

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱، زمستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی

(مرکز تخصصی آخوند خراسانی^(۱))

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

جانشین سر دبیر: بلال شاکری

اعضای هیئت تحریریه:

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

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

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

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

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

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

مجتبی الهی خراسانی (مدیرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی^(۲))

مدیر اجرایی و دبیر تحریریه: سید مصطفی اختراعی طوسی

ویراستار: مهدی قاسمی

برگردان چکیده (عربی): سید محمود عربی

برگردان چکیده (انگلیسی): غلامعلی تیموری

صفحه آرا: سید امیر حسین ارشادی نیا

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۸ 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.ir)
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-resaneh)
پایگاه (DRJI)	و پایگاه (Road)
مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (Sid)	

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت الله خزعلی، نبش گذر واعظ طبسی، دفتر تبلیغات اسلامی

خراسان رضوی، طبقه اول، دفتر مجله:

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷؛ تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

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

ISSN : ۲۴۷۶-۷۵۶۵

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

روح الله آخوندی (استادیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور تهران)

ارژنگ اردوان (دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مپید)

علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد)

سید محمد علی ایازی (استاد تمام فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران)

بلال شاکری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

سید رضا شیرازی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

ظاهر علی محمدی (دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه ایلام)

جلیل قنواتی (دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه فارابی قم)

حمید مسجد سرایی (استاد تمام فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان)

حسین ناصری مقدم (استاد تمام فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

اولویتهای 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؛ باتأکید 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. مسؤولیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای متخذ از رساله / پایان‌نامه می‌باشد، استاد راهنما به‌عنوان نویسنده مسئول محسوب می‌شود و اگر نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤولیت 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: ir.maalem.fiqh-jostar 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 داور متخصص، داوری هم‌تراز (reviewer) 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 اقتضائات 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 ۱۳ IRZAR، و Roman New Times برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱ cm باشد.

۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

- عنوان: به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۳

- **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: org.islamicdoc.thesaurus) 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 و تیره). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

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

- **پایان‌نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک و تیره). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یاد شده در آن قابل دسترسی است.

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

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و تیره)، 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 در 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 ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

فهرست

- ۹ چالش‌های روش استناد به عموماًت و مطلقات برای حل مسائل مستحدثه
• محمد علی خادمی کوشا
- ۳۷ قطعی الدلاله بودن عموماًت قرآن از منظر مذاهب اسلامی
• مهدی نریمان پور، سید محمد صادق موسوی
- ۶۹ نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها دربارهٔ تحقیر اهل ذمه در جزیه
• اکبر احمد پور
- ۱۰۵ تعارض بینه و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران
• حسین عندلایب؛ ابوالقاسم علیدوست
- ۱۳۵ تأملی فقهی در ماده «(۹۴۴) قانون مدنی ایران (ارث زوجه از زوج در بیماری
منجر به فوت)
• علیرضا هوشیار؛ محمدرضا هوشیار
- ۱۶۵ بررسی حقوق معنوی میت با تأکید بر حکم حد قذف میت در فقه شیعه
• خسرو اسفهدی؛ عباسعلی سلطانی؛ سید محمد تقی قبولی درافشان
- ۱۹۷ عیب تراضی (عدم مطابقت ایجاب و قبول)
• روح الله آخوندی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

Challenges of Applying Generalities and Absolutes to Resolving New Issues¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.56697.1972

Muhammad Ali Khademei Kosha

Receiving Date: 2020-01-25; Approval Date: 2020-05-09

**Jostar- Hay
Fihi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

7

Abstract

The fact that the generalities and absolutes of the Quran and Sunnah are the primary sources in inferencing jurisprudential matters is a unanimously agreed-upon principle among jurists.

However, resorting to generalities and absolutes in addressing the newly emerged issues faces some challenges, as they have been used in the early days of Islam when today's topics were either very different or never existed at all. Therefore, as there is no agreement on whether those words that have been articulated in proportionate to the conventions of that time are inclusive of today's problems or not, and taking into account the fact that their inclusiveness

1 . *Khademei Kosha – M;* (2021); “ Challenges of Applying Generalities and Absolutes to Resolving New Issues “; *Jostar_ Hay Fihi va Usuli*; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: 7-34 Doi: 10.22034/jrj.2020.56697.1972; (This article is taken from a research in Islamic Sciences and Culture Academy under the title of “Comprehensiveness of Generalities and Absolutes Regarding New Issues”)

concerning contemporary examples has, in some cases, even been denied, the issue needs to be studied methodically according to Fiqh and Usul. This article, thus, set out to examine the challenges and obstacles of using generalities and absolutes for resolving new issues. Providing and analyzing fourteen examples of the existing or discussible obstacles in making use of legal generalities and absolutes is the achievement of this study.

Keywords: Generalities, Absolutes, New Issues, Absoluteness, Generality, Obstacles of inclusiveness.

**Jostar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

چالش‌های بهره‌گیری از عمومات و مطلقات در حل مسائل مستحدثه^۱ محمدعلی خادمی کوشا^۲

چکیده

حجیت عمومات و مطلقات کتاب و سنت در استنباط مسائل فقهی از جمله اصول مفروض در بین دانشوران فقه و اصول است. اما چنان که شاهدیم، استفاده از عمومات و مطلقات در مسائل مستحدثه دچار برخی چالش‌ها شده است؛ زیرا این الفاظ در صدر اسلام به کار رفته و امروزه موضوعاتی پدیدار شده‌اند که اساساً در آن روزگار وجود نداشته یا بسیار متفاوت‌اند. در نتیجه شمول آن الفاظ که در عرف آن روزگار صادر شده‌اند نسبت به مصادیق جدید امروزی که راویان و شنوندگان از وجود آن‌ها بی‌خبرند، مشکل و حتی گاهی انکار شده است، از این رو این مسئله، نیاز به بررسی روشمند براساس فقه و اصول است. مقاله پیش رو به بررسی چالش‌ها و موانع بهره‌گیری از عمومات و مطلقات برای حل مسائل مستحدثه می‌پردازد. دستاورد این مقاله، ارائه و نقد چهارده نمونه از موانع موجود یا قابل طرح در استفاده از عمومات و مطلقات شرعی است.

کلیدواژه‌ها: عمومات، مطلقات، مسائل مستحدثه، اطلاق، عموم،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۲۰. (این مقاله برگرفته از تحقیق «شمول عمومات و مطلقات در مسائل مستحدثه» است که در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی قم در حال انجام است و مطالب اصلی آن ضمن دروس خارج فقه نگارنده در حوزه علمیه قم در سال ۱۳۹۵ ارائه شده است.)

۲. استادیار دانش‌های وابسته به فقه، پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
khademi@isca.ac.ir

مقدمه

مسائل مستحدثه و موضوعات جدید در فقه اسلامی، شامل آن دسته از مسائل و موضوعات است که حکم شرعی آن‌ها به صراحت بیان نشده است؛ اعم از اینکه آن موضوع در گذشته وجود نداشته (مثل کارت‌های اعتباری) یا وجود داشته ولی برخی از ویژگی‌ها و شرایط و قیودش تغییر کرده و آن را موضوعی جدید جلوه داده است (مثل مالیت بدن و خون)؛ زیرا این امور هرچند در سابق نیز وجود داشتند؛ ولی در زمان‌های گذشته به علت عدم استفاده مشروع از آن‌ها مالیت نداشتند و در کتب فقهی مطرح نبود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۴۵۹).

یکی از اصول مورد اتفاق و مفروض فقه در حل مسائل مستحدثه، پاسخگوبودن فقه در همه عرصه‌های زندگی بشری است که با تنوع چشمگیر موضوعات نوپدید در زندگی بشری، فقها را در برابر انبوهی از مسائل جدید قرار داده است و باید به همه پاسخی مبتنی بر روش معتبر فقهی ارائه دهند. برای پاسخ به مسائل شرعی بیشترین توجه فقیهان به منبع وحی الهی و سنت سنیه پیامبر و اهل بیت او 7 است که در قالب ادله لفظی و بیشتر به صورت الفاظ عام و مطلق ارائه شده است. به همین دلیل آنچه بیشتر در حل مسائل فقهی جدید مورد توجه فقیهان قرار گرفته عموماً و مطلقاً کتاب و سنت است.

از آنجا که تصور یا تحقق مصادیق جدید عموماً و مطلقاً در عصر صدور روایات مشکل یا غیرقابل باور بود، در منابع دینی به شکل خاص مورد توجه نبودند؛ ولی فقیهان در هر زمانی بنا به اقتضائات آن کم و بیش با آن‌ها مواجه بودند و در پی حل مسائل فقهی متعلق به آن‌ها به اجتهاد و استنباط می‌پرداختند. آنها پیوسته در استفاده از منابع کتاب و سنت با چالش روش استفاده و دفع موانع حجیت عموماً و مطلقاً در مسائل جدید مواجه بودند. نگارنده پس از تدوین مقاله‌ای با موضوع «روش بهره‌گیری از عموماً و مطلقاً در استنباط مسائل مستحدثه»، گامی در رفع چالش اول برداشت و مقاله حاضر با هدف رفع چالش دوم و امکان‌سازی بهره‌گیری از عموماً و مطلقاً در حل مسائل مستحدثه نگاشته شده است.

بهره‌گیری از کتاب و سنت در مورد مسائل مستحدثه، در مواردی مطرح

است که صدق عنوان عام و مطلق بر موضوعات جدید وجود داشته باشد؛ وگرنه باید از راه‌های دیگر برای پاسخگویی استفاده کرد. اما مشکل اینجا است که در همین موارد که صدق عنوانی وجود دارد بازهم استناد به عمومات و مطلقات از جهاتی مورد چالش قرار گرفته است و شناخت این چالش‌ها و روش زدودن شبهات موجود و درنهایت وصول به یک نتیجه متقن فقهی، نیازمند بررسی این مسئله به مثابه یک مسئله اصولی است. بنابراین، موضوع مقاله حاضر بررسی همه راه‌های حل مسائل مستحدثه نیست؛ بلکه صرفاً بررسی موانع بهره‌گیری از الفاظ عام و مطلق در کتاب و سنت است و حتی عمومات و مطلقات مستنبط از تعلیلات نیز مورد بحث نیست.

متونی که به بررسی فقهی مسائل مستحدثه پرداخته‌اند، قریب به اتفاق آن‌ها به مباحث اصولی آن مثل حجیت عمومات و مطلقات به صورت کلی نپرداخته‌اند و بدون مقدمه فقط حل فقهی مسئله را طرح نموده‌اند. برخی از متون فقهی که به مباحث اصولی مسائل مستحدثه پرداخته‌اند، منشأ تردید و مشکل اصلی در شمول عمومات و مطلقات نسبت به مصادیق جدید را فقدان این مصادیق در عصر صدور آیات و روایات دانسته‌اند. به همین دلیل مشکل را با در نظر گرفتن اینکه احکام شرعی و خطابات قرآنی به صورت قضایای حقیقیه هستند قابل حل دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ۲۵۴) و برخی نیز با توجه به حقیقی بودن قضایای شرعی، شمول مذکور را مفروض دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۲۸، ۴۴۳).

گاهی نیز تصور شده است که مشکل در صدق عناوین عمومات و مطلقات است و با اثبات عدم دخالت زمان در صدق عنوانی نسبت به موضوعات مستحدثه ضابطه اصلی را وجود صدق عرفی دانسته‌اند (قائینی، ۱۴۲۴، ۹۵/۱) و به همین دلیل برخی اساساً در این مواردی مشکلی در استناد به عمومات و مطلقات ندیده‌اند (حب‌الله، ۱۳۴۹، ۴۰۳)؛ اما چه بسا گفته شود مشکل اصلی پس از حقیقی بودن قضایای شرعی و قسمت اعظمی هم پس از وجود کاربرد عرفی در عرف امروز خودنمایی می‌کند؛ زیرا با خارجیه بودن قضایای شرعی و یا بدون صدق عنوانی و بدون تطبیق معانی بر مصادیق جدید، چالشی در عدم شمول و عدم حجیت عمومات و مطلقات نخواهد بود. براین اساس موضوع سخن در این مقاله، بررسی اموری است که با فرض حقیقیه بودن قضایای شرعی و وجود صدق عنوانی می‌توانند به عنوان اشکال و مانع در حجیت عمومات و مطلقات مطرح شود.

مبانی و پیش فرض‌ها

اموری که در این پژوهش مبنا و مفروض دانسته شده‌اند و به‌منظور پرهیز از اطاله و خروج از موضوع بحث در این مقاله، اثبات آن‌ها در جای دیگر انجام شده است عبارت‌اند از:

۱. عرف و لغت عصر تشریح در تعیین معنای ظواهر الفاظ شرعی از جمله عموماً و مطلقاً، ملاک حجیت آن‌ها است.
۲. خطابات قرآنی بر همه مردم حتی غیر معاصران عصر نزول قرآن حجیت دارند. برخلاف نظر برخی بزرگان (میرزای قمی، ۴/۲۶۳؛ عاملی، ۱۹۳) و طبق فهم برخی فقیهان بزرگ (انصاری، ۱۳۸۳، ۳/۹۶).
۳. طبق مبنایی که درباره قضایای شرعی موردپذیرش است (حسینی‌شاهرودی، ۱۳۸۵، ۱/۲۳۷؛ بروجدی، ۱۴۱۵، ۳۵۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ۱/۳۷۹؛ خوبی، ۱۴۱۷، ۴/۱۵۷) قضایای شرعی، مربوط به مصادیق خارجی عصر تشریح نبوده و به‌صورت قضایای حقیقه‌اند.
۴. معنای اطلاق در الفاظ مطلق به‌صورت لابشرط است (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹، ۲۴۴) که مقتضای آن رفض القیود است نه جمع القیود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۲

موانع حجیت عموماً و مطلقاً در مصادیق جدید

تردیده‌های موجود در حجیت عموماً و مطلقاً برای حل مسائل مستحدثه در سه محور کلی قابل جمع‌آوری هستند؛ زیرا برخی از آن‌ها بازگشت به انکار وضع و برخی به انکار ظهور و برخی نیز به ادعای وجود مانع انعقاد اطلاق برمی‌گردند و برای اینکه با وضوح بیشتری به بررسی آن‌ها پردازیم در ادامه هرکدام از اسباب تردیدها را به‌صورت جزئی بررسی می‌کنیم.

۱- عدم تحقق وضع بر مصادیق جدید

با توجه به اینکه عرف عصر تدوین زبان و ادبیات با مصادیق جدید ناآشنا بود چه‌بسا ادعا شود که اساساً الفاظ عام و مطلق بر مصادیق جدید وضع نشده‌اند تا دلالتی داشته باشند و برای توجیه عدم تحقق وضع لفظ نسبت به مسائل جدید دو دلیل قابل ذکر است:

اول) مصادیق جدید در هنگام وضع و در عصر صدور آیات و روایات، اصلاً در ذهن واضع و عرف استعمال‌کننده خطور نکرده است؛ چون در بین عرف آن روز نسبت به معانی جدید تصویری وجود نداشت تا لحاظ شده و لفظ

بر آن معنا و مصادیق وضع و استعمال شود. این دلیل را برخی از معاصران با ذکر مثال‌هایی توضیح داده‌اند و البته پاسخ‌هایی برای آن بیان کرده‌اند (قائینی، ۱۴۲۴، ۴۲/۱؛ علیدوست، ۱۳۹۵، ۷۸).

شاید گمان شود کاربرد الفاظ عام و مطلق در عرف امروز در مورد مصادیق جدید و ظهور آن‌ها در این مصادیق برای اثبات حجیت کفایت می‌کند؛ اما باید توجه داشت که اگر اشکال عدم امکان وضع پاسخ داده نشود، اینکه امروزه آن الفاظ شامل مصادیق جدید شده و در آن‌ها استعمال می‌شوند تأثیری در ظهور و اراده این مصادیق از الفاظ نصوص و ادله ندارد؛ زیرا با فرض عدم امکان وضع، قطعاً کاربرد امروزی در اثر وضع جدید صورت گرفته است که ربطی به ظهور الفاظ در عصر تشریح ندارد.

دوم) احتمال دارد گفته شود وقوع وضع جدید نسبت به برخی مصادیق جدید نشانگر عدم شمول اطلاقات و عمومات سابق نسبت به این مصادیق است؛ زیرا اگر آن الفاظ شامل این مصادیق می‌شد نیازی به وضع جدید و لفظ جدید نبود.

در جواب از دلیل اول می‌گوییم: وضع در الفاظ عام و مطلق از نوع «وضع عام و موضوع‌له عام» هستند (اصفهان‌نجفی، ۱۷۲/۱)؛ زیرا برای وضع این الفاظ معنای کلی لحاظ شده و موضوع‌له نیز همان معنای کلی (نه مصادیق) در نظر گرفته شده است و با حفظ ذات و ترک خصوصیات (آملی، ۱۴۰۵، ۱۴۴؛ بجنوردی، ۶۴/۱) هیچ‌یک از خصوصیات فردی مصادیق تصور نمی‌شوند (خوئی، ۱۴۱۷، ۳۲/۱). خصوصاً بنابر قول به اینکه الفاظ برای اعم از صحیح و فاسد وضع شده‌اند؛ زیرا مصادیق معنای اعم قابل حصر نیست تا مصادیق لحاظ شوند. بنابراین برای اینکه معنای مورد تصور قابل لحاظ باشد باید تعداد محدودی از قیود به‌عنوان ارکان معنا در نظر گرفته شود و سایر قیود و خصوصیات فردی کنار زده شود به شرحی که در معنای مطلق به‌صورت رفض القیود تصور می‌شود (لا بشرط). بنابراین حتی اگر مصادیق عصر گذشته مورد توجه باشد خود مصادیق به‌عنوان موضوع‌له در نظر گرفته نمی‌شود.

مطابق توضیح بالا، ملاک شناخت صدق الفاظ نصوص (عمومات و مطلقات) بر مصادیق جدید صدق معنایی است که به‌صورت کلی در موضوع‌له لحاظ شده است. در نتیجه اگر آن معنا قابل صدق بر مصادیق جدید نباشد لفظ مورد نظر نیز بر آن‌ها صدق نمی‌کند و مصداق جدید مشمول عام و مطلق نخواهد بود، حتی اگر لفظ مورد نظر در عرف امروز برای آن مصادیق کاربرد

داشته باشد. همچنین اگر معنای عام و مطلق بر مصداق جدید صدق بکند مورد شمول دلالت لفظ خواهد بود، حتی اگر در عرف امروز کاربردی نداشته باشد.

بنابراین اگرچه مصادیق جدید در عصر وضع لفظ یا صدور نصوص قابل تصور نبودند؛ اما تصور معنای کلی امکان داشته و شمول آن نسبت به این مصادیق هم ممکن است و همین کفایت می‌کند و در فرض تطبیق آن معنا بر این مصادیق، مقتضی شمول الفاظ عام و مطلق فراهم است و دلیلی بر عدم شمول وجود ندارد.

از موارد تطبیق سخن بالا در مورد مصادیق جدید این است که به‌طورمثال اگر در معنای «سفر» خروج از شهر و منطقه سکونت به‌عنوان معنای کلی لحاظ شده باشد فرقی نمی‌کند با وسایل سریع امروز باشد یا با پای پیاده. یا مثلاً اگر در معنای واژه «ام» ریشه و نقطه اصلی پیدایش انسان مورد نظر باشد دیگر شامل صاحب رحم اجاره‌ای نمی‌شود. و همین‌طور است در مورد «والده» که به معنای «ام» و منشأ پیدایش است به همان شکلی که در مورد معنای «والد» تصور دارد. بنابراین واژه «ام» فقط شامل زنی است که صاحب تخمک است و اینکه امروزه به زن صاحب رحم نیز «ام» بگویند تأثیری در شمول واژه «امهاتکم» نسبت به آن ندارد.

جواب از دلیل دوم اینکه: وضع جدید برای مصادیق از باب خاص بودن موضوع^۲ در وضع جدید نسبت به موضوع^۱ سابق است که عمومیت آن شامل مصادیق جدید هم می‌شود و منافاتی با وضع جدید ندارد. مضافاً بر اینکه اساساً وضع لفظ جدید دلالتی بر فقدان شمول وضع سابق نیست و شاهد آن وقوع ترادف در الفاظ در بین یک قوم و قبیله است اگرچه اصل بر عدم ترادف است.

۲- فقدان ظهور عرفی به جهت فقدان آگاهی عرف عصر تشریح

می‌دانیم در ظهور ادله لفظی تنها ظهوری حجیت دارد که در عصر صدور ادله و روایات وجود داشته باشد و ظهور معنا در عصر کنونی فقط به دلیل کشف از آن ظهور مورد توجه است.

با عنایت به این پیش فرض باید گفت روایات و متون سلف حتی بنا بر توسعه و فراگیری موضوع^۱ لفظ در عصر صدور، فاقد ظهور عرفی در مصادیق جدیدند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ۲۲)؛ زیرا از آنجاکه به‌طور متعارف، افراد جامعه اعم از متکلم و شنونده در زمان استعمال الفاظ عام و مطلق، تصویری نسبت به مصادیق جدید نداشتند هیچ ظهوری نسبت به مصادیق جدید نمی‌توانست

تحقق بگیرد، در نتیجه اراده‌ای که از طریق ظهور قابل کشف باشد به آن‌ها تعلق نگرفته است. با این وضعیت چگونه از ظهور و صدق عرفی در عصر جدید می‌توان ظهور و اراده متکلم را از استعمال لفظ در عصر قدیم به دست آورد؟ به تعبیر دیگر اگرچه امروزه مصادیق جدید در کاربرد امروزی لفظ مورد لحاظ عرفی است؛ اما در زمان صدور نصوص موردلحاظ عرفی نبوده و به تبع آن قرینه‌ای بر لحاظ آن در لسان شارع وجود ندارد و در نتیجه نمی‌توان نصوص شرعی را شامل مصادیق عرفی جدید قرار داد (صدر، ۱۴۲۰، ۲۷۳).

پاسخ این است که در الفاظ عام و مطلق که دارای وضع عام و موضوع‌له عام هستند، تصور و تحقق معنا قبل از رتبه استعمال و با الغای خصوصیات فردی مصادیق صورت می‌گیرد و همان‌گونه که در پاسخ از دلیل اول ذکر شد، بسان یک معنای مطلق نسبت به خصوصیات غیر رکنی به صورت رفض القیود و لا بشرط تصور شده، در نتیجه تمامی قیود محدودکننده طرد و رفض شده و مفهوم گسترده‌ای که جامع بین افراد است لحاظ می‌شود و در مقام استعمال در عصر شارع آنچه روشن است تطبیق معنای موضوع‌له بر مصادیق موجود در آن عصر است که دلالت بر وجود معنا در مستعمل‌فیه است؛ اما دلالتی بر حصر معنای موضوع‌له در مستعمل‌فیه ندارد. در نتیجه در صورت انطباق عرفی معنای رکنی و صدق اجزای رئیسی معنا بر مصداق جدید دلیلی بر عدم شمول نخواهد بود.

به‌طورکلی در حجیت ظهورات لفظی اینکه عصر صدور باید ملاحظه شود شکی نیست. اما آنچه ملاک تعیین و تحدید ظهور است مصادیق استعمال نیست؛ بلکه براساس اصالت حقیقت معنای موضوع‌له ملاک کشف اراده متکلم است که با استفاده از قواعد شناخت معنای حقیقی (مثل تبادر، اطراد و عدم صحت سلب و...) به دست می‌آید و تحقق مصداق در عصر متکلم صرفاً بیانگر تطبیق معنای عام بر افراد و مصادیق موجود است و نقشی در منحصرکردن ظهور معنای لفظ و حجیت آن در مصادیق موجود ندارد. در نتیجه اگر معنای موضوع‌له در هر موردی انطباق پیدا کند مورد شمول معنا بوده و فرقی بین مصادیق جدید و قدیم نیست.

در پاسخ فوق، آنچه به‌عنوان ضابطه اصلی در استناد به ظواهر موردتوجه است این است که اصالةالظهور تابع وجود ظهور در معنای موضوع‌له لفظ است و تابع ظهور مصداق موجود معنا نیست. اما باید توجه داشت که این ضابطه در مواردی است که معنای لفظ را از طریق منابع لغت یا عرف و طرق معتبر

به دست آورده باشیم. لذا اگر در موارد خاصی بدانیم که متکلم با در نظر گرفتن عینیت‌های خارجی موجود در عصر خودش، لفظی را بر معنای جامع آن افراد وضع کرده است، در این صورت نمی‌توان خصوصیت‌های افراد موجود را نادیده گرفت و چنین لفظی فقط بر مصادیق دارای تمام خصوصیات موجود و لحاظ شده دلالت دارد و کشف معنای موضوعی‌له با تحلیل آن مصادیق قابل دسترسی است و برای تعمیم حکم بر مصادیق جدید که فاقد خصوصیات موجود در مصادیق کهن هستند نیاز به الغای خصوصیات از طرق معتبر است. شاید اینکه برخی از فقیهان معاصر در پاسخ از اشکال فوق، چاره مشکل را فقط در مواردی که الغای خصوصیت امکان دارد الغای خصوصیت قطعی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ۲۲) اشاره به همین نکته دارد.

۳- فقدان قصد متکلم به جهت فقدان علم به مصادیق آینده

در نظر برخی حتی اگر شمول معنای لفظ را نسبت به مصادیق جدید بپذیریم؛ اما مقصود بودن مصادیق جدید در بیان متکلم از نگاه عرفی پذیرفته نیست (نجفی، ۱۴۲۷، ۱۷۰)؛ زیرا روشن است که متکلم از وجود این مصادیق آگاهی ندارد تا قصد کند و با وجود علم به فقدان قصد متکلم، انطباق معنای لفظ بر مصادیق جدید نمی‌تواند حجیت داشته باشد پس نمی‌توان از روش تطبیق معنا استفاده کرد.

پاسخ علاوه بر اینکه پیش‌بینی تغییرات چشم‌گیر آینده برای هر فرد عاقلی متعارف است، این است که سخن فوق در مورد کسی که آگاه به طبیعت روزگار است و خصوصاً در مورد شارع حکیم قابل قبول نیست. همچنین مقصود نبودن آن‌ها در نزد عرف به جهت غفلت عرف از وجود مصادیق آینده است و ربطی به اراده متکلم آگاه ندارد. و اساساً نگاه عرف در مورد مقصود نبودن مصادیق جدید با فرض جهل او به وجود موضوع مطرح شده است و با فرض التفات به وجود مصادیق جدید برای معنای لفظ، امر برعکس می‌شود یعنی قصد نکردن آن‌ها را خلاف ظاهر می‌بیند؛ زیرا با وجود صدق حقیقی یا انطباق معنا وجهی برای استثنای آن از شمول لفظ پیدا نمی‌کند.

