفا شده و نسبت به مازاد، ارزش گرفته می شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۰/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۳/۳؛ ۱۴۲۰: ۵۰۷/۵ و ۱۴۱۰: ۲۰۹/۲؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۶۴۹/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۶/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۲۴/۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۲/۴۲؛ خمینی، بی تا: ۵۴۳/۲؛ خویی، ۱۴۱۸: ۱۹۶/۴۲ و ۱۹۷). در این میان، محقق اردبیلی که از قائلان قول دوم است، احتمال داده که در این فرض، همچون موارد قطع عضو عمل شود؛ یعنی مقدار طول و عرض رعایت نشود و به مماثلت نسبی اکتفا شود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۷/۱۴).

در ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲، فرض پنجم مطرح شده و برای رفع محذور پیش آمده در این فرض - همچون قول مشهور - حکم شده است که «اگر طول عضو مورد قصاص، کم تر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، دیه گرفته می شود».

#### ۴. پیشنهاد اصلاح قانون

چنان که گذشت، در ماده ۳۹۴ میان جراحت شجاج و غیر شجاج فرق گذاشته نشده است، در حالی که فتاوی فقها در این دو مورد، متفاوت است. پس اگر قرار بر این باشد که قانون مطابق قول مشهور میان فقها تدوین شود، باید ماده ۳۹۴، بر اساس قول اول در جراحات غیر شجاج و بر اساس قول دوم در جراحات شجاج، اصلاح شود. بر این اساس، این ماده پیشنهاد می شود:

رعایت تساوی مقدار طول و عرض، در قصاص جراحات لازم است؛ لکن اگر طول عضو مورد قصاص، کمتر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، ارزش گرفته می شود و رعایت تساوی در مقدار عمق جراحت غیر شجاج نیز لازم است؛ ولی میزان در عمق جنایت شجاج، صدق

عنوان جنایت وارده است .

در صورتی که قول به مماثلت نسبی در جراحات شجاج و غیر شجاج پذیرفته شود، این ماده پیشنهاد می شود:

در قصاص جراحات، رعایت مماثلت نسبی لازم است و رعایت تساوی در طول و عرض و عمق لازم نیست؛ و مماثلت نسبی، به رعایت نسبت جراحت با اعضای مجاور و اعضای داخلی است .

### نتیجه گیری

در رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات، اختلاف است . معدودی از فقهای معاصر، قول به مماثلت نسبی را پذیرفته اند . این قول، به فهم عرفی از مماثلت قصاص با جنایت نزدیک تر است و محظورات اقوال دیگر را هم ندارد . از این رو، سزاوار است قانون مجازات اسلامی بر اساس این قول، اصلاح شود .

### منابع و مأخذ

- ۱ . ابن ادریس ، محمد بن منصور بن احمد ( ۱۴۱۰ هـ . ق ) ، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه ، قم ، دوم .
- ۲ . ابن حمزه طوسی ، محمد بن علی بن حمزه ( ۱۴۰۸ هـ . ق ) ، الوسيلة إلى نیل الفضيلة ، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی ، قم ، اول .
- ۳ . اردبیلی ، احمد بن محمد ( ۱۴۰۳ هـ . ق ) ، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین ، قم ، اول .
- ۴ . امامی ، مسعود ( ۱۳۹۳ هـ . ش ) ، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ( قصاص عضو ) ، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی ، قم ، اول .
- ۵ . بهایی عاملی ، بهاءالدین محمد بن حسین ( ۱۴۲۹ هـ . ق ) ، جامع عباسی ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین ، قم ، اول .
- ۶ . جوهری ، اسماعیل بن حماد ( ۱۴۱۰ هـ . ق ) ، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية ، دار العلم للملایین ، بیروت ، اول .
- ۷ . خمینی ، سید روح الله موسوی ( بی تا ) ، تحریر الوسيلة ، مؤسسه مطبوعات دار العلم ، قم ، اول .

٨. خوانساری، سید احمد بن یوسف (١٤٠٥ هـ.ق)، جامع المدارك فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم.
٩. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (١٤١٨ هـ.ق)، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، اول.
١٠. روحانی قمی، سید صادق حسینی (١٤١٢ هـ.ق)، فقه الصادق علیه السلام، دارالکتاب، قم، اول.
١١. سبزواری، سید عبدالأعلى (١٤١٣ هـ.ق)، مهذب الأحكام، مؤسسه المنار، قم، چهارم.
١٢. شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٠ هـ.ق)، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية، دار التراث - الدار الإسلامية، بیروت، اول.
١٣. شهید ثانی، زین الدین بن علی (١٤١٠ هـ.ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، کتاب فروشی داوری، قم، اول.
١٤. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ هـ.ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول.
١٥. شیرازی، سید محمد حسینی (بی تا)، الفقه، دار العلوم، بیروت، اول.
١٦. طباطبائی، سید علی بن محمد (١٤١٨ هـ.ق)، ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول.
١٧. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (١٣٨٧ هـ.ق)، المبسوط فی فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، سوم.
١٨. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، دار إحياء التراث العربی، بیروت، اول.
١٩. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (١٤١١ هـ.ق)، تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، اول.
٢٠. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ هـ.ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢١. \_\_\_\_\_ (١٤٢٠ هـ.ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول.

٢٢. \_\_\_\_\_ (١٤١٠ هـ.ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢٣. فاضل لنكراني، محمد (١٤٢١ هـ.ق)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم، اول.
٢٤. فاضل هندي، محمد بن حسن (١٤١٦ هـ.ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢٥. فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف (١٣٨٧ هـ.ق)، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، مؤسسه اسماعيليان، قم، اول.
٢٦. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طی (١٤١٨ هـ.ق)، الدر المنضود في معرفة صيغ النيات والإيقاعات والعقود، مكتبة إمام العصر (عج) العلمية، قم، اول.
٢٧. فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى (بى تا)، مفاتيح الشرائع، كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، قم، اول.
٢٨. مجموعه آراى فقهى حقوقى، امور كيفرى (بى تا)، مركز تحقيقات فقهى قوه قضائيه، قم، اول.
٢٩. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن (١٤١٨ هـ.ق)، المختصر النافع في فقه الإمامية، مؤسسة المطبوعات الدينية، قم، ايران، ششم.
٣٠. \_\_\_\_\_ (١٤٠٨ هـ.ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسه اسماعيليان، قم، دوم.
٣١. مدنی كاشانی، حاج آقا رضا (١٤١٠ هـ.ق)، كتاب القصاص للفقهاء والخوارج، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، دوم.
٣٢. مكارم شیرازی، ناصر (١٤٢٧ هـ.ق)، استفتائات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، دوم.
٣٣. نجفی، محمد حسن (١٤٠٤ هـ.ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم.

## مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر\*

جواد حبیبی تبار\*\*

ضامن علی حبیبی\*\*\*

### چکیده

یکی از پرسش‌های مطرح در حوزه فقه جزا، ماهیت مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر است که آیا از جرایم مستوجب حد است یا تعزیر یا از احکام حکومتی؟ درباره ماهیت اعدام در جرایم مواد مخدر در فقه امامیه، سه نظریه مطرح است: برخی بر این عقیده‌اند که مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، از باب حد است و آن را از مصادیق افساد فی الارض شمرده‌اند. برخی دیگر معتقدند جرایم مواد مخدر، از جرایم تعزیری است؛ در نتیجه، اعدام در جرایم مواد مخدر را نمی‌پذیرند. گروه سوم، عقیده دارند که به دلیل حفظ نظام و جلوگیری از فساد در جامعه اسلامی، می‌توان اعدام را در جرایم مواد مخدر، به عنوان حکم حکومتی پذیرفت؛ و به ادله ضرورت تشکیل حکومت اسلامی استدلال می‌کنند. در فقه اهل سنت، جرایم بر ضد امنیت دولت، جاسوسی و اعتیاد به مواد مست‌کننده، از زمره جرایم مستلزم تعزیر است؛ اما اعدام‌های تعزیری را تحت عنوان مجازات‌های سیاسی پذیرفته‌اند و معتقدند که در صورت مصلحت حکومت اسلامی، اعدام، جایز است.

### کلیدواژه‌ها

قانون مجازات، فقه، حد، تعزیر، مواد مخدر، اعدام، احکام حکومتی.

\* تاریخ دریافت ۹۵/۲/۶؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۴/۶.

\*\* استاد جامعه المصطفی العالمیه و مدرس حوزه علمیه قم.

\*\*\* دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی جامعه المصطفی العالمیه (نویسنده مسؤول).

پیشرفت صنعت و فن آوری، آسان شدن ارتباطات و توسعه صنعت حمل و نقل، و باز شدن فضای مجازی، باعث گسترش جرایم سازمان یافته فراملی شده است. یکی از جرایم سازمان یافته فراملی، جرایم مواد مخدر مانند زرع، قاچاق و استعمال، نقل و انتقال، نگهداری و فروش مواد مخدر است. جرایم مرتبط با مواد مخدر، می تواند ریشه بسیاری از جرایم مانند سرقت، قتل، تجاوز به عنف، اختلال در امنیت کشور، و فساد اداری باشد؛ زیرا مرتکبان جرایم مواد مخدر، بیش ترین کسانی را تشکیل می دهند که در جرایم بر ضد اشخاص، اموال و امنیت، شرف و حیثیت جامعه، دخالت دارند که به دلیل شدت خطر و آسیب جرایم مواد مخدر مانند کشت و سیع، اعتیاد و قاچاق وسیع و توزیع مواد مخدر در سطح گسترده، از جرایم مستوجب اعدام در قوانین برخی کشورها دانسته شده است. درباره مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، پرسش هایی مطرح است که به بررسی آن ها می پردازیم.

۱. سؤال اصلی، این است که جرم مواد مخدر از جرایم مستوجب حد است یا تعزیر؟
۲. اگر جرایم مربوط به مواد مخدر از جرایم مستلزم تعزیر باشد، در جرایم مستلزم تعزیر، اعدام جایز است یا خیر؟ زیرا مجازات های تعزیری به منظور اصلاح و تربیت جعل شده است. با تطبیق مجازات اعدام، موضوع اصلاح و تربیت منتفی می شود و افزون بر آن، قاعده کلی در جرایم تعزیری، این است که «التعزیر دون الحد».
۳. اگر جرم مواد مخدر مانند توزیع، قاچاق و زرع، و نقل و انتقال مواد مخدر، از جرایم مستلزم حد است، در جرایم حدی، عفو، تخفیف، تشدید، و تعلیق مجازات وجود ندارد. در جرایم حدی، نوع و میزان مجازات، معین است و بایستی اجرا شود؛ در حالی که در جرایم مواد مخدر نیز امکان اعمال همزمان قواعد مربوط به تشدید و تخفیف مجازات وجود دارد. با توجه به اطلاق تبصره ۲ ماده ۲۲ ق. م. ۱) و با توجه به این که جرایم مواد مخدر، از جرایم مستوجب مجازات بازدارنده محسوب می شوند، منعی برای اعمال همزمان قواعد مربوط به تشدید و تخفیف مجازات، وجود ندارد (رحمدل، ۱۳۹۱: ۱۱۸/۱).

در پاسخ به پرسش های فوق و به طور کلی درباره ماهیت اعدام در جرایم مواد مخدر، سه فرضیه مطرح است:

الف) مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، مجازات حدی است و جرایم مواد مخدر به دلیل خطر بالایی که برای جامعه و نظام سیاسی دارد، از مصادیق افساد فی الارض است و مرتکب به عنوان مفسد فی الارض، مطابق آیه ۳۳ سوره مائده، بایستی اعدام گردد: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ»؛ همانا کیفر آنان که با خدا و رسول او به جنگ برخیزند و در روی زمین به فساد کوشند، جز این نباشد که آن‌ها را کشته یا به دار مجازات آویخته شوند و یا دست و پایشان را به خلاف ببرند یا با نفی بلد و تبعید، از سرزمین صالحان دور کنند. این ذلت و خواری عذاب دنیوی آن‌ها است و اما در آخرت، باز در دوزخ به عذابی بزرگ معذب خواهند بود. برخی از فقها با استناد به این آیه شریف، جرایم مربوط به مواد مخدر را از جرایم مستلزم حد دانسته و از مصادیق افساد فی الارض شمرده‌اند.

ب) جرایم مواد مخدر از جرایم مستلزم تعزیر است؛ و بر این اساس، اجرای جرایم تعزیری، منوط به نظر حاکم است «التعزیر بما یراه الامام»؛ در نتیجه، قابل تخفیف، تشدید، تعلیق و عفو می‌باشد. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۲۲۹۸/۷ مورخه ۱۳۷۰/۵/۱۲ این نظریه را ابراز کرده است. مطابق این نظر، «مجازات‌های مصوب مجمع تشخیص مصلحت، تعزیری است و استفاده از مقررات ماده ۲۲ در آن‌ها بلااشکال است». بنابراین به استناد این ماده، قاضی دادگاه می‌تواند متهم را به مجازات کمتر از حداقل مقرر در قانون محکوم نماید مگر آن‌که صریحاً منع شده باشد (شهری و دیگران، ۱۳۸۳: ۱/۴۷۰)؛ ولی رویه در دیوان عالی کشور و دادستانی کل کشور بر نظریه اول است؛ از جمله در پرونده‌ای که شخصی به اتهام خرید و فروش بیش از ۵ کیلوگرم تریاک توسط قاضی مربوط به اعدام محکوم شده بود، نهایتاً پس از طرح موضوع در دیوان عالی کشور در مقام اعاده دادرسی، دادیار دادرسی دیوان عالی کشور در مورد خلاف قانون بودن حکم نظر داده است: «دادگاه مجاز به اعمال تخفیف مندرج در ماده ۲۲ ق. م. ا. نسبت به مجازات مقرر در بند ۴ ماده ۴ مصوبه نمی‌باشد و این نظر به وسیله رئیس دیوان عالی کشور تأیید شده است.» (رحمدل، ۱۳۹۱: ۱/۱۶۹).

ج) اعدام در جرایم مواد مخدر، از احکام حکومتی است. در صورتی که فساد ناشی از جرایم مواد مخدر، با سایر مجازات‌های مقرر در قانون، قابل کنترل نباشد، حکومت اسلامی می‌تواند در برخی جرایم، مجازات اعدام وضع کند، برای مصلحت حکومت و



جامعه دینی؛ زیرا حفظ نظام اسلامی و جلوگیری جوانان از افتادن به دام اعتیاد به مواد مخدر و انحرافات اخلاقی، نابودی حرث و نسل، و از مصادیق بارز امور حسبه است که حاکم اسلامی می‌تواند مجازات‌های متناسب با جرم را برای جلوگیری فساد از جامعه وضع نماید. همان ادله‌ای که تشکیل حکومت اسلامی را وظیفه فقهای جامع‌الشرایط می‌داند، به فقهای جامع‌الشرایط، صلاحیت وضع قوانین حکومتی را نیز می‌دهد.

### مبحث اول: مفهوم شناسی

پیش از بررسی مبانی و مستندات فقهی اعدام در جرایم مواد مخدر، لازم است مفاهیم مربوط به بحث، روشن شود و سپس دیدگاه فقها در موضوع مطرح گردد.

#### گفتار اول: تعریف مواد مخدر

با توجه به تعدد مصادیق جرایم مواد مخدر و کیفیات و حالاتی که به عنوان عنصر مادی این جرایم در مصوبه مبارزه با مواد مخدر در نظر گرفته شده است، تعریف کلی‌ای که شامل همه مصادیق مزبور شود، همانند تعاریفی که در سایر مباحث حقوق کیفری مثل سرقت، جعل و کلاهبرداری، قتل و... صورت می‌گیرد، مشکل است. مشخص نبودن دایره شمول جرایم مواد مخدر نیز این مشکل را مضاعف می‌کند؛ با این توضیح که طبق بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، صلاحیت رسیدگی به جرایم مواد مخدر با دادگاه انقلاب می‌باشد و مشخص نیست که منظور مقنن از عبارت «جرایم مربوط به مواد مخدر»، کلیه اعمالی است که در مصوبه به عنوان جرم شناخته شده‌اند یا فقط جرایمی است که موضوع آن‌ها مواد مخدر باشد که ظاهراً باید فقط اعمالی را که موضوع آن‌ها مواد مخدر می‌باشند، جرایم مواد مخدر محسوب نمود؛ و سایر جرایم را از عداد جرایم مواد مخدر خارج دانست. با این فرض، می‌توان این تعریف را از جرم مواد مخدر داشت: «جرایم مواد مخدر عبارتند از هرگونه کشت، ساخت و تبدیل، نقل و انتقال، خرید و فروش، اخفا و نگهداری و استعمال یا مداخله در مواد مخدر که برخلاف موازین قانون، صورت پذیرد.» در این تعریف، کلمه «ساخت»، شامل تولید هم می‌شود و کلمه «تبدیل» شامل تغییر شکل و ماهیت ماده و در نهایت، به شکل ماده مخدر در آوردن ماده مورد نظر می‌شود؛ کلمات نقل و انتقال، شامل وارد کردن، صادر کردن، توزیع و حمل و ارسال می‌شود؛ و کلمه استعمال، اعم است از اعتیاد استعمال تفننی و اتفاقی؛ و مداخله

اعم است از این که ارتکاب جرم به صورت مباشرت یا معاونت یا وساطت و... باشد (رحمدل ۱۳۹۱: ۲۳/۱). منظور از کشت، هرگونه عملیاتی است که به تولید طبیعی خشخاش منجر می شود؛ اعم از این که در یک مزرعه یا باغچه یا حتی گلدان کوچک صورت گیرد و شامل همه مراحل زراعت اعم از کشت و برداشت می شود؛ اگرچه وضعیت جغرافیایی و شرایط اقلیمی کشور برای کشت انواع مواد مخدر مناسب است. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸: ۸/۱).

### گفتار دوم: مفهوم لغوی تعزیر

تعزیر در لغت، به معنای «یاری کردن، احترام و تأدیب» است. راغب در مفردات می نویسد: تعزیر، یاری کردن همراه با احترام و تعظیم است؛ و گفته تعزیر زدن، کمتر از حد است (راغب اصفهانی، بی تا: ۳۴۵). شاهد تعزیر به مفهوم یاری کردن همراه با احترام، واژه تعزیر در قرآن مجید است. قرآن می فرماید: «و تعزروه و عزرتهم». تعزیر، تنبیهی سبک تر از حد است که این معنا به همان معنای اول بازمی گردد. ابن منظور می نویسد: «التَّعْزِيرُ ضَرْبٌ دُونَ الْحَدِّ لِمَنْعِهِ الْجَانِبِيَّ مِنَ الْمُعَاوَدَةِ وَرُدُّعِهِ عَنِ الْمَعْصِيَةِ»؛ تعزیر عبارت است از ضرب کمتر از حد برای جلوگیری از تکرار جرم و بازدارندگی از معصیت (ابن منظور اندلسی، ۱۴۱۰: ۵۶۳/۴)؛ زیرا هدف از اجرای این نوع تنبیه، تأدیب است که نوعی یاری به شمار می آید، در حالی که معنای اول، یاری کردن به وسیله از بین بردن عناصری است که به او زیان می رساند. معنای دوم کمک کردن فرد است؛ بدین سان که نگذارد شخص به عوامل زیان بخش نزدیک شود. پس جدا کردن شخص از چیزی که به وی ضرر می رساند، نوعی یاری محسوب می شود و پیامبر اسلام صلی الله علیه وآله وسلم هم با ملاحظه این معنا فرمود: «برادرت را خواه ظالم و خواه مظلوم، یاری کن»؛ به حضرت عرض شد: «اگر مظلوم باشد او را یاری می کنم؛ اما اگر ستمگر باشد، چگونه او را یاری دهیم؟!» فرمود: «او را از ستم کردن باز دار» (ابن حنبل، ۱۴۱۴: ۳/۳۱۰). در قرآن، این واژه سه بار به همین معنا به کار رفته است (مائده/۱۲؛ فتح/۹؛ اعراف/۱۵۷).

### گفتار سوم: مفهوم تعزیر در فقه امامیه

در سنت، تعزیر به معنای عقوبت هایی است که اندازه آن ها معین نشده است، اما از حد کمتر است: «واذا لم تقدر العقوبة سمي تعزيرا و هو لغة التأديب» (طباطبایی، ۱۴۱۸:

۴۳۳/۱۶). در اصطلاح فقهی، به معنای کیفری است که شرع برای گناهکار در نظر گرفته و از حد کمتر است؛ توضیح این که، انجام گناه و ترک واجب، مجازاتی را به دنبال می آورد. اگر اندازه این مجازات و کیفیت آن، در آیات و روایات معین شده باشد، به آن حد می گویند؛ و اگر تعیین نشده باشد، بدان تعزیر گفته می شود: «کل ما له عقوبة مقدره یسمی حدا و ما لیس كذلك یسمی تعزیراً» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴). البته این با معین بودن مقدار مجازات در برخی جرائم تعزیری در شریعت، مثل افطار علنی صوم رمضان، یا برهنه بودن دو اجنبی در ازار واحد، منافاتی ندارد؛ زیرا در روایات مأثوره، قرینه بر تعزیری بودن این مجازات ها وجود دارد (حبیبی تبار، ۱۳۹۴: ۱؛ جزوه تقریرات در س خارج). شیخ طوسی در باب اشربه مبسوط می نویسد: «إن کل من أتى معصية لا یجب بها الحد یعزر» (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ۶۶/۰۸)؛ هر کس مرتکب معصیتی شود که حد برای آن تعیین نشده، تعزیر می شود؛ و محقق حلی در شرایع می نویسد: «السادسة کل من فعل محرماً أو ترک واجباً فللإمام (ع) تعزیره بما لا یبلغ الحد... إن کل من فعل محرماً أو ترک واجباً فللإمام تعزیره بما لا یبلغ الحد» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۵۶/۴)؛ هر کس مرتکب فعل حرام شد یا از امر واجب سر باز زد، حق امام است که او را تعزیر کند و تعزیر در مورد چنین فردی، باید از مقدار حدود شرعی کمتر باشد. صاحب جواهر در توضیح این سخن می نویسد: درباره حکم مذکور میان فقها هیچ اختلاف نظر و اشکالی نیست: «لا خلاف و لا إشکال نصّاً و فتوی» (نجفی، ۱۳۸۵: ۴۱/۴۷۲). در جای دیگر گفته شده: «و اما التعزیر فهو فی اللغة التأدیب و فی الشرع عقوبة لا تقدیر لها شرعاً و انما أمره موکول إلی نظر الحاکم بحسب ما یراه من المصلحة» (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱)؛ تعزیر در لغت به معنای تأدیب است و در شرع مجازات هایی است که نوع و میزان آن مشخص نشده است و منوط به نظر حاکم است که آنچه مصلحت می داند مجازات تعزیری را اعمال نماید. مرحوم شیخ طوسی، تعزیر را موکول به نظر امام می داند و می نویسد: «التعزیر موکول الی الامام لا یجب علیه ذلک فأن رأی التعزیر فعل، و ان رأی ترکه» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۷/۸). همان گونه که در کلمات بزرگان فقه امامیه ملاحظه می شود، تعزیر آن دسته از مجازات های شرعی است که نوع و میزان آن در شریعت معین نشده است و منوط به نظر حاکم شرع است که با در نظر داشت اصل تناسب جرم و جزا، مجازات متناسب با جرم را اعمال نماید؛ ولی یک نکته تأمل برانگیز در عبارات پیشین دیده می شود. برخی مانند محقق حلی، حد اعلاّی تعزیر را مقید

و محدود کرده‌اند که به میزان مجازات حدی نرسد؛ اما برخی فقهای قدیم مانند مرحوم شیخ طوسی و فقهای معاصر مانند مرحوم آیت‌الله گلپایگانی، تعزیر را منوط به نظر امام نموده، در جانب کثرت نیز مقید نکرده‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱).

### گفتار چهارم: مفهوم تعزیر در فقه اهل سنت

تعزیر در اصل و ریشه لغوی، به معنای منع و بازدارندگی و به معنای نصرت و یاری کردن آمده است، ولی در لسان شرع، مجازات‌های شرعی‌ای است که در برابر جرایم و جنایتی که مجازات حدی یا کفاره نداشته باشد، وضع شده است؛ فرق نمی‌کند جنایت حق الله باشد (مانند روزه خواری در ماه مبارک رمضان بدون عذر شرعی و ترک نماز طبق دیدگاه حنفی) یا حق الناس (الزحیلی، بی تا: ۱۸۵/۶). نویسنده کتاب «الفقه علی المذاهب الاربعه» می‌نویسد: «اما التعزیر فهو التأدیب بما یراه الحاکم زاجراً لمن یفعل فعلاً محرماً عن العوده إلى هذا الفعل، فکل من أتى فعلاً محرماً لا حد فیہ، و لا قصاص، و لا کفارة، فإن علی الحاکم أن یعززه بما یراه زاجراً له عن العوده، من ضرب، أو سجن، أو توبیخ» (الجزیری، بی تا: ۵۸۹/۵)؛ تعزیر در حقیقت همان تأدیب است که بستگی به نظر حاکم دارد که برای بازدارندگی مجرم از تکرار جرم. پس هر کسی که مرتکب فعل حرام شود که مجازات حد، قصاص و کفاره ندارد، حاکم صلاحیت دارد که تعزیر نماید مطابق لزوم دید خودش طوری که موجب بازدارندگی مرتکب، از تکرار جرم شود. تعزیر می‌تواند زدن باشد، یا زندان و سرزنش باشد. عبدالرحمن الجزیری از علمای اهل سنت در تعریف تعزیر می‌نویسد: تعزیر عبارت است از تأدیب به آنچه حاکم مصلحت ببیند، به منظور این که مرتکب عمل حرام را از تکرار عمل ممنوع بازدارد (الجزیری، بی تا: ۳۹۷/۵). از این مطالب نتیجه می‌گیریم که انجام گناه یا ترک واجب، حد یا تعزیر دارد؛ ولی میزان تعزیر، به نظر حاکم بستگی دارد.

فقهای اهل سنت، تعزیر را مانند فقهای شیعه تعریف کرده و آن را به نظر حاکم موکول کرده‌اند؛ ولی برخلاف فقهای شیعه که اصل در تعزیر را تازیانه می‌دانند، آنان حبس و توبیخ و هر فعل ایذایی دیگری را در صورت اقتضای حال، جزو تعزیرات می‌دانند. ابن قدامه می‌نویسد: تعزیر به وسیله ضرب، و حبس و توبیخ محقق می‌گردد؛ ولی تعزیر با قطع، جرح و گرفتن مال جایز نیست. از هیچ‌یک از پیشوایان دینی که شایسته اقتدایند این گونه تعزیر وارد نشده است، چون تعزیر برای تأدیب است و تأدیب با اتلاف سازگاری

ندارد. ولی اگر امام مصلحت را در عفو بداند برای امام عفو جایز است (ابن قدامه، ۱۹۹۸: ۴۶۰/۲۶). ولی برخی از فقهای اهل سنت دامنه تعزیرات را گسترده می‌دانند: مجازات‌های تعزیری، زیاد و متنوع است. برخی مجازات‌ها بدنی است که بدن مجرم را آسیب می‌رساند، مانند قتل و شلاق (جلد)؛ و برخی مجازات‌ها معنوی و روحی است که به روح مجرم آسیب می‌رساند، مانند توبیخ، موعظه، تهدید، تشهیر (به مردم معرفی کردن) و تبعید. قسم سوم تعزیرات، مرکب از تعزیرات بدنی و روحی است؛ مانند جریمه و تبعید. قسم چهارم تعزیرات، تعزیرات مالی و حبس است. برخی از این مجازات‌های تعزیری در نصوص دینی وارد شده، و برخی از آن‌ها را فقها استنباط کرده‌اند، به منظور ارشاد قضات. از نظر شرعی مانعی وجود ندارد که به هر کدام از مجازات‌های تعزیری اقدام نمایند؛ ولی فقها و ائمه (رؤسای مذاهب اهل سنت) اختلاف زیادی دارند. در مورد مشروعیت برخی تعزیرات مانند قتل تعزیری، و بالاتر بودن میزان ضرب و شلاق تعزیری از میزان حد و تعزیرات مالی (الزحلی، بی‌تا: ۶/۶۴ ابن‌القیم، بی‌تا: ۱/۳۳۶) برخی از فقها قتل تعزیری را نیز در موردی که مصلحت باشد، مورد تأیید و تأکید قرار داده‌اند. بنابراین نظرات فقها درباره تعزیر مختلف است. گروهی قائل هستند که به حسب مصلحت و حاجت است و ولی امر و حاکم اسلامی، بنا بر اجتهاد خود آن را تعیین می‌کند. عده‌ای نیز قائلند که تعزیر به سبب جرم و معصیت نباید از مقدار حد تجاوز نماید. حنفی، شافعی، و حنبلی عقیده دارند که تعزیر نباید بالاتر از میزان حد باشد؛ زیرا امام و نایب امام باید مطابق شریعت حکم نمایند. آنان حق ندارند مجازاتی را بالاتر از میزان شریعت تطبیق نمایند. اما مالکیه عقیده دارند که مجازات تعزیری، موکول به نظر امام است. اگر امام مصلحت و مناسب بداند که تعزیر بالاتر از حد شرعی باشد، طبق صلاحدید و اجتهاد خود می‌تواند اعمال نماید؛ زیرا شارع مقدس در امور امت اسلامی، امام را امین خود قرار داده است. اگر افراد فاسق و فاجر با اجرای حد شرعی قابل اصلاح نباشند، امام می‌تواند برای اصلاح و جلوگیری از تکرار جرایم، بالاتر از حد شرعی، طبق اجتهاد خود تعزیر نماید (الجزیری، بی‌تا: ۵/۳۹۹). همان‌گونه که ملاحظه شد، در بین فقهای مذاهب اهل سنت دو نظریه مطرح است: یک نظریه، نظر جمهور اهل سنت است که میزان مجازات‌های تعزیری بایستی کمتر از حد شرعی باشد و بالاتر از آن را شارع مقدس اجازه نداده است؛ خصوصاً مجازات‌هایی را که سالب حیات باشد یا منجر به نقص عضو گردد، جایز نمی‌دانند و می‌گویند تعزیر برای تأدیب و اصلاح است که با مجازات‌های اتلاف‌کننده منافات دارد. ولی

نظریهٔ دوم، این است که تعزیر طبق صلاحدید امام است و وی می‌تواند طبق صلاحدید و اجتهاد خود، بالاتر از حد شرعی مجازات تعزیری را اعمال نماید (الجزیری، بی‌تا: ۳۹۷/۵).

### مبحث دوم: مبانی و مستندات مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر

در این قسمت، مبانی و مستندات فقهی مجازات جرم مواد مخدر بررسی می‌شود. استعمال و استفاده از مواد مخدر حرام است و جرم، و مستلزم تعزیر می‌باشد؛ زیرا هر فعل حرامی که در شریعت برای آن مجازات تعیین نشده باشد، حاکم شرع حق دارد مرتکب را مجازات نماید. یکی از محرمات شرعی مستلزم تعزیر، استعمال و استفاده از مواد مخدر است. این مبحث را در دو گفتار بررسی می‌کنیم: گفتار اول در فقه اهل سنت؛ گفتار دوم در فقه امامیه.

#### گفتار اول: مبانی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر در فقه اهل سنت

این سؤال مطرح می‌شود که آیا قتل می‌تواند به عنوان مجازات تعزیری مطرح شود؟ در این زمینه، در فقه اهل سنت دو نظریه وجود دارد: نظریهٔ جمهور علما این است که قتل تعزیری جایز است؛ مانند قتل جاسوس مسلمان. در صورت وجود مصلحت، جاسوس مسلمان در هر حال کشته می‌شود و حکم او همان حکم جاسوس حربی یا مشرک است تا این که مرتکب و دیگران را از جاسوسی علیه مسلمانان بازدارد. در مجازات مزبور، جنبهٔ بازدارندگی و تکرار جرم، مورد نظر است. این طریقهٔ مالک و برخی از پیروان او است. قاضی عیاض و ابن عقیل از حنبلی‌ها نیز گفته‌اند جاسوس مسلمان کشته می‌شود و برخی از شافعی‌ها نیز معتقد به قتل جاسوس مسلمان هستند. در همین باره می‌خوانیم: «فالامام مالک یری تعزیر الجاسوس المسلم بالقتل و وافقه بعض اصحاب احمد بن حنبل و قد ذکر بعض اصحاب الشافعی ذلک ایضاً (ابن‌القیم، بی‌تا: ۳۳۸/۱). ابوحنیفه گرچه از تعزیر به قتل دوری می‌جوید، ولی در عین حال معتقد است در بعضی صور می‌توان جاسوس مسلمان را کشت؛ مانند قتل به مثقل و قصاص: «الامام ابوحنیفه فهو ابعده الاثمه عن التعزیر بالقتل و مع ذلک فیجوز التعزیر به للمصلحة کقتل القاتل بالمثل. » از علمای معاصر اهل سنت، سید طنطاوی، رئیس جامعهٔ الازهر می‌نویسد: «الجاسوس الذی تثبت ضده التهمه التجسس و التخابر، یتحق القتل» (الشافعی، ۱۹۹۶: ۶۲/۱)؛ جاسوسی که جرم آن به اثبات رسیده باشد، قتلش جایز است. وهبة الزحیلی در کتاب «العقوبات الشرعیة» مواردی از قتل

تعزیری را مطرح کرده، می نویسد: «تعزیر به وسیله قتل در نزد حنفیه و مالکیه در صورتی جایز است که حاکم مصلحتی را در آن بیابد؛ و جنس جرم هم موجب قتل باشد؛ مثل اعتیاد در ارتکاب جرم، لواط و قتل به وسیله مثقل در نزد حنفیه که آن را قتل از باب اعمال سیاست می دانند. حنفیه فتوا بر قتل کسی که پیامبر را چندین بار سب نماید، داده اند... و مالکیه و حنابله بر خلاف شافعیه و حنفیه، قتل جاسوس مسلمان را در صورتی که برای دشمن و ضرر مسلمانان جاسوسی کند، لازم می دانند؛ و کسی که فسادش در زمین دفع نمی شود مگر به سبب قتل، کشته می شود؛ مثل کسی که در جامعه اسلامی ایجاد تفرقه می کند یا دعوت به بدعت در دین می نماید (الزحیلی، ۱۹۹۱: ۱۰۷/۴)؛ والخلاصه: أنه يجوز القتل السياسي لمعتادی الاجرام و مدمنی الخمر و دعاة الفساد و مجرمی امن الدولة، و نحوهم» (الزحیلی ۱۴۱۸: ۵۳۳۵/۷)؛ کسانی که مرتکب تکرار و تعدد جرم می شوند یا معتاد به شرب خمر و مسکرات هستند یا فساد را در جامعه ترویج می کنند یا مرتکب جرایم بر ضد امنیت دولت می شوند، فرق نمی کند جرایم بر ضد امنیت داخلی باشد یا خارجی، قتل آنان جایز است.

