



جستارهای فقهی اصول

فصلنامه علمی پژوهشی

سال نهم، شماره پیاپی ۲۰، پاییز ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین نصری مقدم

جانشین سر دبیر: بلال شاکری

اعضای هیئت تحریریه:

ابوالقاسم علیدوست (مدرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (مدرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

مهملدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

سعید ضیائی فر (مدرس خارج حوزه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

حسین نصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

مجتبی الهی خراسانی (مدرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر اجرایی و دبیر تحریریه: سیدمصطفی اختراعی طوسی

ویواستار: عبدالله غلامی (استادیار دانشگاه رازی کرمانشاه)

پرگردان چکیده‌ها به عربی: سیدمحمود عربی

سرپرست تیم ترجمه‌های انگلیسی: سیدمهملدی هاشمی

صفحه‌آرا: حامد امامی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات
حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تمدید اعتبار رتبه علمی پژوهشی گردید.
فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)	پرتال جامع علوم انسانی (Ensani)
مرجع دانش (سیولیکا)، CIVILICA.com	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (RICeST)
بانک نشریات کشور (مگیران، Magiran)	پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)
نورمگز (Noormags.ir) و Google Scholar	سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)
پایگاه (DRJI) و پایگاه (Road)	

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، نبش گذر آیت‌الله واعظ طبسی

دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی؛

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷-تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 2476-7565

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

- علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد)
مجتبی الهی خراسانی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه مشهد و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه)
جواد ایروانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد)
حمید بهره مند (استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران)
عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه فردوسی مشهد)
رضا دانشور ثانی (استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
حسین داورزنی (دانشیار هیات دانشگاه تهران)
فاطمه رجایی (استادیار هیات دانشگاه حکیم سبزواری)
علی رحمانی (عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه)
عباس شیخ الاسلامی (استاد تمام حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد)
حسین صابری (استاد تمام هیات دانشگاه فردوسی مشهد)
عبدالحمید واسطی (استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم)
حمید مسجد سرائی (استاد تمام هیات دانشگاه سمنان)
هادی مصباح (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
سید مهدی نریمانی (استادیار هیات دانشگاه مفید قم)
سید حسین هاشمی (دانشیار حقوق جزا دانشگاه مفید قم)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۲

اولویت های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه؛ به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
 ۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
 ۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
- نقل و اقتباس از مقاله های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوا:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:
الف) نظریه جدید؛ ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.
۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
۲. مقاله، پیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

۳. مسؤلیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤلیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.
۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.
۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.
۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR ۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱cm باشد.
۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۳

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.
- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.
- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.
- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسئله، استدلال‌ات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی / لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد / دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه). عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

ضوابط استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده با تاریخ یکسان انتشار، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

فهرست

- ۷ لوازم معرفت‌شناختی مدل «عبد-مولا» در اصول فقه و گذر از آن با
رویکردی صدرایی
• افلاطون صادقی
- ۳۳ نظریهٔ خطابات قانونی و نقش آن در فقه اجتماعی
• علی خلف‌خانی / محمدعلی راغبی / سید یوسف علوی وثوقی
- ۶۱ بازپژوهی حیلۀ شرعی در فقه امامیه و اهل سنت
• طاهر علی محمدی / حسین ناصری مقدم
- ۹۵ بازخوانی و تعمیم ادله منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر
• محمدحسن مالدار / عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی
- ۱۲۳ ابهام‌ها و چالش‌های قانونی کیفر معاونت در قتل عمدی و تبیین راهکارهای
فقهی و حقوقی
• جمال بیگی
- ۱۵۹ اقدام غیر در قتل مهدورالدم در موارد مختصّ به حاکم در مذاهب خمسۀ با
نگاهی به عملکرد مقنن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
• عبدالعلی توجّهی / محدثه معینی فر
- ۱۹۵ دلایل جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج در ترازوی فقه و اصول
• عبدالحسین رضایی راد
- ۲۲۵ چکیده‌های عربی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۵

The epistemological outcomes of the model of “Abd – Moula” in the osol e fegh and passing them through Sadrai’s approach¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.54538.1710

Aflatoon Sadeqi

Department of Theology, Payam Noor University, Yazd, Iran; a_sadeghi@pnu.ac.ir

Receiving Date: 2019-06-15

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No.20
Fall 2020

7

Abstract

Nowadays, natural scientists try to look at the hidden faces of nature and natural phenomena in the beam of models. On the other hand, the function of models plays a very important role in understanding concepts, knowledge and religious beliefs, as well as interpreting religious stories and rituals. One of the allegories that has been expressed in Islamic theology and especially in jurisprudence and the principles of jurisprudence, as the manifestation of man’s relationship with God, is the allegory of “Moula-Abd” Which can be considered as a model for the image of God and man in this relationship. The use of this model has certain foundations and epistemological outcomes.

1. **Sadeqi** .A (2020); “ The epistemological outcomes of the model of “Abd - Moula” in the osol e fegh and passing them through Sadrai’s approach”; *Jostar_ Hay Fihi va Usuli*; Vol: 6 ; No: 20 ; Page: 7 -32 ; Doi: 10.22034/jrj.2019.54538.1710

One of the most important foundations of the Moula-Abd model is the perception of the personal God of mankind. Other outcome of the Moula-Abd model is the explanation of a true fact by a non-real thing. On the other hand, accepting this model involves the negation of human authority. In addition, the outcome of using this model as a proof is to go beyond the application of models that epistemologically are not accepted. Also, the other outcome of model of the “Moula-Abd” is the masculine perception of God.

Now, how can we take a step further in completing the more detailed and precise image of God and man in this model? How can we pass from these epistemic outcomes? This research, using a descriptive-analytical method, seeks to explain these outcomes and claims that with the Transcendental Wisdom approach, we can cross the above-mentioned outcomes to use the Moula-Abd model.

Keyword: Outcomes, epistemological, model, Abd, Moula, Osol e feqh, Sadrai’s approach.

لوازم معرفت‌شناختی مدل «عبد-مولا» در اصول فقه و گذر از آن با رویکردی صدرایی^۱

افلاطون صادقی^۲

چکیده

امروزه دانشمندان علوم طبیعی می‌کوشند تا چهره پنهان طبیعت و پدیده‌های طبیعی را در پرتوی مدل‌ها نظاره کنند. از سوی دیگر، در ادراک مفاهیم، معرفت و باورهای دینی و همچنین در تفسیر داستان‌ها و شعائر دینی، مدل‌ها نقش بسیار زیادی ایفا می‌کنند. یکی از تمثیل‌های مطرح در کلام اسلامی و به‌ویژه در فقه و اصول فقه، به‌عنوان رابطه انسان با خدا و نمود تصور و تصویر خدا و انسان، تمثیل «عبد-مولا» است. استفاده از این مدل دارای مبانی و لوازم معرفت‌شناختی خاصی است. از مهم‌ترین مبانی مدل «عبد-مولا»، تصوّر خدای متشخص انسان‌وار است. از دیگر لوازم این مدل، تبیین یک امر حقیقی از طریق امری اعتباری است. لازمه دیگر، سلب اختیار انسان است. به‌علاوه، استفاده از این مدل به‌عنوان برهان، فراتر رفتن از کاربرد مدل‌هاست که از حیث معرفت‌شناسی پذیرفتنی نیست. همچنین لازمه دیگر مدل «عبد-مولا» برای تبیین امر الهی، تلقی ذکوریت برای خداوند است.

حال چگونه می‌توان در تکمیل رویکرد کامل‌تر و دقیق‌تر به تصور خداوند و انسان در این مدل، گام برداشت؟ چگونه می‌توان از این لوازم معرفتی گذر کرد؟ جستار حاضر در

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. دانشیار رشته فلسفه تطبیقی گروه الهیات و علوم اسلامی دانشگاه پیام نور یزد-ایران: a_sadeghi@pnu.ac.ir

صدد تبیین این لوازم و این ادعاست که با رویکرد حکمت متعالیه، به‌ویژه اصول تشکیک وجود، حرکت جوهری و ربط علت و معلول، می‌توان از لوازم دخیل مدل «عبد- مولا» گذر کرد.

کلید واژه‌ها: معرفت‌شناختی، مدل عبد- مولا، اصول‌فقه، رویکرد صدرایی.

مقدمه

بر اساس رویکرد جدید فلسفه علم و معرفت‌شناسی، مدل^۱ قادر است نظریه‌ها را تبیین کند و تصور و تصویرهایی از جوانب آن و عناصر موجود در نظریه را آشکار سازد؛ به عبارت دیگر، مدل می‌تواند ما را به تصور و تصویر جوانب و عناصر نظریه‌ها نزدیک کرده، به تبیین نسبتاً واقعی‌تر نظریه‌ها پردازد. باید گفت که نقش مدل در نظریه‌های علمی و در معرفت بشری نقش استعاره در زبان است. براساس این، مدل را دستگاه منسجمی از مفاهیم آشنا تعریف کرده‌اند که همراه با استعاره قدرتمندی است که قدرت تبیین، تفهیم و تفسیر دارد (See: Barbour, 1990, 49). این قدرت تبیین، تفهیم و تفسیر، بیانگر این امر است که نقش مدل فراتر از استعاره زبانی است و در واقع، نوعی تصویرسازی از پردازش گرسست.

امروزه بعضی از فیزیکدانان از مدل‌های مکانیکی برای تبیین نظریه‌ها سود می‌برند. لرد کلوین^۲ برای اولین بار مدل توپ بیلیارد را برای تبیین حرکت گازها به کار برد و باعث پیشرفت زیادی در نظریه جنبش گازها شد. همین‌طور الیور لاج^۳ نظریه‌های نوین درباره الکتریسته را با اشاره به حرکت رشته‌هایی در اطراف قرقره‌ها نشان داد. دوئم (۱۹۱۶-۱۸۶۱م)، فیزیکدان و فیلسوف فرانسوی، معتقد است مدل‌های مکانیکی ابزارهای مفیدی برای تبیین نظریه‌ها هستند، اما باید در حد خودشان از آن‌ها انتظار داشت؛ بر این اساس، دوئم به نقد و بررسی رویکردهای موجود به مدل‌ها می‌پردازد (Duhem, 1954, 55-107، به نقل از: قائمی‌نیا، ۱۳۸۲، ۵۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۰

1. Model

2. Lord. Kelvin

3. Oliver. Lodge

حتی بعضی از اندیشمندان غربی معتقدند کاربرد مدل در همه علوم یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است؛ زیرا علاوه بر علوم طبیعی، اندیشمندان و محققان علوم اجتماعی همواره در تحقیق خود در زندگی جمعی انسان‌ها و واقعیت‌های پیچیده، فرّار و انتزاعی اجتماعی، به تصاویر و تمثیل‌ها توسل جسته‌اند تا جامعه را بهتر معرفی کنند (رک: توسلی، ۱۳۶۹، ۱۴۳).

از طرف دیگر، متفکران معاصر دین‌دار غربی برای کارکرد مدل‌ها در ادراک مفاهیم، معرفت و باورهای دینی و همچنین در تفسیر داستان‌ها و شعائر دینی نقش بسیار زیادی قائل‌اند. انسان‌ها از طریق مدل‌ها به درک و تصور و تصویری از مفاهیم موجود در باورهای دینی دست یافته، بر اساس آن مفاهیم به تفسیر روایات و تجربه‌های دینی می‌پردازند. ایان باربور^۱ (۲۰۱۳-۱۹۲۳م) در خصوص رابطه خدا و انسان در فرهنگ مسیحی مدل‌های چهارگانه‌ای از خدا معرفی می‌کند که عبارت است از: مدل پادشاهی و رعایا، مدل ساعت‌ساز و ساعت، مدل من و تو یعنی شخصی با شخص دیگر و مدل فاعل و فعلش (Barbour, 1974, 157).

او همچنین علاوه بر طرح کارکرد مدل‌ها در حوزه علوم و معرفت دینی به تشریح آن در این زمینه پرداخته است. به نظر او نقش اصلی مدل‌ها در بسط نظریه‌هاست و از آنجا که مدل‌ها جنبه تمثیلی دارند، رابطه مدل‌ها و واقعیات، رابطه عینی نیست؛ به عبارتی دیگر، مدل‌ها همه واقعیت را بیان نمی‌کنند، بلکه بخشی از واقعیت را معرفی می‌کنند. باربور بر لزوم وحدت فهم مدل‌ها تأکید دارد (See: Barbour, 1974, 34).

البته باید گفت، با توجه به نگاه دقیق به تاریخ علوم و فلسفه و حتی معارف دینی، می‌توان ملاحظه کرد که در سیر آثار علمی پیشینیان، مدل‌ها نقش مهمی در تبیین نظریه و تصور و تصویر عناصر مطرح در آن، به‌ویژه عناصر انتزاعی‌تر، داشته‌اند. با این توضیح که در آثار گذشتگان این تمثیل‌ها و استعاره‌ها با عنوان مدل مطرح نمی‌شدند.

لوازم معرفت‌شناختی
مدل «عبد-مولا» در
اصول فقه و گذر از آن با
رویکردی صدرایی

۱۱

در فرهنگ اسلامی هم استفاده از مدل‌ها در تبیین مسائل دینی، فلسفی و به‌ویژه عرفانی، مسبوق به سابقه است. با توجه به آثار فلسفی و عرفانی و به‌طور کلی، آثار دینی در حوزه علوم اسلامی، استفاده از مدل‌های مختلف از جمله مدل نور در فلسفه اشراق، تابش نور در شیشه‌های مشبک برای تبیین تشکیک وجود در فلسفه ملاصدرا و مدل آینه در فلسفه و عرفان برای تبیین صورت‌های ذهنی و ده‌ها مدل دیگر به وضوح قابل رؤیت است. شهید مطهری از متفکران اسلامی معاصر هم در حوزه دینی، مدل خاصی را برای تبیین نظریه جاودانگی و تغییرپذیری اسلام مطرح کرده است (قائم‌نیا، ۱۳۸۲، ۵۸). خلاصه هر چند واقع دین هیچ‌گاه به‌طور یک‌جا و به‌طور تمام با مدل‌ها بر ما مکشوف نمی‌شود، می‌توان گفت بدون مدل فهم کامل دین ممکن نیست. مدل‌ها دریچه‌هایی به سوی جهان واقعی گسترده دین هستند (قائم‌نیا، ۱۳۸۲، ۵۸).

یکی از تمثیل‌هایی که در کلام اسلامی و به‌ویژه در فقه و اصول فقه برای نمود رابطه انسان با خدا مطرح است، تمثیل «عبد-مولا» است. این تمثیل از گذشته‌های بسیار دور در بحث‌های مختلف اصولی‌ها به شیوه‌های گوناگون استفاده شده است. با رویکردی جدید می‌توان این تمثیل را به عنوان مدلی در تبیین رابطه خدا با انسان و ایجاد تصویری از خدا و انسان تلقی نمود. علمای اصولی این تمثیل را به عنوان مبنای وجوب امر و حرمت نهی شارع می‌دانند. از طرف دیگر، آن‌ها استحقاق عقاب عبد را عصیان او نسبت به مولا می‌دانند که به نوعی هتک حرمت مولا و بی‌توجهی به حق مولا بر عبد به‌شمار می‌آید.

از آنجا که مدل در ایجاد نظریه و تصور و تصویر مفاهیم نقش اساسی دارند و از آنجا که این مدل نقش اساسی در مباحث فقهی ایفا می‌کند، اهمیت بررسی آن محرز و آشکار است.

پیشینه توجه به این مدل در فرهنگ اسلامی، نقدها و پاسخ‌هایی است که وجود دارد. در این زمینه، معمولاً غربی‌ها با طرح این موضوع در صدد نقد کلی دین اسلام هستند؛ برای نمونه، پاتریک مینینگ می‌گوید: اسلام با پذیرش و قانونمند کردن برده‌داری، بیشتر در خدمت برده‌داری بوده است تا علیه آن (Manning, 1998, 28)

یا گوردن معتقد است اسلام با قانونمند کردن برده‌داری به رونق تجارت آن افزود (Gordon, 1989, 21)، اما منتقدان مسلمان با طرح نقدهایی در صدد توجیه آن برآمده‌اند. بسیاری از متفکران مسلمان در گذشته ضمن تأیید نظام برده‌داری، بر حقوق برده در اسلام تأکید زیادی نموده‌اند تا نشان دهند که اسلام به برده‌ها هم اهمیت داده است. غزالی در کتاب احیاء علوم الدین در فصل «حقوق المملوک» صد حدیث مشهور برای توجیه برده‌ها گردآوری کرده تا به نوعی در توجیه وجود چنین نظامی به صاحبان برده درس اخلاق دهد (ر.ک: غزالی، ۱۳۸۷، فصل حقوق المملوک).

امروزه متفکران معاصر اسلامی در صدد ارائه توجیحات قوی‌تری نسبت به غزالی هستند. بعضی بر این نکته تکیه دارند که اسلام از نظر اعتقادی، بیش از ادیان یهودی و مسیحی بردگی را نفی کرده و در صدد محدود ساختن این نهاد اجتماعی بوده است. به نظر علامه طباطبایی به سبب واقعیات جامعه صدر اسلام و نیز مسئله اسیران جنگی کافر، در قرآن و سنت و به تبع آن در فقه، بردگی که جنبه رسمی و نهادی داشت، یکسره نفی نشد، بلکه با تشریح احکامی درباره محدود کردن راه‌های برده گرفتن (استرقاق)، رعایت حقوق مشروع و انسانی بردگان و تأکید بر آزادسازی برده (عتق)، بردگی شکل مطلوب و انسانی به خود گرفت و در مسیر محدودیت و زوال افتاد (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۹۴-۱۳۹۰، ۳۴۶/۶).

موضع بعضی از متفکران دینی معاصر از این هم رادیکال‌تر است. سید احمد خان، مجدد اجتماعی هند، از این نظر دفاع می‌کند که در قرآن، گرفتن بردگان جدید منع شده است. بعضی دیگر مدعی‌اند که رسم بردگی از رسوم جاهلی بوده و اسلام تنها به ضرورت وقت با آن مدارا نموده و در عین حال بالقوه آن را لغو کرده است (see: Ameer Ali, 1935, 262).

بعضی دیگر اظهار می‌دارند، برده‌داری از مصادیق احکام امضایی تحمیلی اسلام است. به نظر آن‌ها احکام امضایی اسلام به دو قسم مطلوب و تحمیلی تقسیم می‌شود. احکام تحمیلی، مطلوب اسلام نیست، بلکه به دلیل شیوع عرفی و محذورات اجتماعی در ممنوعیت آن‌ها، مورد تأیید اسلام قرار گرفته‌اند. این احکام

مقید به رواج عرفی هستند و اگر در طول زمان متروک شوند، حکم شرعی آن‌ها متروک و تغییر می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۵، ۶).

بررسی این نقدها و پاسخ به آن‌ها مقالات و کتاب‌های بسیاری را به خود اختصاص داده و باب این مسئله همچنان گشوده است. موضع اصلی این تحقیق، طرح مبانی و لوازم معرفت‌شناختی استفاده از این مدل در آموزه‌های دینی و در پی آن، ارائه راه‌حل راه‌گذر از این پیامدهاست. در راستای این رویکرد، توجه به بعضی از این لوازم موضوع بحث و تحقیقی نویسندگان و اندیشمندان معاصر قرار گرفته است. شهید صدر، متفکر و اندیشمند اسلامی معاصر، ساختار عرفی و اعتباری این مدل را مورد کنکاش و بررسی قرار داده است (ر.ک: هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۲۳). همچنین اخیراً بحث‌های مفصل‌تری در قالب پروژه پژوهشی، کتاب و مقاله ارائه شده است که نظر به عبور از این مدل با عناوین مختلف دارد (ر.ک: الهی‌خراسانی، ۱۳۹۵ و ۱۳۹۴، ۳۲-۹).

این تحقیق در صدد است تا با شیوه توصیفی - تحلیلی این مدل مهم فقهی را از حیث مبانی و لوازم معرفت‌شناختی بررسی کند و به تبیین رویکردی از ملاصدرا در حوزه رابطه علیت به عنوان یکی از راه‌های گذر از این مبانی بپردازد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۴

۱. کتاب‌شناسی مدل «عبد-مولا» در اصول فقه اسلامی

برای نشان دادن گستره مورد استفاده این مدل در دانش اصول فقه، مختصری از کتاب‌شناسی این مدل بیان می‌شود. گستره استفاده از این مدل از حیث زمانی شامل آثار اولیه اصول فقه متفکران و نویسندگان اسلامی اعم از شیعه و سنی تا زمان حاضر است و تا عصر حاضر، کمتر کتابی در این رشته یافت می‌شود که در آن، از این مدل ذکری نباشد و در جهت اثبات مطالبی از آن استفاده نکرده باشد. این مدل معمولاً در مبحث امر و نهی اکثر کتاب‌ها و در بحث اصول عملیه بسیاری از آن‌ها مورد توجه و استفاده قرار گرفته است.

بعد از شیخ مفید (۴۱۳هـ.ق) که معمولاً در تاریخ فقه و فقها از او به عنوان اصولی اولیه یاد می‌شود و از این مدل در اثر اصولی خود التذکره استفاده نکرده (شیخ مفید،

۱۴۱۴ق، ۳۲-۳۰)، سید مرتضی (۴۳۶هـ.ق) از شاگردان وی، بر خلاف رویکرد استاد، از جمله کسانی است که در اثر معروف اصولی خود الذریعة فی علم اصول الشریعة به طور بسیار گسترده این مدل را برای اثبات نظر خود به کار برده و در مواردی به نقد دلیل مخالف خود که از این مدل استفاده کرده، می پردازد (علم الهدی، ۱۳۶۶، ۵۹/۱: ۶۰، ۷۵، ۸۱، ۹۱، ۱۱۵، ۱۳۰، ۱۵۶، ۱۶۱، ۱۷۰، ۲۵۸، ۴۲۲، ۴۳۹، ۷۶۱/۲ و ۸۱۶).

شیخ طوسی (۴۶۰هـ.ق)، فقیه هم عصر سید مرتضی و شاگرد او، در العدة فی الأصول و محقق حلی (۶۷۶هـ.ق) در کتاب معارج الأصول این مدل را برای اثبات نظریه های خود به کار برده اند (رک: شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ۱۷۴-۱۷۲: ۵۱۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ۶۴-۶۷).

علامه حلی (۷۲۶هـ.ق)، زین الدین حسن (۱۰۱۱هـ.ق)، صاحب کتاب معالم الأصول، شیخ بهایی (۱۰۳۱هـ.ق)، شیخ انصاری (۱۲۸۱هـ.ق)، آخوند خراسانی (۱۳۲۸هـ.ق)، شیخ محمدرضا مظفر (۱۳۸۸هـ.ق)، شهید سید محمدباقر صدر (۱۴۰۰هـ.ق)، امام خمینی (۱۴۱۰هـ.ق) و نویسنده معاصر شیخ جعفر سبحانی از دیگر فقها و اصولیان امامیه هستند که همگی به فراخور بحث از این مدل به شیوه های مختلف استفاده کرده اند (رک: علامه حلی، ۱۴۰۴، ۱۰۰؛ زین الدین حسن، ۱۳۷۸، ۳۹، ۴۰، ۵۱، ۵۲، ۹۴، ۹۶، ۹۸، ۱۰۴، ۱۲۱؛ شیخ بهایی، ۱۳۸۱، ۱۱۴، ۱۲۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ۳۲/۱، ۴۰، ۴۱، ۴۸۳، ۲۰۳/۲، ۲۱۱، ۳۱۹، ۳۵۷/۳، ۳۶۰، ۴۰۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۶۳، ۸۳، ۲۶۰، ۲۶۸، ۳۶۱؛ مظفر، بی تا، ۶۲-۶۱، ۶۵، ۶۷، ۷۵، ۷۶، ۸۴، ۱۰۲، ۱۵۲، ۱۵۳، ۱۵۴، ۱۸۸؛ حیدری، ۱۳۷۶، ۸۰/۱، ۹۳، ۱۰۰، ۱۰۳، ۱۶۲، ۱۷۶-۱۶۹، ۲۵۴، ۴۵/۲، ۸۳، ۱۰۱، ۱۶۱، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۶۹؛ امام خمینی، ۱۳۷۶، ۱۱۰/۱، ۱۱۷، ۱۲۷، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۶، ۱۸۰، ۱۹۱، ۲۶۱، ۳۳۴، ۱۹/۲، ۱۲۲، ۲۵۱، ۲۵۳، ۳۰۶، ۳۴۷، ۳۶۰، ۳۸۹، ۳۹۸؛ سبحانی، ۱۳۸۷، ۹۲، ۹۷، ۹۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۲۳).

به علاوه، استفاده از این مدل، خاص متفکران امامیه نیست، بلکه اندیشمندان و به ویژه اصولیان اهل سنت هم از آن استفاده کرده اند. جصاص (۳۷۰هـ.ق)، شیرازی (۴۷۶هـ.ق)، سرخسی (۴۹۰هـ.ق)، غزالی (۵۰۵هـ.ق)، فخر رازی (۶۰۶هـ.ق) و آمدی (۶۳۱هـ.ق) در آثار خود و به فراخور بحث های متعدد به مدل «مولا - عبد» اشاره کرده اند (رک: جصاص، ۱۴۰۵ق، ۱۰۰/۲، ۱۵۲؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱/۱، ۹۴، ۱۹۳؛ غزالی، ۱۴۱۷ق، ۲۰۲، ۲۰۴، ۲۰۸؛ رازی، ۱۴۱۲ق، ۱/۱، ۱۵۰/۲، ۵۳/۲، ۷۴، ۷۵، ۱۱۸؛ آمدی، ۱۴۰۲ق، ۲/۲، ۱۳۷، ۱۴۸، ۱۶۶).

لوازم معرفت شناختی
مدل «عبد-مولا» در
اصول فقه و گذر از آن با
رویکردی صدرایی

۲. جایگاه کاربرد مدل «عبد-مولا» در اصول فقه و اهمیت آن

در اکثر آثار اصولی‌ها، شاهد استفاده از مدل «مولا-عبد» در سه بحث اصولی یعنی بحث امر، نهی و بحث اصول عملیه، به‌ویژه برائت و احتیاط هستیم. در این بحث‌ها این مدل تحت سه عنوان «مولا-عبد»، «سید-عبد» «سید-غلام» به کار رفته است. این بحث در آثار کلامی اسلامی هم دیده می‌شود. سید مرتضی در کتاب الذریعه می‌گوید: «فذهب جمیع الفقهاء و طائفة من المتکلمین إلى أن الأمر یقضی ایجاب الفعل علی المأمور به ... دلیلهم، قولهم السید إذا أمر غلامه بفعل، عقل منه آلیجاب، و لذلك یوبخه العقلاء و یذمونه إذا خالفه» (علم‌الهدی، ۱۳۶۶، ۵۹/۱). به‌علاوه، صاحب معالم در بحث عام و خاص هم از این مدل استفاده کرده است (زین‌الدین حسن، ۱۳۷۸ق، ۱۰۴ و ۱۲۱). در این بحث‌ها این مدل گاهی به‌عنوان دلیل (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۳۶۶، ۵۹/۱؛ زین‌الدین حسن، ۱۳۷۸ق، ۳۹، ۴۰، ۵۱، ۵۲)، گاهی به‌عنوان فرض (ر.ک: حیدری، ۱۳۷۶، ۱/۲۵۴) و گاهی هم به‌عنوان مثال (ر.ک: حیدری، ۱۳۷۶، ۲۴۷-۲۴۵) آورده شده است. استفاده از این مدل در اصول فقه، علاوه بر اینکه به‌عنوان یکی از دلایل اثبات وجوب امر و نهی و موارد مربوط به آن و دلیل اثبات برائت یا احتیاط، مهم است، از منظری دیگر هم اهمیت خاصی دارد و آن این است که می‌توان گفت، کاربرد این مدل در این مباحث، تمام مباحث فقهی را در بر می‌گیرد؛ زیرا تمام مباحث فقهی شامل احکام شرع و خداوند است که یا به صورت امر و یا به صورت نهی آورده شده است. به عبارت دیگر، از آنجا که تقریباً تمام مباحث فقهی یعنی استنباط احکام شرعی شامل اوامر و نواهی شارع بر اساس ادله اجتهادی و فقهاتی است، ملاحظه می‌شود که استفاده از این مدل نقشی اساسی در تمام مباحث فقهی پیدا می‌یابد. به بیانی دیگر، دانش اصول فقه بر اساس ساختار عبد و مولا، مسئله بنیادین حکم‌شناسی و دیگر مسائل تابع آن را پردازش کرده است و می‌توان گفت، فضای کلی اصول بر محور عبد و مولا می‌گردد (الهی خراسانی، ۱۳۹۴، ۱۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۶

۳. مبانی و لوازم معرفت‌شناختی کاربرد مدل «عبد-مولا»

مبانی و لوازم معرفت‌شناختی هر مدل، تعیین‌کننده نوع، ماهیت و حدود عناصری

است که در نظریه مبتنی بر آن مدل به کار رفته است. مهم‌ترین عناصر نظریهٔ وجوب امر و نهی بر اساس مدل «عبد-مولا» خداوند و انسان است؛ بنابراین، مبانی و لوازم معرفت‌شناختی این مدل، نوع، ماهیت و حدود تصور و تصویر خدا و انسان را مشخص می‌کند.

۱.۳. خدای متشخص انسان‌وار

یکی از مهم‌ترین مبانی رابطه انسان و خداوند بر اساس مدل «عبد-مولا»، تصور خدای متشخص انسان‌وار است؛ به عبارت دیگر، مبنا و لازمه این مدل پذیرش خدای متشخص انسان‌وار است.

امروزه در فلسفه دین و از سوی متفکران دین‌دار معاصر، به‌ویژه غربی، برای تصور و تصویر خدا اقسام مدل‌های کلی مطرح کرده‌اند که از کتب مقدس و آثار دینی اخذ شده است. خدای غیر متشخص، خدای متشخص انسان‌وار و خدای متشخص غیر انسان‌وار سه مدلی است که الاهی‌دانان و متفکران در صدد طرح و اثبات آن هستند (ر.ک: تالیافرو، ۱۳۸۲، ۲۸۲-۲۶۷). اکثر متفکران دین‌دار و فیلسوفان دین در غرب معتقدند که خدای ادیان الهی خدای متشخص انسان‌وار است. این نظر مخالف نظر اکثر فلاسفه متدین و متفکران دین‌دار است. این رویکرد حتی نظریه فلاسفه الهی را که خدا را متعالی از زمان می‌دانند، انکار خدای شخص‌وار انسانی تلقی کرده و آن را مخالف رویکرد ادیان می‌داند (ر.ک: تالیافرو، ۱۳۸۲، ۲۸۲-۲۶۷).

متشخص بودن به معنای متمایز بودن یکی از موجودات از سایر موجودات است؛ بنابراین، تشخص و عدم تشخص خداوند به زبان ساده این است که آیا خدا یکی از موجودات است یا خیر؟ اگر باشد، خدای متشخص است و الا خیر. خدای نامتشخص یعنی خدایی که نمی‌توان او را به عنوان یک موجود متمایز از سایر موجودات لحاظ کرد؛ مثلاً «خدا عین طبیعت است». خدای متشخص هم دو نوع تصور می‌شود. یکی خدای متشخص انسان‌وار که این خدا ویژگی‌های انسانی مثل مهربانی، خشنودی، خشم، اراده و... را دارد و دیگری خدای متشخص غیرانسان‌وار که خداوند در عین اینکه متشخص است ویژگی‌های انسانی را ندارد. مثل خدایی که تنها صفات فلسفی یعنی واجب‌الوجود، علت‌العلل، نامتناهی، فوق زمان و مکان

و ... را دارد (ر.ک: ملکیان، ۱۳۸۴، ۱۴ به بعد).

حال، مسلم است که از مبانی مدل «عبد-مولا» تصور خدا به عنوان خدای متشخص انسان‌وار است؛ تصور پیوند و رابطه در این مدل، تصویری از رابطه و پیوند انسانی و شخصی است. توصیف خدا به عنوان شخص تنها وقتی امکان دارد که پیوندهای شخصی میان او و انسان تصور شود (ر.ک: تیکلسون، ۱۳۸۲، ۲۵). در این مدل تصور این پیوند امری آشکار است. خدایی که مثل مولایی انسانی مملوکی چون عبد دارد و به او امر و نهی می‌کند، بر او خشم می‌گیرد و از او راضی می‌شود و ... و انسانی که همچون برده و بنده اوست و چون بردگان و بندگان باید مطیع اوامر او باشد و چون عصیان کند، عقلاً مذموم و مستحق عقاب است.

۲.۳. تبیین یک امر حقیقی از طریق امری اعتباری

از دیگر لوازم مدل «عبد-مولا» استفاده از امر اعتباری برای توجیه یک امر حقیقی و واقعی است؛ به عبارت دقیق‌تر، نه تنها خدا در استفاده از این مدل به عنوان شخص انسان‌وار تصور می‌شود، بلکه علاوه بر آن استفاده از مدل خدای متشخص انسان‌وار در رابطه‌ای اعتباری نیز تصویر می‌شود. رابطه مولا و عبد یک رابطه اعتباری و وضعی است. در میان متفکران و علمای گذشته ظاهراً سید مرتضی به این امر توجه کرده است. بعد از او در دیگر آثار معروف اصولی اشاره‌ای به آن دیده نمی‌شود. سید مرتضی در اینکه امر بر وجوب دلالت می‌کند، نظری خلاف سایر اصولیان دارد. او در کتاب الذریعه درصدد بیان این نظر و تبیین دلایل فقها و متکلمان بر این نظریه است. او ابتدا دلایل موافقان را به دو قسم اعتباری و سمعی تقسیم می‌کند. از نظر او برمی‌آید که مراد از اعتباری بودن دلایل اموری است قراردادی که برگرفته از عادات و آداب اجتماعی و عامی و زبان است (علم الهدی، ۱۳۶۶، ۶۰/۱). او سپس اولین دلیل اعتباری فقها بر دلالت امر بر وجوب را ارائه مدل «مولا-عبد» می‌داند: «فأولها قولهم: السيد إذا أمر غلامه بفعل، عقل منه الإيجاب، و لذلك يوبخه العقلاء، و يذمونه، إذا خالفه». او سپس به نقد آن می‌پردازد. به نظر سید مرتضی عقل و هیچ عاقلی عبد را به صرف مخالفت عبد از امر مولا مستحق عقاب نمی‌داند، بلکه

وجود شرایطی لازم است. از نظر سید مرتضی شرایط لازم برای استحقاق عقاب عبد متخلف، آگاهی او به عرف جامعه و عادات و رسوم موجود در فرهنگ جامعه و مولا است. به علاوه مصلحت عبد و نفی مفسده او در امر برای اطاعت ضروری لازم است (ر.ک: علم الهدی، ۱۳۶۶، ۶۰/۱-۵۵). بنابراین ملاحظه می شود که سید مرتضی این مدل را در حوزه تکلیف و جویی عبد تابع عرف می داند. البته شرط مصلحت و نفی مفسده، کاربرد آن را در رابطه خداوند و بنده توجیه می کند، اما این خود اولاً مدلی فراتر از مدل «عبد-مولا»ی عرفی می طلبد و ثانیاً سایر اصولیان این دلیل را با این شرط مطرح نکرده اند.

اخیراً این امر مورد توجه قرار گرفته و نظریه‌هایی در جهت اصلاح آن ارائه شده است. شهید صدر، متفکر و اندیشمند اسلامی معاصر، به این مسئله پرداخته و اعتبار را ساختاری عرفی می داند که در این مدل به عنوان مولویت مولای بشری نمود دارد. راه حل او توسعه حوزه اعتباری شخصیت مولای بشری به خداوند است و نهایتاً معتقد است در استفاده از این مدل باید به جای اصالت دادن به اعتبارات عرفی، بر رعایت حرمت مولا توسط عبد تاکید کرد (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۲/۲۲۳). یادآوری این نکته بی فایده نیست که توسعه حوزه اعتباری آن را از اعتبار خارج نمی سازد. به علاوه رعایت حرمت مولا توسط عبد اصالت دادن به اعتبار عرفی دیگری است.

از طرف دیگر، نظریه‌ای مطرح شده که معتقد است از این مدل به عنوان پارادایم شخصیت‌گرایی که برخاسته از نظام عرفی، اجتماعی و زبانی عبد و مولا است، با تفکر قانونی می توان عبور کرد. در این نظریه، شارع را قانونگذار و بندگان را انسان‌هایی عاقل می داند که در صدد انجام قانون برای رسیدن به رشد و مصلحت‌های خود می باشند (ر.ک: الهی خراسانی، ۱۳۹۵). شاید بتوان گفت که این نظریه در صدد جایگزینی مدل قانون‌گذاری بشری به جای مدل «عبد - مولا» است. این رویکرد مشکلات متعدد استفاده از مدل مولا-عبد را حل می کند، اما به نظر می رسد چندان پای را از حوزه اعتباری و وضعی فراتر ننهاده است. به هر حال، از مدل عبد-مولا تصویر و تصور خدای متشخص انسان‌وار در حوزه‌ای اعتباری برداشت می شود.

۳.۳. تصور انسان بدون اختیار و حق مخالفت

از لوازم معرفتی مدل «عبد - مولا» نوع تصور انسان در این مدل است. در این مدل در مقابل خداوند به عنوان مولا و سید، انسان به عنوان بنده و غلام تصور می شود. بر اساس این رابطه، این مدل به عنوان دلیل دلالت امر بر وجوب تلقی می شود. در تبیین اصولی ها چون بنده و غلام به طور قطع بدون هیچ اختیاری موظف و مکلف به تبعیت از امر مولا است، امر بر وجوب دلالت می کند؛ به عبارت دیگر، اصولی ها در تبیین نظریه وجوب امر با ارائه مدل فوق بر این مسئله تأکید دارند که عقل حکم می کند که عبد حق مخالفت با درخواست مولا را ندارد. از نظر آن ها مبنای جواز و استحقاق عقاب عبد اختیار کردن عمل یا روشی غیر از امر و نهی مولا است. اصلاً محور این مدل در اثبات وجوب امر این نکته است. بنابراین، لازمه پذیرش این مدل سلب اختیار انسان است و اگر احکام الهی را شامل امر و نهی بدانیم جایی برای اختیار در انجام احکام شرعی باقی نمی ماند. در این صورت، با ارتباطی که بین معارف اسلامی وجود دارد، لوازم منفی کلامی و اعتقادی بسیاری در پی دارد.

۴.۳. تلقی ذکوریت برای خداوند

از نقدهایی که به طور کلی در فلسفه دین نسبت به ادیانی چون مسیحیت و یهودیت و اسلام می شود، رویکرد این ادیان به مخاطبان خود با نگرشی مذکر مآبانه است. از این منظر، امروزه طرفداران حقوق زن، به ویژه فمینیست ها، ادیان الهی را مورد نقد قرار می دهند. از طرفی، این نقد در حوزه فقهی هم مطرح است که فقها در طرح مسائل مربوط به احکام و مثال ها معمولاً رویکرد مذکر مآبانه دارند. معمولاً مبنای این نقدها استفاده از زبان های مکتوب و شفاهی است که در کتب مقدس و آثار متفکران دینی به کار رفته است. حتی در بیان از خداوند و بیان خداوند در آثار مقدس و متفکران دینی از صیغه های مذکر استفاده می شود. البته به این نقدها پاسخ هایی هم داده شده است که در جای خود جالب توجه است.

از لوازم استفاده از مدل «عبد - مولا» در اصول فقه، ایجاد تصویری مردانه است که برای انسان از خدا پیدا می شود. آنچه از زبان عربی در طرح این مدل به کار رفته

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۰

و آنچه در اصول همیشه مدّ نظر گوینده و شنونده است و آنچه در عرف برده‌داری متداول است، همگی دلالتی واضح و روشن دارد که در این باره در طرفی که مولا قرار دارد، تصور مذکر اگر نگوییم انحصار دارد، باید گفت غالب و اکثری است. مسلماً انتقال این تصور به خداوند به عنوان شارع و حکم‌کننده شرع، نه تنها دور از ذهن نیست بلکه امری عادی است.

۵.۳. فراتر رفتن از کاربرد «مدل» در تلقی مدل «عبد-مولا» به عنوان برهان

اگر بیان رابطه عبد - مولا در آثار متفکران اسلامی را استعاره از رابطه خداوند و انسان و به عنوان مدلی تلقی کنیم که امروزه مطرح است، نمی‌توان آن را به عنوان برهان و استدلال در اثبات امری آورد؛ اما همان‌طور که اشاره شد بعضی از اصولی‌ها مدل «عبد-مولا» را به عنوان دلیل و برهان بر وجوب امر و سایر اصول به کار برده‌اند. سید مرتضی دلیل فقها و متکلمان بر وجوب امر را رابطه عبد و مولا می‌داند (علم‌الهدی، ۱۳۶۶، ۵۹). صاحب معالم بارها همین دلیل را بر وجوب امر و اثبات مواردی دیگر آورده است (ر.ک: زین‌الدین حسن، ۱۳۷۸ق، ۳۹، ۴۰، ۵۱، ۵۲، ۹۴، ۹۶، ۹۸، ۱۰۴، ۱۲۱). همین‌طور کاربرد این مدل به عنوان دلیل در سایر آثار اصولی‌ها هم مشاهده می‌شود.

لازمهٔ کاربرد این مدل به عنوان برهان فراتر رفتن از کاربرد مدل‌هاست و از حیث معرفت‌شناسی قابل پذیرش نیست. اصلاً مدل را نمی‌توان به عنوان برهان ارائه کرد و ارائه آن نوعی فراتر رفتن از حوزه وظیفه الگو و مدل است. امروزه هنگام بحث از مدل‌ها در فلسفه علم بر این امر تأکید می‌شود که مدل‌ها نه تنها دلیلی بر اثبات یک حقیقت نیستند، بلکه تنها به پاره‌ای از واقعیت اشاره دارند؛ حتی به نظر بعضی مدل‌ها هر چند در منطق فهم نظری، عنصری اجتناب‌ناپذیرند، توان کشف واقع را ندارند (See: Barbour, Ian, 1990, 184). به عبارت دیگر، باید توجه داشت که مدل‌ها همواره ناقص هستند؛ به این معنا که تمام حقیقت را به چنگ نمی‌آورند و تنها جوهی از آن را نشان می‌دهند (ر.ک: قائمی‌نیا، ۱۳۸۲، ۷۰-۶۸). بنابراین، باید گفت استفاده از رابطه عبد و مولا به عنوان دلیل فراتر رفتن از محدوده کاربرد یک مدل است.

۴. گذر از لوازم معرفتی مدل «عبد-مولا» با رویکرد حکمت متعالیه

در یک نگاه کلی، کاربردهای مکاتب فلسفی در جهان اسلام، علاوه بر حل مشکلات فلسفه در زمان خود، مدل‌هایی برای یاری رساندن عالمان دینی در جهت فهم دقیق‌تر دین و نظریه‌های دینی به‌شمار می‌روند. زمانی مدل فلسفه مشاء، عالمان دینی را در فهم دین یاری می‌کرد و زمانی مدل حکمت اشراق به آن‌ها یاری می‌رساند. اکنون چندین قرن است که مدل حکمت متعالیه طیب دؤار است. این مدل فلسفی را بزرگ‌ترین مدلی می‌دانند که در عالم اسلام ظهور کرده و نسبت به مدل‌های قبل گامی به واقع دین نزدیک‌تر است. این مدل تعدادی از مسائل لاینحل از مدل‌های سابق را حل کرده است (رک: قائمی‌نیا، ۱۳۸۲، ۷۳ به بعد).

اینکه توانایی و توفیق مدل فلسفی حکمت متعالیه در جهت فهم دقیق‌تر دین اسلام تا چه حد است و تا چه حد در این زمینه موفق بوده است، نیاز به کاوش‌های بیشتری دارد که در جای خود باید به عمل آید؛ آنچه در اینجا مورد توجه است، استفاده از این مکتب و اصول و مبانی آن در تکمیل مدل «عبد-مولا» در جهت رویکرد کامل‌تر و دقیق‌تر به تصور خداوند و انسان در رابطه خدا با انسان است. ادعا این است که با رویکرد حکمت متعالیه می‌توان از لوازم استفاده از مدل «عبد-مولا» و بسیاری از نتایج منفی کاربرد این مدل گذر کرد. اصول و مبانی این مکتب که بیشتر در اینجا مد نظر است، اصالت وجود، وحدت تشکیکی وجود و نگرش ملاصدرا به اصل علیت بر مبنای این مبانی فلسفی است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۲

۱.۴. اصالت وجود در حکمت متعالیه

اولین و مهم‌ترین اصل در حکمت متعالیه، اصل مبنایی «اصالت وجود» است. این اصل روح و اساس حکمت متعالیه است. تمام این نظام فلسفی و مسائل مطرح در آن بر مبنای اصالت وجود مبتنی است. در اهمیت آن می‌توان گفت که به نوعی فصل ممیز حکمت متعالیه از تمام نظام‌های فلسفی دیگر است. ملاصدرا رسیدن به این اصل را حاصل هدایت الهی می‌داند که باعث شده تا در اندیشه او تحولی رخ دهد و از پیروی نظر اعتباریت وجود به اصالت آن که نظریه‌ای اساسی است، تحول

یابد (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱م، ۴۹/۱).

منظور از اصالت وجود، به معنای حقیقی، این است که تحقق اصلی و اصیل، در کل عالم هستی تنها از آن وجود است؛ به عبارت دیگر، تنها وجود، عین واقعیت و حقیقت است و غیر وجود، تابع این حقیقت می‌باشد. آنچه جهان خارج را پر کرده، حقیقت وجود است. غیر وجود عدم و ماهیت است. عدم یعنی نیستی در سایه وجود معنا پیدا می‌کند؛ اگر وجود نباشد حتی لفظ عدم هم بی‌معناست. ماهیات هم به تبع وجود معنا و مفهوم دارند، حقیقت ماهیات همان نفس وجود آن‌هاست (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱م، ۳۹/۱-۳۸).

۲.۴. وحدت تشکیکی وجود در حکمت متعالیه

می‌توان گفت پس از اصالت وجود، «وحدت تشکیکی وجود» دومین مبنای اساسی حکمت متعالیه می‌باشد. از دیدگاه ملاصدرا هستی که جهان را پر کرده است، هر چند در جهان نمودهای متکثر دارد، در اصل و حقیقت، یکی و واحد است. این واحد به صورت تشکیکی در جهان هستی نمود دارد. وحدت تشکیکی وجود که تحت عنوان «وحدت در عین کثرت و کثرت در عین وحدت» هم مطرح می‌شود، مدعی است که عالم، هم دارای وحدت و هم دارای کثرت است؛ اما وحدت بخش و کثرت بخش عالم، «وجود» است؛ یعنی از یک طرف، یک حقیقت واحد یعنی وجود، بیشتر نیست و از طرف دیگر، همین وجود با مراتب مختلف، به صورت حقایق متعدد خارجی تحقق یافته است. این دیدگاه هم کثرت را در عالم، حقیقی می‌داند و هم وحدت را و به وحدت در عین کثرت قائل است؛ به عبارت دیگر، وجود دارای حقیقت واحدی است که این حقیقت واحد، دارای مراتب شدید و ضعیف، کمال و نقص و... است (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱م، ۳۸/۲).

بر اساس نظریه وحدت تشکیکی وجود، خداوند تبارک و تعالی بالاترین مرتبه وجود را داراست. در این مرتبه که تنها مرتبه‌ای است که از هر جهت بالفعل است و هیچ نقصی ندارد، تمام مراتب پایین‌تر حضور دارند و به‌طور کلی هر مرتبه از وجود

شامل تمام مراتب پایین تر می شود. در مقابل، همه موجودات عالم از نظر وجودی وابسته به خداوند هستند؛ به عبارت دیگر، عین ربط و ارتباط به اویند.

۳.۴. نگرش ملاصدرا به اصل علیت بر اساس مبانی حکمت متعالیه

علیت در ساحت وجودشناسی ملاصدرا که بر مبنای خاص حکمت متعالیه است، متفاوت با نظر پیشینیان می باشد. به نظر او آنچه در فرایند علیت تحقق می یابد «وجود» است. نزد ملاصدرا علت و معلول چیزی جز وجود نیست؛ زیرا ماهیت ها اصالتی در تحقق ندارند (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۱، ۴۹). ملاصدرا بعد از بیان اینکه علت، «وجود» و معلول هم، «وجود» است و در فرایند جریان علیت، تنها «وجود» حاکم می باشد، معتقد است وجود معلول وجودی ربطی به شمار می رود؛ به عبارت دیگر، معلول عین الربط به علتش بوده و بدون علت نیست و نابود می گردد. با عنایت ویژه به معنای ربط در حکمت متعالیه، چنین دریافت می شود که تمام هویت معلول از آن علتش است و همو سایه اش را آن به آن بر وجود معلول می گستراند؛ به دیگر بیان، با اعتقاد به اصالت وجود، مدار جاعلیت و مجعولیت، وجود می باشد و هویت مجعول را چیزی جز وجود رقم نمی زند. بر همین اساس، علت در نسبتش با معلول، تنها وجود اعطا می کند و با این افاضه او را از حسیض عدم به عزیز وجود تعالی می دهد. از سویی، چون این اعطا هر آن از سوی علت تحقق می پذیرد، ربط و تعلق کامل معلول به علت را به نحو افزون تری تأکید می کند.

از طرف دیگر، از نظر صدرالمتألهین علت حقیقی که دارای وجود مستقل محض است، تنها خداوند می باشد و سایر علت ها نسبت به معلول خود دارای وجود مستقل می باشند. از این منظر است که در فلسفه ملاصدرا همه معلول های ممکن دارای وجودی رابط نسبت به حق تعالی هستند و این چیزی است که او در فلسفه خود با برهانی یقینی مبرهن می سازد (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱، ۳۲۹/۱).

نتیجه ای که ملاصدرا از این مبانی - یعنی مبنا بودن وجود علت و معلول در فرایند علیت و وجود تعلق معلول به علت که عین تعلق به آن است - می گیرد، این است که

آنچه معلول نامیده می‌شود، هویت حقیقی جدا از هویت علتش ندارد، به طوری که بتوان برای علت و معلول دو هویت مستقل، حتی در اشارهٔ عقلی لحاظ کرد که یکی افاضه‌کننده و دیگری افاضه‌شده باشد (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۰، ۴۹).

بنابراین، نکتهٔ مهم در تبیین صدرالمتألهین این است که در فرایند علّیت تنها یک موجود مستقل وجود دارد و آن هم وجود علت است. معلول وجودی مستقل از خود ندارد. این تبیینی است که ملاصدرا در جاهای مختلف از آثار متعدد خود، به ویژه در اسفار اربعه، آورده است (رک: صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱، ۲۱۹/۱ و ۴۱۴ و ۲۷۹/۲-۲۲۶ و ۲۷۰-۲۷۹ و ۳۰۱-۲۹۹، ۱۹/۳ و ۳۹۱-۳۹۲ و ۳۲۹/۶).

اگر معلول وجود مستقلی ندارد، پس آنچه در جهان هستی وجود دارد، وجود علت است. آیا این بدین معناست که معلول اصلاً تحقق نمی‌دارد؟ یعنی تحقق و همی و خیالی دارد یا اگر تحقق واقعی دارد، این تحقق چه نسبتی با وجود معلول خود دارد؟

از نظر ملاصدرا معلول وجود دارد، اما جلوه‌ای از علت و شأنی از شئون آن است. همان‌طور که تبیین گردید، معلول دارای وجود رابط است. وجود رابط وجودی تعلّقی و اضافی^۱ است. وجودی است که در یک جعل بسیط و نه جعل مرکب، آن‌طور که مشائیان می‌گویند، تحقق دارد. معلول با جعل بسیط، حقیقتی جدا از علتش و معنایی غیر از متعلق و تابع علت خود ندارد. علت هم معنایی جز متبوع و مفیض بودن ندارد که عین ذات و وجود آن است. پذیرش جعل بسیط در فرایند علیت مبنایی اساسی است. پذیرش جعل بسیط به این معناست که اصل علیّ و معلولی در استلزام طرفینی است. آن، حکایت از وحدت وجود ساری علت در معلول خود و وجود تعلّقی معلول به علت خود، می‌باشد. از این جهت، ملاصدرا معتقد است بازگشت علیت الهی، به تجلی و شأن است.

ملاصدرا بر اساس این رویکرد به علیت و بر اساس اینکه سلسلهٔ علل و معلول در جهان هستی متناهی است و این سلسله به ذاتی بسیط الحقیقه که بری از هر نوع

۱. اضافهٔ اشراقی که برخلاف اضافهٔ مقولی طرفی در مقابل خود ندارد تا به آن اضافه شود، بلکه خود عین طرف خود می‌باشد.

کثرت، نقصان، قصور، امکان و هر امر زائد بر ذاتی است، نتیجه می‌گیرد که این وجود فیاض تنها حقیقت در جهان هستی و اصل و منشأ جمیع موجودات است که همگی تنها شئونات و اسما و صفات او هستند. اصل وجود و وجود اصلی، تنها اوست و باقی اطوار و تجلیات اوست (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۰، ۵۰).

۴.۴. مدل «عبد-مولا» با توجه به مبانی و اصول حکمت متعالیه

با مبانی و اصول پیش گفته از ملاصدرا ملاحظه می‌شود که مدل «عبد-مولا» در پرتوی این اصول و مبانی، تصور و تصویری دیگر از خدا و انسان را به رخ می‌کشد؛ به عبارت دیگر، این مدل در پرتو نور وجود و اصالت آن و ارتباط خاص بین انسان و مولای حقیقی او، لوازم معرفتی بسیار متفاوتی را به نمایش می‌گذارند. هنگامی که این مدل در پرتو اصول صدرایی لحاظ گردد، ارتباط عبد و مولا نه تنها ارتباطی اعتباری نیست، بلکه ارتباط ماهیتی با ماهیت دیگر هم نمی‌باشد. ارتباط در حقیقت وجود است؛ یعنی ارتباطی که حقیقی‌تر از آن وجود ندارد. در پرتو این مبانی که حدّ ماهوی وجود ندارد، جایی برای حدّ جنسی نیست. تجلی شأن و کمالی که از حق تعالی در آب و گل آدم خیمه زده است، وجود مستقلی برای انسان باقی نمی‌گذارد تا خدایی متشخص و انسان‌وار نمود یابد. از طرفی، انسان در عین وابستگی به مولای حقیقی خود مجبور به انجام عملی نیست که اراده و اختیار لازمه وجودی چنین موجود وابسته به اراده و اختیار مطلق است.

به هر حال، اگر بخواهد مدل «عبد-مولا» به‌عنوان مدلی در اصول فقه مبنای وجوب امر و حرمت نهی قرار گیرد و بر اساس آن اصولی‌ها این مدل را به عنوان مبنای وجوب امر و حرمت نهی شارع بدانند، لازم است در پرتو نظریه‌ای تلقی شود که آن را در فرایندی تعالی دهد که از محدوده اعتبار، جنسیت، شخصیت و... بگذرد. به عبارت دیگر، در جریان مطالعات دینی، این نوع مدل‌ها خود در پرتو مدلی قرار گیرند که برای انسان تصور و تصویر عناصری دینی فراهم می‌کنند که به واقعیت و حقیقت نزدیک‌تر است. یکی از این مدل‌ها که می‌توان به عنوان مدلی کارآمد در این زمینه تلقی کرد، مدل حکمت متعالیه ملاصدرا است.

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه بیان شد، می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱. با رویکردهای جدید، مدل‌ها قادرند نظریه‌ها را تبیین کنند و تصور و تصویرهایی از جوانب آن و عناصر موجود در نظریه را برای ما فراهم نمایند؛ بنابراین، ارائه مدل «عبد-مولا» در فرهنگ اسلامی به‌ویژه در اصول فقه و کلام، در معرفی ارتباط انسان با خدا می‌تواند کارایی داشته باشد.

۲. این مدل همچون هر مدل دیگر از لوازم معرفت‌شناختی خاصی برخوردار است.

۳. از لوازم معرفت‌شناختی این مدل، برداشت خدای مشخص، خدای مشخص انسان‌وار، تبیین امر حقیقی از طریق امر اعتباری، تصور انسان بدون اختیار و حق مخالفت، مذکر تلقی کردن خداوند، فراتر رفتن از کاربرد مدل با تلقی آن به عنوان برهان و... است.

۴. کارایی این مدل وقتی است که در مدلی فراتر یا با رویکردی همراه گردد که از لوازم معرفت‌شناختی منفی آن درگذرد.

۵. با رویکرد حکمت متعالیه و مبانی آن چون اصالت وجود و وحدت وجود و رابطه خاص علیت از نظر ملاصدرا می‌توان از لوازم استفاده از مدل عبد-مولا و بسیاری از نتایج منفی کاربرد این مدل گذر کرد. اگر بخواهد مدل «عبد-مولا» به عنوان مدلی در اصول فقه مبنای وجوب امر و حرمت نهی قرار گیرد و بر اساس آن اصولی‌ها این مدل را به عنوان مبنای وجوب امر و حرمت نهی شارع بدانند لازم است در پرتو نظریه‌ای تلقی شود که آن را در فرایندی تعالی دهد که از محدوده اعتبار، جنسیت و... بگذرد. به عبارت دیگر، در جریان مطالعات دینی، این نوع مدل‌ها خود در پرتو مدلی قرار گیرد که برای انسان تصور و تصویر عناصری دینی فراهم می‌کند که به واقعیت و حقیقت نزدیک‌تر است. یکی از این مدل‌ها مدل حکمت متعالیه ملاصدراست.

۶. این مدل در پرتو نور وجود و اصالت آن و ارتباط خاص بین انسان و مولای حقیقی او لوازم معرفتی بسیار متفاوتی را به نمایش می‌گذارد. هنگامی که این مدل در

پرتو اصول صدرایی لحاظ گردد، ارتباط عبد و مولا نه تنها ارتباطی اعتباری نیست، ارتباط ماهیتی با ماهیت دیگر نیز نیست، بلکه ارتباط در حقیقت وجود است، یعنی ارتباطی که حقیقی تر از آن وجود ندارد. تجلی شأن و کمالی که از حق تعالی در آب و گل آدم خیمه زده است، وجود مستقلی برای انسان باقی نمی گذارد تا خدایی متشخص و انسان وار نمود یابد. از طرفی، انسان در عین وابستگی به مولای حقیقی خود مجبور به انجام عملی نیست که اراده و اختیار لازمه وجودی چنین موجود وابسته به اراده و اختیار مطلق است.

منابع و مآخذ

۱. آخوند خراسانی. ۱۴۰۹ق. کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲. آمدی، سیف الدین. ۱۴۰۲ق. الإحكام فی اصول الأحكام. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳. حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید. ۱۴۰۳ق. معارج الأصول. تدوین توسط محمدحسین رضوی. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴. الجصاص. ۱۴۰۴ق. الفصول فی الأصول. بی جا: بی نا.
۵. شیرازی، ابراهیم بن علی. ۱۴۰۶ق. اللمع فی اصول الفقه. بیروت: عالم الکتب.
۶. شیرازی (ملاصدرا)، صدرالدین. ۱۹۸۱م. الحکمة المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه. چاپ سوم. بیروت: دار احیاء التراث.
۷. ———. ۱۳۶۰. الشواهد الربوبیه. چاپ دوم. تدوین توسط سیدجلال الدین آشتیانی. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۸. غزالی، ابو حامد. ۱۴۱۷ق. المستصفی. تدوین توسط محمد عبد السلام عید الشافی. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۹. ———. ۱۳۸۷. احیاء علوم الدین. تدوین توسط محمد خوارزمی. قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع رسانی.
۱۰. الهی خراسانی، علی. ۱۳۹۴. «بن نگره شخصیت گرایی در اصول فقه و هویت یابی نظریه حق الطاعة». جستارهای فقهی و اصولی (۱): ۹-۳۲.
۱۱. انصاری (دزفولی)، شیخ مرتضی. ۱۴۱۹ق. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۲. تالیافرو، چارلز. ۱۳۸۲. فلسفه دین در قرن بیستم. رحمتی. تهران: دفتر پژوهش و نشر سهروردی.
۱۳. توسلی، غلامعباس. ۱۳۶۹. نظریه های جامعه شناسی. تهران: انتشارات سمت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۴. حسینی، سیده زهرا، و فرامرز قراملکی. ۱۳۹۶. «خدا، از مفهوم تا مدل های معرفتی (تمایز و ارتباط مفهوم، تصور و تصویر خدا و نقش روش شناختی مدلهای ادراک خدا)». فلسفه دین (۱۴): ۲۱-۴۸.
۱۵. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. ۱۴۰۴ق. **مبادئ الوصول إلى علم الأصول**. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
۱۶. حیدری، علی نقی. ۱۳۷۶. **اصول الاستنباط**. تدوین توسط ترجمه و شرح علی محمدی. قم: انتشارات دارالفکر.
۱۷. رازی، فخرالدین. ۱۴۱۲ق. **المحصل فی علم الإصول**. تدوین توسط طه جابر فیاض علوانی. بیروت: مؤسسه الرسالة.
۱۸. سبحانی، جعفر. ۱۳۷۶. **تهذیب الأصول**. دوم. قم: انتشارات دارالفکر.
۱۹. ——. ۱۳۸۷. **الوسیط فی اصول الفقه**. دوم. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۰. سرخسی، ابوبکر. ۱۴۱۴ق. **اصول السرخسی (اصول الفقه عند المذاهب السنیة)**. تدوین توسط ابو الوفاء الافغانی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن. ۱۴۱۷ق. **العدة فی أصول الفقه**. تدوین توسط محمدرضا انصاری. قم: انتشارات ستاره.
۲۲. طباطبایی، سیدمحمد حسین. ۱۳۹۴. **المیزان فی تفسیر القرآن**. بیروت: بی نا.
۲۳. عاملی (شیخ بهایی)، بهاءالدین محمد بن حسین. ۱۳۸۱. **زبدة الأصول**. تدوین توسط فارس حسون کریم. بی جا: نشر مرصاد.
۲۴. عاملی، حسن بن زین الدین. ۱۳۷۸ق. **معالم الأصول**. تهران: مکتبه العلمیه الأسلامیه.
۲۵. علم الهدی، سیدمرتضی. ۱۳۶۶. **الذریعة إلى أصول الشریعة**. تدوین توسط ابوالقاسم گرجی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۶. قائمی نیا، علیرضا. ۱۳۸۲. «نقش مدل ها در معرفت دینی». **مجله ذهن** ۱۵ و ۱۶ (۵۴): ۵۳-۸۱.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی. ۱۳۸۵. **قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت - مسئولیت)**. چاپ سیزدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۸. مظفر، محمدرضا. بی تا. **اصول الفقه**. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. ۱۴۱۴ق. **التذکرة باصول الفقه**. بیروت: دار المفید.
۳۰. ملکیان، مصطفی. ۱۳۸۴. **مهر ماندگار**. دوم. تهران: نگاه معاصر.
۳۱. نیکلسون، رینولد. ۱۳۸۲. **تصوف اسلامی و رابطه انسان و خدا**. دوم. با ترجمه

محمد رضا شفیعی. تهران: نشر سخن.
۳۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۴۱۷ق. *بحوث فی علم الأصول*. قم: دایرة المعارف
فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

منابع لاتین

1. Ameer, Ali. 1935. *The spirit of Islam*. London :N.P.
2. Barbour, Ian. 1974. *Myths, Models and Paradigms, the Nature of Scientific and Religious Language*. New York :Harper &Row Publisher Inc.
3. _____. 1990. *Religion in an age of Science*. Harper Sanfrancisco :N.D.
4. Duhem Pierre. 1954. *The Aim and Structure of physical Theory*. Tran by Philip p. Weiner. Princeton U.S.A :Princeton University press.
5. Gordon, Murray. 1989. *Slavery in the Arab World*. Originally published in French by Editions Robert Laffont, S.A. Paris. 1987. *New Amsterdam Press*. New York. 21
6. Manning, Patrick. 1990. ;Slavery and African Life “*Occidental, Oriental, and African Slave Trades* Cambridge University Press 28

Bibliography

1. ‘Alam al-Hudā, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1987/1366. *al-Dharī‘a ilā Uṣūl al-Sharī‘a*. Edited by Abū al-Qasim Gurjī. Tehran: Dānishgāh-i Tehrān (Tehran University).
2. al-Āmidī, Sayf al-Dīn. 1980/1402. *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
3. al-‘Āmilī, Bhā’ al-Dīn Muḥammad (al-Shaykh al-Bahā’ī). 2002/1423. *Zubdat al-Uṣūl*. Edited by Faris al-Ḥassūn. Miṣṣād.
4. al-‘Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn. 1958/1378. *Ma ‘ālim al-Dīn wa Mlāḍh al-Mujtahidīn*. Tehran: Maktabat al-‘Ilmiyyā al-Islāmīyya.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1999/1419. *Farā’id al-Uṣūl (al-Rasā’il)*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۳۰

6. al-Ghazālī, Abū Ḥamid Muḥammad. 1995/1413. *al-Muštāṣfā*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
7. al-Ghazālī, Abū Ḥamid Muḥammad. 2008/1387. *Iḥyā’ ‘Ulūm al-Dīn*. Edited by Muḥammad Khārazmī. Qum: Mu’assisi-yi Farhangī va Ittīlā’ Risānī.
8. al-Hāshimī al-Shahrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 1996/1417. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl (Taqrīr Buḥūth al-Sayyid Muḥammad Bāqīr al-Ṣadr)*. 3rd. Qum: Mu’assasat Dā’irat Ma’ārif al-Fiqh al-Islāmī.
9. al-Ḥaydarī, al-Sayyid ‘Alī Naqī. 1997/1376. *Uṣūl al-Isṭinbāṭ fī Uṣūl al-Fiqh wa Tārīkhīh bi Uslūb Jadīd*. Edited by ‘Alī Muḥammadī. Qum: Dār al-Fikr.
10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1986/1404. *Mabādī al-Wuṣūl ilā ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Maktab al-I’lām al-Islāmī.
11. al-Ḥillī, Ja‘far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1985/1403. *Ma‘ārij al-Uṣūl*. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
12. al-Jaṣṣāṣ. 19883/1404. *al-Fuṣūl fī al-Uṣūl*.
13. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāẓim (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
14. al-Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. n.d. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mu’assasat Ismā‘īlīyān.
15. al-Sarakhsī, Abū Bakr Muḥammad Ibn Aḥmad. 1993/1414. *Uṣūl al-Sarakhsī (Uṣūl al-Fiqh ‘inda al-Maḥdāhib al-Sunnīyya)*. Edited by Abū al-Wafā’ al-Afghānī. Tehran: Intishārāt-i Danishgāh-i Tehran (Tehran University).
16. al-Shīrāzī, Ibrāhīm Ibn ‘Alī. 1985/1406. *al-Luma’ fī Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: ‘Ālam al-Kutub.
17. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 2008/1387. *al-Wasīṭ fī Uṣūl al-Fiqh*. 2nd. Qum: Mu’assasat al-Imām al-Ṣadiq.
18. —. 1997/1376. *Tahdhīb al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Imām al-Khumaynī)*. 2nd. Qum: Dār al-Fikr.
19. al-Ṭabātabā’ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-‘Allāma al-Ṭabātabā’ī). 1974/1394. *al-Mīzān fī Tafṣīr al-Qur’ān*. Beirut.
20. al-Taymī al-Rāzī, Muḥammad Ibn ‘Umar (Fakhr al-Dīn al-Rāzī). 1991/1412. *al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Edited by Ṭāhā Jābir Fayyādh al-‘Alwānī. Beirut: Mu’assasat al-Risāla.

21. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *al-'Udda fi Uṣūl al-Fiqh*. Edited by Muḥammad Riḍā al-Anṣārī. Intishārāt-i Sitārih.
22. Ḥuseynī, Sayyidi Zahrā, and Farāmarz Qrāmalikī. 2017/1396. "Khudā, az Mafhūm tā Mudilhāy-i Ma'rifatī (Tmāyuz va Irtibāt-i Mafhūm, Taṣavvor va Taṣvīr-i Khudā va Naqsh-i Ravish Shinākhtī-yi Mudilhā dar Idrāk-i Khudā)." *Falsafi-yi Dīn* 21-48.
23. Ilāhī Khurāsānī, 'Alī. 2015/1394. "Bun Nigari-yi Shakhṣiyat Girāyyī dar Uṣūl-i Fiqh va Huvīyyat Yābī-i Naẓariyyi-yi Ḥaq al-Ṭā'a." *Juštārḥā-yi Fiqhī va Uṣūlī* 9-23.
24. Malikīyān, Muṣṭafā. 2005/1384. *Mihr-i Mandigār*. Tehran: Nigāh-i Mu'āsir.
25. Muḥammad Ibn Muḥammad Ibn Nu'mān, (al-Shaykh al-Mufīd). 1993/1414. *Taḥkīra bi Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Mufīd.
26. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 2006/1385. *Qava'id-i Fiqh*. 13th. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
27. Nicholson, Reynald Alleyne. 2003/1382. *Taṣavvuf-i Islāmī va Rabiṭi-yi Insān va Khudā*. Translated by Muḥammad Riḍā Shafī'ī. Tehran: Nashr-i Sukhan.
28. Qā'imī nīyā, 'Alī Riḍā. n.d. "Naqsh-i Mudilhā dar Ma'rifat-i Dīnī." *Ṭihhn* (15&16): 53-81.
29. Ṣadr al-Dīn al-Shīrāzī, Muḥammad (Ṣadr al-Mutāallihīn). 1981. *al-Ḥikmat al-Muta'ālī-yā fi al-Asfār al-Arba'a al-'Aqlī-yā*. Beirut: Dār Ihyā' al-Turāth.
30. —. 1981/1360. *al-Shawāhid al-Rubūbīyya*. 2. Edited by Sayyid Jalāl al-Dīn Āshṭiyānī. Tehran: Markaz-i Nashr-i Dānishgāhī.
31. Taliaferro, Charles. 2003/1382. *Falsafi-yi Dīn dar Qarn-i Bīstūm*. Translated by Rahmatī. Tehran: Daftar-i Pazhūhish va Nashr-i Suhrivardī.
32. Tavassulī, Ghulām 'Abbās. 2017/1396. *Naẓariyyihā-yi Jāmi'i Shināsī*. Tehran: Intishārāt-i Samt.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۳۲

Theory of Khiṭābāt-I Qānūnīyy-I (Legal Edicts) and its Role in Social Jurisprudence¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.53847.1657

Ali Khalafkhani

PHD student of Fiqh and Law foundations at Qom University, Qom- Iran;
khalafkhani110@gmail.com

Muhammad Ali Raghebi

(Corresponding Author) Assistant Professor of the Department of Fiqh and Islamic
Law Foundations at Qom University; ma.raghebi@yahoo.com

Seyyed Yuosef Alavi Vosooghi

Assistant Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Qom
University; syvosoughi@gmail.com

Receiving Date: 2019-04-08; Approval Date: 2019-12-07

**Justārḥā-ye
Fiḥī va Uṣūlī**

Vol.6, No. 20
Fall 2020

33

Abstract

Shiite jurisprudence despite the profoundness of various subjects and different spheres of human life, in comparison with Sunni jurisprudence, has always been far from social positions and has grown on the margins of the political and social life of the society. If this issue considered from its sociological effects aspect on the nature of sciences, indicates the fact that Shiite jurisprudence is essentially individual and partial in nature In addition to the external supporting

1. **Raghebi**. A (2020); " Theory of Khiṭābāt-I Qānūnīyy-I (Legal Edicts) and its Role in Social Jurisprudence"; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 6 ; No: 20 ; Page: 33-59 ; Doi: 10.22034/jrj.2019.53847.1657

points, jurisprudence in its internal aspects, the stage of recognizing the creed and subject, and then, applying the creeds to the subjects based on partial logic, which are the result of the basic and philosophical roots of this knowledge based on Aristotelian logic.