۴- اجمال عمومات و مطلقات عبادی

یکی از موانع حجیت عمومات در مسائل جدید که گاهی به‌طور خاص در مورد الفاظ عبادات مطرح شده (نجفی، ۱۴۲۷، ۱۴۵) این است که ماهیت عبادات در نظر عرف معلوم نیست؛ زیرا این عبادات از مخترعات شرعی بوده و از مفاهیم عرفی نیست، در نتیجه قبل از بیان شرعی در مورد اجزا و شرایط

آنها، کلامی مجمل بوده و نمی‌توان به آنها تمسک نمود. ادعای مذکور اگرچه مربوط به خصوص مسائل مستحدثه نیست؛ ولی درهرحال مانع استناد به عموماًت و مطلقات در استنباط مسائل مستحدثه است.

پاسخ این است که اولاً ادعای اینکه عموماًت مذکور اجمال دارند و قابل استناد نیستند ادعایی بدون دلیل است (آملی، ۱۴۵، ۱۴۰۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱۰۴/۱) و بلکه خلاف ظاهر بوده و مقتضای دلیل برخلاف آن است و با ادله‌ای که برای ردّ دلیل بعدی ذکر خواهد شد توضیح داده می‌شود.

ثانیاً در برخی از آیات قرآنی شواهدی بر وجود مفهوم قابل فهم عرفی در الفاظ عبادات وجود دارد مثل «کتب علیکم الصیام کما کتب علی الذین من قبلکم» که معنای صیام مفهومی عرفی و لغوی به معنای خودداری از اکل و شرب است (خویی، ۱۴۲۲، ۲۰۲/۱).

ثالثاً این الفاظ اگرچه تا قبل از بیان شرعی قابل استناد نیستند؛ اما سخن در مورد جایی است که بیان شرعی در مورد معظم اجزا و شرایط وارد شده است (بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱۰۴/۱) که بنا بر وضع الفاظ بر مصادیق صحیح، شک در مصداق لفظ از نوع شک در صدق عنوان بوده و فاقد اطلاق است؛ اما بنابر وضع الفاظ بر اعم از صحیح و فاسد قطعاً صدق عنوانی وجود داشته و امکان تمسک به اطلاق هم وجود خواهد داشت.

۵- فقدان مقام بیان در عموماًت و مطلقات

برخی اصولیان عصر اخیر مثل محقق کلباسی (کلباسی، ۱۳۱۷، ۲۲) اطلاقات قرآن را در مقام اجمال دانسته و در پی او محقق نائینی (نائینی، ۱۳۵۲، ۴۵/۱) این سخن را در مورد اطلاقات کتاب و سنت آورده و به همین دلیل برخی مثل مرعشی نجفی (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۱۲۵/۱) این اطلاقات را قابل استناد ندانسته‌اند و نیز علامه طباطبائی (طباطبائی، حاشیه الکفایه، ۱۶۵/۱) سخن فوق را در مورد عموماًت قرآنی بعید ندانسته است. البته این مشکل اگر قابل طرح باشد در مورد عموماًت نیز جاری است؛ زیرا بنابر مبنای مورد قبول برخی اصولیان که مورد نظر نگارنده است در دلالت عام بر عموم، اطلاق ماده یا مدخول ادات عموم شرط است.

ادعای مذکور همان گونه که از سوی برخی (بجنوردی، بی تا، ۶۴/۱؛ خویی، ۱۴۲۲، ۲۰۲/۱) ابطال شده است به دلایل زیر قابل قبول نیست:

اول: اصل بر این است که متکلم در مقام بیان است مگر دلیلی برخلاف آن باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۴۸؛ امام خمینی، ۱۴۲۰، ۳۵۳/۱؛ ۱۴۱۵، ۳۲۸/۲؛

سبحانی، ۱۳۸۷، ۱۲۷) که بین اصولیان مشهور دانسته شده است (خوبی، ۱۴۲۲، مصباح، ۲/ ۵۹۸؛ محاضرات، ۴/ ۵۳۶) بدون اینکه فرقی بین الفاظ قرآن و غیر آن باشد. پس ادعای عدم بیان نیازمند دلیل است؛ درحالی که ادعای مذکور بدون دلیل است. (آملی، ۱۴۰۵، ۱۴۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱۰۴/۱) خصوصاً با توجه به فلسفه وجود قرآن و هدایتگری آن باید برای استثنای جواز بهره‌گیری از آن در مورد عمومات و مطلقات دلیل روشن اقامه شود و صرف ادعای اینکه در مقام تشریح است کفایت نمی‌کند.

دوم؛ با روش و سیره اهل‌بیت: در استناد به آیات عام و مطلق قرآن و آموزش استنباط حکم شرعی و معارف دینی از قرآن، مخالف است که در برخی به صراحت آمده است «يُعْرَفُ هَذَا وَ أَشْبَاهُهُ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ - مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۳/۳).

سوم؛ برخلاف سیره و اجماع عملی فقیهان سلف و خلف در استناد به عمومات قرآن و سنت است که با مراجعه‌ای کوتاه به کتب فقهی کاملاً مشهود است.

چهارم؛ با معیاربودن قرآن و سنت معتبر در تمیز روایات معتبر یا در ترجیح اخبار متعارض منافات دارد؛ درحالی که معیار مذکور به صراحت در روایات متعدد (کلینی، ۱۴۰۷، ۷۲/۱) وارد شده است.

۶- عدم احراز مقام بیان نسبت به مصادیق جدید

می‌دانیم برای انعقاد اطلاق در مطلقات و مدخول ادات عموم احراز مقام بیان لازم است بر این اساس شاید گمان شود با توجه به اینکه مصادیق جدید در زمان نزول آیات الهی مورد ابتلا و شناخت مردم نبودند نمی‌توان احراز کرد که اطلاقات قرآنی از جهت شمول حکم نسبت به آنها در مقام بیان بودند، در نتیجه اطلاقی منعقد نمی‌شود؛ زیرا شرط اصلی مقدمات حکمت احراز در مقام بیان بودن است.

پاسخ این است که باوجود صدق عرفی عناوین به همان معنای عصر نزول و عدم ثبوت قید زاید نیازی به احراز بیان از جهت مذکور نیست؛ بلکه همان مقداری که در مقام بیان حکم نسبت به مصادیق موضوع است کفایت می‌کند؛ زیرا با توجه به اینکه معنای اطلاق، رفض القیود است نه جمع القیود، باید گفت پس از شامل شدن اطلاق بر مصادیق عصر تشریح، مصادیق جدید در زمان فعلی را نیز در بر می‌گیرد و لذا وقتی استعمال می‌شود شامل تمامی افراد ممکن می‌شود. مثلاً بیع در آیه شریفه «احل الله البيع» (بقره، ۲۷۵) به معنای

انشای تملیک، شامل تمام مصادیق (جدید و قدیم) می‌شود؛ زیرا رکن اصلی آن که انشای تملیک است در همه وجود دارد و خصوصیات مستحدثه ربطی در صدق عنوان ندارد.

۷- وجود قدر متیقن

در نظر برخی اصولیان وجود قدر متیقن در مقام تخاطب، مانع از انعقاد اطلاق است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۴۷). بنابراین با عنایت به اینکه پیوسته معنای عام و مطلق دارای افرادی به صورت قدر متیقن عرفی است (مثل مصادیق متعارف)، وجود قدر متیقن مانع شمول و اطلاق در الفاظ عام و مطلق خواهد بود و این اشکال بنابر اشتراط اطلاق در ماده و مدخول ادات عموم شامل الفاظ عام هم می‌شود.

پاسخ این است که قدر متیقن بر دو نوع است: ۱- قدر متیقن داخلی (مقام تخاطب)؛ ۲- قدر متیقن خارجی.

اما آنچه مانع از انعقاد اطلاق است قسم اول است نه قسم دوم (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۴۷) و اساساً کلامی نیست مگر اینکه قدر متیقن خارجی دارد و اگر قرار بود مانع اطلاق باشد هیچ مطلقاً منعقد نمی‌شد. بنابراین قطعاً این قسم از قدر متیقن ضرر به اطلاق نمی‌زند و آنچه در مورد یقین به اراده مصادیق متعارف مطرح شده است از نوع دوم است که به کمک قرینه خارجی مثل متعارف بودن و کثرت وجودی آنهاست که طبق مبنای محقق خراسانی نیز ضرری به انعقاد اطلاق نمی‌زند.

۸- وجود قرینه برخلاف عموم و اطلاق نسبت به مصادیق جدید

چه بسا ادعا شود کاربرد مفرد عناوین عمومات و مطلقات در سخن شارع در مورد مصادیق موجود در عصر صدور نصوص به عنوان قرینه بر مراد از عمومات و مطلقات بوده و مانع شمول نسبت به مصادیق جدید است. با این بیان که برخی فقیهان در ردّ استناد به اصل حقیقت (اصل عموم) برای اثبات عموم «العقود» نسبت به عقود جدید گفته‌اند اصل حقیقت در صورتی جاری می‌شود که قرینه برخلاف آن در کلام متکلم نباشد. مثلاً اگر مولا قبلاً به برخی از افراد یک عام دستورهایی بدهد مثل اینکه هر روز نسبت به نظافت چند اتاق معین از منزل دستور بدهد و پس از آن در یک روز دیگر بگوید «اتاق‌ها را نظافت کن» این لفظ عام نمی‌تواند بر عموم دلالت کند؛ زیرا دستورهای قبلی قابلیت قرینه بودن برای قصد اتاق‌های معین قبلی در کلام گوینده را دارد (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۹) پس صیغه‌های مفرد عمومات مثل عقد بیع یا عقد اجاره و...

که توسط شارع در افراد متعارف استعمال شده‌اند موجب می‌شوند عموماً و مطلقاً، مصادیق خود را بیانند و مراد شارع تبیین شود، در نتیجه اساساً عام و مطلقاً نسبت به مصادیق جدید وجود ندارد.

بیان دیگر این است که اگر قبلاً نسبت به برخی از افراد عام طی ادله خاص دستوری آمده باشد اکنون که به صورت عام دستور دیگری آمده است یا باید فقط بر مصادیق قبلی حمل نمود که تأکید خواهد بود و یا فقط بر افراد جدید حمل می‌شود که تأسیس خواهد بود. اما راهی برای پذیرش اینکه نسبت به قبلی‌ها تأکید و نسبت به مصادیق آینده تأسیس باشد نیست؛ زیرا یک کلام نمی‌تواند هم تأکید باشد و هم تأسیس و همان دلیلی که استعمال لفظ در اکثر از یک معنا را منع می‌کند در اینجا نیز مانع می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷، ۲۰) بنابراین شمول ادله بر مصادیق قدیمی و جدید قابل پذیرش نیست.

در سخن بالا مواردی برای نقد است:

اول: احتمالاً منظور محقق نراقی از قرینه بودن کاربردهای قبلی همان قدر متیقن در مقام مخاطب است که در این صورت پاسخ دلیل قبلی شامل این دلیل نیز می‌شود.

دوم؛ نقد اصلی نگارنده این است که در سخن فوق بین افراد موجودی که از سوی متکلم قصد نشده با افراد غیر موجود خلط شده است! آنچه می‌تواند قرینه باشد و قابل پذیرش عقلایی است این است که مصادیقی در زمان استعمال لفظ وجود داشته باشند ولی متکلم در استعمالات متعدد به آن‌ها توجه نکرده و صریحاً اعلام کند که در دستورات خاص خود فقط موارد خاص و معینی را قصد کرده است. در این صورت می‌توان گفت که دستورات قبلی امکان قرینه بودن بر تضييق دائره شمول عام و مطلق باشد مانند مثال‌هایی که صاحب سخن آورده است؛ اما در مورد افرادی که موجود نیستند ولی مورد انطباق معنای مقصود متکلم است و فقط در آینده به وجود خواهند آمد این سخن جاری نیست و برخلاف ظهور عرفی است.

۹- عدم امکان تقیید و اطلاق

بنابر نظر مورد قبول بسیاری از فقیهان که رابطه اطلاق و تقیید، رابطه ملکه و عدم ملکه است (نائینی، ۱۳۵۲، ۲/۲۹۰؛ بجنوردی، بی تا؛ ۱: ص ۴۶۸) می‌توان گفت در عصر نزول آیات و صدور روایات امکان تقیید مطلقاً در متن آیات و روایات نسبت به مصادیق جدید وجود نداشت؛ زیرا این نوع مصادیق برای آن روزگار ناشناخته بود و تقیید به امر ناشناخته موجب اجمال است و اجمال در

مقام بیان واقع نمی‌شود و در نتیجه چون تقیید امکان ندارد اطلاق هم نسبت به آن‌ها امکان نخواهد داشت.

اما پاسخ: علاوه بر اینکه سخن بالا (محال بودن تقیید مستلزم محال بودن اطلاق است) از سوی برخی اصولیان مورد اشکال نقضی متعدد و اشکال حلّی واقع شده است (خوئی، ۱۴۲۲، ۳۱۸/۱) اولاً: تقیید مطلق به مصادیق متعارف کاملاً امکان دارد و هیچ اجمال و ابهام و خلاف فهم عرفی نیز لازم نمی‌آید؛ زیرا اگرچه افراد غیرمتعارف ناشناخته است اما افراد متعارف شناخته شده و در نتیجه تقیید معنای لفظ به این مصادیق شناخته شده دارای مفهومی روشن است.

ثانیاً: اطلاق و تقیید مربوط به معنای لفظ و وصفی برای کلام به اعتبار معنا هستند. حال اگر تقیید نسبت به معنای لفظ امکان داشته باشد اتصاف کلام به مطلق نیز ممکن خواهد بود اگرچه متکلم به خاطر امر خارجی مثل جهل مخاطب نسبت به معنای قید مورد نظر نتواند لفظ را مقید کند. بنابراین با توجه به امکان اطلاق معنا در سخن شارع، اتصاف کلام به مطلق نسبت به مصادیق جدید مانعی ندارد.

ثالثاً: معنایی که از مطلقات اراده می‌شود معنایی عاری از قید است که از آن به رفض القیود تعبیر می‌شود، در نتیجه برای مطلق بودن لفظ کافی است که فقط یک یا دو رکن اصلی اراده شود که در همه مصادیق وجود دارد مانند عقد که رکن اصلی آن، عهد است.

۱۰- انصراف وجودی در اثر کثرت افراد متعارف

از امور معروف بین اصولیان این است که مطلقات به افراد متعارف حمل می‌شود (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ۱۷۳) و حتی در مورد الفاظ عام نیز این مطلب ادعا شده (وحیدبهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۴) - که البته با توجه به لزوم اطلاق در مدخول ادات یا مواد الفاظ عموم، ادعای اشتراک اطلاق و عموم در این جهت پذیرفتنی است. بر این اساس شاید گفته شود اطلاق و عمومات کتاب و سنت بر مصادیق متعارف آن عصر حمل می‌شوند و شامل مصادیق جدید نمی‌شوند.

پاسخ این است که وجود مصادیق و متعارف بودن آن‌ها در عصر صدور نصوص دو حالت دارد: گاهی دارای شیوع استعمال است و موجب تبادر و انصراف است؛ اما گاهی به این حد نمی‌رسد که موجب انصراف نیست (نراقی، ۱۴۱۷، ۷۷۸). بنابراین غلبه‌ای که به صرف متعارف بودن برخی مصادیق است از نوع غلبه وجودی است و اصولیان اذعان دارند که چنین غلبه‌ای

نمی‌تواند موجب انصراف مستقر باشد. (آشتیانی، ۱۴۲۹؛ ۲/۲۹۵؛ نائینی، ۱۳۵۲؛ ۱/۵۳۲؛ خوبی، ۱۴۲۲؛ مصباح، ۲/۶۰۳؛ صالحی، ۱۴۲۴؛ ۲/۳۳۸؛ روحانی، ۱۳۸۲؛ ۳/۴۵۶)؛ بلکه معنای موضوع^۱ له به‌عنوان ملاک شناخت معنای مراد متکلم است و خصوصیات افراد و مصادیق نادیده گرفته می‌شود؛ زیرا صرف وجود خارجی افراد نمی‌تواند موجب ایجاد علقه و ارتباط معنایی بین لفظ و معنا باشد به‌گونه‌ای که در اراده معنای لفظ بتواند معنای موضوع^۲ له را به حاشیه رانده و معنای مراد از لفظ را محدود به خصوصیات افراد نماید.

۱۱- انصراف استعمالی در اثر کثرت استعمال در مصادیق قدیم

الفاظ عام و مطلق از دیرباز در استعمالات عرفی در مصادیق قدیمی کاربرد شایع داشتند و همین موجب ارتباط وثیقی بین الفاظ و معانی شده و موجب انصراف به معنای متعارف است؛ بنابراین می‌توان گفت عناوین و واژگان مطلق و مدخول ادات عموم و مواد عمومات (که اطلاق در آن‌ها شرط است) در استعمالات عرفی عصر تشریح از مصادیق جدید انصراف دارند.

در پاسخ گفته می‌شود: انصراف از افراد جدید به دلیل اینکه در اثر فقدان آن‌ها شکل می‌گیرد از نوع انصراف بدوی است و منشأ آن غفلت و عدم التفات تفصیلی به معنای لفظ است و همانند انصراف وجودی است و اساساً انصراف در صورتی مستقر بوده و مانع از اخذ به اطلاق لفظ است که اگر فرضاً فرد مفقود و مصداق جدید در هنگام استعمال وجود داشته باشد نیز مورد توجه گوینده و شنونده نباشد و این ضابطه در سخن برخی از فقیهان مثل محقق همدانی مورد توجه بوده است (همدانی، ۱۴۱۶، ۱/۲۸۰).

کثرت استعمال نیز در صورتی موجب انصراف و مانع از اخذ به اطلاق است که نشانه عدم توجه به معانی دیگر در استعمالات عرفی باشد؛ زیرا ملاک انصراف این است که ارتباط لفظ با یکی از افراد معنا بیشتر باشد. به همین دلیل اگر کثرت استعمال به دلیل عدم وجود مصادیق دیگر باشد صرفاً موجب انصراف بدوی است؛ همان‌گونه که ندرت وجود موجب انصراف بدوی از نادر است (همدانی، ۱۴۱۶، ۳/۲۵۵)؛ بنابراین، کثرت یا ندرت وجود افراد موضوع باوجود اطلاق لفظ اعتباری ندارند (بیارجمندی، ۳/۲۳۰).

هر انصرافی که مستند به خود لفظ باشد و ریشه در آن داشته باشد مانع از اطلاق است و به آن انصراف ظهوری می‌گویند. و هر انصرافی که منشأ آن امور خارج از لفظ و استعمال عرفی باشد مانع اطلاق نیست و به آن انصراف بدوی می‌گویند. مانند واژه مسح که در آن دو انصراف وجود دارد: ۱- انصراف در

مسح با دست نه اعضای دیگر (انصراف ظهوری)؛ ۲- انصراف به مسح با باطن و کف دست نه پشت یا کناره دست (انصراف بدوی). با کمی دقت روشن می‌شود که انصراف اول ریشه در لفظ مسح دارد؛ اما انصراف دوم این گونه نیست.

شاخصه دیگری که برای انصراف بدوی می‌توان برشمرد این است که انصراف به مقید، با قطع به عدم ارادهاش و اراده مطلق، قابل جمع است. اما در انصراف ظهوری این گونه نیست یعنی نمی‌شود انصراف به مقید باشد ولی یقین کنیم که غیرمقید اراده شده است.

شاید اشکال شود که انصراف در اثر ندرت وجود با انصراف در اثر فقدان وجود فرق می‌کند انصراف اولی بدوی است اما انصراف دوم از نوع مستقر است؛ زیرا در اولی عرف از وجود مصادیق نادر خبر داشته و از صدق عنوان موضوع بر مصادیق نادر واقف بوده و به ندرت هم در آن مصادیق استعمال می‌کند، در نتیجه مانعی از اراده آن مصادیق وجود ندارد، اما در صورت فقدان مصادیق در عصر صدور نصوص اساساً عرف با مصادیق جدید آشنا نبوده تا در هنگام استعمال لفظ دلالت بر مصادیق جدید امکان داشته باشد. در نتیجه مصادیق جدید در حکم مصادیق غیرمتعارف خواهد بود که انصراف معنای لفظ از آن مصادیق از نوع انصراف مستقر است.

در پاسخ باید گفت:

اولاً: وجود و فقدان مصادیق تأثیری در کاربرد لفظ در معنای موضوع له ندارد؛ زیرا در استعمالات عرفی خصوصیات شخصی مصادیق موجود لحاظ نمی‌شود و گرنه نباید هیچ مطلقاً بر افراد آینده دلالت کند و یک وجه این مطلب آن است که قضایای احکام به صورت قضایای حقیقی لحاظ می‌شوند (اصفهانی، ۱۴۲۲، ۳۷۹/۱؛ حسینی‌شاهرودی، ۱۳۸۵، ۲۳۷/۱؛ خویی، ۱۴۱۷، ۱۵۷/۴؛ بروجردی، ۱۴۱۵، ۳۵۱). بنابراین، معنایی که از مصادیق موجود انتزاع می‌شود به معنای این نیست که خود آن مصادیق به عنوان موضوع له قرار داده شده‌اند. ثانیاً: انصراف موجود در فرض فقدان مصادیق نیز از نوع انصراف بدوی است و با کمی توجه به اصل معنا زایل می‌شود؛ زیرا عرف پس از آگاهی از مصادیق جدید در صورت تطبیق معنای لغوی لفظ بر آن مصادیق، مانعی از استعمال لفظ و اراده مصادیق جدید نمی‌بیند درحالی که اگر انصراف ظهوری باشد اراده معنا (منصرف عنه) از لفظ مطلق (بدون آوردن قرینه) نمی‌تواند مورد قبول عرف باشد.

ثالثاً: اگر بپذیریم که به جهت فقدان مصادیق جدید نتوان به استعمالات عرفی رجوع نمود فقط استعمال در آن‌ها را نتوانسته‌ایم ثابت کنیم ولی راه تطبیق معنای کلی موضوعات وجود دارد و در صورت انطباق معنا بر مصادیق جدید و فقدان انصراف عرفی مستقر، حکم به شمول داده می‌شود. و این شمول و تطبیق به تصریح فقیهان اهل تحقیق از باب استعمال نیست و لذا وصف حقیقت و مجاز نمی‌گیرد بلکه وصف صدق و کذب می‌پذیرد (نائینی، ۱۳۷۶، ۱/۹۳).

۱۲- جاری نبودن اصل عدم قرینه در مورد مصادیق جدید

در مورد الفاظ مطلق با وجود احتمال قرینه بر تفسیر در کلام شارع می‌توانیم با اجرای اصل عدم قرینه، اراده هر قیدی را دفع کنیم؛ اما نسبت به قرائن ارتكازی نمی‌شود با اصل عدم قرینه آن‌ها را دفع کرد؛ زیرا قرائن ارتكازی نیاز به بیان متکلم ندارد تا با بیان نکردن آن‌ها گفته شود اگر متکلم قصد تفسیر داشت باید قرینه‌ای بر تفسیر بیان می‌کرد و چون بیان نکرده است بنا بر نبودن آن‌ها گذاشته می‌شود (اصل عدم قرینه) به همین دلیل راوی در نقل قرائن ارتكازی وظیفه‌ای ندارد و سکوت او دلیلی بر وجود نداشتن قرینه ارتكازی نیست. (صدر، ۱۴۱۷، ۳۲/۷) در نتیجه نه اصل عدم قرینه و نه شهادت راوی هیچ کدام جایی ندارند. (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۱ق، ۲/۲۴۶). بنابراین از آنجا که در کلیه مطلقات مربوط به معاملات که مصادیق روشن و رایجی در بین عرف زمان صدور داشته‌اند، احتمال دخالت قرائن ارتكازی نسبت به خصوصیات مصادیق آن زمان وجود داشته و با اصل عدم قرینه قابل دفع نیستند و احتمال دخالت قرائن ارتكازی مثل خصوصیات عصری باقی می‌ماند در نتیجه این مطلقات نمی‌توانند معنای مطلقی داشته باشند که شامل مصادیق جدید بشوند.

پاسخ این است که اگر خصوصیات ارتكازی در استعمالات عرفی ثابت شود، سخن فوق قابل قبول است؛ اما اگر ثابت نشود صرف اینکه مصادیقی در عصر شارع وجود داشته و یا رایج بوده‌اند دلیل بر ارتكازی بودن خصوصیات آن‌ها در استعمالات عرفی و یا در معنای لفظ یا در مراد متکلم نیست و صرف احتمال قرینه ارتكازی اگرچه با اصل عدم قرینه دفع نشود بازهم مانعی در استناد به مطلقات نیست؛ زیرا در مواردی که وضع عام و موضوعی عام است ارتكاز واضح از خصوصیات غیررکنی و متغیر، منقطع شده و عنوان عامی در نظر گرفته می‌شود و تا زمانی که در معنای لفظ لحاظ نشده باشد نمی‌توان خصوصیات ارتكازی را جزء معنا بدانیم. در نتیجه تا زمانی که صدق عنوانی بر مصادیق جدید به صورت حقیقی وجود دارد و دلیلی بر اراده خصوصیات افراد نداریم

نمی‌توان دست از صدق عنوانی برداشت و اراده آن خصوصیات را ثابت کرد.
۱۳- جاری نبودن اصل عدم تخصیص و عدم تقیید

امکان دارد برای اثبات حجت نبودن الفاظ عام و مطلق در مورد مصادیق جدید گفته شود: قوام حجیت عام و مطلق به عدم وقوع تخصیص و تقیید از سوی شارع است و دو اصل عقلایی عدم تخصیص و عدم تقیید جای احراز عدم وقوع تخصیص و تقیید است و طبیعی است که اگر اظهار تخصیص یا تقیید محال باشد جایی برای این دو اصل نیست؛ زیرا نمی‌توان گفت اگر متکلم مرادش عام یا مطلق نبود باید بیان می‌کرد، چون فرض بر این است که نمی‌توانست بیان کند. پس دو اصل مذکور در جایی جاری می‌شوند که گوینده از بیان تخصیص و تقیید تمکن داشته باشد و چون به جهت ناآشنایی مخاطبان با مصادیق آینده، شخص متکلم نسبت به تخصیص و تقیید در مورد مصادیق جدید تمکن ندارد، اصل عدم تخصیص و عدم تقیید هم در مورد آن‌ها جاری نشده و در نتیجه حجیت عام و مطلق در مورد آن‌ها ثابت نمی‌شود. در ردّ این سخن باید گفت: اولاً: بیان عدم شمول نسبت به مصادیق جدید حتی در قالب یک قاعده کلی امکان دارد. ثانیاً: متکلم حکیم فقط زمانی عموماً و مطلقاً را به کار می‌برد که یا شمول را اراده کرده باشد و یا اگر اراده نکرده امکان بیان عدم اراده شمول را داشته باشد، در نتیجه اگر در موردی لفظ عام یا مطلق را به کار ببرد و می‌داند که امکان تخصیص یا تقیید برای او وجود ندارد قطعاً کشف می‌شود که او اراده تخصیص یا تقیید نداشته است و گرنه از لفظ شمول استفاده نمی‌کرد و تأکید بر افراد موجود می‌کرد؛ زیرا در این صورت به کارگیری عموماً و مطلقاً وجهی نداشته و برخلاف حکمت است.

