

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)
یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)
محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)
سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
احمد مبلعی (عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی
مجلس شورای 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)

ویراستار: یحیی صرامی

مترجم انگلیسی: محمدرضا ظفری

مترجم عربی: محمدحسین حکمت

به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ فصلنامه کاوشی نو در فقه از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید. یادآوری می‌گردد به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۲۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی به مجلات علمی، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است دیدگاه‌های طرح شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست.

فصلنامه کاوشی نو در فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلامی (ISC) و بانک اطلاعات کشور (www.Magiran.com)، پایگاه مجلات تخصصی نور (www.Noormags.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (www.daftarmags.ir) نمایه می‌شود.

نشانی: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

دفتر مجله قم - صندوق پستی: ۵۹۹ - ۳۷۱۸۵

تلفن دفتر مجله: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۸ - ۳۷۷۴۲۱۵۹ - ۰۲۵

تلفن واحد توزیع: ۰۲۵ - ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir وبسایت: Jf.isca.ac.ir

امور چاپ: سید حسین موسوی

قیمت: ۶۰۰۰ تومان.



کاوش نو
فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و چهارم - شماره اول - بهار ۱۳۹۶

۸۹



پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سرمدیر: سیف‌الله صرامی

کارشناسی تحریریه: علیرضا فاجری

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

محمدعلی خادمی کوشا (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعة المصطفی العالمیه)

سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمد صالحی مازندرانی (دانشیار دانشگاه قم)

مهدی فیروزی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی راد (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)





راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. مقاله باید دستاورد پژوهش علمی نگارنده باشد و پیش از این در هیچ نشریه داخلی و خارجی انتشار نیافته و هم‌زمان به دیگر مجلات و یا نشریه‌ها فرستاده نشده باشد و نویسنده متعهد به نشر آنها در جای دیگر نباشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
 ۲. مقاله ارسالی باید دارای ساختار مقالات علمی - پژوهشی و با رعایت شرایط ذیل باشد:
 - ۲/۱. مقاله ارسالی باید دارای عنوان، چکیده (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)، کلیدواژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه)، مقدمه، چارچوب نظری، متن، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.
 - ۲/۲. عنوان، چکیده و کلیدواژگان باید به دو زبان فارسی و انگلیسی تنظیم شوند.
 - ۲/۳. مقاله باید برخوردار از عنوان دقیق علمی متناسب با محتوا، رسا و مختصر باشد.
 - ۲/۴. خلاقیت و نوآوری دست‌کم در یکی از موارد ذیل در خصوص موضوع:
 - (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.
 - ۲/۵. موضوع به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازها و شبهات روز باشد.
 - ۲/۶. ارتباط منطقی، انسجام و هماهنگی میان مطالب باشد.
 - ۲/۷. دارای جمع‌بندی یا نتیجه‌گیری در پایان مقاله باشد و بایستی نتایج حاصل از تحقیق و آزمون فرضیه که بیانگر بحث و نتیجه‌گیری باشد، ارائه گردد.
 - ۲/۸. منابع معتبر و استنادها صحیح و دقیق باشند.
 - ۲/۹. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:

قرآن: (نام سوره: شماره آیه. مثال: بقره: ۱۲).

کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر: شماره جلد، شماره صفحه. مثال: حلی، ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۲۰۰).مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه. مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- تذکر مهم:** نام خانوادگی در ارجاعات درون‌متنی، باید عیناً مانند نام خانوادگی در فهرست منابع (کتابنامه) باشد. برای مثال اگر در ارجاعات درون‌متن، نام خانوادگی «عاملی» به کار رفته است، نباید در فهرست منابع نام خانوادگی دیگری به کار رود؛ همچنین است اگر در ارجاعات درون‌متن، اسم یا لقب مشهوری چون شهید ثانی، به‌عنوان نام خانوادگی انتخاب شده است، در فهرست منابع نیز باید شهید ثانی بیاید، نه کلماتی مانند عاملی، مکی و مانند آن.

۳. حجم مقاله ارسالی، نباید بیش از ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای باشد و باید به صورت تایپ‌شده تحت برنامه Word97-2003 با قلم IrMitra شماره ۱۵ در سامانه فصلنامه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال شود.

۴. مشخصات کامل نویسنده یا نویسندگان (نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه دانشگاهی / عنوان علمی به همراه نشانی محل سکونت، شماره تماس تلفنی و نشانی پست الکترونیکی) لازم است در سامانه بارگزاری شود و به هیچ عنوان در فایل مقاله ذکر نشود.

۵. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله ای که مقاله از آن گرفته شده، همراه ترجمه ارسال گردد.

۶. 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، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ. مثال: نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار الإحياء التراث، چاپ بیستم.

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه. مثال: ملک افضلی اردکانی، محسن (۱۳۸۹)، «آثار قاعده حفظ نظام»، مجله حکومت اسلامی، ش ۵۸.

تذکر اول: نام کتاب‌ها، مجلات و روزنامه‌ها، ایتالیکی (به صورت کج) باشد.

تذکر دوم: نام مقالات در میان گیومه بیاید و دیگر لازم نیست نام مقالات هم ایتالیکی و بلد (سیاه) باشد.

۷. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.

فهرست مطالب

- قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع و کارایی آن در استنباط احکام ۷
رضا اسفندیاری (اسلامی)
- بررسی فقهی فراگیری احکام موردنیاز در کودکان همراهق ۲۷
مصطفی همدانی
- قواعد فقهی حاکم بر حق بر توسعه ۵۱
مهدی فیروزی
- بررسی فقهی مقابله به مثل از طریق حرام ۷۱
سیدمحمدجواد سیادتی
- نقدی فقهی بر ماده ۶۶۵ قانون مجازات اسلامی (دیه بیضه) ۱۰۱
روح‌الله اکرمی
- بازجُست و تبیین بدل حیلوله به مثابه رافع اختلال در رابطه مالک و اموال
..... ۱۲۹
اردوان ارژنگ
قباد محمدی شیخی
- چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی ۱۵۹





قرینه مناسبت حکم و موضوع و کارایی آن در استنباط احکام

رضا اسفندیاری (اسلامی)*

چکیده

تعبیر اصولیان درباره ماهیت قرینه مناسبت مختلف است. ایشان، در نهایت، آن را نوعی قرینه عرفی می‌شمارند. با وجود این، همواره فهم عرفی عام ملاک نیست؛ بلکه قرینیت قرینه در مواردی به فهم عرف متشرعه وابسته است. اصولیان از قرینه مناسبت در اثبات مفهوم برای وصف و در بحث از مشتق و نیز در رفع اجمال دلیل و تعیین کفایه بودن واجب سود جستند. چنان‌که برای اثبات تعدد مطلوب، اثبات جریان استصحاب، ترجیح أحد المتزامین علی الآخر، رفع نوعی اجمال از حدیث رفع و حدیث لاضرر و برخی قواعد فقهی مستنبط، گاه قرینه مناسبت را به کار گرفته‌اند. در همه این موارد، حجیت قرینه بر پایه تنقیح ظهور عرفی است.

نمونه‌های بسیاری می‌توان یافت که حل مسائل شرعی، در نهایت، منوط به نوعی استظهار عرفی از نصوص است.

قرینیت قرینه مناسبت، به لحاظ شکستن اطلاق و رفع اجمال دلیل، در این نمونه‌ها نقشی اساسی دارد.

کلیدواژگان: مناسبات، مناسبت حکم و موضوع، قرینه عرفی، قرینه.

استنباط احکام از نصوص شرعی به مباحثی درباره نحوه دلالت ادله لفظی نیازمند است. وضع و قرائن دو محور اساسی برای تشخیص دلالت‌اند. اصولیان به تعدد و تنوع قرائن توجه داشته و هر جا که لازم دیده‌اند، از نوعی قرینه سخن گفته‌اند. یکی از این قرائن، قرینه مناسبت حکم و موضوع است. پرسش نخست از چیستی و ماهیت آن و پرسش دوم از جایگاه آن به لحاظ دخالت در استنباط حکم شرعی است.

۱. ماهیت قرینه مناسبت

گرچه تعابیر اصولیان درباره ماهیت قرینه مناسبت، مختلف و متفاوت است، در این نقطه مشترک است که، در نهایت، نوعی قرینه عرفی به‌شمار می‌رود. از این رو، گاه عنوان واحدی در موضوعات احکام متعدد به‌کار رفته است، ولی عرف در موارد مختلف از آن عنوان چیز واحدی نمی‌فهمد؛ به‌نحوی که گاه قیدی را دخیل در موضوع و گاه غیردخیل می‌شمارد. مثلاً در خیار عیب آمده است که جواز ردّ معیب در صورتی است که متاع قائم به عین باشد. در تفلّیس نیز آمده است که شخص غریب به مالش رجوع داده می‌شود، اگر قائم به عین باشد. همچنین، در هبه آمده است که واهب می‌تواند به مالش رجوع کند، اگر مال قائم به عین باشد. با این حال، به‌نظر فقیهان، در هبه، مجرد تغییر عین به کمترین تغییری موجب منع از رد می‌شود؛ برخلاف تفلّیس که تغییرات کم را مانع از رد نمی‌دانند. این اختلاف در ابواب ناشی از اختلاف مناسبات احکام با موضوعات است که در فهم عرفی ریشه دارد (خوئی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۱۰).

گاه این نوع قرینه از قبیل قرینه خارجیّه شمرده شده است. مثلاً درباره «صل خلف العادل» می‌گویند قرینه خارجیّه، یعنی مناسبت حکم و موضوع، می‌فهماند که خصوص متلبس به مبدأ در مشتق مراد است (حلی، ۱۴۳۲ق: ج ۱، ص ۳۰۹). در اینجا روشن است که خارجیّه شمردن آن به لحاظ ضمیمه شدن دلالتی از خارج به معنای مشتق است.

گاهی هم از قبیل قرینه عرفیه ارتکازیه شمرده شده است. مثلاً درباره آیه شریفه ﴿لَا يَتَّأَلُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾ (بقره: ۱۲۴) می‌گویند این نوع قرینه ارتکازی اقتضا دارد که حدوث

ظلم آنأ ما ظاهراً و باطنأ کافی است تا شخص نتواند منصب امامت را تصدی کند (عدنان قطیفی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۶۴). در واقع، ارتکاز عقلایی در اینجا مبنای فهم عرفی در قرینیت مناسبت حکم و موضوع است.

ولی گاه درست عکس تعبیر سابق دیده می‌شود و ارتکاز را ناشی از قرینة مناسبت حکم و موضوع می‌دانند (فیاض، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۲۹۷).

در مواردی نیز شدت مناسبت حکم و موضوع موجب انصراف برای لفظ مطلق قرار داده شده است (حائری، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۵۱۱).

همچنین، گاه تنقیح مناط و تعمیم حکم به نحو قابل قبول و معتبر که در مثل حدیث اعرابی «هلکت یا رسول الله ﷺ! ... وقعت علی أهلی فی نهار رمضان...» دیده می‌شود، امری متوقف بر مناسبت حکم و موضوع محسوب شده است (حکیم، ۱۹۷۹م: ص ۳۰۲).

به هر حال، آنچه مهم است شدت ارتباط قرینة مناسبت با دیگر قرائن مثل انصراف و ارتکاز و نیز شدت ارتباط آن با بحث تنقیح مناط و الغای خصوصیت و تعمیم حکم است؛ به نحوی که در برخی تعابیر، به طور مسامحی، تنقیح مناط همان الغای خصوصیت و همان مناسبت حکم و موضوع دانسته شده است (سبحانی، ۱۳۸۳: ص ۳۰). وگرنه حق آن است که نوعی ارتکاز عرفی مبنای قرینیت قرینة مناسبت است و این قرینه سبب الغای خصوصیت و دستیابی به ملاک حکم و در نهایت، تعمیم آن می‌شود.

۲. جایگاه قرینة مناسبت

جایگاه قرینة مناسبت را با نظر به مباحث مطرح در موضوع شناسی احکام می‌توان به خوبی یافت. بی‌گمان، تغییرات موضوع می‌تواند بر تغییر حکم مؤثر باشد، ولی تشخیص موارد تأثیر به شناسائی قیود ذیل در موضوع، برای ترتب حکم و تفکیک آنها از قیود غیردخیل، وابسته است و البته، اگر احکام مختلفی بر موضوعیت ترتب شود، باید قیود ذیل را با توجه به نوع حکم مترتب شناخت.

در اینجا نخست به آنچه برخی اصولیان درباره تغییرات موضوع گفته‌اند و سپس به نقد و بررسی آن می‌پردازیم. برخی اصولیان آورده‌اند که:

عناوین و حالات عارض بر موضوع چند گونه است:

۱. عناوین و حالاتی که تغییردهنده حقیقت موضوع است، مثل «صيرورة الكلب ملحاً»؛

۲. عناوین و حالاتی که موجب از میان رفتن تسمیه عرفی در ناحیه موضوع است، مثل «العنب صار زيباً» یا «الخشب صار فحماً»؛

۳. عناوین و حالاتی که در غیر دو صورت گذشته دیده می‌شود، مثل «الحنطة صار دقيقاً».

در قسم اول، بعد از نمک شدن دیگر احکام سگ جاری نمی‌شود. در قسم سوم که حقیقت عوض نمی‌شود و تسمیه عرفی نیز از میان نمی‌رود، شکی نیست که حکم گندم به همه حالات تغییر یافته بعدی سرایت می‌کند؛ یعنی آرد و خمیر و نان که حالات و عناوین عارض بر گندم هستند، همه همان احکام گندم را دارند، مثل جواز اکل و جواز ادای کفاره از آن به عنوان قوت غالب.

اما قسم دوم جایی است که قرینه مناسب حکم و موضوع راه پیدا می‌کند. پس اگر از لسان دلیل، به کمک قرینه‌ای خارجی، مثل مناسب حکم و موضوع، فهمیدیم که حکم معلق بر نفس حقیقت است، البته حکم سرایت به زبیب نیز می‌کند؛ ولی اگر حکم معلق بر مجرد اسم بود، دیگر سرایت به زبیب نمی‌کند. اگر شک کنیم، مرجع استصحاب است و در استصحاب، اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه متوقف بر فهم عرفی در تحقیق نقض و عدم نقض است (حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۱۰، ص ۲؛ کاظمی خراسانی، بی تا، ج ۴، ص ۵۸۳).

بر اساس آنچه گفته‌اند، قرینیت قرینه مناسب در جایگاهی متوسط میان دو امر است: یکی آنجا که حکم بر موضوعی مستقر است، مثل «الکلب نجس» و می‌دانیم که این حکم مترتب بر حقیقت موضوع است و با تغییر حقیقت حکم نیز تغییر می‌یابد؛ دیگر آنجا که حکم بر موضوعی مستقر است و می‌دانیم که با تغییر حقیقت، حکم نیز تغییر

می‌یابد، ولی با تغییراتی که موجب تغییر اسم می‌شود، تغییر نمی‌یابد. حال باید گفت در این میان، تغییراتی می‌توان تصور کرد که موجب تغییر حقیقت و ماهیت نیست؛ ولی موجب تغییر اسم هست. در این گونه موارد، بقای حکم محل تردید است، ولی عرف از راه قرینه مناسب، برخی تغییرات را مضر به بقای حکم نمی‌داند. مثلاً در حکم به جواز اکل گندم، از راه مناسبت حکم و موضوع می‌فهمد که این جواز برای آرد و خمیر و نان هم هست؛ ولی اگر احکامی مترتب بر گندم به وصف جامد و خشک بودن مترتب باشد و احکامی بر آرد به وصف قابلیت غبار شدنش مترتب باشد و احکامی بر خمیر به وصف مرطوب بودنش مترتب باشد، روشن است که در نزد عرف تسری دادنی نیست.

از این رو، با توضیحاتی که آوردیم، چه بسا مثال‌های متعدد نیز نیاز نداشته باشیم؛ بلکه در مثال انگور می‌توان تغییری را تصور کرد که موجب تغییر ماهیت است، همچون سوختن و ذغال شدن انگور که سبب تبدیل حکم جواز اکل به حرمت اکل می‌شود یا تغییری که موجب تغییر تسمیه نمی‌شود، مثل مخلوط شدن یا ترکیدن دانه‌های انگور که آن حکم را عوض نمی‌کند یا تغییری که حد متوسط است؛ یعنی ماهیت را عوض نمی‌کند ولی اسم را عوض می‌کند، مثل خشک شدن و کشمش شدن.

ولی به نظر ما، در همین جا نیز مجرد تغییر و عدم تغییر تسمیه ملاک نیست. مثلاً آب انگور به لحاظ مایع بودنش احکامی دارد که دانه سالم انگور ندارد و به مجرد ملاقات نجس دیگر قابل تطهیر نیست؛ ولی به لحاظ جواز اکل در نزد عرف با دانه انگور فرقی ندارد. پس در غیر مواردی که موضوع به تمام حقیقت متبدل می‌شود، باید به فهم عرفی و قرینه مناسب در ترتب احکام نظر کرد و این قرینه همواره از فهم عرف عام و عرف عقلایی نیست؛ بلکه گاه وابسته به عرف متشرعی است؛ چنان که ما از شارع آموخته‌ایم که رطوبت موجب انتقال نجاست است و این فهم ارتکازی متشرعی سبب جریان قرینه مناسب می‌شود.

۳. کارکردهای قرینه مناسب در کلام اصولیان

وقتی اصولیان از کارکرد قاعده‌ای سخن می‌گویند، طبعاً دخالت آن در حکم فقهی را



در نظر دارند. حیثیت فارق نگاه اصولی از نگاه فقهی، بررسی روند استنتاج حکم و چگونگی به‌کارگیری قاعدهٔ اصولی است بنابر خود قاعدهٔ اصولی، و شروط و قیود اجرای آن محل بحث قرار می‌گیرد؛ هرچند که از تطبیق قاعده در مجال فقه سخن باشد.

۱. در بحث از مفهوم وصف از قرینهٔ مناسبت می‌توان برای تعیین حدود و مقومات مفهومی موضوع استفاده برد. مثلاً اگر شارع بگوید «صَلِّ خَلْفَ الْعَادِلِ»، به قرینهٔ مناسبت می‌فهمیم که حکم دائرمدار عنوان عدالت است و حتی فرقی ندارد که عنوان عدالت در قالب وصف یا لقب یا شرط باشد: مثلاً بگوید «صَلِّ خَلْفَ الْإِنْسَانِ الْعَادِلِ» یا «صَلِّ خَلْفَ الْإِنْسَانِ إِذَا كَانَ عَادِلًا»؛ چون در همهٔ صورت‌ها، به‌نظر عرف، قید «عدالت» مقوم موضوع و قرینهٔ مناسبت حکم با موضوع موجود است (حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۱۱، ص ۸۶).

به همین نحو، در «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ» عرف می‌فهمد که سبب حکم به ظلم، همان غنای بدهکار و قدرت بر پرداخت اوست؛ برخلاف عاجز که مامله و تأخیر از او ظلم نیست. پس با نظر به آنکه وصف می‌تواند تقیید حکم یا موضوع یا متعلق باشد، باید در جستجوی قرینه‌ای برای هریک از احتمالات بود و قرینهٔ مناسبت خود می‌تواند احتمال اول را معین و مفهوم را اثبات کند (مظفر، بی‌تا: ج ۱، ص ۱۳۴).

۲. در بحث مشتق، گاه مجرد تبس به مبدأ را کافی در ترتب حکم می‌دانند و گاه بقای بعد از حدوث را نیز معتبر می‌شمارند. این تفاوت نیز ناشی از قرینیت قرینهٔ مناسبت است. مثلاً در آیهٔ شریفهٔ «لَا يَتَّأَلُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ»، مجرد حدوثِ ظلم، علت حدوث و بقای حکم، یعنی نفی ولایت دانسته شده است؛ ولی در مثل آنجا که زوجهٔ کبیرهٔ اول و دوم، زوجهٔ صغیرهٔ سوم را شیر می‌دهند، گویند مجرد حدوث زوجیت دلیل بر تحریم ام‌الزوجه نیست که اُمومت او بعد از انقضای زوجیت بوده است. بنابراین تعبیر «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» که در آیهٔ ۲۳ سوره نساء آمده است، لفظ مشتقی است که مجرد حدوث اُمومت در آن، کافی برای ترتب حکم تحریم نیست (حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۲۲۸).

۳. رفع اجمال از دلیل مجمل به قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع بسیار دیده می‌شود؛ مثلاً «لَا عِلْمَ إِلَّا بِالْعَمَلِ» یعنی «لا علم نافع»، و «لَا غَيْبَةَ لِفَاسِقٍ» یعنی «لا غيبة

محرمه»، و «لا رضاع بعد الفطام» یعنی «لا رضاع سائغ»، و «لا جماعة فى نافلة» یعنی «لا جماعة مشروعة»، و «لا إقرار لمن أقر بنفسه على الزنا» یعنی «لا إقرار نافذ و معتبر»، و «لا صلاة إلا بطهور» یعنی «لا صلاة صحيحة»، و «لا صلاة لحاقن» یعنی «لا صلاة كاملة»، و «لا رهبانية فى الإسلام» یعنی «لا رهبانية مشروعة».

در همه این موارد، کلمه مقدر به نظر عرف و به قرینه مناسبت شناخته می‌شود و تحت ضابطه معین درنمی‌آید (مظفر، همان: ص ۱۹۹)؛ چنان‌که در مثل «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» (نساء: ۲۳) و «النَّفْسُ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ» (انعام: ۱۵۱) و «أُجِّلَتْ لَكُمْ بِهَيْمَةٍ الْأَنْعَامِ» (مائدة: ۱) نیز می‌بینیم که اعیان خارجی موضوع احکام شرعی قرار گرفته است؛ درحالی‌که احکام باید به افعال مکلفان تعلق پیدا کند و باید فعلی مثل نکاح یا قتل یا رکوب را در تقدیر گرفت. پس هرچند دلیل مجمل است و این اجمال به سبب اطلاق آن است، ولی قرینه خاصه یعنی قرینه مناسبت حکم و موضوع مانع از جریان اطلاق و در تقدیر گرفتن هرچیز می‌شود (مظفر، همان: ص ۲۰۱).

۴. کفایى بودن واجب می‌تواند به قرینه مناسبت شناخته شود؛ مثلاً در آیات «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائدة: ۳۸) و «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور: ۲) فهم عرفی آن است که متعلق تکلیف عموم مکلفان نیستند؛ بلکه یکی یا چند نفر از مکلفان مأمور هستند (قدسی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۴۸۵).

۵. در شناخت وحدت یا تعدد مطلوب در اوامر شرعی نیز از قرینه مناسبت استفاده می‌شود. مثلاً اگر شارع بگوید «اقرأ القرآن يوم الجمعة» یا بگوید «اقرأ القرآن بالصوت الحسن»، به قرینه مناسبت فهمیده می‌شود که آن وقت خاص یا آن حالت خاص، تقییدی در مطلوبیت قرائت ایجاد نمی‌کند؛ یعنی دخالت روز معین و صوت حسن از باب تعدد مطلوب است؛ بلکه گاه گفته می‌شود که در همه مستحبات وارد شده در شرع، اصل بر تعدد مطلوب است (همان، ص ۴۹۲).

۶. در بحث استصحاب، یک جا می‌گویند استصحاب نجاست آب متغیر به سبب نجاست، بعد از زوال تغییر جاری است؛ چون علیت تغییر برای نجاست آب از قبیل واسطه

در ثبوت است. در جای دیگری هم می‌گویند استصحاب حجیت فتوی بعد از زوال عدالت مفتی جاری نیست؛ چون علیت عدالت برای حجیت فتوی از قبیل واسطه در عروض است. این‌گونه فرق میان دو مورد مذکور در مقام استظهار، از باب رجوع به فهم عرفی و از باب مناسبت حکم و موضوع است (حلی، ۱۴۳۲ق: ج ۵، ص ۲۹۸).

۷. ملاکاتی برای ترجیح احدالمتزاحمین بر دیگری ذکر شده است. یکی از این ملاک‌ها آن است که در نظر شارع، یکی از دو واجب، اولی و اهم از دیگری باشد. این اولویت گاه از ملاکات احکام و به ادله سمعی فهمیده می‌شود و گاه از راه مناسبت حکم و موضوع؛ مثل ترجیح مصلحت «حفظ بیضه اسلام» بر مصلحت احکام جزئی، و ترجیح حق الناس بر حق الله؛ و ترجیح دماء و فروج بر غیر آنها، و ترجیح نفس مؤمن بر مال مؤمن، و ترجیح واجب رکنی در نماز بر واجب غیررکنی، و ترجیح رکوع بر قرائت، و ترجیح صلح و دفع فتنه بر صدق و ایجاد فتنه (مظفر، بی تا: ج ۲، ص ۲۱۹).

۸. در تبیین دلالت حدیث رفع گفته می‌شود که رفع قلم ناظر به رفع قلم الزامی است، نه مطلق رفع قلم؛ چون در مطلق رفع قلم متنی نیست؛ بلکه منت بر خلاف آن است. این امر به قرینه مناسبت حکم و موضوع فهمیده می‌شود (خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۲۴۸).

همچنین، در این حدیث بحث دیگری هست: اینکه حدیث به شبهات موضوعیه اختصاص دارد یا شبهات حکمیه را نیز دربر می‌گیرد. اینجا نیز گفته شده که وحدت سیاق قرینه بر اختصاص حدیث به شبهات موضوعیه است، ولی مناسبت حکم و موضوع قرینه‌ای اقوی از قرینه سیاق است و برخی فقرات را از سیاق خارج می‌کند (همان: ج ۷، ص ۴۴).

۹. در تبیین قلمرو قواعد و امکان یا عدم امکان تخصیص ادله آنها و تنقیح دلالت آنها نیز از قرینه مناسبت استفاده می‌شود. مثلاً در حدیث «لاضرر» گفته‌اند که اطلاق دلیل به‌گونه‌ای است که آبی از تخصیص است. این امر با ملاحظه قرینه مناسبت حکم و موضوع دانسته می‌شود و با التفات بدین نکته که حدیث در مقام امتنان است (قدسی، ۱۴۲۸ق: ج ۳، ص ۲۵۷).

۱۰. اصل شکل‌گیری برخی قواعد براساس فهم عرفی از مناسبت حکم و موضوع است. مثلاً قاعده «الضرورات تُقَدَّرُ بقدرها» که قاعده‌ای عقلی بوده و براساس مناسبت حکم و موضوع تأسیس شده است و قواعد دیگری نیز که بازگشت بدان دارند، همه مبتنی بر قرینه مذکورند، مثل «ماجاز لعذر بطل بزواله» و «إذا زال المانع بطل الممنوع» (حکیم، ۱۴۲۹ق: ص ۱۲۵).

در باره قاعده نفی سبیل نیز گفته می‌شود که یکی از ادله‌اش مناسبت حکم و موضوع است؛ چون آیه «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ» اقتضا دارد که هیچ حکمی برخلاف عزت جعل نشده است. بدین گونه، استناد به دلیل مناسبت حکم و موضوع، بهترین و مورد اعتمادترین دلیل بر قاعده نفی سبیل است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۱۹۲).

کلمات فقیهان و اصولیان درباره قبول مسامحات عرفی یا لزوم دقت عقلی در استفاده از ادله، مختلف است. محل بحث دو موضع است: یکی تشخیص مفهوم لفظی از نصوص، و دیگر تشخیص مصادیق آن مفهوم.

برخی استادان کوشیده‌اند راه جمعی میان کلمات اعلام پیدا کنند و به اعتماد کلمات محقق عراقی (بروردی نجفی، ۱۳۹۳: ج ۴، القسم الثانی، ص ۹-۱۱) فرموده‌اند که آنچه در اذهان عمومی مرتکز است و از راه مناسبت حکم و موضوع بدان پی می‌برند، حدّ وسطی میان دقت عقلی و نظر عرفی مسامحی است. مثلاً در باب استصحاب، اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکی از راه مناسبت احراز می‌شود که حدّ وسط میان دقت و تسامح عرفی است (ساعدی، بی تا: مجلدات مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ج ۳۷، ص ۹۶).

۴. حجیت مناسبات حکم و موضوع

مناسبت میان حکم با موضوع اگر به حدی روشن باشد که باعث شود عرف عام یا عرف متشرعه، به عنوان مخاطب، از اطلاق یا عمومیت موضوع دست بردارد و افراد خاصی را بفهمد، برای لفظ ظهوری متفاوت از ظهور لغوی می‌آفریند. البته این گونه مناسبت قرینیت متصل دارد. مثال معروفش نزد اصولیان، این آیه شریفه است: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» (نساء: ۲۳). به نظر ایشان، به قرینه مناسبت حکم و موضوع، مراد تزویج

آنهاست نه نظر یا لمس یا اکل یا ضرب آنها؛ همچنین در آیه شریفه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدًا وَالْحَمُّ الْخِنْزِيرُ﴾ (مائده: ۳)، مراد اکل آنهاست نه بیع یا دفن و تولید کود طبیعی از آنها. پس هرچند حکم بر ذات مترتب شده، ولی فعل معینی که مرتبط بدان است، مورد نظر است. تصرفاتی که در زمان صدور نص و مخاطب، شایع و رایج بوده است، به یقین اراده شده‌اند، و لفظ در آنها ظهور دارد و حجت است و افعالی که شک در اراده آنها داریم، برای لفظ، از جهت اراده آنها، اجمال پدید می‌آید. در هر صورت، یقین داریم که مطلق تصرفات مراد نیست. بنابراین، ظهور کلام در وجود مناسبتی میان حکم و موضوع، معنایش نفی اطلاق در ناحیه موضوع است.

اگر عکس حالت سابق باشد، باز هم ملاک ظهور عرفی است. از این رو، گاه به قرینه مناسبت، تعمیم حکم فهمیده می‌شود و در ناحیه موضوع، اطلاق اثبات می‌شود؛ هرچند که بدون لحاظ این قرینه، موضوع خطاب لفظی مقید و خاص باشد.

در مواردی که حکم شرعی بر عین خارجی مترتب شده است، به قرینه مناسبت می‌گوییم استعمال خاص مراد است. ظهور خطاب است که استعمال مناسب در زمان صدور خطاب را تعیین می‌کند؛ بلکه استعمال مناسب در هر دوره را اثبات می‌کند، چون نظر شارع به استعمال مناسب است و مصداق خاصی را مدنظر ندارد، ولی استعمالات غیرمتعارف قطعاً مراد نیست (قائینی، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ص ۱۰۹). بنابراین، حجیت مناسبت حکم و موضوع دائرمدار فهم عرفی در تزییق یا توسعه دایره موضوع است و آنچه ملاک ترتب حکم است، موضوع واقعی است نه موضوع مصرّح. نکته مهم در اینجا آن است که اگر، با تغییر زمان یا مکان یا شرایط، عرف تغییر یابد، طبعاً فهم عرفی نیز عوض می‌شود و اقتضای قرینه مناسبت آن است که موضوع حکم نیز عوض شده باشد؛ ولی به نظر ما، فهم عرضی در زمان یا مکان خاص، ضرری به اطلاق نمی‌زند. در مثال فوق می‌توان گفت اگر شارع مرادش مطلق استعمالات باشد، فهم عصری در موضوع محدودیتی ایجاد نمی‌کند. مثلاً اگر بگوید «الدم حرام»، در یک زمان استعمال مناسب اکل و شرب و در زمان دیگر استعمال مناسب رنگ‌سازی و در زمان یا مکان دیگر استعمال مناسب

تقویت خاک کشاورزی و جای دیگر استعمال مناسب ساخت فرآورده‌های پزشکی یا تزریق به انسان مریض است. در اینجا، البته نمی‌توانیم بگوییم قرینه‌مناسبت در هر دوره، همان استعمال مناسب را مشمول تحریم قرار می‌دهد، چون از آغاز، قرینه‌مناسبت مناط حکم را مشخص می‌کند؛ یعنی در همان مثال بالا استعمالاتی را که ناشی از قذارت و نجاست دم است، موضوع حکم قرار می‌دهد و اگر از مصداق خاص سخن به میان نیاید، مقتضای قرینه‌مناسبت آن است که هرگونه استعمالی که ناشی از قذارت و نجاست دم باشد، در هر زمان و مکان به قرینه‌مناسبت تحریم می‌شود؛ از این رو، دلیل به لحاظی اطلاق ندارد و به لحاظی اطلاق دارد. به همین سبب، برخی اساتید معاصر در این باره نخست سؤال مطرح و سپس مقتضای ادله مانع را بررسی کرده‌اند و آورده‌اند که اگر بپرسند انتقال خون از فردی به فرد دیگر یا ذخیره کردن خون برای انجام آزمایش‌ها و تولید فرآورده‌های خونی آیا مشمول اطلاقاتی از قبیل «حَرَمَت عَلَیْکُم الدَّم» است؟ یا اطلاقات از این‌گونه تصرفات منصرف است؟ یا به قرینه‌مناسبت حکم با موضوع، خصوص تصرفاتی که در زمان صدور نص، معمول و متعارف بوده (مثل اکل و شرب) تحریم شده است و بقیه تصرفات، اگر مشمول ادله مانعه دیگر نباشد، جایز است؟ ادله مانعه دیگر می‌تواند روایاتی باشد که تصرف در اعیان نجسه را منع می‌کند. این ادله نیز اطلاقی منصرف به تصرفاتی است که موجب تعدی نجاست و تنجیس بدن یا لباس می‌شود یا موجب تنجیس غذای مسلمان می‌شود؛ ولی اگر به خوراک و پوشاک او سرایت نکند و مانعی برای صحت نماز و حلیت غذای نباشد، از شمول این اطلاقات بیرون است. پس تحریم دم در آیه شریفه مربوط به ذات دم نیست؛ بلکه به سبب نجس‌العین بودن آن است و تحریم تصرف در عین نجاست مربوط به وصف نجس بودن آن است و به منع تصرفاتی نظر دارد که نجاست مانع از صحت یا جواز آنهاست. در نتیجه، تصرفاتی که شرط عدم نجاست عین خارجی در آنها نیست، مانعی ندارد، مثل تزریق به بدن انسان زنده، طوری که جزء بدن او شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۸۴).

۵. چند نمونه از تطبیقات قرینه مناسبت حکم و موضوع

«انفرادی یا مجموعی بودن حق قصاص» یکی از مسائلاختلافی بین فقهاء است. در حل این مسئله به ظهور اولی و ثانوی ادله لفظی و در جمع ادله به قاعده حجیت مناسبات حکم و موضوع استناد شده است.

توضیح آنکه، اگر بعضی از اولیای دم خواستار عفو یا دیه باشند، آیا جایز است بعضی دیگر از آنان مستقلاً خواستار قصاص شوند یا جایز نیست و با تقاضای عفو یا دیه از سوی گروه نخست، حق قصاص ساقط خواهد شد و گروه دوم حق قصاص نخواهند داشت؟ به تعبیر محقق حلی در شرائع الإسلام، مشهور فقیهان شیعه قائل اند که قصاص ساقط نمی‌شود. ایشان برای اثبات نظر خود به ادله متعددی، از جمله روایاتی استناد کرده‌اند. مثل صحیحہ اُبی ولّاد حناط:

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل و له أم و أب و ابن، فقال الإبن أنا أريد أن أقتل قاتل أبي و قال الأب أنا أريد أن أعفو و قالت الأم أنا أريد أن أخذ الدية. قال فقال: فليعط الأبن أم المقتول السدس من الدية و يعطى ورثة القاتل السدس من الدية حق الأب الذي عفا و ليقته (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۱۱۳):

أبی ولّاد می‌گوید: از امام صادق عليه السلام پرسیدم: مردی به قتل رسید و پدر و مادر و پسری دارد. پسر می‌گوید می‌خواهم قاتل پدرم را بکشم. پدر می‌گوید من او را می‌بخشم. مادر می‌گوید می‌خواهم دیه بگیرم. امام عليه السلام در پاسخ فرمود: «پسر باید یک ششم دیه را به مادر مقتول بپردازد و یک ششم نیز از بابت حق پدر که عفو کرده بود، به ورثه قاتل بپردازد. سپس می‌تواند قاتل را بکشد».

درمقابل، روایات دیگری وجود دارد که مستند رأی غیرمشهور است، از جمله صحیحہ عبدالرحمن:

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام، رجلان قتلا رجلاً عمداً و له وليان فعفى احد

الولیین قال: فقال اذا عفی بعض الأولیا درء عنها القتل و طرح عنهما من الدیة بقدر حصّة من عفی و أديا الباقي من أموالهما إلى الذین لم یعفوا (همان: ج ۲۹، ص ۱۱۵):

عبدالرحمن می گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: دو مرد، عمداً مردی را به قتل رساندند، مرد مقتول دو ولی دارد و یکی از آن دو، عفو کرده است. امام علیه السلام فرمود: «اگر بعضی از اولیا عفو کرده باشند، حکم قتل از آن دو برداشته می شود و به اندازه سهم کسانی که عفو کردند، از دیه نیز کم می شود و باقیمانده دیه از اموال آن دو به کسانی که عفو نکرده اند، پرداخت می شود.»

و نیز معتبره اسحاق بن عمار:

عن جعفر علیه السلام عن ابیه علیه السلام أنّ علیاً علیه السلام کان یقول: من عفی عن الدم من ذی سهم له فیه، فعفوه جائز و سقط الدم و تصیر دية و یرفع عنه حصّة الذی عفی؛

اسحاق بن عمار می گوید: امام صادق علیه السلام از پدرش نقل کرد که علی علیه السلام می فرمود: «هرکس از صاحبان خون که در آن سهمی داشته باشد، قاتل را عفو کند، عفو او جایز است و قصاص ساقط و تبدیل به دیه می شود و سهمی دیه کسی که عفو کرده از قاتل برداشته می شود» (همان: ج ۲۹، ص ۱۱۶).

در جمع روایات موافق و مخالف نظر مشهور، وجوه مختلفی بیان شده است. شهید صدر با نظر بدین وجوه، در نهایت معتقد است که عموم روایاتی که دلالت بر سقوط حق قصاص دارند، قابل تخصیص نیست (صدر، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۳۸۸). شاید نکته قابل تخصیص نبودن این عموم آن باشد که آنچه عرفاً و به مناسبات حکم و موضوع از این روایات به دست می آید، این است که نکته عرفی سبب سقوط حق قصاص، همانا تجزیه ناپذیر بودن قصاص است. بنابراین، اگر جانی مالک بخشی از جان خود شود، قطعاً

حق قصاص ساقط و حکم قتل از او برداشته می‌شود. این نکته به قرب یا بُعد نسبتِ ولیّ با مقتول ربطی ندارد. اگر از نظر عرفی یا فقهی به این نکته جزم پیدا کردیم، تعارض میان دو دسته اخبار، به هر حال، مستقر خواهد شد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۸۳).

نمونه دوم درباره بیع دم است. بیشتر به عنوان مقدمه بیافزاییم که عناوین مأخوذ در خطابات شرعی از این جهت محل بحث میان فقیهان و اصولیان است که این عناوین به نحو طریقت اخذ شده‌اند یا به نحو موضوعیت. در صورت اول، عنوان فقط مشیر خواهد بود و نقش عنوان دخالتی در حکم ندارد و حتی ممکن است ادعای لغویت عنوان شود. البته ظهور لفظی هر عنوان آن است که نفس عنوان در حکم دخالت دارد. بنابراین، طریقی شمردن عنوان خلاف ظاهر لفظ است، ولی این استظهار مربوط به کلام شارع است و اگر عنوانی در لسان سائل از امام آمده باشد، حمل آن بر عدم موضوعیت، به فرموده شهید صدر، خلاف ظهور نیست. حالا در ادله نهی از بیع دم، اگر عنوان «دم» موضوعیت داشته باشد، حتی در زمان حاضر که خریدوفروش خون برای تزریق به بیماران است، باز هم معامله منهی است. اگر هم عنوان طریقت داشته باشد و مشیر به چیزی به لحاظ ماده ماکول باشد، در آن صورت، استفاده غیرخوراکی از خون، مشمول ادله حرمت نیست. طبعاً در اینجا تعیین طریقت از موضوعیت بسیار اهمیت می‌یابد. یکی از راه‌ها برای تعیین طریقت، اعتماد به قرینه مناسبت حکم و موضوع است. چون در نظر عرف، هرگاه حکمی به موضوعی تعلق پذیرد، لابد آن موضوع خودش ملاک بوده است (عباس موسوی، بی‌تا، مجلدات مجله فقه اهل بیت، ج ۴۹، ص ۱۲۷).

نمونه سوم کلام شهید صدر در بحث مطهریت آب باران است که از آیه شریفه ﴿وَ يُنَزَّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ﴾ (انفال: ۱۱) استفاده می‌گردد.

ایشان می‌فرماید: تنزیل آب از آسمان می‌تواند طریقی باشد؛ پس به معنای فروفرستادن آب از مبدأ آسمان است که طریقی برای ایجاد آب‌های دیگر است؛ پس همه اقسام آب‌ها را شامل می‌شود. همچنین، می‌تواند موضوعی هم باشد و مراد خصوص آب باران باشد.

آنچه در اینجا احتمال اول را تعیین می‌کند، وجود قرینه مناسبت حکم و موضوع است؛ چون عرف می‌گوید ریزش از آسمان دخالتی ندارد. پس، از آیه شریفه می‌توان مطهریت جنس آب را نتیجه گرفت (صدر، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۳۹).

۶. تقویت شواهد بر حجیت قرینه مناسبت

یکی از امور محول به فقیهان در زمان غیبت، اخذ خمس و صرف آن در جهات مصرف است.

درباره سهم امام و مصارف آن که بحثی نیست؛ چون این سهم، ملک امام معصوم است و در زمان غیبت، حکم مال شخص غایب را دارد که به قدر امکان، باید حفظ و در مواردی مصرف شود که به رضایت مالک یقین داریم. لازمه جعل ولایت برای فقیهان نیز جعل ولایت بر این بخش از خمس است.

اما درباره مصرف سهم سادات نیز می‌توان گفت: به قرینه مناسبت حکم و موضوع، مستفاد از برخی روایات آن است که امام معصوم و جانشین او بر این سهم ولایت دارد، مثل روایت امام کاظم علیه السلام که درباره سهم سادات چنین تعبیری دارد:

«و نصف الخمس الباقي بين اهل بيته فسهم لیتاماهم و سهم لمساكينهم و سهم لابناء سيبلهم، يقسم بينهم على الكتاب والسنة ما يستغنون به في سنتهم فإن فضل عنهم شيء فهو للوالی و إن عجز أو نقص عن استغنائهم كان على الوالی أن ينفق من عنده بقدر ما يستغنون به» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۵ق: ص ۲۷).

در خبر ابوبصیر از امام صادق علیه السلام آمده است: «قال سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال علیه السلام هو الأب والأخ و الرجل یوصی الیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۲۸۳).

شاهد بر وجود قرینه مناسبت حکم و موضوع در نص فوق، این نظر فقیهان است که می‌گویند: مراد از شخص وصی که اختیاردار ازدواج صغیر و طفل است، وصی در خصوص کار ازدواج است نه وصی در امور مالی. و حتی وصی در امور عمومی نیز

نمی‌تواند در ازدواج صغیر دخالت کند؛ چون اطلاق وصیت در امور متعارف شامل این‌گونه موارد خاص نمی‌شود (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱).

در باره قاعده فقهی نفی سبیل که مستند به آیه شریفه ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (نساء: ۱۴۱) است، چند بحث و اشکال وجود دارد: یکی از بحث‌ها آن است که آیا مراد نفی سبیل از سوی جماعت کفار بر جماعت مؤمنان است؛ طوری که اثبات سبیل برای آحادی از کفار بر آحادی از مؤمنان مشمول دلالت آیه نباشد؟ در پاسخ این پرسش، جدای از آنکه می‌توان از قواعد ادبی و شواهد عرفی درباره استعمال صیغه جمع محلی باللام استفاده کرد، برخی فقیهان به وجود قرینه سیاق و قرینه مناسبت حکم و موضوع تمسک کرده‌اند. ایشان فرموده‌اند: قرینه مناسبت شاهد بر اراده جنس کفار و جنس مؤمنان در این مقام است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق: ج ۱، ص ۲۴۴).

از آنچه تاکنون درباره قاعده حجیت مناسبت حکم و موضوع آوردیم و از مثال‌هایی که مطرح کردیم، معلوم می‌شود که مناسبت حکم و موضوع نوعی قرینه عرفی بر کشف موضوع و ملاک حکم است که می‌تواند نسبت به موضوع مطرح در خطاب عام‌تر یا خاص‌تر باشد. توضیح آنکه، گاه موضوع خطاب در ظاهر خاص است ولی عرف خصوصیت آن را القا می‌کند و حکم را در حدی فراتر از آن می‌فهمد. گاهی هم موضوع خطاب عام و شامل است ولی عرف شمولیت آن را غیرمقصود و حکم را مضیق می‌داند. در هر حال، شارع به فهم عرفی در کشف مناسبت حکم و موضوع اعتماد کرده و آن را در انعقاد ظهور اولی به منزله قرینه متصل دانسته است.

نمونه دوم در خصوص شخص زناکار است که حاکم اسلامی مجازات تبعید را برای او در نظر می‌گیرد. یکی از مباحث در این باره آن است که آیا فرد تبعیدی می‌تواند همسرش را همراه خود ببرد یا باید از همسرش جدا باشد؟ مقتضای اطلاقات ادله تغریب آن است که همراهی همسرش مانعی ندارد؛ ولی از میان فقیهان معاصر، مرحوم آیت‌الله گلپایگانی تصریح دارد که به سبب وجود قرینه مناسبت حکم و موضوع، باید از اطلاق دست برداشت، چون مجازات تغریب جنبه عقوبت بر ارتکاب زنا دارد و این اقتضا دارد که مجرم

از التذاذات مباح متعلق به زوجه‌اش محروم باشد.

روشن است که بر فرض قبول قرینه مناسبت، در اینجا نمی‌توان در سایر موارد آن را طرح کرد، مثل تبعید محارب یا قواد یا قاتل الولد یا واطی البهیمه (طبسی، بی‌تا: ص ۲۸۰).

سومین نمونه درباره امر به معروف و نهی از منکر است. یکی از وظایف حاکم اسلامی، اقامه فریضه امر به معروف و نهی از منکر است؛ ولی فقیهان برای آن مراتبی قائل شده‌اند: قلب و لسان و ید. سپس، ایشان درباره «ید» نیز مراتبی را گفته‌اند، مثل ضرب و سپس جرح و سپس قتل؛ ولی از عجایب سخنان برخی بزرگان مثل آیت‌الله سید احمد خوانساری در جامع المدارک (۱۳۶۴: ج ۵، ص ۴۰۹) آن است که ترتیب معتبر نیست؛ چون در روایات «واو» عاطفه آمده که بیان ترتیب نمی‌کند. در مقابل، فقیهان دیگر فرموده‌اند که اولاً باید تراحم میان این ادله و ادله حرمت ایذاء را لحاظ کرد و از باب اهم و مهم سراغ اقوی الملائکین رفت؛ ثانیاً «واو» عاطفه در ادله مذکور دلالت بر تساوی ندارد، بلکه قرینه مناسبت حکم و موضوع نشان می‌دهد که مراتب و مراحل وجود دارد و با تأثیر مرحله ادنی نوبت به مرحله اعلی نمی‌رسد. مثلاً در جایی که می‌توان با نصیحت مختصری مجرم را پشیمان کرد، هیچ فقیهی برای یکبار شرب خمر اجازه قتل صادر نمی‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۳۸).

نتایج بحث

۱. قرینه مناسبت از اقسام قرائن عرفی است که مبتنی بر فهم ارتکازی است.
۲. عناوین و حالات عارض بر موضوع اگر موجب تغییر ماهیت موضوع نباشد، ولی موجب تغییر اسم باشد، بقای حکم را محل تردید قرار می‌دهد. در این موارد عرف از راه قرینه مناسبت، گاه تغییرات را مضر به بقای حکم می‌داند و گاه نمی‌داند. حتی در مواردی که تسمیه نیز تغییر می‌یابد، باز هم بقا و عدم بقای حکم دائرمدار نظر عرف بر پایه قرینه مناسبت است.
۳. در قرینه مناسبت، گاه عرف عقلایی و گاه عرف متشرعی حاکم است و این وابسته به نوع موضوعات است.