In this article, we attempt to explain this methodology by analyzing this kind of methodological individualism in Shiite jurisprudence. In contrast, the authors argue that the theory of legal edict provides a capacity in the field of social and governmental jurisprudence, which can be said of social duties and obligations.

Keyword: Individual Jurisprudence, Social Jurisprudence, Legal Edicts, Systematization.

نظریه خطابات قانونی و نقش آن در فقه اجتماعی^۱

علی خلف خانی^۲

محمد علی راغبی^۳

سید یوسف علوی وثوقی^۴

چکیده

فقه شیعه تا قبل از سده اخیر به رغم ژرف‌نگری در حوزه‌های مختلف، در مقایسه با فقه عامه همواره به دور از مناصب اجتماعی بوده و در حاشیه زندگی سیاسی و اجتماعی جامعه رشد کرده است. این امر در صورتی که از حیث تأثیرات جامعه‌شناختی در ماهیت علوم مورد دقت قرار گیرد، مبین این واقعیت است که فقه شیعه ماهیتی اساساً فردی و جزء‌نگر دارد. علاوه بر جنبه‌های بیرونی موجه این نکته، دانش فقه در جنبه‌های درونی خود، مرحله شناخت حکم و موضوع و سپس تطبیق احکام بر موضوعات مبتنی بر منطق جزء‌نگری را شامل می‌شود که حاصل ریشه‌های اصولی و فلسفی این دانش مطابق منطق ارسطویی است. نگارندگان در این مقاله ضمن تبیین فردی‌انگاری فقهی مورد ادعا، معتقدند نظریه خطابات قانونی به هیچ‌یک از اشکالات وارده بر نظریه انحلالی خطابات گرفتار نیست و از این رهگذر می‌تواند مبنایی برای ارائه یک نظام فقهی در حوزه فقه اجتماعی باشد.

کلیدواژه‌ها: فقه فردی، فقه حکومتی، نظام‌سازی، خطابات انحلالی، خطابات قانونی.

نظریه خطابات قانونی و نقش آن در فقه اجتماعی

۳۵

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۱۶.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم - ایران: khalafkhani110@gmail.com

۳. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم - ایران: (نویسنده مسئول): ma.raghebi@yahoo.com

۴. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم - ایران: syvosoughi@gmail.com

مقدمه

اجتهاد فرآیندی است که در آن فقیه با تمسک به منابع اربعه، به استنباط احکام شرعی می‌پردازد. در این فرآیند، پیش‌فرض این مدعا این است که برای هر واقعه‌ای، حکمی وجود دارد، اما ممکن است این حکم در نصوص شرعی «به عنوانه» ذکر نشده باشد (حلی، ۱۴۰۴، ۲۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۲۲)، بلکه آنچه در نص آمده، بیان قواعد کلی در باب استنباطات فقهی است و کار فقیه کشف احکام افعال مکلفان با تمسک به همین قواعد و انطباق آن بر موضوعات خارجی است (جمعی از نویسندگان، فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۲/۲۶۴).

روش اجتهادی، مبتنی بر دو مرحله حکم‌شناسی و موضوع‌شناسی است. در مرحله حکم‌شناختی، دو نظریه عمده وجود دارد؛ یکی، نظریه قانونی بودن خطابات یا عدم انحلال خطابات است که از سوی امام خمینی رحمته‌الله علیه طرح شده (خمینی، ۱۴۱۸، ۳/۴۲۶) و دیگری، نظریه انحلالی بودن خطابات است که از سوی آقا ضیاء عراقی، میرزای نائینی و مشهور اصولیان ارائه شده است (خطابات قانونیه، ۱۳۸۶، ۳۸). مشهور خطابات شرعی را تجزیه‌پذیر به تعداد افراد و اشخاص مورد تخاطب می‌داند، در حالی که امام خمینی رحمته‌الله علیه آن را غیر انحلالی و تجزیه‌ناپذیر می‌داند.

به‌رغم دقت و عمق فقهی، استحکام در روش و کثرت تفریعات، به‌نظر می‌رسد، مبتنی بر نگاه رایج اصولی، کشف احکام و شناخت موضوعات بر پایه منطق جزء‌نگر و ناظر به مکلف حقیقی و شخص منفرد صورت می‌گیرد. جزء‌نگری گویای ماهیت و وجه غالب دستگاه اجتهادی رایج در فهم احکام و موضوعات است و هر آنچه برای پاسخگویی، به این دستگاه فکری عرضه می‌شود، در نهایت، با این مقیاس سنجیده شده و به مکلفان تحویل می‌شود. در صورتی که بر اساس نظریه اصولی امام خمینی رحمته‌الله علیه علاوه بر کشف احکام افعال افراد حقیقی و همچنین موضوعات خرد، امکان تبیین تکالیف و احکام عام و کلی ناظر بر جامعه انسانی وجود دارد. در واقع، پیش‌فرض اساسی این نظریه، تفاوت قائل شدن بین موضوعات فردی و اجتماعی و پذیرش این نکته است که موضوعات اجتماعی بر فرض متفاوت بودن، می‌توانند دارای حکم باشند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۳۶

پیشینه پژوهش

آثار علمی قابل تأملی در این حوزه تولید نشده است و آنچه ارائه شده، بیشتر جنبه استنباطی و ادعایی دارد که به صورت خلاصه به آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. درس خارج «مبانی فقه حکومتی» استاد سید محمد مهدی میرباقری در سال ۱۳۹۲ ه.ش؛ مهم‌ترین هدف این سلسله جلسات تبیین و توضیح این نکته است که فقه شیعه، دارای سه دوره بوده است: دوره فقه فردی و دوره فقه نظامات که در کتاب اقتصادنا و دیگر آثار شهید صدر مطرح شده و دوره فقه حکومتی. در معنای سوم، فقه دانش اداره و مدیریت اجتماعی جامعه شناخته می‌شود؛ در نتیجه، به لحاظ ساختاری و منطق استنباطی کاملاً متفاوت از آن دو خواهد بود. این مفهوم که در نظریه‌های فقهی و سیاسی و نظریه ولایت فقه امام خمینی رحمته‌الله علیه طرح شده است، در سطح حکم، موضوع و تکلیف با فقه فردی و نظامات متفاوت است؛ زیرا اساساً حکم اعتباری شارع ناظر به مدیریت اجتماعی به نحو تکلیف همگانی و به مکلفان خاصی به نام جامعه و حکومت است.

نظریه خطابات قانونی و نقش آن در فقه اجتماعی

۳۷

به‌رغم غنای مطالب، موضوع اصلی نوشتار حاضر یعنی اثبات علمی جزئی‌نگری فقه رایج، در این سلسله جلسات مفروض انگاشته شده و بر این اساس به ارائه مطالب و مؤلفه‌های فقه نظامات و فقه حکومتی پرداخته شده است، در حالی که پژوهش حاضر بر آن است که تبیین روش جزئی‌نگر دستگاه اجتهادی گامی مقدم بر همه این‌هاست.

۲. مقاله «فقه حکومتی» از استاد مهدی مهریزی که یکی از نخستین نگاه‌ها در تنقیح تفاوت‌های فقه رایج - که صفت اصلی آن فردی‌نگر بودن است - با فقه حکومتی - که اساساً نگاه اجتماعی به موضوعات دارد - ایشان با این پیش‌فرض که فقه رایج فردی و جزء‌نگر است، به بیان تفاوت‌های آن با فقه حکومتی در برخی مصادیق پرداخته است. از نظر او، فقه حکومتی وصفی فراگیر و محیط برای تمامی بخش‌های فقه عبادی، اجتماعی، فردی و ... است که بر برداشت و تلقی خاص از دین و شریعت استوار است (مهریزی، ۱۳۷۶، ۱۴۶-۱۴۷). این نظریه نوعی توسعه روش شناختی از نگاه فردگرایانه به نگاه حاکمیتی است؛ هرچند موضوع آن،

همان موضوعات ابواب فقهی موجود است. نقطه قوت این نظریه همین تغییر روش شناخت احکام در حوزه فقه حکومتی است. البته این نظریه در مرحله نظر و تئوری است و صدق یا کذب، کارآمدی یا ناکارآمدی آن زمانی مشخص می‌گردد که به قواعد اصولی فرآوری گردد و عنصر بنیادین حجیت، در روش استنباطی آن قاعده‌مند گردد تا بتواند در جامعه علمی مورد قبول واقع شود.

۳. مقاله «فقه فردی و فقه حکومتی بایسته‌ها و کاستی‌ها» نوشته نجف‌علی غلامی و منصور میراحمدی (۱۳۹۳): ادعای این مقاله آن است که فقه شیعه در بستر زمانی خود ماهیت فردی به خود گرفته و رویکرد فردگرایانه بر آن غالب گردیده است که این مشی فرد محورانه، معلول عوامل تاریخی و فکری است؛ بنابراین، نویسندگان جزئی‌نگری در فقه را معلول عوامل بیرونی و تاریخی دانسته‌اند، نه عوامل درونی علم، درحالی که مقاله حاضر، فردی بودن فقه رایج را در ساختار درونی و فرآیند استنباطی آن دنبال کرده است و بدین ترتیب نظریه خطابات را فاقد این اشکال دانسته است.

۴. مقاله «امام خمینی و نگرش حکومتی به فقه» از سیدسجاد ایزدهی (۱۳۹۵): نیز همین نگاه را برگزیده است. وی ضمن بیان اینکه فردی‌نگری در فقه معلول شرایط تاریخی و اقتضائات زمانه بوده است، معتقد است امام خمینی رحمته‌الله‌علیه ضمن بازخوانی فقه شیعه، قرائتی حکومتی و در راستای اداره مطلوب جامعه و مدیریت اجتماعی از آن ارائه کرد.

۵. در مورد مفهوم خطابات قانونی نیز می‌توان مدعی شد، بسط آن در قالب یک نظریه اصولی و فقهی، در آثار امام خمینی رحمته‌الله‌علیه صورت پذیرفته است؛ هرچند با دقت نظر در آثار مرحوم آخوند خراسانی، آیت‌الله بروجردی و آیت‌الله خوئی می‌توان صورت ابتدایی طرح این مسئله را پیگیری نمود (خطابات قانونیه، ۱۳۸۶، ۴۶، ۱۴۱، ۱۸۴-۱۸۵). تفصیل این نظریه در کتاب‌هایی همچون *مناهج الوصول* تألیف امام خمینی رحمته‌الله‌علیه، *تحریرات فی الاصول* از سیدمصطفی خمینی و *تهذیب الاصول* که تقریرات درس اصول امام خمینی رحمته‌الله‌علیه به قلم جعفر سبحانی است، بیان شده است. برخی نویسندگان معاصر نیز در صدد تبیین این موضوع بر آمده‌اند؛ از جمله مقاله

«نظریه عدم انحلال خطابات قانونی» نوشته رضا اسلامی (۱۳۸۸)، «خطابات قانونیه» نوشته ابوالقاسم مقیمی (۱۳۹۳)، «باز پژوهی ملاک خطابات حکومتی از غیر حکومتی» اثر ناصری و حسینی (۱۳۹۵) و همچنین مقاله «تحلیل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن» نوشته محمد عرب صالحی (۱۳۹۶) که به بیان نظریه و اشکالات و پاسخ‌های آن پرداخته است.

فقه‌های معاصر نیز برخی اشکالات را بر این مبنا وارد ساخته‌اند؛ از جمله لزوم اهمال در احکام الهی در صورت عدم اخذ قید قدرت در تکلیف که به ادعای مشهور مستحیل است. مخالفت این مبنا با ظاهر برخی آیات همچون ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾. در کیفیت تصویر نظریه نیز اشکال دیگری از سوی فقه‌های معاصر است. البته باید گفت تقریرکنندگان به اشکالات این نظریه پاسخ داده‌اند که خود نیازمند بحث دیگری است. به هر حال، در مجموع اصل مبنا قابل پذیرش است.

نوآوری پژوهش

فردی بودن فقه موجود، در چند سال اخیر و ذیل مفهوم تبیین و بسط مفهوم فقه حکومتی مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است و هر کدام به نحوی درصدد بیان اوصاف و تمایزات فقه فردی و حکومتی برآمده‌اند، اما ناگفته نماند که هیچ‌یک نتوانسته‌اند با استناد به منطق درونی و اجزای ماهوی فقه موجود، به تحلیل جزئی‌نگر بودن آن بپردازند، بلکه تنها به ادعای فردی بودن فقه موجود، بدون تبیین علمی از چگونگی آن پرداخته‌اند. پژوهش حاضر با تصدیق اصل موضوع، سعی در تحلیل آن بر اساس عناصر و دستگاه روش‌شناختی فقه موجود (در ناحیه حکم‌شناسی و موضوع‌شناسی) داشته است و این نکته بدیع و نویی است که تحقیق حاضر را از پژوهش‌های پیشین متمایز می‌کند.

ادعای نوشتار حاضر آن است که نگاه رایج فقه‌ای در دامنه «حکم‌شناسی» و «موضوع‌شناسی»، به نوعی فردی‌انگاری یا جزء‌نگری فقهی منتهی می‌شود که امکان ایفای نقش در تغییرات اجتماعی را ندارد؛ لذا از این رهگذر نظریه خطابات قانونی می‌تواند محمل اصولی و تئوریک برای رفع این معضل باشد. در ادامه با تبیین

ابعاد حکم‌شناختی و موضوع‌شناختی اصولیان، با تحلیلی درجه دوم و با اتکای به روش توصیفی - تحلیلی به نقد و بررسی روش‌شناسی فقه و قواعد اصولی رایج مبتنی بر نظریه خطابات قانونی امام خمینی رحمته‌الله علیه می‌پردازیم.

۱- بررسی و نقد فردی‌انگاری فقهی در ناحیه حکم‌شناسی

۱-۱- تعریف حکم شرعی

در تعاریف فقهای قدیم غالباً اصطلاح حکم و خطاب شرعی در هم تنیده شده و حکم، نفس خطاب دانسته شده است. برخی حکم را به خطاب یا مدلول آن (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ۳۹/۱)، خطاب شارع که مفید فایده شرعی باشد (آمدی، ۱۴۰۲ق، ۹۴/۱) یا خطاب متعلق به افعال مکلفان که به صورت اقتضا یا تخییر است، تعریف نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ۲۹؛ فخر رازی، ۱۴۱۲ق، ۸۸/۱). برخی از فقها حکم شرعی را همان علم به مصالح و مفاسد افعال دانسته‌اند؛ به این معنا که ملاکی اعم از مصلحت یا مفسده در فعل مکلف وجود دارد که علم به آن، حکم شرعی است. برخی از فقها حکم شرعی را به اراده تعریف کرده‌اند. آقا ضیاء عراقی آن را به اراده تشریعی که با خطاب ابراز شده تعریف نموده است (عراقی، ۱۴۰۵ق، ۱۶۴/۱). به عبارت دیگر از نظر ایشان، اراده خود بر دو قسم است؛ یا اراده تکوینی است یا اراده تشریعی؛ بنابراین، اراده‌ای که براساس آن حکم شرعی صادر می‌شود، همان اراده تشریعی خداوند است. در مقابل، برخی معتقدند اراده یک چیز و یک جنس و یک حقیقت دارد، آن هم اجماع نفس است (خمینی، ۱۳۶۷، ۱۸۲/۱)؛ یعنی اراده یک چیز است و تفاوت، در متعلق اراده می‌باشد؛ بدین ترتیب، اگر متعلق اراده، حکم شرعی و قانونی باشد، اراده تشریعی و اگر متعلق آن فعلی از افعال حقیقی باشد، اراده تکوینی نام دارد (خمینی، ۱۳۶۷، ۲۷۰/۱). اینکه ایشان غایت تشریح احکام شرعی را اراده بر قانونگذاری و جعل به اعتبار قانونی می‌دانند، یکی از مبانی طرح نظریه خطابات قانونی است.

از نگاه شهید صدر حکم شرعی، نوعی قرارداد و قانون‌گذاری از سوی خداوند برای تنظیم زندگی و حیات بشر است و مجموعه خطابات شرعی کاشف از حکم هستند (صدر، ۱۴۳۱ق، ۶۳/۱). اصولیان مراحل تشریح حکم شرعی را به دو مرحله تقسیم

می‌کنند؛ مرحله ثبوت احکام شرعی که شامل «ملاک» و «اراده» است و مرحله اثبات احکام شرعی (صدر، ۱۴۳۱ق، ۱/۱۷۶). ملاک عبارت است از وجود زمینه و غایت برای جعل احکام و اراده نیز مرحله شکل‌گیری، وضع و جعل قانون است. به این دو مرحله، «مبادی الحکم» نیز گفته می‌شود. در مرحله اثبات حکم شرعی نیز مولا به واسطه خطاب شرعی (جملات انشائیه یا خبریه)، احکام را بیان می‌کند؛ به عبارت دیگر، احکام توسط خطابات ابراز و کشف می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۴۲۵) و رابطه این دو از نوع دال و مدلول می‌باشد. خطاب دال بر حکم (مدلول) است.

مرحوم حکیم حکم شرعی را به اعتبار معرفی نموده است؛ بدین معنا که مرتبه حکم قبل از خطاب است و شارع ابتدا آن را اعتبار می‌کند و سپس از آن اخبار می‌نماید (حکیم، ۱۳۹۰، ۵۵). مرحوم کمپانی نیز معنای آن را انشای چیزی به منظور بعث و تحریک مکلف دانسته است (اصفهانی، ۱۳۷۴، ۲/۳۴).

بنابراین، دو دیدگاه کلی در تعاریف مختلف فقها ملاحظه می‌شود. دیدگاه اول حکم و خطاب را دارای ماهیت حقیقی می‌داند؛ مانند تعریف حکم شرعی به اراده تشریحی، مصلحت و مفسده و همچنین تعریف آن به تشریح صادر از جانب خدا برای نظم‌دهی اجتماعی؛ زیرا اراده و مصلحت و مفسده امور واقعی هستند و قابل جعل و انشا نیستند. در مقابل، دیدگاه مرحوم حکیم، کمپانی و امام خمینی رحمتهما علیهما ناظر به ماهیت اعتباری احکام است. این تفاوت در تبیین چیستی حکم شرعی، تأثیر به‌سزایی در موضوع حکم و خطابات شرعی دارد که در ادامه بحث بدان می‌پردازیم. حکم شرعی چه از جنس امور واقعی و حقیقی باشد و چه اعتباری انگاشته شود، یک مفهوم «کلی» است که بر «عنوان کلیه» شرعی یا عرفی منطبق می‌گردد. همان‌گونه که کلی در خارج دارای مصادیق است، عناوین کلی نیز در مقام تحقق دارای افراد و مصادیق خارجی می‌باشد که «حکم کلی» بر آنها منطبق می‌گردد. در این نگاه، احکام کلی «تغییرناپذیر» هستند و آنچه دست‌خوش تحوّل می‌گردد و احوال روزگار و اقتضائات تاریخی موجب تغییر آن می‌شود، تنها مصادیق خارجی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱/۷۰). فقیه مسائل مستحدثه را در قالب عناوین و موضوعات کلی فقهی شناسایی می‌کند. سپس حکم آن‌ها را در خلال منصوبات، یا عموماً

و اطلاعات جست‌وجو کرده و در صورت نیافتن حکم آن در ادله اجتهادی، حکم آن‌ها را از طریق اصول عملیه (ادله فقهی) بیان می‌کند.

۲-۱. انحلال حکم در مقام تطابق با موضوع

از نظر منطقدانان قضایا از جهت موضوع خود به دو قسم‌اند؛ اگر موضوع قضیه جزئی باشد، در این صورت به آن قضیه شخصی یا جزئی گفته می‌شود (حلی، ۱۳۷۱، ۵۱/۱) و اگر موضوع قضیه کلی باشد، در این صورت، یا حکم بر خود کلی بار شده است که دو صورت دارد؛ یا به نحو کلی طبیعی است که به آن قضیه طبیعی گفته می‌شود یا به نحو کلی عقلی که به آن قضیه عامه اطلاق می‌شود (مظفر، بی‌تا، ۱۳۲/۱؛ نائینی، ۱۴۰۴ق، ۵۱۲/۲).

اصولیان این قضایا را به علم اصول تعمیم داده و قضایا را از جهت موضوع حکم یا خطاب به دو نوع تقسیم کرده‌اند: موضوع خطاب گاه جزئی است که در این صورت خطاب ناظر به آن جزئی می‌باشد که به آن خطابات شخصی گفته می‌شود. گاهی نیز موضوع خطاب کلی است؛ در این صورت، خطاب یا بر روی کلی طبیعی از آن جهت که کلی است، رفته است یا بر روی افراد کلی رفته به مثابه همان کلی است. در هر دو حالت، اگر خطاب به افراد موجود محدود باشد، قضیه خارجی است و اگر خطاب به افراد موجود محدود نباشد و مفروض الوجودها را نیز شامل گردد، قضیه حقیقیه است. فقهای معاصر معتقدند قضایای شرعی، از نوع قضایای حقیقیه هستند (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ۱۸۰/۱)، ولی در اینکه این خطابات به نحو قضیه طبیعی حقیقیه هستند یا به نحو محصوره حقیقیه، اختلاف وجود دارد. خطابات طبیعی حقیقی را خطابات قانونی و خطابات محصوره حقیقیه را خطابات انحلالی می‌گویند که نظریه غالب در میان اصولیان است.

با توجه به آنچه در بالا گذشت، حکم شرعی یا خطاب شرعی (مبرز و کاشف حکم) که ماهیت «کلی» دارد، به دو نحو بر مصادیق تطبیق می‌شود: الف) به نحو انحلال خطابات به مصادیق، ب) به نحو عدم انحلال (خطاب قانونی).

الف) خطاب انحلالی؛ خطابی است که متکفل بیان حکم شرعی برای فرد یا

افراد خاص و معین است. ویژگی این نوع خطاب شرعی، وضوح و روشن بودن آن از جهت مخاطب و نیز دخالت عنصر قدرت و علم بر فعل یا ترک است. در این نوع خطابات، قدرت، شرط فعلیت تکلیف است و تحقق حکم، مشروط به شرایط عمومی تکلیف است.

اساساً نظریه خطابات شخصی دست به گونه‌ای انتزاع در دامنه حکم‌شناسی می‌زند که در آن طبیعت منتزعه را آینه افراد می‌داند؛ بنابراین، حکم بر طبیعت نیز حکم بر افراد آن نیز خواهد بود. در این صورت، ناگزیر حکم به خطاب‌های شخصی و تکلیف نیز به تعداد مکلفان منحل می‌شود. انحلال در خطاب شخصی، انحلال واقعی و حقیقی است نه انحلال حکمی؛ یعنی خطاب منحل به تعداد مکلفان متکثر می‌شود.

اشکال مهم این تلقی از خطابات آن است که اولاً مبادی مستقلی را برای خطابات عام و کلی شارع قائل نیست. ثانیاً به همین دلیل، خطابات عامه را با تکیه بر مبنا و مبادی خطابات خاص و شخصی تفسیر می‌کند. نتیجه آنکه در مواجهه با مشکله‌ای چون جمع بین احکام ظاهری و واقعی، که در اکثر موارد خطابات عمومی رخ می‌دهد، به ناچار یا به انکار اراده جدی شارع نسبت به امر واقعی می‌رسد یا به لحاظ اهمیت امر واقع، به انکار اراده جدی نسبت به امر ظاهری کشانده می‌شود. در هر دو صورت، فقیه ملتزم به چنین مبنایی، ناگزیر است که از ارزش و استقلال معنایی نهفته در خطابات عامه شریعت دست بردارد و با تقلیل و انحلال آن در خطاب‌های خاص، در واقع آن را به این بفروشد (فیرحی، ۱۳۹۴، ۳۲۹).

ب) خطابات قانونی؛ نظریه خطاب قانونی بر آن است که حکم بر طبیعت است و طبیعت از آن لحاظ که طبیعت است، نه از جهت ذات و نه از جهت وضع و نه از جهت کشف و حکایت، دلالت بر افراد ندارد. موضوع خطاب، ذات طبیعت، بدون لحاظ وحدت و کثرت لحاظ می‌شود و دلالت بر افراد کثیر از امر دیگری چون لفظ «کل» ثابت می‌شود (مرتضوی‌لنگرودی، ۱۳۷۶، ۴/۳۲۲). مطابق این مبنا تکالیفی که شخصی نیستند و مخاطب شخصی ندارند، در ابتدا به نحو قانون مثل همه قوانین عرفی به جامعه ابلاغ می‌شود، بدون اینکه خصوصیات و قیود و حالات مکلفان

در آن قید شده باشد. خطاب واحد متعلق به عامه مکلفان است بدون اینکه تکرر و تعددی در ناحیه خطاب باشد. اراده تشریحی شارع در این مرحله بعث و زجر نیست، بلکه وضع قانون به نحو عام است تا در طی زمان، هر کس که خود را مخاطب آن دانست به آن عمل کند. در اینجا همین که برخی از مصادیق موضوع امکان دعوت برای آن‌ها موجود بود، کافی است و لازم نیست همه آن‌ها شرایط خطاب و تکلیف را داشته باشند؛ زیرا تکلیف منحل به تعداد افراد نمی‌شود و قیود موجود در آن مربوط به مرحله اجرا و فعلیت است (عرب صالحی، ۱۳۹۶).

۱-۳. نتیجه انحلال و عدم انحلال خطاب در روش شناسی فقهی

تا اینجا به این مطلب پرداخته شد که احکام و خطابات از نظر برخی از فقها از امور واقعی است و بدین ترتیب، در مقام توجه خطاب به مخاطبان، خود حکم به تعداد افراد مخاطبان منحل شده، نسبت به هر یک از آن‌ها جداگانه فعلیت و تنجز می‌یابد. در مقابل، از نظر امام خمینی رحمته الله علیه، خطابات و احکام دارای ماهیتی اعتباری و ناظر بر قانونگذاری هستند و خصوصیت اصلی قانونی بودن خطاب، عدم تکرر و انحلال آن است؛ همچون قوانین عادی. نگاه اول که همواره نگاه رایج میان اصولیان بوده، موجب پیدایش نوعی جزئی‌نگری و فردی‌گرایی در دامنه علم اصول و فقه شده است که اساساً امکان نظری پرداختن به موضوعات اجتماعی و ناظر بر تغییرات اجتماعی را ندارد.

توضیح آنکه انحلالی بودن خطابات (برخلاف نظریه خطابات قانونی) و منحل شدن تکلیف به تعداد مکلفان، اساساً خطاب را از عمومیت و شمول آن ساقط می‌کند. این انحلال موجب می‌گردد احکام مستقل، به صورت تکالیف مستقل بر مکلفان مستقل و منفرد بار شود؛ یعنی اولاً ارتباطی بین احکام لحاظ نمی‌گردد و ثانیاً روابط میان مکلفان دیده نمی‌شود. بر همین پایه، امکان تحقق افعال اجتماعی وجود ندارد. به نظر می‌رسد، آنچه فقه رایج ارائه می‌دهد، عبارت است از یک سلسله «احکام» از هم جدا و منفصل؛ یعنی هر حکمی به عنوان وظیفه مکلف به صورت جداگانه استنباط می‌شود و به عنوان کلی مستقل تعلق می‌گیرد و در ابواب فقهی به

صورت منفک از یکدیگر جای می گیرند؛ مثل احکام بیع، اجاره، مزارعه، مساقات. استقلال بودن تکالیف و احکام و عدم توجه به ارتباط میان احکام، امکان تحقق نظامات اجتماعی بر پایه استنباط فقهی را نمی دهد؛ زیرا در تحقق نظامات فقهی - اجتماعی، اولین و مهم ترین عنصر، توجه به ارتباط میان احکام استنباطی است.

نکته دوم در ناحیه مکلف است. مفهوم انحلال حکم و خطاب به افراد مکلفان، این است که به صورت بالذات و بالاصاله ذوات انسانی، مخاطبان احکام هستند. در فقه رایج تنها از یک مکلف احکام فقهی سخن به میان می آید و آن هم افراد حقیقی می باشند. به نظر می رسد همین نکته اساسی، تفاوت میان فقه فردی و فقه حکومتی یا اجتماعی را رقم می زند. برخی معتقدند، مهم ترین تفاوت فقه فردی و فقه حکومتی، تغییری است که در ناحیه مکلف اتفاق افتاده است. در فقه فردی، فرد مکلف به احکام فقهی است و در فقه حکومتی، حکومت به عنوان مکلف احکام است و تعیین تکلیف خود را در حوزه های مختلف مشمول امر حکمرانی از فقه می پرسد (سعدی، ۱۳۹۵). فقهی که تاکنون به عنوان معهود و شناخته شده، فقه امامیه بوده و با همه تفاوت هایی که در مکاتب مختلف و ادوار متعدد آن ملاحظه می شود در یک نکته متحد است و آن نکته این است که موضوع فقه سنتی، فعل افراد مکلفان است. فقیه خود را موظف می داند تا با مراجعه به ادله و منابع، حکم فعل مکلف را بیان کند به گونه ای که حجت باشد.

بر خلاف نظریه انحلال، نظریه قانونی بودن خطاب در حوزه حکم شناسی فقهی بسیار مؤثر است. در این نظریه خطاب شرعی به داعی جعل قانون و نه به داعی تحریک و بعث یا زجر انشا می شود؛ اگر چه در ظرف خود قابلیت تحریک یا انزجار مکلف را دارد. مخاطب خطاب قانونی جامعه است نه یکایک افراد؛ در نتیجه، خطاب قانونی هرگز منحل به خطابات شخصی نمی گردد؛ عدم انحلال اختصاص به گزاره های انشایی ندارد، بلکه در گزاره های خبری هم جاری است.

خطابات قانونی، خطاب شارع به عناوین عام و کلی است که وظیفه بیان احکام برای جمیع مکلفان را به عهده دارد و موضوعی برای بیان تکلیف فردی نیست. به همین لحاظ، زمان مند و مکان مند نیست. هدف در خطابات قانونی، فعل یا ترک

یک امر در جامعه و در بین مکلفان است (مقیمی، بی تا، ۲۳۱/۴۲). آنچه در این نوع از اوامر مورد خطاب واقع می‌شود، عنوان یگانه مردم و مؤمنان است. در خطاب قانونی، خطاب به افراد تحلیل نمی‌شود و واحد است؛ بنابراین، اگر تکلیف امر مرکبی باشد، تجزیه تکلیف در چنین خطابی در همین مرحله، پیش از تحلیل آن به افراد ممکن است. اما در خطاب انحلالی که خطاب به افراد تحلیل می‌شود، هر فرد مستقل از دیگری مخاطب خطاب است؛ بنابراین، در این نظریه تجزیه تکلیف به افراد ممکن نیست (حسنی، ۱۳۸۸). برای مثال، خطاب ﴿لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الكتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط﴾ (حدید/۲۵)، بر اساس خطابات انحلالی به هر فرد انسانی و «مکلفین بنفسهم» می‌گوید که باید اقامه عدل و قسط نمایند و تکلیف نیز به همان تعداد منحل شده است، در حالی که بنابر نظریه خطابات قانونی، این خطاب به طبیعت کلی انسان مؤمن تعلق گرفته است بدون اینکه به خطابات کثیره منحل گردد (حسنی، ۱۳۸۸، ۵۱)؛ بنابراین، عموم لحاظ شده در واژه «الناس»، تنها نشانگر عام بودن تکلیف و مکلف است و دلالت بر عام بودن خطاب و مکلف به ندارد. البته عام بودن مکلف در آیه، به سنخ تکلیف وابستگی دارد. عمومیت تکلیف و توجه آن بر طبیعت مکلفان و کلی انسان، نشان از آن دارد که تکلیف امری مرکب و نظام‌مند و دارای سطوح است که به تعداد اجزا تجزیه می‌گردد و هر مکلف باید جزئی از تکلیف را در نظامی هماهنگ و تحت غایت مشترک امثال نماید.

اراده مولوی در خطاب قانونی، اراده جعل قانون است نه اراده بعث. به همین دلیل، این خطاب شامل افرادی نیز می‌شود که انبعاث ندارند مثل کافر، عاصی، غافل و جاهل. شمولیت تکلیف و جوب اقامه قسط بر جمیع مکلفان، رهنمون به این نکته است که این تکلیف اساساً یک تکلیف نظام‌مند است که در تحقق آن جمیع مکلفان باید حضور داشته باشند و به تناسب، تکلیف خود را امثال نمایند. امثال این تکلیف نیز به گونه‌ای نیست که با فعل برخی از عهده دیگران ساقط گردد یا امثال‌ها و تکالیف مشابه هم باشند. اساساً در تحقق این تکلیف هر کس نقش خاص خود را در مجموع ایفا می‌کند و فعل هر کدام در تحقق آن، مقوم و مکمل فعل دیگران است (مرتضوی نژاد و میرباقری، ۱۳۹۶، ۱۳۹)؛ بنابراین، اقامه قسط در جامعه اسلامی

یا تکالیف نظام‌مند مشابه - که تکالیف حوزه فقه حکومتی غالباً از این سنخ هستند - یک تکلیف واحد مرکب هستند که به اجزای بسیاری تجزیه می‌شوند و هر کس جزئی از این تکلیف را بر عهده دارد تا در نهایت یک فعل واحد از آنان صادر گردد.

۱-۴. جامعه، مکلف حقیقی خطابات قانونی

به نظر می‌آید، مطابق این نظریه علاوه بر اینکه بسیاری از معضلات در ابواب مختلف فقه و اصول که معرکه آرا شده، با قبول این مبنا به راحتی قابل حل است (مانند لغویت تکلیف به موارد خارج از ابتلا، تکلیف عاصی، کافر، عاجز، جاهل، ساهی، غافل و نائم، تراحم اهم و مهم و مسئله ترتب و...) و ظرفیتی را هم در حوزه فقه اجتماعی و حکومتی ایجاد کرده است. این نظریه در پاسخ به این پرسش اصلی شکل می‌گیرد که آیا خطابات شرعیه‌ای که از طریق آن‌ها احکام شرعی اثبات می‌شود، اصالتاً متوجه افراد است یا جامعه؟ (موسوی، ۱۳۹۱، ۸۴). صاحب نظریه معتقد است خطاب شرعی اولاً و بالذات متوجه عموم مکلفان است بدون اینکه تعدد و تکرر در ناحیه خطاب پدید آید (خمینی، ۱۴۲۳ق، ۴۳۷/۱؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ۳/۴۳۸ و ۲/۳۱۲). از این منظر جامعه صرفاً جمع جبری رفتارها و اراده‌های افراد نیست، بلکه جامعه نیز شخصیت واحدی دارد که دارای حیات و ممت است؛ چرا که سرنوشت انسان‌ها در جامعه با هم چنان گره می‌خورد که به روشنی می‌توان از سرنوشت مشترک و اراده جمعی سخن گفت و خلاصه اینکه جامعه فقط مجموعه‌ای از آرا و عقاید و اراده‌های تک‌تک افراد نیست؛ بلکه یک اراده و یک حیات جمعی نیز در جامعه حضور دارد. البته باید توجه داشت که این امر به حدی نیست که فردیت فرد را کاملاً منحل کند و فرد را همواره منفصل محض در مقابل جامعه قرار دهد، بلکه فرد دارای عقل و اراده است و به او این امکان را می‌دهد که در مقابل جریان جامعه مقاومت کند (سوزنجی، ۱۳۸۵، ۵۲). از طرف دیگر اینکه جامعه فراتر از اجزای آن می‌تواند منشأ آثاری باشد غیر از آثار تک‌تک اجزا، حداقل ملاکی است که نشانگر حقیقی بودن جامعه است (مصباح یزدی، ۱۳۶۸، ۳۵).

حقیقی بودن جامعه و منشأ آثار بودن جامعه از طرف اندیشمندان اسلامی نیز

مورد پذیرش و اثبات قرار گرفته است و ادله قرآنی نیز در تأیید آن ارائه شده است (اعراف/۳۴؛ انعام/۱۰۸؛ جاثیه/۲۸؛ غافر/۵). شهید مطهری به تبع علامه طباطبایی بر این باور است که قرآن کریم برای امت‌ها (جامعه‌ها) سرنوشت مشترک، نامه عمل مشترک، فهم و شعور، عمل، طاعت و عصیان قائل است. اگر جامعه واقعیتهایی نداشته باشد، سرنوشت و فهم و شعور و طاعت و عصیان برایش معنا ندارد و این‌ها دلیل است بر اینکه قرآن کریم به نوعی حیات یعنی حیات جمعی و اجتماعی قائل است (سوزنچی، ۱۳۸۵، ۵۴).

در رویکردهای اجتماعی به فقه از جمله نظریه خطابات قانونی در موارد خطاب غیر شخصی، مکلف احکام و تکالیف نظام‌مند، «جامعه» و «حکومت» هستند که دارای وحدت و کثرت اجتماعی می‌باشند؛ به این معنا که ذیل آن‌ها هم فرد دخالت دارد و منشأ اثر خارجی است و هم هویت جمعی آن‌ها تحت عنوان جامعه، حکومت اصیل و دارای منشأ اثر خارجی است. بنابراین، می‌توان گفت این وحدت اجتماعی و این اراده مجتمع، مکلف فقه اجتماعی و خطابات قانونی قرار می‌گیرد. در واقع، خصلت تخصصی بودن و پیوستگی در موضوعات خطابات قانونی، نشانگر آن است که مکلف چنین فعلی نیز باید مجموعه‌ای منسجم از انسان‌ها باشند که در بالاترین سطح، «جامعه» نامیده می‌شود؛ از این رو، تکالیف نظام‌مند، متوجه تک تک آحاد مکلفان به نحو برابر و مستقل از یکدیگر نیست، بلکه به تناسب و بر حسب جایگاه، به نحوی که فعل هر یک متقوم فعل دیگری باشد، بر همگان واجب شده است (مرتضوی‌نژاد و میرباقری، ۱۳۹۶، ۱۳۸).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۴۸

۲. بررسی و نقد فردی‌انگاری فقهی در ناحیه موضوع‌شناسی

هر حکمی تابع موضوع خود است. موضوعات مهبط احکام‌اند و چگونگی تلقی از موضوع، نوع استنباط فقیه را جهت می‌دهد. بدون شناخت موضوع، فقیه نمی‌تواند حکم متناسب آن را بیان کند؛ بنابراین، تعیین حدود موضوع نیز وظیفه فقیه است. او باید حدود موضوع را که در لسان دلیل آمده، مشخص و تعیین موضوع کند.

۱-۲. تعریف موضوع

تعریف جامعی از موضوع و ماهیت آن در علم اصول صورت نگرفته است و اصولیان معمولاً به ارائه تعریفی کلی از آن اکتفا کرده‌اند که گاهی ابهاماتی را موجب شده است. گاهی اصطلاح موضوع در مقام «جعل» حکم مطرح است؛ بدین معنا که شارع در ظرف اعتبار و تعلق غرض، حکم تکلیفی یا وضعی را به موضوعی نسبت و اختصاص می‌دهد. میرزای نائینی در تعریف موضوع می‌نویسد: موضوع، چیزی است که در متعلق حکم، مفروض‌الوجود در نظر گرفته شده یا آن چیزی است که از مکلف با همه شرایط و قیودات وی مطالبه می‌شود؛ بنابراین، صلوة متعلق حکم و شخص عاقل بالغ، مکلف و موضوع حکم است» (نائینی، ۱۴۰۴ق، ۱/۱۴۵). برای مثال، در گزاره «حرمت نوشیدن خمر»، حکم عبارت است از حرمت، متعلق حکم نیز خمر است و موضوع آن، شرب مکلف عاقل بالغ است. از نظر شهید صدر موضوع حکم، جمیع شرایطی است که فعلیت حکم شرعی بر آن توقف دارد (صدر، ۱۴۳۱ق، ۱/۱۲۷)؛ بنابراین، در مثال وجوب روزه، مکلف غیر مسافر و غیر مریض، موضوع حکم وجوب است و روزه نیز متعلق حکم می‌باشد. در این تعاریف که از شیخ نائینی و شهید صدر ارائه شده، موضوع حکم همان مکلفان با جمیع شرایط مورد نیاز برای تحقق آن فعل است، نه فعل مکلف بما هو فعل.

در دسته دوم از تعاریف، موضوع مردد است. از نظر برخی موضوع افعالی هستند فارغ از ارتباط آن با دیگری؛ مانند نماز یا روزه. در این گونه موارد، حکم، عبارت است از وجوب و موضوع حکم، صلوة بما هی صلوة یا صوم بما هو صوم. در این گونه گزاره‌ها موضوع حکم با متعلق برابر دانسته می‌شود. گونه دیگر افعالی هستند که در ارتباط با افعال دیگر قرار دارند. در این گونه موارد، حکم شرعی به فعل مکلف تعلق می‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۱/۴۲۶؛ اختری، ۱۳۷۴، ۴/۲۵-۲۴). فعل غضب کردن که به چیزی ارتباط پیدا می‌کند، مثل غضب کردن خانه دیگری. در این مثال، غضب کردن، متعلق است و آن چیزی که غضب می‌شود، متعلق متعلق یا موضوع نامیده می‌شود.

۲-۲. تحلیل «فردی» بودن فقه در موضوع‌شناسی

فقیه در مقام «افتا و موضوع‌شناسی» سعی دارد موضوع را کاملاً بشناسد تا حکم آن را تعیین کند؛ هر چند مرجع آن ممکن است عرف باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۴۳). وظیفه شناخت مفهوم موضوعاتی که در لسان ادله به نحو «قضایای حقیقیه» متعلق حکم واقع شده‌اند، به عهده فقیه و تقلید در آن واجب است. برخی از فقها که شأن اصلی فقیه را موضوع‌شناسی دانسته‌اند، نظر به این مقام داشته‌اند که این خود به موضوعات شرعی و عرفی تقسیم می‌شود (مهدوی، ۱۳۸۹، ۱۷۴).

موضوعات شرعی موضوعاتی هستند که یا اختراع شارع هستند یا معنا و اصطلاح خاصی در نظر شارع دارند. زمان و مکان در این موضوعات اثر ندارد، بلکه در این موارد، شارع همان‌طور که حکم را معین می‌کند، موضوع و شرایط آن را نیز مشخص می‌سازد مانند مبطلات روزه و شرایط استطاعت (نوابی، ۱۳۸۱، ۱۱۳). تفاوتی در این جهت بین موضوعاتی مثل «صعید» که در عرف عام وجود دارد و موضوعات مخترعه شارع نظیر «صلاة» نیست. همچنین موضوعاتی که شارع در تعریف آن تصرف کرده است، جزء آن دسته از موضوعاتی است که شناسایی آن بر عهده فقیه است. موضوعات عرفی نیز موضوعاتی هستند که شارع تعریف عرف خاص یا عام از آن را پذیرفته است. در واقع عرف خود نسبت به شناخت موضوع عالم بوده و نیازمند رجوع به مجتهد در این زمینه نیست؛ مانند تشخیص بیماری‌های خاص یا تشخیص بلوغ.

در مقابل موضوعات شرعی و عرفی، عنوان دیگری از موضوعات وجود دارد که تعریف و تعیین حدود آن به مراتب پیچیده‌تر است و شناسایی آن نیازمند تخصص است. این عناوین، موضوعاتی هستند که نه شرع آن‌ها را معین کرده است و نه در عرف مردم قابل تشخیص می‌باشند. پدیده‌های اجتماعی غالباً این گونه‌اند؛ موضوعاتی از قبیل بانک، بیمه، بورس، شرکت‌های سهامی که «نظام اقتصادی» را تشکیل می‌دهند، از این دست می‌باشند. این موضوعات را می‌توان موضوعات «تخصصی» یا «کلان» نامید. شناخت این قبیل موضوعات نیازمند منطقی است که بتواند جایگاه عناصر را در ترکیب با یکدیگر و در نسبت با کل ملاحظه کرده و در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۵۰

نهایت به قضاوت نسبت به مجموع آن پردازد.

در حالی که منطق موجود در فقه رایج اساساً ناظر بر موضوعات ساده شرعی و عرفی است و ثانیاً در صورت توجه به موضوعات تخصصی، آن‌ها را به صورت مجزا و منفک از سایر اجزا بررسی می‌نماید. به عبارت بهتر، در شیوه رایج موضوع‌شناسی، اشیاء و موضوعات مرکب تجزیه شده و عناوین فقهی موجود بر اجزا و افراد آن تطبیق داده می‌شود، بدون اینکه روابط و تعلقات افراد و افعال نسبت به هم و در ارتباط با هم سنجیده شود (مرتضوی‌نژاد و میرباقری، ۱۳۹۶، ۱۳۵). برای توضیح این مطلب نیازمند اشاره به برخی مفاهیم و روش‌های شناختی پدیده‌های بیرونی هستیم که شرح آن در ادامه می‌آید.

۲-۱-۲. مفهوم تجزیه‌نگری

در منطق ارسطویی، اشیاء به واسطه جنس و فصل تعریف می‌شوند (مظفر، ۱۳۷۹، ۱۱۶-۱۲۳). به عبارت دیگر، ماهیت اشیا به واسطه مقومات داخلی و اجزای مفهومی آن‌ها - که همان ذاتیات یک شیء است - شناخته می‌شود. گاهی در تحلیل‌های منطقی، از این نوع شناخت به شناخت «ذاتی» اشیا یا نگاه مبتنی بر «اصالت ذات» تعبیر می‌شود؛ برای مثال انسان عبارت است از «حیوان ناطق». در این تعریف حیوان جنس و ناطق بودن فصل او نسبت به سایر موجودات زنده است. در واقع، مفهوم عام (جنس) و مفهوم ممیز این شیء (فصل)، اجزای مفهومی حدّ تام - که جامع‌ترین و کامل‌ترین تعریف است - می‌باشند؛ بنابراین، اگر بتوان شیء را به حدّ تام آن تعریف کرد به تبع، آن شیء نیز شناخته شده است.

بر اساس این تعریف، «مناسبات»، «روابط» و «جایگاه» شیء در تعریف و هویت شیء‌ای و به تبع در احکام آن هیچ دخالتی ندارند. در این دستگاه منطقی، ربط و نسبت‌ها، جهت و هماهنگی اجزا در شناخت آن نادیده گرفته می‌شود و کلّ در سایه تجزیه آن به اجزایش قابل شناخت می‌گردد؛ بنابراین، اینکه شیء در ربط با چه عناصری دیگری باشد یا در چه جایگاهی افکنده شود، در شناخت ماهوی آن تفاوتی ندارد.

۲-۲-۲. ابتدای فقه موجود بر تجزیه‌نگری در شناخت موضوعات

دستگاه رایج فقهی از طریق تجزیه موضوعات به خصوص موضوعات مستحدثه به اجزای آن، به کنکاش در مورد احکام آن می‌پردازد، بدون اینکه ربطها و نسبت‌ها را بسنجد و روابط پدیده‌های جدید را در کلیت و وحدت خود تحلیل نماید؛ برای مثال، پدیده نوظهور بانک تجزیه شده و هر یک از اجزا و قطعات آن تحت یک باب فقهی گنجانده می‌شود؛ به گونه‌ای که با فقه اسلامی و احکام رساله تطبیق داشته باشد. در حالی که بنا به تفسیر اقتصادی جوهره سود و بهره در آن محفوظ است. قسمتی از آن با عقد اجاره تصحیح می‌شود، قسمتی با مزارعه و غیره، تا جایی که موضوع تخصصی جدید در چارچوب احکام قرار گیرد و صرف عدم مخالفت آن با فقه رعایت شده باشد. در حالی که از این نکته غفلت می‌شود که آنچه پیش روی ماست، یک سیستم و یک مجموعه به هم پیوسته از روابط اقتصادی اعتباری است که در زمینه‌ای از نظام تولید شکل گرفته و با اجزای دیگر سیستم اقتصادی (شامل شرکت‌های سهامی، بیمه، فروشگاه‌های زنجیره‌ای و...)، در هماهنگی قرار دارد.

۲-۲-۳. ابتدای نظریه خطابات بر کل‌نگری

در مقابل، می‌توان نوع دیگری از منطق شناخت در حوزه موضوع‌شناسی داشت که به نسب و روابط توجه داشته باشد و موضوع را در قالب وحدت و کلیت خود مورد شناسایی قرار دهد. از این منطق با عنوان منطق «کل‌نگر» یاد می‌شود که در شناخت موضوعات فقه حکومتی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در این نوع از منطق رفتاری، اشیا و موضوعات خارجی تخصصی بر اساس «مقیاس» غیرفردی مورد مطالعه و شناخت قرار می‌گیرند. نظریه خطابات قانونی در ناحیه اخذ موضوع و حمل حکم، آن را در کلیت خود محکوم به حکم می‌کند؛ امام خمینی رحمته‌الله علیه به لحاظ اخذ موضوع میان الفاظ عموم و مطلق تفاوتی قائل نیستند و هر دو را محکوم به عدم انحلال می‌دانند، در حالی که انحلال را قید متعلق می‌دانند. به سخنی دیگر، در خطاب «أحل الله کل بیع» به واسطه لفظ «کل» که دلالت بر افراد دارد، متعلق منحل می‌شود به تعداد افراد آن، اما در خطاب «أحل الله البیع» چون شمولیت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۵۲

به واسطه اطلاق خطاب برداشت می‌شود، متعلق قابل انحلال به تعداد افراد آن نیست. اما درباره موضوع معتقدند، موضوع در خطابات قانونیه اعم است از اینکه به الفاظ عموم باشد یا خیر. از نظر امام خمینی رحمته الله علیه میان خطاب «یجب علی المکلف» و «یجب علی کل مکلف» تفاوتی وجود ندارد و موضوع قابل انحلال نیست. مطابق دیدگاه امام اینکه شارع در خطاب قانونی در مقام جعل قانون است، قرینه است بر اینکه حتی اگر کلمه «کل» هم بیاید، باید در آن تصرف کرد (فاضل لکنرانی، ۱۳۹۰، جلسه ۱۱۱).

از این منظر نظریه خطابات قانونی می‌تواند محملی تثوریک برای حمل احکام بر موضوعات تخصصی و مستحدثه باشد؛ بدین معنا که خطاب قانونی، ناظر بر پدیده‌های بیرونی در هویت جمعی و وحدانی خود است، مثل وجوب اقامه قسط در خطاب «لیقوم الناس بالقسط» که در جهان معاصر موضوعی پیچیده و وابسته به اجزای دیگر جامعه است.

جمع‌بندی

۱. اساساً فرآیند استنباط احکام شرعی دارای دو مرحله است؛ فرآیند حکم‌شناسی و فرآیند موضوع‌شناسی. ادعای نگارندگان آن است که دانش فقه، در هر دو مرحله دارای ماهیت «جزء نگر» یا «فردی» است. فردی بودن، گویای ماهیت و منطق رفتاری دستگاه اجتهادی رایج در فهم احکام و موضوعات است.

۲. تبیین فردی بودن فقه در مرحله حکم‌شناسی، مستلزم توجه به انحلالی بودن خطابات، ناظر بودن احکام بر مکلف فردی است. انحلالی بودن خطابات و منحل شدن تکلیف به تعداد مکلفان، اساساً خطاب را از عمومیت و شمول آن ساقط می‌کند. این انحلال موجب می‌گردد احکام مستقل، به صورت تکالیف مستقل بر مکلفان مستقل و منفرد بار شود؛ یعنی اساساً ارتباطی بین احکام لحاظ نمی‌گردد و ثانیاً روابط میان مکلفان دیده نمی‌شود. بر همین پایه امکان تحقق افعال اجتماعی وجود ندارد. برخلاف نظریه قانونی بودن خطابات که ماهیت خطاب را اعتباری و غایت آن را قانونگذاری می‌داند. این خصیصه به این معنی است که دیگر خطاب

به تعداد مکلفان حقیقی منحل نمی‌شود، بلکه خطاب به عمومیت خود باقی است و چیزی که دارای کثرت و تعدد واقعی است، متعلق خطاب شرعی است. با این توصیف، این نظریه امکان صحبت از تکلیف اجتماعی را میسر می‌سازد که دارای خصوصیات منحصر به خود است.

۳. همچنین تکیه فرآیندهای اصولی استنباط احکام بر نوعی از منطق شناخت موضوعات با عنوان «منطق تجزیه‌نگر» مقیاس‌نگاهی است که در حوزه موضوع‌شناسی فقه وجود دارد. این نوع از مقیاس، اساساً امکان اخذ و شناخت موضوعات پیچیده و نظام‌مند را از بین می‌برد. در مقابل، نظریه خطاب دقیقاً ناظر بر موضوعات جدید الحدوثی است که ماهیتی کل‌گونه دارند و در روابط و نسب با یکدیگر تعریف شده و تأثیر می‌گذارند؛ بنابراین، در ناحیه موضوع‌شناختی نیز نظریه قانونی بودن خطاب بر موضوعات اجتماعی و مستحدثه نظر دارد و این از حقیقت کل‌نگر آن سرچشمه می‌گیرد. این نظریه بر آن است که حکم بر طبیعت است و طبیعت از آن لحاظ که طبیعت است، دلالت بر افراد ندارد. موضوع خطاب هم، ذات طبیعت، بدون لحاظ وحدت و کثرت است؛ بنابراین، هم تکلیف و هم موضوع مورد خطاب وجه کل‌گونه دارند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۵۴

منابع

۱. آمدی، علی بن محمد. ۱۴۰۲ق. الإحکام فی اصول الأحکام. دمشق: نشر مکتب اسلامی.
۱. اختری، عباسعلی. ۱۳۷۴. زمان و مکان و تحول موضوعات احکام (مجموعه مقالات کنگره نقش زمان و مکان). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته‌الله علیه.
۲. اصفهانی، محمدحسین. ۱۳۷۴. نه‌ایة الدراية. قم: انتشارات سیدالشهداء علیه‌السلام.
۳. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی). ۱۴۱۶ق. تمهید القواعد الاصولية و العربية لتفريخ الأحکام الشرعية. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). ۱۴۰۰ق. القواعد و الفوائد في الفقه و الأصول و العربية. قم: مکتبة المفید.
۵. بجنوردی، سید محمد. ۱۴۰۱ق. قواعد فقهیه. سوم. تهران: مؤسسه عروج.

۶. جمعی از نویسندگان. ۱۳۸۶. **خطابات قانونیه**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۷. حسنی، ابوالحسن. ۱۳۸۸. «تعلق خطابات شرعی سیاسی به مکلف سیاسی بر اساس نظریه امام خمینی رحمته الله علیه» **مطالعات انقلاب اسلامی** (نوزدهم): ۲۵.
۸. حکیم، سیدمحمدتقی. ۱۳۹۰ق. **الأصول العامة**. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. ۱۴۰۴ق. **الإجتهد و التقليد (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)**. قم: المطبعة العلمية.
۱۰. —. ۱۳۷۱. **الجواهر النضيد**. قم: انتشارات بيدار.
۱۱. حلی (فخر المحققين)، محمد بن حسن. ۱۳۸۷ق. **إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**. قم: مؤسسه اسماعيليان.
۱۲. خمینی، سیدمصطفی. ۱۴۱۸ق. **تحريرات في الأصول**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر. ۱۴۲۳ق. **تهذيب الأصول (تقريبات درس امام خميني رحمه الله عليه)**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۴. —. ۱۳۶۷. **تهذيب الأصول (تقريبات درس امام خميني رحمه الله عليه)**. قم: قدس.
۱۵. سعدی، حسینعلی. ۱۳۹۵. «حجیت در اجتهاد نظام ساز، با تأکید بر آرای آیت الله سیدمحمدباقر صدر». **راهبرد فرهنگ** (سی و ششم): ۲۵.
۱۶. سوزنجی، حسین. ۱۳۸۵. «اصالت فرد، جامعه یا هر دو (بررسی تطبیقی آرای استاد مطهری و استاد مصباح یزدی)». **قبسات** (پانزدهم): ۲۵.
۱۷. صدر، سید محمدباقر. ۱۴۳۱ق. **دروس في علم الأصول**. قم: دارالصدر.
۱۸. عراقی، ضیاءالدین. ۱۴۰۵ق. **نهاية الأفكار**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۹. عرب صالحی، محمد. ۱۳۹۶. «تحليل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن»، **فقه و اصول** (دانشگاه فردوسی) (۱۱۰): ۱۱۳-۱۳۲.
۲۰. غلامی، نجفعلی و منصور میراحمدی. ۱۳۹۳. «فقه فردی و فقه حکومتی بایسته‌ها و کاستی‌ها». **سیاست متعالیه**: ۲۵.
۲۱. فاضل لنکرانی، جواد. ۱۳۹۰. **درس خارج فقه و اصول**. قم: سایت ایشان. fazellankarani.com
۲۲. فخر رازی، محمد. ۱۴۱۲ق. **المحصول في علم الأصول**. بیروت: مؤسسه الرسالة.
۲۳. فیرحی، داوود. ۱۳۹۴. **فقه و سیاست در ایران معاصر (تحول حکومت داری و فقه**

- حکومت اسلامی). چهارم. تهران: نشر نی.
۲۴. مرتضوی لنگرودی، سیدمحمدحسن. ۱۳۷۶. *جواهر الأصول* (تقریرات درس امام خمینی رحمته الله علیه). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۲۵. مرتضوی نژاد، سیدمهدی و سیدمحمد مهدی میرباقری. ۱۳۹۶. «روش شناسی فقه حکومتی». *پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی*: ۲۵.
۲۶. مصباح یزدی، محمدتقی. ۱۳۶۸. *جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن*. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۲۷. مظفر، محمدرضا. ۱۳۷۹. *المنطق*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۸. مقیمی، ابوالقاسم. بی تا. «نظریة الخطابات القانونیه». *فقه اهل البیت بالعربیة* (۴۲): ۲۵.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۷ق. *دایرة المعارف فقه مقارن*. قم: انتشارات امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
۳۰. موسوی، سیدابراهیم. ۱۳۹۱. «چیستی معنایابی حکم شرعی در دانش فقه و اصول اسلامی». *کوثر معارف* (بیست و سوم): ۲۵.
۳۱. مهدوی، اصغر آقا. ۱۳۸۹. *جایگاه شناخت موضوع و روش های آن در فقه امامیه*. تدوین توسط کامران ایزدی مبارکه. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۳۲. مهریزی، مهدی. ۱۳۷۶. «فقه حکومتی». *نقد و نظر* (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم) (دوازدهم): ۱۴۱-۱۶۵.
۳۳. نائینی، محمدحسین. ۱۴۰۴ق. *فوائد الأصول*. تدوین توسط محمدعلی کاظمی خراسانی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. نوایی، علی اکبر. ۱۳۸۱. «موضوع شناسی فقهی و رابطه آن با علوم». *اندیشه حوزه* (پژوهش های اجتماعی اسلامی) (سی و چهارم): ۱۰۴-۱۳۱.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۵۶

Bibliography

1. The Holy Quran
2. A Group of Authors. 2007/1386. *Khiṭābāt-i Qānūniyyi*. Tehran: Mu'assisi-yi Tanzīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumiynī.
3. Akhtarī, 'Abbās 'Alī. 1995/1374. *Zamān va Makān va Ṭaḥavvul-i Muwḍū'āt-i Aḥkām* (Majmū' -i Maqālāt-i Kungirih-yi Naqsh-i Zaman va Makān). Tehran: Mu'assisi-yi Tanzīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumiynī.
4. al-Āmidī, Sayf al-Dīn. 1980/1402. *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-

Kutub al-'Ilmīya.

5. al-'Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn. 1998/1416. Tmahīd al-Qawā'id al-Uṣūlīya a al-'Arabīya li Tafīr al-Aḥkām al-Shar'īya. 9th. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
6. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1982/1400. al-Qawā'id wa al-Fawā'id fi al-Fiḥ wa al-Uṣūl wa al-'Arabīya. Qum: Mktabat al-Mufīd.
7. al-Burūjirdī al-Najafī, Muḥammad Taqī. 1982/1405. Nihāyat al-Afkār alqawā'id al-Fiḥīya (Taqīrāt Buḥūth al-Muḥaqqiq al-'Irāqī). Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
8. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1995/1374. Nihāyat al-Dirāya fi Sharḥ al-Kifāya. Qum: Nashr Sayyid al-Shuhadā'.
9. al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Taqī. 1979/1390. al-'Uṣūl al-'Āmma li al-Fiḥ al-Muqāran. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1371. al-Jawhar al-Naḍīd. Qum: Bīdār.
11. —. 1989/1410. Irshād al-Aḍḥhān. Qm: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
12. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1967/1387. Īdāḥ al-Fawā'id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
13. al-Kāzīmī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. 1983/1404. Fawā'id al-Uṣūl (Taqīrāt Baḥth al-Mīrzā al-Nā'inī). Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
14. al-Khumaynī, al-Sayyid Muṣṭafā. 2000/1418. Taḥrīrāt fi al-Uṣūl. Qum: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
15. al-Murtaḍawī al-Langrūdī, al-Sayyid Muḥammad Ḥasan. 1997/1376. Jawāhir al-Uṣūl (Taqīrāt Buḥūth al-Sayyid al-Khumaynī). Qum: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
16. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. 2000/1379. Uṣūl al-Fiḥ. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
17. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2013/1431. Durūs fi 'Ilm al-Uṣūl. Qum: Dār al-Ṣadr.

18. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1987/1405. Tahdhib al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Imām al-Khumaynī). Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
19. —. 1988/1367. Tahdhib al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Imām al-Khumaynī). Qum: Quds.
20. al-Taymī al-Rāzī, Muḥammad Ibn 'Umar (Fakhr al-Dīn al-Rāzī). 1991/1412. al-Maḥṣūl fī 'Ilm al-Uṣūl. Edited by Ṭāhā Jābir Fayyādh al-'Alwānī. Beirut: Mu'assasat al-Risāla.
21. 'Arab Ṣālihī, Muḥammad. 2017/1396. "Taḥlīl-in Kḥiṭābāt-i Qānūniyyi, Āthār, Ishkālāt va Pasukh-i Ānhā." Fiqh va Uṣūl (Dānishgāh-i Firduwsī (Ferdowsi University)) (110): 113-132.
22. Fāzil Lankarāni, Javad. 2011/1390. "Dars-i Kḥārij-i Fiqh va Uṣūl." FAZELLANKARANI.COM.
23. Fiyrahī, Dāvūd. 20105/1394. fiqh va Siyāsāt dar Irān-i Mu'āṣir (Taḥavvul-i Ḥukūmat Dārī va Fiqh-i Ḥukūmat-i Islāmī). 4th. Tehran: Nashr-i Niy.
24. Ghulāmī, Najaf 'Alī, and Maṣṣūr Mīr Āḥmadī. 2014/1393. "Fiqh-i Fardī va Fiqh-i Ḥukūmatī Bāyiṣtiḥā va Kāstīhā." Siyāsāt-i Muta'āliyyi.
25. Ḥasanī, Abū al-Ḥasan. n.d. "Tq'alluq-i Kḥiṭābāt-i Shar'ī Siyāsī bi Mukallaf-i Siyāsī bar Asās-i Nāzariyyi-yi Imām Khumiynī." Muṭali'āt-i Inqilāb-i Islāmī (19).
26. Mahdāvī, Aṣghar Āqā. 1389/2010. Dānishgah-i Imām Ṣādiq (Imam Sadeq University). Edited by Kāmran Īzādī Mubāraki. Tehran, Jaygāh-i Shinākht-i Muwḍū' va Ravishhā-yi Ān dar Fiqh-i Imāmīyyi.
27. Makārim Shīrāzi, Naṣir. 2006/1427. Dā'irat al-Ma'ārif-i Fiqh-i Muqāran. Qum: Madrasi-yi Imām 'Ali Ibn Abī Ṭālib.
28. Mīhrīzī, Mahdī. 1376/1997. "Fiqh-i Ḥukūmatī." Naqd va Nazar (Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī (Islamic Sciences and Culture Academy)) (12): 141-165.
29. Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. 1989/1368. Jamī'i va Tarīkh az Didgāh-i Qurān. Tehran: Sazmān-i Tabliḡhāt-i Islāmī.
30. Muqīmī, Abū al-Qāsim. n.d. "Nazarīyyat al-Kḥiṭābāt al-Qānūniyya." Fiqh Ahl al-Bayt (42).
31. Murtaḍawī Nizhād, Sayyid Mahdī, and Sayyid Muḥammad Mahdī Mīr Bāqirī.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۵۸

- 2017/1396. "Ravish Shināsī-yi Fiqh-i Hukūmatī." Paghūshnami-yi Miyān Rishtī-yi Fiqhī.
32. Musavī, Sayyid Ibrāhīm . 1391/2012. "Chīstī-yi Ma'nā Yābī-yi Hukm-i Shar'ī dar Dānish-i Fiqh va Uşūl-i Islāmī." Kuwthar-i Ma'ārif (23).
33. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1980/1401. Qavā'id-i Fiqhīyyi. 3rd. Tehran: Mu'assisi-yi 'Urūj.
34. Navā'ī, 'Alī Akbar. 1381/2002. "Muwḍu' Shināsī-yi Fiqhī va Rābiṭi-yi Ān bā 'Ulūm." Andīshi-yi Huwzi (Paghūshhā-yi Ijtimā'ī Islāmī) (34).
35. Sa'dī, Ḥusayn 'Alī. 2016/1395. "Ḥujjiyat dat Ijtihād-i Niẓām Sāz, bā tākīd bar Ārā-yi Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Baqir Ṣadr." Rahburd-i Farhang (36).
36. Sūzanchī, Ḥusayn. 2006/1385. "Aşālat-i Fard, Jāmi'ī yā Har Du (Barrasī-yi Taṭbīqī-yi Ārā-yi Uşād Muṭahharī va Uşād Mişbāh)." Qabasāt (15).

A Research of Sharia Solution (Hili-yi Shar'ī) in Shiite and Sunnite Jurisprudence¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.51205.1439

Taher Alimohammadi

Associate Professor at Ilam University; Ilam-Iran; t.alimohamadi@ilam.ac.ir

Hossein Naseri Moghaddam

Professor of Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran; (Author);
naseri1962@um.ac.ir

Receiving Date: 2018-06-09; Approval Date: 2019-09-15

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No. 20
Fall 2020

61

Abstract

The Permission or prohibition of certain Sharia Solution have briefly been affirmed by Shiite and Sunnite Jurisprudence. Essentially, Decrees and Laws of a legal system must not conflict with its objectives, so it is significant to study the authenticity of permission of a Sharia Solution which is outwardly in contradiction with the goal of Sharia. This research tries to clarify and criticize the different standpoints of Islamic Jurisprudents, both Shiite and Sunnite- and concludes that some of permissible cases are not Sharia Solution in nature, but lexical solutions or transition of a Sharia Decree to another; Assuming naming them as Sharia Solution, it does not

1. **Naseri. H.** (2020); " A Research of Sharia Solution (Hili-yi Shar'ī) in Shiite and Sunnite Jurisprudence "; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 20 ; Page: 61-94 ; Doi: 10.22034/jrj.2019.51205.1439

cause any conflict with Sharia objectives. On the other hand, some of instances which have been named Sharia Solution, are forbidden in reality because of leading to committing Haram or if the subject of Haram does not change, as well as their opposition against Sharia objectives.

Keyword: Sharia Solution, Lexical Solution, Avoiding Haram, Committing Haram, Sharia Objectives.

بازپژوهی حيله شرعی در فقه امامیه و اهل سنت^۱

طاهر علی محمدی^۲

حسین ناصری مقدم^۳

چکیده

بازپژوهی حيله شرعی در فقه امامیه و اهل سنت

۶۳

جواز و حرمت برخی از حيله‌های شرعی، اجمالاً مورد تصریح فقهای امامیه و اهل سنت قرار گرفته است. از آنجا عدم تعارض قوانین یک نظام حقوقی با اهداف و مقاصد آن، امری ضروری است، بررسی صحت و سقم حکم جواز حيله شرعی که موهم ناسازگاری میان آنها و اغراض شریعت است، اهمیت خاصی دارد. در این پژوهش، با تبیین و نقد دیدگاه‌های مختلف فقهای فریقین و ارزیابی ادله اقامه شده به دست آمده که بعضی از موارد جواز حيله، حيله شرعی نیستند، بلکه حيله لغوی یا صرف انتقال از یک حکم شرعی به حکم دیگر هستند و بر فرض نامگذاری تسامحی آنها به حيله شرعی، هیچ‌گونه تعارضی با اغراض و اهداف شریعت ندارند. همچنین و برخی از مصادیقی که نامگذاری آنها به حیل شرعی صحیح است، به سبب وقوع در حرام واقعی یا مخالفت آنها با اهداف شرع یا به سبب اینکه باعث تغییر ماهیت موضوع حکم حرام نمی‌شوند، حرام‌اند.

کلیدواژه‌ها: حيله شرعی، حيله لغوی، فرار از حرام، ارتکاب حرام، اهداف شریعت.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴

۲. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام - ایران؛ (نویسنده مسئول). رایانامه: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

۳. استاد تمام فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد - ایران؛ رایانامه: naseri1962@um.ac.ir

طرح مسئله

انسجام درونی و عدم تعارض قوانین با اهداف مورد نظر در یک نظام حقوقی امری ضروری است و قوت و ضعف آن نظام با این موضوع سنجیده می‌شود. با وجود چنین نظمی در شریعت اسلامی، احکامی هستند که ممکن است موهم ناسازگاری میان آن‌ها و مقاصد شریعت باشند. یکی از آن احکام، حيله شرعی است. جواز حيله شرعی هم لابه‌لای کتب فقهی امامیه و هم در فقه اهل سنت طرح و مورد رد و ابرام قرار گرفته است. با توجه به توضیحاتی که ذیل عنوان «مفهوم‌شناسی حيله» می‌آید، مقصود از حيله شرعی، اقدامی در قالب شریعت است که با هدف گریز از مخالفت با احکام الزامی شرع و عبور از تنگناهای آن صورت می‌گیرد.

از آنجا فتاوی صادر شده از سوی تعدادی از فقه‌های فریقین، در ادوار مختلف فقه در خصوص جواز برخی از حیل، به این شبهه دامن می‌زند، ضرورت دارد با بررسی دقیق موضوع، انسجام کلی نظام حقوقی اسلام آشکار گردد. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی به تبیین و تحلیل دیدگاه‌ها در این باره می‌پردازد و می‌کوشد ضمن تحلیل صحیح موضوع، تعارض فرضی حيله شرعی با فلسفه احکام را به نقد بکشد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹
۶۴

مفهوم‌شناسی حيله

واژه «حيله» که از ریشه «حول» گرفته شده، به معنای مهارت در سامان‌دهی کارها؛ یعنی تغییر دادن [و به کارگیری] فکر برای نیل به مقصود (فیومی، بی‌تا، ۱۵۷/۲) یا چیزی است شخص را از آنچه خوشایندش نیست به آنچه دوست دارد، منتقل می‌سازد (جرجانی، ۱۴۰۵ق، ۱۲۷/۱). راغب نیز در تعریف آن می‌گوید: حيله چیزی است که به وسیله آن، انسان به صورت پنهانی به حالتی برسد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ۲۶۶)؛ بنابراین، به نظر می‌رسد بهترین معادل فارسی آن، «چاره‌جویی پنهانی» برای خروج از تنگنا باشد.