امام محمد ابوزهره نیز معتقد است که اکثر فقها، قتل تعزیری را در صورتی که شخص مرتباً مرتکب جرم شده و فساد ناشی از جرایمش جامعه را تهدید می کند، جایز می دانند؛ و قتل جانیان را به دست امام، قتل تعزیری و پیشگیری کننده از فساد می دانند (ابوزهره، بی تا: ۳۸۵/۱). احمد فتحی بهنسی نیز قتل جاسوس مسلمان را در صورت اقتضای مصلحت، جایز می داند (فتحی بهنسی، ۱۹۸۳: ۱۲۶/۱). ولی دکتر عبدالرحیم صدقی مسأله را به صورت مبنایی مطرح کرده، می گوید قائلان به عدم جواز قتل، سلب حق حیات را منحصرأً حق خداوند سبحان دانسته و دیگران را برای سلب حق حیات صالح نمی دانند؛ ولی قائلان به جواز قتل تعزیری، مصلحت را مبنای حکم خود قرار می دهند. وی با تأیید موضع موافقان اعدام تعزیری، آن را منحصر به موارد خاصی دانسته که موجب سست شدن پایه های حکومت می شود، مثل جاسوسی، خیانت به کشور و...؛ سرانجام برای مجازات اعدام تعزیری، عدم وجود وسیله ای دیگر جز قتل را برای رفع فساد شرط می کند (صدقی، ۱۴۰۸: ۲۱۴/۱). به همین صورت، ابن قیم جوزی، پس از این که اقوال فقها را در چهار قول دسته بندی کرده، معتقد است که اگر قتل تعزیری از باب مصلحت جامعه اسلامی باشد، جایز است. چنان که مشهور فقهای اهل سنت، مثل مالک و احمد و ابن عقیل و شافعی و غیره آن را پذیرفته اند و مثال هایی را مطرح کرده اند که هر یک از فقهای

داعی به بدعت، رفض، انکار قدر و کسی که فسادش از بین نمی‌رود، مگر به سبب قتل، نام برد که در این موارد مجازات قتل تعزیری اعمال می‌گردد (ابن‌القیم، بی تا: ۱/۳۳۶).  
 با دقت در این اقوال، این مطلب به دست می‌آید که فقهای اهل سنت نیز قتل تعزیری را از باب مصلحت یا نهی از منکر و یا دفع فساد در زمین و مانند این‌ها جایز می‌شمارند؛ چنان‌که در عبارتی به مصلحت یا اصلاح شخص اشاره شده است؛ ماوردی در کتاب «الاحکام السلطانیة» می‌گوید اجرای صلب تعزیری در صورت وجود مصلحت، جایز است (ماوردی، ۱۹۹۹: ۱/۲۳۹)؛ بنابراین از باب مصلحت، اعدام تعزیری را قابل اعمال می‌داند.

متصدی اقامه تعزیر، ولی امر یا نایب وی می‌باشد. تعزیر می‌تواند ضرب یا حبس یا توبیخ و مانند آن بنا به صلاح‌دید حاکم و برای جلوگیری شخص از تکرار و تعدد جرایم باشد. البته بایستی حالات افراد و اصل فردی سازی مجازات، مورد عنایت و توجه ولی امر باشد. در تعزیر باید اصل تناسب جرم و مجازات رعایت شود و این رعایت تناسب، منوط به نظر امام است که می‌تواند با گفتار غلیظ و شدید باشد، یا حبس و یا حتی قتل. در جرایم خلاف عفت، در فقه مالکی تعزیر می‌تواند با عزل از ولایت صورت گیرد. یکی از نویسندگان معاصر اهل سنت می‌نویسد: تعیین نوع و میزان مجازات در جرایم مستوجب تعزیر، منوط به نظر ولی امر مسلمین است که متصدی اقامه و اجرای حدود الهی و تطبیق شریعت و اجرای احکام خداوند مطابق منهج قرآن و سنت می‌باشد. اولیاء امور در خلافت اسلامی، بعضی مجازات‌های تعزیری را بیان می‌کنند. ائمه، فقها و علما، قضات متکفل بحث در منابع و مصادر تشریح اسلامی هستند. در آنان پرتو مقاصد عمومی شریعت و اهداف، فلسفه مجازات‌ها، عهده‌دار ذکر مجازات‌های تعزیری در کتاب‌ها و تألیفات خود هستند تا قضات هنگام لزوم، به آن مراجعه کنند (الزحیلی، ۱۹۹۳: ۱/۶۷).

خلاصه دیدگاه فقهای اهل سنت درباره قتل تعزیری، به این شرح بیان می‌شود که قتل تعزیری مشروع است؛ نزد حنفیه حوزه قتل تعزیری، جرایمی است که مرتکب به صورت مکرر آن‌ها را انجام دهد و دفع خطر جانی و جلوگیری از آسیب وی، برای جامعه ممکن نباشد مگر با قتل؛ و همچنین در جرایمی که موجب فساد جامعه می‌شود، در صورت تکرار؛ و مجازات تعزیری مفید نباشد مگر با اعدام کسانی که مکرر در فساد باشند. این دیدگاه حنفیه و برخی حنابله و در رأس آنان ابن تیمیه و ابن‌القیم است. در دیدگاه مالکی، قتل تعزیری به طور مسلم پذیرفته شده است (ابن‌القاضی، بی تا: ۱/۸۴۰). در فقه اهل سنت،



مجازات‌های تعزیری بالاتر از حد شرعی پذیرفته شده است؛ در مواردی مانند جاسوسی، بدعت‌گذاری در امور دینی و جرایم سیاسی که باعث فساد در جامعه می‌شود و اصلاح آن امکان‌پذیر نیست جز با اعدام مجرم. ولی امر و حاکم شرع می‌تواند مرتکبان تعدد و تکرار جرایم را به اعدام محکوم نماید. بنابراین می‌توان گفت کسانی که با تولید، زرع و قاچاق، توزیع و استعمال مواد مخدر، باعث فساد در جامعه می‌شوند و با مجازات‌های خفیف مانند حبس، مصادره اموال و مجازات‌های نقدی قابل اصلاح نباشند، در صورت تکرار و گسترده بودن عمل ارتكابی، اعدام آنان جایز است؛ زیرا مصلحت امت اسلامی ایجاب می‌کند که با اعدام و نابودی این افراد، برای تأمین امنیت روانی و اخلاقی جامعه و جلوگیری از نابودی حرث و نسل، قدم برداشت. ولی امر می‌تواند در صورت مصلحت عمومی، مجرم‌ان مواد مخدر را به اعدام محکوم کند تا ریشه فساد اجتماعی برچیده شود؛ زیرا مجازات تعزیری میزان معین ندارد و تعیین نوع و میزان مجازات بر عهده امام و ولی امر نهاده شده است که اعدام‌های تعزیری را به نام قتل‌های سیاسی در صورت اعتیاد به جرم با نظر به مصلحت اجتماعی انجام دهد. در اعدام‌های تعزیری باید اولاً جرم مربوط به جامعه باشد و متضرر از جرم، جامعه باشد؛ و ثانیاً مرتکب آن، اعتیاد به ارتکاب جرم داشته باشد و قابل اصلاح نباشد. در صورت تشخیص مصلحت امام، اعدام چنین کسانی جایز است.

### گفتار دوم: مبانی فقهی اعدام در جرایم مواد مخدر در فقه امامیه

به طور کلی در فقه امامیه در جرایم مواد مخدر، سه نظریه مطرح است:

#### الف) تعزیری بودن جرایم مواد مخدر

مرحوم شیخ مفید یکی از پیشگامان فقه امامیه، درباره استعمال مواد مخدر چنین می‌نویسد: «من بنج غیره او اسکره بشی احتال علیه فی شربه منه او اكله، ثم اخذ ماله، عوقب علی ذلک بما یراه الامام من التعزیر و استرجع منه ما اخذه لصاحبه» (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۸۰۵/۱)؛ کسی که دیگری را بنگ بخوراند یا در نوشیدن یا خوردن چیزی که او را مست کند، فریب دهد، سپس اموال او را بگیرد، بنا به دستور امام، تعزیر می‌شود و اموال صاحب مال به خودش بازگردانده می‌شود. شیخ طوسی در کتاب نهاییه می‌نویسد: «من بنج غیره او اسکره بشی احتال علیه فی شربه او اكله ثم اخذ ماله، عوقب علی فعله ذلک بما یراه الامام و استرجع عنه ما اخذ فان جنی البنج او الاسکار علیه جنایة، کان المبنج ضامناً

لما جناه» (شیخ طوسی، ۱۴۱۲: ۷۲۱/۱)؛ کسی که دیگری را بنگ بخوراند یا در کاربرد شیء مست‌کننده فریض دهد، سپس اموالش را بگیرد، عقاب می‌شود طبق آن چیزی که امام (حاکم شرعی) معین کند؛ و اموالش از او باز پس گرفته می‌شود. قاضی ابن براج می‌نویسد: «فانه متی بنج غیره بشیء سقاه او اطعمه، حتی سکر منه و اخذ ماله، و جب ان يعاقبه الامام بحسب ما يراه و يسترجع منه ما اخذه» (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶: ۵۵۲/۱). همان طور که از بیان فقهای امامیه استفاده می‌شود، جرایم مربوط به مواد مخدر، از جرایم تعزیری است که تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری، در صلاحیت امام است که طبق صلاحدید خود، مجازات متناسب با جرم را تعیین کند.

ولی سؤال این است که قلمرو صلاحیت امام تا کجاست و «التعزیر بما يراه الحاكم» چقدر گستره دارد؟ در فقه امامیه، مجازات تعزیری باید از حد کمتر باشد و مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند. آنان به قاعده اصطیادی «التعزیر دون الحد» استناد می‌کنند. افزون بر آن، صلاحیت تعیین نوع و میزان مجازات و همچنین صلاحیت شکلی، مانند اجرای مجازات، تعلیق مجازات، تخفیف و تشدید مجازات و عفو مجرم به دست حاکم شرع است.

بنابراین در جرایم مستلزم تعزیر، اعدام را جایز نمی‌دانند. در نتیجه اگر جرم مواد مخدر را تحت عنوان جرایم تعزیری قرار دهیم، اعدام تعزیری در فقه امامیه نداریم. در نتیجه، این مجازات‌ها، تعزیرات شرعی هستند. در منابع فقهی و روایی، تعزیر شرعی منصوص به عنوان اعدام، وجود ندارد و هیچ‌گونه مبنا و مستند شرعی برای مجازات‌های اعدام شرعی دیده نمی‌شود. قاعده و اصل در تعزیرات این است که «التعزیر دون الحد، التعزیر لکل عمل محرم». هدف از تعزیر، تنبیه، سرزنش و اصلاح مجرم است؛ نه این که هدف، معدوم کردن مرتکب باشد؛ چنان که یکی از فقهای معاصر در پاسخ به پرسشی، مرقوم می‌دارد: آیا در مجازات تعزیری می‌توان تا حد اعدام پیش رفت، و فرد را به عنوان تعزیر، اعدام نمود؟ جواب: در مجازات تعزیری، اعدام نیست اعدام در قصاص و بعضی از حدود است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۳/۱).

#### ب) حدی بودن اعدام در جرایم مواد مخدر از باب افساد فی الارض

نظریه دوم این است که جرایم مواد مخدر، از مصادیق افساد فی الارض و از جرایم مستلزم حد است. برای افساد فی الارض دو مفهوم قابل تصور است:

الف) مقصود از «افساد فی الارض»، بر پا کردن فساد در منطقه و یا ناحیه‌ای از زمین است. تحقق چنین فسادی به آثار تخریبی گسترده و وسیع است.

ب) «افساد فی الارض» عبارت است از کوشش و تلاش مستمر برای بر پا کردن فساد آلوده‌سازی ناحیه و منطقه‌ای از زمین. قید تلاش و کوشش از عبارت «یسعون» و قید بر پا کردن فساد در ناحیه‌ای از زمین از عبارت «فی الارض»؛ و قید دوام و استمرار عمل و اصرار بر آن، از هیأت مضارع «یسعون» به دست می‌آید. در نتیجه می‌توان گفت در «افساد فی الارض» بایستی دو عنصر اساسی وجود داشته باشد:

۱) دوام و استمرار: یعنی کسانی که مرتکب جرایم مواد مخدر می‌شوند، در عمل ارتكابی خود، استمرار و اصرار داشته باشند؛ مانند معتادان و قاچاقچیان مواد مخدر که به طور اعتیادی و حرفه‌ای به عمل مجرمانه خویش ادامه می‌دهند که در مرحله اول به مجازات‌های خفیف مانند حبس، جزای نقدی و مصادره اموال محکوم می‌شوند اما تحمیل این مجازات، نه تنها باعث اصلاح آنان نمی‌شود بلکه پس از سپری کردن مدت زندان، قوی‌تر و سازمان‌یافته‌تر به عمل مجرمانه خود اقدام می‌کنند و باعث اخلال در نظام و نظم عمومی می‌شوند. اخلال نظام، حرکت سازمان‌یافته‌ای است که از روال معمولی خود خارج می‌شود؛ چنان‌که مواد مخدر، موجب اخلال در نظام شود به صورتی که حفظ نظام مستلزم جرم‌انگاری قاچاق مواد مخدر و تعیین مجازات اعدام شود، حاکم اسلامی می‌تواند بر اساس آن، جرم‌انگاری کرده، مجازات تعیین نماید.

۲) سازمان‌یافتگی: امروزه دومین ویژگی «افساد فی الارض» سازمان‌یافته بودن آن است. جرایم مواد مخدر، امروز یکی از مصادیق بارز جرایم سازمان‌یافته شمرده می‌شود که جامعه جهانی را با مشکلات جدی مواجه کرده است. به اعتقاد برخی فقها اشخاصی که در حد وسیع اقدام به توزیع مواد مخدر می‌کنند، مصداق مفسد فی الارض هستند و به مجازات مفسد، محکوم می‌شوند. «مفسد فی الارض» کسی است که منشأ فساد گسترده در محیط شود؛ هر چند بدون توسل به اسلحه باشد، مانند قاچاقیان مواد مخدر و کسانی که مراکز فحشا را به طور گسترده ایجاد می‌کنند. با عنایت به مباحث فقهی طرح شده، «افساد فی الارض» عبارت است از هر عملی که آثار تخریبی گسترده‌ای به وجود آورد و یا به بیان دیگر، هر عملی که موجب بروز فساد گسترده‌ای گردد؛ مانند توزیع گسترده مواد مخدر یا دایر کردن اماکن و شبکه‌های فساد و فحشا در سطح وسیع. در چنین مواردی نفس عمل باید حاکی از قصد و سعی مرتکب در به فساد کشاندن جامعه تلقی شود و عنصر معنوی در

آن مفروض گرفته شود. از این رو، ایجاد شبکه‌های گسترده فحشا و قاچاق مواد مخدر، به هر انگیزه‌ای، مصداق «افساد فی الارض» خواهد بود (بای، ۱۳۸۵: ۴۲) / مطابق این نظریه، افساد فی الارض و پخش مواد مخدر به صورت وسیع و گسترده و قاچاق آن، دایر کردن مراکز فساد و فحشا حرام است و فقهای عظام فرموده‌اند «التعزیر لکل محرم» و هر که مرتکب فعل حرام شد، بایستی تعزیر شود؛ فرموده‌اند «التعزیر دون الحد» یعنی تعزیر بایستی کمتر از حد باشد؛ ولی در مواردی که جرم، مصداق «افساد فی الارض» باشد و مرتکب آن با یک بار و دو بار مجازات تعزیری، اصلاح و تنبیه نشود و به ارتکاب جرم اعتیاد پیدا کرده باشد، در این صورت می‌توان به عنوان «مفسد فی الارض» حکم اعدام را برای آنان جایز دانست؛ زیرا در جرایم مستلزم تعزیر، اگر مرتکب بعد از دو یا سه بار محکومیت و تحمل مجازات، مرتکب تکرار جرم شود، در مرحله سوم یا چهارم، به اعدام محکوم می‌شود: «اگر مجرم پس از ارتکاب جرم تعزیر شد، ولی مجدداً آلوده آن گشت و مجازات شد، و باز هم تکرار کرد و تعزیر شد، آیا برای بار سوم محکوم به اعدام است، یا این بار نیز تعزیر می‌گردد، و در مرتبه چهارم محکوم خواهد شد، یا اصلاً اعدامی در کار نیست؟ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱/۱۳۱). برخی از فقها قائل به اعدامند:

«و لو تكرر مع تخلل التعزیر ثلاثاً قتل فی الرابعة او الثالثة» (نجفی، ۱۳۸۴: ۴۱/۶۴۴)، هر گاه جرم تکرار شود، و پس از هر بار، تعزیر اجرا گردد، مجرم در مرتبه چهارم، یا سوم، به قتل می‌رسد. ابن حمزه معتقد است: «فان شرب أو أكل غیر مستحل عزر، فان عاد غلظ علیه العقوبة، فان تكرر منه قتل عبرة لغيره» (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۱/۴۱۳)؛ هر گاه شخصی چیز حرامی بنوشد یا بخورد، ولی معتقد به حلال بودن آن کار نباشد، تعزیر می‌گردد؛ و اگر آن گناه را تکرار کرد، به صورت شدیدتر مجازات می‌شود؛ و چنانچه برای بار سوم آلوده آن شود، وی را برای عبرت دیگران به قتل می‌رسانند. ایشان در جای دیگر می‌فرماید: «من استمنى بیده عزر بما دون التعزیر فی الفجور، او تضرب یده بالدره حتى تحمر، و اذا عزر فی ذلك ثلاث مرات قتل فی الرابعة» (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۱/۴۱۵)؛ چنانچه کسی با دستانش آلوده استمناء گردد، حاکم شرع وی را به کمتر از حد شرعی زنا تعزیر می‌کند، یا مقداری تازیانه بر دستش می‌زند تا سرخ شود، و اگر آن گناه را سه مرتبه تکرار کرد و پس از هر بار تعزیر شد، در مرتبه چهارم اعدام می‌شود. علامه حلی می‌نویسد: هر کس چیزی از محرّماتی که اجماع بر تحریم آن وجود دارد، مانند مردار و خون و گوشت خوک و زنا، حلال بشمرد، از دین اسلام خارج شده، و احکام مرتد

دارد...؛ و چنانچه چیزی از خوردنی‌های حرام را بخورد، در حالی که معتقد به حرمت آن است، تعزیر می‌شود؛ و چنانچه پس از تعزیر مجدداً آلوده‌اش شد، همانند بار اول بلکه شدیدتر مجازات می‌گردد؛ و اگر باز هم به سراغ آن گناه رفت، در مرحله چهارم، اعدام می‌شود (علامه حلی، بی تا: ۲/۲۲۷). ابن ادریس می‌نویسد: «اگر شخصی گوشت مرداری بخورد، تعزیر می‌شود؛ و چنانچه پس از تعزیر، آن جرم را تکرار نماید، تعزیر شدیدتری می‌شود؛ و در صورتی که برای بار سوم آن را به جا آورد، به قتل رسد تا عبرت برای دیگران باشد» (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۴۷۸). نتیجه این که اصل حکم به قتل در صورت تکرار جرایم، و اجرای تعزیر پس از هر بار، در بین فقها مشهور است؛ اما این که در مرتبه سوم کشته می‌شود، یا در مرتبه چهارم، اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین در جرایم مواد مخدر، مرتکبان آن بعد از تحمل حبس و جریمه مالی و مصادره اموال، در صورت تکرار جرم، مستحق اعدام می‌باشند، چنان که شیخ طوسی می‌نویسد: «والتجارة فی السموم القاتلة محظورة، و وجب علی من اتجر فی شیء منها العقاب و التأدیب فان استمر علی ذلک، و لم ینته وجب علیه القتل» (شیخ طوسی ۱۴۱۲: ۳/۳۱۹)؛ تجارت سم و زهرهای کشنده، ممنوع است. هر کسی اقدام به تجارت سم‌های کشنده نماید، باید مجازات شود. ولی اگر تجارت را استمرار دهد و متنبه نشود، به عنوان مرتکب تکرار جرم، بایستی کشته شود. در این زمینه، فقهای شیعه و اهل سنت هم نظر هستند که در جرایمی که اساس و بنیان جامعه را متلاشی می‌سازد، می‌توان مجازات اعدام را تجویز کرد. یکی از جرایمی که باعث نابودی جامعه و نسل انسانی می‌شود، جرایم مواد مخدر است که اگر با تحمیل مجازات‌های بازدارنده، کنترل و اصلاح نشد، در صورت تکرار، در مرحله سوم یا چهارم بایستی اعدام گردد.

ولی آیت الله مکارم شیرازی بعد از نقد و بررسی روایات و دیدگاه فقها درباره تکرار جرایم حدی و تعزیری - که برخی معتقدند اگر اصحاب کبایر دو بار حد یا تعزیر شوند، در مرحله سوم اعدام می‌شوند و برخی دیگر عقیده دارند که در مرحله چهارم اعدام می‌شوند؛ که در حقیقت مبنای اختلاف فقهای امامیه، اختلاف روایات این باب است - سرانجام می‌نویسد: «اعدام در صورت تکرار جرایم تعزیری جایز نیست، هر چند بارها تکرار شود. مگر در مواردی که روایت خاص معتبری وجود داشته باشد، که می‌توان مطابق آن عمل کرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱/۱۳۶). همچنین یکی دیگر از فقهای معاصر که مخالف تعزیر غیرمنصوص است، می‌نویسد: «إنه لا شبهة فی جواز التعزیر بالضرب دون الحد، و لا

خلاف فيه، و تدل عليه الروایات و الاجماع، و أما العقوبة بغير ذلك كالحبس و أخذ المال، و الجرح فمقتضى الأصل و هو استصحاب حرمة حبسه و احترام ماله و عدم جواز اخذه منه من غير طيب نفسه» (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴: ۱/۲۶)؛ در مشروعیت مجازات تعزیری ضرب کمتر از حد، تردید وجود ندارد و مسأله مورد خلاف نیست. روایات و اجماع دلیل مسأله است. ولی مجازات‌های دیگری مانند حبس، جریمه و آسیب‌های بدنی مانند جرح، مقتضای اصل که استصحاب حرمت حبس و احترام مال باشد، عدم جواز است.

شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد» در ماهیت جرم مواد مخدر می‌نویسد: اگر مصرف مواد، خاصیت مشروبات الکلی را داشته باشد و مست‌کننده باشد، از جرایم مستوجب حد است؛ ولی اگر باعث فساد عقل شود، از جرایم مستوجب تعزیر است. ایشان حشیش و تریاک را از مصادیق زائل‌کننده عقل دانسته، از جرایم مستوجب تعزیر می‌داند<sup>۱</sup> (شهید اول، بی تا: ۷۵/۲). فاضل مقداد می‌نویسد: برخی از فقها فرموده‌اند که مواد مخدر اگر خاصیت مشروبات الکلی را داشته باشد و مست‌کننده باشد، از جرایم حدی است؛ ولی اگر باعث فساد و زوال عقل شود، از جرایم تعزیری است؛ چون آثار مواد مخدر با آثار مشروبات الکلی متفاوت است، جزو جرایم مستلزم تعزیر شمرده می‌شود، نه مستلزم حد. مرحوم علامه در قواعد، مصرف‌کننده حشیش را محکوم به مجازات حدی می‌داند (فاضل مقداد ۱۴۰۴: ۴/۳۶۶).<sup>۲</sup> با توجه به این دیدگاه‌ها می‌توان گفت ارتکاب جرایم مواد مخدر، از جرایم مستلزم تعزیر است؛ زیرا خاصیت فساد و زوال عقل را دارد؛ ولی در صورت تکرار و تحمل مجازات می‌توان محکوم به مجازات اعدام نمود؛ چنان‌که در سایر موارد جرایم تعزیری بعد از دو یا سه تعزیر، در مرحله سوم یا چهارم محکوم به اعدام می‌شود.

### ج) مجازات اعدام به عنوان حکم حکومتی

درباره ماهیت شرعی مجازات اعدام مقرر در قانون، دو دیدگاه بررسی شد: اول این‌که اعدام در جرایم مواد مخدر، از جرایم مستلزم حد باشد و مرتکب به عنوان مفسد فی الارض، به اعدام محکوم شود؛ نظریه دوم این بود که به عنوان تعزیر شرعی به دلیل تکرار جرم، به مجازات اعدام قائل شویم.

دیدگاه سوم، این است که ماهیت اعدام در جرایم مواد مخدر، مجازات‌های حکومتی و مجازات بازدارنده باشد (مجازات بازدارنده مطابق ماده ۱۷ ق. م. ا. تأدیب یا

عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی معین می‌گردد؛ از قبیل حبس، جزای نقدی... . در تعزیرات حکومتی می‌توان گفت که حاکم اسلامی، مسبوط‌الید است و هر گونه مجازاتی را که متناسب با جرم بداند، وضع می‌کند. آن محدودیت «التعزیر دون الحد» در تعزیرات حکومتی وجود ندارد و حاکم اسلامی حق دارد از باب امر به معروف و نهی از منکر، در مصادیقی که به عنوان منکر اعلام شده، حتی برای مرتکبان، مجازات اعدام تعیین کند. همچنین به منظور رفع فتنه، حاکم اسلامی می‌تواند برای کندن ریشه فساد، عملی را جرم‌انگاری و برای آن، مجازات اعدام در نظر بگیرد. این مسأله مورد تأیید آیات قرآن (بقره/۱۹۱ و ۱۹۳)، روایات معصومین و عقل است.

«آنچه گذشت، شامل نظریات فقهای اهل تشیع و تسنن و اجرای تعزیر در جرایم تکلیفی بود؛ یعنی در صورتی که شخصی مرتکب فعلی شود که در شرع به عنوان گناه کبیره مطرح است، تعزیر می‌گردد؛ و تعزیر وی علی‌القاعده با تازیانه و دون حد است؛ چنان که قبلاً گذشت. البته در بعضی موارد، حبس یا تبعید یا مجازات‌های دیگری که بیش‌تر جنبه بازدارندگی مجرم را دارد، اعمال می‌شود؛ اما باید توجه داشت که در بسیاری موارد، جرم چنان شدید است که موقعیت دولت اسلامی را در وضعی نامطلوب قرار می‌دهد، گرچه ممکن است از نظر فقهی جزو محرمات قرار نگیرد؛ مثلاً فقها عموماً احتکار حرام را به چند چیز مشخص، منحصر کرده‌اند و معنای آن این است که احتکار در مواردی غیر از نمک، خرما، کشمش و گندم و مثل آن حرام نیست و علی‌القاعده چون حرام نیست، پس ارتکاب آن نه جرم است و نه مجازاتی دارد. حال اگر در یک جامعه عظیم چندین میلیونی، نیاز شدید به داروهایی باشد که جنبه حیاتی دارند یا عدم وفور آن در بازار موجب مشکلات جسمی و بهداشتی شده باشد، در عین حال عده‌ای سودجو، برای این که این داروها را با قیمتی گران بفروشند، آن‌ها را احتکار کنند، نتیجه آن، هرج و مرج در جامعه می‌شود. در این صورت آیا دولت می‌تواند برای ایجاد تعادل و نظم در جامعه با وضع قوانین دقیق و مجازات‌های شدید، چنین افعالی را مورد تعقیب قرار دهد و مجازات‌های شدیدی نظیر حبس ابد یا اعدام را برای جرم‌هایی که لطمات جدی به امنیت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی کشور می‌زنند وضع کند؟ (شمس‌ناتری، ۱۳۷۸: ۱/۱۷۱). مثلاً اگر کسی ربع دینار شرعی سرقت کند، در صورت فراهم بودن سایر شرایط اجرای حد، بایستی دستش قطع شود؛ ولی اگر کسی ملیاردها دلار از بیت‌المال اختلاس کند، مجازات او کمتر از حد

باشد، چون فعل حرام مستلزم تعزیر مرتکب شده است؟ همچنین کسی که مرتکب جرم پول شویی شود، به گونه‌ای که نظم و امنیت اقتصادی کشور را متلاشی سازد، به مجازات کمتر از حد محکوم شود؛ زیرا جرم پول شویی از جرایم مستلزم تعزیر است؛ یا اگر کسی یک لیوان شراب مایع نوشید، به جرم شرب خمر، حد شرعی بر وی جاری شود، ولی اگر کسی در تولید، قاچاق و توزیع و مصرف مواد مخدر و داروی‌های روانگردان، به شکل سازمان یافته دخالت نماید، باید مجازات او کمتر از حد شرعی باشد؛ زیرا جرم مستلزم تعزیر مرتکب شده است؟

برای پاسخ به این سؤال، به طور خلاصه باید گفت همان ادله‌ای که تأسیس دولت اسلامی را جایز و حتی واجب می‌شمارد، همان ادله نیز وضع چنین قوانینی را لازم می‌دارد؛ چنان‌که امام خمینی می‌نویسد: «فأقامة الحكومة و تشکیل اساس الدولة الاسلامیة، من قبیل الواجب الکفایی علی الفقهاء العدول فان وفق أحدهم لتشکیل الحكومة یجب علی غیره الاتباع وان لم یتسر إلا باجتماعهم، یجب علیهم القیام مجتمعین» (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۶۲۴)؛ بر پا داشتن حکومت و اساس گذاری دولت اسلامی از جمله واجبات کفایی است که بر عهده فقہیان عادل نهاده شده است؛ پس اگر یکی از آنان به استقرار حکومت موفق شد، بر دیگران واجب است که از وی پیروی کنند؛ و اگر برپایی حکومت جز با اتفاق آنان ممکن نباشد، بر همه آنان واجب است که به صورت گروهی بدان اقدام کنند؛ و «إن حفظ النظام و سد الثغور المسلمین و حفظ شبابهم من الانحراف عن الاسلام و منع التبلیغ المضاد للإسلام و نحوها من اوضحات الحسبیات» (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۶۶۵)؛ حفظ نظام اجتماعی، حفظ مرزهای مسلمانان، جلوگیری از انحراف جوانان مسلمان از اسلام، خنثی کردن تبلیغات ضد اسلام و امثال این امور، از روشن ترین مصادیق امور حسبیه است که قیام برای تشکیل حکومت اسلامی و حفظ نظام اسلامی و ارزش‌های متعالی آن، واجب است. همان گونه که از بیانات امام خمینی استفاده می‌شود، وقتی حفظ اصل نظام واجب است، هر آنچه مقدمه حفظ نظام باشد نیز واجب است. یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: حال که مصلحت اصل نظام، واجب است، هر آنچه مقدمه است نیز به حکم عقل و با استفاده از اصل مهم و جوب مقدمه واجب، واجب خواهد بود (منتظری، بی تا: ۱/۱۸۰) که از جمله این مقدمات، جلوگیری از اختلال، بی نظمی و هرج و مرج در سیستم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی نظام اسلامی و جامعه است؛ و از آن جا که جلوگیری از این مفاسد، لازم و واجب است، باید برای آن اقدامات لازم صورت گیرد و



قوانین شایسته وضع شود. حال اگر با وضع مجازات‌های تعزیری که در کتب فقهی مطرح شده که باید از جنس تازیانه و آن هم کمتر از حد باشد که به گونه‌ای قاعده و اصل در این مورد بیان شده، نتوان جلوی این اختلالات، بی‌نظمی‌ها و هرج و مرج‌ها را گرفت، آیا باید ساکت نشست و دست روی دست گذاشت یا با توجه به وجوب حفظ نظام، باید مجازات‌های سنگین‌تر وضع کرد؟ این جاست که فلسفه وجودی حکومت اسلامی و ضرورت حفظ آن، اقتضا می‌کند که با وضع مجازات‌های مناسب، با توجه به اوضاع، احوال و شرایط و مصالح جامعه و شدت تهدید که جرم مربوط نسبت به جامعه دارد، مجازات مناسبی وضع و اعمال گردد؛ و این همان چیزی است که به نام تعزیرات حکومتی مطرح می‌باشد (شمس‌ناتری، ۱۳۷۸: ۱/۱۷۳-۱۷۴): «درست است که تأدیب و اصلاح رفتار هر مجرم به مصلحت خود اوست و درست است که فایده این تأدیب، به طور غیرمستقیم به جامعه نیز برمی‌گردد، ولی گاهی اثر سوء برخی جرایم در جامعه به اندازه‌ای است که نجات جامعه از آن، در کنار تأدیب مجرم و اصلاح رفتار وی، خود هدف مستقل است؛ مانند جرایمی از قبیل جاسوسی که کل جامعه از آن آسیب می‌بیند. زیان این قبیل جرایم، غیر از آن است که گفته شود با تحلیل هر جرم و گناهی، معلوم می‌شود زیان آن در نهایت به جامعه بازمی‌گردد. بعید نیست در این قبیل جرایم، تعیین مقدار مورد نیاز از ضربات به اختیار ولی امر باشد و نباید مقید به اندازه‌های کمتر از حد باشیم (حائری، ۱۳۸۶: ۱/۳۲). یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: «بدون تردید اداره جامعه، حفظ نظام و رعایت حقوق مردم و تأمین عدالت و قسط، متوقف است بر وضع قوانین و محدودیت آزادی‌های شهروندان، تأدیب متخلفین و مجازات مجرمان، تا مردم در زندگی‌شان امنیت داشته باشند؛ مال، جان و ناموس مردم در امنیت باشد. اگر ترس مجازات نباشد، حرمتی برای جان، مال و ناموس مردم باقی نمی‌ماند؛ نظام اجتماعی، سیاسی و اخلاقی مختل شده، هرج و مرج جامعه را فرا می‌گیرد. سیره عقلای عالم در تمام مکان‌ها و زمان‌ها بر این، استقرار یافته است که در حوزه امور جزایی، قوانین وضع نموده، جرایم و مجازات‌ها را مشخص نموده، برای هر جرم مجازات متناسب با جرم را وضع نماید تا از این طریق، مجرمین اصلاح شوند؛ این سیره عقلای مورد اهتمام شدید اسلام است» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۴/۱).