شاید گمان شود به کارگیری عموماً و مطلقاً برای اعلام شمول نسبت به مصادیق رایج بوده نه مصادیق جدید و همین برای حکیمانه بودن کاربرد عموماً و مطلقاً کفایت می‌کند. اما این گمان جایی ندارد زیرا حکیمانه بودن استعمال نسبت به جهتی بدون رعایت حکمت نسبت به جهت دیگر موجب سلب حکمت در گفتار است و با وجود اینکه حضرات معصوم 7 عموماً و مطلقاً را در مقیاس بسیار زیاد به کار می‌بردند و مصادیق جدید نیز به فراخور زمان‌ها و مناطق مختلف وجود داشته و به‌طور طبیعی هم قابل پیش‌بینی بوده؛ اما در هیچ خبری از اخبار ایشان، اعلام نکرده‌اند که این الفاظ شامل مصادیق جدید نیست شکی باقی نمی‌ماند که شمول مصادیق جدید مورد نظر آن‌ها نیز

بوده است، در نتیجه در مواردی که می‌دانیم صدق عرفی وجود داشته و وضع جدیدی رخ نداده شکی در حجیت عمومات و مطلقات نخواهد بود.

۱۴- محدودیت زبان به تمدن خاص

از سوی زبان‌شناسان برای منع از استناد به عمومات و مطلقات، اشکالی به این شرح تلقی شده است که بافت زبانی یک تمدن را نمی‌توان به تمدن دیگر ناظر دانست و لغات را نمی‌توان به خواست خود توسعه داد. بر این اساس، عناوینی مثل «البيع» در متون دینی فقط همان بیع زمان نزول قرآن و صدور نصوص را شامل می‌شود، نه هر چه که در عصرها و جامعه‌های مختلف بیع نامیده شده است (علیدوست، ۱۳۹۵، ۷۹).

پاسخ این است که اگر ظاهر این سخن مورد نظر است چگونه می‌توان متون گذشتگان را مطالعه کرد و با پیشینیان ارتباط برقرار کرد؟ (علیدوست، ۱۳۹۵، ۷۹) و لذا به نظر نمی‌رسد زبان‌شناسان چنین معنای غیرقابل قبولی را در مورد الفاظ یک تمدن اراده کنند. بنابراین اگر منظور این است که برای شناخت مفهوم یک لفظ در یک کلام باید با مطالعه تاریخ و لغت معنای عصر صدور کلام را به دست آورد، این سخن درست و مورد قبول فقیهان و حتی مورد تصریح فقیهان بزرگ مثل وحید بهبهانی است (وحید بهبهانی، ۱۴۱۹، ۲۹۸) و اگر منظور این است که مصادیق عصر گذشته ملاک قضاوت در مورد مصادیق امروزی نیست به این معنا که ملاک شناخت شمول معنا صرفاً معنای موضوع‌له است نه مستعمل فیہ بازهم سخن صحیحی است؛ زیرا استعمال فرع بر وضع است و اصل حقیقت مقتضی ملاک بودن معنای موضوع‌له است و استعمال لفظ نهایت چیزی که می‌رساند این است که اگر استعمال دارای نشانه‌های وضع باشد، کاشف از معنای موضوع‌له خواهد بود و گرنه اعتم از حقیقت و مجاز است. و اگر منظور این است که لغات زمان سابق ربطی به زمان فعلی در یک زبان و فرهنگ ندارد و نمی‌توان بر اساس زمان سابق معنای لفظ را بر مصادیق آینده گسترش داد، گفتیم که قابل قبول نیست؛ زیرا سخنی کاملاً برخلاف بنای عقلا است و اساساً در وضع الفاظ عام و مطلق بر معنا هیچ محدودیت زمانی دیده نمی‌شود و گرنه اطلاق و عموم در ادبیات زبان واحد شکل نمی‌گیرد و نیز نباید وضع عام برای موضوع‌له عام معنا و مصداقی داشته باشد، در حالی که از مسلمات است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

نتیجه

پس از بررسی موانع ادعا شده یا قابل ادعا می‌توان گفت محور موانع مذکور یا فقدان وضع است که برخاسته از جهل عرف و مخاطبان از وجود مصادیق آینده است و یا فقدان کاربرد عرفی است که منجر به عدم انعقاد اطلاق و یا انصراف و یا فقدان ظهور عرفی می‌شود، یا فقدان قصد است که از جهل به مصادیق آینده ناشی می‌شود و منجر به اجمال می‌شود؛ درحالی که وضع لفظ هیچ پیوندی با علم به مصادیق آینده ندارد و معنای عام حتی اگر با نظر به مصادیق موجود انتزاع شود به صورت کلی و منقطع از خصوصیات فردی است و کاربرد عرفی نیز با وجود اینکه از اسباب ظهور است اما فقدان آن از عوامل عدم شمول نیست؛ زیرا شمول معنا تابع انطباق معنا بر مصادیق است و کاربرد عرفی در مواردی که وجود دارد شاهدی عرفی بر این انطباق است و اما فقدان قصد در اثر جهل به تحقق معنا در مصادیق جدید در مورد شارع تصور ندارد. مضافاً بر اینکه وقتی از نظر عرف و عقل انطباق معنا وجود داشته باشد، دلیلی بر عدم قصد وجود ندارد؛ زیرا ملاک وجود قصد علم به معنا است و انطباق معنا بر مصادیق به صورت قهری است.

بنابر آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت که دلیل اصلی برای پذیرش حجیت و شمول عموماً و مطلقاً نسبت به مصادیق آینده، انطباق معنای موضوعاً است و علم و جهل مخاطبان نسبت به مصادیق معنا تأثیری در اراده و قصد متکلم ندارد؛ همان گونه که اختلاف زمانی در تحقق مصادیق و تفاوت غیر ماهوی آن‌ها نقشی در تغییر در معنای آن‌ها ندارد.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). **کفایة الأصول**. اول. قم: طبع آل‌البیت 7.
۲. آشتیانی، محمد حسن بن جعفر. (۱۴۲۹ق). **بحر الفوائد فی شرح الفرائد**. (طبع جدید). اول. بیروت.
۳. آملی، میرزا هاشم. (۱۴۰۵ق). **تقریرات الأصول**. اول. تهران.
۴. اصفهانی نجفی (ایوان کیفی)، محمد تقی بن عبدالرحیم. (بی‌تا). **هدایة المسترشدين** (طبع قدیم). اول. قم.
۵. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲ق). **وسيلة الوصول الی حقائق الأصول**. اول. قم.

٦. امام خميني، روح الله. (١٤١٥ق). **مناهج الوصول إلى علم الأصول**.
اول. قم.
٧. ———. (١٤٢٠ق). **معتمد الأصول**. اول. تهران.
٨. انصاري، شيخ مرتضى بن محمد امين. (١٣٨٣ش). **مطرح الأنظار** (طبع
جديد). دوم. قم.
٩. بجنوردی، حسن. (١٣٨٠ش). **منتهی الأصول** (طبع جديد). اول. تهران.
١٠. ———. (بی تا). **منتهی الأصول** (طبع قديم). دوم. قم.
١١. بحرانی، محمد سند. (١٤٢٨ق). **فقه المصارف والنقد**. اول. قم: مكتبة
فدك.
١٢. بروجردی، حسين. (١٤١٥ق). **نهاية الأصول**. اول. تهران.
١٣. بیارجمندی خراسانی، یوسف آرام حائری، **مدارك العروة** (للبیارجمندی). اول. نجف:
مطبعة النعمان.
١٤. حائری اصفهانی. محمد حسين بن عبدالرحيم. (١٤٠٤ق). **الفصول الغرورية
في الأصول الفقهية**. اول. قم.
١٥. حب الله، حيدر. (١٤٣٩ق). **شمول الشريعة**. بيروت: دار روافد.
١٦. حسینی شاهرودی، محمود. (١٣٨٥ش). **نتائج الأفكار في الأصول**. اول.
قم.
١٧. خویی، سيد ابوالقاسم. (١٤١٧ق). **الهداية في الأصول**. اول. قم.
١٨. ———. (١٤٢٢ق). **محاضرات في اصول الفقه**. اول. قم: طبع مؤسسة
احياء آثار السيد الخوئي.
١٩. ———. (١٤٢٢ق). **مصباح الأصول (مباحث الفاظ)**. اول. قم: مكتبة
الداوري.
٢٠. روحانی، محمد صادق. (١٣٨٢ش). **زبدة الأصول**. دوم. تهران.
٢١. سبحانی تبریزی، جعفر. (١٣٨٧ش). **الموجز في اصول الفقه**. چهاردهم.
قم.
٢٢. صالحی مازندرانی، اسماعيل. (١٤٢٤ق). **مفتاح الأصول**. اول. قم.
٢٣. صدر، سيد محمد باقر. (١٤٢٠ق). **قاعدة لا ضرر ولا ضرار** (للشهيد
الصدر). اول. قم: دار الصادقين.
٢٤. ———. (١٤١٧ق). **بحوث في علم الأصول**. سوم. قم.
٢٥. طباطبائی، محمد حسين. **حاشية الكفاية**. اول. قم.
٢٦. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٣٨٧ق). **المبسوط في فقه
الإمامية**. سوم. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٢٧. عاملی، حسن بن زين الدين شهيد ثاني. (بی تا). **معالم الدين و ملاذ**

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ٢١،
زمستان ١٣٩٩

المجتهدین . نهم . قم .

۲۸. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). **فقه و حقوق قراردادها (ادله قرآنی)**.
اول. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۹. قائینی، محمد. (۱۴۲۴ق). **المبسوط فی فقه المسائل المعاصره**. قم:
مرکز فقهی ائمه اطهار ۷.
۳۰. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۳۰ق). **القوانین المحکمة فی
الأصول** (طبع جدید). اول. قم.
۳۱. کلباسی، محمدین محمدابراهیم. (۱۳۱۷ق). **رسالة فی حجة الظن**.
۳۲. کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب. (۱۴۰۷ق). **الکافی** (ط - الإسلامیه، ۸
جلد). چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۳. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۱۵ق). **القصاص علی ضوء القرآن
والسنه**. ۳ جلد. اول. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). **دائرة المعارف فقه مقارن**. اول. قم:
انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب ۷.
۳۵. ———. (۱۴۲۲ق). **بحوث فقهیه هامه** (لمکارم). قم: انتشارات مدرسه
الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۶. نائینی، محمدحسین. (۱۳۵۲ش). **أجود التقریرات**. اول. قم.
۳۷. ———. (۱۳۷۶ش). **فوائد الأصول**. اول. قم.
۳۸. نجفی، بشیرحسین. (۱۴۲۷ق). **بحوث فقهیه معاصره**. در یک جلد. اول.
نجف: دفتر حضرت آیت‌الله نجفی.
۳۹. نراقی، مولی احمدبن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). **عوائد الأيام فی بیان
قواعد الأحکام**. اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۰. وحیدبهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. (۱۴۱۹ق). **الرسائل الفقهیه**. اول.
قم: مؤسسه علامه وحیدبهبهانی.
۴۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۱ق). **اضواء و آراء. تعلیقات علی
کتابنا بحوث فی علم الأصول**. اول. قم: بینا.
۴۲. همدانی، آقارضا. (۱۴۱۶ق). **مصباح الفقیه**. ۱۴ جلد. اول. قم: مؤسسه
الجعفریه : لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.

References

1. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1999/1420. *Ma‘ālīm al-Dīn wa Malādh al-Mujtahidīn*. 9th. Qum.
2. al-Āmulī, Mīrzā Hāshim. 1985/1405. *Taqrīrāt al-Uṣūl*. 1st. Tehran.
3. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Maṭāriḥ al-‘Anzār*. 2nd. Qum.
4. al-Āshṭiyānī, Muḥammad Ḥasan. 1997/1429. *Baḥr al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. 1st. Beirut.
5. Al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir (al-Waḥīd al-Bihbahānī). 1998/1419. *Al-Rasā'l al-Fiqhiyyah*. 1st. Qum: Mu'assasat al-‘Allāma al-Waḥīd al-Bihbahānī.
6. Al-Bīyārjomand al-Khurāsānī, Yūsūf-Ārām al-Ḥā'irī. *Madārik al-‘Urwa*. Najaf. Maṭba‘at al-Nu‘mān
7. Al-Bujnurdī, Ḥasan. 1422/2002. *Muntahā al- Uṣūl*. 1st. Tehran
8. Al-Bujnurdī, Ḥasan. 1422/2002. *Muntahā al- Uṣūl*. 2nd. Qum
9. Al-Burūjirdī, Ḥusayn. 1994/1415. *Nihayat al- Uṣūl*. 1st. Tehran.
10. al-Ḥā'irī Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. 1984/1404. *Al-fuṣūl al-gharawīyah fī al- Uṣūl al-Fiqhīyah*. 1st edition, Qum.
11. Al-Hamedānī, Āqā Riḍā ibn Muḥammad Hādī. 1995/1416. *Miṣbāḥ al-Faqīh*, Vol 14. 1st. Qum: Mu'assasat al-Ja'farīyyah li Iḥyā' al-Turāth wa al-Mu'assasat al-Nashr al-Islāmīyyah.
12. Al-Hāshimāī al-Shahrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2009/1431. *Aḍwā' wa Ārā, Ta'līqāt 'alā Kitābinā Buhūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. 1st. Qum: Mu'assasat Dā'irat Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
13. 'Alidūsī, Abul Qasim . 2017/1438. *Fiqh wa Huqūq*

Qarārdādhā (Adilah al-Qurānī). 1st. Qum: Islamic Sciences and Culture Academy.

14. al-Işfahānī al-Najafī, Muḥammad Taqī. 2008/1429. *Hidāyat al-Muṣtarshidīn fī Sharḥ Uşūl Ma‘ālim al-Dīn*. 1st. Qum.
15. al-Işfahānī, al-Sayyid Abū al-Ḥasan. 2001/1422. *Wasīlat al-Wuṣul Ilā Ḥaqā’iq al-Uşūl*. 1st. Qum
16. Al-Kalbāsī, Muḥammad ibn Ibrāhīm. 1899/1317. *Al-Risala fī al-Ḥujjīyah al-Zann*.
17. al-Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 2009/1430. *Kifāyat al-Uşūl*. 1st. Qum: Ālul Bayt (as).
18. Al-Kulaynī al-Rāzī, Abū Ja‘far Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 1987/1407. *al-Kāfī*, Vol 8. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islamiyyah.
19. Al-Mar‘ashī al-Najafāī, Sayyid Shahāb al-Dān. 1994/1415. *Al-Qiṣaṣ ‘alā Dū’ al-Qur’an wa al-Summah* Vol 3. 1st. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī
20. Al-Mūsawī al-Khu’ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1973/1352. *Al-Hidāya fī al-Uşūl*. 1st. Qum.
21. Al-Mūsawī al-Khu’ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1973/1352. *Miṣbah al-Uşūl*. (Mabāḥith al-alfāz). 1st. Qum: Maktabat al-Dāwarī.
22. Al-Mūsawī al-Khu’ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1973/1352. *Muḥāzīrāt fī Uşūl al-Fiqh (Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid al-Khu’ī)*. 1st. Qum: Mu‘assasat Iḥyā’ Āthār al-Sayyid al-Khu’ī.
23. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Mihāj al-Woşul Ilā ‘Ilm al-Ūşul*. 1st. Qum.
24. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1420. *Mu‘tamad al-Uşūl (Taqrīrat*

- Buḥūth al-Sayyid Rūḥ Allah al-Mūsawī al-Khumaynī*.
Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām
al-Khumaynī.
25. al-Najafī, Bashīr. 2004/1383. *Buḥūth al-Fiqhīyya al-Mu'aṣirah*. 2006/1427. 1st. Najaf: Maktabt Ayatollah
Bashīr al-Najafī.
26. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil
al-Narāqī). 1996/1417. *'Awā'id al-Ayyām fī Bayān
Qawā'id al-Aḥkām*. 1st. Qum: Manshūrāt Maktabt al-
Maṭbūāt Maktab al-D'ā'iyyah al-Islāmīyyah fī al-Qum.
27. Al-Qā'inī, Muḥammad. 2003/1424. *Al-Mabsūṭ fī Fiqh
al-Masā'il al-Mu'aṣira*. Qum: al-Markaz al-Fiqhī al-
A'ima al-Aṭhār (as)
28. al-Qumī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim ibn Muḥammad-
Ḥassan (al-Mīrzā al-Qummī). 2009/1430. *al-Qawānīn
al-Muḥkama fī al-Uṣūl*. New edition. 1st. Qum.
29. Al-Rūhānī Muḥammad Ṣādiq. 2004/1424. *Zubdat al-
Uṣūl*. 2nd. Tehran.
30. Al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1999/1420 *al-
Buḥūth fī 'ilm al-Uṣūl*. 3rd. Qum
31. Al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1999/1420.
Qā'ida' al-Ḍarar wa lā ḍirār. 1st. Qum: Dār al-Ṣādiqīn.
32. Al-Ṣāliḥī al-Māzandirānī, Ismā'il. 2003/1424. *Miftāḥ
al-Uṣūl*. 1st. Qum.
33. Al-Sanad al-Baḥrānī, Muḥammad. 2012/1434. *Fiqh al-
Maṣārif wa al-Nuqūd*. 1st. Qum. Maktab al-Fadak
34. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 2008/1429. *al-Mūjaz fī
Uṣūl al-Fiqh*. 4th. Qum.
35. Al-Ṭabātabā'ī, Muḥammad Ḥusayn. *Ḥāshīya al-
Kifāyah*. 1st. Qum.
36. Al-Ṭūsī, Abū Ja'far Ibn al-Ḥassan. 1967/1387. *Al-
Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyah*. 3rd. Tehran: Maktabat al-
Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.

37. Ҳуб Allāh, Ҳайдар. 2018/1439. *Al-Shumūl al-Sharī‘a*. Beirut: Dār al-Ravāfid.
38. Ҳусайнӣ Шahrūdī, Маҳмūd. 2017/1427. *Al-Nata’ij al-Afkār fī al-Uşūl*. 1st. Qum.
39. Makārim Shīrāzi, Nāşir. 2001/1422. *Buḥūth al-Fiqhīyya Hāmma*. 2nd. Qum: Madrasat al-Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
40. Makārim Shīrāzi, Nāşir. 2006/1427. *Dā’irat al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Muqāran*. Qum: Madrasi-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
41. Nā’īnī, Muḥammad Ҳussayn. 1974/1393. *Ajwad al-Taqrīrāt*. 1st. Qum.
42. Nā’īnī, Muḥammad Ҳussayn. *Fawā’id al-Uşūl*. 1st. Qum.

Joşar- Hay
Fiqhi va Usuli

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

The Conclusiveness of the Authenticity of the Quran Generalities from the Viewpoint of Islamic Schools of Thought¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.55017.1769

Mahdi Narimanpour

PhD Student in Islamic Jurisprudence and Private Law at Shahid Motahari
University, Tehran Iran. ((Corresponding Author)); narimanpoum99@gmail.com

Sayyid Muhammad Sadeq Mousavi

Associate Professor of Islamic Jurisprudence and Private Law at Shahid Motahari
University, Tehran Iran.

**Joštar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

35

Abstract

In Usul al-Fiqh (principle of Jurisprudence), it is well known that arguments and proofs are classified by jurists into conclusive and non-conclusive. Quran generalities are considered by Muslims as being conclusive in terms of its chain of transmission. However, their implications have long been widely disputed by Muslim scholars and jurists.

While contemporary Shiite jurists have taken the Quranic generalities as non-conclusive and thus have not discussed it much, the Sunni jurists have addressed

1. Narimanpour . M (2021); “ The Conclusiveness of the Authenticity of the Quran Generalities from the Viewpoint of Islamic Schools of Thought “; Joštar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: 35 -66 Doi: 10.22034/jrj.2020.55017.1769

this issue in several books.

According to most Sunni and Shiite jurists, the generalities of the Quran are considered valid presumptions. Contrary to this view, some Shiite Ulama such as Sheikh Mufid, Sayyid al-Murtaza, Sheikh Tousi, and some contemporary jurists on the one hand, and some Sunni jurists such as Shatibi, Ibn Taymiyyah, and most of Hanafi jurists and Mu'tazila on the other hand, argue that implications of the generalities are conclusive. As found through induction, there are three reasons for the conclusiveness of the generalities' implications: 1) the impermissibility of delay in the exposition from the time of speech; 2) conclusiveness of the used implications; and 3) the implication of the intended subject. This study sought to elaborate on the topic through the comparative analysis of the views expressed by Shiite and Sunni jurists in this regard. It appears that the views concerning the conclusiveness of the generalities' implications are strongly backed by reason and all the three reasons presented are defensible and justified. According to those reasons, disconnected particularizers are contrary to the Arabic Language's rhetoric because based on Arabic Language's grammar, the speaker could not intend to convey a meaning opposite to what is signified by a word. Therefore, deviation from this principle may result in ignorance, deception, an obligation to the impossible and, the uselessness of speech.

Keywords: Implication, Generalities, Conclusiveness, delay the exposition, Used implications, Signification, Arabic Language and literature

قطعی‌الدلاله بودنِ عمومات قرآن از منظر مذاهب اسلامی^۱

مهدی نریمانپور^۲

سید محمدصادق موسوی^۳

چکیده

در اصول فقه معروف است که علما ادله را از حیث قطعی یا ظنی بودن کنکاش می‌کنند. از آن جمله ادله، عمومات قرآن است. عمومات قرآن از حیث سند به اجماع مسلمین، قطعی است؛ اما از حیث دلالت محل نزاع است؛ نزاعی پُر دامنه که از قدیم رایج بوده است. این بحث در میان متأخران شیعه به دلیل آنکه ظنی بودن دلالت عمومات ارسال، مسلم تلقی شده، از کنکاش علما به دور مانده است؛ گرچه در میان علمای اهل سنت متروک نمانده و در کتب مختلف مورد مناقشه بوده است. بنابر دیدگاه جمهور علمای فریقین، عمومات قرآن از ظنون معتبره به شمار می‌آید. در مقابل این دیدگاه مشهور، از شیعه، شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی و برخی از معاصران و از اهل سنت، شاطبی، ابن تیمیه و غالب علمای حنفی و معتزله قائل اند که دلالت عام، قطعی است. مطابق استقراء صورت گرفته، سه دلیل در قطعی بودن دلالت عمومات وجود دارد: عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب، قطعی بودن مدالیل استعمالی و تبادل معانی موضوع له. در این پژوهش با مطالعه مقارن میان فریقین، به تبیین مبانی این نظریه پرداخته شده است. به نظر میرسد، نظریه قطعی بودن دلالت عمومات دارای پشتوانه‌ای قوی است و هر سه دلیلی که برای این دیدگاه مطرح شده است، قابل دفاع و

قطعی‌الدلاله بودن
عمومات قرآن
از منظر مذاهب
اسلامی

۳۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۱۶.

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری تهران؛ (نویسنده مسئول): narimanpourm99@gmail.com

۳. دانشیار فقه و حقوق خصوصی مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری تهران: Mousavi4535@gmail.com

موجه‌اند؛ چراکه مطابق هر سه دلیل، مخصصات منفصل برخلاف اسلوب زبان و ادبیات عرب هستند و وجه مخالفت آن، این است که بنابر قواعد زبان عربی، متکلم بدون نصب قرینه نمی‌تواند خلاف معنای متبادر را اراده کند و عدول از این قاعده منجر به تجهیل و تلبیس، تکلیف به ما لایطاق و بلافایده بودن کلام میشود.

کلیدواژه‌ها: دلالت، عمومات، قطعی بودن، تأخیر بیان، مدالیل استعمالی، تبادر، زبان و ادبیات عرب.

مقدمه

کشف معنی و مفهوم و به تبع آن کشف مراد متکلم از اموری است که در علم فقه بر عهده اصول فقه گذاشته شده است و علمای اصول هم‌وغمشان بر این است که به مراد متکلم نائل شوند. گاهی این کشف در قالب ادله ظنی معتبر و گاهی در قالب نص و دلیل قطعی نمایان می‌شود و از جمله مواردی که به واسطه آن در پی کشف مراد متکلم هستند، عمومات موجود در قرآن و سنت است. در خصوص این عمومات، مباحث گسترده‌ای در اصول فقه مطرح شده از جمله دلالت این عمومات.

میان علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد که آیا دلالت عام، قطعی است یا از قبیل ظنون معتبر است. ثمره این بحث در مواردی مختلفی نمایان می‌شود و از جمله تخصیص عمومات قرآن با اخبار آحاد. در این مقاله در پی بررسی تخصیص عمومات قرآن با اخبار آحاد نیستیم؛ بلکه می‌خواهیم بدانیم آیا این عمومات قطعاً دلالت هستند یا نه؟ حسب تتبع، در مورد قطعاً دلالت بودن عمومات قرآن، پژوهش مستقلی صورت نگرفته است. به نظر می‌رسد، دلیل این امر، آن است که در میان علمای اصول شیعه، ظنناً دلالت بودن عمومات یک امر مسلم تلقی شده است. گرچه برخی از معاصران مانند شیخ جعفر سبحانی در کتب اصولی خودشان همچون «المبسوط فی اصول الفقه» بدین موضوع پرداخته‌اند و از قطعی بودن دلالت ظواهر قرآن دفاع کرده‌اند و همچنین شیخ محمدصادق تهرانی، در درس خارج اصول‌شان از قطعاً دلالت بودن ظواهر قرآن دفاع کرده است. به غیر از این دو، تحقیق مستقلی چه به عنوان مقاله و چه کتاب یافت نشد.

در میان اهل سنت نیز تحقیقات مستقل زیادی در قالب کتب و مقالات صورت گرفته است. از جمله کتاب «الثبات والشمول فی الشریعة الإسلامیه»

نوشته عابد بن محمد سفیانی و «القطعی والظنی فی الثبوت والدلالة عند الاصولیین» نوشته محمد معاذ مصطفیٰ خن. فارق پژوهش پیش رو با پژوهش‌های یادشده در این است که اولاً به بررسی مقارن اقوال و مبانی دیدگاه فریقین در قطعی‌الدلاله بودن عمومات قرآن پرداخته است و ثانیاً مبانی مختلف در قطعی بودن دلالت عمومات استقرار شده و طی یک مطالعه مقارن، همه مبانی را به یک مبنای واحد برگردانده است. این مبنای واحد، عبارت است از مخالفت مخصصات منفصل با اسلوب زبان و ادبیات عرب که نویسنده از آن دفاع کرده و آن را موجه و مدلل میدانند. از دیدگاه مشهور علمای شیعه، ظنی بودن عمومات قرآن، امری قطعی است. فقط عده‌ای در میان متقدمان از جمله شیخ مفید، سید مرتضیٰ، شیخ طوسی و برخی از معاصران چنین دیدگاهی را پذیرفته‌اند. به هر روی، ارسال مسلم گرفتن این بحث، از ورود علمای شیعه برای کنکاش این موضوع جلوگیری کرده است؛ اما در میان علمای اهل سنت، این بحث معرکه آرای علمای اصول بوده است و علمای معتزله، حنفی و از سایر مذاهب همچون شاطبی و ابن تیمیه سخت بر قطعی بودن عمومات قرآن پافشاری کرده‌اند و در مقابل مشهور اهل سنت به مانند مشهور شیعه با این نظریه مخالفت کرده و حتی ارسال مسلم گرفته‌اند.