در مورد معنای اصطلاحی حيله از سوی فقیهان شیعه تا قبل از عصر حاضر به تعریفی خاص اشاره نشده، اما از بررسی مصادیق آن و نیز مباحث مطروحه در فقه در

این خصوص (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۵/۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۰/۳-۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۰۳/۹-۲۰۴) می‌توان به دست آورد که حیله به معنای راه چاره‌گریز از مخالفت با قوانین و احکام الزامی شرع و یا عبور از تنگنای آن به گونه‌ای شرعی است. برخلاف امامیه، تعاریف مختلفی از سوی فقهای سنی ارائه شده که به نظر می‌رسد ناشی از دیدگاه فقهی آن‌ها در روایی و ناروایی حیله می‌باشد؛ از جمله گفته‌اند: «حیله آن است که عقد جایزی را آشکار کند و از آن به منظور نیرنگ زدن و انجام آن چیزی که خداوند حرام کرده، مباح شمردن منهیات او یا ساقط کردن عملی واجب یا جلوگیری از یک حق و مانند آن، اراده حرام نماید» (ابن‌قدمه، ۱۴۰۵ق، ۵۶/۴) یا «حیله راهی است که انسان به وسیله آن موفق به دور کردن گناهان از خودش می‌شود» (ابن‌تیمیه، بی‌تا، ۲۱۸/۳). صبحی محمصانی بعد از تقسیم حیله‌های شرعی به مباح و اختلافی، در تعریف حیله‌های شرعی مباح می‌گوید: «حیله شرعی مباح، عبارت است از به کار بستن حیله در تغییر قانونی که برای امر معینی وضع شده و به کارگیری آن در حالتی دیگر به نیت دست‌یابی به اثبات حق یا دفع ستم یا برطرف کردن نیازمندی خود. این قسم از حیله‌ها، مصلحت شرعی را از بین نمی‌برد» (محمصانی، بی‌تا، ۲۴۵) و در تعریف حیله‌های مورد اختلاف می‌نویسد: «عبارت است از به کارگیری حیله برای دگرگون ساختن احکام ثابت شرعی به احکامی دیگر، به وسیله عملی که ظاهراً صحیح است ولی در باطن بیهوده می‌باشد» (محمصانی، بی‌تا، ۲۴۶).

وجه اشتراک همه این تعاریف، گریز واقعی یا ظاهری از مخالفت با قوانین و احکام الزامی شرع مقدس و عبور از تنگنای آن در قالب شریعت است.

دیدگاه فقهای امامیه درباره حیله شرعی

در خصوص جواز و عدم جواز حیله شرعی میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. از میان قدمای حسن بن علی، جد مادری سید مرتضی، به طور مطلق هر حیله‌ای را باطل دانسته (شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ۳۷۷)، در حالیکه سید مرتضی با وجود قول به عدم صحت بعضی از حیل (شریف مرتضی، ۱۳۸۷، ۱۲۰)، قائل به جواز شده است (شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ۳۷۷). عده دیگری استفاده از حیله مباح برای رسیدن به یک امر مباح

را جایز و توسل به حيله نامشروع برای رسیدن به امر مباح را حرام تکلیفی دانسته‌اند؛
گرچه از نظر آنان به لحاظ وضعی صحیح است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۵/۵؛ محقق حلی،
۱۴۰۸ق، ۲۱/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۸۳/۳).

اجمالاً جواز استعمال حيله شرعی در میان فقهای امامیه نظریه‌ای مشهور است
(فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴۵۴/۱؛ ۲۲۰/۲؛ ۴۶/۴؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲۳۱/۱، ۲۹۸/۳، ۳۰۱-۳۰۲ و
۳۶۹؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۲۰/۳؛ ۲۷۵/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۳۰/۳؛ ۲۰۳/۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق،
۵۳۴/۱ و ۵۵۰-۵۵۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۳۳۳-۳۳۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ۷۰/۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق،
۳۴۱-۳۴۰/۲۰؛ ۳۷۶/۲۵ و ۳۷۸؛ یزدی، ۱۴۱۴ق، ۴۳۲/۱)، اما در گستره آن اختلافاتی وجود
دارد. صاحب جواهر حيله‌ای را که ناقض غرض از اصل مشروعیت یک حکم
شرعی باشد، باطل می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۰۲/۳۲). از کلام و فتاوی محقق اردبیلی
نیز همین محدودیت استفاده می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۸-۱۷/۸ و ۲۴۷ و ۴۸۸؛ اردبیلی، بی‌تا،
۴۳۷). فقیهی دیگر با جایز دانستن حيله‌های مباح برای تصحیح معاملات (بهبهانی،
۱۴۱۷ق، ۲۹۱)، با برخی از حيله‌های رایج در باب ربا از جمله «قرض دادن به شرط انجام
معامله محاباتی»^۱ مخالفت کرده و آن را موجب حلیت معامله ربوی ندانسته است
(بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ۳۲۰-۳۲۱ و ۳۴۴).

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۶۶

از میان فقهای معاصر، امام خمینی تمامی حيله‌های رایج در باب ربا را در دو قسم
ربای قرضی و معاوضی (دو مثل در آن تساوی قیمت دارند) نامشروع دانسته است.
ایشان می‌گوید: «با این همه سختگیری و مخالفت‌های شیعه و سنی از طریق قرآن و
سنت با ربا که مثل آن را در سایر گناهان کم می‌دانند و با آن همه مفساد اقتصادی،
اجتماعی و سیاسی که اقتصاددانان برای آن بر می‌شمرند، چگونه ممکن است به
وسیله حيله‌ای شرعی حلال شود» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۵۴۰-۵۴۱). با وجود این،
وی حيله‌های شرعی را در باب ربای معاوضی که دو مثل در آن تفاوت قیمت دارند،
می‌پذیرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۵۴۴-۵۴۱/۲ و ۵۲۸-۵۳۲). در هر صورت، در فقه امامیه
اجمالاً اصل جواز برخی از حیل شرعی و حرمت دیگر از آن‌ها تردیدی نیست.

۱. مقصود از معامله محاباتی هر نوع معامله‌ای است که وام‌دهنده کالایی را به بیشتر از ثمن المثل به وام‌گیرنده بفروشد یا
اجاره دهد و... یا آن را از او به کمتر از ثمن المثل بخرد یا اجاره کند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۹ق، ۲۴۱).

دیدگاه فقهای اهل سنت درباره حيله شرعی

فقهای اهل سنت نیز چون امامیه، دیدگاه‌های گوناگونی در این خصوص دارند. در میان تابعان افرادی چون سعید بن مسیب، ابراهیم نخعی و عطاء بن ابی‌ریاح با برخی از مصادیق حيله شرعی به مقابله پرداخته‌اند (ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۰۱/۳-۱۰۲) و برخی مثل حسن بصری با وجود مخالفت با نکاح محلل و حيله‌های ربوی، بعضی دیگر از حيله‌ها را مجاز دانسته‌اند (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۰۲ و ۱۱۷؛ نووی، ۱۹۹۷م، ۳۱۱/۱). از ائمه مذاهب، ابوحنیفه (ابن بطنه، ۱۴۰۳ق، ۵۲/۱؛ سرخسی، بی‌تا، ۲۴۲/۳۰-۲۴۴) و به پیروی از او، ابویوسف و شیبانی (سرخسی، بی‌تا، ۱۶۶/۲-۱۶۷ و ۲۴۰/۳۰) و دیگر فقهای حنفی قائل به جواز شده‌اند (سرخسی، بی‌تا، ۲۰۳/۲، ۱۶۸/۴-۱۶۹؛ مرداوی، بی‌تا، ۳۲/۳؛ ابن حجر هیتمی، بی‌تا، ۷۷/۴). با توجه به برخی فتاوی شافعی در جواز حيله شرعی، می‌توان او را در شمار مجوزان حيله‌های شرعی به شمار آورد (رک: ابن رشد، بی‌تا، ۴۴/۲؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۵۶/۴ و ۷۵ و ۲۰۴/۵؛ ابن حجر هیتمی، بی‌تا، ۲۳۷/۲ و ۷۷/۴). کتاب‌های برخی از فقهای شافعی در زمینه حيله شرعی (ابن ندیم، ۱۳۹۸ق، ۱/۲۹۰؛ ابواسحاق شیرازی، بی‌تا، ۲۸۶) و فتاوی آنان در جواز مصادیق مختلف حیل شرعی (غزالی، ۱۴۱۷ق، ۵/۱۱۴؛ سبکی، بی‌تا، ۱۴۷/۱ و ۳۲۸؛ ابن حجر هیتمی، بی‌تا، ۳۷/۲، ۱۱۰ و ۱۴۹-۱۵۲) مؤیدی بر مذهب امامشان است.

۶۷

در مقابل این گروه، فقهایمانند عبدالله بن مبارک (خطیب بغدادی، بی‌تا، ۴۲۶/۱۳)، شریک بن عبدالله نخعی (ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۱۶۱/۳) و نصر بن شمیل (خطیب بغدادی، بی‌تا، ۴۲۷/۱۳) با حيله شرعی مخالفت ورزیده‌اند. نیز احمد بن حنبل (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۷۴/۴) و به پیروی از او فقهای حنبلی به بطلان حيله‌های شرعی اعتقاد داشته‌اند (ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۰۰-۱۰۸؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۷۸/۲؛ بهوتی، ۱۴۰۲ق، ۱۴۷/۱ و ۲۹۲/۳ و ۵۴۳). ابن قدامه در این باره می‌گوید: «تمامی حيله‌ها در هر مسئله‌ای از دین، حرام و غیر مجاز است» (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۵۶/۴). مالک بن انس (ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۱۰/۳؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ۲۷۶/۱) ابن رشد، بی‌تا، ۴۴/۲؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۵۵/۴ و ۵۶) و فقهای پیرو او را هم با توجه فتاوی‌شان می‌توان از این دسته شمرد (قرافی، ۱۹۹۴م، ۱۸/۵ و ۳۳۶/۷؛ مغربی، ۱۳۹۸، ۱۹۵/۵ و ۳۲۷؛ دردیر، بی‌تا، ۱۵۶/۴).

با دقت در فتاوا و سخنان موافقان و مخالفان حيله، می‌توان نتیجه گرفت که همچون فقه امامیه اجمالاً جواز حيله شرعی در فقه مذاهب اهل سنت، اصلی پذیرفته است و ردّ و اثبات‌ها صرفاً به دایره شمول آن بر می‌گردد؛ به گونه‌ای که برخی جواز حيله را در مواردی چون عدم ابطال حق، عدم تغییر احکام شرعی و عدم ورود به حرام دانسته و گروهی دیگر به گونه مطلق قائل به جواز و در مواردی هم به کراهت شده‌اند (سرخسی، بی‌تا، ۲۱۰/۳؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۵۶/۴؛ ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۶۵/۳-۱۶۶ و ۱۷۰؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۲۳۹/۳-۲۴۰ و ۳۳۴). در این میان، شاگردان ابوحنیفه و برخی پیروان شافعی تا بدانجا به جواز حيله‌های شرعی قائل شده‌اند که حتی حیل به ظاهر مباح، و در واقع، نادرست و عوض‌کننده احکام را نیز پذیرفته‌اند (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۷۳/۳)، در حالی که مالک و ابن حنبل و پیروانشان از این نوع حيله‌ها منع کرده‌اند (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۰۹-۱۱۰؛ محمضانی، بی‌تا، ۲۴۹)؛ هرچند در مواردی نیز جواز حيله به مالک نسبت داده شده^۱ و مخالفت او به حيله‌های رایج در امور غیر مشروع مثل ربا اختصاص داده شده است (رک: ابن رشد قرطبی، بی‌تا، ۱۵۰/۲ و ۱۷۹؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۵۶/۳). از برخی سخنان احمد بن حنبل نیز عدم مخالفت کلی او استفاده می‌شود (ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۱۰/۳؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ۳۱۷/۶). مسئله برای اصحاب و پیروان آن دو وضوح بیشتری دارد؛ به گونه‌ای که برخی از آنان، مواردی از حيله را جایز دانسته و فتوا داده‌اند که حتی با مخالفت امامشان رو به رو بوده است (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۷۳/۳). بعضی فتاواي آنان در جواز حيله‌های شرعی مؤید این ادعاست (قرافی، ۱۹۹۴م، ۳۸۳/۷ و ۷۰/۱۰؛ مرداوی، بی‌تا، ۳۴/۵، ۴۸۱-۴۸۲ و ۱۲۷/۹؛ بهوتی، ۱۴۰۲ق، ۲۷۳/۳ و ۹۳/۵ و ۳۲۳). حتی افرادی مثل ابن تیمیه و ابن قیم که به شدت با این مقوله مخالفت ورزیده‌اند، نیز تعدادی از حيله‌ها را مباح و روا دانسته‌اند (ابن تیمیه، بی‌تا، ۱۶۵-۱۶۶، ۱۹-۱۹۱ و ۱۹۲؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۲۰۹/۳، ۲۱۴-۲۱۵، ۳۳۳-۲۳۵).

در هر صورت، با امعان نظر در گفتار مخالفان، مقصود از حيله‌های ممنوع آن

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۶۸

۱. از جمله اینکه نکاح محلّل را تنها در فرضی باطل می‌داند که مرد، اراده تحلیل داشته باشد، اما اگر زن قصد تحلیل کند، نکاح مذکور از نظر او باطل نیست؛ بنابراین، به نظر مالک چنین حيله‌ای از طرف زوج، مبطل نکاح نیست (رک: ابن رشد، بی‌تا، ۶۵/۲).

حیلی است که موجب ارتکاب حرام و به عبارتی، باعث حلال شدن حرام خدا یا حرام شدن حلال او می‌شود یا حقی را از بین می‌برد و به دیگری ضرری می‌رساند (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۲/۲۳۷، ۳/۱۰۹، ۱۲۶ و ۱۳۱؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۳/۲۳۹-۲۴۰ و ۴/۲۱؛ بهوتی، ۱۴۰۲ق، ۴/۱۳۵ و ۲۳۷ و ۲۹۹)، ولی اگر هدف، امری مباح و صحیح باشد و از راهی شرعی استفاده گردد، مجاز است (رک: ابن تیمیه، بی‌تا، ۳/۱۶۵-۱۶۶؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ۶/۳۱۷؛ بهوتی، ۱۴۰۲ق، ۳/۲۷۳).

برای بررسی صحت و سقم جواز برخی از حیل شرعی و حرمت برخی دیگر، لازم است مهم‌ترین دلایل مطروحه از طرف فقهای امامیه، یا اهل سنت یا هر دو مذهب، نسبت به جواز یا حرمت آن حیل نقد و بررسی شود.

دلایل جواز حيله شرعی و ارزیابی آنها

مهم‌ترین ادله جواز حيله شرعی به شرح ذیل است:

دلیل اول: قرآن

۱- در داستان بت شکنی ابراهیم علیه السلام وقتی که بت پرستان از او پرسیدند: ﴿أَأَنْتَ فَعَلْتَ هَذَا بِالْهَيْتَانِيَا إِبرَاهِيمُ﴾ (انبیاء/۶۲)؛ «آیا تو با خدایان ما چنین کرده‌ای؟». ابراهیم در پاسخ گفت: ﴿هَذَا فَمَا سَأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْظِقُونَ﴾ (انبیاء/۶۳)؛ «بلکه این کار را بزرگشان کرده است! از آنها پرسید اگر سخن می‌گویند». در رفع اتهام کذب نسبت به ابراهیم علیه السلام و جوهی چند ارائه شده که براساس دو تا از آنها، پاسخ او مصداق توریه^۱ است که از مصادیق حيله شرعی شمرده شده است. به لحاظ یکی از همین دو احتمال است که برخی از فقهای امامیه به استناد آیه مذکور و گفتار ابراهیم علیه السلام، توسل به حيله شرعی مباح را روا دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۵/۹۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۱۳). استناد به این آیه به لحاظ صغروی و کبروی محل ایراد است؛ زیرا به لحاظ صغروی، فرض توریه کردن ابراهیم علیه السلام قطعی نیست و وجوه دیگری نیز برای رفع

بازپژوهی حيله شرعی در
فقه امامیه و اهل سنت

۱. توریه آن است که به وسیله مدلول لفظ، معنایی غیر از آنچه ظاهر لفظ بر آن دلالت می‌کند، قصد شود؛ مثلاً از سخن خود: "از تو قرض نگرفتم" قصد وام نگرفتن در محل یا زمان خاصی را غیر از زمان و مکانی که واقعاً در آن، قرض گرفتن رخ داده است، را بکند» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۵/۳۸۸).

اتهام کذب از آن حضرت ارائه شده است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۳۰۰/۱۴). ثانیاً به لحاظ کبروی، توریه حيله شرعی نیست، بلکه یک حکم شرعی مستقل مثل سایر احکام شرعی است که می‌توان از آن در مقام چاره‌جویی و حل مشکل ارتکاب دروغ استفاده کرد؛ به عبارت دیگر، در چنین مواردی دو حکم وجود دارد: حرمت دروغ و خلاف واقع گفتن، و حلیت ابراز کلامی که در واقع راست است و فقط در ظاهر، دروغ تلقی می‌شود. این عمل، حيله شرعی نیست؛ زیرا حيله شرعی در واقع، ارتکاب عمل حرام به شکل دیگر و با پوششی دیگر است، اما توریه اصلاً انجام فعل حرام (ارتکاب دروغ) نیست، بلکه گفتاری راست و جایز است، منتها از آن‌جا که مخاطب توریه، مقصود او را چیز دیگری تصور می‌کند و در فهم کلام متکلم فریب می‌خورد، مصداق حيله لغوی است.

۲- آیه ﴿وَ خُذْ بِیَدِكَ ضِعْفًا فَاصْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ...﴾ (صاد/۴۴)؛ (بسته‌ای از ساقه‌های گندم (یا مانند آن) را بگیر و با آن (همسرت را) بزن و سوگند خود را مشکن) که مورد استناد برخی فقهای امامیه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۵/۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۳/۳۳۳) و اهل سنت (سرخسی، بی‌تا، ۲۰۹/۳۰) واقع شده است. این نوع اجرای حد به طوری که نه سوگند حضرت ایوب علیه السلام شکسته شود و نه همسرش اذیت شود، یک نوع حيله شرعی برای فرار از یک تنگنای شرعی است که خداوند متعال آن را به پیامبرش آموخت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۷۰

در ردّ استدلال به این آیه می‌توان گفت: اولاً در علت صدور فرمان خداوند به اجرای «ضعت» از سوی ایوب علیه السلام احتمالاتی وجود دارد که برخی از صور آن ارتباطی با موضوع حيله ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ۵۹/۵). ثانیاً از دیدگاه امامیه (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳۸۰/۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ۱۴۳/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۰/۴۱-۳۴۱) اجرای حدّ ضعت یک حکم شرعی الزامی نسبت به افراد مریض یا ناتوان است که عدم عمل به آن خلاف شریعت است و معلوم است که استفاده از یک حکم الزامی که در چارچوب قانون کلی «(سهله و سمحه بودن دین)» و «(نبودن عسر و حرج در دین)» وضع شده، حيله شرعی به شمار نمی‌رود، چنان‌که حيله لغوی هم نیست. از دیدگاه اهل سنت هم اگر ضعت، حکمی الزامی محسوب نشود، مصداق انتقال از یک حکم شرعی

به حکم شرعی دیگری است که نام آن را حيله شرعی نامیده‌اند و صرف نام گذاری، ماهیت یک چیز را عوض نمی‌کند. روشن است ارتکاب چنین احکامی که در لسان اهل سنت، فقط در مقام نام گذاری، موسوم به حيله‌اند نه در ماهیت و به عبارت دقیق‌تر، مصداق حيله لغوی‌اند، در تضاد با احکام و اهداف شریعت نیستند، بلکه در چارچوب اهداف شرع رخ می‌دهند.

۳- «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ...» (بقره/۲۳۵)؛ «گناهی بر شما نیست که به طور کنایه، (از زنانی که همسرانشان مرده‌اند) خواستگاری کنید». به این آیه بر جواز «معارض»^۱ استدلال شده (سرخسی، بی تا، ۲۱۲/۳۰) که از نظر فقهای سنی مذهب، از مصادیق حيله به شمار می‌آید (ابن تیمیه، بی تا، ۱۶۵/۳ و ۲۰۵).

در پاسخ به این استدلال باید گفت: هر چند به وسیله «تعریض» می‌توان از حرام‌رهایی یافت، اما جواز آن، خود، یک حکم شرعی است. در واقع، از سوی شارع برای خواستگاری از زن معتده به عده وفات دو حکم وجود دارد: یکی حکم حرمت که مربوط به تصریح در خواستگاری است و دیگری حکم جواز که به خواستگاری کنایه‌ای ارتباط می‌یابد و مکلف برای فرار از حرمت، از حکم دوم شارع (تعریض) استفاده می‌کند و از حکم حرمت به حکم جواز منتقل می‌شود. چنین اقدام مجازی، حيله شرعی نیست، بلکه مصداق حيله لغوی است که از محل بحث خارج است.

در توضیح بیشتر باید گفت: خداوند متعال در باره بسیاری از امور با توجه به نوع عملکرد و نیت انسان دو حکم حلیت و حرمت دارد؛ مثل انجام نماز که به قصد قربت، حلال و به قصد ربا، حرام است، یا بیع که در قالب ربا حرام و به شکل غیر ربوی، حلال است. نیز مثل بیع که در زمان اقامه نماز جمعه حرام، و در زمانی دیگر حلال است. بر اساس این، همان‌گونه که انتقال از «انجام این امور به شکل حرام» به «انجام آن‌ها در قالب فعل حلال»، موسوم به حيله شرعی نیست، مواردی چون انتقال از «انجام خواستگاری به شکل صریح» به «انجام خواستگاری به گونه کنایه‌ای» هم

۱. خواستگاری کنایه‌ای از زن در عده وفات.

حیله شرعی نیست، بلکه انجام یک عمل، به گونه حلال است. حتی اگر نام گذاری این نوع اقدام را به حیله شرعی تسامحاً بپذیریم، ارتکاب آن هیچ گونه تعارضی با مقاصد و اهداف شریعت ندارد و دلیلی بر عوض شدن احکام الهی و به سخره گرفتن آن‌ها نیست؛ زیرا اساساً شریعت اسلامی برای همین آمده است که راه‌های حلال و حرام را به مردم نشان دهد و تشویق به انجام امور به شکل حلال کند.

۴- آیه ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ...﴾ (نحل/۱۰۶): «کسانی که بعد از ایمان کافر شوند به جز آن‌ها که تحت فشار واقع شده‌اند، در حالی که قلبشان آرام و با ایمان است» که درباره عمّار بن یاسر نازل شده و اینکه تحت شکنجه مشرکان مکه مجبور به اظهار کفر شد، اما کارش مورد تأیید پیامبر ﷺ قرار گرفت (جصاص، ۱۴۰۵ق، ۱۳/۵؛ طوسی، بی تا، ۴۲۸/۶؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ۲/۶۳۶). این اقدام عمار، حیله‌ای شرعی تلقی شده است (بحیری، ۱۳۶۷، ۴۶۱).

در پاسخ به این استدلال باید گفت که آیه مربوط به جواز تقیّه است که یک حکم شرعی ثانوی مستقل و اضطراری است در واقع، دو حکم شرعی وجود دارد: حرمت دروغ در شرایط عادی و حلیت دروغ در شرایط اضطراری (مثل حفظ جان مسلمان). این نیز حیله شرعی نیست؛ زیرا چنان که گفته شد، حیله اصطلاحی، ارتکاب عمل حرام به شکل دیگر و با پوششی دیگر به قصد فرار از حرام است، اما تقیه گرچه اقدام به دروغ است ولی آن دروغ، استثنائاً به حکم شارع حرام نیست. پس تقیه، انجام فعل مباح است نه اینکه حرام به گونه دیگر و با پوشش دیگر تحقق پذیرد. اینجا نیز به دلیل آنکه مخاطب تقیه فریب می خورد، مصداق حیله لغوی به شمار می آید.

۵- آیه ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً...﴾ (آل عمران/۲۸): «افراد باایمان نباید به جای مؤمنان، کافران را دوست و سرپرست خود انتخاب کنند؛ و هر کس چنین کند، هیچ رابطه‌ای با خدا ندارد (و پیوند او به کلی از خدا گسسته می شود)؛ مگر اینکه از آن‌ها بپرهیزید (و به سبب هدف‌های مهم‌تری تقیّه کنید)». معاشرت دوستانه یک مسلمان با کفار، به صورت ظاهری و به منظور دفع آزار آنان، با وجود داشتن کینه

باطنی، مصداق حيله شرعی، آن هم از نوع مجاز تلقی شده است (بحیری، ۱۳۶۷، ۴۱۴)، در حالی که این کار، مصداق حيله لغوی یا تقیه است و ارتباطی با حيله اصطلاحی ندارد.

آیات دیگری نیز وجود دارند که بر روایی برخی از حيله‌های مباح، به آن‌ها استدلال شده که به دلیل خروج موضوعی و ورود آن‌ها در مصادیق حيله لغوی از تبیین آن‌ها خودداری می‌شود (ر.ک: بحیری، ۱۳۶۷، ۴۱۴-۴۵۶). با توجه به ارزیابی‌ای که از ادله مذکور به عمل آمد، آنچه فقهای فریقین جایز دانسته‌اند، در واقع، حيله شرعی نیست، بلکه حيله لغوی یا انتقال از یک حکم شرعی به حکم شرعی دیگر است.

دلیل دوم: سنت

از روایاتی که می‌توان به آن‌ها در جواز حيله استناد کرد، موارد ذیل است:

۱- سوید بن حنظله می‌گوید: «خارج شدیم و وائل بن حجر که قصد دیدار با پیامبر ﷺ را داشت، همراه من بود. (در بین راه) دشمنانش بر او دست یافتند و کاروانیان از این که سوگند یاد کنند (که با او نسبتی دارند) خودداری کردند. قسم به خدا خوردم که برادر من است. به همین علت دشمن دست از سر او برداشت. ماجرا را خدمت پیامبر ﷺ بازگو کردم. فرمود: راست گفتی! مسلمان با مسلمان برادر است». برخی فقیهان تأیید شدن عمل سوید از سوی پیامبر ﷺ را یکی از دلایل خود بر جواز حيله شرعی دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۹۵/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ۲/۲۱۳). اگر از ضعف سند این حدیث چشم‌پوشی شود (خویی، بی‌تا، ۱/۳۹۹) بر جواز توریه دلالت دارد که پیشتر به آن پاسخ داده شد.

۲- امام صادق علیه السلام در یک حدیث، ضمن حکم به جواز مبادله هزار درهم به ضمیمه یک دینار با دو هزار درهم از پدرش امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که فرمود: «نعم الشیء الفرار من الحرام الی الحلال» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵/۲۴۷)؛ چه خوب است از حرام به سوی حلال فرار کرد».

بر اساس این حدیث مشهور که مورد استناد برخی از فقها قرار گرفته (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۴/۵۲۹؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸/۴۳۹؛ یزدی، ۱۴۱۴، ۱/۴۳) و به عقیده

برخی از فقها در ستایش از این قبیل حيله‌های شرعی وارد شده (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۰۱/۳۲)، مبادله همجنس با همجنس به ضمیمه یک جنس دیگر با وجود کم و زیادی جایز است.

این نشان می‌دهد که خداوند در مسئله دو حکم دارد:

۱- حکم حرمت، در جایی که مبادله همجنس با همجنس با کم و زیادی تحقق پذیرد.

۲- حکم جواز و حلیت در جایی که جنس ناقص به ضمیمه جنسی دیگر با همجنس بیشتر مبادله شود.

طبق حدیث مذکور، انجام هر کدام از این دو معامله، حکم مخصوص به خود دارد، اما به نظر می‌رسد این زمانی است که از همان ابتدا قصد جدی معاوضه یک دینار و هزار درهم با دو هزار درهم در میان باشد نه اینکه با توسل به حيله شرعی و در واقع به قصد ارتکاب همان حرام (مبادله هزار درهم با دو هزار درهم) بتوان ظاهرسازی کرد و با ضمیمه کردن جنسی دیگر به جنس ناقص به شکل صوری از ارتکاب حرام فرار نمود. اگر این گونه باشد، در تعارض آشکار با دلایل بی‌شمار ناهی از رباخواری با آن همه شدت و غلظت، و منافی اهداف و مقاصد شریعت از وضع احکام خواهد بود؛ بنابراین، این حدیث هرچند از نظر عده‌ای از فقها (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ۵۸/۲) صحیح شمرده شده، یا باید به دلیل تعارض با آیات و روایات متواتر دال بر حرمت ربا کنار گذاشته شود یا اینکه به گونه‌ای که گفته شد، توجیه شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۷۴

دلیل سوم: اطلاق و عموم ادله

صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «اشکال و اختلافی نیست در اینکه از نظر شرع، توسل به حيله‌های مباح و نه حرام...، به دلیل اطلاق و عموم ادله، و در صورت عدم علم به منافات آن با غرض و خواسته شارع، جایز است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۰۳/۳۲)؛ مثلاً اگر شخصی کالایی را به صورت نسیه به دیگری بفروشد، می‌تواند قبل یا بعد از فرارسیدن زمان پرداخت ثمن، همان کالا را به صورت نقد از مشتری بخرد؛ گرچه همراه با زیادتى یا نقصان باشد؛ زیرا آن گونه که از روایات استفاده می‌شود،

معامله مذکور در واقع، دو معامله جداگانه است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۹/۱۲۶-۱۲۷) و از آنجا که هر کدام از آنها یک بیع مستقل محسوب می‌شود، عموم ادله حلیت بیع شامل آنها می‌شود و حکم به صحت‌شان می‌گردد. این زمانی است که در بیع اول، بیع دوم شرط نشده باشد و بیع اول واقعاً تحقق یابد و گرنه حکم به بطلان آن می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۹/۱۲۷-۱۲۸)؛ زیرا در این صورت به شکل دیگری ربا تحقق می‌یابد.

در نقد این دلیل می‌توان گفت: این سخن زمانی صحیح است که شخص به گونه‌ای واقعی موفق به تغییر موضوع شود و علم به منافات آن با غرض شارع هم نداشته باشد؛ و گرنه، مشمول اطلاق و عموم ادله نمی‌شود؛ مثل «قرض به شرط معامله محاباتی» که برای فرار از ربا انجام می‌گیرد، ولی در واقع، مصداق معامله ربوی است؛ زیرا در این نوع معامله، شخص وام‌دهنده که شرعاً نمی‌تواند در مقابل وام خود زیاده بگیرد، به این حيله متوسل می‌شود که به وام‌گیرنده، بدون شرط ربا مبلغی را قرض می‌دهد مشروط به اینکه کالایی را به بیشتر از ثمن‌المثل از او بخرد و یا کالایی را به بهایی کمتر از ثمن‌المثل به او بفروشد. در اینجا قرض‌گیرنده به لحاظ نیازی که به وام مذکور دارد، مجبور است شرط را بپذیرد و گرنه در شرایط عادی هرگز حاضر به انجام چنین معامله‌ای نخواهد بود؛ بنابراین، وام‌گیرنده که هدفش رسیدن به زیادی و مال ربوی است، فقط ظاهر قضیه را عوض کرده و در واقع، عمل او مصداق معامله ربوی است.

بازپژوهی حيله شرعی در
فقه امامیه و اهل سنت

دلایل حرمت حيله و ارزیابی آنها

مهم‌ترین ادله حرمت حيله شرعی به شرح ذیل است:

دلیل اول: قرآن

در این خصوص به چند دسته آیه استناد شده است:

۱- آیات مربوط به داستان حيله‌گری اصحاب سبت که بیشترین توجه مخالفان حيله، به آن معطوف است: ﴿وَسَأَلْتَهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ (اعراف/۱۶۳)؛ (و از آنها درباره (سرگذشت) شهری که در ساحل دریا بود،

پرس! زمانی که آن‌ها در روزهای شنبه، تجاوز (و نافرمانی) خدا می‌کردند؛ همان هنگام که ماهیانشان، روز شنبه (که روز تعطیل و استراحت و عبادت بود، بر سطح آب) آشکار می‌شدند، اما در غیر روز شنبه، به سراغ آن‌ها نمی‌آمدند. این چنین آن‌ها را به چیزی آزمایش کردیم که نافرمانی می‌کردند». این آیه و دیگر آیاتی که در این خصوص نازل شده (بقره/۶۵ و ۶۶؛ نساء/۴۷ و ۱۵۴؛ اعراف/۱۶۴-۱۶۶)، چنان که در روایات آمده، مربوط به جمعی از بنی اسرائیل است که از طرف خداوند، دستور یافتند که در روز شنبه ماهی صید نکنند و به علت مخالفت با آن دستور به بوزینه تبدیل شدند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۹/۲؛ قمی، ۱۳۶۷، ۱/۲۴۴-۲۴۵). این گروه از بنی اسرائیل که می‌دیدند تعداد ماهیان در روز شنبه، زیاد و در سایر ایام هفته کم است، به حيله‌ای متوسل شدند تا بدان وسیله آن‌چه خدا حرام کرده بود، برای خویش حلال کنند. آنان با ساختن راه‌هایی که به گودال‌هایی منتهی می‌شد به گونه‌ای که برای ماهی‌ها ورود به آن گودال‌ها ممکن و بیرون رفتنشان غیر ممکن باشد، ماهی‌های گرفتار شده در روز شنبه را روز یکشنبه صید می‌کردند. این نحوه عمل قوم یهود، یک نوع حيله شرعی محسوب شده (طوسی، بی‌تا، ۱۲/۵؛ ابن کثیر، ۱۴۱۹ق، ۱/۱۸۵-۱۸۶ و ۴۴۴-۴۴۵) و مجازات آنان از نظر برخی فقهای امامیه و اهل سنت دلیل بر حرمت حيله مذکور گرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۶/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۵/۳۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۲/۲۰۱؛ ابن بطنه، ۱۴۰۳ق، ۵۰ و ۵۱؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ۴/۵۶ و ۵/۲۰۴؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۳/۱۶۲-۱۶۳ و ۴/۲۳۰).

این حيله از آن جهت حرام شمرده شده که در واقع، فرار از حرام به سوی حرام بوده است نه از حرام به حلال؛ زیرا با وجود وقوع شکار در روز یکشنبه، در اثر اقدام یهود به کندن گودال‌ها و ... در روز شنبه، حقیقتاً صید ماهیان در همان روز شنبه اتفاق می‌افتاد. دقیقاً مثل آن‌جا که صیادی، تعدادی ماهی را در تور ماهیگیری گرفتار کند و سپس آن‌ها را از تور جدا نماید و در داخل آب به حال خود رها سازد و سپس روز بعد از تور برگیرد.

۲- آیات نکوهش کننده خدعه‌ورزان: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ
الْآخِرِ وَ مَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ ﴿۱۰۰﴾ يَخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا
يَشْعُرُونَ ﴿۱۰۱﴾ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴿۱۰۲﴾

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

(بقره/۸-۱۰)؛ «گروهی از مردم کسانی هستند که می‌گویند: (به خدا و روز رستاخیز ایمان آورده‌ایم در حالی که ایمان ندارند) می‌خواهند خدا و مؤمنان را فریب دهند؛ در حالی که جز خودشان را فریب نمی‌دهند؛ (اما) نمی‌فهمند در دل‌های آنان یک نوع بیماری است؛ خداوند بر بیماری آنان افزوده؛ و به سبب دروغ‌هایی که می‌گفتند، عذاب دردناکی در انتظار آنهاست».

این آیات و آیه ۱۴۲ نساء، مبین حرمت خدعه منافقانی هستند که با تظاهر به ایمان و اسلام و اختفای کفرشان، با خداوند و مؤمنان خدعه می‌ورزند. حيله هم یک نوع خدعه با خداست (ابن بطه، ۱۴۰۳ق، ۱/۴۲؛ ابن تیمیه، بی‌تا، ۳/۱۱۲؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۳/۱۶۱)؛ زیرا مخدعه عبارت است از ظاهر کردن کاری نیک و پنهان کردن خلاف آن و این همان حقیقت حيله است (ابن تیمیه، بی‌تا، ۳/۱۱۳).

در پاسخ باید گفت، این آیات، هیچ‌گونه ارتباطی با حيله شرعی ندارند، به ویژه این که نفاق مورد بحث در آیه، مربوط به اصول عقاید است، در حالی که محل نزاع، فروع دین و احکام شرعی است؛ بنابراین، قیاس خدعه و نفاق با حيله شرعی هم از حیث موضوع و هم هدف، قیاس مع الفارق است. از لحاظ موضوع که روشن است و اما از نظر هدف، غرض اصلی منافق از توسل به خدعه، رسیدن به حرام و یک امر نامشروع است، ولی هدف مسلمانانی که گاه به برخی از حيله‌های شرعی متوسل می‌شوند، فرار از ارتکاب حرام و رسیدن به آن به نحو مشروع و مجاز است.

۳- آیات ناهی از اضرار زن و مرد به یکدیگر در زمان عده طلاق؛ مانند آیه: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾ (بقره/۲۲۸)؛ «زنان مطلقه باید به مدت سه مرتبه عادت ماهانه دیدن (و پاک شدن) انتظار بکشند! [= عده نگه دارند] و اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارند، برای آنها حلال نیست که آنچه را خدا در رحم‌هایشان آفریده، کتمان کنند. و همسرانشان برای بازگرداندن آنها (و از سرگرفتن زندگی زناشویی) در این مدت (از دیگران) سزاوارترند؛ در صورتی که (براستی) خواهان اصلاح باشند».

طبق مفاد این آیه، زنان مطلقه مجاز نخواهند بود در ایام عده، فرزند یا عادت

ماهیارنه خود را پنهان کنند (طوسی، بی تا، ۲/۲۳۹-۲۴۰؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ۲/۵۷۵) بدان منظور که زودتر از عده بیرون آمده یا در رجوع شوهران خود خلل ایجاد کنند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۲/۲۳۱). نیز رجوع شوهر به زن مطلقه در عده طلاق رجعی نباید به هدف اضرار به او باشد؛ بدین گونه که او را طلاق دهد و تا نزدیکی پایان عده صبر نماید و در آن زمان به او رجوع کند. سپس مدتی او را به حال خود رها ساخته و بار دیگر طلاقش دهد و تا نزدیک انقضای عده به سراغ او نرود و در واپسین لحظات مجدداً به او رجوع کند (طبرسی، ۱۳۷۲، ۲/۵۷۵)؛ بنابراین، پنهان کاری زن نسبت به حاملگی خود و نیز رجوع شوهر به زن مطلقه در عده طلاق رجعی یک نوع حیلۀ حرام است (بحیری، ۱۳۷۶، ۷۶ و ۷۸). این نوع از آیات نیز بر حرمت حیلۀ شرعی دلالت ندارند؛ زیرا حیلۀ‌های مورد اشاره در آیه، در واقع مصادیقی برای خدعه مذموم و یا حیلۀ لغوی هستند؛ چون قاعدتاً در حیلۀ شرعی، شخص به دنبال تصحیح عمل خود و یا ایجاد گشایش و توسعه برای خویش می‌باشد؛ ولی در این حیلۀ‌ها، شخص خدعه‌گر با پنهان کردن نیت و هدف اصلی خود، به دنبال انجام عمل حرام؛ یعنی زیان رساندن به همسر خود با سوء استفاده از احکام شرعی است.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۷۸

۴- آیه ناهی از به ریشخند گرفتن آیات و احکام خدا: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا...﴾ (بقره/۲۳۱)؛ و هنگامی که زنان را طلاق دادید، و به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به طرز صحیحی آن‌ها را نگاه دارید (و آشتی کنید)، و یا به طرز پسندیده‌ای آن‌ها را رها سازید! و هیچ‌گاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن، آن‌ها را نگاه ندارید! و کسی که چنین کند، به خویش ستم کرده است. (و با این اعمال، و سوء استفاده از قوانین الهی)، آیات خدا را به استهزا نگیرید. چنین آیه‌ای که مورد استناد برخی از فقهای اهل سنت قرار گرفته (ابن تیمیه، بی تا، ۳/۳۴۳؛ ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۳/۲۹۷، ۳۲۳، ۳۲۵ و ۳۳۴)، دو جمله از آن بیشتر مورد نظر است: یکم- عبارت ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا﴾ که مطابق آن، حیلۀ‌ای که در آن از یک حکم شرعی جهت رسیدن به یک هدف حرام استفاده می‌شود، محکوم به حرمت است. برخی معتقدند عبارت مذکور بر حرمت چند حیلۀ دلالت دارد که

از آن جمله است: ا- رجوع مرد به زن به قصد طولانی کردن دوره عده او، بدین صورت که او را طلاق دهد و سپس تا نزدیکی پایان عده، او را واگذارد و سپس به وی رجوع کند. در طلاق دوم و سوم نیز این کار را انجام دهد و بدین سان، دوران عده، نه ماه به درازا کشد. ب- رجوع پیوسته مرد به زن با هدف وادار کردن او به دادن فدیة و گرفتن طلاق، در حالی که نه نشوز کرده و نه بدکاری از او سرزده است (بحیری، ۱۳۷۶، ۹۴).

دوم- عبارت «وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا» به دلیل آنکه مقصود از «آیات الله» احکام شرعی خداوند است (ابن تیمیه، بی تا، ۳/۳۴۳: قرطبی، ۱۳۶۴، ۳/۱۵۶)، بر حرمت حیلہ‌های مخالف مقاصد شارع از تشریح احکام دلالت دارد (بحیری، ۱۳۷۶، ۹۴).
 نقدی که بر استدلال به آیه قبلی وارد بود بر دلالت این آیه در قسمتی که مربوط به آزار رساندن مرد به همسر مطلقه خود در ایام عده رجعی است، نیز عیناً وارد خواهد بود؛ اما در آن بخش از آیه که به صورت مطلق، بازی گرفتن آیات خداوند مورد نهی قرار گرفته است، اگر مقصود از «آیات الله» امری غیر از احکام شرعی باشد، از محل بحث خارج است و اگر مراد، احکام شرعی باشد، در آن صورت، حرمت استفاده از احکام شرعی در غیر مقاصد و اهدافشان فهمیده می‌شود. بنابراین هر حیلہ‌ای که مقاصد احکام و غرض شارع از تشریح آنها را به بازی گیرد، قطعاً حرام می‌باشد و حرمت مستفاد از این آیه، منحصر به چنین حیلہ‌هایی است.

افزون بر این آیات، به آیات دیگری نیز در این خصوص استدلال شده (بحیری، ۱۳۷۶، ۹۷-۱۴۳) که به وضوح از موضوع بحث خارج، و در مفهوم لغوی حیلہ داخل اند. نتیجه اینکه غیر از آیه سبت که مثبت حرمت بکارگیری حیلہ شرعی‌ای است که به قصد ارتکاب حرام با ظاهر و پوسته‌ای شرعی انجام پذیرد، سایر آیات ربطی به حیلہ مصطلح شرعی ندارند.

دلیل دوم- سنت

۱- احادیث مذمت کننده یهود از به کارگیری حیلہ برای بهره بردن از پیه حرام؛ مانند این حدیث که پیامبر ﷺ فرمود: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم»

فباعوها و أكلوا أثمانها» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ۷۱/۱۰۰؛ بخاری، ۱۴۰۷ق، ۷۷۵/۲؛ نیشابوری، بی تا، ۱۲۰۸/۳)؛ خداوند یهود را لعنت کند که پیه‌ها بر آن‌ها حرام شد (ولی) آن‌ها را فروختند و پولهایشان را خوردند». علت لعن آن‌ها از سوی پیامبر ﷺ این بود که یهودیان برای فرار از ممنوعیت استفاده از پیه، حیل‌های بدین گونه اندیشیدند که ابتدا پیه‌ها را ذوب کرده، سپس اقدام به فروش روغن به دست آمده نمودند، با این تصور که چنین کاری باعث تغییر اسم پیه و برداشته شدن موضوع حرمت می‌شود و دیگر متهم به استفاده از آن نمی‌شود (رک: ابن تیمیه، بی تا، ۱۲۳/۳-۱۲۴)؛ از این رو، برخی از فقهای امامیه و اهل سنت به استناد این نوع احادیث، حیل‌هایی از این دست را حرام دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۹۵/۵-۹۶؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ۲/۲۱۴؛ ابن تیمیه، بی تا، ۵۷/۳ و ابن قیم، ۱۹۷۳م، ۱۱۲/۳ و ۱۶۰). ابن حجر عسقلانی آن را از جمله دلایل کسانی ذکر کرده که معتقدند حیل‌هایی که شخص به وسیله آن‌ها از یک راه مباح به ابطال حق یا اثبات باطلی می‌رسد، حرام‌اند (ابن حجر، بی تا، ۳۲۶/۱۲).

در اینجا اقدام قوم یهود، در واقع، ارتکاب حرام به شکلی دیگر بوده است؛ زیرا همان گونه که از اطلاق این احادیث استفاده می‌شود و چنان که برخی از فقهای امامیه نیز تصریح کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰/۱) پیه با تمامی منافعش، چه به صورت جامد و چه مایع، بر قوم یهود حرام بوده است؛ بنابراین، ذوب کردن پیه در ماهیت قضیه تفاوتی ایجاد نکرده و به وسیله آن، تخلّص از حرام رخ نداده است. پس هر

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۸۰

۱. مقتضای واژه «لعن» در این حدیث، حرمت بیع پیه‌های ذوب شده است. فقهای که در باره حدیث مذکور بحث کرده‌اند، معنایی غیر از حرمت را برای واژه «لعن» ذکر نکرده و به گونه‌ای سخن گفته‌اند که گویی دلالت آن بر حرمت مفروغ‌عنه است. برای نمونه، شیخ انصاری در مقام پاسخ از اشکالی که از ناحیه این حدیث متوجه ادعای او می‌شود (مبنی بر اینکه شحوم مثل طین فقط اکلشان حرام است نه باقی منافع آن‌ها و لذا بیع شحوم جایز است)، اشاره‌ای به دلالت احتمالی واژه «لعن» بر کراهت نمی‌کند؛ بلکه به گونه‌ای پاسخ می‌دهد که گویی واژه «لعن» هیچ مقتضایی جز حرمت ندارد (رک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰/۱). اساساً اگر مقتضای واژه «لعن» حرمت نمی‌بود، از ناحیه این حدیث اشکالی متوجه ادعای شیخ نمی‌شد. شارحان مکاسب و محشبان نیز چون شیخ، دلالتش را بر حرمت مفروغ‌عنه دانسته و بحثی از لحاظ دلالت آن بر کراهت نکرده‌اند (رک: مامقانی، ۱۳۱۶، ۱۸/۱؛ سید یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۴/۱؛ ابروایی، ۱۴۰۶، ۴/۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ۱۹/۱). سایر فقها نیز همین طرز تلقی را داشته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ۲۴۷/۱؛ خوئی، بی تا، ۴۱/۱-۴۲؛ حسینی شیرازی، بی تا، ۴۱/۱؛ حسینی منتظری، ۱۴۱۵ق، ۱۴۳/۱؛ سبحانی، ۱۴۲۴، ۳۱-۳۲). در این حدیث، گذشته از اینکه قرینه‌ای بر حکمی غیر از حرمت وجود ندارد، قرآنی بر اراده حرمت از «لعن» نیز هست که عبارتند از: عبارت «حرمت علیهم الشحوم» و عبارت: «ان الله اذا حرم علی قوم اكل شيء حرم علیهم ثمنه» که در همین حدیث نبوی، بعد از جمله‌ی حاوی «لعن یهود» آمده است: «لعن الله اليهود حرمت علیهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها و إن الله تعالی اذا حرم علی قوم اكل شيء حرم علیهم ثمنه» (نوری، ۱۴۰۸، ۷۳/۱۳).

حیله‌ای که به تغییر در ماهیت موضوع منجر نشود، سبب فرار از حرام نمی‌شود و در نتیجه حرام نیست.

۲- حدیث نبوی ﷺ «یا علی! انّ القوم سیفتنون بأموالهم... فیستحلّون الخمر بالنّیذ و السّحت بالهدیه و الرّبا بالبیع» (نهج البلاغه، ۲۲۰)؛ ای علی! به زودی مسلمانان با اموال خود آزموده می‌شوند... شراب را به نام آب انگور، رشوه را به نام هدیه و ربا را به نام بیع حلال می‌شمردند. این روایت که مورد استناد برخی فقهای امامیه قرار گرفته (مطهری، ۱۳۶۴، ۲۴۱) و نیز روایاتی مانند روایت نبوی ﷺ «لیشربنّ ناس من امتی الخمر یسمونها بغیر اسمها...» (ابن ماجه، بی تا، ۱۳۳۳/۲)؛ عده‌ای از امت من شراب را می‌نوشند و آن را به نام دیگری می‌خوانند، که از نظر تعدادی از فقهای اهل سنت بر حرمت چنین حیله‌هایی دلالت دارند (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ۵۶/۴؛ ابن تیمیه، بی تا، ۱۱۹/۳-۱۲۰، ۱۲۷ و ۱۲۹؛ ابن قیم، ۱۹۷۳، ۱۱۵-۱۱۷/۳) و همچنین حدیث نبوی ناهی از هدیه دادن به کارگزاران زکات (بخاری، ۱۴۰۷، ۲۵۵۹/۶؛ ابن تیمیه، بی تا، ۲۴۱/۳)، در نکوهش حلال شمردن محرّمات الهی با تغییر عناوین ظاهری بدون تغییر در ماهیت و حقیقت آنها وارد شده‌اند. چنانکه پیدا است، چنین حیلی اساساً مصداق خدعه یا حیله لغوی هستند و از محل نزاع خارج‌اند؛ زیرا خود شخص خدعه‌گر هم می‌داند که عملش حرام است، ولی برای فریب اذهان مسلمانان و فرار از مذمت آنان اقدام به تغییر اسم می‌کند.

۳- حدیث نبوی ﷺ «لعن الله المحللّ و المحللّ له (نسائی، ۱۴۱۱، ۳/۳۲۵ و ۳۵۴؛ بیهقی، ۱۴۱۴، ۲۰۷/۷ و ۲۰۸)؛ خداوند، محلّل (حلال‌کننده) و محلل له (حلال‌شده به نفع او) را لعنت کند». این حدیث به عقیده برخی از فقهای اهل سنت بر حرمت و بطلان نکاح تحلیلی دلالت دارد (ابن تیمیه، بی تا، ۱۰۰/۳-۱۰۱)؛ به همین سبب، آن را یکی

بازپژوهی حیله شرعی در
فقه امامیه و اهل سنت

۸۱

۱. نکاح تحلیلی مربوط به زنی است که سه بار طلاق داده شده و شوهرش حق رجوع یا ازدواج با او را ندارد و ازدواج مجدد آن‌ها مشروط به ازدواج آن زن با مرد دیگر است؛ به گونه‌ای که اگر شوهر دوم بعد از مقاربت، او را به هر دلیلی طلاق دهد، شوهر نخست می‌تواند بعد از گذشتن عده، دوباره او را به همسری برگزیند. حال اگر «محلّل» به قصد حلال کردن زن مطلقه بر شوهر اول او، با آن زن ازدواج و مقاربت کند و سپس او را طلاق دهد، به آن نکاح تحلیلی گویند. به عقیده فقهای اهل سنت، چه در متن عقد چنین اقدامی شرط شود و چه خود محلل نیت تحلیلی داشته باشد، در ماهیت این قضیه تفاوتی ایجاد نمی‌شود (ر.ک: ابن تیمیه، بی تا، ۱۰۰/۳-۱۰۱).

از دلایل حرمت حيله شرعى تلقى كرده‌اند (ابن قيم، ۱۹۷۳م، ۱۵۹/۳-۱۶۰). استناد به اين حديث زمانى صحيح است كه حكم حرمت از واژه «لعن» استفاده شود. در اين صورت، حرمت حيله‌هاى را ثابت مى‌كند كه بدون قصد جدى انجام مى‌پذيرند و با غرض شارع منافات دارند؛ زيرا نكاح تحليل از يك سو، صورتى است و از سوى ديگر، با تشریح حكم تحليل بعد از وقوع سه طلاق كه جدائى هميشگى زوجين اول باشد، تنافى دارد؛ زيرا تحقق مقاربت در ازدواج با شوهر دوم شرط شده كه اين خود نشانه‌اى بر رضایت شارع به تداوم زندگى جديد زن است (رك: على محمدى و ناصرى مقدم، ۱۳۸۳، ۱۱۰-۱۲۴).

نتيجه اينكه صرف نظر از رواياتى كه ارتباطى با حيله مصطلح شرعى ندارند، باقى احاديث، بر حرمت حيله‌هاى دلالت مى‌كنند كه به تغيير در ماهيت موضوع منجر نشوند و موجب ارتكاب حرام به شكلى ديگر گردند يا با غرض شارع در تنافى باشند.

دليل سوم: عقل

اين دليل متشكل از دو مقدمه است: الف) تأمین غرض شارع در جايى كه قطعاً معلوم باشد، به حكم عقل واجب است. ب) هر چه عقل به آن حكم كند، شرع نيز به آن حكم خواهد كرد (مطهرى، ۱۳۶۴، ۲۱۱-۲۱۲ و ۲۴۰-۲۴۱ و ۲۷۰)؛ در نتيجه، تأمین غرض شارع، واجب و نقض آن، حرام است.

اين دليل مى‌تواند تعبيرى ديگر باشد از آنچه كه صاحب جواهر در اين باره ابراز داشته است: «هر چيزى كه در بردارنده نقض غرض اصل مشروعيت يك حكم باشد، حكم به بطلانش مى‌شود؛ همان گونه كه تعداد زيادى از بزرگان به آن اشاره كرده‌اند» (نجفى، ۱۴۰۴ق، ۲۰۲/۳۲). مانند جايى كه برخى از مردم براى فرار از پرداخت زكات و خمس، كالائى كم ارزشى را به فقيرى كه راضى به چنين معامله‌اى است، مى‌فروشد. سپس بهاى آن را به جاي پولى كه از خمس يا زكات بدهكارند، حساب مى‌كنند. چنين حيله‌اى با غرض شارع منافات دارد؛ زيرا مقصود شارع از تشریح خمس و زكات، نظم بخشيدن به امور اقتصادى مردم و تأمین نياز فقرا از اين طريق بوده است (نجفى، ۱۴۰۴ق، ۲۰۲/۳۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۸۲

دلیل چهارم: لزوم تبعیت عقد از قصد

بر اساس این قاعده، هر عقد و ایقاعی که معنای آن قصد نشده باشد یا معنای دیگری غیر از مقصود اصلی شارع از وضع یا امضای آن اراده شود، باطل است. به همین سبب، برخی، به استناد قاعده مذکور، حیل‌های باب ربا را که قصد جدی در آنها وجود ندارد و مقصود اصلی دو طرف معامله، انجام بیع و غیر آن نیست بلکه دادن و گرفتن ربا است، باطل می‌دانند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۸۸/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۳۶/۱۹ و ۲۶۹-۲۷۰) و چون معامله ربوی و گرفتن ربا حرام است، طبیعتاً قصد رسیدن به این حرام، به چنین معامله‌ای سرایت کرده و آن را حرام می‌سازد.

بی‌تردید، صرف اجرای صیغه در یک عقد یا ایقاع، در تحقق مسمای آن کافی نیست و وجود اعتباری معاملات شرعی یا عقلایی مورد تأیید شارع، به قصد و اراده شخص وابسته است؛ بنابراین، اگر عقد یا ایقاعی به شکل صوری انجام گیرد، به واسطه عدم مطابقت قصد با صیغه، مسما و معنای آن واقع نمی‌شود و باطل است. حال اگر استفاده از حیل خاصه در یکی از مصادیق عقود و ایقاعات، حاکی از عدم مطابقت بین لفظ و قصد جدی باشد، راهی جز بطلان آن عقد باقی نمی‌ماند.

بازپژوهی حیل‌های شرعی در
فقه امامیه و اهل سنت

نتیجه‌گیری

۸۳

هر چند جواز و حرمت برخی از حیل‌های شرعی، مورد تصریح فقهای امامیه و اهل سنت قرار گرفته، با ارزیابی ادله اقامه شده از سوی فریقین بر جواز و حرمت حیل‌های شرعی، نتیجه دیگری به دست می‌آید و آن این است که برخی از مصادیق جایز حیل‌ها از نگاه آنان حیل‌های شرعی نیست، بلکه حیل‌های لغوی یا صرف انتقال از یک حکم شرعی به حکم دیگر و به عبارتی روشن‌تر، انتخاب حکم شرعی حلیت به جای حکم شرعی حرمت است؛ زیرا آن موارد، یا مصادیق توریه‌اند یا مصادیق تقیه‌اند (مثل قضیه عمار یاسر)، و تقیه هم مثل توریه از احکام شرعی مستقل و البته حکمی ثانوی و اضطراری است که از توریه نسبت به صدق حیل‌های شرعی، دورتر است؛ زیرا تقیه دقیقاً اقدام به دروغ‌گویی است که با عنوان اولیه‌اش حرام است، اما در مواقع اضطرار (مثل حفظ جان مسلمان) از نظر شارع مقدس، استثنائاً جایز شمرده شده است. پس تقیه

در واقع و از ابتدا، ارتکاب فعل مباح است. اینجا نیز به دلیل آنکه مخاطب تقیه، فریب می‌خورد، مصداق حيله لغوی است. برخی موارد نیز مثل تعریض، مصداق انتقال از یک حکم حرام به حکم حلال هستند و اطلاق حيله شرعی بر آنها، غلط یا تسامحی است. اگر در راستای عدم مخالفت با برخی فقهای امامیه و اهل سنت، بر این حیل لغوی، تسامحاً حيله شرعی اطلاق گردد، ارتکاب آنها هیچ‌گونه تعارضی با مقاصد و اهداف شریعت ندارد و دلیلی بر عوض شدن احکام الهی و به سخره گرفتن آنها نیست؛ زیرا اساساً شریعت اسلامی برای نشان دادن راه‌های حلال و حرام و تشویق مردم به انجام امور به شکل حلال آمده است. از طرفی دیگر، برخی از مواردی که اصطلاحاً حیل شرعی نامیده می‌شوند، به سبب وقوع در ارتکاب حرام؛ منتها به شکلی دیگر (مثل حيله اصحاب سبت و حيله يهود در ذوب کردن پیه)، یا به دلیل مخالفت با اغراض و اهداف شریعت (مانند نکاح تحلیل و آن موردی که برای فرار از پرداخت زکات و خمس کالای کم ارزشی به فقیری که راضی به چنین معامله‌ای است، فروخته و سپس بهایش به جای بدهی خمس یا زکات حساب گردد) یا به سبب اینکه باعث تغییر ماهیت موضوع حکم حرام نمی‌شوند (مثل حلال شمردن رشوه و ربا با صرف تغییر دادن اسم آنها به هدیه و بیع)، حرام‌اند. در این میان، مواردی هم مثل مبادله هزار درهم به ضمیمه یک دینار با دو هزار درهم و نیز سایر راه‌حل‌های فرار از ربا که از نگاه بسیاری از فقها حيله شرعی جایز محسوب می‌شوند، پذیرش جواز آنها با اهداف شریعت از حرمت ربا ناسازگار است؛ بنابراین، آنچه جایز است، حيله شرعی نیست و با اهداف و مقاصد شرع تضاد ندارد و آنچه حيله شرعی است، حرام است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۸۴

منابع و مآخذ

- قرآن کریم.
- نهج البلاغه تصحیح صبحی صالح، قم: انتشارات دارالهجره.
- ۱. ابن حجر هیتمی، ا. (بی تا). الفتاوی الفقهية الكبرى. بی جا: دارالفکر.
- ۲. ابن بطه، ع. (۱۴۰۳ق). ابطال الحیل (نسخه دوم). (ز. شاونیش، تدوین). المکتب الاسلامی.

۳. ابن تیمیہ، ا. ب. (بی تا). **الفتاویٰ الکبریٰ**. بیروت: دارالمعرفة.
۴. ابن حجر عسقلانی، ا. (بی تا). **فتح الباری بشرح صحیح البخاری**. (م. خطیب، تدوین) بیروت: دارالمعرفة.
۵. ابن رشد قرطبی، م. (بی تا). **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**. بیروت: دارالفکر.
۶. ابن قدامه، ع. (۱۴۰۵ق). **المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی**. بیروت: دارالفکر.
۷. ابن قدامه، ع. (بی تا). **الکافی فی فقه الامام المجل احمد بن حنبل**. بیروت: المكتب الاسلامی.
۸. ابن کثیر، ا. (۱۴۱۹ق). **تفسیر القرآن العظیم**. (م. شمس الدین، تدوین) بیروت: دارالکتب العلمیه.
۹. ابن ماجه، م. (بی تا). **سنن ابن ماجه**. (م. عبدالباقی، تدوین) بیروت: دارالفکر.
۱۰. ابن مفلح، م. (۱۴۱۸ق). **الفروع و تصحیح الفروع**. (ابوالزهراء حازم، تدوین) بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۱. ابن ندیم، م. (۱۳۹۸ق). **الفهرست**. بیروت: دارالمعرفة.
۱۲. اردبیلی، ا. (۱۴۰۳ق). **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**. (ع. اشتهاودی، آ. عراقی، & آ. یزدی اصفهانی، تدوین کنندگان) قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. اردبیلی، ا. (بی تا). **زبدة البیان فی احکام القرآن**. (م. بهبودی، تدوین) تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة.
۱۴. اصفهانی، م. (۱۴۱۶ق). **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. انصاری، م. (۱۴۱۵ق). **المکاسب**. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۶. ایروانی، ع. (۱۴۰۶ق). **حاشیة المکاسب**. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۷. بحرانی، ی. (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناظرة فی أحكام العترة الطاهرة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. بحیری، م. (۱۳۷۶). **حیلہ های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه**. (ح. صابری، تدوین) مشهد: انتشارات آستان قدس رضوی.
۱۹. بخاری، م. (۱۴۰۷ق). **الجامع الصحیح المختصر** (نسخه دوم - یمامه). (م. ریب البغا، تدوین) بیروت: دار ابن کثیر.

۲۰. بهبهانی، م. (۱۴۱۷ق). حاشیة مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی.
۲۱. _____ . (۱۴۱۹ق). الرسائل الفقهيّة. قم: مؤسسه علامه و حید بهبهانی.
۲۲. بهوتی، ا. (۱۴۰۲ق). كشف القناع عن متن الإفناع. (تدوین: مصطفی هلال) بیروت: دارالفکر.
۲۳. بیهقی، ا. (۱۴۱۴ق). سنن البيهقي الكبرى. مکه المکرّمه: مکتبه دار الباز.
۲۴. جرجانی، ع. (۱۴۰۵ق). التعريفات. (ا. آبیاری، تدوین) بیروت: دار الكتاب العربي.
۲۵. جصاص، ا. (۱۴۰۵ق). احكام القرآن. (م. قمحاوی، تدوین) بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۶. جوزی، ا. (۱۹۷۳م). اعلام الموقعين عن رب العالمين. (ط. عبدالرووف سعد، تدوین) بیروت: دارالجيل.
۲۷. حائری طباطبائی، ع. (۱۴۱۸ق). رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل. (م. بهره مند، م. قدیری، ک. انصاری، & ع. مروارید، تدوین کنندگان) قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۸. حسینی عاملی، ج. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. (م. خالصی، تدوین) قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه.
۲۹. حلّی، ج. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام (نسخه دوم). (ع. محمد علی بقال، تدوین) قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. _____ . (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۳۱. حلّی، م. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. (ح. موسوی کرمانی، ع. اشتهاردی، & ع. بروجردی، تدوین کنندگان) قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۲. خطیب بغدادی، ا. (بی تا). تاریخ بغداد. بیروت: دار الكتب العلميه.
۳۳. خوئی، س. (بی تا). مصباح الفقاهه. (م. توحیدی، تدوین) بی جا: بی نا.
۳۴. دردیر، س. (بی تا). الشرح الكبير. (م. علیش، تدوین) بیروت: دار الفکر.
۳۵. راغب اصفهانی، ح. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. (ص. داودی، تدوین) دمشق: دار العلم و الدار الشاميه.
۳۶. زمخشری، م. (۱۴۰۷ق). الكشف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الاقويل في وجوه التأويل (نسخه سوم). (م. شاهین، تدوین) بیروت: دار الكتاب العربي.
۳۷. سبحانی، ج. (۱۴۲۴ق). المواهب في تحرير أحكام المكاسب. (س. یعقوبی اصفهانی، تدوین) قم: مؤسسه امام صادق علیهم السلام.

۳۸. سبزواری، م. (۱۴۲۳ق). **کفاية الأحكام**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. سبکی، ع. (بی تا). **فتاوی السبکی**. بیروت: دار المعرفه.
۴۰. سرخسی، م. (بی تا). **المبسوط**. بیروت: دار المعرفه.
۴۱. شریف مرتضی، ع. (۱۳۸۷ق). **جمل العلم و العمل**. نجف الاشرف: مطبعة الآداب.
۴۲. _____ (۱۴۱۷ق). **المسائل الناصریات**. تهران: رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامية.
۴۳. شهید اول، م. (۱۴۱۷ق). **الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه**. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. شهید ثانی، ز. (۱۴۱۳ق). **مسالك الإفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۴۵. شهیدی تبریزی، م. (۱۳۷۵ق). **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**. تبریز: اطلاعات.
۴۶. شیرازی، ا. (بی تا). **طبقات الفقهاء**. (خلیل میس، تدوین) بیروت: دارالقلم.
۴۷. طباطبایی، س. (۱۴۱۷ق). **المیزان فی تفسیر القرآن**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۸. طبرسی، ف. (۱۳۷۲). **مجمع البیان فی تفسیر القرآن** (نسخه سوم). تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۴۹. _____ (۱۴۱۰ق). **المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف**. (م. ش. - و. ز. - د. - د. - س. رجائی، تدوین) مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۵۰. طوسی، م. (۱۳۸۷ق). **المبسوط فی فقه الإمامیه** (نسخه سوم). (م. کشفی، تدوین) تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵۱. _____ (۱۴۰۷ق). **الخلاف**. (ع. خراسانی، & و دیگران، تدوین کنندگان) قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۲. طوسی، م. (بی تا). **التبیان فی تفسیر القرآن**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۳. علم الهدی، س. (۱۴۰۴ق). **نهج البلاغه**. بی جا: انتشارات دارالهجره.
۵۴. علی محمدی، ط. ناصری مقدم، ح. (۱۳۸۶). **تحلیلی فقهی از حدیث محلل علوم حدیث**. ۱۱۰-۱۲۴.
۵۵. غزالی، م. (۱۴۱۷ق). **الوسیط فی المذهب**. (ا. ابراهیم، & م. محمد تامر، تدوین کنندگان) قاهره: دار السلام.
۵۶. فیض کاشانی، م. (بی تا). **مفاتیح الشرائع**. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

۵۷. فیومی، ا. (بی تا). المصباح المنیر فی شرح الکبیر للرافعی. قم: منشورات دارالرضی.
۵۸. قزاقی، م. (۱۹۹۴م). الذخیر۵. (م. حجی، تدوین) بیروت: دار الغرب.
۵۹. قرطبی، م. (۱۳۶۴). الجامع لأحكام القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۶۰. قمی، ا. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. (م. رضوی، تدوین) تهران: مؤسسه کیهان.
۶۱. قمی، ع. (۱۳۶۷). تفسیر القرآن الکریم (نسخه چهارم). (ط. موسوی جزائری، تدوین) قم: دارالکتاب.
۶۲. کرکی، ع. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۳. کلینی، م. (۱۴۰۷ق). الکافی (نسخه چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۶۴. مامقانی، م. (۱۳۱۷ق). غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة.
۶۵. مجلسی، م. (۱۴۱۴ق). بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام. بیروت: موسسه الوفاء.
۶۶. محمسانی، ص. (بی تا). فلسفه التشريع فی الإسلام (نسخه پنجم). بیروت: دارالعلم للملایین.
۶۷. مرداوی، ع. (بی تا). الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد بن حنبل. (م. فقی، تدوین) بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶۸. مطهری، م. (۱۳۶۴). ربا، بانک و بیمه. تهران: انتشارات صدرا.
۶۹. مغربی، م. (۱۳۹۸ق). مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل (نسخه دوم). بیروت: دارالفکر.
۷۰. منتظری، ح. (۱۴۱۵ق). دراسات فی المکاسب المحرمة. قم: نشر تفکر.
۷۱. موسوی خمینی، ر. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره.
۷۲. موسوی خمینی، ر. (۱۴۲۱ق). المکاسب المحرمة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره.
۷۳. نجفی، م. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. (ع. آخوندی، & ع. قوچانی، تدوین کنندگان) بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷۴. نسایی، ا. (۱۴۱۱ق). سنن النسائی. (ع. بنداری، & س. حسن، تدوین کنندگان) بیروت: دارالکتب العلمیة.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۸۸

۷۵. نوری، م. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۶. نوری، ی. (۱۹۹۷م). *المجموع*. بیروت: دارالفکر.
۷۷. نیشابوری، م. (بی تا). *صحیح مسلم*. (م. عبدالباقی، تدوین) بیروت: داراحیاء التراث العربیة.
۷۸. یزدی، م. (۱۴۱۴ق). *تکملة العروة الوثقی*. (م. طباطبایی، تدوین) قم: کتابفروشی داوری.
۷۹. ———. (۱۴۲۱ق). *حاشیة المکاسب* (نسخه دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

Bibliography

1. 'Alam al-Hudā, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1994/1415. *al-Intiṣār*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
2. —. 1967/1387. *Jamal al- 'Ilm wa al- 'Amal*. al-Najaf al-Ashraf: Maṭba'at al-Ādāb.
3. 'Alam al-Hudā, Muḥammad Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Raḍī). 1983/1404. *Nahj al-Balāgha*. Dār al-Hijra.
4. al- 'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
5. al- 'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1996/1417. *al-Durūs al-Shar'iyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
6. al- 'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qum: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: al-Mu'tamar al- 'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
8. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Aḍḥān*. Edited by Mujtabā al-Iraqī and Ḥusayn al-Yazdī al-Iṣfahānī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
9. al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nāḍira fī Ahkām al- 'Itrat al-Tāhira*. Edited by Muḥammad Taqī al-Īrawānī.

- Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-Bahūtī, Maṣṣūr Ibn Yūsuf. 1981/1402. *Kashshāf al-Qinā' 'an Matn al-Iqnā'*. Edited by Hilāl Muṣayliḥī and Muṣṭafā Hilāl. Rīyād: Maktabat al-Naṣr al-Ḥadītha.
 11. al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir (al-Waḥīd al-Bihbahānī). 1998/1419. *al-Rasā'il al-Fiqhīyya*. Qum: Mu'assasat al-'Allāma al-Mujaddid al-Waḥīd al-Bihbahān.
 12. —. 1996/1417. *Hāshiyat Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān*. Qum: Mu'assasat al-'Allāma al-Mujaddid al-Waḥīd al-Bihbahān.
 13. al-Biyhaqī, Aḥmad. 1993/1414. *Sunan al-Biyhaqī al-Kubrā*. Mekka: Maktabat Dār al-Bāz.
 14. al-Bukhārī, Muḥammad Ibn Ismā'īl. 1986/1407. *al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ al-Mukhtaṣar*. Edited by Muṣṭafā Rayb al-Baghā'. Beirut: Dār Ibn Kathīr.
 15. al-Dardīr, Aḥmad Ibn Muḥammad. n.d. *al-Sharḥ al-Kabīr*. Edited by Muḥammad 'Alīsh. Beirut: Dār al-Fikr.
 16. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Maḥāṭīḥ al-Sharā'i'*. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
 17. al-Ghazālī, Abū Ḥamid Muḥammad. 1996/1417. *al-Wasīṭ fī al-Maḍḥhab*. Edited by Aḥmad Maḥmūd Ibrāhīm and Muḥammad Muḥammad Tāmir. Cairo: Dār al-Salām.
 18. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 19. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qum: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
 20. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1967/1387. *Īdāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Edited by al-Sayyid Ḥusayn al-Musawī al-Kirmānī, 'Alī Panāh al-Ishtihārdī and 'Abd al-Raḥīm al-Burjirdī. Qum: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
 21. al-Ḥusaynī al-'Amilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā'id al-'Allāma*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۹۰

22. 'Alī Muḥammadī, Ṭahir, and Ḥusayn Naṣirī Muqaddam. 2007/1386. "Taḥlīlī Fiqhī az Ḥadīth-i Nabavī-yi Muḥallil." *'Ulūm-i Ḥadīth* 110-124.
23. al-Īrawānī, 'Alī. 1985/1406. *Ḥāshiyat al-Makāsib*. Tehran: Vizarat-i Farhang va Irshād-i Islāmī (Ministry of Culture and Islamic Guidance).
24. al-Iṣfahānī, Bahā' al-Dīn Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Fāzil al-Hindī). 1997/1416. *Kashf al-lithām 'an Qawa'id al-Aḥkām*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
25. al-Jaṣāṣ, Aḥmad Ibn 'Alī. 1984/1405. *Aḥkām al-Qurān*. Edited by Muḥammad Sādiq al-Qamḥawī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
26. al-Jawzī, Yūsuf Ibn 'Abd al-Raḥmān (Ibn al-Qayyim al-Jawzī). 1973. *I'lām al-Mawqī'īn 'an Rab al-'Ālamīn*. Edited by 'Ab al-Raūf Sad Ṭāhā. Beirut: Dār al-Jīl.
27. al-Jurjānī, al-Sharīf 'Alī Ibn Muḥammad. 1984/1405. *Kitāb al-Ta'rīfāt*. Edited by Ibrāhīm Abyārī. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
28. al-Khaṭīb al-Baghdādī, Aḥmad Ibn 'Alī. n.d. *Tārīkh al-Baghdād*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
29. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1986/1407. *al-Kāfī*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
30. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1993/1414. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-'Imma al-Aḥbār*. 2nd. Beirut: Mu'assasat al-Wafā'.
31. al-Māmaqānī, Muḥammad Ḥasan. 1899/1317. *Ghāyat al-Āmāl fī Sharḥ al-Kitāb al-Makāsib*. Qum: Majma' al-Ḍhakhā'ir al-Islāmīyya.
32. al-Mardāwī, 'Alī Ibn Sulaymān. n.d. *al-inṣāf fī Ma'rifat al-Rājih min al-Khilāf 'alā Maḍḥhab al-Imām Aḥmad Ibn Ḥanbal*. Edited by Muḥammad Ḥamid al-Faqī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
33. al-Miḥmaṣānī, Ṣubḥī Rajab. n.d. *Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām*. 5th. Beirut: Dār al-'Ilm li al-mAlāyīn.
34. al-Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. 1994/1415. *Dirāsāt fī al-Makāsib al-Muḥarrama*. Qum: Nashr al-Tafakkur.
35. al-Muqri' al-Fayyūmī, Aḥmad Ibn Muḥammad. n.d. *al-Miṣbāḥ al-Munī fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li al-Rāfi'ī*. Qum: Manshūrāt Dār al-Raḍī.
36. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī).

- 2000/1421. *al-Makāsib al-Muḥarrama*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
37. —. 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
38. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
39. al-Nawawī, Muḥyī al-Dīn Ibn Sharaf. 1997. *al-Majmū'*. Beirut: Dār al-Fikr.
40. al-Nisā'ī, Aḥmad Ibn Shu'ayb. 1990/1411. *al-Sunan al-Kubrā (Sunan al-Nisā'ī)*. Edited by 'Abd al-Qaffār Sulaymān al-Bindārī and Sayyid Kasrawī Ḥasan. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
41. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā'il*. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
42. al-Qarāfī, Aḥmad ibn Idrīs. 1994. *al-Dhakhīra*. Edited by Aḥmad al-Ḥajjī. Beirut: Dār al-Qharb al-Islāmī.
43. al-Qummī, 'Alī Ibn Ibrāhīm. 1947/1367. *Tafsīr al-Qurān al-Karīm*. 4th. Edited by al-Sayyid Ṭayyib al-Mūsawī al-Jazā'irī. Qum: Dār al-Kitāb.
44. al-Qummī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim (al-Mīrzā al-Qummī). 1992/1413. *Jāmi' al-Shattāt*. Edited by al-Murtaḍawī and Murtaḍā. Tehran: Mu'assasat Kiyhān.
45. al-Qurṭubī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1985/1364. *al-Jāmi' li Aḥkām al-Qurān*. Tehran: Intishārāt-i Nāṣir Khusru.
46. al-Qushayrī al-Naysābūrī, Muslim Ibn al-Hajjāj. n.d. *Ṣaḥīḥ Muslim*. Edited by Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
47. al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn Ibn Muḥammad. 1991/1412. *Mufradāt Alfāz al-Qur'ān (Almufradāt fī Gharīb al-Qurān)*. Edited by al-Dāwūdī Ṣafwān 'Adnān. Beirut; Damascus: al-Dār al-Shāmīyya; Dār al-Qalam.
48. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
49. al-Sarakhsī, Abū Bakr Muḥammad Ibn Aḥmad (Shams al-A'imma al-Sarakhsī). 1993/1414. *al-Mabsūṭ*. Beirut: dār al-Ma'rifa.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۹۲

50. al-Shahīdī al-Tabrīzī, al-Mīrzā Fattāh. 1955/1375. *Hidāyat al-Ṭālib ilā Asrār al-Makāsib*. Tabrīz: Iṭtilā'āt.
51. al-Shīrāzī, Ibrāhīm Ibn 'Alī. n.d. *Ṭabaqāt a-Fuqahā'*. Edited by Khalīl Mīs. Beirut: Dār al-Qalam.
52. al-Subkī, 'Alī Ibn 'Abd al-Kāfī. n.d. *Fatāwā al-Subkī*. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
53. al-Ṭabāṭabā'ī al-Hā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāhib al-Riyāḍ). 1997/1418. *Rīyād al-Mas'āl fī Tahqīq al-Ahkām bī al-Dalā'il*. Edited by Muḥammad Bahrimand. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
54. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 2000/1421. *Ḥāshiyāt al-Makāsib*. 2nd. Qum: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
55. —. 1993/1414. *Takmilat al-'Urwat al-Wuṭṭaqā*. Edited by al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn al-Ṭabāṭabā'ī. Qum: Maktabat al-Dāwarī.
56. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). 1996/1417. *al-Mizān fī Tafṣīr al-Qur'ān*. 5th. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
57. al-Ṭabrisī, Faḍl Ibn al-Ḥasan (Amīn al-Islām). 1989/1410. *al-Mu'talaf min al-Mukhtalaf Bayn al-'Immat al-Salaf*. Edited by al-Sayyid Mahdī al-Rajā'ī and Jam'un min al-Asātiḍha. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīyya.
58. al-Ṭabrisī, Faḍl-Ibn al-Ḥasan (Amīn al-Islām). n.d. *Majma' al-Bayān fī Tafṣīr al-Qurān*. 3rd. Tehran: Intishārāt-i Naṣir Khusru.
59. al-Tawḥīdī al-Tabrīzī, Muḥammad 'Alī. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiqāha fī al-Mu'āmalāt (Taqrīrat Baḥth al-Sayyid al-Kḥu'ī)*.
60. al-Ṭirāblusī al-Maghribī, muḥammad Ibn 'Abd al-Raḥmān. 1977/1398. *Mawāhib al-Jalīl fī Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*. 2nd. Beirut: Dār al-Fikr.
61. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *al-Khilāf*. Edited by 'Alī and others al-Khurāsāni. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
62. —. 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Edited by Muḥammad Taqī al-Kashfī. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Ḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
63. al-Ya'qūbī, Sayf Allāh. 2003/1424. *al-Mawāhib fī Tahṛīr Ahkām al-Makāsib (Taqrīrat Buḥūth al-Shaykh Ja'far al-Subḥānī)*. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.

64. al-Zamakhsharī al-Khārazmī, Maḥmūd Ibn ‘Umar (Jār Allāh). 1986/1407. *al-Kashshāf ‘an Ḥaqā’iq al-Tanzīl wa ‘Uyūn al-Aqāwīl fī Wuḥūh al-Tanzīl*. 3rd. Edited by Muḥammad ‘Abd al-Salām Shāhīn. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.
65. Buḥayrī, Muḥammad ‘Abd al-Wahhāb. 1997/1376. *Ḥīlīhāy-i Shar‘ī-yi Nā Saẓgār bā Falsafī-yi Fiqh*. Translated by Ḥusayn Ṣābirī. Mashhad: Intishārāt-i Āstān-i Quds-i Raḍavī.
66. Ibn Baṭṭa, ‘Ubayd Allāh Ibn Muḥammad. 1982/1403. *Ibtāl al-Ḥīyal*. 2nd. Edited by Zuhayr al-Shāwīsh. al-Maktab al-Islāmī.
67. Ibn Ḥajar al-‘Asqalānī, Aḥmad Ibn ‘Alī. n.d. *Fath al-Bārī bi Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Edited by Muḥib al-Dīn Khaṭīb. Beirut: Dār al-Ma‘rifā.
68. Ibn Ḥajar al-Haythamī, Aḥmad Ibn Muḥammad. n.d. *al-Fatāwā al-Fiqīyya al-Kubrā*. Dār al-Fikr.
69. Ibn Kathīr, Ismā‘īl. 1998/1419. *Tafsīr al-Qrān al-‘Azīm*. Edited by Muḥammad Ḥusayn Shams al-Dīn. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilāīyya.
70. Ibn Māja, Muḥammad Ibn Yazīd. n.d. *Sunan Ibn Māja*. Edited by Muḥammad Fu‘ād ‘Abd al-Bāqī. Beirut: Dār al-Fikr.
71. Ibn Mufliḥ, Muḥammad. 1997/1418. *al-Furū‘ wa Taṣḥīḥ al-Furū‘*. Edited by Abū Zahrā’ Ḥāzim. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
72. Ibn Nadīm, Muḥammad Ibn Ishāq. 1977/1398. *al-Fihriṣṭ*. Beirut: Dār al-Ma‘rifā.
73. Ibn Qudāma, ‘Abd Allāh Ibn Aḥmad. n.d. *al-Kāfi fī Fiqh al-Imām al-Mubajjal Aḥmad Ibn Ḥanbal al-Shaybānī*. Beirut: al-Maktab al-Islāmī.
74. —. 1984/1405. *al-Mughnī fī Fiqh al-Imām al-Mubajjal Aḥmad Ibn Ḥanbal al-Shaybānī*. Beirut: Dār al-Fikr.
75. Ibn Rushd al-Qurṭubī, Muḥammad Ibn Aḥmad. n.d. *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Beirut: Dār al-Fikr.
76. Ibn Taymīyya, Aḥmad Ibn ‘Abd al-Ḥalīm. n.d. *al-Fatāwā al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Ma‘rifā.
77. Muṭahharī, Murtaḍā. 1985/1364. *Ribā, Bānk va Bīmi*. Tehran: Intishārāt Ṣadrā.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۹۴

Rethinking and Generalization of evidence to Prohibition of Ḥudūd execution in enemy's territory in the Contemporary World¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.53847.1657

Muhammad Hassan Maldar

Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University, Mashhad- Iran; mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

Abdoreza Javan Ja'afari Boojnordi

Associate Professor of Criminal Law and Criminology Ferdowsi University of Mashhad- Iran; (Corresponding Author) ; javan-j@um.ac.ir

Receiving Date: 2019-04-08; Approval Date: 2019-09-15

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No.20
Fall 2020

95

Abstract

According to the Jurisprudential texts and subsequently dealt with by the Shiite jurists the prohibition rule of the Ḥudūd execution in enemy's territory. This rule is shaped in two parts: Absolute and Qualified Terms. In absolute terms, the Ḥudūd execution in enemy's territory is unquestionably prohibited; but, as a qualified meaning, the prohibition of the Ḥudūd execution in enemy's territory) is the subject to the fear of joining condemned to the Enemy. Concerning "the fear of joining to the enemy," some jurists consid-

1. **Javan Ja'afari Boojnordi**. A (2020); "Rethinking and Generalization of evidence to Prohibition of Ḥudūd execution in enemy's territory in the Contemporary World"; *Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli*; Vol: 6 ; No: 20 ; Page: 95-121; Doi: 10.22034/jrj.2019.53847.1657

er it as the ‘Illat (cause) of ruling, and the others consider it as the Ḥikmat (philosophy) of Ruling. There is, however, a third group who believe that the combination of ‘Illat and Ḥikmat is possible. Accepting the recent view, this study believes that since the fear of joining to the enemy capable to extend to the similar sentences, such as flogging as Ta‘zīrī or Qiṣāṣ (Retaliation) is the ‘Illat of ruling and since the absence of this fear and existence of other ramifications the Ḥad sentence and other similar Punishments should not be carried out in enemy’s territory this fear can be considered as the Ḥikmat. According to this writing, formation of international human rights organizations and the advent of technology, make joining to the enemy is much easier than Imam’s era. The consequences of application of these punishments for the Islamic society became more widespread. Also, the development of cyberspace in the age of globalization has reduced the importance of geographical boundaries and has also obscured the meaning of the enemy’s territory. Therefore, rethinking and generalization of this provision (Prohibition the Hudud execution in Enemy’s Territory) to other punishments running in Islamic countries seems essential.

key words: Prohibition of Ḥad Execution, Enemy’s Territory, Join to enemy, Ḥudūd Execution, Ḥikmat of ruling, ‘Illat of ruling.

بازخوانی و تعمیم ادله منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر^۱

محمدحسن مالدار^۲

عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی^۳

چکیده

یکی از موضوعاتی که در متون روایی به آن اشاره شده و متعاقباً فقهای امامیه بدان پرداخته‌اند، حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن است. این حکم به دو صورت مطلق و مقید وارد شده است. در حکم مطلق، اجرای حد در سرزمین دشمن به طور کلی ممنوع اعلام شده است، اما در حکم مقید، منع اجرای آن در سرزمین دشمن منوط به خوف الحاق محکوم علیه به دشمن شده است. برخی، «خوف الحاق به دشمن» را علت حکم و بعضی آن را حکمت حکم می‌دانند؛ لکن عده‌ای با برگزیدن یک رویکرد ترکیبی، جمع بین علت و حکمت در یک حکم را ممکن دانسته‌اند. این پژوهش با پذیرش دیدگاه اخیر معتقد است؛ خوف الحاق به دشمن از آن جهت که قابلیت تسری به احکام مشابه مانند شلاق تعزیری یا قصاص را دارد، علت حکم است و از آن جهت که در صورت فقدان آن و وجود تبعات دیگر، باز هم باید از اجرای مجازات حدی و نظیر آن خودداری نمود، حکمت حکم است. به اعتقاد نگارندگان، با شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی

بازخوانی و تعمیم ادله منع
اجرای حدود در سرزمین
دشمن در جهان معاصر

۹۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴ (متخذ از رساله دکتری)

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی، مشهد-ایران:

mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی، مشهد-ایران؛ (نویسنده مسئول): javan-j@um.ac.ir

حقوق بشری و ظهور تکنولوژی‌های نوین، الحاق فرد به دشمن نسبت به زمان معصوم؛ آسان‌تر و پیامدهای آن برای جامعه اسلامی گسترده‌تر است. همچنین توسعه فضای سایبر در عصر جهانی شدن، باعث کاهش اهمیت مرزهای جغرافیایی شده و نیز تمییز مفهوم سرزمین دشمن را با ابهام مواجه ساخته است؛ لذا بازخوانی و تعمیم این حکم به دیگر مجازات‌های در حال اجرا در سرزمین‌های اسلامی ضروری است.

کلید واژه‌ها: منع اجرای حد، سرزمین دشمن، الحاق به دشمن، اجرای حدود، حکمت حکم، علت حکم.

مقدمه

حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در کتاب‌های فقهی به دو طریق مطلق و مقید وارد شده است. در روایت ابی مریم، امام باقر علیه السلام نقل می‌کنند که حضرت علی علیه السلام فرموده‌اند: در سرزمین دشمن بر هیچ کس حد جاری نمی‌شود^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ۲۴/۲۸). همچنین در روایت غیاث بن ابراهیم، امام صادق علیه السلام از پدرش امام باقر علیه السلام نقل می‌کنند که حضرت علی علیه السلام فرمود: در سرزمین دشمن بر هیچ کسی حدی را جاری نمی‌نمایم تا از آنجا خارج شود، مبادا حمیت و عصبانیت (ناشی از اجرای حد) وی را به دشمن ملحق سازد^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ۲۸/۲۴-۲۵).

مروری بر مطالعات انجام شده درباره موضوع حاضر، نشان می‌دهد که معدودی از پژوهشگران در نوشتار خود آن هم به صورت مختصر به حکم مورد بحث اشاره کرده‌اند؛ برای نمونه، در مقاله‌ای با عنوان «جستاری درباره تأخیر در اجرای حد» (نوبهار، ۱۳۹۴)، سرزمین دشمن از جمله مؤلفه‌هایی برشمرده شده که اجرای حدود را موقتاً تعطیل و آن را به تأخیر می‌اندازد. در پژوهش دیگری با عنوان «چالش برون فقهی اجرای حدود در عصر غیبت» (شیدانیان و امیری، ۱۳۸۹)، نویسندگان با استناد به حکم مزبور، اجرای حدود را در هر زمان و مکانی که اقامه آن با مصلحتی بالاتر و مهم‌تر در تضاد باشد، محل اشکال

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۹۸

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قَالَ: قَالَ: أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام: لَا يُقَامُ عَلَى أَحَدٍ حَدٌّ بِأَرْضِ الْعَدُوِّ.

۲. الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ علیه السلام أَنَّهُ قَالَ: لَا أُقِيمُ عَلَى رَجُلٍ حَدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يُخْرَجَ مِنْهَا مَخَافَةً أَنْ تَحْمِلَهُ الْحِمِيَّةُ فَيُلْحَقَ بِالْعَدُوِّ.

دانسته‌اند. علاوه بر این، نویسندگان پژوهش «اجرای حدود در عصر غیبت؛ مبانی و چالش‌ها» (آهنگران و مسعودیان، ۱۳۸۸) با استناد به حکم مورد بحث، اقامه حدود را چه در زمان معصوم علیه السلام و چه غیر آن، در صورتی که اجرای آن‌ها با وهن دین مبین اسلام همراه باشد، محل درنگ می‌دانند. کنکاش در این نوشتارها مبین این مطلب است که تا کنون منحصراً پژوهشی به موضوع حاضر اختصاص نیافته است؛ لذا تمایز اصلی مقاله پیش‌رو از دیگر مطالعات انجام شده، منحصراً تمرکز بر این حکم و متعاقباً، طرح پرسش‌هایی بدیع و قرائت‌هایی نوین از برخی مفاهیم مانند «سرزمین دشمن» است که در دیگر آثار پژوهشی این حوزه دیده نمی‌شود.

در رابطه با حکم مورد بحث پرسش‌های متعددی، مطرح است. برای مثال؛ بازخوانی حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در شرایط فعلی چه ضرورتی دارد؟ به عبارت دیگر، با استناد به چه دلایلی می‌توان ادعا نمود که در جهان معاصر توجه به حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن، به ضرورتی برای حکومت‌های اسلامی تبدیل شده است؟ افزون بر این؛ تعمیم این حکم به دیگر مجازات‌ها بر چه ادله‌ای استوار است؟ به دیگر سخن، کدام دلایل مثبت ادعای عمومیت بخشی این حکم به کیفرهایی همچون قصاص یا شلاق تعزیری است؟ به علاوه؛ «خوف الحاق به دشمن» به عنوان ملاک حکم، علت حکم است یا حکمت آن؟ زیرا پذیرش هر کدام از موارد اخیر، ثمرات عملی خاص خود را در پی دارد.

پژوهش حاضر برای پاسخ به این پرسش‌ها و نظیر آن‌ها، با رویکرد اسنادی در چهار بخش به رشته تحریر درآمده است. در بخش اول، سند روایات مورد بحث و بررسی واقع شده است. در این باره باید توجه داشت که روایات مزبور در کتب فقهی از طریق سلسله روایت مختلف نقل شده است، لکن در این پژوهش برای جلوگیری از اطاله کلام دو مورد از مشهورترین آن‌ها مورد واکاوی قرار گرفته است. در بخش دوم، دیدگاه‌های فقهای امامیه نسبت به حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن تشریح شده است. در بخش سوم، نظر اندیشمندان و فقهای شیعه نسبت به علت یا حکمت بودن «خوف الحاق به دشمن» بیان و نظر مختار پژوهش تشریح شده است. در بخش چهارم نیز دلایل لزوم توجه به حکم مورد بحث در شرایط

فعلی و امکان تعمیم این حکم به دیگر مجازات‌ها یعنی «سهولت الحاق به دشمن و گسترش پیامدهای آن برای جامعه اسلامی» و «توسعه مفهومی سرزمین دشمن در عصر حاضر» به تفصیل مورد واکاوی قرار گرفته است.

۱. سندشناسی روایات

در این قسمت از پژوهش پیش‌رو بر آن است تا با تکیه بر کتب رجالی، اعتبار روایات مورد بحث را بررسی نماید.

۱-۱. روایت ابی‌مریم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا يُقَامُ عَلَيَّ أَحَدٌ حُدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ».

اولین راوی که بدون واسطه و مستقیم از معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ این روایت را شنیده، عبدالغفار بن قاسم بن قیس با کنیه ابو‌مریم است. نجاشی به‌عنوان یکی از بزرگترین عالمان رجالی، ایشان را مورد وثوق و قابل اعتماد می‌داند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۲۴۶). دومین شخص در سلسله روایت، یونس بن یعقوب است. این شخص نیز موثق توصیف شده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۴۴۶). راوی سوم حسن بن علی بن فضال است. صاحب الفهرست، وی را عظیم‌الشان، زاهد و ثقة در حدیث و روایات می‌داند (طوسی، ۱۴۱۷ق، ۹۸/۱). چهارمین نفر، پدر علی بن ابراهیم یعنی ابراهیم بن هاشم قمی است. آیت‌الله خویی ایشان را ثقة می‌داند (خویی، بی‌تا، ۲۹۱/۱). پنجمین راوی، علی بن ابراهیم است. نجاشی ایشان را ثقة در حدیث، ثابت قدم در ایمان، شخصیتی مورد اعتماد و شیعه معرفی کرده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۲۶۰). آخرین فرد نیز شیخ کلینی است. بررسی شخصیت راویان حاکی از آن است که به اعتقاد مشهور رجالیان، آن‌ها شیعه دوازده امامی بوده یا شیعه دوازده امامی از دنیا رفته‌اند؛ لذا این روایت در دسته روایات صحیح قرار می‌گیرد.^۱

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۰۰

۱. صاحب مرآة العقول روایت ابی‌مریم را موثق یا حسن دانسته است (علامه مجلسی، بی‌تا، ۲۳/۳۳۶). آیت‌الله مکارم شیرازی این روایت را صحیح می‌داند. با این حال بر این باورند که اگر هم ضعف سندی وجود داشته باشد، عمل فراوان اصحاب، اشکال سندی دو روایت مورد بحث را برطرف می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ۳۵۰/۱).

۱-۲. روایت غیاث بن ابراهیم

دومین روایت در این زمینه، روایت غیاث بن ابراهیم است: «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا أُقِيمُ عَلَى رَجُلٍ حَدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا مَخَافَةَ أَنْ تَحْمِلَهُ الْحَمِيَّةُ فَيَلْحَقَ بِالْعَدُوِّ». اولین روایت کننده از معصوم علیه السلام، غیاث بن ابراهیم است. در کلام نجاشی وی شخصی موثق معرفی شده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۳۰۵). دومین نفر، محمد بن یحیی است که نجاشی وی را شیعه، مورد اعتماد و دارای جایگاه بالا و کثیرالحدیث می‌داند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۳۵۳). نفر آخر نیز حسین بن سعید است. شیخ طوسی او را موثق خوانده است (طوسی، ۱۴۱۵ق، ۳۵۵). بررسی شخصیت راویان مؤید این سخن است که روایت مذکور در شمار روایات صحیح جای می‌گیرد؛ زیرا با استناد به کتب رجال معتبر، روات مزبور شیعه دوازده امامی بوده یا شیعه دوازده امامی از دنیا رفته‌اند.^۱

۲. رویکرد فقهای امامیه به حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن

تفحص در دیدگاه علما و فقهای امامیه، از وجود چهار دیدگاه نسبت به حکم مورد بحث حکایت دارد. عده‌ای با توجه به این حکم، اجرای حد در سرزمین دشمن را به طور مطلق حرام دانسته‌اند. از مشهورترین طرفداران این نظریه، می‌توان به صاحب الشهادت و الحدود (جوهری، ۱۴۲۸ق، ۲/۲۱۷) و فقه الصادق (روحانی، ۱۴۱۴ق، ۴۳۱/۲۵) اشاره کرد. قائلان به حرمت مطلق اجرای حد در سرزمین دشمن معتقدند واژه «نفی» («لا يُقَامُ- لا أُقِيمُ») در این روایات، ظهور در اطلاق حرمت اقامه حدود در سرزمین دشمن دارد. شماری از اصولیان بر این باورند که نفی در حرمت، بیش از ظهور صیغه نهی در حرمت است؛ چرا که نفی، جمله خبریه است و نیز ظهور جمله خبریه در وجوب و حرمت، بیش از ظهور جمله انشائیه (امر و نهی) در آن است (محقق خراسانی، بی تا، ۷۱).

۱. آیت الله منتظری روایت غیاث بن ابراهیم را موثق می‌داند (منتظری، ۱۳۸۷، ۱۰۳). آیت الله شاهرودی و آیت الله خوئی بدون ذکر درجه اعتبار احادیث مزبور، آن‌ها را معتبر می‌دانند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۵، ۶۹؛ خوئی، بی تا، ۴۱/۲۶۳).

برخی از فقها اجرای حد را در صورتی حرام می‌دانند که خوف الحاق به دشمن وجود داشته باشد؛ برای نمونه، صاحب کتاب أسس الحدود، عدم اجرای حد در سرزمین دشمن را مقید به ترس از الحاق فرد به دشمن کرده است؛ از این رو، در صورت عدم وجود خطر الحاق، اجرای حد در سرزمین آنان بلامانع است (تبریزی، ۱۳۷۶، ۱۳۶/۱). در همین راستای یکی از فقهای معاصر نیز معتقد است، مقتضا و علت عدم اجرای حد، خوف الحاق مسلمان به دشمن است و در صورت فقدان آن یا علم به عدم الحاق، اجرای حد خالی از اشکال است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، ۲۰۹/۱).

گروهی دیگر از فقها، اجرای حد در سرزمین دشمن را مکروه می‌دانند. از مشهورترین قائلان به این نظر، می‌توان به صاحب تفسیر منهاج الصادقین است. ایشان ذیل تفسیر آیه دوم^۱ سوره نور، اجرای حد در سرزمین دشمن را مکروه دانسته است (کاشانی، ۱۳۳۶، ۲۴۹/۶). فقیه دیگری نیز در تفسیر این آیه، اجرای حد در سرزمین دشمن را به دلیل جلوگیری از روی آوری غیرمسلمانان به دین اسلام مکروه اعلام کرده‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ۲/۳۴۲). به باور صاحب مجمع الفائدة و البرهان، ظاهر روایت حاکی از کراهت اجرای حدود در سرزمین دشمن است و کراهت نیز افاده تحریم نمی‌کند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۹ق، ۸۰/۱۳).

بعضی دیگر اجرای حد در سرزمین دشمن را واجب می‌دانند؛ برای نمونه؛ صاحب جواهر الکلام در باب جهاد، بنا به دلایل گوناگونی، حکم به وجوب اجرای حد در سرزمین دشمن داده‌اند. نخست، ایشان معتقد است دلیل شایسته‌ای برای مقابله با ادله وجوب اجرای حد و تأخیر در اقامه آن وجود ندارد. دوم آنکه از نظر وی سند روایات ضعیف است. دلیل سوم وی مبتنی بر فقدان شواهدی دال بر اثبات کراهت (و به طریق اولی حرمت) اجرای حد در سرزمین دشمن است (نجفی، ۱۹۸۱م، ۲۱۳/۲۱). البته ایشان در باب حدود کتاب جواهر الکلام، اجرای حد در سرزمین دشمن را جایز ندانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ۳۴۴/۴۱).

۱. آیه ۲ سوره نور: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾: «باید هر یک از زنان و مردان زناکار را به صد تازیانه مجازات و تنبیه کنید و هرگز
درباره آنان در دین خدا رأفت و ترحم روا مدارید اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، و باید عذاب آن بدکاران را جمعی
از مؤمنان مشاهده کنند».

از نظر نگارندگان، با توجه به برخی قواعد نقلی و عقلی، موضع حرمت اجرای حد در سرزمین دشمن، به‌ویژه در شرایط حاضر که رشد پدیده «جهانی شدن» منجر به کاهش اهمیت مرزهای جغرافیای شده و نیز الحاق به دشمن آسان‌تر و همچنین پیامدهای آن برای جامعه اسلامی بیشتر شده، پذیرفتنی‌تر است. افزون بر این؛ رشد پدیده «اسلام‌هراسی» در جهان کنونی نیز دیدگاه مزبور را تقویت می‌کند. نخستین قاعده در این زمینه، قاعده «نفی سبیل» است. این قاعده که شامل دو حوزه تکوین و تشریح شده و منحصر به زمینه خاصی نمی‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۷۲۱)، به معنای ممنوعیت انجام اموری است که به سلطه کافر بر مسلمان منجر می‌شود (علیدوست، ۱۳۸۳، ۲۳۳). به باور شماری، مصادیق «سبیل» متغیر است؛ بدین معنا که این مفهوم تابع شرایط زمانی و مکانی است؛ لذا چه بسا آنچه در گذشته از موارد سبیل بوده، در دوران فعلی در دایره آن جای نگیرد یا مواردی که در سابق مصداق «سبیل» نبوده، در عصر حاضر داخل در این مفهوم باشد (علیدوست، ۱۳۸۳، ۲۴۷). بر اساس این نظر، یکی از اقداماتی که می‌تواند بستر ساز سلطه کافران بر مسلمانان باشد، اجرای مجازات‌های بدنی، به‌ویژه حدود، در جهان معاصر است. در دنیای امروز، از منظر سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشری، مجازات‌های حدی در دسته کیفرهای خشن جای گرفته است؛ برای نمونه، شورای وزیران اتحادیه اروپا در ۱۰ دسامبر ۲۰۰۷ م در بیانیه پایانی جلسه ۲۸۳۸، مجازات سنگسار را ظالمانه و غیرانسانی قلمداد کرده است (بزرگمهری و عزیزی، ۱۳۹۲، ۸۷). این گونه واکنش‌های مختلف نسبت به اجرای مجازات‌های حدی که شمارشان هم کم نیست، می‌تواند بستر وضع تحریم‌های متعدد علیه حکومت‌های اسلامی را فراهم نماید. تصویب تحریم‌های مورد بحث می‌تواند ابعاد حیات فردی و اجتماعی مسلمانان را تحت تأثیر قرار دهد و عزت مسلمانان را خدشه‌دار نمایند که با روح قاعده نفی سبیل سازگاری ندارد و ممکن است با تضعیف جامعه اسلامی، در نهایت زمینه سلطه آنان در بخش‌های گوناگون را فراهم نماید.

دومین قاعده، «ضرورت حفظ نظام جامعه» است. مراد از «حفظ نظام جامعه»، رعایت اموری است که در صورت اخلال در آن، نظام زندگی مردم به خطر می‌افتد

و دچار هرج و مرج می گردد (الماسی، علیزاده و کریم پور، ۱۳۹۵، ۱۰). به طور کلی، از نظر فقها انجام هر آنچه در ابعاد مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، قضایی و...، به اختلال در نظم جامعه منجر شود، ممنوع و آن چیزی که لازمه حفظ آن باشد، واجب است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۴۶۱/۲). فشارها و تحریم‌های مورد بحث می‌تواند نظام یک جامعه را در زمینه‌های مختلف از جمله اقتصادی بر هم زند. پیامد اخیر در تقابل با مفاد قاعده مذکور است؛ لذا بنا به عقیده برخی فقها، در هر موردی که حکمی از احکام اسلامی، موجب اختلال نظام شود، آن حکم به دلیل ترتب عنوان ثانوی بی‌اثر تلقی می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۷۳، ۳۴۹) که مجازات‌های حدی نیز از این امر مستثنا نیست.

۳. خوف الحاق به دشمن؛ علت حکم یا حکمت حکم

پس از روشن شدن نظر فقهای امامیه، حال این پرسش مطرح است که «خوف الحاق به دشمن» علت حکم است یا حکمت آن؟ زیرا برگزینی هر یک، برآمد متفاوتی به همراه دارد. پیش از دستیابی به پاسخ این پرسش باید تعریفی از «علت حکم» و «حکمت حکم» ارائه شود.

«علت حکم» چیزی است که حکم دائر مدار آن است؛ یعنی هر جا علت باشد، حکم هم هست و هر جا علت نباشد، وجود حکم متفی است. در مقابل، «حکمت حکم» چیزی است که غالباً همراه حکم هست و گاهی هم از آن جدا می‌شود؛ بدین معنا که بعضی اوقات به‌رغم اینکه حکمت وجود ندارد، حکم به قوت خود باقی است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۷۸).

برخی فقها نسبت به منع اجرای حدود در سرزمین دشمن بر این باورند که خوف الحاق به دشمن، علت حکم است (خویی، بی‌تا، ۲۶۳/۴۱). ایشان معتقدند اگر خوف الحاق به دشمن «حکمت» باشد، مطلق و مقید بر هم حمل نمی‌شود، ولی اگر «علت» باشد، مطلق و مقید برهم حمل می‌شود، همچنان که مفاد معتبره ابی‌مریم آن است که «حد در سرزمین دشمن اجرا نمی‌شود» و مفاد معتبره غیاث بن ابراهیم آن است که «حد در سرزمین دشمن در صورتی که خوف پیوستن به دشمن نباشد،

اجرا می‌شود». در نتیجه، باید اطلاق معتبره ابی مریم را به قرینه معتبره غیاث بن ابراهیم قید زد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ۲۵۳-۲۵۴). یعنی اگر خوف الحاق به دشمن وجود نداشته باشد، اجرای حد مانعی ندارد. در مقابل، قائلان به حکمت بودن «خوف الحاق به دشمن» بیان داشته‌اند: «در معتبره غیاث بن ابراهیم، حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام چنین فرمود: «حد را بر کسی که در سرزمین دشمن است اجرا نمی‌کنم، از بیم آنکه مبدا عصبانیت، او را وادار سازد که به دشمن بپیوندد». ظاهر این تعلیل آن است که حضرت می‌خواهد بفرماید: از آنجا که چنین بی‌می‌وجود دارد، حد در سرزمین دشمن جاری نمی‌شود، نه اینکه حد در صورتی جاری نمی‌شود که چنین بی‌می‌وجود داشته باشد. چون ترس پیوستن حد خورده به دشمن «نوعاً» وجود دارد. در این صورت، این قید از قیودی است که در مورد غالب وارد شده است و چنین قیدی دلیل عام یا مطلق را تخصیص و تقیید نمی‌زند» (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ۱/۳۹۰). همچنین یکی از ادله‌ای که قائلین به حکمت بودن قید (خوف الحاق) ذکر می‌کنند این است که لفظ «لَا يُقَامُ» یا «لَا أُقِيمُ» در قاعده مذکور چون نکره در سیاق نفی است ظهور در عموم دارد. به این معنا که به طور کلی در سرزمین دشمن اجرای حد صورت نمی‌گیرد و تأویل خوف الحاق در انتهای روایت مذکور، بر این مهم تأکید دارد که اصولاً حتی مدتی بعد از اجرای حد، ظن ملحق شدن به دشمن وجود دارد؛ بنابراین نمی‌توان گفت اگر در سرزمین دشمن خوف الحاق نبود اجرای حد جایز است (رحمتی، ۱۴۱۵، ۲۰۹).

انتخاب هر یک از دو رویکرد اخیر، ثمرات عملی متفاوتی را به همراه دارد. طبق نظریه نخست (علت)، در صورتی که خوف الحاق وجود نداشته نباشد، اجرای حد در سرزمین دشمن جایز است. لکن اگر موضع دوم (حکمت) را برگزینیم، در صورت فقدان خوف الحاق به دشمن، باز هم می‌توان از اجرای حدود در سرزمین دشمن صرف نظر کرد؛ زیرا وجود حکم دایر مدار آن نیست. تفاوت دیگر آنکه اگر «خوف الحاق به دشمن» را علت حکم بدانیم، با استناد به صناعات اصولی چون

«العله تعمّم و تخصّص»^۱ و «قیاس منصوص العله»^۲، حکم منع اجرای حدود را می‌توان به هر حکمی که در سرزمین دشمن موجب الحاق فرد به دشمن می‌شود، سرایت داد، لکن در صورت انتخاب موضع دوم (حکمت) چنین امری امکان‌پذیر نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۸۷/۴).

با تأسی از نظر شماری از فقها، خوف الحاق به دشمن، می‌تواند هم علت حکم باشد و هم حکمت آن. جهت‌گیری اتخاذ شده در این پژوهش، در راستای نظر فقهای است که باور به امکان جمع بین علت و حکمت در حکم واحد دارند. ایشان در این باره معتقدند هیچ منعی وجود ندارد که ملاکی واحد، در حکمی واحد، از جهتی حکمت باشد و از جهتی دیگر علت آن؛ مانند اینکه فقها از یک جهت «مست‌کنندگی» را علت حرام بودن خمر می‌دانند؛ لذا با استناد به تعمیم علت به موارد مشابه، حکم حرمت را در سایر مست‌کننده‌ها نیز جاری کرده‌اند. از سوی دیگر، ملاک مزبور را حکمت حکم نیز در نظر گرفته‌اند؛ در نتیجه، حرمت مسکر را منوط به مست شدن شارب خمر نمی‌دانند (مکارم‌شیرازی، ۱۳۹۰، ۱۰۲-۱۰۳). در این مورد نیز از آنجا که خوف الحاق به دشمن قابلیت تسری به دیگر احکام مانند شلاق تعزیری را دارد، علت حکم است و از آن جهت که در صورت فقدان خوف الحاق به دشمن و به صرف وجود پیامدهای دیگر مانند عدم پذیرش مجازات‌های حدی در میان شهروندان جامعه یا الحاق سایر افراد جامعه به دشمن، حکم مورد بحث به قوت خود پا برجا و از این حیث، حکمت حکم است. البته در همین راستا می‌توان بحث اصولی سبب غیر منحصر را نیز مطرح کرد. معنای سخن پیش آن است که عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن لزوماً منحصر در خوف الحاق حد خورده به دشمن نیست، بلکه اگر اجرای حد در سرزمین دشمن پیامدهای دیگری مانند تنفیر از دین را نیز به همراه داشت، اجرای آن محل توقف است.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۰۶

۱. یعنی تعلیل مذکور در حکم، گاه وظیفه تعمیم حکم و گاه وظیفه تخصیص آن را بر عهده دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۲۰؛ محقق داماد، ۱۳۷۲، ۱۶۵/۲).

۲. قیاس منصوص العله، قیاسی است که علت و جامع در آن از سوی شارع تشریح شده است. در این صورت، فقها از آن پیروی کرده، متعاقباً در موارد مشابه آن را تعمیم می‌دهند (مظفر، بی تا، ۲۰۲/۳).

در همین زمینه، یکی از دیگر دلایل و آثار طرح رویکرد اخیر می‌تواند بهره‌وری از یک راهکار درون‌فقهی در جهت گذر حکومت‌های اسلامی از چالش‌های عدیده‌ای باشد که در جهان معاصر با آن دست و پنجه نرم می‌کنند؛ زیرا به بیان برخی از فقها، مهم‌ترین واجب یا به عبارتی، اوجب واجبات حفظ بیضه اسلام است (نائینی، ۱۴۲۴ق، ۴۰) لذا استفاده از این رهیافت می‌تواند پاسخی به اقدامات و فعالیت‌های بین‌المللی باشد که با هدف ضربه به کلیت و اصل اسلام در حال اجراست.

پرسش دیگر این است که آیا حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جایی که پس از اجرای حد عملاً امکان پیوستن فرد به دشمن وجود نداشته باشد (همانند اجرای حدود مستوجب مرگ بر محکوم علیه) نیز جاری است؟ در این باره دو نظر عمده وجود دارد. برخی با این استدلال که کلمه «حد» در این دو عبارت، نکره در سیاق نفی و مفید عموم است (کلاتنری، ۱۳۷۵، ۱۰۹)^۱، این حکم را در تمامی مجازات‌های حدی جاری می‌دانند. در مقابل، عده‌ای با این استدلال که در حد رجم و قتل، الحاق محکوم به دشمن سالبه به انتفای موضوع می‌گردد، این حکم را مختص جلد (شلاق) دانسته‌اند (گلیپایگانی، بی‌تا، ۱۴۴/۱). به نظر می‌رسد، دیدگاه اول دفاع‌پذیرتر از دیدگاه دوم است؛ زیرا اولاً اگر معصوم عَلَيْهِ السَّلَام نظر به تمامی حدود نداشت، خود برخی از آن‌ها چون رجم و صلب را مستثنا می‌نمود. در اینجا ذکر این نکته ضروری است که این حکم مشمول مجازات حدی غیربدنی مانند نفی بلد نیز می‌شود؛ چرا که تبعید یک نفر نیز می‌تواند پیامدی چون الحاق وی به دشمن را در پی داشته باشد. ثانیاً اجرای حدود سالب حیات مانند رجم لزوماً منتج به مرگ شخص نمی‌شود. در همین راستا برخی از فقها معتقدند در صورت فرار مجرم از گودال در مرحله اجرای رجم، با وجود شرایطی نمی‌توان حد را مجدداً اجرا نمود (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۴۶۶)؛ لذا شخص می‌تواند پس از اجرای حد به دشمن بپیوندد.

بازخوانی و تعمیم ادله منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر

۱۰۷

۱. البته موضع نویسنده مزبور همان‌طور که در ادامه به آن اشاره نموده‌اند، امکان اجرای حدود سالب حیات در سرزمین دشمن است و ایشان صرفاً ادله آن دسته از فقهای که اجرای تمامی حدود در سرزمین دشمن را ممنوع می‌دانند، ذکر کرده است.

ثالثاً اصول مختلفی از جمله «اصل ظهور»^۱، «اصل عموم»^۲ و «اصل اطلاق»^۳ نظر اول را تقویت می‌کند.

۴. ضرورت توجه به حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن و تعمیم آن

به سایر مجازات‌ها در جهان معاصر

پس آنکه در بخش دوم و سوم مقاله به ترتیب رویکرد فقهای امامیه نسبت به حکم مورد بحث و نیز موضع پژوهش حاضر درباره علت یا حکمت بودن «خوف الحاق به دشمن» روشن شد، بخش پایانی بر آن است تا چرایی ضرورت توجه هر چه بیشتر به حکم مزبور و نیز ادله تعمیم این حکم به دیگر کیفرهای در حال اجرا در سرزمین‌های اسلامی را مطرح نماید.

۴-۱ سهولت الحاق به دشمن و گسترش پیامدهای آن برای جامعه اسلامی

قبل از تشریح دلیل نخست، باید این مفهوم روشن شود که عنوان «دشمن» بر چه فرد یا گروهی اطلاق می‌گردد تا متعاقباً بتوان الحاق به آن را بررسی کرد. دشمن در لغت، به معنای بدخواه، عدو، متخاصم، مخالف و معاند است (معین، ۱۳۸۶، ۱/۶۸۴). در کنار صاحبان کتب لغت، علما و فقها نیز تعابیر مختلفی از این واژه ارائه داده‌اند که می‌تواند در درک فنی و تخصصی این واژه و نیز دایره شمول آن ثمربخش باشد. برخی با ارائه یک مفهوم موسع از دشمن، مطلق غیرمسلمانان و کافران سرتاسر کره خاکی اعم از عربی و غیر آن را دشمن دین معرفی کرده‌اند (رضوی، ۱۳۷۸، ۴۰۱)؛ عده‌ای، کفار و به عبارتی ساکنان دارالکفر را دشمن دین اسلام معرفی نموده‌اند

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۰۸

۱. یعنی عقلاً کلام را بر ظاهرش حمل می‌کنند تا وقتی که قرینه‌ای ثابت گردد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۲۴۱) بتوان خلاف ظاهر را با آن اثبات کرد.

۲. اصل عموم در جایی کاربرد دارد که در گستره و حیطة یک لفظ عام تردید واقع شود. بدین صورت که ندانیم شارع، آیا همه افراد یا اشیا را اراده کرده یا آنکه مقصود وی تنها دسته یا عده‌ای خاص از آنها بوده است. در این حالت، تا زمان احراز وجود مخصص با استناد به اصل عموم، احتمال تخصیص، نفی و به عموم عمل می‌شود (مشکینی، ۱۴۱۳، ۵۷-۵۸).

۳. هرگاه در لفظی مطلق و بدون قید تردید شود که آیا قصد شارع، همان معنای مطلق است یا معنای مقید آن؛ اصالت اطلاق جاری می‌شود؛ زیرا متکلم قیدی را اعلام نکرده و اگر اعلام هم کرده، به مخاطب نرسیده است؛ لذا به احتمال وجود قید اعتنایی نمی‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۰، ۱/۲۸).

(سبحانی^۱، ۱۳۸۴، ۷۸؛ کلاتنری، ۱۳۷۵، ۱۱۵). در مقابل، برخی بر این باورند که تمام کافران یا ساکنان دارالکفر دشمن تلقی نمی‌شوند، بلکه برای تحقق این عنوان، در حال جنگ بودن آن‌ها با مسلمانان لازم است (محقق داماد، ۱۳۹۳، ۱۱۵). بعضی نیز نواصب، غلات، بغا، خوارج، ستیزندگان با مذهب اهل بیت را در کنار کفار و غیر معاهدین در زمره دشمنان اسلام جای داده‌اند (عاملی، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۶۶). به نظر نگارندگان؛ ضابطه مهم برای شناسایی دشمن در حال حاضر، عدم لزوم حضور فیزیکی وی در دارالاسلام است. این نظر مورد تمکین است که دشمن بر کسی عارض می‌گردد که بالفعل با جامعه اسلامی در خصامه است (محقق داماد، ۱۳۹۳، ۱۱۳)، لکن باید به این نکته توجه نمود که دیگر طریق جنگیدن محدود به مبارزه تن به تن نیست؛ به دیگر سخن، برای دشمن خواندن یک فرد، به تجاوز فیزیکی او به قلمرو سرزمین اسلامی نیازی نیست؛ بلکه وی می‌تواند از هزاران کیلومتر دورتر، اقداماتی انجام دهد که تبعات آن به مراتب بیشتر از حضور فیزیکی چنین شخصی در دارالاسلام باشد. لذا به اعتقاد نگارندگان، با توجه به شرایط ویژه حاکم بر جهان فعلی، مفهوم سنتی دشمن و الحاق به او دستخوش تغییر شده است. بنابراین، گروه‌ها و سازمان‌هایی که در جهان فعلی بدون تجاوز به مرزهای سرزمین‌های اسلامی، با ابزاری مانند رسانه به اقداماتی چون نمایش چهره‌ای خشن از دین رحمانی اسلام و جامعه اسلامی در سطح جهان پرداخته‌اند، دشمن تلقی می‌شوند؛ لذا پیوند خوردن فرد به آن‌ها به مثابه الحاق وی به صف دشمن در جنگ‌های سنتی است. همچنین به نظر می‌رسد، اسلام و یا عدم اسلام فرد یا گروه نیز در این باره شرط نیست. به این معنا که گروه‌های به ظاهر اسلامی مانند داعش و یا سرکردگان اینان نیز که با جنایات خود، موجب افزایش اسلام‌ستیزی در جهان معاصر می‌شوند، می‌توانند در زمره دشمنان دین اسلام قرار گیرند.

خوف الحاق به دشمن از زمان معصوم علیه السلام تا به امروز، به قوت خود پابرجاست، لکن به سبب شکل‌گیری سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی حقوق بشری، زمینه برای

بازخوانی و تعمیم ادله منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر

۱۰۹

۱. ایشان از «ارض عدو» به سرزمین کفار تعبیر کرده‌اند.

پیوستن به دشمن حتی قبل از اجرای حد فراهم شده است. در راستای اثبات ادعای پیش گفته می‌توان به بند ۹ قطعنامه شماره ۱۹۹۷/۳۷ مجمع عمومی سازمان ملل متحد اشاره نمود. مقرر مزبور به دولت‌ها خاطر نشان کرده است که مجازات بدنی می‌تواند برابر با کیفرهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده یا حتی شکنجه باشد. ماده ۱۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸م، برای افراد در معرض شکنجه، حق درخواست پناهندگی از دیگر کشورها را به رسمیت شناخته است. افزون بر این، در ماده «۱» کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان مصوب ۱۹۵۱م، در معرض شکنجه قرار گرفتن، یکی از دلایل درخواست پناهندگی عنوان شده است. لذا محکوم در صورت بخشیدن رنگ و بوی سیاسی یا عقیدتی به چنین حکمی می‌تواند به اغلب کشورهای دنیا به آسانی پناهنده شود. برای نمونه، چنانچه فردی در کشور ایران برای مصرف مسکر به هشتاد ضربه تازیانه از باب حد و یا برای سبّ النبی به اعدام محکوم شود، می‌تواند با قرارداد حکم دادگاه در اختیار سازمان‌های حقوق بشری یا ارائه آن به سفارت‌خانه کشورهای مختلف مستقر در ایران یا رسانه‌ای کردن این موضوع، زمینه الحاق خود و حتی خانواده‌اش را فراهم نماید. در این باره حتی این امکان وجود دارد که شخص تعمداً با ارتکاب جرم، خود را در معرض چنین مجازات‌هایی قرار دهد تا بتواند زمینه پناهندگی خویش را مهیا کند.

افزون بر آنچه گفته شد، دایره «الحاق معنوی» به دشمن نیز گسترده‌تر از گذشته شده است. مراد از الحاق معنوی، الحاقی است که فرد به‌طور فیزیکی و جسمانی از کشور اسلامی خارج نمی‌شود، بلکه از نظر اعتقادی، فکری، اجتماعی و فرهنگی و... به دشمن پیوندد. در همین راستا یکی از فقهای شیعه خاطر نشان می‌کند که الحاق فرد به دشمن صرفاً به شکل پیوستن فیزیکی به دشمن نیست، بلکه شخص می‌تواند بدون خروج از سرزمین مسلمانان به دشمن پیوندد (مرعشی، ۱۳۸۰، ۱۹)؛ برای مثال، یک فرد با مطالعه کتب معاندین دین اسلام یا بازدید از تارنماهایی که مشغول فعالیت‌های اسلام‌هراسانه هستند و نیز مشاهده تصاویر و فیلم‌های ضد دینی به دشمن پیوندد. به نظر می‌رسد پیامدهای چنین الحاقی برای جامعه اسلامی به مراتب از الحاق فیزیکی بیشتر است؛ چراکه شخص در این حالت، از کشور خارج نمی‌شود،

بلکه در بین مسلمانان به پخش موارد اخیر و نفرت پراکنی علیه دین اسلام می‌پردازد. باید توجه داشت که در زمان معصوم علیه السلام نیز امکان چنین الحاقی وجود داشت، لکن در عصر حاضر به دلیل ظهور تکنولوژی‌های نوین و وسایل ارتباط جمعی، دایره آن وسیع‌تر شده است؛ برای مثال، فردی می‌تواند در زمان فعلی بدون خروج از کشور و با اتخاذ نامی مستعار، از طریق فضای مجازی، به اقدامات اسلام‌هراسانه پرداخته و مقالات و کتب مختلفی با محتوای نقد مغرضانه احکام اسلامی به رشته تحریر درآورد و در دسترس عموم مردم قرار دهد.

همچنین پیامد الحاق فرد به دشمن برای جامعه اسلامی، بیشتر از گذشته شده است؛ زیرا در قدیم فرد در صورت الحاق به دشمن صرفاً می‌توانست در جبهه دشمن شمشیر بزند یا دیدگاه انسان‌های معدودی را نسبت به دین اسلام تحت تأثیر قرار دهد، لکن در زمان فعلی یک مصاحبه یا شرکت در یک گردهمایی بدون نیاز به حضور فیزیکی شخص در بین دشمنان، می‌تواند افکار هزاران نفر اعم از مسلمان و غیرمسلمان را در زمان واحد تحت تأثیر قرار دهد و آن‌ها را نسبت به اسلام دلسرد نماید. دیگر آنکه در عصر حاضر، تبعات الحاق برای ملحق‌شونده کمتر از زمان معصوم علیه السلام است؛ چراکه در گذشته این احتمال وجود داشت که فرد در یکی از جنگ‌های بین مسلمانان و مشرکان کشته شود، ولی در حال حاضر این احتمال تقلیل یافته است. زیرا در عصر حاضر، برای مبارزه با دین اسلام منحصرأ نیازی به شرکت در جنگ‌های تن به تن و شمشیر زدن علیه آن نیست.

در انتهای این قسمت، الحاق شخص نظامی به دشمن نیز قابل توجه است. مراد از این گونه الحاق، پیوستن شخص نظامی به جبهه دشمن است؛ برای مثال، اگر شخص نظامی به مجازات قطع دست راست و پای چپ به دلیل ارتکاب جرم محاربه محکوم شود، ممکن است به دشمن ملحق شود. این پیوستن می‌تواند پیامدهای جبران‌ناپذیری چون شکست جبهه اسلام در مقابل جبهه دشمن را داشته باشد. بر اساس این، پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله، قطع دست در میدان جنگ را ممنوع اعلام کردند (ابن‌قیم جوزیه، ۱۴۱۱ق، ۱۳/۳). البته الحاق چنین شخصی از منظر معنوی نیز ممکن است؛ بدین شکل که فرد مزبور بدون الحاق جسمانی به دشمن، به جاسوسی برای

بازخوانی و تعمیم ادله منع
اجرای حدود در سرزمین
دشمن در جهان معاصر

آن‌ها پرداخته، اطلاعات فوق سَری یا محرمانه‌ای در اختیارشان قرار دهد.

۴-۲ توسعه مفهومی سرزمین دشمن در عصر حاضر

یکی از مسائل برجسته در عصر جهانی شدن، توسعه و پیشرفت فضای سایبر است. دسترسی آسان، سرعت بالای انتقال و بازدهی بسیار زیاد در زمانی اندک، موجب استقبال میلیون‌ها انسان از این فضا شده است. همچنین این عرصه باعث شده که هر انسان به مثابه یک رسانه، هر آنچه می‌خواهد، بدون محدودیت در محیطی بی‌حد و مرز منتشر نماید. برای نمونه، صحنه اجرای مجازاتی چون شلاق در ملأ عام که توسط یک فرد تصویربرداری شده به سرعت به بیرون از قلمرو حاکمیتی محل اجرای حکم منعکس می‌شود. لذا اقداماتی از این دست، صرفاً انعکاس ملی ندارد، بلکه شکلی بین‌المللی به خود می‌گیرد. بدین سبب حکمرانان نمی‌توانند به مانند قرون گذشته دروازه‌های کشور را بر روی دیگران ببندند و آن را از کانون توجهات دور نگه دارند تا از چشم دیگران پنهان بماند و به تأثیر نگرش دیگران فارغ از دین، رنگ و نژاد به مسائل ناهمگون بی‌اعتنا باشند. به دیگر سخن، این فضا موجب فروپاشی معنوی مرزهای سرزمینی شده و محیط اجتماعی جدیدی خلق کرده است که دیگر نمی‌توان آن را فضای مجازی نامید. فضایی است واقعی، بدون مرز و محدودیت با همه آثار و تبعاتی که از یک فضای واقعی می‌توان انتظار داشت. فروپاشی معنوی مرزها یعنی حرکت دنیا به سمتی که در آن، روز به روز تأثیر حدود و ثغور سرزمینی در پنهان کردن مسائلی چون اجرای مجازات کم‌رنگ می‌شود.

جهان حاضر با تمام گستردگی‌هایش چنان از منظر معنوی کوچک شده که می‌توان آن را به یک دهکده تشبیه کرد. در چنین فضایی اتفاقات نه تنها از دید اطرافیان دور نمی‌ماند، بلکه آنان نسبت به آن واکنش نشان می‌دهند. این واکنش‌ها می‌تواند بر نگاه و بینش دیگر همسایگان و رفتار آن‌ها نسبت به شما اثرگذار باشد. در عصر حاضر با تراکم زمان و مکان ناشی از فضای سایبر، وسعت سرزمین دشمن از نظر مفهومی نسبت به عصر معصوم ع گسترش چشمگیری یافته است؛ به طوری که دشمن به گونه‌های مختلف و متعدد، از اجرای حدود و لو در سرزمین‌های

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۱۲

اسلامی مطلع می‌گردد، تصاویر آن‌ها را مشاهده می‌کند و نسبت به آن واکنش نشان می‌دهد. همان‌طور که می‌توان به غیر از خوف الحاق مجرم به دشمن، یکی دیگر از دلایل بنای چنین حکمی را از جانب امام علیه السلام، جلوگیری از مشاهده اجرای حد توسط دشمن نیز دانست. موضوعی که در جهان معاصر به سهولت قابل تحقق است. به عبارت دیگر، در زمان فعلی گویا اجرای حد در سرزمین‌های اسلامی به مثابه اجرای حد در سرزمین دشمن است؛ چرا که آن‌ها می‌توانند به آسانی در هر نقطه از کره خاکی هر چند به طور غیرمستقیم نظاره‌گر اجرای واکنش‌های کیفری در کشورهای اسلامی باشند و نسبت به آن عکس‌العمل‌های مختلف نشان دهند و از آن‌ها در جهت نیل به اهداف شوم خود استفاده کنند.

نتیجه‌گیری

یکی از احکام فقهی مستخرج از روایات صحیح، حکم منع اجرای حدود در سرزمین دشمن است. این جستار با در نظر گرفتن شرایط فعلی حاکم بر جهان معتقد است، بازخوانی حکم مورد بحث و نیز تعمیم آن به سایر مجازات‌ها به ضرورتی برای سیاست‌گذاران نظام عدالت کیفری کشورهای اسلامی تبدیل شده است. نویسندگان در جهت اثبات ادعای خود، دلایلی را ارائه کردند. نخستین دلیل سهولت الحاق فرد به دشمن و نیز گسترش پیامدهای آن برای جامعه اسلامی است. در عصر حاضر بر خلاف گذشته، با شکل‌گیری سازمان‌های حقوق بشری، امکان الحاق فیزیکی فرد به دشمن (پناهندگی)، حتی قبل از اجرای مجازات فراهم است. همچنین به دلیل ظهور و توسعه تکنولوژی، الحاق معنوی فرد به دشمن بدون نیاز به خروج وی از سرزمین‌های اسلامی به آسانی صورت می‌پذیرد. گذشته از این، در عصر حاضر پیامدهای الحاق فرد به دشمن برای جامعه اسلامی بیشتر از زمان معصوم علیه السلام و برای ملحق شده کمتر از آن دوران است؛ زیرا در دوران معاصر شخص با شرکت در یک ویدیو کنفرانس، بدون آنکه آسیب جسمانی متوجه وی باشد، می‌تواند علیه دین اسلام به مبارزه پردازد و در زمانی اندک، هزاران نفر مخاطب را تحت تأثیر قرار دهد. دومین دلیل، گسترش مفهومی سرزمین دشمن در عصر حاضر است. در جهان

معاصر بر خلاف زمان معصوم علیه السلام تفکیک «سرزمین دشمن» از «سرزمین غیر دشمن» به شفافیت امکان پذیر نیست، عامل این اتفاق، ظهور پدیده جهانی شدن و رشد فضای سایبر ناشی از آن است که منجر به تقلیل اهمیت مرزهای سرزمینی شده است؛ به دیگر سخن، در جهان کنونی اطلاق سرزمین دشمن به مکانی محدود یا تصور حضور دشمنان اسلام صرفاً در موقعیت جغرافیایی خاص دشوار است؛ زیرا گویی همه مردم دنیا فارغ از نژاد، دین و ملیت در دهکده ای کوچک زندگی می کنند. فضای سایبر در نتیجه فشردگی زمانی و مکانی ناشی از آن، منجر به کم رنگ شدن تأثیر مرزهای سرزمینی در پنهان کردن رویدادهای گوناگون از جمله اجرای مجازات های بدنی از دیگر کنش گران عرصه بین الملل شده است. در عصر حاضر، یک رویداد یا خبر، بدون توجه به موقعیت جغرافیایی وقوع آن، در حداقل زمان ممکن به سادگی در تمامی نقاط جهان منتشر می شود؛ لذا اگر یکی از مهم ترین اهداف امام از پایه گذاری این حکم، عدم نظاره اجرای کیفر توسط دشمنان بوده است؛ تحقق این پیامد در حال حاضر ولو آنکه اجرای مجازات در سرزمین اسلامی صورت پذیرد، به سهولت امکان پذیر است.

به باور نگارندگان، نتیجه بازخوانی این حکم نباید صرفاً محدود به عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن شود، بلکه باید این حکم، به تمامی مجازات ها اعم از بدنی و غیر بدنی مانند قطع دست و پا و نفی بلد که اجرای آن ها با خوف الحاق به دشمن و در صورت فقدان آن با تبعات دیگری همراه است، تعمیم یابد، گرچه آن مجازات در سرزمین های اسلامی اجرا شود. به تعبیر دیگر، استناد به این حکم نه صرفاً در سرزمین دشمن و نیز نسبت به مجازات های حدی، بلکه نسبت به تمامی مجازات هایی که اقامه آن ها ولو در سرزمین های اسلامی با خوف الحاق به دشمن یا در صورت فقدان آن با پیامدهایی همچون انزوای دین اسلام در جهان معاصر همراه است، امکان پذیر می باشد؛ موضعی که ادله نقلی و عقلی و نیز قواعد فقهی نفی سبیل، ضرورت حفظ نظام جامعه و در آخر امکان جمع بین علت و حکمت در یک حکم واحد آن را تقویت می کند. نتیجه رهیافت اخیر، عبور حکومت های اسلامی از چالش های متعدد جهان معاصر مانند فشارها و تحریم های بین المللی است؛ زیرا

بهره‌وری از این رویکرد، به خنثی‌سازی فعالیت‌ها و اقدامات بین‌المللی اسلام‌هراسانه و نیز گذر دین مبین اسلام از تنگناها و ناملایمتی‌های دوران معاصر منجر می‌شود.

منابع

• قرآن کریم.

۱. آهنگران، محمدرسول و مسعودیان، مصطفی. ۱۳۸۸. «اجرای حدود در عصر غیبت؛ مبانی و چالش‌ها»، مجله حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، سال ششم / بهار و تابستان / شماره ۱۴، صص ۱۶۶-۱۴۹.
۲. ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی‌بکر. ۱۴۱۱ق. اعلام الموقعین عن رب العالمین، جلد ۳، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳. الماسی، نجاد علی و علیزاده، عبدالرضا و کریم‌پور، صالح. ۱۳۹۵. «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، پژوهش‌های فقهی، دوره دوازدهم / بهار / شماره ۱، صص ۱-۳۶.
۴. بزرگمهری، مجید و عزیزی، علی. ۱۳۹۲. «چالش حقوق بشر در روابط اتحادیه اروپایی با جمهوری اسلامی ایران از نگاه اسناد اتحادیه اروپا»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره سوم / بهار / شماره ۷، صص ۸۰-۶۶.
۵. تبریزی، میرزا جواد. (۱۳۷۶). اسس الحدود و التعزیرات، جلد ۱، چاپ دوم، قم: (بی‌نا).
۶. جواهری، محمد. (۱۴۲۸ق). الشهادات و الحدود، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه الخوئی الاسلامیه.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۷). قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)، چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۱ق). وسائل الشیعه، جلد ۲۸، قم: (بی‌نا).
۹. خوبی، سید ابوالقاسم. (بی‌تا). مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۱، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی رحمته‌الله‌علیه.
۱۰. ———. (بی‌تا). معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة، جلد ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی رحمته‌الله‌علیه.
۱۱. رحمتی، محمد. (۱۴۱۵ق). کتاب الحدود و التعزیرات، (بی‌جا): دفتر آیت‌الله محمد رحمتی.
۱۲. رضوی، سید عباس. ۱۳۷۸. «فروش ابزار جنگی به دشمنان دین»، مجله کاوشی نو در

- فقه، دوره ششم / پاییز / شماره ۲۲-۲۱، صص ۴۱۴-۳۸۹.
۱۳. روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۴ق). **فقه الصادق علیه السلام**، جلد ۲۵، قم: موسسه دارالکتاب.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۰ق). **الموجز فی اصول الفقه**، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر. ۱۳۸۴. «نقش زمان و مکان در استنباط»، مجله **فقه اهل بیت**، پاییز / شماره ۴۳، صص ۱۲۷-۵۳.
۱۶. شیدائیان، مهدی و امیری، علی. ۱۳۸۹. «چالش برون فقهی اجرای حدود در عصر غیبت»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، زمستان / شماره ۲۷، صص ۱۳۷-۱۰۷.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن بن علی. (۱۴۱۵ق). **رجال الطوسی**، قم: موسسه نشر اسلامی.
۱۸. ———. (۱۴۱۷ق). **الفهرست**، جلد ۱، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی.
۱۹. عاملی، شمس الدین محمد (شهید اول). (۱۴۱۲ق). **الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه**، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی.
۲۰. علیدوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۳. «قاعدہ نفی سیل»، مجله **مقالات و بررسیها**، دوره ۳۷ / پاییز و زمستان / شماره ۷۶ (۳)، صص ۲۵۳-۲۳۱.
۲۱. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۷۳). **فقه سیاسی**، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۶). **تفصیل الشریعه- حدود**، چاپ اول، قم: مرکز فقه ائمه الاطهار علیه السلام.
۲۳. فاضل مقداد، جمال الدین. (۱۴۱۹ق). **کنز العرفان فی فقه القرآن**، (بی جا): مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۲۴. کاشانی، ملا فتح الله. (۱۳۳۶). **تفسیر منهج الصادقین فی الزام المخالفین**، جلد ۶، تهران: کتابفروشی محمد حسن علمی.
۲۵. کلانتری، علی اکبر. ۱۳۷۵. «دارالاسلام و دارالکفر و آثار ویژه آن دو»، مجله **کاوشی نو در فقه**، زمستان / شماره ۱۰، صص ۱۱۷-۳۲.
۲۶. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲ق). **الدر المنضود فی الاحکام الحدود**، جلد ۱، مقرر علی کریمی جهرمی، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۲۷. ———. (بی تا). **تقریرات الحدود و التعزیرات**، جلد ۱، قم: (بی نا).
۲۸. مجلسی، محمد باقر. (بی تا). **مرآة العقول فی شرح اخبار آل رسول علیه السلام**، جلد ۲۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. محقق خراسانی، محمد کاظم. (بی تا). **کفایة الاصول**، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۱۶

۳۰. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۲). مباحثی از اصول فقه، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. _____ (۱۳۹۳). حقوق بین الملل رهیافتی اسلامی، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. محقق مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۹ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۳، نجف: (بی نا).
۳۳. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن. (۱۳۸۰). فقه کیفری، تقریرات دوره دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
۳۴. مشکینی، علی. (۱۴۱۳ق). اصلاحات الاصول و معظم أبحاثها، چاپ پنجم، قم: دفتر نشر الهادی علیه السلام.
۳۵. مظفر، محمدرضا. (بی تا). اصول فقه، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۶. معین، محمد. (۱۳۸۶). فرهنگ فارسی، جلد ۱، گردآورنده عزیزالله علیزاده، چاپ چهارم، تهران: انتشارات ادنا.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). بررسی طرق فرار از ربا، جلد ۱، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۸. _____ (۱۳۹۰). قاعده لاضرر، ترجمه و تحقیق سید محمد جواد بنی سعید لنگرودی، چاپ اول، قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۹. _____ (۱۳۷۷). انوار الفقاهه (کتاب الحدود و التعزیرات)، جلد ۱، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۰. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۷). مجازات های اسلامی و حقوق بشر، قم: ارغوان دانش.
۴۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۰ق). تحریر الوسیله، جلد ۲، چاپ دوم، نجف اشرف: چاپ آداب.
۴۲. _____ (۱۴۱۵ق). انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة، جلد ۱، تهران: مؤسسه چاپ و تنظیم آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۴۳. _____ (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، جلد ۲ و ۴، چاپ اول، تهران: مؤسسه چاپ و تنظیم آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۴۴. نائینی، محمدحسین. (۱۴۲۴ق). تنبیه الأمة و تنزیه الملة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۵. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۶. نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۱ و ۴۱.

چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۴۷. نوبهار، رحیم. (۱۳۹۴). «جستاری درباره تأخیر در اجرای حد»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال چهل و هشتم / پاییز و زمستان / شماره ۲، صص ۳۵۸-۳۳۷.

۴۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۵). «کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها»، *مجله فقه اهل بیت*، پاییز / شماره ۷، صص ۷۶-۴۳.

Bibliography

- *The Holy Quran*.
- 1. Āhangarān, Muḥammad Rasūl, and Muṣṭafā Mas'ūdīyān. 2009/1388. "Ijrāt-i Ḥudūd dar 'Aṣr-i Ghiybat; Mabānī va Chālīshhā." *Huqūq-i khuṣūṣī* (Dānishgāh-i Tehran (Tehran University)) 6th (14): 149-166.
- 2. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1991/1412. *al-Durūs al-Shar'īyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
- 3. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1998/1419. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥḥān*. Vol. 13. Najaf.
- 4. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 2007/1425. *Tafṣīl al-Sharī'a*. Qum: Markaz Fiqh al-A'immat al-Athār.
- 5. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1980/1401. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Vol. 28. Qum.
- 6. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 1993/1414. *Fiqh al-Ṣādiq*. Vol. 25. Qum: Mu'assasat Dār al-Kitāb.
- 7. 'Alīdūst, Abū al-Qāsim. 2004/1383. "Qā'idi-yi Nafy-i Sabīl." *Maqālāt va Barrasīhā* 37 (76): 231-253.
- 8. al-Jawāhirī, Muḥammad. 2007/1428. *al-Shahādāt wa al-Ḥudūd*. Vol. 2. Qum: Mu'assasat al-Khu'ī al-Islāmīyya.
- 9. al-Jawzī, Yūsuf Ibn 'Abd al-Raḥmān (Ibn al-Qayyim al-Jawzī). 1990/1411. *I'lām al-Mawqī'īn 'an Rab al-'Ālamīn*. Edited by 'Ab al-Rā'uf Sad Ṭāhā. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
- 10. al-Karīmī al-Jahrumī, 'Alī. 1991/1412. *al-Dur al-Manḍūd fī Ahkām al-Ḥudūd*

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۱۸

(*Taqrīrāt Baḥth al-Sayyid Muḥammad Riḍā al-Mūsawī al-Gulpāygānī*). Vol. 1. Qum: Dār al-Qurān al-Karīm.

11. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). n.d. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
12. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). n.d. *Mirāt al-'Uqūl fī Sharḥ Akhbār Āl al-Rasūl*. Vol. 23. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
13. Almāsī, Nijād'Alī, 'Abd al-Riḍā 'Alī Zādih, and Ṣāliḥ Karīmpūr. 2016/1395. "Nazm-i 'Umūmī dar Rūykard-i Huqūqī, Fiqhī va Jāmi'i Shinākhtī." *Pahzhūhishhāy-i Fiqhī* 12 (1): 1-36.
14. al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā 'Alī. 1992/1413. *Mu'jam Iṣṭilāḥat al-Uṣūl wa Mu'zam Abḥāthuhā*. 5th. Qum: al-Hādī.
15. al-Muqaddas al-Najafī, Muḥammad Hādī. n.d. *Taqrīrāt al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt (Taqrīrāt Baḥth al-Sayyid Muḥammad Riḍā al-Mūsawī al-Gulpāygānī)*. Vol. 1. Qum.
16. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Vol. 41. Qum: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
17. —. n.d. *Mu'jam Rijāl al-Ḥadīth wa Tafṣīl Ṭabaqāt al-Ruwāt*. Vol. 1. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
18. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Anwār al-Hidāya fī l-Ta'līqa 'alā al-Kifāya*. Vol. 1. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
19. —. 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Vols. 2,4. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
20. —. 1970/1390. *Tahrīr al-Wasīla*. Vol. 2. Najaf: Ādāb.
21. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. n.d. *Uṣūl al-Fiqh*. Vol. 3. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
22. al-Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn (al-Mīrzā al-Nā'īnī). 2003/1424. *Tanbīh al-Umma wa Tanzīh al-Milla*. Qum: Maktab al-I'lām al-Islāmī.
23. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1981. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. 7th. Vols. 21,41. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
24. al-Najāshī, Aḥmad Ibn 'Alī. 1986/1407. *Rijāl al-Najāshī*. Edited by al-Sayyid

- Mūsā al-Shubayrī al-Zanjānī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
25. al-Subhānī al-Tabrizī, Ja'far. 1999/1420. *al-Mūjaz fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
 26. al-Sūrī al-Hillī, Miqdād Ibn 'Abd Allāh (Fādil Miqdād). 1998/1419. *Kanz al-'Irfān fī Fiqh al-Qurān*. al-Majma' al-'Ālamī li al-Taqrīb bayn al-Maḍhāhib al-Islāmīyya.
 27. al-Tabrizī, Jawād. 1997/1376. *Usus al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. 2nd. Qum.
 28. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). n.d. *al-Fihriṣṭ*. Vol. 1. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 29. —. 1994/1415. *Rijāl al-Shaykh al-Ṭūsī*. Edited by Jawād al-Qayyūmī al-Iṣfahānī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 30. 'Amīd Zanjānī, 'Abbas'Alī. 1994/1373. *Fiqh-i Sīyāsī*. Tehran: Intishārāt-i Amīr Kabīr.
 31. Buzurgmīhrī, Majīd, and 'Alī 'Azīzī. 2013/1392. "Chālīsh-i Ḥuqūq-i Bashār dar Ravābiṭ-i Ittihādīyyi-yi Urūpāyi bā Jumhūrī-yi Islāmī-yi Irān az Nigāh-i Asnād-i Ittihādīyyi-yi Urūpā." *Faṣl Nāmi-yi Pazhūhishhāy-i Ravābiṭ-i Biynulmilal* 3 (7): 66-80.
 32. Ḥājī Dihābādī, Aḥmad. 2008/1387. *Qavā'id-i Fiqh-i Jazā'ī (Ḥudūd va Ta'zīrāt, Qiṣāṣ va Diyāt)*. Qum: Pazhūhishgāh-i Ḥuwzi va Dānisgāh (Research Institute of Hawzah and University).
 33. Ḥashimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. 1996/1375. "Kāvushī Darbāri-yi Ikhtiyār-i Valī-yi Amr dar 'Afv-i kiyfarhā." *Fiqh-i Ahl al-Bayt* (7): 43-76.
 34. Kalāntarī, 'Alī Akbar. n.d. "Dār al-Islām va Dār al-Kufr va Āthār-i Vīzhi-yi ān Du." *Kāvushī Nuw dar Fiqh* (10): 32-117.
 35. Kāshānī, Mullā Faṭḥ Allāh. 1957/1336. *Tafsī-ri Manhāj al-Ṣādiqīn fī Ilzām al-Mukhālīfīn*. Vol. 6. Tehran: Kitāb Furūshī-yi Muḥammad Ḥasan 'ilmī.
 36. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1385. *Barrisī-yi Ṭuruq-i Farār az Ribā*. Vol. 1. Qum: Madrasi-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.
 37. —. 2011/1390. *Qā'idī-yi Lā Ḍharar*. Translated by Sayyid Muḥammad Jawād Banīsa'id Langrūdī. Qum: Madrasi-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۲۰

38. Mar'ashī Shūshtarī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. 2001/1380. *Fiqh-i Kiyfarī*. Tehran: Danishgāh-i Tarbiyat Mudarris.
39. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 2014/1393. *Ḥuqūq-i Biyn al-Milal Rahyāftī Islāmī*. 2nd. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
40. —. 1993/1372. *Mabāḥithī az Uṣūl-i Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
41. Mu'īn, Muḥammad. 2007/1386. *Farhang-i Fārsī-yi Mu'īn*. 4th. Edited by 'Azīz Allāh 'Alīzādī. Tehran: Intishārāt-i Adnā.
42. Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. 2008/1387. *Mujāzathā-yi Islāmī va Ḥuqūq-i Bashar*. Qum: Arghavān-i Dānish.
43. Nuwbahār, Raḥīm. 2015/1394. "Justārī Darbāri-yi Tākḥīr dar Ijrāy-i Ḥad." *Fiqh va Mabānī-yi Ḥuqūq-i Islāmī* 48 (2): 337-358.
44. Raḍavī, Sayyid 'Abbās. 1999/1378. "Furūsh-i Abzār-i Jangī bi Dushmanān-i Dīn." *Kāvushī Nuw dar Fiqh* 6 (21-22): 389-414.
45. Raḥmatī, Muḥammad. 1994/1415. *Kitāb al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Daftar-i Āyat Allāh Muḥammad Raḥmatī (The office of the Author).
46. Shiydā'īyān, Mahdī, and 'Alī Amīrī. 2010/1389. "Chālīsh-i Burū Fiqhī-yi Ijrā-yi Ḥudūd dar 'Aṣr-i Ghiybat." *Faṣl Nāmi-yi Ḥuqūq-i Islāmī* (27): 107-137.
47. Subḥānī Tabrīzī, Ja'far. 2005/1384. "Naqsh-i Zamān va Makān dar Istīnbat." *Fiqh-i Ahl al-Bayt* (43): 53-127.

Ambiguities & Statutory Challenges of Penalty of Assistance in Murder & Explaining Jurisprudential & Legal Strategies¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.48375.1210

Jamal Beygi

Associate Professor, Department of Criminal Law & Criminology, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran; jamalbeigi@iau-maragheh.ac.ir

Receiving Date: 2017-08-27; Approval Date: 2019-09-15

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No.20
Fall 2020

123

Abstract

Statutory articles of assistance in murder is set that not warrant comprehensive about penalty of all forms its & therefore, by resorting to jurisprudence & legal strategies to these challenges must be answered. The purpose of this paper is a murder case that the ssistant involved in it, exactly what the judge dealing on & given that different assumptions, what can the judicial decision to adopt assistant murder. The current research is using description-analytic method as well as digital-library sources. The findings of the present study indicates that judges with numerous statutory articles & different jurisprudential inferences sentencing penalty of assistance in murder occurred & rightly able to determine not allowed & the

1. **Beygi. J** (2020); "Ambiguities and Statutory Challenges of Penalty of Assistance in Murder & Explaining Jurisprudential and Legal Strategies"; *Jostar_ Hay Fihi va Usuli*; Vol: 6; No: 20; Page: 123-157; Doi: 10.22034/jrj.2019.48375.1210

challenges caused some votes to be dispersed. Basic rules of assisting in crime, like other crimes referred to in articles 126, 127, 128 & 129 of Islamic Penal Code is 1392. Penalty of assistance in murder by retaliation or no retaliation as murder murderer Such as murder as a defense lacks all legitimacy conditions on the one hand & compliance assistant behavior with assistant shariah or legal is different.

Keyword: Assistant Murder, Statutory Assistance, Shariah Assistance, Statutory Punishment, Jurisprudential Strategy.

ابهام‌ها و چالش‌های قانونی کیفر معاونت در قتل عمدی و تبیین راهکارهای فقهی و حقوقی^۱

جمال بیگی^۲

چکیده

مواد قانونی ناظر بر معاونت در قتل عمد به گونه‌ای تنظیم شده که به طور جامع کیفر همه صور آن را پوشش نمی‌دهد؛ لذا با تمسک به راهکارهای فقهی و حقوقی باید نسبت به این چالش، پاسخ مناسبی یافت. هدف این مقاله این است که در یک پرونده قتل عمد که معاونی هم در آن نقش داشته است، دقیقاً تکلیف قاضی رسیدگی کننده را روشن و معین کند که در فرض‌های مختلف، چه تصمیم قضایی را می‌تواند نسبت به معاون قتل عمد اتخاذ نماید. تحقیق حاضر بر اساس روش توصیفی - تحلیلی و بر پایه اسناد و منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است. یافته‌های تحقیق حاکی از این است که قضات با مواد قانونی متعدّد و استنباطات فقهی متفاوت در خصوص تعیین کیفر معاونت در قتل عمد مواجه هستند و به درستی به تعیین مجازات قادر نیستند. این امر، چالشی است که باعث ایجاد نوعی تشّتت آرا می‌گردد. قواعد عمومی معاونت در جنایت مانند سایر جرایم در مواد ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸ و ۱۲۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش. مندرج است. کیفر معاونت در قتل عمد، از یک سو بر حسب قصاص یا عدم قصاص قاتل نظیر قتل عمدی در مقام

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی

۱۲۵

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴.

۲. دانشیار رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، مراغه - ایران؛
jamalbeigi@iau-maragheh.ac.ir

دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و از سوی دیگر، انطباق رفتار معاون با معاونت شرعی یا قانونی متفاوت هست.

کلید واژه‌ها: معاون قتل عمدی، معاونت قانونی، معاونت شرعی، مجازات قانونی، راهکار فقهی.

مقدمه

بیان مسئله: مطابق نصوص قانونی رفتار مجرمانه همواره ناشی از رفتار یک نفر نیست، بلکه گاه با همکاری چند نفر ارتکاب می‌یابد. این همکاری در برخی مواقع به شکل غیر مستقیم بوده که در آن شخص یا اشخاصی به یک یا چند نفر که مباشر اصلی جرم هستند، مساعدت می‌کنند. مقنن در اغلب موارد به جای تعریف «معاونت^۱»، صرفاً به ذکر مصادیقی از آن اکتفا می‌کند (نوربها، ۱۳۹۲، ۲۲۶). برابر ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، رکن مادی معاونت شامل تحریک، ترغیب، تهدید، تطمیع، به کار بردن دسیسه، فریب و نیرنگ، سوء استفاده از قدرت، تهیه وسایل ارتکاب جرم، ارائه طریق ارتکاب جرم و تسهیل وقوع جرم می‌شود. مصادیق مذکور در این ماده حصری است و سایر مصادیق کمک و مساعدت به مجرم در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۲۶

۱. معاونت ((Complice از حیث قلمرو مفهومی و مصداقی به سبب (Cause) که بیشتر در نوشته‌های فقهی به چشم می‌خورد، شباهت دارد؛ چرا که سبب نیز مانند معاون نقش مستقیم در انجام عملیات اجرایی جرم ندارد، بلکه با واسطه در وقوع آن ایفای نقش می‌کند، اما به‌رغم این شباهت، مطالعه و دقت در مقررات تسبیب و معاونت گویای تفاوت‌های ماهوی میان این دو نهاد حقوقی است. در مساعدت به مباشر اصلی جرم، در رفتارهایی که قانوناً از مصادیق معاونت و از نظر فقهی، مفهوم «سبب فاعلی» است، اجتماع بین دو مفهوم معاونت و تسبیب ممکن است. چون مفهوم سبب فاعلی در فقه همان مساعدت و یا تهیه مقدمات زمینه حصول وقوع جرم می‌باشد. اما در بعضی مواقع امکان اجتماع بین مفهوم معاونت و تسبیب وجود ندارد. برای تحقق معاونت، وجود توافق و وحدت قصد بین مجرم اصلی و معاون ضرورت دارد، ولی در مورد تسبیب ممکن است شخصی برای ارتکاب جرم با دیگری همدلی و توافق نکرده باشد، بلکه همین اندازه که با اقدام خود زمینه وقوع جرم را به‌طور غیر مستقیم فراهم می‌کند، جرم به او نسبت داده می‌شود، هر چند قصد حصول آن نتیجه مجرمانه را هم نداشته باشد. معاونت امر تبعی بوده و حیات معاون همیشه نیازمند وجود مباشر یا سبب است. در تعبیر اصولیان سبب هر چیزی است که وجود آن نشانه وجود مسبب و عدم آن نشانه عدم مسبب باشد (فیض، ۱۳۹۶، ۱۳۴). از این‌رو، سبب شخصی است که هر چند وجود رفتار مستقیم با جنایت ندارد، از عدم رفتار، عدم جنایت حاصل می‌شود و به سه شکل عرفی، شرعی (قانونی) و حسی نمود می‌یابد. سبب که معمولاً در جنایات جسمانی علیه اشخاص مطرح می‌گردد، در واقع، مباشر غیر مستقیم جرم می‌باشد که در ایجاد جرم نقش اساسی داشته و لذا به‌طور مستقل هم مسئولیت کیفری دارد و چه بسا در مواقعی که در کنار مباشر قرار می‌گیرد، به دلیل اقوی بودن مسئول هم قلمداد بشود. در قلمرو جنایات جسمانی علیه اشخاص، به جای سبب بهتر است از عنوان «مباشر معنوی» هم استفاده نشود و حتی در جایی که سبب همانند مباشر از اشخاص جاهل به عنوان ابزار استفاده می‌کند، می‌توان «سبب معنوی» (در کنار مباشر معنوی) را به‌کار برد و وارد بحث اجتماع اسباب در طول یا عرض هم نشد (شیخ الاسلامی، ۱۳۹۶، ۱۴۱-۱۴۰).

حقوق ایران شامل عنوان معاونت نمی‌شود (گلدوزیان، ۱۳۹۲، ۲۱۱). همچنین به موجب تبصره ماده فوق، برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است (اردبیلی، ۱۳۹۳، ۴۲). نکته مهم دیگر اینکه معاون برای مسئول شناخته شدن باید از رکن معنوی دوگانه‌ای برخوردار باشد؛ یعنی هم باید قصد کمک یا تشویق را داشته باشد و آگاه باشد که اعمال وی می‌تواند به مساعدت یا تشویق مرتکب به ارتکاب جرم بینجامد و هم اینکه از رکن معنوی مرتکب جرم آگاه باشد و باید در ارتکاب آن جرم خاص، مد نظر کمک یا تشویق کند (گلدوزیان، ۱۳۹۲، ۲۱۸). با توجه به مبنای مجرمیت عاریه‌ای، می‌توان گفت معاونت در قتل عمدی یعنی توافق آگاهانه دو نفر یا بیشتر برای کشتن دیگری در چارچوب عملیات مصرّح در قانون به‌طور غیر مستقیم و بدون شرکت در انجام رکن مادی قتل؛ بنابراین، معاون قتل عمدی بدون شرکت در عملیات اجرایی جنایت قتل، فقط مقدمات آن را فراهم می‌کند (قدسی، ۱۳۹۴، ۳۷)؛ لذا اگر شخصی قاتل را قبل از وقوع قتل یا هم‌زمان با وقوع قتل تهدید یا تحریک کند یا وسایل ارتکاب قتل مثل چاقو برای قاتل تهیه کند و خود نیز شخصاً دخالتی در فرایند گرفتن جان مقتول نداشته باشد، معاون در قتل عمد به‌شمار می‌رود. قانون‌گذار برابر قسمت اخیر تبصره ماده ۱۲۶ به اختلاف نظرهای کیفر معاونی که مباشر، جرمی شدیدتر از جرم مورد توافق را انجام می‌دهد، خاتمه داده است: «چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود». با این حال، ابهام‌ها و چالش‌های قانونی فرا روی کیفر معاونت در قتل عمدی هنوز برطرف نگردیده است.

اهمیت و ضرورت تحقیق

بر پایه آموزه‌های دینی، قواعد کلی زیادی نظیر قاعده «حرمت اعانت بر اثم» بر ممنوعیت همکاری با بزه‌کاران دلالت دارد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۱۹۲-۱۷۳؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ۵۹-۵۴) تا جایی که برخی از پیامبران بزرگ با خدای خود عهد می‌بستند که هرگز پشیمان مجرمان نباشند. در آیه ۱۷ سوره قصص آمده است: ﴿رَبِّ بِمَا أَنْعَمْتَ

عَلَىٰ فَلَن أَكُونَ ظَهِيرًا لِّلْمُجْرِمِينَ» (اسماعیل بیگی، رجایی و محمدی همدانی، ۱۳۸۹، ۱۱-۱۰) و در برخی از روایات اسلامی هم مساعدت جانیان مساوی با خروج از دین شناخته شده است (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۱۷/۱۰۳، ۱۷۴ و ۱۷۷) از سوی دیگر، تشتت آرای محاکم^۱ به جهت ابهام‌ها و چالش‌های موجود در قوانین فعلی از حیث ناسخ و منسوخ و تعیین کیفر شرعی حبس ابد و کور کردن چشم یا مجازات حبس قانونی نسبت به معاون قتل عمدی موجب تضییع حقوق متهمان و تبعیض در اجرای مجازات‌ها می‌شود؛ از این رو، تحقیق درباره تبیین مبانی نظری فقهی و حقوقی معاونت در قتل عمد و ارائه راهکارهای فقهی و حقوقی در جهت رفع این چالش‌های قانونی، ضرورت دو چندانی دارد و یافته‌ها و نتایج کاربردی آن به قضات محاکم کیفری در تعیین نوع و میزان کیفر کمک شایانی می‌کند.

این تحقیق با هدف تبیین چارچوب نظری معاونت در قتل عمد و چالش‌های قانونی ناظر بر تعیین کیفر آن می‌کوشد تا به این سؤال‌های اساسی پاسخ دهد که ثمره عملی تفکیک معاونت قانونی در قتل عمد از معاونت شرعی این جرم چیست؟ مهم‌ترین چالش‌های قانونی فراروی تعیین کیفر نسبت به معاونت در قتل عمد در مقررات موجود چیست؟ با چه راهکارهای فقهی و حقوقی می‌توان این تعارض‌ها و تهافت‌های قانونی موجود را برطرف نمود؟

تحقیقاتی که در خصوص معاونت در قتل عمد به رشته تحریر درآمده است، عمدتاً از منظر حقوق کیفری اختصاصی، در حوزه جرایم علیه اشخاص و به مثابه یکی از صور همکاری در جنایت قتل عمدی به آن پرداخته‌اند که با ملاحظه نتایج و یافته‌های تحقیقات انجام یافته به شرح ذیل، نوآوری مقاله حاضر از حیث تبیین انواع ابهام‌ها و چالش‌های فراروی کیفرانگاری قضایی برای معاونت در قتل عمدی، به ویژه ارائه راهکارهای حقوقی، فقهی و اصولی برای برون‌رفت از این موضوع کاملاً مبرهن است. بیگی و پناهی (۱۳۹۶)، در مقاله‌ای با عنوان «معاونت در قتل عمدی و چالش‌های

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۲۸

۱. به عنوان نمونه می‌توان به آرای صادره از محاکم ذیل اشاره کرد: دادنامه شماره ۴۹۶-۷۸/۳/۲۹-شعبه ویژه دادگاه عمومی بندرعباس / دادنامه شماره ۳۰۷-۷۸/۴/۲۳-شعبه ۳۱ دیوانعالی کشور / دادنامه شماره ۱۲۳۶-۷۸/۷/۲۵-شعبه ۴ دادگاه عمومی بندرعباس / دادنامه شماره ۸-۷۹/۲/۱-شعبه ۳۱ دیوانعالی کشور. (به نقل از حکیمی نژاد، ۱۳۹۳)

حقوقی فراروی مجازات آن»، با بررسی مجازات معاون قتل عمدی در قانون مجازات اسلامی بیان داشته‌اند که به جهت پراکندگی مواد قانونی متعدد ناظر به قصاص قاتل یا عدم چنین امکانی به جهاتی نظیر دفاع، جمیع شرایط مشروعیت یا انطباق رفتار معاون با مفهوم معاونت شرعی یا قانونی، رویه قضایی یکسانی در این خصوص وجود ندارد. میر محمد صادقی (۱۳۹۵) در کتاب «جرایم علیه اشخاص» معتقد است در صورتی که قصاص نفس اجرا نشود، مجازات معاون به حکم تبصره ۲ ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ش، ۱ تا ۲ درجه پایین‌تر از مجازات مرتکب جرم است. البته در این مورد بین حکم تبصره ۲ این ماده و تبصره ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ش. تعارض وجود دارد. به اعتقاد ایشان، حکم تبصره ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ناظر به کیفر معاون قتل عمدی در فرض عدم اجرای قصاص نفس، به موجب مقررات تبصره ۲ ماده ۱۲۷ قانون جدید نسخ ضمنی شده است.

آقایی نیا (۱۳۹۴) در کتاب «جرایم علیه اشخاص (جنایات)» می‌نویسد: در بند الف ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ش، مقنن تکلیف معاونت در جرم را نه فقط به عنوان معاونت در قتل عمد، بلکه معاونت در کلیه جرایم منتهی به سلب حیات مشخص نموده است. شرایط اساسی در اعمال این بند، اجرای قصاص قاتل است و در غیر این صورت، حکم این بند اجرا نخواهد شد. به اعتقاد این نویسنده، با وجود مجازات‌های قانونی، دادگاه مجاز به استناد به مجازات‌های شرعی برای بعضی از مصادیق معاونت در قتل عمدی که حتی نقش آن‌ها در کمک به قاتل ضعیف‌تر از موارد مصرح در قانون است، نخواهد بود.

کریمی، موسوی مجاب و آقابابایی بنی (۱۳۹۲) در مقاله «معاونت در قتل عمدی از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه» معتقدند با مراجعه به آرای فقهی روشن می‌شود که در مورد معاونت در قتل از طریق امساک و نظارت، مجازات شرعی مقرر شده است. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که بنابر صدر ماده ۱۲۷ ق.م.ا. که برای تعیین مجازات معاون ابتدا کلمه «شرع»، سپس کلمه «قانون» را آورده، باید به همین صورت عمل شود؛ گرچه به نظر می‌رسد ارجاع مجازات به شرع، برخلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

مصطفایی (۱۳۹۲) در مقاله «مطالعه تطبیقی احکام معاونت و شرکت در قتل‌های غیرعمد در قوانین جزایی ایران و انگلستان» با بررسی احکام معاونت و شرکت در قتل‌های غیر عمده در مواد قانون مجازات اسلامی ایران و مقایسه آن‌ها با آرا و رویه‌های کیفری در محاکم انگلستان، تلاش کرده تا این تفاوت‌ها و ظرافت‌ها را بیشتر نشان دهد. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که معاونت در قتل‌های غیرعمدی هم قابل تحقق است؛ چراکه منظور از وحدت قصد در تبصره ماده ۱۲۶ ق.م.ا.، وجود وحدت در آن میزان قصدی است که در این گونه جرایم از مباشر انتظار می‌رود؛ یعنی قصد انجام فعل ارتكابی بدون قصد ایجاد نتیجه.

روش‌شناسی تحقیق

در این تحقیق به کلیه مقررات داخلی و با تکیه بر ارائه چالش‌های قانونی فراروی تعیین کیفر معاونت در قتل عمدی پرداخته شده است. از سوی دیگر، پس از بررسی ق.م.ا. ۱۳۹۲ ش. و تطبیق با مقررات ق.م.ا. ۱۳۷۵ ش. و آموزه‌های فقهی، راهکارهای فقهی، اصولی و حقوقی ناظر به کیفر معاون قتل عمدی تدوین شده است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۳۰

چارچوب نظری تحقیق

علی‌الاصول جرم معاونت همیشه یک جرم تعزیری است و جرم اصلی اعم از آنکه جنایت یا مستوجب حد باشد، در ماهیت تعزیری معاونت تغییری ایجاد نمی‌کند، در حالیکه در ق.م.ا. ۱۳۹۲ ش.^۱ همانند قانون سابق، برای معاونت در قتل عمدی علاوه بر مجازات قانونی تعزیری، مجازات شرعی حدی هم تعیین شده

۱. ماده ۱۲۷، «در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است: الف. در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ ب. در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه ۵ یا ۶ پ. در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی است ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه ۶ ت. در جرایم موجب تعزیر ۱ تا ۲ درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی تبصره ۱. در مورد بند ت این ماده مجازات معاون از نوع مجازات قانونی جرم ارتكابی است، مگر در مورد مصادره اموال، انفصال دائم و انتشار حکم محکومیت که مجازات معاون به ترتیب جزای نقدی درجه ۴، ۶ و ۷ است. تبصره ۲. در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجراء نشود، مجازات معاون براساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، مطابق بند ت این ماده اعمال می‌شود.

است. این امر باعث ابهام شده و تشتت در رویه قضایی را به همراه داشته است؛ لذا مستلزم بررسی چالش‌های قانونی و تبیین راهکار فقهی و حقوقی است. با همین انگیزه در بخش نخست مقاله، چالش‌ها و ابهام‌های پیش‌روی کیفر معاونت قانونی در قتل عمدی و در بخش دوم به چالش‌های قانونی فرا روی کیفر معاونت شرعی در قتل عمدی و در بخش سوم هم چالش‌های قانونی کیفر معاونت در قتل‌های بی‌بهره اعمّ از شروع به قتل عمدی و قتل‌های عمدی عقیم و محال تبیین گردیده و در هر مبحث، راهکارهای فقهی، اصولی و حقوقی برای برون‌رفت از این چالش‌ها ارائه شده است.

۱. چالش‌ها و ابهام‌های فراروی کیفر قانونی معاونت در قتل عمد و تبیین

راهکارها

در این مبحث، به کیفرهایی که قانونگذار در فروض مختلف برای معاونت در قتل عمد پیش‌بینی کرده، اشاره می‌شود تا چالش‌هایی که قضات در عمل در تعیین کیفر معاونت با آن مواجه‌اند، روشن گردند.

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی
۱۳۱

۱-۱. کیفر قانونی معاونت در قتل عمد در فرض اجرای قصاص نفس

مجازات قانونی معاونت در قتل عمد در ماده ۲۰۷ از کتاب سوم (قصاص) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ش. پیش‌بینی شده بود. به موجب ماده مذکور «هرگاه مسلمانی کشته شود قاتل قصاص می‌شود و معاون در قتل عمد به ۳ تا ۱۵ سال حبس محکوم می‌شود». در مقررات فعلی، قانونگذار به مجازات معاون قتل عمدی اشاره‌ای نکرده است، لکن در قسمت کلیات در ماده ۱۲۷ تکلیف معاونت در جرم را نه فقط به عنوان معاونت در قتل عمد، بلکه معاونت در کلیه جرایم منتهی به سلب حیات را مشخص نموده است. شرایط اساسی در اعمال این ماده اجرای قصاص قاتل است و در غیر این صورت، یعنی عدم اجرای قصاص اعمّ از اینکه قاتل مسلمان و مقتول غیر مسلمان باشد یا به هر دلیل قصاص ساقط شود، حکم این ماده اجرا نمی‌شود (آقایی‌نیا، ۱۳۹۴، ۱۰۸)، همچنان‌که اجرای این ماده منوط به مواردی شده که در شرع یا

قانون، مجازات دیگری برای معاونت در آن‌ها تعیین نشده باشد. به موجب بند الف ماده مذکور، مجازات معاون در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات است، حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ می‌باشد؛ لذا مجازات معاون قتل عمد حبس است و این حبس متغیر بین بیش از ۱۰ تا ۲۵ سال می‌تواند باشد. در مقایسه با قانون قبلی می‌توان گفت که مقررات فعلی، مجازات معاونت در قتل عمد را تشدید نموده است.

چالش فرا روی کیفر معاونت قانونی در فرض اجرای قصاص نفس نسبت به قاتل، زمانی مطرح می‌شود که پدر یا جد پدری، دیگری را برای قتل عمدی فرزند خود در اکره قرار می‌دهد. اصولاً با توجه به اینکه اکره در قتل، مجوز قتل نیست (طوسی، ۱۳۷۵، ۴۱/۷؛ حلبی، ۱۳۶۰، ۳۸۷؛ علامه حلی، ۱۳۷۰، ۲۸۳/۲) اکره شونده طبق ماده ۳۷۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ ش. به عنوان مباشر این قتل عمدی به قصاص نفس و اکره کننده هم به حبس ابد محکوم می‌گردند؛ لکن در اینجا اکره کننده به سبب داشتن رابطه ابوت با مقتول و در نتیجه فقد شرایط عمومی قصاص به نحو مقرر در ماده ۳۰۱، به دلیل اینکه به حبس ابد نمی‌تواند محکوم شود، طبق نص ماده ۳۷۶ این قانون، به کیفر معاونت در قتل عمد (یعنی بر اساس بند الف ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ ش. به حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳) محکوم می‌شود. این کیفر قانونی برای پدر یا جد پدری که به‌طور غیر مستقیم و از طریق دیگری، مسبب قتل فرزند خود شده‌اند، از موردی که به‌طور مستقیم و از طریق مباشرت، مبادرت به قتل عمدی فرزند خود می‌نمایند، از حیث میزان کیفر شدیدتر است؛ چرا که در فرض مباشرت در قتل عمدی فرزند، پدر یا جد پدری به حکم ماده ۳۰۱ این قانون به قصاص نفس محکوم نمی‌شود و تنها در فرض تحقق شرایط ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ ش.، به کیفر ۳ تا ۱۰ سال حبس تعزیری (تعزیر درجه ۴) محکوم می‌شود. در رفع این چالش شاید بتوان شدت کیفر قانونی مقرر شده برای پدر یا جد پدری در فرض ارتکاب قتل از طریق اکره دیگری به قتل فرزند خود، این‌گونه توجیه نمود که در این نحوه از قتل، پدر یا جد پدری علاوه بر قتل فرزند خود، مسبب قتل اکره شونده نیز شده‌اند. بدیهی است که کیفر آن‌ها بایستی بیشتر از موردی باشد که به صورت مستقیم و بدون دخالت دیگری و از طریق مباشرت تنها فرزند خود را به قتل می‌رسانند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۳۲

۱-۲. کیفر قانونی معاونت در قتل عمد در فرض عدم اجرای قصاص نفس

طبق ماده ۲۰۸ ق.ا.م.ا. ۱۳۷۰ ش. «هر کس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و اقدام وی موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده و یا بیم تجری^۱ مرتکب یا دیگران گردد، موجب حبس تعزیری از ۳ تا ۱۰ سال خواهد بود» و طبق تبصره ماده فوق «در این مورد معاونت در قتل عمد موجب حبس از ۱ تا ۵ سال می باشد». پس اگر قاتل قصاص می شد، مجازات معاون مشمول ماده ۲۱۷ یعنی ۳ تا ۱۵ سال حبس و در غیر این صورت با تبصره ماده ۲۰۸ به ۱ تا ۵ سال حبس محکوم می گردید. البته مشابه این حکم در تبصره ماده ۶۱۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۷۵ ش. نیز پیش بینی شده است؛ با این بیان که در این مورد معاونت در قتل عمد موجب حبس از ۱ تا ۵ سال می باشد.

در مقررات فعلی، قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۲۷ به موردی اشاره نموده که با مقررات صدر ماده در تعارض است. به موجب تبصره ۲ ماده ۱۲۷ «در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجرا نشود، مجازات معاون بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، مطابق بند «ت»، اعمال خواهد شد». در بند «ت» هم مجازات معاون «در جرایم موجب تعزیر ۱ تا ۲ درجه پایین تر از مجازات جرم ارتكابی» خواهد بود. لذا با عطف به ماده ۶۱۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۷۵ و ماده ۱۹ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ می توان گفت که مجازات معاون در قتل عمد با فرض عدم اجرای قصاص، بیش از ۶ ماه تا ۵ سال می باشد. هر چند اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۹۲/۹۴۹-۱۳۹۲/۵/۲۶ معتقد است: «با توجه به صراحت ماده ۱۲۷ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ چنانچه مجازات دیگری در شرع یا قانون برای معاون تبیین نشده باشد به شرح مقرر در بندهای ذیل این ماده مجازات معاون تعیین می گردد؛ بنابراین، با توجه به تبیین مجازات معاون در جرم قتل عمد در قانون یعنی تبصره ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، باید بر اساس همین تبصره مجازات معاون تعیین شود».

۱. تجری که در اصطلاح اصولیان عبارت است از مخالفت عملی با حکم الزامی مولا اعم از واجب یا حرام به اعتقاد انجام دهنده، در حالی که پندار وی برخلاف واقع بوده و در حقیقت مخالفتی صورت نگرفته است (نجفی اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ۴۵۵؛ حکیم، ۱۴۰۸ق، ۱۱۴/۲)، حالت روانی مجرم و بیم تجری، حالت دلواپسی و دلهره مجریان قانون را نشان می دهد (نظریه شماره ۷/۵۱۹-۱۳۷۹-۷/۹۲/۹۴۹ اداره حقوقی قوه قضائیه).

بدین ترتیب مهم‌ترین چالش فراروی قضات در تعیین کیفر معاونت در قتل عمد در فرض عدم قصاص قاتل، مغایرت حکم تبصره ماده ۱۲۶ ق.م.ا. ۱۳۷۵ با حکم مندرج در تبصره ۲ ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ است. چه‌بسا گفته شود که حکم تبصره ۲ ماده ۱۲۷ مربوط به گذشت اولیای دم نمی‌شود تا بین این دو مقرر قانونی مغایرت مطرح شود. اما با توجه به اینکه در تبصره اخیر، عدم اجرای قصاص نفس «به هر علت» منوط شده است که در عمل هم گذشت اولیای دم مصداق اجلی عدم اجرای قصاص نفس هست؛ لذا این تهافت به قوت خود باقی است. هم‌چنان که در تعیین کیفر معاون در قتل موضوع تبصره ۲ ماده ۳۰۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز به‌عنوان یکی دیگر از مواردی که قاتل به سبب ارتکاب قتل عمد در مقام دفاع، فاقد جمیع شرایط مشروعیت برای قصاص نفس است، این مغایرت وجود دارد. راهکاری که برای رفع این چالش می‌تواند مطرح باشد و ناسخ حکم هیچ‌یک از تبصره‌ها هم نباشد، بر پایه قاعده اصولی «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح^۲» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۴۱) بر این اندیشه استوار است که معاونت در قتل عمد را در فرض اخلال در نظم جامعه و تحقق سایر شرایط مندرج در ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵، شامل کیفر تبصره این ماده نماییم و در فرض عدم اخلال در نظم جامعه و...، کیفر معاون در قتل عمدی را برابر مقررات تبصره ۲ ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تعیین کنیم. فرض اخلال و عدم اخلال در نظم جامعه در قتل عمد که مبنای راهکار اصولی نگارنده است، هرچند توسط حقوقدانان جدی تلقی نشده است، اجرای این راهکار از سوی قضات، ضمن رفع این تعارض با اصل تناسب کیفر، با شدت جرم ارتكابی هم سازگار است (بیگی، ۱۳۹۵، ۲۵).

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۳۴

حال، این سؤال مطرح است که اگر اولیای دم، صرفاً نسبت به قاتل و قصاص نفس اعلام گذشت کنند، آیا مجازات معاون تخفیف می‌یابد؟ در پاسخ باید گفت

۱. در مورد بند «ت» چنانچه نفس دفاع صدق کند، ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود.

۲. معنای این قاعده این است که تا زمانی که بین دلالت دو دلیل امکان جمع عرفی باشد، لازم است آن جمع صورت گیرد. یعنی اگر میان دو ماده قانونی، در نگاه اولیه تعارض و تفاوت‌هایی دیده شود، اگر بتوانیم بین آن‌ها جمعی عرفی ایجاد می‌کنیم و این بهتر از آن است که یکی از آن دو یا هر دو را از مقام استناد خارج کنیم.

که تخفیف کیفر معاون قتل عمدی در این خصوص از نوع تخفیف قانونی است که به تبع عدم اجرای قصاص قاتل به هر علت از جمله اعلام گذشت اولیای دم، به صورت قهری شامل حال معاون در قالب مجازات کمتر می شود؛ لذا حتی اگر اولیای دم پس از پایان مدت حبس معاون، نسبت به قاتل هم اعلام گذشت کنند، به نظر می رسد برای معاون حق بهره مندی از این تخفیف قانونی ایجاد می شود که البته در چنین فرضی چگونگی تأمین این حق و جبران خسارت ناشی از تحمل مابه التفاوت این حبس در رویه قضایی خود چالشی دیگر است. بدیهی است اگر اولیای دم مضاف بر قاتل، نسبت به معاون هم اعلام گذشت نمایند، چنین معاونی از تخفیف قضایی مندرج در ماده ۳۸ ق.ا.م.ا^۱ هم می تواند بهره مند شود؛ چراکه مفهوم مخالف تبصره ۲ این ماده، اجازه تخفیف دوباره در این خصوص را به دادگاه داده است. ناگفته نماند در فرض اعلام گذشت صرف اولیای دم نسبت به معاون، باز این تخفیف قضایی شامل حال نامبرده در شمول کیفر مقرر در بند «الف» ماده ۱۲۷ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ ش. می شود.

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی
۱۳۵

۲. چالش‌ها و ابهام‌های فراروی کیفر شرعی معاونت در قتل عمدی و تبیین

راهکارها

با توجه به اینکه مقنن ۱۳۹۲ همانند قانونگذار سابق، برای معاونت در قتل عمد،

۱. جهات تخفیف عبارت‌اند از:
الف. گذشت شاکی یا مدعی خصوصی
ب. همکاری مؤثر متهم در شناسایی شرکا یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیاء حاصله از جرم یا به کاررفته برای ارتکاب آن
پ. اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم
ت. اعلام متهم قبل از تعقیب یا اقرار مؤثر وی در حین تحقیق و رسیدگی ث. ندامت، حسن سابقه و یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیماری
ج. کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن ج. تخفیف بودن زیان وارده به بزه‌دیده یا نتایج زیان‌بار جرم
ح. مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم
تبصره ۱. دادگاه مکلف است جهات تخفیف مجازات را در حکم خود قید کند.
تبصره ۲. هرگاه نظیر جهات مندرج در این ماده در مواد خاصی پیش‌بینی شده باشد، دادگاه نمی‌تواند به موجب همان جهات، مجازات را دوباره تخفیف دهد.

علاوه بر مجازات قانونی تعزیری، مجازات شرعی را با تأکید بیشتری هم پیش‌بینی نموده، ابهام قانونی فرا روی کیفر معاونت در قتل عمد دو چندان شده و تشتت در رویه قضایی را هم تشدید نموده است؛ از این رو، بررسی چالش‌های قانونی و تبیین راهکار فقهی و حقوقی در این خصوص ضروری است.

۱-۲. تبیین کیفرهای شرعی معاونت در قتل عمد

قانونگذار در اعمال مجازات در حق معاون، گاهی مجازات خاص^۱ پیش‌بینی کرده و گاهی مجازات معاون را از مجازات مباشر به عاریه گرفته است (اردبیلی، ۱۳۹۳، ۵۸-۵۷). با این توضیح که به موجب مفهوم مخالف صدر ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲، اگر در «شرع» یا قانون، مجازات خاصی برای قاتل وجود داشته باشد، همان مجازات اجرا می‌شود؛ لذا قتل عمد هم جزء جرایمی است که در پاره‌ای موارد، مجازات‌های شرعی برای معاون آن پیش‌بینی شده است. از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در تقییح معاونت در قتل عمد منقول است: «من اعان علی قتل مسلم و لو بشرط کلمه، جاء یوم القیامه مکتوباً بین عینیه: آیس من رحمة الله^۲» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۲، حدیث ۴، ۳۰۴)، لکن در شرع، این مجازات‌ها در دو مورد برای معاون قتل عمد پیش‌بینی شده است. مورد اول برای کسی است که شخصی را نگه دارد تا دیگری او را بکشد که اصطلاحاً به او «ممسک» گفته می‌شود؛ لذا «امساک»^۳ یکی از مصادیق معاونت در قتل عمد است (موسوی خمینی، ۱۳۸۲، ۲۷۹/۴). مورد دوم در مورد «نظارت»^۴ در قتل است. در این فرض قصاص بر قاتل است، لکن نگهدارنده را به حبس ابد محکوم می‌کنند تا بمیرد و دیده‌بان را با میله‌داغ کور می‌کنند (موسوی خویی، ۱۳۹۱ق، ۱/۱۹۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۴/۱۸۴؛ محقق حلی، ۱۴۲۲ق، ۳۹۲). مرحوم

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۳۶

۱. مقصود از مجازات خاص، مجازات تعیین شده در شرع برای شخص ممسک و ناظر است (کریمی؛ موسوی مجاب و آقابابایی بنی، ۱۳۹۲، ۲۴).

۲. کسی که همکاری و کمک کند برای قتل مسلمانی و لو دخالتش در حد یک کلمه باشد، روز قیامت در حالی محشور می‌شود که بین دو چشمش نوشته شده است: ناامید از رحمت خدا.

۳. امساک وصف کسی است که با گرفتن بزه‌دیده قتل او را توسط مباشر تسهیل می‌کند.

۴. نظارت صفت فردی است که با مراقبت از پیرامون صحنه جرم، با قاتل همکاری می‌کند.

نجفی هم در کتاب جواهرالکلام بیان داشته که نه تنها خلافی در این مسئله ندیده، بلکه در خلاف و غنیه و دیگران در این مسئله ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷، ۴۶-۴۷/۴۲). در تأیید این حکم، برخی از فقهای معاصر هم اظهار داشته‌اند: اگر مقصود از معاون در قتل، همان ممسک و نگهدارنده مقتول باشد، حاکم باید او را به حبس ابد محکوم کند و روایات وارده در این باب دلالت بر این مسئله دارد، ولی اگر منظور، شخص دیگری غیر از ممسک باشد، حاکم با در نظر گرفتن مصلحت، میزان تعزیر را از ۳ تا ۱۵ سال تعیین کند... (مرعشی، ۱۳۷۱، ۲۳). برخی از حقوقدانان عقیده دارند با وجود مجازات‌های قانونی، دادگاه مجاز به استناد به مجازات‌های شرعی برای بعضی از مصادیق معاونت در قتل عمد که حتی نقش آن‌ها در کمک به قاتل ضعیف‌تر از موارد قانون است، نمی‌شود (آقایی‌نیا، ۱۳۹۴، ۱۰۷). در تشکیک این نظر کافی است به تقدم واژه «شرع» نسبت به «قانون» در صدر ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ در مقایسه با تبصره ۲ ماده ۴۳ ق.م.ا. ۱۳۷۰^۲ دقت شود که حکایت از تعدد مقنن به پایبندی به حکم معاونت شرعی قتل عمد می‌نماید. لکن از مقنن ۱۳۹۲ انتظار می‌رفت با مراجعه به شرع، شخصاً موارد معاونت شرعی و کیفر آن را در ماده ۱۲۷ ذکر می‌نمود تا از ارجاع قضات به شرع و اختلاف نظرهای آتی پیشگیری می‌شد (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۶، ۱۵۸).

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی
۱۳۷

۲-۲. چالش‌های کیفر شرعی معاونت در قتل عمد و تبیین راهکارها

مهمترین چالش فرا روی قضات در پایبندی به کیفرهای معاونت شرعی در قتل عمد جایی است که قاتل به دلایلی از جمله گذشت اولیای دم، قصاص نمی‌شود. در چنین موقعی، آیا مجازات معاون شرعی این قاتل یعنی ممسک و ناظر هم تقلیل

۱. روایت معتبر عمرو بن مقدم، صحیح‌ه حلبی از امام صادق علیه السلام و روایت معتبر سکونی از امام صادق علیه السلام بر این مطلب دلالت دارند که بر اساس آن‌ها شخصی که نگاه می‌کرد (دیده‌بانی می‌کرده) چشمانش نابینا می‌شود و فردی که مقتول را نگه داشته (ممسک)، پس از زدن به پهلوهایش زندانی می‌شود تا بمیرد و هر سال ۵۰ تازیانه به او زده می‌شود؛ همان‌گونه که او مقتول را نگه داشته تا بمیرد و قاتل هم به قصاص کشته می‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۲۹، باب ۱۷ و ۱۸ از ابواب قصاص نفس، حدیث اول و دوم، ۵۱-۵۰؛ نوری، ۱۴۰۸ق، حدیث ۱، ۲۲۷/۱۸).

۲. در صورتی که برای معاونت جرمی مجازات خاص در قانون یا شرع وجود داشته باشد، همان مجازات اجرا خواهد شد.

می‌باید و مشمول احکام قانونی می‌شود یا مجازات آن‌ها به سبب حدی و ثابت بودن،
تقلیل و تبدیل نمی‌یابد؟

برای پاسخ به این سؤال باید بررسی شود که حکمی که برای این معاونان وجود
دارد؛ یعنی ممسک که حکمش حبس ابد است: «یحبس أبداً حتی یموت» (قبله‌ای
خوبی، ۱۳۹۲، ۲۶) و آن کس که دیده‌بانی کرده: «تفقاً عیناه» (قبله‌ای خوبی، ۱۳۹۲، ۲۶)
چشم او را در می‌آورند و کور می‌کنند؛ حق‌الله است یا خیر؟ ثمره حق‌الله یا حق‌الناس
بودن حکم ممسک و دیده‌بان در این است که اگر حق‌الله باشد، در صورتی که قاتل
عفو و آزاد شود - با توجه به حق‌الله بودن حکم ممسک و دیده‌بان - ممسک هم چنان
تا آخر عمر باید در زندان بماند یا چشم دیده‌بان باید کور شود و اگر حق‌الناس باشد
چه بسا ولی دم با آن دو نیز مصالحه کند یا مجازات آن دو بر حسب عدم قصاص
قاتل، تبدیل و تقلیل یابد. مقنن متعرض این موضوع مهم نشده، لکن باید گفت بر
پایه آموزه‌های فقهی در این مسئله دو قول است:

قول اول: حکم ممسک و دیده‌بان حکم‌الله است؛ یعنی مثل حد شرعی است
که در اختیار ولی دم نیست و ممسک و دیده‌بان مثل شارب خمرند که قابل عفو
یا مستحق اسقاط حد نیستند. در اوایل انقلاب از امام خمینی رحمته‌الله‌علیه نقل شده که
نظرشان این است که حکم ممسک و دیده‌بان حق‌الله است و ربطی به قصاص و
قتل ندارد و اگر ولی دم یا مجاناً یا با عوض، قاتل را آزاد کرد، ممسک و دیده‌بان
هم چنان باید مجازات شوند و حکم در موردشان اجرا شود (مقتدایی، ۱۳۸۸، ۳۳۰). بر
پایه نظر فقهی آیت‌الله میرزا جواد تبریزی^۱ (گنجینه آرای فقهی - قضایی، سؤال ۵۷۴۷، بند ۳) و
آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی هم مجازات ممسک و ناظر از حدود است
و حق ولی دم نیست. لذا اگر ولی دم فقط قاتل را عفو کرده باشد، حدود ممسک
و ناظر ساقط نمی‌شود و ظاهر این است که مجازات آن‌ها از قبیل حق‌الله است نه
حق‌الناس (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ۳۳۱). در نظریه شماره ۷/۱۱-۱۵/۱/۱۳۸۱ اداره کل
حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه هم آمده است: «مجازات ممسک مذکور در

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۳۸

۱. مجازات ممسک و ناظر از حدود است و حق ولی دم نیست.

استعلام حد است و حد مشمول مقررات آزادی مشروط یا مقررات دیگر که خاص مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده است، نمی‌گردد).

قول دوم: با استناد به استفتائات صریح از امام خمینی رحمته‌الله علیه و مرحوم آیت‌الله فاضل^۱ (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱۵۰۹/۲)، حکم ممسک و دیده‌بان از نظر مبانی حکمی هماهنگ قتل است و از حقوق الناس است، یعنی ولی دم باید تصمیم بگیرد که مطالبه کند تا حکم اجرا شود یا عفو کند (مقتدایی، ۱۳۸۸، ۳۳۲-۳۳۰؛ بیگی و الیاسی، ۱۳۹۲، ۵۸-۵۹). پاسخ اکثر مراجع عظام به سؤال‌ها و استفتائاتی که در این زمینه صورت گرفته است، حاکی از پذیرش این قول است. بر اساس نظر آیت‌الله مکارم شیرازی، چنانچه اولیای دم از ممسک و مکره صرف نظر کنند، اجرای احکام مزبور به آن‌ها دلیلی ندارد و شبیه حکم قصاص است و حکم مکره و ممسک هر دو حبس است و کور کردن فقط حکم رایی (بیننده یا دیده‌بان) می‌باشد و آن در صورت خاصی است. ظاهر این است که این امور نیز حق ورثه مقتول می‌باشد و حکم قصاص را دارد؛ یعنی اجرای آن موقوف به مطالبه آن‌هاست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۳۷۶، مسئله ۱۲۶۳). طبق دیدگاه آیات عظام بهجت، صافی گلپایگانی و مرحوم گلپایگانی رحمته‌الله علیه هم اجرای مجازات حبس ممسک منوط به تقاضای اولیای دم است و توقف اجرای آن نیز تنها با احراز عفو او از سوی اولیای دم ممکن است (گنجینه آرای فقهی-قضایی، ۱۳۷۹، سؤال ۵۷۴۷، بند ۳؛ سؤال ۷۹۹۰ و سؤال ۲۸۶۰).

دلیل قول دوم صحیح‌ه حلبی است که از آن استظهار می‌شود حکم ممسک عقوبتی است در مقابل عملی که نسبت به مقتول انجام داده است. پس مربوط به قتل می‌شود و حق الناس است و اولیای دم باید تصمیم بگیرند که مطالبه کنند و اجرا شود یا پول بگیرند عفو کنند یا مجاناً عفو کنند (کلینی، ۱۳۷۶، ۲۸۷/۷)؛ بنابراین، هر چند فقهای اسلامی نیز به صراحت به نوع مجازات ممسک و ناظر در قتل عمد اشاره ننموده‌اند؛ لکن طبق اصول حاکم بر مجازات‌ها، الحاق مجازات ممسک و ناظر در قتل به حق قصاص ولی دم یا حق تعزیر حاکم به نحوی که دایره مدار

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی
۱۳۹

۱. ظاهراً حق الناس است و با عفو ولی دم آزاد می‌شود.

درخواست یا اسقاط ولیّ دم باشد، امکان‌پذیر است (اسرافیلیان، ۱۳۸۶، ۲۰)؛ به عبارت دیگر، جرم امساک به تبع جرم اصلی (قتل) قابل گذشت است؛ اگرچه مجازات آن از نوع تعزیرات منصوص می‌باشد و از سوی قاضی تغییر‌پذیر و تبدیل‌شدنی نیست، لکن به اعتقاد برخی این مجازات نه حدّ است و نه تعزیر، بلکه از فروع قصاص است؛ به همین دلیل، قابل گذشت می‌باشد. درباره تعطیل و تبدیل آن به مجازات‌های دیگر، به این دلیل که از احکام حکومتی است، حاکم جامعه اسلامی می‌تواند آن را به جهت رعایت مصلحت تعطیل نماید و به نحو دیگری تغییر دهد (حسینی‌یمین، ۱۳۹۰، ۱).

با توجه به مجموع نظریه‌های فقهی ارائه شده، به نظر می‌رسد قولی که ماهیت مجازات ممسک و ناظر و جرم آن‌ها را دارای جنبه حق‌الناسی دانسته و قابل گذشت می‌داند، منطبق بر دیدگاه اکثر فقهای اسلامی می‌باشد و بنابر دیدگاه اکثر قریب به اتفاق فقهای عظام، با گذشت ولیّ دم مجازات آن‌ها ولو حدّی هم باشد، به جهت عروض شبهه و دلیل «تدرأ الحدود بالشبهات» برداشته می‌شود؛ لذا در صورت اعتقاد به این قول، بر فرض عدم قصاص قاتل و شمول احکام مقررات ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ بروی، این معاونان نیز مشمول قواعد عمومی کیفر قانونی معاونت در قتل عمد پیش‌بینی شده در تبصره ماده فوق و همچنین تبصره ۲ ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌باشند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۴۰

با وجود تقدم واژه «شرع» بر «قانون» در بیان مقنن ۱۳۹۲ در ماده ۱۲۷، برخی از حقوق‌دانان با بی‌اهمیت دانستن تقدم کلمه «شرع» بر «قانون» در متن قانون جدید، هنوز هم معتقدند با وجود مجازات‌های قانونی، دادگاه مجاز به استناد به مجازات‌های شرعی برای بعضی از مصادیق معاونت در قتل عمدی که حتی نقش آن‌ها در کمک به قاتل ضعیف‌تر از موارد قانون است، نمی‌باشد (آقای‌نیا، ۱۳۹۴، ۱۰۷؛ اردبیلی، ۱۳۹۳، ۱۲۵-۱۲۴) مهمترین دلایل مخالفان اجرای مجازات شرعی برای ممسک و ناظر عبارت است از:

۱. این در حالی است که در تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، واژه «قانون» مقدم بر واژه «شرع» قید شده بود.

الف) وجود مستند قانونی برای مجازات معاونت در قتل

برای تمام مصادیق معاونت در قتل عمد در قانون مجازات اسلامی به صراحت مجازات یکسان تعیین گردیده و استناد به صدر ماده ۱۲۷ در این قانون زمانی جایز است که معاونت در قتل عمد فاقد مستند قانونی باشد.

ب) نزدیک تر بودن اجرای نص قانونی به عدالت

تعیین دو نوع مجازات برای یک عنوان مجرمانه (معاونت در قتل عمد) که به نحو فاحشی نابرابرند، منطقی و عادلانه به نظر نمی‌رسد و آنچه از مفاد ماده ۱۲۷ ق.م.ا. استنباط می‌شود، فقدان مجوز برای قائل به تفصیل میان مصادیق معاونت است. متن صدر ماده اخیر نیز که از کلمه «معاون» و نه مصادیق آن استفاده نموده، تأییدی بر این مدعاست.

ج) خدشه به اصل تساوی مجازات‌ها

معاونت در قتل عمد، در شرع به مصادیق نگهداری مقتول و دیده‌بانی منحصر است و برای سایر مصادیق، صراحتی در تعیین مجازات مشهود نیست. در حقوق ایران که ابتدای آن بر قانون و تعیین مجازات برای همه مصادیق معاونت به‌طور مساوی است، نمی‌توان به‌رغم وجود قانون، به موازین شرعی استناد کرد و قائل به تفصیل شد و اصل تساوی مجازات‌های قانونی را که نظام جمهوری اسلامی ایران همواره بر آن پای فشرده، مخدوش نمود.

د) ضرورت مصلحت‌اندیشی

مجازات‌های مقرر در شرع برای نگهداری و دیده‌بانی شامل حبس ابد یا میله‌داغ کشیدن به چشم‌ها، در مقایسه با مجازات‌های مقرر در ماده ۱۲۷ ق.م.ا.، بسیار شدید است و اجرای آن در شرایط کنونی، چندان عملی و به مصلحت نظام نیز نیست. ضمن اینکه ممکن است بعضی از مصادیق معاونت‌ها در قتل عمد، نقش مهم‌تری از نگهداری و دیده‌بانی در وقوع جرم اصلی داشته باشد و اعمال مجازات اخف نسبت به آن‌ها پرسش‌برانگیز است؛ برای مثال، دادن سلاح جنگی یا مواد منفجره به قاتل، بسیار شدیدتر از نگهداری مجنی علیه یا دیده‌بانی است. در این صورت، محکومیت شخص اخیر به حبس درجه ۲ یا ۳ و با امکان تخفیف آن از ۱ تا ۳ درجه

و محکومیت کسی که مقتول را نگاه داشته یا دیده بانی نموده به مجازاتی اشد، مغایر با عدالت کیفری به نظر می‌رسد.

ه) رویه قضایی

با توجه به حکم معاونت در قتل از طریق امساک در فقه و روایات وارده، در نشست قضایی دادگستری مشهد در مهرماه ۱۳۸۰ این گونه بیان شده است: «اصل ۷۶ قانون اساسی مقرر داشته: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» و همچنین ماده ۲ق.م.ا.، در مقام بیان اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هر فعل یا ترک فعلی را که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب کرده است؛ بنابراین، قانون در این مورد ساکت نیست تا به فتاوی معتبر رجوع شود و نظر به اینکه مطابق ماده ۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری: «تعقیب امر جزایی فقط نسبت به مباشر، شریک و معاون جایز دانسته شده است». بنابراین، چنانچه اقدام فرد (ممسک) قابل انطباق با مقررات معاونت در جرم باشد، تحت همین عنوان مجازات خواهد بود، در غیر این صورت مجازاتی نخواهد داشت؛ زیرا در مقررات جزایی عنوان ممسک وجود ندارد» (کارخیران، ۱۳۹۲، ۲۱۱/۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۴۲

در رأی اصراری شماره ۲۱-۱۳۸۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز آمده است: «نظر به اینکه دادگاه رسیدگی کننده پس از نقض نوبت اول (شعبه چهارم دادگاه عمومی) طی دادنامه ۱۲۳۶-۷۸/۷/۲ تصریح نموده:

«... فی الواقع عمل متهم دارای شرایط و ارکان معاونت در قتل عمدی است؛ زیرا عالماً عامداً در وقوع قتل تسهیل نموده که در فقه غنی شیعه به آن عنوان ممسک داده شده است...» و با توجه به بیان عام ماده ۲۰۷ق.م.ا. که شامل تسهیل و معاونت در قتل به هر نحو ممکن هست، موجبی برای یافتن مجازات مذکور در فقه پیدا نکرده و نتیجتاً با قبول عنوان ممسک و تبعیت از دادنامه ۲۰۷-۱۳۷۸/۴/۲۳ شعبه محترم دیوان عالی کشور به صدور رأی مبادرت ورزیده... لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، پرونده غیرقابل طرح تشخیص و جهت اقدام قانونی به شعبه محترم دیوان عالی کشور

اعاده می گردد)) (به نقل از: بیگی و پناهی، ۱۳۹۶، ۱۱۸-۱۱۷)؛ بدین ترتیب هیأت عمومی دیوان عالی کشور، اعمال مجازات تعزیری را برای ممسک پذیرفته و معتقد است عمل ممسک به لحاظ اینکه عالماً و عامداً وقوع قتل را تسهیل می نماید، دارای شرایط و ارکان معاونت در قتل عمد و از مصادیق آن است؛ لذا مجازات بر اساس ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تعیین می گردد و موجبی برای یافتن مجازات مذکور در فقه پیدا نمی شود.

چالش دیگر فرا روی کیفر معاونت شرعی زمانی قابل طرح است که پدر یا جد پدری، در قتل عمدی فرزند خود با قاتل به نحو ممسک معاونت نمایند. علی الاصول با توجه به اینکه کیفر شرعی امساک در قتل عمدی، حبس ابد است، قاتل به عنوان مباشر این قتل عمدی به قصاص نفس و ممسک هم بر اساس صدر ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به عنوان معاون شرعی به حبس ابد محکوم می گردند. این کیفر قانونی برای پدر یا جد پدری که به یکی از صور معاونت قانونی و از طریق غیر از امساک، مسبب قتل فرزند خود شده اند، از موردی که به طور شرعی و از طریق امساک، در قتل عمدی فرزند خود معاونت می نمایند، از حیث میزان کیفر خفیف تر است؛ چراکه در فرض معاونت قانونی در قتل عمدی فرزند، پدر یا جد پدری به حکم ماده ۱۲۷ این قانون به جای حبس ابد، تنها به حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ محکوم خواهند شد. در رفع این چالش و برای اجتناب از تبعیض کیفر برای پدر یا جد پدری در خصوص معاونت در قتل عمدی فرزند خود، لاجرم همان راهکار تبیینی یعنی کیفر معاونت قانونی مندرج در بند الف ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را در اینجا نیز می توان اتخاذ نمود.

۳. چالش های کیفر قانونی معاونت در قتل های عمدی بهره تبیین راهکارها

منظور از اقدامات مجرمانه بی بهره اقداماتی است که فرد به قصد ارتکاب یک جرم انجام می دهد و تمام مراحل ارتکاب یک جرم را طی می کند، ولی بنا به علتی جرم محقق نمی شود و اقدامات انجام شده بی بهره می ماند (نوربها، ۱۳۹۲، ۲۶۵-۲۶۴) از اطلاق عنوان قانونی معاونت در جرم چنین استنباط می شود که معاونت در جرم،

منصرف از آن است که جرم مرتکب اصلی تام یا ناقص باشد^۱، بنابراین، علاوه بر معاونت در قتل عمد، معاونت در شروع به قتل عمد و معاونت در قتل‌های عمدی عقیم و محال هم قابلیت ارتکاب دارد که تعیین کیفر برای آن‌ها با چالش‌هایی مواجه است. اما در خصوص وصف مجرمانه شروع به معاونت در قتل عمد باید اذعان داشت که در حقوق ایران از آنجا که تحقق جرم معاونت، متوقف به ارتکاب جرم یا شروع به اجرای آن از سوی دیگری است و گرنه اصولاً معاونت وصف مجرمانه نخواهد داشت تا معاونت در معاونت مصداق یابد، لذا شروع به معاونت در قتل عمد هم به دلیل ناتمام ماندن و عدم تحقق وصف مجرمانه آن کار (معاونت) جرم محسوب نمی‌شود. لکن در حقوق ایالات متحده آمریکا، بر پایه مقررات ماده (۳) ۲/۰۶ پیش‌نویس رسمی قانون جزای نمونه بر اینکه مباشر، واقعاً کمک معاون را دریافت کند یا اینکه فکر کند که کمک را دریافت کرده است، هیچ تأثیری بار نشده است. بدین سان قانون جزای نمونه قائل به برابری شروع به معاونت و معاونت حقیقی گردیده است (فلچر، ۱۳۸۴، ۳۲۷-۳۲۶)؛ از این رو، چه بسا با عدول از نظریه مجرمیت عاریه‌ای در بحث معاونت و پذیرش این راهکار پیش‌بینی شده در نظام کامن‌لا در حقوق ایران هم بتوان برای شروع به معاونت در قتل عمد و حتی «معاونت محال»^۲ در قتل عمد هم کیفر تعیین نمود.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۴۴

۳-۱. کیفر معاونت در شروع به قتل عمد؛ چالش‌ها و راهکارها

از اطلاق کیفر قانونی معاونت در جرم به شرح مندرج در ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین استنباط می‌شود که علاوه بر معاونت در قتل عمد، معاونت در شروع به قتل عمد هم کیفر دارد که به ظاهر با بند «ت» ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات است. لکن ابهام و چالش قانونی که قضات در عمل با آن مواجه هستند، عدم تعیین تکلیف مقرر ماده ۱۳ ق.م.ا. ۱۳۷۵ از سوی مقنن در

۱. به طور کلی برای توجیه جرم‌انگاری شروع به جرم، مبانی فقهی حرمت مقدمه حرام، سد ذرایع و تجری قابل بررسی است (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ۵۴-۳۴ / الهام و برهانی، ۱۳۹۶، ۲۶۰-۲۵۹).

2. Attempt Complicity.

ماده ۷۲۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌باشد که این ابهام کیفر شروع به قتل عمد، بر حسب اینکه مجازات شروع به قتل عمد را مشمول مقررات ماده ۶۱۳ ق.م.ا. ۱۳۷۵ بدانیم یا به جهت نسخ ضمنی این مقررده به موجب مقررات بند «الف» ماده ۱۲۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲، کیفر قانونی شروع به قتل عمدی را حبس تعزیری درجه چهار تعیین نماییم، کیفر قابل اعمال برای جرم معاونت در شروع به قتل عمد را هم با چالش مواجه می‌کند؛ لذا نیازمند تبیین راهکار فقهی و حقوقی برای جلوگیری از تشتت آرای محاکم کیفری در قبال تعیین کیفر معاونت در شروع به قتل عمد هستیم.

برخی با استناد به اطلاق و عمومات فراز «قوانین و مقررات مغایر با این قانون» و تمثیلی بودن موارد نسخ صریح در ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تجمیع احکام ناظر بر کیفر شروع همه جرایم در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اطلاق واژه «سلب حیات» در بند «الف» این ماده و با لحاظ آخرین اراده مقنن، معتقد به نسخ ضمنی حکم ماده ۶۱۳ توسط بند «الف» ماده ۱۲۲ هستند (الهام و برهانی، ۱۳۹۶، ۲۵۳). بدیهی است در فرض قبول این دیدگاه و با لحاظ کیفر قانونی شروع به قتل عمدی (حبس تعزیری درجه چهار)، کیفر معاونت در شروع به قتل عمدی هم مستنداً به مقررات بند «ت» ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، یک تا دو درجه پایین‌تر از کیفر مباشرت در شروع به قتل عمد خواهد بود؛ لذا عطف به درجات تعزیر مقررده در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مقام محترم قضایی یکی از مجازات‌های تعزیری درجه پنج یا شش را برای معاون شروع به قتل عمد تعیین می‌کند.

برخی هم به دلایل حقوقی و اصولی از جمله عدم نسخ صریح مقررده ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ توسط مقنن ۱۳۹۲ در صدر ماده ۷۲۸؛ با وجود در مقام بیان بودن و تعیین تکلیف نسخ موادی چون مواد ۶۲۵ - ۶۲۹ یا مواد ۷۲۶ - ۷۲۸ از قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، انصراف اطلاق واژه «سلب حیات» به قصاص نفس در بند «الف» ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به قرینه عدم قید قصاص عضو در بند «ب» این ماده، عدم نسخ حکم خاص سابق ماده ۶۱۳ توسط حکم عام لاحق ماده ۱۲۲، بیشتر بودن کیفر شروع به قتل عمدی موضوع بند «الف» ماده

۱۲۲ از کیفر قاتل قصاص نشده در قتل تام^۱، اصل استصحاب اعتبار قانون و به نفع متهم بودن کیفر پیش‌بینی شده در ماده ۶۱۳ قانون ۱۳۷۵ در تعیین کیفر قانونی شروع به قتل عمدی، مجازات حبس شش ماه تا سه سال را برای مباشر شروع به قتل عمد تعیین می‌کنند (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۵، ۱۰۲-۹۸). در فرضی که معتقد به عدم نسخ ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ باشیم؛ کیفر معاونت در شروع به قتل عمد هم مستنداً به مقررات بند «ت» ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، یک تا دو درجه پایین‌تر از کیفر مباشرت در شروع به قتل عمد خواهد بود؛ لذا عطف به درجات تعزیر مقرر در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مقام محترم قضایی یکی از مجازات‌های تعزیری درجه هفت یا شش را برای معاون شروع به قتل عمد تعیین خواهد کرد. راهکار حقوقی و اصولی که برای رفع این چالش قانونی می‌تواند مطرح باشد و ناسخ حکم هیچ‌یک از مقررات ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و بند «الف» ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم نباشد، بر پایه قاعده اصولی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» بر این اندیشه استوار است که شروع در قتل عمد را در فرض احراز قصد قتل و تحقق سایر شرایط مندرج در بندهای الف و ت ماده ۲۹۰ و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، شامل کیفر بند «الف» ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نماییم و در فرض عدم احراز قصد قتل و سایر شرایط مندرج در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، کیفر شروع در قتل‌های عمدی بندهای «ب» و «پ» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را برابر مقررات ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ تعیین کنیم. با اتخاذ این راهکار تبیینی، چالش قانونی فراروی کیفر معاونت در شروع به قتل عمد هم برطرف خواهد شد. با این توضیح که معاونت در شروع به قتل‌های عمدی موضوع بندهای «الف و ت» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به جهت احراز قصد قتل، از کیفر شدید یعنی یکی از مجازات‌های تعزیری درجه پنج یا شش می‌باشد. لکن معاونت در شروع

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۴۶

۱. بیش از ۵ تا ۱۰ سال حبس (کیفر شروع به قتل عمدی مندرج در بند الف ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) در مقایسه با ۳ تا ۱۰ سال حبس (کیفر قتل عمدی تام قاتل در فرض عدم قصاص نفس مندرج در ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵).

به قتل‌های عمدی موضوع بندهای «ب و پ» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به جهت احراز رفتار نوعاً کشنده بودن مرتکب به جای قصد قتل وی، از کیفر خفیف یعنی یکی از مجازات‌های تعزیری درجه شش یا هفت تبعیت می‌کند که بدین ترتیب، اجرای این راهکار توسط قضات، ضمن رفع این تعارض می‌تواند با اصل تناسب کیفر با شدت جرم ارتكابی هم سازگار باشد.

۲-۳. کیفر معاونت در شروع به قتل‌های عمدی عقیم و محال؛ چالش‌ها و راهکارها

در جرم عقیم امکان تحقق جرم وجود دارد، لکن به دلیلی غیر از فقدان موضوع یا عدم تکافوی وسیله، جرم محقق نمی‌شود. حال آنکه در جرم محال، به واسطه فقدان موضوع جرم یا نقص موجود در وسیله ارتكاب، تحقق جرم محال است. نکته قابل تأمل در اینجا کیفر معاونت در قتل‌های عمدی عقیم و محال است. چه‌بسا گفته شود که جرایم عقیم و محال چون بی‌بهره و بی‌نتیجه هستند و جرم مورد نظر در آن‌ها عملاً محقق نشده است و در نتیجه آن‌ها ضرری بالفعل متوجه جامعه نشده و صرفاً در آن‌ها حالت خطرناک مجرم (حالت تجزی) احراز گردیده است، لذا قابل مجازات نیستند. به‌ویژه اینکه در قانون قدیم ذکری از امکان مجازات کردن مرتکبان جرایم عقیم و محال نشده است، ولی در قانون جدید با توجه به اینکه تبصره ماده ۱۲۲ مقرر نموده است که «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام‌شده در حکم شروع به جرم است» قانون‌گذار جرم محال را در حکم شروع به جرم دانسته و مجازات شروع به جرم را برای آن در نظر گرفته است.