بنابراین حکومت اسلامی که تحت مدیریت فقیه جامع‌الشرایط قرار دارد می‌تواند با وضع یک سلسله قوانین که مصلحت مستقیم حفظ نظام، ضرورت و امنیت جامعه اسلامی

به آن احساس شود، مجازات‌های اعدام را در خطرناک‌ترین جرایم مانند جرایم سازمان‌یافته مواد مخدر و جاسوسی و جرایم تروریستی که از مصادیق محارب و مفسد فی الارض نباشد، وضع نماید. البته در وضع قوانین و مجازات‌های بازدارنده، باید نهایت دقت و احتیاط صورت گیرد که حقوق بشر و آزادی‌های فردی شهروندان مورد تعرض حکومت قرار نگیرد؛ به حقوق اساسی و آزادی‌های مشروع شهروندان تعرض نشود؛ و با در نظر داشتن اصل تناسب جرم و جزا و میزان آسیب جرایم مواد مخدر، مجازات متناسب با جرم تعیین شود. از ادله ولایت فقیه و اختیارات حاکم اسلامی استفاده می‌شود که چنانچه مصلحت نظام اقتضا کند، در مواردی، عملی جرم‌انگاری و برای آن مجازات اعدام تعیین شود؛ زیرا حاکم شرع، امین امت اسلامی است و در صورتی که مصلحت امت در وضع قوانین و تعیین مجازات شدید مانند اعدام باشد، می‌تواند چنین قوانینی وضع کند. دست حاکم اسلامی باز است و هیچ محدودیتی ندارد. در مصوبه مبارزه با مواد مخدر، انواع مختلفی از مجازات‌های بدنی و سالب آزادی و محدود کننده یا سلب مالکیت (جزای نقدی مصادره اموال) پیش‌بینی شده است. به طور کلی، انواع مجازات‌های پیش‌بینی شده در این مصوبه، به این قرار است:

الف) اعدام؛ جرم موضوع بند ۴ ماده ۴ خرید و فروش و توزیع بیش از ۵ کیلوگرم تریاک و... جرم موضوع بندهای ۴، ۵ و ۶ ماده ۵؛ جرم موضوع ماده ۶ در صورتی که مجموع مواد مخدر موضوع بندهای ۱، ۲ و ۳ ماده ۴ در اثر تکرار به بیش از ۵ کیلوگرم برسد؛ جرم موضوع بند ۶ ماده ۸ (خرید و فروش و توزیع بیش از ۳۰ گرم هروئین و... و جرم موضوع ماده ۹ در صورتی که مجموع مواد مخدر موضوع بندهای ۱ تا ۵ ماده ۸ در اثر تکرار، بار چهارم به ۳۰ گرم برسد) و جرم موضوع ماده ۱۱.

ب) حبس؛

ج) شلاق؛

د) مصادره اموال؛

ه) جزای نقدی (رحمدل، ۱۳۹۱: ۶۱/۱).

با نظر داشت اصل تناسب جرم و جزا، قانون‌گذار جزای متناسب با جرم را وضع کرده است که به شرح، بیان شد. بنابراین مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، از جمله مجازات‌های بازدارنده است که به تأیید فقیه حاکم رسیده است. در نتیجه، می‌توان گفت این از جمله احکام حکومتی است که به ولی فقیه که متصدی اجرای احکام شرع و امین

رسول در تطبیق و اجرای شریعت است، رسیده باشد و در نتیجه، مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر می‌تواند از باب مجازات‌های تعزیری باشد که در صورت تکرار، فقها اعدام را در آن‌ها جایز می‌دانند؛ و همچنین می‌توان گفت از مصادیق جرایم حدی قرار می‌گیرد که تحت عنوان مفسد فی الارض هستند. در پایان به عنوان حکم حکومتی و ادله ضرورت حفظ نظام نیز می‌توان در جرایم مواد مخدر قائل به اعدام شد.

### پایان سخن و نتیجه

در این نوشتار، مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر از دیدگاه فقه امامیه و فقه اهل سنت بررسی شد. پرسش اصلی این بود که مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، حدی است یا تعزیری؟ اگر حدی باشد، مجازات‌های حدی، قابل عفو، اسقاط، شفاعت، تعلیق و تخفیف نمی‌باشد؛ در حالی که در جرایم مواد مخدر، عفو، تعلیق و تخفیف، تشدید و سایر قواعد شکلی حقوق جزا تطبیق می‌شود. افزون بر این، جرایم مستلزم حد در عناوین مشخص و معین، محدود و محصور است؛ مانند ارتداد، محاربه، سرقت، زنا و قذف که فقهای عظام از گذشته دور مشخص کرده‌اند. جرایم مواد مخدر از مصادیق هیچ کدام از جرایم حدی شمرده نمی‌شود؛ حتی نمی‌توان آن را مصداق شرب خمر و مسکرات دانست؛ زیرا مواد مخدر مست‌کننده نیست، بلکه باعث فساد عقل می‌شود.

اگر از جرایم مستلزم تعزیر است، فقهای امامیه در جرایم تعزیری در مرحله اول قائل به مجازات اعدام نمی‌باشند؛ زیرا معتقدند «التعزیر دون الحد»؛ ولی اگر مرتکب با تحمل مجازات تعزیری در مرحله اول و دوم به‌طور مکرر مرتکب جرم تعزیری شود، مشهور فقها با استناد به روایات معتبر، قائلند که در مرحله سوم یا چهارم می‌شود او را اعدام کرد. نظر دیگر این است که در جرایم مستلزم تعزیر، اصلاً اعدام جایز نیست، ولی با توجه به ادله تشکیل حکومت اسلامی و ضرورت حفظ نظم و نظام، می‌توان گفت فقیه حاکم، قوانینی را وضع کند و در صورت مصلحت، اعدام را تجویز نماید. در این صورت، مبنای جواز اعدام، مصلحت نظم عمومی و نظام حکومتی باشد. به‌طور کلی درباره ماهیت مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر در فقه امامیه، سه نظریه مطرح شده است: حدی بودن اعدام از باب افساد فی الارض؛ تعزیری بودن مجازات جرایم مواد مخدر در صورت تکرار و تعدد؛ و از باب احکام حکومتی بودن آن. رویه قضایی حاکم در جمهوری اسلامی در مواد مخدري کمتر از ۵ کیلوگرم تعزیری است و با اعمال حبس و جریمه‌های نقدی مجازات

می شود؛ ولی در مواد مخدر بیش تر از ۵ کیلوگرم از مصادیق جرم حدی است، چون مصداق افساد فی الارض شمرده می شود که قابل عفو و اسقاط نیست. در فقه اهل سنت این جرم با این که از جرایم تعزیری است، در برخی جرایم تعزیری که باعث فساد در جامعه می شود، تحت عنوان تعزیرات سیاسی و حکومتی، اعدام را جایز می دانند.

### پی نوشت ها

۱. المتناول المغیر للعقل، إما أن تغیب معه الحواس الخمس، أو لا، و الأول، هو المرقد. و الثانی، إما أن یحصل معه نشوة و سرور و قوة نفس عند غالب المتناولین له، أو لا، و الأول المسکر، و الثانی المفسد للعقل، کالبنج و الشوکران. و النبات المعروف (بالحشيشة) اتفق علماء عصرنا و ما قبله من العصور التي ظهرت فيها علی تحريمها. هی لإفسادها، فیعزر فاعلها، أو لإسکارها، فیحد؟
۲. اختلف فی الحشيشة هل هی مفسدة للعقل فیجب فیها التعزیر أو مسکرة فیجب الحد بعد اتفاق علماء العصر و ما قبله علی تحريمها. فالذی اختار العلامة فی القواعد الثانی، و منع من أن الحد منوط بالنشوة و العربة بل یکنفی فیہ زوال العقل. مع أنها مسکرة بالتفسیر الأول، لاختلال الکلام و ظهور السر معها. و قال بعضهم: هی إلى الإفساد أقرب، لأن فعلها السبات و زوال التعقل حتی یصیر متناولها أشبه شیء بالبهیمة. و قال بعضهم إن أثرها اثاره الخلط الغالب، فصاحب البلغم یحصل له السبات و الصمت و صاحب السوداء البكاء و الجزع و... .

### منابع و مأخذ

۱. قرآن مجید.
۲. ابن منظور (۱۹۹۵م-۱۴۱۶هـ.ق)، لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان.
۳. ابن إدريس، محمد بن منصور بن (۱۴۱۰هـ.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، مؤسسة النشر الإسلامی، قم.
۴. ابن قدامه، عبدالله (۱۴۱۰هـ.ق)، المغنی، هجر للطباعة و النشر.
۵. ابن حمزه، محمد بن علی بن حمزة طوسی (۱۴۰۸)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، مكتبة آية الله المرعشی النجفی، قم.
۶. ابن القيم الجوزیه (بی تا)، الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، دارالجلیل، بیروت.
۷. احمد، بن حنبل (۱۴۱۴ق)، مسند، مکه.

۸. احمد فتحي، بهنسى (۱۹۸۳م)، العقوبة فى الفقه الاسلامى، دار الرائد العربى، بيروت.
۹. ابوزهره، محمد (بى تا)، العقوبة و الجريمة، دار الفكر العربى، بيروت.
۱۰. باى، حسينعلى (۱۳۸۵)، «افساد فى الارض چيست، مفسد فى الارض كيست؟» مجله فقه و حقوق، ش ۹.
۱۱. الجزيرى، عبد الرحمن (بى تا)، الفقه على المذاهب الاربعه، دار احياء التراث العربى، بيروت.
۱۲. حائرى، سيد كاظم (بى تا)، «انواع تعزير و ضوابط آن»، مجله فقه اهل بيت، ش ۵۱، سال سيزدهم.
۱۳. حبيبي تبار، جواد (۱۳۹۴)، جزوه تقريرات درس خارج فقه تعزيرات، جامعة المصطفى العالمية مؤسسه علوم انسانى.
۱۴. حلى (محقق) جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام، انتشارات مؤسسه اسماعيليان، قم.
۱۵. خمينى، روح الله (۱۳۷۹)، كتاب البيع، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
۱۶. رحمدل، منصور (۱۳۹۱)، حقوق كىفرى مواد مخدر، نشر دادگستر.
۱۷. راغب اصفهانى، ابوالقاسم، حسين بن محمد (بى تا)، المفردات فى غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت.
۱۸. الزحيلي، محمد (۱۹۹۳م)، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق.
۱۹. الزحيلي، وهبه (بى تا)، الفقه الاسلامى و ادلته، دار الفكر، دمشق.
۲۰. الزحيلي، وهبه (۱۹۱۹م)، العقوبات الشرعية و الاقضية و الشهادات، منشورات كلية الدعوة الاسلامية، لجمهورية، العظمى.
۲۱. مكارم شيرازى، ناصر (۱۴۲۵هـ.ق)، تعزير و گستره آن، انتشارات مدرسة امام على بن أبى طالب عليه السلام، قم، اول.
۲۲. الشافعى، محمد (۱۹۹۶م، ۱۴۱۶ق)، التجسس فى عصر الرسول، دار الشباب العربى، بى جا.
۲۳. شمس ناترى، محمد ابراهيم (۱۳۷۸)، بررسى تطبيقى مجازات اعدام، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه، قم.
۲۴. شهرى، غلامرضا، و ديگران (۱۳۷۲-۱۳۷۳)، نظريات اداره حقوقى قوه قضائيه در زمينه مسائل كىفرى.

٢٥. شهید اول، محمد بن مکی العاملی (بی تا)، القواعد والفوائد، مكتبة المفید، قم.
٢٦. صافی گلپایگانی، لطف الله (١٤٠٤ هـ. ق)، التعزیر انواعه و ملحقاته، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
٢٧. صدقی، عبد الرحیم (١٤٠٨ ق)، الجريمة والعقوبة فی الاسلامیة، مكتبة النهضة المصریة.
٢٨. طوسی (١٣٨٧)، المبسوط فی الفقه الامامیة، انتشارات المكتبة المرتضویة لاحیا الآثار الجعفریة، تهران.
٢٩. طوسی (١٤١٢ هـ. ق)، النهایة، انتشارات جامعه مدرسیں حوزة علمیه، قم.
٣٠. طباطبائی، علی بن محمد (١٤١٨)، ریاض المسائل، مؤسسة آل البيت لاحیا التراث، قم.
٣١. ابن براج قاضی (١٤٠٦ هـ. ق)، المهذب، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسیں، قم.
٣٢. فاضل مقداد، جمال الدین بن عبدالله (١٤٠٤ هـ. ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشراعی، مكتبة آية الله مرعشی، قم.
٣٣. قوة قضاییه معاونت آموزش (١٣٨٧)، بررسی توصیفی جرایم مواد مخدر، انتشارات جاودانه.
٣٤. عبدالله، محمد بن محمد بن القاضی (بی تا)، السیاسة الشرعیة مصدر للتقنین بین النظریة و التطبيق، بی جا.
٣٥. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی (١٤١٢ هـ. ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، دار القرآن الکریم، قم.
٣٦. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن محمد (١٤٠٨)، شرائع الاسلام، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
٣٧. ماوردی، علی بن محمد (١٩٩٩ م)، الاحکام السلطانیة والولايات الدینیة، المكتب الاعلامی الاسلامی، بیروت.
٣٨. منتظری، حسینعلی (بی تا)، کتاب الحدود، دار الفکر.
٣٩. مفید (١٤١٠ هـ. ق)، المقنعة، انتشارات جامعه مدرسیں، قم.
٤٠. نجفی، محمدحسن (١٣٨٥)، جواهر الکلام، دار الکتب الاسلامیة، تهران.

## تعامل با سلطان جور در اندیشه شیخ مفید\*

بهاء‌الدین قهرمان نژاد\*\*؛ فهیمه فرهمندپور\*\*\*

سید صادق حقیقت\*\*\*\*؛ محسن مهاجرنیا\*\*\*\*\*

مرتضی حسینی نسب\*\*\*\*\*

### چکیده

فقهای شیعه در طول تاریخ فقه، نسبت به حکم همکاری با حاکمان - به ویژه حاکمان جور- رأی واحدی نداشته‌اند. تا پیش از شیخ مفید، حرمت این همکاری، مورد اتفاق فقهای شناخته شده شیعه بوده است؛ اما وی، در این رأی تجدید نظر کرد. پژوهش حاضر به منظور بررسی و شناسایی علت تغییر رویکرد شیخ مفید نسبت به همکاری با سلطان جائز در مقایسه با عالمان شیعه دوره‌های پیش از او، روش هرمنوتیک قصدگرای اسکینر را انتخاب کرده که به دلیل توجه به متن و زمینه این تغییر و همچنین

---

\* تاریخ دریافت ۹۵/۲/۹؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۴/۱۵. این مقاله برگرفته از رساله دکتری مدرسی تاریخ و تمدن اسلامی مرتضی حسینی نسب با عنوان «اندیشه سیاسی علمای امامیه مکتب بغداد» می‌باشد.

\*\* استادیار دانشگاه تهران.

\*\*\* استادیار دانشگاه تهران.

\*\*\*\* استادیار دانشگاه مفید قم.

\*\*\*\*\* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

\*\*\*\*\* دانشجوی دکتری مدرسی تاریخ و تمدن اسلامی دانشگاه تهران. نویسنده مسؤول:

موضوع هنجارهای مرسوم، بسیار مناسب به نظر می‌رسد. با اتخاذ این روش، آزمون این فرضیه که «شیخ مفید به دلیل تغییر شرایط حاکم بر جامعه اسلامی و فرصتی که آل بویه برای شیعیان ایجاد کرده بود، هنجار مرسوم حرمت همکاری با سلطان جائر را تغییر داده و آن را به جواز و حتی وجوب همکاری بر اساس شرایطی خاص تبدیل کرده است»، اساس پژوهش حاضر قرار گرفته است.

### کلیدواژه‌ها:

اندیشه سیاسی شیعه، شیخ مفید، هنجار مرسوم، همکاری با سلطان جائر، اسکینر.

### مقدمه

فرایند شکل‌گیری حاکمیت اسلامی پس از رحلت پیامبر (ص) و فاصله ایجاد شده میان ساختار خلافت با آنچه شیعیان آن را حکومت حق و مشروع تحت ولایت امام معصوم می‌دانستند، از یک طرف، اعمال فشار روزافزون حاکمان را بر شیعیان به عنوان مهم‌ترین گروه معارض، توجیه می‌کرد؛ و از سوی دیگر، فاصله رو به فزونی میان وضع موجود با مطلوب در دیدگاه شیعی، فقهای شیعه را به ناروا دانستن هرگونه همکاری یا همراهی با حاکمان بر مسند قدرت به عنوان یک مشی مسلم یا مشهور موجب می‌گشت. پس از گذشت حدود سه قرن بر این منوال، به دلیل ضعف بنی عباس در قرن چهارم و پنجم هجری و حضور برخی وزرای شیعی و قدرت گرفتن حاکمان آل بویه بر شهر بغداد، فرصتی برای حمایت سیاسیان از عالمان شیعی ایجاد گردید. از طرف دیگر، رأی عالمان شیعه از منع همکاری با حاکم بدون اجازه ائمه (ع)، به جواز محدود، تغییر یافت؛ و عالمان شیعه در شرایطی نیز که امام معصوم در رأس حکومت قرار نداشت، منعی برای حضور در بدنه حکومت ندیدند و نه تنها از حاکمان بویهی شیعه مذهب که در مواقعی، از حاکمان عباسی نیز حمایت کردند و حتی خود، عهده‌دار منصبی حکومتی شدند. این تغییر رویه، تنها به عملکرد عالمان شیعی محدود نبود، بلکه ریشه در تغییر اندیشه و مبانی فکری عالمان شیعه داشت. به نظر می‌رسد اندیشه سیاسی<sup>۱</sup> در این عصر، شاهد دگرگونی آشکاری شده بود. نخستین فقیهی که در این عصر، اندیشه سیاسی متمایزی بیان کرد و به جواز همکاری با سلطان جائر قائل شد، شیخ مفید (متوفای ۴۱۳ قمری) بود که اندیشه سیاسی وی تأثیر بسیاری بر اندیشه دیگر فقهای مکتب بغداد<sup>۲</sup> داشت.

اندیشه سیاسی شیخ مفید را می‌توان متن محورانه<sup>۳</sup> بررسی کرد یا مانند زمینه‌گرایان<sup>۴</sup>،



زمینه‌های شکل‌گیری این اندیشه را بررسی کرد. همچنین می‌توان مانند مکتب آنال<sup>۵</sup>، تلاش کرد زمینه‌های مختلف شکل‌گیری آن اندیشه را از جنبه‌های سیاسی، جامعه‌شناختی، روان‌شناختی و... در کنار هم و به صورت یک‌جا شناسایی کرده، بر این اساس، به کندوکاو اندیشه سیاسی شیخ مفید پرداخت. روش تاریخی جدیدتر، روش هرمنوتیک کوئنتین اسکینر<sup>۶</sup> است که با جمع روش متن‌محور و زمینه‌گرا، بر آن است که برای بررسی اندیشه یک فرد یا یک مکتب، باید علاوه بر بررسی خود آن اثر، اندیشه‌های هم‌عرض و همچنین بسترهای مختلف شکل‌گیری و همچنین فضایی که اندیشه و کلمات مورد نظر در آن فضا بیان شده، بررسی شود تا بتوان درکی کامل‌تر از آن اندیشه و همچنین فهم نظر اندیش‌مند در هنگام نگارش اثر خویش به دست آورد (نوذری، ۱۳۸۹: ۱۱۲). یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های روش اسکینر، نگارش مثالی عملی برای این روش تاریخی است. وی در کتاب ماکیاولی (Skinner, 2000) به همین شیوه عمل کرده و به این وسیله، راه را برای شناخت بهتر روشش برای مخاطبان و پژوهش‌گران تاریخی سهل‌تر کرده است.

هدف این پژوهش، ایجاد نگرشی جدید بر اساس منابع موجود درباره عصر آل بویه و مکتب بغداد و به خصوص شیخ مفید و همچنین خروج از صرف نقل روایات است. بحث و بررسی اندیشه شیخ مفید در حوزه سیاست و توجه به مباحث سیاسی این عالم شیعی، اهمیت فراوانی دارد که البته بررسی این اندیشه بر اساس یک روش مشخص تاریخی منسجم و مشخص، ارزش کار را مضاعف خواهد کرد.

سؤال اصلی تحقیق، چرایی و چگونگی تغییر اندیشه سیاسی علمای امامیه توسط شیخ مفید از هنجار قبح‌همکاری با سلطان جائر، به جواز (و حتی وجوب) است.

## ۱. چهارچوب نظری

روشی که در این تحقیق از آن استفاده شده، روش اسکینر است. اسکینر بیان می‌دارد که برای درک مفهوم یک متن، آنچه دارای اهمیت است، فهم قصد نویسنده در هنگام نگارش آن اثر است (مرتضوی، ۱۳۸۶: ۱۷۷). اسکینر معتقد است برای درک علت رویکرد جدید سیاسی یک شخص (در مقایسه با اندیش‌مندان متقدم)، باید زمینه‌های ذهنی و عینی را بررسی کرد که متون در واکنش به آن‌ها به نگارش درآمده است (مرتضوی، ۱۳۸۵: ۱۶۴). اسکینر در مقدمه کتاب ماکیاولی بیان می‌دارد:

استدلال من این خواهد بود که برای فهم نظریه‌ها و تعالیم ماکیاولی، باید مشکلاتی را

از لابه لای غبار زمان باز و آشکار کنیم که او به وضوح در دو کتاب شهریار و گفتارها و سایر نوشته‌های خود در باب فلسفه سیاسی، خویشتن را با آن‌ها روبه‌رو می‌دیده است؛ و اما برای این که به چنین دیدگاهی برسیم، لازم است محیطی را که این آثار در آن تصنیف شده، بازآفرینی کنیم (اسکینر، ۱۳۸۰: ۱۷).

آنچه در این مقاله دربارهٔ روش اسکینر (با وجود گستردگی در روش و فاکتورها و معیارهای آن) مد نظر است، بررسی اندیشه سیاسی یک فرد یا مکتب بر اساس هنجارهای مرسوم<sup>۷</sup> می‌باشد.<sup>۸</sup> بر این اساس، برای بررسی اندیشه‌ای سیاسی، ابتدا باید هنجارهای مرسوم آن عصر را شناخت و بر اساس آن، دریافت که اندیشه‌های سیاسی طرح شده، ناظر به کدام هنجار و در صدد تغییر کدام هنجار دیگر است که این امر جز با بررسی زمینه‌های ذهنی و عینی زمان نگارش اثر، امکان پذیر نمی‌باشد.<sup>۹</sup> بر این اساس، در این پژوهش، محقق در صدد آزمودن این فرضیه است که شیخ مفید از فرصت شرایط خاص اجتماعی و سیاسی آن عصر، استفاده کرد و تمام همت خود را بر مشروعیت همکاری با سلطان زمان برای تقویت و گسترش تشیع مصروف داشت. به نظر می‌رسد نظر فقهی شیخ مفید بر اساس مبنای قویم فقه شیعه متخذ از روش امامان معصوم (ع) در شیوه تعامل با سلطان زمانه است که به صورت جواز همکاری با سلطان به دلیل شرایطی خاص، نمود پیدا کرده است.

## ۲. تحریم همکاری با سلطان جائز؛ هنجار مرسوم در فقه شیعه

آغاز مکتب بغداد را باید به پایان دوره غیبت صغری (۲۶۰-۳۳۴ قمری) متصل دانست که در آن، حدود شش هزار کتب حدیثی و اصول چهارصدگانه جمع شده بود. گرچه عمده تمرکز فقه شیعه بر مکتب قم<sup>۱۰</sup> است، در کنار آن نباید از حوزه‌های علمی دیگر نظیر حوزه ری نیز غافل شد. ویژگی علمای این عصر، بیان اندیشه فقهی در قالب روایات به گونه‌ای بود که روایات مورد قبول خود را ذیل هر عنوان فقهی بیاورند و به نوعی فتوای خود را به شکل روایتی از معصومان برای مقلدان بیان نمایند (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۲/۱؛ همچنین ر. ک به: معارف، ۱۳۷۷: ۸-۳۷۷).

در خصوص موضوع این پژوهش در نگاه علمای امامیه، دوره قبل از شیخ مفید، توجه به چند نکته ضروری است:

۱. شخصیت سلطان جائز: با توجه به روایات مورد استناد در کتب علمای این عصر، می‌توان دیدگاه ایشان را نسبت به سلطان جائز به عنوان کسی دریافت که وجودش ظلمت

است. در برخی روایات، منظور خداوند از «اولیای طاغوتی که موجب خروج پیروانشان از نور به سمت ظلمات می شود» (بقره/ ۲۵۷)، ظالمانی معرفی شده است که حق اهل بیت (ع) را غصب کردند. بنابراین هر امامی که از طرف خدا منصوب نباشد و همچنین تابعان آن‌ها، ظالم هستند (عیاشی، ۱۳۸۰۳: ۱۳۸/۱؛ و کلینی، ۱۴۰۷: ۱/۳۷۵ و ۳۷۶). در روایتی از امام صادق (ع) در تفسیر آیه «قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ» نقل است که «ما بطن» (یعنی فواحش و بدی‌های غیرظاهر)، سلطان جائز است (قمی، ۱۴۰۴: ۱/۲۳۰).

۲. همکاری با سلطان جائز: طبق روایات مورد استناد در این عصر، هرگونه همکاری و ارتباط با حاکم ممنوع است و حتی مطابق برخی از این روایات، کسی که با امام جائز دوستی کند، دین ندارد (کوفی اهوازی، ۱۴۰۲: ۱۹؛ عیاشی، ۱۳۸۰۳: ۱۳۸/۱؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۱/۳۷۵).

همچنین در روایتی آمده است که حتی اگر دیدید فقیهی داخل دستگاه سلاطین شد، از او فاصله بگیرید (کلینی، ۱۴۰۷: ۱/۴۶).

۳. قبول حاکمیت سلطان جائز: روایات موجود در این زمینه، حاکی از ممنوعیت پذیرش حاکمیت سلطان جائز است؛ تا آن‌جا که حتی مراجعه به قاضیان منصوب به خلیفه برای دادخواهی نیز تحاکم به طاغوت و نامشروع دانسته شده است؛ و از این رو، اگر قاضی به نفع مؤمن نیز حکم کند، گرچه حق وی باشد، انتفاع از آن حرام است (کلینی، ۱۴۰۷: ۱/۶۷؛ و ۱۴۲/۷).

در مجموع با بررسی روایات و مطالب موجود در کتب فقهی و حدیثی این عصر، به وضوح می‌توان دریافت که دیدگاه این فقیهان نسبت به حاکم غیر معصوم و همچنین صاحب منصبان حکومت، آن است که این‌ها ظالمانی هستند که حتی کار نیک ایشان نیز پذیرفته نیست؛ و شیعیان باید به هر صورت ممکن از ایشان فاصله بگیرند؛ دیدگاهی که به نظر می‌رسد در گفتار فقیهان بعد به خصوص شیخ مفید، تغییر یافته است.

### ۳. زمینه‌ها

روش اسکینر مبتنی بر ضرورت ترکیب متن محوری و زمینه محوری است؛ به همین دلیل، برای بررسی و تبیین اندیشه‌های سیاسی شیخ مفید (که به نظر در تقابل با نظریات فقهای قبل از وی است)، باید علاوه بر فهم متن و گفتار علما، زمینه‌های اندیشه سیاسی شیخ مفید را نیز بررسی کرد.

با بررسی اندیشه سیاسی علمای آن عصر، درمی یابیم که چهار زمینه مهم و اثربخش را می توان به عنوان زمینه های مهم عینی و ذهنی اندیشه سیاسی علمای مکتب بغداد بررسی کرد که عبارتند از: نظریات علمای مذاهب دیگر اسلامی هم عصر مفید؛ وضعیت خاص شیعیان در آن دوره؛ وضعیت خلافت عباسی؛ و همچنین روی کار آمدن آل بویه.<sup>۱۱</sup>

### ۳-۱. مشروعیت بخشی علمای اهل سنت به جور حاکمان

یکی از اصلی ترین شاخصه هایی که در بررسی اندیشه سیاسی یک فرد (و یا یک مکتب یا مذهب) از اهمیت خاصی برخوردار است، آگاهی از نظریات مخالفانی است که ممکن است صاحبان اندیشه مورد نظر را به واکنش وادارد؛ و از این راه، بر تکوین و تدوین و محتوای آن دیدگاه، اثربخش بوده باشند. در این عصر، دو کتاب اندیشه سیاسی بسیار مهم به دست ما رسیده است که تبیین کننده دیدگاه نویسندگان این کتاب ها به عنوان نمایندگان مذاهب اهل سنت به حاکم و مشروعیت و دیگر مباحث مربوط به حکومت است که متأخر از زمان شیخ مفید هستند، اما نشان دهنده فضای فکری اندیشه سیاسی اهل سنت آن عصر می باشد؛ و علت انتخاب این دو کتاب، این است که تقریباً این دو کتاب، اولین کتبی هستند که به طور مشخص و دسته بندی شده، مباحث اندیشه سیاسی را مطرح کرده اند. عناوین هر دو کتاب نیز یکی است که نشان می دهد رویکرد اصلی این دو کتاب، به سلطان و حاکم است: یکی، «الاحکام السلطانیه» نوشته ابوالحسن ماوردی (متوفای ۴۵۰ قمری) فقیه بزرگ شافعی و دیگری «الاحکام السلطانیه» نوشته ابویعلی فراء (متوفای ۴۵۸ قمری) فقیه بزرگ حنبلی.

نکته قابل توجه آن که بر طبق دیدگاه این دو نفر، حاکمیت خلفای عباسی، مشروع است و بحث حاکم جائر در اندیشه آن ها جایی ندارد.

نکات مرتبط با موضوع این مقاله، در نظریات این دو فقیه غیر شیعی، عبارتند از:

۱. مشروعیت حاکم: نظر این فقها در حکومت امامی که شرایط امامت<sup>۱۲</sup> در وی تحقق یافته، این است که اگر شرایط نصب<sup>۱۳</sup> در حق امام رعایت شده باشد و منعی بر وی پیش نیاید، حکومت وی مشروع است (ماوردی، ۱۴۰۹: ۲۴؛ فراء، ۱۴۲۱: ۱۹ و ۲۰)؛ اما اگر شرایط سلطان تغییر یابد و برخی از شرایط انتخاب سلطان از وی سلب شود، در برخی موارد می گویند باعث نقض امامت و حکومتش می شود و در برخی موارد، باعث نقض حکومتش نیست.<sup>۱۴</sup>

۲. تسلط دیگران بر حاکم: اگر کسی بر خلیفه مستولی شود (همچنان که در آن عصر، اشخاصی مانند امیرالامراها و حکومت‌هایی مانند آل بویه و سلجوقیان بر خلیفه عباسی مستولی بودند) و تظاهر به معصیت نکند، مشکلی برای امامت خلیفه و نیز مانعی برای ادامه مشروعیت امام نیست. امام به کارهای شخص مستولی، نظاره می‌کند و اگر مطابق با شرع و عدالت بود، باید کارهای وی را تنفیذ و امضا نماید تا منجر به فساد امت نشود (ماوردی، ۱۴۰۹: ۲۷ و ۲۸).

۳. وظیفه مردم: ماوردی در دو موضع، به وظیفه مردم اشاره می‌کند: یکی در بیان ضرورت تبعیت مردم از حکومت (ماوردی، ۱۴۰۹: ۲۴)؛ و دیگر، انحصار ضرورت تبعیت مردم از حاکم در امور موافق حق. وی روایتی نیز از پیامبر نقل می‌کند که به همین مطلب اشاره دارد.<sup>۱۵</sup> با توجه به این روایت، اگر امام مرتکب اشتباه و گناهی شود و عمل مخالف حق انجام دهد، اصل امامت او برقرار می‌ماند؛ ولی مردم باید وی را تنها در امور حق اطاعت کنند (ماوردی، ۱۴۰۹: ۴)؛ شبیه به همین مطلب از فراء نیز نقل شده است (فراء، ۱۴۲۱: ۲۸).

۴. عزل سلطان فاسق: مطلبی درباره رویکرد ماوردی و فراء در کتب خویش بر مقابله با سلطان فاسق و ظالم یافت نشد. البته نویسنده کتاب «القاضی ابویعلی الفراء و کتابه» می‌گوید: این که فراء در کتاب خویش بر عزل سلطان فاسق و ظالم «بنی بویه شیعی» مطلبی بیان نداشته، حاکی از ترسو بودنش نیست؛ بلکه اعتقاد وی همانند احمد بن حنبل این است که فاسق در اثر فسقش عزل نمی‌شود و نباید علیه این شخص قیام کرد؛ همچنان که احمد بن حنبل در ماجرای فتنه خلق قرآن، قائل به قیام علیه مأمون نشد و کسانی را که در صدد قیام علیه واثق بودند، نهی نمود و بر حذر داشت (ابوفارس، ۱۴۰۳: ۵۴۶ و ۵۴۷).