قطعی‌الدلاله بودن
عمومات قرآن
از منظر مذاهب
اسلامی

۳۹

در این مقاله به بررسی مبانی کسانی که قائل به قطعی بودن دلالت عام هستند، پرداختیم و مطابق این استقرار، سه دلیل عمده مطرح شده که عبارت‌اند از: عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب که علمای متقدم همچون شیخ مفید، سید مرتضیٰ و شیخ طوسی و بسیاری از معتزله اختیار کرده‌اند؛ قطعی بودن مدالیل استعمالی که مختار برخی از معاصران است؛ و تبادل معانی موضوع‌له که مبنای علمای حنفی است.

گرچه نحوه استدلال ادله مذکور متنوع و مختلف است لیکن بن‌مایه همه این ادله، مخالفت مخصصات منفصل با اسلوب زبان عربی است؛ بدین صورت که در عام مطلق، اراده خلاف عام، بدون نصب قرینه از متکلم حکیم درست نیست و اراده خلاف عام بدون قرینه، منجر به تجهیل و تلبیس بندگان و تکلیف بما لایطاق خواهد بود.

مبحث یکم: عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب

عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب، دلیل بسیاری از علمای اصول؛ از جمله شیخ مفید، سید مرتضیٰ و شیخ طوسی و گروهی از احناف در قول به قطعی‌الدلاله بودن عمومات است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ۴۰؛ سید مرتضیٰ، ۱۳۶۳، ۳۶۳/۱)؛

شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۴۵۲/۲؛ فخررازی، ۱۴۱۸ق، ۱۸۸/۳). همچنین قول به عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب، به بسیاری از متکلمان معتزلی نیز نسبت داده شده است. از جمله کسانی که این نسبت را به معتزله داده‌اند، سمرقندی در کتاب «میزان الأصول فی نتائج العقول» (۱۴۰۴ق، ۳۶۴) و ایبازی در شرح خود بر «البرهان جوینی» است (۱۴۳۴ق، ۸۸۱/۱). بنابراین با فرض صحت این نسبت، از نظر معتزله نیز دلالت عمومات قطعی است.

منظور از تأخیر بیان از وقت خطاب این است که بیان تا فرارسیدن زمان انجام فعل به تأخیر بیافتد؛ خواه خطابی باشد که اصلاً ظهوری نداشته باشد (مثل مجملات و مشترکات) و یا اینکه ظهوری داشته باشد ولی مبین خلاف ظهور خطاب باشد (مثل عمومات و مطلقات). این قسم از تأخیر بیان، برخلاف تأخیر بیان از وقت حاجت که به اتفاق جایز نیست، معرکه آرای علمای اصول شده است و علمای اصول اختلاف کرده‌اند که آیا تأخیر بیان از وقت حاجت جایز است یا نه؟ (شوکانی، ۱۳۵۶، ۲۷/۲).

در رابطه با این مسئله اقوال مختلفی مطرح شده است؛ ولی به طور کلی چهار قول مهم در این رابطه مطرح شده است:

قول اول: تأخیر بیان در همه مواردی که نیاز به مبین وجود دارد، مطلقاً جایز است؛ خواه مبین ظهوری داشته باشد و مبین خلاف ظهور باشد (مثل مخصصات و مقیدات)؛ و خواه اصلاً ظهوری نداشته باشد (مثل مجملات). این دیدگاه، نظر جمهور علمای اهل سنت (شافعی‌ها، مالکی‌ها و حنابله) و جمهور شیعه همچون صاحب‌معالم و میرزای قمی و شیخ انصاری است (زحیلی، ۱۴۰۶ق، ۳۳۲/۱).

قول دوم: عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب مطلقاً: این دیدگاه، قول برخی از علمای حنفی و اکثر معتزله است. نسبت به حنفی‌ها برخی از نویسندگان به طور مطلق این قول را نسبت داده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۶ق، ۳۳۲/۱). این نسبت به طور عموم، صحیح نیست؛ چراکه بسیاری از علمای حنفی تأخیر مخصوص دوم را جایز می‌دانند و برخی از علما، به بسیاری از حنفی‌ها نسبت داده‌اند (باقلانی، ۱۴۱۸ق، ۳۸۷/۳) و برخی دیگر گفته‌اند طایفه‌ای از حنفی‌ها این قول را اختیار کرده‌اند (سمعانی، بی‌تا، ۲۵۹/۱). نسبت به معتزله بسیاری از علما از جمله باقلانی، جوینی، سماعی و کلوذانی اذعان کرده‌اند. فخررازی در این مورد می‌گوید: «و اما المعتزله فاکثر من تقدم ابا الحسن فانه منع من تأخیر البیان فی کل هذه الاقسام الا فی النسخ فانهم جوزوا تأخیر بیانها» (فخررازی، ۱۴۱۸ق، ۱۸۸/۳).

قول سوم: تفصیل بین خطاباتى که ظهور دارند مثل مطلق و عام و خطاباتى که ظهور ندارند. در خطاباتى که ظهور دارند، تأخیر بیان از وقت خطاب جایز نیست و در خطاباتى که ظهور ندارند، جایز است. از میان علمای شیعه، شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی این نظر را پذیرفته‌اند و از میان معتزلیان ابوالحسین بصری این قول را اختیار کرده‌اند. همچنین بسیاری از علمای حنفی نیز که تأخیر مخصص اول را جایز نمی‌دانند ولی تأخیر مخصص دوم را جایز می‌دانند، این نظر را انتخاب کرده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ۴۰؛ سید مرتضی، ۱۳۶۳، ۳۶۳/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۴۵۲/۲).

قول چهارم: برخلاف قول اخیر است، بدین‌صورت که تأخیر بیان از مجملات جایز نیست ولی در عمومات و مطلقات جایز است. علاوه بر این چهار قول، اقوال دیگری نیز مطرح شده است از جمله تفصیل بین جملاّت خیری و انشائی که به‌خاطر شاذبودن به بررسی آنها پرداخته نمی‌شود.

سه قول اخیر دارای دو دسته دلیل هستند: دسته اول: ادله اختصاصی همان قول؛ و دسته دوم: ادله مشترک که همه قائلان به سه قول اخیر به آن استناد کرده‌اند. این ادله مشترک گرچه به تقریرهای مختلفی مطرح شده‌اند؛ ولی بن‌مایه این ادله بازگشت به دو اشکال تجهیل مخاطب در جملاّتى که ظهور دارند و بلافاصله و لغوبودن جملاّت مجمل است. در مباحث آتی این ادله بررسی خواهند شد.

بند یکم: ادله قائلان به جواز تأخیر بیان از وقت خطاب

قائلان به جواز تأخیر بیان از وقت خطاب، به دو نوع ادله تمسک کرده‌اند: ادله نقلی و عقلی. ادله نقلی نیز متشکل از ادله قرآنی و روایی است. طرفداران این قول به آیات متعددی تمسک کرده‌اند که ما به دو نمونه از آیات شریفه اشاره می‌کنیم:

۱- تمسک به آیه شریفه: (وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبُحُوا بَقَرَةً قَالُوا أَتَجِدْنَا هُرُوجًا قَالَ أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ) (بقره/۶۷).

تقریر استدلال بدین‌گونه است که در این آیه، حضرت موسی ۵ به قوم خود می‌گوید، خداوند امر فرموده است که گاوی را قربانی کنید. خداوند متعال در این آیه، به‌طور مطلق امر به ذبح گاوی کرده‌اند ولی مشخص نکرده‌اند که کدامین گاو باید ذبح گردد و یا اینکه چه اوصافی باید داشته باشد. بااین‌وجود، قراین موجود در آیات بعدی نشان می‌دهد که بقره موردنظر در عالم واقع عندالله مشخص بوده است. شاهد بر این امر وجود آیات بعدی است که می‌فرماید:

(قَالُوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ بَيْنَ لَنَا مَا هِيَ قَالَ إِنَّهُ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَا فَارِصٌ وَلَا بَكْرٌ عَوَانٌ بَيْنَ ذَلِكَ فَافْعَلُوا مَا تُؤْمَرُونَ)* (قَالُوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ بَيْنَ لَنَا مَا لُونَهَا قَالَ إِنَّهُ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ صَفْرَاءٌ فَاقِعٌ لُونُهَا تَسْرُ النَّاطِرِينَ) (بقره/ ۶۸-۶۹).

مطابق این آیات، قوم حضرت موسی ۷ به ایشان میگوید که از خدای متعال بخواهید که بقره را مشخص گرداند و خداوند نیز اوصافی را بیان می کند؛ بنابراین عندالله بقره مشخص بوده است تا زمانی که بنی اسرائیل سؤال نکرده اند، خداوند آن را مشخص نکرده است. اوصاف و قراینی که خدا بیان کرده اند بعد از تکلیف خدا مبنی بر ذبح بقره و سؤال بنی اسرائیل بوده است و این قراین و اوصاف مبیّناتی هستند که با تأخیر از وقت خطاب بیان گشته اند (آمدی، ۱۹۶۷، ۳/۳۶).

۲- تمسک به آیات شریفه: (لَا تُحَرِّكْ بِهِ لِسَانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِ)، (إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ)، (فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ)، (ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ) (قیامه/ ۱۶-۱۹).
 تقریر استدلال بدین گونه است که خداوند به پیامبر (ﷺ) دستور می دهد که هنگام قرائت قرآن او هم قرائت کند، سپس فرموده که بعداً آن آیات را تبیین خواهد کرد. حرف ثُمَّ مفید تراخی است؛ بنابراین، هنگام قرائت قرآن بر پیامبر تبیینی صورت نپذیرفته است بلکه در قالب سنت بعداً بیان شده است. قائلان به این دیدگاه دو آیه مذکور را شاهد بر دیدگاه خود گرفته اند و گفته اند در آیات مذکور مبیّن بعد از وقت خطاب آمده است؛ بنابراین تأخیر بیان از وقت خطاب جایز است. علاوه بر دو آیه مذکور به آیات فراوان دیگر نیز استدلال کرده اند که بررسی همه موارد از مجال این مقاله به دور است و نیاز به یک پژوهش مستقل دارد.

طرفداران این دیدگاه، در کنار آیات مذکور به روایاتی چند، تمسک کرده اند و از آن جمله روایتی که وارد شده مبنی بر اینکه پیامبر (ﷺ) معاذ را به یمن می فرستند تا اینکه زکات بستاند و سایر احکام شرعی را به آن ها بیاموزد. در یمن از ایشان در مورد وقص،^۴ سؤال پرسیده می شود. معاذ در جواب می گوید

۴. علمای لغت، وقص را هم به فتح قاف خوانده اند و هم به ساکن قاف و در لغت به معنای شکسته است. مثلاً اگر گردن کسی شکسته شده باشد، به آن وقص گویند. اصطلاح وقص در کتاب زکات مطرح است. برخی گفته اند وقص، عبارت است از آنچه که میان دو نصاب است. مثلاً گاو دو حد نصاب دارد: سی و چهل. اگر تعداد گاو بیشتر از سی و کمتر از چهل باشد به این حالت وقص گویند و به مابین این دو نصاب یعنی تعداد گاوی که بین سی و چهل است، زکات تعلق نمیگیرد. برخی دیگر گفته اند که صرفاً مابین دو نصاب را نگویند بلکه مطلقاً به حد نصاب نرسیده باشد، به آن وقص گویند. مثلاً اگر تعداد گاو به سی نرسیده باشد، به آن وقص گویند در نتیجه زکات به آن تعلق نمیگیرد. مطابق این قول وقص اعم است. البته اختلافات دیگر نیز مطرح است مثلاً آیا

در این مورد از پیامبر (ﷺ) چیزی نشنیده‌ام به‌سوی پیامبر بازمی‌گردم و سؤال می‌کنم (آمدی، ۱۹۶۷، ۳/۳۷). همچنین روایتی دیگری که می‌گوید سائل در مورد مواقع نماز از پیامبر سؤال می‌کند ولی ایشان جواب را به تأخیر می‌اندازند (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۲/۴۶۲).

تقریر استدلال به دو روایت اخیر چنین است که پیامبر (ﷺ) مبینات را در هنگام خطاب شرعی بیان نکرده‌اند با اینکه در روایت اول معاذ را مکلف به تبیین احکام شرعی برای اهل یمن می‌کنند و در روایت دوم نیز با وجود خطاب به نماز، پیامبر مواقع نماز را به سائل نمی‌گویند و به تأخیر می‌اندازند.

قائلان به این قول ادله عقلی ذیل را برای مختار خود بیان کرده‌اند:

۱- تأخیر بیان از وقت خطاب، امتناع عقلی ندارد؛ چراکه در تأخیر بیان ممکن است مصلحتی باشد و از آن جمله اینکه مکلف با شنیدن خطاب شرعی، خود را مستعد و آماده تکالیف برای وقت حاجت کند (عاملی، بی‌تا، ۱۵۶).

۲- منظور از بیان این است که مکلف قادر بر انجام تکلیف باشد؛ حال آنکه در هنگام خطاب، وقت حاجت (انجام تکلیف) نرسیده است؛ در نتیجه نیازی به بیان هنگام خطاب وجود ندارد (محقق حلی، بی‌تا، ۱۱۱).

۳- منعی وجود ندارد، شخصی که از انجام عملی فعلاً عاجز است، خطاب قرار داده شود؛ مثلاً متکلم بگوید «اذا جاء رمضان فصم ثلاثین يوماً»؛ چراکه منظور متکلم انجام فعل در زمان خطاب نیست تا تکلیف بدان قبیح باشد (کلودانی، ۱۴۰۶ق، ۲/۲۹۹).

دقت در ادله قرآنی، روایی و عقلی این دیدگاه نشان می‌دهد که ادله این گروه از دو دسته دلیل خارج نیست: وجود آیات و روایاتی که مبینات آنها به تأخیر افتاده است و دلیل عقلی مبنی بر اینکه تأخیر بیان از وقت خطاب منع عقلی ندارد. در نقد این ادله باید گفت بسیاری از علمای ادله قرآنی و روایی را قبول ندارند و گفته‌اند بر مراد طرفداران این دیدگاه دلالت ندارد. همچنین دلیل عقلی که ذکر شده است، گرچه فینفسه صحیح است؛ لیکن توالی فاسدی دارد که مخالفان تأخیر بیان بر روی آنها متمرکز شده‌اند. این توالی فاسد در بند دوم بررسی خواهند شد.

بند دوم: ادله قائلان به تفصیل میان جملات مجمل و جملات ظهوردار

با توجه به اینکه ادله قول به عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب به طور

وقص صرفاً در مورد بقره مطرح است و یا اینکه اعم است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۲/۱۳)؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ۲۵؛ نووی، بیتا، ۱۹۳/۴.

مطلق، متشکل از ادله قائلان به تفصیل است، ابتدا به تبیین ادله قائلان به تفصیل خواهیم پرداخت. همان‌طور که گفته شد، کسانی که قائل به تفصیل شده‌اند دو گونه تفصیل ذکر کرده‌اند.

برخی گفته‌اند در خطباتی که ظهور دارند، تأخیر بیان از وقت خطاب جایز نیست و در خطباتی که ظهور ندارند، جایز است.

برخی دیگر نیز گفته‌اند که تأخیر بیان از مجملات جایز نیست؛ ولی در خطباتی که ظهور دارند مثل عمومات و مطلقات جایز است. کسانی که تفصیل اول را برگزیده‌اند، برای عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب در کلامی که ظهور دارد، دلایل ذیل را ذکر کرده‌اند:

دلیل اول: الفاظ عموم الفاظی هستند که برای معنای حقیقی وضع شده‌اند و شخص حکیم جایز نیست از لفظی که دارای معنای حقیقی باشد بدون هیچ قرینه‌ای معنای غیر ما وضع له را اراده کرده باشد و دلیل بر این قبح آن است که متکلم صحیح نیست که بگوید مثلاً «إفعل کذا» ولی از آن تهدید یا وعید را اراده کرده باشد یا مثلاً بگوید «رأیت حماراً» و از آن مرد کذایی اراده کرده باشد. در واقع بازگشت این دلیل به این است که اگر متکلم لفظ عامی را استعمال کند، مثلاً بگوید «أكرم العلماء» و بدون هیچ قرینه‌ای، از آن لفظ عام، معنای خاص مدنظرش باشد نه معنای عام آن، مثلاً صرفاً علمای عادل مدنظرش باشد، این اغرا به جهل است کما اینکه دانشمندانی همچون شیخ بهایی و میرزای قمی نتیجه این استدلال را اغرا به جهل دانسته‌اند (شیخ بهایی، ۱۴۳۲ق، ۱۶۶؛ قمی، ۱۴۳۰ق، ۲/۲۲۱).

دلیل دوم: زمانی که شخصی سخن می‌گوید، غرضش این است که مضمون و مدلولی را به مخاطب القا کند؛ در نتیجه، اگر کسی لفظ عامی را استعمال کند و بدون هیچ قرینه‌ای معنای خاص را اراده کرده باشد و همچنین قصد کرده باشد که این معنای خاص را که در هنگام استعمال لفظ عام مدنظر داشته است، در آینده اظهار کند نه در زمان خطاب، فایده‌ای برای این سخن و سخنوری مترتب نخواهد شد (علم الهدی، ۱۳۶۳، ۱/۳۷۶).

دلیل سوم: به اجماع مسلمین، مخاطب خطابات شرعی، انسان‌ها هستند. اگر شارع هنگام خطاب، خلاف ظاهر عموم را اراده کرده باشد از دو حال خارج نیست یا در همان حال، انسان‌ها مخاطب خداوند هستند یا مخاطب او نیستند. اگر قائل شویم که انسان‌ها مخاطب کلام خدا نیستند، حرف باطلی است؛ چون به اجماع مسلمین مخاطب کلام خدا، انسان‌ها هستند و همچنین

هدف از خطاب، تفهیم مضمون و مدلول خطاب است و اگر قرار باشد که سخن خداوند متعال مخاطبی نداشته باشد، خطاب او لغو و عبث خواهد بود. اگر قائل شویم که انسان‌ها مخاطب خداوند هستند، در این صورت اگر غرض شارع معنای خلاف ظاهر خطابات باشد، تکلیف بما لایطاق خواهد بود چون مفروض بحث این است که فعلاً دلیلی برای معنای غیرظاهری وجود ندارد و اگر غرض شارع معنای ظاهری خطابات شرعی باشد، این تلبیس و تجهیل مکلف است؛ چون مفروض این است که شارع خلاف ظاهر را اراده کرده است (ابوالحسن بصری، ۱۴۰۳ق، ۱/۳۱۶).

برای جواز تأخیر بیان از وقت خطاب در جملاتی که اصلاً ظهوری ندارند (مانند جملات مجمل) دلایل زیر مطرح شده است:

۱- ممکن است از تأخیر بیان یک مصلحت دینی مدنظر باشد (علم‌الهدی، ۱۳۶۳، ۱/۳۶۳).

۲- در نگاه عرف صحیح است که مولا به عبد خود بگوید «اذهب الی السوق فی یوم الجمعة و تبعه»؛ ولی برای عبد روشن نکند که چه چیزی را بخرد و آن را به روز جمعه موکول کند (علم‌الهدی، ۱۳۶۳، ۱/۳۷۶).

کسانی که برخلاف تفصیل اخیر نظر دارند و معتقدند در جملات مجمل، تأخیر بیان از وقت خطاب صحیح نیست ولی در جملات مبین صحیح است، تنها دلیل‌شان این است که چون جملات مجمل مفید فایده نیستند. در نتیجه استعمال آن قبیح است. مراد مستدل این است که وقتی شخص حکیمی عبدی را خطاب قرار می‌دهد، غرض وی تفهیم مضمون و مدلول خطاب است. در نتیجه اگر کلام مجمل باشد دیگر تفهیمی نخواهد بود و اگر تفهیمی نباشد فایده‌ای بر آن مترتب نخواهد شد در نتیجه کلام عبث و لغو خواهد بود و چنین چیزی از حکیم صادر نمی‌شود. این دلیل به تقریرهای مختلف در کتب اصولی فریقین آمده است که به سه تقریر آن اشاره می‌شود:

تقریر اول: اگر تأخیر بیان از وقت خطاب در مجملات صحیح باشد، به‌مانند این است که جایز باشد شخص عربی را به زبان دیگری خطاب قرار داد، بدون اینکه شخص مخاطب آن زبان را بداند؛ بنابراین همان‌طوری که خطاب به زبان دیگری برای کسی که آن زبان را نمی‌داند، درست نیست، خطاب به مجمل بدون هیچ مبنایی نیز درست نیست چون قدرمتیقن هر دو نحو از بیان، این است که مخاطب مدلول کلام متکلم را نمیداند (عاملی، بی‌تا، ۱۵۹).

تقریر دوم: خطاب برای تفاهم است و اگر متکلم سخن مجملی را بگوید

بدون اینکه همراه با قرینهای باشد که مقصود وی را روشن گرداند، دیگر تفاهمی نخواهد بود، در نتیجه مفید فایده نیست و عبث است (آمدی، ۱۹۶۷، ۴۵/۳).

تقریر سوم: تأخیر بیان عموم جایز است؛ چرا که قبل از بیان قابل فهم است و بالاخره معنایی را میرساند ولی در مجملات چون قبل از بیان مفهوم نیست و هیچ معنای را نمیرساند در نتیجه تأخیر آن از بیان جایز نیست (باقلانی، ۱۴۱۸، ۲۹/۲).

در مقام جمع بندی ادله قائلان به تفصیل باید گفت که از نظر قائلان به تفصیل، تأخیر بیان از وقت خطاب با سه مشکل عمده مواجه است: تجهیل مخاطب، تکلیف بما لایطاق و بلا فایده بودن خطاب. این سه مشکل توالی فاسد تأخیر بیان از وقت خطاب است.

بند سوم: دلایل قول به عدم جواز تأخیر بیان مطلقاً

دلایل قول دوم به دو بخش تقسیم میشود: اول: دلایل اختصاصی؛ دوم: دلایل مشترک که متشکل از دلایل قول به تفصیل است. دلایل مشترک عبارت است از دلایلی که قائلان به تفصیل مطرح کرده اند که بازگشت همه این دلایل به سه اشکال (اغرا به جهل، تکلیف بما لایطاق و بلا فایده بودن کلام) است که مطرح شده اند. بنابراین از نظر کسانی که قائل به عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب به طور مطلق هستند؛ خواه کلام ظهوری داشته باشد و خواه کلام ظهوری نداشته باشد، سه مشکل مذکور توالی فاسد قول به جواز تأخیر بیان از وقت خطاب است.

دلایل اختصاصی عبارت اند از:

دلیل اول: اگر تأخیر بیان جایز باشد، این تأخیر از دو حال خارج نیست یا به مدت معینی به تأخیر می افتد یا به مدت نامعینی. اگر کسی قائل باشد که تا مدت معینی به تأخیر می افتد این تحکم است و قائلی هم ندارد. اگر قسم دوم اختیار شود، این قسم منجر به خطاب و تکلیف توأم با عدم آگاهی و عدم علم به مراد خواهد بود که نتیجه اش تکلیف بما لایطاق است (شوکانی، ۱۳۵۶، ۲۸۹/۲).
دلیل دوم: خطاب (اعم از جملائی که ظهور دارند و جملائی که ظهور ندارند) و مبین خطاب به مانند جمله واحد هستند؛ چون هر دو توأمان بر مراد متکلم دلالت می کنند. در نتیجه همان طور که در جمله واحدی مثلاً جمله اسمیه، تأخیر خبر از مبتدا جایز نیست، تأخیر مبین از مبین نیز جایز نیست (کلودانی، ۴۰۶، ۳۰۵/۲).

یکی دیگر از دلایلی که برای قول به قطعی بودن دلالت عمومات قرآن، گفته شده، مخالفت مخصصات منفصل با اسلوب زبان عربی است. این مبنا در کتب اصولی در قالب دو تقریر و استدلال مختلف بیان شده است. یکی از این تقریرها در کتب اصولی شیعه آمده (بند یکم) و دیگری نیز در کتب علمای حنفی آمده است (بند دوم). به نظر می‌رسد جامع میان این دو تقریر، مخالفت مخصصات منفصل با اسلوب زبان عربی است؛ لذا عنوان مبحث چنین نام‌گذاری شده است.

به عبارت دیگر نتیجه هر دو استدلال، مخالفت مخصصات منفصل با اسلوب زبان عربی است. البته این دو مبنا یا تقریر علاوه بر اینکه در شیوه استدلالشان تفاوت وجود دارد؛ چون دارای دو آبشخور متفاوت هستند: یکی بر مبنای اصول شیعه و دیگری بر مبنای اصول اهل سنت به‌ویژه حنفیها، و ناگزیر باید در دو مبحث جداگانه بررسی شوند.

بند یکم: قطعی بودن مدالیل استعمالی

تبیین این استدلال یا تقریر نیازمند بیان دو مقدمه به‌قرار زیر است:

مقدمه اول: تفکیک بین خطابات قانونی و خطابات شخصی.

آخوند، حضرت امام و برخی از معاصران خطابات را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: خطابات قانونی و خطابات شخصی. خطابات شخصی خطاباتی هستند که به فرد یا افراد خاصی تعلق می‌گیرد. این گونه خطابات در محاورات شخصی برقرار است. در این گونه خطابات، سیره عقلا بدین صورت است که کلیه مخصصات، مقیدات و سایر جزئیات دخیل در غرض‌شان را بیان می‌کنند؛ لذا شنوندگان، به ظواهر کلام وی تمسک می‌کنند و بدون هیچ تریبص و تفحصی به آن احتجاج می‌کنند.

به تعبیر دیگر، در خطابات شخصی به‌طور مطلق سیره عقلا بر تطابق اراده استعمالی و جدی استقرار یافته است، بدون اینکه تفکیکی صورت بگیرد. خطابات قانونی خطاباتی هستند که به فرد یا افراد خاص تعلق نمی‌گیرد؛ بلکه به عموم افراد جامعه تعلق می‌گیرد. این گونه خطابات در محاورات عامه که در مقام قانون‌گذاری و تشریح هستند، محقق هستند. در این گونه خطابات سیره عقلا بدین صورت است که اول عام و یا مطلق را مطرح می‌کند سپس مقیدات و مخصصات آن را طی زمان‌های آینده بیان می‌کنند (سبحانی، ۱۴۲۶ق، ۴/۵۶۶).