۴. اصولیان از قرینهٔ مناسبت در مواردی سود جستند، از جمله: اثبات مفهوم وصف، معنای مشتق، رفع اجمال دلیل، تعیین کفایی بودن وجوب، شناخت وحدت یا تعدد مطلوب، جریان یا عدم جریان استصحاب، ترجیح أحد المتزاحمین علی الآخر، تبیین دلالت حدیث رفع، تقعید قواعد و تعیین قلمرو آنها.

۵. فقیهان از قرینهٔ مناسبت در موارد متعدد استفاده کرده‌اند. نکتهٔ مهم در استنباط حکم شرعی از قرینهٔ مناسبت آن است که می‌توان ملاک احکام را، که سبب توسعه یا تضییق حکم می‌گردد، از راه قرینهٔ مناسبت کشف کرد.

۶. مهم‌ترین کارایی قرینهٔ مناسبت رفع اجمال از دلیل لفظی و شکستن ظهور اطلاقی آن است.

کتابنامه

۱. بجنوردی، سیدحسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهية، قم، الهادی، چاپ نخست.
۲. حائری، سیدکاظم (۱۴۰۸ق)، مباحث الأصول (تقریرات درس شهید صدر)، قم، نشر مقرر، چاپ نخست.
۳. حر عاملی، محمدین حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۴. حکیم، محمدتقی بن محمدسعید (۱۹۷۹م)، الأصول العامة للفقہ المقارن، قم، آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۵. _____ (۱۴۲۹ق)، القواعد العامة فی الفقه المقارن، تهران، نشر مجمع التقرب، چاپ نخست.
۶. حلّی، حسین (۱۴۳۲ق)، أصول الفقه، قم، نشر مکتبة الفقه و الأصول المختصة، چاپ نخست.
۷. بروجردی نجفی، محمدتقی (۱۳۹۳)، نهیة الأفكار، تقریرات ضیاء الدین عراقی، قم، نشر جامعه مدرسین، چاپ ششم.
۸. خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، تقریرات فی الأصول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۹. خوئی، سیدابوالقاسم (بی تا)، أجود التقریرات (تقریرات درس میرزای نائینی)، قم، مطبعة الفرمان.
۱۰. ساعدی، جعفر (بی تا)، «دورالعرف و السیرة فی إستنباط الأحكام»، مجلدات مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۳۷، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ نخست.
۱۱. سبحانی، جعفر (۱۳۸۳)، رسائل اصولیة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۸ق)، دلیل تحریر الوسيلة (ولایة الفقیه)، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ دوم.
۱۳. خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک، به تصحیح علی اکبر غفاری، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۴. _____ (۱۴۲۵ق)، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة، قم، نشر جامعه مدرسین، چاپ نخست.



۱۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۵ق)، ضرورت وجود حکومت أو الولاية للفقهاء، قم، دارالقرآن الکریم.
۱۶. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۰ق)، بحوث فی شرح العروة الوثقی، نجف، مطبعة الآداب.
۱۷. _____ (۱۴۱۰ق)، منهج الصالحین (المحشّی)، با تعلیقات شهید صدر، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، چاپ نخست.
۱۸. طبسی، نجم‌الدین (بی‌تا)، النفی و التغریب فی مصادر التشریع الإسلامی، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ نخست.
۱۹. عباس موسوی، علی (بی‌تا)، «الموضوعیة و المعرفیة فی ادلة الأحکام الشرعیة»، مجلدات مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، ج ۴۹، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ نخست.
۲۰. عدنان قطیفی، سید منیر (۱۴۱۴ق)، الرافذ فی علم الأصول (تقریرات درس سیدعلی سیستانی)، قم، مهر، چاپ نخست.
۲۱. فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۰ق)، محاضرات فی أصول الفقه (تقریرات درس سیدابوالقاسم خوئی)، قم، انصاریان، چاپ چهارم.
۲۲. قائینی، محمد (۱۴۲۷ق)، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة، ج ۱-۴، قم، نشر مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم‌السلام)، چاپ نخست.
۲۳. قدسی، احمد (۱۴۲۸ق)، أنوار الأصول (تقریرات درس ناصر مکارم شیرازی)، قم، نشر مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیهم‌السلام)، چاپ دوم.
۲۴. کاظمی خراسانی، محمدعلی (بی‌تا)، فوائد الأصول (تقریرات درس میرزای نائینی)، قم، نشر جامعه مدرسین قم.
۲۵. مظفر، محمدرضا (بی‌تا)، أصول الفقه، قم، اسماعیلیان، چاپ پنجم.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق)، بحوث فقهیة هامة، قم، نشر مدرسه امام علی (علیهم‌السلام)، چاپ نخست.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۷)، پژوهش‌های نو در فقه معاصر، قم، نشر دادگسترى كل استان قم، چاپ نخست.



بررسی فقهی فراگیره احکام موردنیاز در کودکان مراهم

مصطفی همدانی*

چکیده

فراگیری احکام فقهی موردنیاز پیش از ابتلا به آن بر مکلفان واجب است. در این میان، با توجه به ثبت دقیق ساعت تولد در زمان معاصر، پرسش مهمی پیش می‌آید: آیا کودکان مراهمی که دقایقی پیش از غروب به سن تکلیف می‌رسند و در آن وقت فرصت آموختن احکام طهارت و نماز را ندارند نیز واجب است پیش از بلوغ این احکام را بیاموزند؟ در صورت وجوب، چگونه می‌توان تعارض این وجوب با روایت «رفع القلم» و نیز با اجماع فقدان حکم الزامی درباره نابالغ را حل کرد؟ به‌باور محقق ثانی، این فراگیری بر کودک مراهم واجب است. با وجود این، بسیاری از شاگردان وی و معاصران این وجوب را انکار کرده‌اند. پژوهش فرارو در راستای پاسخ به این پرسش نگاشته شده است. این نوشتار، ضمن ریشه‌یابی طرح این منازعه به‌عنوان واکنشی به اندیشه‌های صاحب فصول که پیش از ایشان سابقه نداشته است، به این نتیجه دست یافته است که فراگیری این احکام بر کودک مراهم واجب نیست و حدیث «رفع القلم» به‌علت ماهیت امتنانی آن بر ادله عقلی وجوب مقدم است.

کلیدواژگان: کودک، مراهم، فراگیری احکام، وجوب فراگیری پیش از بلوغ.

فقیهان شیعه از دیرباز معتقد بوده‌اند کودکان، تا رسیدن به سن بلوغ، هیچ‌گونه تکلیف و مسئولیتی ندارند. از این رو، این پرسش مهم نیز هرگز برای ایشان رخ نداده و در کتاب‌های ایشان بحث نشده است: «کودکانی که در آغاز سن تکلیف خود، فرصتی برای آموزش احکام فقهی موردنیازشان را ندارند چه تکلیفی دارند؟»؛ زیرا پاسخ ایشان روشن است: اگر توانایی انجام صحیح آن عبادات را ندارند، انجام صحیح از ایشان ساقط است و باید، نخست، احکام موردنیاز خود را بیاموزند یا اینکه کلاً از ایشان ساقط است و باید آن را قضا کنند. محقق نائینی به مخالفت با رویکرد فقهی یادشده در نفی هرگونه تکلیف از کودکان برخاسته است. او مدعی شده است کودکان مراهق در برابر تکالیف عقل مستقل دارای مسئولیت هستند. همچنین، وی فراگیری احکام موردنیاز را هم نوعی حکم عقل مستقل انگاشته است. شاگردان محقق نائینی در همان زمان حیات ایشان به مخالفت با این انگاره پرداخته‌اند و تاکنون هیچ‌کس در این موضوع با ایشان موافقت نکرده است. جز برخی فقیهان معاصر.

با توجه به ثبت ساعت تولد در زایشگاه‌های کنونی، ضرورت بحث فقهی از حکم فراگیری احکام یادشده بر کودکان مراهق دوچندان است. از این رو، نوشتار فرارو این پرسش را محور پژوهش خود قرار داده است: «آیا کودک مراهق لازم است احکام موردنیاز خود را که در هنگام بلوغ فرصت ندارد بیاموزد، پیش از بلوغ یاد بگیرد؟». اگر پاسخ این پرسش مثبت باشد، نخست، تکلیفی الزامی و وجوبی متوجه کودک می‌شود و در نتیجه، قاعده مسلم انگاشته فقهی سلب مطلق تکلیف از کودکان خدشه‌دار می‌شود؛ دوم، از منظر فقه تربیتی نیز تکلیفی متوجه ولی او خواهد شد که احکام فقهی موردنیاز کودک در آغاز بلوغ را پیش از تکلیف به او یاد دهد.

تاکنون بحث مستقلی درباره این موضوع دیده نشده است. پیشینه این مسئله در ادبیات فقهی پیشینیان نیز دارای پراکنشی نامنظم است و جایگاه تعریف‌شده‌ای برای آن وجود ندارد؛ زیرا به‌طور کلی جایگاه مشخصی در کتب فقهی برای احکام کودکان وجود

ندارد. از این رو، این مسئله نیز فقط دارای ریشه‌هایی پراکنده در کتب فقهی و بلکه کتب اصولی است. مظان تحقیقی پیشینیان و جغرافیا و پراکنش علمی این حوزه به این شرح است: الف. آغاز کتاب «بیع» در بحث شروط متعاقدين که بحث از بلوغ و به تناسب آن، برخی احکام کودکان است؛ ب. بحث وجوب قرائت در نماز که به تناسب آن، بحث از حکم یادگیری قرائت صحیح نماز و دیگر احکام آن پیش از بلوغ است؛ ج. بحث ملازمات عقلیه و اشکال صاحب فصول در آن بحث (که اگر ملازمه حجت باشد باید احکام مستقل عقل بر کودکان نابالغ، از جمله فراگیری احکام پیش از بلوغ هم واجب باشد) و در نتیجه، وارد شدن اصولیان به این بحث فقهی برای پاسخ دادن به آن و ایجاد قسمتی از ادبیات علمی بحث در این بخش.

۱. مفهوم‌شناسی

چهار مفهوم اساسی این تحقیق عبارت‌اند از: «کودک»، «بلوغ»، «ممیز» و «مراهق». این مفاهیم به توضیح و تبیین نیازمندند.

۱-۱. کودک

کودک یا «صبی»^۱ در اصطلاح فقه، همواره در معنایی متقابل با بلوغ به کار می‌رود (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۲۹۸). بنابراین، کودک در اصطلاح فقه عبارت است از نابالغ؛ یعنی فردی (پسر یا دختر) که به حد بلوغ نرسیده باشد.

کودک در این اصطلاح بر دو قسم است: کودک ممیز و کودک غیرممیز. کودک ممیز نیز بر دو قسم است: کودکِ همراه و کودکِ غیرمراهق (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۱، ص ۳۲۸؛ شهید اول، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۳۸۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶، ص ۹۷؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۱، ص ۵۵۰). در ادامه، دو اصطلاح ممیز و همراه شرح داده می‌شوند.

۲-۱. بلوغ

مقصود از بلوغ نیز مقطعی از رشد است که فرد را به تکالیف شرعی مکلف می‌کند. این مقطع با سه علامت مشخص شده است؛ تحقق هر کدام به تنهایی برای ورود به این مقطع

کافی است: رویش موی خشن در شرمگاه، خارج شدن منی، رسیدن به سن پانزده سال تمام قمری در پسر و نه سال تمام قمری در دختر (شیخ طوسی، همان: ج ۸، ص ۲۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۲، ص ۸۵).^۲

۳-۱. ممیز

«کودک ممیز» عنوانی فقه‌ساخته است؛ یعنی چنین ترکیبی با لفظ «ممیز» یا مشتقات آن در روایات وجود ندارد.^۳ این اصطلاح در ابواب مختلف فقه به کار رفته و تعاریف مختلفی هم از آن ارائه شده است. در این میان، بهترین تعریف از آن شیخ طوسی است: «ممیز یعنی فردی که بتواند تکلیفی را که بر او واجب است، به همان شکل که واجب است ادا کند (۱۴۱۷ق: ج ۱، ص ۱۹۴).

۴-۱. مراهق

مراهق در لغت عبارت است از کودکی که به بلوغ «نزدیک» شده است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۱۴۸۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۱۳۰). از میان اظهارات گوناگون و گاه ناهمساز، که از فقیهان بزرگوار شیعه به دست نگارنده آمده است، دو تعریف مناسب دیده شده‌اند و با هم‌افزایی مفهومی تا حدی می‌توانند این اصطلاح را تبیین کنند: مراهق عبارت است از کودکی که تمییز قوی‌تری از ممیز دارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۰، ص ۱۹۶) و به جهت عقل و درک و مورد اعتماد بودن در جامعه، نوعی شبه‌بالغ است (عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۷، ص ۲۰۹).

نگارنده در تحقیقی مستقل، دو مفهوم ممیز و مراهق، و مستندات ماثور و کارکردها و وجوه افتراق آنها را در مباحث فقهی تحلیل و تبیین کرده است. (مصطفی همدانی، ۱۳۹۶)

۲. نخستین ریشه‌های نظریه فقهی «تکلیف کودک مراهق در تحصیل علم»

۱-۲. رویکرد پیشینیان

همواره این انگاره در میان فقیهان شیعه وجود داشته است که کودکان هیچ‌گونه تکلیفی ندارند. از این رو، برخی نیز در موضوع یادگیری احکام نماز و عبادات، پیش از مکلف شدن، به شکل مطلق گفته‌اند: اگر کسی قرائت را نداند، باید قبلاً بیاموزد (علامه حلی، ۱۴۱۲ق:

ج ۵، ص ۶۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۷۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۲۴۹). ایشان از فرصت داشتن یا نداشتن برای یادگیری، یا کودک نابالغ و استثنای آن یا داخل کردن آن در این حکم بحثی مطرح نکرده‌اند. متأخران درباره فقدان فرصت یادگیری نیز گفته‌اند: پس از ورود در وقت، بر مکلف واجب است حمد و سوره و اذکار واجب نماز را اجماعاً بیاموزد و [این حکم] پیش از آن هم بر کسی که بداند بعد از دخول در وقت، فرصت یادگیری ندارد، واجب است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۳۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۹، ص ۳۰۰؛ همدانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۲، ص ۱۲۷). دلیل وجوب از نظر ایشان هم از باب حکم عقل به وجوب مقدمه در مقدمه واجب است. به طور کلی، این حکم درباره مقدمه هر واجبی که بدانیم در وقت خود قابل حصول نیست، محقق است (انصاری، همان: ص ۲۸۸؛ همدانی، همان). به بیان دیگر، به محض تکلیف، همه تکالیف مطلق و مقید و موقت و منجز بر مکلف بار می‌شود؛ با وجود این، تکالیف موقت منوط به رسیدن زمان آن است و از این رو، به شرط علم به تحقق شرط آن، باید مقدماتش را فراهم کند (همدانی، همان: ج ۱، ص ۲۰). این وجوب نیز در فرض مذکور، یعنی فقدان فرصت پس از وقت، تعیینی است؛ همان طور که برخی فقیهان به آن تصریح کرده‌اند (اراک، ۱۴۲۱ق: ج ۲، ص ۱۱۵). برخی هم معتقدند اگر بعد از وقت هم فرصت داشته باشد، به شکل واجب تخییری، که قبل از وقت آن را تحصیل کند یا بعداً، بر او واجب است (حائری یزدی، ۱۴۰۴ق: ص ۱۹۸).

۲-۲. پرسش انکاری صاحب فصول؛ آغاز تضارب اندیشه‌ها

صاحب فصول در بحث حجیت احکام حاصل از ملازمات عقلیه، چند اشکال مطرح کرده است. اشکال پنجم ایشان چنین است: اگر قول به ملازمه درست باشد، باید کودک مراهمی که دارای عقل کامل و نیز درک شفاف است هم مأمور به وظایف شرعی (واجب و حرام) شود؛ زیرا به حکم عقل، مراعات احکام مذکور بر چنین فردی لازم است؛ با اینکه می‌دانیم شرع به جهت مراعات حال کودک و توسعه بر او و نیز عدم خروج احکام از انضباط،^۴ هرگز کودکان را مکلف ننموده است (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۳۳۹).

این اشکال صاحب فصول، زمینه گسترده‌ای برای تولید بخش مهمی از ادبیات

مسئله فرارو، یعنی حکم فراگیری احکام بر کودکان نابالغ فراهم کرده است. در ادامه، این اندیشه‌ها طرح و بررسی می‌شوند.

۳. رد وجوب تحصیل علم بر مراهقان

پس از صاحب فصول، محققان زیادی کوشیده‌اند اشکال ایشان را پاسخ دهند. عده‌ای مدافع حجیت حکم عقل در مستقلات عقلیه و نیز وجود حکم عقلی مورد تأیید شرع و عدم مخالفت شرع با این احکام و بلکه عدم امکان این مخالفت بوده‌اند. ایشان سعی کرده‌اند فقدان تکلیف بر کودک مراهق، از جمله فقدان تکلیف در تحصیل علم را پاسخ دهند. این پاسخ‌ها به شرح زیر است:

۳-۱. پاسخ شیخ انصاری به صاحب فصول

شیخ انصاری و برخی دیگر گفته‌اند رفع تکلیف از کودکان، رفع کیفر است. این رفع در شرع درباره بالغان نیز فراوان اتفاق افتاده است، مثل قصد گناه که به حکم عقل و شرع قبیح است ولی با حکم روایات مستفیضه عفو شده است و یا صغائر که در صورت پرهیز از کبائر، بخشوده شده‌اند (انصاری، ۱۳۸۳ق: ج ۲، ص ۳۶۴). برخی معاصران نیز همین پاسخ را با اضافاتی به صاحب فصول ارائه کرده‌اند. ادله خاص ایشان در بخش‌های بعد ارائه خواهد شد (سبحانی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۶۳).

۳-۲. پاسخ محشی معالم به صاحب فصول

سیدعلی موسوی قزوینی، از شاگردان شیخ انصاری و صاحب جواهر، در تعلیقه ارزشمند خود بر معالم‌الأصول، در پاسخ صاحب فصول، دیدگاهی را ارائه داده است که به نوعی شرح و تبیین بیشتر اندیشه مرحوم شیخ انصاری است. ایشان نوشته است:

«حکم شرعی دارای سه مرتبه است: طلب فعلی که همان وجوب و حرمت است، حکم مجعول واقعی در لوح محفوظ، و محبوبیت و مغوضیت عمل نزد خدای متعال؛ و مراد از حکم عقل به وجوب یا حرمت، حکم به دو معنای اخیر است و مقصود از حدیث رفع القلم، فقدان

حکم به معنای اول است و از این رو، احکام عقلی شامل کودک همراه نیز هست؛ منتهی به این معنا که در لوح محفوظ برای آن رفتار او حکم وجود دارد و نیز نزد مولا محبوبیت یا مبعوضیت دارد و مقصود از ملازمه حکم شرعی و عقلی همین است. اما حدیث رفع القلم اجازه نداده است این مراتب به حکم فعلی که همان وجوب و حرمت است برسد و این گونه احکام نمونه‌های زیادی در شرع دارد، مثل نیت گناه که عقل و نقل به قبح آن فتوا داده‌اند؛ اما با وجود این، شرع به جهت مصالحی آن را عفو فرموده است». (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۵۳۰)

۳-۳. پاسخ فقیه همدانی و آیت‌الله اراکی به صاحب فصول

فقیه همدانی و آیت‌الله اراکی معتقدند تحصیل مقدماتی که کودک می‌داند اگر نیاموزد، پس از بلوغ از او واجباتی فوت می‌شود، واجب نیست. این عدم وجوب به جهت نقص در کودک و عدم صلاحیت تکلیف نمودن به او در نظر شارع است؛ از این رو، می‌توان گفت او دارای قدرت نیست. ایشان در توضیح فقدان قدرت کودک می‌افزایند: البته این قدرت اخص از قدرتی است که شرط عامه تکالیف به‌شمار می‌آید. مقصود از قدرت، حصول بلوغ است (همدانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۲۱؛ اراکی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۲۴۲).

۳-۴. پاسخ آیت‌الله سبحانی به صاحب فصول

آیت‌الله سبحانی سه پاسخ به صاحب فصول ارائه کرده است. پاسخ نخست ایشان همان است که از مرحوم شیخ انصاری نقل شد. پاسخ دوم این است که حُسن باید علت تامه تکلیف باشد تا حکم عقلی صادر شود. علت تامه نیز مرکب از مقتضی و فقدان مانع و مزاحم است. اینجا مانع وجود دارد؛ زیرا صلاحیت شخصی افراد برای تکلیف باعث هرج و مرج است و باید سن خاص در فرد احراز شود. از این رو، علت تامه تحقق تکلیف وجود ندارد تا حُسن صدق کند. جواب سوم این است که اصلاً این بحث از فروع حسن و قبح نیست؛ بلکه از فروع احراز مصالح تکلیف است و عقل هم به مناطات و مصالح تکالیف راه ندارد (سبحانی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۶۳).

۳-۵. پاسخ آیت‌الله خرازی به صاحب فصول

آیت‌الله خرازی معتقد است در حکم عقلی، مصلحت در متعلق کافی نیست و باید مصلحت در تکلیف کردن هم احراز شود.^۵ در تکلیف نابالغ این مصلحت محرز نیست؛ پس عقل به وجوب احکام عقلی بر او حکم نمی‌دهد (خرازی، ۱۴۲۲ق: ج ۴، ص ۵۰۵).

این پاسخ درست نیست؛ زیرا همان‌طور که برخی اصولیان متکلم گفته‌اند، تنها ملاکی که عقل برای حُسن تکلیف در نظر دارد، همان قدرت مکلف در امتثال مکلف به است. عقل منتظر رسیدن بلوغ شرعی نیست (املی، ۱۳۸۰ق: ج ۱، ص ۳۹۷).

۳-۶. تحلیل و نقد اندیشه‌های منتقدان صاحب فصول

لازمه سخن این گروه این است که کودک مراهمی که پس از بلوغ هم فرصت ندارد احکام موردنیاز خود را بیاموزد، از وجوب آن احکام مستثنا می‌شود و تازه از آن پس مأمور به آموختن آن احکام شود. این همان لازمه‌ای است که صاحب فصول آن را انکار می‌کند و از فقیهان پیش گفته هم هیچ کدام تصریح نکرده‌اند که این لازمه را قبول دارند. فقط مرحوم آیت‌الله اراکی به صراحت گفته است اگر کودکی نیاز دارد یک ماه اول بلوغ قرائت نماز را بیاموزد، در این یک ماه، قرائت صحیح نماز بر او واجب نیست (اراکی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۲۴۲). همچنین، محقق خوئی، از مخالفان صاحب فصول، این اندیشه را این‌گونه مستدل کرده است: کودک پس از تکلیف نسبت به تکالیفی که فرصت داشته و نیاموخته، تکلیفی ندارد؛ چون این تکلیف به مالایطاق است (خوئی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۳۵۴). در هر صورت، این لازمه بر کلام همه افراد این دسته مترتب است؛ چه به قبول آن تصریح کنند، چه نکنند.

برخی اشکالات در پایان تبیین اندیشه‌ها بیان شد، اما اشکال عمومی آنها این است که ایشان همگی در تحقق حکم مستقل عقل خدشه کرده‌اند و هرکدام کوشیده‌اند به نوعی این مسئله را از مبحث مستقلات عقلیه خارج کنند، چون اساساً صاحب فصول آن را در بحث مستقلات عقلیه طرح کرده است (ر.ک: حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۳۳۹). در بخش پسین، به پاسخ محقق نائینی به صاحب فصول خواهیم پرداخت؛ ولی اجمالاً

می‌توان گفت اشکال اساسی محقق نائینی بر صاحب فصول این است که این حکم بر کودکان از باب مقدمیت واجب نیست؛ بلکه از باب مناط فحوص در شبهات حکمیه است. بنابراین، پاسخ محقق نائینی، گرچه ناظر به این اندیشه‌ها، به‌ویژه متأخرانی چون آیت‌الله سبحانی و آیت‌الله خرازی (که روشن است متأخر از محقق نائینی هستند و معنا ندارد ناظر به ایشان باشد) نیست، اما اشکالی مهم بر این رویکردهاست.

۴. رهیافت محقق نائینی، نخستین جوانه نظریه و وجوب فراگیری احکام بر مراهقان

۴-۱. تبیین رویکرد محقق نائینی

محقق نائینی معتقد است تکالیف عقل مستقل، از جمله آموختن احکام موردنیاز در آغاز بلوغ، بر کودک واجب است و حدیث رفع نیز نمی‌تواند این وجوب را بردارد. تا آنجا که نگارنده تتبع کرده است، این نخستین مخالفت با گستره حدیث رفع است. پیش از محقق نائینی چنین مخالفتی سابقه نداشته است. یکی از دستاویزهای مخالفان ایشان، که اندیشه‌های آنان بعداً نقل خواهد شد، نیز همین بی‌سابقه بودن این سخن و مخالفت آن با اجماع موردادعا در این مسئله است.

محقق نائینی این نظریه را هم در مباحث اصولی و هم فقهی مطرح کرده است. ایشان در تحقیقات اصولی خود در بحث مقدمات مفوته، پس از بحث از وجوب عقلی آموختن وظایف موردابتلا بر مکلفان، با ابتکار خود بحثی طرح می‌کند که همان وجوب فراگیری بر کودک مراهق است. ایشان در تبیین این مسئله می‌فرماید: «کودک باید احکامی را که در آغاز تکلیف فرصت ندارد بیاموزد، پیش از تکلیف یاد بگیرد (نائینی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۲۰۵-۲۰۶). این رویکرد اصولی محقق نائینی، در فقه ایشان نیز منعکس شده است. ایشان در بحث قرائت نماز معتقد است یادگیری تلفظ صحیح حمد و سوره و دیگر اذکار واجب نماز واجب است و اگر کسی پس از وقت یا بلوغ نتواند آن را یاد بگیرد، واجب است پیش از وقت و بلوغ بیاموزد. ایشان معتقد است این وجوب در همه احکام شرعیه و مقدمات مفوته وجود دارد؛ زیرا حاکم به وجوب فراگیری احکام، عقل است و حکم او نیز

استقلالی است و روایاتی چون «هَلَّا تَعْلَمْت»^۷ نیز که دلالت بر وجوب آن دارند، ارشاد به حکم عقل است. همچنین این حکم مطلق است و ویژه پیش از بلوغ و پس از آن نیست؛ بلکه هرکس که احتمالی عقلایی بدهد که به‌هنگام فرارسیدن زمان تکلیف به تحصیل علم، نتواند آن تکلیف را انجام دهد، عقلاً بر او واجب است پیش از آن وقت آن را بیاموزد. بنابراین، کودک مراهمی که ممیز است و قابلیت توجه تکلیف را دارد نیز مشمول این حکم است. از سوی دیگر، وجوب این یادگیری مقدمی نیست که متوقف بر وجوب ذی‌المقدمه باشد؛ بلکه وجوب آن، نفسی تهیئی^۸ است؛ یعنی یادگیری واجب است، ولی نه لذاته بلکه للغیر. البته، این غیر از وجوب بالغیر است که در مقدمه وجود دارد. ایشان در پایان افزوده است در این بحث هیچ شکی وجود ندارد (نائینی، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۷۸-۷۹).

ایشان در نقد سخن شیخ انصاری، که ملاک عدم وجوب بر کودک را عدم قدرت او می‌داند،^۹ معتقد است: ملاک وجوب فراگیری، ملاک مقدمات مفوته نیست که بگوییم امتناع بالاختیار با اختیار منافات ندارد و بحث را از صغریات باب قدرت بدانیم؛ بلکه ملاک در اینجا همان وجوب فحص در شبهات حکمیه است. حکم عقل هم الزام عبد به ادای وظیفه است، زیرا به حکم عقل، مولا موظف است مراد خود را با تبلیغ از راه‌های متعارف اعلام کند و عبد نیز موظف است پیگیر باشد تا مراد او را بیابد. بنابراین، عقل مستقلاً حکم می‌دهد که اگر هرکدام به وظیفه خود عمل نکنند، عقاب عبد قبیح است. پس عقل مستقلاً به وجوب فراگیری احکام دین حکم می‌دهد. در نتیجه، کودک مراهمی ممیز نیز باید احکامی را که در لحظه اول بلوغ بر او واجب است و در آن هنگام فرصت یادگیری ندارد (مثلاً اواخر وقت نماز بالغ می‌شود)، بیاموزد (نائینی، ۱۳۷۶ق: ج ۱، ص ۲۰۴-۲۰۶).

۲-۴. نقد عبدالنبی عراقی بر محقق نائینی و ارزیابی آن

عبدالنبی عراقی در تألیفی که در نقد اندیشه‌های محقق نائینی نوشته، آورده است: وجوب احکام پیش از بلوغ امر عجیب و مخالف ظواهر اجماعات عامه و خاصه است. او معتقد است هر نوع عبادت و فقدان ایمانی هم که پیش از بلوغ از او فوت شده باشد، اشکالی ندارد و عبادات را بعداً قضا می‌کند و حال او حال جاهلان قاصر است. بلکه گناه

آن فقط بر ولیّ اوست؛ چون بنابر روایات عدیده، ولیّ مکلف به تعلیم اوست، اما او خود موظف به فراگیری نیست (عراقی نجفی، بی تا: ص ۱۲۶).

این اشکال ایشان وارد نیست؛ زیرا اجماع موردنظر ایشان متکی به روایت رفع القلم است که فریقین آن را روایت کرده‌اند. از سوی دیگر، اصولیان معتقدند اجماع مدرکی حجت نیست (تبریزی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۲۸۰؛ سبحانی، ۱۴۲۴ق: ج ۳، ص ۴۳۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۲۸۹).

۳-۴. نقد آیت‌الله خوئی و همراهان وی بر محقق نائینی

مرحوم آیت‌الله خوئی، از شاگردان برجسته محقق نائینی، با دیدگاه استاد خود مخالفت نموده است. بسیاری از شاگردان آیت‌الله خوئی نیز اشکال استاد خود بر محقق نائینی را تکرار کرده‌اند. آیت‌الله خوئی اشکال خود بر محقق نائینی را بسیار قوی می‌داند؛ از این رو، استاد را به وضوح تخطئه کرده و طبق بیان مقرر کتاب المحاضرات، نظر محقق را با این تعبیر ارزیابی می‌کند: «خاطی جداً!»؛ یعنی نظر استاد بسیار اشتباه است! علت این تخطئه از نظر ایشان این است که روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» دلالت دارد ملاک عقلی و مصلحت موجود در فراگیری، درباره کودک وجود ندارد و از این رو، تکلیف از کودک برداشته شده است. این روایت، تعبد شرعی بر مشمول نشدن آنان بر آن حکم عقل است (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۲۰۵). بنابراین، مرحوم آیت‌الله خوئی بر اطلاق این روایت اصرار دارد که هم تکالیف شرعی^۱ و هم تکالیف عقل مستقل را دربر می‌گیرد.

برخی تقریرات جدید از مباحث مرحوم خوئی، نکته‌ای دقیق بر این بحث افزوده و مقرّر در پاورقی نیز تأکید کرده است که این مبحث را در دوره‌های جدید اصول از ایشان شنیده و بر بحث افزوده است. در این مطلب جدید، ایشان مواجهه حدیث رفع با آن حکم عقلی را از باب حکومت دانسته و معتقد است: نباید پنداشت حکم حدیث رفع، حکمی شرعی است و نمی‌تواند حکم و جوب فراگیری (که عقلی است) را بردارد؛ چون حدیث رفع، موضوع حکم عقلی (ضرر) را رفع می‌کند و در نتیجه، حکم عقلی هم قهراً رفع می‌شود (خوئی، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۳۵۴).

مرحوم شیخ حسین حلی، از دیگر شاگردان محقق نائینی، نیز با بیانی مشابه، اطلاق حکم عقل به وجوب فراگیری را مقید به پس از بلوغ کرده است. او معتقد است به دلیل حدیث رفع، این حکم شامل کودک نابالغ نیست (حلی، ۱۴۳۲ق: ج ۲، ص ۱۳۸). با وجود این، وی از وجه تقدم حدیث رفع بر حکم عقل، تبیینی ارائه نکرده است. همچنین، پس از مرحوم خوئی نیز شاگردان ایشان در تأیید نظر استاد خود، نظریه محقق نائینی را رد کرده‌اند (ر.ک: روحانی، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۱۲۸؛ مدرسی یزدی، ۱۳۸۳: ج ۲، ص ۴۸۷).

۴-۳-۱. ارزیابی نقد آیت‌الله خوئی

اندیشه محقق خوئی پذیرفتنی است. نقد ایشان اشکال محقق نائینی در تخصیص بردار نبودن حکم عقلی را نیز پاسخ می‌دهد؛ زیرا در واقع، ایشان ارتباط این دو حکم را از باب حکومت می‌داند، نه عموم و خصوص. در حکومت، حاکم با تخصص باعث می‌شود موردی که محکوم است از عنوان حکم خارج شود. در اینجا هم رفع به همین صورت رخ داده است؛ یعنی موضوع حکم عقل را رفع کرده است. اما ظاهراً محقق نائینی خود نیز به این موضوع التفات داشته است؛ زیرا طبق تقریر دروس اصولی محقق نائینی توسط مرحوم کاظمی، محقق نائینی در آخرین سطر از این مباحث جمله‌ای افزوده است که در تقریرات مرحوم خوئی وجود ندارد. آن جمله چنین است: «فتحصل: أنه لا یقبح عند العقل عقاب تارك التعلم، و الأحكام تتنجز علیه بمجرد الالتفات إلیها و القدرة علی امتثالها إلا ان یکون هناک مؤمن عقلی أو شرعی.» (نائینی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۲۰۶). مقصود از «مؤمن» این است که عنصری در نزد عقل یا روایات یافته شود که کودک را از عقاب معاف کند؛ بنابراین، ایشان وجود عنصر معاف‌کننده در روایات را کارا می‌داند. ظاهراً تبیین آیت‌الله خوئی از مواجهه حدیث رفع با قاعده عقلی، ناظر به این عنصر است؛ گرچه ایشان در نقد محقق نائینی بحث کرده است.

۴-۴. دفاع آیت‌الله وحید از محقق نائینی در وجوب فراگیری بر کودک

آیت‌الله وحید معتقد است در مسئله حکم عقل به وجوب تحصیل علم بر کودک مراهق،

حق با محقق نائینی است؛ با وجود این، ایشان حدیث رفع را نیز به گونه‌ای تفسیر می‌کند که بتواند این حکم عقلی را ناکارآمد کند و در نتیجه، به جرگه مخالفان محقق نائینی می‌پیوندد.

ایشان معتقد است حکم عقلی مذکور در کلام محقق نائینی عام است و با حدیث رفع از عموم نمی‌افتد. دفاع ایشان از عمومیت این حکم به دو صورت حلی و تقضی است. دفاع حلی ایشان چنین است: وجوب فراگیری، شرعی نیست و وقتی شرعی نبود، محال خواهد بود مورد حدیث رفع باشد. اما اینکه وجوب فراگیری شرعی نیست، به این علت است: وقتی در آخرت به عبدی که واجباتی را به جهت ندانستن حکم آنها ترک کرده یا محرماتی را مرتکب شده است، گفته می‌شود: «هَلَّا تَعْلَمْتَ»، او سکوت می‌کند. اگر وجوب فراگیری آنها شرعی بود، او می‌توانست پاسخ دهد که وجوب فراگیری این تکالیف از طرف مولا به من نرسیده است (چون فرض بر این است که او علم به هیچ کدام از آموزه‌های دین، از جمله آموزه‌های مربوط به وجوب فراگیری ندارد). پاسخ نقضی ایشان به مخالفان نیز این است: اگر رفع القلم بتواند وجوب فراگیری احکام را بردارد، باید بتواند دیگر احکام، چون وجوب ایمان بالله و به نبی و وصی، دربارهٔ کودک نابالغ را هم بردارد؛ در نتیجه، باید در آغاز تکلیف تا مدتی، در فقدان ایمان معذور باشد تا تحقیق کند. مستشکل به این لازمه ملتزم نیست (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۳۷۵).

تبیین خاص آیت‌الله وحید از حدیث رفع چنین است: حدیث رفع اگر رفع تکلیف و حکم باشد، درست نیست؛ چون تخصیص حکم عقلی را در پی دارد که گفته شد صحیح نیست؛ همین‌طور استحقاق عقاب را نمی‌تواند بردارد، چون در اینجا هم عقل حکم به استحقاق می‌دهد؛ اما «القلم» را می‌توان اعم از قلم تکلیف و قلم مؤاخذه دانست و از آنجا که مؤاخذه و جزا به دست حاکم است (به‌خلاف استحقاق) و او می‌تواند جزا دهد یا نه، در نتیجه می‌توان گفت رفع قلم مؤاخذه در کودک در پی تخلف او از حکم عقل صورت می‌گیرد (همان، ص ۳۷۵-۳۷۶).

پاسخ نقضی آیت‌الله وحید درست است؛ اما بر اهل استدلال پوشیده نیست که با پاسخ نقضی نمی‌توان چیزی را اثبات کرد. در مقابل آن می‌توان راهکاری جایگزین ارائه کرد که از این نقض فارغ باشد؛ مثلاً ملتزم شویم ایمان هم تا مدتی بر کودک واجب نیست و از آغاز تکلیف، او تازه موظف به بررسی ادله اعتقادی می‌شود. پاسخ حلی ایشان نیز دارای مزیت بسیار دقیقی نسبت به سخن مرحوم نائینی است: ایشان دلیل استحاله تخصیص حکم عقل با حدیث رفع را به‌خوبی توضیح داده است؛ گرچه این تحلیل را پیش از ایشان، مرحوم آقاضیاء عراقی ارائه کرده است (ر.ک: نجم‌آبادی، ^{۱۱} ۱۳۸۰: ج ۲، ص ۷۰۰)، ^{۱۲} اما نظر آیت‌الله وحید در بهره بردن نهایی از این رهیافت با یک اشکال اساسی مواجه است: بازخواست «هَلَّا تَعْلَمْت» خطاب به مکلف است نه نابالغ و دست‌کم یقین نداریم که نابالغ را هم شامل است؛ به‌علاوه، ایشان خود در بحث دیگر معتقدند همه احکام عقل منوط به نبود مؤمن از طرف مولا است (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۳۶۹-۳۷۰) و مؤمن در اینجا وجود دارد که همان حدیث رفع است.



تبیین ایشان از حدیث رفع که قلم را به‌معنایی اعم از قلم تکلیف و مؤاخذه انگاشته است نیز درست نمی‌نماید؛ زیرا تعبیر «قلم» در انتساب به افعال الاهی به‌معنای تشریح و آفرینش و تقدیر مقدرات است و در ارتباط با انسان هم به‌معنای نگاشته نشدن اعمال اوست، چون طبق روایات متعدد، فرشتگانی مشغول نگارش اعمال او هستند و وقتی گفته می‌شود «رفع القلم عن المكلف» (که ساختار روایات رفع القلم هم که در بخش آخر مقاله تبیین خواهند شد نیز همین است) یعنی عمل او نگارش نمی‌شود و در نتیجه، بازخواست و عقاب از او برداشته می‌شود. ممکن است گفته شود آیا لازمه رفع مؤاخذه همان رفع تکلیف هم نیست؟ پاسخ این است که خیر. به همین سبب است که برخی فقیهان شرعی عبادات کودک را هم به همین شکل، یعنی رفع مؤاخذه و عدم رفع تکلیف، اثبات می‌کنند؛ چون در مقام تکلیف معتقدند کودک دارای تکالیف استحبابی است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۷۸؛ همدانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰، ص ۳۲۴-۳۲۵)

۴-۵. موافقت آیت‌الله مکارم و آیت‌الله سبحانی با محقق نائینی و نقد این دو

اندیشه

بنا بر نظر جناب آیت‌الله مکارم، واجب است کودک همراه مسائل موردنیاز خود را، که در وقت بلوغ فرصت آموختن‌شان را ندارد، بیاموزد.^{۱۳} حضرت آیت‌الله استاد سبحانی نیز در این موضوع با ایشان موافقت کرده است. دلیل ایشان نیز حکم عقل در وجوب مقدمه بر کودک است.^{۱۴} ایشان حکم عقل را بر حدیث رفع مقدم کرده است. حضرت آیت‌الله مکارم در وجه تقدم حکم عقل نوشته است: حدیث رفع ناظر به غالب احکام است و از این رو، از احکام عقلی مستقل منصرف است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۴۶۲). این استدلال مقبول نیست، زیرا در مباحث بعد، در تبیین دلالت این حدیث روشن خواهد شد که حدیث قابلیت تخصیص ندارد و گستره وسیعی را دربر می‌گیرد و انصراف به افرادی خاص نیز با این شمول و ماهیت امتنانی آن ناسازگار است. اما حضرت آیت‌الله سبحانی در دیگر مباحث فقهی خود حدیث رفع را مقدم کرده است (سبحانی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۶۳). به علاوه، اشکال آیت‌الله نائینی بر صاحب فصول که پیش‌تر ذکر شد، بر این رویکردها هم وارد است. ایشان معتقد است این حکم بر کودکان از باب مقدمیت واجب نیست؛ بلکه از باب مناط فحص در شبهات حکمیه است.

۵. تبیین رویکرد مختار

همان‌طور که از انتقادهای مشخص شد، تنها دلیل مخالفان محقق نائینی در مسئله کیفیت داشتن کودک همراه، حدیث معروف به «رفع القلم» است. این بخش از نوشتار فرارو، نخست به فحص در مصادر این حدیث و گونه‌های روایت‌شده از آن می‌پردازد؛ آنگاه فقه‌الحدیث این روایت، یعنی دلالت آن بر مدعای منکران وجوب فراگیری بر همراه را تحلیل می‌کند؛ در مرحله سوم، ارتباط حدیث «رفع القلم» و حکم عقل را تبیین می‌کند و در نهایت، بحثی درباره تدارک مصلحت تعلم درباره کودکان ارائه می‌شود.

۵-۱. حدیث «رفع القلم» و نقل‌های آن

حدیث «رفع القلم» در جوامع روایی اهل سنت از نبی اکرم ﷺ نقل شده است (نسائی، ۱۴۰۶ق: ج ۶، ص ۱۵۶؛ ابن ماجه، ۱۴۳۰ق: ج ۳، ص ۱۹۸).^{۱۵} نقل این روایت در مصادر روایی شیعه نیز به سه گونه است:

نقل نخست:

عَنْ الْمَغْرِبِيِّ قَالَ: رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَ عَنِ الطِّفْلِ حَتَّى يَحْتَلِمَ.» (مغربی، ۱۳۸۵ق: ص ۱۹۴؛ نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۸۴)

نقل دوم:

عَنْ الشَّيْخِ الصَّدُوقِ ابْنِ بَابُوِيهِ قَالَ: حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ السَّكُونِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي مُعَاوِيَةَ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ أَبِي ظَبْيَانَ قَالَ: «أَتَى عُمَرَ بِامْرَأَةٍ مَجْنُونَةٍ قَدْ فَجَرَتْ فَأَمَرَ بِرُجْمِهَا فَمَرُّوا بِهَا عَلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَقَالَ مَا هَذِهِ؟ قَالُوا مَجْنُونَةٌ فَجَرَتْ فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ أَنْ تُرْجَمَ. فَقَالَ: لَا تَعْجَلُوا؛ فَآتَى عُمَرَ فَقَالَ لَهُ: أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْقَلَمَ رُفِعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ؟!» (شيخ صدوق، ۱۳۶۲: ج ۱، ص ۹۳-۹۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱، ص ۴۵)

نقل سوم:

عَنْ السَّيِّدِ الْحَمِيرِيِّ قَالَ: قَالَ أَبُو الْبَخْتَرِيِّ، عَنْ جَعْفَرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ الْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيقُ، وَ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ: «عَمْدُهُمَا خَطَأٌ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، وَ قَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ.» (حمیری، ۱۴۱۳ق: ص ۱۵۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۹۰)



۲-۵. عدم قابلیت رفع القلم برای تخصیص یافتن

در همه نقل‌های این حدیث شریف، کودک و مجنون و نائم در کنار هم هستند و رفع القلم به هر سه با یک فعل و یکسان نسبت داده شده است. از سوی دیگر، به جهت هم‌ردیفی کودک با مجنون و نائم، سیاق این حدیث به گونه‌ای است که آبی از تخصیص است؛ یعنی تخصیص‌پذیر نیست و همان‌طور که آن دو هیچ تخصیصی ندارند، کودک هم هیچ تخصیصی ندارد. بنابراین، نمی‌توانیم یکی از فرازهای این حدیث را با قانون عقلی تخصیص بزنیم و قانون مواجهه مطلق و مقید که در آن مطلق با مقید تخصیص بخورد، در این حدیث جاری نیست.

رویگرد دیگر در قابلیت تخصیص نداشتن در این حدیث این است: برخی معتقدند اصولاً احکام امتنانی، از جمله رفع القلم، تخصیص‌پذیر نیستند (کلاتر، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۳۴۶؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق: ج ۲، ص ۲۵۱). این رویکرد درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همان‌طور که در حدیث رفع در بحث برائت گفته شده (و آن گفته در اینجا هم به جهت امتنانی بودن حدیث قابل استفاده است)، مقتضای امتنان این است که تنها آثاری رفع شود که وضع آن بر مکلف خلاف امتنان باشد، نه هرچیز که در رفع آن امتنان و توسعه باشد؛ گرچه در وضع آن ضیقی محقق نشود (عراقی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۲۱۲) و وجود این تکالیف برای کودک مراهق، ضیق نیست.

۳-۵. ارتباط «رفع القلم» و حکم عقل

مرحوم نائینی معتقد است حکم عقل تخصیص‌پذیر نیست. آیت‌الله وحید هم از سخن ایشان دفاع می‌کند، اما دفاع ایشان ناکافی است. آیت‌الله خوئی بر محقق نائینی اشکال گرفته است که حدیث رفع، این حکم را تخصیص نمی‌زند؛ بلکه از باب تخصص بر آن حاکم است و موضوع آن را تعبداً از بین می‌برد. این اندیشه در نوشتار فرارو پذیرفته شد. با توجه به بحث پیشین در امتنانی بودن حدیث رفع و قابلیت نداشتن آن برای تخصیص، اشکالی دیگر بر محقق نائینی وارد است: اگر حکم عقل بخواهد این روایت را تخصیص بزند نیز با همان اشکالی مواجه می‌شود که محقق نائینی مطرح کرده است؛ یعنی ناتوانی

آن حکم برای تخصیص. در اینجا مواجهه دو حکم آبی از تخصیص رخ می‌دهد. چه باید کرد؟ این پرسش و اشکالی است که محقق نائینی باید به آن پاسخ دهد.

۵-۴. تدارک مصلحت تعلم احکام دربارهٔ کودکان

ممکن است گفته شود واجب نبودن فراگیری تکالیف بر کودکان باعث می‌شود آنان در برهه‌ای از آغاز تکلیف خود، عبادات‌شان را ناصحیح انجام دهند. در پاسخ می‌توان گفت: نخست، این اشکال هرگز جدی نیست؛ چون انجام ندادن صحیح تکلیف به جهت جهل، مؤاخذه‌ای ندارد و هدف از تکالیف هم عبودیت الاهی است که با تخلف غیرعامدانه منافات ندارد. همچنین، برای جبران مصلحت ازدست‌رفته هم دو راه وجود دارد: از سویی، خدای متعال ولیّ کودک را مأمور آموزش او کرده است؛ یعنی گرچه بر کودک واجب نیست احکام را بیاموزد، اما بر ولی واجب است به او یاد دهد تا به‌هنگام بلوغ آماده باشد. راه دوم این است که اگر با عصیان یا فقدان یا جهل ولی این اتفاق نیفتاد، کودک باید این میزان عبادت را که اشتباه انجام داده است، قضا کند. در نتیجه، مصلحت ازدست‌رفته نیز به‌دست خواهد آمد.