### ۳-۲. خارج شدن شیعیان از موضع ضعف

عصر آل بویه در نگاه اولیه و بیرونی، عصر طلایی شیعیان به نظر می‌رسد. شیعیان تقریباً در تمام ادوار حکومت امویان و همچنین عصر اول و دوم عباسی در تنگنا قرار داشتند و دائماً تحت فشار حکومت‌ها بودند. شیعیان پس از تسلط بویهیان بر بغداد و با حمایت آنان، در حالی توانستند آزادانه به اجرای مراسم خود از جمله عزاداری عاشورا و شادی عید غدیر بپردازند که مدت‌های طولانی در این شهر، در تقیه کامل به سر برده بودند (ابن خلدون، ۱۴۰۸: ۵۲۷/۳). با وجود این، به رغم حاکمیت آل بویه بر دستگاه خلافت عباسی و چیرگی

آن‌ها بر شهر بغداد، کماکان مواردی از ظلم پیروان دیگر مذاهب به خصوص حنابله بر شیعیان گزارش شده است (در این باره ر. ک به: بارانی، ۱۳۸۸: ۲۲۰-۲۲۵).

### ۳-۳. ضعف خلفای عباسی

عصری که آل بویه بر قسمت عمده‌ای از سرزمین‌های اسلامی حکومت می‌کرد، یکی از دوره‌های منحصربه‌فرد در تاریخ اسلام است. در این دوره، حکومت‌های مختلف مستقل و نیمه‌مستقلی وجود داشتند که بر سراسر مناطق اسلامی حکم‌رانی می‌کردند (ابن عبری، ۱۹۹۲: ۱۶۷ و ۱۶۸). در این زمان، از طرفی شاهد ادامه ضعف خلفا در امتداد عصر دوم عباسی هستیم؛ و از طرف دیگر، شاهد به وجود آمدن سلسله‌ای قوی از نسل بویه ماهیگیر در درون منطقه اسلامی می‌باشیم که با نشان دادن لیاقت خود نزد آل زیار، برای خود اعتباری کسب کردند و پس از مدتی توانستند استقلال یابند؛ و پس از تسلط بر مناطق مرکزی ایران، گستره حکومت خود را از جبال تا بغداد بگسترانند (مسکویه، ۱۳۷۹: ۳۸۶/۵ به بعد؛ همچنین برای تفصیل بیش‌تر ر. ک به: احمدی، ۱۳۹۱: ۵۳). در این دوره به تعبیر بیرونی، خلیفه تمام ویژگی‌های دنیایی خود را به عنوان قدرت اول حکومت از دست داده بود و خلافت، مقامی صرفاً دینی و اعتقادی به شمار می‌رفت (بیرونی، ۲۰۰۰: ۱۳۲). خلفا چون بازیچه‌ای در دست امرای آل بویه بودند و حاکمان آل بویه مانند معزالدوله، عزالدوله و عضدالدوله، قدرتی برای خلیفه قائل نبودند؛ و به همین جهت با این‌که از لحاظ مذهب، با خلیفه مشکل داشتند، اما به جهاتی مانند ترس از شورش مخالفان سنی مذهب، نداشتن کاریزما و اقتدار لازم و همچنین عدم احراز شرط قریشی بودن برای دستیابی به خلافت و... خلافت عباسیان را سرنگون نکردند؛ و حیات مریض و کم‌فایده عباسیان را حفظ کردند. قدرت خلفا در این دوره، محدود به دادن خلعت و نشان به امیران بویهی و نظارت بر برخی اقطاع‌ها بود که آن‌ها باید زیر نظر بویه‌یان انجام می‌پذیرفت (ابن کثیر، ۱۴۰۷: ۲۱۲/۱۱؛ همچنین در این باره ر. ک به: زرکلی، ۱۹۸۹: ۱۴۷/۵). حتی انتخاب الطائع توسط المطیع (خلیفه پیشین) نیز نشانی از قدرت و اقتدار عباسیان نداشت؛ و به همین دلیل، امیران آل بویه نیز با آن مخالفتی نکردند (ابن عمرانی، ۱۴۲۱: ۱۷۸؛ ابن کثیر، ۱۴۰۷: ۲۷۶/۱۱).

### ۳-۴. قدرت یافتن آل بویه

پس از حدود دو قرن از برافتادن امویان، مردانی از منطقه دیلم توانستند بر دستگاه

خلافت عباسی مسلط شوند و خلیفه را تحت اختیار خود درآورند. حکومت آل بویه در سال ۳۲۴ قمری توسط علی بن بویه تشکیل شد و پس از آن بود که علی، مرکز حکومت خود را شیراز قرار داد و با گرفتن خلعت از خلفای عباسی، برای حکومت خود مشروعیت خرید. سپس برادر کوچک خود، حسن را به سمت ری فرستاد و مراکز جبال را به قلمرو آل بویه اضافه کرد. پس از حدود ۱۱ سال از آغاز حکومت آل بویه، برادر دیگر او یعنی احمد، ابتدا خوزستان را تصرف کرد و سپس به سمت بغداد رفت و مرکز خلافت عباسیان را فتح و به نوعی مرحله جدیدی از قدرت سیاسی شیعه را ایجاد کرد (ابن کثیر، ۱۴۰۷: ۲۱۲/۱۱؛ همچنین ر.ک به: فقیهی، ۱۳۷۴: ۱۰۸-۹۶). در این دوره، خلیفه عباسی چنان که ابوریحان بیرونی نویسد، مانند «رأس الجالوت»، تنها ریاست دینی داشت (بیرونی، ۲۰۰۰م: ۱۳۲). از علل اصلی تصمیم امیران بویهی بر ادامه حیات خلافت عباسی، وجود منصب امیرالامرای بود که کمک فراوانی بر اقتدار آل بویه نیز می کرد. امیرالامراء شخصی بود که اقتدار فراوانی داشت و تقریباً عهده دار تمام امور مملکت بود.<sup>۱۶</sup>

پس از غلبه آل بویه بر بغداد و به عهده گرفتن منصب امیرالامرای، آل بویه سعی فراوانی در آشکار ساختن مظاهر تشیع مانند لعن امویان و تبری از غاصبان حق آل علی (ع) و برگزاری مراسم عید غدیر و عاشورا داشتند (ابن کثیر، ۱۴۰۷: ۲۱۲/۱۱). البته ازدواج المطیع و القادر با دختران عزالدوله و عضدالدوله، بیش از آن که حاکی از گرایش این دو امیر به اهل سنت باشد، از قصد بویهیان به برقراری ارتباط نسبی با خلیفه عباسی حکایت دارد.

احمد پس از تسلط بر بغداد، لوای خود را از المستکفی دریافت کرد و با خلیفه بیعت کرد (مسکویه، ۱۳۷۹: ۱۱۹/۶). لقب معزالدوله را برای خود و لقب عمادالدوله و رکن الدوله را برای برادرانش، علی و حسن، از خلیفه دریافت کرد (ابن عبری، ۱۹۹۲: ۱۶۶)؛ و مقرر کرد که روزانه ۵ هزار درهم به خلیفه پرداخت شود (ابن عمرانی، ۱۴۲۱: ۲۷۰).

مسعودی، مورخ معاصر احمد آل بویه معتقد است: آل بویه که بر المطیع خلیفه چیره گشته اند، بیش تر رسوم خلافت و وزارت را از میان برده اند و خلیفه از خود اراده و نفوذی ندارد. به همین جهت، وی در کتاب «التنبیه و الاشراف» خود درباره اخلاق و رفتار خلفای این عصر، مطلبی نوشته است (مسعودی، بی تا: ۳۴۶).

اقدام بعدی حسن بویهی در بغداد که از اقتدار حامیان شیعی و ضعف موضع خلفای سنی مذهب حکایت دارد، تغییر ظاهر شهر به شکل جامعه ای با مظاهر و نمادهای شیعی است. حسن دستور داد بر روی دیوارها و سر در مساجد بغداد بنویسند:

«لعنت خداوند بر معاویه بن ابی سفیان. لعنت خداوند بر کسی که فدک فاطمه(س) را غصب کرد. لعنت خداوند بر کسی که عباس را از شورای تعیین رهبری خارج کرد. لعنت خداوند بر کسی که ابوذر را از مدینه به ربهذه تبعید کرد؛ و لعنت خداوند بر کسی که از دفن امام حسن(ع) نزد جدش پیامبر(ص) ممانعت به عمل آورد» (مسکویه، ۱۳۷۹: ۶/۲۶۴، بهایی، ۱۴۰۶: ۱۱).

این موارد، تحقیر کامل سنی‌مذهبان در مرکز خلافت بود، سیاستی که از سوی امیران بویهی چندان ادامه نیافت. البته دیگر شعائر دینی مانند علنی کردن عزاداری روز عاشورا و برپایی مراسم جشن روز عید غدیر که معزالدوله بنیاد نهاد تا پایان بویهیان ادامه داشت. این موارد برای شیعیان به منزله خروج از وضعیت تقیه‌ای بود که از حادثه کربلا تا ظهور بویهیان، به عنوان سیاستی از سوی ائمه شیعه برای حفظ شیعیان امامیه اجرا می‌شد؛ و باعث حضور شیعیان حتی در مرکز خلافت عباسیان شده بود.<sup>۱۷</sup> در مجموع باید گفت که شیعیان بغداد پس از تسلط احمد بن بویه بر بغداد، از قدرت بالایی برخوردار بودند؛ و این امر تا حدود سال ۳۷۶ قمری (وفات عضدالدوله) ادامه داشت. از این سال به بعد، درگیری و اختلافات درون‌خاندانی بویهیان به اوج رسید و به مرور باعث ضعف و سپس اضمحلال تدریجی آل بویه در اواسط قرن پنجم به دست حکومت سلجوقیان شد.

#### ۴. اندیشه سیاسی شیخ مفید

منابع فهم اندیشه سیاسی فقهای این عصر، عمدتاً در کتب فقهی شان نوشته شده است. همچنین باید دقت داشت که گرچه حکم سیاسی فقها در مباحث حکومتی صراحتاً ذکر شده، در مصادیق فقهی نیز مباحثی هست که ارتباط مستقیمی با سیاست دارد و با بررسی آن‌ها می‌توان اندیشه سیاسی فقیهی را دریافت؛ مثلاً وقتی فقیهی به حرمت درآمد کسب شده از سلطان حکم کند، به طریق اولی درمی‌یابیم که حکومت سلطان را مشروع نمی‌داند. همچنین است اگر به کفایت یا عدم کفایت دادن زکات به حاکمی حکم کرده باشد. مباحثی مانند جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، نماز جمعه و جماعات، قضاوت و تقیه نیز ارتباط مستقیمی با اندیشه سیاسی دارد و با بررسی آن، به وضوح می‌توان اندیشه سیاسی آن فقیه را بهتر دریافت و ترسیم کرد.

آرای شیخ مفید را درباره همکاری با سلاطین جائر، باید در چند محور بررسی کرد:

۱. قبول منصب سیاسی از طرف حاکم جائر: شیخ مفید، همکاری با ظالمان در امور حق



و انجام واجب را برای فقیهان، جایز و در برخی امور، واجب می‌داند. ولی به ممنوعیت کمک به آن‌ها در ظلم و بدی و عدم جواز این اقدام در صورت اختیار، حکم می‌دهد (مفید، ۱۴۱۴: ۱۲۰ و ۱۲۱).

شیخ مفید برای مشروعیت همراهی و متابعت حاکم جور، دو شرط اساسی بیان می‌کند: یکی این‌که به اهل ایمان ضرری نرساند؛ و دوم این‌که بیش‌تر کارهای وی معصیت نباشد (همان: ۱۲۰).

شیخ مفید می‌گوید: بر قضاات منصوب از سلطان جور، واجب است که تنها بر اساس حکمی که از طرف اهل بیت پیامبر (ص) آمده، عمل کنند و حق تخطی ندارند مگر این‌که خوف ضرر داشته باشند؛ و برای تقیه حکمی خلاف فقه شیعه صادر نمایند که البته در مورد ریختن خون مؤمن، تقیه جایگاهی ندارد. همچنین مؤمنان نباید عهده‌دار امری در دستگاه خلافت جور شوند؛ مگر این‌که برای کمک به اهل ایمان و حفظ آن‌ها از سوءقصدها باشد؛ و ایشان باید تمام سعی خود را بنمایند و خمس تمام اموالی را که از راه حکومت به دست آورده‌اند، جدا کنند (مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۱ و ۸۱۲).

۲. همکاری مالی: در صورتی که حاکم، امام معصوم یا حکومت، مشروع باشد، کسب درآمد از دستگاه حکومتی حلال است. اما وقتی حاکمان، غیر معصوم و سلاطین جور باشند، نظر شیخ مفید این است که کسب درآمد از راه خدمت به سلاطین جور، به شرط ضرر نرساندن به اموال مؤمنان و عدم غلبه گناه، جایز است (مفید، ۱۴۱۴: ۱۲۰ و ۱۲۱)؛ تفاوتی ندارد که این شخص برای شخص حاکم یا عاملان وی کاری انجام دهد (مثلاً خانه‌ای برای یکی از افراد حکومت بسازد) یا این‌که نجار و بنای حکومتی شود و کسب رزقش، به دستگاه حاکمه محدود باشد (مفید، ۱۴۱۴: ۳۷۵)؛ همچنین قبول جایزه و خرید و فروش اموال ایشان که از آن تعبیر به «اکتساب» شده، نیز جایز است (همان: ۱۲۱).

اگر کسی می‌داند که اموالی که در دست سلطان است، متعلق به یکی از شیعیان است، گرفتن آن‌ها به اختیار حلال نیست و اگر شخص مضطر شود - همانند اضطرار به میته و خون - خوردن آن به مقدار رفع اضطرار، جایز است و بیش از آن جایز نیست (همان: ۱۲۱).

البته در کنار این موارد، شیخ مفید روایتی را از امام باقر (ع) نقل می‌کند که خواندن قرآن نزد حاکم جائز را برای امور دنیوی و کسب مال، حرام می‌داند (مفید، ۱۹۹۳: ۲۶۲).

۳. رجوع به دستگاه قضاوت سلطان جائز: بر خلاف نظر فقهای پیش از مفید که حتی مراجعه به قاضی منصوب حاکم را - به دلیل آن‌که به نوعی به پذیرش حاکم جور اشعار

داشت - ممنوع می دانستند، از دیدگاه شیخ مفید، رجوع به حاکمان و دستگاه حاکمه در امور مرتبط با حیطة عملکرد حکومت، از جمله وظایف شیعیان است؛ مثلاً هرگاه مردی غایب شد و غیبتش برای مدتی به طول انجامید، همسرش باید برای حل مشکل خود به سلطان مراجعه کند (مفید، ۱۴۱۳: ۵۳۷).

۴. اجرای احکام شیعه: به نظر شیخ مفید، این که ائمه وظیفه خود را در اجرای حدود به فقیهان تفویض کرده اند، در صورتی است که فقیهان امکان اجرای حدود را داشته باشند. اگر فقیهی توانایی آن را داشت و از ضرررسانی سلطان جور نترسید، حدود را در حق فرزندان و بندگان اجرا می کند؛ و اگر شرایط بهتری داشت، در قوم خویش مسؤول اجرای حدود می شود. فقیهان در صورت توانایی، علاوه بر اجرای حدود، وظیفه تنفیذ احکام، امر به معروف و نهی از منکر، جهاد با کفار، کمک به برادران ایمانی در مقابل کفار، انفاذ حکم مطابق با شریعت، به جماعت خواندن نمازهای پنج گانه روزانه و نماز اعیاد و نماز طلب باران، قضاوت به حق و برقراری صلح بین مؤمنان را دارند (مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۰).

از جمله وظایف هر مسلمان، امر به معروف و نهی از منکر است. شیخ مفید پس از بیان وجوب امر به معروف و نهی از منکر، برای این کار، حدودی مشخص می کند. وی امر به معروف و نهی از منکر را به «لسانی» و «عملی» تقسیم می کند. تذکر لسانی را برای تمام مسلمانان به صورت کفایی واجب می داند؛ و برخورد عملی را به خصوص در جایی که منجر به جرح و قتل می شود، مخصوص سلطان و شخص مأذون از وی، معرفی می کند (مفید، ۱۴۱۴: ۱۱۹).

### نتیجه

در این نوشتار، رویکرد شیخ مفید به موضوع همکاری با سلطان جائر با استفاده از الگوی کوئنتین اسکینر (بررسی زمینه ها در کنار متن و توجه به اندیشه اندیش مند در هنگام نگارش متن) بررسی شد؛ و فرضیه محققان درباره استفاده شیخ مفید از شرایط خاص اجتماعی و سیاسی موجود در آن عصر و حکم به جواز همکاری با سلطان جائر، ارزیابی شد. بر این اساس، یافته های پژوهش به این قرار است:

۱. روی کار آمدن و قدرت گرفتن آل بویه در ابتدای دهه سوم قرن چهارم هجری و به تبع آن، خارج شدن شیعیان از موضع ضعف و تقیه، ظرفیت های مناسبی را پیش روی علمای شیعه قرار داد تا بتوانند با استفاده مناسب از بسترهای پیش بینی شده در آرای اخذ شده

مدرسه کلامی و فقهی اهل بیت (ع)، به شکوفایی و ترویج مکتب شیعه اقدام کنند.

۲. خلافت سنی مذهب عباسی نیز در این عصر، بسیار ضعیف شده بود و اندیشه سیاسی علمای اهل سنت در این عصر، به سمت مشروعیت بخشی اقدامات حاکمان جور (حتی آل بویه شیعی مذهب) متمایل بود؛ و به همین دلیل، امکان داشت که در صورت نامشروع دانستن هرگونه همکاری با سلطان، حاکمان شیعی مذهب بویهی و همچنین زیردستان شیعی آنها، به سمت فقه اهل سنت متمایل شوند.

۳. با توجه به این موارد، به نظر می‌رسد شیخ مفید به دلیل نبود حکومت معصوم یا نایب او در عصر غیبت و به سختی افتادن شیعیان در صورت اعلام ممنوعیت کامل همکاری با سلطان جائز از سوی فقها، با استفاده از ظرفیت موجود در فقه شیعه و روایات موجود در کتب حدیثی، همکاری با حاکم جائز (غیر معصوم یا غیر مأذون از ناحیه امام معصوم) را از باب اضطرار و لزوم اقامه حدود، در موارد محدودی جایز دانسته است.

### پی‌نوشت‌ها

۱. تعریفی که از اندیشه سیاسی در این مقاله مد نظر است، اندیشه‌ای است که عهده‌دار بیان تکالیف مکلفان در امور سیاسی می‌باشد. بر این اساس، اندیشه سیاسی در این مقاله، بیش‌تر ناظر به فقه سیاسی است.
۲. مکتب بغداد، به مکتبی اطلاق می‌شود که از اوایل قرن چهارم تا اواسط قرن پنجم در بغداد، مرکز خلافت عباسیان، شکل گرفت. شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی، از علمای مهم این مکتب بودند. در این مکتب، اجتهاد به سبک شیعی آن شکل گرفت؛ و برای آن، اصول، ضوابط و قواعد مقرر شد و تفریع فروع و تطبیق با اصول، برای نخستین بار رخ داد (فیض، ۱۳۷۱: ۱۳۲).
۳. Methodology of Textual Reading یا روش متن محوری یا قرائت متنی، بر «خودمختاری ذاتی متن» به عنوان تنها راه ضروری برای فهم معنای آن تأکید دارد؛ و هرگونه تلاش برای بازسازی زمینه اجتماعی و تاریخی متن به منظور فهم معنای آن را تلاشی بیهوده تلقی کرده، کنار می‌گذارد (ر. ک به: مرتضوی، ۱۳۸۵: ۱۶۳).
۴. Methodology of Contextual Reading یا روش زمینه‌گرایی یا قرائت زمینه‌ای، روشی است که چهارچوب (Framework) یا زمینه (Context) را تعیین‌کننده معنای متن می‌داند؛ و فهم معنای هر متن را به فهم زمینه‌های فکری، دینی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی آن متن منوط می‌سازد (ر. ک به: مرتضوی، ۱۳۸۵: ۱۶۳).
۵. Annal مکتب آنال به مکتب تاریخ‌نگاری اطلاق می‌شود که در آن به جنبه‌های جامعه‌شناسی، اقتصاد و

جغرافیایی حوادث تأکید دارد؛ و به نوعی در مقابل تاریخ‌نگاری سیاسی قرار گرفته است (در این باره ر. ک به: پرگاری و دیگران، ۱۳۹۱).

6. Quentin Skinner.

7. conventions.

۸. اسکینر بیان می‌دارد که درک متن با هنجار مرسوم، مرتبط است؛ و از این رو، معنای آن «تنها از طریق توجه به هنجارهای مرسوم محیط بر عملکرد یا کنش اجتماعی خاص در یک موقعیت اجتماعی مفروض» قابل فهم می‌باشد (تولی، ۱۳۸۳: ۶۰).

۹. برخی بیان داشته‌اند که در فهم روایات، باید به فضای زمانی و مکانی صدور روایات توجه داشت که به نظر می‌رسد شباهت‌هایی با این روش دارد. جواب امام خمینی به حجت‌الاسلام قدیری نیز ناظر به همین مطلب است (خمینی، ۱۳۷۸: ۱۴۹-۱۵۲) همچنین برخی به شباهت بین اجتهاد و هرمنوتیک اسکینر نیز مطالبی بیان کرده‌اند (در این زمینه، ر. ک: بهروز لک، ۱۳۸۸: ۴۱۰-۴۱۳).

۱۰. منظور از «مکتب قم» مکتبی است حدیثی در شهر قم (از پایگاه‌های شیعیان در آن عصر) که در عصر حضور ائمه و همچنین عصر غیبت صغری و ابتدای غیبت کبری وجود داشت؛ و مواردی مانند نص‌گرایی و پرهیز از اجتهاد و عقل‌گرایی، پرهیز از احادیث ضعیف و غلوآمیز در شأن امامان (ع) و برخورد با ناقلان آن داشت و همچنین دیدگاه خاص کلامی، اصولی، رجالی و فقهی در قیاس با دیگر مکاتب مانند مکتب بغداد داشت (برای تفصیل بیش‌تر ر. ک: جباری، ۱۳۸۴).

۱۱. نکته‌ای که وجود دارد، این است که گرچه در کلام شیخ مفید تصریح به تأثیرپذیری اندیشه سیاسی وی از زمینه‌های ذهنی و عینی یافت نشده است، اما با توجه به تغییر رویکرد اندیشه سیاسی علمای این عصر (و در رأس آن، شیخ مفید)، علت این تغییر را باید در این زمینه‌ها جست‌وجو نمود (همچنان که اسکینر به این مطلب تصریح داشته است).

۱۲. شرایط هفت‌گانه‌ای که برای شخص امام نام می‌برند، عبارتند از: عدالت، علم منجر به اجتهاد در احکام، سلامت کامل حواس پنج‌گانه، سلامت کامل جسم، داشتن صحت رأی در سیاست مردم و تدبیر مصالح، شجاعت، و داشتن نسب از قریش (ماوردی، ۱۴۰۹: ۵).

۱۳. از دیدگاه ماوردی، نصب امام به دو صورت منعقد می‌شود: انتخاب اهل حل و عقد، انتخاب توسط خلیفه قبلی.

۱۴. ماوردی بیان می‌دارد اگر امام، فعلی را با جوارحش انجام دهد و حرامی مرتکب شود، باعث جرح در عدالت حاکم شده، امامت وی نقض می‌گردد؛ و اگر توبه کند و برگردد، نیاز به انعقاد دوباره امامت و بیعت دوباره دارد. اما اگر وی به اعتقادی اشتباه معتقد شود، وی دو قول مختلف بیان می‌کند و در انتها

به نظر می‌رسد به این قائل می‌شود که همچنان که این کار باعث منع از ولایت قضا و جواز شهادت نمی‌شود، دلیلی بر نقض امامت نیز نمی‌باشد (ماوردی، ۱۴۰۹: ۲۴؛ فراء نیز سخنی بسیار نزدیک به آن دارد؛ ر.ک: فراء، ۱۴۲۱: ۲۱ و ۲۲).

۱۵. «سلیکم بعدی و لاه فیلیکم البر بیره و یلیکم الفاجر بفعوره، فاسمعوا لهم و اطیعوا فی کل ما وافق الحق، فان احسنوا فلکم و لهم و ان اساءوا فلکم و علیهم».

۱۶. این منصب از دوران خلافت الراضی بالله، خلیفه عباسی به وجود آمد؛ و قبل از آن، وزیران بیشترین اختیار را در امور سیاسی کشور داشتند. علت شکل‌گیری این منصب نیز به سبب تقابلی بود که بین امیران جنگ و وزیران در گرفت؛ و به همین دلیل، خلیفه را تحت فشار قرار دادند تا برای آن‌ها منصبی بالاتر از وزیران قرار دهد. وی نیز منصبی با عنوان امیرالامرای تشکیل داد و همه امور را به وی تفویض کرد. اختیارات وزیر پس از این دوره بسیار محدود شد و بیش‌تر امور مملکتی به امیرالامراء تفویض گردید (ر.ک: احمدی، ۱۳۹۱: ۱۶۰-۱۶۴).

۱۷. البته در کنار این موارد، باید به مواردی از تسامح امرای بویهی با سنی‌مذهب‌ها در اوایل حضور آل بویه در بغداد نیز اشاره کرد مثلاً ابن جوزی در المنتظم نگاشته که پس از ورود ابوالحسین معزالدوله بویهی به بغداد، وی دستور داد که سه نفر از قاریان قرآن (به نام‌های ابوالحسین بن رفاء، ابوعبدالله بن الدجاجی و ابوعبدالله بن بهلول) که در آن زمان از لحاظ نحوه قرائت بی‌مثال بودند، به نوبت برای مسلمانان سنی‌مذهب، نماز تراویح را در شب‌های ماه رمضان بخوانند (ابن جوزی، ۱۳۵۸: ۲۲۸/۷).

این داستان که ابن جوزی نقل کرده، حاکی از تسامح بالای آل بویه با مظاهر مذهبی و فرقه‌ای اهل سنت است؛ به نحوی که علی اصغر فقیهی در کتاب «آل بویه» بیان داشته که «سلاطین آل بویه که خود پیرو تشیع بودند، به هیچ‌گونه از اعمال مذهبی اهل سنت جلوگیری نمی‌کردند و هیچ مزاحمتی از این حیث برای آنان فراهم نمی‌ساختند...» «البته وی این برخورد آل بویه را سیاستی از سوی ایشان قلمداد کرده است: «... سلاطین آل بویه در مواردی از اختلاف و دودستگی که خواه ناخواه وجود داشت، بهره می‌گرفتند...» (فقیهی، ۱۳۷۴: ۲۰).

## منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، مصحح علی اکبر غفاری، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۳. ابن جوزی، ابوالفرج عبدالرحمن بن علی (۱۳۵۸ق)، المنتظم، چاپ دائرة المعارف

- العثمانیه، حیدرآباد دکن.
۴. ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد (۱۴۰۸/۱۹۸۸)، دیوان المبتدأ والخبر فی تاریخ العرب والبربر و من عاصرهم من ذوی الشأن الأكبر، تحقیق خلیل شحادة، دار الفکر، بیروت، چاپ دوم.
۵. ابن عبری، غریغوریوس الملطی (۱۹۹۲م)، تاریخ مختصر الدول، تحقیق انطون صالحانی الیسوعی، دار الشرق، بیروت، چاپ سوم.
۶. ابن عمرانی، محمد بن علی بن محمد (۱۴۲۱/۲۰۰۱م)، الإنباء فی تاریخ الخلفاء، تحقیق قاسم السامرائی، دار الآفاق العربیة، قاهره، چاپ اول.
۷. ابوفارس، محمد عبدالقادر (۱۴۰۳ق)، القاضی ابویعلی الفراء و کتابه الاحکام السلطانیة، مؤسسه الرساله.
۸. ابن کثیر دمشقی، ابوالفداء اسماعیل بن عمر (۱۴۰۷ق-۱۹۸۶م)، البداية و النهایة، دار الفکر، بیروت.
۹. احمدی، محمدقاسم (۱۳۹۱ش)، محله کرخ و نقش آن در منازعات سیاسی و مذهبی بغداد در قرون چهارم و پنجم هجری، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، چاپ اول.
۱۰. اشتراوس، لئو (۱۳۷۳ش)، فلسفه سیاسی چیست؟ ترجمه دکتر فرهنگ رجایی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران.
۱۱. اسکینر، کوئتین (۱۳۸۰ش)، ماکیاولی، طرح نو، تهران، چاپ چهارم.
۱۲. بارانی، محمدرضا و محمدعلی چلونگر (۱۳۸۸ش)، «هم‌گرایی و واگرایی در اندیشه سیاسی امامیه و حنابله در بغداد دوره آل بویه»، فصلنامه علمی پژوهشی شیعه‌شناسی، سال هفتم، شماره ۲۶، تابستان.
۱۳. بهایی، بهاء‌الدین العاملی (۱۴۰۶ق)، توضیح المقاصد، بایهتام سیدمحمود مرعشی، مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی، قم.
۱۴. بهروزلک، غلامرضا (۱۳۸۸ش)، «گزارش نشست اجتهاد و هرمنوتیک اسکینر»، مجله فقه، شماره ۵۹، بهار و تابستان.
۱۵. بیرونی، ابوریحان (۲۰۰۰م)، الآثار الباقیة عن القرون الخالیة، تحقیق خلیل عمران المنصور، دار الکتب العلمیة، مصر.
۱۶. پرگاری، صالح؛ نادر پروین؛ مسلم سلیمانیان؛ و زلیخا امینی (۱۳۹۱ش)، «مکتب

- آنال، جامعیت فکری مورخ یا دترمینسیم محیطی»، مجله پژوهشی تاریخ نگری و تاریخ نگاری، پاییز و زمستان، شماره ۹۴.
۱۷. تولی، جیمز (بی تا)، «روش شناسی اسکینر در تحلیل اندیشه سیاسی»، ترجمه غلامرضا بهروز لک، فصلنامه علوم سیاسی، سال هفتم، شماره ۲۸.
۱۸. جباری، محمدرضا (۱۳۸۴ ش)، مکتب حدیثی قم: شناخت و تحلیل مکتب حدیثی قم از آغاز تا قرن پنجم هجری، انتشارات زائر، قم.
۱۹. خمینی، روح الله (۱۳۷۸ ش)، صحیفه امام، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۲۰. زرکلی، خیرالدین (۱۹۸۹ م)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربین و المستشرقین، دار العلم للملایین، بیروت.
۲۱. سبحانی، جعفر (۱۳۸۱ ش)، هرمنوتیک، مؤسسه امام صادق (ع)، قم.
۲۲. عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۸۰ ق)، تفسیر العیاشی، محقق و مصحح هاشم رسولی محلاتی، المطبعة العلمية، تهران، چاپ اول.
۲۳. فراء، ابویعلی محمد بن حسین حنبلی (۱۴۲۱ ق/۲۰۰۰ م)، الاحکام السلطانية، تصحیح و تعلیق محمد حامد الفقی، دار الکتب العلمية، بیروت.
۲۴. فقیهی، علی اصغر (۱۳۷۴ ش)، آل بویه، نشر آگه، تهران.
۲۵. فیض، علیرضا (۱۳۷۱ ش)، مبادی فقه و اصول، نشر دانشگاه تهران، تهران.
۲۶. القمی، علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ ق)، تفسیر القمی، تصحیح و تعلیق و تقدیم السید طیب الموسوی الجزائری، مؤسسه دار الکتب للطباعة و النشر، قم، چاپ سوم.
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ ق)، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
۲۸. کوفی اهوازی، حسین بن سعید (۱۴۰۲ ق)، الزهد، تحقیق غلامرضا عرفانیان یزدی، المطبعة العلمية، قم، چاپ دوم.
۲۹. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب (۱۴۰۹ ق/۱۹۸۹ م)، الاحکام السلطانية و الولايات الدينية، تحقیق احمد مبارک البغدادی، دار ابن قتیبه، کویت، چاپ اول.
۳۰. مرتضوی، سید خدایار (۱۳۸۵ ش)، «بررسی آثار اسکینر و کاوشی در نقد وی بر متدلوژی قرائت زمینه‌ای»، فصلنامه قیسات، شماره ۴۲.
۳۱. مرتضوی، سید خدایار (۱۳۸۶ ش)، «تبیین روش شناسی اندیشه سیاسی از منظر

- کوئنتین اسکینر»، پژوهشنامه علوم سیاسی، سال سوم، شماره اول، زمستان.
٣٢. مسعودی، علی بن حسین (بی تا)، التنبیه و الاشراف، دار صعب، بیروت.
٣٣. مسکویه، ابوعلی الرازی (١٣٧٩ش)، تجارب الأمم، تحقیق ابو القاسم امامی، سروش، تهران، چاپ دوم.
٣٤. معارف، مجید (١٣٧٧ش)، تاریخ عمومی حدیث، انتشارات کویر، تهران.
٣٥. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٤-١٩٩٣م)، الاختصاص، تحقیق علی اکبر الغفاری، السيد محمود الزندی، دار المفید للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، چاپ دوم.
٣٦. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٣ق)، المقنعة، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
٣٧. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٤-١٩٩٣م)، أوائل المقالات، تحقیق الشیخ إبراهیم الأنصاری، دار المفید للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، چاپ دوم.
٣٨. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٤-١٩٩٣م)، تحریم ذبائح أهل الكتاب، تحقیق الشیخ مهدی نجف، دار المفید للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، چاپ دوم.
٣٩. نوذری، حسینعلی؛ و مجید پورخداقلی (١٣٨٩ش)، «روش شناسی مطالعه اندیشه سیاسی: متدولوژی کوئنتین اسکینر»، فصلنامه تخصصی علوم سیاسی، شماره یازدهم، تابستان.
40. Quentin Skinner ,2000, Machiavelli A Very Short Introduction, Oxford university press.
41. Quentin Skinner ,2000, visions of politics v1: Regarding Method, Cambridge university press.