مقدمه دوم: پذیرش اصل تفکیک بین مراد استعمالی و مراد جدی

متکلم. آخوند، حضرت امام و برخی از معاصران، تفکیک بین مراد استعمالی

و مراد جدی متکلم را پذیرفته‌اند. اراده استعمالی عبارت است از اطلاق لفظ و اراده معنای لغوی آن. به تعبیر دیگر احضار معنای لغوی در ذهن مخاطب و فرقی نمی‌کند که متکلم بیهوده‌گو، پرسشگر و یا جدی باشد. اراده جدی نیز عبارت است از تعلق اراده جدی متکلم به مستعملّیه الفاظ (سبحانی، ۱۴۳۵ق، ۱۳۶/۳). بعد از اینکه دو مقدمه مذکور آورده شد، به تفاوت نص و ظاهر اشاره می‌کنیم تا دو مقدمه اخیر تکمیل شود. نص و ظاهر هر دو بر معنی واحدی حمل می‌شوند و متبادر از آن‌ها معنای واحدی است؛ لیکن ظاهر قابلیت تأویل را دارد و این تأویل منجر به تناقض در کلام نمی‌شود بلکه صرفاً خلاف ظاهر است؛ ولی نص فقط بر یک معنای واحدی حمل می‌شود و قابلیت تأویل را ندارد و در صورت تأویل منجر به تناقض در کلام می‌شود (سبحانی، ۱۴۲۶ق، ۱۳۰/۱).

با توجه به مقدمات اخیر، محل نزاع آنجایی است که:

اولاً: خطابات، خطابات شخصی نباشد بلکه خطابات عامه باشد؛ چراکه در خطابات شخصی برای قول به قطعی بودن یا ظنی بودنِ مدالیل استعمالی ثمره‌ای مترتب نمی‌شود؛ چراکه در محاورات شخصی، هر آنچه در غرض متکلم دخیل است، بیان می‌شود. به تعبیر دیگر در این گونه خطابات، تفکیکی بین اصل احکام و مقیدات و مخصصات و سایر قرائن صورت نمی‌گیرد و عقلاً به احتمالات از قبیل مخصصات و مقیدات منفصل اعتنا نمی‌کنند. در نتیجه چه قائل بشویم که دلالت استعمالی ظواهر محاورات عرفی قطعی است یا ظنی ثمره‌ای ندارد؛ ولی در خطابات قانونی و عامه موجود در محیط قانون‌گذاری و مطلق ظواهر قرآن آثار بسزایی می‌تواند داشته باشد.

ثانیاً: خطاب عامه نص نباشد بلکه از قبیل ظواهر باشد؛ چراکه خطاب عامه اگر نص باشد، دیگر احتمال تخصیص و تقیید در آن نمی‌رود و متکلم در صورتی که خلاف آن را اراده کرده باشد، دچار تناقض‌گویی گشته است و این از ساحت متکلم حکیم به دور است؛ لذا خطاب عامه حتماً باید از ظواهر باشد.

ثالثاً: محل بحث جهت قطعی بودن و یا ظنی بودنِ دلالت عمومات، مدالیل استعمالی است نه مدالیل جدی (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۱۳۸/۳)؛ چون کلام متکفل مدالیل جدی نیست؛ بلکه اصول عقلانی مثل اصل‌الاحقیقه، اصله تطابق الارادتین و سایر اصول متکفل هستند. از نکته اخیر روشن می‌شود، دلیل مورد بحث جهت قطعی بودن عمومات قرآن، صرفاً با پذیرش اصل تفکیک بین مراد استعمالی و مراد جدی متکلم مطرح می‌شود؛ لذا در صورت عدم پذیرش

تفکیک مذکور، این دلیل دیگر کارایی جهت اثبات قطعی بودن عموماًت قرآن را نخواهد داشت.

استدلال کسانی که قائل به قطعی بودن دلالت الفاظ بر معانی وضعی یا مدالیل استعمالی هستند، این است که الفاظ رسالت‌شان این است که معانی را در ذهن مخاطب حاضر کند؛ خواه آن معانی مجازی باشند یا حقیقی. بنابراین وقتی متکلم می‌گوید: «رأیت اسداً» رسالت الفاظ مذکور احضار معنای حیوان مفترس در ذهن مخاطب است. یا وقتی می‌گوید: «رأیت اسداً یرمی» رسالت الفاظ مذکور احضار معنای مرد شجاع در ذهن مخاطب است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۳۱)؛ بنابراین مدالیل استعمالی همواره با الفاظ هستند و این پیوستگی مداوم الفاظ و معانی موضوع^۵ له دلیل بر قطعی بودن مدالیل استعمالی است.

توضیح مطلب بدینگونه است که علمای اصول برای دلالت مراتب مختلفی مطرح کرده‌اند: دلالت تصویری، دلالت تصدیقی اولیه یا تفهیمی و دلالت تصدیقیه ثانویه. دلالت تصویری عبارت است از اینکه به مجرد شنیدن لفظ، معنای موضوع^۶ له به ذهن خطور می‌کند؛ البته این در صورتی است که سامع معنی لفظ را بداند. دلالت تفهیمی عبارت است از دلالتی که متکلم قصد تفهیم آن را دارد و در مقام تقیه، شوخی و مواردی از این قبیل نیست. در این دلالت نیز علاوه بر علم سامع به وضع، قرینه متصله نیز نباید وجود داشته باشد. دلالت تصدیقی عبارت است از اینکه متکلم قصد و مراد جدی دارد. این دلالت نیز علاوه بر دو شرط مذکور، شرط سومی نیز دارد و آن اینکه قرائن مفصلی موجود نباشد. با فراهم شدن شروط مذکور دلالت تصدیقی که مراد جدی باشد با دلالت استعمالی تطابق خواهد داشت^۷ (خویی، ۱۴۲۴ق، ۱/۱۱۵).

قبل از دلالت استعمالی، دلالت تصویری قرار دارد. در این مرتبه از دلالت، موضوع^۸ له الفاظ یعنی همان معنایی که واضع لفظ را برای آن وضع کرده است، در اذهان شنوندگان خطور می‌کند و در مرتبه بعد، دلالت استعمالی قرار دارد و متکلم الفاظ را یا در معنای حقیقی موضوع^۹ له که در مرتبه دلالت تصویری به اذهان خطور می‌کند، استعمال می‌کند و این در صورتی است که اولاً با قرائن متصله‌ای که معنای موضوع^{۱۰} له مستعمل را تغییر می‌دهد، همراه نباشد و ثانیاً متکلم قصد تفهیم معانی موضوع^{۱۱} له به مخاطب را نیز داشته باشد و به مخاطب تفهیم کند که وی در مقام هزل‌گویی و تقیه و امثال این دو نیست یا در معنای

۵. از این مطالب روشن میشود که مراد جدی متکلم، معادل دلالت تصدیقی است و مراد استعمالی نیز به غیر از کنایات و مجازات، معادل مراد تفهیمی است.

مجازی با اخذ قرینه به کار می‌بندد. در هر دو صورت دو معنای مذکور همیشه با الفاظ هستند و الفاظ در مرتبه استعمال همیشه بر معانی حقیقی یا مجازی دلالت دارند و لذا دلالتشان قطعی است.

کسانی که قائل‌اند دلالت ظواهر قرآن (از جمله عمومات)، ظنی هستند، احتمالات زیر را ذکر کرده‌اند و این احتمالات را دلیل بر ظنی بودن ظواهر قرآن دانسته‌اند:

۱- ممکن است متکلم در مقام هزل، توریه و تقیه باشد یا اینکه از الفاظ عموم و مطلق، خاص و مقید را اراده کرده باشد. در جواب گفته‌اند که اولاً نزاع بر سر مدالیل استعمالی است نه مدالیل جدی و مدالیل جدی رسالت کلام نیست؛ بلکه رسالت اصول عقلانی همچون اصاله عدمالهزل، عدمالتوریه، عدم التقیه، اصاله تطابق‌الارادین و غیره است. ثانیاً احتمال هزل، توریه و تقیه در نزد عرف دلالت کلام را مخدوش نمی‌کند و احتمال اراده خاص و مقید؛ گرچه در محیط تشریح و تقنین، مخل کلام است؛ لیکن این اخلال در مرادی جدی است نه مدالیل استعمالی که محل نزاع است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۱۳۹).

۲- ممکن است متکلم معنای مجازی را اراده کرده باشد؛ ولی قرینه آن را نیاورده باشد یا قرینه را آورده است لیکن ناقل و سامع کلام ملتفت نبوده است یا اصلاً قرائن حالیه بوده است ولی به دست ما نرسیده است.

در جواب این احتمال گفته‌اند؛ اولاً این احتمالات بین نصوص و ظواهر مشترک است؛ بنابراین وجهی برای اختصاص به ظواهر وجود ندارد. ثانیاً این احتمالات، علاوه بر اینکه نزد عرف مخل دلالت کلام نیست، با اصول عقلانی همچون اصاله عدم‌القرینه، دفع میگردند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۱۴۰).

شاهد بر اینکه مدالیل استعمالی قطعی هستند، محاورات عرفی است. عرف با محاوراتی که در مقام تعلیم و تعلم یا در مقام خرید و فروش و یا در مقام سؤال و جواب و غیره واقع می‌شوند، قطعی برخورد می‌کند و از همه مهم‌تر قرآن معجزه اکبر حضرت محمد (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است و پیامبر به واسطه آن تحدی کرده است و این تحدی بر مردم متوقف بر فهم متحدی از مفاهیم قرآن است، به تبع این فهم، آن را با کلام بشری مقایسه و اذعان به فوق بشری بودن کلام قرآن میکنند. همه این مراحل متوقف بر فهم قطعی از مدلول قرآن است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۱۴۹).

بند دوم: تبادل معانی موضوع‌له از الفاظ

تبیین محل نزاع علمای اهل سنت در قطعی بودن دلالت عام

این دلیل را جمهور حنفی‌ها مطرح کرده‌اند و در مقابل جمهور علمای اهل سنت از جمله حنبله، شافعی‌ها و مالکی‌ها و همچنین از میان علمای حنفی، ابومنصور ماتریدی و تابعین وی از جمله مشایخ سمرقند، قول به ظنی بودن دلالت عام را پذیرفته‌اند و این مبنا را مردود دانسته‌اند (امیربادشاه، ۱۳۵۱، ۲۷۶/۱).

بجهت اینکه علمای حنفی در مسائل مرتبط با قطع، عام و خاص دیدگاه‌های کاملاً مجزا از سایر مذاهب فقهی دارند و تبیین این مبنا نیز جزء با بیان کردن این دیدگاه‌ها مجزا میسر نیست؛ لاجرم به ذکر مسائل مقدماتی و پیش‌زمینه‌ای این دلیل پرداخته می‌شود.

مقصود علمای حنفی از قطعی بودن، قطع فلسفی یعنی نفی هرگونه احتمال نیست؛ بلکه نفی احتمال ناشی از نبود دلیل است. به دیگر سخن، دلیل قطعی، دلیلی است که احتمال ناشی از دلیل برخلاف آن نباشد و اگر احتمال ناشی از دلیل برخلاف آن باشد، دیگر آن دلیل قطعی نخواهد بود (نظام‌الدین، ۱۴۳۲ق، ۲۵۲/۱). مطابق این دیدگاه، اگر دلیل شرعی یا عقلی و یا عرفی بر حکم شرعی اقامه شود و برخلاف آن دلیل، احتمالاتی داده شود: یا بر این احتمال دلیلی وجود دارد یا ندارد، اگر این احتمال دلیلی داشته باشد به آن ترتیب اثر داده خواهد شد و اگر این احتمال دلیلی نداشته باشد، به آن ترتیب اثر داده نخواهد شد. به نظر میرسد این تعریف علمای حنفی از دلیل قطعی معادل علم اطمینانی است که در اصول فقه شیعه مطرح شده است و در علم اطمینانی نیز به احتمالات صرف توجه نمیشود.

در یک تقسیم‌بندی، عام را به سه بخش تقسیم می‌کنند:

۱. عامی که قطعاً از آن عموم اراده شده است، این عام همراه با قرینه‌ای است که احتمال تخصیص را منتفی می‌سازد؛ مثل آیه شریفه «إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (نور/۴۵). در این آیه قرینه عقلی حاکی از عدم تخصیص است.

۲. عامی که قطعاً مفید خصوص است. این عام مقترن به قرینه‌ای است که عموم را نفی می‌کند؛ مثل آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» (آل عمران/۹۷). این نص عام است و شامل غیر مکلفین نیز می‌شود ولی به حکم قرائن دیگر اطفال و مجانین از این آیه خارج هستند.

۳. عام مطلق، عامی است که همراه با قرینه‌ای نیست که مفید نفی احتمال تخصیص و یا نفی احتمال عموم باشد و عام مطلق شامل نصوصی است که در آن صیغ عموم خالی از قرائن لفظی و عقلی و عرفی باشد (ادیب صالح، ۱۴۰۳ق، ۱۰۲/۲).

محل اختلاف بین جمهور علما و جمهور حنفی‌ها در عام مطلق است و همچنین برای عام دو نوع دلالت قابل تصور است: دلالت الفاظ عموم بر اصل معنای لغوی موضوع^۱ (دلالت تصویری). در این نوع دلالت، اختلافی وجود ندارد که دلالت عام از این حیث قطعی است؛ و دوم، دلالت عام بر استغراق و شمول جمیع افرادش است و عام بر یکایک افراد خود دلالت کند (دلالت تصدیقی).

اما محلّ اختلاف میان علمای اصول، قسم دوم دلالت است (زرکشی، ۱۴۱۸ق، ۲/۶۵۳). عامه حنفی‌ها قول به قطعی بودن دلالت عام را، فقط در صورتی می‌دانند که عام فعلاً تخصیص نخورده باشد در غیر این صورت اگر با دلیل قطعی مثل آیه قرآن و یا اخبار متواتر تخصیص خورده باشد، دیگر دلالت عام قطعی نخواهد بود (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱/۱۴۲) و در تعلیل آن گفته‌اند که وقتی دلیل عام تخصیص خورد، دلالت عام به دلیل احتمال مخصصات دیگر ضعیف خواهد شد.

با التفات بر نکات پیشین محل نزاع روشن شد که اولاً مقصود از قطعی بودن، قطع فلسفی نیست بلکه نبود احتمال ناشی از دلیل است؛ ثانیاً محل بحث در عامی است که متصل به قرائن متصله‌ای نباشد و به ادله قوی تخصیص نخورده باشد و ثالثاً اختلاف در مراد جدی متکلم است نه مراد استعمالی و حاصل اختلاف این است آیا عمومات مطلق، مشیر مراد جدی است یا مراد استعمالی؟

دلیل حنفی‌ها بر قطعی بودن دلالت عام

دلیل اول: زمانی که لفظی برای یک معنا وضع می‌شود، این معنا در صورت اطلاق کلام، لازم و ثابت با لفظ است تا اینکه دلیلی برخلاف آن بیاید و عموم نیز از آن جمله معانی‌ای است که لفظ برای آن وضع شده است و در صورت اطلاق، معنای موضوع^۲ را می‌رساند؛ بنابراین، در صورت اطلاق الفاظ وضع شده برای شمول و استغراق، همین عمومیت و شمولیت متبادر می‌شود تا اینکه دلیلی برخلافش بیاید و همان‌طوری که در لفظ خاص به معانی متبادر از آن توجه می‌کنند و به احتمال مجاز ترتیب اثر نمی‌دهند، در دلیل عام نیز باید به تبادر شمولیت و عمومیت اعتبار داد و به احتمال تخصیص نباید ترتیب اثر داد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱/۱۲۷). جمهور در رد استدلال مذکور گفته‌اند: اینکه گفتید دلیلی برخلاف معنای عموم نیست تا دست از تبادر برداشت، خلاف واقع است؛ چراکه کثرت تخصیص خود دلیل برای مخالفت با شمولیت الفاظ عموم است و قیاس الفاظ عموم و با الفاظ خاص مع الفارق است؛ چراکه احتمال مجازیت

در لفظ خاص نادر است و به ندرت در کلام متکلمان واقع میشود. به عنوان مثال وقتی متکلم می گوید «جاء زید» احتمال اینکه منظور از زید، پیک زید و یا کتاب وی باشد، بسیار نادر است. به عبارت دیگر، مراد مستشکل این است که ما کثرت تخصیص داریم؛ در نتیجه این کثرت محل شمولیت عمومات است؛ ولی کثرت مجاز نداریم، در نتیجه محل معانی موضوعاً له الفاظ خاص نیست (امیربادشاه، ۱۴۰۳ق، ۱/۲۶۹).

برخی در نقد جواب جمهور گفته اند که قیاس مذکور مع الفارق نیست؛ زیرا همان طور که تخصیص بسیار است، استعمال مجاز هم بسیار است. دلیل بر اینکه استعمال مجاز بسیار است، این است که در کلام شعرا، استعمال مجاز زیاد است؛ به گونه ای که معروف است که «انَّ الشعرَ کذبٌ» و شعرا شعر خالی از استعاره و مجاز را معیوب می دانند (نظام الدین، ۱۴۲۳ق، ۱/۲۵۳ به بعد).

دلیل دوم: از ضروریات زبان عربی این است که وقتی لفظی بدون قرینه ای استعمال می شود، معنای موضوعاً له آن متبادر می شود. بنابراین اگر از الفاظ عام، معنای عموم اراده نشده باشد و متکلم بدون قرینه برخی از افراد عام را اراده کرده باشد، لازمه اش این است که شارع در مقام تجهیل و تلبیس مکلف باشد. به تعبیر جناب بخاری، اگر متکلم مراد خویش را همراه با قرائن نیاورد: لا یرتفع الامان عن اللغه و همچنین مفید تکلیف به محال نیز است؛ چرا که احکام مدنظر شارع، معلق بر اراده باطنی شارع بدون هیچ قرینه ای، شده است و فهم اراده باطنی شارع مقدور ما نیست (بخاری، بی تا، ۱/۳۰۵).

در رد استدلال مذکور گفته اند که ملازمه ای بین اراده برخی از افراد عام بدون قرینه و حصول تلبیس و تکلیف محال نیست؛ چرا که مستدل می گوید قرینه صارفه مخفی است و بر ما پوشیده است نه اینکه اصلاً قرینه ای وجود ندارد و زمانی تلبیس پیش می آید که مستدل منظورش عدم قرینه باشد؛ در حالی که چنین نیست. همچنین تکلیف محال نیز پدیدار نمی شود؛ چون تکلیف محال زمانی حاصل می شود که مکلف به عمل بر وفق اراده باطنی متکلم باشد؛ حال آنکه چنین حرفی را کسی نرزه است بلکه مستدل می گوید، در مقام عمل بر طبق همان ظواهر عمل خواهد شد ولی در مقام حکم، دلیل عام قطعی نیست (امیربادشاه، ۱۴۰۳ق، ۱/۲۶۸-۲۶۹).

دلیل سوم: خطابات شرعی، بهمانند خطابات عرفی است و آن فهمی که در خطابات عرفی است، در خطابات شرعی نیز است و عرف در مواجهه با الفاظ عام شمولیت را میفهمد و به احتمال تخصیص ترتیب اثر نمیدهد. در نتیجه وقتی

قطعی الدلالتی بودن
عمومات قرآن
از منظر مذاهب
اسلامی

متکلم می‌گوید «کل عبد لی فهو حر» عرف می‌فهمد که منظور متکلم این است که یکایک عبد وی آزاد است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱/۱۳۷).

دلیل جمهور مبنی بر ظنی بودن دلالت عام

جمهور استدلال کرده‌اند که تخصیص عموم ادله شرعی به وفور واقع شده است؛ به طوری که در السنه علمای اصول معروف است که «ما من عام الا و قد خُص منه بعض» و این کثرت تخصیص این شبهه را در کل عمومات ایجاد می‌کند که تخصیص خورده باشند؛ گرچه مخصص عمومات فعلاً بر ما پوشیده باشند؛ با وجود این احتمال، قطعی بودن دلالت عام منتفی است (تفتازانی، ۱۴۱۶ق، ۷۱/۱).

علمای حنفی جواب‌های متعددی به استدلال مذکور داده‌اند و گفته‌اند: اگر منظور از احتمال تخصیص عمومات، مطلق احتمالات باشد، این، منافاتی با قطع ندارد؛ چراکه مراد علمای حنفی از قطع، قطع به معنای نفی کلیه احتمالات نیست؛ بلکه منظور از آن عدم احتمال ناشی از دلیل است. در نتیجه ممکن است دلیل عام قطعی باشد ولی احتمال نیز در آن برود؛ ولی چون این احتمال ناشی از دلیل نیست، مضر قطعی بودن دلیل نیست؛ همان طوری که دلیل خاص، دلالتش قطعی است؛ ولی با وجود قطعی بودن دلالتش، احتمال مجاز بودن در آن دور از ذهن نیست و اگر مراد از آن، احتمال ناشی از دلیل باشد، این حرف صحیح نیست؛ چون مفروض این است که دلیل خاص مقارن با دلیل عام فعلاً وارد نشده است. بنابراین همان طور که کثرت مجاز در خاص، مانع برای قطعی بودن دلالت خاص نیست؛ کثرت تخصیص نیز صلاحیت ندارد که دلیلی برای احتمال منافی با قطع باشد (تفتازانی، ۱۴۱۶ق، ۷۱/۱).

برخی دیگر در جواب استدلال جمهور گفته‌اند که کثرت تخصیص در عمومات مسلم نیست؛ بلکه طبق اصطلاح عامه حنفی که تخصیص عبارت است از قصر عام بر برخی از افرادش به صورت مستقل و مقارن،^۶ مخصصات

۶. علمای حنفی برابر تخصیص شروطی ذکر کرده‌اند: ۱. مخصص باید مستقل باشد؛ بنابراین مخصص متصل را مخصص نمی‌دانند بلکه از آن تعبیر به قصر عام می‌کنند و برخی دیگر حتی تعبیر به قصر عام را هم قبول ندارند؛ بلکه ترکیبی مستقل برای افاده معنای مقصود می‌دانند. ۲. مخصص باید مقارن باشد اما اگر متأخر باشد، خاص نسبت به مقداری که شاملش می‌شود نسخ می‌شود، که از آن تعبیر به نسخ جزئی می‌کنند. به عنوان مثال اگر مولا بگوید: «اکرم العلماء» ولی همزمان با آن «لا تکرّم العالم الفاسق» را بیان نکنند و از وقت خطاب به تأخیر افتاد، این جمله نسبت به افرادی که عالم فاسق باشند نسخ به حساب می‌آید؛ در حالی که جمهور علما آن را تخصیص می‌شمارند. علمای حنفی برای این شرط دلایلی ذکر کرده‌اند؛ از جمله گفته‌اند چون دلالت عام قطعی است و یا اینکه گفته‌اند چون تخصیص عبارت است از بیات تغییر و بیان تغییر نمی‌تواند

خیلی قلیل هستند. (خضری، ۱۳۸۹ق، ۱۵۶). برخی جواب اخیر را نقد کرده و گفته‌اند که جواب اخیر مبتنی بر دیدگاه حنفی‌هاست؛ حال آنکه مراد جمهور از کثرت تخصیص، قصر عام بر برخی از افرادش است؛ خواه قصر مذکور به صورت متصل باشد و خواه به صورت منفصل باشد و در صورت انفصال هم خواه مقارن باشد و خواه غیر مقارن. به عبارت دیگر، آنچه مؤثر در ظنی بودن دلالت عام است، کثرت اراده برخی از افراد است و مخصص متصل را چه مخصص مصطلح بدانیم یا نه، دخلی در مانحنفیه ندارد (امیربادشاه، ۱۴۰۳ق، ۲۶۹/۱).

مبحث سوم: تحلیل اقوال و ادله آن‌ها و ثمره اقوال

سه دلیلی که برای قطعی بودن دلالت عموماً ذکر شد؛ در واقع رد اعتبار مخصصات منفصل از بعد قواعد زبان عربی است. از این نکته روشن میشود که از بعد قواعد زبان عربی مشکلی متوجه مخصص متصل و مخصص منفصل مقارن نیست.

قطعی‌الدلاله بودن
عمومات قرآن
از منظر مذاهب
اسلامی

مشهور بین علمای فریقین این است که در مخصص منفصل، مقارنت شرط نیست؛ اما علمایی چون شیخ مفید، سیدمرتضی، شیخ مفید و از اهل سنت، علمای معتزله و عامه حنفی‌ها قائل‌اند که مقارنت شرط است و مخصص منفصل غیر مقارن مخالف با اسلوب زبان و ادبیات عرب است و شارع حکیم نیز به لسان عرب سخن گفته است و قاعدتاً مطابق با اسلوب زبان و ادبیات عرب سخن می‌گوید.

۵۵

به واقع هر سه دلیلی که برای قطعی بودن دلالت عموماً ذکر شد، می‌توان به یک دلیل برگرداند و آن اینکه مخصصات منفصل مخالف با اسلوب زبان و ادبیات عرب است؛ چرا که وقتی متکلمی کلامی را بدون قرینه به کار میبرد، معانی موضوع له الفاظ به‌کاررفته متبادر میشود و عموماً نیز وقتی بدون هیچ قرینه دال بر تخصیص استعمال میشود، عموم که معنای موضوع له عموماً است، متبادر میشود. شاهد بر این تبادر این است که عرب وقتی می‌گوید «كُلُّ عبد لی حرٌّ» عرف از آن می‌فهمد که یکایک عبد مولا باید آزاد گردد و اگر متکلمی بدون هیچ قرینه‌ای، لفظی را در معنای غیر ما وُضع له استعمال کند، منجر به تجهیل و تلبیس و تکلیف بما لایطاق خواهد بود و همچنین کلام نیز عبث و بلافایده خواهد بود و این‌گونه سخنوری از متکلم حکیم به دور است و

منفصل باشد. ۳. عام و خاص باید از لحاظ قطعی و ظنی بودن مساوی باشند. با توجه به شروط مذکور تخصیص را چنین تعریف کردند: «هو قصر العالم علی بعضی افراده بدلیل مستقل مقارن» (بخاری، بی‌تا، ۳۴/۱؛ تفتازانی، ۱۳۲۲ق، ۶۸/۱؛ سرخسی، ۱۳۹۳ق، ۲۹/۲)

قیح؛ لذا جناب بخاری فخرالاسلام میگوید: اگر متکلم الفاظ عام را در معنای استیعاب استعمال کند ولی از آن بدون هیچ قرینه‌ای عموم را اراده نکرده باشد، لارتفع الامان عن اللغه. درواقع کسانی که مبنای حنفیها و برخی از معاصران شیعه را در قطعی بودن دلالت عمومات قرآن پذیرفته‌اند، مقتضای زبان و ادبیات عرب را گفته‌اند و کسانی که مبنای عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب را اختیار کرده‌اند، به توالی فاسد این گونه سخنوری اشاره کرده‌اند؛ یکی بر قاعده تکیه زده است و دیگری به تالی فاسدنا دیده گرفتن قاعده.

این اشکال درواقع بن‌مایه کلام علمای حنفی و معتزله و علمای همچون شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی است. شاهد بر درستی این مدعا، رجوع به قواعد نحوی ادبیات عرب است و عرب در قالب مفاهیمی از قبیل استثنا، صفت، غایت، تمیز، ظروف، جار و مجرور و غیره سخن می‌گوید. اسلوب موجود در زبان و ادبیات عرب توسط علمای نحو استقراء شده است و مخصص منفصل در قالب اسلوب و قواعد زبان و ادبیات عرب نمی‌گنجد.