نتیجه‌گیری

پیش از صاحب فصول، همگی باور داشتند کودک دارای تکلیف نیست و اصلاً بحثی از تأکید بر عمومیت آن به ممیز و مراهق نیز نبوده است. صاحب فصول برای نخستین بار شبهه‌ای مطرح کرده است که اگر ملازمه میان حکم عقل و شرع وجود داشته باشد، پس چرا احکام مستقل عقل دربارهٔ کودک جاری نیست؟ متأخران به ایشان پاسخ‌های گوناگونی داده‌اند. در این میان، مرحوم نائینی معتقد شده است اتفاقاً حکم عقل مستقل دربارهٔ کودکان ممیز مراهق نافذ است. برای نمونه، کودک ممیز مراهق در برابر فراگیری احکام موردنیازی که پس از بلوغ فرصت ندارد بیاموزد، مسئول است. پاره‌ای اشکالات و دفاعیات در برابر اندیشهٔ ایشان در این نوشتار، نقل و نقد شد. در این راستا، نقد مرحوم عبدالنبی عراقی ناوارد دانسته شد؛ همان‌طور که اشکال و تأیید آیت‌الله وحید دربارهٔ اندیشهٔ محقق نائینی هر دو ناکارا بودند. ولی اشکال مهم محقق خوئی بر ایشان، یعنی

حکومت حدیث رفع بر این حکم عقل، پذیرفته شد. در تأیید آن، به تحلیل ماهیت امتنانی حدیث رفع و لازمه آن، یعنی تخصیص بردار نبودنش، تمسک شد. همین تأیید، اشکالی بر محقق نائینی نیز هست که در آثار ایشان بی پاسخ مانده است. نتیجه نهایی اینکه، قول معروف و مشهور با این معنا تثبیت می شود که فراگیری احکام فقهی موردنیاز در آغاز بلوغ، بر کودک مراهق واجب نیست. همچنین، حدیث «رفع القلم» به علت ماهیت امتنانی اش بر ادله عقلی وجوب، که مرحوم نائینی بر آنها اصرار داشت، مقدم است.

پی نوشت:

۱. اصطلاح «کودک» گاهی در ترجمه «صغیر» هم به کار می رود، اما رابطه «کودک» و «صغیر» عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی صغیر اعم از کودک است؛ زیرا صغیر در متون فقهی عبارت است از کودک یا بالغی که به حد بلوغ رسیده اما به حد رشد نرسیده باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۲، ص ۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۳۹۵) و رشد نیز عبارت است از عقل تصریف اقتصادی صحیح (طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ج ۹، ص ۲۴۵).
۲. در ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی، تنها شاخص بلوغ سن است: «سن بلوغ در دختران و پسران به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است» (قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲).
۳. البته کودک ممیز با عناوینی هم ارز در احادیث مطرح شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۲۰۸؛ همان: ج ۵، ص ۵۲۳؛ همان: ج ۶، ص ۱۲۴).
۴. مقصود این است که اگر بلوغ را محور تکلیف ندانیم و عقل را ملاک بدانیم، از آنجا که نمی توان سطح عقل کسی را سنجش نمود، اجرای احکامی چون حدود و قصاص که منوط به عقل هستند با هر چه مرجع رو به رو خواهند شد.
۵. شیخ انصاری فرموده است: «برخی از عدلیه معتقدند وجود مصلحت در خود امر کافی است؛ گرچه در مأموریه نباشد» (۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۳۲۰). حواشی رسائل این افراد را صاحب فصول و سیدصدرالدین، شارح الوافیة، و آقاجمال الدین خوانساری و میرزای قمی معرفی کرده اند (ر.ک: امامی خوانساری، ۱۳۵۲: ص ۴۱۵؛ تنکابنی، ۱۳۸۵ق: ج ۲، ص ۲۹۶). گویا عبارت جناب آیت الله خرازی هم ناظر به این بحث است، ولی ایشان رویکردی دیگر برگزیده اند.
۶. مقدمات مفوته عبارت اند از مقدماتی که در حصول واجب با همه قیود شرعی اش در وقت خود دخالت دارند؛ یعنی بدون تحقق این مقدمات، آن واجب در وقتش قابل امتثال نیست، مانند آب برای نماز. پس مقصود از مقدمات مفوته، مقدمات عقلیه ای هستند که واجب بر آنها متوقف است نه مقدمات شرعیه از قیود و شرایط (انصاری، ۱۴۱۶ق: ج ۲، ص ۵۱۳-۵۱۴؛ نائینی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۱۹۶).
۷. اشاره به این حدیث است: عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ زَيْدٍ قَالَ سَمِعْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ رضی الله عنه وَ قَدْ سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ تَعَالَى فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ؛ فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ لِلْعَبْدِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَبْدِي أَ كُنْتَ عَالِمًا فَإِنْ قَالَ نَعَمْ قَالَ لَهُ أَ فَلاَ عَمِلْتَ بِمَا عَلِمْتَ وَ إِنْ قَالَ كُنْتُ جَاهِلًا قَالَ لَهُ أَ فَلاَ تَعَلَّمْتَ حَتَّى تَعْمَلَ فَيُخَصِّمَهُ وَ ذَلِكَ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ.» (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۲۲۷-۲۲۸).



۸. وجوب نفسی تهییجی تعلم، مسلک محقق اردبیلی و صاحب مدارک است.
۹. البته فقیه همدانی که عبارت او پیش تر نقل شد نیز ملاک عدم وجوب بر کودک را عدم قدرت او می‌داند.
۱۰. مقصود از تکالیف شرعی و تقابل آن با تکالیف عقلی، تکالیف اثبات‌شده با ادله نقلی است و طبق اصطلاح مشهور و معروف بیان شده است؛ وگرنه به معنای دقیق کلمه، تکلیف عقلی نیز تکلیف شرعی است.
۱۱. مرحوم نجم‌آبادی کتاب الأصول را به عنوان چند رساله از تقریرات دروس دو استاد خود، نائینی و عراقی، نوشته است. طبق مقدمه کتاب، این مباحث که در اینجا نقل شده است، مربوط به تقریرات بحث آفاضیاء عراقی است (ر.ک: نجم‌آبادی، ۱۳۸۰: ج ۱، ص ۱۶).
۱۲. لامعنی للتخصیض و الترغیب علی أمرٍ إلا فیما لو كانت مطلوبیة الأمر مع قطع النظر عن التخصیض مسلّمة من الخارج، و من المعلوم أنه لیس لنا أوامر آخر تستفاد منها مطلوبیة التعلّم شرعا، بل منحصره بحکم العقل به، فحینئذ یتحقّق موضوع الإرشاد.
۱۳. استفتای نگارنده از معظم له در تاریخ ۱۳۹۵/۲/۱۲ به شماره ۶۰۲۸۶۳.
۱۴. استفتای نگارنده از حضرت استاد (دام ظلّه) در تاریخ ۱۳۹۵/۲/۱۲ به شماره ۹۲۶۳.
۱۵. عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ أَوْ يُفِيقَ.»



کتابنامه

۱. ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (١٤٣٠ق)، سنن ابن ماجه، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبداللطيف حرزالله، بيروت، دار الرسالة العالمية، چاپ نخست.
۲. ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤١٤ق)، لسان العرب، بيروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، چاپ سوم.
۳. اراكي، محمد علي (١٤١٥ق)، كتاب البيع، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۴. _____ (١٤٢١ق)، كتاب الصلاة، قم، دفتر جناب مؤلف، چاپ نخست.
۵. اردبيلي، احمد بن محمد (١٤٠٣ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ نخست.
۶. امامي خوانساري، محمد (١٣٥٢)، تسديد القواعد في حاشية الفرائد، تهران، بي نا، چاپ نخست.
۷. انصاري، مرتضى (١٤١٥ق)، كتاب الصلاة، قم، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، چاپ نخست.
۸. _____ (١٤٢١ق)، فرائد الأصول، قم، مجمع الفكر الإسلامي، چاپ نهم.
۹. _____ (١٤١٥ق)، كتاب المكاسب، قم، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، چاپ نخست.
۱۰. _____ (١٣٨٣)، مطارح الأنظار، قم، مجمع الفكر الإسلامي، چاپ دوم.
۱۱. أملي، ميرزا محمدتقي (١٣٨٠ق)، مصباح الهمدي في شرح العروة الوثقى، تهران، مؤلف، چاپ نخست.
۱۲. بروجردي، آقاسين طباطبائي (١٤٢٦ق)، تبيان الصلاة، قم، گنج عرفان للطباعة و النشر، قم، چاپ نخست.
۱۳. تبريزي، ميرزا جواد (١٣٨٧)، دروس في مسائل علم الأصول، قم، دار الصديقه الشهيدة، چاپ دوم.
۱۴. تنكابني، محمد (١٣٨٥ق)، إيضاح الفرائد، تهران، مطبعة الإسلامية، چاپ نخست.



۱۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ نخست.
۱۶. حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم (۱۴۰۴ق)، الفصول الغروية فی الأصول الفقهية، قم، دار احیاء العلوم الإسلامية، چاپ نخست.
۱۷. حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۰۴ق)، کتاب الصلاة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ نخست.
۱۹. حلی، حسین (۱۴۳۲ق)، أصول الفقه، قم، مکتبه الفقه و الأصول المختصة، چاپ نخست.
۲۰. حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ق)، قرب الإسناد، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ نخست.
۲۱. خرازی، محسن (۱۴۲۲ق)، عمدة الأصول، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۲۲. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۲۸ق)، غایة المأمول، تقریر آیت الله محمدتقی جواهری، قم، مجمع الفکر الإسلامي، چاپ نخست.
۲۳. _____ (۱۴۲۲ق)، محاضرات فی أصول الفقه، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ع)، چاپ نخست.
۲۴. روحانی، محمدصادق (۱۳۸۲)، زبدة الأصول، تهران، حدیث دل، چاپ دوم.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۴ق)، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ نخست.
۲۶. _____ (۱۴۱۵ق)، الرسائل الأربع: قواعد اصولية و فقهية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ نخست.
۲۷. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق)، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ نخست.
۲۸. شهید اول (محمد بن مکی) (۱۴۱۹ق)، ذکرى الشیعة فی أحكام الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ نخست.
۲۹. شیخ طوسی (ابوجعفر محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامية، تهران، المکتبه المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.

۳۰. _____ (۱۴۱۷ق)، الغدة في أصول الفقه، قم، علاقبندیان، چاپ نخست.
۳۱. شیخ مفید (محمد بن محمد بن نعمان عکبری) (۱۴۱۳ق)، الأمالی، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمته، چاپ نخست.
۳۲. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۳۳. طباطبائی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۳۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
۳۵. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۶. عراقی نجفی، عبدالنبی (بی تا)، التقریرات المسمی بالمحاکمات بین الأعلام، قم، چاپخانه قم، چاپ نخست.
۳۷. عراقی، ضیاء الدین (۱۴۱۷ق)، نهاية الأفكار، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
۳۸. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۹. _____ (۱۴۱۹ق)، نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ نخست.
۴۰. _____ (۱۴۱۲ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
۴۱. قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲.
۴۲. کلانتر، سید محمد (۱۴۱۰ق)، حاشیة المکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۴۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۴۵. محقق کرکی (محقق ثانی / علی بن حسین عاملی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.

۴۶. مدرسی یزدی، عباس (۱۳۸۳)، نماذج الأصول فی شرح مقالات الأصول، قم، داوری، چاپ نخست.
۴۷. مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام، قم، مؤسسة آل البيت علیه السلام، چاپ دوم.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، أنوار الأصول، قم، مدرسة الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم.
۴۹. موسوی قزوینی، علی (۱۴۲۷ق)، تعلیقة علی معالم الأصول، قم، انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۵۰. نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۳۷۶)، فوائد الأصول، قم، انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۵۱. _____ (۱۴۱۱ق)، کتاب الصلاة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۵۲. نجم آبادی، ابوالفضل (۱۳۸۰)، الأصول، قم، مؤسسه آية الله العظمی البروجردی، نشر معالم اهل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۵۳. نسائی، ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب (۱۴۰۶ق)، السنن الصغرى للنسائی، تحقیق عبدالفتاح ابو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، چاپ دوم.
۵۴. نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۵۵. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، تحقیق الأصول، تقریر علی حسینی میلانی، قم، الحقائق، چاپ دوم.
۵۶. همدانی، آقارضا بن محمدهادی (۱۴۱۶ق)، مصباح الفقیه، قم، مؤسسة الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامي، چاپ نخست.
۵۷. مصطفی همدانی (۱۳۹۶)، «تبیین مفاهیم فقهی "ممیز" و "مراهق" در موازنه اقوال فقیهان با آیات و روایات»، دو فصلنامه مطالعات فقه تربیتی، سال سوم، ش ۷.





قواعد فقهی حاکم بر حق بر توسعه*

مهدی فیروزی**

چکیده

تحولات پرشتاب گفتمان حقوق بشر معاصر طی دهه‌های اخیر، به‌نحو فزاینده‌ای موجب گسترش مفهومی و هنجاری آن شده است. این امر تاکنون باعث شناسایی سه نسل از حقوق بشر شده است. تلقی توسعه به‌عنوان حقی بشری و در نتیجه، پیدایش «حق بر توسعه»، به‌عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر و ذیل عنوان حقوق همبستگی، در همین راستا قابل تجزیه و تحلیل است. براساس حق بر توسعه، همه انسان‌ها شایستگی مشارکت و بهره‌بردن از توسعه اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی را در قالبی دارند که همه حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را در آن بتوان استدراک نمود.

بررسی و تبیین فقهی و حقوقی این حق، به‌جهت نوظهور بودنش، ضمن اینکه اهمیت فراوانی دارد، می‌تواند زوایای گوناگون و ناپیدای آن را آشکار سازد. این مقاله عهده‌دار تبیین قواعد فقهی حاکم بر حق بر توسعه است. به‌نظر می‌رسد قواعدی همچون لاضرر، اتلاف، عدالت و نفی سبیل می‌توانند جنبه‌های فقهی این حق را تبیین نمایند. **کلیدواژه‌گان:** توسعه، حق بر توسعه، قواعد فقهی، قاعده لاضرر، قاعده اتلاف، قاعده عدالت، قاعده نفی سبیل.

* این مقاله برگرفته از پروژه‌ای است که نویسنده در پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی درحال اجرای آن است.

m.firouzi14@yahoo.com

** استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۲۵

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۹/۲۴

نقش مهم توسعه در حفظ، بهبود و ارتقای زندگی بشر باعث شده که یکی از حقوق به رسمیت شناخته شده بشر قلمداد گردد. این حق با عنوان «حق بر توسعه»^۱ مورد شناسایی آسناد بین‌المللی قرار گرفته و با تصویب «اعلامیه حق بر توسعه»^۲ در ۴ دسامبر ۱۹۸۶، در قالب قطعنامه ۴۱/۱۲۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، وارد مرحله جدیدی گردیده است. ماده ۱ این اعلامیه سه اصل برای حق بر توسعه ذکر می‌کند: نخست اینکه، یک حق مسلم بشری به نام حق بر توسعه وجود دارد که این حق را نمی‌توان سلب کرد یا وجه‌المصالحه قرار داد؛ دوم اینکه، فرایند خاصی از توسعه اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی وجود دارد که براساس آن، همه «حقوق بشر» و «آزادی‌های اساسی» که در اسناد بین‌المللی آمده‌اند، می‌توانند کاملاً تحقق یابند؛ سومین اصل بیانگر این نکته است که حق بر توسعه، یک حق بشری است که به موجب آن، هر انسان و همه مردم استحقاق مشارکت، سهیم شدن و برخورداری از آن را دارند؛ در این صورت، حق نسبت به چنین فرایندی از توسعه، به صورت دعاوی یا مطالبه دارندگان این حق جلوه می‌کند (ر.ک: سنگویتا، ۱۳۸۳: ص ۱۹۱).

برخی از اندیشمندان در آثار مکتوب خود، به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، به جنبه‌های حقوقی این حق پرداخته‌اند؛ اما آنچه بررسی و واکاوی نشده، جنبه‌های فقهی این حق است. در این میان، قواعد فقهی به جهت جایگاهی که در فهم حکم مسائل فقهی، به ویژه مسائل جدید و نوپدید دارند، از اهمیت مضاعفی برخوردارند؛ به گونه‌ای که اگر در مسئله‌ای نصوصی نبود که دلالت مستقیم بر این موضوعات داشته باشد، می‌توان از عموماً و قواعد فقهی مربوط، حکم موضوع را به دست آورد. بنابراین، اگر قاعده‌ای فقهی در موضوعی وجود داشته باشد و آن قاعده نیز به اثبات رسیده باشد، می‌توان با تطبیق آن قاعده بر موضوع، حکم فقهی مسئله را به دست آورد.

ذکر این نکته ضروری است که درباره قاعده فقهی و تعریف آن اتفاق نظری وجود ندارد؛^۳ اما با این حال، می‌توان گفت، قاعده فقهی یعنی حکم شرعی کلی‌ای که از انطباق

و تطبیق آن بر مصادیق - مانند انطباق کلی طبیعی بر افراد - حکم شرعی جزئی به دست می‌آید (ر.ک: عبداللہی، ۱۳۸۸: ص ۱۸؛ همچنین بنگرید: خوئی، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۸).

نظر به اهمیت جایگاه قواعد فقهی در کشف احکام موضوعات جدید، این مقاله برخی از قواعد فقهی را که در موضوع حق بر توسعه می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، تبیین و بررسی خواهد کرد.

۱. قاعده لاضرر

۱-۱. قاعده لاضرر قاعده‌ای بنیادین در فقه و حقوق

قاعده لاضرر از قواعد بنیادینی است که در بیشتر ابواب فقهی و مسائل حقوقی مورد استناد و استفاده قرار می‌گیرد.^۴ اهمیت این قاعده به اندازه‌ای است که، به تعبیر برخی، آن را باید از قواعد حاکمه دانست؛ زیرا بر سرتاسر فقه حکومت دارد و کار آن کنترل و تعدیل قوانین دیگر است (مطهری، ۱۳۸۵: ج ۱۹، ص ۱۲۲).

قاعده نفی ضرر قلمرو گسترده‌ای دارد و انواع ضرر و اضرار به غیر را دربر می‌گیرد (ر.ک: انصاری، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۳۴؛ مصطفوی، ۱۴۲۱ق: ص ۲۴۳). این قاعده، اضرار به حق‌هایی را که در گذشته مصداق نداشته و امروز پدید آمده‌اند نیز شامل می‌شود (در این باره، ر.ک: صدر، ۱۴۲۰ق: ص ۲۸۳). حق برخورداری از محیط‌زیست سالم و نیز حق بر توسعه - که موضوع بحث است و در ادامه به آن خواهیم پرداخت - در این چهارچوب ارزیابی می‌گردد.

۲-۱. قاعده لاضرر و حق بر توسعه

برپایه این قاعده، هر نوع کار و فعالیت در عرصه توسعه که برای جامعه و افراد زیان‌بار باشد، ممنوع است. به عبارت دیگر، افراد نباید با اعمال حق بر توسعه ضرر و زیانی به دیگران برسانند؛ زیرا هرگونه حکمی که براساس آن زیانی به دیگران برسد، از دیدگاه فقهی نفی شده است.^۵ بنابراین، اموری همچون استفاده بی‌رویه و غیراصولی از منابع طبیعی، ایجاد کارخانجات آلاینده هوا در شهرهای بزرگ، احداث کارگاه‌های آهنگری و

واحدهای دامداری و مانند آن در مناطق مسکونی و تجاری که باعث آلودگی صوتی یا بهداشتی می‌شوند (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۱۰۲) و نیز فعالیت‌هایی که برای جسم یا روح‌وروان مردم مضر باشد، مانند تولید محصولات غیربهداشتی و بیماری‌زا، مواد مخدر و روان‌گردان، و محصولات فرهنگی غیراخلاقی، مشمول این قاعده خواهند بود (ر.ک: ایروانی، ۱۳۹۳: ص ۵۲).

البته، در میان فقیهان درباره استفاده ضامن از این قاعده، اختلاف دیدگاه هست. برخی از آنان، از جمله مرحوم میرزای نائینی، معتقدند که قاعده لاضرر، صرفاً بیانگر نفی حکم ضرری است؛ از این رو، اثبات ضامن نمی‌کند (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۲۹۴). در مقابل، بسیاری از فقیهان، همچون صاحب ریاض، در مواردی برای استفاده ضامن به این قاعده تمسک کرده‌اند (طباطبائی، بی تا: ج ۲، ص ۳۰۱). برطبق مبنای این گروه از فقیهان، هرگونه فعالیتی که به زیان دیگری بینجامد، موجب ضامن خواهد بود و زیان‌رساننده ضامن جبران زیان وارد شده است. از این رو، هر شخص حقیقی یا حقوقی که در فعالیت‌های توسعه‌ای خود باعث ایراد ضرر و زیان به دیگران و تضییع حق آنان در بهره‌مندی از مواهب توسعه گردد، با استناد به قاعده لاضرر ضامن خواهد بود.

مسئله مهمی که در اینجا ممکن است ایجاد ابهام نماید، تزامم قاعده لاضرر با قاعده تسلط است. قاعده تسلط که از آن به قاعده سلطنت یا قاعده تسلیط نیز یاد می‌شود، از قواعد مشهور و مسلم فقهی است. براساس این قاعده، هر مالکی بر انواع تصرف‌ها در اموال خویش سلطه تام دارد و هیچ شخص یا نهادی نمی‌تواند سلطنت وی بر اموالش را محدود سازد.

آن‌گونه که از کلمات فقیهان استفاده می‌شود، در مقام تزامم دو قاعده لاضرر و قاعده تسلط و اینکه کدامیک بر دیگری مقدم می‌شود، اختلاف دیدگاه وجود دارد. عده‌ای معتقدند که قاعده لاضرر مقدم بوده و در نتیجه، قاعده تسلط محدود می‌گردد (کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۷، ص ۳۳۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۱۰۲). در مقابل، عده‌ای دیگر بر این اعتقادند که با توجه به شهرت قاعده تسلط، حتی در موارد وجود ضرر به دیگران، باز هم

این تسلط وجود دارد و این‌گونه تصرفات ممنوع نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۶۸؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ج ۷، ص ۲۳). بررسی این دو دیدگاه از حوصله این مقاله خارج است. مفروض ما در اینجا آن است که اضرار طبیعی ناشی از اعمال سلطنت مورد پذیرش عرف و عقلا، نمی‌تواند سلطنت مالک را محدود سازد؛ اما قاعده سلطنت بیش از آن را اقتضا ندارد و بر فرض اقتضا، محکوم دلیل حرمت اضرار واقع و قاعده لاضرر بر آن «مقدم»^۶ می‌شود (ر.ک: علی دوست و ابراهیمی‌راد، ۱۳۸۹: ص ۲۸).

از این‌رو، این نکته باید در استنباط احکام و تدوین قوانین و مقررات مدنظر قرار گیرد. بر این اساس، هر حکم و قانونی که موجب ضرر به جامعه باشد، لغو می‌گردد. این مهم در پاسداشت حقوق افراد،^۷ تأمین امنیت و آسایش جامعه، حفظ محیط زیست و سرمایه‌های ملی نقش بسزایی دارد (ایروانی، ۱۳۹۳: ص ۵۱). بنابراین، قاعده تسلط شامل تصرفاتی که مستلزم انجام محرمات یا ایجاد فساد باشد، مانند اسراف و تبذیر، گرفتن ربا و رشوه، خرید و فروش شراب و کتب ضلال، نمی‌گردد. همچنین، ادله وجوب خمس و زکات نیز شمول این قاعده را تخصیص می‌زند (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۳۴-۴۲).

در ادبیات حقوقی نیز نظریه سوءاستفاده از حق یکی از مصادیق قاعده لاضرر است. به استناد نظریه مذکور، افراد نمی‌توانند در اعمال حق خود، موجبات ضرر دیگران را فراهم آورند.

۲. قاعده اتلاف

۱-۲. جایگاه قاعده اتلاف در فقه و حقوق

قاعده اتلاف یکی از قواعد مهم و کاربردی در فقه و به‌ویژه فقه اقتصادی است. این قاعده از عبارت «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» گرفته شده است. فقیهان به این قاعده در مورد ضمان تمسک جستند.

بر اساس قاعده اتلاف، هرکس مال دیگری را بدون اجازه او تلف یا مصرف کند و یا مورد بهره‌برداری قرار دهد، ضامن صاحب مال است. مفاد قاعده اتلاف، شامل هرگونه زبانی است که بر اثر تعدی یا بی‌احتیاطی و سهل‌انگاری فردی به دیگران وارد آید. اطلاق

این قاعده اقتضا دارد که ضمان ذمه تلف‌کننده نسبت به عمل زیان‌بار او در هر حال ثابت باشد؛ چه در ایجاد ضرر تعمد داشته باشد یا از روی بی احتیاطی و بی توجهی موجب زیان شده باشد و چه اینکه زیان نسبت به عین و مال یا نسبت به منافع صورت گرفته باشد. در تمام این حالات، عامل زیان مسئولیت دارد و ملزم به جبران خسارت است.^۸

۲-۲. قاعده اتلاف و حق بر توسعه

براساس قاعده اتلاف، هرگاه در مسیر اعمال حق بر توسعه، اموال دیگران یا منافع حاصل از آن از بین برود، ضمان به وجود می‌آید. برای مثال، اگر فاضلاب کارخانه‌ای به رودخانه ریخته شود و باعث آلودگی آن یا از بین رفتن منابع موجود در آن شود یا استفاده نادرست از جنگل، باعث تخریب و نابودی آن شود، آلوده‌کننده رودخانه و از بین‌برنده جنگل، ضامن خواهند بود. بنابراین، وجود این قاعده می‌تواند محدوده اعمال حق بر توسعه را در برابر اموال و منافع دیگران تعیین نماید.

نکته مهم در این قاعده این است که شریک بودن خود شخص از بین‌برنده و تلف‌کننده مال، تفاوتی در مسئله ایجاد نمی‌کند؛ یعنی اگر کسی بدون اجازه در دارایی مشترک با دیگران تصرفی انجام دهد، نسبت به سهم آنان از دارایی ضامن است. در عرصه توسعه نیز با توجه به سهیم بودن همه انسان‌ها در منابع طبیعی و مواهب توسعه، شخص بهره‌بردار نمی‌تواند به گونه‌ای از این منابع و مواهب استفاده نماید که زمینه‌های تخریب، استفاده ناروا، صدمه و نابودی آن را فراهم آورد؛ در این صورت، در برابر حقوق دیگران نسبت به این منابع، مسئول و ضامن خواهد بود (ر.ک: فراهانی فرد، ۱۳۸۹: ص ۲۶۵).

نکته مهم دیگری نیز از این مسئله استفاده می‌شود: حق بر توسعه، ضمن اینکه حقی «درون نسلی» است، حقی «بین نسلی» نیز هست. «درون نسلی» بودن حق بر توسعه بیانگر آن است که این حق ویژه یک فرد یا گروه یا طبقه یا قوم یا ملت خاص نیست؛ بلکه همه مردم از مواهب آن برخوردار، سهیم و در شرایط برابر هستند و همه آنها باید بتوانند برای استیفای آن در جهت رفاه، آسایش، پیشرفت و تکامل مادی و معنوی خود اقدام نمایند. «بین نسلی» بودن بدین معناست که برخورداری از مواهب طبیعی و خدادادی فقط

به نسل حاضر اختصاص ندارد؛ بلکه متعلق به همه نسل‌ها و در همه زمان‌هاست. از این رو، هرگونه استفاده ناروای نسل کنونی از این منابع، که به اتلاف یا نابودی آن بینجامد و در نتیجه، حق نسل‌های آینده را در بهره‌مندی از این منابع ضایع نموده و زندگی و حیات را برای آنان دشوار کند، ممنوع بوده و مسئولیت و ضمان درپی خواهد داشت.

وجود تعبیرهایی در آیات قرآن کریم، مانند «لکم = برای شما»، «الناس = مردم» و «الأنام = همگان»، آشکارا بر این مطلب دلالت دارد که خداوند مواهب طبیعی را برای همه انسان‌ها و در همه زمان‌ها آفریده است^۹ تا در جهت توسعه و رفاه خود از آن استفاده نمایند.^{۱۰} همچنین، آیتی از قرآن کریم بیانگر این است که خداوند طبیعت و عناصر آن را مسخر انسان ساخته است.^{۱۱} این آیات بیانگر حق همه انسان‌ها در استفاده و بهره‌برداری از طبیعت در جهت توسعه، رفاه و آبادانی است (ر.ک: فیروزی، ۱۳۸۴: ص ۷۳).

از مجموع این آیات استفاده می‌شود که این مواهب ضمن اینکه متعلق به نسل حاضر است، از آن نسل‌های آینده نیز هست؛ زیرا طبیعت و هرچه در آن است از خداوند است^{۱۲} و استفاده گروهی از انسان‌ها نباید به گونه‌ای باشد که استفاده دیگران از آن را غیرممکن یا دشوار کند.

۳. قاعده عدالت

۳-۱. جایگاه قاعده عدالت در فقه

گرچه در کتاب‌های قواعد فقه از عدالت، به عنوان قاعده‌ای در کنار قواعد فقهی دیگر، اثری نیست، در سال‌های اخیر تلاش شده از عدالت به عنوان قاعده‌ای فقهی سخن به میان آید (برای نمونه، ر.ک: مهریزی، ۱۳۷۶: ص ۱۸۴-۱۹۷؛ علی‌اکبریان، ۱۳۸۶؛ اصغری، ۱۳۸۸ ب؛ همو، ۱۳۸۸ الف: ص ۱-۲۱؛ الهی خراسانی، ۱۳۹۲؛ صادق‌زاده طباطبائی، ۱۳۹۱؛ همو، ۱۳۹۳: ص ۱۴۳-۱۵۸).

براساس این قاعده، عدالت را باید میزان و معیار و مقیاس همه امور دانست: عدالت باید در همه عرصه‌های زندگی فردی و اجتماعی بشر تجلی یابد و همه امور بر آن منطبق گردد. به عبارت دیگر، عدالت اصلی است که هنگام سنجش ارزش‌های دیگر، باید آن را

«مقیاس» و «میزان» قرار داد (ر.ک: سروش محلاتی، ۱۳۸۰: ج ۶، ص ۶۳).

نکته مهم در بیان «عدالت»، به عنوان «قاعده» ای فقهی، این است که در اینجا قاعده فقهی در معنای رایج آن، که در ابتدای همین مبحث بیان گردید،^{۱۳} مد نظر نیست؛ بلکه منظور از قاعده در اینجا، آن چیزی است که میزان و معیار استنباط است و مجتهد بر مدار آن قاعده، صحت و استواری حکم خویش را محک می‌زند. بنابراین، وقتی از عدالت به عنوان قاعده سخن می‌رود، بدین معنی است که عدالت میزان و معیاری برای فقاقت و استنباط است و همه فتواها و برداشتهای فقهی باید با آن سنجیده شود (ر.ک: مهریزی، ۱۳۷۶: ص ۱۸۸). بر همین اساس، شهید مطهری معتقد است:

«اصل عدالت از مقیاس‌های اسلام است که باید دید چه چیز بر او منطبق می‌شود. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات. نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است، دین می‌گوید. این معنی مقیاس بودن عدالت است برای دین» (مطهری، ۱۴۰۳: ص ۱۱۴).

۲-۳. قاعده عدالت و حق بر توسعه

بر اساس قاعده عدالت، باید زمینه رفاه عمومی و برخورداری همگان از مواهب توسعه، فارغ از هر نوع تبعیض فراهم گردد. به عبارت دیگر، اقتضای قاعده عدالت عمومیت داشتن رفاه و رفع تبعیض در بهره‌مندی از آن است. از این رو، جریان و حاکمیت این قاعده در همه قوانین، مقررات و تصمیم‌گیری‌ها موجب برخورداری همگانی از رفاه و مواهب الهی خواهد بود. بی‌تردید، در این باره، وظیفه و نقش اصلی برعهده دولت اسلامی خواهد بود.

بنابراین، از دیدگاه اسلامی، جامعه و افراد آن در صورتی از رفاه و مواهب توسعه برخوردار خواهند شد که امور جامعه بر معیار و مبنای عدالت استوار شده باشد. جامعه‌ای که ظلم و ستم و تبعیض بر مناسبات آن حاکم باشد، روی توسعه و آبادانی را نخواهد دید.^{۱۴} بر پایه کلام معصومان علیهم‌السلام، ارتباطی استوار میان عدالت و توسعه برقرار است و

لازمهٔ جامعهٔ توسعه‌محور و بهره‌مندی افراد از مواهب توسعه، وجود عدالت است. به عبارت دیگر، ارتباط عدالت با توسعه و آبادانی، ارتباطی از نوع شرط و مشروط است. به این ترتیب، تا هنگامی که عدالت در کار نباشد، توسعه محقق نمی‌شود (مبلغی: ۱۳۹۵).

از سوی دیگر، برخی دیدگاه‌های موجود مشکل اصلی بسیاری از مردم فقیر در کشورهای مختلف را در کمبود منابع و مواهب طبیعی می‌داند؛ باوجود این، باید گفت مشکل اصلی را باید در ظلم، تبعیض، بی‌عدالتی و ناسپاسی در استفاده و بهره‌برداری از مواهب خدادادی جست‌وجو کرد. براساس اعتقادات اسلامی، منابع و نعمت‌های خدادادی به اندازهٔ کافی برای برآوردن نیازهای زندگی نوع بشر و رفاه او وجود دارد. این مسئله‌ای است که آموزه‌های اسلامی بر آن تأکید و تصریح دارند. قرآن کریم در این باره می‌فرماید:

«و از هر چه از او خواستید به شما عطا کرد و اگر نعمت خدا را شماره کنید، نمی‌توانید آن را به شمار درآورید. قطعاً انسان ستم‌پیشه و ناسپاس است.»^{۱۵}

حکمت خداوند اقتضا دارد که منابع را به اندازهٔ نیازهای انسان بیافریند و همان‌گونه که از این آیهٔ کریمه استفاده می‌شود، خداوند به اندازهٔ نیاز موجودات، نعمت‌ها را آفریده است. بنابراین، مشکل در کمبود منابع نیست؛ بلکه مشکل را باید یا در «بی‌عدالتی و ظلمی» جست‌وجو کرد که برخی از انسان‌ها در حق عده‌ای دیگر روا می‌دارند یا در «کفران نعمتی» دانست که در اشکال گوناگون، همچون اسراف، اتراف و تبذیر صورت می‌پذیرد و در نتیجه باعث می‌شود عده‌ای از دسترسی به امکانات و منابع خدادادی محروم شوند. بنابراین، جهت تحقق حق همگانی بر توسعه، باید، نخست، عدالت در برخورداری عموم افراد از مواهب توسعه لحاظ گردد و به حق هیچ‌کس ظلم، تعدی و تبعیض صورت نپذیرد و دوم، منابع به‌صورت بهینه تخصیص یابد و از اسراف و اتراف و تبذیر و اتلاف منابع جلوگیری شود.

نکتهٔ دیگر مسئلهٔ نسبت میان عدالت و حق بر توسعه و موضوع عدالت درون‌نسلی و

بین‌نسلی است. همان‌گونه که ذیل قاعدهٔ ائتلاف بیان شد، حق استفاده از مواهب طبیعتِ حقی درون‌نسلی و بین‌نسلی است. در این باره به عموماتی از قرآن کریم مبنی بر اینکه «خداوند آنچه در زمین است، برای شما آفریده است» (بقره: ۲۹) یا «آنچه در آسمان‌ها و زمین است مسخر و فرمانبردار شما قرار داده است» (لقمان: ۲۰) و... استناد گردید. این آیات به مسئله‌ای دیگر نیز دلالت دارند: حق استفاده از مواهب طبیعت باید به صورت عادلانه و برابر باشد که از آن به عدالت درون‌نسلی و بین‌نسلی تعبیر می‌کنیم. بر این اساس، استفاده از این مواهب چه در نسل کنونی و چه نسل‌های آینده باید به صورت عادلانه صورت پذیرد. بنابراین، براساس عدالت درون‌نسلی، قاعدهٔ عدالت اقتضا می‌کند که حق برخورداری از مواهب توسعه ویژهٔ یک فرد یا گروه یا طبقه یا قوم یا ملت خاص نباشد؛ بلکه همگان در برخورداری از این حق در شرایط برابر باشند و همه بتوانند از این حق بهره‌مند شده و آن را استیفا کنند. عواملی همچون دین، مذهب، نژاد، جنسیت، تابعیت و وضعیت خاص اجتماعی نمی‌تواند و نباید سبب تبعیض در برخورداری از این حق شود.

براساس عدالت بین‌نسلی، از قاعدهٔ عدالت دریافت می‌شود که نسل کنونی باید در بهره‌گیری از مواهب توسعه به عدالت رفتار کند؛ یعنی استفاده او به گونه‌ای باشد که ضمن برآوردن نیازهای خود، به نیازهای نسل‌های آینده در استفاده از این مواهب خلل و نقصانی نرساند. از این رو، قاعدهٔ عدالت اقتضا می‌کند که تصرف انسان در منابع طبیعی به صورتی عادلانه و با رعایت حقوق هم‌نوعان خود باشد.

۴. قاعدهٔ نفی سبیل

۴-۱. جایگاه قاعدهٔ نفی سبیل در فقه

یکی از معیارهای اسلام در روابط با دیگر ملت‌ها و دولت‌ها این است که باید در روابط با بیگانگان، استقلال و عزت مسلمانان و دولت اسلامی حفظ شده و جلوی هرگونه سلطه و نفوذ آنان بر مسلمانان و جامعهٔ اسلامی گرفته شود. این مسئله در فقه ذیل «قاعدهٔ نفی سبیل» بحث و بررسی می‌شود. این قاعده از آیهٔ «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى

الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء: ۱۴۱) (و خداوند هرگز بر [زیان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است) برگرفته شده است.

مشهور فقیهان از این قاعده جنبه سلبی و کنترل کننده برای احکام و قواعد فقهی دیگر برداشت کرده‌اند؛ یعنی براساس این قاعده، در روابط میان مسلمانان با کافران هیچ حکم یا قاعده‌ای که در بردارنده هر نوع سلطه، برتری و امتیازی برای کافر نسبت به مسلمان باشد، شرعاً جعل نشده است (نقل از: صرامی، ۱۳۸۲: ص ۹۸).

بنابراین، براساس این قاعده، هر عمل، قرارداد و اقدامی که منجر به سیطره، تسلط و نفوذ کفار بر مسلمانان و جامعه اسلامی در هر شکلی از اشکال نظامی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و... گردد، فاقد اعتبار است و به لحاظ فقهی و حقوقی الزام‌آور نخواهد بود.

۴-۲. قاعده نفی سبیل و حق بر توسعه

یکی از الزامات اساسی توسعه، دسترسی به منابع، دانش و فناوری‌های جدید، پیشرفته و مورد نیاز است. از آنجاکه کشورها به دلایل مختلف، در برخورداری از این امکانات در یک سطح نیستند، طبیعی است برخی کشورها نتوانند همه نیازهای خود را در داخل تهیه نمایند و همین امر نیاز کشورها به ارتباط با یکدیگر جهت رفع احتیاجات خود در عرصه‌های گوناگون اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، نظامی و... را سبب می‌شود. از دیگر سو، همین امر می‌تواند زمینه وابستگی متقابل یا یک‌سویه را میان دولت‌ها ایجاد نماید؛ این وابستگی می‌تواند اهرمی برای کشورها در جهت تحمیل اهداف، خواسته‌ها و دیدگاه‌های خود به دیگر کشورها، و تحت نفوذ و سلطه درآوردن آنان باشد.

تاریخ کشورهای کمتر توسعه یافته، به ویژه طی یک قرن اخیر، بیانگر این است که کشورهای استعماری با سوء استفاده از ضعف، عقب ماندگی و نیاز برخی از این کشورها، آنان را وابسته خود کرده و در برخی موارد، با دخالت در امور داخلی آنان، بر مقدراتشان نیز حاکم شده‌اند.

این در حالی است که، از منظر فقهی، این گونه روابط که به نفوذ و سلطه بیگانگان بر مسلمانان و کشورهای اسلامی بینجامد، ممنوع شده است. حضرت امام خمینی علیه السلام در تحریر الوسیله معتقد است که اگر در روابط تجاری و غیر آن، از استیلای بیگانگان بر حوزه اسلام و سرزمین‌های اسلامی ترس وجود داشته باشد و این امر موجب استعمار مسلمانان یا سرزمین‌های آنان شود، این روابط حرام است و اجتناب از آن بر تمام مسلمانان واجب است و میان استیلای سیاسی یا معنوی و غیر آن فرقی وجود ندارد.^{۱۶}

حضرت امام علیه السلام با توسعه گستره این قاعده به حوزه‌های دیگر، از جمله مسائل سیاسی، بر این اعتقاد است:

«اگر روابط سیاسی بین دولت‌های اسلامی و دولت‌های بیگانه، موجب تسلط آنان بر بلاد و نفوس و اموال مسلمانان شود یا باعث اسارت سیاسی آنان گردد، برقراری چنین روابط و مناسباتی بر زمامداران مسلمان حرام است و پیمان‌هایی که بسته می‌شود نیز باطل است و بر همه مسلمانان واجب است که زمامداران را راهنمایی کنند و بر ترک این گونه روابط سیاسی و ادارشان نمایند؛ هر چند به وسیله مبارزه منفی باشد.»^{۱۷}

ایشان سپس به لزوم مقابله با سلطه بیگانگان پرداخته و معتقد است اگر خطر سلطه سیاسی و اقتصادی بیگانگان بر جامعه اسلامی تا جایی باشد که بیم آن رود بیگانگان جامعه را به اسارت سیاسی و اقتصادی خود درآورند و اسباب تحقیر، توهین و تضعیف اسلام و مسلمانان را فراهم آورند، در این صورت بر مسلمانان واجب است با وسایلی شبیه به آنچه دشمن دارد یا با مقاومت منفی از خود دفاع نمایند، مانند تحریم کالاهای دشمن و استفاده نکردن از آن و قطع کامل روابط و دادوستد با آنان.^{۱۸}

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به تأسی از فقه، مضمون و محتوای قاعده نفی سیل را در دو اصل بیان کرده است. اصل یکصد و پنجاه و دوم قانون اساسی، بنیان سیاست خارجی جمهوری اسلامی را استقلال، وابسته نبودن و طرد استعمار بیان کرده و مقرر می‌کند:

«سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران براساس نفی هرگونه سلطه‌جویی و سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه‌جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق همهٔ مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت‌های سلطه‌گر و روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیرمخرب استوار است.»

در اصل یکصدوپنجاه‌وسوم نیز با ممنوع کردن تمامی راه‌های استیلای بیگانگان بر مقدرات کشور آمده است:

«هرگونه قرارداد که موجب سلطهٔ بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد، ممنوع است.»^{۱۹}

بنابراین، براساس قاعدهٔ نفی سبیل، هر عاملی که در جریان توسعه و پیشرفت کشور و دسترسی شهروندان به حق بر توسعه، به نفوذ و تسلط کفار بر کشور اسلامی یا مسلمانان بینجامد، ممنوع است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

۱. در مسئلهٔ حق بر توسعه، قواعدی همچون لاضرر، اتلاف، عدالت و نفی سبیل، ضمن اینکه قابلیت تطبیق بر مسئله را دارند، بیانگر احکام و مقررات شرعی در این باره هستند.

۲. براساس قاعدهٔ لاضرر، اعمال حق افراد بر توسعه نباید ضرر و زیانی برای دیگران به‌همراه داشته باشد؛ زیرا این قاعده هرگونه حکمی را که براساس آن زیانی به دیگران برسد، نفی می‌نماید. بنابراین، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش بر توسعه را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به حقوق و منافع دیگران قرار دهد. از این رو، هر شخص حقیقی یا حقوقی که در فعالیت‌های توسعه‌ای خود باعث ایراد ضرر و زیان به دیگران و تضييع حق آنان در بهره‌مندی از مواهب توسعه گردد، ضامن خواهد بود.

۳. قاعدهٔ اتلاف در موضوع حق بر توسعه متضمن این حکم است که هرگاه فردی در مسیر اعمال حق خویش دربارهٔ توسعه، اموال دیگران یا منافع حاصل از آن را از بین ببرد،

ضامن خواهد بود؛ تفاوتی هم نمی‌کند که این اموال متعلق به بخش خصوصی باشد یا عمومی و دولتی. بنابراین، وجود این قاعده می‌تواند محدوده اعمال حق بر توسعه را در برابر اموال و منافع دیگران، و آثار آن را تعیین نماید. همچنین، برخورداری از مواهب طبیعی و خدادادی فقط به نسل حاضر اختصاص ندارد؛ بلکه از آن نسل‌های آینده نیز هست. بنابراین، هرگونه استفاده ناروا از این منابع که به اتلاف یا نابودی آن بینجامد و در نتیجه، حق نسل‌های آینده را در بهره‌مندی از این منابع ضایع نموده و زندگی را برای آنان دشوار کند، ممنوع بوده و مسئولیت و ضمان را در پی خواهد داشت.

۴. براساس قاعده عدالت، حق برخورداری از توسعه باید عادلانه باشد؛ یعنی حق برخورداری از رفاه عمومی و مواهب توسعه، فارغ از هرگونه تبعیض باید برای همگان فراهم آید. بر این اساس، جریان و حاکمیت این قاعده در همه قوانین، مقررات و تصمیم‌گیری‌ها می‌تواند برخورداری همگانی از رفاه و مواهب الهی را در پی داشته باشد. بی‌تردید، در این باره، وظیفه و نقش اصلی برعهده دولت اسلامی خواهد بود. بنابراین، پایه‌گذاری امور جامعه بر معیار و مبنای قاعده عدالت می‌تواند به استیفای حق بر توسعه برای همه مردم بینجامد. بر همین اساس، مشکل اصلی بسیاری از مردم فقیر را باید نتیجه ظلم، تبعیض، بی‌عدالتی و ناسپاسی در استفاده و بهره‌برداری از مواهب خدادادی دانست؛ زیرا حکمت خداوند اقتضا می‌کند که منابع را به اندازه نیازهای انسان آفریده باشد. از این رو، باید برای تحقق حق همگانی بر توسعه، نخست، عدالت در برخورداری عموم افراد از مواهب توسعه لحاظ گردد و نسبت به حق هیچ‌کس ظلم، تعدی و تبعیض صورت نپذیرد و دوم، منابع به صورت بهینه تخصیص یابد و از اسراف و اتراف و تبذیر و اتلاف منابع جلوگیری شود.

۵. از دیگر آثار حاکمیت قاعده عدالت نسبت به حق بر توسعه، موضوع رعایت عدالت درون‌نسلی و بین‌نسلی است. براساس عدالت درون‌نسلی، قاعده عدالت اقتضا می‌کند که حق برخورداری از مواهب توسعه به یک فرد یا گروه یا طبقه یا قوم یا ملت خاص محدود نباشد؛ افزون بر این، عواملی همچون دین، مذهب، نژاد، جنسیت، تابعیت و وضعیت خاص اجتماعی نمی‌تواند و نباید سبب تبعیض در برخورداری از این حق شود. همچنین،

عدالت بین‌نسلی، براساس قاعده عدالت، اقتضای آن دارد که حق استفاده و بهره‌برداری از مواهب طبیعی در جهت توسعه، فقط ویژه نسل کنونی نباشد، بلکه نسل‌های آینده نیز باید بتوانند از مواهب توسعه و پیشرفت برخوردار باشند. از این رو، هرگونه بهره‌برداری از مواهب توسعه باید به گونه‌ای باشد که ضمن برآورده کردن نیازهای نسل کنونی، به حق نسل‌های آینده نیز خللی وارد نکند.