در خصوص امکان تصور تحقق معاونت در شروع به قتل عمد در جایی که قتل محال باشد باید گفت که به علت انتفای موضوع جرم در جرم محال، برخلاف جرم عقیم، نمی‌توان عمل مرتکب را حتی شروع به قتل عمدی و رفتار معاون را معاونت در شروع به قتل عمدی دانست؛ لذا تحویل اسلحه به مباشر و تیراندازی وی به‌سوی یک نفر مرده (به گمان زنده بودن او) به قصد قتل و عدم اصابت گلوله به او نمی‌تواند شروع به قتل و معاونت در شروع به قتل عمدی تلقی شود؛ چون تحقق جرم موضوعاً

منتفی است و حتی اگر هم گلوله به هدف برخورد بکنند، قتل محقق نمی‌شد. ولی همان‌طور که دیده شد، قانونگذار آن را در حکم شروع به جرم دانسته است؛ یعنی اگرچه ماهیتاً شروع به جرم نیست، ولی قانونگذار مجازات شروع به جرم را برای آن پیش‌بینی کرده است؛ به عبارت دیگر، قانونگذار ۱۳۹۲ با تعبیر «در حکم شروع به جرم» در تبصره ماده ۱۲۲، تأکید کرده که هر چند جرم محال، شروع به جرم نبوده و ارکان شروع به جرم را نداشته، لکن اراده خود را با تحمیل مجازات آن برای جرم محال نیز بیان داشته است. بر این اساس، اگر شخصی با معاونت دیگری، اقدام به قتل ثالث با مقدار کمی نمک نماید، به تصور اینکه این ماده سفید رنگ سیانور است، مباشر و معاون این قتل عمدی محال، هر کدام به ترتیب قابل مجازات با کیفر شروع به قتل عمدی و معاونت در آن خواهند بود. بدین ترتیب، با رفع ابهام فرا روی کیفر قانونی جرم محال و قابل مجازات دانستن آن با همان کیفر شروع به جرم، چالش‌ها و ابهام‌های مطرح شده در قبال کیفر معاونت در قتل عمدی محال نیز دو چندان خواهد بود. در اینجا نیز همان راهکار منتخب در قبال کیفر معاونت در شروع به قتل عمدی، برای تعیین تکلیف قضات محاکم کیفری در خصوص کیفر معاونت در قتل عمدی محال هم پیشنهاد می‌گردد.

با وجود این، عبارت قانون در تبصره ماده ۱۲۲ به گونه‌ای است که در مورد جرم عقیم این تحمیل مجازات نمی‌تواند صادق باشد؛ لذا با توجه به لزوم قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و امتناع از تفسیر موسع قوانین کیفری، در وضع کنونی مقررات کیفری، کیفر خاصی برای مرتکب جرم عقیم نمی‌توان یافت (اردبیلی، ۱۳۷۹، ۳۲۵)؛ چرا که از دو عبارت «جهات مادی» و «وقوع جرم غیرممکن^۱ باشد»، استفاده نموده

۱. البته اگر غیر ممکن بودن قتل حکمی باشد؛ به این معنا که رفتار قاتل با تعریف قانونی قتل که عبارت از پایان دادن به حیات دیگری است، تطبیق نکند، این قتل عمدی محال حکمی قابل تعقیب و کیفر نیست؛ مثل تیراندازی به مرده به دلیل ناآگاهی قاتل که به جهت عدم تحقق قید و وصف قانونی تعریف قتل (زنده بودن)، قاتل قابل کیفر نخواهد بود. لکن اگر غیر ممکن بودن قتل موضوعی باشد؛ به این معنا که موضوع قتل از نظر تعریف قانونی قتل ناممکن نباشد، بلکه موضوع قتل در وضعیت وقوع قتل عجالاً منتفی باشد. مثل شخصی که شبانگاه به سمت شخصی که در بستر خود خوابیده شلیک می‌کند، غافل از اینکه وی لحظاتی قبل آن بستر را ترک کرده بوده است. در اینجا وقوع قتل عمدی از حیث شروط قانونی این جرم محتمل بوده، لکن به جهت غیبت موقتی موضوع، نتیجه‌ای از تیراندازی حاصل نشده است. برخی از حقوق‌دانان، برخلاف قتل محال حکمی، هیچ مانعی برای کیفر قتل محال موضوعی نمی‌بینند (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۳۲۷؛ محسنی، ۱۳۹۶، ۲۰۰-۱۹۹).

است، این در حالی است که در جرم عقیم، جهات مادی مورد جهل مباشر باعث غیرممکن شدن وقوع جرم نمی‌شود و امکان وقوع جرم در جرم عقیم کاملاً محتمل است. اینکه مقنن جرم محال را مشمول حکم شروع به جرم بداند و جرم عقیم را که قبیح آن به مراتب بیشتر از جرم محال است، بدون مجازات گذاشته باشد، چالشی جدی است؛ لذا برای رفع این چالش و امکان تعیین کیفر برای جرم عقیم و به تبع آن قابل مجازات دانستن معاونت در جرم قتل عمدی عقیم، یکی از دو راهکار ذیل قابل تبیین است:

راهکار اول: به منظور جبران قصور مقنن و قابلیت تعیین کیفر برای جرم عقیم، قضات محاکم با اجتناب از تفسیر ظاهری قانون و با تمسک به قیاس اولویت، مباشر جرم عقیم را نیز مشمول کیفر شروع به جرم بر پایه حکم تبصره ماده ۱۲۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نمایند.

راهکار دوم: قضات برای مجازات جرم عقیم، با فهم اراده واقعی مقنن ولو با تفسیر موسع از فراز «لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند» در صدر ماده ۱۲۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲، منظور از این عامل را تمام عوامل اعم از شخص خاص، عدم توانایی مرتکب، حرکت غیرمترقبه بزه دیده و... بدانند و بر اساس صدر ماده ۱۲۲، مباشر جرم عقیم را به کیفر شروع به جرم محکوم نمایند. در تأیید این راهکار می‌توان به نظریه شماره ۷/۹۲/۲۳۰۰-۱۳۹۲/۱۲/۲ اداره حقوقی قوه قضائیه اشاره نمود که صدر ماده ۱۲۲ را شامل جرم عقیم هم دانسته است.

بدین ترتیب، با اتخاذ هر یک از این راهکارها، اگر شخصی به دیگری اسلحه‌ای برای قتل ثالث تحویل دهد و مباشر به قصد قتل به طرف وی با همان اسلحه تیراندازی کند، اما تیر به هدف اصابت ننماید، مباشر و معاون این قتل عمدی عقیم، هر کدام به ترتیب قابل مجازات با کیفر شروع به قتل عمدی و معاونت در آن خواهند بود.

نتیجه‌گیری

از بررسی تطبیقی مجموع مقررات قانونی ناظر بر معاونت در قتل عمد به‌ویژه قانون مجازات اسلامی سال‌های ۱۳۷۵ و ۱۳۹۲ و آموزه‌های فقهی در خصوص امساک و

نظارت در منابع فقهی و فتاوی فقهای معاصر چنین بر می آید که پراکنده گویی و تنوع مجازات در قبال معاونت در قتل عمد، تکلیف قاضی رسیدگی کننده به موضوع دقیقاً روشن و معین نشده است؛ به طوری که قضات در مقام رسیدگی به پرونده و تعیین کیفر نسبت به معاون قتل عمدی، از یک سو، با مواد قانونی متعدّد و احکام شرعی متهافت در خصوص تعیین کیفر معاونت در قتل عمدی تام و قتل های عمدی بی بهره اعمّ از شروع به قتل عمدی و قتل های عمدی عقیم و محال مواجه هستند و از سوی دیگر، قانونگذار چون به منظور خود از شرع در مقررات قانونی ناظر به موضوع ممسک و ناظر با توجه به اختلاف فقهای اسلامی در این زمینه به صراحت اشاره ننموده است، لذا به درستی قادر به تعیین مجازات نمی باشند؛ بنابراین، این چالش قانونی باعث ایجاد نوعی تشّتت آرا و اختلاف دیدگاه در خصوص موضوع مجازات معاونت در جرم قتل عمدی می شود. وانگهی در حال حاضر، به رغم اینکه نظر مخالفان اجرای مجازات شرعی معاونت در قتل عمدی با اصول حقوقی و موازین شرعی سازگاری بیشتری دارد، واقعیت این است که مقنن در ماده ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تکلیف معاونت در کلیه عناوین مجازات ها اعمّ از حدود، قصاص و تعزیرات را معین کرده است و در صدر این ماده اشعار چنین داشته است که اگر در شرع یا قانون مجازاتی برای معاون مقرر گردیده، دادگاه باید همان مجازات را تعیین نماید و اگر تعیین نشده باشد، آنگاه نوبت به اعمال موارد چهارگانه ماده ۱۲۷ و تبصره های آن می رسد. پیشنهاد می شود در موادی که اجمال یا ابهام در راستای تعیین مجازات، تهافت آرای صادره را در پی دارد، با تأسی از اصول مسلم حقوق کیفری از جمله اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، اصل تساوی مجازات ها و اصل تفسیر قوانین به نفع متهم از حیث مشمول حد یا تعزیر دانستن رفتار ارتكابی معاون در قتل عمدی، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه ای نسبت به احصای روشن کیفر معاونت در قتل عمدی در فروض مختلف و رفع نقیصه های موجود اقدام نماید تا ضمن جلوگیری از صدور آرای متعارض، در آینده یک نوع وحدت دیدگاه در رسیدگی قضایی ایجاد شود و از تفسیرهای ناصواب و احياناً تحمیل مجازات های غیر عادلانه بر مرتکبان معاونت در قتل عمدی پیشگیری شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۵۰

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق)، کفایة الاصول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۲. آقایی نیا، حسین. (۱۳۹۴)، جرایم علیه اشخاص، چاپ سیزدهم، تهران: نشر میزان.
۳. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران: نشر میزان.
۴. _____ . (۱۳۹۷)، حقوق جزای عمومی، چاپ پنجاه و چهارم، تهران: نشر میزان.
۵. اسرافیلیان، رحیم. (۱۳۸۶)، جرایم قابل گذشت، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۶. اسماعیل بیگی، محمد؛ رجایی، حسین و محمدی همدانی، محمد علی. (۱۳۸۹)، تبیین فقهی معاونت در جرم و مقایسه آن با قوانین موضوعه، چاپ دوم، تهران: نشر جنگل.
۷. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن. (۱۳۹۶)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی: جرم و مجرم، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۸. بیگی، جمال. (۱۳۹۵)، «کتاب قصاص (۱)»، کارگاه آموزش ضمن خدمات قضات دادگستری کل استان اردبیل، اردبیل، چهارم شهریورماه ۱۳۹۵.
۹. بیگی، جمال و الیاسی، پروانه. (۱۳۹۲)، «مجازات ممسک و ناظر در قتل عمدی بر پایه آموزه‌های فقهی و حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه فقه جعفری و حقوق نوین، ش ۳، صص ۶۴-۵۱.
۱۰. بیگی، جمال و محمد پناهی، مصطفی. (۱۳۹۶)، «معاونت در قتل عمدی و چالش‌های حقوقی فراروی مجازات آن»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره ۳، ش ۱۸، صص ۱۲۱-۱۰۳.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۲ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۲، ۱۷ و ۲۹، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۳۷۰)، مختلف الشیعه، ج ۲، چاپ پنجم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. حلبی، ابوالصلاح. (۱۳۶۰)، الکافی فی الفقه، چاپ چهارم، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۴. حکیمی نژاد، امراله. (۱۳۹۳) «همکاری در قتل عمدی»، مجله پیام آموزش، ش ۱۴.
۱۵. حسینی یمین، مجتبی. (۱۳۹۰)، تحلیل جرم انکاری و کیفرگذاری امساک و دیده بانی در پرتو قاعده حرمت اعانت بر اثم و نظریه معاونت در جرم، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته معارف و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام.

ابهام‌ها و چالش‌های
قانونی کیفر معاونت
در قتل عمدی و تبیین
راهکارهای فقهی و
حقوقی

۱۶. حکیم، سیدمحسن. (۱۴۰۸ق)، *حقائق الأصول*، ج ۲، قم: نشر بصیرتی.
۱۷. شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش. (۱۳۷۷)، *نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری*، چاپ دوم، تهران: نشر روزنامه رسمی کشور.
۱۸. شیخ الاسلامی، عباس. (۱۳۹۶)، «مبانی تحولات قانونی در قلمرو مداخله کنندگان در ارتکاب جرم»، *فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هشتم، ش (پیاپی ۱۵)، صص ۱۶۲-۱۳۵.
۱۹. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۱)، *قواعد فقه؛ بخش حقوق جزا*، چاپ پنجم، تهران: نشر سمت.
۲۰. فاضل موحدی لنگرانی، محمد. (۱۳۸۳)، *جامع المسائل*، جلد دوم، چاپ یازدهم.
۲۱. فلچر، جورج پی. (۱۳۸۴)، *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، چاپ اول، مشهد: نشر دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۲۲. فیض، علیرضا. (۱۳۹۶)، *مبایده فقه و اصول؛ مشتمل بر بخشی از مسائل آن دو علم*، چاپ بیست و پنجم، تهران: نشر دانشگاه تهران.
۲۳. قبله‌ای خوبی، خلیل. (۱۳۹۲)، *ترجمه و تعلیق بر مبانی تکمله المنهاج: قصاص*، تهران: نشر سمت.
۲۴. قدسی، سید ابراهیم. (۱۳۹۴)، *جنایت علیه جسم ایران در حقوق کیفری ایران (نظری - کاربردی)*، چاپ اول، تهران: نشر گام حق.
۲۵. طوسی، ابن حمزه. (۱۳۷۵)، *الوسيلة الی نیل الفضیله*، جلد هفتم، چاپ دوم، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۶. کارخیران، محمدحسین. (۱۳۹۲)، *کامل ترین مجموعه محشای قانون مجازات اسلامی*، چاپ دوم، تهران: نشر راه نوین.
۲۷. کریمی، امیرمحمد؛ موسوی مجاب، سیددرید و آقابابایی بنی، اسماعیل (۱۳۹۲)، «معاونت در قتل عمدی از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه»، *فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی*، دوره ۴، ش ۱۴، صص ۲۹-۷.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۷۶)، *الکافی*، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۲)، *بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی (۳-۲-۱)*، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۳۰. جمعی از نویسندگان. (۱۳۷۹)، *گنجینه آرای فقهی قضایی*، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

۳۱. مجلسی، محمدباقر. (۱۳۷۴)، بحارالانوار، جلد هفتاد و دوم، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۳۲. محسنی، مرتضی. (۱۳۹۶)، دوره حقوق جزای عمومی: پدیده جنایی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر گنج دانش.
۳۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد چهارم، قم: نشر اسماعیلیان.
۳۴. ———. (۱۴۲۲ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، جلد ۱-۲، چاپ چهارم، قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۷)، قواعد فقه: بخش جزایی، چاپ سی و پنجم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۶. مرعشی شوشتری، محمدحسن. (۱۳۷۱)، «شرح قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه رهنمون، ش ۱.
۳۷. مصطفایی، یحیی. (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی احکام معاونت و شرکت در قتل‌های غیر عمد در قوانین جزایی ایران و انگلستان»، فصلنامه کارآگاه، دوره دوم، سال ششم، ش ۲۳، صص ۶۴-۴۴.
۳۸. مقتدایی، مرتضی. (۱۳۹۶)، آرشیو دروس خارج فقه آیت الله مرتضی مقتدایی ۸۹-۸۸، نشر دیجیتال، اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق)، مجموعه استفتائات جدید، ج ۱، چاپ دوم، قم: نشر مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۴۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۳۷۷)، استفتائات، ج ۱، تهران: نشر نجات.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۷۳)، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ دوم، قم: نشر دارالکتاب العلمیه اسماعیلیان نجفی.
۴۲. ———. (۱۳۸۲)، تحریر الوسیله، ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۱)، مبانی تکمله المنهاج، جلد اول، ترجمه علیرضا سعید، چاپ چهارم، تهران: نشر خرسندی.
۴۴. میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۹۵)، جرایم علیه اشخاص، چاپ بیستم، تهران: نشر میزان.
۴۵. نجفی اصفهانی، محمد رضا. (۱۴۱۳ق)، وقایع الأذهان، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.

۴۶. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. جلد چهل و دوم، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۷. نوربها، رضا (۱۳۹۲)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ سی و چهارم، تهران: نشر گنج دانش.
۴۸. نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، جلد هجدهم، بیروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاهیات التراث.

Bibliography

1. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 2004/1383. *Jāmī' al-Masā'il*. 11th. Vol. 2. Qum.
2. al-Ḥalabī, Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfī fī al-Fiqh*. Edited by Riḍā al-'Uṣṭādī. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn.
3. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1991/1370. *Mukhtalaf al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 5th. Vol. 2. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
4. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 2001/1422. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' (al-Nafi' fī Mukhtaṣar al-Sharā'i)*. 4th. Vols. 1,2. Qum: Mu'assasat al-Mtbū'āt AL-Dīnīyya.
5. —. 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Vol. 4. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
6. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1986/1407. *al-Kāfī*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
7. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
8. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allāma al-Majlisī). 1995/1374. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-'Imma al-Aṭhār*. 3rd. Vol. 72. Tehran: Kitāb Furūshī Islāmī.
9. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2003/1382. *Tahrīr al-Wasīla*. Vol. 4. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۵۴

10. —. 1953/1373. *Tahrīr al-Wasīla*. 2nd. Vol. 2. Qum: Dār l-Kitāb al-‘Ilmīyya Ismā‘īlīyān Najafī.
11. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1988/1367. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 3rd. Edited by ‘Abbās al-Qūchāni. Vol. 42. Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
12. al-Nūrī al-Ṭabrisī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā‘il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā‘il*. Vol. 18. Beirut: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ḥyā‘ al-Turāth.
13. al-Ṭabātabā‘ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1987/1408. *Ḥaqā‘iq al-Uṣūl*. 5th. Qum: Maktabat Baṣīratī.
14. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn ‘Alī (Ibn Ḥamza al-Ṭūsī). 1996/1375. *al-Wasīla ilā Nayl al-Faḍīla*. 2nd. Vol. 7. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uẓmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
15. ‘Amīd Zanjanī, ‘Abbas ‘Alī. 2012/1391. *Qavā‘id-i Fiqh: Bakhsh-i Ḥuqūq-i Jazā‘*. 5th. Tehran: Nashr-i Samt.
16. Āqāyī Nīyā, Ḥusayn. 2015/1394. *Jarāyim ‘Alayh-i ashkhāṣ*. 13th. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
17. Ardabīlī, Muḥammad ‘Alī. 2018/1397. *Ḥuqūq-i Jazāy-i ‘Umūmī*. 54th. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
18. —. 2014/1393. *Ḥuqūq-i Jazāy-i ‘Umūmī*. 13th. Vol. 2. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
19. Biygī, Jamāl. 2016/1395. *Kitāb-i Qiṣāṣ*. 4th. Ardabil.
20. Biygī, Jamāl, and Muṣṭafā Muḥammad Panāhī. 2017/1396. "Mu‘āvinat dar Qatl-i ‘Amdī va Chālīshhā-yi Ḥuqūqī-yi Farārū-yi Mujāzāt-i Ān." *Faṣlnāmi-yi Ta‘ālī-yi Ḥuqūq* 3 (18): 103-121.
21. Biygī, Jamāl, and Parvāni Ilyāsī. 2013/1392. "Mujāzāt-i Mumsik va Nāzīr dar Qatl-i ‘Amdī bar Pāyi-yi Āmūzihā-yi Fiqhī va Ḥuqūq-i Muwḍū‘i-yi Irān." *Faṣlnāmi-yi Fiqh-i Ja‘farī va Ḥuqūq-i Nuvīn* (3): 51-64.
22. Fayd, ‘Alī Riḍā. 20017/1396. *Mabādī-yi Fiqh va Uṣūl: Mushtamil bar Bakhshī az Masā‘il-i Ān Du ‘Ilm*. 25h. Tehran: Dānishgāh-i Tehrān (tehran University).
23. Fletcher, George P. 2005/1384. *Maḥāhīm-i Bunyādīn-i Ḥuqūq-i Kiyfarī*. Translated by Sayyid Mahdī Sayyidzād Thānī. Mashhad: Nashr-i Dānishgāh-i

- ‘Ulūm-i Islāmī-yi Raḍavī.
24. 2000/1379. *Ganjī-yi Ārā-yi Fiqhī-Qaḍāyī*. Qum: Markaz-i Taḥqīqat-i Fiqhī-yi Quvvi-yi Qaḍā’īyyi.
 25. Guldūziyān, Iraj. 2013/1392. *Bāyi’sīhā-yi Ḥuqūq-i Jazā-yi Ikhtišāšī*. 3rd. Vols. 1,2,3. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
 26. Ḥakīmī Nīzhād, Amr Allāh. 2014/1393. "Hamkāri dar Qatl-i ‘Amdī." *Payām-i Āmūzish* (14).
 27. Ḥusaynī Yamīn, Mujtabā. 2011/1390. *Taḥlīl-i Jurm Ingārī va Kiyfar Guzārī-yi Imsāk va Did-i Bānīdar Partov-i Qā’idi-yi Ḥurmat-i I’ānat bar Ithm va Naẓarīyyi-yi Mu’āvinat dar Jurm*. MA Thesis, Danishgāh-i Imām Šadiq (Imam Sadiq University).
 28. Ilhām, Ghulam Ḥusayn, and Muḥsin Burhānī. 2017/1396. *Darāmadī bar Ḥuqūq-i Jazā-yi ‘Umūmī: Jurm va Mujrim*. 3rd. Vol. 1. tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
 29. Isrāfīlyān, Raḥīm. 2007/1386. *Jarāyim-i Qābil-i Guzasht*. 2nd. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
 30. Kār Khiyrān, Muḥammad Ḥusayn. 2013/1392. *Kāmiltarīn Majmū’i-yi Muḥashshā-yi Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī*. 2nd. Tehran: Nashr-i Rāh-i Nuvīn.
 31. Karīmī, Amīr Muḥammad, Sayyid Durayd Mūsavī Mujāb, and Ismā’īl Āqā Bābāyī Banī. 2013/1392. "Mu’āvinat dar Qatl-i ‘Amd az Manzar-i Fiqh-i Jazāyī va Ḥuqūq-i Muwḍ’i." *Muḥāli’āt-i Fiqhī Falsafī* 4 (14): 7-29.
 32. Makārim Shīrāzī, Nāšir. 2009/1427. *Isṭiftā’āt-i Jadīd*. Qum: Madrasī-yi Imām ‘Alī Ib Abī Ṭālib.
 33. Mar’ashī Shūshtarī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. 1992/1371. "Sharḥ-i Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī." *Faṣlnāmi-yi Rahnamūn* (1).
 34. Mīr Muḥammad Šāiqī, Ḥusayn. 2016/1395. *Jarāyim ‘Alayh-i Ashkhās*. 20th. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūdī-yi Mīzān.
 35. Muḥammadī Hamidānī, Muḥammad ‘Alī, Biygī Muḥammad Ismā’īl, and Ḥusayn Rajāyī. 2010/1389. *Tabayīn-i Fiqhī-yi Mu’āvinat dar Jurm va Muqāyisi-yi ān bā Qavānīn-i Muwḍū’i*. 2nd. Tehran: Nashr-i Jangal.
 36. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 2018/1397. *Qava’id-i Fiqh: Bakhsh-i Jazāyī*. 35th. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm-i Islāmī.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۵۶

37. Muḥsinī, Murtaḍā. 2017/1396. *Duwrī-yi Ḥuqūq-i Jazā-yi 'Umūmī: Padīdi-yi Jināyī*. 4th. Vol. 2. Tehran: Nashr-i Ganj-i Dānish.
38. Murtaḍā, Muqtaḍāyī. 2009-2010/1388-1389. *Arshiv-i Dars-i Khārij-i Āyat Allāh Murtaḍā Muqtaḍāyī*. Markaz-i Taḥqīqāt-i Rāyāniyī-yi Qā'imīyyi-yi Iṣfahān. Iṣfahān.
39. Mūsavī Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm. 1998/1377. *Iṣṭiftā'āt*. 2nd. Tehran: Nashr-i Nijāt.
40. Mūsavī Khu'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. 2012/1391. *Mabānī-yi Takmilat al-Minhāj*. 4th. Translated by 'Alī Riḍā Sa'īd. Qum: Nashr-i Khursandī.
41. Muṣṭafāyī, Yaḥyā. 2013/1392. "Muṭāli'i-yi Taṭbīqī-yi Āḥkām-i Mu'āvinat va Shirka dar Qatlhā-yi Ghiyr-i 'Amd dar Qavānīn-i Jazāyī-yi Irān va Ingilistān." *Faṣḥnāmi-yi Kār Āgāh* 6 (23): 44-66.
42. Nūr Bahā, Riḍā. 2013/1392. *Zamīni-yi Ḥuqūq-i Jazā-yi 'Umūmī*. 34th. Tehran: Nashr-i Ganj-i Dānish.
43. Qibli'ī Khu'ī, Khalīl. 2013/1392. *Tarjumi va Ta'līq bar Mabānī-yi Takmilat al-Minhāj: Qiṣāṣ*. Tehran: Nashr-i Samt.
44. Qudsī, Sayyid Ibrāhīm. 2015/1394. *Jināyat 'Alayh-i Jism-i Irān dar Ḥuqūq-i Kiyfarī-yi Irān (Naẓarī-Kārburdī)*. Thran: Nashr-i Gām-i Haq.
45. Riḍā, al-Najafī al-Iṣfahānī. Muḥammad. 1992/1413. *Wiqāyat al-Adhḥān*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
46. Shahrī, Ghulām Riḍā, and Surūsh Sutūdi Jahrumī. 1998/1377. *Naẓarhāy-i Idāri-yi Ḥuqūqī-yi Quvvi-yi Qaḍāyī-yi dar Zamīni-yi Masā'il-i Kiyfarī*. 2nd. Tehran: Nashr-i Rūznāmi-yi Rasmī-yi Kishvar.
47. Shiykh al-Islāmī, 'Abbās. 2017/1396. "Mabānī-yi Taḥavvulāt-i Qānūnī dar Qalamruv-i Mudākhilli Konandigān dar Irtikāb-i Jurm." *Pazhuhishnāmi-yi Ḥuqūq-i Kiyfarī* 8 (1): 135-162.

The killing of the deserving death toward the Imam by another in the five sects of Islam with emphasis on criminal law (1392)¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.53938.1663.

Abdolali Tavajohi

Associate Professor of Law, Faculty of Humanity Sciences, Shahed University, Tehran - Iran; Tavajohi@shahed.ac.ir

Mohaddeseh Moeinifar

Assistant Professor of Theology and Islamic thought (Islamic jurisprudence and fundamentals of Islamic law), Faculty of Islamic Sciences and Researches, Imam Khomeini International University (IKIU), Qazvin-Iran (Corresponding Author); Moeinifar@isr.ikiu.ac.ir

**Justārḥā-ye
Fiḥī va Uṣūlī**

Vol.6, No. 20
Fall 2020

Receiving Date: 2019-04-11; Approval Date: 2019-09-15

159

Abstract

The deserving death is a jurisprudential debate in which the evolution of discussion about it is different in Islamic sects. Sunni jurists believe that the deserving death toward Imam are only the warlike, the rebel and the belligerent, and in their view, in the killing of the warlike and the rebel by the non-Imams, the retaliation are not pronounced and only in fixed legal punishment, they are obliged to execute it by the Imam; Otherwise, retaliation and blood-price are

1. **Tavajohi**. A (2020); "The killing of the deserving death toward the Imam by another in the five sects of Islam with emphasis on criminal law"; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 6; No: 20; Page:159-193 ; Doi: 10.22034/jrj.2019.53938.1663.

pronounced. In addition to the cases of the Sunni jurists referred before, the shia jurists have developed the domain of the deserving death to reprehensible act, insulting the Prophet, and the Imams, the pretender of the Prophecy and the reprehensible act of tributary, and most of the shia jurists in all cases, except insulting the Prophet, and the Imams believe that it is not permissible to kill the aforementioned individuals without the permission of the Imam and condemn the perpetrator to be guilty and must be received discretionary punishment.

Keyword: deserving death, the belligerent, the warlike, the rebel , insulting the Prophet.

اقدام غیر در قتل مهدورالدم در موارد مختص به حاکم در مذاهب خمسسه بانگاهی به عملکرد مقنن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲^۱

عبدالعلی توجّهی^۲

محدثه معینی فر^۳

چکیده

مهدورالدم از مباحث فقهی است که تطوّر بحث درباره آن، در مذاهب اسلامی متفاوت است. فقهای اهل سنت، موارد اجرای حکم قتل مهدورالدم مختص به حاکم را، تنها کافر حربی، باغی و محارب می دانند و در مورد قتل کافر حربی و باغی به دست غیر حاکم، قصاص را ثابت ندانسته و تنها در خصوص حدود، قائل به اجرای آن به دست حاکم هستند و در غیر این صورت، قصاص و دیه ثابت است. فقهای امامیه دامنه این اختصاص را علاوه بر موارد مورد نظر فقهای اهل سنت، به مسئله عامل منکر، سبّ النبی ﷺ و ائمه اهل بیت، مدعی نبوت و فجور اهل ذمه توسعه داده اند و اکثر فقهای امامیه در تمامی موارد، به جز سبّ النبی ﷺ و ائمه اهل بیت، قتل افراد فوق الذکر را بدون اذن امام ائمه جازب ندانسته و فرد خاطی را گناهکار و مستحق تعزیر دانسته اند. قانونگذار نیز در ماده ۳۰۲ و

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمسسه
۱۶۱

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴

۲. دانشیار حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران-ایران: Tavajohi@shahed.ac.ir

۳. استادیار فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین المللی امام خمینی، قزوین-ایران
(نویسنده مسئول): Moeinifar@isr.ikiu.ac.ir

۳۰۳ ق.م.ا. ۱۳۹۲ از نظریه مذکور تبعیت نموده و علاوه بر ثبوت دیه، تعزیر را در صورت عدم اجازه دادگاه مقرر کرده است.

کلیدواژه‌ها: مهدورالدم، محارب، کافر حربی، باغی، سائب‌النبی صلی الله علیه و آله، مذاهب
خمسه.

درآمد

سلب حیات انسان به‌عنوان شدیدترین جرم علیه اشخاص، با واکنش شدید در همه جوامع همراه است. در نظام حقوقی اسلام، مجازات قتل عمدی، قصاص است که از آن در قرآن کریم به‌عنوان عامل حیات‌بخش جامعه یاد می‌شود. با وجود این، ارتکاب بعضی اعمال از سوی مسلمانان یا اهل ذمه، موجب زوال عصمت و حرمت خون آن‌ها می‌شود که از آنان با عنوان «مهدورالدم» یاد می‌شود.

مطالعات در دو حوزه فقه و حقوق درباره مهدورالدم، بیشتر به موضوع تأثیر اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول پرداخته و به بیان نظر فقهای امامیه و حقوقدانان اکتفا شده، در حالی که موضوع پژوهش حاضر، تحلیل اقدام غیر در قتل مهدورالدم در موارد اختصاص اجرای این حکم به حاکم در فقه مذاهب خمسسه با نگاهی مختصر به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ش. است. در این زمینه نیز مطالعات انجام شده بسیار اندک است. برای نمونه، مجیدی (۱۳۹۷) در مقاله‌ای با عنوان «آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در قبال قتل مهدورالدم» می‌کوشد با رجوع به مبانی فقهی آن، سیاست کیفری ایران را در قبال قتل مهدورالدم به نقد بکشد و به مواردی چون خدشه به اصل قضایی بودن، برائت و قانون‌مندی جرائم و مجازات و لطمه به نظم عمومی، به عنوان نارسایی سیاست کیفری ایران پیش و پس از تصویب ق.م.ا. ۱۳۹۲ ش. اشاره می‌کند. رویکرد وی در این مقاله بیش از آنکه فقهی باشد، حقوقی است، در حالی که پژوهش حاضر، علاوه بر فقه امامیه، تلاش نموده به فقه اهل سنت نیز توجه یابد. بر اساس همین، می‌توان ادعا کرد مطالعه‌ای در این زمینه در فقه مقارن صورت نگرفته و تفاوت دیدگاه میان فقهای امامیه و اهل سنت در این موضوع مورد توجه جدی واقع نگشته است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۶۲

پژوهش حاضر در صدد پاسخ گویی به این سؤال است که از نظر فقه امامیه و اهل سنت، چه کسانی در صورت مهدورالدم شدن، اجرای حکم قتل آنها تنها در اختیار حاکم است؟ به علاوه، حکم قتل آنان به دست افراد دیگر بدون اذن امام و ادله آن چیست؟ این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته و بر فرضیه‌های ذیل مبتنی است. فقهای امامیه برخلاف اهل سنت دامنه گسترده‌ای را برای مهدورالدم نسبت به حاکم در نظر گرفته‌اند و اکثر آنان معتقدند هر چند قصاص یا دیه در آن ثابت نیست، فرد خاطی گناه کرده و تعزیر بر او ثابت است، در حالی که فقهای اهل سنت در اکثر موارد به‌رغم آنکه این افراد را تنها نسبت به امام مهدورالدم می‌دانند، مجازاتی را برای آن در نظر نگرفته‌اند.

۱- مفهوم و انواع مهدورالدم

«مهدور» از ماده «هدر» و به معنای باطل بودن و مهدورالدم در اصطلاح کسی را گویند که خون او باطل و در نتیجه، قصاص یا دیه‌اش ساقط است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۲۱۸۷۷/۱۴؛ صفی‌پور، بی‌تا، ۳ و ۴/۱۳۵۸؛ فتح‌الله، ۱۴۱۵ق، ۴۱۳)، در حالیکه آیت‌الله خویی و برخی دیگر، مهدورالدم را به سه گروه تقسیم می‌کنند: مهدورالدم نسبت به شخص یا جماعت خاص و معین، مانند دفاع مشروع (حلی، ۱۳۸۶، ۱۵۶)؛ مهدورالدم نسبت به همه مسلمانان با اذن حاکم شرع مثل مستحق حد؛ مهدورالدم نسبت به همه مسلمانان بدون اذن وی مثل سائب‌النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و ائمه عَلَيْهِمُ السَّلَام که کشتن وی بلاشکال است؛ هر چند با اکراه باشد؛ البته اگر فتنه‌ای رخ ندهد. در دو مورد اخیر، حکم آن مثل حکم سایر نفوس محترمه است. پس قتل او حتی با تقیه و اکراه جایز نیست (روحانی، ۱۴۱۳، ۴۹۵/۱۴؛ موسوی‌خویی، ۱۴۱۱ق، ۱/۶۹۶-۶۹۷؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۴/۴۴۵)؛ از نظر دیگر فقها، میان موارد دوم و سوم فرقی نیست. پس اگر کسی آنها را بدون اذن حاکم بکشد، فعل حرامی انجام داده، قصاص و دیه ندارد، اما آیت‌الله خویی در کشتن زانی و لائط بدون اذن امام، به ثبوت قود یا دیه با تراضی قائل است (موسوی‌خویی، ۱۴۱۱ق، ۱/۶۹۶-۶۹۷).

به نظر می‌رسد در صورت قبول نظریه عدم وجوب کسب اذن از امام در قتل سائب‌النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تفکیک مورد نظر آیت‌الله خویی درباره انواع مهدورالدم بسیار

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

دقیق‌تر است و در غیر آن، این تفکیک بی‌فایده است. البته با بررسی ادله در ادامه ثابت می‌شود که سَابِ النَّبِيِّ ﷺ از دایره مهدورالدم نسبت به حاکم تخصصاً خارج است. البته حاکم اسلامی می‌تواند برای پیشگیری از اخلال نظم در جامعه، برای اعمال مجازات در قتل سَابِ النَّبِيِّ ﷺ ضوابط خاصی را تعیین کند.

۲- موارد اباحه دم مختص به حاکم

موارد اجرای حکم مهدورالدم مختص به حاکم در فقه امامیه شامل مواردی چون سَابِ النَّبِيِّ ﷺ و ائمه اهل‌بیت، مدعی نبوت، عامل به منکر، محکوم به اجرای حدود، محارب، اهل ذمه فاجر، باغی و کافر حربی است، اما در فقه اهل سنت تنها محدود به حدود، بغی، محاربه، کافر حربی و تعزیر به قتل است.

۲-۱. موارد اباحه دم مختص به حاکم در فقه امامیه

نظریات گوناگونی درباره موارد اباحه دم مختص به حاکم و قتل وی بدون ملاحظه اقسام آن توسط شخص دیگر میان فقهای امامیه وجود دارد. برخی قائل به جواز قتل وی بدون اذن امام هستند که این نظر در موضوع سَابِ النَّبِيِّ ﷺ و ائمه اهل‌بیت مدعی نبوت، حدود و ارتداد دیده می‌شود. بر اساس این دیدگاه، هر کس پیامبر ﷺ و ائمه اهل‌بیت را سب کند، خون وی هدر است و هر کس که می‌شنود، می‌تواند او را به قتل برساند. دلیل آن خبری مرسل در باب قصاص است (حلی، ۱۳۸۶، ۱۵۶؛ اسدی، ۱۴۱۹ق، ۵۷۴/۳؛ حلی، ۱۳۸۹، ۵۴۹/۴؛ موسوی خویی، تکملة منهج، ۱۴۱۰ق، ۷۳/۲). همچنین برخی معتقدند قتل سَابِ النَّبِيِّ ﷺ منوط به اذن امام اهل‌بیت نیست (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۲۸۴/۱؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ۴۸/۲۶) که مستند آن روایت هشام بن سالم، ظاهر روایات دیگر در مورد سب امام علی اهل‌بیت، حسنه محمد بن مسلم و روایت داوود بن فرقد است که مهمترین آن‌ها بررسی می‌شوند. نخست، در روایت هشام بن سالم آمده است: از امام صادق اهل‌بیت درباره حکم شتم کننده رسول خدا ﷺ سؤال شد، فرمود: او را نزدیک‌تر پس نزدیک‌تر پیش از رفع آن به امام بکشید (کلینی، ۱۴۰۱ق، ۲۵۹/۷) که دلالت این روایت بر این قول بسیار صریح است. دوم حسنه محمد بن مسلم از

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۶۴

امام باقر ع است: مردی از قبیله هذیل رسول الله ص را سب می کرد. خبر آن به پیامبر ص رسید. پیامبر ص فرمود: کیست این مرد را کیفر کند؟ دو مرد از انصار بلند شدند و عرض کردند: ما ای پیامبر خدا! آن دو رفتند به عربه محل زندگی مرد هذیلی رسیدند. جست و جو کردند، او را یافتند. او مشغول گوسفندچرانی بود. به وی سلام نکردند. او پرسید: شما کیستید و نامتان چیست؟ گفتند: تو فلانی فرزند فلانی هستی؟ پاسخ داد: آری، از مرکب فرود آمدند، گردن او را زدند و برگشتند. محمد بن مسلم می گوید: پس از شنیدن این داستان راستان، از امام باقر ع پرسیدم: آیا اگر امروز مردی پیامبر ص را سب کند، کشته می شود؟ امام فرمود: اگر بر جانت ترسی، پس او را بکش (کلینی، ۱۴۰۱، ۲۶۷/۷). فارغ از بحث سند، هر چند گروهی که اذن امام ع را برای کشتن سائب النبی ص لازم نمی دانند، به این روایت استناد کرده اند، اما این روایت تنها شرط انجام را عدم ورود ضرر به جان انسان بیان کرده است و به علاوه از فحوی روایت بر می آید که پیامبر ص در این روایت اذن چنین کاری را صادر کرده اند، اما شاید موافقان عدم نیاز به اذن امام به جمله پایانی روایت استناد کرده اند که امر «فاقتله» در آن وجود دارد که به نظر می رسد چون شارع در مقام بیان است و یکی از شروط انجام آن را نیز بیان نکرده است، این امر را به صورت مطلق گذارده است.

به علاوه، به روایت سعید بن مسیب هم اشاره شده است: معاویه نامه ای به ابوموسی نوشت که شخصی مردی را دیده است که با عیالش همبستر شده و آن شخص زانی را کشته است و قضاوت را نزد معاویه بردند. معاویه داستان را طی نامه به ابوموسی اشعری نوشت و گفت قضاوت برایم مشکل شده است. تو مخفیانه این مسئله را از علی بن ابیطالب ع پرس و جواب آن را بفرست. ابوموسی می گوید: در بین راه به امیرالمؤمنین ع رسیدم، بدون اینکه داستان را بگویم، پرسش را مطرح کردم. امام ع فرمود: به خدا قسم در کوفه و تمام مناطقی که من حاکم هستم و تحت ولایت من است، چنین قضیه ای اتفاق نمی افتد که یک مردی جرئت کند به سراغ زن شوهردار برود و با او زنا کند. این قضیه مال اینجا نیست، این مسئله را از کجا آوردی؟ ابوموسی می گوید: چاره ای نداشتم و گفتم معاویه به من نوشته است.

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

ابوموسی می گوید: امام فرمود: «من ابوالحسن علی بن ابیطالب هستم. اگر چهار تا شاهد آورد و شهادت دادند که این مرد با زن او زنا کرده است، قصاص نمی شود و اگر شاهد نداشت، دفعش می کنند و فانی و هلاک می کنند (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰/۳۱۴). این روایت نیز به جهت دو راوی مجهول مرسل و فاقد اعتبار است. همچنین این روایت مخصوص موضع زوج است و قابل تسری به موارد دیگر نیست.

روایت داوود بن فرقد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۸/۲۱۷) نیز که درباره حکم قتل ناصبی است، علاوه بر ضعف سند، استدلال به آن نیز تمام نیست؛ زیرا موضوع روایت، نصب امام است که در محل خود قابل بحث است.

خبر دیگر در این باره خبر عامری (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰/۸۶؛ جمعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۹/۱۹۴) درباره سب امام علی علیه السلام است که در هر دو روایت آخر، حکم قتل سب با ناصبی به صورت مطلق بیان شده است. از مجموع روایات به دست می آید که فقها از اطلاق آن‌ها به لزوم عدم اذن از امام رسیده‌اند. علاوه بر این، ادعای شهرت و بلکه اجماع نیز وجود دارد که مخالف اجماع منقول از شیخ مفید و علامه حلی است (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۱۰/۵۴۴-۵۴۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۱/۲۸۴). فارغ از اشکال وارد به اجماع که در اینجا به جهت وجود روایات، اجماع مدرکی و مستند است. در مقابل این اجماع، اجماع دیگری وجود دارد که در نتیجه، دلیل معتبری نخواهد بود. همچنین، ظاهر روایت عمار سجستانی از عبدالله بن نجاشی (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۹/۲۳۰) بر این امر دلالت دارد که کفاره قتل نفس یا دیه آن، گوسفند نیست که امام دستور ذبح داده‌اند، بلکه ذبح گوسفند به سب ترک مستحب یعنی سبقت از امام علیه السلام است و غیر از آن چیزی بر عهده او نیست (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۱۰/۵۴۴-۵۴۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۱/۲۸۴). در مقابل این روایت، روایتی (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰/۸۶) وجود دارد که درباره سب است و خون او را مباح می‌داند، ولی به گوسفند اشاره نشده است. البته عده‌ای چون شیخ معتقدند بر هر کس کشتن سب سب النبی ﷺ و ائمه علیهم السلام بدون اذن حاکم به شرط عدم هراس از به خطر افتادن جان و مال خود یا مؤمن دیگری جایز است و جواز آن در صورت وقوع ضرر و بر اساس روایتی از امام صادق علیه السلام و روایت عامری منتفی است (جمعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۹/۱۹۴؛ عاملی، ۱۴۱۱ق، ۲۴۱؛ فقاعانی، ۱۴۱۸ق، ۲۹۵؛

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۶۶

موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۴۷۷؛ اسدی، ۱۴۱۹، ۹/۴۵۱). متن روایت امام صادق علیه السلام به این شرح است: «پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: هر کس بشنود که کسی درباره من بدی می گوید، واجب است بر او که بکشد، هر کس را که به من دشنام می دهد و نیازی به بردن وی نزد حاکم نیست و در صورتی که او را نزد حاکم ببرند، حاکم باید او را بکشد» (کلینی، ۱۴۰۱ق، ۷/۲۶۷).

درباره مدعی نبوت نیز علامه حلی به دلیل موثقه ابن ابی یعفور^۱ کشتن وی را بدون اذن امام جایز می داند و دیه ای بر عهده قاتل او نیست (حلی، ۱۳۸۶، ۱۵۶). مفاد این روایت نیز اطلاق دارد و اساساً به اذن امام اشاره ای نکرده است.

درباره ارتداد، زنا، محصنه و لواط نیز دیدگاه جواز قتل بدون اذن امام مطرح است. هر چند در کتب فقهی تنها به این سه حد اشاره شده، اما در سایر حدودی که مجرم در آن‌ها محکوم به مجازات مرگ است نیز می توان آن را مطرح نمود؛ مانند زنا، به عنف. افزون بر این، در بسیاری از حدود و تعزیرات در صورت تکرار، مجازات مرگ هم در نظر گرفته می شود که درباره آن میان فقها اختلاف است، اما «قول اقوی، ثبوت مجازات مرگ پس از چهار بار است» (علامه، ۱۴۲۲ق، ۱/۳۱۰؛ علامه، تذکره) بی تا، ۸/۵۸-۶۰؛ علامه، تبصره) بی تا، ۲۵۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴/۴۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۴۹۶؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ۲۵/۵۴۹).

از نظر برخی اجرای حدود الهی نیز بر عهده امام یا نایبش است (علامه، ۱۴۱۹ق، ۹/۴۵۱؛ آبی، ۱۴۰۸ق، ۱/۴۳۳؛ قمی، بی تا، ۵۸۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۱/۳۴۲؛ عاملی، ۱۴۱۱ق، ۲۴۱؛ فقعی، ۱۴۱۸ق، ۲۹۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴/۴۸۵)؛ زیرا ولایت او بر کسی که حد بر او اجرا می شود، غیر از ولایت پدر، زوج و مولا و در صورت عدم حضور امام علیه السلام، بر عهده فقهای جامع الشرایط است. همچنین امام علیه السلام بدون اذن مولا می تواند به جهت عمومیت ولایتش، حد را اجرا کند؛ زیرا ولایت امام علیه السلام اولی و امام نسبت به مؤمنان، اولی از خودشان است. پس اگر حد، قتل یا رجم باشد، بر اساس احتیاط در نفوس و خون اختصاص به امام علیه السلام دارد (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۱۰/۴۷۳-۴۷۴). مستند

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

۱۶۷

۱. قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «أن بربيعاً يزعم أنه نبي؟ فقال: إن سمعته يقول ذلك، فاقته» (كليني، ۱۴۰۱ق، ۷/۲۵۸).

این نظر اجماع فقهای امامیه و روایتی از علی علیه السلام از پیامبر صلی الله علیه و آله است (قمی، بی تا، ۵۸۳). البته نظر ضعیفی وجود دارد مبنی بر آنکه مرد بر زوجه، فرزند و مملوکش می تواند اجرای حد کند (آبی، ۱۴۰۸ق، ۴۳۳/۱). علامه حلی می نویسد: بر مولا واجب است حد تازیانه، شرب، سرقت و ارتداد را بر مملوک خود (مرد یا زن، مزدوج یا غیر مزدوج) اجرا کند و فرقی نمی کند حد از طریق بینه، اقرار یا علم ثابت شده باشد و متوقف بر اذن امام نیست (علامه، ۱۴۲۲ق، ۳۲۱/۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۴۳۶/۳). ایشان با تأکید بر قتل مرتد بیان می کند قتل وی با شمشیر و به دست امام است، اما اقرب آن است مولا، خود، بنده خویش را به سبب ارتداد بکشد (علامه، ۱۴۲۲ق، ۳۹۴/۵) و اگر مسلمانی، مرتدی را بکشد، قصاصی بر او نیست و بنا بر اقرب هم دیه ندارد؛ هر چند در قتل وی تجاوز کرده و بدون اذن امام باشد (اسدی، ۱۴۲۲ق، ۴۵۸/۵)، اما گناه کرده و تعزیر بر او ثابت است (عاملی، ۱۴۱۴ق، ۱۶۶؛ اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۱۹۸/۳).

ابن زهره نیز اقامه حد توسط مولا بر بنده را بدون اذن امام به دلیل روایت «و اقیما الحدود علی ما ملکتم ایمانکم» جایز می داند و برای غیر مولا به دلیل اجماع، جایز نمی داند (حلبی، ۱۴۱۷ق، ۴۲۵).

علاوه بر این، در زمان غیبت، فقیه مؤمن می تواند حدود را اجرا کند و مردم نیز باید او را مساعدت کنند. اگر ظالمی او را به اقامه حد مجبور کند، در صورتی که قتل حرامی نباشد، اجرای حد جایز است، اما اگر ظالم او را بر قضا اکراه کرد تا جایی که می تواند باید بر وجه شرعی حکم کند و در غیر این صورت، تقیه پیشه کند (آبی، ۱۴۰۸ق، ۴۳۳/۱).

فقهای پس از متولی حد، درباره حکم اقدام به اجرای حد از سوی شخصی غیر امام یا نایب او بدون اذن ایشان، سه نظر را مطرح کرده اند: ثبوت قصاص، عدم ثبوت قصاص و دیه، ثبوت دیه و عدم ثبوت قصاص.

برخی معتقدند اگر قتل کسی به جهت زنا یا لواط واجب شد و غیر امام علیه السلام او را کشت، دیه و قصاص بر او ثابت نیست، به سبب روایتی از امام علی علیه السلام که می فرماید: قصاص بر او (زوج) ثابت است، مگر آنکه بینه بیاورد؛ بنابراین، امام تنها از قاتل بینه خواسته و اقرب انتفای قصاص است مطلقاً؛ زیرا او مباح الدم و قتل

او همچون حربی واجب است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۱۷۲/۵؛ علامه، ۱۴۲۲ق، ۴۵۸/۵-۴۵۹؛ حلی، ۱۴۰۹ق، ۹۸۸/۴؛ نجفی، ۱۳۶۷، ۱۶۵/۴۲-۱۶۶؛ اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۱۴/۳؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۱۰۴/۱۴؛ جبعی‌عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۵/۱۵۳). البته اشکال شده که مقتضی ادله قصاص، ثبوت قصاص است برای هر کسی که عمداً کسی را به قتل برساند و از این ادله، تنها موارد جواز قتل خارج است و بقیه در ذیل ادله باقی می‌ماند؛ زیرا در این فرض، به قاتل چنین اجازه‌ای داده نشده، پس داخل در ادله قصاص است. مستند این نظر روایتی از کنانی از امام صادق علیه السلام است. همچنین روایت مذکور اختصاص به زوج دارد و برای سرایت آن به موارد دیگر، هیچ وجهی وجود ندارد و در کتاب حدود هم به زوج اجازه داده شده هر کس را که در حال زنا با زوجه‌اش ببیند، بکشد پس زوج هم داخل مخصص است (روحانی، ۱۴۱۴ق، ۴۷/۲۶-۴۸)؛ بنابراین، زوج تنها با آوردن چهار شاهد از قصاص رهایی می‌یابد. آیت‌الله خوئی این روایت را ضعیف می‌داند و می‌نویسد: «چگونه می‌توانیم قاتل به جواز و سقوط قصاص و دیه باشیم؛ زیرا این مورد مخصوص زوج است، نه موارد دیگر و حق خروج و تعدی از مورد روایت را نداریم و در سایر موارد، مرجع عمومات و اطلاعات می‌باشد» (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۴۴۶-۴۴۷). برخی معتقدند اگر مقتول مهدورالدم باشد، مثل زانی محصن، لائط و مرتد و کسی او را به اذن امام بکشد، کفاره واجب نیست، اما اگر به غیر اذن باشد، در آن اشکال است (موسوی‌خوئی، منهاج)، ۱۴۱۰ق، ۳۲۱/۲؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۹۰ق، ۵۲۳/۲). اجماع صحابه نیز از ادله ادعایی است (طوسی، ۱۴۲۰ق، ۱۷۲/۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۹۰/۱۱) و در اینجا کفاره و دیه ثابت نیست (علامه، ۱۴۲۲ق، ۴۵۸/۵-۴۵۹). در مسالک نیز گفته شده است: «خون او مطلقاً هدر و قتل او، متوقف بر اذن امام است؛ اما اگر غیر امام او را بکشد، گناه کرده است» (روحانی، ۱۴۱۴ق، ۴۷/۲۶). فاضل هندی نیز معتقد است حرمت او شرعاً منتفی و قتل وی واجب است؛ هرچند قتل او برای غیر امام و نایش جایز نیست، اما وجوب قتل او با وجوب قتل مستحق قصاص تفاوت دارد؛ زیرا قصاص، مخصوص ولی دم است و با اسقاط وی ساقط می‌شود (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۹۰/۱۱). برخی در تضعیف آن بیان می‌کنند عدم ثبوت قصاص، دیه و کفاره تنها در دفاع مشروع از عرض و نفس، قتل سبّ‌النبی صلی الله علیه و آله و سلم و ائمه علیهم السلام و مثل آن است، نه در

اقدام غیر در قتل
 مهدورالدم در موارد
 مختص به حاکم در
 مذاهب‌خمس

مورد کسیکه حد زنا یا لواط برای او ثابت شده و غیر امام بدون اذن او را می‌کشد (موسوی خویی (منهاج)، ۱۴۱۰ق، ۳۵۶/۲؛ روحانی، ۱۴۱۷ق، ۴۱۳؛ روحانی، سیدمحمد، ۱۴۱۴ق، ۳۵۴/۲؛ روحانی، ۱۴۰۴ق، ۳۸۹/۲).

از نظر امامیه، اگر مسلمان مرتدی را بکشد، قطعاً به خاطر عدم مکافتت، قصاص بر او ثابت نیست، اما ثبوت دیه مشکوک است (نجفی، ۱۳۶۷ق، ۱۶۶/۴۲). شیخ طوسی می‌فرماید: قتل مرتد به عهده امام است، نه آحاد مردم و هر کس در این کار زیاده روی کند، ضامن است و اگر مرتد به دارالحرب بگریزد و امام قادر به کشتن وی نباشد، پس اگر شخصی او را بکشد، ضمانی بر او نیست؛ اما از نظر شیخ همان قول اول اقوی است؛ زیرا اگر تیر تصادفاً با مسلمان محقون الدمی برخورد کند، او ضامن است، همان طور که به سوی مرتد تیری اندازد و به او اصابت کند، درحالیکه او مسلمان باشد (طوسی (المبسوط)، بی تا، ۲۵/۷). اما اقرب نزد محقق حلی، فاضل هندی، شهیدثانی و دیگران آن است که به دلیل اصل و عدم احترام نفس او دیه ثابت نیست، هر چند قاتل مرتکب گناه شده است (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۶۶۲/۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۷ق، ۱۶۶/۴۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۶۷-۶۶/۱۰). ظاهراً در چگونگی استیفای قتل به گونه‌ای که شارع تعیین نموده مثل رجم، شمشیر و... فرقی نیست؛ زیرا همگی این امور در مطلوب شارع یعنی إزهاق نفس مشترک هستند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۶۷-۶۶/۱۰).

همچنین شیخ می‌نویسد: اگر مردی به قتل مرتدی بدون اذن امام مبادرت کند، بر اساس روایت «من بدل دینه فاقتلوه»، ضمانی بر عهده او نیست؛ زیرا وی مباح الدم است، اما تعزیر به جهت عدم اذن بر او ثابت است (طوسی (النهاية)، بی تا، ۲۸۴/۷). برخی در رد این نظر می‌گویند: «در قتل مرتد توسط ذمی، بدون هیچ اختلافی قصاص بر وی ثابت است، اما اقتضای حکم دوم آن است که در مورد قتل مرتد توسط ذمی نیز قائل به عدم قصاص شد؛ زیرا برای ادعای اختصاص دلیلی وجود ندارد. پس از اینجا احتمال داده می‌شود که دیه واجب باشد؛ زیرا او نسبت به غیر امام محقون الدم است. در مقابل، قول ضعیفی در مسالک وجود دارد که کشتن مرتد بدون اذن امام همچون کشتن لائط یا زانی بدون اذن او صرفاً گناه است» (نجفی، ۱۳۶۷ق، ۱۶۶-۱۶۷/۴۲).

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۷۰

برخی معتقدند کشتن حربی نیاز به اذن امام ندارد و اگر شخصی او را بکشد، نه قصاص دارد و نه دیه (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۳/۱۴)؛ زیرا از نظر امامیه، کفر از اسباب زوال عصمت دم است و کافر از کسانی است که شارع خون او را مباح دانسته و هیچ‌گاه مسلمانی به سبب کشتن کافر ولو بدون اذن امام قصاص نمی‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۶۷/۱۰)، اما تعزیر می‌شود (موسوی‌خویی، بی‌تا، ۶۲/۲).

نظریه دیگر، عدم جواز قتل مهدورالدم بدون اذن امام است. دامنه این نظر از سَابِّ النَّبِيِّ ﷺ تا کافر حربی است. شیخ مفید در مقنعه می‌فرماید: بر اساس روایت سجستانی، مرفوعه ابراهیم بن هشام و روایتی در مبسوط، قتل سَابِّ النَّبِيِّ ﷺ بدون اذن امام جایز نیست (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۱۰/۵۴۴-۵۴۶). همچنین، فقهای امامیه در ذیل امر به معروف و نهی از منکر پس از ذکر مراتب آن از زبان تا ضرب، جرح و قتل را بیان می‌کنند و اگر منتهی به جرح یا قتل شود، بدون اذن امام جایز نیست، اما اگر به ضرب منتهی شود، بدون اذن امام جایز است (آبی، ۱۴۰۸ق، ۱/۴۳۲؛ اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۷/۵۱۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ۱۰/۶۴۹). ابن براج نیز بیان می‌کند اگر به مرحله استفاده از دست رسید، در این مرحله مکلف بدون اذن امام عادل یا جانشین او نمی‌تواند اقدام کند (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۱/۳۴۱). به نظر می‌رسد وی ضرب را در این حکم (حرمت اجرای آن بدون اذن امام)، ملحق به جرح و قتل می‌داند.

برخی نیز معتقدند اگر مسلمانی، زانی محصن یا لائط را بدون اذن امام بکشد، قصاص بر او مانند قتل قاتل به دست غیر ولی دم ثابت است؛ زیرا کسی را کشته که حقی نسبت به کشتن او نداشته است (طوسی‌المبسوط)، بی‌تا، ۷/۴۷-۴۸؛ ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۱۰ق، ۱۵۶). البته شیخ به قاتل آن اشاره‌ای نکرده، اما آیت‌الله خویی این نظر را تکمیل نموده است: «ثبوت قصاص و با تراضی دیه به جای قصاص ثابت می‌شود» (موسوی‌خویی، تکملة)، ۱۴۱۰ق، ۲/۷۳). آیات عظام فیاض، وحید خراسانی، سیدمحمدصادق روحانی و سیدمحمد روحانی از نظر آیت‌الله خویی تبعیت نمودند و قائل به ثبوت قصاص و دیه با تراضی و کفاره شده‌اند؛ زیرا او نسبت به دیگران غیر امام محقون الدم و کشتن وی ظلم و عدوان است (فیاض، بی‌تا، ۳/۱۳۵ و ۱۸۸؛ وحید خراسانی، بی‌تا، ۳/۳۶۶ و ۴۰۷؛ روحانی، سیدمحمد، ۱۴۱۴ق، ۲/۳۵۴؛ روحانی، ۱۴۰۴ق، ۲/۳۸۹).

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

محقق حلی تنها متولی جنگ با محارب را امام یا نایبش می‌داند (حلی، ۱۴۰۳ق، ۲۳۵/۱). از نظر سایر فقها نیز مجازات محارب با امام است، بخواهد او را بکشد یا مصلوب کند یا دست و پایش را قطع کند و گفته شده، اگر بزند، بکشد و مالی را سرقت کند، بر امام است که دست راست او را به جهت سرقت قطع کند، سپس او را به اولیای دم مقتول بسپارد تا مال را از او بگیرند و او را بکشند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۱۶۴/۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۳/۲).

در یک جمع‌بندی باید میان اذن امام در جنگ با آنان و اذن امام در قتل آن‌ها تفاوت گذاشت که شهید ثانی نیز این نظر را دارد: «قتل حربی بدون اذن امام جایز است؛ هر چند جواز جهاد ضد کافر حربی متوقف بر اذن اوست. میان قتل حربی و جنگیدن با وی تفاوت است؛ زیرا جهاد از وظایف امام است» (جمعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۵۳/۱۰).

دیگر نوع اباحه دم نسبت به حاکم، ارتداد و فجور اهل ذمه در دارالاسلام است. قتل مرتد نیز متوقف بر اذن امام است (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۳/۱۴). همچنین در صورتی که اهل ذمه از شرایط مورد نظر حکومت اسلامی خارج شوند، به گونه‌ای که مرتکب فجور شوند یا تظاهر به شرب خمر کنند یا... خون آن‌ها حلال و ذمه آنان باطل است، اما کسی غیر امام یا مأذون او، نمی‌تواند متولی قتل آنان گردد (حلی، ۱۴۱۰ق، ۳۵۲/۳).

مورد دیگر، باغی است که شیخ طوسی پس از تعریف باغی به عنوان کسی که بر امام عادل خروج می‌کند، بیان می‌دارد که امام باید نسبت به قتل آنان اقدام کند و بر دیگران همراهی امام لازم است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۳۱۵/۵) و کشتن آنان برای غیر امام جایز نیست (طوسی (الرسائل)، بی تا، ۲۴۴). محقق حلی تنها متولی جنگ با باغی و اهل بغی را امام یا نایبش می‌داند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۳۱۵/۵؛ حلی، ۱۴۰۳ق، ۲۵۶/۱).

علاوه بر حدود می‌توان در تعزیر نیز موضوع یادشده را طرح نمود. اگر منظور از تعزیر معنای خاص آن (مجازات غیر مقدر) (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۳۶/۳) باشد، با توجه به دو دیدگاه محدود بودن آن به تازیانه (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، ۳۵-۳۰) و عدم محدودیت و شمولیت آن نسبت به مصادیق دیگر (مانند حبس، توییح و ضرب) (علامه، ۱۴۲۲ق،

۳۴۹/۵: تبریزی، ۱۴۱۶ق. ۴۲۶/۱: محقق داماد، ۱۳۹۴، ۲۲۳)، می‌توان اذعان نمود، طبق نظریهٔ اول، در این حوزه مهدورالدم نسبت به حاکم متصور نیست؛ اما در دیدگاه دوم، اگر فقها دامنه تعزیر را تا قتل نیز گسترش دهند، می‌توان آن را متصور شد. برای نمونه، در موضوع اتیان بهیمه، طبق یک روایت مجازات تعزیری او تازیانه (قول مشهور) و طبق روایت دیگر قتل است (حلی، ۱۴۰۷ق، ۱۳۱/۵-۱۳۲؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۲۲/۱). البته در این زمینه، نظری درباره تعزیر به قتل و کشتن خاطی (تعزیرشونده) بدون اذن حاکم یافت نشد؛ زیرا بیشتر فقیهان هدف از تعزیر را بازگشت خاطی و توقف انجام گناه از سوی او می‌دانند (طوسی، ۱۴۱۶ق، ۶۸/۸-۷۰؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۳۶/۳) که قطعاً با قتل چنین هدفی محقق نمی‌شود؛ بنابراین، لازم است از منظری دیگر به این موضوع توجه نمود.

به نظر می‌رسد اگر نظرها درباره حق یا حکم بودن اعمال تعزیر برای حاکم، خدا یا مردم بررسی شوند، ابعاد مسئله بیشتر روشن شود. برخی چون شیخ طوسی، ابوحنیفه و شافعی بر این باورند این امر از حقوق و اختیارات حاکم است، البته با این تفاوت که شیخ آن را مقید به عدم اصلاح مجرم جز از راه اعمال تعزیر دانسته است، اما فقهای اهل سنت آن را مطلق می‌دانند (طوسی، ۱۴۱۶ق، ۴۹۷/۵). برخی دیگر نیز این امر را از تکالیف حاکم تلقی کرده‌اند (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، ۸۱). همچنین برخی از تعزیر اعمال مشابه حد قذف، به‌ویژه در تعدد سب و اجتماع و عدم اجتماع سب‌شدگان در طلب اجرای تعزیر سخن گفته و معتقدند اگر این نوع از تعزیر حق الله باشد، حاکم اختیار دارد به‌نحو مصلحت، مجازات تعزیر را اجرا کند (تکرار تعزیر یا عدم تکرار)، اما اگر در زمره حق الناس (مسبوب) باشد، دیگر حاکم چنین اختیاری ندارد (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۲۰۳/۲). همچنین برخی معتقدند تعزیر برای همه امور حرام قابل جعل است و به ادله‌ای چون حفظ نظام و روایات استناد می‌کنند که برخی نظر این گروه را رد می‌کنند (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۱۵۰/۲-۱۵۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۹۸/۷)؛ اما در صورت پذیرش نظر اول صرف نظر از آثار منفی آن، می‌توان چنین فرض نمود که قتل نیز می‌تواند یکی از تعزیرهای مذکور باشد. به‌علاوه آنکه در این مرحله، این موضوع با امر به معروف و نهی از منکر حیطه مشترک می‌یابد که با مراجعه به نظر فقها در مطالب قبل، نهی از منکر در مرحله ضرب و قتل باید با اذن امام علیه السلام صورت گیرد.

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

همچنین یکی از مباحث مطرح در فقه امامیه در دوره‌های اخیر، حکم حکومتی، ولایی یا سلطانی است. حکم حکومتی «به معنای دستور حاکم شرعی به اجرای احکام یا الزام به انجام دادن یا ترک کردن کاری بر پایه مصالح حکومتی خاص و ضوابط پیش‌بینی شده در شرع است» (طباطبایی، ۱۳۴۱، ۸۲-۸۵؛ منتظری، ۱۳۸۰، ۵۲۰). یکی از مواردی که می‌تواند در قلمرو این نوع از حکم قرار گیرد، موضوع مجازات است که با عنوان «تعزیرات حکومتی» شناخته می‌شود. برای نمونه، در پاسخ به استفتایی درباره گسترش مصادیق تعزیر گفته شده است: «از آنجا که تشکیل حکومت اسلامی از ضروریات و شارع مقدس آن را امضا نموده است و اسلام اهتمام به حفظ نظام مادی و معنوی نموده و این مهم بدون در نظر گرفتن عقوبات دیگر مانند حبس و غیره قابل تحقق نیست؛ بنابراین، عقوبات مشروعیت دارد. در صورتی که رعایت قانون بشود و افراد نااهل متصدی نباشد» (روحانی، ۱۳۷۸، ۶۹-۷۰)؛ بنابراین، در تعزیر به قتل^۱ نیز می‌توان حکم عدم جواز قتل توسط دیگران و بدون اذن امام را به دست آورد.

۲-۲. موارد اباحه دم مختص به حاکم در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، موارد اباحه دم مختص به حاکم محدود به حد، بغی، محاربه، کافر حربی و تعزیر به قتل است. به نظر می‌رسد در تمامی موارد، آنان قائل به عدم ثبوت قصاص و دیه هستند؛ هر چند گاهی نظر مخالف نیز دیده می‌شود؛ یعنی هر چند متولی مجازات این افراد امام یا نایب اوست؛ اما در صورت قتل توسط غیر امام، قصاص و دیه ثابت نیست و با وجود اینکه تعزیر را ثابت می‌دانند، قائل به جواز این امر هستند. در مورد اجرای حد زانی و لائط بدون اذن امام از شافعی دو قول وجود دارد:

الف) بنا بر صحیح‌ترین اقوال، قصاص مطلقاً ثابت نیست؛ زیرا حد خداوند استیفا شده که این نظر به دلیل دو روایت است (شربینی، ۱۳۷۷، ۱۵/۴؛ انصاری و سنکی، ۱۴۲۲ق، ۳۰۰/۴؛ قلیوبی و برلسی عمیره، بی‌تا، ۱۳۶/۱۴؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۱۷۲/۵). همچنین خون

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۷۴

۱. در حال حاضر، مقنن استفاده از کیفر مرگ را در قبال تعزیرات نپذیرفته و در درجات هشتگانه ماده ۱۹ق.م.ا. به آن اشاره‌ای نکرده است.

وی هدر است، مگر در صورت رجوع او از اقرار یا رجوع شهود از شهادت (شافعی، ۱۴۰۳ق، ۷۵/۶).

ب) قصاص ثابت است؛ زیرا کسی او را کشته که مستحق نبوده است (شریعی، ۱۳۷۷، ۱۵/۴؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۱۷۲/۵؛ قلیوبی و برلسی عمیره، بی تا، ۱۳۶/۱۴)؛ اما از نظر برخی، استیفای حد زنا در صورت آزاد یا عبد مبعوض بودن زانی، به عهده امام یا نایب اوست؛ اما اگر عبد باشد به عهده مولای اوست (شریعی، ۱۳۷۷، ۱۵/۴؛ علیش مصری، ۱۴۰۹ق، ۱۹/۶۶۳)، اما نووی بیان می‌دارد که امام یا نایب او باید حد را بر آزاد اجرا کند؛ زیرا در زمان پیامبر ﷺ و خلفا، حد بدون اذن ایشان انجام نمی‌شد و حق خداوند تعالی محتاج به اجتهاد است. همچنین، در صورت حضور امام، حد بنده با امام و در غیر آن، به عهده مولاست (نووی (المجموع)، بی تا، ۳۸/۲۰). به علاوه، وی به روایتی از عمر نیز استناد کرده است که بر اساس آن، خون کسیکه در حال زنا با زوجه دیگری است، هدر است (نووی (المجموع)، بی تا، ۳۶۰/۱۸؛ طوسی، ۱۴۲۰ق، ۱۷۲/۵). البته استدلال به این روایت نیز مخدوش است؛ زیرا موضوع مخصوص به زوج است، نه غیر او. مالک معتقد است اگر کنیز مزدوج باشد، اجرای حد با امام است، مگر اینکه همسر کنیز، عبد مولا باشد که در این صورت حد با مولاست (نووی (المجموع)، بی تا، ۳۸/۲۰).