همچنین نکته بارزتر این است که در زبان عربی تنها اداتی که به‌عنوان اخراج از حکم یا صرف جمله، مطرح شده است: *إلا* و ادوات مفید نقش *إلا* است و مطابق قواعد نحوی استثنا نمی‌تواند مؤخر از مستثنی‌منه باشد. به این خاطر هم علمای حنفی حکم تخصیص را به بیان تغییر^۷ ملحق کرده‌اند و گفته‌اند از یک طرف تخصیص، بیان تغییر است و از طرف دیگر تأخیر بیان تغییر جایز نیست. در نتیجه تأخیر بیان تخصیص جایز نیست (دبوسی، ۱۴۲۱ق، ۲۲۲). اکنون سؤال قابل طرح این است که چرا فقها که خود با اسلوب زبان و ادبیات عرب آشنا هستند، قول به کثرت تخصیص را مطرح کرده‌اند و در السنه علمای اصول معروف شده است که هیچ عامی نیست مگر اینکه تخصیص خورده باشد.^۸ به نظر می‌رسد دلایلی از قبیل زیر داشته باشد:

۷. علمای حنفی بیان را به چهار دسته تقسیم می‌کنند: بیان تقریر، بیان تفسیر، بیان تغییر و بیان ضرورت.

بیان تغییر، عبارت است از بیانی که معنای حقیقی و ظاهری کلام را تغییر می‌دهد. این بیان گاهی غیرمستقل است؛ مثل شرط، استثنا، بدل، صفت، غایت و... و گاهی مستقل. این بیان به اتفاق علما فقط متصل صحیح است و تأخیر آن از وقت خطاب صحیح نیست (دبوسی، ۱۴۲۱ق، ۲۲۱؛ سرخسی، ۱۳۹۳ق، ۲۷/۲؛ فخر الاسلام، بی‌تا، ۲۱؛ ادیب صالح، ۱۹۶۴، ۴۵/۱).

۸. با قول به کثرت تخصیص علمایی همچون شاطبی و ابن تیمیه مخالف کرده‌اند. شاطبی گوید: همه این موارد مخالف با زبان عربی است و همچنین با سلف صالحی است که قطع به عمومات قرآن داشته که برحسب مقاصد زبان عربی و مقاصد شرعی آنرا به نحو قطع می‌فهمیدند (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۳: ۲۴۳). ابن تیمیه گوید: وانت اذا قرأت القرآن من اوله الی آخره وجدت غالب عموما

۱. قول به انحلال خطابات قانونی به خطابات شخصی. یکی از موارد اختلافی بین فقها این است که آیا خطابات قانونی به خطابات شخصی منحل می‌شود یا نه؟ مشهور قائل به انحلال هستند؛ اما درمقابل این نظریه مشهور، حضرت امام قول به عدم انحلال را پذیرفتند. ایشان می‌گویند خطابات قرآن عام هستند و شامل جاهل، غافل، ساهی و عاجز نیز است؛ ولی در مقام عمل به خاطر وجود موانع مذکور به فعلیت نمی‌رسد. طبق نظر مشهور عمومات قرآن به موارد مذکور تخصیص می‌خورد؛ ولی طبق مبنای حضرت امام تخصیص نمی‌خورد (امام خمینی، ۱۴۲۳ق، ۱/ ۴۳۷).

۲. بخشی از مخصصاتی که در فقه مطرح کرده‌اند، بازگشت‌شان به موانع عمومی فقه یعنی قواعد عمومی فقهی (از جمله، طفولیت، جنون، مرض، کفر، قتل، اکراه، غرر، فضولی‌بودن، ضرر، حرج و غیره) است. تسمیه این عناوین به مخصص صحیح نیست؛ چراکه این موارد در فقه خود دارای عناوین مستقلی هستند که آثاری خاصی برای آن‌ها مترتب می‌شود.

۳. برخی از مصادیقی که به‌عنوان مخصص عمومات قرآن مطرح کرده‌اند، در واقع مخصص آیه نیستند. در اینجا به یک نمونه اشاره می‌شود. در آیه شریفه ۲۴ سوره نساء، ابتدا محرماتی را که بالذات حرام است، بیان می‌شود و به‌طور مطلق آیه حکم به حرمت تزویج برخی از زنان کرده است. سپس آیه، ماورای این زنان را حلال کرده است. برخی از فقها گفته‌اند که قسمت اخیر آیه به تزویج عمه و خاله زوجه تخصیص خورده است؛ چون تزویج عمه و خاله زوجه جایز نیست. به نظر می‌رسد، آیه تخصیص نخورده است؛ چراکه تزویج عمه و خاله زوجه به‌طور مطلق که حرام نیست؛ بلکه در صورتی به‌طور مطلق حرام و جایز نیست که اذن زوجه نباشد (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۱/ ۳۴۶).

۴. بسیاری از مخصصاتی که مطرح شده است، در واقع بیان مجملات قرآن هستند. به دیگر سخن، دو نوع عموم وجود دارد: عموماتی که در مقام بیان هستند و عموماتی که در مقام اجمال و تشریح هستند، و بسیاری از آیات عبادی و جزایی از این قبیل هستند (سبحانی، ۱۴۳۵ق، ۲/ ۴۸۹).

شواهد مختلفی بر قطعیت دلالت عمومات وجود دارد، از جمله:

شاهد اول: روایات عرض احادیث بر قرآن: روایات بسیاری است که حضرات معصومین (علیهم‌السلام) محکم صحت و سقم روایات را قرآن دانسته‌اند

محفوظه لا مخصوصه و در ادامه می‌گوید: قائلان مثل معروف «ما من عام الا وقد خص منه» یا جاهل هستند یا مقصر و عموم کلام عرب و سایر ملت‌ها الفاظ و اسمای عام است.

و دستور داده‌اند که روایات به قرآن عرضه شوند، دستورات موجود در قرآن یا احکام جزئی هستند یا احکام کلی. احکام جزئی که معنی ندارد که روایات برای آن‌ها عرضه شود. در نتیجه این عموماًت و کلیات قرآن هستند که محک و سنجش روایات واقع می‌شود. آیا جایز است که این عموماًت قرآن که خود محک سنجش صحت روایات هستند به واسطه این روایات که خود صحت و سقم‌شان را از عموماًت قرآنی می‌گیرند، تخصیص بخورند؟ (حرّاعلمی، ۱۴۰۹ق، ۱۱۰/۲۷).

شاهد دوم: عمده ادله قرآنی عموماًت هستند و سیره شارع، کلی‌گویی و قواعد محوری است. آیا این‌همه مخصصات با سیره تشریح سازگاری دارد؟ شاهد بر این مدعا این است که اولاً اینکه احکام موجود در قرآن بیشتر عموماًت و کلیات هستند و ثانیاً وجود روایاتی از قبیل علینا القاء الأُصول و علیکم التفریح (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۲۴۰/۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ۵۷۵/۳).

شاهد سوم: ما وقتی به سیره عملی فقها (شیعه و اهل سنت) نگاه می‌کنیم، می‌بینیم که در صورت شک در احکام حتی احکام جزئی و شرایط تکالیف به این عموماًت تمسک می‌کنند و به‌طور کلی در مواردی که دلیلی برای یک حکم پیدا نمی‌کنند به این عموماًت تمسک می‌کنند. مگر می‌شود که این عموماًت قرآن که خود محل رجوع هستند، ظنی باشند؟

قول به قطعی بودن دلالت عموماًت، دارای ثمراتی است و از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

ثمره اول: دلیل خاص نه تنها از لحاظ سندی بلکه از لحاظ دلالتی نیز در قوه دلالت عام باشد. به دیگر سخن چون سند و دلالت عام قطعی است، در نتیجه مخصص هم باید از لحاظ دلالتی و هم از منظر سندی هم پایه عام باشد (عبدالسلام، ۱۴۲۰ق، ۳۷۲).

ثمره دوم: عموماًت قرآن را نمی‌توان با اخبار آحاد و قیاس و حتی سایر مخصصات ظنی تخصیص زد؛ چون اخبار آحاد ظنی هستند و دلیل ظنی معارض دلیل قطعی نیست (نظامالدین، ۱۴۲۳ق، ۲۹۲/۱).

ثمره سوم: بر مبنای حنفی‌ها و علمای متقدم از جمله شیخ مفید، سیدمرتضی، شیخ طوسی و معتزله چون از یک طرف مخصص باید مقارن باشد و از طرف دیگر باید قطعی نیز باشد، در نتیجه در صورت عدم تقارن مخصص و تراخی آن یا خاص متراخی است و یا عام. در صورت تراخی خاص، خاص نسبت به برخی از افراد عام نسخ جزئی خواهد بود و در صورت تراخی عام، عام نسبت به خاص نسخ خواهد بود. (نسفی، ۱۴۱۹ق، ۸۲/۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۱۵۴/۲).

نتیجه گیری

۱. با بررسی کتب اصولی (اعم از شیعه و اهل سنت)، چنین به دست می آید که قول به قطعی بودن دلالت عام در میان علمای اصول، قول معتدبه بوده است؛ به طوری که علمای طراز اول از جمله شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی و همچنین در اهل سنت، شاطبی، ابن تیمیه و جمهور احناف، آن را اختیار کرده اند. ۲. منظور از قطعی بودن دلالت عام بر مبنای برخی از علما، قطع فلسفی است؛ یعنی قطعی که مطلقاً در آن احتمال خلاف نرود. بر مبنای برخی دیگر، قطع فلسفی نیست؛ بلکه منظور نبود احتمال ناشی از دلیل است. محل اختلاف نیز در ظنی بودن یا قطعی بودن دلالت عمومات بر مبنای برخی از علما، مدالیل استعمالی است و بنابر نظر برخی مدالیل جدی است.

۳. برای قطعی بودن دلالت عام سه دلیل عمده ذکر کرده اند: عدم جواز تأخیر بیان از وقت خطاب که برخی از علمای متقدم شیعه، گروهی از احناف و معتزله از متکلمان مطرح کرده اند، قطعی بودن مدالیل استعمالی که برخی از معاصران ذکر کرده اند و تبادل معانی موضوعی که غالب علمای حنفی گفته اند. شیخ مفید، سیدمرتضی، شیخ طوسی و گروهی از احناف و معتزله از متکلمان عقیده دارند که تأخیر بیان از وقت خطاب صحیح نیست؛ لذا دلالت عام قطعی است؛ چرا که تأخیر بیان از وقت خطاب منجر به تجهیل و تلبیس، تکلیف بما لایطاق و بلافایده بودن کلام میشود. علمای حنفی می گویند دلالت عام قطعی است؛ چون برای عموم الفاظی وضع شده است و در صورت عدم وجود قرائن، متبادر از آن، عمومیت است و در صورتی که متکلم بدون نصب قرائن غیر از عموم را اراده کرده باشد، مخالف اسلوب زبان و ادبیات عرب خواهد بود.

مطابق قول به قطعی بودن مدالیل استعمالی، دلالت عام قطعی است؛ چرا که معانی موضوعی در پیوست مداوم الفاظ هستند. گرچه نحوه استدلال های هر سه دلیل، متفاوت است؛ لیکن بن مایه همه این استدلال ها مخالفت مخصوصات منفصل با اسلوب زبان و ادبیات عرب است و وجه مخالفت آن این است که مطابق قواعد زبان عربی متکلم بدون نصب قرینه نمی تواند معنای غیر ما وُضع له را اراده کند و عدول از این قاعده منجر به تجهیل و تلبیس، تکلیف بما لایطاق و بلافایده بودن کلام میشود.

۴. دلیل خاص باید نه تنها از لحاظ سندی بلکه از لحاظ دلالتی نیز در قوه دلالت عام باشد. به دیگر سخن چون سند و دلالت عام قطعی است، در نتیجه

مخصص هم باید از لحاظ دلالی و هم از منظر سندی هم پایه عام باشد؛ لذا عموماً قرآن را نمی‌توان با اخبار آحاد و قیاس و حتی سایر مخصصات ظنی تخصیص زد؛ چون اخبار آحاد ظنی هستند و دلیل ظنی معارض دلیل قطعی نیست.

۵. مطابق نظریه قطعی بودن دلالت عموماً، در تخصیص مقارنت شرط است و در صورت تأخیر دیگر تخصیص نخواهد بود؛ بلکه نسخ خواهد بود.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسن. (۱۴۱۵ق). **کفایة الأصول**. نهم. قم: موسسه نشر اسلامی.
۲. آمدی، ابوالحسن علی بن ابی‌ثعلبی. (بی‌تا). **الاحکام فی اصول الاحکام**. بیروت: المکتب الاسلامی.
۳. ابن‌ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). **السرائر**. دوم. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۴. ابن‌شهید ثانی، حسن بن زین‌الدین. (بی‌تا). **معالم‌الدین و ملاذ‌المجتهدین**. نهم. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۵. ایبیری، علی بن اسماعیل. (۱۴۱۳ق). **التحقیق‌والبیان فی شرح‌البرهان فی اصول‌الفقه**. یکم. کویت: دار الضیاء.
۶. ادیب صالح، محمد. (۱۴۱۳ق). **تفسیر‌النصوص فی الفقه‌الاسلامی**. یکم. بیروت: المکتب الاسلامی.
۷. باقلانی، محمد بن الطیب. (۱۴۱۸ق). **التقریب‌و‌الإرشاد (الصغیر)**. یکم. بیروت: موسسه الرساله.
۸. بخاری، امیر بادشاه. (۱۴۰۳ق). **تیسیر‌التحریر**. یکم. بیروت: دار‌الکتب‌العربیة.
۹. بخاری، علاء‌الدین. (بی‌تا). **کشف‌الاسرار عن اصول‌البزدوی**. دار‌الکتاب‌الاسلامی.
۱۰. بصری معتزلی، ابوالحسن. (۱۴۰۳ق). **المعتمد فی اصول‌الفقه**. یکم. بیروت: دار‌الکتب‌العلمیة.
۱۱. تفتازانی، سعد‌الدین مسعود. (۱۴۱۶ق). **شرح‌التلویح علی‌التوضیح‌لمتن‌التنقیح فی اصول‌الفقه**. یکم. بیروت: دار‌الکتب‌العلمیة.
۱۲. حرز عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). **وسائل‌الشیعة الی‌تحصیل‌مسائل‌الشریعة**. سوم. قم: موسسه آل‌البیت: لإحیاء‌التراث.
۱۳. حلی، ابومنصور جمال‌الدین. (۱۴۰۳ق). **معارض‌الأصول**. یکم. قم: موسسه آل‌البیت ۷ لإحیاء‌التراث.
۱۴. خضری‌بک، محمد. (۱۳۸۹ق). **اصول‌الفقه**. ششم. مصر: المکتبة‌التجاریة

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

الكبرى.

١٥. خن، محمد مصطفى معاذ. (١٤٢٨ق). **القطعى والظنى فى الثبوت والدلالة عند الاصوليين**. يكىم، دمشق: دار الكلم الطيب.
١٦. خويى، سيد ابوالقاسم. (١٤١٧ق). **محاضرات فى اصول الفقه**. يكىم، قم: مؤسسه احياء آثار الخوئى.
١٧. رازى، فخرالدين. (١٤١٨ق). **المحصل**. دوم. بيروت: مؤسسه الرساله.
١٨. زحيلى، وهبه. (١٤٠٦ق). **اصول الفقه الاسلامى**. يكىم، دمشق: دار الفكر.
١٩. زركشى، بدرالدين. (١٤١٨ق). **تشنيف المسامع بجمع الجوامع**. قاهره: مؤسسه قرطبه.
٢٠. سبحانى، جعفر. (١٤٣٥ق). **المبسوط فى اصول الفقه**. يكىم، قم: مؤسسه امام صادق ٧.
٢١. —. (١٤١٨ق). **المحصل فى علم الأصول**. يكىم، قم: مؤسسه امام صادق ٧.
٢٢. —. (١٤٢٦ق). **ارشاد العقول الى مباحث الأصول**. يكىم، قم: مؤسسه امام صادق ٧.
٢٣. سرخسى، محمد بن احمد. (١٤١٤ق). **اصول السرخسى**. يكىم، بيروت: دار المعرفة.
٢٤. سمرقندى، علاءالدين. (١٤٠٤ق). **ميزان الأصول فى نتائج العقول**. يكىم، قطر: مطابع الدوحه الحديثه.
٢٥. سمعانى، ابوالمظفر منصور بن محمد. (١٤١٨ق). **قواطع الأدلة فى الأصول**. يكىم، بيروت: دار الكتب العلميه.
٢٦. سهالوى الأنصارى اللكنوى، عبدالعلى محمد بن نظامالدين. (١٤٢٣ق). **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**. بيروت: دار الكتب العلميه.
٢٧. شاطبى، ابراهيم بن موسى. (١٤١٧ق). **الموافقات فى اصول الشريعه**. دوم. قاهره: دار ابن عفان.
٢٨. شوكانى، محمد بن على. (١٣٥٦ق). **ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول**. اول. مصر: مطبعه مصطفى البابى.
٢٩. طوسى، محمد بن حسن. (١٤١٧ق). **العدده فى اصول الفقه**. يكىم، قم: محمدتقى علاقه مندان.
٣٠. طوفى، سليمان بن عبدالقوى. (١٤٠٧ق). **شرح مختصر الروضه**. يكىم، بيروت: مؤسسه الرساله.
٣١. عاملى، بهاءالدين محمد بن حسين. (١٤٢٣ق). **زبدۀ الأصول**. يكىم، قم: رصاد.
٣٢. علم الهدى، سيدمرتضى. (١٣٦٣ش). **النذريعه الى الشريعه**. يكىم، تهران:

قطعى الدلاله بوجدن
عمومات قرآن
از منظر مذاهب
اسلامى

- دانشگاه تهران.
۳۳. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۳۸۷ش). **قوانین الأصول**. یکم. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۳۴. کلودانی، محفوظ بن احمد. (۱۴۰۶ق). **التمهید فی اصول الفقه**. یکم. ریاض: مرکز البحث العلمی و احیاء التراث الإسلامی.
۳۵. مرداوی، علی بن سلیمان. (۱۴۲۱ق). **التحییر، شرح التحریر فی اصول الفقه**. یکم. ریاض: مکتبه الرشد.
۳۶. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). **التذکره باصول الفقه**. یکم. قم: المؤتمر العالمی لألفیه الشیخ المفید.
۳۷. نسفی، ملاجون. (۱۴۰۳ق). **نور الأنوار فی شرح المنار**. یکم. بیروت: دأر الکتب العلمیه.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

References

1. Al-Ābyārī, ‘Ali ibn Ismāīl. 1992/1413. *Al-Taḥqīq wa al-Bayān fī Sharḥ al-Burhān fī Uṣūl al-Fiqh*. 1st. Kuwait: Dār al-Dīya’.
2. Al-Adīb Ṣāliḥ, Muḥammad. 1992/1413. *Tafsīr al-Nuṣūṣ fī al-Fiqh al-Islāmī*.st. Beirut :al-Maktabat al -Islāmī.
3. ‘Alam al-Hudā, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1985/1405. *al-Tharī‘a ilā Uṣūl al-Sharī‘a*. Tehran: Dānishgāh-i Tehrān (Tehran University).
4. Al-Āmedī, Abul Ḥassan ‘Alī ibn Abī Tha‘labī. *al-Aḥkām fī Uṣūl al -Aḥkām*. Beirut :Maktabat al-Islāmī.
5. Al-‘Āmilī, Al-Ḥassan b. Zayn al-Dīn. Ma‘ālim al-Dīn wa al-Malādh al-Mujtahidīn. 9th. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
6. al-‘Āmilī, Bhā’ al-Dīn Muḥammad ibn Ḥusayn (al-Shaykh al-Bahā’ī). 2002/1423. *Zubdat al-Uṣūl*. Edited by Muḥammad Baqir Bihbūdī. Qum: Mirṣād
7. Al-Bāqilānī, Muḥammad ibn al-Ṭayyib. 1997/1417. *Al-Taqrīb wa al-Irshād*. (al-Ṣaqīr). 1st. Beirut: Mu’assasat al-Risālah.
8. Al-Baṣārī al-Mu‘tazilī, Abul al- Ḥassayn Muḥammad ibn ‘Alī ibn al-Ṭayyib. 1983/1403. *Al-Mu‘tamid fī Uṣūl al-Fiqh*. 1st. Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
9. Al-Bukhārī, ‘Ala’ al-Dīn. *Kashf al-Asrār ‘an Uṣūl al-Bazdawī*. Dār al-Kutub al- Islāmī.
10. Al-Bukhārī, Muḥammad Amīn ibn Maḥmūd (Amīr Bādshāh). 1983/1403. *Taysīr al-Taḥrīr*. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Arabī.
11. Al-Ḥillī, Abu al-Qāsim Najm al-Dīn Ja‘far ibn al-Ḥassan (Muḥaqqiq al- Ḥillī). 1983/1403. *Ma‘ārij al- Uṣūl*. 1st. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
12. Al-Ḥurr Al-‘Amilī, Muḥammad ibn al-Ḥassan. 1995/1416. *Wasā’il al-Shī‘a ilā Taḥsīl al-Masā’il al-*

- Sharī'a. 3rd. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
13. Al-Khin, Muḥammad Mu'ādh Muṣṭafā. 2007/1428. *Al-Qaṭ'ī wa al-Zannī fī al-thubūt wa al-Dilāla 'ind al-Uṣūlīyyīn*. 1st. Damascus: al-Dār al-Kalim al-Ṭayyeb.
 14. Al-Khuḍārī Bak, Muḥammad. 1969/1389. Uṣūl al-Fiqh. 6th. Egypt. Al-Maktabat al-Tijārīyya al-Kubrā.
 15. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzim (al-Ākhund al-Khurasānī). ۱۹۹۴/1430. *Kifāyat al-Ūṣūl*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 16. Al-Kulūdhānī, Maḥfūz ibn Aḥmad. 1986/1406. Al-Tamhīd fī Uṣūl al-Fiqh. Riyadh: Markaz al-Baḥṭh al-'Imlī wa Ihya' al-Turāth al-Islāmī.
 17. Al-Malajīyūn al-Ḥanafī, Aḥmad ibn Abī Sa'īd. 1983/1403. Nūr al-Anwār fī Sharḥ al-Minār. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
 18. Al-Mardāwī, 'Alī ibn Solaymān. 2000/1421. Al-Taḥbīr, Sharḥ al-Taḥrīr fī Uṣūl al-Fiqh. Riyadh: Maktabat al-Rushd.
 19. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1996/1417. *Muḥāzīrāt fī Uṣūl al-Fiqh (Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid al-Khu'ī)*. 1st. Qum: Mu'assasat Ihya' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
 20. al-Qumī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim ibn Muḥammad ibn Ḥasan (al-Mīrzā al-Qumī). 2009/1430. al-Qawānīn al-Muḥkama fī al-Uṣūl. Qum: Maktabat al-'Ilmiyyat al-Islāmīyya.
 21. Al-Rāzī, Fakhr al-Dīn. 1997/1418. Al-Maḥṣūl. 2nd. Beirut: Mu'assasat al-Risāla.
 22. Al-Sahālawī al-Ansārī al-Laknawī, 'Abd al-'Alī Muḥammad ibn Niẓām al-Dīn. 2002/1423. Fawātih al-Raḥamūt bī Sharḥ-e Muslim al-thubūt. Beirut: : Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.

23. Al-Sam‘ānī, Abū al-Muẓaffar Mansūr ibn Muḥammad. 1997/1418. Qawāṭi‘ al-Adillah fī al-Uṣūl. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyah.
24. Al-Samarqandī, ‘Alā’ al-Dīn. 1983/1404. *Mīzān al-Uṣūl fī Natā’ij al-‘Uqūl*. Qatar: Doha Modern Printing Press.
25. Al-Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Abī Sahl Abū Bakr. 1993/1414. Al- Uṣūl al- Sarakhsī. Beirut: Dār al-Ma‘rafah.
26. Al-Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. 1996/1417. Al-Muwāfiqat fī Uṣūl al-Sharī‘a. 2nd. Cario: Dār Ibn Affān lī al-Nashr wa al-Tawzī‘.
27. Al-Shawkānī al-Yamanī, Muḥammad ibn ‘Alī ibn Muḥammad ibn ‘Abdullah. 1937/1356. Irshād al-Fuḥūl Ilā Taḥqīq al-Ḥaq Min ‘Ilm al- Uṣūl. Egypt: Maṭba‘at al-Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī.
28. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 1997/1418. Al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl. Qum: Mu’assasat al-Imām al-Ṣadiq.
29. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 2005/1426. Irshād al-‘Uqūl Ilā Mabāhiṭh al- Uṣūl. Qum: Mu’assasat al-Imām al-Ṣadiq.
30. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 2010/1432. *al-Mabsūṭ fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mu’assasat al-Imām al-Ṣadiq.
31. Al-Taftāzānī, Sa‘d al-Dīn Mas‘ūd. 1995/1416. Sharḥ al-Talwīḥ ‘alā al-Tawḍīḥ li matn al-Tanqīḥ fī Uṣūl al-Fiqh. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyah.
32. Al-Ṭūfī, Sulaymān ibn ‘Abd al-Qawī. 1987/1407. Sharḥ-e Mukhtaṣar al-Rawḍah. Beirut: Mu’assasat al-Risala.
33. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. Al-‘Oddat fī Uṣūl al-Fiqh. Qum: Muḥammad Taqī ‘Alaḳamandān.
34. Al-Zarkashī, Badr al-Dīn Muḥammad ibn Bahādur ibn

- ‘Abdullāh. 1997/1418. Tashnīf al- Masāmi‘ bi Jam‘ al-
Jawāmi‘. Cairo: Mu’assasat al-Qortubah.
35. Al-Zuhaylī, Wahbah. 1986/1406. Uṣūl al-Fiḥ al-
Islāmīyah. 1st. Damascus: al-Dār al-Fikr.
36. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410.
al-Sarā’ir al-Ḥāwī li Tahrir al-Fatāwī. 2nd. Qum:
Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
37. Ibn Nu‘mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh
al-Mufīd). 1992/1413. Mukhtaṣar Al-Tadhkirat Bi Uṣūl
al-Fiḥ. Qum: al-Mu’tamar al-‘Ālamī li Alfīyyat al-
Shaykh al-Mufīd.

Reviewing the Opinions of Humiliating People under Protection by Tributary Tax¹

Doi:10.22034/jrj.2019.53514.1641

Akbar Ahmadpour;

Associate Professor of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic
Law at Ferdowsi University of Mashhad; a-ahmadpour@um.ac.ir

Receiving Date: 2020-01-25; Approval Date: 2020-05-09

**Joŝtar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

67 *Abstract*

Regarding the interactions with religious minorities, one of the criticisms of the Islamic jurisprudence that sometimes comes out by some non-Muslims researchers, especially western ones, is that fiqh has been looked down on them and considered them to be devoid of human dignity, so fiqh function toward *Ahl al-Dhimma* (people under protection) is humiliating. In support of their claims, they referred to *jizya* (tributary tax) issue. They claim that based on the analysis and

1.Ahmadpour. A (2021); “ Reviewing the Opinions of Humiliating People under Protection by Tributary Tax “; Joŝtar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: ?? -?? Doi: 10.22034/jrj.2019.53514.1641

evaluations of Islamic jurists, both Islamic legislation and the way that *fiqh* addressed the *jizya* was for humiliating the *Ahl al-Dhimma*. Some have said that *jizya* is the same as blackmail which were taken from defeated nations by the conquerors as coercion and character assassination. This action is also degrading and humiliating. Some others have considered the humiliating of *Ahl al-Dhimma* in order to attract them to Islam. This saying has led to other criticism. Having answered to these doubts, this study sought to indicate the rational and logical image of *jizya* and explain this fact that payment of *jizya* is just for the services and supports that the Islamic government provides for the *Ahl al-Dhimma* without any criticism.