۶. کشورهای درحال توسعه و کمتر توسعه‌یافته، که بیشتر کشورهای اسلامی از این دسته‌اند، جهت فراهم کردن شرایط توسعه و پیشرفت خود نیازمند دانش، فناوری و منابع کشورهای پیشرفته و توسعه‌یافته هستند. همین امر می‌تواند محمل و ابزاری برای کشورهای پیشرفته باشد تا از آن برای پیشبرد اهداف خود و تحت نفوذ و سلطه درآوردن مسلمانان و کشورهای اسلامی استفاده کنند؛ درحالی‌که براساس قاعده نفی سبیل، هر عاملی که به نفوذ و سلطه کفار بر کشور اسلامی یا مسلمانان بینجامد، ممنوع است. از این رو، این قاعده اقتضا می‌کند که در جریان توسعه و پیشرفت کشور اسلامی و در نتیجه، دسترسی شهروندان به حق برخورداری از توسعه، مراقبت شود که زمینه نفوذ و تسلط کفار بر مسلمانان به وجود نیاید.

پی‌نوشت:

1. Right to Development.
2. Declaration on The Right to Development, 4 December 1986.
۳. به همین جهت، تعریف‌های پرشماری نیز از آن ارائه شده است (تسخیری، ۱۴۲۵ق: ج ۱، ص ۷-۸؛ صاحب‌نصار، ۱۳۸۸: ص ۲۰-۵۳). هریک از این تعریف‌ها نیز به یکی از جنبه‌های تمایز قاعده فقهی با قواعد دیگر اشاره دارند. برای ملاحظه تفاوت میان قاعده فقهی با قاعده اصولی، ضابط فقهی، نظریه فقهی و مسئله فقهی، ر.ک: (جمعی از محققان، ۱۳۹۳: ص ۱۹-۲۹؛ محقق داماد، ۱۳۷۴: ص ۲۲-۲۶).
۴. درباره این قاعده و دیدگاه‌های مطرح درباره مفاد آن، ر.ک: (انصاری، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۳۳-۵۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق: ص ۴۳-۶۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۰ق: ص ۵-۳۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۱، ص ۲۰۸-۲۴۵؛ حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق: ج ۱، ص ۳۰۴-۳۳۹؛ خمینی، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۴۹-۵۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۱۶۰ به بعد؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۱، ص ۲۸-۱۱۰).
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به‌تأسی از فقه، به همین قاعده اشاره و در اصل چهارم مقرر می‌کند: «هیچ‌کس

- نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». برای نمونه، فعالیت‌های مخرب و زیان‌بار برای منابع طبیعی و محیط‌زیست که مصداق حکم ضرری محسوب می‌شود، براساس این قاعده ممنوع است.
۶. در اصطلاح اصول فقه این امر «حکومت» نام دارد و به معنای تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دلیل دیگر، به صورت توسعه یا تضییق است. به عبارت دیگر، یکی از دو دلیل (دلیل حاکم)، با شرح و تفسیر موضوع یا محمول دلیل دیگر (دلیل محکوم)، قلمرو آن را گسترده‌تر یا محدودتر می‌کند؛ خواه دلیل حاکم به لحاظ زمان متقدم بر دلیل محکوم باشد، خواه متأخر از آن. البته، این گسترش یا تضییق در دایرهٔ موضوع، که سبب گسترش یا تضییق در ناحیهٔ حکم می‌شود، به طور تعبدی و ادعایی است، نه حقیقی و واقعی؛ یعنی چیزی که در حقیقت، از موضوع دلیل خارج است، فردی از موضوع فرض می‌شود (در توسعه)، یا چیزی که حقیقتاً جزء موضوع است، فردی خارج از آن قلمداد می‌گردد (در تضییق) (در این باره ر.ک: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۲: ص ۴۳۳-۴۳۵).
۷. برخی از فقیهان معتقدند که قاعده تسلط، علاوه بر اموال، حقوق را نیز شامل می‌شود؛ زیرا هر چند روایت نبوی مشهور فقط تسلط بر اموال را بیان کرده است، اما به طریق اولی شامل حقوق نیز می‌شود و بنای عقلا هم بر تسلط مردم بر حقوق خویش دلالت دارد (ر.ک: صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۲۵، ص ۲۲۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۳۶).
۸. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز به تاسی از فقه، در مادهٔ ۳۲۸، به مفاد قاعدهٔ اتلاف اشاره و مقرر می‌کند: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل و یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است». دربارهٔ این قاعده، ر.ک: (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۲۵-۵۰؛ حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۴۳۳-۴۳۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۴۵).
۹. آیات متعددی در قرآن کریم بیانگر این مطلب هستند، از جمله: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾: و اوست آن (آفریننده‌ای) که همه آنچه [را] در زمین است، برای شما آفرید (بقره: ۲۹): ﴿وَالْأَرْضَ وَصَعَهَا لِلْأَنْعَامِ﴾: و (خداوند) زمین را برای همگان قرار داد (الرحمن: ۱۰).
۱۰. ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ﴾: شما را از امکانات زمین بهره‌مند ساختیم و وسایل معیشت شما را در آن فراهم کردیم (اعراف: ۱۰).
۱۱. برای نمونه: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً﴾: آیا ندیدید که خداوند آنچه در آسمان‌ها و زمین است، مستخر شما کرد و نعمت‌های پیدا و پنهان خود را بر شما تمام کرده است» (لقمان: ۲۰).
۱۲. ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (آل عمران: ۱۸۹).
۱۳. در تعریف قاعدهٔ فقهی بیان شد که قاعدهٔ فقهی به معنای حکم شرعی کلی‌ای است که از انطباق و تطبیق آن بر مصادیق - مانند انطباق کلی طبیعی بر افراد - حکم شرعی جزئی به دست می‌آید.
۱۴. امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام در روایتی می‌فرمایند: «لَا يَكُونُ الْعِمْرَانُ حَيْثُ يَجُوزُ السُّلْطَانُ: آن‌جا که سلطان جور ظلم کند، عمران و آبادانی در کار نخواهد بود» (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶: ص ۳۴۸، ح ۸۰۵)؛ ایشان همچنین در حدیث دیگری می‌فرمایند: «أَفَقَةُ الْعُمَرَانِ جُورُ السُّلْطَانِ: آفت آبادانی، ستمگری فرمانرواست» (همان، ص ۳۴۶، ح ۷۹۶۴).
۱۵. ﴿وَأَتَاكُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا إِنَّ الْإِنْسَانَ لَطَلُومٌ كَفَّارٌ﴾ (ابراهیم: ۳۴).
۱۶. لو کان فی المرادوات التجاریة و غیرها مخافة علی حوزة الإسلام و بلاد المسلمین من استیلاء الأجانب علیها سیاسیاً أو

غيرها الموجب لاستعمارهم أو استعمار بلادهم و لو معنوياً يجب على كافة المسلمين التجنب عنها، و تحرم تلك المرادوات (خميني، ١٣٧٩: ج ١، ص ٤٨٦).

١٧. لو كانت الروابط السياسية بين الدول الإسلامية و الأجنب موجبة لاستيلائهم على بلادهم أو نفوسهم أو أموالهم أو موجبة لأسرههم السياسي يحرم على رؤساء الدول تلك الروابط و المناسبات، و بطلت عقودها، و يجب على المسلمين إرشادهم و إلزامهم بتركها و لو بالمقاومات المنفية (همان).

١٨. لو خيف على حوزة الإسلام من الاستيلاء السياسي و الاقتصادي المنجر إلى أسرههم السياسي و الاقتصادي و وهن الإسلام و المسلمين و ضعفهم يجب الدفاع بالوسائل المشابهة و المقاومات المنفية، كترك شراء أمتعتهم، و ترك استعمالها، و ترك المرادة و المعاملة معهم مطلقاً (همان، ص ٤٨٥).

١٩. علاوه بر اين دو اصل، قانون اساسی جمهوری اسلامی در «بند ٦ اصل دوم»، بهصراحت بر «نفي هرگونه ستمگری و ستمكشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی» تأکید می‌کند و نیز در «بند ٥ اصل سوم» بر «طرده کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب» تصریح کرده است.

کتابنامه

۱. اصغری، سیدمحمد (۱۳۸۸ الف)، «عدالت به مثابه قاعده فقهی و حقوقی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، ش ۱.
۲. _____ (۱۳۸۸ ب)، عدالت به مثابه قاعده، تهران، انتشارات اطلاعات.
۳. اصفهانی (شیخ الشریعه اصفهانی)، فتح الله بن محمد جواد (۱۴۱۰ق)، قاعده لاضرر، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۴. الهی خراسانی، علی (۱۳۹۲)، قاعده فقهی عدالت، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
۵. انصاری، مرتضی (بی تا)، فرائد الأصول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۶. ایروانی، جواد (۱۳۹۳)، مبانی فقهی اقتصاد اسلامی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۷. بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیة، قم، الهادی.
۸. تسخیری، محمدعلی (۱۴۲۵ق)، القواعد الأصولیة و الفقهیة علی مذهب الإمامیة، تهران، مجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الإسلامیة.
۹. تمیمی آمدی، عبدالواحد (۱۳۶۶)، تصنیف غررالحکم و دررالکلم، قم، مکتب الأعلام الإسلامی.
۱۰. جمعی از محققان (۱۳۹۳)، مأخذشناسی قواعد فقهی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۱. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۱۲. حسینی مراغه ای، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۳. خمینی (امام)، سیدروح الله موسوی (۱۳۷۹)، تحریر الوسیلة، قم، دارالعلم.
۱۴. _____ (۱۳۸۸)، وصیت نامه سیاسی - الهی امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۵. _____ (۱۳۸۹)، صحیفه امام، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی علیه السلام.





۱۶. _____ (۱۴۱۰ق)، الرسائل، قم، اسماعیلیان.
۱۷. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، محاضرات فی أصول الفقه، تقریر محمداسحاق فیاض، قم، دارالهادی للمطبوعات.
۱۸. سروش محلاتی، محمد (۱۳۸۰)، «اهداف و آرمان‌های حکومت»، چاپ‌شده در: دانشنامه امام علی علیه السلام، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. سنگویتا، آرجون (۱۳۸۳)، «حق توسعه در نظریه و عمل»، ترجمه منوچهر توسلی جهرمی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، ش ۳۰.
۲۰. سیستانی، سیدعلی حسینی (۱۴۱۴ق)، قاعدة لاضرر و لاضرار، قم، مکتب آیه‌الله السیستانی.
۲۱. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۲۲. صاحب‌نصار، محمدحسین (۱۳۸۸)، «شهید اول، پایه‌گذار قواعد فقهی»، ترجمه عبدالله امینی‌پور، کاوشی نو در فقه، ش ۶۱.
۲۳. صادق‌زاده طباطبائی، سید محمود (۱۳۹۱)، اعتبار و قلمرو قاعدة عدالت در فقه از منظر کتاب و سنت، پایان‌نامه دکتری دانشگاه قرآن و حدیث، به راهنمایی سیف‌الله صرامی.
۲۴. _____ (۱۳۹۳)، «درآمدی بر تطبیق قاعدة عدالت»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل‌وششم، ش ۹۸.
۲۵. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۰ق)، قاعدة لاضرر و لاضرار، قم، دارالصادقین للطباعة و النشر.
۲۶. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۲)، «جایگاه قاعدة نفی سبیل در سیاست‌های کلان نظام اسلامی»، حکومت اسلامی، ش ۳۰.
۲۷. طباطبائی، سیدعلی (بی‌تا)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۲۸. عبداللهی، عبدالکریم (۱۳۸۸)، قواعدی از فقه، قم، بوستان کتاب.
۲۹. علامه حلی (حسن‌بن‌یوسف مطهر اسدی) (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۳۰. علی‌اکبریان، حسن‌علی (۱۳۸۶)، قاعدة عدالت در فقه امامیه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۱. علیدوست، ابوالقاسم و محمد ابراهیمی‌راد (۱۳۸۹)، «بررسی قاعدة تسلط و گستره آن»، حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، سال هفتم، ش ۲۴.

۳۲. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهية، قم، بی‌نا.
۳۳. فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۹)، اقتصاد منابع طبیعی از منظر اسلام، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۴. فیروزی، مهدی (۱۳۸۴)، «مبانی حق برخورداری از محیط زیست سالم در قرآن کریم»، رواق اندیشه، ش ۴۲.
۳۵. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۶. مبلغی، احمد (۱۳۹۵)، «پیش‌درآمدی بر فقه توسعه»، نقل از: سایت راسخون (<http://rasekhoon.net>)، تاریخ مشاهده: ۱۳۹۵/۲/۲۹.
۳۷. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۴)، قواعد فقه: بخش مدنی، تهران، سمت.
۳۸. _____ (۱۳۸۸)، قواعد فقه ۱: بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۹. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۹۲)، فرهنگ‌نامه اصول فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴۰. مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق)، القواعد: مائة قاعدة فقهية، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۱. مطهری، مرتضی (۱۳۸۵)، مجموعه آثار، تهران، صدرا.
۴۲. _____ (۱۴۰۳ق)، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، حکمت.
۴۳. مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق)، اصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۴. معلوف، لويس (۱۳۸۷)، المنجد فی اللغة، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم.
۴۵. المقرئ الفیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، انتشارات دارالهجرة.
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، قم، مدرسة الإمام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۴۷. مهریزی، مهدی (۱۳۷۶)، «عدالت به‌مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر، ش ۱۰ و ۱۱.
۴۸. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المكتبة المحمدية.
۴۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، مكتب الاعلام الإسلامی.



بررسی فقهی مقابله به مثل از طریق حرام

سید محمد جواد سیادت^{*}

چکیده

اقتضای قاعده «مقابله به مثل» بر مماثلت و همانندی در مقابله با متجاوز است؛ ولی این اقتضا با موانعی روبه‌روست که صاحب حق را دچار محدودیت‌هایی می‌کند. یکی از این موانع، مقابله به مثل از طریق حرام است. محرمانی که خارج از فضای مقابله به مثل، فی‌نفسه و به‌عنوان اولی حرام‌اند (مانند کذب و لواط) و همچنین، محرمانی که بر اثر عروض عناوین ثانویه حرام شده‌اند (مانند سبّ جایزی که به‌موجب وهن دین، غیر جایز می‌شود) در مقام مقابله به مثل نیز حاکم بر این قاعده‌اند. این محرمان به تجاوز دیده حق نمی‌دهند که برای استیفای حق خود، مثل آن حرام‌ها را مرتکب شود. باوجود این، محرمانی که بر اثر عروض عناوین ثانویه حلیت می‌یابند، در مقام مقابله به مثل جایزند، مانند قتل نفس محترمه در جنگ در صورت ضرورت.

البته، در این میان حرام‌هایی مانند زنا، ناسزاگویی به منسوبان طرف مقابل و شکستن استخوان، موضوعاً از مقابله به مثل خارج‌اند؛ زیرا در اولی و دومی تقابل بالمثل رخ نمی‌دهد، و در سومی حفظ المثل ممکن نیست.

در مواردی که مقابله به مثل حرام است، راه‌هایی جایگزین برای استیفای حق قرار داده شده است، مانند مقابله از طریق حلال و استفاده از حد، تعزیر، دیه و ارش.

کلیدواژه‌گان: مقابله به مثل، تقابل بالمثل، قصاص، سب در مقابل سب، مقابله به مثل حرام، تقاص.

یکی از قواعد مسلم فقهی، قاعده «مقابله به مثل» است. این قاعده در فقه، به طور مشخص، تعریف اصطلاحی نشده است؛ ولی از ابواب و مسائل فقهی، مانند جهاد، غصب، حدود، سب، تقاص و قصاص، قانونی کلی در رویارویی با متجاوز اصطیاد می‌شود: «هر شخص یا گروهی که به ناحق به حریم دیگری - چه حریم شخصی و چه حریم عمومی - تجاوز نماید، دیگری می‌تواند در مقام دفاع و گرفتن حق خود مقابله به مثل کند؛ یعنی مثل و همانند همان عملی که شخص یا گروهی در مورد او انجام داده است، درباره وی انجام دهد».

این قاعده دارای شروطی است. از شروط اصلی آن «مماثلت و همانندی» در مقابله است. این شرط در بعضی از ادله جواز مقابله به مثل، مانند آیات اعتداء (بقره: ۱۹۴)، معاقبه (نحل: ۱۲۶)، مجازات (شوری: ۴۰)، و روایت داود بن رزین (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۷، ص ۲۷۲)، با لفظ «مثل» مورد تأکید قرار گرفته است؛ همچنین، این شرط در بعضی ادله دیگر، مانند آیه «إِمَّا تَخَافَنَّ» (انفال: ۵۸) با عبارت «سواء»، در برخی دیگر، مانند روایت علی بن سلیمان (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۷، ص ۲۷۵) با تعبیر «بقدر حقه» و «اخذ ما کان علیه»، و در وصیت امیرالمؤمنین علیه السلام با استفاده از تعبیر «ضربة بضربة» (شریف الرضی، ۱۴۱۴ق: نامه ۴۷، ص ۴۲۲) آمده است.

اقتضای این شرط آن است که وقتی تجاوز و تعدی از سوی شخص یا گروهی صورت گرفت، تجاوز دیده این حق را داشته باشد که مثل و همانند آن تعدی را درباره شخص یا گروه متجاوز اجرا نماید تا استیفای حق شود؛ زیرا اگر کمتر باشد، حقش استیفا نشده و اگر بیشتر باشد، تجاوز و تعدی جدیدی صورت گرفته است.

حال، سخن در این است که اگر تعدی از طریق حرام صورت گرفت، آیا می‌توان از طریق حرام مقابله به مثل نمود؟ اگر شخص یا گروه متجاوز، از راه حرام‌هایی که فی‌نفسه حرام‌اند یا با عروض عناوین ثانویه حرام می‌شوند (مانند زنا، لواط، خوردن شراب، سحر، قذف، ناسزا با الفاظی که نفس تلفظ به آنها حرام است، غیبت، تهمت،

شکستن استخوان و سبّ جایزی که به موجب وهن دین حرام می‌شود) اقدام به تعدی نمود. آیا می‌توان از همین راه‌ها مقابله‌به‌مثل نمود یا مقابلهٔ همسان در این موارد جایز نیست؟ در صورت عدم جواز، آیا شرط مماثلت و همانندی رعایت شده است؟ در صورت عدم جواز، راه‌های جایگزین چیست؟ حکم مقابله‌به‌مثل در صورت عروض عناوین ثانویه چیست؟

امروزه این بحث کاربرد فراوانی دارد. این کاربرد، چه در زندگی شخصی و چه در زندگی اجتماعی و چه در زندگی بین‌المللی، مشهود است. برای نمونه، اگر شخصی یا خانواده‌ای برضد شخص یا خانوادهٔ دیگری سحری به کار ببرد، آیا شخص و خانوادهٔ آسیب‌دیده (به قصد آسیب و ضرر و انتقام) می‌تواند از راه سحر مقابله‌به‌مثل نماید؟ اگر نامزد انتخابات شوراها یا مجلس یا ریاست جمهوری به نامزد رقیب خود تهمت بزند، آیا رقیب او از طریق تهمت می‌تواند مقابله‌به‌مثل نماید؟ اگر کشوری برضد کشور دیگر از سلاح‌های ممنوع استفاده نمود، آیا کشور آسیب‌دیده می‌تواند متقابلاً برضد آن کشور از همین سلاح‌ها استفاده نماید؟ فرض کنید به صاحب‌منصبی در جامعه اهانتی شود که فی‌نفسه حرام نیست و او حق پاسخ‌گویی دارد، ولی با در نظر گرفتن جایگاه این فرد، اگر پاسخ‌دادنش موجب وهن به دین و مذهب یا اخلال در نظام شود، آیا او باز هم حق پاسخ‌همانند را دارد یا نه؟

موضوع مورد بحث این نوشتار، «بررسی فقهی مقابله‌به‌مثل از طریق حرام» است. به این منظور، نخست، برای نمونه، دیدگاه صاحب‌نظران در دو مصداق از مصادیق مقابله‌به‌مثل (سبّ و قصاص) بررسی می‌گردد؛ سپس به نظر برگزیده، جایگزین‌ها و نتیجه‌گیری اشاره می‌شود.

۱. مقابله‌به‌مثل در سب

در مقابله‌به‌مثل در سبّ و دشنام، بعضی قائل به جواز، بعضی قائل به عدم جواز و بعضی قائل به تفصیل‌اند.

۱-۱. قائلان به جواز

آیت‌الله سید عبدالاعلی سبزواری قائل به جواز مقابله‌به‌مثل در سب است. وی معتقد است: مقتضای اطلاق آیه شریفه «فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ» (بقره: ۱۹۴) و اطلاق آیه شریفه «لَا یُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ اِلَّا مَنْ ظَلِمَ» (نساء: ۱۴۸) جواز دفع سب به سب است، اگر به مثل باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۹۸). همچنین، آیت‌الله تبریزی نیز، به دلیل آیه اعتداء، قائل به جواز مقابله‌به‌مثل در سب شده است (تبریزی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۱۶۱).

۲-۱. قائلان به عدم جواز

رسول خدا ﷺ فرموده‌اند: «المتسابان ما قالوا فعلی البادی ما لم یعتد المظلوم» (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۳۶۷). قطب‌الدین راوندی در کتاب ضریر الشهاب (بنابر نقل علامه مجلسی در مرآة العقول) به شرح این روایت پرداخته است. به عقیده او، بر مشتوم (مورد دشنام‌واقع شده) واجب است تحمل نماید و حلم بورزد و آتش را با آتش خاموش نکند. پس اگر مقابله‌به‌مثل نماید و زیاده‌روی ننماید، بر عقوبت شاتم (شروع‌کننده به دشنام) نیز افزوده خواهد شد؛ زیرا در این صورت، رفتار شاتم دو عنوان می‌یابد: ۱. شروع به ناسزا در برابر دیگری (مباشرت)؛ ۲. سب شدن برای دشنام دادن توسط دیگری (تسیب). ولی اگر زیاده‌روی نماید و از حد بگذراند، هردو در وزر و وبال شریک‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۱، ص ۲۶۵-۲۶۴).

مفهوم این سخن راوندی که «بر مشتوم واجب است تحمل نماید...»، آن است که اقدام به سب از سوی او در پاسخ به شاتم (شروع‌کننده به دشنام) حرام و مورد نهی است.

شهید ثانی نیز، همانند راوندی، بر این باور است که مقابله‌به‌مثل در ناسزاگویی جایز نیست؛ زیرا اگر مسلمانان به یکدیگر ناسزا گویند، تعزیر می‌شوند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۴۵۱) و تعبیر به تعزیر درباره انسان بالغ و مکلف، به معنای ارتکاب گناه و حرام

است. از همین روست که در مورد انسان غیرمکلف معمولاً تعبیر به «تأدیب و يؤدب» می‌شود تا نشان از حرمت نداشته باشد؛ همچون کودک و دیوانه که ارتکاب حرام از سوی آنان معنا ندارد (علیدوست، ۱۳۹۴: ص ۷۴).

۳-۱. قائلان به تفصیل

این گروه میانِ مقابله‌به‌مثل در سبّ جایز و غیرجایز، تفصیل قائل شده‌اند. کلام برخی از افراد این گروه، نقل و بررسی می‌شود.

۱-۳-۱. ابن‌العربی در احکام القرآن

ابن‌العربی در ذیل آیهٔ اعتداء (بقره: ۱۹۴) می‌گوید:

«اگر کسی به آبروی تو تعرض کرد، تو می‌توانی مقابله‌به‌مثل نمایی؛ به شرط آنکه به پدر و مادرش یا فرزندش یا نزدیکانش تعرض ننمایی. [همچنین] تو نمی‌توانی به او (شخص متجاوز) نسبت دروغ دهی، هرچند او این نسبت را به تو بدهد؛ زیرا معصیت با معصیت مقابله نمی‌شود. پس اگر مثلاً به تو گفت: «ای کافر!»، تو می‌توانی به او بگویی «ای کافر!»؛ ولی اگر به تو گفت: «ای زناکار!»، قصاص تو این است که به او بگویی: «ای کذاب! ای شاهد زور!» و اگر به او زناکار بگویی، تو دروغ‌گویی و نسبت به این دروغت، گنهکاری... و اگر در ادای حق تو، بدون عذر، امروز و فردا می‌کند، درحالی‌که غنی و ثروتمند است، در پاسخ بگو: «ای ظالم! ای خورندهٔ اموال مردم!» (بی‌تا: ج ۱، ص ۱۵۹).

۱-۳-۱. توضیح و نقد

از قرائن کلام ابن‌العربی برمی‌آید که مراد از این سخن وی که «اگر کسی به آبروی تو تعرض کرد، تو می‌توانی مقابله‌به‌مثل نمایی»، تعرض در گفتار است نه دیگر تعرض‌ها؛ آن هم با کلماتی مانند بی‌حیا و بی‌آبرو، نه با کلماتی مانند زناکار و لواط‌کار.

باوجود این، عبارت «به شرط آنکه به پدر و مادرش یا فرزندش یا نزدیکانش تعرض نمایی»، به این جهت است که مقابله به مثل در صورتی تحقق می‌یابد که با خود متجاوز مقابله شود نه با غیر او، مانند نزدیکانش یا شخص ثالث.

اما نقدی که بر ادامه کلام وی وارد است آن است که اگر نسبت «ای کافر!»، نسبت دروغ باشد، آیا باز هم مقابله به مثل جایز است؟

۱-۳-۲. فخر رازی در تفسیر کبیر

فخر رازی در تفسیر آیه شریفه «وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا» (شوری: ۴۰) می‌گوید:

«آیه شریفه بیانگر وجوب رعایت مماثلت، به طور مطلق و در همه حالات است؛ مگر آنچه که دلیل آن را خارج کند، ... مجاهد و سدی گفته‌اند: اگر شخصی به دیگری بگوید خدا تو را خوار کند، او در پاسخ می‌تواند بگوید: خدا تو را خوار کند، اما اگر به او قذف و تهمت زنی که موجب حد شود، او نمی‌تواند قذف نماید، بلکه باید حدی را که خداوند متعال امر فرموده، جاری نماید.» (فخر رازی، ۱۴۲۰ق: ج ۲۷، ص ۶۰۷)

قذف به معنای «رمی به زنا یا لواط است؛ مانند اینکه کسی به دیگری بگوید: تو زنا کردی یا لواط کردی، یا مورد لواط واقع شدی یا توزانی هستی یا لواط کاری، یا منکوح در دُبر هستی و آنچه که این معانی را می‌دهد، به طور صریح و همراه با معرفت‌گوینده به موضوع لفظ به هر لغتی که واقع شود» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴/ص ۱۴۹).

۱-۳-۳. محقق اردبیلی و کاظمی

این دو فقیه محقق دلالت آیات شریفه «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَ...» (بقره: ۱۹۴)، «وَلَمَنِ اتَّصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ...» (شوری: ۴۱) و «وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا...» (همان: ۴۰) بر مقابله به مثل را مطلق دانسته‌اند؛ به نحوی که علاوه بر قصاص در نفس، طرف و جروح، حتی ضرب مضروب و شتم مشتوم به اندازه مثل، را نیز دربر می‌گیرد. سپس مواردی را از

آن استثنا کرده‌اند، از جمله: «زخمی که قصاص در آن جایز نیست؛ ضربتی که حفظ‌المثل در آن ممکن نیست، مانند شکستن استخوان، مجروح کردن، زدن در محل خوف؛ دشنامی که تفوه و تلفظ آن روا نباشد، مانند تهمت به زنا، ...» (اردبیلی، بی‌تا: ص ۳۱۰؛ همان، ص ۶۸۰؛ کاظمی فاضل، بی‌تا: ج ۲، ص ۳۲۵).

۱-۳-۴. محقق خوئی

آیت‌الله خوئی در دوره اخیر درس‌شان در بحث سب، ذیل فرمایش مرحوم اردبیلی می‌فرماید: «در این رأی و نظر محقق اردبیلی، بُعدی نیست؛ برخلاف آنچه که ما در دوره قبل از ادله استظهار کردیم، و به این مطلب در احادیث عامه نیز تصریح شده است» (خوئی، ۱۳۷۸: ج ۱، ص ۳۸۶).

۱-۳-۴-۱. نقد فرمایش محقق خوئی

این سخن محقق خوئی دارای لوازم و اشکالاتی است که عبارت‌اند از:

الف. لازمه قول ایشان درباره نظر محقق اردبیلی آن است که وی اطلاق ادله مقابله‌به‌مثل را پذیرفته است و به همین جهت، مقابله‌به‌مثل در ضرب و سب و شتم را جایز می‌داند. چه اینکه بنابر این مبنای ایشان، مقابله‌به‌مثل در غیبت نیز باید جایز باشد؛ ولی جالب است که ایشان در بحث «جواز تظلم مظلوم به‌وسیله غیبت» این اطلاق را نپذیرفته و غیبت را از آن جهت که جزء محرمات است، خارج از اطلاق ادله می‌داند. وی می‌فرماید:

«دو آیه ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ﴾ (شوری: ۳۹) و ﴿وَلَمَنِ اتْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (شوری: ۴۱) بر جواز اعتدای و انتقام به مثل دلالت دارند و ادعای اینکه «غیبت» گونه‌ای از اعتداست، ادعای گزافی است؛ زیرا این دو آیه نسبت به مجازات به‌وسیله محرمات اطلاق ندارند، زیرا در غیر این صورت، اعتدای به زنا و مانند آن جایز می‌شد؛

المجنون» و این، در واقع، اهانت و سب به پدر شخص آغازگر سب است؛ در حالی که باید مستقیماً به خود او پاسخ می‌داد. بر این اساس، این مورد نیز همانند زنا، موضوعاً از مقابله به مثل خارج است؛ زیرا «تقابل بالمثل» رخ نمی‌دهد و پای شخص ثالثی جز متجاوز به میان خواهد آمد.

۴-۱. جمع‌بندی

از مجموع سخنان صاحب‌نظران فهمیده می‌شود که هر چند ادله جواز مقابله به مثل، بعضی سب‌گویی‌ها (مانند گفتن احمق یا سفیه یا کافر) را جایز می‌داند، ولی در مقابله به مثل، برخی سب‌ها فی نفسه حرام‌اند و جایز نیستند، مانند الفاظ رکیکی که نفیس تکلم به آنها حرام است، قذف، تهمت و غیبت.

۲. قصاص

قصاص یکی از مصادیق بارز مقابله به مثل است. در این حکم، هر چند به اقتضای نصوص (مانند مائه: ۴۵)، اصل بر مماثلت و همانندی مجازات با جنایت است، مواردی نیز مشاهده می‌شود که از سوی شرع مقدس محدودیت‌هایی ایجاد شده، و مقابله به مثل در آنها حرام است. نمونه‌هایی از این موارد در ادامه ذکر می‌شود:

۲-۱. مواردی که قصاص عضو سبب تغیر شود

در قصاص اعضا، اگر قصاص عضوی سبب «تغیر» شود، یعنی قصاص شونده در معرض هلاکت قرار گیرد یا به عضوی دیگر صدمه وارد گردد و در نتیجه، قصاص از حد خود تجاوز کند، قصاص، ساقط و دیه یا ارش جایگزین آن می‌شود؛ از این رو، قصاص در موارد شکستگی استخوان (هاشمه یا جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، گرچه جراحی تولید نکرده باشد، و منقله یا جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، و درمان آن جز با جابه‌جا کردن استخوان میسر نباشد)، و در مثل جائفه (جراحی ناشی از نفوذ آلت جرح به درون بدن) و مأمومه (زخمی که استخوان سر را شکافته و به پرده مغز



رسیده است) جاری نمی‌گردد. نص، فتوا، اجماع محصل و منقول، و وجوب محافظت نفس و طرف محترمه بر این حکم دلالت دارند (صاحب جواهر، بی تا: ج ۴۲، ص ۳۵۵-۳۵۴).

۲-۲. ابزار قصاص قاتل

بعضی، مانند ابن جنید، درباره ابزار قصاص قاتل قائل به مماثلت‌اند؛ ولی مشهور به قصاص با شمشیر قائل‌اند. دلایل هریک، به همراه نقد کلام ابن جنید مطرح می‌شود:

۲-۲-۱. نظر ابن جنید

از ابن جنید چنین نقل شده است: «ولی قصاص این حق را دارد که قاتل را به همان نحوی که مقتول را کشته، به قتل برساند؛ البته، اگر اطمینان دارد که زیاده‌روی نمی‌کند». دلایل این حکم چنین است:

الف. عمومیت آیه شریفه ﴿فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ﴾ (بقره: ۱۹۴) (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۴۵۴-۴۵۳)؛

ب. روایت نبوی «من حرَّق حرِّقناه، و من غرَّق غرِّقناه» (البیهقی، ۱۴۲۴ق: ج ۸، ص ۷۹)؛

ج. روایت نبوی «أن یهودیاً رضخ رأس جاریة بالحجارة، فأمر ﷺ فرضخ رأسه بالحجارة» (ابن ماجه، بی تا: ج ۲، ص ۸۸۹)؛

د. مقصود از قصاص، تشفی دل بازماندگان مقتول است و این کامل نمی‌شود مگر آنکه قاتل، همان گونه که مقتول را کشته، کشته شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۲۳۵-۲۳۶).

۲-۲-۲. نظر مشهور

علامه حلی پس از نقل کلام ابن جنید می‌گوید:

«این وجهی قریب به صواب است، ولی قصاص جز با شمشیر واقع

نمی‌شود و مشهور نیز به دلیل روایت "موسی بن بکر عن العبد الصالح ؑ

فی رجل ضرب رجلاً بعصا، فلم يرفع العصا حتى مات، قال: يدفع إلى أولياء المقتول و لكن لا يترك يتلذذ به و لكن يجاز عليه بالسيف" (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۳۹) به همین قائل اند. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۴۵۴-۴۵۳)

شهید ثانی نیز در داوری کلام ابن جنید می فرماید:

«این قول اشکالی ندارد، ولی مشهور فقیهان برخلاف آن رأی داده اند. بر فرض، قائل به این قول شویم؛ سه صورت از آن استثناء می شود:

اول: اگر قاتل با سحر کسی را بکشد، با شمشیر قصاص می شود؛ زیرا سحر عمل محرمی است، دارای نظم و انضباط خاص نیست و تأثیرات آن مختلف است.

دوم: هرگاه با لواط کسی را بکشد و این از مواردی باشد که غالباً شخص کشته می شود یا به وسیله عمل لواط قصد کشتن او را داشته، اینجا نیز همانند سحر، با شمشیر کشته می شود؛ زیرا با عملی که فی نفسه حرام است، قتل را انجام داده است.

سوم: هرگاه قاتل به وسیله خوردن شراب به کسی، وی را بکشد، و این بر وجهی باشد که موجب قصاص شود، با شمشیر قصاص می شود، و مثل آن جایی است که به وسیله بول یا شیء نجس کشته شود. در این موارد، مایع دیگری، مانند آب یا سرکه یا چیز تلخی را به او می خوراند تا بمیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۲۳۶-۲۳۵).

۲-۲-۳. نقد کلام ابن جنید

اشکالاتی به دلایل نسبت داده شده به ابن جنید وارد است که عبارت اند از:

الف. در عمومیت آیه شریفه اعتداء (بقره: ۱۹۴) بحثی نیست، ولی این عمومیت با ادله



دیگری تخصیص خورده و صاحب حق را با محدودیت‌هایی، مانند ممنوعیت مقابله به مثل از طریق حرام، روبه‌رو می‌کند. به برخی از این ادله در قسمت «نظر برگزیده» اشاره می‌شود.

به عقیده بعضی از محققان معاصر، براساس ضوابط شناخته‌شده در اصول فقه، آیه اعتداء (با توجه به سیاق و با توجه به شأن نزول) ناظر به گونه‌ای از مقابله به مثل، یعنی جنگ و جهاد - آن هم در جایی که شائبه هتک حرمت‌ها وجود دارد - است و عمومیت مورد نظر در قاعده را افاده نمی‌کند. آیه اعتداء فرازمانی و فرامکانی است، ولی در محدوده مقابله با دشمنان خدا، نه در همه انواع و مصادیق مقابله به مثل (علیدوست، ۱۳۹۵: ص ۹۳ و ۹۴).

در نقد و بررسی این دیدگاه باید گفت، به نظر می‌رسد آیه اعتداء عمومیت داشته و همه انواع و مصادیق مقابله به مثل را دربر می‌گیرد؛ زیرا رفتارشناسی معصومان علیهم‌السلام در تفسیر و استنباط از آیات قرآن نشان می‌دهد که در آیات قرآن، اصل بر عدم قرینه بودن سیاق، شأن نزول و مانند آن است. رفتار ائمه علیهم‌السلام با آیات این بوده که شأن نزول آیات را در حکم آیه دخالت نمی‌داده‌اند. ایشان سیاق را مخصّص آیات قرار نمی‌دادند. گویا چنین می‌خواسته‌اند بفرمایند که قرآن قانون اساسی است و از آن استفاده حداکثری می‌شود؛ البته، تا حدی که الفاظ ظاهر هم همراهی کند.

به عنوان نمونه:

«عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَنْ أَبِيهِ وَ مُحَمَّدٌ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا فِي الْحِلِّ ثُمَّ دَخَلَ الْحَرَمَ؟ فَقَالَ عليه السلام: لَا يَقْتُلُ وَلَا يَطْعَمُ وَلَا يَسْقَى وَلَا يَبَاعُ وَلَا يَبُوعُ وَلَا يُوَوَّى حَتَّىٰ يُخْرَجَ مِنَ الْحَرَمِ، فَيَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ. قُلْتُ: فَمَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ قَتَلَ فِي الْحَرَمِ أَوْ سَرَقَ؟ قَالَ عليه السلام: يَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فِي الْحَرَمِ صَاحِرًا؛ إِنَّهُ لَمْ يَزَلْ لِلْحَرَمِ حُرْمَةً وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿فَمَنْ

اَعْتَدِي عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدِي عَلَيْكُمْ ﴿٤﴾، فَقَالَ ﷺ: هَذَا هُوَ فِي الْحَرَمِ. فَقَالَ: فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ؛

معاویة بن عمار می گوید: از امام صادق علیه السلام درباره شخصی پرسیدم که شخص دیگری را در جلّ کشته است، سپس وارد حرم شده است. حضرت علیه السلام فرمود: کشته نمی شود و طعام داده نمی شود و سیراب نمی شود و با او خرید و فروش نمی شود و پناه داده نمی شود تا اینکه از حرم خارج شود؛ آنگاه بر او حد اقامه می شود. راوی می گوید: به امام علیه السلام عرض کردم: درباره شخصی که در حرم مرتکب قتل یا سرقت شده است چه می فرمایید؟ حضرت علیه السلام فرمود: در حرم به نحو ذلیلانه بر او حد جاری می شود؛ زیرا او حرمت حرم را نگه نداشته و خداوند سبحان فرموده: "هرکس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید!" آنگاه حضرت علیه السلام فرمود: "این آیه مربوط به حرم است." سپس این آیه را تلاوت فرمود: "تعدی جز بر ستمکاران روا نیست" (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۴، ص ۲۲۸-۲۲۷).

۸۳



این روایت شریف درباره جنگ و جهاد نیست و به قتل و سرقت در حرم امن الهی ارتباط دارد؛ با این وصف، امام علیه السلام با استفاده از عمومیت آیه شریفه اعتداء، درباره قاتل و سارق به اجرای حد در حرم الهی - آن هم به نحو ذلیلانه - حکم نمودند. حرم برای کسی حصن حصین خداست که حرمت آن را حفظ کند، اما تحصن کسی که حرمت شکنی کند و در آن به قتل و سرقت اقدام کند، بی اثر است و احترامی ندارد.

یکی از قرآن پژوهان معاصر در این باره می گوید: آنچه از منابع وحی و رسالت با شأن بیان احکام الهی و تکالیف بندگان صادر می شود، به مورد خاصی اختصاص ندارد، و شرع مقدس فقط برای معالجه حوادث معاصر زمان خود نیامده، بلکه برای جمیع اعصار و ازمنه و افراد تشریح شده است. بله، البته، مواردی هم مشاهده می شود که بعضی خطابات به افراد و گروه های خاص مربوط است و به نحو قضیه خارجییه صادر شده که در این صورت لفظ آن عمومیت ندارد، ولی ملاک آن در صورت احراز یقینی، عمومیت دارد.

مانند آیات ۱۷۲ و ۱۷۳ سوره آل عمران یا آیات ۶ و ۷ سوره بقره (معرفت، ۱۴۲۸ق: ج ۱، ص ۲۶۳-۲۶۱).

ب. صورت کامل روایت نبوی «من حَرَّقَ حَرْقَنَاهُ، وَ مِنْ غَرَّقَ غَرْقَنَاهُ» این گونه نقل شده است:

وَرُوِّبْنَا عَنْ بِشْرِ بْنِ حَازِمٍ، عَنْ عِمْرَانَ بْنِ يَزِيدَ بْنِ الْبَرَاءِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ عَرَّضَ عَرَضَنَا لَهُ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرْقَنَاهُ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَّقَنَاهُ» (البيهقي، ۱۴۲۴ق: ج ۸، ص ۷۹).

نخست اینکه، این روایت از مصادر اهل سنت نقل شده، و دوم، ضعفِ سندِ دارد. ابن حجر عسقلانی دربارهٔ سند این حدیث می‌گوید: «وَفِي إِسْنَادِهِ مَنْ لَا يَعْرِفُ» (العسقلانی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۶۶). به اعتقاد مرحوم صاحب جواهر نیز این حدیث ضعیف است و جابری ندارد و با دیگر نصوص (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۱۲۶، باب ۶۲) معارض است (صاحب جواهر، بی‌تا: ج ۴۲، ص ۲۹۸).

ج. دلیل سوم روایت نبوی «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ بِالْحِجَارَةِ، فَأَمَرَ ﷺ فَرَضَخَ رَأْسَهُ بِالْحِجَارَةِ» بود. طبق یک نقل، کامل این روایت این چنین است:

حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ: حَدَّثَنَا وَكَيْعٌ، عَنْ هَمَّامِ بْنِ يَحْيَى، عَنْ فَتَادَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ امْرَأَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ فَقَتَلَهَا فَرَضَخَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَأْسَهُ بَيْنَ حَجْرَيْنِ» (ابن ماجه، بی‌تا: ج ۲، ص ۸۸۹).

نخستین نکته اینکه این روایت هم از منابع اهل سنت نقل شده است؛ دوم، به تعبیر صاحب جواهر، «قضیه فی واقعه» و دربارهٔ یک یهودی است (بی‌تا: ج ۴۲، ص ۲۹۸)؛ سوم، با اخبار روایت شده از امامان ما علیهم‌السلام مبنی بر محدودیت در شیوهٔ قصاص منافات دارد که به بعضی از آنها در قسمت «نظر برگزیده» اشاره می‌شود.

د. دلیل چهارم آن بود که «مقصود از قصاص، تشفی دل بازماندگان مقتول است و این کامل نمی‌شود مگر آنکه قاتل، همان گونه که مقتول را کشته، کشته شود».

این دلیل استحسانی است. هرگاه دلیل استحسانی به مستقلات عقلیه، مانند حُسن عدل و قبح ظلم، یا به دلیل شرعی استناد یابد، حجت است؛ زیرا در واقع، فتوا به دلیل داده شده، نه به مجرد استحسان. اما هرگاه دلیل به مجرد استحسانِ طبع و فکر استناد یابد، و اینکه حکم شرعی اگر چنین و چنان باشد بهتر است، این تشریح باطل و حرام است، و افتا به آن چیزی داده شده که دلیل شرعی بر آن اقامه نشده است (سبحانی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۷۹).

عقل ما ابتدائاً و استقلالاً بدون ترتیب ملازمهٔ عقلیه و بدون رسیدن نصی از شارع نمی‌تواند ملاکات احکام شرعیه و خود احکام را بفهمد؛ چون احکام شرعیه توقیفی است و وضع آن باید از ناحیهٔ جاعلش روشن شود و عقل تنها - چه عقل بدیهی و چه عقل نظری - توانایی درک احکام و ملاکات آن را ندارد. اگر عقل می‌توانست ملاکات احکام شرعیه، یعنی مصالح و مفاسد را دریابد، دیگر به بعثت انبیا و نصب ائمه علیهم‌السلام نیازی نبود؛ بلکه هر عاقلی به مقتضای عقل خودش، حکم را می‌فهمید و هر مجتهدی برای خود یک پیامبر یا امام بود (مظفر، ۱۴۳۰ق: ج ۳، ص ۲۰۷-۲۰۸).

۳. نظر برگزیده

نظر برگزیده آن است که برای بررسی کامل مسئلهٔ مقابله‌به‌مثل از طریق حرام و دست‌یابی به مصادیق آن، باید عنوان اولی و ثانوی را در آنها لحاظ نمود؛ زیرا با عروض هریک از این عناوین، حکم آنها نیز فرق می‌کند. در ادامه، هریک از این دو مقام بررسی می‌شود.

۳-۱. حکم مقابله‌به‌مثل با حفظ عناوین اولیه

به‌طور مسلم، مقابله‌به‌مثل از طریق حرام‌های فی‌نفسه و با عنوان اولی جایز نیست. با اینکه ذات و عنوان مقابله‌به‌مثل اقتضا دارد که پاسخ آن از سنخ عمل متجاوز باشد، ولی به چند دلیل، مقابله‌به‌مثل از طریق حرام‌های فی‌نفسه و با عنوان اولی جایز نیست. بعضی از این دلایل، عام و بعضی خاص‌اند:

۳-۱-۱. دلایل حرمت مقابله به مثل از طریق حرام

الف. ادله مربوط به حرمت ذاتی محرمانی مانند زنا (فرقان: ۶۸ و ۶۹؛ اسراء: ۳۲؛ حر عاملی، همان: ج ۲۰، ص ۳۰۷)، لواط (اعراف: ۸۰ و ۸۱؛ عنکبوت: ۲۸ و ۲۹؛ حر عاملی، همان: ص ۳۲۹)، قذف (نور: ۴ و ۲۳؛ حر عاملی، همان: ج ۲۸، ص ۱۷۳)، سحر (بقره: ۱۰۲؛ حر عاملی، همان: ج ۱۷، ص ۱۴۵)، مُثله نمودن (حر عاملی، همان: ج ۱۵، ص ۵۹)، و محرمان دیگری که مطلقاً اند و همه حالات، حتی حالت مقابله به مثل را نیز دربر می گیرند (البته، استثنائاتی درباره بعضی محرمان وجود دارد که مربوط به عنوان اولی آنها نیست).

برای نمونه، محقق عراقی درباره مُثله کردن می فرماید:

«مُثله کردن کفار، یعنی بریدن بینی و گوش آنان جایز نیست؛ زیرا رسول خدا ﷺ [از آن] نهی کرد و فرمود: مُثله جایز نیست، حتی اگر نسبت به سگ گازگیرنده باشد. اطلاق روایت می رساند که در هیچ شرایطی جایز نیست: زمان جنگ باشد یا پس از آن، قبل از کشتن باشد یا بعدش، با مسلمانان چنین کرده باشند یا نکرده باشند» (عراقی، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۴۰۸).

ب. در ذیل آیه شریفه اعتداء به تقوای الهی امر شده است: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (بقره: ۱۹۴). علت سفارش به تقوا، پرهیز از طغیان و انحراف از مسیر عدالت، اعتدال، جلوگیری از اعتدا، تجاوز و انتقام گیری در امر قصاص و از جمله مقابله به مثل از طریق حرام است؛ زیرا روشن است که محرمان الهی، مانند قذف و لواط با تقوای الهی منافات دارد.