از نظر ابن مسعود، ابن عمر، حسن بصری، أسود، اوزاعی، ثوری و شافعی، برای مولا اقامه حد بر کنیز یا غلام به غیر اذن امام جایز است، اما برای غیر مولا، بدون اذن امام جایز نیست (طوسی، ۱۴۲۰ق، ۳۹۵-۳۹۶؛ طوسی، ۱۴۲۰ق، ۱۱/۸-۱۲؛ قمی، بی تا، ۵۸۳)؛ اما ابوحنیفه و اصحابش معتقدند اقامه حد فقط برای امام است (کحلانی، ۱۳۷۹، ۱۱/۴؛ قمی، بی تا، ۵۸۳). طحاوی در این باره به حدیثی از مسلم بن یسار استناد می‌کند و می‌گوید: «مخالفی از اصحاب برای آن نیافتم» (کحلانی، ۱۳۷۹، ۱۱/۴). ظاهراً بهوتی نظر ابوحنیفه را در ارتداد برگزیده است: هیچ کس به جز امام یا نایبش حق کشتن مرتد (آزاد یا بنده) را ندارد؛ زیرا کشتن او حق خداست و با این روایت از پیامبر ﷺ «أقیموا الحدود علی ما ملکتم ایمانکم» در تعارض نیست؛ زیرا قتل مرتد به خاطر کفر اوست نه حد و نمی‌توان به جای اجرای آن، از او فدیة یا دیه گرفت، بلکه بر اساس روایت «من بدل دینه فأقتلوه» از پیامبر ﷺ به نقل از بخاری، وی پس از توبه

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

کشته می‌شود؛ بنابراین، اگر کسی غیر امام یا نایب او را بکشد، به جهت تجاوز نسبت به امام یا نایب تعزیر می‌شود، اما ضامن نیست؛ زیرا خون مرتد (قبل و بعد از توبه) هدر است. پس اگر مرتد به دارالحرب فرار کند، کشتن وی بر هرکس، بدون نیاز به توبه و گرفتن اموال او واجب است (بهوتی، ۱۴۱۸ق، ۶/۲۲۱؛ رملی، ۱۴۰۰ق، ۲۴/۴۳۱).

سایر فقهای اهل سنت با نظر ابوحنیفه مخالف‌اند. سابق می‌نویسد: «اگر کسی کافر حربی، زانی محصن و مرتد را بکشد، هیچ ضمانی بر قاتل نیست. پس قصاص و دیه ندارد؛ زیرا همه این افراد بر اساس روایتی از پیامبر ﷺ مهدورالدم هستند» (انصاری و سنیکی، ۱۴۲۲ق، ۴/۳۰۰؛ دسوقی، ۱۳۷۳، ۱۸/۴۱؛ سابق، ۱۳۹۷، ۲/۵۲۴). سرخسی معتقد است اگر فردی، زانی محصنی را بکشد، بر عهده او چیزی نیست؛ زیرا امام خون وی را هنگام قضاوتش حلال کرده است (دسوقی، ۱۳۷۳، ۱۸/۴۱؛ خرشی مالکی، بی‌تا، ۲۲/۲۹۴؛ سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۹/۲۰۴). همچنین حرمت و احترام نفس وی ساقط شده و این سقوط ضرورتاً اقتضای سقوط حرمت اعضای بدن وی را دارد. هر چند فردی که زانی را کشته است، بر رأی و نظر امام تجاوز کرده، اما فعل او بسان فعل امام و امام در استیفای حد به منزله جماعتی از مسلمانان است، همان‌طور که اگر امام هنگام اجرای حد اشتباه کند، بر او چیزی نیست، پس بر مجری غیر امام برای حد نیز ضمانی نیست (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۹/۲۰۴).

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۷۶

اما فقهای شافعی به جهت همان روایت از بخاری معتقدند، اگر مرتد آزاد باشد، باید به دست امام یا نایب او کشته شود؛ زیرا قتل کسیکه به سبب خداوند مستحق مرگ است، به عهده امام و مأذون اوست، مثل رجم زانی. بنا بر اصح، اجرای حد بنده مرتد بر عهده مولاست. اما اگر کسی به غیر ولی یا امام یا مأذون وی، او را بکشند؛ اولی به جهت عدول از مأموّزه و دومی به جهت استبداد بر امام و اینکه حقی از قصاص یا دیه بر عهده او نیست، تعزیر می‌شوند (شرینی، ۱۳۷۷، ۴/۱۴۰؛ نووی (المجموع)، بی‌تا، ۱۹/۲۴۳).

دربارهٔ عبد باید گفت دو نظر وجود دارد: ۱. قتل وی توسط مولا جایز است؛ زیرا اقامه عقوبتی که برای حق خداوند واجب می‌شود، مثل اقامه حد برای مولا جایز است. ۲. قتل او برای مولا جایز نیست؛ زیرا حق خداوند به حق مولا ارتباطی ندارد.

پس به خلاف حد زنا، در آن حقی برای مولا نیست؛ زیرا در حد زنا حق وی برای اصلاح ملکش وجود دارد (نوی(المجموع)، بی تا، ۲۳۴/۱۹). البته اگر غیر امام مرتدی را بکشد، بر عهده قاتل چیزی نیست؛ زیرا خون او مباح است، به خاطر حق خداوند و نه حق انسان‌ها که در آن عفو و دیه راه داشته باشد (خرشی مالکی، بی تا، ۲۹۴/۲۲؛ ابن نجیم، بی تا، ۹/۱۴؛ انصاری و سنیکی، ۱۴۲۲/۴؛ شافعی، ۱۴۰۳/۶، ۷۵/۶). گرچه به جهت تعدی بر امام تعزیر می شود (دسوقی، ۱۳۷۳، ۴۱/۱۸؛ خرسی مالکی، بی تا، ۲۹۴/۲۲؛ رملی، ۱۴۰۰، ۴۳۱/۲۴؛ ابن نجیم، بی تا، ۹/۱۴؛ انصاری و سنیکی، ۱۴۲۲/۴، ۳۰۰/۴).

در کتب فقهی اهل سنت باب مستقلی با عنوان سَابَّ النَّبِیِّ مشاهده نمی گردد و سَابَّ النَّبِیِّ را «مرتد» می دانند. فقهای حنبلی نیز او را کافر و قتلش را واجب می دانند؛ هر چند قول دیگری نیز وجود دارد که وی را باید توبه داد و اگر توبه نکرد، باید او را کشت (مقدسی، بی تا، ۱۸۱/۱۱).

مذهب حنفی معتقد است: «هر کس در قلب، کینه رسول الله را داشته باشد، مرتد است. پس سَابَّ النَّبِیِّ به طریق اولی مرتد است و به عنوان حد کشته می شود و توبه او در سقوط مجازات تأثیری ندارد و فقیهان شافعی، قاذف یا دشنام دهنده پیامبر یا پیامبران مذکور در قرآن کریم را از مصادیق مرتد و مجازات آنان را قتل می دانند» (جزیری، ۱۴۰۶، ۴۲۹/۵).

از نظر فقهای شافعی، هر کس مدعی نبوت را تصدیق کند، نیز مرتد است (قلیوبی و برلسی عمیره، بی تا، ۱۱۱/۵). ظاهراً سایر فقهای اهل سنت در این باره نظری ندارند و از منظر فقهای شافعی ادعای نبوت، جرم نیست و پیامبر را به جهت معجزاتشان، مدعی نبوت نمی دانند.

نوی معتقد است: اگر شخصی بدون اذن امام حد سرقت را اجرا کند، قصاصی بر او نیست، هر چند منجر به مرگ شود، اما به جهت سرپیچی از دستور امام باید تعزیر شود (نوی(المجموع)، بی تا، ۴۷۵/۳) و اگر فردی شخصی را بدون اذن امام بکشد، قصاصی نیست؛ زیرا مرگ وی محتوم، اما دیه برای ورثه ثابت است (نوی(المجموع)، بی تا، ۴۸۰/۳؛ انصاری، بی تا، ۲۷۴/۱۱).

فقهای شافعی درباره محارب بیان می کنند قتل محارب با امام است، نه غیر او

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

و اگر امام نباشد، با کسی است که به حق علیه آنان قیام کرده است (نووی(المجموع)، بی تا، ۲۵۱/۱۹).

ابوحنیفه، مالک و احمد بن حنبل معتقدند چنانچه کسی قبل از محکومیت محارب یا بعد از آن، دست محاربی را که مالی را ربوده است، قطع کند یا محاربی که مرتکب قتل شده به قتل برساند، قصاص نمی شود، اما به دلیل نداشتن اذن حاکم تعزیر می شود (عوده، ۱۹۹۳م، ۲۵۶/۲).

در مورد باغی یا قطاع الطریق نیز بیان می کنند، اگر قاضی حکم قطع دست و پا را صادر و برای اجرای حکم، او را زندانی کند و در این زمان، مردی بدون اذن امام علیه السلام وی را بکشد، بر عهده او چیزی نیست؛ زیرا امام خون او را حین قضاوتش حلال کرده است (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۲۰۴/۹).

از نظر اهل سنت، در صورتی که کافر حربی در زمان جنگ با مسلمانان یا در مقام دفاع توسط مسلمانان کشته شود، مهدورالدم است و در صورتی که در غیر میدان جنگ یا پس از اسارت و انتقال به سرزمین های اسلامی کشته شود، مرتکب قتل، به عنوان قاتل تعقیب نمی شود، اما به جهت ارتکاب قتل بدون اجازه حکومت اسلامی، باید مجازات شود (عوده، ۱۹۹۳م، ۵۳۴/۱). محقون الدم بودن مقتول از شروط اجرای قصاص و پرداخت دیه است و قتل کافر حربی، قصاص، دیه و کفاره ندارد؛ زیرا مطلقاً خون او مباح است و ذمی یا مسلمان بودن قاتل نیز در این موضوع تأثیری ندارد (ابن قدامه، بی تا، ۳۵۱/۹).

علاوه براین، در فقه اهل سنت، درباره تعزیر به قتل نیز دو نظر جواز و عدم جواز مطرح است (سابق، ۱۳۹۷، ۵۹۲/۲). برخی چون مالک، تعزیر به قتل را در اموری مانند حلال دانستن محرّمات الهی و انجام آن ها پذیرفته اند (نووی(روضه)، بی تا، ۲۶/۲). همچنین ابن تیمیه نظریه تعزیر به قتل را به فقهای حنفی نسبت داده است، به ویژه در اموری چون جماع در غیر قُبُل، کشتن زن باردار در ماه های پایانی بارداری، جاسوسی به منظور ایجاد فساد، تکرار جرایمی مثل سرقت یا سبّ النبی صلی الله علیه و آله از سوی اهل ذمه هرچند بعد از آن اسلام بیاورد، لواط، سحر، ادعای نبوت، تسلط و شورش بر مسلمانان. دلیل این گروه روایت و عمل صحابه است و این نوع مجازات را قتل

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۷۸

سیاسی می‌دانند. همچنین این گروه از فقها قتل این افراد را مباح و قاتل او را از ثواب برخوردار می‌دانند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۵ق، ۴/۲۳۰-۲۳۳). ابن‌نجیم نیز مواردی چون آزار و اذیت مردم و جمع شدن افراد بر گنا‌هانی چون غنا و شرب خمر را به موارد فوق افزوده است (مصری، ۱۴۱۸ق، ۶/۳۶۰). به‌علاوه، این نظر به فقهای شافعی نیز نسبت داده شده است. از نظر این دو گروه از فقها، اگر موجب تعزیر به‌واسطه تکرار یا امور دیگر توسعه یابد، موجب ترقی تعزیر به قتل می‌شود (ابن‌عابدین، ۱۴۱۵ق، ۴/۳۹۸-۴۰۰). در مقابل، از نظر برخی، تعزیر از حقوق حاکم است؛ زیرا او ولایت عام بر مسلمانان دارد و غیر از او حق اجرای تعزیر را ندارد، مگر پدر، زوج و مولا (سابق، ۱۳۹۷، ۲/۵۹۳-۵۹۴). در مجموع، از آنچه بیان شد، می‌توان ادله فقهای اهل سنت را در موارد زیر خلاصه نمود:

۱. استدلال به روایات مورد اشاره، فارغ از بحث سندی، تام و تمام نیست.
۲. فقها بر واگذاری اجرای حدود به امام عَلَيْهِ السَّلَام نه غیر او و اصل بودن وی در اقامه حد اجماع دارند.
۳. استبداد بر رأی امام عَلَيْهِ السَّلَام وجود دارد.
۴. سیرهٔ زمان رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و خلفا این بوده است که حدود بدون اذن ایشان اجرا نمی‌شد.
۵. حق خداوند بزرگ نیازمند اجتهاد است و در استیفای آن ایمنی وجود ندارد؛ زیرا مردم در شرایط وجوب و استیفای قصاص یکسان نیستند. بنا بر آنچه آورده شد، سایر ادله آنان به‌جز روایات و سیره نیز توجیه یا مؤید هستند، نه دلیل مستقل. هر چند توجیه آخر، توجیهی پسندیده است که نشان می‌دهد فقهای اهل سنت هم به جایگاه امام و هم به مهم بودن اجرای حدود الهی توجه لازم را داشته‌اند.

۲-۳. موارد اباحه دم مختص به حاکم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

قانونگذار در ماده ۳۰۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ش. برخلاف قانون سابق، به برخی مصادیق مهدورالدم مختص به حاکم یعنی مرتکب جرائم حدی اشاره کرده و به سایر موارد

چون سَابَّ النبی و ائمه، مدعی نبوت، عامل به منکر، محارب، باغی، اهل ذمه فاجر و کافر حربی اشاره‌ای نکرده است. به‌علاوه، نظر قانونگذار در عدم قصاص با نظر فقهای امامیه متفاوت است؛ زیرا ایشان میان مرتکبان جرائم حدّی تفاوت گذاشته‌اند، درحالی‌که قانونگذار در تبصره ۱ ماده فوق بیان می‌کند انجام بندهای (الف)، (ب) و (پ) بدون اجازه دادگاه جرم است و مرتکب به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. بنابراین، قانونگذار در صورت عدم وجود مجوز دادگاه، تعزیر را به‌همراه دیه ثابت می‌داند. همچنین این ماده از جهت گسترش دامنه مهدورالدم مورد انتقاد حقوقدانان است؛ زیرا قانونگذار به برخی مصادیق مهدورالدم نسبی چون دفاع مشروع، قتل در فراس و مستحق قصاص نیز اشاره کرده که البته این موضوع از محل بحث خارج است. همچنین، قانون‌گذار در ماده ۳۰۳ قانون مذکور، برخلاف قانون مجازات سابق، تعزیر را به‌عنوان مجازات برای اقدام کنندگان به آن در نظر گرفته و به عدم قصاص و تعیین دیه اکتفا نکرده است. البته لازم است در اجرای این ماده نهایت دقت صورت گیرد تا راه سوء استفاده افراد خاطی بسته شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۸۰

۳. نقد و بررسی دیدگاه‌ها

در مقایسه میان نظر فقهای امامیه و اهل سنت می‌توان ادعا نمود فقهای امامیه با استناد به احادیثی از ائمه علیهم‌السلام به‌ویژه امام باقر علیه‌السلام و امام صادق علیه‌السلام، سَابَّ النبی صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و ائمه علیهم‌السلام، مدعی نبوت، عامل به منکر، محارب، باغی، اهل ذمه فاجر، محکوم به کیفر حد و کافر حربی را نسبت به حاکم مهدورالدم می‌دانند، اما اهل سنت آن را فقط شامل محارب، باغی، محکوم به کیفر حد و کافر حربی دانسته و به احادیثی نیز استناد می‌کنند. بحث از اسناد این احادیث در این مختصر ممکن نیست، ولی باید توجه داشت که بستر تاریخی شکل‌گیری شیعه و سنی نیز در لحاظ آن بسیار مؤثر بوده است. در نظر گرفتن این موضوع به‌عنوان یکی از فروع فقهی در فقه امامیه که علی علیه‌السلام را امام خود می‌دانند، ضروری است؛ زیرا در برهه‌ای از زمان، سَبَّ علی علیه‌السلام در سرتاسر بلاد اسلامی به‌صورت آزادانه صورت می‌گرفت. در تکمیل نظر یادشده، باید دانست هرچند شیخ مفید در قتل دشنام‌دهنده

پیامبر ﷺ و ائمه ﷺ اذن امام را لازم می‌داند، به نظر می‌رسد سبّ النبی ﷺ و ائمه ﷺ از دایره مهدورالدم نسبت به امام خارج است؛ زیرا دشنام‌دهنده پیامبر ﷺ و ائمه ﷺ، نسبت به تمام مسلمانان مهدورالدم است و در قتل وی نیاز به اذن امام ﷺ نیست. بر این اساس، حدیث نجاشی بیش از آنکه در استناد به نظر شیخ مفید به کار آید، در استناد به نظر مخالفان وی کاربرد دارد.

در مسئله مدعی نبوت نیز امامیه قائل اند اگر کسی وی را به قتل برساند، قصاص و دیه بر قاتل ثابت نیست. اهل سنت نیز ذیل ارتداد و کفر، تصدیق‌کننده مدعی نبوت را کافر و مرتد دانسته و حکم مرتد را برای او اجرا می‌کنند.

در مسئله امر به معروف و نهی از منکر نیز باید دانست نظر ابن‌براج با احتیاط در نفوس و دما سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا در صورت پذیرش نظر عدم و وجوب اخذ اذن از امام در مرحله ضرب، ممکن است که ضرب مذکور منتهی به جرح یا قتل شود که از نظر سایر فقها نیز در این دو حالت اذن امام ضروری است. پس می‌توان ادعا نمود ضرب می‌تواند مقدمه جرح یا قتل باشد که برای اجتناب از ذی‌المقدمه باید از مقدمه نیز اجتناب کرد.

اکثر امامیه بر این باورند که اجرای حدود بر عهده امام است؛ هرچند قول ضعیفی نیز مبنی بر جواز اجرای حد بر فرزند، زوجه و مملوک از سوی پدر، زوج و مولی وجود دارد. به نظر می‌رسد قائلان به قول دوم به روایتی استناد کرده‌اند که اهل سنت نیز قول خود را به آن مستند نموده‌اند.

نسبت به حکم قتل محکوم به کیفر حد توسط غیر امام، اظهر، ثبوت قصاص و در صورت تراضی ثبوت دیه به جای آن است؛ زیرا ادله دیگر اقوال از قوت لازم برخوردار نیست. هرچند از نظر فقهای اهل سنت درباره اجرای حد زانی و لائط توسط امام ﷺ و غیر او اختلاف است، در عمل همگی معتقدند اگر وی را غیر امام به قتل برساند، چیزی بر عهده او نیست. برای نمونه، فقیهان حنفی معتقدند اجرای حد بر عهده امام است و در مورد عبد و آزاد در این باره تفاوتی نیست؛ در حالیکه اگر غیر امام او را بکشد، بر عهده‌اش چیزی نیست. این موضوع، تناقض در نظام فکری را نشان می‌دهد؛ زیرا اگر این کار بر عهده امام است، پس غیر او در این کار،

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب‌خمس

تعدی و تجاوز نموده و مستحق مجازات قصاص، دیه یا تعزیر است. البته میان شیعه و سنی در مشروعیت امام تفاوت‌هایی وجود دارد، زیرا فقهای اهل سنت، امام را به منزله جماعتی از مسلمانان می‌دانند؛ یعنی مشروعیت وی ناشی از انتخاب جمع است؛ در حالیکه مشروعیت امام علیه السلام در فقه امامیه بالتبع از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم و خداوند است.

در مسئله محارب نیز نظر شهید ثانی ارجح است؛ زیرا باید میان قتل و قتال با آنان تفاوت گذاشت؛ چون دومی از وظایف و شئون امام علیه السلام است، در حالیکه اولی اختصاصی به امام علیه السلام ندارد. عبارت فقهای اهل سنت نیز همین نظر را می‌رساند، اما با این تفاوت که ایشان جنگ با آنان را بر عهده امام علیه السلام یا کسی گذارده که به حق علیه آنها قیام کرده است؛ در حالیکه منظور ایشان از عبارت آخر مشخص نیست؛ یعنی ملاک حقانیت دومی را تبیین نکرده‌اند. البته با ملاحظه عبارت‌های بالا، مشخص می‌شود که وی نیز همچون امام مشروعیت خود را از جمع مسلمانان (یدالله مع الجماعة) به دست آورده است. نظر فقهای امامیه درباره اهل ذمه فاجر و باغی بر این است که قتل یا قتال آنان بر عهده امام علیه السلام است نه غیر او، اما درباره کافر حربی بر این نظرند که کشتن او توسط غیر امام جایز است؛ زیرا کفر یکی از اسباب زوال عصمت است.

هرچند اکثر امامیه تعزیر را محدود به تازیانه نمی‌دانند، درباره تعزیر با قتل نیز سخنی نگفته‌اند. البته در موضوع تعزیرات حکومتی می‌توان تعزیر به واسطه قتل را پیش کشید، اما فقها درباره حکم کسی که بدون اذن حاکم، شخص محکوم به اعدام یا مرگ را بکشد، مطلبی را بیان نکرده‌اند. فقهای اهل سنت به جز حنابله، به تعزیر با قتل اشاراتی داشته‌اند که به نظر می‌رسد در بعضی از موارد، تعزیر به قتل برای جرائمی است که از نظر فقهای امامیه در حوزه حدود هستند نه تعزیرات؛ اما از دیدگاه اهل سنت در حوزه تعزیرات قرار گرفته‌اند، مانند لواط.

نتیجه‌گیری

فقهای امامیه با توجه به دیدگاه خود درباره امام علیه السلام و شئون وی، در صورت ارتکاب قتل محکوم به کیفر حدود به‌ویژه زنا و لواط، فجور اهل ذمه و بغی، بدون

اذن امام علیه السلام به ثبوت قصاص معتقد نیستند؛ هرچند نظر مخالف نیز در زنا و لواط وجود دارد و در محاربه و ارتداد، حتی اگر قتل وی بدون اذن امام باشد، به جهت عدم مکافات، رأی به عدم ثبوت قصاص و دیه می دهند و در مسئله سَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و ائمه علیهم السلام و مدعی نبوت، به جهت زشتی این جرایم و سرعت بخشیدن در مجازات آن‌ها، قتل این افراد را متوقف بر اذن امام علیه السلام ندانسته‌اند. همچنین درباره امر به معروف و نهی از منکر باید گفت هرچند این امر وظیفه همه مسلمانان است، در صورتی که منتهی به جرح یا قتل شود، همچون جهاد با اهل بغی و محارب، از شئون امام علیه السلام به‌شمار می‌رود.

اما از نظر اهل سنت، امام به منزله جمعی از مسلمانان است. این امر تا جایی است که در مسئله استیفای قصاص توسط امام بدون اذن ولی دم دو قول عدم ضمان و تعزیر از شافعی وجود دارد و در جای دیگر از وی نقل شده که اگر امام بدون اذن ولی دم او را قصاص کند، امام قصاص می‌شود، در حالیکه از نظر امامیه استیفای قصاص توسط ولی دم باید با اذن امام علیه السلام صورت گیرد و اگر امام بدون اذن ولی آن را انجام دهد، ضامن نیست.

افزون بر این، از نظر اهل سنت مجازات تخطی نسبت به حکم امام فقط تعزیر است، در حالیکه لازم است این مجازات به قصاص افزایش یابد تا مقدم با تالی هم‌خوانی داشته باشد؛ یعنی اگر اجرای این موارد بر عهده امام است، در صورتی که غیر او آن را انجام دهد، باید به جهت عدم استحقاق، قصاص شود. با بررسی دیدگاه‌های فقهای اهل سنت کمتر این تالی به چشم می‌خورد و در اغلب موارد به عدم ثبوت قصاص حکم داده‌اند، مانند اجرای حدود؛ هرچند از شافعی قول ثبوت قصاص وجود دارد، آنچه مورد اتفاق تمامی فرق است، عدم ثبوت قصاص و دیه است و خاطی فقط به جهت تعدی نسبت به امر امام تعزیر می‌شود. همچنین، فقهای اهل سنت درباره زمامدار اجرای حدود نیز اختلاف دارند. حنفی‌ها همچون فقهای امامیه معتقدند این امر تنها به عهده امام است، اما دیگر فقهای اهل سنت بیان می‌دارند که امام به‌عنوان فردی از جامعه اسلامی عهده‌دار آن است. پس هر شخص دیگری هم می‌تواند عهده‌دار آن شود. از نظر اهل سنت، قتل باغی، مرتد و کافر حربی نیز

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب‌خمس

بدون اذن امام جایز است؛ هرچند قتل و قتال با محارب، وظیفه امام یا قیام کننده به حق علیه آنان است.

فقه‌های امامیه مصادیق تعزیر به معنای خاص را با توجه به فلسفه بازدارندگی آن، به قتل توسعه نداده‌اند. از سوی دیگر، می‌توان مجازات اعدام را در احکام سلطانی و اختیارات حاکم برای اداره جامعه اسلامی، تحت عنوان تعزیر مطرح نمود. فقهای اهل سنت با توجه به تفاوت دیدگاهشان در موضوع مصادیق حد با فقهای امامیه، موضوع تعزیر به قتل را در بعضی از حدود مورد نظر فقهای امامیه مطرح کرده‌اند، مانند لواط. همچنین آنان تعزیر به قتل را برای عناوین خاص دیگری نیز در نظر گرفته‌اند و در عین حال، همچون فقهای امامیه، تکرار در بعضی از جرایم را مشمول تعزیر به قتل می‌دانند.

منابع

۱. آبی، فاضل. (۱۴۰۸ق). **کشف الرموز**. قم: اسلامی.
۲. ابن ابی‌جمهور. (۱۴۱۰ق). **الأقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه**. تحقیق محمد حسون و سید محمود مرعشی. قم: مکتبه آیت‌الله العظمی المرعشی النجفی.
۳. ابن‌ادریس حلی، احمد. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. الطبعة الثانية. قم: اسلامی.
۴. ابن‌براج. (۱۴۰۶ق). **المهذب**. جعفر سبحانی. الطبعة الاولى. قم: اسلامی.
۵. ابن‌عابدین، محمد امین. (۱۴۱۵ق). **حاشیة علی الدرال مختار شرح تنویر الأبصار فی فقه مذهب امام ابی حنیفه**. الطبعة الاولى. بیروت: دارالفکر.
۶. ابن‌قدمه، احمد بن محمود. (بی‌تا). **الشرح الكبير**. الطبعة الاولى. بیروت: دارالکتاب العربی.
۷. ابن‌نجیم حنفی، زین‌الدین. (بی‌تا). **البحر الرائق شرح کنز الدقائق**. الطبعة الاولى. بیروت: دارالمعرفة.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان**. مجتبی عراقی، علی‌پناه اشتهااردی و حسین یزدی. الطبعة الاولى. قم: اسلامی.
۹. انصاری، زکریا بن محمد و سنیکی، زین‌الدین ابویحیی. (۱۴۲۲ق). **أسنی المطالب شرح روض الطالب**. الطبعة الاولى. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۰. انصاری، محمد علی. (۱۴۲۲ق). **الموسوعة الفقهیة المیسرة**. الطبعة الاولى. قم:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۸۴

مجمع الفكر الاسلامى .

١١. انصارى شافعى، زكريا بن محمد. (بى تا). الغرر البهية شرح البهجة الوردية. بى جا: مطبعة الميمنيه.

١٢. تبريزى، جواد. (١٤١٦ق). صراط النجاه. الطبعة الاولى. بى جا: برگزیده.

١٣. جبعى عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على. (١٤١٠ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه. الطبعة الاولى. قم: اسماعيليان.

١٤. جزيرى، عبدالرحمن. (١٤٠٦ق). الفقه على مذاهب الأربعة. الطبعة الاولى. بيروت: دارالفكر.

١٥. حر عاملى، محمد بن حسن. (١٤١٤ق). وسائل الشيعه. الطبعة الثانية. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

١٦. حلبى، ابن زهره. (١٤١٧ق). غنية النزوع الى علمى الاصول و الفروع. ابراهيم بهادرى. جعفر سبحانى. الطبعة الاولى. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.

١٧. حلى، ابن فهد. (١٤٠٧ق). المذهب البارع فى شرح المختصر النافع. مجتبى عراقى. الطبعة الاولى. قم: اسلامى.

١٨. حلى، يحيى بن سعيد. (١٣٨٦). نزهة الناظر فى الجمع بين الاشباه والنظائر. الطبعة الاولى. نجف: الآداب.

١٩. خرشى مالكى، محمد. (بى تا). شرح مختصر خليل للخرشى. بى جا: بى نا.

٢٠. خوانسارى، سيداحمد. (١٤٠٥ق). جامع المدارك فى شرح المختصر النافع. الطبعة الثانية. تهران: صدوق.

٢١. دسوقى، شمس الدين. (١٣٧٣). حاشية الدسوقى على الشرح الكبير. الطبعة الاولى. قاهره: مكتبة التجاربه.

٢٢. دهخدا، على اكبر. (١٣٧٧). لغت نامه دهخدا. چاپ دوم. تهران: دانشگاه تهران.

٢٣. رملى، شمس الدين. (١٤٠٠ق). نهاية المحتاج الى شرح المنهاج. بى جا: المكتبة الاسلاميه.

٢٤. روحانى، سيدمحمد. (١٤١٤ق). منهاج الصالحين. الطبعة الثانية. كويت: مكتبة الألفين.

٢٥. روحانى، سيدمحمدصادق. (١٣٧٧). استفنات قوه قضائيه. الطبعة الاولى. تهران: سپهر.

٢٦. _____. (١٤٠٤ق) منهاج الصالحين. الطبعة الثانية. بى جا: مهر.

٢٧. _____. (١٤١٤ق) فقه الصادق عليه السلام. الطبعة الثانية. قم: دارالكتاب.

٢٨. _____. (١٤١٧ق) المسائل المنتخبه. الطبعة الثانية. بيروت: مكتبة الأيمان.

اقدام غير در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاكم در
مذاهب خمس

٢٩. سابق، سيد. (١٣٩٧ق). **فقه السنة**. الطبعة الثالثة. بيروت: دارالكتاب العربي.
٣٠. سرخسى، أوبكر محمد بن أحمد. (١٤٠٦ق). **المبسوط**. الطبعة الأولى. بيروت: دارالمعرفة.
٣١. شافعي، محمد بن ادريس. (١٤٠٣ق). **الأم**. الطبعة الثانية. بيروت: دارالفكر.
٣٢. شربيني، شمس الدين محمد بن احمد. (١٣٧٧). **معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج**. الطبعة الأولى. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
٣٣. صافي گلپايگانی، لطف الله. (١٤٠٤ق). **التعزير انواعه و ملحقاته**. الطبعة الأولى. قم: جامعة مدرسين.
٣٤. صفى پور، عبدالرحيم بن عبدالكريم. (بى تا). **منتهى الأرب في لغة العرب**. بى جا: كتابخانه سناني.
٣٥. طباطبايى، سيدعلى. (١٤٢٢ق). **رياض المسائل**. الطبعة الأولى. قم: اسلامى.
٣٦. طباطبايى، سيدمحمد حسين. (١٣٤١). **بحثى در باره مرجعيت و روحانيت**. چاپ اول. تهران: شركت سهامى انتشار.
٣٧. طوسى، محمد بن حسن. (١٣٦٥). **تهذيب الاحكام**. سيدحسن موسوى. الطبعة الرابعة، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
٣٨. ———. (بى تا). **الرسائل العشر**. الطبعة الأولى. قم: اسلامى.
٣٩. ———. (١٤٠٧ق). **الخلاص**. الطبعة الأولى. قم: اسلامى.
٤٠. ———. (بى تا). **المبسوط**. محمدباقر بهبودى. الطبعة الثانية. بى جا: المكتبة المرتضوية.
٤١. ———. (بى تا). **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**. قم: قدس محمدى.
٤١. ———. (١٤٠٠ق). **الاقتصاد**. الطبعة الأولى. قم: خيام.
٤٢. طوسى، ابن حمزه. (١٤٠٨ق). **الوسيلة**. الطبعة الأولى. محمد حسن. قم: خيام.
٤٤. عاملى، محمد بن مكى. (١٤١١ق). **اللمعة الدمشقية في فقه الامامية**. الطبعة الأولى. بيروت: دارالفكر.
٤٥. ———. (١٤١٤ق). **الدروس**. الطبعة الأولى. قم: جامعه مدرسين حوزة علميه قم.
٤٦. علامة حلى، حسن بن يوسف. (بى تا). **تذكرة الفقهاء**. بى جا: منشورات المكتبة المرتضوية.
٤٧. ———. (بى تا). **تبصرة المتعلمين**. سيد احمد حسيني و هادى يوسفى. الطبعة الأولى. تهران: فقيه.
٤٨. ———. (١٤١٩ق). **مختلف الشيعه في احكام الشريعة**. الطبعة الأولى. قم: جامعه مدرسين.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ٢٠
پاییز ١٣٩٩

١٨٦

۴۹. _____ . (۱۴۲۲ق). **تحریر الأحكام**. جعفر سبحانی، الطبعة الأولى. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵۰. علیش مصری، محمد بن احمد. (۱۴۰۹ق). **منح الجلیل شرح مختصر خلیل**. بیروت: دارالفکر.
۵۱. عوده، عبدالقادر. (۱۹۹۳م). **التشريع الجنائي الاسلامی**. چاپ دوازدهم. بیروت: مؤسسه رسالت.
۵۲. فتح الله، احمد. (۱۴۱۵ق). **معجم الفاظ الفقه الجعفري**. الطبعة الأولى. بی جا: مطابع المدوخل.
۵۳. فخرالمحققین حلّی، فخرالدین. (۱۳۸۹). **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**. سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهازی، عبدالرحیم بروجردی. قم: اسماعیلیان.
۵۴. فقعی، ابن طسی. (۱۴۱۸ق). **الدر المنضود**. محمد برکت. الطبعة الأولى. شیراز: مکتبه العلمیه مدرسه امام العصر عنه السلام رحمة الله تعالی.
۵۵. فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). **منهاج الصالحین**. الطبعة الأولى. بی جا: مکتب سماحه الشیخ محمد اسحاق فیاض.
۵۶. قلیوبی، احمد بن سلامه و احمد برلسی عمیره. (بی تا). **حاشیتا قلیوبی و عمیره**. قاهره: عیسی الحلّبی.
۵۷. کحلانی، محمد بن اسماعیل. (۱۳۷۹). **سبیل الاسلام**. الطبعة الرابعة. مصر: شرکت مکتبه و مطبعة مصطفی البابی الحلّبی و اولاده.
۵۸. کلینی رازی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۱ق) **الکافی**. الطبعة الرابعة. بیروت: دارصعب و دارالتعارف.
۵۹. گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۴ق) **در المنضود**. الطبعة الأولى. قم: دارالقرآن الکریم.
۶۰. مجیدی، محمود. «آسیب شناسی سیاست کیفری ایران در قبال مهدورالدم». **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، (۱۳۹۷)، دوره ۱۰، شماره ۱۸، ۳۳۱-۳۵۶.
۶۱. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. الطبعة الأولى. قم: امیر.
۶۲. محقق قمی، علی بن محمد. (بی تا). **جامع الخلاف و الوفاق**. حسین حسینی بیرجندی. الطبعة الأولى. قم: پاسدار اسلام.
۶۳. _____ . (۱۴۰۹ق). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. سید صادق شیرازی. الطبعة الثانية. قم: امیر.

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمس

۶۴. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۹۴) قواعد فقه. چاپ سی و یکم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۵. مصری، ابن نجیم. (۱۴۱۸ق). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. الطبعة الأولى. بيروت: دارالکتب العلمیه.
۶۶. مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۶ق). مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان. الطبعة الأولى. قم: اسلامی.
۶۷. مقدسی، ابن مفلح. (بی تا). الفروع. بی جا: بی نا.
۶۸. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۰). نظام الحكم في الاسلام. الطبعة الأولى. قم: هاشمیون.
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۳۹۰). تحرير الوسيله. الطبعة الثانية. نجف: دارالکتب العلمیه.
۷۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکملة منهاج الصالحين. الطبعة الثامنة والعشرون. قم: مدینه العلم.
۷۱. ———. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحين. الطبعة الثامنة والعشرون. قم: مدینه العلم.
۷۲. ———. (۱۴۱۱ق). مبانی تکمله المنهاج. الطبعة الثانية. قم: العلمیه.
۷۳. ———. (بی تا). مصباح الفقاهه. الطبعة الأولى. قم: مکتبه الداوری.
۷۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا. (بی تا). تقریرات الحدود والتعزیرات. چاپ سنگی.
۷۵. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۷). جواهر الکلام في شرح شرايع الاسلام. تحقیق محمود قوچانی. الطبعة الثالثة. تهران: الاسلامیه.
۷۶. نووی، محی الدین. (بی تا). روضة الطالبین و عمدة المقیتین. تحقیق عادل احمد عبدالموجود و علی محمد معوض. الطبعة الأولى. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۷۷. ———. (بی تا). المجموع شرح المذهب. الطبعة الأولى. بیروت: دارالفکر.
۷۸. وحید خراسانی، حسین. (بی تا). منهاج الصالحين. بی جا: بی نا.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۸۸

Bibliography

1. al-Tīrāblūsī, 'Abd al-'Azīz Ibn al-Barrāj. 1985/1406. *al-Muḥaḍḍḥab*. Edited by Group research under the supervision of al-Shaykh Ja'far al-Subḥānī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
2. 'Abidīn, Muḥammad Amīn Ibn 'Umar (Ibn. 1994/1415. *Rad al-Muḥtār 'alā al-Dur al-Mukhtār Sharḥ Tanwīr al-Abṣār*. Beirut: Dār al-Fikr.

3. al-Aḥsā'ī, Muḥammad Ibn Zayn al-Dīn (Ibn Abī Jumhūr al-Aḥsā'ī). 1989/1410. *al-Aqtāb al-Fiqhīyya 'alā Maḍhhab al-Imāmīyya*. Edited by Muḥammad al-Ḥassūn and al-Sayyid Maḥmūd al-Mar'ashi. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
4. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1990/1411. *al-Lum 'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Beirut: Dār al-Fikr.
5. al-Anṣārī al-Shāfi'ī, Zakarīya Ibn Muḥammad. n.d. *al-Ghurar al-Bahīyya Sharḥ al-Bahjat al-Wardīyya*. Maṭba'at al-Maymanīyya.
6. al-Anṣārī al-Shāfi'ī, Zakarīya Ibn Muḥammad, and Zayn al-Dīn al-Sanīkī. 2001/1422. *Asnā al-Maṭālib Sharḥ Rawḍ al-Ṭālib*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
7. al-Anṣārī, Muḥammad 'Alī. 2001/1422. *al-Mawsū'a al-fiqhīyya al-Muyassara*. Qum: Majma' al-Fik al-Islāmī.
8. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1998/1419. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥḥān*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
9. al-Dasūqī, Muḥammad. 1953/1373. *Ḥāshīyat al-Dasūqī 'alā al-Sharḥ al-Kabīr*. Cairo: Maktabat al-Tijārīyya.
10. al-Faq'ānī, 'Alī Ibn 'Alī Ibn Muḥammad (Ibn Ṭay al-Faq'ānī). 1997/1418. *al-Dur al-Mandūd fī Ma'rifat Ṣīyagh al-Nīyyāt wa al-Īqā'āt wa al-'Uqūd*. Edited by Muḥammad Brakat. Shiraz: Manshūrāt Maktabat Madrasat Imām al-'Aṣr.
11. al-Fayyād, Muḥammad Ishāq. n.d. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Maktab al-Shaykh al-Fayyād (The office of the Author).
12. al-Ḥillī, Aḥmad. 1989/1407. *al-Muḥaḍḍḥab al-Bāri' fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nafi'*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
13. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Mukhtalaf al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
14. —. n.d. *Tabṣirat al-Muta'allimīn*. Edited by al-Sayyid Aḥmad al-Ḥusaynī and Hādī al-Yūsufī. Tehran: Faqīh.
15. —. n.d. *Taḍḥkirat al-Fuqahā'*. al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār

- al-Ja'farīyya.
16. —. 1999/1422. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'īyya 'alā Maḍḥhab al-Imāmīyya*. Edited by Ibrāhīm al-Bahādūrī. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
 17. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1982/1403. *Sharā'ī 'al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Amīr.
 18. —. 1988/1409. *Sharā'ī 'al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Edited by al-Sayyid Ṣādiq al-Shīrāzī. Qum: Amīr.
 19. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1969/1389. *Īdāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Ishkālāt al-Qawā'id*. Edited by al-Sayyid Ḥusayn al-Musawī al-Kirmānī, 'Alī Panāh al-Ishtihārdī and 'Abd al-Raḥīm al-Burjirdī. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 20. al-Ḥillī, Yahya Ibn Sa'īd. 1996/1386. *Nuzhat al-Nāzīr fī al-Jam' Bayn al-Ashbāh wa al-Nazā'ir*. Najaf: al-Ādāb.
 21. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1993/1414. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' a-Iturāth.
 22. al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat Ibn 'Alī (Ibn Zuhra). 1996/1417. *Ghunyat al-Nuzū' ilā 'Ilm al-Uṣūl wa al-Furū'*. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
 23. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Muḥammad. 1993/1414. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Kuwait: Maktabat al-Alfayn.
 24. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣādiq. 1996/1417. *al-Maṣā'il al-Muntakhaba*. 2nd. Beirut: Maktabat al-Imān.
 25. —. 1993/1414. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qum: Mu'assasat Dār al-Kitāb.
 26. —. 1983/1404. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 2nd. Mihr.
 27. 'Alīsh, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1988/1409. *Manḥ al-Jalīl Sharḥ 'alā Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Fikr.
 28. al-Jazīrī, 'Abd al-Raḥmān. 1985/1406. *al-Fiqh 'alā al-Maḍḥāhib al-Arba'a*. Beirut: Dār al-Fikr.
 29. al-Kaḥlānī, Muḥammad Ibn Ismā'īl. 1959/1379. *Subul al-Islām*. Maṭba'at Muṣtafā al-Ḥalabī.
 30. al-Karīmī al-Jahrumī, 'Alī. 1993/1414. *al-Dur al-Manḍūd fī Aḥkām al-Hudūd (Taqrīrāt Baḥth al-Sayyid Muḥammad Riḍā al-Mūsawī al-Gulpāyḡānī)*. Vol. 1.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۱۹۰

Qum: Dār al-Qurān al-Karīm.

31. al-Khānsārī, al-Sayyid Aḥmad. 1984/1405. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. 2nd. Edited by ‘Alī Akbar Ghaffārī. Tehran: Maktabat al-Ṣadūq.
32. al-Khaṭīb al-Sharbīnī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1957/1377. *Muḥnī al-Muḥtāj ilā Ma‘rifat Ma‘ānī Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
33. al-Khuraṣhī al-Malikī, Muḥammad Ibn ‘Abd Allāh. n.d. *Sharḥ al-Khuraṣhī ‘alā Mukhtaṣar Sayyidī Khalīl*.
34. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1980/1401. *al-Kāfī*. Beirut: Dār al-Ta‘āraf li al-Maṭbū‘āt.
35. al-Maqdisī, ‘Abd al-Raḥmān Ibn Muḥammad (Ibn Qudāma). n.d. *al-Sharḥ al-Kabīr ‘alā Matn al-Muqni‘*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.
36. al-Maqdisī, Muḥammad (Ibn Mufliḥ). n.d. *al-Furū‘ wa Taṣḥīḥ al-Furū‘*.
37. al-Miṣrī al-Ḥanafī, Zayn al-Dīn Ibn Ibrāhīm (Ibn Nujaym). 1997/1418. *al-Baḥr al-Rā‘iq Sharḥ Kanz al-Daqā‘iq*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
38. —. n.d. *al-Baḥr al-Rā‘iq Sharḥ Kanz al-Daqā‘iq*. Beirut: Dār al-Ma‘rifā.
39. al-Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. 2001/1380. *Nizām al-Ḥukm fī al-Islām*. Qum: Hāshimīyyūn.
40. al-Muqaddas al-Najafī, Muḥammad Hādī. n.d. *Taqrīrāt al-Ḥudūd wa al-Ta‘zīrāt (Taqrīrāt Baḥth al-Sayyid Muḥammad Riḍā al-Mūsawī al-Gulpāygānī)*. Qum.
41. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1990/1411. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. 2nd. Qum: al-‘Ilmīyya.
42. —. 1989/1410. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 28th. Qum: Madīnat al-‘Ilm.
43. —. 1989/1410. *Takilat Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 28th. Qum: Madīnat al-‘Ilm.
44. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1970/1390. *Tahrīr al-Wasīla*. 2nd. Najaf: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
45. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1988/1367. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 3rd. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
46. al-Nawawī, Muḥyī al-Dīn Ibn Sharaf. n.d. *al-Majmū‘ Sharḥ al-Muḥaḍḍhab*. Beirut: Dār al-Fikr.
47. —. n.d. *Rawḍat al-Ṭālibīn wa ‘Umdat al-Muḥtājīn*. Edited by ‘Ādil Aḥmad ‘Abd al-

اقدام غیر در قتل
مهدورالدم در موارد
مختص به حاکم در
مذاهب خمسہ

- Mawjūd and 'Alī Muḥammad al-Mu'awwad. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
48. al-Qummī al-Sabziwārī, 'Alī Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Qummī). n.d. *Jāmi' al-Khilāf wa al-Wifāq bayn al-Imāmīyya wa bayn A'immat al-Ḥijāz wa al-'Irāq*. Edited by Ḥusayn al-Ḥasanī al-Bīrjandī. Qum: Pāsdār-i Islām.
 49. al-Ramlī, Muḥammad Ibn Abī al-'Abbās (al-Shāfi'ī al-Saqgīr). n.d. *Nihāyat al-Muḥtāj ilā Sharḥ al-Minhāj*. al-Maktabat al-Islāmīyya.
 50. al-Ṣāfi al-Gulpāyḡānī, Lutf Allāh. 1983/1404. *al-Ta'zīr Anwā'uh wa Mulḥaqātuh*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 51. al-Sarakhsī, Abū Bakr Muḥammad Ibn Aḥmad (Shams al-A'imma al-Sarakhsī). 1983/1404. *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
 52. al-Shāfi'ī, Muḥammad Ibn Idrīs (al-Imām al-Shāfi'ī). 1982/1403. *al-Um*. 2nd. Beirut: Dār al-Fikr.
 53. al-Ṭabātabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 2004/1422. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Tahqiq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 54. al-Tabrīzī, Jawād. 1995/1416. *Ṣirāṭ al-Najāt*. Qum: Nashr-i Barguzīdī.
 55. al-Tawḥīdī al-Tabrīzī, Muḥammad 'Alī. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiqāha fī al-Mu'āmalāt (Taqrīrat Baḥth al-Sayyid al-Khu'ī)*. Maktabat al-Dāwarī.
 56. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn 'Alī (Ibn Ḥamza al-Ṭūsī). 1987/1408. *al-Wasīla ilā Nayl al-Faḍīla*. Edited by Muḥammad al-Ḥassūn. Qum: Khayyām.
 57. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *al-Iqtisād al-Hādī ilā Ṭariq al-Rashād*. Qum: Khayyām.
 58. —. 1986/1407. *al-Khilāf*. Edited by 'Alī and others al-Khurāsāni. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 59. —. n.d. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 2nd. Edited by Muḥammad Bāqir al-Bihbūdī. al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
 60. —. n.d. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. 2nd. Qum: Quds Muḥammadī.
 61. —. n.d. *al-Raṣā'i'il al-'Ashr*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 62. —. 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'a li al-Shaykh al-Mufīd*.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۱۹۲

- 4th. Edited by al-Sayyid Ḥasan al-Mūsawī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
63. al-Waḥīd al-Khurāsānī, Ḥusayn. n.d. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 5th.
64. al-Yūsufī, Ḥasan Ibn Abī Ṭālib (al-Muḥaqqiq wa al-Fāḍil al-Ābī). 1987/1408. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi*. Edited by 'Alī Panāh al-Ishtihārdī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
65. 'Awda, 'Abd al-Qādir. n.d. *al-Tashrī' al-Jinā'ī al-Islāmī Muqārīnan bi al-Qānūn al-Waḍ'ī*. 12th. Beirut: Muassasat al-Risāla.
66. Dihkhudā, 'Alī Akbar. 1998/1377. *Lughatnami-yi Dihkhudā*. 2nd. Tehran: Dānishgāh-i Tehrān (Tehran University).
67. Faṭḥ Allāh, Aḥmad. 1994/1415. *Mu'jam Alfāz Fiqh al-Ja'farī*.
68. Ḥusaynī Rawḥānī, Sayyid Ṣadiq. 1998/1377. *Istīftā'āt-i Qaḍāyī*. Tehran: Sopihr.
69. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1989/1410. *al-Sarā'ir al-Hāwī li Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
70. Majīdī, Maḥmūd. 2018/1397. "Āsīb Shināsī-yi Sīyāšt-i Kiyfarī-yi Irān dar Qibāl-i Maḥdūr al-Dam." *Muṭāli'āt-i Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī* 10 (18): 331-356.
71. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 2015/1394. *Qava'id-i Fiqh*. 34th. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
72. Qalyūbī, Aḥmad ibn Salāma, and Aḥmad Burlusī 'Umayra. n.d. *Ḥāshīyatā Qalyūbī wa 'Umayra 'alā Sharḥ Jalāl al-Dīn al-Maḥallī 'alā Minhāj l-Ṭālibīn*. Cairo: 'Isā al-Ḥalabī.
73. Sābiq, al-Sayyid. 1976/1397. *Fiqh al-Sunna*. 3rd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
74. Ṣafī Pūrī, 'Abd al-Raḥīm Ibn 'Abd al-Karīm. n.d. *Muntahā al-Arab fī Lughat al-'Arab*. Kitābkhāni-yi Sanāyī.
75. Ṭabāṭbāyī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 1962/1341. *Baḥṭhī Darbāri-yi Marja'īyyat va Ruḥānīyyat*. Shirkat-i Sahāmī Intishār.

The reasons of criminalization of not registering marriage in the scale of religious jurisprudential and its principles¹

Doi: 10.22034/jrj.2019.53938.1663

Abdolhossean Rezaee Rad

Associate Professor of Law Faculty of Ahwaz University-Ahwaz- Iran; Rezaee@ua.ac.ir

Receiving Date: 2017-11-02; Approval Date: 2019-09-15

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No. 20
Fall 2020

195

Abstract

Clause 49 of the protecting family law has recognized not registering the marriage, divorce, and revocation of divorce a crime and has determined imprisonment for up to one year. This study, with the aim of bringing the Islamic republic of Iran's law into concordance with religious and rational standards using a comparative and analytic method, tries to do a jurisprudential and legal research on the first section of this legal clause which has been or may be used for proving its legitimacy.

Finally, the conclusion is drawn that there is a lot of significance and necessity in registering the marriage and there is a lot of harm and damage such as spoiling the family members' rights and pav-

1. **RezaeeRad**. A. (2020); "The reasons of criminalization of not registering marriage in the scale of religious jurisprudential and its principles"; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 20 ; Page:195-224 ; Doi: 10.22034/jrj.2019.53938.1663

ing the way for various family crimes and social harms in the lack of it. These merits and demerits though, cannot be justifications for criminalization or not registering. Even so, the religious permit to administer and enforce punishment for such actions is not only difficult, but also impossible, and the principle of the presumption of innocence, the principle of the autonomy of the individual (that no one is presumed to have the position of a guardian over another), and the generality of the principle of the prohibition of harassment and nuisance, and the legal right of respect to rights and individual freedom obstruct it.

Keyword: criminalization, registering marriage, jurisprudence, family law.

دلایل جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج در ترازوی فقه و اصول^۱

عبدالحسین رضایی‌راد^۲

چکیده

ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ش. عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع را به‌عنوان جرم شناخته و برای آن‌ها مجازات حبس تعزیری درجه ۷ (از ۹۱ روز تا شش ماه) یا مجازات نقدی درجه ۵ (بیش از ۸۰ میلیون تا ۱۸۰ میلیون ریال) را تعیین کرده است. در این تحقیق با هدف هماهنگ‌شدن هرچه بیشتر قوانین نظام جمهوری اسلامی با موازین شرعی و عقلی یا روش تطبیقی و تحلیلی، بخش اول این ماده قانونی که به عدم ثبت ازدواج می‌پردازد، مورد تحلیل فقهی قرار گرفته و دلایلی که به‌منظور اثبات مشروعیت آن مورد استفاده قرار گرفته یا ممکن است قرار گیرد، بررسی فقهی شده است و در نهایت، با نقد ادله اثبات جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج و رد اعتبار آن‌ها این نتیجه به‌دست می‌آید که بر اساس حکم شرعی و اصل فقهی حرمت ایذاء و اضرار غیر، هیچ‌کس از جمله قانونگذار نظام اسلامی مجاز نیست بدون مجوز شرعی مسلم و قطعی، مجازاتی را برای عملی در نظر بگیرد. در صورتی که چنین شود، آن مجازات خلاف شرع، حرام و مخالف اصل ۴ قانون اساسی است و با توجه به مخدوش بودن دلایل فقهی اثبات این ماده، این دلایل نمی‌توانند

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

۱۹۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴؛ (این مقاله با حمایت مالی معاونت پژوهشی و فناوری دانشگاه شهید چمران اهواز در قالب پژوهانه شماره TP99.838 صورت گرفته است)

۲. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز؛
. ahr39@scu.ac.ir

مجوزی بر عدول از قاعده باشند؛ لذا مصداق ایذاء و اضرار غیر و حرام شرعی است. همچنین به لحاظ حقوقی نیز احترام به حقوق و آزادی‌های فردی اصلی مسلّم است و اگر دلیل محکم و مسلّمی در دست نباشد حتی با وضع قانون (اصل ۹ قانون اساسی) نمی‌توان از این اصل عدول کرد و با وضع مجازات یا به هر شکل دیگر، نمی‌توان آزادی و حقوق افراد جامعه را محدود نمود.

کلید واژه‌ها: ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده، ثبت ازدواج، جرم‌انگاری.

مقدمه

همچنان که در مقام صدور رأی و اجرای قانون، اصل، برائت است و هیچ کس را نمی‌توان بدون دلیل موجه به مجازات محکوم کرد (اصل ۳۷ قانون اساسی) و جرم بودن و مجازات و اجرای آن صرفاً مطابق قانون است (اصل ۳۶ قانون اساسی)، در مقام قانونگذاری نیز همین اصول حکم فرماست؛ زیرا اصل برائت از اصول قانون اساسی است و این اصول بر قوانین دیگر مقدم است و هر قانونی که خلاف اصول قانون اساسی باشد، از درجه اعتبار ساقط است (ماده ۹ قانون مدنی) و هر قانونی که مخالف اصلی از اصول قانون اساسی باشد نیز از درجه اعتبار ساقط است؛ لذا حتی نهادهای قانونگذاری در مقام قانونگذاری هم نمی‌توانند بدون دلیل موجه، عملی را جرم تلقی کنند و برای آن مجازات تعیین نمایند؛ چرا که طبق اصل ۴ قانون اساسی باید دلایل قانونگذار در وضع هر قانون، به‌ویژه قوانین جزایی، با موازین شرعی سازگار باشد و به لحاظ فقهی و شرعی خدشه‌ای بر آن دلایل وارد نباشد و چنانچه دلایل، مخدوش و غیرقابل اعتماد باشد، باید به اصل برائت تمسک جست و آن عمل را غیر مجرمانه دانست، بلکه حتی می‌توان وضع مجازات بدون دلیل موجه را عدول از اصل آزادی و اختیار و سایر اصول مربوط به حقوق و آزادی‌های ملت (اصول ۲۰ و ۲۲ قانون اساسی) که از مهمترین اصول قانون اساسی و هدف سایر اصول و مقررات هستند، دانست.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹
۱۹۸

براین اساس، ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ ش. که عدم ثبت ازدواج را جرم شناخته و برای آن مجازات حبس تا یک ماه را تعیین کرده، اگر به

دلیل مشروع و موجهی مستند نباشد، قانونی نادرست و خلاف موازین حقوقی و اصول قانون اساسی است.

علاوه بر این، هر مجازاتی به نوعی مستلزم تحمیل ضرر جانی، بدنی یا مالی بر اشخاص و مصداق اضرار به غیر و اذیت و آزار آنان و حرام است؛ زیرا براساس قواعد مسلم شرعی و قاعده لاضرر تنها در مواردی مانند زنا و سرقت که شرع اظهر مجوز ایذاء و اضرار به غیر را صادر کرده و از باب حدود الهیه هستند یا در مواردی که عمل انجام شده از محرمات مسلم شرعی باشد، از باب تعزیر، می توان وضع مجازات کرد (طوسی، ۱۳۹۰، ۸۹/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ۳۵۱، مبحث ملحقات) و در غیر این دو مورد که با ادله خاص خود از قاعده حرمت اضرار و ایذاء مستثنا شده و تخصیص خورده اند، هر ایذا و اضراری، مشمول قاعده حرمت ایذا و اضرار و حرام مسلم است؛ حتی اگر مجازات به حکم قانون باشد؛ بنابراین، شایسته است دلایل تصویب ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مبنی بر جرم انگاری عدم ثبت ازدواج مورد بررسی و دقت قرار گیرد.

دلایل جرم انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

۱۹۹

با وجود آنکه سابقه ثبت ازدواج و ضرورت آن از گذشته های بسیار دور مطرح بوده و در ماده ۱۲۸ قانون حمورابی نیز به آن اشاره شده است و در جوامع مختلف جهان مرسوم است (ساوجی، ۱۳۷۱، ۹۳/۱) در ادله فقهی دلیل خاصی بر وابستگی صحت ازدواج به ثبت آن دیده نمی شود (شکری، ۱۳۸۳، ۶۸۵) تا چه رسد به جرم انگاری عدم ثبت آن و فقهای شیعه (عاملی الجبعی، ۱۴۱۲، ۶۹؛ یزدی، ۱۴۱۹، ۵۹۶) و سنی (زحیلی، ۱۴۲۸، ۹۰؛ جزیری، ۱۴۱۹، ۲۵) صحت ازدواج عرفی را تأیید کرده اند و دلایل فراوانی وجود دارد که عدم ثبت، ضرری به صحت نکاح نمی زند. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز بدون اشاره به بطلان ازدواج ثبت نشده به صحت اقرار ضمنی آن کرده و بیان داشته است که ازدواج با ایجاب و قبول واقع می شود و برای وقوع آن شرط ثبت شدن را مطرح نکرده است (۱۰۶۲ قانون مدنی)، اما در عین حال، عدم ثبت ازدواج را جرم تلقی کرده و برای آن مجازات حبس تعیین کرده است (ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲).

در این تحقیق، دلایل فقهی که برای اثبات مشروعیت این ماده و جرم بودن عدم

ثبت ازدواج مورد استناد قرار گرفته یا ممکن قرار گیرد، با روش تحلیلی و توصیفی بررسی می‌شود تا روشن گردد میزان اعتبار فقهی این دلایل در چه حدی است و آیا در حدی هست که بتواند مجوز عدول از اصل اولیه «حرمت اضرار و ایذای غیر» باشد و استثنا و تخصیصی برای آن به‌شمار آید؟

پیشینه موضوع

جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج، در حقوق ایران نخستین بار در قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ش. مطرح شد و طبق ماده ۱ این قانون، کسانی که ازدواج خود را در یکی از دفاتر ثبت به ثبت نمی‌رسانند، مستحق یک تا شش ماه حبس هستند، اما پس از انقلاب اسلامی در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ش. عدم ثبت ازدواج در شمار اعمال مجرمانه ذکر نشد و ماده ۱ قانون مصوب ۱۳۱۰ش. و ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده نیز از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد (نظریه شماره ۱۴۸۸ مورخ پنجم آذر ۱۳۶۳). با وجود اعلام خلاف شرع بودن جرم‌انگاری عدم ثبت مجدداً در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج مورد توجه قرار گرفت و در ماده ۶۴۵ این قانون کسانی که بدون ثبت رسمی اقدام به ازدواج می‌کنند، مستحق مجازات حبس تا یک سال دانسته شده‌اند؛ مجازاتی بیشتر از آنچه در قانون رژیم سابق مقرر شده بود. این قانون نیز مورد تأیید شورای نگهبان نیز قرار گرفت. سپس در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ش. با مقدار زیادی انعطاف، مجازات حبس که در ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی به صورت تعیینی مطرح شده بود، به صورت تخییری تغییر یافت و به «حبس تا ۶ ماه یا جزای نقدی درجه ۵» تبدیل شد و به نوعی مورد نسخ ضمنی قرار گرفت. به دنبال آن، یک سال بعد، ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی که مجازات یک سال حبس را برای عدم ثبت ازدواج مقرر می‌داشت، طی ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ نسخ صریح شد و در حال حاضر نیز این قانون به قوت خود پا برجاست و با وجود عدم تغییر سایر بخش‌های تعزیرات قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ش. این بخش از آن صریحاً نسخ شده است.

گرچه طبق اصل ۴ قانون اساسی همه قوانین باید با موازین شرعی و قواعد

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۲۰۰

فقهی تطبیق داده شوند، قانونی با چنین پیشینه پر فراز و نشیبی که تزلزل مکرر نظر قانونگذار را به وضوح به نمایش می‌گذارد، ضرورت بررسی فقهی این قانون را دو چندان می‌کند و نیازمندی نظام حقوقی کشور را به رهنمودهای شرع اطهر بیش از پیش آشکار می‌سازد.

پیشینه تحقیق

تا آنجا که بررسی شد، با وجود چالش‌های فقهی فراوان در این مسئله و نظرهای دوگانه شورای نگهبان در دو مقطع زمانی در این موضوع، هیچ اثری تا کنون، دلایل فقهی جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج را مورد توجه قرار نداده است؛ لذا شایسته است در ماهیت فقهی این موضوع با نگاهی عمیق‌تر نظر افکننده شود تا حقیقت امر آشکار شود و موضعی که بیشترین قرابت را با شرع اطهر و سیره و سنت ائمه هدایت عَلَيْهِمُ السَّلَامُ داشته باشد، اتخاذ گردد و در متون قانونی جمهوری اسلامی جای گیرد.

دلایل ضرورت مقابله کیفی با ازدواج‌های ثبت نشده

۱- امر «اُكْتُبُوا»

قرآن کریم در آیه ۲۸۲ سوره بقره که طولانی‌ترین آیه قرآن نیز به حساب آمده است (السیوری، ۱۳۸۴ق، ۵۶/۲؛ کاظمی، بی‌تا، ۵۶/۳) ضرورت ثبت دین را به وضوح بیان کرده است و فرموده است: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ ...

همچنان که در دانش اصول فقه مطرح است، امر شارع، اعم از خداوند تعالی و پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ یا ائمه معصومان: به یک عمل در صورتی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد، به معنای وجوب آن عمل است (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۴ق، ۶۹/۱). طبق این آیه نیز خداوند متعال می‌فرماید: «هرگاه دینی را بین همدیگر مبادله می‌کنید آن را بنویسید»؛ بنابراین، می‌توان از فعل امر «اُكْتُبُوا» که در این آیه کار رفته و از مصدر کتابت (نوشتن) است، این برداشت را کرد که نوشتن دین بر روی کاغذ (ثبت آن) واجب است.

بعضی از محققان از صیغه امر (اُكْتُبُوا) که در این آیه به کار رفته، وجوب ثبت دین

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

را استخراج و استنباط کرده‌اند (برای نمونه، رک: اسدی، ۱۳۹۰، ۶۶) و از آنجا که در ادامه آیه به علت حکم یعنی احتمال انکار مدیون اشاره شده، این وجوب قابل تعمیم به سایر عقود و قراردادهای از جمله ازدواج نیز می‌باشد. با این توضیح که در همین آیه شریفه می‌فرماید: «أَنْ تَضَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى»... (بقره/۲۸۲)؛ یعنی اگر یکی از آن دو فراموش کرد، دیگری به او یادآور شود...». براساس این فقره از آیه ممکن است گفته شود که آیه شریفه در صدد بیان علت حکم است و هر جا علت حکم در کتاب یا سنت تصریح شده باشد، امکان قیاس منصوص العله وجود دارد و می‌توان حکم همان موضوع را به هر جای دیگر که این علت وجود داشته باشد، سرایت داد. در این مبحث نیز گرچه حکم وجوب ثبت برای دین و مطالبات مالی مطرح شده، از آنجا که علت حکم یعنی احتمال فراموشی یا انکار تعهدات در سایر معاملات نیز وجود دارد، می‌توان حکم وجوب ثبت را به سایر معاملات از جمله ازدواج نیز تعمیم داد و حکم به وجوب ثبت ازدواج صادر کرد. با تعمیم این علت منصوصه وجوب و ضروری بودن، وجوب ثبت به سایر عقود و معاملات از جمله ازدواج سرایت داده شده و در سایر معاملات نیز ثبت و گرفتن سند کتبی و رسمی را استنباط شده است (اسدی، ۱۳۸۷، ۶۶؛ علیشاهی، ۱۳۹۷، ۱۲۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۲۰۲

نقد این دلیل

در دهه‌های اخیر با ورود بسیاری از مباحث فقهی به محافل حقوقی دانشگاهی، در تحقیقات حقوقی دانشگاهی به شکل گسترده‌ای برای اثبات ضرورت و لزوم ثبت و بلکه الزام به آن و حتی جرم‌انگاری عدم ثبت به این آیه استدلال شده است. آنچه از دیدگاه اکثر محققان مغفول مانده است، این است که این شیوه استنباط به لحاظ فقه شیعه چیزی جز قیاس مستنبط العله نیست که در فقه شیعه حرام و از اعمال شیطان شناخته شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۶/۲۷).

سرایت دادن حکم از موضوعی به موضوع دیگر در فقه شیعه تنها در صورتی مجاز است که علت حکم به صراحت در حدیث یا آیه‌ای ذکر شده باشد و به اصطلاح (منصوص العله) باشد (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۶، ۵۱۹/۲؛ مجاهد، ۱۲۹۶ق، ۶۵۹/۱؛ وحید بهبهانی،

۱۴۱۵ق، ۱/۱۴۸، بحر العلوم، ۱۴۰۲ق، ۲/۵۸-۵۹؛ علامه، ۱۴۲۰ق، ۵/۱۱۱، کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۰ق، ۳۲)، در حالیکه در این آیه، علت حکم به طور صریح ذکر نگردیده و علت‌های ذکر شده همه گمان‌ها و استنباطات شخصی است و آنچه به عنوان علت حکم تصور شده است، مربوط به شهادت شاهدین است و اینکه چرا باید دو نفر باشند ﴿... اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...﴾ (بقره/۲۸۲). یعنی «دو شاهد از مردان یا یک مرد و یک زن از کسانی که به گواهی آنان اطمینان دارید تا اگر یکی از آن‌ها فراموش کرد، دیگری به او یادآور شود.»

همچنان که از آیه شریفه به صراحت پیداست، فراموشی احتمالی یکی از شاهدان دلیل و علت وجود شاهد دوم است نه علت وجوب ثبت دین و ثبت دین، حکمی جد است و وجوب و استشهاد، حکمی دیگر است که برای تأیید موارد مکتوب مطرح شده است و علت یکی علت برای دیگری محسوب نمی‌شود. اگر چنین باشد و فرض کنیم فراموشی علت وجوب ثبت باشد، باز هم مدعای مستدلین اثبات نمی‌شود؛ زیرا یکی از شروط قیاس این است که علت در موضوع اصلی و موضوع فرعی که قصد سرایت محکم اصل به آن را داریم نیز موجود باشد، در حالی که در مسئله مورد بحث علت در فرع که ازدواج است، موجود نیست؛ زیرا احتمال فراموشی ازدواج وجود ندارد، بلکه احتمال انکار یکی از طرفین وجود دارد. این مسئله‌ای است که حتی به طور ضمنی هم در آیه مطرح نشده است و به نظر می‌رسد که میان فراموش شدن و انکار یکی از طرفین معامله خلط صورت گرفته است.

اشکال دیگر در استناد به این آیه برای جرم‌انگاری ثبت ازدواج، این است که سبک و سیاق آیه و لحن نصیحت گونه آن گواه ارشادی بودن آن است و براساس موازین فقهی، اگر حکمی ارشادی باشد، به خلاف احکام مولوی، الزامی ندارد و نمی‌تواند واجب شرعی تلقی شود (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۳/۳۵۱).

گواه الزامی نبودن حکم کتابت دین، جملاتی مانند ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ﴾ (بقره/۲۸۲) است که از بهتر بودن و عادلانه‌تر بودن آن سخن می‌گوید. اینکه این گزینه یعنی گزینه مکتوب کردن دین بهتر از گزینه‌های دیگر (مکتوب نکردن)

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

است و زمانی سخن از بهتر بودن به میان می‌آید که گزینه‌های دیگر هم خوب باشند و الا سخن از بهتر بودن به میان نمی‌آید و به جای آن سخن از بد یا خوب بودن به میان می‌آید و صرف استعمال فعل امر صیغه‌ی فعل هم نمی‌تواند دلیل بر وجوب حکم باشد و به کار بردن امر به مدد قرینه در معانی دیگر مانند استحباب و حتی حرمت نیز کاربرد فراوان دارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۰/۲؛ طباطبایی، ۱۳۶۷، ۱/۳۶۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ۱/۲۴۵؛ عراقی، ۱۴۰۵ق، ۱ و ۲/۱۷۷). بنابراین، نیز به «دلیل شواهد دیگری که در سرتاسر آیه وجود دارد (مانند ﴿وَأَذِّنْ لِلَّذِينَ آمَنُوا...﴾ یعنی این کار (نوشتن دین) برای جلوگیری از ایجاد شک و تردید بهتر است و... ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا...﴾ اشکالی ندارد اگر ننویسید...)) می‌توان فهمید که امر به کتابت دین، امری ارشادی و یک توصیه اخلاقی است و نمی‌توان از آن حکم الزامی و تعبدی وجوب را برداشت کرد و مقصود از آن پیشنهاد گزینه بهتر برای حفظ حقوق طرفین است و نمی‌توان از آن حکم الزامی را به گونه‌ای برداشت کرد که ترک آن گناه، حرام و معصیت باشد. سومین اشکالی که به این استدلال می‌توان گرفت این است که با فرض قبول همه مدعیات استدلال کنندگان به این آیه، یعنی با فرض قبول آنکه آیه درصدد بیان حکم الزامی وجوب ثبت دین است و در فرض آنکه این حکم وجوب قابل تعمیم به سایر معاملات باشد، باز هم مطلوب آنان اثبات‌پذیر نیست؛ زیرا وجوب با الزام متفاوت است و وجوب هر چیزی، نمی‌تواند دلیل بر وجوب الزام به آن نیز باشد و اگر بخواهیم وجوب الزام را ثابت کنیم، باید برای الزام به ثبت و بلکه جرم بودن و وجوب مجازات دلیل دیگری اقامه کنیم، با توجه به آنچه گفته شد، دلیل با مدعا همخوانی ندارد؛ زیرا مدعا الزام به ثبت و بلکه جرم بودن عدم ثبت و وجوب مجازات دنیوی تارک ثبت است، در حالیکه دلیل، با فرض قبول ادله مستدلین صرفاً در مقام اثبات وجوب ثبت است. به عبارت دیگر، آیه شریفه با فرض قبول همه ادعاهای مستدلین و رد همه ایرادات، حداکثر می‌تواند وجوب ثبت معاملات را ثابت کند، اما این کجا و وجوب الزام جامعه به آن کجا و از این فراتر، جرم‌انگاری عدم ثبت و وجوب مجازات کسانی که ثبت نکرده‌اند، کجا؟

نکته قابل ذکر دیگر در استدلال به این آیه این است که با فرض قبول همه

برداشت‌هایی که در جهت اثبات وجوب کتابت دین از این آیه شده است و با صرف نظر از همه انتقادات، باز هم دلیل، مغایر با مدعاست؛ زیرا آیه، در مقام امر به کتابت دین است و کتابت، اعم از کتابت معمولی و کتابت به شیوه ثبتی و رسمی است و آیه به هیچ عنوان در مقام امر به ثبت در دفاتر اسناد رسمی و به شیوه و با تشریفات قانونی امروز نیست؛ در حالیکه ثبت رسمی ازدواج، مدعای مستدلین است که آیه شریفه هیچ اشاره‌ای به آن ندارد یا لااقل اشاره عام به آن دارد و شامل انواع کتابت می‌شود که یکی از آن ثبت در دفاتر اسناد رسمی است؛ یعنی دلیل، عام ولی مدعا، خاص است و چون دلیل اعم از مدعاست، نمی‌تواند مؤید شایسته‌ای برای مدعای مستدلین به این آیه باشد و در حدی که بتوان با تکیه بر آن با اطمینان خاطر برای وجوب شرعی ثبت اسناد یا الزام به آن به این آیه استناد کرد و حکم مورد نظر را به خداوند نسبت داد؛ گرچه مدعای مستدلین از الزام به ثبت هم خاص‌تر است و قصد استنباط جرم‌انگاری عدم ثبت را از آیه مورد بحث دارند. روشن است که آیه شریفه هیچ‌گونه دلالتی حتی به‌طور عام به این موضوع ندارد؛ زیرا هیچ ملازمه‌ای میان وجوب انجام یا حتی وجوب الزام یک عمل با وجوب مجازات دنیوی یا به اصطلاح جرم‌انگاری آن وجود ندارد؛ چرا که موارد بسیاری را می‌توان مثال زد که شرعاً واجب‌اند، اما الزام به آن‌ها واجب نیست و ترک آن‌ها مجازات دنیوی ندارد و به اصطلاح امروزی جرم شناخته نشده‌اند؛ مانند نماز و روزه یا اعمالی که گناه کبیره و بلکه از بزرگ‌ترین گناهان کبیره‌اند، اما در شرع مجازات دنیوی برای آن‌ها تعیین نشده است مانند دروغ و غیبت، در حالی که گناهی که زشتی این اعمال قابل مقایسه با آن‌ها نیست مانند زنا و سرقت و در روایات گناه این اعمال بسیار بزرگ‌تر از گناه زنا و سرقت به حساب آمده است (مجلسی، بی‌تا، ۲۸۶؛ محمدی ری‌شهری، ۱۳۷۵، ۴۳۷/۱؛ حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ۲/۲۸۱)، مجازات‌های سنگینی در نظر گرفته شده است.