## کارکرد توسعه ای مبانی علامه طباطبایی (ره) در فقه القرآن\*

محمدصادق یوسفی مقدم\*\*

### چکیده

در این مقاله به نقل آن بخش از مبانی علامه پرداخته شده که در توسعه فقه القرآن، نقش ایفا می کند. با بررسی هر یک از مبانی، نقش آن در توسعه فقه القرآن به صورت مختصر بیان شده است. علامه به نقش یادشده، اشاره و یا تصریح نرموده و مباحث مربوط به آیات الاحکام را به دانش فقه ارجاع داده است، اما توسعه فقه القرآن به عنوان دانشی بینارشته ای، نیازمند نگاه مستقل از فقه و تفسیر ترتیبی و تأسیس یا بازتعریف مبانی جدید متخذ از قرآن و روایات است. نگارنده بر این باور است که مبانی و دیدگاه های مورد نظر علامه، کارکرد توسعه ای در فقه القرآن دارد.

### کلید واژه ها:

توسعه، فقه القرآن، مبانی، تشریح.

### مقدمه

«فقه القرآن» دانشی بینارشته ای است که از دو دانش تفسیر و فقه بهره گرفته و در آن، از آیات دربردارنده بایدها و نبایدهای تشریحی، و نیز گزاره های تشریحی کلی بحث می شود که در

\* تاریخ دریافت ۱۸/۱۱/۹۴؛ تاریخ پذیرش ۲۸/۱/۹۵.

\*\* استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، y\_moqaddam@yahoo.com.



کبریات قضایای فقهی، به کار می‌رود هر چند برخی آن را تفسیر آیات در بردارنده حکم شرعی متعلق به اعمال مکلفان (معرفت، ۱۳۷۷: ۳۵۴/۲) و برخی آن را تفسیر آیات متکفل احکام شرعی دانسته‌اند (کاظمی، ۱۴۰۹: ۱۸۳/۴؛ صدر، ۱۴۲۷: ۱۰/۲) و توضیح نداده‌اند که آیات متکفل احکام کلی فقهی، داخل در آیات الاحکام یا فقه القرآن، هستند یا خیر؟

پیروان مذهب اهل البیت (ع) در عصر ظهور امامان معصوم (ع) هنگام مواجهه با مسأله‌ای، از مبنای قرآنی آن پی‌جویی می‌کرده و پیش‌تاز تدوین متون فقه قرآنی بوده‌اند.<sup>۱</sup> با ظهور اخباری‌گری، توجه به قرآن به سطح آیتی که مدلول آشکار داشتند، تنزل پیدا کرد. با این‌که قرن چهاردهم بیش‌ترین تألیفات فقه قرآنی را به خود اختصاص داده و نیز به رغم پذیرفته شدن نظریاتی مانند تفسیرپذیری، حجیت ظواهر قرآن، تشریحی بودن آیات آن و...، هنوز فقه القرآن جایگاه خود را کسب نکرده است؛ و مشکل اصلی از ساختار فقه سرچشمه می‌گیرد که فقیه بدون نیاز به قرآن، به حل مسائل می‌پردازد. علامه طباطبایی آن نقد ساختاری را به همه علوم متوجه کرده، می‌نویسد: ساختار علوم آن‌چنان تنظیم شده که هیچ نیازی به قرآن ندارد، به گونه‌ای که کسی که قرآن را قرائت نکرده و دستش به مصحف نرسیده، می‌تواند هر یک از علوم صرف، نحو، بیان، لغت، حدیث، رجال، درایه، فقه و یا اصول را تا پایان فراگرفته و مجتهد ماهر شود؛ در حقیقت، از قرآن چیزی جز تلاوت برای کسب ثواب و یا آویختن به گردن نوزاد برای تحفظ از حوادث ناگوار باقی نمانده است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۷۶/۵).

راه حل مشکل یادشده، توجه به استقلال دانش فقه القرآن است. نظریه فقهی قرآن در تفسیر ترتیبی (چنان‌که علامه به حق از آن اجتناب کرده است)، به دست نمی‌آید؛ زیرا تمام تلاش مفسر در تفسیر ترتیبی، تبیین مفاد همان آیه‌ای است که مورد توجه قرار داده است، حال آن‌که بدون توجه به مجموعه آیات مرتبط و منابع مربوط، نمی‌توان نظریه قرآنی را بیان کرد، نیز توسعه فقه القرآن را در بستر دانش فقه (به رغم آن‌که علامه بحث از آیات الاحکام را به فقه ارجاع داده) (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۳/۱؛ همان: ۲۲۷/۲ و ۴۳۵) نمی‌توان جست‌وجو کرد؛ زیرا فقه در مقام نظریه، به قرآن به عنوان یک منبع می‌نگرد و بر قرآن تمرکز ندارد. تمرکز بر قرآن و منابع مؤثر در استخراج نظریه قرآنی، نه تنها سبب توسعه فقه القرآن می‌شود، بلکه متنی تخصصی، برای دانش فقه نیز فراهم می‌آورد. این مقاله، پژوهشی است در نظریات علامه طباطبایی، با هدف استخراج آن دسته از مبانی ایشان که در توسعه کمی و کیفی فقه القرآن به صورت نظام‌مند، نقش ایفا می‌کند. بدیهی است کار انجام‌یافته،

گامی نخست در این زمینه است و امید می‌رود محققان محترم با استخراج اصول و مبانی دیگر، سبب توسعه دانش فقه قرآن بنیان شوند.

## مبانی مؤثر در توسعه فقه القرآن

### ۱. حجیت شرایع گذشته بر اساس فطرت

در حجیت شرایع گذشته بر امت پیامبر خاتم(ص)، میان فقیهان دو دیدگاه اصولی با اختلاف اندک، وجود دارد. برخی بر این باورند که با آمدن شریعت اسلام، شرایع گذشته نسخ شده است (مفید، ۱۴۱۰: ۳۰؛ طوسی، بی تا: ۵۳۴/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۶: ۱۴/۸۸؛ و اردبیلی، بی تا: ۳۹۹). ولی به اعتقاد برخی دیگر، شرایع گذشته، شریعت ما نیز هست، مگر نسخ و یا انکار آن ثابت شده باشد (علامه حلی، بی تا: ۲۹۳/۲؛ عاملی، ۱۴۲۴: ۱۲/۲۳۸؛ شیرازی، ۱۴۰۶: ۱۸۴).

علامه طباطبائی با این نظریه که دین الاهی به صورت مطلق، فطری است و اختلاف در آن، از بغی سرچشمه می‌گیرد نه از فطرت (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۲۲/۲) تشریحات الاهی را فطری دانسته و بر این باور است که تبدیل و تغییر در آنها راه ندارد؛ یعنی افزون بر این که از ثبات و دوام برخوردارند، با نسخ نیز سازگاری نخواهند داشت. وی ذیل آیه «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَكَاتَبُوا فِيهِ...» (شوری/۱۳) می‌نویسد: این آیه دلالت دارد بر این که شریعت محمد(ص) مجموع وصایای نوح، ابراهیم، موسی و عیسی است، کنایه از این که اسلام، جامع مزایای شرایع پیشین است و یا این که همه شرایع هر چند به حسب استعداد متفاوتند اما به حسب لب، یک حقیقتند. (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۳۵۱/۵).

نامبرده با بیان این که مفاد جمله «أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَكَاتَبُوا فِيهِ» اقامه جمیع شرایع بوده و معنای نسخ، محدودیت قلمرو زمانی حکم و محدودیت مخاطبان است، نه ظهور بطلان حکم، تحقق اقامه شرایع را به دو گونه ممکن می‌داند؛ به این صورت که برخی احکام سماوی در تمام شرایع مشترکند و با بقای تکلیف، باقی هستند، اقامه دین نسبت به این احکام، به معنای ایمان و عمل به آن‌ها توسط همه مکلفان در تمام اعصار است. در مقابل، برخی از احکام و تشریحات در شرایع گذشته، از محدودیت زمانی برخوردار بوده‌اند، معنای اقامه آن‌ها این است که گروهی خاص در زمانی خاص افزون بر ایمان به تشریحات یادشده، مکلف بوده‌اند که عمل خود را با آن‌ها منطبق سازند (همان: ۳۰/۱۸). بر همین



اساس، نامبرده حکم آیه ۱۲۴ سوره نحل را تشریحی غیر فطری بر یهود برای امتحان آنان دانسته که در شریعت خاتم نسخ شده است؛ و بر این باور است که احکامی دیگر نظیر آن بر یهود جعل شده است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۲/۳۷۰-۳۷۱). بدیهی است سایر امت‌ها تنها مکلفند که به آن تشریعات، ایمان داشته ولی از عمل به آن‌ها خودداری نمایند.

وی در بسیاری از موارد، به احکام مشترک میان شرایع اشاره می‌کند، چنان‌که ذیل آیات ۲۶-۳۲ سوره اعراف، می‌گوید: احکام موجود در آیات یادشده، مشترک میان تمام شرایع الاهی است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۸/۸).

یادآور می‌شود که علامه نمی‌خواهد تشریعات کتب آسمانی موجود را حجت نماید؛ زیرا با توجه به این که کتب آسمانی موجود تحریف شده و تمام دستورات آن‌ها، تشریعات الاهی نیستند و تصریح ایشان به این که شریعت محمدی جامع همه شرایع گذشته است، تنها آن دسته از تشریعات شرایع گذشته حجّتند که در قرآن آمده‌اند.

با این همه، نمی‌توان این حقیقت را نادیده گرفت که بر اساس این مبنا که تشریعات الاهی به صورت مطلق فطری‌اند، تشریعات ادیان گذشته که در قرآن آمده‌اند، حجت خواهند بود، مگر آن که دلیل معتبری بر نفی آن دلالت کند. چنان‌که حکم مستفاد از آیه «... أَنْ اللَّهُ يُشْرِكُ بِبَحْيِي مُصَدِّقًا بِكَلِمَةٍ مِنَ اللَّهِ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا...» (آل عمران/۳۹) این است که ترک ازدواج، امر مطلوبی است و شیخ طوسی با توجه به آیه یادشده، با تفصیل میان کسی که اشتها به تزویج دارد و آن که اشتها ندارد، تزویج را برای کسی که اشتها به ازدواج ندارد، مستحب دانسته است. حال آن که آیات دیگر و بسیاری از آیات و روایات، ازدواج را مطلوب دانسته است و بر این اساس، برخی از فقیهان آن حکم را از اختصاصات حضرت زکریا (ع) (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۹۱/۷)؛ بسیاری آن را از شرایع پیشین دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۹/۷؛ محقق بحرانی، بی‌تا، ۱۱/۲۳؛ شیخ جواهری، ۱۳۶۵: ۱۹/۲۹)؛ و برخی مانند محقق سبزواری آن را بر استحباب عدم اشتها به زنان و نه به معنای عدم استحباب تزویج حمل کرده‌اند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۷۸/۲).

روشن است که حجیت تشریعات ادیان گذشته، سبب توسعه کمی و کیفی آیات الاحکام خواهد شد.

## ۲. توسعه متعلق حکم شرعی به مجتمع

از نظر مشهور اصولیان، حکم شرعی خطایی است که به افعال مکلفان تعلق می‌گیرد

(حلی، ۱۳۸۷؛ ۸/۱؛ حکیم، ۱۴۰۳؛ ۴/۱۱؛ صدر، ۱۴۰۶؛ ۶۱)؛ برخی مانند شهید صدر (ره) بر این باورند که حکم شرعی همواره به افعال مکلفان تعلق نمی‌گیرد، بلکه گاهی متعلق آن، ذوات مکلفان یا امور مرتبط به آنان است؛ زیرا هدف از تشریح حکم، تنظیم زندگی انسان است؛ و این هدف چنان که با خطاب متعلق به افعال مکلفان مانند «صَلِّ، صُمْ و لَا تَشْرَبِ الْخَمْرَ» محقق می‌شود، با خطاب متعلق به ذوات مکلفان مانند «زَوْجِيَّتْ» و خطاب متعلق به امور مرتبط با آنان مانند «مَلَکِيَّتْ» که متعلق به مال مکلفان است نیز محقق می‌شود؛ از این رو، نامبرده به جای تعریف مشهور، حکم شرعی را این گونه تعریف می‌کند: حکم شرعی، تشریح صادر از جانب خداوند برای تنظیم زندگی انسان است، اعم از آن که به افعال، ذات یا به اشیای دیگر مربوط به زندگی او تعلق گیرد (صدر، ۱۴۰۶؛ ۵۲-۵۳).

از نظر علامه طباطبائی متعلق حکم شرعی، فراتر از افعال افراد و سایر امور مربوط به زندگی فرد مکلف است؛ زیرا در بسیاری از موارد، حیث مجتمع اسلامی متعلق حکم شرعی است. این به آن جهت است که از منظر اسلام، مجتمع بشری، نفسیت و استقلال وجودی داشته و برای آن احکام مالی، نظام‌ها و قوانین خاصی جعل شده است. بر اساس نظر ایشان، مفاد بسیاری از آیات این است که از ترکیب اجتماعی افراد، هویتی جدید و دارای حیات، به نام مجتمع، پدید آمده که مانند فرد، از عمر، مرگ و زندگی، شعور و اراده، ضعف و قوت، تکلیف، خوبی و بدی، سعادت و شقاوت... برخوردار است (طباطبائی، ۱۴۱۷؛ ۳۸۶/۹). ایشان موارد فراوانی از احکام اجتماعی اسلام را نقل کرده است؛ مثلاً ذیل آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ» (نحل/۹۰) می‌نویسد: احکام سه‌گانه در آیه یادشده، به ترتیب، مهم‌ترین احکامی هستند که سبب استواری مجتمع انسانی‌اند؛ زیرا اصلاح مجتمع به طور عام، مهم‌ترین هدفی است که در تعالیم مصلحانه اسلام پیگیری می‌شود. از این رو، از نظر طبیعی برای هر انسانی شخصیت فردی او مهم‌تر است، اما سعادت هر فردی به اصلاح اجتماعی بستگی دارد که در آن زندگی می‌کند؛ به گونه‌ای که رستگاری فرد در مجتمع فاسدی که شقاوت و فساد آن را احاطه کرده، بسیار دشوار است.<sup>۲</sup> از این رو، اهتمام اسلام به اصلاح مجتمع، بیش از دیگر امور است؛ به صورتی که برای آن، دستورات و تعالیم ویژه حتی در حوزه عبادات، قرار داده است تا انسان (در پرتو احکام تشریحی اسلام) از حیث فردی و از حیث اجتماعی که ظرف زندگی اوست، به اصلاح دست یابد (طباطبائی، ۱۴۱۷؛ ۳۳۰/۱۲).

بدیهی است مبنای یادشده افزون بر توسعه موضوع حکم شرعی از افعال افراد مکلف به مجتمع انسانی، آیات الاحکام را نیز از حیث کمی گسترش خواهد داد؛ زیرا شمار آیات الاحکام، بر اساس نظر گذشتگان پانصد آیه با تکررات و متداخلات و بر اساس نظر محققان معاصر بیش از آن است، اما با نظر شهید صدر، و با نظر علامه طباطبایی، به صورت مبنایی، شمار آیات الاحکام افزایش خواهد یافت.

### ۳. اعجاز تشریحی قرآن کریم

اثبات اعجاز قرآن کریم، رابطه مستقیمی با اثبات نبوت پیامبر خاتم(ص) داشته، از اهم موضوعات علوم قرآنی است؛ چنان که تبیین قلمرو آن نیز از دشوارترین مباحث می باشد. علامه طباطبایی یکی از ابعاد اعجاز قرآن را اعجاز در تشریح می داند؛ به این معنا که احکام و دستورات عبادی و مدنی قرآن به صورت فوق العاده ای متکفل سعادت فرد و مجتمع انسانی بوده، او را از هر گونه افراط و تفریط، و آمیختگی به خرافات در تمامی شؤون فردی و اجتماعی، محافظت می کند.

ایشان با اعتقاد به برتری شریعت خاتم بر سایر شرایع، به اعجاز قرآن در احکام تشریحی، تصریح کرده (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۰/۱) و ذیل آیات ۳۷ و ۳۸ سوره یونس، چنین می نویسد:

«أن الآية لاتتحدى ببلاغة القرآن و فصاحته فحسب؛ بل السياق فی هذه الآية و فی سائر الآيات التي وردت مورد التحدى، يشهد على أن التحدى إنما هو بما عليه القرآن من صفة الكمال و نعت الفضيلة من اشماله على مخ المعارف الإلهية، و جوامع الشرائع من الاحكام العبادية و القوانين المدنية السياسية و الاقتصادية و القضائية و الأخلاق الكريمة و الآداب الحسنة، و...» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۰/۱ و ۶۵/۱۰).

بر این اساس، وی به جامعیت قرآن از جهت پاسخ گویی به نیازهای گوناگون انسان باور دارد و می گوید: دین اسلام، مشتمل بر کامل ترین روش ها و مناهج زندگی است و محتوای جامع آن، بشر را به سعادت و رفاه سوق می دهد. مبانی و دستورات دین اسلام از قرآن کریم سرچشمه می گیرد و منابع اصلی قوانین اسلامی را که متضمن سلسله معارف اعتقادی، اصول اخلاقی و عملی است، باید از آیات قرآن عظیم جست و جو کرد. وی در این زمینه به آیه «ان هذا القرآن یهدی للتی هی أقوم» (اسراء/ ۹) و آیه «ونزلنا علیک الكتاب تبياناً لكل شیء» (نحل/ ۸۹) استناد کرده، می نویسد: قرآن کریم افزون بر این که متضمن حقایق

کتاب‌های آسمانی است، در بردارنده هر چیزی است که بشر در مسیر تکامل به سوی سعادت، نیاز دارد (طباطبائی، ۱۴۰۴: ۳۴).

ایشان این مطلب را در المیزان چنین بیان می‌کند: «و من صفته الخاصة أى المتعلقة بالمسلمين الذين يسلمون للحق أنه هدى يهتدون به إلى مستقيم الصراط و رحمة لهم من الله سبحانه يحوزون بالعمل بما فيه خير الدنيا و الآخرة و ينالون به ثواب الله و رضوانه، و بشرى لهم يبشروهم بمغفرة من الله و رضوان و جنات لهم فيها نعيم مقيم» (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۳۲۴/۱۲-۳۲۵).

بدیهی است کسی که به اعجاز تشریحی قرآن باور داشته و دستورات آن را (به صراحت یا به اجتهاد)، پاسخ‌گوی نیازهای مادی و معنوی انسان می‌داند، برای تبیین برجستگی‌های احکام الاهی تلاش می‌کند که نشانگر اعجاز، جامعیت و فراعصری بودن آن است؛ و همین کارکرد سبب توسعه فقه القرآن خواهد شد. کوشش علامه برای تبیین برتری تشریحات اسلام در بسیاری از موارد، از جمله درباره خوردن گوشت، کشتن حیوانات و ضرورت تذکیه، نسبت به سایر مکاتب (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۸۳/۵-۱۸۷) با همین نگاه، قابل بررسی است.

#### ۴. هماهنگی تشریح با تکوین

از نظر علامه طباطبائی سنن و قوانین تشریحی اسلام، افزون بر همسویی با نیازهای طبیعی انسان و هماهنگی با واقعیت‌های پیرامونی او، با سنن تکوین نیز منطبق و هماهنگ است، ایشان بر این مطلب تأکید کرده. می‌نویسد: ما مکرر گفته‌ایم تشریح الاهی بر اساس تکوین است (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۱۵/۴). وی با استناد به آیه ۳۰ سوره روم، نزول شرایع الاهی را فطری و بر اساس استعداد بشر در هر عصری دانسته، دین قییم را دینی می‌داند که تمام نیازهای فطری انسان را برآورد.

ایشان با ضمیمه آیه ۱۹ سوره آل عمران به آیه یادشده و با تشریح این مطلب که اسلام در آن آیه، به معنای تسلیم در برابر سنت‌های تکوینی خداوند، زیربنای تشریحات الاهی است، هدف دین حق را، تطبیق زندگی انسان با قوانین و سنن تکوین دانسته، بر این باور است که نوع انسان، از این رهگذر به مقام لایق خود ارتقا می‌یابد و در برابر مبدأ غیب، خاضع می‌شود.

از این رو، ایشان معتقد است که اصلاح ابعاد زندگی انسان، رها شدن او از خرافات

و برداشتن تکالیف دشوار که از طریق اوهام و اهوای مردم تحمیل شده، جزو هویت دینی است که اسلام نام گرفته و جایی برای اجتهاد در آن‌ها نیست که با رای مجتهد، اثبات یا نفی شود. به عبارت دیگر، مردم از نظر منطقی، به دینی دعوت می‌شوند که شرایع و سنن آن قائم به مصالح دنیوی و اخروی آن‌هاست، نه این که نخست وضع شرایع شده، سپس تطابق آن‌ها با مصالح بشر ادعا شده است.

سپس علامه درباره این توهم هشدار می‌دهد که نباید زبان معارف و شرایع الاهی را استبدادی، خشک و بی‌روح تصور کرد که تنها برای اطاعت و در نتیجه، برخوردار از نعمت‌ها یا عذاب آخرت نازل شده و میان آن‌ها و نوامیس تکوینی حاکم بر شؤون زندگی انسان، ارتباطی وجود ندارد. نیز نباید توهم کرد که اعمال دینی مانند زنجیر، دست انسان را در زندگی دنیا بسته و صلاح آخرت او را تنها در گرو اراده مولوی دانسته است. همچنین نباید تصور کرد که رنج و لذت انسان دین دار در تقابل مزاج سالم است و مانند لذت بردن معتاد از افیون و سموم، تنها از عادت به اعمال شریعت لذت می‌برد و هیچ نقشی در سعادت دنیای بشر ندارد.

برداشت یادشده، از ناآگاهی به معارف دین سرچشمه می‌گیرد، و افترا بر شارع مقدس است؛ و قرآن مجید در بسیاری از آیات به تصریح، تلویح، اشاره، کنایه و... آن را دفع می‌کند.

خلاصه آن که قوانین قرآن، متضمن مصالح عباد، و اجرای آن، اصلاح‌کننده مجتمعات انسانی است. دعوت دین الاهی به تسلیم در برابر خدای سبحان، دعوت به اصلاح اعمال و اصلاح شؤون مجتمعات است که با حرکت در مسیر طبیعی و مطابق سنن نظام تکوین، محقق می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۸/۲۹۹-۳۰۰).

علامه در تفسیر و تبیینی مفصل، ذیل آیه ۳۰ سوره روم، اقامه دین حنیف را از آن جهت واجب دانسته که آفرینش به آن فرامی‌خواند و فطرت انسان به آن راهنمایی می‌کند؛ و بر این باور است که انسان مانند تمامی موجودات، به سعادت و غرض متناسب با آفرینش خود هدایت می‌شود، تا به رفع نواقص، برآوردن نیازها، جلب منافع، و دفع مضرات دست یابد؛ زیرا فطرت، به سنت واحد و مشترک میان تمام افراد نوع انسان در همه عصرها و نسل‌ها هدایت می‌کند. از این رو، اصول عملی، سنن، قوانین دین، باید از اقتضائات آفرینش انسان برگرفته شود تا بر سنن تکوین و فطرت آدمی منطبق گردد؛ و بتواند سعادت حقیقی انسان را تأمین کند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۶/۱۷۸-۱۸۱، و ۱۸۹-۱۹۳).



بدیهی است که:

۴-۱. هماهنگی و تطبیق کامل تشریح با تکوین، تنها در تشریحات خالق هستی و انسان و قیوم همه آفرینش امکان پذیر است؛ نه در سنن و قوانین بشری که از جوانب گوناگون، محکوم به محدودیت است.

۴-۲. نظریه تطبیق قوانین اسلام بر سنن تکوین و فطرت، تشریح اسلامی را نسبت به سایر قوانین، در جایگاهی برتر قرار داده و این ظرفیت را پدید آورده تا اندیشمندان دینی با توانایی بیش‌تر در توسعه و تعمیق تشریحات الهی کوشش کنند؛ و فراعصر بودن و برتری آن را بر تشریحات بشری، اثبات نمایند.

۴-۳. مبنای فراعصری و فرانسلی تشریحات الهی، محقق را هدفمند کرده، به تشریح آن ویژگی در احکام الهی سوق می‌دهد.

### ۵. پیوند منظومه‌ای معارف

یکی از نظریات علامه، پیوند منظومه‌ای معارف اسلام است؛ به این صورت که سنت‌های اجتماعی به معنای رسوم و قوانین معمول در جوامع بشری، از باورهای هستی‌شناسانه آنان نشأت می‌گیرد. ایشان بر اساس این مبنا معتقد است که اختلاف سنت‌های معمول در مجتمعات بشری، ریشه در مذاهب مختلف داشته، گوناگونی صورت‌های زندگی نیز ناشی از گوناگونی اصول اعتقادی جوامع بشری درباره حقیقت عالم است «... فان المذاهب المختلفة مؤثرة فی خصوص السنن المعمول بها فی المجتمعات... فصور الحياة الاجتماعية تختلف باختلاف الاصول الاعتقادية فی حقيقة العالم...» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۰۱-۲۰۰/۱۶).

از نگاه ایشان، افزون بر منظومه‌ای بودن باورهای اعتقادی، اخلاقی و عملی (فقهی) قرآن و این‌که زیربنای همه معارف اعتقادی، اخلاقی و اعمال شایسته، توحید است، عنوان «شجره طیبه» در قرآن کریم از نظم و انسجام ناگسستنی میان معارف اسلامی خبر می‌دهد که غفلت از آن، فهم ثمربخش از دین را سلب می‌کند؛ علامه در تبیین آیه ۲۴ سوره ابراهیم،<sup>۳</sup> که دربردارنده مفهوم یادشده است، چنین می‌نویسد: «... ان المراد فی الآیة علی ما یعطیه السياق هو اصل التوحید الذی یتفرع علیه سائر الاعتقادات الحققة و ینمو علیه الاخلاق الزاکیة و تنشأ منه الاعمال الصالحة» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۵۲/۱۲).

به باور وی، افزون بر معارف اعتقادی و اخلاقی، مجموع احکام عملی نیز از نظم و

پیوستگی خاصی برخوردار است. در این زمینه، ذیل آیه تبلیغ،<sup>۴</sup> چنین می نویسد:

مراد خداوند در این آیه آن است که حکم موجود در آن، ابلاغ شود و عدم ابلاغ آن را با عدم ابلاغ اصل رسالت یا مجموع احکام آن، مساوی دانسته است. وی در ادامه با صحیح و عقلائی دانستن برداشت یادشده، می نویسد:

علت این که عدم ابلاغ حکم موجود در آیه به مثابه عدم ابلاغ تمام رسالت دانسته شده، این است که معارف و احکام دینی با یکدیگر مرتبطند؛ به گونه ای که اگر به یکی از آنها اخلال وارد شود، به همه آن ها اخلال وارد می گردد؛ و این بیانگر کمال ارتباط میان احکام است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۴۵/۶).

هرچند علامه ذیل آیه را با آن برداشت همسو نمی داند، فرض ارتباط منظومه ای تشریحات را فی نفسه بدون اشکال دانسته است.

بدیهی است که نگاه منظومه ای به مجموعه معارف قرآنی به طور عام، و به تشریحات آن به طور خاص، در توسعه نظام سازی تشریحی، نقش آفرین بوده، سبب می شود که مجموعه باورها و دستورالعمل های دینی، در ساختاری منسجم و دارای هدف یا اهداف معین، متشکل و سازمان یابد؛ زیرا بررسی و تحلیل معارف در هر مکتب فکری، با دو روش «تجزیه ای» و «نظام مند» انجام می پذیرد. بی تردید روش تجزیه ای که از آن به روش اتمیسم، عنصرگرایی و تجزیه گرایی یاد می شود، به رغم برخی مزایا، از آسیب زمینه سازی تحریف و یا درک ناقص و ناکافی یک معرفت و نظریه، مصون نخواهد بود. حال آن که در روش تحلیلی نظام مند، که از آن به تفکر ارگانیک، کل گرایی و نگرش سیستمی، یاد می شود، افزون بر تجزیه معرفت و بررسی موردی و جزئی عناصر آن، روابط موجود میان آن و سایر معارف، بررسی و تحلیل می شود؛ و از این رهگذر، مهم ترین مبانی و عوامل تأثیرگذار، در منظومه معرفتی، شناسایی شده، جایگاه هر یک از معارف در آن منظومه، از حیث طول و عرض و تقدم و تأخر، مشخص خواهد شد. افزون بر آن که اندیشمند دینی و فقیه نیز از فکری منظم و ساختارمند، برخوردار می شود.

#### ۶. توسعه قلمرو سنت به تفسیر فقهی

از مباحث پر دامنه فقهی و تفسیری، اعتبار و حجیت روایات در فقه و نیز تفسیر قرآن است. از نظر علامه، آیاتی مانند «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (حشر/۷)، حجیت سنت را امضا کرده و مردم را به اطاعت از دستورات پیامبر ملزم کرده اند؛ ایشان

ذیل آیه یادشده می‌نویسد: صرف نظر از سیاق، عموم آیه یادشده شامل همه اوامر و نواهی پیامبر می‌گردد و جمله «وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ» (حشر/۷) تأکیدی است بر لزوم اطاعت از پیامبر(ص) که مسلمانان را از مخالفت با آن حضرت، بر حذر داشته است (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۹/۲۰۴).

از نظر ایشان، خبر متواتر و خبر محفوف به قرائن قطعی، مانند خبری که به صورت شفاهی از معصوم شنیده و دریافت شود، در غیر احکام شرعی مثل اصول دین، تاریخ، فضایل و... نیز حجت است؛ زیرا دلیل عصمت بی‌کم و کاست، دلیل صدق خبر معصوم است:

«نعم الخبر المتواتر و المحفوف بالقرائن القطعية كالمسموع من المعصوم مشافهة حجة و إن كان في غير الاحكام لان الدليل على العصمة بعينه دليل على صدقه و هذه كلها مسائل مفروغ عنها في محلها من شاء الوقوف فليراجع» (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۴/۱۳۳).

علامه با توجه به آیه «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (حشر/۷) و آیات دیگر، می‌گوید: «آیات دال بر وجوب اطاعت پیامبر، فراوان است؛ و مفاد آن‌ها این است که هر تشریح و حکم قضایی از سوی خدا و پیامبر (ص)، باید اطاعت شود» (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۲/۹۳-۹۴).

ایشان نقش سنت را در آیات تشریحی و نقش حکم ولایی را در برابر احکام قرآن، تشریح کرده است و قلمرو سنت را در آیات تشریحی گسترده دانسته، می‌نویسد:

رسول خدا(ص) دارای دو مقام است:

۱. مقام تشریح: در این مقام، پیامبر تفصیل احکامی را بیان می‌کند که قرآن از آن با اجمال گذر کرده است. البته ایشان دریافت تفصیل را، و حیاتی دانسته که از طریق غیر کتاب به مسلمانان عرضه می‌شود. از نظر ایشان آیه «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ» (نحل/۴۴) ناظر به همین مقام است.

۲. مقام حکومت و قضا: بر اساس آیه «لَتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (نساء/۱۰۵) پیامبر(ص) به عنوان حاکم مسلمانان در کارهای مردم و در امور مهم، احکامی ولایی و حکومتی دارد، که آنها را طبق رای خود انشاء می‌کند (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۴/۳۸۸) علامه از این دو حیث مقامی، در بسیاری از موارد، یاد کرده است.

روش روایی علامه طباطبائی در فقه و تفسیر، متفاوت است. ایشان خبر واحد را هر چند محفوف به قرائن مفید و ثوق نوعی باشد، در تفسیر حجت نمی‌داند. در مقابل، بر



این باور است که برای حجیت خبر واحد در فقه، وثوق نوعی کفایت می‌کند، به شرط آن که با کتاب خدا، مخالف نباشد (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۴۱/۸).

«أن الأحاد من الروایات لا تكون حجة عندنا إلا إذا كانت محفوفة بالقرائن المفيدة للعلم أعنى الوثوق التام الشخصی سواء كانت فی أصول الدین أو التاريخ أو الفضائل أو غيرها إلا فی الفقه فإن الوثوق النوعی كاف فی حجیة الروایة کل ذلك بعد عدم مخالفة الكتاب و التفصیل موكول إلى فن أصول الفقه.» (همان).

ایشان، حجیت اخبار آحاد را در غیر احکام شرعی، بی معنا دانسته (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۵/۱۴)، در مقام استدلال چنین می‌نویسد:

«حجیت شرعی از اعتبارات عقلایی است؛ و در موردی که اثر شرعی قابل جعل و اعتبار شرعی داشته باشد، جریان می‌یابد، حال آن که جعل حجیت در قضایای تاریخی و اعتقادی که اثر شرعی ندارند، معنا نخواهد داشت؛ همچنین معنا ندارد شارع غیر علم را علم قرار داده و مردم را به آن متعبد نماید» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۵۱/۱۰).