ج. ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (بقره: ۱۹۰): و در راه خدا، با کسانی که با شما می جنگند، نبرد کنید! و از حد تجاوز نکنید، که خدا تعدی کنندگان را دوست نمی دارد!»

هرچند این آیه شریفه درباره مقابله به مثل در جنگ و جهاد و مقاتله با دشمنان است، ولی «لا تعتدوا» مصادیق مختلفی دارد که قطعاً یکی از آنها مقابله به مثل از طریق حرام

است؛ زیرا خدای سبحان در کتاب شریفش، احکام الهی را حدود الهی برشمرده و کسانی را که از این حدود تعدی نمایند، ظالم شمرده و وعده آتش و عذاب مهین داده است (بقره: ۱۸۷، ۲۲۹، ۲۳۰؛ نساء: ۱۳ و ۱۴؛ مجادله: ۴؛ طلاق: ۱). علاوه بر اینکه، عدم محبوبیت در جمله «إِنَّ اللَّهَ لَا يَجِبُ الْمُعْتَدِينَ» بر مبعوضیت هر نوع اعتدا و از جمله مقابله به مثل از طریق حرام دلالت دارد. در نتیجه می توان گفت: اصل «لا تعتدوا» همواره حاکم بر اصل مقابله به مثل است.

شیخ طوسی می فرماید:

«در عبارت "لا تعتدوا" سه قول نقل شده است: ۱. به سبب جنگ با کسانی که به پیکار با آنها امر نشده‌اید، دچار تعدی و تجاوز نشوید؛ ۲. به زنان، بچه‌ها و هرکس که به او امان داده‌اید، تعدی و تجاوز نکنید؛ ۳. به سبب قتال برخلاف دستورات دینی، دچار تعدی نشوید». (شیخ طوسی، بی تا: ج ۲، ص ۱۴۳).

مرحوم اردبیلی نیز در پایان بحث از این آیه می فرماید:

«... بعید نیست که آیه شریفه، حرمت تعدی در اخذ مال و نفس و عدم جواز مقاتله با کسانی که اراده جنگ ندارند و میدان جنگ را ترک نموده و فرار کرده‌اند و دیگر موارد ذکر شده در کتب فقهی را نیز شامل شود». (اردبیلی، بی تا: ص ۳۰۷).

مرحوم سبزواری معتقد است:

«اطلاق آیه شریفه، اقتضای نهی از هرگونه اعتدا و تجاوز دارد: چه کوچک چه بزرگ، خواه در آغاز کردن قتال باشد یا در تجاوز، در (نحوه و مقدار) کشتن یا در مکان قتل، و خواه در نفس باشد یا در مال یا در آبرو یا در ادب در کلام یا در فعل و غیر این موارد که در سنت شریف وارد شده است». (سبزواری، ۱۴۰۹ق: ج ۳، ص ۱۳۰).



۳-۱-۲. اقسام محرمات با حفظ عنوان اولی

در یک تقسیم‌بندی، محرمات فی نفسه را با حفظ عنوان اولی‌شان، در دو گروه می‌توان سامان داد:

گروه نخست: محرماتی مانند زنا، شکستن استخوان، ناسزاگویی به منسوبان طرف مقابل. مواردی مانند «ابن المجنون» در روایت ابومخلد سراج و مشابه آن، موضوعاً از مقابله‌به‌مثل خارج‌اند؛ زیرا در هریک از این موارد، با اقدام مقابل، «تقابل بالمثل» رخ نمی‌دهد. در زنا و ناسزاگویی به منسوبان، پای شخص ثالثی جز متجاوز به‌میان می‌آید و در شکستن استخوان، امکان تحقق مثل، به‌طور دقیق وجود ندارد.

گروه دوم: محرماتی همچون لواط، قذف، سحر، غیبت و تهمت (با این فرض که فقط شخص متجاوز، مورد‌نظر باشد و نه اطرافیان وی) در موضوع مقابله‌به‌مثل می‌گنجد؛ اما با توجه به ادله و اسناد ناظر به عناوین یادشده، مشمول حکم جواز مقابله از جانب شخص مورد تجاوز نمی‌شوند. مجازات در این موارد تنها برعهده خداوند است؛ البته، گاه با تعزیر یا اجرای حدود الهی توسط حاکم شرع نیز همراه‌اند.

۳-۲. حکم مقابله‌به‌مثل در صورت عروض عناوین ثانویه

۳-۲-۱. عروض عناوین ثانویه بر مصادیقی از مقابله‌به‌مثل که فی نفسه حرام‌اند

بعضی از مصادیق مقابله‌به‌مثل فی نفسه حرام‌اند، اما با عروض عناوین ثانویه‌ای مانند اضطرار، ضرورت و مصلحت‌اقوی، حلیت پیدا کرده و جایز می‌شوند؛ زیرا عناوین ثانویه بر عناوین اولیه حاکم‌اند و عارض شدن عناوین ثانویه بر موضوعی، حکم آن را تغییر می‌دهد، همانند وضویی که مستلزم ضرر فوق‌العاده یا مرض باشد که حکم اولیه آن را تغییر می‌دهد. برای نمونه:

«قتل نفس محترمه» فی نفسه حرام است؛ چه خارج از فضای مقابله‌به‌مثل و چه داخل در این فضا (قاتل اگر قصاص می‌شود، قتل نفس غیرمحترمه است، نه محترمه).

باوجود این، اگر در مواردی مانند جنگ و جهاد، و دفاع از خود و میهن، ضرورت و مصلحت حفظ نظام اسلامی ایجاب نمود، این عمل حکم جواز می‌یابد. در هنگام جهاد و مقابله به‌مثل با دشمن، کشتن غیرنظامیان و کسانی که در جنگ دخالت ندارند جایز نیست، ولی اگر مقابله با دشمن راهی جز این نداشت و فتح و پیروزی بر کشتن آنها متوقف بود، نه تنها کشته شدن غیرنظامیان دشمن، بلکه کشتن نظامیان مسلمان که به‌عنوان سپر دفاعی از آنها استفاده شده، در حد ضرورت جایز می‌شود.

محقق حلی در شرایع می‌فرماید:

«و لا يجوز قتل المجانين و لا الصبيان و لا النساء منهم و لو عاونهم إلا مع الاضطرار... و لو تترسوا بالنساء أو الصبيان منهم كف عنهم إلا في حال التحام الحرب و كذا لو تترسوا بالأسارى من المسلمين و إن قتل الأسير إذا لم يمكن جهادهم إلا كذلك و لا يلزم القاتل دية و يلزمه كفارة و في الأخبار و لا الكفارة: كشتن دیوانه‌ها، کودکان و زنان کفار، هرچند به جنگجویان کمک کنند، جایز نیست؛ مگر در صورت اضطرار... و اگر دشمن، زنان و کودکان خود را سپر دفاعی قرار دهند، به آنها حمله نمی‌شود؛ مگر در حال شدت جنگ و کشته شدن، و همچنین، اگر اسیران مسلمان را سپر دفاعی خود قرار دهند، هرگاه جهاد با کفار ممکن نباشد جز به قتل آنها، کشتن آنان هم جایز است و بر قاتل دیه لازم نمی‌آید، ولی کفاره باید بدهد و در اخبار است که کفاره هم لازم نیست».

(محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۲۸۳)

صاحب جواهر در تفسیر «ضرورت» می‌فرماید:

«مراد از ضرورت آن است که کفار اینها را سپر دفاعی خود قرار دهند یا اینکه فتح و پیروزی بر کشتن اینها متوقف باشد و مانند این موارد».

(صاحب جواهر، بی‌تا: ج ۲۱، ص ۷۴).



حتی در موارد ضرورت، «استفاده از الفاء سم در بلاد کفار» نیز جایز می‌شود؛ با اینکه در مورد آن، نهی صریحی وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۵، ص ۶۲، باب ۱۶، ح ۱).

صاحب جواهر در ذیل کلام محقق حلی که فرموده است: «و یحرم بإلقاء السم و قیل یکره و هو أشبه فإن لم یمكن الفتح إلا به جاز» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۲۸۳)، ابتدا تبارشناسی مفصلی کرده و در این راستا، نظریه «حرمت استفاده از سم» را با قید «عدم اضطرار» یا «توقف پیروزی بر آن»، به تعدادی از فقیهان نسبت داده و به روایت سکونی استناد می‌کند. سپس قول به «کراهت» را که به تعدادی از فقیهان و از جمله، محقق حلی استناد دارد مطرح می‌نماید؛ هرچند از دیدگاه برخی از آنها، که ضعف سندی روایت سکونی را دلیل بر حکم به کراهت می‌دانند، انتقاد می‌کند. وی، در ادامه، قول به حرمت را به دلیل استلزام غالبی آن بر قتل اطفال و زنان و پیران و همه کسانی که قتل آنها حرمت دارد، تقویت می‌نماید؛ ولی بلافاصله، اختصاص استفاده از سم را به کفاری که کشتن آنها به انواع قتل جایز است، بدون اشکال می‌داند، بلکه بالاتر از این می‌فرماید: «اگر فتح و پیروزی متوقف بر استفاده از سم باشد، حتی درباره گروه اول (اطفال و زنان و پیران) هم، به دلیل ضرورت، جایز است و کراهت ندارد. وی، در پایان، با عنایت به مطالب مطرح شده، قول کسانی را که استفاده از سم را (حتی در صورت منجر شدن به قتل نفس محترمه و عدم توقف پیروزی بر آن) جایز می‌دانند، دارای ضعف واضح اعلام می‌کند (صاحب جواهر، بی تا: ج ۲۱، ص ۶۸-۶۷).

حاصل آنکه، اگر ضرورت و مصلحت ایجاب نمود، قتل نفس محترمه در مقام مقابله به مثل جایز می‌شود. بر همین اساس، امام خمینی علیه السلام به عنوان حاکم شرع مبسوط‌الید، با تشخیص مصلحت و ضرورت جلوگیری از تجاوزهای عراق به شهرهای ایران، مقابله به مثل ایران با عراق در جنگ شهرها را جایز دانست؛ هرچند احتمالاً احتمال داشت که نفس محترمه‌ای در این میان به قتل برسد.

در طول جنگ تحمیلی، ارتش عراق بارها به شهرهای ایران حمله نمود. از این رو، امام خمینی علیه السلام ضمن تأکید بر حفظ جان مردم مسلمان عراق، به منظور جلوگیری از حملات

عراق، دستور داد پیش از هرگونه شلیک موشک، مردم غیرنظامی شهرهای عراق را از موضوع آگاه کنند و فقط اهداف نظامی و دفاعی عراق را مورد هدف قرار دهند. به این ترتیب، در ساعت ۲:۴۰ بامداد بیستم اسفندماه سال ۱۳۶۳، اولین موشک دوربرد ایران به شهر کرکوک اصابت کرد. حمله موشکی به فاصله ۱۰ دقیقه پس از حملات هوایی عراق انجام شد. در طول سال‌های دفاع مقدس، ۲۲ شهر عراق هدف حملات متقابل ایران قرار گرفت (خامه‌یار، بی‌تا: ص ۱۲۵).

۳-۲-۲. عروض عناوین ثانویه بر مصادیقی از مقابله به مثل که فی نفسه حرام نیستند

بعضی از مصادیق مقابله به مثل، فی نفسه حرام نبوده و جایزند؛ اما عروض عناوین ثانویه بر آنان، حکمشان را تغییر می‌دهد. برای نمونه، اگر مقابله به مثل، به‌دلیلی، موجب وهن دین یا مذهب یا تنفیر مردم از دین گردد یا برخلاف مصلحت باشد یا موجب هرج و مرج و اخلال در نظام شود، حرمت پیدا می‌کند.

۱. مثلاً اگر به شخصیتی که در جامعه صاحب عنوان است (مانند مرجع تقلید یا یکی از مسئولان نظام) اهانتی شود که فی نفسه حرام نباشد (مثلاً قذف یا لفظ رکیکی نباشد که نفس تکلم به آن حرام است)، در اینجا آن مرجع و مسئول، به‌دلیل ادله جواز مقابله به مثل، می‌تواند پاسخ دهد. حال اگر پاسخ دادن او، به‌جهت جایگاهش، نوعی وهن به دین یا مذهب یا تنفیر مردم از دین یا اخلال به نظام شود، در اینجا نمی‌تواند مقابله به مثل کند و در صورت مقابله به مثل، مرتکب کار حرامی شده است. دلیل حرمت نیز همان دلیل حرمت این عناوین است.

۲. کلام محقق اردبیلی و کاظمی بر دلالت آیات شریفه «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَ...» (بقره: ۱۹۴)، «وَلَمَنْ اِنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ...» (شوری: ۴۱) و «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...» (شوری: ۴۰) بر مقابله به مثل نقل شد. در ذیل فرمایش ایشان آمده: «همچنین، این آیات دلالت می‌کنند بر جواز آنچه که بیان گردید؛ بدون اینکه به اذن حاکم و اثبات جرم نزد وی و شهود و امثال آن مقید باشد (اردبیلی، بی‌تا: ص ۳۱۰ و ۶۸۰؛ کاظمی فاضل، بی‌تا: ج ۲، ص ۳۲۵).



در تحلیل نظر فقهی این دو محقق باید گفت:

بی‌گمان، اکتفا به فهم واژگان به‌کاررفته در این آیات و توقف در آن، اندیشه آنها را ثابت می‌کند؛ ولی با توجه به مقاصد شریعت و اهمیتی که شارع مقدس به حفظ نظام انسان‌ها و سلامت و امنیت اجتماع دارد، و با توجه به مفاسدی که واگذاری امر قصاص و مقابله‌به‌مثل به توده مردم، بدون مراجعه به محاکم صالحه دارد، آیا می‌توان به نظر ایشان رضایت و آن را به شارع مقدس نسبت داد؟ آیا با توجه به آن مصلحت و این مفسده، اطلاقی یا عمومی برای این نصوص قرآنی در این مورد منعقد می‌گردد؟

۳-۲-۳. تذکر

الف. احکام ثانویه موقتی‌اند، نه دائمی؛ برخلاف احکام اولیه که دائمی و ثابت‌اند. این سخن به این معناست که اگر عنوان ثانوی‌ای مرتفع گردید، حکم آن نیز خودبه‌خود منتفی خواهد شد؛ زیرا طبق مصلحتی موقت، جعل و تشریح شده و بنابراین، در بازه زمانی خاصی مؤثر خواهد بود، نه به‌صورت دائم. برای نمونه، اگر وضو برای کسی ضرر داشت، وجوب آن مرتفع شده و تکلیف او مبدل به تیمم می‌شود؛ ولی مادامی که ضرر باقی است. اگر ضرر مرتفع شد، حکم تیمم نیز مرتفع می‌گردد.

ب. عناوین ثانویه گاهی فردی‌اند و گاهی اجتماعی و عمومی. به همین جهت، تشخیص آنها در امور فردی برعهده خود مکلف و در اموری که مربوط به جامعه و اجتماع است، در زمان حضور امام علیه السلام برعهده وی یا نائیش و در زمان غیبت، برعهده ولی فقیه جامع‌الشرایط و مبسوط‌الید یا نهادی است که از سوی وی منصوب شده است. استفاده از کارشناسان نیز برای احراز موضوعات، نقش اماره شرعی دارد.

۴. جایگزین‌ها

تا اینجا روشن شد که هرچند مقابله‌به‌مثل، حقی عقلی و شرعی برای صاحب حق است، اما وجود اسناد و ادله‌ای ازسوی شارع مقدس درباره اجرای مقابله‌به‌مثل به شیوه حرام، این حق را محدود کرده و به وی امکان مقابله مطلق را نمی‌دهند. در این صورت، این

پرسش پیش می‌آید که پس حق تجاوز دیده چگونه باید استیفا شود؟ به عبارت دیگر، راه‌های جایگزین برای رسیدن ذی‌حق به حق خود چیست؟

راه‌های جایگزین برای استیفای حق تجاوز دیده، راه‌هایی است که خود شرع مقدس معرفی فرموده و در ضمن فرمایش‌های بزرگان به آنها اشاره شد. برای نمونه:

۴-۱. مقابله به شیوه حلال

در مقابله به مثل در سب، هرگاه متجاوز از الفاظی که نفس تلفظ به آنها حرام است استفاده نماید، تجاوز دیده می‌تواند از الفاظ دیگری که حرام و معصیت نیست استفاده نماید. مثلاً اگر متجاوز از الفاظ قذف، مانند «ای زناکار!» استفاده کرد، قصاص وی این است که به او گفته شود: «ای دروغگو!»، «ای بی‌حیا!»، «ای بی‌آبرو!» و مانند آن.

از تعریف قذف در متن فهمیده می‌شود که به هر نسبت دادن یا تهمت زدن یا ناسزا گفتنی قذف گفته نمی‌شود. مثلاً اگر متجاوز بگوید: «ای احمق!» یا «ای دیوانه!» یا «ای سفیه!»، مرتکب قذف نشده و طرف مقابل هم می‌تواند مانند اینها را بگوید؛ اما اگر بگوید: «ای زانی!» یا نسبت‌های دیگری را به زبان بیاورد که قذف محسوب می‌شوند، طرف مقابل نمی‌تواند مقابله به مثل بکند. اگر مقابله به مثل کرد، از طریق حرام مقابله کرده و تعزیر می‌شود، ولی حد نمی‌خورد. اولی هم حد نمی‌خورد، زیرا دومی پاسخ داده است؛ ولی اگر فقط قاذف کند و مقذوف سکوت کند، قاذف هشتاد ضربه حد می‌خورد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۷۲۲ و ۷۲۸).

در بحث قصاص نفس، اگر قتل با استفاده از شیوه‌های حرام، مانند سحر، لواط، خوراندن شراب و غرق کردن صورت گیرد، نظر مشهور فقیهان امامیه آن است که قصاص با شمشیر صورت گیرد.

شهیید ثانی می‌فرماید:

«در قصاص نفس، متعین است که استیفای حق با گردن زدن به وسیله شمشیر انجام شود؛ خواه جنایت جانی به این وسیله انجام شده باشد یا به

غیر آن: از غرق کردن و سوزاندن و سنگ زدن و غیر اینها، و این نظر بیشتر اصحاب امامیه است؛ زیرا مقصود از قصاص، ازهاق روح است که با گردن زدن به وسیله شمشیر نیز انجام می‌شود و زیادتز از آن، مثله محسوب می‌شود که از آن نهی شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ص ۱۲۸-۱۲۷) «(شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۲۳۵).

امام خمینی علیه السلام استفاده از وسایلی آسان‌تر از شمشیر را نیز بعید نمی‌داند:

«[اگر] استیفا در نفس و عضو، با وسیله کُند و آن چیزی باشد که موجب تعذیب زاید بر آنچه با شمشیر زده شده، جایز نیست؛ مثل اینکه با اژه و مانند آن قطع نماید. اگر [چنین کاری را] انجام دهد گناه کرده است و تعزیر می‌شود، ولی چیزی بر او بار نمی‌شود و قصاص نمی‌گردد؛ مگر با شمشیر و مانند آن، و بعید نیست با آنچه که آسان‌تر از شمشیر باشد، جایز باشد؛ مانند زدن گلوله بر مغز و بلکه متصل نمودن به نیروی برق، و اگر به وسیله شمشیر است، بر زدن گردنش اکتفا نماید؛ هرچند جنایت او به جز این باشد، مانند غرق کردن یا سوزاندن یا به کوبیدن سنگ، و مثله کردن او جایز نیست». (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۳۶-۵۳۵).

مواردی نیز مانند آنجا که مقتول به وسیله بول یا شیء نجس کشته شود، مایع دیگری، مانند آب یا سرکه یا چیز تلخی به قاتل می‌خورانند تا بمیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۲۳۶-۲۳۵).

اگر کسی خانه شخصی را آتش زد، نمی‌توان در مقابل، خانه او را آتش زد؛ بلکه باید از راه‌های دیگری، مانند گرفتن معادل قیمت خانه، مقابله نمود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۳۳).

۲-۴. استفاده از حد، تعزیر، دیه، ارش و مانند آن

در مسیر جلب برخی مصالح و دفع بعضی مفساد، گاه اجازه تأدیه حقوق فردی به‌دست

خود شخص داده شده و گاه با شیوه‌ای جز مجازات و مقابله شخصی، مانند استفاده از حدود، تعزیرات، دیات و ارش، حقوق ضایع‌شدهٔ افراد تأدیه می‌شود. اگر متجاوز از ابزار حرامی، مانند سحر و زنا و لواط و سوزاندن استفاده کرد، صاحب حق می‌تواند با اجرای حدود، تعزیرات، دیات، ارش و...، که در شرع مقدس برای این اعمال وارد شده، حق خود را استیفا نماید.

گفتنی است حرمت عمل متجاوز که در مقابله‌به‌مثل از آن سخن گفته می‌شود، افزون بر تعدی به حریم شخصی افراد، تجاوز به حدود الهی نیز هست؛ از این جهت، جواز مجازات به‌دست اشخاص، هرگز به‌معنای دفع یا رفع مجازات الهی نیست؛ برای نمونه، در «دزدی»، افزون بر تقاص مال دزدیده‌شده، حد، در صورت تحقق شرایط آن، یا تعزیر نیز جاری می‌شود (علیدوست، ۱۳۹۵: ص ۹۲).

نتیجه‌گیری

دستاوردهای این تحقیق عبارت‌اند از:

۱. قاعدهٔ مقابله‌به‌مثل از قواعد فقهی است و ادلهٔ مقابله‌به‌مثل بر جواز و بر عمومیت این قاعده دلالت دارند؛ ولی این عمومیت توسط ادلهٔ دیگری، مانند ادلهٔ دال بر ممنوعیت مقابله‌به‌مثل از طریق حرام، تخصیص خورده و صاحب حق را با محدودیت‌هایی از ناحیهٔ شرع مقدس روبه‌رو می‌کند.

۲. منظور از حرام در این نوشتار، هم حرام‌هایی است که خارج از فضای مقابله‌به‌مثل و فی‌نفسه نیز حرام‌اند (مانند قذف و لواط) و هم حرام‌هایی است که با عروض عناوین ثانویه حرام می‌شوند (مانند سبّ جایزی که به‌موجب وهن دین، غیرجایز می‌شود). در هر دو صورت، مقابله‌به‌مثل از این راه‌ها حرام است.

۳. محرمانه‌ای که بر اثر عروض عناوین ثانویه، حلیت می‌یابند، مانند قتل نفس محترمه در جنگ در صورت ضرورت، در مقام مقابله‌به‌مثل جایزند.

۴. جواز مقابله‌به‌مثل در مصادیق مقابله‌به‌مثل، مانند سبّ و قصاص، به‌طور مطلق



نبوده و ادله ذکر شده از جانب بعضی از فقیهان مبنی بر اطلاق، قابل خدشه است.

۵. راه‌های جایگزین برای استیفای حق تجاوز دیده عبارت‌اند از: مقابله به شیوه حلال، استفاده از حد، تعزیر، دیه، ارش و... نسبت به متجاوز.

۶. رعایت نشدن شرط مثلثیت در موارد بند پیشین، به سبب آن است که ادله حرمت محرمات بر ادله جواز مقابله به مثل حاکم‌اند و مقابله به مثل از طریق حرام، نوعی اعتداست که از آن نهی شده است.

۷. بعضی از حرام‌ها مانند زنا، یا سب به منسوبان متجاوز، اصولاً از موضوع مقابله به مثل خارج‌اند؛ زیرا تقابل بالمثل در آنها رخ نمی‌دهد و پای شخص ثالثی به جز متجاوز به میان می‌آید. با وجود این، محرماتی همچون لواط، قذف، سحر، غیبت و تهمت با این فرض که تنها شخص متجاوز مورد نظر باشد و نه اطرافیان وی، در موضوع مقابله به مثل می‌گنجد؛ ولی با توجه به ادله و اسناد ناظر به عناوین یاد شده، مشمول حکم جواز مقابله از جانب شخص مورد تجاوز نمی‌شوند.

کتابنامه

* قرآن کریم.

۱. ابن العربی، محمد بن عبداللہ بن ابوبکر (بی تا)، احکام القرآن، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر.
۲. ابن ماجہ (بی تا)، سنن ابن ماجہ، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، قاہرہ، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عیسی البابی الحلبي.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، تحقیق احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چاپ سوم.
۴. ابوالفتوح رازی، حسین بن علی (۱۴۰۸ق)، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن، تحقیق محمد جعفر یاحقی و محمد مهدی ناصح، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، زبدة البیان فی احکام القرآن، تحقیق و تصحیح محمد باقر بهبودی، تهران، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ نخست.
۶. البیهقی، أبوبکر (۱۴۲۴ق)، السنن الكبرى، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، بیروت، دار الکتب العلمية، چاپ سوم.
۷. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۶ق)، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم.
۸. ترابی، علی اکبر (۱۴۱۹ق)، الموسوعة الرجالية الميسرة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ سوم.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیہم السلام، قم، مؤسسه آل البيت علیہم السلام، چاپ نخست.
۱۰. خامه یار، محمد (بی تا)، اولین های دفاع مقدس، بی جا، پارس اندیش.
۱۱. خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ نخست.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، معجم رجال الحديث، قم، مرکز نشر آثار شیعه.
۱۳. _____ (۱۳۷۸)، مصباح الفقاهة، تقریرات میرزا محمد علی توحیدی، تحقیق مؤسسه نشر الفقاهه، قم، نشر الفقاهه، چاپ نخست.

۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۸)، الوسيط فی اصول الفقه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ چهارم.
۱۵. سبزواری، سیدعبدالأعلى (۱۴۰۹ق)، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم.
۱۶. _____ (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، تحقیق و تصحیح مؤسسه المنار، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله، چاپ چهارم.
۱۷. شریف الرضی، محمدبن حسین (۱۴۱۴ق)، نهج البلاغة، تحقیق و تصحیح صبحی صالح، قم، هجرت، چاپ نخست.
۱۸. شهید ثانی (زین الدین بن علی) (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، تحقیق و تصحیح گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۱۹. شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۲۰. _____ (۱۴۲۷ق)، رجال الشیخ الطوسی، تحقیق و تصحیح جواد قیومی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم.
۲۱. _____ (بی تا)، التبیان فی تفسیر القرآن؛ مقدمه شیخ آغا بزرگ تهرانی، تحقیق احمد قصیرعاملی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۲. _____ (بی تا)، الفهرست، نجف اشرف، المكتبة الرضویة، چاپ نخست.
۲۳. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۴. عراقی، آقا ضیاء الدین (۱۴۱۴ق)، شرح تبصرة المتعلمین، تحقیق و تصحیح محمد حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۲۵. العسقلانی، ابن حجر (بی تا)، الدراية فی تخريج أحادیث الهدایة، تحقیق السید عبدالله هاشم الیمانی المدنی، بیروت، دار المعرفة.
۲۶. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، تحقیق و تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.

۲۷. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۴)، «قلمرو قاعده مقابل به مثل از منظر قرآن کریم»، دوفصلنامه رواق فقه، ش ۱.

۲۸. فخر رازی، محمد بن عمر (۱۴۲۰ق)، مفاتیح الغیب (التفسیر الکبیر)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم.

۲۹. کاظمی فاضل، جواد بن سعد اسدی (بی تا)، مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام، بی جا، بی نا.

۳۰. کشی، محمد بن عمر (۱۳۴۸)، رجال الکشی - اختیار معرفة الرجال، تحقیق حسن مصطفوی، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.

۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، کافی، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.

۳۲. مجلسی اول، محمد تقی (۱۴۰۶ق)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، تحقیق و تصحیح سید حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهاردی و سید فضل الله طباطبائی، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم.

۳۳. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول ﷺ، تحقیق و تصحیح سید هاشم رسولی، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ دوم.

۳۴. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق عبدالحسین بقال، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.

۳۵. مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق)، أصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، چاپ پنجم.

۳۶. معرفت، محمد هادی (۱۴۲۸ق)، التمهید فی علوم القرآن، قم، مؤسسه فرهنگی - انتشاراتی التمهید.

۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ نخست.

۳۸. نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ق)، رجال النجاشی (فهرست أسماء مصنفی الشيعة)، تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



نقدی بر ماده ۶۶۵ قانون مجازات اسلام (دیه بیضه)

روح الله اکرمی*

چکیده

فقیهان امامیه بر ثبوت دیه کامل در ازبین رفتن هر دو بیضه اجماع دارند. باوجود این، چگونگی توزیع دیه میان دو بیضه محل اختلاف است. مشهور فقیهان، مستند به عمومات ناظر بر تنصیف دیه در اعضای زوج و برخی روایات خاص، به برابری دیه آنها قائل هستند؛ ولی دیگران به دلیل برخی اخبار که تکوین فرزند را از منافع بیضه چپ توصیف نموده‌اند، دیه بیشتری نسبت به بیضه راست در نظر گرفته‌اند. بررسی ادله از ضعف سندی و دلالتی احادیث ناظر بر قول اخیر حکایت دارد؛ همچنین، انتساب فرزندآوری به کارکرد بیضه چپ از نظر پزشکی ثابت نشده است.

باوجود این، قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۶۵، در راستای تطابق با فتوای امام خمینی علیه السلام، از دیدگاه غیرمشهور تبعیت نموده است. در نوشتار پیش رو ضمن کاوش در مستندات فقهی مسئله، ضعف مبنای قانون و اقتباس ناقص آن از فتوای امام علیه السلام کاویده شده است.

کلیدواژگان: دیه اعضای زوج، دیه بیضه، جنایت علیه تمامیت جسمانی، فقه امامیه، قانون مجازات اسلامی.

مقدمه

بنابر قواعد ناظر بر باب دیات، از بین بردن هر عضو دوتایی موجب ثبوت دیه کامل و از بین بردن یکی از آن دو مثبت نصف دیه است. بیضه‌ها نیز، به‌عنوان یکی از مصادیق اعضای زوج، مشمول همین قاعده‌اند؛ به‌گونه‌ای که قطع مجموع آنها دیه کامل دارد. این حکم اجماعی بوده و مستظهر بر روایات عام متضمن قاعده و برخی نصوص خاص است، مانند فراز «و البیضتین ألف دینار» در صحیحۀ یونس (کلینی، ۱۴۲۹ق: ص ۳۸۳-۳۸۴) یا کلام امام صادق علیه السلام در صحیحۀ حلبی مبنی بر «و فی البیضتین الدیة» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ص ۲۴۵).

باوجود این، فقیهان درباره شمول قاعده از جهت تنصیف دیه میان دو بیضه اختلاف نظر دارند. مشهور فقیهان بیضه را از شمول قاعده استثنا ننموده و همان حکم را جاری می‌دانند؛ اما برخی دیه بیضه چپ را بیش از دیه بیضه راست می‌دانند. قائلان به تفاوت در دیه از جهت مقدار دیه موضع یکسانی ندارند. به ترتیب در بیضه چپ و بیضه راست، عده‌ای دو سوم و یک سوم، برخی دو سوم و نصف، و بعضی دیه کامل و نصف دیه را ثابت می‌دانند. اختلاف مزبور ناشی از وجود اخبار معارض در این زمینه است. بعضی از آنها حکایت از آن دارند که تکوین فرزند از کارکردهای بیضه چپ است.

ماده ۶۶۵ قانون مجازات اسلامی از نظریه تثلیث دیه تبعیت نموده است؛ دیدگاهی که تتبع انجام گرفته در نوشتار پیش‌رو گویای ضعف مبانی آن است؛ علاوه بر این، شیوه انعکاس این نظریه در ماده نیز دقیق نبوده و ابهاماتی در پی دارد.

در این نوشتار تلاش می‌شود حکم دیه بیضه‌ها با توجه به منابع فقهی‌ای که مأخذ قانونگذار در وضع آن بوده، تحلیل شود. از این رو، نخست، موضوع را در فقه امامیه بررسی کرده‌ایم (بند اول)؛ سپس موضع نظام کیفری موضوعه کشورمان را نقد نموده‌ایم (بند دوم).

۱. نظرگاه فقه امامیه

به منظور بررسی فقهی مسئله، نخست، نظریات فقهی را تبیین کرده‌ایم؛ سپس مستندات و ادله آنها را مطرح نموده‌ایم؛ در پایان، دلایل مطرح شده را ارزیابی کرده‌ایم.

۱-۱. فتاوی‌های فقهی

استقصا در آرای فقیهان امامیه دربارهٔ دیهٔ از بین بردن بیضه گویای وجود پنج نظریه میان ایشان است.

۱-۱-۱. نظریه تنصیف دیه

مشهور فقیهان دیهٔ بیضه‌ها را برابر و برای هریک از آنها نصف دیه قائل اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ص ۱۵۲؛ همو، ۱۴۰۰ق: ص ۷۶۹؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ص ۴۱۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۵۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ص ۲۴۰؛ همو: ۱۴۱۱ق: ص ۲۰۲؛ همو، ۱۴۲۰ق: ص ۵۹۷؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۳۶؛ حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۷؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۳۸۹).

استنادات این نظریه عبارت‌اند از: اجماع و ظاهر روایات ثبوت دیهٔ کامل در دو بیضه که حسب اصل اقتضا دارد به صورت مساوی میان دو بیضه تقسیم شود^۱ (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۲؛ حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۰)؛ عموم صحیحهٔ هشام بن سالم و صدر صحیحهٔ ابن سنان در ثبوت نصف دیه در هریک از اعضای زوج؛ معتبرهٔ ظریف؛ مؤیداتی چون مرسلهٔ دعائم الاسلام و روایت جعفریات. این استنادات بعداً بررسی خواهند شد.

۱-۱-۲. نظریه ثبوت دوسوم دیه در بیضهٔ چپ و یک سوم دیه در بیضهٔ راست

بسیاری از فقیهان به ثبوت دوسوم و یک سوم دیه به ترتیب در بیضه‌های چپ و راست قائل‌اند (شیخ صدوق،^۲ ۱۴۱۸ق: ص ۲۹۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ب: ص ۲۵۹؛ سلار دیلمی،^۳ ۱۴۰۴ق: ص ۲۴۴؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق: ص ۴۵۱؛ ابن سعید حلی، ۱۳۹۴ق: ص ۱۴۴؛ علامه



حلی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۹۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۱؛ امام خمینی، ۱۳۷۹: ص ۵۸۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ص ۲۳۱؛ بهجت، ۱۴۲۶ق: ص ۵۴۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق ب: ص ۱۹۸؛ مشکینی، ۱۴۱۸ق: ص ۵۳۲؛ علوی گرگانی، ۱۴۲۶ق: ص ۵۲۰؛ گرامی قمی، ۱۳۹۰: ص ۶۴۱؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ص ۶۴۱).

علاوه بر ادعای اجماع بر این حکم، به ذیل صحیحۃ ابن سنان، مطابق نقل شیخ طوسی در تهذیب، در کنار مؤیداتی چون مرفوعه ابی یحیی واسطی و روایت فقه الرضا احتجاج شده و آن را مخصص عمومات وارده دانسته‌اند. دلیل چنین تفاوتی در دیه دو بیضه نیز در منافع متفاوت آنها بیان شده است؛ به این شرح که چون منی، که موجب شکل‌گیری فرزند می‌شود، در بیضه چپ ساخته می‌شود، دیه بیضه چپ بیش از دیه بیضه راست است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۹۹).

افزون بر این، برخی از قائلان دیدگاه مزبور حکم تثلیث دیه را در فرضی دانسته‌اند که دو بیضه یک‌باره قطع نشوند، اعم از آنکه در دو مرتبه به‌دست یک یا چند نفر از بین بروند؛ ولی در فرض از بین رفتن آنها به یک‌باره دیه کامل ثابت است (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ص ۲۳۱). تحدید نظریه تثلیث، به‌صورتی که بیضه‌ها در دو مرتبه قطع شوند، مستلزم این نتیجه خواهد بود که دیه آنها در قطع دفعی برابر است. این در حالی است که نصوص اطلاق دارند و از این جهت، فاقد هرگونه تفصیل‌اند.

۱-۱-۳. نظریه ثبوت دوسوم دیه در بیضه چپ و نصف دیه در بیضه راست

قاضی ابن‌براج طرابلسی معتقد است از بین بردن بیضه چپ دوسوم دیه و بیضه راست نصف دیه دارد (ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۴۸۱). برخی از معاصران این موضع را پذیرفته‌اند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۴۳) و عده‌ای آن را موافق احتیاط می‌دانند (خمینی، ۱۳۷۹: ص ۵۸۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق ب: ص ۱۹۸؛ سبحانی، ۱۳۹۱).

مبنای چنین نظری را باید در آن دانست که اقتضای قاعده ثبوت نصف دیه در هر یک از بیضه‌ها است؛ بنابراین، در احکام خلاف قاعده باید به قدر متیقن اکتفا نمود. از منظر قائلان به این دیدگاه نیز صرفاً دلیل قابل‌اتکابی که بتواند عمومات وارده را تخصیص بزند،

صحیحہ ابن سنان است. در این خبر بر تصیّف دیهٔ اعضای زوج تأکید شده و فقط دیهٔ بیضهٔ چپ استثنا گردیده است. پس در دیهٔ بیضهٔ راست باید وفق عمومات عمل نمود و نمی‌توان به استناد یک روایت غیر معتبر (مرفوعهٔ واسطی) از فتوای مشهور بر ثبوت نصف دیه در بیضهٔ راست چشم پوشید که مبتنی بر نصوص صحیح‌السند است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۴۳).

۱-۱-۴. نظریه ثبوت دیه کامل در بیضهٔ چپ و نصف دیه در بیضهٔ راست

علامه حلی در مختلف الشیعه از ابن جنید اسکافی نقل می‌کند که او معتقد به ثبوت دیهٔ کامل در قطع بیضهٔ چپ و نصف دیهٔ کامل در از بین بردن بیضهٔ راست است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۹۹).

به نظر برخی، مبنای فتوای ابن جنید مبنی بر ثبوت دیهٔ کامل در بیضهٔ چپ، وحدت منفعت تناسل در بدن است که از عملکرد این بیضه پدید می‌آید و با ازدست رفتن آن باید دیهٔ کامل ثابت شود، همانند مواردی که ضربه موجب تعذر امکان مقاربت یا انزال منی می‌شود (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق: ص ۳۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۳۶)؛ از این رو، وی اجتهاد در مقابل نص کرده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق: ص ۷۰؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ص ۶۴۱).

به نظر می‌رسد این استظهار پذیرفتنی نیست؛ زیرا ظاهراً ابن جنید، همانند مشهور فقیهان، روایت عام مبنی بر نصف بودن دیهٔ هر کدام از بیضه‌ها را پذیرفته و این قاعده را به استناد صحیحہ ابن سنان صرفاً در باب بیضهٔ چپ تخصیص زده است. با وجود این، چون حدیث اخیر به دو شکل متفاوت نقل شده است، ایشان موافق نقل شیخ کلینی در کتاب کافی حکم داده‌اند که مشعر بر ثبوت دیهٔ کامل در بیضهٔ چپ است.

۱-۱-۵. نظریه تفصیل

شهید اول در غایة المراد از قطب‌الدین راوندی نقل می‌کند که او میان افراد سال خوردهٔ ناتوان جنسی و افراد جوان قائل به تفصیل شده است: در دستهٔ نخست بر ثبوت نصف

دیه در هرکدام از بیضه‌ها و در دسته دوم به دوسوم دیه در بیضه چپ و یک‌سوم دیه در بیضه راست فتوا داده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ص ۵۴۱).

فتوای راوندی، همانند قائلان نظریه دوم، بر فراز اخیر صحیحه ابن سنان و مرفوعه واسطی مبتنی است، با این تفاوت که چون در این روایات علت افزایش دیه بیضه چپ به جهت تکون فرزند از آن دانسته شده است، بنابراین، با فقدان چنین جهتی در سال خوردگانی که دیگر امید فرزندآوری ندارند، باید حسب عموماً به تنصیف دیه قائل شد. صرف نظر از قابلیت استنادی ادله ناظر بر تثلیث دیه که بعداً بررسی خواهند شد، باید گفت حسب مقتضای اطلاق روایات و اینکه دیه بیضه بر نفس بیضه و نه منفعت آن تعلق گرفته است، مشخص نیست فعلیت فرزندآوری شرط تنجز حکم باشد و چه بسا مجرد قوه و قابلیت انتساب فرزندآوری به بیضه چپ در ثبوت حکم کفایت کند. چه، در غیر این صورت، مستثنی نمودن صرف سال خوردگان و جاهتی ندارد؛ بلکه باید این تمایز میان مطلق افرادی که توانایی دارا شدن فرزند را ندارند با دیگران برقرار باشد؛ درحالی که این نظریه چنین اقتضایی ندارد. از همین روست که این حکم را شامل افراد عین نیز می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق: ص ۷۰).

۲-۱. مستندات فقهی

با تتبع در مصادر فقهی درباره دیه از بین بردن بیضه به دست می‌آید که دو دلیل اجماع و روایات در این زمینه قابل استنادند. از این رو، در این قسمت دلایل موجود را طرح نموده و در ادامه آنها را ارزیابی می‌کنیم.

۱-۲-۱. اجماع

از دلایلی که در دیه بیضه‌ها به آن استناد شده، اجماع است. شیخ طوسی در خلاف بر نظریه ثبوت یک‌سوم دیه در بیضه راست و دوسوم دیه در بیضه چپ به اجماع استناد می‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق ب: ص ۲۵۹). درمقابل، سید ابوالکرام ابن زهره نیز در غنیه پس از بیان حکم دیه جنایات بر برخی از اعضا، از جمله ثبوت نصف دیه در هرکدام از

بیضه‌ها، در عبارتی کلی همه این احکام را مدلل بر اجماع می‌داند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ص ۴۱۹)؛ امری که سبب شده برخی از ظاهر عبارات غنیه چنین استفاده نمایند که دیه بیضه‌ها یکی از موضوعاتی است که این اجماع بر آن تعلق یافته است (طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ص ۴۷۹؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۰؛ صناعی، ۱۳۸۹: ص ۶۱۷).

۱-۲-۲. روایات

عمده دلیل قابل استناد درباره دیه بیضه برخی از اخبار وارده است. این روایات عبارت‌اند از:

۱-۲-۲-۱. صحیح هاشم بن سالم

هاشم بن سالم از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام چنین نقل می‌کند: «کل ما کان فی الإنسان إثنين، ففيهما الدية و فی إحداهما نصف الدية و ما کان واحداً ففيه الدية» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۱۳۳).

۱-۲-۲-۲. صحیح عبدالله بن سنان

در تهذیب الأحکام خبری از عبدالله بن سنان نقل شده که از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام روایت می‌کند:

«قال: ما کان فی الجسد منه إثنان ففيه نصف الدية، مثل الیدین و العینین؛ قلت: فرجل فقئت عینه؟ قال: نصف الدية؛ قلت رجل قطع یده؟ قال: فيه نصف الدية؛ قلت فرجل ذهب احدی بیضتیه؟ قال: إن کان اليسار ففيها ثلثا الدية؛ قلت و لم؟ أليس قلت ما کان فی الجسد منه إثنان، ففيه نصف الدية؛ قال لأن الولد من البيضة اليسرى» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ص ۲۵۰).

در نقل شیخ کلینی در کتاب کافی، در فراز «إن کان اليسار ففيها ثلثا الدية» واژه «ثلثا» وجود ندارد (کلینی، ۱۴۲۹ق: ص ۳۹۴).

بیشتر متأخران این روایت را به دلیل وجود ابراهیم بن هاشم در سند آن، که توثیق نگردیده، حسنه می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۵۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۰۰؛ همو: ۱۴۲۰ق: ص ۵۹۷؛ صیمری، ۱۴۲۰ق: ص ۴۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۳۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۲؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۶ق: ص ۵۳۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ص ۲۴۱؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق: ص ۴۱۷). با وجود این، باید ابراهیم بن هاشم را که عمده روایات فرزندش، علی، صاحب تفسیر معروف، از وی نقل شده را ثقه دانست. دلایل متعددی نیز بر این امر اقامه شده است.^۴ از این رو، بیشتر معاصران روایت را صحیحه می‌دانند (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ص ۳۹۶؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ص ۴۷۹؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۳۸۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ص ۲۳۱؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۴۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۹۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق: ب: ص ۱۹۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ص ۲۹۰).

۱-۲-۳. معتبره ظریف

یکی دیگر از روایاتی که در بحث از دیه بیضه‌ها به آن استناد شده، به فرازی برمی‌گردد که در کتاب فرائض (ظریف) به نقل از تهذیب شیخ طوسی آمده است. مطابق آن یونس بن عبدالرحمان و حسن بن علی بن فضال تأییدیه اصالت کتاب فرائض را از حضرت امام رضا علیه السلام گرفته‌اند. در این فراز آمده است: «فی خصیة الرجل خمس مائة دینار» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ص ۳۰۷). همان‌طور که در مفتاح الکرامه بیان شده، این روایت اطلاع دارد (حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۷) و مطابق آن هر کدام از بیضه‌ها نصف دیه کامل را دارند و دیه آنها برابر خواهد بود. از این رو، این روایت کاملاً نقطه مقابل نظریه دوم است که در یک بیضه ثلث دیه و در دیگری دویسوم دیه را ثابت می‌داند.

روایت، مطابق سندی که به ابن فضال ختم می‌شود، معتبر است (خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۳۹۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ص ۲۳۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۹۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ص ۲۹۰). با وجود این، باید توجه داشت که فراز استنادشده، در نقل شیخ کلینی در کافی نیامده است.

۱-۲-۲-۴. مرفوعه ابی یحیی واسطی

شیخ صدوق در فقیه چنین خبری نقل نموده است:

«عن محمد بن هارون عن أبي يحيى الواسطي رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال: الولد يكون من البيضة اليسرى، فإذا قطعت ففيها ثلثا الدية، و في اليمنى ثلث الدية» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۱۵۲).

۱-۲-۲-۵. روایت جعفریات

در کتاب جعفریات از حضرت امیرالمؤمنین امام علی علیه السلام نقل شده که فرمودند: «فی البیضتین الدیة و فی کل واحد منهما نصف الدیة و هما سواء» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ص ۳۳۶). سند روایات جعفریات اعتبار ندارد. باوجود این، به عنوان نظریه تصنیف دیه دو بیضه قابل استفاده خواهد بود.

۱-۲-۲-۶. مرسله دعائم الإسلام

در دعائم الإسلام از حضرت امیرالمؤمنین امام علی علیه السلام نقل شده که فرمودند: «فی البیضتین الدیة و فی إحداهما نصف الدیة و هما سواء» (همان، ص ۳۶۱-۳۶۲). به سبب مرسل بودن اخبار کتاب دعائم، روایت مزبور حجیت ندارد؛ مگر اینکه به عنوان مؤید از آن استفاده شود. هرچند با توجه به شباهت مضمون مرسله با روایت جعفریات، به نظر می رسد اصل هر دو یک روایت بوده که در جعفریات آمده است؛ چون دعائم کتاب عملی فقهی بوده که کتاب جعفریات از مصادر آن بوده است (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ق: ص ۱۵۷۶).

۱-۲-۲-۷. روایت فقه الرضا

در کتاب فقه الرضا علیه السلام آمده است: «البیضان ألف دینار و قد روی أن أحدهما تفضل علی الأخری و إن الفاضلة هی اليسری لموضع الولد» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ص ۳۶۲).

از جهت بررسی تطبیقی، اشاره به این نکته بی فایده نیست: در منابع روایی اهل تسنن، بیشتر احادیث وارده بر تصنیف دیه دلالت دارند. یکی از این روایات، حدیث





عاصم بن ضمره به نقل از حضرت امام علی علیه السلام است که فرموده‌اند: «فی إحدى البیضتین النصف» (بیهقی، ۱۴۳۲ق: ص ۳۷۷). با وجود این، در جای دیگری از حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام نقل کرده‌اند که ایشان دوسوم دیه را در بیضه چپ و یک سوم را در بیضه راست حکم فرموده‌اند و دلیل این امر را در انتساب فرزندآوری به بیضه چپ دانسته‌اند (شوکانی، ۱۴۲۶ق: ص ۵۳۵). همچنین، به نقل‌های مختلفی از سعید بن مسیب، از فقیهان سبعه، نقل شده که قائل بر ثبوت دوسوم دیه در بیضه چپ و یک سوم دیه در بیضه راست شده است (کوفی عبسی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۸۰-۳۸۱؛ بیهقی، ۱۴۳۲ق: ص ۳۷۹).