JoStar- Hay
Fiqhi va Usuli

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

Key Words: *Jizya* (tributary tax) *Ahl al-Dhimma* (people under protection), *Ahl al-Kitab* (People of the Book), Infidel, Religious Minorities.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه^۱

اکبر احمدپور^۲

چکیده

یکی از انتقاداتی که کم‌وبیش از سوی پژوهشگران غیرمسلمان، به‌ویژه غربیان بر فقه اسلامی در زمینه تعاملات آن با اقلیت‌های دینی صورت گرفته، این است که فقه‌نگاهی تحقیرآمیز نسبت به آنان داشته و اقلیت‌های دینی را فاقد حرمت و کرامت انسانی دانسه و از این‌رو کارنامه فقه، در حوزه ذمیان تحقیرگراست. آنان در تأیید مدعای خود به موضوع جزیه اشاره کرده و برابر تحلیل و ارزیابی‌شان از آرای برخی فقها، مدعی‌اند هم اصل تشریح و هم شیوه پرداخت فقه در مسئله جزیه به‌منظور تحقیر ذمیان بوده است. برخی گفته‌اند جزیه، همان باجی است که فاتحان از ملت‌های شکست‌خورده، آن‌هم به‌عنوان زورگیری و تخریب شخصیت آنان می‌گرفتند؛ که بازهم ماهیتی تحقیرآمیز دارد. شماری هم تحقیر ذمیان را به‌منظور جذب آنان به اسلام دانسته‌اند که این امر نیز خرده‌گیری‌های دیگری را به‌دنبال داشته است. این مقاله می‌کوشد ضمن پاسخ به این شبهات، تصویری عقلانی و منطقی از جزیه نشان دهد و این حقیقت را تبیین کند که پرداخت جزیه تنها در قبال خدمات و حمایت‌های نظام اسلامی از ذمیان صورت می‌گیرد، بدون آنکه تنقیص و یا نگاه نامتعارفی را متوجه آنان سازد.

کلیدواژه‌ها: جزیه، اهل کتاب، اهل ذمه، کافران، اقلیت‌های دینی.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۷

۲. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد، رایانامه: a-ahmadpour@um.ac.ir

مقدمه

یکی از ایرادهایی که کم‌وبیش از سوی غیرمسلمانان، به‌ویژه پژوهشگران غربی بر فقه اسلامی در زمینه تعاملات آن با اقلیت‌های دینی، وارد شده، این است که فقه نگاه‌های تحقیرآمیز به اقلیت‌ها داشته و فقیهان برابر برداشتی که از برخی آموزه‌های دینی نموده‌اند، آنان را شایسته تحقیر و خوارسازی و فاقد هرگونه بهره‌مندی از حرمت و کرامت انسانی به شمار آورده‌اند. آنان در تأیید مدعای خود به موضوع جزیه اشاره کرده و گفته‌اند: فقیهان در تبیین این موضوع و ارزیابی‌هایی که از آن به عمل آورده‌اند به‌وضوح نگرش منفی اسلام و نگاه خوارسازانه و تحقیرآمیز آن را در حق ذمیان بازتاب داده و نظام جزیه‌گیری را نمادی از استخفاف و حقیرسازی اهل کتاب تلقی نموده‌اند.

از آنجا که جزیه یکی از جنجالی‌ترین و پُرمنافشه‌ترین مباحث در این باب تلقی شده و همواره دستاویز پژوهشگران غربی قرار داشته است؛ لذا شایسته است شماری از شبهات مرتبط دسته‌بندی و در محورهای ذیل جهت بررسی و ارزیابی سامان یابد.

۱. فقیهان اسلامی با استفاده از آیه ۲۹ سوره توبه که در موضوع جزیه آمده است، اصل تشریح جزیه و هدف نهایی آن را به‌منظور اذلال ذمیان و تحقیر آنان دانسته‌اند، آن‌هم به‌جهت اصرار آنان بر کفر خویش و مقاومت در برابر پذیرش اسلام (سرخسی، ۱۴۲۱ق، ۶۳/۱۰؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۱۴/۹؛ کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳۶۳/۳؛ فخررازی، ۱۴۱۵ق، ۳۲/۸؛ خطیب‌شربینی، ۱۳۷۴ق، ۲۴۹/۴؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵، ۳۰/۱-۲۸).

۲. شیوه پرداخت جزیه را هم در راستای پست‌انگاری و زبون‌سازی ذمیان تحلیل و ارزیابی نموده و اظهار داشته‌اند: باید جزیه را از ذمیان، در حال خفت و خواری و همراه با ضرب و شتم گرفت؛ به‌گونه‌ای که آنان می‌بایست در هنگام پرداخت جزیه، عمق ذلت و پستی را دریابند و بیش از هر زمان دیگری دچار خفت و شرمساری گردند (حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۷/۹؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۴۸/۲۱؛ بهوتی، بی‌تا، ۱۲۳/۳؛ الخرشلی، بی‌تا، ۱۴۵/۳).

۳. در باور شماری از خاورشناسان نیز، جزیه همان باجی است که سرداران و فاتحان از ملت‌های ضعیف و شکست‌خورده، آن‌هم به‌دلیل ضعف و ناتوانی آنان، فارغ از نوع اعتقادی که داشتند، می‌گرفتند؛ درحالی که اسلام نیز با تشریح جزیه همین سیاست را تأیید نموده است و افزون بر آن، مسلمانان صدر اسلام هم -که برداشت آنان در این باب فصل الخطاب به‌شمار می‌رود- از

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

جزیه همین تلقی را داشته و آن را باج می‌شمردند. اما در برابر، فقیهان اسلامی کوشیده‌اند با تغییر نام جزیه به مالیات از ماهیت تحقیری آن بکاهند و تصویری خوشایند از آن به نمایش گذارند (ولهاوزن، بی‌تا، ۲۷-۳۳).

۴. همچنین چگونه اسلام می‌پذیرد که مسلمانان در برابر دریافت مبلغی به‌عنوان جزیه، از کفر ذمیان چشم‌پوشند و از جهاد با آنان، با همه ارزش و اعتبار آن (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ۹/۲؛ حلبی، ۱۴۳۰ق، ۲۳۸؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۴۸۰/۱) صرف‌نظر کنند؟! و آیا این عمل نوعی سازش با کفر و یا کوتاه‌آمدن در برابر آن، آن‌هم به‌خاطر دریافت مالی به نام جزیه نخواهد بود؟

۵. برابر سخن برخی فقیهان، فلسفه سخت‌گیری اسلام بر ذمیان در باب جزیه و ضرورت تحقیر و خوارسازی آنها، از آن جهت است که آنان به اسلام گرایش یابند و از آیین خود دست بردارند (الخرشی، بی‌تا، ۱۴۵/۳؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۱/۲۵۹). در این صورت جای این پرسش هست که آیا می‌توان به‌منظور جذب افراد به اسلام، به تخریب شخصیت آنان پرداخت و حرمت و کرامت انسانی آنان را مخدوش ساخت؟

به‌هرروی این رویکرد فقیهان در تبیین دیدگاه اسلام نسبت به اهل کتاب، به‌ویژه در حوزه یادشده سبب شده است تا بسیاری از پژوهشگران غیرمسلمان آن را برتابند و به نقد و خرده‌گیری از آن پردازند و آن را در تناقض با شعار اخلاق‌مداری و عدالت‌محوری که اسلام آن را در صدر آموزه‌های خود قرار داده است، به‌شمار آورند. این نقدها را می‌توان در آثار جرجی زیدان (۱۳۸۲، ۵۹)؛ گود فروا (بی‌تا، ۱۳۶)؛ برنال لویس (۸۹، ۱۳۷۴)؛ فلوتن (۲۰۱۳، ۴۹)؛ ولهاوزن (بی‌تا، ۲۷) و جز آنان یافت.

بر این اساس آنچه در این مقاله سامان یافته، پاسخ به همین ایرادها است. بدین صورت که هم دیدگاه غربیان که با تکیه بر برخی مستندات و برداشت‌های ناصواب فقهی، کلیت فقه را نشانه رفته و آن را ذمی‌ستیزانه قلمداد نموده‌اند، پاسخ داده شده و هم رویکرد شماری از فقیهان که با اظهارنظرها و تحلیل‌های مضیق و سخت‌گیرانه خود در حوزه ذمیان، زمینه نقد پژوهشگران غربی را فراهم ساخته و آنان را به تقابل با نظام حقوقی اسلام واداشته‌اند موردنقد و نظر بوده است.

مفهوم‌شناسی

پیش از پرداختن به اصل موضوع، نکاتی چند در مورد ذمیان و برخی اصطلاحات مرتبط جهت آشنایی بیشتر، ضروری است.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

الف. کفر: کفر در لغت، پوشاندن شیء را می‌گویند به گونه‌ای که این پوشش همه آن شیء را فرا بگیرد (ابن‌اثیر، بی‌تا، ۱۸۷/۴؛ راغب، بی‌تا، ۴۵۱)؛ از همین رو به شب که پدیده‌ها را پنهان می‌سازد و کشاورز که دانه را در زیر خاک مدفون می‌کند و ابر که آسمان را از دیده‌ها پوشیده می‌دارد کافر می‌گویند (زمخشری، ۱۴۱۷ق، ۳۹۵؛ راغب، بی‌تا، ۴۵۱). نیز کفار هم از آن جهت که گناه را می‌پوشاند، این نام را به خود گرفته است (طریحی، ۱۴۰۳ق، ۴۷۶/۳). در دیگر اصطلاحات هم خانواده هم همین معنا را می‌توان دید (همان).

اما در اصطلاح دانشوران اسلامی هرکسی که یا هیچ دینی را باور نداشته و یا دینی به جز اسلام را برگزیده باشد و یا اینکه در عین پذیرش اسلام، یکی از ضروریات آن را انکار کند به گونه‌ای که به انکار رسالت بینجامد، کافر تلقی می‌شود (محقق‌حلی، ۱۴۲۵ق، ۴۲/۱؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ۱۰۹/۱). ذمیان براساس این تعریف در گروه دوم جای می‌گیرند.

ب. حربی و ذمی: در یک تقسیم‌بندی کلی، کفار به دو دسته حربی و ذمی تقسیم می‌گردند. در این تقسیم کافرانی که دارای کتاب بوده (همچون یهودیان و مسیحیان) و یا کسانی که شبهه کتاب در مورد آنان می‌رود (همانند مجوسیان)، در صورت پذیرش قرارداد ذمه، ذمی تلقی شده و مورد حمایت نظام اسلامی قرار می‌گیرند. به این گروه «اهل کتاب» نیز گفته می‌شود؛ آن گونه که در سوره بینه، (آیه ۱ و ۶) از آنان با این نام یاد شده است: چنانچه اهل الذمه هم شمرده می‌شوند؛ چراکه در عهد و پیمان مسلمین‌اند (طریحی، ۱۴۰۳ق، ۶۶/۶).

در برابر، کافران فاقد کتاب، چه کسانی که پدیده‌های مادی را می‌پرستند و یا هیچ مکتبی را باور ندارند، حربی تلقی می‌شوند آن گونه که مشرک نیز به‌شمار می‌روند. ضمن آن که صاحبان کتاب نیز در صورتی که از همزیستی در کنار نظام اسلامی و پذیرش شرایط ذمه سرباز زنند در حکم حربی خواهند بود (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ۹/۲؛ محقق‌کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳۷۶/۳؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۲۸/۲۱؛ مغنیه، ۱۴۲۸ق، ۲۷۵/۲).

ج. جزیه: جزیه از منظر لغویان از «جزا - یجزی» به معنای کفایت و بسندگی و نیز عوض دادن و جایگزین شدن است، آن گونه که راغب و دیگران آورده‌اند. گویا به‌جای جنگ و مخاصمه با کافران و ریختن خون آنان، به همان گرفتن جزیه از آنان بسنده می‌شود (راغب، بی‌تا، ۹۱؛ طریحی، ۱۴۰۳ق، ۸۵/۱). برخی هم آن را از جزاء به معنای کیفر یا پاداش گرفته‌اند. کیفر، در برابر چشم‌پوشی از کفر آنان و یا پاداش، به شکرانه امانی که از جانب مسلمانان

دریافت داشته‌اند (ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۱۴۲).

مشهور بر همان معنای اول تأکید ورزیده‌اند.

اما در اصطلاح دانشوران اسلامی «مالیاتی است که حکومت اسلامی در برابر اداره امور زمین و نیز دادن خدمات و حمایت‌هایی که از آنان به عمل می‌آورد، از آنان دریافت می‌دارد (منتظری، ۱۴۱۱ق، ۳/۳۶۶؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۷/۹؛ رشیدرضا، بی‌تا، ۱۰/۲۹۴؛ روحانی، ۱۴۱۳ق، ۱۳/۵۳).

برخی هم در تعریف آن آورده‌اند:

«مالیاتی است که از اهل کتاب، در برابر اقامت آنان در دارُ الاسلام و خودداری از جنگ با آنان، گرفته می‌شود، (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۱/۲۲۷). به‌هرروی جزیه، گونه‌ای مالیات است که از ذمی گرفته اما اینکه در برابر چه چیز گرفته می‌شود، جای گفتگو است. برخی، جزیه را در برابر اغماض از کفر ذمی و یا ریختن خون او دانسته‌اند و گروهی در برابر پذیرش اقامت وی در دارُ الاسلام و برخی، به جهت خدمات‌دهی و حمایت از وی و بعضی نیز از آن جهت که حقوقی در تراز مسلمانان به وی داده می‌شود (رشیدرضا، بی‌تا، ۱۰/۲۹۰).

چنانچه خواهد آمد، اسناد تاریخی و دیگر قراین، مؤید این حقیقت است که بین دریافت جزیه و حمایت همه‌جانبه از زمین، پیوندی ناگسستنی برقرار است. ضمن آنکه این سخن امام علی ۷ نیز که فرموده است: «إِنَّمَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ لِتَكُونَ أَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا وَ دِمَائُهُمْ كَدِمَائِنَا» (کاشانی، ۱۳۹۴ق، ۷/۱۱۱؛ حرعاملی، بی‌تا، ۱۱/۱۱۹؛ زیدان، ۱۳۹۶، ۸۹)، زمین از آن‌رو ذمه را پذیرفته‌اند که اموال آنان همچون اموال ما و خون‌های آنان همانند خون‌های ما باشد، بیانگر آن است که زمین با پذیرش عقد ذمه، از حقوقی شایسته و ممتاز و تا اندازه‌ای در تراز مسلمانان بهره‌مند خواهد شد.

د. اقلیت‌های دینی: اقلیت‌های دینی، گروهی از مردم یک کشور و یا یک شهر هستند که پیرو دین و یا کیشی مخالف عامه مردم آن شهر و یا کشورند (دهخدا، بی‌تا، ۷/۳۱۶۸). البته این اصطلاح هرچند در دوره‌های متأخر وارد اسناد حقوقی و فرهنگ عمومی مردم شده و در آموزه‌های دینی، از این گروه‌ها به‌عنوان «اقلیت دینی» یاد نشده و تنها در قالب اهل کتاب به معرفی آنان پرداخته شده است؛ اما از آنجاکه آنان در جامعه اسلامی به‌صورت طبیعی کم‌شمارتر از مسلمانان بوده و در حاکمیت نیز نقشی ندارند، می‌توان نام اقلیت را هم بر آنان نهاد.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

نقد و بررسی شبهات در باب ذمی ستیزی فقه ۱. تشریح جزیه و تحقیر ذمیان

همان‌گونه که گذشت یک از انتقاداتی که از سوی پژوهشگران غربی بر فقه اسلامی در حوزه تعامل با ذمیان وارد شده و آنرا نشانه ذمی ستیزی فقه به‌شمار آورده‌اند، موضوع جزیه است. آنان می‌گویند: فقیهان اسلامی، اصل تشریح جزیه را با هدف تحقیر ذمیان و بی‌ارزش‌سازی آنان قلمداد کرده‌اند، آن‌هم به‌جهت اصرار اهل کتاب بر حفظ آیین پیشین خویش و سرپاززدن از پذیرش اسلام. گویا جزیه، تاوانی است که ذمیان، در برابر حفظ آداب و رسوم و دفاع از عقاید خود می‌پردازند؛ درحالی که اسلام مدعی است عقاید آنان را به رسمیت شناخته و ضمن تأمین زیست شرافت‌مندانه برای آنان هیچ‌گونه اجباری را در زمینه تغییر دین متوجه آنان نساخته است (گود فرو، بی‌تا، ۱۳۶-۱۴۳؛ جرجی زیدان، ۱۳۸۲، ۵۴؛ ولهاوزن، بی‌تا، ۲۸). این ایراد را می‌توان با شواهدی از سخنان فقیهان مورد تأیید قرار داد. به‌ویژه آنجا که برخی از فقیهان در تحلیل ماهیت جزیه، آن را به‌عنوان تنبیه و عقوبت در برابر اصرار ذمیان بر کفر دانسته‌اند؛ چنانچه شیخ طوسی در تفسیر خود و نیز طبرسی این‌گونه تلقی نموده‌اند (طوسی، بی‌تا، ۲۰۳/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۵ق، ۳۹/۵)؛ یا علامه حلی جزیه را به‌صورت مطلق، مایه صغار و موجب خوارسازی اهل کتاب به‌شمار آورده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۱۴/۹). نیز صاحب‌جواهر می‌نویسد: اساس و پایه وضع جزیه در جهت اهانت و پست‌سازی اهل کتاب است تا تمایل به اسلام پیدا کنند و از کفر خود دست بردارند (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۱، ۲۵۹). برخی از فقیهان اهل سنت از جمله ابوحنیفه و ابن حنبل، جزیه را از باب عقوبت دانسته‌اند (کاشانی، ۱۳۹۴ق، ۱۱۲/۷؛ ابن‌قدامة، ۱۳۹۲ق، ۵۸۰/۱۰؛ جصاص، بی‌تا، ۱۰۲/۳؛ ابن‌عربی، ۱۴۱۵ق، ۹۲۴/۲)؛ آن‌گونه که از ابن‌قیم هم آمده است: «هیچ کرامت و تکریمی برای اهل کتاب در جزیه نیست؛ بلکه هویت جزیه در راستای اذلال و تحقیر اهل کتاب است (ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ۳۰/۱-۲۹) که مؤید تنبیهی بودن جزیه و نقش ذاتی آن در خوارسازی ذمیان است.

بر همین اساس در تاریخ از گروه‌هایی یاد شده که حاضر به پذیرش جزیه نبودند و آن را در مورد خود مایه تنگ و عار به‌شمار می‌آوردند و بر این باور بودند که جزیه از آن طبقات پست و فرودست جامعه است، و نه گروه‌های برجسته و ممتاز آن؛ ازین‌رو خواهان معاوضه جزیه با زکات بودند، حتی اگر دو برابر از آنان گرفته شود، آن‌گونه که در مورد بنی‌تغلب و یا برخی دیگر از قبایل منطقه شامات و نیز مناطقی از ایران در روزگار خلیفه دوم رخ داد (ابی‌عبید، ۱۴۳۰ق، ۹۵؛ حرّعاملی،

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

بی‌تا، ۱۱۶/۱۱؛ یعقوبی، ۱۴۱۹ق، ۹۶/۲؛ بلاذری، ۱۳۹۸ق، ۳۱۰-۱۴۲).

ضمن آنکه از منظری دیگر نیز جزیه برای اهل کتاب خواریسازانه است؛ زیرا همین اندازه که زمین ملزم می‌شوند که بخشی از اموال خود را، آن‌هم با دست خود و بدون هیچ‌گونه اعتراض و انتقادی به دولت اسلامی بپردازند تا مصروف مجاهدان و استحکام‌سازی پایه‌های نظام اسلامی و گسترش نفوذ آن گردد و زمینه‌های نشر و ترویج آموزه‌های اسلامی را، به‌رغم خواست و تمایل درونی ذمیان، فراهم آورد، برای آنان کوچک‌کننده و خفت‌ساز است. (طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۲۵۰/۹؛ منتظری، ۱۴۱۱ق، ۴۷۱/۳).

نقد و بررسی

این ایراد که تشریح جزیه به‌منظور خواریسازای اهل کتاب و تنبیه آنان صورت یافته، به‌نه دلیل ذیل قابل‌پذیرش نبوده و نقدپذیر است.

اولاً: عقوبتی‌دانستن جزیه با دیدگاه مشهور در زمینه معنای لغوی و اصطلاحی آن ناسازگار است؛ زیرا مشهور، جزیه را از جنس معاوضه و آن‌هم به‌معنای مالی که از ذمی در برابر حمایت همه‌جانبه از وی و ماندگاری‌اش در دژالاسلام گرفته می‌شود، دانسته‌اند (حلی، ۱۴۳۰ق، ۲۴۰-۲۴۱؛ محقق‌حلی، ۱۴۰۵ق، ۲۵۸/۱؛ ابن‌سعید حلی، ۱۴۳۷ق، ۲۵۷؛ محقق‌کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳/۴۶۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۷۵/۹؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۱/۲۲۷؛ رشیدرضا، بی‌تا، ۱۰/۲۹۴؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۷/۹؛ منتظری، ۱۴۱۱ق، ۳/۳۶۶؛ روحانی، ۱۴۱۳ق، ۱۳/۵۳) و نه عقوبت ذمی به‌جهت اصرار وی بر کفر. حتی شیخ طوسی هم که در تفسیر خود، جزیه را عقوبت دانسته در کتاب المبسوط بر نقش معاوضی و حمایتی آن تأکید کرده است (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ۲/۴۳).

ثانیاً: کافران بسیاری هستند که در عین پافشاری بر کفر، جزیه هم نمی‌پردازند؛ همچون زنان، سالخورده‌گان، راهبان، زمین‌گیران، تهی‌دستان و عناصری از این دست (طوسی، ۱۴۲۷ق، ۵/۵۴۶؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ۴/۳۳۹؛ خوبی، ۱۴۱۰ق، ۱/۳۹۲). درحالی‌که اگر معیار پرداخت جزیه، اصرار اهل کتاب بر کفر خویش باشد، از این افراد نیز می‌بایست جزیه گرفته می‌شد؛ براین‌اساس نباید جزیه را تاوان کفر آنان به‌شمار آورد.

ثالثاً: اگر جزیه عقوبت بود، در صورتی که ذمی در پایان سال مالی و پیش از پرداخت جزیه بمیرد، باید جزیه از وی ساقط شود؛ چون با مرگ مجرم، موضوع عقاب و تنبیه وی نیز به‌صورت طبیعی از بین می‌رود؛ چراکه نمی‌توان آن‌را همچون عقوبت‌های دیگر از میّت استیفا نمود، درحالی‌که جزیه را می‌توان

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

و باید از مال وی وصول نمود و این دلیل آن است که جزیه دینی است بر ذمه کتابی که با مرگ وی از بین نمی‌رود، نه آنکه تنبیه و عقوبت وی به‌شمار آید (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۱۲/۹).

رابعاً: تنبیهی بودن جزیه، با عموماً و اطلاقات قرآن نیز در تضاد است؛ زیرا قرآن از مسلمانان می‌خواهد که از عدالت‌ورزی و نیک‌خواهی، حتی نسبت به کافرانی هم که با مسلمانان سر جنگ ندارند، خودداری نورزند و خیرخواهی را از آنان نیز دریغ نکنند (ممتحنه/۸). یا در آیاتی دیگر به مسلمانان دستور می‌دهد که نسبت به همه مردم، از جمله اهل کتاب، نیک‌گو و نیک‌رفتار باشند (قصص/۷۷؛ اسراء/۷؛ بقره/۸۳)؛ آن‌گونه که از برخی کتابیان نیز تمجید می‌کند و آنان را به امانت‌داری و مکارم اخلاق و نیز حق‌باوری و رقت قلب، می‌ستاید (آل عمران/۷۵؛ قصص/۵۳ و ۵۵؛ مائده/۸۳)؛ و افزون بر آن، همه آدمیان، حتی اهل کتاب را به جهت بهره‌مندی از فطرت الهی و دیگر ویژگی‌های خدادادی، از کرامت انسانی برخوردار می‌داند (اسراء/۱۷)؛ و در کنار این سفارش‌ها و ستایش‌ها، پیروان همه ادیان آسمانی را به اتحاد و یکپارچگی و تأکید بر مشترکات و تشکیل جبهه‌ای واحد در برابر مشرکان و دین‌ستیزان دعوت می‌کند (آل عمران/۶۴) و از تمامی مسلمانان می‌خواهد که در برخورد با گروه‌های اندیشه‌ورز و صاحبان مکتب‌ها و نحله‌ها، با حکمت و موعظه نیکو و مجادله به احسن رفتار کنند (نحل/۱۲۵). در این صورت آیا ممکن است که اسلام، با این آموزه‌ها و اندیشه‌های وحدت‌گرایانه و اخلاقی و دعوت همه مردم به اتحاد و همزیستی، قوانینی وضع کند که ماهیت آن، تحقیر و توهین نسبت به اهل کتاب و پیروان ادیان دیگر باشد و فضایی آکنده از دشمنی و عداوت در میان گروه‌ها و نحله‌ها پدید آورد؟! آشکار است که نمی‌توان با این دیدگاه همراه شد و آن را به اسلام نسبت داد.