ایشان در جایی دیگر در مقام استدلال بر بی معنا بودن جعل حجیت برای اخبار احاد جز در احکام شرعی، چنین آورده است: حقیقت جعل تشریحی و خوب، ترتیب اثر واقع بر حجت ظاهری است (یعنی مکلف ملزم است اثر واقع را بر آن بار کند)؛ و آن تکلیف، متوقف بر وجود اثر عملی برای حجت است، چنان که در احکام عملی فرعی (چنین آثاری) مترتب است؛ و اما در غیر احکام عملی، اثری بر جعل حجیت مترتب نیست؛ به طور مثال (بر اساس مفاد روایات)، اثر عملی جعل جزئیت بسمله در سوره، و خوب قرائت آن در نماز است (معنایش این است که مکلف باید «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ» را در نماز و در اول هر سوره، قرائت کند و این امر ممکن است)؛ و اما اگر مفاد خبر واحد ظنی، این است که سامری مردی از کرمان است، معنای جعل حجیت آن خبر این است که (مکلف) گمان به مضمون آن را قطعی قرار دهد، حال آن که جعل حجیت برای خبر مربوط به امر تکوینی، ممتنع است و تشریح در آن جا راه نداشته (همان: ۲۰۵ و ۲۰۶) و معنا ندارد شارع امر غیر قطعی را قطعی قرار دهد.

با توجه به مبنای یادشده، مفسر می‌تواند در تبیین مراد خداوند از روایات متواتر و روایات آحادی که موجب وثوق تام شخصی می‌شوند، استفاده کند؛ اما از روایات آحادی که مفید وثوق نوعی اند، نمی‌تواند بهره‌گیری کند؛ حال آن که این روایات در فقه معتبرند و می‌توانند در تبیین معنای آیات الاحکام نقش داشته باشند. بدیهی است که این تفاوت مبنا،

سبب تفاوت در برداشت فقیه و مفسر گردیده و راه را بر توسعه برداشت تفسیری از آیات الاحکام حتی برای کسانی مثل علامه طباطبائی که معتقد به منهج قرآنی برای تفسیر قرآن هستند، باز می‌کند.

علامه در جایی دیگر با تفکیک عرصه اصل تشریح از اجزا و شرایط، قلمرو سنت را افزون بر بیان تفاسیل، به تقيید مطلقات و تخصیص عمومات قرآن توسعه داده، می‌نویسد:

آیات احکام اگر در مقام اجمال و کلی‌گویی است، به این معنا که می‌خواهد اصل تشریح را بیان کند، نه خصوصیات و شرایط آن را، در این صورت قیودی که از ناحیه سنت برای آن احکام می‌رسد، صرفاً جنبه تشریح و تبیین دارد، نه تخصیص و تقيید؛ اما اگر آن آیات، عمومیت یا اطلاق داشته باشند، قیودی که از ناحیه سنت برای آن احکام می‌رسد، مخصص عموم و مقید اطلاق خواهد بود، و تخصیص عام و تقيید خاص، به معنای تناقض و تنافی میان دو دلیل نیست (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۳۰۵/۴).

### نقش سنت در توسعه برداشت از آیات الاحکام

بر اساس آنچه بیان شد، نقش سنت در توسعه برداشت تفسیری از آیات الاحکام، حتی بر اساس رای علامه طباطبائی در تفسیر قرآن به قرآن، به شرحی است که در پی می‌آید.

#### ۱. بیان تفاسیل

صاحب «المیزان» با اعتقاد به مرحله اجمال و تفصیل در قضای الاهی و این که در شب قدر قضای اجمالی الاهی به تفصیل، تبدیل می‌شود (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۳۲/۱۸) نیز بر این باور است که تدریج و شروع از اجمال به تفصیل، روش شناخته شده در تشریح احکام اسلامی است (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۷/۸) ایشان توجه به این امر آشکار را لازم دانسته است که سلوک از اجمال به تفصیل و تدرج در القای احکام که از باب ارفاق، حسن تربیت و رعایت مصلحت، صورت می‌گیرد، غیر از سازشکاری و تساهل است (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۵۹/۴). از ظاهر بلکه صریح عبارات علامه استفاده می‌شود که تبیین اجمال کتاب، از اختصاصات سنت است. ایشان در این زمینه چنین می‌نویسد:

تفاسیل احکام تنها با بیان پیامبر(ص) محقق می‌شود (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۴۵-۸۴/۳)؛ و در مقام تبیین حیث تشریح پیامبر(ص)، آن جا که قرآن در مقام بیان اصل تشریح است، فهم

تفصیل شریعت را بدون استمداد از سنت، امکان پذیر نمی داند.

علامه بر این باور تصریح کرده، می نویسد: راهی برای تلقی تفصیل احکام جز بیان رسول خدا(ص) نیست؛ بر این اساس، برخی از آیات قرآن، مردم را برای فهم تفصیل احکام، به رسول خدا ارجاع داده است؛ چنان که فرموده است: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا...» (حشر/۷) (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۸۴-۸۵).

تبیین مجمل کتاب به وسیله سنت فراوان است؛ چنان که علامه ذیل آیه: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...» (مائده/۳۸) روایاتی برای رفع اجمال آیه نقل کرده که فقیهان شیعه نیز بر اساس آن فتوا داده اند که دست دزد بدون انگشت ابهام، قطع می شود. روشن است که آن روایات، اجمال ید در آیه را برطرف کرده و موضع قطع را مشخص کرده است؛ هرچند برخی ادعا کرده اند که «ید» اجمال ندارد و حقیقت در تمام عضو است و استعمال آن در قسمتی از کل، مجاز و نیازمند قرینه می باشد (العاملی، بی تا: ۱۵۳)؛ ولی حقیقت این است که نفس اختلاف نظر در محل قطع، دلیل است که «ید» اجمال دارد، و بر فرض که ید اجمال نداشته باشد، محل قطع ید، دارای اجمال است و حدیث می تواند از این جهت، مبین باشد و اجمال محل قطع را تبیین کند. علامه ذیل یکی از روایات می نویسد: «وإنما أوردنا الرواية بطولها كبعض ما تقدمها من الروايات المتكررة لاشتمالها على أبحاث قرآنية دقيقة يستعان بها على فهم الآيات» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۵/۳۳۶).

## ۲. جری و تطبیق

بر اساس بیان علامه، احکام کلی قرآن که در روایات برای آن ها ذکر مصداق شده، قابل تطبیق بر هر مصداقی هستند؛ و ذکر مصداق در سنت، به معنای آن نیست که تمام موارد آن باید از روایات استفاده شود؛ به عبارت دیگر، تطبیق احکام کلی قرآن بر مصداق، امری توقیفی و در انحصار پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع) نیست بلکه فقیهان نیز می توانند از آن بهره گرفته، با تطبیق به سایر مصداق، حکم شرعی آن ها را ثابت نمایند. روایات نیز به این مهم راهنمایی کرده و علامه نیز همین معنا را تأیید کرده است؛ مثلاً ذیل آیه «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَكَأَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (بقره/۱۷۳) می نویسد: معنای آیه، این است که اگر کسی در غیر حالت ظلم و تجاوز، به خوردن حرامی، اضطرار پیدا کرد، گناهی مرتکب نشده است؛ ولی اگر در حال ستم و تجاوز، مضطر شود و یا آن که ستم و تجاوز، سبب اضطرار گردد، خوردن محرّمات جایز نیست.

ایشان با نقل روایاتی که باغی را بر شکارچی، ظالم، خروج‌کننده بر امام و عادی را به معنای دزد و غاصب دانسته، می‌نویسد: والجمع من قبیل عد المصادیق (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۴۲۶-۴۲۷).

روش بیان احکام به صورت کلی، از امتیازات قرآن است و این ظرفیت را به وجود آورده تا قابلیت پاسخ‌گویی به نیازهای انسان در تمام اعصار را داشته باشد؛ زیرا اسلام به زمان و مکانی خاص اختصاص نداشته، احکام و دستورات او دائمی و برای همه انسان‌ها است؛ از طرفی شرایط و تحولات زمان سبب تغییر در موضوعات احکام می‌شود و نیازهای جدیدی فراروی انسان قرار می‌دهد. قواعد و احکام کلی، دست فقیهان را در تطبیق نیازهای بشری بر احکام کلی اسلام باز گذاشته و در روزآمدسازی شریعت، نقش مهمی ایفا می‌کند.

### تخصیص و تقييد کتاب

اطلاق و تقييد، و نیز تعميم و تخصیص، عملی رایج در محاورات عقلایی است؛ و قرآن مجید نیز در بسیاری موارد، عام یا مطلق را بیان، سپس آن را تخصیص زده یا تقييد کرده است.

فقیهان بر جواز تخصیص و تقييد کتاب به سنت متواتر، اتفاق دارند (ابن‌العلامة، ۱۳۸۷: ۳/۳۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۹/۳۰۳؛ علم الهدی، ۱۳۴۶: ۱/۲۸۰ و ۲۸۷)؛ ولی در جواز آن به خبر واحد، یک نظر ندارند؛ برخی تخصیص کتاب را تنها به خبر متواتر جایز دانسته است (سید مرتضی، ۱۳۴۶: ۱/۲۸۰)؛ چنان‌که عموم آیه جلد: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا...» (نور/۲) به حدیث متواتر «... فاما المحصن والمحصنة فعليهما الرجم» (کلینی، ۱۳۶۷: ۷/۱۷۷) تخصیص خورده و حکم زناکار محصن را رجم دانسته است.

علامه تخصیص و تقييد عموم قرآن را به سنت جایز دانسته، بر این باور است که سنت می‌تواند عمومات و اطلاقات قرآن را تخصیص و تقييد کند. موارد بسیاری در تفسیر المیزان یافت می‌شود که ایشان به صورت تطبیقی، تخصیص و تقييد آیات را مطرح کرده و آن را ناگزیر دانسته است.

به عنوان نمونه، ایشان می‌گویند: آیات ارث، و طلاق و نفقه، مانند سایر آیات احکام بدون تخصیص و تقييد نیست؛ آیات ارث و طلاق در زن مرتد تخصیص خورده، چنین زنی نه ارث می‌برد و نه در جدا شدن از شوهر نیازمند (اجرای صیغه) طلاق است؛ و آیات طلاق

در موردی که عیبی در مرد و یا زن کشف شود که مجوز فسخ عقد باشد، تخصیص خورده و نیازی به رضایت طرف در طلاق ندارد، بلکه عقد را فسخ می‌کند؛ و دلیلی که نفقه زن را واجب کرده، در هنگام نشوز زن تخصیص خورده، و در چنین حالی مرد می‌تواند نفقه زن را ندهد. حال با این همه تخصیص چرا در مورد عقد متعه، تخصیص نخورد؛ و مرد دارای زن متعه اگر زنا کرد، از حکم سنگسار خارج نشود (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۰۵/۴ به بعد).

مقصود علامه از سنت مؤثر در آیات الاحکام، اعم از خیر واحد و متواتر است ولی مهم، توجه ایشان به تفاوت نگاه تفسیری و فقهی در حجیت خبر واحد است، به این صورت که در تفسیر تنها خبر واحد محفوف به قرائن مفید علم یعنی وثوق تام شخصی، در قلمرو اصول دین، تاریخ، فضایل و غیر آن حجت است، ولی در فقه، خبری که از وثوق نوعی برخوردار باشد، کافی خواهد بود (همان).

بدیهی است که دیدگاه توسعه سنت موثق به توثیق نوعی به تفسیر فقهی، و نقش آن در بیان تفاسیل، تطبیق بر مصادیق و تخصیص و تقیید آیات الاحکام، در توسعه کمی و کیفی آیات الاحکام و فقه القرآن، بسیار نقش آفرین است.

### نتیجه گیری

یکی از اهداف مهم پژوهش‌های قرآنی، توسعه فقه القرآن از طریق تأسیس، تحصیل و بازتعریف مبانی جدید است تا بتواند بعد فقهی قرآن را همسو با نیازهای زمان، از نظر کمی و کیفی گسترش دهد. در این مسیر، تفسیر المیزان منبع ارزشمندی است. بر این اساس، علامه طباطبایی در تفسیر خود به تفسیر آیات الاحکام پرداخته و آن را به فقه احاله داده است، ولی مبانی ایشان مانند حجیت شرایع گذشته، توسعه متعلق حکم شرعی به مجتمع و... می‌تواند در توسعه فقه القرآن نقش آفرین باشد و بخشی از نیاز را برطرف سازد. آنچه از مبانی ایشان مورد نقل و بررسی قرار گرفت، شاهد صدقی است بر ادعای یادشده.

### پی‌نوشت‌ها

۱. أبو النضر محمد بن سائب کلبی کوفی، نسابه، محدث، مفسر، موثق و امین، متوفی سنه ۱۴۶، از اصحاب امام باقر و امام صادق (علیهما السلام)، به جز تفسیر کبیرش، اول کسی است که در آیات الاحکام، کتاب نوشته است (آقا بزرگ طهرانی، ۱۴۰۳: ۳۰۰/۱ - ۳۰۱) و او در این خدمت قرآنی، بر شافعی مقدم است. نیز أبوالمندر هشام بن محمد بن السائب کلبی کوفی، متوفی سنه ۲۰۶ یا سنه ۲۰۴.



مانند پدرش از اصحاب صادقین (علیهما السلام) و در آیات الأحكام، تفسیری به نام «تفسیر آی من القرآن» داشته است (همان: ۳۱۱/۴).

۲. دیدگاه علامه مبنی بر این که رستگاری فرد در مجتمع فاسد، دشوار است، بیانگر آن است که ایشان در عین این که برای جامعه هویتی مستقل قائل است، مسؤولیت فرد را در قبال اصلاح خودش نادیده نمی‌گیرد. بر این اساس، هویت مستقل برای جامعه و برخورداری آن از احکام ویژه، به معنای اصالت فلسفی جامعه نخواهد بود؛ به این معنا که جامعه به طور کلی از فرد، سلب اختیار کرده باشد و دعوت قرآن به رعایت احکام اجتماعی، خود بهترین دلیل بر این است که افراد جامعه افزون بر وظایف شخصی مربوط به اصلاح خود، به اصلاح اجتماعی که در آن زندگی می‌کنند، نیز موظفند.

۳. أَلَمْ تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ .

۴. يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَإِيْهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ (مائده / ۶۷).

## منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. محقق اردبیلی نجفی، احمد بن محمد (۱۴۱۶ ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، به کوشش مجتبی عراقی و دیگران، انتشارات اسلامی، قم، دوم.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، زبدة البیان فی براهین احکام القرآن، به کوشش محمدباقر بهبودی، المكتبة المرتضوية، تهران.
۴. انصاری، محمدعلی (بی تا) الموسوعة الفقهية الميسرة، مجمع الفكر الاسلامی، قم، اول.
۵. بلاغی محمدجواد (۱۴۳۱ق)، آلاء الرحمن فی تفسیر القرآن، المركز العالی للعلوم و الثقافة الاسلامیه، قم، دوم.
۶. حربی، ابی اسحاق ابراهیم بن اسحاق (۱۴۰۵ ق)، غریب الحدیث، مرکز البحوث العلمی و احیاء التراث الإسلامی، دار المدينة للطباعة و النشر و التوزیع، جده، اول.
۷. العاملی، حسن بن زین الدین (بی تا)، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، خطی، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۸. حکیم، سید محمدتقی (۱۹۷۹ م)، الاصول العامة للفقہ المقارن، مؤسسه آل البيت - للطباعة و النشر، بی جا، دوم.

٩. حكيم، سيد محسن (١٤٠٣ق)، مستمسك العروة الوثقى، مكتبة آية الله مرعشى نجفى، قم.
١٠. حلى، حسن بن يوسف (بى تا)، تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، بى جا.
١١. \_\_\_\_\_ (١٤٢٠ق) تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، به كوشش ابراهيم بهادرى، مؤسسة الامام الصادق (ع)، قم، اول.
١٢. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ق)، مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، مؤسسة النشر الإسلامى التابعة لجماعة المدرسين، قم، دوم.
١٣. \_\_\_\_\_ (بى تا) منتهى المطلب فى تحقيق المذهب، بى نا، بى جا.
١٤. \_\_\_\_\_ (١٣٨٧ق)، إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، المطبعة العلمية، قم، اول.
١٥. زرکشى، بدرالدين محمد بن بهادر بن عبدالله (١٤٢١ق)، البحر المحيط فى أصول الفقه، منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، دوم.
١٦. شهيد ثانى، زين الدين بن على العاملى (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول.
١٧. شيخ آقابزرگ طهرانى (١٤٠٣) الذريعة إلى تصانيف الشيعة، دار الأضواء، بيروت، دوم.
١٨. شيخ كلينى (١٣٦٧ش)، اصول كافى، دار الكتب الإسلامية، طهران، سوم.
١٩. شيرازى، ابراهيم بن على (١٤٠٦ق)، اللمع فى أصول الفقه، عالم الكتب، بيروت، دوم.
٢٠. صدر، سيد محمدباقر (١٤٠٦ق)، دروس فى علم الاصول، دار الكتاب اللبنانى، بيروت، دوم.
٢١. صدر، سيد محمد (١٤٢٧ق)، ماوراء فقه، المحيين للطباعة و النشر، چاپخانه قلم، سوم.
٢٢. طباطبايى، سيد على (١٤١٢ق)، رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، به كوشش نشر اسلامى، قم، اول.
٢٣. طباطبايى، سيد محمدحسين (١٤٠٤ق)، القرآن فى الإسلام، سپهر، تهران.
٢٤. \_\_\_\_\_ (١٤١٧ق)، الميزان فى تفسير القرآن، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة

لجماعة المدرسين، قم.

٢٥. \_\_\_\_\_ (١٤١٦ ق)، قضايا المجتمع و الأسرة و الزواج على ضوء القرآن الكريم، دار الصفوة، بی جا.
٢٦. طوسی، محمد بن الحسن (بی تا)، التبیان فی تفسیر القرآن، به کوشش احمد حبيب العاملي، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
٢٧. عاملي، سيد محمد جواد (١٤٢٤ ق)، مفتاح الكرامة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، اول.
٢٨. علم الهدی، سيد مرتضى (١٣٤٦ ش)، الذريعة الى اضواء الشريعة، خطی، دانشگاه تهران.
٢٩. کاظمی، محمد علی (١٤٠٩ ق)، فوائد الاصول، به کوشش رحمت الله رحمتی، نشر اسلامي، قم، اول.
٣٠. السبزواری، محمد باقر (١٤٢٣ ق)، كفاية الاحكام، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، اول.
٣١. معرفت، محمد هادی (١٣٧٧ ش)، التفسير و المفسرون، الجامعة الرضوية للعلوم الاسلاميه، مشهد، اول.
٣٢. مفید، محمد بن نعمان (١٤١٠ ق)، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي، دوم.
٣٣. شهيد اول، مکی العاملي، محمد بن جمال الدين (١٤١٩ ق)، ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، اول.
٣٤. خویی، سيد ابوالقاسم موسوی (١٣٩٥ ق)، البيان في تفسير القرآن، دار الزهراء للطباعة و النشر و التوزيع، بیروت، چهارم.
٣٥. نجفی، محمد حسن (١٣٦٥ ش)، جواهر الكلام، دار الكتب الاسلاميه، تهران، دوم.
٣٦. بحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
٣٧. یوسفی مقدم، محمد صادق (١٣٨٧)، «ضرورت بازنگری در مبانی و روایات قیاس»، مجلة فقه، شماره ٥٧.

## تأثیرات فلسفه اسلامی بر علم فقه\*

محمد علی اسماعیلی\*\*

### چکیده

تأثیرگذاری فلسفه بر علم فقه در دو بخش بررسی می شود: تأثیرات کلی فلسفه بر نظام علم فقه؛ و تأثیرات فلسفه بر مسائل علم فقه. مهم ترین موارد تأثیرگذاری کلی فلسفه بر نظام علم فقه، از این قرار است: اول، تأثیر فلسفه بر شکل گیری فلسفی اندیشه فقهی؛ دوم، تأثیر فلسفه بر تقویت نقد اخباریان؛ سوم، تأثیر فلسفه بر حوزه زبانی علم فقه؛ چهارم، تأثیر فلسفه بر حوزه تفسیر الفاظ در علم فقه؛ پنجم، تأثیر فلسفه بر روش علم فقه؛ ششم، تأثیر فلسفه بر تبیین ساختار و اهداف کلی فقه؛ هفتم، تأثیر فلسفه بر تبیین مکانیزم کارکرد فقه در سعادت انسان؛ هشتم، تأثیر فلسفه بر نظام کلی عبودیت و مولودیت در علم فقه؛ و نهم، تأثیر فلسفه بر برخی پیش فرض های عمده در علم فقه. برخی از موارد تأثیرگذاری قواعد فلسفی بر مسائل علم فقه نیز این موارد است: قاعده استحاله تأثیر معدوم بر موجود؛ قاعده استحاله تحقق عرض بدون موضوع؛ قاعده الواحد؛ قاعده استحاله انقلاب. قواعد فراوان دیگری نیز در مسائل فقهی کاربرد دارند.

### کلیدواژه‌ها

فلسفه اسلامی، علم فقه، قواعد فلسفی.

\* تاریخ دریافت ۹۴/۱۱/۳؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۱/۲۵.

\*\* سطح ۴ فقه و اصول جامعه المصطفی العالمیه و دکترای کلام اسلامی مرکز تخصصی کلام حوزه علمی قم.

فلسفه اسلامی و علم فقه، داد و ستد متقابل دارند و ارتباط آن‌ها را می‌توان در دو حوزه کلی بررسی کرد: یکی در حوزه تأثیر فلسفه اسلامی بر علم فقه؛ و دیگری در حوزه تأثیر علم فقه بر فلسفه اسلامی. حوزه اول نیز در دو محور قابل پیگیری است.

محور اول، کاوش در تحلیل ارتباط منطقی میان فلسفه و علم فقه است. در این محور، بررسی صحت و سقم ارتباط منطقی میان فلسفه و علم فقه ارزیابی می‌شود. مسائل محور اول، پایه منطقی مسائل محور دوم را تشکیل داده، زیربنای معرفتی آن‌ها را فراهم می‌سازد. این محور جزو مسائل فلسفه علم فقه است. درباره صحت یا سقم کاربرد قواعد فلسفی در علم فقه، دو دیدگاه عمده وجود دارد: مطابق یک دیدگاه، کاربرد ادراکات حقیقی و قواعد فلسفی در علم فقه، صحیح است و ارتباط منطقی میان علم فقه و فلسفه برقرار است. اما مطابق دیدگاه دوم، کاربرد قواعد فلسفی در علم فقه صحیح نیست؛ زیرا قواعد فلسفی، از سنخ ادراکات واقعی و حقیقی‌اند، در حالی که علم فقه، بیانگر ادراکات اعتباری است و کاربرد قواعد حقیقی و واقعی در حوزه ادراکات اعتباری، صحیح نیست. دیدگاه دوم در میان متأخران، پیروان زیادی دارد که از جمله آن‌ها می‌توان علامه طباطبایی، امام خمینی و شهید مطهری و برخی از مراجع معاصر را نام برد (مطهری، ۱۳۷۵: ۱۷۳-۱۷۴؛ سروش، ۱۳۶۶: ۳۹۸؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱۱۵-۱۱۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۶۳/۱؛ مکارم، ۱۴۲۸: ۳۴/۱).

بررسی تفصیلی این محور، خارج از هدف این نوشتار است؛ اما به صورت مختصر، یادآور می‌شویم که دیدگاه اول قابل دفاع بوده، نقدهای دیدگاه دوم بر آن وارد نیست؛ توضیح این که مهم‌ترین استدلال دیدگاه دوم بر نفی ارتباط منطقی، خلط میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری است: فلسفه، جزو ادراکات حقیقی و علم فقه از ادراکات اعتباری است؛ و میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری، رابطه استنتاج منطقی برقرار نیست و نمی‌توان ادراکات حقیقی را در حوزه ادراکات اعتباری به کار برد. نتیجه این که، کاربرد قواعد فلسفی در علم فقه، صحیح نبوده، گرفتار آسیب خلط میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۶۳/۱؛ مکارم، ۱۴۲۸: ۳۴/۱). اما این استدلال قابل پذیرش نیست؛ زیرا اعتبارات به طور کلی بر دو قسمند: الف) اعتباراتی که منشأ واقعی دارند و از پشتوانه حقیقی و واقعی برخوردارند؛ ب) اعتباراتی که فاقد پشتوانه

حقیقی و واقعی هستند. (مطهری، ۱۳۷۵، ۲/۲۰۰-۲۰۱). خلط غیرموجه میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری، تنها در اعتباریات متغیر، قابل دفاع است و شامل قسم دوم نمی‌شود. اعتباریات ثابت، اعتباریاتی‌اند که تحقق آن‌ها ناگزیر بوده، ریشه در امور حقیقی و نفس‌الامری دارند. این اعتباریات، شامل دو حوزه از ادراکات می‌شوند: الف: حوزه‌ای از ادراکات انسانی که انسان از ساختن آن‌ها ناگزیر است و ریشه در امور حقیقی و نفس‌الامری دارند؛ و ب: اعتباریاتی که از سوی شارع اعتبار شده‌اند؛ زیرا تغییر و تبدل در اعتباریات جعل شده از سوی شارع، قابل تصور نیست. بی‌گمان، اگر احکام شرعی مانند وجوب و حرمت، اعتباری باشند، چون از سوی خداوند اعتبار شده‌اند؛ و اعتبارات الهی مانند اعتبارات انسانی نیست که ناشی از احساسات زودگذر باشد، بلکه منبعث از مصالح و مفاسد نفس‌الامری است که تغییرناپذیری، صفت ذاتی آن‌هاست. نگارنده در نوشتار مبسوط دیگری به تحلیل و بررسی این مسأله پرداخته است و پرداختن به آن‌ها خارج از هدف این نوشتار است.

محور دوم، کاوش در تحلیل ارتباط تاریخی و موجود میان فلسفه و علم فقه است. در این محور، با چشم‌پوشی از صحت و سقم ارتباط منطقی، به تبیین رابطه تاریخی میان فلسفه و علم فقه پرداخته می‌شود. در این محور، مسائل زیادی مطرح است؛ از جمله: بررسی تاریخچه تأثیرگذاری فلسفه بر علم فقه و تأثیرپذیری فلسفه از علم فقه؛ موارد تأثیرگذاری فلسفه بر نظام کلی علم فقه؛ موارد تأثیرگذاری علم فقه بر نظام کلی فلسفه؛ موارد تأثیرگذاری فلسفه بر مسائل علم فقه یا تبیین موارد کاربرد قواعد فلسفی در مسائل علم فقه؛ موارد تأثیرگذاری علم فقه بر مسائل فلسفه؛ نوآوری‌های فلسفی در علم فقه؛ نوآوری‌های فقه در مباحث فلسفه؛ علل تأثیرگذاری فلسفه بر علم فقه و علل تأثیرگذاری علم فقه بر فلسفه. مسائل دیگری نیز در این محور، قابل بررسی است.

نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی، به کاوش در محور دوم پرداخته، به بررسی تأثیرگذاری فلسفه اسلامی بر علم فقه می‌پردازد. منظور از فلسفه در این نوشتار، فلسفه به معنای اخص یا همان الاهیات است که از اقسام حکمت نظری می‌باشد. بنابراین فلسفه در این نوشتار، شامل الاهیات بالمعنی الاعم یا امور عامه و عوارض کلی وجود، الاهیات بالمعنی الاخص یا مباحث خداشناسی فلسفی و مباحث نفس می‌گردد. همچنین منظور از فلسفه در این جا، فلسفه اسلامی است. منظور از علم فقه، علم به احکام شرعی فرعی با استفاده از ادله تفصیلی آن‌هاست (حسن بن زین‌الدین، بی تا: ۲۶؛ خویی، ۱۴۲۲-الف: ۱/۲۸۷).

نکته قابل توجه این که چون نوشتار حاضر به تحلیل ارتباط تاریخی و موجود میان فلسفه و علم فقه می پردازد؛ بررسی صحت و سقم کاربرد قواعد فلسفی در مسائل فقهی، خارج از هدف این نوشتار است. در این جا تنها به کاربرد قواعد فلسفی در مسائل فقهی پرداخته می شود؛ اعم از این که این کاربرد، مورد پذیرش همه فقها قرار گرفته باشد یا خیر. استناد به منابع فقهی نیز بیانگر دیدگاه مثبت صاحبان آن منابع نسبت به کاربرد قواعد فلسفی در علم فقه نیست، بلکه آنچه در این نوشتار اهمیت دارد، اصل این کاربرد و حضور فلسفه در مسائل فقهی در طول تاریخ است؛ اعم از این که فقها آن را پذیرفته باشند یا کاربرد برخی قواعد فلسفی در برخی مسائل فقهی، مورد انکار آن ها قرار گرفته باشد؛ حتی ممکن است برخی اندیشمندان، اصل کاربرد قواعد فلسفی در مسائل فقهی را بپذیرند، اما در عین حال، کاربرد برخی قواعد فلسفی را به علت نبودن شرایط آن ها نپذیرند.

### تأثیرات فلسفه اسلامی بر علم فقه

تأثیر گذاری یک علم بر علم دیگر، بر دو قسم است:

۱. تأثیر گذاری مستقیم یک علم بر علم دیگر؛
  ۲. تأثیر گذاری غیر مستقیم یک علم بر علم دیگر.
- تأثیر گذاری مستقیم نیز گونه های مختلفی دارد:

اول: گاهی مسأله یک علم، به عنوان زیربنای کلی مسأله علم دیگر مطرح است و پذیرش یا طرح آن مسأله دیگر، متفرع بر پذیرش این مسأله می باشد؛ مثلاً اصل وجود روح، امکان تهذیب و تکامل روحانی و پذیرش اراده و اختیار انسان، سه زیربنای کلی علم اخلاق را تشکیل می دهند؛ یا دیدگاه اصالت وجود، زیربنای دیدگاه امتناع اجتماع امر و نهی را تشکیل می دهد (صدر، ۱۴۲۶: ۵۸/۳).

دوم: گاهی مسأله یک علم، تأثیر مستقیمی بر روش علم دیگر دارد؛ مثلاً مسأله ادراکات اعتباری، تأثیر مستقیمی بر روش علم اصول، فقه و علم کلام دارد (ر.ک: اسماعیلی، ۱۳۹۳ - الف ادراکات اعتباری در علم کلام: ۷۰). توضیح این که در میان برخی فقها، در علم فقه، در کنار استظهارات عرفی، از روش عقلی و قواعد فلسفی نیز استفاده می شد؛ اما با طرح تفصیلی اندیشه ادراکات اعتباری و تفکیک آن ها از ادراکات حقیقی توسط محقق اصفهانی و علامه طباطبایی، تحولی در این روش مطرح شد (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۸۵: ۱۰۰۸/۴ و ۱۴۲۸: ۳۴۶). مطابق این دیدگاه، نمی توان در علم اصول، فقه و علم کلام، از

قواعد فلسفی که ناظر به ادراکات حقیقی اند، سود برد؛ و کاربرد استدلال و برهان و تحدیدات منطقی در مسائل این علوم نیز صحیح نیست؛ زیرا حدپذیری و برهان‌پذیری از ویژگی‌های ادراکات حقیقی است. این تأثیرگذاری را می‌توان مهم‌ترین تأثیر فلسفه بر این علوم قلمداد کرد.

سوم: گاهی مسأله یک علم، یکی از مقدمات اثبات مسأله علم دیگر قلمداد می‌شود؛ مثلاً گاهی قاعده الواحد به عنوان مقدمه‌ای برای اثبات لزوم وجود موضوع برای هر علمی مطرح است (خویی، ۱۴۲۲ الف: ۱۳/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۰۱/۱).

چهارم: گاهی مسأله یک علم، به نحوی در جهت‌یابی علم دیگر، تأثیرگذار است؛ مثلاً برای فیلسوف متدین، بررسی مباحث خداشناسی فلسفی، اهمیت ویژه‌ای دارد؛ یا پذیرش عصمت اهل بیت (ع) در علم کلام، در جهت‌یابی مسائل فقهی برگرفته از این میراث نبوی، تأثیر مستقیمی دارد.

پنجم: گاهی مسأله یک علم، به نحوی در طرح برخی مسائل علم دیگر، تأثیرگذار بوده، برای علم دیگر، نقش مسأله‌سازی دارد؛ مثلاً مشروط بودن روزه روز قبلی به غسل شب بعدی، مسأله شرط متأخر را در علم اصول پدید آورد (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۱۷۹/۱).

ششم: گاهی مسأله یک علم، به نحوی در ابداع برخی استدلال‌ها در علم دیگر، تأثیرگذار بوده، راه جدیدی را برای تحلیل و بررسی مسائل علم دیگر نشان می‌دهد؛ مثلاً برهان صدیقین در فلسفه اسلامی، به همین طریق ابداع شده است. مدعای این برهان، اثبات وجود خداست که مسأله‌ای تازه نیست، ولی نحوه استدلال بر وجود خدا، نو و ابداعی است و منشأ آن، برخی آموزه‌های اسلامی است. یا مثلاً نظریه «بی‌نیازی خدا از برهان» که علامه طباطبایی با استفاده از مسأله «بدهت اصل واقعیت» آن را مطرح کرده است (ملاصدرا، ۱۹۸۱: ۱۴/۶، تعلیقه ۳).

هفتم: تأثیرگذاری یک علم بر شکل‌گیری روش خاص فکری در علم دیگر، مانند تأثیر فلسفه بر شکل‌گیری فلسفی اندیشه فقهی است. توضیح بیش‌تر این مسأله، در مورد پنجم «تأثیرات کلی فلسفه بر نظام علم فقه» می‌آید.

هشتم: تأثیر یک علم بر حوزه زبانی علم دیگر؛ مانند تأثیر فلسفه بر حوزه زبانی علم فقه. توضیح بیش‌تر این مسأله، در مورد سوم از «تأثیرات کلی فلسفه بر نظام علم فقه» می‌آید.



نهم: تأثیر یک علم بر نحوه تفسیر الفاظ در علم دیگر؛ مانند تأثیر فلسفه بر حوزه تفسیر الفاظ در علم فقه.

دهم: تأثیر یک علم بر تبیین ساختار علم دیگر؛ مانند تأثیر فلسفه بر تبیین ساختار و اهداف کلی فقه.

تبیین مورد هفتم تا دهم و نیز موارد دیگری از تأثیر گذاری مستقیم، در ادامه خواهد آمد.