۳-۱. ارزیابی ادله

در بررسی دلیل اجماع باید حکم به بی اعتباری آن داد، زیرا اجماع مزبور منقول بوده که حجیت ندارد؛ ضمن آنکه، دو اجماع مخالف هم در این زمینه نقل شده است که هیچ کدام قابلیت تمسک نخواهند داشت، زیرا حتی اگر سیدابن زهره در مقام تعمیم دلیل اجماع به موضوع دیه بیضه‌ها نبوده باشد، در این تردیدی نیست که هر دو قول میان پیشینیان کاملاً محل اختلاف است. بنابراین، تحقق اجماع در این زمینه منتفی است؛ به‌ویژه اجماع مورد ادعای شیخ طوسی که مغایر نظرگاه مشهور فقیهان است، و خود ایشان نیز، جز در کتاب خلاف، در دیگر تصانیف، نظیر نه‌ایه (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۷۶۹) و مبسوط (همو، ۱۳۸۷ق: ص ۱۵۲) برخلاف آن فتوا داده‌اند. علاوه بر آنچه گفته شد، نظر بر وجود روایات ناظر بر موضوع دیه بیضه‌ها، اجماع مورد ادعا مدرکی و مستند نیز هست؛ بنابراین، به این اعتبار نیز حجیت ندارد.

بنابراین، قضاوت پیرامون نظریات مطرح درگرو بررسی روایات است.

تنها روایتی که دقیقاً بر ثبوت دوسوم دیه در بیضه چپ و یک سوم در بیضه راست دلالت دارد (مدعای قائلان به نظریه دوم)، مرفوعه واسطی است. این روایت از نظر سندی با اشکالاتی روبه‌رو است: نخست آنکه، از نظر اتصال مرفوعه است؛ دیگر اینکه، از نظر سندی ضعیف است. به‌رغم اینکه محمد بن احمد از ثقات جلیل‌القدر است، ولی، همان‌گونه که نجاشی بیان کرده است، ابن ولید روایات محمد بن احمد از ابویحیی واسطی

و محمد بن هارون را استثنا نموده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ص ۳۴۸)؛ نکته‌ای که بر ضعف روایت اشعار دارد. محمد بن هارون که در سلسلهٔ روات حضور دارد، در بسیاری از منابع رجالی ضعیف دانسته شده است (شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق: ص ۴۳۸؛ علامه حلی، ۱۳۸۱ق: ص ۲۵۴). ابویحیی واسطی یا همان سهیل بن زیاد نیز توثیق نشده و ابن غضائری دربارهٔ ایشان گفته است: «حدیثه یعرف تاره، و ینکر آخری» (ابن غضائری، بی‌تا: ص ۶۶). به هر صورت، روایت از نظر سند ضعیف است (خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۳۹۰؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۹۸).

روایت فقه‌الرضا نیز دلالتی بر تثلیث دیه ندارد و صرفاً ناظر بر کلیت بیشتر بودن دیه بیضهٔ چپ نسبت به بیضهٔ راست است. ادعای انتساب کتاب فقه‌الرضا به حضرت امام رضا علیه السلام به طور جدی محل تردید بوده و بسیاری از فقیهان آن را مردود دانسته‌اند. به ویژه، در همین فراز مورد بحث باید گفت تعبیر «قد روی» منافی آن است که خود امام علیه السلام آن را نگاشته باشند. از این رو، اگرچه بعضی آن را به شلمغانی و عده‌ای به علی بن بابویه (پدر شیخ صدوق) نسبت می‌دهند،^۵ به نظر کتابی فقهی است. در هر حال، روایت صرف‌نظر از آنکه مقدار دیه بیضه‌ها را دقیقاً مشخص ننموده، به دلیل مرسله بودن، از نظر سندی فاقد اعتبار است، و اصلاً چه بسا منظور آن از «روایت شده»، همان مرفوعهٔ واسطی باشد و متضمن خبر مستقلی نباشد. به هر حال، از این منظر که صاحب کتاب فقه‌الرضا بیشتر بودن دیهٔ بیضهٔ چپ را با تعبیر «قد روی» آورده، می‌تواند دلالت بر تضعیف این دیدگاه از نظر مؤلف آن باشد.

صحیحهٔ عبدالله بن سنان متضمن دو قسمت است: در صدر آن بر ثبوت نصف دیه در هریک از اعضای زوج تصریح شده است، که این عموم بیضه‌ها را نیز شامل می‌شود؛ و در ذیل آن بر ثبوت دیهٔ بیشتر در بیضهٔ چپ به دلیل انتساب تکوین فرزند به آن تأکید شده است. بنابراین، ممکن است این شبهه به وجود بیاید که عموم صدر روایت مؤید نظریهٔ نخست و حکم ذیل آن مؤید نظریات ناظر بر عدم برابری دیهٔ بیضه‌هاست که چه بسا بخواهند بر مبنای تبعیض در حجیت به آن استناد کنند. با وجود این، باید گفت تصور تعارض میان صدر و ذیل روایت توجیه‌پذیر نیست، زیرا با وجود حکم خاص مندرج در ذیل

این خبر، سخن از تعمیم صدر روایت بر بیضه‌ها و جهی نخواهد داشت؛ بلکه این مخصص متصل اجازه استناد به عموم صدر روایت در جنایت مورد بحث را نمی‌دهد. پس روایت متضمن دو حکم نیست که بتواند مجرای تمسک به مبنای تبعیض در حجیت باشد. در بررسی دلالت ذیل صحیحه، به‌طور جداگانه دیه هرکدام از بیضه‌ها بررسی می‌شوند:

الف. دیه بیضه راست: روایت حکم خاصی را درباره دیه بیضه راست بیان ننموده است. بعضی دیه آن را مشمول عموم صدر روایت و دیگر روایات ناظر بر تنصیف می‌دانند (نظریات سوم و چهارم). برخی دیگر به دلیل منتج شدن این استنباط به تجاوز دیه دو بیضه از دیه کامل، که برخلاف نصوص وارده و قول محل تسالم فقیهان است، با استفاده از مؤیداتی چون مرفوعه واسطی دیه آن را یک سوم دانسته‌اند (نظریات دوم و پنجم). به نظر می‌رسد هر دو موضع مزبور محل خدشه است، زیرا ثبوت ثلث دیه در بیضه راست نه در صحیحه ابن سنان تصریح شده و نه هیچ روایت قابل استناد دیگری بر آن دلالت دارد. اینکه التزام به آن را ناشی از ضرورت عدم تجاوز دیه بیضه‌ها از دیه کامل بدانیم، با دو اشکال روبه‌روست: از یک سو، حسب روایت، امام علیه السلام در مقام بیان بوده‌اند: ایشان، نخست، ثبوت نصف دیه را در هر عضو زوج تصریح فرموده‌اند، و درباره چشم و دست به‌طور مطلق بر ثبوت نصف دیه در آنها تأکید می‌فرمایند. در ادامه، راوی به‌طور مطلق از دیه بیضه‌ها می‌پرسد. اینکه حضرت علیه السلام فقط بیضه چپ را از قاعده مستثنا فرموده‌اند، قرینه بر عدم ثبوت ثلث دیه در بیضه راست است.

از سوی دیگر، قائل شدن به ثلث دیه در بیضه راست صرفاً براساس تحلیلی ظنی که نتیجه آن مخالف صحیحه هشام و معتبره ظریف است، پذیرفته نیست؛ مگر آنکه بخواهیم طبق مرفوعه واسطی حکم نماییم. چنین حکمی نیز با اشکالاتی روبه‌روست، زیرا اگر شیخ صدوق حدیث را بدون ذکر سند بیان می‌کرد، شاید امکان استناد به آن بر مبنای اعتبار اخبار مرسل ایشان وجود می‌داشت؛ ولی ظاهراً شیخ صدوق با آوردن تعبیر «فی روایة...» سخن منسوب به امام علیه السلام را به‌طور جزم به ایشان نسبت نداده است. افزون بر این، حضور محمدبن هارون و ابویحیی واسطی در سند روایت سبب ضعف آن است که قبلاً بررسی شد. اعراض مشهور پیشینیان از عمل به روایت نیز مؤید دیگری برای تضعیف

روایت است؛ به‌ویژه تعابیر کسانی نظیر شیخ مفید که قول موافق مضمون مرفوعه را فاقد پشتوانه‌ی روایی صحیحی می‌دانند. اما اختیار ثبوت نصف دیه در بیضه‌ی راست در شرایطی که برای بیضه‌ی چپ دوسوم دیه را اعتبار نماییم، خلاف اجماع فقیهان تشیع و تسنن در ثبوت دیه‌ی کامل در مجموع بیضه‌هاست؛ حکمی که موضوع روایات متعددی است. به این شبهه چنین پاسخ داده شده که ثبوت دیه‌ی کامل در مواردی است که هر دو بیضه با هم از بین بروند، اما اشکالی ندارد که در از بین بردن یکی از آنها مانند دیگر موارد به چنین حکمی ملتزم شویم (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۴۳). برخی نیز مقتضای احتیاط را رعایت چنین حکمی، به‌ویژه در مواردی دانسته‌اند که جنایت در دو مرتبه از سوی دو جانی مختلف واقع شده باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق ب: ص ۱۹۸). این پاسخ نیز محل تأمل است، زیرا هر دو دسته روایات ناظر بر ثبوت دیه‌ی کامل در مجموع بیضه‌ها و نیز اخبار متضمن تثلیث دیه اطلاق دارند و چنین تفصیلی نه‌تنها مستظهر بر خبر صحیح‌السندی نیست، که از سوی مشهور فقیهان نیز مردود دانسته شده است.

ب. دیه بیضه‌ی چپ: صحیحه‌ی ابن سنان درباره‌ی دیه بیضه‌ی چپ حکم به تجاوز دیه از نصف داده است که خلاف عموم صحیحه‌ی هشام است. در این راستا گفته شده حکم عام تا زمانی قابل استناد است که حکم خاصی وارد نشده باشد؛ بنابراین، عمل به نص خاص منافاتی با روایات عام ندارد (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق: ص ۳۴۴). پس در اینجا به تخصیص روایات عام با نص خاص استناد شده است؛ به‌ویژه که روایت خاص متضمن تعلیل است. پاسخ مزبور در صورت وجاهت نص خاص و عدم تعارض با نص خاص دیگر قابل قبول می‌نماید، اما حقیقت آن است که این حکم در هر دو قسمت پذیرفتنی نیست:

نخست، همان‌طور که اشاره شد، صحیحه‌ی ابن سنان به دو صورت نقل شده است: در نقل شیخ در تهذیب بر ثبوت دوسوم دیه در بیضه‌ی چپ تصریح شده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ص ۲۵۰) و در نقل شیخ کلینی در کافی، در فراز «إن كان اليسار فیهما ثلثا الدية» واژه «ثلثا» وجود ندارد (کلینی، ۱۴۲۹ق: ص ۳۹۴) که دلالت بر ثبوت دیه‌ی کامل در بیضه‌ی چپ دارد. از این رو، تعدادی از پیشینیان طبق نقل تهذیب فتوا داده‌اند (نظریات دوم و سوم) و برخی موافق نقل کافی حکم کرده‌اند (نظریه چهارم). با توجه به اختلاف در

نقل‌ها چه‌بسا بتوان گفت هیچ‌کدام از آنها ثابت نمی‌شود. برخی با این استدلال که «قدر متیقن هر دو روایت، ثبوت دوسوم دیه در بیضهٔ چپ است، و در یک‌سوم دیگر تردید ایجاد می‌شود»، با استناد به اصل برائت از پرداخت مازاد از یک‌سو، و برتری احتمال از قلم افتادن لفظ «ثلاثا» در کافی نسبت به احتمال افزوده شدن این لفظ در نقل تهذیب از سوی دیگر، دوسوم دیه را متعین دانسته‌اند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۴۲-۲۴۳). دربارهٔ این کلام تأملاتی وجود دارد: اول اینکه، اساساً در مقام مقایسهٔ کافی با تهذیب، تقدم با نقل شیخ کلینی است؛ زیرا ایشان ضبط و دقت بالاتری نسبت به شیخ طوسی داشته است. کثرت اشتغال و ذوفنون بودن شیخ طوسی از یک‌سو،^۶ تقدم زمانی عصر شیخ کلینی و اینکه کتاب کافی از مصادر تهذیب شیخ طوسی است، از سوی دیگر، و همچنین، کثرت ایرادات موجود در متن کتاب تهذیب^۷ سبب شده عمدتاً فقیهان بر ترجیح نقل شیخ کلینی به جهت اضطراب بودن ایشان نظر دهند (بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۲۳۰؛ کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ص ۲۳۷؛ شریف کاشانی، ۱۴۲۸ق: ص ۲۸۸). نکتهٔ دوم اینکه اگر بنای بر اخذ قدر متیقن ناشی از اعمال اصل برائت باشد، نظر بر تعارض این روایت با معتبرهٔ ظریف، باید بر ثبوت نصف دیه و نه دوسوم نظر داد.

گفتنی است نفس صحیحهٔ ابن‌سنان در قسمت دیهٔ بیضهٔ چپ، صرف‌نظر از نقل‌های مختلف آن، با اشکالات دیگری همراه است. در روایت، حکمت بیشتر بودن دیهٔ بیضهٔ چپ در انتساب فرزندآوری، کارکرد این بیضه دانسته شده است. برخی گفته‌اند اینکه منافع بیضه‌ها متفاوت باشند، دلیلی بر تفاوت در مقدار دیهٔ آنها نخواهد بود؛ همان‌طور که دیهٔ دست نیرومند از دست ضعیف بیشتر نیست یا در دیگر اعضا مانند چشم نیز این‌گونه است (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ص ۵۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۳۶). این اشکال وارد نیست، زیرا نفس تفاوت در منافع دو بیضه علت حکم نیست؛ بلکه مطرح شدن آن به واسطهٔ مفاد روایاتی چون صحیحهٔ ابن‌سنان است، که در خود آنها موجب تمایز دیه گشته است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۶؛ صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۱)؛ به‌علاوه آنکه، قیاس تفاوت نادری که تأثیری هم در افزایش یا کاهش دیه ندارد با موضوع مورد بحث وجهی ندارد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق: ص ۵۰۴). اما ایراد اصلی که برخی از فقیهان

وارد کرده‌اند آن است که هم در علم پزشکی قدیم (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ص ۵۴۱) و هم جدید (حاشیه مرحوم کلانتر بر روضه در: شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ص ۲۳۷؛ صانعی، ۱۳۸۹: ص ۶۱۷) نشئت گرفتن تکوین فرزند از عملکرد بیضه چپ نفی شده است. برخی پاسخ داده‌اند انکار پزشکان نمی‌تواند انتساب دیدگاه تفاوت در منافع به معصوم علیه السلام را خدشه‌دار کند و از این رو، باید طبق فرموده معصوم علیه السلام حکم داد (فاضل مقداد، همان: ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق: ص ۳۴۶، فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ص ۳۹۷؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ص ۶۴۱). اما به نظر می‌رسد این سخن وارد نیست، زیرا اصل انتساب کلام به معصوم علیه السلام یقینی نیست، و از طرفی اثبات علمی تغایر امری با واقع، خود دلیل بر منتسب نبودن سخن به معصوم علیه السلام است.

برخی این احتمال را بیان کرده‌اند که ممکن است کارکرد فرزندآوری، به شکل غالبی و نه مطلق، به بیضه چپ برگردد تا از این راه، مضمون روایات با نظریه پزشکان قابل جمع شود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۵؛ حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۷). این احتمال قابل تأیید نیست، زیرا اقتضای نص و نیز نظریه پزشکی هر دو اطلاق دارند. گفتنی است شهید اول در غایه المراد به نقل از جاحظ در کتاب الحيوان آورده است: این نظر که فرزند از بیضه چپ شکل می‌گیرد سخنی است که در ذهنیت عوام وجود دارد (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ص ۵۴۱). در منابع روایی اهل سنت نیز شکل‌گیری فرزند از بیضه چپ در کلام سعید بن مسیب نقل شده که گفته است «فی الیسری من البیضتین ثلثا الدیة، لأن الولد من الیسری؛ و فی الیمنی ثلث الدیة» (کوفی عسی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۸۰-۳۸۱؛ بیهقی، ۱۴۳۲ق: ص ۳۷۹). اشکال دیگری که برخی از معاصران بر صحیح ابن سنان گرفته‌اند این است که اصل تکرار پرسش از دیه اعضای زوج برای بار دیگر درباره بیضه‌ها از شخصیتی مانند عبدالله بن سنان در جایی که کبرای کلی و تطبیق آن بر دو عضو (چشم و دست) را از امام علیه السلام شنیده است، بعید می‌نماید (صانعی، ۱۳۸۹: ص ۶۱۷).

به هر صورت، به رغم صحیح بودن روایت، نمی‌توان برای آن حجیتی قائل شد؛ زیرا حجیت خبر واحد و کلیه امارات منوط به آن است که برخلاف آن علم و اطمینان نداشته باشیم. این در شرایطی است که علت ذکر شده در روایت در علم پزشکی قدیم تا امروز ثابت نشده است (صانعی، ۱۳۸۹: ص ۶۱۷؛ و نیز ر.ک: تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۹۸؛ حسینی روحانی،

۱۴۱۲ق: ص ۲۹۰)؛ بنابراین، عمل به آن با ابهام روبه‌روست. از این رو است که ابن‌ادریس حلی خبر ناظر بر قول تثلیث دیه را فاقد پشتوانه استدلالی قلمداد نموده است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ص ۳۹۳). شیخ مفید نیز در مقنعه وجود روایت صحیحی را که بتواند مثبت این نظریه باشد، نفی نموده است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۷۵۵). صاحب جواهر سخن مزبور را به آن معنا دانسته که ظاهراً شیخ مفید به این روایت دسترسی نداشته است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ص ۲۷۱). اما با وجود چنین خبری در جوامع روایی مقدم بر عصر شیخ مفید عدم التفات ایشان بر آن بعید به نظر می‌رسد.^۸

برخی معتقدند صحیح‌ه بودن خبر ابن‌سنان از نظر شیخ مفید ثابت نشده است (حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۷). با وجود این، به نظر می‌رسد صحت روایت از نظر قدما صرفاً محدود به سند آن نیست؛ بلکه خبر صحیح از نظر ایشان روایتی است که همراه با قرائن قطعی است (شوشتری، ۱۴۰۶ق: ص ۴۱۷). بنابراین، بعید نیست که صرف‌نظر از اعتبار سندی روایت، شیخ مفید آن را قابل‌استناد ندانسته باشد. حتی با فرض صحیح بودن این روایت از نظر شیخ مفید، مدلول آن با نظریه تثلیث انطباق کاملی ندارد، چون صرفاً بر ثبوت دوسوم دیه در بیضه‌چپ اشاره دارد؛ اما درباره بیضه راست، برخلاف قول موردبحث، عموم صدر این خبر مقتضی ثبوت نصف دیه در آن است. ممکن است شیخ مفید، نظر به همین ثبوت دوسوم دیه در بیضه‌چپ، نقل شیخ طوسی را به دلیل تعارض با کتاب کافی معتبر ندانسته باشد؛ زیرا در نقل شیخ کلینی برای این بیضه دیه کامل مقدر شده است. از این رو، این کلام ایشان را نمی‌توان بر عدم وقوف بر خبر ابن‌سنان حمل نمود.

دوم اینکه، صرف‌نظر از ایرادات محتوایی ذیل صحیح‌ه ابن‌سنان که قابلیت تخصیصی آن را با ابهام روبه‌رو می‌کند، باید به تعارض آن با معتبره ظریف اشاره نمود، که روایت جعفریات نیز مؤید آن است. در این راستا یا باید بر مبنای عمل مشهور به گونه‌ای که بیشتر پیشینیان مطابق آن فتوا داده‌اند، معتبره ظریف را رجحان داده و اعراض مشهور از عمل به ذیل صحیح‌ه ابن‌سنان (حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۷) را موجب بی‌اعتباری آن بدانیم یا با تحقق تعارض میان آنها مطابق قاعده و وفق عموماتی مانند صحیح‌ه هشام، حکم بر تنصیف دیه دهیم (خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۳۹۰؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۹۸؛ حسینی روحانی،

۱۴۱۲ق: ص ۲۹۰). به‌ویژه آنکه اصل برائت از پرداخت مازاد بر نصف دیه در بیضه چپ (حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۶-۴۴۷) نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند.

شهید ثانی بیشتر بودن تعداد روایات ناظر بر نظریه تنصیف را نیز دلیلی جهت تقویت آن می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۳۶)؛ ولی مقدس اردبیلی در مجمع الفائده با نقد کلام شهید، روایات ناظر بر نظریه دوم را بیشتر دانسته و برای نظریه نخست فقط به صحیح هاشم اشاره کرده است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۳-۴۱۴). این در حالی است که روشن شد به‌جز صحیح هاشم، معتبره ظریف و روایت جعفریات نیز بر این نظریه دلالت دارند. اما به‌نظر می‌رسد حق را باید به صاحب مفتاح الکرامه داد که قائل به برابری هر دو دیدگاه در شهرت روایی است، ولی روایات نظریه نخست را با شهرت عملی همراه می‌داند (حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۷).

۲. تحلیل موضوع در حقوق کیفری موضوعه

موضوع دیات، به‌طور کلی، و دیه بیضه، به‌شکل خاص، در قوانین پیش از انقلاب اسلامی مطرح نبوده است. این عرصه نخستین بار در سال ۱۳۶۱ مورد تقنین قرار گرفت. مطابق ماده ۱۴۱ مبحث دیات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ «قطع مجموع دو بیضه دفعتاً دیه کامل و قطع بیضه چپ دو ثلث دیه و قطع بیضه راست ثلث دیه دارد». همین مضمون در ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار شد. این سابقه گویای اختیار نظریه فقهی دوم از سوی قانونگذار کیفری در کشور است.

در راستای اصلاحات اخیر قانونگذاری، مجلس شورای اسلامی تصمیم گرفت با تغییر رویه سابق، دیدگاه مشهور فقیهان مبنی بر تنصیف دیه را برگزیند. در مصوبه کمیسیون قضایی مجلس به تاریخ ۱۳۸۸/۵/۲۷ چنین مقرر شد: «قطع و از بین بردن دو بیضه موجب دیه کامل و هرکدام از آنها موجب نصف دیه کامل است...». پس از ارجاع مصوبه به شورای نگهبان به تاریخ ۱۳۸۹/۹/۱ این اشکال گرفته شد که این ماده خلاف فتوای حضرت امام علیه السلام است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ص ۲۲۶).



اشکال شورای نگهبان بر ماده توجیه‌پذیر نیست، زیرا مصوبه کمیسیون قضایی منطبق با نظرگاه مشهور فقیهان است و همان‌طور که بررسی شد، از مبانی محکم‌تری نسبت به دیگر دیدگاه‌ها برخوردار است و اعراض از آن بلاوجه می‌نماید. ممکن است گفته شود چون ملاک بررسی مصوبات، از منظر تطابق یا تغایر با شرع، فتاوی حضرت امام خمینی علیه السلام است، اشکال شورا از این جهت وارد است. این پاسخ نیز پذیرفتنی نخواهد بود، چون تتبع در سوابق، تبعیت دقیق شورای نگهبان از این مبنا را نشان نمی‌دهد؛ به‌گونه‌ای که حتی گاه که مصوبه کمیسیون با فتوای امام علیه السلام همسو بوده، از سوی شورا خلاف شرع تلقی شده و تصحیح آن از کمیسیون خواسته شده است. مثلاً ماده ۴۹۹ مصوبه (ماده ۴۹۵ قانون) اشعار می‌داشت: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه و خسارت است، مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی بوده و قبل از اقدام به معالجه از مریض برائت گرفته باشد...». این مقرر منطبق با این فتوای امام علیه السلام است که اگر بیمار یا ولی او به پزشکی که از نظر علمی حاذق بوده و در عمل نیز خیره باشد، اجازه طبابت دهد و بر اثر معالجه جنایتی بر بیمار وارد شود، قول قوی‌تر ضمان طیب است (خمینی، ۱۳۷۹: ص ۹۴۲) که در صورت ابرای قبل از علاج، برائت حاصل خواهد شد (خمینی، ۱۴۲۶ق: ص ۴۵۶). با وجود این، شورای نگهبان در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ درباره این ماده اعلان داشته: «از این جهت که ضمان طیب در صورت عدم قصور و تقصیر در علم و عمل، در فرض عدم اخذ برائت، ثابت می‌ماند، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ص ۱۷۶)؛ اشکالی که در نهایت، سبب اصلاح مصوبه و الحاق تبصره‌ای با این مضمون شد: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هرچند برائت اخذ نکرده باشد». درباره این موضع که با قول شاذی از ابن‌ادریس حلی هماهنگ بوده (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ص ۳۷۳)، بسیاری از فقیهان اجماع (ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ص ۴۱۰-۴۱۱) و اتفاق نظر (محقق حلی، ۱۴۱۲ق: ص ۴۲۱) برخلاف آن را ادعا کرده‌اند. این بدان معنا است که شورا در یک جا مصوبه منطبق با نظر مشهور فقیهان را صرفاً به دلیل مغایرت با فتوای امام علیه السلام تأیید نمی‌کند و در جای دیگر مصوبه منطبق با نظر

امام علیه السلام (که اتفاقاً همسو با قول مشهور نیز هست) را بر مبنای دیدگاهی شاذ که مورد قبول اقلیت است، مغایر شرع می‌داند. این امر نشان‌دهنده آن است که فتوای امام علیه السلام به‌طور کامل سنجه بررسی مصوبه نبوده است.

اشتراک ثبوت حد قتل فاعل لواط به احصان موضوع ماده ۲۳۴، ثبوت حد قتل در مصرف مسکر به تکرار در مرتبه چهارم حسب اطلاق ماده ۱۳۶، پذیرش ضمان جمعی سبب و مباشر در جنایات موضوع ماده ۵۲۶ و ضمان بیت‌المال نسبت به دیه محکوم به تعزیری که به واسطه اجرای کیفر می‌میرد در ماده ۴۸۵ صرفاً بخشی از احکام فراوانی است که در قانون مجازات اسلامی برخلاف فتوای حضرت امام خمینی علیه السلام تنظیم شده‌اند و با وجود این، تأیید شورای نگهبان را نیز به دست آورده‌اند.

۱۱۹



باری، صرف نظر از آنچه گفته شد، متعاقب اشکال گرفته شده، حکم دیه بیضه در نهایت در قالب ماده ۶۶۵ به این شکل تصویب و تأیید شورا را گرفت: «قطع دو بیضه یک باره دیه کامل و قطع بیضه چپ، دو ثلث دیه و قطع بیضه راست، ثلث دیه دارد».

طرز نگارش ماده با فتوای امام سازگاری ندارد. امام علیه السلام در تحریر الوسیله می‌فرماید: «فی الخصیتین الدیه کامله، فهل لكل واحده نصفها أو لیسری ثلثان و للیمنی الثلث؟ الأوجه الثانی، و الأحوط الثلثان فی الیسری و النصف فی الیمنی لو قلعنا دفعتین» (خمینی، ۱۳۷۹: ص ۵۸۳).

در ماده دو حالت پیش‌بینی شده است: قطع دفعی دو بیضه و قطع جداگانه آنها. قول تثلیث دیه صرفاً در حالت اخیر پیش‌بینی شده است. این در حالی است که فتوای امام علیه السلام مبنی بر ثبوت دوسوم دیه در بیضه چپ و یک‌سوم دیه در بیضه راست اطلاق داشته و هر دو حالت قطع دفعی و جداگانه بیضه‌ها را دربر می‌گیرد. فرض کنید جانی به قطع بیضه راست کسی اکراه شود. او در اثنای جنایت واحدی هر دو بیضه مجنی علیه را از بین می‌برد. چنانچه قطع بیضه راست به اکراه‌کننده انتساب یابد، این سؤال مطرح می‌شود که چه مقدار دیه بابت بیضه چپ برعهده جانی ثابت می‌شود؟ در اینجا طبق ظاهر قانون، جانی مکلف به پرداخت نصف (و نه دوسوم) دیه است؛ این در حالی است که فتوای

فقیهان، از جمله امام علیه السلام، به تبعیت از نصوص، عاری از چنین تفصیلی‌اند.

امام علیه السلام تنها در قول احتیاطی خود مبنی بر ثبوت دوسوم دیه در بیضهٔ چپ و نصف دیه در بیضهٔ راست، قید قطع جداگانهٔ بیضه‌ها را آورده‌اند، که مبنای آن هم در جلوگیری از تجاوز دیهٔ مجموع بیضه‌ها از دیهٔ کامل است.

به‌علاوه، نظر بر ضرورت جامعیت قانون، حال که نظریهٔ تثلیث پذیرفته شده است، باید تکلیف دیهٔ از بین بردن بیضهٔ کسانی که فقط یک بیضه دارند، تعیین می‌شد. حال آنکه اگر نظریه تصنیف را می‌پذیرفتیم، حکم بر ثبوت نصف دیه داده می‌شد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق: ص ۷۰)؛ اما در اینجا به نظر می‌رسد اگر فرد سابقهٔ فرزندآوری داشته باشد، ظاهراً باید دوسوم دیه را ثابت دانست و در غیر این صورت، مقتضای اصل برائت ثبوت ثلث دیه است. به هر صورت، قانون باید از این نظر نیز روشن باشد.

نتیجه‌گیری

۱. بنا بر قاعدهٔ اولیهٔ اصطیادی از نصوص عامی چون صحیحهٔ هشام بن سالم، هرکدام از بیضه‌ها نصف دیه را دارند. اعمال چنین قاعده‌ای دربارهٔ بیضه‌ها مستظهر بر معتبرهٔ ظریف و مؤیداتی چون روایت جعفریات و مرسلهٔ دعائم الإسلام است که مشهور فقیهان آنها را پذیرفته‌اند.

۲. نظریهٔ غیرمشهور به تفاوت مقدار دیهٔ دو بیضه قائل است. مستند ایشان صحیحهٔ ابن سنان و مرفوعهٔ ابی‌یحیی واسطی است. مرفوعهٔ واسطی که دلالت بر ثبوت دوسوم دیه در بیضهٔ چپ و یک‌سوم در بیضهٔ راست دارد، از نظر سندی قابل‌استناد نیست، زیرا علاوه بر مرفوعه بودن، حضور راوی ضعیفی نظیر محمد بن هارون و نیز ابویحیی واسطی که توثیق نشده است، موجب ضعیف دانستن روایت شده است. فراز اخیر صحیحهٔ ابن سنان که بیشتر بودن دیهٔ بیضهٔ چپ را معلل بر انتساب فرزندآوری به آن دانسته است، به دو صورت متفاوت نقل شده است. در نقل کافی برای بیضهٔ چپ دیهٔ کامل و در نقل تهذیب دوسوم دیه بیان شده است. این مسئله سبب اختلاف‌نظر میان فقیهان شده و با این وضعیت هیچ‌کدام از این نقل‌ها ثابت نمی‌شود. به‌علاوه آنکه، تعلیل مذکور در آن از

نظر علم پزشکی ثابت نشده است. بنابراین، با توجه به عمل مشهور از یک سو و ضرورت رجوع به قاعده عام در حالت تعارض بین صحیحۀ ابن سنان و معتبرۀ ظریف، دیدگاه مشهور متعین می شود.

۳. ماده ۶۶۵ قانون مجازات اسلامی به تأسی از فتوای امام خمینی علیه السلام که منطبق با نظرگاه غیرمشهور است، تدوین شده، که ضعف مبانی آن بررسی گردید. به علاوه آنکه، ظاهر قانون قول تثلیث دیه را به فرض قطع غیردفعی بیضه ها محدود نموده است. این حکم با مبنای فقهی ماده در تحریر الوسیله مغایر است. افزون بر این، در ماده درباره حکم از بین بردن بیضه کسانی که تنها یک بیضه دارند، سکوت شده است.

پی نوشت:

۱. به نظر می رسد استفاده از ظاهر روایات متضمن ثبوت دیه کامل در دو بیضه جهت اثبات تساوی دیه آنها توجیه پذیر نیست، زیرا حکم به ثبوت دیه کامل در دو بیضه منافاتی با تفاوت در مقدار دیه آنها ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۲۴۰-۲۴۱؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ۲۴۱-۲۴۲)؛ از این رو، در نوشتار پیش رو از چنین احادیثی ذیل مستندات روایی سخن به میان نیامد.

۲. شیخ صدوق در مقتع ثبوت دوسوم دیه در بیضه چپ و یک سوم دیه در بیضه راست را با تعبیر «روی» آورده است (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ص ۵۱۱)؛ این تعبیر می تواند مشعر بر تضعیف موضع مزبور از دیدگاه ایشان و یا دست کم بیانگر توقف شان در مسئله باشد؛ با وجود این، نظر بر صراحت عبارت هدایه و اینکه در کتاب فقیه در باب دیه بیضه تنها مرفوعه واسطی را آورده اند که متضمن همین حکم است (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۱۵۲) و از ذکر احادیث مخالف خودداری نموده اند، اختیار دیدگاه از سوی ایشان مشخص می شود؛ زیرا ایشان، حسب گفته خود، کتاب فقیه را با هدف گردآوری کلیه احادیث وارده فراهم نکرده اند، بلکه صرفاً درصدد بیان اخباری بوده اند که به صحت آن معتقد بوده و براساس آن فتوا داده اند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۲-۳).

۳. به گفته صاحب مفتاح الکرامه، در نسخه ای که از کتاب مراسم در دست ایشان است، سلاز دیلمی نظریه نخست را پذیرفته است (حسینی عاملی، بی تا: ص ۴۴۶).

۴. ر.ک: محدث نوری، ۱۴۱۷ق: ص ۳۳ به بعد.

۵. ر.ک: اشتهازی، ۱۴۱۷ق: ص ۴۳۳.

۶. آیت الله بروجردی در مقایسه نقل شیخ کلینی با شیخ طوسی، ضمن تأکید بر ترجیح نقل کافی، علت آن را «کثرة اشتغالات الشیخ علیه السلام و وفور تألیفات و تصنیفات» می دانند (طباطبائی بروجردی، ۱۴۲۶ق: ص ۱۷۷)؛ آیت الله فاضل لنکرانی نیز در تفصیل الشریعه نقل شیخ طوسی را مرجوح دانسته و در تأیید موضع خود می فرماید: «لکثرة اشتغالاته و تألیفات فی القنون المختلفة الإسلامية بل له تألیفات متعددة فی فنّ واحد کالفقه» (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق الف: ص ۲۳۴).





۷. محدث بحرانی در حدائق هنگام بحث از کتاب تهذیب بارها بر این نکته تأکید نموده است. در یک جا می‌فرماید: «لا یخفی علی من راجع التهذیب و تدبر اخباره ما وقع للشیخ علیه السلام من التحریف و التصحیف فی الاخبار سندا و متنا و قلما یخلو حدیث من أحادیثه من عله فی سند أو متن» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ص ۱۵۶؛ و نیز ر.ک: شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰ق: ص ۱۰۲). برخی از معاصران ضمن مبالغه‌آمیز خواندن دیدگاه صاحب حدائق، کلیت بیشتر بودن اشتباه در نقل شیخ در تهذیب را در مقایسه با محدثان متقدم بر ایشان تصدیق نموده‌اند (خوئی، ۱۴۱۰ق: ص ۲۵۴؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۳ق: ص ۳۷۲).

۸. در مفتاح الکرامه در تضعیف صحیحۀ ابن سنان این چنین آمده است: «أعظم من ذلك إعراضهم عنها مع اشتهاها عندهم و نقلهم لها فی الكتب القروعة» (حسینی عاملی، بی‌تا: ص ۴۴۷).

کتابنامه

۱. ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزيز (۱۴۰۶ق)، المهذب، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳. ابن حمزه طوسی، أبو جعفر محمد بن علی (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، قم، منشورات مكتبه آية الله المرعشي النجفی، چاپ نخست.
۴. ابن زهره حلبی، سيد ابوالمكارم حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، غنيه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ نخست.
۵. ابن سعید حلی، یحیی (۱۳۹۴ق)، نزهه الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر، قم، منشورات رضی، چاپ نخست.
۶. ابن طی فقعانی، علی بن علی (۱۴۱۸ق)، الدر المنضود فی معرفه صیغ النیات و الإیقاعات و العقود، قم، مكتبة الإمام العصر (عج) العلمية، چاپ نخست.
۷. ابن غضائری، ابوالحسن احمد (بی تا)، رجال، قم، بی نا.
۸. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد (۱۴۰۷ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۹. _____ (۱۴۱۰ق)، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
۱۰. اردبیلی (مقدس)، مولى احمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۴، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ نخست.
۱۱. اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، مدارک العروة، ج ۲، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ نخست.



۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۱۳. بهبهانی، محمدباقر (۱۴۲۸ق)، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، چاپ نخست.
۱۴. بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق)، جامع المسائل، ج ۵، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم.
۱۵. بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۳۲ق)، السنن الكبير، ج ۱۶، قاهره، بی نا، چاپ نخست.
۱۶. پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهیه و تنظیم فهیم مصطفی زاده، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ نخست.
۱۷. تبریزی، میرزا جواد (۱۴۲۸ق)، تنقیح مبانی الأحكام: کتاب الديات، قم، دار الصدیقة الشهيدة، چاپ نخست.
۱۸. ترحینی عاملی، سید محمد حسین (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، ج ۹، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم.
۱۹. حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۲۶، قم، دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۲۰. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق)، الفقه: کتاب الديات، ج ۹۱، بیروت، دارالعلوم، چاپ دوم.
۲۱. حسینی عاملی، سید جواد (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۰، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ نخست.
۲۲. خمینی (امام)، روح الله (۱۳۷۹)، تحرير الوسيلة، ج ۲، قم، دارالعلم، چاپ نخست.
۲۳. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۶، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۴. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ نخست.
۲۵. _____ (۱۴۱۰ق)، المعتمد فی شرح المناسک، ج ۴، قم، منشورات مدرسة دارالعلم، چاپ نخست.
۲۶. سبحانی، جعفر (۱۳۹۱)، تقریرات خارج فقه، جلسه ۱۳۹۱/۷/۳.

٢٧. سبزواری، سید عبدالعلی (١٤١٣ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، ج ٢٩، قم، مؤسسة المنار، چاپ چهارم.
٢٨. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (١٤٠٤ق)، المراسم العلویة و الأحكام النبویة فی الفقه الإمامی، قم، منشورات الحرمین، چاپ نخست.
٢٩. شبیری زنجانی، سید موسی (١٤١٩ق)، کتاب نکاح، ج ٥، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ نخست.
٣٠. شریف کاشانی، ملا حبیب الله (١٤٢٨ق)، منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع کتاب الطهارة، ج ٢، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
٣١. شهید اول (شمس الدین محمد بن مکی عاملی) (١٤١٠ق)، اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، بیروت، دار التراث، چاپ نخست.
٣٢. _____ (١٤١٤ق)، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ٤، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
٣٣. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (١٤١٠ق)، الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة، با حاشیه سید محمد کالانتر، ج ١٠، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
٣٤. _____ (١٤١٣ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ١٥، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ نخست.
٣٥. شوشتری، محمد تقی (١٤٠٦ق)، النجعة فی شرح اللعة، ج ١١، تهران، کتاب فروشی صدوق، چاپ نخست.
٣٦. شوکانی، محمد بن علی (١٤٢٦ق)، نیل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقیق و تعلیق أبومعاذ طارق بن عوض الله، ج ٨، قاهره و ریاض، دار ابن القيم للنشر و التوزیع و دار ابن عفان للنشر و التوزیع، چاپ نخست.
٣٧. شیخ صدوق (ابن بابویه قمی، محمد بن علی) (١٤١٣ق)، من لایحضره الفقیه، ج ١ و ٤، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
٣٨. _____ (١٤١٥ق)، المقنع، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، چاپ نخست.
٣٩. _____ (١٤١٨ق)، الهدایة فی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، چاپ نخست.



۴۰. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۷، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
۴۱. _____ (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۴۲. _____ (۱۴۲۷ق)، رجال، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
۴۳. _____ (۱۴۰۷ق الف)، تهذیب الأحکام، ج ۱۰، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۴۴. _____ (۱۴۰۷ق ب)، الخلاف، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۴۵. شیخ مفید (محمد بن محمد بغدادی) (۱۴۱۳ق)، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمته الله علیه، چاپ نخست.
۴۶. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، ج ۴۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۴۷. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۲۳ق)، فقه الحج، ج ۳، قم، مؤسسه حضرت معصومه رحمته الله علیها، چاپ دوم.
۴۸. صناعی، یوسف (۱۳۸۹)، التعليقة على تحرير الوسيلة، ج ۲، تهران، مؤسسة العروج، چاپ دوم.
۴۹. طباطبائی بروجردی، آقا حسین (۱۴۲۶ق)، تبيان الصلاة، ج ۴، قم، گنج عرفان، چاپ نخست.
۵۰. طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق)، رياض المسائل، ج ۱۶، قم، مؤسسه آل البيت رحمته الله علیهم، چاپ نخست.
۵۱. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۳۸۱ق)، رجال، نجف اشرف، منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم.
۵۲. _____ (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ نخست.
۵۳. _____ (۱۴۱۱ق)، تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۵۴. _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة، ج ۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.

٥٥. _____ (١٤٢٠ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج٥، قم، مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام، چاپ نخست.
٥٦. علوی گرگانی، محمد علی (١٤٢٦ق)، التعليقة على تحرير الوسيلة، ج٢، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام، چاپ نخست.
٥٧. فاضل اصفهانی، محمد (١٤١٦ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج١١، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
٥٨. فاضل لنكرانی، محمد (١٤١٨ق الف)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: الحج، ج٤، قم، مركز فقه الأئمة الأطهار عليهم السلام، چاپ دوم.
٥٩. _____ (١٤١٨ق ب)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: الديات، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ نخست.
٦٠. فاضل مقداد (مقدادين عبدالله سيورى حلى) (١٤٠٤ق)، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج٤، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى عليه السلام، چاپ نخست.
٦١. كاشف الغطاء نجفى، جعفر بن خضر (بى تا)، شرح طهارة قواعد الأحكام، نجف، مؤسسه كاشف الغطاء.
٦٢. كلينى، أبوجعفر محمد بن يعقوب (١٤٢٩ق)، الكافي، ج١٤، قم، دار الحديث للطباعة و النشر، چاپ نخست.
٦٣. كوفى عيسى، عبدالله بن محمد (١٤٠٩ق)، الكتاب المصنف فى الأحاديث و الآثار، ج٥، بيروت، دار التاج، چاپ نخست.
٦٤. گرامى قمى، محمد علی (١٣٩٠)، التعليقة على تحرير الوسيلة، ج٢، تهران، مؤسسة العروج، چاپ نخست.
٦٥. مجلسى (علامه)، محمد باقر، (١٤٠٦ق)، ملاذ الأخيار فى فهم تهذيب الأخبار، ج١٦، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى عليه السلام، چاپ نخست.
٦٦. محقق حلى (نجم الدين جعفر بن الحسن) (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، ج٤، قم، اسماعيليان، چاپ دوم.
٦٧. مدنى كاشانى، آقا رضا (١٤٠٨ق)، كتاب الديات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
٦٨. مشكينى، ميرزا على (١٤١٨ق)، الفقه المأثور، قم، الهادى، چاپ دوم.

۶۹. خمینی (امام)، سیدروح‌الله (۱۳۷۹)، تحریر الوسیلة، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۷۰. _____ (۱۴۲۶ق)، توضیح المسائل، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۷۱. نجاشی، ابوالحسن احمد (۱۴۰۷ق)، رجال، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۷۲. نمازی اصفهانی (شیخ الشریعه)، فتح‌الله (۱۴۱۰ق)، إفاضة القدير فی أحكام العصور، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۷۳. نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۸، بیروت، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۷۴. _____ (۱۴۱۷ق)، خاتمه المستدرک، ج ۴، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام، چاپ نخست.





بازجست و تبیین بدل حیلوله به مثابه رافع اختلال در رابطه مالک و اموال

اردوان ارژنگ*

قباد محمدی شیخی**

چکیده

هرگاه برگرداندن عین مغضوب و مضمون ناشدنی و متعذر باشد، اکثریت فقیهان ضامن را مسئول پرداخت بدل آن دانسته‌اند و آن را «بدل حیلوله» نامیده‌اند. کارکرد این بدل برطرف کردن اختلالی است که غاصب در رابطه و علقه مالک با مالش پدید آورده است. از ادله فراوانی استمداد شده تا این مدعا بر کرسی اثبات و اعتبار بنشیند. اما هرکدام از ادله، به‌تنهایی نمی‌تواند، به‌گونه‌ای کامل، همه مصادیق تعذر را دربر گیرد. فروعاً بدل حیلوله، از قبیل مالکیت بدل و مبدل، و منافع آنها، به مفاد و توان اثباتی دلیل پذیرفته‌شده بستگی و وابستگی دارد. قصد و اراده طرفین که می‌تواند ناشی از پذیرش دلیل بنای عقلاً باشد، مغفول مانده است. بدون دخالت نیت و خواست طرفین، نمی‌توان احکام یکدست و ثابتی برای بدل حیلوله یافت. با ورود بنای عقلاً، قصد و اراده طرفین جایگاه خود را می‌یابد. گزارشی تبیینی از مناسبات و ملاک حکم، ارزیابی ادله، صورت‌بندی آنها، چستی بدل، به‌ویژه مالکیت که چون عویصه‌ای رخ نموده و نیز بررسی انگاره‌های گوناگونی که برای حل آن ارائه شده، تصویر اجمالی راه پیموده‌شده است.

کلیدواژگان: بدل حیلوله، تعذر، مالک، عین غصبی، عین مضمون، قصد، مالکیت.

arzhang1345@gmail.com

gms1349@gmail.com

* دانشیار دانشگاه آیت‌الله حائری (میدان‌نویسنده مسئول)

** استادیار دانشگاه یاسوج

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۲۷

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۸/۲۴

در آموزه‌های اسلام، مالکیت افراد تا بدان پایه محترم شمرده شده که حرمت اموال مسلمان همانند حرمت خون او انگاشته شده است: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (کلینی، ۱۴۰۱ق: ج ۲، ص ۳۶۰). احکام وضعی و تکلیفی فراوانی به قصد ضمانت اجرای این آموزه مهم تشریح شده است. مثلاً استیلاى عدوانی بر مال غیر (غصب) جرم دانسته شده است؛ زیرا غاصب میان مالک و مال اختلال ایجاد کرده است. از این رو، غاصب موظف است علاوه بر برگرداندن مال مغضوب به مالک، حتی منافع ازدست رفته و تقویت شده این مدت را نیز جبران نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۳۶).