۲- ضرورت استحکام بنیان خانواده (وجوب مقدمه واجب)

یکی از دلایلی که می‌توان برای اثبات جرم بودن عدم ثبت نکاح به آن تمسک کرد، ضرورت استحکام بنیان خانواده است. به نظر می‌رسد که قانونگذاران جمهوری

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

اسلامی نیز عمده‌ترین دلیلی که برای وضع این قانون در نظر داشته، همین دلیل بوده است؛ زیرا در صدر منسوخه (ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی) که ماده مورد بحث جایگزین آن شده است، به آن اشاره شده بود: «به» منظور حفظ کیان خانواده، ثبت واقعه ازدواج دائم و... طبق مقررات الزامی است و...».

گرچه این ماده در قانون حمایت خانواده نسخ صریح شده، از آنجا که این ماده مبنای مواد مرتبط بعدی بوده، می‌تواند برای کشف دلیل قانونگذار برای تصویب این ماده مورد استناد قرار گیرد.

این استدلال را می‌توان بدین شکل توضیح داد که چون ازدواج یک پیوند الهی و مقدس است و بقا و دوام و حتی سلامت مادی و معنوی جامعه به سلامت خانواده وابسته است و نیز از آنجا که طلاق امری ناپسند و مورد نفرت شارع مقدس است و موجب آسیب‌های اجتماعی فراوان می‌گردد، باید از هر وسیله‌ای برای تأمین نظر خداوند و استحکام بخشیدن به بنیان خانواده کمک گرفت که یکی از این تلاش‌ها جرم شمردن عدم ثبت ازدواج است؛ زیرا در صورتی که عدم ثبت جرم شناخته شود افراد جامعه به ثبت ازدواج بهای بیشتری می‌دهند و حداقل برای حفظ خود از مجازات و حبس و نسبت به ثبت ازدواج اقدام می‌کنند و با ثبت ازدواج پایبندی لازم به خانواده و قوانین و تکالیف خانوادگی تضمین می‌شود امکان استیفا و احقاق حقوق طرفین در دادگاه‌ها نیز آسان‌تر می‌شود (ابوالبصل، ۲۰۰۸، ۱۶؛ علیشاهی، ۱۳۹۷، ۱۳۵، ۱۳۳، ۱۲۹، به نقل از میرصالح و همکاران، ۱۳۹۲، ۷۳/۱؛ مدنی، ۱۳۸۵، ۱۷۳/۸؛ یوسف‌زاده، ۱۳۹۲، ۶۶؛ نیکوند، ۱۳۹۳، ۶۷) و هدف شرع و قانون که استحکام بنیان خانواده و تأمین حقوق زوجین است، تأمین می‌گردد.

این استدلال، قابل تطبیق با قاعده فقهی وجوب مقدمه واجب است؛ زیرا در این استدلال «جرم‌انگاری ثبت ازدواج» مقدمه برای «ضرورت استحکام بنیان خانواده» فرض شده است و چون بنا به نظر مستدلین، «ضرورت استحکام و تثبیت قانون خانواده» از ضروریات و واجبات عقلی و دینی است و وجوب شرعی و عقلی دارد، براساس قاعده وجوب مقدمه، مقدمه آن یعنی جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج نیز واجب است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۰۶

ساختار دلیل

وجوب مقدمه واجب، در اصل و ساختار خود، یکی از انواع دلیل عقلی و از نوع استلزامات عقلی شناخته شده در اصول فقه است (خویی، ۱۳۶۸، ۲۲۲/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۵۸/۲) و مورد قبول اکثریت فقها نیز قرار گرفته است، اما تطبیق آن بر مورد بحث تا اندازه‌ای دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا این استدلال یک قیاس شکل اول است و مبتنی بر یک صغرا، یک کبرا و یک نتیجه است و استفاده از آن، زمانی قبول و نتیجه آن زمانی می‌تواند حکم شرعی باشد که صغرا و کبرا برای آن قطعی و خدشه‌ناپذیر باشند. صغرای این قیاس، این است که «جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج» مقدمه حفظ کیان خانواده است که شرعاً واجب است؛ به عبارت دیگر، حفظ کیان و بنیان خانواده که یک واجب شرعی است، متوقف بر جرم‌انگاری ثبت ازدواج است. کبرای این قیاس نیز چنین است: «هر چیزی که مقدمه یک واجب شرعی باشد، واجب شرعی است»؛ به عبارت دیگر، «هر چیز» که یک واجب شرعی متوقف بر آن باشد واجب شرعی است.

با این صغرا و کبرا این نتیجه به دست می‌آید که جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج واجب شرعی است. این همان مطلوب مستدلین است و چیزی است که مبنای شرعی ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ را تأمین می‌کند.

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

۲۰۷

نقد این دلیل

براساس آنچه در علم منطق بیان می‌شود، قیاس شکل اول زمانی منتج و (نتیجه‌اش) قابل قبول است که صغرا و کبرا برای آن قبلاً ثابت شده و مسلم باشد (مظفر، ۱۳۸۸، ۳۶۴؛ خندان، ۱۳۷۹، ۳۶۳) و اگر در هر کدام از صغرا یا کبرا قیاس، کوچک‌ترین خدشه‌ای وجود داشته باشد، نتیجه قیاس نیز قابل قبول نیست. کبرای این قیاس یک مطلب کلی است و در همه موارد کاربرد این قاعده یکسان است و عمده پایه و مبنای این قاعده صغرای آن است که در مباحث اصول به تفصیل مورد بحث قرار گرفته و تقریباً با شرایطی مقبول اکثر اگر علمای اصول قرار گرفته است گرچه بدون مخالف هم نیست (سبحانی تبریزی، ۱۳۶۷، ۲۲۲/۱؛ مظفر، ۱۳۸۸، ۲۹۲).

در این نوشتار، کبرای قیاس را مسلم فرض می‌کنیم، اما صغرای آن با توجه به هر مسئله و مطلبی که قرار است اثبات شود، ساخته می‌شود و باید با توجه به همان مسئله ارزیابی شود. در مسئله مورد بحث، صغرای قیاس درباره جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج است و دو چیز در صغرای این قیاس مفروض و مسلم تصور شده است؛ یکی آنکه جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج مقدمه حفظ بنیان و کیان خانواده است و دوم آنکه حفظ بنیان و کیان خانواده واجب و شرعی است. متأسفانه هر دو مفروض این صغرا محل اشکال است.

رد مفروض اول صغری

مفروض اول صغرای قیاس این است «جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج» مقدمه حفظ بنیان و کیان خانواده است. این مطلب به لحاظ اصولی محل اشکال است؛ زیرا مقدمه در اصطلاح فقهی به اعمالی گفته می‌شود که ذی‌المقدمه به تمامی معنای کلمه متوقف بر آن باشد و بدون تحقق آن مقدمه، ذی‌المقدمه به هیچ عنوان قابل تحقق نباشد (عاملی، ۱۴۱۷ق، ۱۶۴؛ نائینی ۱۴۰۴ق، ۱/۲۸۶؛ حسینی، بی‌تا، ۲۵۷؛ فیاض، ۱۴۱۹ق، ۷/۴) و زمانی که ذی‌المقدمه به طریقی دیگر نیز قابل تحصیل باشد، دیگر به آن، مقدمه گفته نمی‌شود و وجوب ذی‌المقدمه قابل تسری به آن نمی‌باشد (عاملی، ۱۴۱۷ق، ۱۶۶) و تأثیر جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج در حفظ بنیان خانواده نیز انکارشده نیست، اما اینکه بتوان ادعا کرد که حفظ بنیان خانواده متوقف بر آن است بسیار دشوار و بلکه ادعایی بی‌دلیل است؛ زیرا به هیچ عنوان نمی‌توان ادعا کرد که تنها راه حفظ بنیان خانواده، جرم‌انگاری عدم ثبت است و اگر عدم ثبت جرم شناخته نشود، کانون خانواده متزلزل می‌شود؛ زیرا تجربه تاریخی و مشاهدات عینی و وجدانی خلاف این را نشان می‌دهد و زمانی که عدم ثبت جرم نبوده و بلکه زمانی که اصلاً دفاتر ثبت اسناد رسمی وجود نداشته کانون خانواده‌ها متزلزل نشده است و اکنون که عدم ثبت، جرم شناخته شده است نیز بنیان خانواده اگر ضعیف‌تر نشده باشد استحکام بیشتری هم پیدا نکرده است. آمارهای رسمی نیز گواه است که در دهه اخیر با وجود جرم‌انگاری عدم ثبت، آمار طلاق نه تنها کاهش نیافته، بلکه افزایش یافته و به حدّ

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۲۰۸

بهران رسیده است (مهران‌نیوز به نشانی www.Mehrannews.com/new/2010874 و عصر ایران به نشانی www.Asriran.com/fa/news/331967).

ردّ مفروض دوم صغراً

مفروض دوم صغرای قیاس واجب شرعی بودن، حفظ بنیان خانواده است. مستدلین با مفروض گرفتن وجوب شرعی آن، این مفروض را مقدمه جرم‌انگاری عدم ثبت دانسته و وجوب مقدمه را به ذی‌المقدمه سرایت داده‌اند و برای مقدمه آن نیز ادعای وجوب کرده‌اند. در حالیکه این مفروض مبنای عقلی و شرعی چندانی ندارد و اگر ذی‌المقدمه واجب نباشد وجوب مقدمه نیز معنا نخواهد داشت؛ زیرا وجوب مقدمه نتیجه وجوب ذی‌المقدمه و به اعتقاد فقها وجوب مقدمه معلول وجوب ذی‌المقدمه و مترشح از آن است (حلی، ۱۴۱۴، ۴۸/۳؛ انصاری، ۱۴۱۹، ۳۲۶/۲؛ فیاض، ۱۴۱۹، ۷/۴) و اگر ذی‌المقدمه، خود واجب نباشد وجوب مقدمه نیز معنا نخواهد داشت؛ زیرا حفظ و استحکام کانون خانواده گرچه امری مطلوب و معقول است و ضرورت آن مورد تأیید و قبول عقل و شرع است، دلیلی وجود ندارد که این مطلوبیت در حد وجوب باشد. از روایات و آیاتی که اهمیت ازدواج و ترویج و تشویق آن را مطرح می‌سازد (نور/۳۲؛ روم/۲۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۱-۱/۱۴). به هیچ عنوان وجوب قابل برداشت نیست و حتی اصل ازدواج را هم هیچ فقیهی واجب ندانسته‌اند، بلکه آن را سنت پیامبر صلی الله علیه و آله و مستحب مؤکد دانسته‌اند و تنها در صورتی که ترک ازدواج مقدمه وقوع در گناه باشد، آن را واجب دانسته‌اند (رک: محقق حلی، ۱۴۰۳، ۲۶۶/۳).

وقتی اصل ازدواج و تشکیل خانواده واجب نیست، حفظ آن هم به طریق اولی واجب نیست. روایاتی که طلاق را سرزنش کرده و آن را در نزد خداوند ناپسند معرفی کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۶۵، ۳۷۷/۱ و ۴۱۰ و محمدی ری‌شهری، ۱۳۷۵، حدیث شماره ۱۱۳۳۵ و حدیث شماره ۸۰۶۷ و ۹۵۴۶ و ۲۰۸۰۴) نیز به فرض صحت سند، به هیچ عنوان مبنای حرمت طلاق نیست؛ بلکه فقط آن را به عنوان «ابغض الحلال» مطرح می‌سازد (متمقی هندی، ۱۴۰۹، ۶۶۱/۱) و همچنان از این اصطلاح برمی‌آید، طلاق صرفاً نزد شارع مبعوض ولی حلال است، لذا باید گفت، اگر حفظ بنیان خانواده در حد وجوب بود، باید طلاق

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

حرام و ازدواج واجب می‌شد، در حالی که چنین نیست و هیچ فقیهی چنین فتوایی نداده است.

با این توضیحات، روشن می‌شود که نه حفظ بنیان خانواده شرعاً واجب است و نه جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج مقدمه آن است؛ لذا صغرا به طور جدی، مخدوش و برای اثبات وجوب جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج صلاحیت ندارد و مهم‌ترین دلیل مؤید مبنای شرعی ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

۳. پیشگیری از سایر جرایم خانوادگی (حرمت مقدمه حرام)

الزام به ثبت ازدواج و جرم شمردن عدم ثبت ممکن است به عنوان یک روش پیشگیرانه از سایر جرایم خانوادگی و از بین بردن زمینه جرم مورد تحلیل قرار بگیرد (اسدی، ۱۳۸۷، ۲؛ علیشاهی، ۱۳۹۷، ۱۲۰).

توضیح این دلیل به این گونه است که در مواد ۶۲۴ تا ۶۴۷ ق.ا.م.ا. به جرایم ضد تکالیف خانوادگی اختصاص یافته است و اعمالی از قبیل «ترک انفاق» (قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماده ۶۲۴)، «ازدواج با زن شوهردار و معتده» (ماده ۶۴۳)، «به عقد درآوردن زن شوهردار و معتده» (ماده ۶۴۶)، «ازدواج قبل از بلوغ» (ماده ۶۴۴) و «تدلیس در ازدواج» (ماده ۶۴۷) به عنوان مهم‌ترین عناوین مجرمانه مرتبط با خانواده معرفی کرده است و تقریباً تمامی این جرایم بدون ثبت واقعه ازدواج، طلاق و رجوع در محاکم غیر قابل اثبات و پیگیری هستند. در صورت عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع نظام قانونی کشور هیچ اهرم اجرایی برای پیشگیری از این جرایم و تضمین انجام تکالیف خانوادگی در اختیار ندارد؛ برای مثال، اگر واقعه ازدواج در دفاتر اسناد رسمی به ثبت نرسد، زوجه‌ای که مدعی ترک انفاق از سوی همسر خویش است، نمی‌تواند زوجیت خود را در دادگاه اثبات کند و وقتی زوجیت اثبات نشد، استحقاق نفقه که از وجود رابطه زوجیت ناشی می‌شود نیز اثبات نمی‌شود و وقتی استحقاق نفقه ثابت نشد، ترک انفاق نیز معنا ندارد و اگر به راستی مرد همسر او باشد و جرم ترک انفاق واقع شده باشد، هیچ کاری از دادگاه بر نمی‌آید. در خصوص ازدواج با

زن شوهردار و معتده نیز وضع به همین صورت است؛ زیرا اگر ازدواج یک زن در دفاتر ثبت ازدواج ثبت نشده باشد، اثبات شوهردار بودن یک زن کار بسیار دشواری است و ادعای شاکی مبنی بر ازدواج همسر او با مرد دیگر قابل پیگیری نیست و بدین سان عدم ثبت ازدواج زمینه را برای وقوع این عمل زشت که چیزی جز زنا محصنه نیست، فراهم می‌سازد.

در جرم ازدواج قبل از بلوغ و تدلیس در ازدواج، مسئله از این هم واضح‌تر است؛ زیرا تنها در صورتی این‌گونه جرایم، قابل اثبات و پیگیری است که شرایط ازدواج مشخصات زوجین به طور قانونی و رسمی ثبت شده باشد تا معلوم شود این ازدواج طبق قانون و شرع بوده یا خیر و تاریخ وقوع آن قبل از بلوغ بوده یا بعد از آن و آیا شرایط اعلام شده با واقعیت تطبیق داشته یا تدلیسی در کار بوده است. تنها قاعده فقهی که می‌تواند مؤید و توجیه‌کننده این دلیل باشد، قاعده حرمت مقدمه حرام است؛ زیرا براساس این قاعده هر عملی که موجب وقوع در حرام شود، حرام است. در مسئله مورد بحث هم در واقع، جرایم خانوادگی حرام فرض شده‌اند و عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع به عنوان مقدمه آن‌ها تلقی شده است و چنین استدلال شده که چون جرایم خانوادگی شرعاً حرام‌اند، مقدمه آن‌ها که عدم ثبت ازدواج است نیز حرام شرعی است. سپس با این مقدمه تصور شده است که حرمت شرعی مقدمه می‌تواند دلیل بر جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع و وجوب مجازات کسانی باشد که از ثبت این سه واقعه خودداری می‌کنند.

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

۲۱۱

نقد این دلیل

این دلیل نیز مانند دلیل قبلی در صغرای خود محل اشکال است؛ زیرا این دلیل نیز مثل مقدمه واجب در صغرای خود دو چیز را مُسَلَّم گرفته است:

۱. حرام شرعی بودن جرایم خانوادگی؛
 ۲. مقدمه حرام بودن عدم ثبت وقایع سه‌گانه (ازدواج، طلاق و رجوع).
- پاسخ و نقد این دلیل مانند پاسخ دلیل قبلی است و به این علت در نقد آن اطاله کلام نمی‌کنیم؛ زیرا واضح است که اثبات حرمت همه جرایم خانوادگی کاری

آسان نیست؛ گرچه در بعضی موارد امکان آن قریب به نظر می‌رسد؛ مثلاً اعمالی چون ازدواج زن شوهردار و معتده و ترک انفاق را شاید بتوان به راحتی ثابت کرد، اما جرایم دیگر خانوادگی چون ازدواج قبل از بلوغ و عدم ثبت ازدواج در شرایطی به راحتی اثبات شدنی نیست؛ چراکه می‌توانند حلال باشند و حتی بعضی فقها نسبت به ازدواج قبل از بلوغ با اذن ولی تصریح به جواز کرده‌اند (طوسی، بی‌تا، ۴۶۴؛ حلی، ۱۴۰۳، ۲/۲۲۰؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰، ۵۱۱؛ علم‌الهدی، ۱۴۱۹، ۲۸۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۵/۳ و ۱۱۷/۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱۸/۷).

مفروض دوم مسئله که مقدمه بودن عدم ثبت بر وقوع جرایم خانوادگی است نیز به طور جدی محل اشکال است؛ زیرا همچنان که در نقد دلیل پیشین بیان شد، مقدمه حرام به معنای فقهی و اصولی آن در جایی صادق است که با انجام آن عمل، بدون تردید مکلف در حرام واقع شود و با ترک آن بدون تردید وقوع عمل حرام متوقف گردد (فیاض، ۱۴۱۹، ۲/۳۰۵) و به اصطلاح، مقدمه شرعی مقدمه‌ای است که قطعیه و دائمیه و موصله باشد و از نوع علت تامه باشد، نه مقدمه اتفاقیه و احيانیه و از جنس علت ناقصه (فیاض، ۱۴۱۹، ۲/۳۰۵). در مسئله مورد بحث نیز به هیچ عنوان نمی‌توان ادعا کرد که با ثبت ازدواج، بدون تردید سایر جرایم متوقف شده یا بدون ثبت قطعاً جرایم دیگر به وقوع می‌پیوندند؛ چه اینکه شواهد تاریخی و آمارهای رسمی و اثبات شده گواه است که قبل از آنکه قانون، عدم ثبت را جرم بشناسد، بسیاری از مردم از ارتکاب این گونه جرایم خودداری می‌کردند و پس از جرم‌انگاری عدم ثبت نیز بسیاری از مردم مرتکب جرایم خانوادگی شده و می‌شوند و هیچ ملازمه قطعی و قابل اثباتی میان عدم ثبت و وقوع جرایم خانوادگی وجود ندارد تا مقدمه حرام و مقدمه جرم تلقی شود و حرمت این گونه جرایم به مقدمه آن (عدم ثبت) نیز سرایت کند.

صرف نظر از اشکالات وارده به صغرای این قیاس، این استدلال از جهات دیگری نیز محل اشکال است؛ زیرا حرمت مقدمه حرام به تعبیر علمای علم اصول، مترشح از حرمت ذی‌المقدمه و معلول آن است (حلی، ۱۴۱۴، ۳/۴۸؛ انصاری، ۱۴۱۹، ۲/۳۲۶؛ فیاض، ۱۴۱۹، ۴/۷) و از باب سنخیت علت و معلول، نمی‌تواند دارای اوصافی باشد

که علتش دارای آنها نیست (سبزواری، ۱۳۷۹، ۲۰۰/۴) نهایت چیزی که از این برهان با صرف نظر از همه ایرادات وارده ثابت می شود، حرام بودن عدم ثبت وقایع سه گانه است و این در حالی است که مستدلین از آن جرم بودن عدم ثبت را نتیجه می گیرند در حالیکه جرم بودن با حرام بودن متفاوت است؛ به عبارت دیگر «جرم بودن» مقدمه، وصفی زاید بر «حرمت» است و ذی المقدمه خود نیز دارای ویژگی جرم بودن نیست، حال چگونه می توان ادعا کرد که جرم بودن آن به ذی المقدمه نیز سرایت می کند، در حالیکه این امر خلاف اصل حرمت ایذاء و اضرار به غیر است و جز با دلیل خاص اثبات نمی شود و در صورت عدم دلیل خاص، عمومیت قاعده حرمت ایذاء و اضرار به غیر، مانع جواز آن می شود و حرمت آن را به اثبات می رساند. بنابراین، بر اساس قواعد فقهی، نه تنها جرم انگاری عدم ثبت ازدواج موافق موازین شرعی نیست، بلکه عمومیت قواعدی چون حرمت ایذاء (سیوری حلی، ۱۳۸۴ق، ۶۴؛ میرزای قمی، بی تا، ۲/۸۱۴) و اصل عدم ولایت (مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۵۵۶؛ موسوی الخمینی، ۱۴۱۵ق، ۲/۶۵۴) و اصل برائت (قدسی احمد، ۱۴۱۴ق، ۳/۱۰۸) حرمت این جرم انگاری و مجازات تارکان ثبت را به اثبات می رساند.

دلایل جرم انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

۲۱۳

۴. قاعده تعزیر در مُحَرَّمات

یکی از دلایلی که در تأیید این استدلال و اثبات جرم انگاری عدم ثبت ازدواج شاید بتوان از آن کمک گرفت، قاعده «التعزیر لکلِّ محرّم» (طوسی، ۱۳۸۷، ۶۹/۸) باشد که براساس آن می توان برای ارتکاب هر حرامی تعزیر و مجازات دنیوی تعیین کرد. با پذیرش این قاعده، ملازمه میان حرام بودن یک عمل و جرم انگاری آن که در حقیقت همان تعزیر است برقرار می گردد و در صورت قبول حرمت عدم ثبت از باب جواز تعزیر برای هر محرمی مجازات عدم ثبت از باب تعزیر قابل طرح است. این مطلب نیز مخدوش است؛ زیرا اولاً عدم ثبت در هیچ اثر فقهی در شمار محرمات شرعیه ذکر نشده است. ثانیاً براساس تحقیقات انجام شده، این قاعده به معنای وجوب مجازات مرتکب حرام نیست، بلکه به معنای جواز آن است (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ۵۲۰) و به نظر حاکم بستگی دارد و در مواردی صادق است که حرمت عمل

از مسلمات شریعت باشد نه حرمتی ناشی از استحسانات و برداشتهای شخصی و منطقه‌ای مانند مطلب مورد بحث؛ زیرا در این گونه امور غیر یقینی که دلیل قطعی و بلامنازع برای تخصیص قاعده کلی و عدول از آن وجود ندارد، مشرب فقها این است که به قدر متیقن و موارد یقینی اکتفا کرده، در موارد احتمالی به عموم قواعد کلی تمسک می‌کنند و اصالت عدم تخصیص را ملاک عمل قرار می‌دهند. در مسئله مورد بحث نیز مشرب فقیه‌پسندانه این است که در جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج جانب احتیاط را در پیش بگیریم و از تعزیر مرتکبان ترک ثبت ازدواج به دلیل عدم یقین به حرمت آن خودداری کنیم و به عموم حرمت ایذا و اضرار متمسک شویم.

۱.۵. اختیارات حکومت اسلامی در تأمین نظم جامعه

جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج در قالب اختیارات حکومت مشروع نیز ممکن است توجیه شود و اختیارات حاکم اسلامی مجوزی برای وضع قوانین مطابق مصلحت جامعه به‌شمار آید. ممکن است کسی در مقام اشکال به مؤلف که کلیه ادله جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج را مخدوش می‌داند، بگوید که مهمترین دلیل درستی جرم‌انگاری ضرورت حفظ نظم جامعه است و فقه اسلامی به حاکم جامع‌الشرایط این حق را می‌دهد که اگر تشخیص دهد عمل یا ترک عملی به صلاح جامعه است، آن را الزامی کند و در مورد بحث نیز که عدم ثبت ازدواج می‌تواند مخلاً نظم جامعه و موجب تضییع حقوق زوجین باشد حکومت می‌تواند ثبت را الزامی و عدم آن را ممنوع و جرم اعلام کند. باید گفت این دلیل نیز مخدوش است و بطلان آن هم از آنچه پیش از این بیان شد، آشکار می‌گردد؛ زیرا اختیارات حاکم اسلامی محدود به شرع است و به صراحت در اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی بر کلیه اصول دیگر نیز حکومت دارد؛ حتی حکومت مشروع هم نمی‌تواند قوانینی که با شرع تطابق ندارد وضع کند و مصلحت جامعه را به هر قیمتی نمی‌تواند تأمین کند. مضاف بر آنکه این همان استصلاح است که حجیت آن در فقه شیعه مورد قبول قرار نگرفته و عدم صحت آن در کتب اصولی اثبات شده است و اگر حاکم اسلامی برای تأمین مصلحت جامعه به هر روش غیر مشروعی متوسل شود، ممکن است به مصلحت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۱۴

نزدیک شود، اما در عین حال، از شریعت فاصله بگیرد و بدین صورت نقض غرض حاصل شده، حکومت، وصف اسلامی بودن خود را از دست می‌دهد و با از دست رفتن وصف اسلامیت، دیگر آن اختیارات برای حکومت باقی نمی‌ماند؛ به عبارت دیگر، حکومت، زمانی اختیارات ویژه حکومت اسلامی را دارد که اسلامی باشد، در حالیکه با وضع قوانین غیر مشروع دیگر اسلامی نیست و اسلامی بودن حکومت و ضرورت تداوم وصف اسلامی بودن، مانع از آن می‌شود که اصول مسلم دینی را در قانونگذاری نادیده بگیرد.

بر اساس موازین مسلم، در فقه شیعه نمی‌توان هر چیزی را که مصالحی در آن باشد الزامی کرد یا اگر مفاسدی در آن تشخیص داده شود، حرام دانست (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ۴۵۵/۱-۴۵۶)، بلکه حرام و واجب دائر مدار امر شارع است و حلال تا زمانی که امر وجوبی برای آن از جانب شارع صادر نشده است تا قیامت حلال است (مازندرانی، ۱۴۲۱ق، ۲/۲۷) و حرام خدا تا زمانی که نهی وارده‌ای که آن را حرام کرده است، نسخ نشده باشد تا قیامت حرام خواهد بود و نمی‌توان با بیان چند فایده یا ضرر، چیزی را که خدا الزامی نکرده، الزامی کرد یا چیزی که خداوند ممنوع و حرام دانسته، آزاد، حلال و مباح اعلام کرد. اگر چنین کنیم، در حقیقت از روش استصلاح یا استحسان استفاده کرده‌ایم؛ زیرا مشروعیت مردود در اصول فقه شیعه مردود اعلام شده (غزالی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۳۹؛ میرزای قمی، بی‌تا، ۲/۹۲) و حتی فرقه‌هایی از اهل سنت هم به بطلان این روش اذعان کرده‌اند و از جمله امام شافعی استحسان را معادل تشریح و بدعت‌گذاری دانسته و اعلام کرده است: «من استحسن فقد شرَّع» (غزالی، ۱۴۱۹ق، ۴۷۶).

اصل حرمت ایذا (حرعاملی، ۱۳۸۷ق، ۸/۶۰۸؛ ۱۵۷ و ۵۸۷/۸، ۱۴۵؛ احزاب/۵۷) و اضرار به غیر (کلینی، ۱۳۸۸ق، ۵/۲۹۲؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۶/۱۴۶-۱۴۷) یک اصل شرعی ثابت شده است و تا زمانی که با دلیل شرعی قوی‌تری نسخ شده یا تخصیص نخورده باشد به قوت خود باقی است چرا که ایذا و اضرار حرام است و بیان چند منفعت و مضار نمی‌تواند مجوزی برای حلال شدن اضرار به غیر باشد و جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج مجاز دانستن ایذا و اضرار به کسی است که شرعاً کار حرام را مرتکب نشده و در شرع مجازاتی برای او تعیین نشده است؛ لذا مجاز به ایذا و اذیت او نیستیم و

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

این به مصداق آیه ﴿اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ (یونس/۵۹) چیزی جز استحسان نیست؛ زیرا براساس این آیه نسبت دادن حکمی به خدا بدون اذن او تهمت و افترای به خداوند است (محقق حلی، ۱۳۶۴، ۲۲/۱؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۱۷۰/۲).

نتیجه‌گیری

جرم‌انگاری عدم ثبت ازدواج که در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ مطرح شده است، مبنای فقهی درستی ندارد و دلایل ارائه شده آنقدر اعتبار ندارد که مجوز عدول از اصل برائت و اصل حرمت اضرار و ایذای غیر باشند.

دلیل اول از تعمیم آیه (اذا تدانیتیم...) استفاده می‌کند در خصوص دین است در حالیکه تعمیم دادن به سایر معاملات نیست. آیه شریفه در صدد اثبات وجوب نیست، بلکه حالت ارشادی دارد و نهایتاً در تأیید استحباب ثبت است. آیه شریفه اگر هم در صدد اثبات وجوب ثبت و قابل تعمیم به ثبت ازدواج باشد، با جرم بودن عدم ثبت که مقوله دیگری است ارتباطی ندارد و ملازمه میان وجوب عمل و جرم بودن ترک آن نیست.

دلیل دوم که در آن از قاعده وجوب مقدمه واجب استفاده شده نیز به دلیل اشکال در ساختار دلیل و مسلم نبودن صغرای قیاس توانایی اثبات جرم بودن عدم ثبت ازدواج را ندارد.

دلیل سوم که از حرمت مقدمه حرام استفاده شده نیز به دلیل اشکال در ساختار دلیل و عدم اثبات صغرای استدلال مخدوش و باطل است.

دلیل چهارم که در آن از قاعده التعرّیز لکل محرم استفاده شده نیز مخدوش است؛ زیرا مفروض این دلیل حرمت عمل است که در خصوص عدم ثبت، حرمت عمل، مسلم نیست.

دلیل پنجم که اختیارات گسترده حاکم اسلامی را مجوز وضع قوانین جزایی قرار داده است، به دلیل محدود بودن اختیارات حاکم اسلامی به محدوده شرع برای وضع مجازات و تعزیر و ایذا و اضرار برای عملی است که ذاتاً خلاف شرع نیست، غیر قابل استناد است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۱۶

پیشنهادات

بر اساس یافته‌های این تحقیق پیشنهاد می‌شود که به منظور استحکام بنیان خانواده و رفع آفات و عوارض ناشی از عدم ثبت ازدواج که در این مقاله به آن‌ها اشاره شده ثبت ازدواج دوم و بیشتر نیز الزامی باشد و دعاوی مربوط به آن‌ها هم بدون سند رسمی قابل پی‌گیری نباشد و خدمات اداری و عمومی و دولتی به آن‌ها ارائه نشود. پیشنهاد دیگر اینکه تحقیقات دیگری نیز در تکمیل این تحقیق انجام شود و سایر فقرات ماده ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ یعنی جرم‌انگاری عدم ثبت طلاق و رجوع نیز مورد دقت قرار گیرد و نقاط ضعف و قوت هر دو شناسایی شود و در صورت لزوم، جرم‌انگاری هر سه واقعه حقوقی و کلاً ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ حذف شود.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. اسدی، لیلا سادات، (۱۳۸۷)، مقاله «نقد و بررسی قوانین ثبت»، نشریه مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق) تابستان ۱۳۸۷، شماره ۴۰.
۲. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (معاصر)، (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۳. ساوجی، مریم، (۱۳۷۱)، اختلاف حقوق زن و مرد در اسلام و خانواده، تهران: نشر مجرد.
۴. شکری، رضا، (۱۳۸۱)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران: مهاجر.
۵. علیشاهی قلعه‌جویی، ابوالفضل؛ فرزانه، اسکندری، (۱۳۹۷)، مقاله «بررسی فقهی و حقوقی ثبت نکردن ازدواج در دفاتر اسناد رسمی»، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده، سال بیستم و سوم، پاییز و زمستان، شماره ۶۹، صص ۱۴۳-۱۲۱.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، مقدمه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. مدنی، سیدجلال‌الدین، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، تهران: پایدار.
۹. نیکوند، شکرالله، (۱۳۹۳)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات بهنامی.
۱۰. یوسف‌زاده، مرتضیه (۱۳۹۲)، حقوق خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
و اصول

ب) منابع عربی

۱۱. ابوالصل، علی، (۲۰۰۸م)، **دراسات في فقه النوازل**، عمان: دار اسامه.
۱۲. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۹ق)، **فرائد الاصول**، قم: محمد الفکر الاسلامی
۱۳. بحر العلوم، سید محمد، (۱۴۰۲ق)، **بلغة الفقيه، تحقیق و شرح و تعلیق**، سید محمد تقی آل بحر العلوم، تهران: منشورات مکتبه الصادق علیه السلام.
۱۴. الجزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۹ق)، **الفقه علی مذاهب الخمسه**، بیروت: دارالثقلین.
۱۵. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ق)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۱۶. حسینی شهرستانی، محمدحسین و فاضل اردکانی، (بی تا)، **غایة المسئول فی علم الاصول**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۷. حلی، حسین، (۱۴۱۴ق)، **اصول الفقه (شرح و تعلیق و کتاب اجود تقریرات نائینی که توسط آیت الله خویی تقریر شده است)** قم: مکتبه الفقه.
۱۸. حلی (علامه)، ابومنصور، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشیعه**، قم: تحقیق و نشر مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. —، (۱۴۲۰ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، تحقیق الشیخ ابراهیم البهادری، اشراف: جعفر سبحانی، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۲۰. —، (۱۴۰۴ق)، **مبادئ الوصول الی علم الاصول**، تحقیق عبدالحسین محمد علی البقال، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۳ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل و الحلال و الحرام**، بیروت: منشورات دارالاضواء.
۲۲. —، (۱۴۰۲ق)، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، تهران: الدراسات الاسلامیه فی مؤسسه البعثه.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۳۸۶)، **اجود تقریرات**، تقریرات بحث علم اصول آیت الله میرزا محمد حسن نائینی، قم: منشورات مصطفوی.
۲۴. الزحیلی، وهبه، (۱۴۲۸ق)، **فقه الاسلامی و ادلته**، دمشق: دارالفکر.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۰ق)، **تهذیب الاصول**، تقریرات بحث اصول سید روح الله موسوی خمینی، قم: انتشارات دارالفکر.
۲۶. سبزواری، ملا هادی، (۱۳۷۹ق)، **شرح المنظومه**، فلسفه با تعلیقه حسن زاده آملی، تهران: نشر ناب.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۱۸

۲۷. السيوري، جمال الدين فاضل مقداد بن عبدالله (۱۳۸۴ق)، **كنز العرفان في الفقه القرآن**، با تعليق محمد باقر شريف زاده، تهران: المكتبة الرضويه.
۲۸. شهيد ثانی، زين الدين بن علي العاملي، (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام الى تنفيح شرائع الاسلام**، بی جا، تحقيق و نشر مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۲۹. طباطبایي حكيم، محمد سعيد، (۱۳۷۶ش)، **المحكم في اصول الفقه**، قم: مؤسسة المنار، قم، ايران.
۳۰. طبرسي، حسن بن فضل، (۱۳۶۵)، **مكارم الاخلاق**، ترجمه سيد ابراهيم ميرباقری، تهران: فراهانی.
۳۱. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی (معروف) به شیخ طوسی (۱۳۹۰ق)، **تهذيب الاحكام في شرح المقنعه للشيخ المفيد**، تحقيق و تعليق حسن موسوی خراسان، تهران: دارالکتب الاسلاميه.
۳۲. _____، (۱۳۸۷ق)، **المبسوط في فقه الاماميه**، تحقيق و تعليق محمد تقی كشفی، قم: المكتبة المرتضوية لاحياء آثار الجعفریه.
۳۳. _____، (بی تا)، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**، قم: انتشارات قدس محمدی.
۳۴. عاملی، جمال الدين بن حسن ابن زين الدين العاملي. (۱۴۱۷ق)، **معالم الدين و ملاذ المجتهدین**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۵. عاملی الجبعی، زين الدين بن علی بن احمد، (۱۴۱۲ق)، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه**، قم: دفتر انتشارات اسلامي حوزه علمیه قم.
۳۶. عراقی، ضياء الدين، علی بن ملا محمد، (۱۴۰۵ق)، **نهاية الافكار**، تقرير: محمد تقی بروجردی نجفی، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۳۷. علم الهدی، علی بن حسين الموسوی البغدادي معروف به سيد مرتضى علم الهدی، (۱۴۱۵ق)، **الانتصار**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۸. غزالی، ابی حامد محمد بن محمد بن محمد، (۱۴۱۷ق)، **المستصفی في علم الاصول**، تصحيح و چاپ از محمد عبد الاسلام، عبد الشافی، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۹. _____، (۱۴۱۹ق)، **المنخول**، تحقيق: محمد حسين هيتو، بی جا: دارالفکر المعاصر.
۴۰. فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحدي لنکرانی، (۱۳۸۵)، **ايضاح الكفاية**، تعليقه مؤلف بر كفاية الاصول آخوند خراسانی گردآورنده حسینی قمی، محمد، قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
۴۱. فیاض، محمد اسحاق، (۱۴۱۹ق) **محاضرات في اصول الفقه**، تقریرات درس اصول آیت الله خویی، سيد ابوالقاسم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی تابع جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

دلایل جرم انکاری عدم
ثبت ازدواج در ترازوی فقه
واصول

۴۲. فیض کاشانی، محمد حسن (۱۴۰۶ق)، الوافی، تحقیق و تعلیق، ضیاء الدین الحسینی، اصفهان: مکتبه امیر المؤمنین علیه السلام.
۴۳. قدسی، احمد، (۱۴۱۴ق)، انوار الاصول، تقریرات ابحاث آیه الله مکارم شیرازی، قم: انتشارات نسل جوان.
۴۴. کاشف العطاء، جعفر (۱۳۸۰ق)، کشف العطاء عن مبهمات شریعه الغراء، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، قم ایران.
۴۵. کاظمی خراسانی، محمد علی (۱۴۰۴ق)، فوائد الاصول، تحقیق و تعلیق ضیاء الدین عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۶. کاظمی، جواد، (بی تا)، مسالک الأفهام الی آیات الاحکام، تحقیق و تعلیق محمد باقر شریف زاده. اشرف علی و تصحیح محمد تقی کشفی المکتبه المرتضویه الإحياء الآثار الجعفریه.
۴۷. کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق الکنینی الرازی (۱۳۸۸ق) اصول کافی، با تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۸. مازندرانی، مولی محمد صالح (۱۴۲۱ق)، شرح اصول کافی، مع تعالیق المیرزا ابوالحسن الشعرانی، ضبط و تصحیح السید علی عاشور، دار احیاء التراث العربی ۱۴۲۱ق - ۲۰۰۰م. بیروت لبنان.
۴۹. متقی الہندی، علاء الدین علی بن حسام الدین، البرهان نوری (۱۴۰۹ق)، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، بیروت: مؤسسه الرسالہ.
۵۰. مجاهد، سید محمد الطباطبائی سید محمد، معروف به سید محمد مجاهد (۱۲۹۶ق)، مفاتیح الاصول، قم: مؤسسه آل البيت علیہم السلام.
۵۱. مجلسی، محمد تقی، (بی تا)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، با تعلیق سید حسن موسوی کرمانی و علی پناه اشتہاردی، بنیاد فرهنگ اسلامی.
۵۲. محمدی ری شہری، محمد، (۱۳۷۵ق)، میزان الحکمه، قم: دارالحدیث.
۵۳. مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۸ق)، المنطق، قم: اسماعیلیان.
۵۴. مفید، محمد بن نعمان العکبری البغدادی ملقب به شیخ مفید (۱۴۱۳ق). المقنعه، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم.
۵۵. مکارم شیرازی، ناصر (معاصر)، (۱۳۸۶). انوار الاصول، مدرسه ۵۱، قم: مؤسسه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۵۶. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۵ق)، مفاتیح الوصول الی علم اصول، قم: تحقیق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰
پاییز ۱۳۹۹

۲۲۰

مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۵۷. میرزایی قمی، (بی تا)، (میرزا) ابوالقاسم القمی معروف به میرزای قمی، **قوانین الاصول**، چاپ سنگی [بی جا].

۵۸. نائینی، محمد حسین، (۱۴۰۴ق)، **فوائد الاصول**، من افادات میرزا محمد حسن الغروی النائینی تألیف محمد علی الکاظمی الخراسانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۵۹. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، معروف به وحید بهبهانی (۱۴۱۵ ق) **الفوائد الحائزیه**، قم: مجمع الفكر اسلامی.

۶۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۹ق)، **بحوث في علم الاصول**، تقریرات درس سید محمد باقر صدر، تألیف هاشمی شاهرودی، قم: المجمع العلمی الاسلامی للشهید الصدر.

۶۱. یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی، (۱۴۱۹ق)، **العروة الوثقی فیما تغم به البلوی (المحشی)**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

سایت‌ها

62. www.alketab.org 282/ البقره / 2.31/96

63. www.mehrannews.com/new201847/

64. www.asriran.com/fa/news331967/

دلایل جرم‌انگاری عدم
ثبیت ازدواج در ترازوی فقه
واصول

Bibliography

1. Āl Baḥr al-‘Ulūm, al-Sayyid Muḥammad. 1981/1402. *Bulghat al-Faqīh limā Yartajih*. Edited by al-Sayyid Muḥammad Taqī Āl Baḥr al-‘Ulūm. Tehran: Maktabat al-Sādiq.
2. ‘Alam al-Hudā, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1994/1415. *al-Intiṣār*. Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
3. al-‘Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn. 1996/1417. *Ma‘ālim al-Dīn wa Mlāḍh al-Mujtahidīn*. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
4. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīh Sharā‘i’ al-Islām*. Qum: Mū’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmīyya.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1999/1419. *Farā‘id al-Uṣūl (al-Rasā‘il)*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.

6. al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir (al-Wahīd al-Bihbahānī). 1994/1415. *al-Fawā'id al-Hā'irīyya*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
7. al-Burūjirdī al-Najafī, Muḥammad Taqī. 1982/1405. *Nihāyat al-Afkār alqawā'id al-Fiḡhiyya (Taqrīrāt Buḡūth al-Muḡaqqiq al-'Irāqī)*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
8. al-Fayḍ al-Kashānī, Muḥammad Muḡsin. 1988/1406. *al-Wāfi*. Isfahan: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn.
9. al-Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. 2001/1422. *Muḡāzīrāt fī Uṣūl al-Fiḡh (Taqrīrāt Buḡūth al-Sayyid al-Khu'ī)*. Qum: Mu'assasat Iḡyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
10. al-Ghazālī, Abū Ḥamid Muḥammad. 1998/1419. *al-Mnkḡūl*. Edited by Muḥammad Ḥusayn Hītu. Dār al-Fikr al-Mu'āṣir.
11. —. 1995/1413. *al-Muṣtaṣfā*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
12. al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḡmūd. 1984/1405. *Buḡūth fī 'Ilm al-Uṣūl (Taqrīr Buḡūth al-Sayyid Muḡammad Bāqir al-Ṣadr)*. Qum: al-Majma' al-'Ilmī li al-Shaḡid al-ṣadr.
13. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1986/1404. *Mabādī al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḡammad 'Alī Baqqāl. Qum: Maktab al-I'lām al-Islāmī.
14. —. 1992/1413. *Mukhtalaḡ al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
15. —. 1999/1420. *Taḡrīr al-Ahkām al-Sharīyya 'alā Maḡḡhab al-Imāmīyya*. Edited by Ibrāḡīm al-Bahādurī. Qum: Mu'assasat al-Imām al Ṣādiq.
16. al-Ḥillī, Ḥusayn. 1993/1414. *Uṣūl al-Fiḡh*. Qum: Maktabat al-Fiḡh wa al-Uṣūl al-Mukhtaṣṣa.
17. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḡaqqiq al-Ḥillī). 1981/1402. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' fī Fiḡh al-Imāmīyya (al-Nafi' fī Mukhtaṣar al-Sharā'ī)*. Tehran: al-Dirāsāt al-Islāmīyya fi Mu'assasat al-Bi'tha.
18. —. 1982/1403. *Sharā'ī' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Beirut: Dār al-Āḡwā'.
19. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1993/1414. *Taḡṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Taḡṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḡyā' al-turāth.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۲۲

20. al-Ḥusaynī al-Shahriṣṭānī, Muḥammad Ḥusayn. n.d. *Ghāyat al-Mas'ūl va Nihāyat al-Māmūl fī 'Ilm al-Uṣūl (Taqrīr Baḥṭ l-Fāḍil al-Ardakānī)*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
21. al-Kāzimī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. 1983/1404. *Fawā'id al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥṭh al-Mīrzā al-Nā'imī)*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
22. al-Kāzimī, Jawād (al-Fāzil al-Jawād). n.d. *Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Aḥkam*. Edited by Muḥammad Bāqir Sharīfzādī. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Ihya' al-Āthār al-Ja'farīyya.
23. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1968/1388. *al-Kāfī*. 4th. Edited by 'Alī Akbar al-Ghaffārī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
24. al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). n.d. *Rawḍat al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍarūh al-Faqīh*. 2nd. Edited by al-Sayyid Ḥusayn al-Mūsawī al-Kirmānī and 'Alī Panāh al-Ishtihārdī. Qum: Bunyād-i Farhang-i Islāmī-yi Kūshānpūr.
25. al-Māzandarānī, Muammad Ṣāliḥ. 2000/1421. *Sharḥ al-Uṣūl al-Kāfī*. Edited by al-Sayyid 'Alī 'Āshūr. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī.
26. al-Muḥammadī al-Riy Shahrī, Muḥammad. 1955/1375. *Mīzān al-Ḥikma*. Qum: Dār al-Ḥadīth.
27. al-Mujāhid al-Ṭabātabā'ī, al-Sayyid Muḥammad (al-Sayyid al-Mujāhid). 1930/1349. *Maḥāṣil al-Uṣūl*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
28. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2007/1386. *Ajwad al-Taqrīrāt (Taqrīrāt Baḥṭh al-Mīrzā al-Nā'imī)*. Qum: Manshūrāt Muṣṭafawī.
29. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Manāḥij al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
30. al-Muttaqī al-Hindī, 'Alī Ibn Ḥusām al-Dīn. 1988/1409. *Kanz al-'Ummāl fī Sunn al-Aqwāl va al-Af'āl*. Beirut: Mu'assasat al-Risāla.
31. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. 1968/1388. *al-Manṭiq*. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
32. al-Qudsī, Aḥmad. 1993/1414. *Anwār al-Uṣūl (Taqrīr Baḥṭh al-Shaykh Naṣir al-Makārim al-Shīrāzī)*. Qum: Madrasat al-Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.

33. al-Qummī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim (al-Mīrzā al-Qummī). n.d. *al-Qawānīn al-Muḥkama fī al-Uṣūl*.
34. al-Sabziwārī, Mullā Hādī. 1959/1379. *Sharḥ al-Manẓuma*. Edited by Ḥasan Ḥasan Zadi Āmulī. Tehran: Nashr-i Nāb.
35. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1989/1410. *Tahḏīb al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Imām al-Khumaynī)*. Qum: Dār al-Fikr.
36. al-Sūrī al-Ḥillī, Miqdād Ibn 'Abd Allāh (Fāḍil Miqdād). 1964/1384. *Kanz al-'Irfān fī Fiqh al-Qurān*. Edited by Muḥammad Baqir Sharīf Zādī. Tehran: al-Maktabat al-Raḍawīyya.
37. al-Ṭabātabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Sa'īd. 1997/1376. *al-Muḥkam fī Uṣūl al-Fiqh*. 5th. Qum: Mu'assasat al-Minār.
38. al-Ṭabrisī, Ḥasan Ibn Faḍl. 1986/1365. *Makārim al-Akhlāq*. Translated by al-Sayyid Ibrāhīm Mīr Bāqūrī. Tehran: Farāhānī.
39. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Edited by Muḥammad Taqī al-Kashfī. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'fariyya.
40. —. n.d. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. 2nd. Qum: Quds Muḥammadī.
41. —. 1970/1390. *Tahḏīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'a li al-Shaykh al-Mufīd*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
42. Asadī, Liylā Sādāt. 2008/1387. "Naqd va Barrisī-yi Qvānīn-i Thabt." *Muṭāli'āt-i Rāhburdī-yi Zanān (Kitāb-i Zanān)* (40).
43. Ibn Nu'mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqni'a*. Qum: al-Mu'tamar al-Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
44. Ja'farī Langrūdī, Muḥammad Ja'far. 2009/1388. *Mabsūṭ dar Tirmīnuluzhī-yi Ḥuqūq*. Tehran: Ganj-i Dānish.
45. Kāshif al-Ghiṭā', Ja'far. 1960/1380. *Kashf al-Ghiṭā' 'an Mubhamāt al-Sharī'at al-Gharrā'*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
46. Kātūzīyān, Naṣir. 2007/1386. *Falsafī-yi Ḥuqūq*. Tehran: Shirkat-i Saḥāmī Intishār.
47. —. 2007/1386. *Muqaddamī-yi Ḥuqūq*. Shirkat-i Saḥāmī Intishār.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۰

پاییز ۱۳۹۹

۲۲۴



بحوث فقهية وأصولية فصلية محكمة

السنة السادسة الرقم المسلسل العشرون؛ خريف ١٣٩٩ شمسي

مكتب التبليغ الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني للتخصصي)

المدير المسؤول: مجتبیٰ إلهي الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

المساعد التحرير: بلال شاکري

أعضاء هيئة التحرير:

أبو القاسم عليدوست (أستاذ البحث الخارج والأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)

أحمد مبلغی (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)

مهدي مهريزي (الأستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)

سعيد ضيائي فر (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

السيد عباس صالحی (الأستاذ المساعد بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

محمد حسن الحائري (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

حسين ناصري مقدم (الأستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

مجتبیٰ إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و الأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)

سكرتير التحرير والتنفيذي: السيد مصطفى إختراعي الطوسي

المحرور: عبدالله غلامي (الأستاذ المساعد بجامعة الرازي کرمانشاه)

ترجمة الملخص (إلى العربية): السيد محمود عربي

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية): السيد مهدي هاشمي

التصميم: حامد إمامي

إستناداً إلى ترخيص رقم ٣٣٧ بتاريخ ٢٨ / ٠١ / ١٣٩٨ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقهية وأصولية التي نالت مؤخراً على مرتبة العلمية المحكمة

الأدوات المعرفية لنموذج «العبد و المولى» في أصول الفقه والمرور بها بمنهج صدرائي^١

أفلاطون صادقي^٢

الملخص

يحاول علماء الطبيعة اليوم مشاهدة الوجه المخفي للطبيعة والظواهر الطبيعية في ضوء النماذج. من ناحية أخرى، يلعب نهج النماذج دوراً مهماً للغاية في فهم المفاهيم والمعارف والمعتقدات الدينية وكذلك تفسير القصص والشعائر الدينية. من الرموز التي يتم طرحها في الكلام الإسلامي، ولاسيما الفقه وأصول الفقه على أنها رمز لعلاقة الإنسان مع الله وإظهار صورة الله والإنسان هي تمثيل «العبد - المولى». إن استخدام هذا النموذج له أسس وأدوات معرفية خاصة. من أهم أسس نموذج «العبد - المولى» هو تصور وجود إله متشخص محوره الإنسان. من المتطلبات الأخرى لنموذج «العبد - المولى» هو شرح وتبيين أمر حقيقي من خلال أمر اعتباري. الشرط الآخر لقبول هذا النموذج هو سلب إرادة الإنسان. بالإضافة إلى ذلك، فإن استخدام مثل هذا النموذج كدليل وبرهان، يتعدى استخدام النماذج، الذي هو أمر غير مقبول من الناحية المعرفية. كذلك من المتطلبات الأخرى

بحوث فقهية وأصولية

السنة السادسة

الرقم المسلسل العشرون

خريف ١٣٩٩ شمسي

٢٢٦

١. تاريخ الإستلام: ١٤٤٠/١١/١١هـ ؛ تاريخ القبول: ١٤٤١/١٠/٠٤هـ

٢. أستاذ مشارك في قسم الإلهيات بجامعة بيام نور، مدينة يزد-إيران، البريد الإلكتروني: a_sadeghi@pnu.ac.ir

لنموذج «العبد - المولى» من أجل شرح الأمر الإلهي هو اعتبار الله مذكراً. والآن كيف يمكننا أن نخطو بخطوة نحو استكمال مقارنة أكثر دقة واكتمالاً لفكرة الله والإنسان في هذا النموذج؟ كيف يمكن العبور من لوازم المعرفة هذه؟ يسعى هذا البحث بمنهج وصفي تحليلي إلى شرح هذه الأدوات، وي طرح أنه من خلال نهج الحكمة المتعالية، ولاسيما مبادئ التشكيك في الوجود، والحركة الجوهرية والربط بين العلة والمعلول لهذا النهج، فإنه يمكن باستخدام الأدوات المذكورة أعلاه، تخطي نموذج «المولى - العبد».

الكلمات المفتاحية: الأدوات، الأدوات المعرفية، نموذج، العبد، المولى، أصول الفقه، المنهج الصدراي.

نظرية الخطابات القانونية ودورها في الفقه

الاجتماعي^١

علي خلف خاني^٢

محمد علي راغبي^٣

السيد يوسف علوي وسوقي^٤

الملخص

كان الفقه الشيعي حتى القرن الماضي، على الرغم من عمقه في مختلف المجالات، بعيداً دائماً عن المناصب الاجتماعية مقارنة بفقه العامة، وقد نما على هامش الحياة السياسية والاجتماعية للمجتمع. وإذا ما انتبهنا إلى الآثار الاجتماعية على طبيعة العلوم، فإن هذا يشير إلى حقيقة أن للفقه الشيعي طبيعة فردية ونظرة جزئية في الأساس. بالإضافة إلى الأبعاد الخارجية التي تبرر هذه النقطة، فإن علم الفقه في جوانبه الداخلية يشمل مرحلة معرفة الحكم والموضوع، ومن ثم تطبيق الأحكام على المواضيع بناءً على منطق النظرة الجزئية، وهو نتيجة الجذور الأصولية والفلسفية لهذا العلم وفقاً لمنطق أرسطو.

يعتقد مؤلفوا هذه المقالة ضمن بيان الفردية الفقهية المفروضة، أن نظرية الخطابات القانونية لا تعاني من الإشكالات الواردة على نظرية انحلال الخطابات، ومن خلالها يمكن أن تكون أساساً لتقديم نظام فقهي في مجال الفقه الاجتماعي.

الكلمات المفتاحية: الفقه الفردي، الفقه الحكومي، التنظيم، الخطابات

الانحلالية، الخطابات القانونية، الإمام الخميني عليه السلام.

بحوث فقهية وأصولية

السنة السادسة

الرقم المسلسل العشرون

خريف ١٣٩٩ شمسي

٢٢٨

١. تاريخ الإسلام: ١١/١٧/١٤٤٠ هـ؛ تاريخ القبول: ١٠/٤/١٤٤١ هـ

٢. طالب الدكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية - جامعة قم - إيران: khalafkhani10@gmail.com

٣. أستاذ مساعد بلجنة الفقه ومباني الحقوق الإسلامية - جامعة قم - إيران: ma.raghebi@yahoo.com

٤. أستاذ مساعد بلجنة الفقه ومباني الحقوق الإسلامية - جامعة قم - إيران: syvosoughi@gmail.com

الحيلة الشرعية في فقه الإمامية وأهل السنة .. مراجعة نقدية^١

طاهر علي محمدي^٢

حسين ناصري مقدم^٣

الملخص

تم التصريح بشكل إجمالي ببعض الحيل الشرعية من قبل فقهاء الإمامية وأهل السنة. بما أنه من الضروري عدم تعارض قوانين نظام قانوني ما مع أهدافه ومقاصده، فمن المهم دراسة صحة وسقم حكم جواز الحيل الشرعية التي توهم التعارض بينها وبين أغراض الشريعة.

ملخص
٢٢٩

في هذا البحث الذي تم بمنهج وصفي تحليلي، ومع شرح وانتقاد آراء فقهاء الفريقين المختلفة، وتقييم الأدلة المقدّمة، نتج أنّ بعض الحالات التي تعتبر حياً جائزة من وجهة نظرهم، ليست حياً شرعية، بل هي مجرد حيلة لغوية أو مجرد انتقال من حكم شرعي إلى حكم شرعي آخر، ومع فرض تسميتها مسامحة بالحيلة الشرعية، فهي لا تتعارض مع أيّ من مقاصد وأهداف الشريعة، وبعض المصاديق التي تكون تسميتها بالحيلة الشرعية صحيحة، حرامٌ وذلك بسبب أنّ وقوعه في حرام واقعي أو معارضتها لمقاصد الشريعة، أو لأنها لا تتغير من طبيعة موضوع حكم الحرام.

الكلمات المفتاحية: الحيلة الشرعية، الحيلة اللغوية، الهروب من الحرام، ارتكاب الحرام، أهداف الشريعة.

١. تاريخ الإستلام: ١٤٣٩/٠٩/٢٤هـ: تاريخ القبول: ١٤٤١/٠١/١٥هـ

٢. أستاذ مشارك بجامعة إيلام - كلية الإلهيات : t.alimohamadi@ilam.ac.ir

٣. أستاذ الإلهيات بجامعة الفردوسي بمشهد : naseri@ac.um.ir

إعادة قراءة وتعميم أدلة منع تنفيذ الحدود في أرض العدو في العالم المعاصر^١

محمد حسن مالدار^٢
عبد الرضا جوان جعفري البجنوردي^٣

الملخص

أحد المواضيع التي ورد ذكرها في النصوص الروائية والتي تناولها فقهاء الإمامية فيما بعد، هو حكم منع إقامة الحدود في أرض العدو. لقد ورد هذا الحكم في شكلين مطلق ومقيد. في الحكم المطلق يمنع بشكل عام إقامة الحد في أرض العدو؛ لكن في الحكم المقيد، فإنّ منع تطبيق الحدود في أرض العدو منوط بخوف إلحاق المحكوم عليه بالعدو. فيما يتعلق بموضوع «خوف الالتحاق بالعدو» يعتبره البعض علة الحكم، والبعض الآخر يعتبرها حكمة الحكم. بينما قام بعض المؤلفين باختيار نهج مشترك، وهو أن الجمع ممكن بين السبب والحكمة.

ترى هذه الدراسة بقبولها الرأي الأخير، أن الخوف من الالتحاق بالعدو بسبب قابليتها للتوسع والتسري إلى أحكام مشابهة كالجلد أو القصاص يكون علة الحكم،

بحوثٌ فقهيةٌ واصليةٌ
السنة السادسة
الرقم المسلسل العشرون
خريف ١٣٩٩ شمسي
٢٣٠

١. تاريخ الإسلام: ١٤٤٠/٠٨/٠٢ هـ؛ تاريخ القبول: ١٤٤١/٠١/١٥ هـ

٢. طالب في فرع الحقوق الجنائي وعلم الجريمة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الفردوسي - مشهد - إيران:
mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

٣. استاذ الحقوق بجامعة الفردوسي - مشهد - إيران (مؤلف المشارك): javan-j@um.ac.ir

ولأنه في غيابه و وجود تبعات أخرى فإنه ينبغي أيضاً الامتناع عن إقامة عقوبة الحد وأمثال ذلك يكون حكمة الحكم.

وبحسب مؤلفي البحث فإنه مع تشكيل منظمات حقوقية دولية وظهور تقنيات جديدة، أصبح الانضمام إلى العدو أسهل من زمن المعصومين عليه السلام، واتسعت تداعياته على المجتمع الإسلامي. كذلك فإن تطور الفضاء السيبراني في عصر العولمة قلل من أهمية الحدود الجغرافية، وأضفى غموضاً في تمييز مفهوم أرض العدو؛ لذلك وبحسب ما قيل، من الضروري إعادة قراءة هذا الحكم و تعميمه على العقوبات الأخرى المطبقة في بلاد الإسلام.

الكلمات المفتاحية: منع إجراء الحدود، أرض العدو، الإلحاق إلى العدو، إجراء الحدود، حكمة الحكم، علة الحكم.

الغموض والتحديات القانونية لعقوبة الاشتراك في القتل العمد وشرح الحلول الفقهية والقانونية^١

جمال بيغي^٢

الملخص

تم تنظيم المواد القانونية التي تختص بالمعاونة في القتل العمد بحيث لا يوجد حكم شامل بالعقوبة بجميع أشكالها، وبالتالي يجب الرد على هذا الطعن بالاعتماد على الحلول الفقهية والقانونية.

الهدف من هذه المقالة هو توضيح مهمة قاضي التحقيق بشكل دقيق في قضية القتل العمد والتي تورط فيها المعاون أيضاً، والحكم القضائي الذي يمكنه اتخاذه ضد المعاون بتهمة القتل العمد في قضايا مختلفة.

تمت كتابة البحث الحالي المكتوب بمنهج وصفي - تحليلي والذي يعتمد على وثائق المكتبة ومصادرها. تشير نتائج البحث إلى أن القضاة يواجهون مواداً قانونية عديدة واستنباطات فقهية مختلفة فيما يتعلق بعقوبة الاشتراك في القتل العمد، وعدم قدرتهم على تحديد العقوبة بشكل صحيح، وهذا التحدي يسبب نوعاً من التشتت في الآراء.

ترد القواعد العامة للمعاونة في جريمة مثل الجرائم الواردة في المواد ٦٢١، ٧٢١،

بحوث فقهية وأصولية
السنة السادسة
الرقم المسلسل العشرون
خريف ١٣٩٩ شمسي
٢٣٢

١. تاريخ الإستمات: ١٤٣٨/١٢/٠٥ هـ؛ تاريخ القبول: ١٤٤١/٠١/١٥ هـ.

٢. أستاذ مساعد في الحقوق الجنائي وعلم الجريمة بجامعة آزاد الإسلامية - وحدة مراغة - إيران: jamal.beigi@yahoo.com

٨٢١، ٩٢١ من قانون العقوبات الإسلامي للعام ٣١٠٢. تختلف عقوبة معاون في القتل العمد بحسب قصاص القاتل أو عدم قصاصه، مثل القتل العمد في حالة الدفاع الذي يفتقد إلى جميع عناصر شروط الشرعية من جهة، وانطباق سلوك معاون مع معاون الشرعي أو القانوني.

الكلمات المفتاحية: الاشتراك في القتل العمد، المعاونة القانونية، المعاونة الشرعية، العقوبة القانونية، الحلول الفقهية.

ملخص

٢٣٣

إقدام الغير في قتل مهذور الدم في الحالات المختصة بالحاكم في المذاهب الخمسة

مع إلقاء نظرة على عمل المشرّع في قانون العقوبات الإسلامي ١٣٠١٣

محدثة معيني^٢
عبدعلي التوجهي^٣

الملخص

مهذور الدم هي إحدى المباحث الفقهية الهامة التي يختلف تطور البحث فيها في المذاهب الإسلامية. يعتبر الفقهاء السنّة أنّ تنفيذ حكم قتل مهذور الدم المختص بالحاكم، يشمل فقط الكافر الحربي والباغي والمحارب، وفيما يخص قتل الكافر الحربي والباغي على يد شخص غير الحاكم، لا يثبت القصاص، و فقط في تنفيذ الحدود يكون تنفيذه بيد الحاكم، وفي غير هذه الحالة ثبت القصاص والدية. وقد وسّع فقهاء الإمامية من نطاق هذا الاختصاص بالإضافة إلى العناصر المعنية لفقهاء السنة إلى مسألة العامل المنكر، سبّ النبي والأئمة، مدّعي النبوة وفجور أهل الذمّة، وقد اعتبر معظم فقهاء الإمامية أنّ قتل الأشخاص المذكورين أعلاه غير جائز

بحوث فقهية واصلية

السنة السادسة

الرقم المسلسل العشرون

خريف ١٣٩٩ شمسي

٢٣٤

١. تاريخ الإسلام: ١٤٤٠/٠٨/٠٥ هـ: تاريخ القبول: ١٤٤١/٠١/١٥ هـ.

٢. أستاذة مساعدة بلجنة الفقه ومباني الحقوق الإسلامية كلية العلوم والدراسات الإسلامية جامعة الإمام الخميني الدولي - قزوین - إيران: moeinifar@isr.ikiu.ac.ir

٣. أستاذ مشارك بجامعة شاهد قسم الحقوق - تهران - إيران - (المؤلف المشارك): atavajohi@yahoo.com

إلا بإذن الإمام في جميع الحالات ما عدا سبّ النبي والأئمة، ويعتبر من يقوم بهذا العمل ظالماً مذنباً ويستحق العقوبة.

كما اتّبع المشرّع النظرية المذكورة في المادتين ٣٠٢ و ٣٠٣ من قانون العقوبات الإسلامي للعام 2013، وإضافة إلى ثبوت الدية فقد قرر التعزير إذا لم تسمح المحكمة بذلك.

الكلمات المفتاحية: الإمام، الحاكم الإسلامي، مهدور الدم، الكافر الحربي، الباغي، ساب النبي.

أدلة تجريم عدم تسجيل الزواج في ميزان الفقه والأصول^١

عبد الحسين رضايي راد^٢

الملخص

تعتبر المادة ٩٤ من قانون حماية الأسرة المعتمد عام ٣١٠٢ أن عدم تسجيل الزواج والطلاق والرجوع كجريمة وتعاقب عليها بالسجن من الدرجة السابعة (من ١٩ يوم إلى ستة أشهر) أو غرامة نقدية من الدرجة الخامسة (أكثر من ٠٨ مليون إلى ٠٨١ مليون ريال)..

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة السادسة
الرقم المسلسل العشرون
خريف ١٣٩٩ شمسي
٢٣٦

تقرر في هذه الدراسة وبهدف المواءمة بين قوانين الجمهورية الإسلامية والموازين الشرعية والعقلية، وبالمنهج المقارن والتحليلي، تحليل الجزء الأول من هذه المادة القانونية التي تتناول عدم تسجيل الزواج تحليلاً فقهياً، والأسباب التي تُستخدم لإثبات شرعيتها أو يمكن استخدامها في هذا الصدد.

وفي النهاية وباتتقاد أدلة إثبات تجريم عدم تسجيل الزواج ونفي صحتها، وصلنا إلى هذه النتيجة وهي أنه وفقاً لأحكام الشريعة والأصل الفقهي حرمة الإيذاء والإضرار بالغير، فإنه لا يجوز لأحد بما في ذلك مشرّع النظام الإسلامي أن يتخذ عقوبة لأي عمل دون إذن شرعي مؤكد ومسلم به، وفي حال حدث ذلك تكون العقوبة مخالفة

١. تاريخ الإستلام: ١٤٣٩/٠٢/١٣ هـ؛ تاريخ القبول: ١٤٤١/٠١/١٥ هـ.

٢. أستاذ مشارك بجامعة الشهيد جمران - قسم الإلهيات - أهواز - إيران: ٣٩@ahrri.scu.ac.ir.

للشريعة وحرام، ومخالفة للمادة ٤ من القانون الإسلامي.
وبسبب الطعن في الأدلة الفقهية لإثبات هذه المادة، فإن تلك الأدلة لا يمكن أن
تكون رخصة للعدول عن هذه القاعدة، وبالتالي يكون مصاديق الإيذاء والإضرار بالغير
ومحرم شرعاً.

كذلك ومن وجهة نظر قانونية فإن احترام حقوق الفرد وحرياته هو أصل مسلم،
وفي حال لم يكن بين أيدينا دليل قوي ومؤكد، فإنه حتى مع سن قانون (المادة ٩ من
الدستور) فلا يمكن العدول عن هذا المبدأ، ومع وضع عقوبة أو بأية طريقة أخرى، يتم
تقييد حرية وحقوق الأفراد في المجتمع.

الكلمات المفتاحية: المادة ٩٤ من قانون حماية الأسرة، تسجيل الزواج، التجريم.

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology
Vol.6 , No. 20, Fall 2020

Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary

Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Deputy Editor: Belal Shakeri

Editorial Board:

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballegghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and Research Branch)

Saeed Ziyāee Far (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Sayid Abbās Sālehi (Assistant Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Mūhammad Hassan Hāeri (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member of Akhūnd Khorāsāni Specialized Center)

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editor: Abdollah Gholami (Assistant Professor of Rāzi University Kermansha)

Arabic Abstracts Translator: Mahmud Arabi

English Abstracts Translator: Seyyed Mahdi Hashemi

Layout: Hāmed Emami

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in: Noormags, ISC, Civilica, Google Scholar, Road, Magiran, and journals.dte.ir

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch, Ayatollāh Khazali St. , Khosravi Crossroad, Mashhad, Iran.

P.O. Box: 9134683187

Telefax: + 985132213325

E-mail: jostar.fiqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 7565-2476