تأثیر گذاری غیر مستقیم نیز گونه‌های مختلفی دارد:

اول: گاهی فضای حاکم بر نظام فکری برخی اندیشمندان، بر کیفیت طرح برخی مسائل در علم دیگر نیز تأثیر می‌گذارد؛ مثلاً کیفیت طرح مباحث اصولی و فقهی توسط یک فیلسوف، با کیفیت طرح این مباحث توسط غیر فیلسوف، تفاوت مشهودی دارد.

دوم: گاهی برخی عکس‌العمل‌ها در برخی مسائل علمی مؤثر است؛ مثلاً گاهی اندیشمندی، نظریه‌ای عرضه می‌کند و این نظریه در علم دیگری، عکس‌العمل نامطلوبی به باور می‌آورد؛ این عکس‌العمل نامطلوب، سبب تغییر و یا تعدیل آن نظریه می‌شود.

سوم: گاهی در توضیح برخی مسائل یک علم، از مسائل علم دیگر کمک گرفته شده، باعث تأثیر گذاری غیر مستقیم علم دوم در علم اول می‌شود و به مرور زمان، علم دوم، تأثیر مستقیمی بر علم اول می‌گذارد.

چهارم: گاهی یک علم بر علم دیگری تأثیر مستقیم دارد و علم دوم نیز در علم سوم، تأثیر مستقیم دارد؛ در این جا علم اول نیز در علم سوم، تأثیر غیر مستقیم دارد؛ مثلاً برخی قواعد فلسفی بر برخی مسائل اصولی، تأثیر دارند و این مسائل اصولی نیز بر مسائل فقهی، تأثیر گذارند؛ در این صورت، قواعد فلسفی نیز تأثیر غیر مستقیم بر مسائل فقهی دارند.

موارد دیگری را نیز برای تأثیر گذاری غیر مستقیم می‌توان نام برد؛ مانند تأثیرات انگیزشی که طرح برخی مسائل در یک علم، انگیزه ساز طرح مسأله خاصی در علمی دیگر یا انگیزه ساز طرح روش خاصی در علم دیگر می‌شود؛ یا طرح برخی مسائل در یک علم، باعث می‌شود راه حل جدیدی برای یک مسأله در علم دیگری مطرح شود بدون این که این دو مسأله، در دو علم با یکدیگر تلازم یا ارتباط مستقیمی داشته باشند.

این نوشتار به تبیین تأثیر گذاری مستقیم فلسفه اسلامی بر علم فقه می‌پردازد. تأثیر گذاری فلسفه بر علم فقه در دو بخش مطرح است:

الف: تأثیرات کلی فلسفه بر نظام علم فقه؛

ب: تأثیرات فلسفه بر مسائل علم فقه.

برخی مسائل فلسفی، بر نظام کلی علم فقه اعم از روش علم فقه، موضوع علم فقه، کلیت مسائل علم فقه و مانند این‌ها تأثیرگذارند. برخی مسائل فلسفی نیز بر تک تک مسائل علم فقه تأثیر دارند. نوشتار حاضر به تبیین این دو بخش می‌پردازد.

### تأثیرات کلی فلسفه بر نظام علم فقه

برخی مسائل فلسفی، تأثیرات کلی بر علم فقه داشته، بر نظام کلی علم فقه تأثیرگذارند و پذیرش یا نقد آن‌ها، تأثیر مستقیمی بر نظام کلی علم فقه دارد. این‌گونه مسائل را می‌توان به «مبانی عام علم فقه» و «مبانی خاص تأثیرگذار بر علم فقه» تقسیم کرد. مسائلی همچون اثبات وجود خدا، اثبات مراتب مختلف توحید، اثبات نظام تشریحی و تکوینی الهی، اثبات نبوت، اعجاز، عصمت، اختیار انسان، و مانند این‌ها، جزو مبانی عام علم فقه هستند که طرح مباحث فقهی، متفرع بر پذیرش آن‌هاست. اما با صرف نظر از مبانی عام علم فقه، به تبیین مهم‌ترین مبانی خاص و مسائل فلسفی تأثیرگذار بر علم فقه پرداخته می‌شود.

### یکم: تأثیر فلسفه بر شکل‌گیری فلسفی اندیشه فقهی

علم فقه، دوره‌های مختلفی دارد. این دوره‌ها را می‌توان از یک نگاه، به دو دوره کلی تقسیم کرد:

الف: دوره‌ای که نگرش عرفی بر حل مسائل علم فقه حاکم بود؛

ب: دوره‌ای که نگرش عقلی و فلسفی بر علم فقه حاکم گردید.

تبیین پذیرش ارتباط منطقی میان علم فقه و فلسفه، خارج از هدف این نوشتار است. در این جا به نگرش تاریخی در باب ارتباط میان علم فقه و فلسفه نظر داریم؛ با این رویکرد می‌توان گفت که نگرش عقلی و فلسفی به مباحث فقهی در اندیشه برخی فقها همچون محقق ثانی و محقق خوانساری مشهود است. به باور شهید صدر، جریان اخباریگری با ابزار معرفت‌شناختی و حس‌گرایی فلسفی خود، موجب رکود و ایستایی و تزلزل بنیان‌های علم اصول شد، به گونه‌ای که می‌رفت تفکر اصولی و اجتهاد فقهی، از جامعه تشیع رخت بر بندد. اما این چراغ فروزان را برخی از علما هرچند به طور محدود ادامه دادند. به باور شهید صدر، در دوره رکود علم اصول، شعله این علم خاموش نشد و کسانی بودند که به

استحکام و اتقان مبانی آن پرداختند. این حرکت مهجور اما بسیار مهم را ملا عبداللّه تونی و سیدحسین خوانساری پی گرفتند. این جریان با محمد بن حسن شیروانی و جمال‌الدین خوانساری و سیدصدرالدین قمی ادامه یافت تا به وحید بهبهانی، شاگرد سید صدرالدین قمی رسید (صدر، ۱۴۲۱: ۱۰۶).

علم فقه به مدد اندیشه و شخصیت فلسفی محقق خوانساری که سرشار از نبوغ و دقت فلسفی بود، حفظ شد. ایشان در کتاب فقهی اش به نام «مشارق الشموس فی شرح الدرّوس»، رنگ فلسفی را بر نگرش و تفکر فقهی و اصولی تابانید، به گونه‌ای که پیش از او سابقه نداشت. به عبارت دیگر، تا پیش از محقق خوانساری، تفکر فلسفی نقش چندانی در علم فقه و اصول نداشت؛ و این، محقق بود که با روحیه‌ای آزاد و جهت‌گیری فلسفی، به بررسی مباحث فقهی و اصولی پرداخت و این نوع از تفکر را به فقه و اصول سرایت داد (همان).

این رویکرد محقق خوانساری به علم فقه و اصول، اثر بزرگی را در آینده این علم گذاشت. پیدایش مکتب جدید در فقه و اصول در کربلا به دست محقق بزرگ و احیاگر آن محمدباقر بهبهانی تولد یافت. جهت‌گیری فلسفی محقق خوانساری در تفکر فقهی و اصولی و ادامه آن با آقاجمال و شیروانی و قمی، دو تأثیر عمده بر علم فقه و اصول ایجاد کرد: اول این که موجب دمیده شدن روح تفکر فلسفی در علم فقه و اصول و استحکام مبانی در برابر جریان اخباری شد؛ و دوم، میدان جدیدی را برای ابتکار در علم فقه و اصول فراروی متفکران گشود (صدر، ۱۴۲۱: ۱۰۶).

### دوم: تأثیرگذاری فلسفه بر تقویت نقد اندیشه اخباریان

علم اصول فقه در دامان علم فقه پرورش یافته، همان‌طور که علم فقه نیز در دامان علم حدیث رشد و نمو داشته است. (همان: ۶۳). جریان اخباری‌گری با ابزار معرفت‌شناختی و حس‌گرایی فلسفی خود، موجب رکود و ایستایی و تزلزل بنیان‌های علم اصول و به تبع آن، علم فقه شد؛ اما کسانی در مقابل این جریان قوی، قد برافراشته، به استحکام و اتقان مبانی آن پرداختند.

استفاده از مباحث فلسفی در مسائل فقهی، بر تقویت نقد اصولیان و فقها بر اندیشه اخباریان تأثیر زیادی داشت. این کاربرد، موجب دمیده شدن روح تفکر فلسفی در علم فقه و استحکام مبانی این علم در برابر جریان اخباری شد. به باور برخی اندیشمندان، از عوامل پیروزی علم اصول و فقه بر اخباری‌گری و پیدایش مکتب جدید توسط وحید بهبهانی،

جهت گیری فلسفی است. جهت گیری فلسفی ای که خوانساری در تفکر اصولی پایه گذاری کرد، یکی از بذره‌های اصلی بود که اندیشه علمی را با نیروهای جدید، برای رشد آماده کرد و میدان جدیدی را برای ابتکار گشود؛ و مکتب بهبهانی، وارث این جهت گیری بود (همان: ۶۱). بنابراین اصولیان و فقها با استفاده از مسائل فلسفی، توانستند در نقد اندیشه اخباریان با قوت و قدرت بیش تری وارد بحث شوند.

### سوّم: تأثیر فلسفه بر حوزه زبانی علم فقه

یکی از موارد مهم تأثیر گذاری فلسفه بر علم فقه، حوزه زبانی است. زبان عربی، فاقد واژه‌ها و مفردات قانونی و رسمی است؛ زیرا زبان عربی در عصر جاهلیت، با نهاد تمدنی فرهنگی، معاصر نبوده است. زبان عربی در عین کثرت لغات و تعدد اسالیب تعبیر و مجازهایش، دارای زبان حقوقی دقیقی نبوده است. از این جهت، شارع مقدّس برای افاده مقاصد خود، بیش تر از زبان مولویت و حاکمیت استفاده کرده است؛ مثلاً برای افاده مفاهیم فقهی و حقوقی همچون وجوب، حرمت، استحباب، کراهت، طهارت، نجاست و مانند این‌ها از زبان مولویت و حاکمیت همچون امر و نهی استفاده کرده است. گاهی برای افاده دو مطلب مختلف، از زبان واحدی استفاده کرده است؛ و برای افاده حکم مولوی و حکم وضعی، از زبان واحد امر، استفاده شده است؛ مثلاً برای افاده حکم مولوی لزوم برخورد نیکو میفرماید: «وَ عَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نسا/۱۹)؛ برای افاده حکم وضعی شرطیت عدّه در طلاق، نیز می‌فرماید: «فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» (طلاق/۱). منشأ همه این‌ها فقر زبانی در عربی بوده است.

در مقابل، زبان فلسفه که برگرفته از تمدن یونانی است، غنای زبانی دارد؛ از این جهت، علمای علم اصول و فقه نیز برای بیان مقاصد اصولی و فقهی خود، از واژه‌ها و اصطلاحات فلسفی ای استفاده کردند که از زبان یونانی به عربی ترجمه شده بود؛ مثلاً برای افاده ارتباط میان حکم تکلیفی و موضوعش، از تعبیر «شرط» استفاده کردند و مثلاً زوال را شرط وجوب نامیدند. یا برای افاده ارتباط میان حکم وضعی و موضوعش، از تعبیر «سبب» بهره بردند و مثلاً غسل را سبب طهارت دانستند. با این‌که در این جا شرطیت و سببیت واقعی و تکوینی وجود ندارد؛ اما تعبیر شرطیت و سببیت از دایره تکوین، وام گرفته شده و بر شرطیت و سببیت جعلی و قراردادی نیز اطلاق شده است. این مطلب هم درباره علم اصول و هم درباره علم فقه صادق است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱/۵۹-۶۰).

#### چهارم: تأثیر فلسفه بر حوزه تفسیر الفاظ در علم فقه

یکی دیگر از موارد تأثیرگذاری فلسفه بر علم فقه، تأثیر بر حوزه تفسیر الفاظ در علم فقه است که در نتیجه تأثیر قبلی (تأثیر فلسفه بر حوزه زبانی علم فقه) به وجود می‌آید.

در جریان ترجمه فلسفه به زبان عربی، اندیشمندان عرب، نیازمند به کارگیری برخی الفاظ عربی با بار معنایی جدید برای ترجمه مطالب فلسفی شدند؛ و برخی الفاظ عربی نیز بار معنایی جدیدی کسب کردند؛ مثلاً هر کدام از الفاظ علم، ظن و شک در فلسفه و منطق، بیانگر درجه خاصی از کشف و وضوح می‌باشند؛ در حالی که این الفاظ در زبان فلسفی، معنای دیگری دارند و دقیقاً به همان معنای مصطلح در عرف عربی نیستند. این اکتساب بار معنایی جدید، باعث شد در عرف اصولیان و فقها نیز این الفاظ با همین بار معنایی خاص، راه یافته، استعمال شود؛ حتی در تفسیر آیات و روایات نیز گاهی به همین معنای خاص تفسیر می‌شوند که این خلط، دقت زیادی در مقام تفسیر آیات و روایات می‌طلبد (سیستانی، همان: ۶۰/۱-۶۱).

#### پنجم: تأثیر فلسفه بر روش علم فقه

روش بحث در علم فقه، در دوره‌ای که نگرش عقلی و فلسفی بر علم فقه حاکم شد، استفاده از روش عقلی در کنار روش نقلی و استظهارات عرفی بود. مطابق همین روش، در کلمات بسیاری از فقها، از قواعد فلسفی در مسائل فقهی استفاده شده است؛ و در ادامه این نوشتار نیز به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. اما با طرح دیدگاه ادراکات اعتباری، تحولی در این روش مطرح شد؛ به این صورت که ادراکات به ادراکات اعتباری و حقیقی تقسیم شده، حوزه کاربرد آن‌ها، تفکیک گردید.

ادراکات حقیقی، انکشافات و انعکاسات ذهنی واقع و نفس‌الامر است اما ادراکات اعتباری، فرض‌هایی‌اند که ذهن به منظور رفع نیازهای حیاتی، آن‌ها را ساخته و جنبه وضعی و قراردادی و فرضی و اعتباری دارند (طباطبایی، ۱۴۱۱: ۵/۲۸۵-۲۸۶؛ مطهری، ۱۳۷۵: ۲-۱۷۳-۱۷۴). مطابق دیدگاه برخی فلاسفه معاصر از جمله علامه طباطبایی و پیروان ایشان، ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری، دو حوزه جداگانه معرفتی را تشکیل می‌دهند و ارتباط استنتاج منطقی میان آن‌ها برقرار نیست.

علامه طباطبایی و برخی پیروان ایشان، در پرتو طرح مسأله ادراکات اعتباری، به طرح مسأله خلط حقیقت و اعتبار در استدلال‌های علم اصول و نیز علم کلام پرداخته و برخی

اندیشمندان معاصر همچون شهید مطهری، امام خمینی، استاد جوادی آملی، آیت الله سیستانی، آیت الله مکارم شیرازی و دیگران نیز این ادعا را در حوزه مسائل علم اصول پذیرفته اند (ر.ک: مطهری، ۱۳۷۵: ۱۷۳-۱۷۴؛ سروش، ۱۳۶۶: ۳۹۸؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱۱۸-۱۱۵؛ جوادی، ۱۳۸۶: ۲۲۲/۱؛ و ۱۳۸۷: ۱۴۸-۱۴۷/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۶۳-۶۱/۱؛ مکارم، ۱۴۲۸: ۳۴/۱). مطابق این دیدگاه، نمی توان در علم فقه، از قواعد فلسفی که ناظر به ادراکات حقیقی اند، سود برد؛ و نیز کاربرد استدلال و برهان و تحدیدات منطقی در مسائل فقهی، صحیح نیست؛ زیرا حدپذیری و برهان پذیری از ویژگی های ادراکات حقیقی است. این تأثیرگذاری را می توان مهم ترین تأثیر فلسفه بر علم فقه قلمداد کرد.

### ششم: تأثیر فلسفه بر تبیین ساختار و اهداف کلی فقه

در فلسفه اسلامی به تبیین ساختار و اهداف کلی فقه پرداخته شده است. فلسفه اسلامی با طرح مباحثی درباره عبادات و حکمت آن ها، به تبیین ساختار و اهداف کلی فقه پرداخته است. رویکرد فلسفه اسلامی به مباحث عبادات و تحلیل شریعت، نقش تعیین کننده ای در تبیین ساختار و اهداف کلی فقه دارد و ترسیم کننده تأثیرات فقه بر حوزه تکوینی وجود انسان است.

تعیین میزان اهمیت هر مسأله ای از مسائل یک علم، تنها در پرتو تبیین ساختار و اهداف کلی آن علم، میسر است. در مباحث فلسفی، در ابواب مختلف به تبیین نگرش فلسفی به تکالیف الاهی و تحلیل ساختار و اهداف کلی فقه پرداخته شده است و با فصولی با عناوین «فصل فيه إشارة جمیلة إلى أسرار الشریعة و حکمة التکالیف»، «فصل فيه إشارة تفصیلیة إلى منافع بعض الأعمال المقربة إلى الله»، «فصل فی بیان أن مقصود الشرائع کلها تعریف عمارة منازل الطریق إلى الله» به نگرش فلسفی به عبادات یا عبادت شناسی فلسفی پرداخته می شود. این مسأله در تعیین دقیق ارزش و کارکرد هر یک از تکالیف الاهی و نیز هر جزء از اجزای تکالیف الاهی، در تأمین سعادت انسان، نقش بسزایی دارد؛ و نیز می توان آن را در تشدید ضمانت اجرایی فقه مؤثر دانست. با این نگرش، اصول تأثیرگذار از فروع تأثیرگذار، تفکیک می شود.

مسأله نگرش فلسفی به عبادات یا عبادت شناسی فلسفی، با پیش گامی ابن سینا به مباحث فلسفی راه یافت و صدرالمتألهین آن را ادامه داد (ابن سینا، ۱۴۰۴: ۴۴۳؛ ملاصدرا، ۱۳۸۶: ۴۲۸-۴۳۲).

صدرالمتألهین حقیقت انسان را حقیقت جمعی می‌داند و به باور او کمال انسانی در این است که در نتیجه سعی و کوشش، از مرتبه و حد طبع، به مرتبه و حد عقل ارتقا یابد، تا از ساکنان حریم حضرت الاهی شود؛ و این، هنگامی است که باطن وی به نور علم و دانش حقیقی روشن شود و در نتیجه عمل و سعی و کوشش، از عالم دنیا و علایق و خصوصیات آن، تجرد حاصل کند. بنابراین تکامل انسان تنها در سایه علم و عمل میسر می‌شود. عبادت اختیاری انسان، همسو با عبادت تکوینی همه موجودات امکانی است. صدرالمتألهین در باب چرایی وضع عبادات، بر این باور است که غرض از وضع قوانین و نوامیس الاهی و ایجاب و الزام طاعات و عبادات، این است که عالم غیب، عالم شهادت را به استخدام خویش درآورد؛ و شهوات و امیال نفسانی، خادم عقل و مطیع فرمان او باشند؛ جزء به کل بازگردد؛ دنیا به آخرت ارتحال یابد و به سوی آن کوچ کند؛ و محسوس، معقول گردد و واضع قانون و ناموس، مردم را به آنچه گفتیم، ترغیب و تحریرص نماید. سپس ایشان به بیان تفصیلی فلسفه و راز عبادت‌های پنج‌گانه، یعنی نماز، روزه، حج، زکات و جهاد پرداخته، همگام با مبانی هستی‌شناسی و انسان‌شناسی خویش، به توجیه فلسفی آن‌ها می‌پردازد. فلسفه مشترک تمام این عبادت‌ها در مرتبه نخست، حرکت روح به سوی عالم قدس، وجود، خیر و سعادت است؛ و در مرتبه دوم، انقیاد و به بند کشیدن شهوت و غضب می‌باشد (ملاصدرا، ۱۳۸۶: ۴۲۸-۴۳۲؛ و ۱۳۸۷: ۶۲۱).

#### هفتم: تأثیر فلسفه بر تبیین مکانیزم کارکرد فقه در سعادت انسان

در مباحث فلسفی، به تبیین جایگاه دانش، گرایش و افعال پرداخته شده و ضمن تفکیک قوای مختلف وجودی انسان، به اندازه و کیفیت تأثیر هر کدام از این‌ها در سعادت انسان پرداخته شده است. تفکیک میان دو حوزه دانش‌ها و گرایش‌ها، تفکیک میان عقل نظری و عقل عملی، رابطه متقابل میان عمل و عقیده، رابطه تکوینی میان عمل و جزا، اتحاد عالم با علم و نیز اتحاد عامل و عمل و مسائلی از این دست، جزو مباحث مهم فلسفی‌اند که در تبیین سازوکار و کارکرد فقه در سعادت انسان، تأثیر مستقیمی دارند. بنابراین مدعای فقه که تأمین سعادت انسان است، در فلسفه، مبرهن و تبیین می‌شود. در پرتو مبانی فلسفی یادشده، به‌ویژه مبانی حکمت متعالیه، کارکرد فقه در تأمین سعادت انسان به‌ویژه سعادت فردی انسان، قابل تبیین است؛ و توجه به آن‌ها می‌تواند در عمل دقیق به دستورات فقهی نقشی برجسته داشته باشد. مطابق این مبانی، طرح «مکانیزم

کارکرد فقه در سعادت انسان» بر اساس مبانی فلسفه اسلامی به ویژه مبانی حکمت متعالیه، قابل پیگیری و ساماندهی است.

### هشتم: تأثیر فلسفه بر نظام کلی عبودیت و مولویت در علم فقه

علم فقه بر اساس برقراری رابطه عبودیت و مولویت میان انسان و خدا طراحی شده است. گاهی در مسائل فقهی، میان عبودیت و مولویت اعتباری با عبودیت و مولویت حقیقی، خلط شده، این دو یکسان پنداشته می شوند؛ چنان که در مباحث اصولی نیز گاهی چنین خلطی رخ می دهد. به باور شهید صدر قاعده قبح عقاب بلا بیان، ناشی از خلط میان عبودیت و مولویت اعتباری با عبودیت و مولویت حقیقی است (صدر، ۱۴۲۶: ۲۸/۴). شهید صدر جزو فلاسفه صاحب نظر در فلسفه نیست، اما آنچه در این جا اهمیت دارد، تأثیر پذیری ایشان در طرح این اندیشه، از مبانی فلسفه اسلامی به ویژه مبانی حکمت متعالیه است و نیز تبیین این اندیشه بر اساس این مبانی است.

فلسفه، با تبیین دقیق رابطه معلول با علت و عین ربط بودن وجود معلول نسبت به علت، به تبیین عبودیت و مولویت حقیقی پرداخته، آن را از عبودیت و مولویت اعتباری تفکیک می کند و تصویر روشنی از نظام کلی مولویت در علم فقه ارائه می نماید. این روشنگری های فلسفی می تواند پشتوانه قدرتمندی برای رفع برخی خلطها در مباحث فقهی باشد.

### نهم: تأثیر فلسفه بر برخی پیش فرض های عمده در علم فقه

فلسفه بر برخی پیش فرض های عمده در علم اصول و فقه نیز تأثیرگذار است؛ مثلاً یکی از پیش فرض های عمده در علم اصول و علم فقه، تبعیت نظام تشریحی از مصالح و مفاسد واقعی است و مسائل اصولی و فقهی بر همین محور تبیین می شوند. اما با طرح دیدگاه وحدت علت فاعلی و علت غائی در واجب بالذات و انکار تبعیت افعال الاهی از مصالح و مفاسد و نفی غایت زائد بر ذات الاهی برای افعال الاهی، این پیش فرض نیز دچار تحول شده و دست کم به تبیین جدیدی نیاز خواهد بود.

برخی محققان معاصر بر این باورند که افعال خداوند، تابع مصلحت و مفسده نیستند، ولی ما چون خداوند را حکیم می دانیم، از افعال او مصلحت و مفسده را انتزاع می کنیم. ما از نظامی که خداوند متعال آفریده، انتزاع کرده ایم که چه چیزی مصلحت است و چه چیزی مفسده؛ و به آن «نظام احسن» می گوئیم. اما با توجه به نفی غایت از افعال



الاهی، جایی برای تبعیت افعال الاهی از مصالح و مفسد باقی نمی ماند (عابدی، بی تا): ۱۷۲). این مسأله به عنوان یک پیش فرض فقهی، ناشی از آن مبنای فلسفی است که در فلسفه بررسی می شود. صحت یا سقم این استنتاج نیز نیازمند بحث مستقلی است (اسماعیلی، ۱۳۹۳-ب: ۱۱۰).

موارد دیگری نیز از تأثیرات کلی فلسفه بر علم فقه وجود دارد که می توان آن ها را به موارد یادشده افزود. این مسأله و مسائلی از این دست، بیانگر تأثیر فلسفه بر مبانی و پیش فرض های علم فقه است؛ و با تحوّل این مسائل، این پیش فرض نیز دچار تحوّل شده و حداقل تأثیر آن لزوم تبیینی جدید است.

### تأثیر گذاری فلسفه بر مسائل علم فقه

مسائل فلسفی بر برخی مسائل علم فقه تأثیر گذارند. بدیهی است که استقصای تمام موارد کاربرد قواعد فلسفی در مسائل فقهی، نیازمند نگارش چند جلد کتاب قطور است. نوشتار حاضر نیز در صدد استقصای این موارد نیست و تنها در صدد ارائه چند نمونه مختصر از کاربرد قواعد فلسفی در علم فقه است. از این جهت، به اختصار به کاربرد چند قاعده فلسفی در مسائل فقهی و تبیین نحوه کاربرد آن ها پرداخته می شود.

#### ۱. قاعده استحاله تأثیر معدوم بر موجود

تأثیر گذاری و تأثیر پذیری بر مبنای وجود است؛ زیرا نه تنها عدم از دایره تأثیر گذاری و تأثیر پذیری بیرون است، بلکه ماهیت نیز از این دایره خارج است. این قاعده در مباحث فقهی، گاهی با عنوان «استحاله تأثیر مؤخر بر مقدم» نیز مطرح می شود که با توجه به معدوم بودن مؤخر در زمان تأثیر گذاری بر مقدم، بیانگر «تأثیر معدوم بر موجود» است. این قاعده در مسائل متعدد فقهی کاربرد دارد که به برخی از آن ها اشاره می کنیم:

کاربرد اول: مشروط بودن روزه روز قبل از زن مستحاضه به غسل شب بعدی؛ روزه چند گروه صحیح نیست که از جمله آن ها زن حائض و نفساء است؛ اما در مورد زن مستحاضه، برخی فقها بر این باورند که صحت روزه زن مستحاضه، مشروط به غسل شب بعدی است. محقق حلی صاحب شرائع، این دیدگاه را برگزیده، می نویسد: «و یصح (الصوم) من المستحاضة إذا فعلت ما يجب علیها من الأغسال أو الغسل» (حلی، ۱۴۰۸: ۱/۱۷۸؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۳۳۲/۱۶). اما در مقابل این دیدگاه، این مسأله مطرح شده که مشروط نمودن صحت

روزه زن مستحاضه به غسل شب بعدی، با قاعده فلسفی یادشده ناسازگار است؛ لذا راه حل‌هایی برای حل این مشکل بیان شده است که همه این‌ها بیانگر تأثیر این قاعده فلسفی بر مباحث فقهی است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۱۷۹/۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۹: ۳۲/۲؛ طباطبایی، بی تا: ۱۰۶/۱). این مسأله فقهی و مسائل دیگری با همین محتوا، باعث شکل‌گیری مسأله «شرط متأخر» در علم اصول شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۱۷۹/۱).

کاربرد دوم: کاشفیت اجازه در بیع فضولی؛ اثرگذاری عقدی که به شکل فضولی انجام گرفته، بر اجازه کسی متوقف است که حق اجازه دادن دارد؛ مثلاً مالک یا ولی که در حکم مالک است. اما در این اختلاف است که آثار عقد از زمان اجازه بر آن مترتب می‌شود که از آن به «اجازه ناقله» تعبیر می‌شود، یا این که اجازه، کاشف صحت عقد از زمان وقوع آن است که به آن «اجازه کاشفه» گفته می‌شود. نظر مشهور، قول دوم است. برخی فقها بر اثبات کاشفیت اجازه، استدلال کرده، به این که اگر اجازه، کاشف نباشد، تأثیر معدوم بر موجود لازم می‌آید. فخرالمحققین می‌نویسد: «احتج القائلون بكونها كاشفة بأنه لولاها لزم تأثير المعدوم في الموجود، لان العقد حالها عدم» (علامه حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۹/۱؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۷۵/۴؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۱۲؛ ۶۰۷؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۴۰۰؛ خوبی، ۱۳۸۸: ۱/۷۶۸).

کاربرد سوم: کاشفیت یا ناقلیت فک رهن؛ فک رهن عبارت است از خروج مال مورد رهن از حالت وثیقه. فک رهن به طرق زیر اعمال می‌شود: پرداخت دین از طرف رهن؛ صرف نظر کردن مرتهن از مال مرهونه؛ و ابراء دین از طرف مرتهن. تصرف شخص رهن در مال مرهونه، جایز و نافذ نیست. اما اگر رهن، بیعی انجام داد و مال مرهونه را فروخت، سپس فک رهن نمود، آیا فک رهن، کاشف از صحت معامله قبلی است یا ناقل است؟ در این مسأله نیز همچون مسأله قبل اختلاف نظر وجود دارد و استدلال بر کاشفیت، به قاعده «استحاله معدوم بر موجود» صورت گرفته است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۳۷۵).

کاربرد چهارم: سقوط اختیار در بیع الخيار با اسقاط بعد از عقد؛ یکی از افراد اختیار شرط، بیع الخيار است. اختیار در بیع الخيار با اسقاط بعد از عقد، ساقط می‌شود. برخی فقها بر این مطلب، اشکال ثبوتی مطرح کرده‌اند مبنی بر این که اگر اسقاط، سببیت برای سقوط داشته باشد و مقصود از سببیت همان سببیت در امور تکوینی باشد، این اشکال مطرح می‌شود که سقوط، باید علتی داشته باشد که در حال سقوط، آن علت موجود باشد؛ اما در سقوط اختیار در بیع الخيار با اسقاط بعد از عقد، این علت موجود نیست. نکته قابل توجه این که امام خمینی این مسأله را بنا بر مسلک قوم مطرح کرده، آن را نقد می‌کند

(خمینی، ۱۴۲۱: ۳۴۸/۴). اما آنچه در این جا اهمیت دارد، اصل کاربرد این قاعده فلسفی در مسائل فقهی است؛ اعم از این که این کاربرد، اثباتی یا نفی باشد.

## ۲. قاعده استحاله تحقق عرض بدون موضوع

وجود یا فی نفسه است یا فی غیره. وجود فی نفسه، وجودی است که اولاً مفهوم وجود معمولی از آن انتزاع می شود؛ بنابراین مفهوم انتزاع شده از او، جزو مفاهیم اسمی قلمداد می شود. ثانیاً اگر وجود فی نفسه، محدود و متناهی باشد، مفهوم ماهوی از او انتزاع می شود. ثالثاً فی نفسه بودن وجود، ملاک اثنبیت و مستلزم تعدد و تکثر واقعیات عالم هستی است (عبودیت، ۱۳۸۵: ۲۰۵/۱). وجود فی نفسه یا لِنفسه است یا لغيره. وجود فی نفسه لغيره، وجود رابطی است که قائم به غیر و تحقق آن بدون تحقق موضوعش، محال است. حیثیت فی نفسه و حیثیت لغيره در جهان ذهن، دو حیثیت جدا از هم اما در جهان خارج، عین هم هستند.

قاعده استحاله تحقق عرض بدون موضوع نیز در مسائل متعدد فقهی کاربرد دارد که به برخی از آن ها اشاره می کنیم:

کاربرد اول: شرایط تطهیر با آب. یکی از شرایط تطهیر با آب، زوال عین نجاست و اثر نجاست است. در تفسیر اثر نجاست، اختلاف نظر وجود دارد: برخی فقها، اثر نجاست را به «رنگ» تفسیر کرده و بر لزوم زوال رنگ نجاست استدلال کرده اند به این که رنگ، عرض است و عرض نیازمند موضوع است؛ بنابراین بقای رنگ نجاست، بیانگر بقای عین نجاست است؛ زیرا عرض بدون موضوع، محقق نمی شود (آملی، ۱۳۸۰: ۱۷۲/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۹/۲).

کاربرد دوم: تفکیک میان شستن با آب و مسح با احجار در تطهیر. میان شستن با آب و مسح با احجار، این تفاوت وجود دارد که در شستن با آب، زوال عین نجاست و اثر نجاست لازم است اما در مسح با احجار، زوال اثر نجاست لازم نیست. برخی فقها اثر را به رنگ نجاست تفسیر کرده و در اثبات لزوم زوال اثر نجاست، به این استدلال کرده اند که رنگ، عرض است و عرض نیازمند موضوع است؛ بنابراین بقای رنگ نجاست، بیانگر بقای عین نجاست است؛ زیرا عرض بدون موضوع، محقق نمی شود (آملی، ۱۳۸۰: ۵۱/۳).

کاربرد سوم: انکار بیع کلی فی الذمه. بیع کلی در مقابل بیع شخصی، به دادوستد کالای کلی گفته می شود؛ به این معنا که کالایی خرید و فروش بشود که در وصف، معین

است ولی در خارج، کلی و قابل صدق بر افراد متعدد می‌باشد. عنوان کلیت در بیع کلی، گاه صفت بیع واقع می‌شود و گاه صفت مبیع است و هر دو، به یک معنا است. کلی در بیع، یا کلی در ذمه است، مانند آن که کسی صد کیلو گندمی را که از دیگری طلب دارد، می‌فروشد؛ و یا کلی در خارج. این نیز یا کلی در معین است، مانند فروختن صد کیلو از برنج‌های موجود و مشخص در انبار؛ و یا کلی مشاع، مانند فروختن یک سوم از برنج موجود در خارج (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۲/۲۰۸). برخی فقها همچون محقق نراقی، بیع کلی فی الذمه را انکار کرده‌اند؛ زیرا ملکیت، عرض و نیازمند است. ولی در کلی فی الذمه، موضوع آن، امر معدوم است که عبارت است از کلی فی الذمه (سیستانی، ۱۴۱۴: ۶۲/۱).