اما گاه برخی مواضع، برگرداندن عین مغضوب به مالک را ناشدنی می‌سازد. مثال معروف در فقه این است که اگر عین مغضوب، یک کِشتی باشد و این کِشتی به جهتی از دسترس خارج شود، در این حال نمی‌توان غاصب را به تحویل عین کِشتی ملزم نمود؛ زیرا چنین چیزی عرفاً ممکن نیست. از سوی دیگر، ضرر وارد شده به مالک با این الزام به امر غیرممکن جبران نمی‌شود. همچنین، نمی‌توان گفت در پی تعذر برگرداندن عین مغضوب، ضمانت غاصب برداشته شده و او دیگر تکلیفی ندارد. افزون بر این، هرچند مالک اصلی بر عین غصب شده استیلاى تام و کامل ندارد، رابطه و علقه وی و عین غصب شده کاملاً گسسته نیست و همچنان مالک آن به شمار می‌آید. فقیهان در چنین فرضی ضامن را موظف می‌دانند مثل یا قیمت عین مغضوب را به مالک بدهد. این عوض و بدل به «بدل حیلولة» موسوم و معروف است (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۱، ص ۳۳۰)؛ یعنی بدل و جانشینی که غاصب و ضامن می‌پردازد تا اختلال ایجاد شده در رابطه مالک و مالش، و فاصله پدیدآمده میان ملک و مالک جبران شود. سبب این نام‌گذاری آن است که غاصب با این عمل خود میان مال مغضوب و مالک «حائل» شده و مانع دسترسی مالک به مال خویش شده است. به دیگر سخن، بدل حیلولة ضمانتی است که از نظر مالیت و ارزش با مال مغضوب مساوی بوده و برای جبران آن چیزی است که از مالک (مغضوب‌منه) فوت شده است.

البته، این حائل شدن لزوماً در غصب اتفاق نمی‌افتد و گستره وسیع‌تری دارد.



خصوصیتی در غصب نیست که بدل حیلوله را مختص آن بدانیم؛ بلکه هر بدلی که متعهد به سبب تعذر نتواند عین آن را به مالک رد کند، بدل حیلوله است و آثار و احکام آن جاری می‌شود. برخی به این نکته تصریح کرده‌اند که تلف حکمی (مانند گم شدن و گم کردن) در حکم غصب شیء است (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۷۳). بدین ترتیب، ممکن است فردی بدون آنکه بر مال دیگری ید داشته باشد، میان وی و مالش ایجاد فاصله نماید؛ مثلاً با باز کردن درِ قفس موجب پرواز پرنده شود یا مال فرد دیگری را گم کند یا مال دیگری را از دست او رها کند و آن مال به رودخانه‌ای بیفتد یا سبب شود که مال غیر از دسترس وی خارج شود و، به گونه‌ی تسبیب، گم شود یا به سرقت برود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۷). در هریک از این مثال‌ها، بدلی که ضامن در مقام ایفای تعهد به مالک می‌دهد، بدل حیلوله است و آثار آن را در پی دارد.^۱

دانش‌واژه (اصطلاح) حیلوله در متون فقهی امامیه بعد از شیخ طوسی دیده می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۹۵؛ ابن‌زهرة، ۱۳۷۵: ص ۵۳۸؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۴۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۲۴۱). فقیهان امامیه دلیل حکم به ثبوت بدل حیلوله را جبران قطع سلطنت مالک بر مالش دانسته‌اند. شیخ طوسی نخستین فقیه امامیه است که آن را مطرح کرده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۹۵). ایشان درباره‌ی ترکیبی غصبی که گریخته، گفته است غاصب باید قیمت مرکب را به مالکش بپردازد و صاحب مرکب مالک این قیمت می‌شود؛ هرچند مرکب غصب‌شده به ملکیت غاصب در نمی‌آید و باید پس از پیدا شدن، آن را به صاحبش بازگرداند. او نتیجه می‌گیرد که پرداخت قیمت به مالک فقط به دلیل فاصله افتادن میان مالک و مالش است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۲۱۴). فقیهان پس از وی، مانند ابن‌زهرة (۱۳۷۵: ص ۵۳۸) و ابن‌ادریس (۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۴۸۶)، فشرده‌ای از مطالب ایشان در این باره را ذکر کرده‌اند و جز اجماع (که مستند شیخ طوسی نیز بوده است)، به دلیل دیگری بر وجوب پرداخت بدل حیلوله اشاره نکرده‌اند. گویی حکم به اندازه‌ای مسلم بوده است که دلیل دیگری را لازم نمی‌دانسته‌اند. همچنین، ممکن است اصلاً دلیل دیگری نزد آنان غیر از اجماع نبوده باشد. با توجه به اشکالاتی که به این حکم و دلایل آن شده، برخی به ادله و مستندات دیگری مانند قاعده‌ی لاضرر پناه برده‌اند



(انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۸). البته، عده‌ای با تأملاتی درباره مالکیت مالک بر بدل و شماری دیگر با محاجه و مناقشه در دلایل، در اصل حکم نیز تردید روا داشته‌اند (کرکی، ۱۴۱۱ق: ج ۶، ص ۲۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۱۰).

پرسش‌های پیش‌روی این نوشتار عبارت‌اند از: تعذر که مناط حکم بدل حیلوله است، چیست؟ ادله این حکم، چه صورت‌بندی و تقریری متفاوت از آنچه که تاکنون بوده است، دارد؟ قصد طرفین، چگونه گزاره‌های دیگری را به این عرصه می‌آورد؟ آیا بدل حیلوله نوعی جبران خسارت است یا نوعی تملیک؟ اگر تملیک است، به‌گونه مستقر است یا متزلزل؟

بازپژوهی و بازجستی بدل حیلوله به لحاظ مناط حکم، تقریر و صورت‌بندی نوین از ادله، ارزیابی ادله، چیستی بدل و مالکیت بدل و منافع، مسیر (راه) ماست و منابع فقهی، سرمایه استدلالی‌مان. همچنین، بیان و تبیین بدل حیلوله با ادبیات فقهی مناسب و متناسب امروزی، بایسته ترسیم‌شده این نوشتار است. امید داریم که تبیین، مصیر (نتیجه)ی این واکاوی و جستار باشد.

۱. مؤلفه‌های بدل حیلوله

باید عناصری جمع شود تا بتوان از بدل حیلوله سخن گفت. مهم‌ترین مؤلفه، تعذر رد مال به مالک است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۸). دیگر عنصر اینکه، مال عین خارجی باشد نه منفعت. سوم، مال تلف نشده، بلکه موجود باشد. وصف حیلوله مبتنی بر موجودیت عین مال در هنگام دادن بدل به مالک است وگرنه به آن بدل مال تلف‌شده گویند، نه بدل حیلوله (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۷۳). مؤلفه بعدی آنکه فردی غیر از مالک در آن مال تصرف نماید. عنصر پنجم، غیرشرعی و بی‌مجوز بودن تصرف است. سرانجام اینکه الزام شرعی به دادن بدل وجود داشته باشد. با اجتماع این عناصر و تعلق ذمه غاصب، این بدل عنوان «حیلوله» می‌گیرد و جانشین عین مال می‌شود، نه فقط جایگزین منافع آن. گفتنی است این شرایط از تحلیل ماهیت بدل حیلوله و احکام آن به‌دست می‌آید.

۲. چیستی و تنوع «تعذر»

از آنجا که موضوع و سبب بدل حیلوله تعذر بوده و در فرض تعذر است که این عنوان، خود را نشان می‌دهد، لازم است نگاهی از سر تأمل و درنگ به این مفهوم افکنده شود. تعذر به معنای این است که رساندن مال غضبی به مالک اصلی شدنی نیست. «هرگاه مال مضمونه ذاتاً ممکن‌الاداء بوده، اما به سبب مانعی خارجی، فعلاً ادای آن ناشدنی است [و تعذر رخ می‌دهد]» (امامی خوانساری، بی‌تا: ص ۱۸۳).

تعذر گاه در حکم تلف تلقی می‌شود؛ یعنی حالتی که عقلاً دستیابی به عین مغضوب امکان‌پذیر نیست (محال وقوعی). مثلاً عین مغضوب پرنده‌ای وحشی و بدون نشانه بوده و از قفس پرواز کرده است. در اینجا تقریباً و عادتاً پیدا کردن و گرفتن آن شدنی نیست (طباطبائی بروجردی، ۱۴۱۳ق: ص ۱۵۵).

گاهی تعذر، عرفی است؛ یعنی وضعیتی که عرفاً دسترسی دوباره به عین غضب‌شده ممکن نیست یا احتمال کم و ضعیفی دارد، مانند جواهری که به دریا افتاده یا کالایی که پس از غضب، مورد دستبرد قرار گرفته است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ص ۶۴۵). در این مورد، احتمال دسترسی به آن هرچند شدنی، اما ضعیف و کم است. گفتنی است اگر بازگرداندن عین مغضوب، ممکن اما همراه با سختی یا صرف و تحمیل هزینه‌های زیاد بر غاصب باشد، تعذر رخ نخواهد داد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ص ۸۵). مانند اینکه اگر فردی شیئی غضبی را در ساخت خانه‌اش به کار ببرد، صاحب آن شیء می‌تواند استرداد آن را درخواست نماید؛ حتی اگر باعث تخریب بخش زیادی از ساختمان شود.

تعذر نوع سوم، شرعی است. تعذر آنگاه شرعی است که بازگرداندن عین مغضوب، مستلزم یا همراه با یکی از محرّمات شرعی باشد؛ یعنی عقلاً و عادتاً شدنی باشد، اما به دلیل اینکه به حرام شرعی می‌انجامد، تعذر تلقی می‌گردد. مثلاً ممکن است کالای غضب‌شده‌ای نوشیدنی غیرمجاز (شراب) و متعلق به کافر باشد. بازگرداندن این کالا مستلزم امر حرام، یعنی زمینه‌سازی شرب خمر می‌شود. همچنین، ممکن است

بازگرداندن عین مغضوب باعث به خطر افتادن جان و نفس محترمی گردد، مانند جدا کردن تخته‌ای غصبی از قایقی در وسط دریا که موجب از بین رفتن و فوت انسانی می‌شود (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۱۰).

گاه می‌توان از تعذر شخصی سخن گفت. تعذر شخصی در مقابل تعذر نوعی است. اگر در مقابل تعذر نوعی رد عین، تعذر شخصی وجود نداشته باشد، ذمه غاصب به دادن بدل حیلوله مشغول نمی‌شود. چنانچه مالی به سرقت برود یا در چاهی بیفتد، رد عین عرفاً و نوعاً ممکن نخواهد بود؛ باوجود این، اگر مالی در کف رودخانه‌ای بیفتد که نوعاً دسترسی به آن ممکن نباشد، اما غاصب، شناگر ماهری باشد و بتواند مال را از رودخانه بیرون بیاورد، به نظر می‌رسد تعذر نوعی وجود دارد، اما تعذر شخصی محقق نیست. البته، باید گفت تعذر وصف شخص نیست، بلکه وصف فعل (رد) است؛ یعنی می‌گوییم رد متعذر است. از همین رو می‌توان تعذر را حتی از ناحیه مالک تصویر و تصور نمود. در مثال پیش گفته چنانچه مالک در شناگری مهارت فوق‌العاده داشته و بتواند به‌آسانی آن شیء را از رودخانه در بیاورد، تعذر تحقق نیافته است. متفرع بر همین عدم تحقق تعذر، تضمین و ضامن دانستن غاصب روا و صحیح نیست؛ زیرا شرط حکم، وجود تعذر است. در این حالت، موضوع (موضوع مع الشرط) به‌وجود نیامده و در نتیجه، حکم (ضمانت) وی نیز رخ نمی‌نماید.

به عبارت دیگر، در اینجا مالک باید مال خود را بیرون بیاورد وگرنه اقدام به اضرار به خود کرده است. مالک اجازه سوءاستفاده از حق خود را ندارد، زیرا این عمل (سوءاستفاده از حق) از نظر اخلاقی، نادرست و از جهت قانونی و شرعی، ناروا است. پس آنچه مهم است و موضوعیت دارد، دسترسی مالک به عین و حق خویش است: چه توسط غاصب باشد یا شخص ثالث یا حتی به‌دست خود مالک.

تعذر می‌تواند موقت یا غیرموقت باشد. تعذر موقت را می‌توان همانند عدم تعذر (متعذر نبودن) دانست. از همین رو، برخی از فقیهان، تعذر بسیار کوتاه‌مدت را موجب الزام به پرداخت بدل ندانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۶).

۳. درنگی در ادله

پرداخت «بدل حیلوله» وظیفه و تکلیفی است که باید مدلل و موجه باشد. برای توجیه و مدلل ساختن این حکم، ادله‌ای ذکر شده است. گفتنی است اختلاف‌نظر فقیهان در استناد به ادله، تفاوت‌هایی را در فتواهای صادرشده در پی داشته است. بخشی از باورهای دانشوران عرصه فقهت به سعه و ضیق، و به فراخ و تنگ دیدن دلالت ادله بستگی و وابستگی دارد.

۳-۱. قاعده ضمان ید

بر پایه روایت مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» (نوری، ۱۴۰۹ق: ج ۱۴، ص ۸)، کسی که بر مال دیگری استیلا پیدا می‌کند، تا هنگامی آن را تحویل نداده، ضامن است. اگر کسی به گونه عدوانی بر مال دیگری ید و استیلا پیدا کند، بی‌شک، موظف به برگرداندن آن است و صرف متعذرالوصول شدن آن نمی‌تواند تکلیف او را مرتفع کند. حتی اگر شک شود که آیا او ضامن بدل هست یا نه، می‌توان ضمان و مسئولیت وی را استصحاب نمود؛ یعنی غاصب ضامن برگرداندن عین غصب‌شده است، اما از آن رو که استرداد عین غصبی ممکن نیست، باید مثل یا قیمت را برگرداند.

صورت‌بندی و تقریر دیگری از مدلول روایت، به این شرح ممکن است: آنچه غاصب بر آن ید پیدا کرده (ما أخذت)، مال است. هر مالی نیز دارای سه سویه (جهت) و حیثیت است: شخصی، نوعی، مالی. این جهات و حیثیات، در واقع، تحلیل عرفی ذمه است؛ یعنی عرف ذمه غاصب را در سه جهت، ضامن و مدیون می‌داند. اگر به دلیل متعذرشدن عین، پرداخت و ادای حیثیت شخصی (شیء با همان مشخصات خارجی و محقق‌شده) ممکن نباشد، مسئولیت درباره دیگر حیثیات (نوعی و مالی) به قوت خویش باقی است و با پرداخت بدل، جبران می‌شوند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۵).

مخالفان، این استدلال و استناد را بر نمی‌تابند. ایشان روایت را دچار ضعف سند می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۸) و در اصل وجود عمل فقیهان امامیه که می‌تواند ضعف سند را جبران کند نیز به محاجه و مناقشه پرداخته‌اند؛ یعنی اشکال صغروی و



مصادقی هم وارد کرده‌اند (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۰۷).

افزون بر آن، حتی با چشم‌پوشی از اشکالات سندی، مدلول روایت آن اندازه وسیع و فراخ نیست که همه موارد را فرا گیرد. گستره روایت چندان اجازه میدان‌داری نمی‌دهد. قدر مسلم و فهم عرفی از متن و مضمون روایت آن است که هرگاه کسی بر مال دیگری استیلا و تسلط یافت، وظیفه دارد همان (عین مال) را بازگرداند. به عبارت دیگر، روایت به عین مال انصراف دارد، نه به بدل. با تمسک به تحلیل عقلی یا عرفی مفهوم ذمه هم نمی‌توان لزوم بدل را نتیجه گرفت؛ زیرا برخلاف ظاهر حدیث است. از دلالت روایت، بایستگی جبران خسارت را می‌توان فقط در حالت معیوب شدن عین و آسیب دیدن آن استنباط کرد، نه در صورت انقطاع ید (امام خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۵؛ خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۰۷). برخی برای حل این مسئله، ذمه و ضمان را موضوعی عرفی و عقلایی دانسته و بر این باورند که عرف در هنگام تعذر عین، مسئولیت را در پرداخت بدل می‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۱).

اما این رأی و باور، برکنار از فتور و ضعف نیست. چنین ادعایی ثابت نیست و دلیل مناسب و مکفی را به‌همراه و برای پشتیبانی خود ندارد؛ زیرا نمی‌توان گفت عرف در فرض تعذر عین، غاصب را ضامن منافع عین می‌داند؛ افزون بر آن، این‌گونه استدلال کردن، تغییر دادن دلیل از قاعده ضمان ید به بنای عقلاست. اکنون سخن بر سر مدلول و توان اثباتی روایت «علی الید» و قاعده ضمان ید است، نه درباره دلالت بنای عقلا.

۳-۲. قاعده اتلاف

بر پایه قاعده اتلاف، اگر فردی مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است (من أتلّف مال الغير فهو له ضامن). فقیهان بر این قاعده اجماع دارند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۲۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ص ۴۵). بهره‌گیری از قاعده اتلاف به‌منظور اثبات بدل حیلوله، مبانی ویژه‌ای دارد. یکی این است که تلف مفهومی عرفی تلقی می‌شود. اگر عرف تعذر را همان تلف (تلف حقیقی) نداند، بی‌شک آن را در حکم تلف (تلف حکمی) می‌داند. متفرع بر این تلقی، غاصب باید بدل را بپردازد.

این استناد بر پایهٔ درک عرفی و برای دلیلیت قاعدهٔ اتلاف است ولی دچار آسیب می‌باشد؛ زیرا هرچند مفهوم تلف عرفی است و نه شرعی، اما اینکه تعذر عین در حکم تلف باشد، ادعایی است نیازمند دلیل و محتاج اثبات. بیش از این نمی‌توان گفت در مواردی که عین دست‌یافتنی نیست یا امید دست‌یابی به آن هم وجود ندارد، عرف آن را در حکم تلف می‌داند. با وجود این، در مثال معروف فقهی (تختهٔ چوبی غصبی به‌کاررفته در قایق) درحالی‌که قطعاً عرف آن را در حکم تلف نمی‌داند، فقیهان به بدل حیلوله رأی می‌دهند. از همین رو، این مورد و رأی به بدل حیلوله با این قاعده و با مبنای پیش‌گفته سازگار نیست. بنابراین، قاعدهٔ اتلاف از اثبات همهٔ موارد بدل حیلوله قاصر و عاجز است. اشکال دیگر اینکه در این صورت (در صورتی که تعذر عین در حکم تلف باشد)، آنچه غاصب به مالک می‌پردازد، عنوان بدل حقیقی به خود خواهد گرفت نه عنوان و نام بدل حیلوله. روشن است که بدل حقیقی، عنوانی خاص است و بدل حیلوله، عنوانی دیگر.

مقدمه یا مبنای دیگری هست که بیانگر دلالت قاعدهٔ اتلاف بر بدل حیلوله است: در این قاعده، علت و موضوع ضمان، تلف شدن عین نیست بلکه صرف انقطاع ید مالک است. چه کالایی تلف شود و چه وصول به آن متعذر شود، می‌توان غاصب را موظف به پرداخت بدل دانست (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۱).

در بررسی این تحلیل باید گفت، این سخنی است که به دلیل نیاز دارد و نمی‌توان آن را بدون سند و مدرک پذیرفت. به نظر می‌رسد این تحلیل بیش از آنکه مستدل و مدلل باشد، ذوقی است. به همین جهت، پذیرفتن آن دشوار است (همو، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۶). مشهور فقیهان موضوع قاعدهٔ اتلاف را صرف تلف دانسته‌اند، نه قطع ید مالک. نام‌گذاری قاعده به همین نام و عنوان «اتلاف» نشانگر موضوعیت تلف است، نه چیز دیگر. ضمن آنکه نمی‌توان منکر شد که تلف و اتلاف آثاری دارد. شاید نزدیک‌ترین اثر آن قطع ید مالک باشد. بلی، در غصب، اولاً و بالذات، صرف قطع رابطهٔ یدی موجب ضمان و مسئولیت غاصب است؛ اما در قاعدهٔ اتلاف، آنچه اولاً و بالذات به‌وجود می‌آید، انقطاع ید نیست، بلکه اتلاف است. افزون بر آن، به‌فرض درستی این سخن، باید انتظار پیامدی ناگوار داشت: حتی در فرضی که غاصب مالی را مدتی غصب نموده و باعث انقطاع ید به‌گونهٔ



موقت و محدود شود، می‌بایست او را ضامن پرداخت بدل برای این مدت بدانیم. چراکه براساس این سخن، عنوان ضمان بر انقطاع ید بار شده که در اینجا رخ داده است؛ درحالی‌که التزام هیچ فقیهی به این حکم و پذیرشش گزارش نشده است، بلکه غاصب مسئول و ضامن منافع عین دانسته شده است. شایان ذکر است در جایی که عرف، تعذر را در حکم تلف بداند، قاعده اتلاف می‌تواند بدل حیلوله را ثابت نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۷؛ اراکی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۱۶۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۶، ص ۴۴۸).

۳-۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر دلیل دیگری است که برای اثبات بدل حیلوله به کار گرفته شده است. تقریر و صورت‌بندی این دلیل چنین است: اگر رد بدل در فرض تعذر عین لازم نباشد، به ضرر مالک تمام می‌شود. حکم ضرری نیز در شریعت اسلام نفی شده است. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت حکم به پرداخت بدل، حکمی شرعی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۴۲۹). استناد به این قاعده می‌تواند در قالب قیاس منطقی صورت‌بندی شود: عدم لزوم رد بدل در فرض تعذر عین موجب ضرر به مالک است (صغری)؛ هرگونه ضرر در اسلام نفی شده است (کبری)؛ پس عدم لزوم رد بدل نفی شده و پذیرفته نیست (نتیجه). بنابراین، لزوم رد بدل (بدل حیلوله) ثابت می‌شود. گفتنی است این استدلال وقتی پذیرفتنی است که دو مینا ثابت شود:

نخست اینکه قاعده لاضرر نه تنها رافع حکم باشد، بلکه بتوان به استناد آن، اثبات حکم نیز کرد؛ یعنی باید ثابت شود و بپذیریم که لاضرر می‌تواند حکمی را ثابت کند. درباره بدل حیلوله، قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند (وجوب پرداخت بدل) نه رفع حکم. اما برخی از فقیهان چنین سخنی را نپذیرفته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۶؛ خوئی، ۱۳۷۷ق: ج ۳، ص ۲۰۴). به‌باور مشهور فقیهان، قدرت لاضرر در نفی حکم ضرری است، نه در اثبات حکم. وجوب پرداخت بدل از مقوله حکم اثباتی و اثبات حکم است، نه نفی حکم. اگر بخواهیم به کمک لاضرر، وجوب پرداخت بدل را ثابت کنیم، باید پیش‌تر پذیرفته باشیم که لاضرر، افزون بر نفی حکم، قدرت و مأموریت اثبات حکم را نیز دارد.

مبنا و پیش فرض دوم برای استناد به لاضرر این است که نفی ضرر از مالک، منحصر در پرداخت بدل دانسته شود؛ یعنی امکان جبران ضرر مالک از هیچ راه دیگری فراهم نباشد. مبنای دوم، سنگ بنایی است که وجودش شرط پرداخت بدل است. بنابراین، با این دو مقدمه و دو پیش فرض اثبات شده (یکی قدرت و توان اثباتی لاضرر و دیگری انحصار نفی ضرر در پرداخت بدل)، قاعده لاضرر، همراه با اثبات حکم، ماهیت بدل را نیز مشخص می نماید. به نظر می رسد اثبات مقدمه نخست بی اندازه دشوار باشد و با مبنای شناخته شده فقیهان سازگار نیست. کسانی که قاعده لاضرر را قادر به اثبات حکم نمی دانند، نمی توانند برای اثبات بدل حیلوله به قاعده یاد شده تمسک کنند؛ هر چند برخی از فقیهان، مفاد قاعده لاضرر را اعم از اثبات یا رفع حکم دانسته اند (مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۷).

مقدمه دوم خدشه و اشکال دارد، زیرا جلوگیری از تضرر مالک در پرداخت بدل منحصر نیست؛ چراکه این ضرر را با دادن منافع عین و نیز مصالحه و راه های دیگر نیز می توان جبران نمود و دلیلی وجود ندارد که قاعده لاضرر، به طور ویژه، فقط پرداخت بدل را متعین کرده و اثبات نماید (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۵).

از آن رو که لاضرر از عناوین ثانویه است، استناد به آن در رتبه بعد از دلالت مفهومی و منطوقی ادله لفظی است؛ یعنی اگر دلالت ادله دیگر بر بدل حیلوله پذیرفته نشود، نوبت به عناوینی همچون لاضرر می رسد؛ چون در غیر این صورت، اصولاً ضرری متوجه مالک نخواهد بود تا به موجب لاضرر برداشته شود (تبریزی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۸۹).

۳-۴. قاعده سلطنت یا تسلیط

قاعده سلطنت یا تسلیط (مراغه ای، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۸) دلیل دیگری است که برای اثبات و اعتبار بدل حیلوله به مدد طلبیده شده است. قاعده یاد شده برگرفته از روایت نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» (احسائی، ۱۴۰۵ق: ج ۱، ص ۲۲۲) است. تقریر و صورت بندی استناد و استدلال به آن برای اثبات بدل حیلوله چنین است: بر پایه روایت، مردم بر اموال خود مسلط هستند. حال اگر کسی موجب شود بین ملک و مالک جدایی افتد، این سلطنت مشروع را از مالک سلب کرده است. به همین جهت، مالک حق دارد جبران سلطنت

سلب‌شده خود را از او بخواهد که منوط به پرداخت بدل حیلوله است. حکایت دیگری از صورت‌بندی وجود دارد: اگرچه سلطنت مالک بر عین مال از بین رفته است، استیلائی او بر مالیت آن به قوت خویش باقی است و مالک می‌تواند با تمسک به این حق، از ضامن طلب بدل نماید (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۸).

مخالفان مستند قاعده مذکور را روایتی ضعیف می‌دانند و حتی بر این باورند که معلوم نیست ضعف آن به‌وسیله عمل اصحاب جبران شده باشد؛ یعنی آن را برکنار از اشکال صغروی و مصداقی تلقی نمی‌کنند (خوئی، ۱۳۷۷ق: ج ۳، ص ۲۰۶). به‌باور ایشان، این قاعده هم ضعف سندی (ضعف درونی) دارد و هم جابرِ ضعف (تقویت‌کننده بیرونی) ندارد؛ به بیان دیگر، از درون دارای آسیب است و از بیرون رافع آسیب ندارد. افزون بر این، مفاد این قاعده، گزاره‌ای سلبی است، نه گزاره‌ای ایجابی و ایجادی. به دیگرسخن، مضمون قاعده آن است که مالک می‌تواند از استفاده دیگران از مال و کالای خود جلوگیری نماید، نه آنکه سلطنت از دست‌رفته خود را به‌وسیله بدل جبران نماید (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق: ص ۱۹۸؛ حجت کوه‌کمره‌ای، ۱۴۰۹ق: ص ۲۱۲). افزون بر اشکالات یادشده، حتی می‌توان ادعا کرد که این قاعده، نه تنها لزوم بدل را ثابت نمی‌کند، بلکه نافی آن هم هست. به عبارت دیگر، به‌جای اینکه دلیل یاریگر (له) باشد، دلیل مزاحم (علیه) شده است؛ با این توصیف که ضامن با استناد به این قاعده می‌تواند مالکیت مالک عین بر بدل را نفی نماید، چون قاعده سلطنت اقتضا می‌کند که بدل در استیلا و تسلط مالک اصلی خود (ضامن) باشد (امام خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۴). همچنین، به‌موجب این قاعده، هرگاه مالکیت یک نفر بر عین، مسلم و قطعی باشد، او بر آن عین تسلط خواهد داشت و نمی‌توان به‌وسیله همین قاعده، ملکیت بر آن مال را برای فرد دیگری ثابت کرد؛ به بیان دیگر، قاعده نمی‌تواند برای خود موضوع‌سازی کند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۴۲۷). اشکال دیگر این است که به‌فرض پذیرش دلالت قاعده تسلیط بر تعذر عین، نمی‌توان آن را منحصر در پرداخت بدل کرد؛ بلکه از راه‌های دیگری نیز می‌توان سلطنت از دست‌رفته مالک را جبران کرد، مانند اجبار و الزام به مصالحه یا بیع و فروش آن به ضامن (همان، ص ۴۲۸). به دیگرسخن، در فرض تعذر عین، انحصاری در پرداخت و دادن بدل نیست؛ بلکه راه‌های دیگری قابل‌تصور است که هیچ منع شرعی هم ندارند.

۳-۵. بنای عقلا

بنای عقلا یکی از دلایل اثبات بدل حیلوله است. بدین معنا که خردمندان و عقلای جامعه هنگامی که عین مضمون و مغضوب متعذرالوصول شد و دستیابی به آن ناممکن، غاصب را ضامن و مسئول پرداخت «بدل» می‌دانند و شرع مقدس نیز این رویه عقلایی را ردع و رد نکرده است (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۴۸۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۳۶)؛ به‌ویژه با عنایت به اینکه بخش قابل توجهی از احکام حوزه معاملات امضایی‌اند و داب و بنای شارع در این موارد تأیید روش‌های عقلایی بوده است. می‌توان گفت با پذیرش دلالت ادله پیشین به این دلیل نیازی نیست. این‌گونه نیست که در هر موردی که عین مضمون متعذر باشد، عرف و عقلا به وجوب پرداخت بدل حکم دهند. به سخن دیگر، حکم عقلا به پرداخت بدل نه مطلق است و نه عام و فراگیر؛ بلکه ایشان راهکارهای گوناگونی را پیش‌روی می‌نهند: مثلاً ممکن است ضامن را مسئول پرداخت منافع عین تا زمان استرداد عین بدانند؛ به‌ویژه اگر آن عین از کالاهای قیمی بوده یا مالک به هیچ‌روی، غیر از ملک و عین مال خود، چیز دیگری را نپذیرد. شایان ذکر است روایاتی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۱۴۱) که بر ضامن بودن امین در صورت تفریط و رבוده شدن عین دلالت دارند نیز دلیلی بر وجوب پرداخت بدل از سوی ضامن تلقی می‌شود. البته، نمی‌توان با تمسک به آنها همه موارد تعذر عین را موجب ثبوت بدل حیلوله دانست؛ زیرا قدرمتمیقن مدلول روایات ذکر شده در جایی است که مالک نوعاً از پیدا شدن عین ناامید می‌شود، مانند جایی که عین به سرقت رفته است (مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۶).

۳-۶. ارزیابی ادله

در ارزیابی و بررسی ادله به‌نظر می‌رسد بنای عقلا اشکالات و عوارض کمتری داشته و می‌تواند فراگیرتر باشد. باقی ادله یا اساساً فاقد دلالت‌اند و بر مقصود و مطلوب دلالتی ندارند یا اینکه به‌گونه‌ای محدود، واجد دلالت هستند و تنها در برخی حالات (مانند آنکه عین در ید ضامن باشد یا تعذر به‌گونه‌ای باشد که عرفاً تلف به‌شمار آید) می‌توان به آنها استناد و استدلال نمود.

۴. عوامل مؤثر بر ماهیت بدل حیلوله

به نظر می‌رسد بدل حیلوله چیزی همانند شیء غصب‌شده یا بهاء و ارزش آن باشد. با این توضیح که مالی است دارای اوصافی مشابه با عین مغضوب؛ منظور از بدل نیز همان مثل یا قیمت مال غصبی است. افزون بر این، بدل حیلوله را می‌توان خسارت عدم انجام تعهد به دست غاصب دانست. او موظف است عین کالای غصبی را بدهد، اما با عدم دسترسی به آن، بدل خسارتی است که پرداخت می‌کند تا تعهد به مالک اصلی را ایفا کرده باشد. علاوه بر آن، بدل جانشین عین مال می‌شود، نه فقط جایگزین منافع آن. طبق مباحث پیشین، برای اثبات بدل حیلوله هیچ دلیل کامل و بی‌چون و چرایی جز بنای عقلا بیان نشده است. در واقع، ادله‌ای که ذکر شده‌اند، نقش توجیه‌گر این حکم را دارند. عقلا نیز در همه موارد، حکم یکسانی ندارند. مثلاً میان تعذر کوتاه‌مدت و بلندمدت تفاوت می‌گذارند. چه بسا در برخی موارد، مالک را میان تادیبه منافع توسط ضامن یا اخذ بدل یا مصالحه مخیر بدانند؛ یعنی قصد و اراده او را دخیل می‌دانند.

بسیاری از مسائل مترتب بر بدل حیلوله به دلیل اثبات‌کننده‌شان در شریعت بستگی و وابستگی دارند، از جمله ماهیت بدل حیلوله و نیز مالکیت آن. گفتنی است هرگاه تعذر به گونه‌ای باشد که عرفاً تلف تلقی شود، قاعده اتلاف می‌تواند ثابت‌کننده بدل باشد. حتی چنین موردی تخصصاً از عنوان بدل حیلوله خارج دانسته شده است (نائینی، ۱۳۱۳ق: ج ۱، ص ۳۷۲). با وجود این، اگر تعذر در نظر عرف، تلف به‌شمار نیاید و در صورتی که ضامن بر آن ید داشته است، می‌توان به وجوب پرداخت بدل حیلوله رأی داد. این حکم بر پایه نظر برخی است که مفاد قاعده ضمان ید را ضامن بودن غاصب در فرض تعذر نیز دانسته‌اند. در مقابل، ممکن است ضامن بر عین ید نداشته باشد، مانند جایی که فردی در قفس پرنده‌ای را باز کرده و پرنده پرواز کرده است. در این صورت، عده‌ای با استناد به قواعدی مانند لاضرر، در اثبات وجوب پرداخت بدل کوشیده‌اند.

اما افزون بر ایراداتی که هریک از ادله دارد، آنچه که نادیده و مغفول مانده است، بی‌توجهی به قصد طرفین است. تعذر دارای مصادیق متنوعی است و هیچ‌یک از ادله و قواعد فقهی همه موارد آن را دربر نمی‌گیرد. گاه بر یک مصداق آن نیز چند قاعده

همپوشانی دارند؛ درحالی که احکام هریک با دیگری متفاوت است. بنابراین، عملاً نمی‌توان حکم یکسان داد و همه موارد را ذیل آن درآورد. به بیان دیگر، نمی‌توان به گونه‌ای مطلق و فارغ از هر قید و بی‌توجه به نوع تعذر به گفت‌وگو نشست که ماهیت بدل حیلوله چیست و ملکیت آن متعلق به چه کسی است. بلکه باید با دقت در مسئله و با تأمل در قصد طرفین، مسئله و موضوع را تبیین نمود. مثلاً ممکن است مالک در ازای اخذ بدل، عین متعذر را به غاصب تملیک کند. این قصد و عمل در موردی تحقق‌یافتنی است که صاحب مال از دست یافتن به عین ناامید شده باشد. همچنین ممکن است مالک بدل را تنها به منظور استیفای منافع در اختیار بگیرد؛ مانند وقتی که مدت تعذر عرفاً کوتاه‌مدت است و مالک، مال دیگری را به جای آن نمی‌پذیرد و در همین مدت نیز به استناد حق تضییع‌شده خود، یعنی عدم استیلائی کامل بر عین مغضوب، خواهان در اختیار داشتن بدل برای استفاده از منافع آن باشد. گزینه دیگر مالک این است که می‌تواند با غاصب مصالحه نماید که تا زمان پیدا شدن عین، بدل در زمره اموال خودش باشد و پس از پیدا شدن عین (در صورتی که بدل در اختیار او باشد) هریک از بدل و عین اصلی به مالکان اولیه خود برگردند.

اگر این سخن پذیرفته شود، مباحثی مانند جبران منافع عین اصلی یا جواز و لزوم عقود واقع‌شده بر بدل، تابع قصد طرفین خواهند بود. اصولاً مالک می‌تواند به جای اخذ بدل، تا زمان پیدا شدن عین صبر کند و منافع آن را از غاصب بگیرد یا راه‌های دیگری به اراده و قصد طرفین در پیش گرفته شود که برخی از این راه‌ها ذکر شد. اما اگر با تمسک به ادله ذکرشده، به قصد و گستره عملکردی مالک توجهی نشود، آنگاه این پرسش‌ها پاسخ خود را می‌طلبند: مالک بدل چه کسی است؟ اگر معامله‌ای بر آن واقع شود، چه حکم و احکامی خواهد داشت؟

۵. عویصه مالکیت

اگر بدل حیلوله به مثابه امری ثابت، نه تابع قصد طرفین، پذیرفته شود، آنگاه چند مسئله رخ می‌نماید. پاسخ به هر کدام از آنها به نوع نگاه به ادله بستگی دارد (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳،



ص ۲۱۴). پیداست که دو شیء در میان است: یکی عین اصلی که غصب شده و اکنون دست یافتن به آن متعذر شده است و دیگری بدل حیلوله. اکنون پرسش این است آیا مالک اصلی پس از گرفتن بدل، مالک آن نیز می‌شود؟ در این صورت، مالک عین اصلی (کالای غصبی) کیست؟

۵-۱. انگاره‌ها

برخی می‌گویند مالک بدل همان مالک نخستین است؛ به دلیل اینکه وی در ازای عین ازدست‌رفته، مالک بدل شده است. دیدگاهی نیز بر آن است که مالک عین اصلی (مالک نخستین)، هم مالک بدل است و هم مالک عین مغضوب. گویی این نظر مشهور فقیهان است که مالک عین متعذرالوصول پس از دریافت بدل حیلوله، مالک هردو می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۹؛ حکیم، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۶۴). چرایی مالکیت وی بر عین، مستند به استصحاب است. تعذر برگرداندن عین، موجب زوال مالکیت قطعی پیشین نمی‌شود؛ اما مالکیت بر بدل به استناد قاعده لاضرر و به قصد رفع ضرر از مالک است (بلاغی نجفی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۲). با استصحاب، مالکیت او بر عین غصبی ثابت می‌شود و به مدد قاعده لاضرر، مالکیتش بر بدل.

۵-۲. تنگناها و راه‌حل‌ها

تأملی، نه حتی چندان دقیق، روشن می‌کند که انگاره فوق در تنگنای جمع عوضین (جمع بین عوض و معوض) گرفتار است. یعنی اگر مالک اصلی، هم مالک بدل و هم مالک عین متعذرالوصول باشد، آنگاه جمع بین عوضین رخ داده و او مالک عوض و معوض (هردو) شده است (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۶۷۳). راه‌حل‌های گوناگونی برای حل این مشکل پیش‌روی ماست:

۵-۲-۱. راه‌حل نخست

یک راه برطرف کردن مشکل این است که گفته شود عین اصلی به ملکیت غاصب درآمده است. اما این نظر به‌گونه‌ای صورت مسئله را تغییر داده و گویی آن را پاک کرده است.

افزون بر آن، پیامد ناپذیرفتنی و مشکل جدیدی به وجود می‌آید: انتقال ملکیت راه‌های معروف و پذیرفته‌شده‌ای دارد و اصولاً غصب را نمی‌توان از اسباب ملکیت دانست. هیچ دانشور و حتی هیچ فقه‌آشنایی غصب را مالکیت‌ساز ندانسته است.

۵-۲-۲. راه‌حل دوم

برخی دیگر بر این باورند که مالک عین مغضوب فقط حق تصرف در بدل را دارد و برای او حق اباحه مطلق به وجود آمده است نه مالکیت. اگر این تلقی به قصد رفع مشکل جمع عوضین ارائه شود، باید اعتراف کرد که مؤثر است؛ زیرا مالک عین، دیگر مالک بدل نیست که جمع بین عوضین رخ داده باشد. اباحه مطلق حتی نسبت به تصرفات متوقف بر ملکیت از آغاز پرداخت بدل ممکن نیست؛ مگر اینکه مباح‌له (مالک اصلی) مالک مال شود. این بدل نوعی غرامت است که به مالک اصلی تملیک می‌شود و این تملیک با مالکیت غاصب نسبت به عین مغضوب ملازمه‌ای ندارد. اجتماع ارش و عین معیوب نیز مشابه این وضعیت است: هر دو به ملکیت مالک اصلی درمی‌آیند و در غیر این صورت، یعنی اگر مالک بر مال پرداخت شده مالکیت نیابد، کالایی که متعلق به او بوده و ضرری که به وی رسیده، جبران‌ناشده باقی می‌ماند. نتیجه آنکه، راه جبران ضرر، در مالکیت مالک بر بدل است.

اما اشکالاتی متوجه این تفسیر است. مثلاً اگر مالک عین را مالک بدل ندانیم، رغبت دیگران به خرید آن بدل از بین می‌رود. این پیامد به ضرر مالک است و با مفاد و مدلول قاعده لاضرر سازگار نیست (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۷؛ بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۶). اشکالات دیگری نیز مانع اعتبار و اثبات این نگرش می‌شوند. یکی این است که رد بدل حیلوله گونه‌ای تعهد و تکلیف غاصب است درمقابل مالک کالای غصبی. درواقع، این حق مالک عین مغضوب است که بدل حیلوله را از غاصب بخواهد؛ درحالی که در نگرش اباحه، اختیار اجرا و تحقق بخشیدن به عمل اباحه در دست مالک (مُبیح) است و این با روح و ماهیت تعهد سازگار نیست. فرض این که فردی در صورت مطالبه صاحب حق، مجبور شود مال خودش را به وی اباحه نماید، منتفی است و با فلسفه اباحه همخوانی ندارد. در اباحه تصرف، لزوم و الزامی در کار نیست و در هر

زمانی که مبیح بخواهد، می‌تواند مانع تصرف شود. این در حالی است که در فرض ما، دادن بدل حیلوله با درخواست مالک الزامی شده و قطع رابطه مالک با آن، تنها در صورت استرداد کالای غصبی به مالک، شدنی است، نه هروقت که غاصب اراده نماید. ضعف دیگر این است که مبنای این سخن و نگرش، الزام به تدارک کامل سلطنت مالک انگاشته شده و راه رسیدن به آن نیز اباحه مطلق دانسته شده است. اما باید گفت تدارک و جبران کامل سلطنت مالک با دادن سلطنت و اعطای اختیارات به وی محقق می‌شود. بر این حالت نمی‌توان نام اباحه نهاد؛ بلکه فقط با تملیک، این مقصود عملی خواهد شد.

افزون بر آن، در جبران ضرر، قصد این است که وضعیت متضرر در حد توان به حالت پیش از ورود ضرر برگردد. از سویی، غاصب باعث شده که مالک استیلا و تسلط خود را بر عین مغضوب را از دست بدهد: به‌گونه‌ای که او را از تصرفات شرعی بر عین مغضوب محروم نموده و مالکیتش را بی‌ارزش و فاقد اثر کرده است. بنابراین، برای جبران این عمل باید بدل آن را به وی تملیک نماید تا وضعیت مالک به موقعیت پیش از غصب برگردد. فلسفه جبران ضرر اباحه را اقتضا نمی‌کند؛ بلکه امری فراتر از اباحه و معادل مالکیت (یا همان مالکیت) را می‌طلبد. مگر مالک، پیش از غصب اموالش، فقط اباحه انتفاع داشته که اکنون تنها منفعت بر وی مباح شود؟ عدالت و انصاف این حکم را بر نمی‌تابد. مالک عین غصبی، پیش از غصب می‌توانست مال خود را بفروشد، اجاره دهد یا رهن دین خود قرار دهد؛ اما چنین اختیاراتی از طریق اباحه ممکن نیست. علاوه بر این موارد، بدل باید جایگزین عین مال شود نه فقط منافع؛ درحالی که در نظریه اباحه انتفاع، بدل فقط جایگزین منافع می‌شود، نه عین مال. ناسازگاری این دیدگاه با روح قانون و فلسفه حکم، دردی بی‌درمان است.

ضعف دیگر این نگرش، همانند دانستن آن با داستان اجتماع ارش و عین معیوب است. در این قصه، مالک هم ارش می‌گیرد و هم عین معیوب را. از آن نتیجه می‌گیرند که جمع عوضین، در همه‌جا ممنوعیت ندارد و در برخی موارد شدنی است. اما در پاسخ باید گفت ارش، جبران‌کننده نقصان و کسری عین معیوب است و در کنار عین معیوب آنچه را که مقصود طرفین بوده است، تکمیل می‌کند. درحالی که طبق این نگرش، مالک

عین مغضوب، مالک بدل هم شده است. اگر عین مغضوب دوباره در دسترس قرار گیرد، باز مالک حق دارد آن را از غاصب بگیرد و این یعنی استفاده بدون جهت؛ زیرا هم بدل را در ملکیت خود دارد و هم عین مغضوب که در ملکیت وی بوده و هست. از همین رو، اگر عین مغضوب نیز آسیب ببیند، غاصب متعهد به جبران خسارت است، نه دادن بدل. به همین سبب، پذیرفتن این نظریه چاره اشکال جمع میان عوض و معوض نیست و آن را بر طرف نمی‌کند.

۵-۲-۳. راه حل سوم

گزینه دیگر معاوضه قهری و ناخواسته است: به محض تحویل بدل، میان بدل و عین مغضوب معاوضه قهری رخ می‌دهد؛ یعنی به گونه قهری و ناخواسته، بدل به ملکیت مالک اصلی و عین غصبی به ملکیت غاصب درمی‌آید. اشکال این تلقی در این است که چنین معاوضه‌ای، نه دلیل عرفی دارد و نه فهم عرف به آن مدد می‌رساند و نه مورد قصد بوده است (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۴۷؛ نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۷۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۹). معاوضه قهری که به قصد اثبات مالکیت ارائه می‌شود، فاقد دلیل قانع‌کننده‌ای برای تملیک عین غصبی به غاصب است.

اشکال دیگر این است که در معاوضه، باید کالاهای موردنظر در مقابل هم ردوبدل شوند و «عملیات ردوبدل» صورت پذیرد. حال آنکه در این فرض، یقین به پیداشدن عین وجود ندارد یا معلوم نیست در دسترس قرار گیرد. این یعنی یکی از عوضین غایب است و مبادله نمی‌شود. در صورتی که معلوم شود که عین از بین رفته، بی‌شک، معاوضه باطل است. به عبارت دیگر، معاوضه مستلزم وجود دو عوض است و در اینجا تنها یک عوض وجود دارد. بطلان معاوضه یعنی اینکه بدل حیلوله باید به مالک سابق آن (غاصب) مسترد شود. التزام به این پیامدها ممکن نیست؛ چراکه برخلاف مصلحت و مغایر با فلسفه تضمین حق مالک است.

علاوه بر آن، پذیرش این دیدگاه، ترغیب و تشویق به عمل ناروای غصب را در پی خواهد داشت. ممکن است فردی تمایل داشته باشد مالی را از دیگری خریداری کند ولی او نمی‌خواهد بفروشد. در این حالت، فرد نخستین و راغب به معامله، به پشتوانه این



نگرش، می‌تواند مال مورد نظر را غصب کرده و آن را از دسترس خارج نموده تا بدل آن را به مالک بپردازد. او با این کار از طریق غصب، به هدف خود می‌رسد. بنابراین، پیامد این نظریه به‌جای تضمین حق مالک، تشویق تجاوز به حق وی خواهد بود.

۵-۲-۴. راه حل چهارم

برای رفع مشکل جمع عوضین، می‌توان چاره «ملکیت متزلزل» را نیز پیشنهاد کرد: مالک نخستین، به‌گونه متزلزل و غیرمستقر (نه مالکیت قطعی و دایم)، مالک بدل می‌شود؛ در مقابل، ملکیت متزلزل غاصب نیز بر عین رسمیت می‌یابد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۲، ص ۲۰۱). درنگ و دقت، انگاره ملکیت متزلزل را متزلزل می‌بیند؛ یعنی نگرش ملکیت متزلزل خود متزلزل است. این نظریه نمی‌تواند مقصود شارع و فلسفه جبران ضرر را محقق نماید. جبران خسارت، به‌قصد و انگیزه اعاده وضع سابق و پیشین متضرر است. ضرر وارد شده، بی‌ارزش شدن مالکیت مالک بر اثر عمل غاصب است. راه جبران و اعاده به وضعیت پیشین، تملیک بدل به مالک عین است. به دیگر سخن، مالکیت متزلزل شَبَحی از مالکیت است. این شیخ و سایه قادر نیست اختیارات فراوانی را که حق هر مالکی است، به وی عطا کند. مشکل غرر، پیامد دیگر این دیدگاه است. تزلزل مالکیت، مدت زمان معینی لازم دارد که مالکیت، بعد از آن زمان، مستقر و قطعی شود، نه اینکه خود استقرار، احتمالی و مبهم باشد. اگر آن مدت زمان معین و مشخص وجود نداشته باشد، غرر پدید می‌آید که ناروایی آن از مسلمات فقهی است. افزون بر آن، اصل نخستین در عقود، استقرار است و تزلزل، نیازمند دلیل و اثبات است.

۵-۲-۵. راه حل پنجم

گزینه و راه حل دیگر این است: جمع بین عوضین فقط در معاملات جایز نیست و در این موضوع، معامله‌ای رخ نداده است (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۵؛ نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸). باور به اینکه مالک عین بر آن هیچ تسلطی ندارد و از دسترس او خارج است که مستلزم همزمانی تسلط و مالکیت عوض و معوض باشد، برای این است که مشکل جمع بین عوضین برطرف شود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۴۷).

۵-۲-۶. تحلیل راه‌حل‌ها در پرتو ادله

هرچند راه‌حل‌های گوناگون و پرشماری ارائه شد، روشن است که همه آنها در یک رتبه و دارای ارزش یکسانی نیستند. پاره‌ای تقدم دلّالی دارند و برخی دارای پیامدهای ناپذیرفتنی‌اند. باوجود این، همه روی به سوی یک هدف و مقصد دارند: گریز از مخمصه و تنگنای جمع بین عوضین. گرچه نمی‌توان هیچ‌کدام از آنها را پذیرفت، من حیث المجموع قابل‌اتکا هستند. راه‌حل‌های پیش‌گفته درباره مشکل جمع بین عوضین، بالملازمه بر دیدگاه‌هایی درباره مالکیت و نوع آن دلالت دارد؛ اما حل عویصه مالکیت، تاحدودی به دلیل و مستند بدل حیلوله بستگی دارد. اگر قاعده اتلاف یا ضمان ید، دلیل وجوب پرداخت بدل باشد، بی‌شک، بدل به ملکیت مالک درمی‌آید؛ چراکه مقضای این دو قاعده همین است. براساس قاعده اتلاف، غاصب که مال را تلف کرده است، باید بدل آن را بدهد. مالک نیز در ازای عین تلف‌شده، مالک بدل می‌شود. برپایه قاعده علی‌الید، شخصی که بر مال فرد دیگری ید دارد، باید عین یا مثل یا قیمت آن را به مالک اصلی بدهد و او نیز مالک عوض می‌شود.

البته قرائت دیگری از قاعده علی‌الید و روایتی که مستند آن است، وجود دارد. این خوانش اباحه تصرفات را نتیجه می‌دهد، نه مالکیت را. آنگاه که برای اثبات بدل حیلوله دلّیلی، جز قاعده اتلاف و ضمان ید، به میدان آید، نتیجه می‌تواند اباحه مطلق باشد. البته، برخی از فقیهانی که دلالت قاعده ضمان ید را بر بدل حیلوله پذیرفته‌اند نیز باور به تحقق و پیدایش اباحه مطلق بدل برای مالک عین و یا آن را در صورت عدم انعقاد اجماع بر ملکیت بدل به صواب نزدیک‌تر دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۹).

صورت‌بندی این قرائت، بدین شرح، گزارش می‌شود: به‌موجب این قاعده، ضامن باید آنچه را از مالک تضییع کرده به او بازگرداند و در مورد تعذر وصول، آنچه که تضییع شده، سلطه و استیلا مالک بر عین است، نه مالکیت وی؛ یعنی سلطه و تسلط اوست که از بین رفته است، نه مالکیتش. برپایه قاعده علی‌الید، باید آنچه را ضایع کرده است (ما أخذت)، برگرداند (حتی تودیه). این موضوع با اباحه مطلق هم که همان سلطه و استیلا است، تأمین و عملی می‌شود.

اما اگر دلیل، قاعده لاضرر یا سلطنت یا اجماع دانسته شود، می‌توان در مالکیت مالک کالای غصبی بر بدل تردید کرد؛ زیرا براساس قاعده لاضرر، ضرر مالک از طریق اباحه مطلق هم برطرف می‌شود. قاعده سلطنت نیز بیش از این دلالت ندارد که مالک بر هر نوع تصرفی، حتی تصرفات متوقف بر ملکیت بدل، سلطنت داشته باشد. چنین چیزی با اباحه مطلق نیز میسور است و راه انحصاری آن، ایجاد و ایجاب مالکیت نیست. اجماع هم راه‌گشا نیست؛ چراکه اجماع، دلیل لئی است و تمسک به قدرمیتقن از آن، مبنای فقیهان و اصولیان است. قدرمیتقن اجماع نیز اباحه است، نه ملکیت. با ناکافی دانستن این ادله، اصل استصحاب، مالکیت غاصب را بر بدل اثبات می‌کند (خوئی، ۱۳۷۳: ج ۳، ص ۲۱۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۶، ص ۴۵۵)؛ چرا که قبلاً مالک بوده است و اکنون در زوال ملکیت یقینی پیشین، شک به وجود می‌آید. مفاد استصحاب، اثبات مالکیت پیشین است.

باورمندان به مالکیت مالک اصلی بر بدل، در مقام پاسخگویی می‌گویند: اباحه‌ای که همه تصرفات (حتی تصرفات متوقف بر ملکیت) را دربر گیرد، معنایی جز ملکیت ندارد و اصلاً چنین گستره وسیع و فراخی برای اباحه وجود ندارد. اصولاً چنین چیزی همان ملکیت است. آیا اباحه مطلق با این تفسیر و تعبیر، چیزی جز ملکیت است؟ اباحه مطلق، در واقع و به راستی، روی دیگر سکه ملکیت است (حجت، ۱۴۰۹ق: ص ۲۱۴؛ بروجردی، ۱۴۱۳ق: ص ۱۵۶). شاید از راه و سازوکار ملازمه، بتوان بر این سخن صحنه گذاشت: یعنی گفته شود هرگاه تصرفات متوقف بر ملکیت برای کسی جایز باشد، بی‌شک پیش از آن، ملکیت اتفاق افتاده است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۷۳). تقریر و صورت‌بندی دیگر، از طریق برهان «انئی» است. در برهان «انئی»، با به وجود آمدن معلول، پی می‌بریم که حتماً پیش از آن، علت پیدا شده و تحقق یافته است: از طریق وجود معلول (روایی و جواز تصرفات) به وجود علت (مالکیت) راه می‌یابیم.

به نظر می‌رسد کشف ملکیت از مسیر دلالت التزامی و از راه برهان «انئی» ناتمام و ناکافی است، زیرا اباحه تصرفات (هرچند همه انواع تصرفات) کاشف از ملکیت نیست. نمی‌توان از اباحه همه تصرفات، ملکیت را نتیجه گرفت؛ زیرا هیچ‌گونه رابطه علی بین این دو نیست.

گزارش اختلاف نظر درباره گونه این ملکیت که آیا مطلق و مستقر است یا متزلزل، در بحث رفع مشکل جمع بین عوضین آمده است. افزون بر این، برخی از فقیهان که این ملکیت را متزلزل دانسته اند، بر این باورند که زمان ایجاد آن، هنگام تحویل بدل است و زمان ازاله آن، هنگام استرداد عین متعذر به مالک. باورمندان به مالکیت مطلق، زمان شروع مالکیت را همان زمان تعذر می دانند و به دلیل مطلق و قطعی بودن مالکیت، پایانی برای آن تصویر نمی کنند (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۳۷۱). برخی دیگر در این فرض نیز مالک را میان اخذ عین مال یا رضایت دادن به بدل مخیر دانسته اند (اراک، ۱۴۱۴ق: ص ۲۳۳).

برخی از فقیهانی که اباحه مطلق بدل را پذیرفته اند، اصرار دارند که مالک نخستین، حق دارد بدل را معامله کند. در این صورت، بدل یک «آن» و یک لحظه پیش از انتقال به خریدار جدید، به ملکیت او (مالک نخستین) درمی آید (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸). هدف از این توجیه، سازگار کردن و مطابقت دادن این معامله با قاعده و ضابطه «لا بیع إلا فی ملک» است. در این صورت، اباحه نیز دارای همان مزیت های ملکیت خواهد بود. این خود می تواند نشانه و اماره ای بر مالکیت (البته لحظه ای و نیز مؤثر) باشد. شاید این گونه مالکیت، عبارت دیگری از ملکیت متزلزل باشد.

۳-۵. نگرش برگزیده

انگاره ای دیگر وجود دارد که نه تنها شایستگی بیان و تبیین دارد، بلکه تا سرحد دیدگاهی بی رقیب، طرح شدنی است. در این نگرش، مشکل جمع بین عوضین، راه حل و پاسخ مناسب خود را می یابد. این دیدگاه، مالک بدل را همان مالک نخستین می داند؛ اما مالکیت وی، متزلزل نیست، بلکه معلق و دارای شرطی به نام «شرط فاسخ» است. ویژگی شرط فاسخ این است که می تواند به مالکیت مالک نخستین خاتمه دهد. گویی مالکیت نسبت به بدل تا زمانی که عین مغضوب به مالک تسلیم نشود، باقی است و به محض تسلیم آن، مالکیت وی از بدل زایل شده و باید در اولین فرصت آن را بازگرداند. تصرفاتش در بدل بعد از زوال رابطه ملکیت نیز مشمول احکام تصرف در مال غیر است. ویژگی دیگر این نظریه توجه ویژه به عرف و بنای عقلاست. در این مسئله، عرف و عقلا سقوط حق

رجوع غاصب نسبت به بدل حیلوله را قلمرو تراضی طرفین نفوذ می‌داند و آن را مبنای تبانی متعاقبین در انتقال عین مغضوب به غاصب قرار می‌دهد. وگرنه عرفاً توجیه ندارد که مالک مال خود را به کسی هبه یا صلح بلاعوض کند که به قهر و غلبه یا بدون جواز و غیرمشروع بر مالش مسلط شده است یا بدون اینکه مأذون از طرف او یا شارع باشد، بر حق وی تسلط یافته است.

برپایه این انگاره، چنین تعبیر و تفسیری وجود دارد: انتقال بلاعوض عین مغضوب، در قصد و نیت مالک، از بین بردن شرط فاسخی است که در مالکیت بدل وجود دارد. این همان شرط تبانی است که به واسطه عرف در اراده طرفین و ضمن عقد راه یافته است. بدین شکل، قصد و اراده طرفین جایگاه خود را پیدا می‌کند؛ جایگاهی که، به باور ما، بسیاری از تفاسیر ناسازگار با اصل بدل حیلوله را برمی‌دارد و با روایت و خوانشی دیگر از دلالت ادله، به حل عویضه ملکیت دست می‌یازد. اراده مالک می‌تواند به گونه‌ای دیگر خود را نشان دهد: این خودنمایی به انضمام و پیوستگی عرف و بنای عقلا است. هبه مال مغضوب به غاصب، ظهور در سقوط حق رجوع غاصب نسبت به بدل دارد و این به عنوان اصل ظهور یا اماره ظاهر، چه عرفی و چه عقلایی، دلیلی بر سقوط حق رجوع غاصب به بدل است.

۶. آثار نگرش‌های گوناگون در دیگر احکام بدل حیلوله

۶-۱. پیدا شدن عین مغضوب

با پذیرش هریک از نگرش‌ها، حکم پیدا شدن عین اصلی و ملکیت آن نیز مشخص می‌شود. اگر گفته شود به محض پرداخت بدل، عین اصلی از راه معاوضه قهری به ملکیت ضامن درمی‌آید، پیدا شدن آن تأثیری نخواهد داشت. در این فرض، بدل همچنان در ملکیت مالک اصلی و عین مغضوبه نیز در ملکیت ضامن باقی خواهد ماند. اگر دیدگاه اباحه پذیرفته شود نیز حکم روشن است: در لحظه تحویل مال غصب‌شده به مالک، اباحه‌ای که برای او به سبب عدم استیلا به وجود آمده بود، از بین رفته و بدل در اختیار غاصب قرار می‌گیرد. شیخ طوسی دیدگاه مالکیت غاصب نسبت به عین غصبی بعد

از پرداخت قیمت (بدل) را چنین نقد می‌کند: مالک شدن غاصب نسبت به عین غصبی، مستلزم وقوع معاوضه‌ای مانند خرید و فروش است؛ حال آنکه چنین معاوضه‌ای صورت نگرفته است (۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۴۱۲). همچنان که بدل، بر مبنای نگرش ملکیت متزلزل در زمان تحویل عین، بار دیگر به ملکیت غاصب درمی‌آید.

بر مبنای نگرش مالکیت با شرط فاسخ نیز حکم روشن است و از بدهت لازم، برخوردار؛ چراکه مالکیت مغضوب‌منه بر بدل، مشروط به این است که بعداً مال غصبی پیدا نشود. یعنی اگر مال و کالای غصبی پیدا شده و مسترد شود، شرط فاسخ مالکیت تحقق می‌یابد و مالکیت مالک اصلی بر بدل پایان می‌پذیرد و آن مال به مالکش (غاصب) رد می‌شود. فرع دیگر تصرفات ناقل ملکیت است. این فرع اختلافی بوده و ناهم‌داستانی در آن ناشی از گونه خوانش و نوع نگاه به ادله است. لزوم عقود و قابلیت فسخ، دو سر طیف این اختلاف است. اگر معاملات واقع شده بر بدل، جایز بوده و قابل فسخ باشند، دیگران به خرید آن تمایلی نخواهند داشت. از این رو، این مسئله با اصل حکم بدل حیلوله که برای جبران ضرر مالک وضع شده است، منافات دارد. این استدلال یاریگر دیدگاه دوم هم هست (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۶). این حکم و رأی، به‌ویژه اگر مبنای مالکیت مالک نخستین بر بدل پذیرفته شود، موجه است؛ چراکه مالکیت جدید اثر قهقرایی ندارد و فقیهان در موارد مشابه، به لزوم معاملات واقع شده بر مال حکم داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۳۵۴).

بنابر دیدگاه اباحه، معاملات باطل است و براساس نظر ملکیت متزلزل، قابلیت انفساخ، نتیجه‌ای روشن و بی‌نیاز از استدلال است.

۲-۶. منافع بدل و منافع مغضوب

از مباحث پیشین، حکم منافع بدل و منافع عین غصب‌شده معلوم می‌شود. بی‌شک، منافع بدل به مالک نخستین (مغضوب‌منه) تعلق دارد؛ چراکه در غیر این صورت، اعطای بدل فایده‌ای نخواهد داشت. در این جهت، تفاوتی ندارد که او را مالک بدل بدانیم یا دارای حق اباحه یا ملکیت متزلزل. در فرض مالکیت، بسیار روشن و طبیعی است؛ چراکه



مالک عین، مالک منافع هم هست. اگر او را مُجاز به انواع تصرفات بدانیم (اباحه) هم، بی‌گمان، مالک منافع است. اما منافع عین غصبی، براساس نگرش معاوضه قهری و دیدگاه ملکیت متزلزل، متعلق به غاصب خواهد بود. برپایه انگاره مالکیت قطعی بر بدل و با پذیرفتن جمع عوضین، باید بپذیریم که به استناد ضابطه «منافع تابع عین است»، غاصب مالک منافع عین است. با پذیرش رامحل‌های مشکل جمع عوضین، مالک عین، به‌طور طبیعی، مالک منافع نیز خواهد بود. در فرض اخیر، چنانچه بر اثر تعذر، منافع عملاً دست‌نیافتنی شده باشند (منافع غیرمستوفات)، نمی‌توان غاصب را نسبت به آنها نیز ضامن دانست؛ چراکه اعطای بدل برای جبران تعذر عین و نیز منافع ازدست‌رفته عین بوده است و پس از اعطای آن نمی‌توان غاصب را مجدداً نسبت به آن منافع ضامن دانست (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۵۴؛ مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۲۰۱). هیچ‌گاه نمی‌توان غاصب را بیش از آنچه غصب کرده است، مؤاخذه و معاقبه کرد. «بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴) و «فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا» (انعام: ۱۶۰) اجازه هرگونه رفتاری را نمی‌دهد. «أشد الأحوال و أشد الأقوال» (کرکی، ۱۴۱۱ق: ج ۶، ص ۲۷۱) نیز به معنای ظلم بر غاصب نیست. البته، حکم مشهور موجه‌تر می‌نماید. به‌ویژه اگر پذیرفته شود که پرداخت بدل به‌منظور جبران منافع عین اصلی است. اما اگر پرداخت بدل را به‌منظور جبران استیلائی مالک بر عین بدانیم، دیدگاه رقیب و مخالف، از وجاهتی شایان توجه برخوردار است (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۸۵). گفتنی است منافع متصل کالای غصبی به‌همراه عین اصلی به مالک بازمی‌گردد و از آن سو، منافع متصل بدل نیز به ضامن بر خواهد گشت (امام خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۱۸۳). اگر غاصب به‌نحوی از منافع آن استفاده کند، ضامن این منافع خواهد بود؛ چراکه از منافع مالی غیر، بدون اذن، بهره برده است (منافع مستوفات) (اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۵).

نتیجه

بدل حیلوله در معنای عام خود دارای هیچ دلیل بی‌ایرادی نیست که همه مصادیق آن را دربر گیرد. بنای عقلا دلیلی است که اعتبار و ارزش کافی در همه موارد تعذر عین و دال بر اخذ بدل را دارد. متفرع بر این ادعا، برای یافتن احکام و فروعات بدل حیلوله نیز باید به

عرف رجوع کرد. هرچند بنای عقلا دلیلی است که در حوزه دلیل‌های مرسوم بررسی می‌شود، با قصد و اراده طرفین دو گونه ارتباط دارد: یکی در اهتمام ویژه آن به اصل نیت، خواست و قصد آنان است؛ دیگری در راه‌هایی است که نیت و قصد طرفین، بی هیچ مانع شرعی، می‌تواند پیش روی نهد. مصالحه، فروش، بیع، هبه عین غصبی و... گزینه‌هایی هستند که راه اثبات در آنها هموار است. به میدان آوردن انگاره‌های مختلف برای توجیه مالکیت ملک نخستین بر بدل و بر کالای غصبی و در پی آن، طرح انواع مالکیت‌ها (مالکیت قطعی و مالکیت متزلزل) و در تقابل با آن، پیش نهادن گزینه اباحه تصرف، همه ناشی از بی‌توجهی به قصد طرفین است. نگرش و انگاره مالکیت به شرط فاسخ نیز متأثر از دخالت دادن اراده و قصد طرفین در گونه مالکیت بدل حیلوله است. خود این انگاره هم، به گونه‌ای خاص و با تبیینی ویژه، وام‌دار دلیل عرف عقلا است. طرفه اینکه، برخی ادله فاقد اعتبار سندی‌اند و همچنین، از دلالت مناسب و متناسب بر مقصود برخوردار نیستند. پاره‌ای دیگرشان نیز دلالت ناقص و نارسا داشته و لازم می‌نمود که به پیوست و همراهی دلیل‌های دیگر دیده شوند تا مطلوب را در دسترس قرار دهند. به نظر می‌رسد زادگاه و منشأ اختلاف دیدگاه‌ها (از ادعای اجماع تا شک در اصل دلیل بدل حیلوله)، که کم هم نیستند، همین است که فارغ از قصد طرفین، نمی‌توان احکام بدل حیلوله را در قالب گزاره‌های ثابت بیان کرد که تمام مصادیق آن را دربر گیرد.

پی‌نوشت:

۱. إذا تعذر علی الغاصب عادة تسليمه، كما إذا سرق أو دفن فی مکان لا یقدر علی إخراجہ، أو أبق العبد أو شردت الدابة ونحو ذلك، فإنه یجب علیه إعطاء مثله أو قیمته مادام كذلك، وبسمى ذلك البدل بدل الحیلولة (امام خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۱۸۳).

کتابنامه

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور حلی (۱۴۱۱ق)، السرائر، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، چاپ دوم.
۲. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۳۷۵)، غنية النزوع، محقق: ابراهيم بهادری، قم، مؤسسة الإمام الصادق علیه السلام.
۳. احسايی، ابن ابی جمهور (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزية، قم، دار سيد الشهداء علیهم السلام للنشر، چاپ نخست.
۴. اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ق)، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۵. _____ (۱۴۱۵ق)، البيع، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق)، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۷. امامی خوانساری، محمد (بی تا)، الحاشیة الثانية على المكاسب، قم، نشر مؤلف، چاپ نخست.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المكاسب، قم، کنگره جهانی شیخ انصاری، چاپ نخست.
۹. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، حاشیة المكاسب، تهران، وزارت فرهنگ، چاپ نخست.
۱۰. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، چاپ نخست.
۱۱. بحر العلوم، سید محمد تقی (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقيه، تهران، منشورات مكتبة الصادق علیه السلام، چاپ چهارم.
۱۲. بلاغی نجفی، محمد جواد (۱۴۲۸ق)، الرسائل الفقهية، قم، مركز العلوم و الثقافة الإسلامية، چاپ نخست.
۱۳. تبریزی، راضی بن محمد (۱۴۱۳ق)، تحلیل الكلام فی فقه الإسلام، تهران، امیر قلم، چاپ نخست.
۱۴. حجت کوه کمره ای، سید محمد (۱۴۰۹ق)، کتاب البيع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۶. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
۱۷. حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الكتاب، چاپ نخست.



۱۸. حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ نخست.
۱۹. حلی، احمد جمال الدین (۱۴۰۷ق)، المہذب البارع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۲۰. خمینی (امام)، سیدروح اللہ موسوی (۱۴۱۵ق)، تحریر الوسیلة، قم، مؤسسہ دار العلم، چاپ نخست.
۲۱. خمینی (امام)، سیدروح اللہ موسوی (۱۴۲۱ق)، البیع، تہران، مؤسسہ تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمۃ اللہ علیہ، چاپ نخست.
۲۲. خمینی، سیدمصطفی موسوی (۱۴۱۸ق)، البیع، تہران، مؤسسہ تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمۃ اللہ علیہ، چاپ نخست.
۲۳. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهة، قم، نشر داوری، چاپ نخست.
۲۴. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مہذب الأحکام، قم، مؤسسہ المنار.
۲۵. شہید ثانی (زین الدین عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البہیة، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
۲۶. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفہام، قم، مؤسسہ المعارف، چاپ نخست.
۲۷. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقہ الإمامیة، تہران، المكتبة المرتضویة.
۲۸. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم، مؤسسہ النشر الإسلامی.
۲۹. طباطبائی بروجردی، سیدآقا حسین (۱۴۱۳ق)، تقریرات ثلاث، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۰. غروی اصفہانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب مکاسب، قم، أنوار الہدی، چاپ نخست.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقہیة، قم، چاپخانہ مہر، چاپ نخست.
۳۲. کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد، قم، مؤسسہ آل البيت علیہ السلام، چاپ نخست.
۳۳. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۱ق)، فروع کافی، بیروت، دار صعب و دار التعارف، چاپ سوم.
۳۴. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق)، أنوار الفقاهة، نجف، مؤسسہ کاشف الغطاء، چاپ نخست.
۳۵. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۳۶. مراغہای، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقہیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة، قم، مدرسة الإمام علی علیہ السلام.

۳۸. موسوی قزوینی، سیدعلی (۱۴۲۴ق)، ینابیع الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق)، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، چاپ نخست.
۴۰. مومن قمی، محمد (۱۴۲۲ق)، مبانی تحریر الوسيلة (القضاء و الشهادات)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۴۱. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المكتبة المحمدیة، چاپ نخست.
۴۲. _____ (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۴۳. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.



چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجدي):

عبد الرضا إيزديناه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)
السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرّسين)
يعقوبعلي برجی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)
محمد زرندي رحمانی (مساعد أستاذ في جامعة المصطفى العالمية)
السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
سيف الله صرامي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
أحمد مبلغي (عضو مجلس خبراء القيادة ورئيس مركز الأبحاث في مجلس الشورى الإسلامي)
السيد ضياء مرتضوي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)
محمد صادق مزيناني (محقق السطح الرابع في حوزة قم العلمية)
محمد حسين نجفي (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامي

مترجم اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري

مترجم اللغة العربية: محمد حسين حكمت

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٥ / ٣ / ١٣٩٤ منح المجلة فصلية (كاوشي نو در فقه) درجة المجلة العلمية - التحقيقية منذ عددها رقم ٧٥. وجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادة المصادق عليها في الجلسة رقم ٦٢٥ للمجلس العالي للثورة الثقافية المنعقدة في ٢١ / ٣ / ١٣٨٧ فإن قرارات المجلس العالي لحوزة قم العلمية الخاصة بمنح الامتياز العلمي للمجلات العلمية هي قرارات معتبرة رسمياً وبترتب عليها الامتيازات القانونية في الجامعات والحوزات العلمية.

هيئة التحرير حرة في إصلاح وتحرير المقالات.

الآراء الواردة في المقالات لا تمثل إلاً وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (كاوشي نو در فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجالات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) ونافذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (www.daftarmags.ir).

العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مكتب مجلة الفقه - صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥

تليفون مكتب المجلة: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٣٧٧٤٢١٥٨

الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٣٧٧٤٢١٥٩

تليفون قسم التوزيع: ٣٧١٦٦٦٦ - ٣٧١٦٦٦٦

الموقع الإلكتروني: Jf.isca.ac.ir

البريد الإلكتروني: Jf@isca.ac.ir

متابعة الطبع: السيد حسين الموسوي

السعر: ٦٠٠٠ تومان



فقه
كاوشي نور

فصلية علمية تحقيقية

السنة الرابعة والعشرون - العدد الاول - ربيع ١٣٩٦

٨٩



مركز الدراسات والبحوث الإسلامية

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزديناه

رئيس التحرير: سيف الله صرامي

خبير التحرير: عليرضا فجري

المدير التنفيذي: السيد محمود كريمي

فهرست الموضوعات

- ١٦٢ قرينة مناسبة الحكم والموضوع وفائدتها في استنباط الأحكام
رضا اسفنديارى (إسلامى)
- ١٦٣ بحثُ فقهيّ عن تعلّم الأطفال المراهقين للأحكام اللازمة
مصطفى همدانى
- ١٦٤ القواعد الفقهيّة الحاكمة على الحقّ فى التنمية.....
مهدى فيروزى
- ١٦٥ بحثُ فقهيّ عن المقابلة بالمثل بالطرق المحرّمة.....
السيد محمد جواد سيادتى
- ١٦٦ نقدُ فقهيّ للمادّة ٦٦٥ من قانون العقوبات الإسلاميّة (دية البيضة).....
روح الله أكرمى
- ١٦٧ بحثُ عن بدل الحيلولة.....
وتوضيح اعتباره رافعاً للاختلال فى العلاقة بين المالك والأموال
أردوان ارزنك
قباد محمّدى شيخي

قرينة مناسبة الحكم والموضوع وفائدتها فى استنباط الأحكام

رضا اسفنديارى (إسلامى)

الخلاصة:

اختلفت تعابير الأصوليين عن ماهية قرينة المناسبة، حتى انتهوا فى النهاية إلى اعتبارها نوعاً من القرينة العرفية.

ومع ذلك فإنّ الفهم العرفي العام لا يعدّ ملاكاً فى مطلق الحالات، بل إنّ قرينة القرينة تتوقّف أحياناً على فهم عرف المتشرعة.

وقد استفاد الأصوليون من قرينة المناسبة فى إثبات المفهوم للوصف، وفى البحث عن المشتق، كما استفادوا منها فى رفع إجمال الدليل وتعيين كفاية الواجب.

كما استفادوا أحياناً من هذه القرينة لإثبات تعدّد المطلوب، وإثبات جريان الاستصحاب، وترجيح أحد المتزاحمين على الآخر، ورفع نوع الإجمال عن حديث الرفع وحديث لا ضرر وبعض القواعد الفقهية المستنبطة.

وفى جميع هذه الموارد كان الأساس الذى استندت عليه حجّية القرينة هو تنقيح الظهور العرفي. وهناك العديد من النماذج التى يكون حلّ المسائل الشرعية فيها بالنهاية منوطاً بنوع من الاستظهار العرفي من النصوص، بحيث يمكن القول إنّ قرينة قرينة المناسبة قد لعبت دوراً أساسياً فى هذه النماذج من جهة كسر الإطلاق ورفع إجمال الدليل.

المفردات الأساسية: المناسبات، مناسبة الحكم والموضوع، القرينة العرفية، القرينة.

بحثٌ فقهيٌّ عن تعلُّم الأطفال المراهقين للأحكام اللازمة

مصطفى همداني

الخلاصة:

يجب على المكلفين تعلُّم الأحكام الفقهيَّة قبل الابتلاء. وفي عصرنا الحالي الذي يمكن فيه توثيق ساعة الميلاد بالدقَّة الفائقة، يطرح السؤال التالي نفسه عن أنَّ الطفل المراهق الذي يبلغ سنَّ التكليف في الدقائق القليلة التي تسبق الغروب، ولا يُتاح له الوقت الكافي لتعلُّم أحكام الطهارة والصلاة، هل يجب عليه أيضاً أن يتعلَّم هذه الأحكام قبل البلوغ؟

وإذا كان الجواب هو الوجوب، فكيف يمكن تجاوز تعارض هذا الوجوب مع رواية (رفع القلم)؟ وما هو الموقف من الإجماع على فقدان الحكم الإلزامي على غير البالغ؟

والمحقِّق النائيني يرى وجوب هذا التعلُّم على الطفل المراهق. إلا أنَّ الكثير من تلامذته ومعاصريه ينكرون هذا الوجوب.

والتحقيق الحالي يأتي في سياق الإجابة على هذه التساؤلات، حيث يبحث في جذور هذه المسألة الخلافية التي يرى أنَّها انعكاس لما طرحه صاحب الفصول ولم يسبقه إليه أحد من قبل، لينتهي المقال إلى نتيجة مفادها عدم وجوب تعلُّم هذه الأحكام على الطفل المراهق، وأنَّ حديث (رفع القلم) بسبب ماهيته الامتنائية مقدَّم على أدلة الوجوب العقلية.

المفردات الأساسية: الطفل، المراهق، تعلُّم الأحكام، وجوب التعلُّم قبل البلوغ.

القواعد الفقهية الحاكمة على الحق في التنمية

مهدي فيروزي

الخلاصة:

أدت التطورات السريعة التي شهدتها مقولة حقوق الإنسان المعاصرة في العقود الأخيرة إلى النمو المتسارع في مفهوم هذه الحقوق وتطبيقاتها، الأمر الذي أدى إلى ظهور ثلاثة أجيال من حقوق الإنسان.

وكان اعتبار التنمية حقاً من حقوق الإنسان، الذي آل بدوره إلى ظهور (الحق في التنمية) باعتباره واحداً من مصاديق الجيل الثالث من أجيال حقوق الإنسان، قد فتح الباب أمام البحث عن تفاصيله وجزئياته تحت عنوان الحقوق التضامنية.

واستناداً إلى الحق في التنمية، فإن كافة أفراد البشر مؤهلون ولهم الحق في المشاركة والاستفادة من التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية في إطار يتسع ليشمل كافة حقوق الإنسان وجزئياته الأساسية.

ولما كان هذا الحق قد ظهر حديثاً، فإن دراسة جوانبه الفقهية والقانونية وبيان حقيقته يحظى بالأهمية الفائقة، ويتيح الفرصة لتسليط الضوء على زواياه المختلفة ونقاطه الغامضة.

وهذه المقالة تتكفل ببيان القواعد الفقهية الحاكمة على الحق في التنمية، وتخلص إلى القول بأن عدداً من القواعد كقاعدة لا ضرر وقواعد الإلتاف والعدالة ونفي السبيل هي من ضمن القواعد التي يمكن أن تلعب دورها في تبيين النواحي الفقهية لهذا الحق.

المفردات الأساسية: التنمية، الحق في التنمية، القواعد الفقهية، قاعدة لا ضرر، قاعدة الإلتاف، قاعدة العدالة، قاعدة نفي السبيل.

بحثٌ فقهيٌّ عن المقابلة بالمثل بالطرق المحرّمة

السّيّد محمّد جواد سيّادتي

الخلاصة:

من مقتضيات قاعدة (المقابلة بالمثل) هي المماثلة والتكافؤ في مقابلة المعتدى، إلا أنّ هناك موانع تقف في طريق هذا المقتضى ممّا يقلّل من خيارات صاحب الحقّ.

ومن هذه الموانع المقابلة بالمثل عن طريق الحرام، وهذه المحرّمات إمّا أن تكون محرّمة في نفسها وبالعنوان الأوّلي بغضّ النظر عن مسألة المقابلة بالمثل، من قبيل القذف واللواط. وإمّا أن تكون محرّمة نتيجة عروض العناوين الثانويّة عليها، كالسبّ الجائر الذي ينتفى جوازه إذا أوجب الوهن للدين، حيث تكون حاکمة في مقام المقابلة بالمثل أيضاً.

وهذه المحرّمات لا تعطى الحقّ للمعتدى عليه أن يرتكب مثل هذه الأعمال المحرّمة في سعيه لاسترداد حقّه.

وعلى الجانب الآخر يجوز - في مقام المقابلة بالمثل - ارتكاب المحرّمات التي تكتسب الحليّة نتيجة عروض العناوين الثانويّة عليها، كقتل النفس المحترمة في الحرب عند الضرورة.

ولا شكّ أنّ هناك من المحرّمات ما يعدّ خارجاً عن المقابلة بالمثل من جهة الموضوع، كالزنا وسبّ منتسبي الطرف المقابل وكسر العظم؛ لعدم تحقّق المقابلة بالمثل في الموردين الأوّلين، وعدم إمكان حفظ المثل في المورد الثالث.

وفي الموارد التي تكون المقابلة بالمثل فيها حراماً، فهناك من الطرق البديلة ما وُضع لاستيفاء الحقّ، كالمقابلة بالوسائل المحلّلة، والاستفادة من الحدّ والتعزير والدية والأرش.

المفردات الأساسيّة: المقابلة بالمثل، التقابل بالمثل، القصاص، السبّ في مقابل السبّ، المقابلة بالمثل الحرام، التقاصّ.

نقدُ فقهيِّ للمادّة ٦٦٥ من قانون العقوبات الإسلاميّة (دية البيضة)

روح الله أكرمي

الخلاصة:

أجمع فقهاء الإماميّة على ثبوت الدية الكاملة على إتلاف البيضتين، إلا أنّ الخلاف يبرز في كيفية توزيع هذه الدية بين البيضتين.

فمشهور الفقهاء هو القول بتساوي ديتيهما، مستندين في ذلك إلى العمومات المفيدة بتصنيف الدية في الأعضاء المزدوجة، وإلى بعض الروايات الخاصّة.

وهناك بعضُ آخر من الفقهاء قالوا بتخصيص دية أكبر إلى البيضة اليسرى مقارنةً باليمنى، وقد استدلّوا على ذلك ببعض الأخبار التي تشير إلى أنّ تكوين النطفة هو من وظائف البيضة اليسرى.

ويشير البحث والتدقيق في الأدلّة إلى ضعف الأحاديث القائلة بالقول الثاني من جهة السند والدلالة، كما يشير إلى عدم ثبوت اختصاص البيضة اليسرى بوظيفة توليد النسل من وجهة النظر الطبيّة.

ورغم ما ذكرناه نجد أنّ قانون العقوبات الإسلامي في مادّته رقم ٦٦٥ وفي سياق انطباقه مع فتوى الإمام الخميني قدّس سرّه قد اتّبع رأى غير المشهور.

والمقال الذي بين يدي القارئ ضمن تنقيبه في المستندات الفقهيّة للمسألة يشير إلى ضعف مباني القانون واقتباسه الناقص من فتوى الإمام قدّس سرّه.

المفردات الأساسيّة: دية الأعضاء المزدوجة، دية البيضة، الجناية على السلامة الجسميّة، فقه الإماميّة، قانون العقوبات الإسلامي.

بحثٌ عن بدل الحيلولة

وتوضيح اعتباره رافعاً للاختلال فى العلاقة بين المالك والأموال

أردوان ارزنك

قباد محمّدى شىخى

الخلاصة:

يرى أكثر الفقهاء أنّ الضامن مسؤول أن يدفع بدل العين المغصوبة والمضمونة عند استحالة أو تعذّر إرجاعها، وأسما ذلك البديل (بدل الحيلولة).

ووظيفة هذا البديل هى إزالة الاختلال الذى أحدثه الغاصب فى العلاقة والصلة التى تربط المالك بماله.

وقد استند هؤلاء إلى أدلّة عديدة لإثبات هذا الادّعاء ودعّمه بما يسنده من الاعتبار، إلا أنّ أىّ واحدٍ من هذه الأدلّة لا يستطيع بمفرده أن يغطّى جميع مصاديق التعذّر بصورة كاملة.

إنّ فروع بدل الحيلولة، من قبيل مالكيّة البديل والمبدل، ومنافعهما، تتوقّف وتعتمد على مفاد الدليل المختار وقدرته الإثباتية، وهكذا نرى عدم الالتفات إلى قصد وإرادة الطرفين التى يمكن أن تنشأ من مراعاة دليل بناء العقلاء. ومن الصعوبة بمكان أن يصل المرء إلى أحكام منسجمة وثابتة لبديل الحيلولة دون الأخذ بنظر الاعتبار نيّة الطرفين وإرادتهما، فى حين أنّ قصد وإرادة الطرفين يمكن أن يجدا مكانتهما المناسبة من خلال بناء العقلاء.

والمقال الحالى يقدم استعراضاً توضيحياً لمناط الحكم وملاكه، وتقييم الأدلّة، وتصنيفها، وماهيّة البديل، وخصوصاً المالكيّة التى تفرض نفسها كمشكلةٍ عويصة، كما يبحث فى المقولات المختلفة المطروحة لحلّ هذه المشكلة.

المفردات الأساسية: بدل الحيلولة، التعذّر، المالك، العين المغصوبة، العين المضمونة، القصد، المالكيّة.

Considering and explaining the substitute (*hilulah*) as a remedy for a disruption to the relationship between the owner and the property

Ardavan Arzhang

Qobad Mohammadi Shaihki

Abstract

If returning a usurped and guaranteed property is impossible and difficult, the majority of the jurists consider the guarantor as a responsible for paying the alternative of the property, and have called it as "substituted property". Its impact is to eliminate the disruption that an usurper has created it in the relationship between the owner and the property. This claim is proven and validated with help of many reasons. But every evidence alone cannot completely include all the examples of a difficulty. Branches of a substitute such as the ownership of a substituted property and its alternative, and their interests are connected and depended on the implication and the provability of the accepted reason. The contracting parties' intention and will which can arise from acceptance of common sense reason remains neglected. Without interference of the parties' intention and will, the permanent precepts as to the substitute property can hardly found. With the interference of the common sense, the intention and will of the two parties find their place. An explanatory reporting as to the standards and criteria of the ordinance, the assessment of the evidence, their formulation, the nature of substitute, especially the ownership which seems as a problem, and also the examination of the various ideas presented to solve it, is a glimpse of the walked way.

Keywords: substitute, difficulty, owner, usurped property, guaranteed property, intention and ownership.

Jurisprudential review of article 665, Islamic penal code 2014

(diya of testicle)

Ruhollah Akrami

Abstract

Imamate jurists have a consensus as to existence of complete diya of two testicles. Nevertheless, how to distribute their diya between them is as a matter of difference. According to the generalities and some special traditions as to bisecting the diya of the couple organs of the body, the famous jurists believe in the equality of their diya; but for some traditions that have described the child's development as the benefit of the left testicle, the other jurists have considered diya of the left testicle more than the right one. An examination of the evidence suggests that the document and implication of the hadiths connected to the latter viewpoint are weak; also, the relationship of childbearing with the function of the left testicle has not been medically proven. However, in direction to adaptability to Imam Khomeini's fatwa, article 665 of Islamic Penal Code 2014 has complied with a non-famous opinion. Meanwhile researching jurisprudential documents of the problem, weakness of basis of law and the incomplete quoting from Imam` fatwa have been studied by this paper.

Keywords: diya of the couple organs of the body, diya of testicle, felony against physical integrity, imamate jurisprudence, and Islamic penal code.



Jurisprudential review of reciprocity through the forbidden act

Sayyed Javad Siyadati

Abstract

The nature of "reciprocity" rule is based on a similarity to counteracting aggressor, but this is faced by obstacles placing restrictions on a rightful person. One of the barriers is reciprocity from the prohibited act. The prohibitions which beyond their reciprocity sphere, by themselves and as the first title are forbidden acts (such as false accusation of sexual intercourse and sodomy), and as well as those which, as the secondary titles, are the prohibited actions (like permissible insult that is considered as impermissible because of humiliation of religion), shall govern this rule in the face of taking counteraction. These prohibitions don not give to the victims to commit the same prohibited acts in order to receive their rights. Nevertheless, the prohibitions which became lawful for the secondary titles, in the state of taking counteraction, are permitted such as murdering a respected person during a war because of necessity. Of course, in the meanwhile, some prohibitions such as fornication, insulting the relatives of the opponent and the breaking the bone are subjectively out of the counteraction, for in the first and second prohibitions, reciprocal action does not occur, and in the third one, protecting the equivalence is not possible. Where reciprocity is forbidden in cases, there are some alternative ways for receiving the right such as reciprocal lawful act, and applying *had* (determined penalty), *ta'zir* (discretionary punishment), *diya* (blood money) and *arsh* (indemnity for defect).

Keywords: reciprocity, qisas (retaliation), reciprocal insult, reciprocal forbidden act, and retribution.



Jurisprudential rules governing over the right of development

Mahdi Firuzi

Abstract

The rapid developments of the contemporary human rights discourse in the recent decades have considerably led to its conceptual and normative expansion. This issue has so far recognized three generations of human rights. Considering development as a human right and, consequently, the appearance of the "right to development", as one of the examples of the third generation of human rights and under the title of the law of solidarity are analyzable in this regard. According to the right of development, all the people deserve participating and profiting from economical, social, political and cultural development in the form that all the human rights and fundamental freedoms can be compensated. Due to the emergence of this right, the jurisprudential and legal exploring and explaining it can make clear its various and invisible angles, in the meanwhile has the great importance. This article is obligator for explaining the jurisprudential rules governing over the right to development. It seems that the rules such as *no loss in Islam (la zara)*, destruction, justice and negation of mustache are among the rules that can explain the jurisprudential aspects of this right.

Keywords: development, right to development, rules of jurisprudence, rule of "no loss in Islam", rule of "destruction", rule of "justice" and rule of "negation of mustache".

۱۷۲



سال بیست و چهارم، شماره اول، بهار ۱۳۹۶

Jurisprudential research on learning the required precepts by discerning minors

Mostafa Hamadani

Abstract

Before the full age, learning required jurisprudential orders is obligatory. Meanwhile, given the exact record of the birthday hour in the modern period, an important question arises: Is it obligatory on the discerning minors who reach the full age in some minutes before the dusk and have no any opportunity to learn precepts of purity and prayer, to become familiar with these orders before the full age? If so, how can this contradiction between its necessity and the tradition of "rofe`a al-qalam" and also the consensus of lack of obligatory order as to minor, be resolved? According to Mohaqqeq Na`ini, this learning is obligatory on a discerning minor. However, many of his disciples and contemporaries have denied this necessity. This study is written in order to response to this question. While this paper is rooting this conflict as a reaction to Sahib Fosul`s ideas that have not had any precedent, it concludes that a discerning child has no religious duty to learn these precepts, and the hadith of "rofe`a al-qalam" has priority over the rational evidence of necessity for its gratefulness nature.

Keywords: minor, discerning, learning precepts, necessity of learning before puberty.

Suitability context between a precept and its subject, and its effectiveness on inferring the precepts

Reza Isfandiyari (Islami)

Abstract

`Usuliyun (scholars of principles of jurisprudence)`s interpretations regarding the nature of the suitability context (qarineye monasebat) are different. They ultimately consider it as a customary context. However, a general common sense is not criterion.; but occasionally, the nature of a context depends on the common sense of the pious people (motesharre`a). `Usuliyun have applied suitability of context in order to prove an implication for any description (wasf), and for discussion of the derivation (moshtaq), as well as for eliminating ambiguity (ijmal) from the evidence and determining the collective duty (wajib kifayi). As for the proof of the multiplicity of desires, the proof of maintaining *status que* (istiṣḥab), the preference of one to another in the form of conflict (tazahum), eliminating a type ambiguity from the hadiths of *rofe`a al-qalam* and *la zarar* and some of inferred legal rules, the scholars have occasionally used that context. In all of these cases, authenticity of a context is based on refining the customary appearance. Many examples can be found that resolving religious problems ultimately depends on a kind of making customary appearance of legal texts. Because of breaking down absoluteness of an evidence and eliminating from it, being a context as a context of suitability has a basic role in the mentioned examples.

Keyword: suitability, suitability of precept and subject matter, customary context and context



Contents

Suitability context between a precept and its subject, and its effectiveness on inferring the precepts.....	174
	Reza Isfandiyari (Islami)
Jurisprudential research on learning the required precepts by discerning minors	173
	Mostafa Hamadani
Jurisprudential rules governing over the right of development	172
	Mahdi Firuzi
Jurisprudential review of reciprocity through the forbidden act	171
	Sayyed Javad Siyadati
Jurisprudential review of article 665, Islamic penal code 2014(diya of testicle)	170
	Ruhollah Akrami
Considering and explaining the substitute (<i>hilulah</i>) as a remedy for a disruption to the relationship between the owner and the property...	169
	Ardavan Arzhang
	Qobad Mohammadi Shaihki



Editorial Board (In Alphabetical Order)

Abdorreza Eizadpanah (Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office)
Seyyed Ahmad Hosseini (Member of Society of Seminary Teachers of Qom,
and professor of advanced levels at Qom Seminary)
Yaqoubali Borji (Associate Professor, Al-Mustafa International University)
Muhammad Zarvandi Rahmani (Assistant Professor, Al-Mustafa International University)
Seyyed Abbas Salehi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Seifollah Sarrami (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Ahmad Moballeqi (the head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and
representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership)
Seyyed Ziya Mortazavi (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)
Muhammad Sadieq Mazinani (Fourth Level Researcher at Qom Seminary)
Muhammad Hassan Najafi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

English translator: Mohammadreza Zafari

Arabic translator: Mohammad Hossein Hekmat

Referring to the enactment 131 issued by The Council for Awarding Scientific Permissions and Grants of the Seminaries Supreme Council held on 5/3/1394, The Quarterly Journal of A New Probe in Fiqh has granted Scientific-Research rank since Volume 75. It is noticeable that by virtue of single-clause bill enacted by the session 625 of the Supreme Council of the Cultural Revolution held on 21/3/1387, enactments of the Supreme Council of the Qom Seminary possesses official credit in regard of awarding scientific grant to the scientific journals, and begets legal privileges at the universities and seminaries.

Disclaimer:

The Editorial Board reserves the right to modify articles.

The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of the Editorial Board.

The Quarterly Journal of «A New Probe in Fiqh» is cited in the Islamic World Science Citation Center (ISC), State Journals Database (www.magiran.com), Noor Specialized Magazines (www.noormags.ir), and The Magazines Portal of the Islamic Propagation Office (www.daft-armags.ir).

Address: Fiqh Journal Office, Islamic Science and Culture Academy, Moallem St., Shohada Sq., Qom, Islamic Republic of Iran,

P.O.Box: 37185-599

Office Phone: +98-25-37742158

Fax: +98-25-37742159

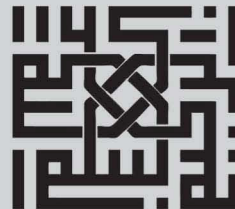
Circulation Phone: +98-25-37116666

Email: jf@isca.ac.ir

Web: jf.isca.ac.ir

Publication Manager: Seyyed Hossein Moosavi

Price: 6000 Tomans.



فقه
کاوش نو

A New Probe in Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 89, Issue 1, spring 1396



Publisher: Islamic Propagation Office, Qom Seminary

Islamic Science and Culture Academy

Director-in-Charge: Abdorreza Eizadpanah

Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami

Journal's expert: Alireza Fajri

Executive manager: Seyyed Mahmood Karimi