کاربرد چهارم: حکم عین تلف شده در خیار غبن. یکی از مسقطات خیار غبن، تصرف مشتری مغیون قبل از علم به غبن است. در ذیل این مسأله، مسأله دیگری مطرح می‌شود مبنی بر این که اگر با وجود غبن، عوضین هر دو تلف شوند، حکمش چیست؟ شیخ انصاری میان تلف مال غابن و تلف مال مغیون، تفصیل داده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۰/۵). برخی فقها اظهار کرده‌اند که اگر خیار، حق رد و استرداد باشد، با تلف و اتلاف، استرداد ممتنع است؛ زیرا عین مزبور قابلیت ندارد تا ملکیت دیگری بپذیرد؛ و عینی وجود ندارد و تحقق ملکیت از قبیل عرض بدون موضوع می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۱۳/۴).

### ۳. قاعده الواحد

این قاعده از قواعد بسیار مهم و پرکاربرد در مسائل فلسفی و نیز در مسائل علم فقه است. میرداماد آن را جزو امهات اصول عقلی دانسته است و ابن رشد آن را مورد اتفاق قداما می‌داند و تنها اشاعره با آن مخالفت کرده‌اند (میرداماد، ۱۳۶۷: ۳۵۱). قاعده الواحد، دو فرع دارد: گاهی از جانب علت به آن نگریسته می‌شود: «الواحد لا یصدر عنه الا الواحد»؛ و گاهی از جانب معلول: «الواحد لا یصدر الا عن الواحد». این قاعده نیز در مسائل متعدد فقهی کاربرد دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

کاربرد اول: حکم فقهی کثیرالشک. یکی از موارد شک‌هایی که به آن‌ها توجه نشده و فاقد اعتبار است، شک کثیرالشک است. در این حکم، اختلافی وجود ندارند؛ اما تعبیرات روایات، متفاوت است: در برخی روایات، از تعبیر «کثرت سهو»، در برخی از تعبیر «کثرت شک»، و در برخی از تعبیر «کثرت وهم» استفاده شده است. برخی فقها در

صدد حل این اختلاف، اظهار کرده‌اند که حکم نسبت به موضوع، همچون معلول نسبت به علت است؛ حکم در همه این موارد، یکی است که وجوب مضمی است. بنابراین مطابق قاعده الواحد در جانب معلول، موضوع نیز یکی بوده، تعابیر مختلف، ناظر به یک حقیقتند (اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۱۸/۸۶). نکته قابل توجه این که ممکن است این کاربرد مورد پذیرش برخی قرار نگیرد؛ و قاعده الواحد، مختص امور حقیقی و تکوینی قلمداد شود (همان: ۱۸/۸۶). اما آنچه در این جا اهمیت دارد، اصل کاربرد این قاعده فلسفی در مسائل فقهی است اعم از این که این کاربرد، اثباتی یا نفیی باشد.

کاربرد دوم: حکم فقهی بذل نفقه در حج. استطاعت، شرط وجوب حج است. اگر کسی قسمتی از نفقه را دارا باشد و دیگری بقیه نفقه را به او بذل نماید، آیا حج بر او واجب می‌شود؟ برخی فقها همچون صاحب مدارک و صاحب جواهر قائل به وجوب حج شده‌اند. برخی فقها بر اثبات وجوب، به این استدلال کرده‌اند که شرط وجوب حج، تحقق جامع استطاعت است اعم از این که این جامع، در ضمن هر فردی به صورت مستقل محقق گردد یا این که با ضمیمه شدن یک فرد به فرد دیگر محقق شود. بنابراین با تکیه بر قاعده الواحد در جانب علت، هرگاه این جامع استطاعت محقق شود، وجوب حج نیز محقق می‌شود. (سبحانی، ۱۴۲۴: ۱/۲۰۶-۲۰۷). ممکن است این کاربرد را برخی نپذیرند و قاعده الواحد، مختص امور حقیقی و تکوینی قلمداد شود؛ (همان: ۱/۲۰۶-۲۰۷)؛ اما آنچه در این جا اهمیت دارد، اصل کاربرد این قاعده فلسفی در مسائل فقهی است اعم از این که این کاربرد، اثباتی یا نفیی باشد.

کاربرد سوم: لازم یا جایز بودن عقد معاطات. در این که آیا اصل در مطلق معاملات، لزوم است یا جواز، و نیز در خصوص لازم یا جایز بودن عقد معاطات، اختلاف است. محقق خوانساری بر این باور است که حکم به لزوم، مبتنی بر ثبوت وحدت در حقیقت ملکیت است. اما این مدعا قابل پذیرش نیست؛ زیرا ملک لازم و جایز، دو حقیقت مختلفند. علاوه بر این که حقیقت سبب مملک، در معاملات با یکدیگر تفاوت دارد و مطابق قاعده الواحد در جانب علت، حقیقت مسبب نیز مختلف می‌شود (امامی خوانساری، بی تا: ۸۶).

کاربرد چهارم: شرطیت ملک طلق بودن در عوضین. یکی از شرایط عوضین در بیع، ملک طلق بودن عوضین است؛ اما آیا این شرط، یک شرط مستقل در عوضین است یا بیانگر یک عنوان انتزاعی از موانع بیع است؟ شیخ انصاری دیدگاه دوم و محقق خراسانی

دیدگاه اول را برگزیده‌اند. بر اثبات دیدگاه اول، چنین استدلال شده که مطابق قاعده الواحد، معلول واحد جز از علت واحد صادر نمی‌شود؛ بنابراین وحدت معلول، کاشف از وحدت علت است و اگر در ظاهر، علت، متعدّد باشد، کشف می‌کنیم که علت، جامع بین افراد متعدّد است. بر اثبات دیدگاه دوم به قاعده الواحد به این صورت تمسک شده که هر کدام از این موانع و اعدام، مؤثرند؛ لذا مطابق قاعده الواحد در جانب معلول، علت مؤثر، جامع میان این موانع است (روحانی، ۱۴۱۲: ۲۱۳/۱۶).

#### ۴. قاعده استحاله انقلاب (انقلاب الشیء عمّا هو علیه محال)

انقلاب دو گونه است: انقلاب محال و انقلاب ممکن. انقلاب محال، انقلاب یک صورت به صورت دیگر و تحول یک نوع محصل به نوعی دیگر و یا دگرگونی یک فعلیت به فعلیت دیگر است؛ زیرا هر فعلیت و صورت محصله، طارد دیگر صور و فعلیت‌ها است و تحقق هر یک با زوال دیگری همراه است؛ یعنی هرگاه صورت و فعلیت جدیدی حادث شود، صورت و فعلیت گذشته زایل می‌شود. انقلاب غیرمستحیل، نظیر انقلاب ماده به صورت و جنس به فصل و یا ناقص به تمام است؛ زیرا ماده بر خلاف صورت، از ابهام خارجی و جنس بر خلاف فصل و نوع محصل، از ابهام ذهنی برخوردار است؛ و هر دو، نسبت به صورت و فصل، ناقص و ناتمام می‌باشند و هر شیء ناقص در تحول و دگرگونی خود، به فعلیت تبدیل شده، با آن قابل جمع است (جوادی، ۱۳۸۶: ۳۵۹/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۴۵/۲).

این قاعده در مسائل متعدّد فقهی کاربرد دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم: کاربرد اول: شرطیت اجازه برای تأثیر عقد. در کاشفه یا ناقله بودن اجازه، اختلاف نظر وجود دارد. دیدگاه کشف حقیقی، یکی از دیدگاه‌های مطرح است. شیخ انصاری بر این دیدگاه اشکالاتی مطرح کرده که یکی از آن‌ها لزوم انقلاب است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۰۷/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۴۵/۲).

کاربرد دوم: عدول از نیت یک روزه به روزه دیگر. مقتضای قاعده اولی در باب عدول از نیت یک روزه به روزه دیگر، عدم جواز عدول است؛ زیرا عدول در اثنای عمل، بیانگر انقلاب افعال گذشته از معدول عنه به معدول الیه است و انقلاب در ماهیت، محال است (آملی، ۱۳۸۰: ۴۷۹/۷).

کاربرد سوم: عدول در نیت اعتکاف. مقتضای قاعده اولی در باب عدول از نیت یک

اعتکاف به اعتکاف دیگر، عدم جواز عدول است؛ زیرا عدول در اثنای عمل، بیانگر انقلاب افعال گذشته از معدول عنه به معدول الیه است و انقلاب در ماهیت، محال است (همان: ۱۵۰/۹).

کاربرد چهارم: استناد عقد فضولی به مالک. برخی فقها بر استناد عقد فضولی به مالک اشکال کرده‌اند که لازمه آن، لزوم انقلاب است. برخی فقها این اشکال را نپذیرفته، به تحلیل و بررسی آن پرداخته‌اند. (کوه‌کمری، ۱۴۰۹: ۲۸۱).

این قاعده کاربردهای فراوان دیگری نیز دارد که از جمله آن‌ها این موارد است: صور بیع وقف (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۳۶/۳)؛ حکم توریه (خوبی، بی تا: ۴۰۱/۱)؛ حکم غسل با آب مضاف (اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۴۱۶/۳)؛ و وجوب تیمم در صورت فقدان آب (همان: ۲۴۸/۹).

قواعد فلسفی فراوان دیگری نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارند که تبیین آن‌ها نیازمند نوشتار مبسوطی است و تنها به فهرست برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

قاعده «استحاله اجتماع مثلین» در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارد؛ از جمله در این موارد: آداب تخلی (خوانساری، بی تا: ۴۴۴/۱)؛ تعیین مبدأ خیار شرط (حلی، ۱۴۱۳: ۶۸/۵؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۶۹/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۵/۲؛ میمری، ۱۴۲۰: ۴۶/۲)؛ یقین در اصل طهارت و حدث و شک در تعیین متأخر (لوامع الأحکام: ۳۷۶)؛ جریان خیار شرط در همه معاوضات (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۹۵/۱۵)؛ تنجس آب جاری (همدانی، ۱۴۱۶: ۵۴/۱)؛ کیفیت وضو (همان: ۲۸۶/۲)؛ و تعیین مبدأ خیار حیوان (یزدی، ۱۴۲۱: ۲۶/۱).

قاعده «اصالت وجود و اعتباریت ماهیت» نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارد؛ از جمله در این موارد: حقیقت ملکیت (کوه‌کمری، ۱۴۰۹: ۳۳)؛ خیار عیب (خمینی، ۱۴۱۸: ۲۰/۱)؛ و حکم فقهی معاطات (اراکی، ۱۴۱۵: ۵۲/۱).

قاعده «کلی طبیعی» نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارد؛ از جمله در این موارد: احکام ازاله نجاست (کاشف الغطاء، بی تا: ۳۳۰)؛ وجوب تعیین سوره بعد از حمد (همدانی، ۱۴۱۶: ۳۸۳/۱۲)؛ شروط عوضین (حلی، ۱۳۸۷: ۴۳۰/۱)؛ اشتراط عین بودن یا شبه عین بودن مبیع (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۲۶/۵)؛ حکم بیع صاعی از صبره (همان: ۲۹۵/۱۱)؛ وقوع غرر در بیع کلی (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۰۵)؛ و حقیقت هبه (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳/۶؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۱۶۳/۲۸).

قاعده «الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار» نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارد؛ از جمله در این موارد: حکم فقهی سفر معصیت اکراهی (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۷۲/۸)؛

اشترای اباحه مکان مصلی (نجفی، ۱۴۲۱: ۵۳۸/۴؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۳۹/۱۱؛ نائینی، ۱۴۱۱: ۶/۲)؛ لزوم تعلّم قرائت بر عاجز از تلفظ و عدم صحت نمازش در آخر وقت (نجفی، ۱۴۲۱: ۱۵۵/۵)؛ حکم ضیق وقت برای تعلّم قرائت (همان: ۲۲۸/۵)؛ مطهرات، اسلام (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲۶/۵؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۸)؛ اشتراط شناخت علم کلام در اجتهاد (۲۸۱: ۲۸۱)؛ حکم فقهی ساختن صور مجسمه (قزوینی، ۱۴۲۴: ۲۰۳/۲)؛ غسل جنابت (همدانی، ۱۴۱۶: ۲۷۸/۳)؛ حکم جبیره (کاشانی، ۱۴۲۸: ۵۱۱/۲)؛ و نماز در لباس مشکوک (نائینی، ۱۴۱۸: ۲۱۴).

قاعده «استحاله ترجیح بدون مرجح» نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارد؛ از جمله در این موارد: کتاب دین (حلی، ۱۳۸۷: ۴۴/۲)؛ احکام لقطه (همان: ۱۳۷/۲)؛ احکام وصیت (همان: ۴۹۲/۲)؛ احکام حیض (حلی، ۱۴۰۷: ۱۶۴/۱)؛ موانع ارث (همان: ۳۶۱/۴)؛ کراهت استدانه در حال اختیار (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۴/۵)؛ ماهیت روزه (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۷۷/۵)؛ نماز (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۱)؛ تعدّد ولی میت (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۲۷/۱۳)؛ و مدت مساقات (همان: ۳۶۱/۲۱).

قواعد فلسفی فراوان دیگری نیز در مباحث مختلف علم فقه کاربرد دارند که همه این‌ها بیانگر ارتباط تنگاتنگ میان فلسفه و علم فقه است.

### نتیجه‌گیری

برخی مسائل فلسفی، تأثیرات کلی بر علم فقه داشته، بر نظام کلی علم فقه اعم از روش علم فقه، موضوع آن، کلیت مسائل این علم و مانند این‌ها، تأثیرگذارند؛ و پذیرش یا نقد آن‌ها، تأثیر مستقیمی بر نظام کلی علم فقه دارد. برخی مسائل فلسفی نیز بر تک تک مسائل علم فقه تأثیر دارند. مهم‌ترین موارد تأثیرگذاری کلی فلسفه بر علم فقه، از این قرار است: یکم: تأثیر فلسفه بر شکل‌گیری فلسفی اندیشه فقهی؛ دوم: تأثیر فلسفه بر تقویت نقد اخباریان؛ سوم: تأثیر فلسفه بر حوزه زبانی علم فقه؛ چهارم: تأثیر فلسفه بر حوزه تفسیر الفاظ در علم فقه؛ پنجم: تأثیر فلسفه بر روش علم فقه؛ ششم: تأثیر فلسفه بر تبیین ساختار و اهداف کلی فقه؛ هفتم: تأثیر فلسفه بر تبیین مکانیزم کارکرد فقه در سعادت انسان؛ هشتم: تأثیر فلسفه بر نظام کلی عبودیت و مولویت در علم فقه؛ نهم: تأثیر فلسفه بر برخی پیش فرض‌های عمده در علم فقه. برخی قواعد فلسفی نیز بر مسائل علم فقه تأثیرگذارند.



۱. ابن سینا، حسین بن عبدالله (۱۴۰۴)، الشفاء، الالهيات، مكتبة آية الله المرعشي، قم.
۲. اراکی، محمدعلی، (۱۴۱۵)، کتاب البیع، مؤسسه در راه حق، قم، اول.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۴. اسماعیلی، محمدعلی (۱۳۹۳-الف)، پژوهشی در ادراکات اعتباری در علم کلام، فصلنامه علمی تخصصی حکمت اسلامی، شماره ۲، مجمع عالی حکمت اسلامی.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳-ب) «جایگاه مصلحت در افعال تشریحی الهی»، فصلنامه انجمن علمی پژوهشی کلام اسلامی، سال پنجم، شماره ۸.
۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲) «درآمدی بر چیستی فلسفه فقه»، نشریه علمی تخصصی در مسیر استنباط، مجتمع آموزش عالی فقه، قم، شماره چهارم و پنجم، ص ۲۳-۵۱.
۷. اشتهازی، علی پناه (۱۴۱۷)، مدارك العروة، دار الأسوة للطباعة و النشر، تهران، اول.
۸. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، أنوار الهدی، قم، اول.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۹)، نهاية الدراية، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، بيروت، چاپ دوم.
۱۰. آملی، میرزا محمدتقی (۱۳۸۰)، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، ۱۲ جلدی، مؤلف، تهران، اول.
۱۱. شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، اول.
۱۲. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، - ایران، اول.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۶)، رحيق مختوم، مرکز نشر اسراء، چاپ سوم.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷) عین نضاح، مرکز نشر اسراء، قم، چاپ اول.
۱۵. حسن بن زین الدین (بی تا)، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ نهم.
۱۶. اسدی حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، اول.
۱۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳)، مختلف الشیعة فی أحكام

- الشریعة، دفتر انتشارات اسلامی، قم، دوم.
١٨. فخر المحققین حلّی، محمد بن حسن بن یوسف (١٣٨٧)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، اول.
١٩. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (١٤٠٨)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم- ایران، دوم.
٢٠. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله (١٤٠٤)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ٤ جلد، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، اول.
٢١. خراسانی، محمد کاظم (١٤٢٧)، کفایة الأصول، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، چاپ اول.
٢٢. خمینی، سید روح الله موسوی (١٤٢١)، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، اول.
٢٣. \_\_\_\_\_ (١٤١٠)، الرسائل، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
٢٤. خمینی، سید مصطفی موسوی (١٤١٨)، الخیارات، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، اول.
٢٥. خوانساری، آقا حسین بن محمد (بی تا)، مشارق الشموس فی شرح الدروس، بی جا.
٢٦. امامی خوانساری، محمد (بی تا)، الحاشیة الثانية علی المكاسب، قم.
٢٧. خویی، ابوالقاسم (١٤٢٢- الف)، مصباح الأصول، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول.
٢٨. \_\_\_\_\_ (بی تا)، مصباح الفقاهة، انتشارات داوری، قم.
٢٩. \_\_\_\_\_ (١٤٢٢ - ب)، محاضرات فی أصول الفقه، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، قم، چاپ اول.
٣٠. \_\_\_\_\_ (١٤١٦)، معتمد العروة الوثقی، منشورات مدرسة دار العلم، قم، دوم.
٣١. روحانی، سید صادق (١٤١٢)، فقه الصادق (ع)، دارالکتاب، قم، اول.
٣٢. سبحانی، جعفر (١٤٢٤)، الحج فی الشریعة الإسلامیة الغراء، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، اول.
٣٣. سبزواری، سید عبدالاعلی (١٤١٣)، مهذب الأحكام، مؤسسه المنار، قم، چهارم.
٣٤. سروش، عبدالکریم (١٣٦٦)، تفرّج صنع، نشر سروش، تهران، چاپ اول.
٣٥. سیستانی، سید علی (١٤١٤)، الرافد فی علم الأصول، تقرير منیر قطیفی، نشر لیتوگرافی حمید، قم، چاپ اول.

٣٦. شهيد ثانی، زين الدين (١٤١٣)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول.
٣٧. صدر، محمدباقر (١٤٢١)، المعالم الجديدة للأصول، مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، قم، الطبعة الاولى.
٣٨. \_\_\_\_\_ (١٤٢٦)، بحوث في علم الاصول، تقرير سيد محمود هاشمي شاهرودي، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي.
٣٩. ملاصدرا، محمد بن ابراهيم (١٩٨١)، الأسفار الأربعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، چاپ سوم.
٤٠. \_\_\_\_\_ (١٣٨٧)، المبدأ و المعاد، تقديم و تصحيح سيد جلال الدين آشتياني، بوستان كتاب، چهارم.
٤١. \_\_\_\_\_ (١٣٨٦)، الشواهد الربوبية، بوستان كتاب، چهارم.
٤٢. \_\_\_\_\_ (١٤٢٢)، شرح الهداية الاثرية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، اول.
٤٣. صيمري، مفلح بن حسن (١٤٢٠)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، دارالهادي، بيروت، اول.
٤٤. طباطبائي، سيد محمد حسين (١٤١١)، الميزان، مؤسسة الاعلمي، بيروت، الطبعة الاولى.
٤٥. \_\_\_\_\_ (١٣٨٥)، نهاية الحكمة، با تصحيح و تعليقات استاد فياضی، مؤسسه آموزشي امام خميني، قم، سوم.
٤٦. \_\_\_\_\_ (بي تا)، حاشية الكفاية، بنياد علمي و فكري علامه طباطبائي، قم، چاپ اول.
٤٧. \_\_\_\_\_ (١٤٢٨)، مجموعة رسائل العلامة الطباطبائي، مكتبة فدك، قم، چاپ اول.
٤٨. عابدي، احمد (بي تا)، مصلحت در فقه، فصلنامه نقد و نظر، سال سوم، شماره چهارم، قم، ص ١٦٦-١٧٧.
٤٩. شهيد اول عاملي، محمد بن مكي (١٤١٧)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ٣ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه، قم، دوم.
٥٠. عاملي، سيد جواد (١٤١٩)، مفتاح الكرامة، جامعه مدرسين حوزه علميه، قم، چاپ اول.
٥١. عبوديت، عبدالرسول (١٣٨٥)، درآمدی به نظام حکمت صدرایی، سمت، تهران، اول.
٥٢. قزوینی، سيد علي موسوی (١٤٢٧)، الاجتهاد و التقليد (التعليقة على معالم الأصول)، دريك جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه، قم، اول.

٥٣. \_\_\_\_\_ (١٤٢٤)، ینابیع الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، دو جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول.
٥٤. کاشانی، ملا حبیب الله شریف (١٤٢٨)، منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع - کتاب الطهارة، ٢ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، اول.
٥٥. کاظمی، فاضل، جواد بن سعد اسدی (بی تا)، مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام، بی جا.
٥٦. کرکی، محقق ثانی (١٤١٤)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، دوم.
٥٧. کوه کمبری، سید محمد بن علی حجت (١٤٠٩)، کتاب البیع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، دوم.
٥٨. مطهری، مرتضی (١٣٧٥)، اصول فلسفه و روش ربانیسم، صدرا، قم، چاپ نهم.
٥٩. مکارم شیرازی (١٤٢٨)، انوار الأصول، تقریر احمد قدسی، نشر مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، دوم.
٦٠. میر داماد، محمد باقر (١٣٦٧)، القیسات، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
٦١. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (١٤١٨)، رساله الصلاة فی المشکوک، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، اول.
٦٢. \_\_\_\_\_ (١٤١١)، کتاب الصلاة (للنائینی)، ٢ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول.
٦٣. \_\_\_\_\_ (١٣٧٣)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المكتبة المحمدية، تهران، اول.
٦٤. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (١٤٠٤)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم.
٦٥. \_\_\_\_\_ (١٤٢١)، جواهر الکلام فی ثوبه الجدید، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، اول.
٦٦. نراقی، مولی احمد (١٤١٥)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، اول.
٦٧. نراقی، مولی محمد مهدی (بی تا)، لوامع الأحكام فی فقه شریعة الإسلام، قم، اول.
٦٨. \_\_\_\_\_ (١٤٢٢)، مشارق الأحكام، کنگره نراقیین ملامهدی و ملا احمد، قم، دوم.
٦٩. همدانی، آقارضا (١٤١٦)، مصباح الفقیه، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی، قم، اول.
٧٠. یزدی، محمد کاظم (١٤٢١)، حاشیة المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم.

## خلاصة المقالات

سبزخدا

### الاسس والادلة لاعتبار شرعية الشخصية الحقوقية

سيد ضياء مرتضوى

احدى ضروريات واحتياجات الحياة فى المجتمعات الحاضرة، اعتبارية الشخصية الحقوقية إلى جانب الاشخاص الحقيقيين . وعلى الرغم من قبول اصل الشخصية الحقوقية فى المصادر الفقهية ووجود مصاديق عليها فى زمن التشريع وقبله، فى المصادر الفقهية الاستدلالية السابقة، لم يتم النظر إليها برؤية مستقلة وانما فقط فى الحقبة المعاصرة وبسبب اتساع مسألة الحاجة إلى تأسيس هكذا اساس حقوقى، تم التوجه إليها بشكل أو بآخر . وعلى اساس مقتضيات طبيعة المسائل التى تظهر للساحة وتلفت الانتباه إلى ضرورة ايجاد بحوث جديدة وبناءً على آثارها الفقهية والحقوقية العديدة التى تترتب عليها نرى من الضرورى أن يتم التوجه إلى هذا الموضوع من عدة نواحي وبشكل متكرر وتوسيع الجوانب المختلفة التى تتعلق به .

لقد قام الكاتب من خلال بحث تفصيلى والذى هو جزء من بحث واسع النطاق ومفصل فى موضوع الضمان ومسؤولية الدولة فى الاجراءات الضارة، بالتعرض لهذا الموضوع؛ وفى أصل التحقيق مضافاً لمعرفة مفهوم البحث واراثة تاريخ الموضوع فى المصادر الفقهية، عرض الادلة الخاصة به بشكل عام وكذلك عرض الشخصية الحقوقية للدولة بشكل خاص .

وما نحن بصدد فى هذه المقالة هو خلاصة من الادلة العامة لهذا الموضوع فقط والذى سوف يتقوّل فى قسمين كليين، الاستدلال بالسيرة العقلانية وباطلاقات وعمومات الأدلة .  
العبارات الرئيسية: الشخصية الحقوقية، سيرة العقلاء، العقود الجديدة، الملكية، خطابات الشارع .

بما أنه هناك رأى متفق عليه بين فقهاء الشيعة تقريباً وهو بأن المرأة تحرم الأثر من بعض اموال زوجها المتوفى، يأتى هنا هذا السؤال: هل أن الفضاء المحاذى للأرض والذي يعتبر فى يومنا الحاضر من أهم الاموال المعتمد بها، يعتبر من مصاديق الحرمان أم أن الحرمان لا يشمل هذا الفضاء وأن المرأة وعلى اساس الاصل الاولى وعمومات الاخبار ترث من ذلك الفضاء؟ التحقيق الحاضر بين يديكم ومن خلال بحثه وتقصيه واثباته للمالية المستقلة للفضاء اعتبر بأن الحرمان يشمل اصل الارض وأن الفضاء المحاذى لها خارج عنها ويعتبر من مصاديق الحرمان.

احدى الثمرات المهمة لهذا التحقيق هو امكانية ارث النساء من عين الكثير من الشقق السكنية والتجارية والادارية.

العبارات الرئيسية: الارث، الفضاء، الأرض، المرأة.

### مراعات مقدار الطول والعرض والعمق فى قصاص الجروح

مسعود امامى

إن تناسب مقدار القصاص مع الجنائية يعتبر احد الشروط فى قصاص الجروح. وقع الخلاف بين الفقهاء بالنسبة إلى كيفية مراعاة هذا الشرط وتم بيان اقوال مختلفة فى الموضوع. نحن فى هذه المقالة قمنا بعد بيان الاقوال المختلفة حول الموضوع بترجيح قول المماثلة النسبية الذى هو قول اقلية قليلة من الفقهاء المعاصرين وينسجم مع الفهم العرفى لتساوى القصاص مع الجنائية ويتلائم معها على بقية الاقوال الاخرى؛ وفى نهاية المطاف، قمنا باقتراح أن يتم اصلاح قانون الجزاء الاسلامى الذى تم كتابته على اساس قول مشهور الفقهاء مطابقاً للقول بالمماثلة النسبية.

العبارات الرئيسية: القصاص، قصاص العضو، الجروح، المماثلة النسبية.

### الاسس الفقهية لعقوبة الاعدام فى جرائم المخدرات

جواد حبيبي - ضامن على حبيبي

احد الاسئلة التى يتم طرحها فى الساحة الفقهية هو ماهية عقوبة الاعدام فى جرائم المخدرات وهل هى من الجرائم التى تستوجب الحد او التعزير أم أنها من قوانين الدولة؟ فيما يتعلق بماهية الاعدام فى جرائم المواد المخدرة فى الفقه الامامى، هناك ثلاث نظريات تم الاخذ بها:

يرجح البعض بأن عقوبة الاعدام فى جرائم المواد المخدرة هى من باب الحد ويعتبرون هذه الجرائم من مصاديق الافساد فى الأرض.

مجموعة اخرى تعتقد بأن جرائم المواد المخدرة من الجرائم التعزيرية؛ وبالنتيجة فإنهم لا يقبلون بعقوبة الاعدام فى جرائم المواد المخدرة .  
 الفرقة الثالثة يقولون بأنه ومن اجل حفظ النظام والحد من الفساد فى المجتمع الاسلامى يمكن أن يتم قبول واعتبار حكم الاعدام فى جرائم المواد المخدرة بأنه من ضمن قوانين الدولة؛ ويستندون على ذلك بأدلة ضرورة تشكيل الحكومة الاسلامية .  
 فى فقه أهل السنة تعتبر الجرائم المهددة لامن الدولة والجاسوسية والادمان على المسكرات، من جملة الجرائم التى تستلزم التعزير؛ ولكنهم قبلوا عقوبة الاعدامات التعزيرية ووضعوها تحت عنوان العقوبات السياسية، ويعتقدون بأنه لو اقتضت مصلحة الحكومة الاسلامية فإنه يجوز الحكم بالاعدام على المجرمين .  
 العبارات الرئيسية: قانون العقوبات، الفقه، الحد، التعزير، المواد المخدرة، الاعدام، قوانين الدولة .

### التعامل مع سلطان الجور فى فكر الشيخ المفيد

بهاء الدين قهرمان نجاد - فهميمه فرهمندبور

سيد صادق حقيقت - محسن مهاجر نيا

مرتضى حسنى نسب

لم يكن لفقهاء الشيعة على مر تاريخ الفقه رأى واحد فيما يتعلق بالتعامل والتعاون مع الحاكم وبالخصوص حكام الجور . الى ما قبل عصر الشيخ المفيد كان الرأى المتفق عليه بين فقهاء الشيعة المعروفين هو حرمة هذا التعامل؛ ولكن الشيخ المفيد قام بإعادة النظر فى هذا الرأى .

هذا التحقيق الحاضر تم بغرض تسليط الضوء والبحث والتحقيق فى سبب تغيير نهج الشيخ المفيد فيما يتعلق بالتعاون مع السلطان الجائر بالقياس مع علماء الشيعة فى العصور التى سبقت، وكان اختيارنا فى بحثنا للاسلوب التأولى التوجيهى لسكينر بسبب الالتفات إلى نص وأرضية هذا التغيير وكذلك موضوع المعايير المتداولة فى هذا البحث، مناسباً جداً .  
 ومن خلال اختيارنا لهذا الاسلوب فى البحث يمكننا اختبار هذه الفرضية وهى (أن الشيخ المفيد وعلى اساس تغيير الظروف الحاكمة على المجتمع الاسلامى والفرصة التى اوجدها آل بويه للشيعة، فقد غيرت المعايير المتداولة فى ذلك الوقت اسلوب التعامل مع السلطان الجائر وبدلتها من حالة الحرمة إلى الجواز بل وحتى الوجوب وذلك على اساس الظروف الخاصة) وهذا ما سوف يشكل هيكلية بحثنا وتحقيقنا .  
 العبارات الرئيسية: الفكر السياسى للشيعة، الشيخ المفيد، المعايير المتداولة، التعاون مع السلطان الجائر، سكينر .

تم التعرض فى هذه المقالة إلى مبانى العلامة التى لها دور فى تنمية فقه القرآن . ومن خلال التدقيق فى كل واحدة من منها عرضنا بياناً مختصراً لدور مبانى العلامة فى تطوير فقه القرآن . لم يشر العلامة بشكل مباشر أو صريح إلى دور هذا الدور وإنما ارجع المباحث المتعلقة بآيات الأحكام إلى علم الفقه . وأما التطور فى فقه القرآن الذى يعتبر علماً فرعياً فهو بحاجة إلى رؤية مستقلة للفقه والى تفسير ترتيبي وتأسيس أو إعادة تعريف للأسس المتخذة من القرآن والروايات .

يعتقد الكاتب بأن الأسس والرؤى التى يعتقد بها العلامة الطباطبائى لها دور فى تفعيل التنمية فى فقه القرآن الكريم .  
العبارات الرئيسية : التطوير ، فقه القرآن ، الأسس ، التشريع .

### تأثيرات الفلسفة الاسلامية على علم الفقه

محمد على اسماعيلى

يتم البحث فى تأثير الفلسفة على علم الفقه من خلال قسمين اثنين :

التأثيرات الكلية للفلسفة على نظام علم الفقه ؛

تأثيرات الفلسفة على مسائل علم الفقه .

إن من أهم الموارد لتأثير الفلسفة على نظام علم الفقه تتجلى من خلال :

اولاً : تأثير الفلسفة على التشكل الفلسفى للفكر الفقهي .

ثانياً : تأثر الفلسفة على تقوية نقد الأخباريين .

ثالثاً : تأثير الفلسفة على مجال لغة علم الفقه .

رابعاً : تأثير الفلسفة على مجال تفسير الألفاظ فى علم الفقه .

خامساً : تأثير الفلسفة على اسلوب علم الفقه .

سادساً : تأثير الفلسفة على تبين البنى والاهداف الكلية للفقه .

سابعاً : تأثير الفلسفة على تبين آلية عمل الفقه فى سعادة الانسان .

ثامناً : تأثير الفلسفة على النظام الكلى للعبودية والمولوية فى علم الفقه .

تاسعاً : تأثير الفلسفة على بعض الافتراضات الاساسية فى علم الفقه .

هناك موارد اخرى لتأثير القواعد الفلسفية على علم الفقه ، مثل : قاعدة استحالة تأثير

المعدوم على الموجود ؛ قاعدة استحالة تحقق العرض بدون الموضوع ؛ قاعدة الواحد ؛

قاعدة استحالة الانقلاب . وهناك قواعد كثيرة اخرى أيضاً تستعمل فى المسائل الفقهية .

العبارات الرئيسية : الفلسفة الاسلامية ، علم الفقه ، القواعد الفلسفية .