خامساً: واکاوی اسناد تاریخی و نیز سیره مسلمین به‌ویژه صحابیانی در صدر اسلام و همچنین بررسی قراردادهایی که میان مسلمانان و اهل کتاب پا گرفته است نشان می‌دهد که آنان جزیه را به‌منظور حمایت از اهل کتاب و دفاع از مال و جان و عرض آنان در برابر تعرضات خارجی و تهدیدهای احتمالی، می‌گرفته و به‌صراحت آن را یادآور می‌شدند؛ چنانچه در فتح شامات و جز آن می‌توان یافت (بلاذری، ۱۳۹۸ق، ۱۷۶-۱۷۹-۲۰۵؛ ابویوسف، ۱۳۵۲ق، ۱۳۹-۱۴۳؛ طبری، بی‌تا، ۵۰۰/۳-۵۲۱؛ و ۱۰۷/۴-۱۶۲؛ زیدان، ۱۳۹۶ق، ۱۴۴؛ رشیدرضا، بی‌تا، ۱۰/۲۹۴-۲۹۷).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

آنها حتی در مواردی هم که قادر به تأمین امنیت آنان و رعایت تعهدات خویش نبودند، جزیه را پس می‌دادند؛ آن‌گونه که این اتفاق در فتح حمص و شماری دیگر از شهرهای شامات روی داد (ابویوسف، ۱۳۵۲، ۱۳۹؛ بلاذری، ۱۳۹۸، ۱۴۳). از این رو در برخی روایات و نیز معاهدات تاریخی آمده است که اگر یکی از ذمیان، سپاه اسلام را در جنگ با مشرکان یاری رساند، جزیه از وی ساقط خواهد شد (نوری، ۱۴۰۸، ۱۱/۱۲۱؛ طبری، بی‌تا، ۴/۱۵۲؛ زیدان، ۱۳۹۶، ۱۵۵). بلکه نه تنها جزیه ساقط می‌شود که مستحق دریافت کمک نیز خواهد بود؛ چنانچه رسول خدا ﷺ برابر نقل زهری: «از یهودیان در جنگ‌ها کمک می‌گرفت و سهمی هم به آنان پرداخت می‌نمود» (ابوعبید، ۱۴۳۰، ۲۵۷؛ مغنیه، ۱۴۲۸، ۲/۲۷۵). شاید به همین دلیل است که کاشف الغطاء می‌نویسد: «اگر حاکم اسلامی، در عین حال که از اهل کتاب جزیه می‌گیرد شرط کند که از آنان نمی‌تواند حمایت کند، این شرط باطل است.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۴/۳۶۰) آشکار است که علت بطلان شرط، از آن جهت است که جزیه به خاطر حمایت از اهل کتاب است، در این صورت حاکم اسلامی نمی‌تواند جزیه بگیرد و در همان حال، از حمایت ذمیان نیز شانه خالی کند.

ضمن آنکه بسیاری از پژوهشگران غیرمسلمان هم تأیید کرده‌اند که جزیه در اسلام به جهت حمایت از اهل کتاب بوده است (جرجی زیدان، ۱۳۸۲، ۷۳۳؛ آرنولد، ۱۹۵۷، ۷۹؛ گوستاولبون، ۱۳۳۴، ۱۵۸؛ ویل دورانت، بی‌تا، ۱۱/۱۰۸).

سادساً: این احتمال نیز وجود دارد که جزیه واژه‌ای غیرعربی و برگرفته از اصطلاح «اگریت» فارسی باشد که وارد ادبیات عرب شده و آن هم مالیاتی است که در ایران باستان به منظور اداره کشور و تأمین مصالح نظامی و امنیتی، از مردمی که خود به صورت مستقیم و در کسوت یک سرباز نمی‌توانستند در تأمین امنیت کشور مشارکت داشته باشند، گرفته می‌شد، در این صورت جزیه هم همین کارکرد را خواهد داشت (الستانی، ۱۹۹۳، ۱۰۸؛ دهخدا، بی‌تا، ۱۶۰-۴۴۵)؛ چراکه ذمیان نیز به جهت آنکه شهروند کشور و بخشی از امت بزرگ اسلامی‌اند، باید در اداره کشور و تأمین امنیت آن سهیم باشند؛ اما از آنجا که خود آنان نمی‌توانند در این حوزه مشارکت مستقیم داشته و در مرزها به دفاع از کشور بپردازند، باید از نظر مالی به یاری حکومت برخیزند تا حاکمیت بتواند نقش خود را در ایجاد امنیت، از جمله نسبت به خود ذمیان، ایفا نماید و شرایط مطلوب و بهینه‌ای را برای رفاه و آسایش مردم فراهم آورد (رشیدرضا، بی‌تا، ۱۰/۲۹۱-۲۹۵؛ منتظری، ۱۴۱۲، ۳/۳۶۵-۳۶۶؛ سهیل قاشا، ۱۴۳۱، ۲۵۸-۲۶۰؛ حسن ابراهیم حسن،

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۱۹۷۰، ۲۴۷). بر این اساس جزیه دارای ماهیتی حمایتی است که به منظور پشتیبانی و ساماندهی امور ذمیان صورت می‌گیرد.

سابعاً: بررسی و ارزیابی سرگذشت حضور اهل کتاب در جامعه اسلامی و واکاوی پیشینه آن‌ها نشان می‌دهد که هیچ‌گاه آنان این تصور و برداشت را که جزیه مایه تحقیر آن‌ها است و با هدف از بین بردن شخصیت و عزت آنان تشریح شده است، نداشته‌اند و جزیه را چالشی میان خود و حاکمان اسلامی به‌شمار نمی‌آوردند. افزون بر آنکه گزارشی هم در این باب از سوی پژوهشگران منصف و بی‌طرف بازتاب نیافته است، مگر در مورد قبایلی چون بنی تغلب که اعتراض آنان هم به جهت نخوت و تعصب عربی آنان بود و نه ماهیت جزیه و هویت تحقیری آن. بلکه در برابر، ذمیان از زندگی در سایه دولت اسلامی، باوجود همین جزیه، استقبال می‌نمودند و آن را حتی بر زندگی در کنار دولت‌های هم‌کیش خود نیز ترجیح می‌دادند (جرجی‌زیدان، ۱۳۸۲، ۵۲-۵۵؛ گوستاولیون، ۱۳۴۴، ۱۵۸-۱۵۹؛ آدام متز، ۱۳۸۷، ۷۵-۹۰). و اگر در برخی دوره‌ها همچون روزگار حجاج و متوکل، بر ذمیان فشار ویژه‌ای وارد می‌شد، ناشی از ستمگری و انحراف حاکمان وقت بود که حتی مسلمانان نیز از گزند آنان در امان نبودند، نه اصل جزیه و هویت منفی آن؛ درحالی‌که اگر جزیه ماهیتی تحقیرآمیز می‌داشت و طبیعت آن مناقض با عزت و کرامت انسانی می‌بود، به‌صورت طبیعی در روابط ذمیان با حکومت‌ها آشفتگی‌ها و نابسامانی‌هایی پدید می‌آمد که این اتفاق رخ نداد. گذشته از آنکه حضور چشمگیر ذمیان در مناصب حکومتی در ادوار مختلف اسلامی هم می‌تواند شاهدهی بر این مدعا تلقی شود (جرجی‌زیدان، ۱۳۸۲، ۷۶۵؛ آدام متز، ۱۳۸۷، ۸۶-۱۰۵).

ثامناً: براساس آنچه فقیهان آورده‌اند: در صورتی که ذمیان بر این باور بوده و هستند که جزیه و نام آن برای آنان خوارساز و ذلت‌آور است، می‌توانند به حاکم اسلامی پیشنهاد دهند که به‌جای جزیه، صدقه مسلمانان را که طبق معمول برای آنان بیشتر از جزیه خواهد بود، برابر توافق انجام‌یافته، بپردازند و در این صورت، حاکم اسلامی مطابق مصالح موجود می‌تواند آن‌را بپذیرد. بدیهی است با تغییر مدل و نوع پرداخت مال و جایگزینی نام دیگری برای آن، ذمیان می‌توانند خود را از آثار و پیامدهای منفی مورد ادعا در مورد جزیه، در امان نگاه دارند و زیان‌های احتمالی آن‌را از خود دور سازند و یا به‌حداقل ممکن فروکاهند. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۸/۹؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳/۴۵۷؛ خطیب شربینی، ۱۳۷۴ق، ۴/۲۵۱).

تاسعاً: فارغ از همه دلایلی که گذشت می‌توان دیدگاه برخی از فقیهان

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

همچون مقدس اردبیلی را مورد توجه قرار داد که نظام جزیه گیری مربوط به دوران حضور معصوم ۷ در جامعه است که آنان نسبت به همه ابعاد و جوانب موضوع، از جمله میزان جزیه، مصالح موجود، چگونگی برخورد با ذمیان و رعایت کرامت آنان و دیگر مسائل مرتبط آگاهی کامل داشته و تمامی شرایط آن را مراعات می کنند. اما در عصر غیبت از آن جهت که شاید نتوان به همه انگیزه ها، اهداف و آثار مترتب بر جزیه جامه عمل پوشانید و ملاحظات مختلف را در نظر داشت، گرفتن جزیه مشروع نیست و دلیل استواری هم در تأیید آن نمی توان یافت (مقدس اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ۵۱۹/۷). البته همانند این سخن با اندک تفاوتی از دیگران نیز آمده است (بجنوردی، ۱۴۳۸ق، ۱۸۳/۵). در این صورت موضوع این مباحث نیز به صورت طبیعی از میان خواهد رفت.

به هر روی از آنچه گذشت می توان دریافت که هم سخن فقها که فلسفه جزیه را تنبیه ذمیان دانسته و هم نقد خاورشناسان که بر فقه خرده گرفته و آن را ذمی ستیز شمرده اند، فاقد وجاهت است.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۲. تحقیر در شیوة گرفتن جزیه

به جز اصل جزیه، چگونگی پرداخت آن هم مورد نقد جدی پژوهشیان غربی بر فقه اسلامی است. به گفته آنان شیوة پرداخت جزیه از منظر فقه به گونه ای طراحی شده است که مستلزم وهن ذمیان و پست سازی آنان بوده و بیشترین آسیب روحی و روانی را بر آنان وارد می سازد. برای آشنایی بیشتر از این نقد، نخست باید مروری بر دیدگاه های فقیهان در این باب داشت تا نسبت به ابعاد و جوانب این نقد وقوف بیشتری یافت.

فقیهان اسلامی در مورد شیوه پرداخت جزیه با استفاده از آیه ۲۹ سوره توبه که می فرماید: «حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ» (توبه/۲۹)؛ تا زمانی که با خضوع و تسلیم، جزیه را با دست خود بپردازند با اهل کتاب از آن جهت که ایمان به خداوند و روز قیامت ندارند و نیز حرام خدا و رسولش را حرام نمی شمردند و آیین حق را نمی پذیرند، بجنگید، گفته اند: باید جزیه را از ذمیان، همراه با اذلال و خوارسازی گرفت و این خوارسازی ذمیان نه به عنوان امری مباح و جایز که وظیفه حتمی و غیر قابل تخلف حاکمیت است که نباید از آن شانه خالی کند، هر چند عده ای هم آن را در تراز استحباب ارزیابی کرده اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۷/۹؛ الخرشی، بی تا، ۱۴۵/۳؛ خطیب شریفینی، ۱۳۷۴ق، ۲۴۹/۴؛ احمدین یحیی، ۱۳۹۴ق، ۴۵۹/۶).

در این میان گروهی از فقیهان توضیحات بیشتری داده و چگونگی برخورد با ذمیان در زمان گرفتن جزیه و نوع تحقیر آنان را این گونه به تصویر کشیده و گفته‌اند: باید ذمی را کشان‌کشان به محل پرداخت جزیه کشانید و آن را از وی درحالی که ایستاده است، با سری افکنده و چشمانی هراسان و قامتی خمیده و دستی لرزان، همراه با ضرب و شتم و تحقیر و توهین، وصول نمود و آنگاه با تپانچه و پس گردنی او را بدرقه نمود و از محل دور ساخت! (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۷/۹؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳/۴۵۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۳۱ق، ۱/۳۷۵؛ زمخشری، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۵۰؛ ابوعبید، ۱۴۳۰ق، ۱۲۱؛ الخرشبی، بی تا، ۳/۱۴۵؛ خطیب شربینی، ۱۳۷۴ق، ۴/۲۴۹؛ احمد بن یحیی، ۱۳۹۴ق، ۶/۴۵۹).

این برداشت ضد فرهنگی و خشن فقهی، آن هم با استفاده از آیه یادشده که احتمالات بسیاری در آن می‌رود، زمینه نقد پژوهشگران غیرمسلمان را فراهم آورده و آن را در تضاد با کرامت انسانی و آداب و رسوم اجتماعی و نیز مایه توهین و تحقیر ذمیان دانسته‌اند (جرجی زیدان، ۱۳۸۲، ۵۴؛ گود فروا، بی تا، ۱۳۶-۱۳۷؛ برنارد لوپس، ۱۳۷۴، ۸۹-۹۰).

شاید بتوان صریح‌ترین و بی‌پرده‌ترین نقد را در این باب از آن فلوتن (مستشرق هلندی) دانست که این شیوه جزیه‌گیری را به‌سختی نکوهیده و آن را شرم‌آور و به‌دور از آداب انسانی توصیف کرده است (فلوتن، ۲۰۱۳، ۴۹-۵۰).

نقد و ارزیابی

این دیدگاه هم قابل نقد است؛ زیرا هرچند گروهی از فقیهان و مفسران همین برداشت را از آیه یادشده نشان داده‌اند؛ اما این برداشت به دلایلی پذیرفتنی نیست:

اولاً: بسیاری از فقیهان (شیعه و اهل سنت) اصطلاح «صغار» را در آیه فوق به معنای التزام در برابر قوانین و مقررات اسلامی دانسته‌اند و نه بیشتر (شافعی، ۱۳۸۱ق، ۴/۱۷۶؛ طوسی، بی تا، المبسوط، ۲/۳۸؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ۳/۷۱؛ ابن قدامه، ۱۳۹۲ق، ۱۰/۶۱۱؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ۱۶/۱۱۹؛ سید سابق، ۱۴۱۶ق، ۳/۱۱۰)؛ زیرا هنگامی که ذمی پذیرای سلطه نظام اسلامی و ضوابط آن گردید، نتیجه ذاتی و طبیعی آن، احساس خضوع و کوچکی در برابر عظمت و اقتدار اسلام و نظام اسلامی خواهد بود، هرچند با اقدامات خشن و خوارسازی‌های ظاهری و غیراخلاقی همراه نباشد؛ چراکه خواری باطنی و معنوی که ناشی از حاکمیت اندیشه ناب و ایدئولوژی نیرومند و مسلط اسلامی است، به مراتب بالاتر و پایدارتر از خوارسازی‌های سطحی و ظاهری است و این همان صغاری است که در آیه

یادشده موردنظر است؛ چنانچه لغویان هم در تبیین معنای «صاغر» همین را نشان داده‌اند (راغب، بی تا، ۲۸۹). ضمن آنکه صغاری که در آیه فوق آمده است، تنها مربوط به جزیه نیست، آن گونه که برخی تصور کرده‌اند و بر همین اساس گفته‌اند: باید در زمان دریافت جزیه، زمین را خوار و خفیف ساخت؛ بلکه صغار مربوط به همه قواین و مقررات ذمه است که اهل کتاب باید آن‌ها را در قالب عقد ذمه و با تمامی شروط و قیود آن بپذیرند. آشکار است که در صورت پذیرش عقد ذمه و لوازم آن، به صورت طبیعی صغار یادشده که همان صغار فکری و باطنی است رُخ خواهد داد، بدون آنکه نیاز به اقدامات سخیف ضدفرهنگی و برخوردهای مغایر با اخلاق اجتماعی در این باب باشد.

گفتنی است پذیرش مقررات اسلامی از سوی زمین نیز از آن جهت است که جامعه چندقطبی و برخوردار از گروه‌های مختلف فکری و اعتقادی را نمی‌توان با دو نوع قانون و مقررات اداره نمود که مایه آسفتگی و نابسامانی است؛ بلکه ناگزیر باید با مقررات واحدی که همسو با دیدگاه اکثریت است به اداره آن همت گمارد که آن‌هم در جامعه‌ای با اکثریت مسلمان، نمی‌توان مقررات یادشده را به جز از اسلام، از آیین دیگری وام گرفت، هر چند اهل کتاب نیز می‌توانند در ذیل مقررات عام اسلامی عقاید خود را نیز داشته باشند.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۸۱

ثانیاً: این سخنان با روح و ماهیت آموزه‌های دینی در تضاد است؛ زیرا اسلام از یک سو مجموعه‌ای از آموزه‌های اخلاقی، معنوی و اجتماعی است که در آن هرگونه تحقیر و توهین، سب و دشنام، ستم و بی‌عدالتی، تمسخر و خوارسازی و صفاتی از این دست، حتی نسبت به دشمنان و مخالفان، ممنوع بوده و عدل و مهرورزی در رأس آموزه‌های آن جای داشته آن گونه که در قرآن و روایات به این امور کم‌وبیش تصریح شده است (غافر/۳۱؛ حجرات/۱۱؛ نهج البلاغه، نامه ۵۳؛ حرعاملی، بی تا، ۵۱/۱۱).

از سوی دیگر این مکتب، اجبار در دین را ممنوع ساخته (بقره/۲۵۶) و اهل کتاب را در پذیرش مکتب موردنظر خود آزاد و آنان را به‌عنوان شهروند خویش و جزئی از پیکره امت اسلامی به رسمیت شناخته است. در این صورت آیا می‌توان پذیرفت که این دین، اهل کتاب را تحقیر کند و پیروان خود را وادار به توهین به آنان سازد؟! آشکار است که این سخن به جهت ناسازگاری آن با فرهنگ دینی و منظومه فکری و معرفتی اسلام، ناپذیرفتنی است.

ثالثاً: نگاهی به زندگی و سیره رسول خدا ۹۱ در حوزه روابط و دادوستد با گروه‌های غیرمسلمان، نشان می‌دهد که آن حضرت حتی در برخورد با مشرکان

ملاحظات را در پیش می‌گرفت؛ چنانچه با بسیاری از قبایل مشرک «پیمان عدم تعرض» بست؛ از جمله با بنی‌ضمرة و بنی‌غنم (ابن‌هشام، ۱۴۱۵ق، ۲/۲۰۳؛ ابن‌سعد، بی‌تا، ۸/۲؛ آصفی، ۱۴۲۱، ۴۳۰). و یا نسبت به قبایل و کشورهای که اعلام می‌کردند، با اسلام و نظام نوپدید دینی سرچنگ نداشتند و خواهان روابطی مسالمت‌آمیز با رسول‌خدا ﷺ هستند، می‌فرمود: متعرض آنان نشوید؛ چنانچه در مورد حبشه فرمود: «أَتْرَكُوا الْحَبَشَةَ مَا تَرَكَوْكُمْ» (ابی‌داوود، ۱۴۲۴ق، ۴/۱۱۴)، یا در جای دیگری فرمود: «تَارَكُوا الثَّرَك مَا تَرَكَوْكُمْ» (حرّعاملی، بی‌تا، ۱۱/۴۲) که نشان می‌دهد مال و جان و عرض گروه‌هایی از این دست از نظر آن حضرت محترم است و نباید خدشه‌ای به آن وارد شود. ضمن آنکه قرآن نیز نسبت به این گروه از مشرکان و جز آنان، سفارش به عدالت و نیکی می‌کند (ممتحنه/۹) که بیانگر وجود یک قاعده عام دینی در این باب است.

به‌علاوه آن حضرت با مشرکان قریش صلح نمود (ابن‌هشام، ۱۴۱۵ق، ۳/۳۴۶؛ واقدی، ۱۴۱۴ق، ۱/۶۰۷) و افزون بر آن، هدایایی برای ابوسفیان و دیگران می‌فرستاد و در برابر، هدایای او را هم می‌پذیرفت (حرّعاملی، بی‌تا، ۱۶/۴۷۳) و حتی خانه ابوسفیان را در فتح مکه، مکانی امن برای مکیان به‌شمار آورد (ابن‌هشام، ۱۴۱۵ق، ۴/۵۳). و نیز نمونه‌ها و شواهد بی‌شمار دیگری همچون توجه ویژه به مشرکان خوشنام (کلینی، ۱۴۰۱ق، ۲/۶۵۹)، دعا در حق کافران و پرهیز از لعن و نفرین آنان (واقدی، ۱۴۱۴ق، ۲/۹۳۷)، دوری از ناسزاگویی، حتی نسبت به مشرکان (نهج‌البلاغه، نامه ۱۴) و مواردی از این دست که در زندگی آن حضرت به‌وفور می‌توان نشان داد.

در این صورت پرسیدنی است: زمانی که رسول‌خدا ﷺ با مشرکان که به‌مراتب بدتر از اهل کتاب بودند، با این تسامح و تساهل برخورد نموده و حرمت آنان را پاس می‌داشت و از تحقیر و توهین نسبت به آنان خودداری می‌ورزید، آیا می‌توان پذیرفت که نسبت به اهل کتاب، برخورد خشن‌تری داشته باشد و آنان را در معرض انواع تحقیرها و توهین‌ها قرار دهد و نمادی از خشونت‌ورزی‌های جسمی و روحی را نسبت به مخالفان اعتقادی خود به نمایش گذارد؟! بدیهی است که نمی‌توان این نظریه را پذیرفت.

رابعا: این شیوه برخورد با ذمیان، با سفارش‌های بی‌شمار رسول‌خدا و اهل‌بیت است: «که باید با ذمیان مدارا نمود و رعایت حالشان را داشت، در تعارض است؛ چراکه آنان همان‌گونه که در سیره عملی خویش رفتاری تحقیرآمیز نسبت به ذمیان نداشتند، در سیره قولی هم همواره حرمت آنان را پاس می‌داشتند و

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

سفارش آنان را به دیگران می نمودند چنانچه رسول خدا ﷺ فرمود:
 «هرکس به معاهدی که در پناه مسلمانان است ستمی روا دارد و یا تکلیفی
 بیش از توان بر وی تحمیل کند و یا او را کوچک شمارد من در قیامت دشمن
 او خواهم بود» (ابویوسف، ۱۳۵۲ق، ۱۲۵؛ ابی داود، ۱۴۲۴ق، ۱۵۲/۲؛ بلاذری، ۱۳۹۸ق،
 ۱۶۷). یا برابر نقلی، آخرین سفارش خود را با این جمله به پایان رسانید: «حرمتم
 را در مورد ذمیان هم پیمانم نگاه دارید» (ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۱۴۳).

همانند این سفارش‌ها از امام علی ۷ نیز در دسترس است؛ چنانچه
 در عهدنامه معروف خویش به مالک فرمود: «بیش از آنکه به دریافت خراج
 بیندیشید باید در اندیشه اصلاح خراج دهندگان و بهبود حال آنان باشید که این
 امر به سامان‌یابی دیگران هم خواهد انجامید.» یا در فراز دیگری مهرورزی نسبت
 به همگان را (حتی غیر مسلمانان) وظیفه وی به شمار آورد؛ چراکه آنان نیز هم‌نوع
 او هستند که شایسته خدمت‌اند (نهج البلاغه، نامه ۵۳). آن گونه که از دیگر امامان
 هم می‌توان این مضامین را ردیابی کرد. (صدوق، ۱۴۲۹ق، ۴/۴۰۴ و ۲/۶۲۵؛ طوسی،
 ۱۳۶۵ق، ۹/۳۶۵).

نقد و بررسی آرا و
دیدگاه‌ها درباره
تحقیر اهل ذمه در
جزیه

۸۳

بر همین اساس بسیاری از فقیهان گفته‌اند: دریافت جزیه باید همراه با
 نرمی و مدارا باشد و نه خشونت؛ چراکه اولاً جزیه اندازه معینی ندارد، بلکه
 بسته به توان مالی و اقتصادی ذمیان است که در افراد مختلف و شرایط گوناگون
 تفاوت خواهد کرد. به علاوه اگر بازهم در موعد مقرر توان پرداخت را نداشتند،
 در ذمه آنان است که هرگاه توانستند بپردازند. افزون بر آن اگر پس از مدتی، ذمی
 درخواست نمود که قرارداد دیگری با مبلغ کمتر با وی بسته شود، پذیرفته می‌شود.
 گذشته از آنکه می‌توان مبلغ جزیه را از محرّمات نیز وصول نمود (طوسی، بی‌تا،
 المبسوط، ۳۸/۲؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۶۱/۲۱؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ۱/۳۹۵). همچنین می‌توان
 به جای نقد، کالا از وی گرفت، آن گونه که پیامبر ۹ از نجرانیان حله و لباس
 گرفت و یا جزیه را به اقساط دریافت داشت (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۹/۳۰۴-۳۱۲).
 به‌هرروی منابع اسلامی سرشار از آموزه‌ها و سفارش‌های گوناگون نسبت به مدارا
 با ذمیان است تا جایی که مورخان اسلامی و حتی پژوهشگران غربی و جز آنان
 گزارش‌های مفصلی را در این باب بازتاب داده‌اند (آدام متز، ۱۳۸۷، ۱۰۱؛ طبری،
 بی‌تا، ۱۵۵/۴؛ ابویوسف، ۱۳۵۲ق، ۱۲۳-۱۲۶؛ ابن‌قدامه، ۱۳۹۲ق، ۱۰/۶۰۶-۶۰۷؛ تاریخ
 اسلام، کمبریج، ۱۳۹۰، ۱۰۸؛ آرنولد، ۱۹۵۷، ۷۷-۷۹ خطیب شربینی، ۱۳۷۴ق، ۴/۲۵۰).

خامساً: از آنجا که نوع احکامی که در حوزه ذمیان به چشم می‌خورد
 مبتنی بر مصالح اسلام و جامعه اسلامی و حتی مصلحت خود ذمیان بوده و نظر

نهایی هم در این باب از آن امام و حاکم اسلامی است که برابر مصالح یادشده و رعایت همه جوانب احتمالی، تصمیم خواهد گرفت (طوسی، بی تا، المبسوط، ۳۸۲/۲؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۴۵/۲۱-۲۴۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ۵۱۷/۷). آشکار است که در برخوردهای توهین آمیز و خفت‌زا با ذمیان و خوارانگاشتن آنان هیچ مصلحتی نمی‌توان یافت.

ضمن آنکه عقد جزیه، عقدی است دوطرفه که به‌جز حاکم اسلامی، رضایت ذمی هم در آن لازم است، از این رو نمی‌توان بدون رضایت وی چیزی را بر او تحمیل کرد (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۴۹/۲۱)، در نتیجه هر نوع اهانت احتمالی با شروط ضمن عقد از سوی ذمی، قابل پیشگیری است.

در پایان این بخش جا دارد بر این حقیقت تأکید شود که اگر در پاره‌ای از دوره‌های تاریخی مواردی از تحقیر ذمیان قابل ردیابی و شناسایی است بیشتر ناشی از رویه برخی حاکمان اسلامی بود که براساس تشخیص فردی و سلیق شخصی و یا برداشت نادرست از برخی آموزه‌های دینی بر این باور بودند که جزیه وسیله تحقیر ذمیان است؛ از همین رو در عمل نیز به اقداماتی دست یازیدند که سپس‌ها و برابر ملاحظات خاص به‌عنوان امری مسلم تلقی شد و کم‌وبیش بر فقه، به‌ویژه فقه اهل سنت اثر گذاشت (ابوعبید، ۱۴۳۰ق، ۱۲۱؛ ابن‌قدامه، ۱۳۹۲ق، ۶۱۳/۱۰-۶۱۹؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ۱۶۵/۲)؛ درحالی که هیچ مستند استوار و قابل‌اعتمادی را در تأیید این رویه نمی‌توان یافت. هرچند این موضوع بررسی‌های وسیع‌تری را می‌طلبد و در مقاله‌ای مستقل باید به آن پرداخته شود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۸۴

۳. باج‌انگاری جزیه

برخی از مستشرقان از جمله «ولهاوزن» کوشیده‌اند که جزیه را همان «باج» معرفی کنند و قالبی تحقیری به آن ببخشند. آنان می‌گویند: جزیه همان باجی است که به‌صورت معمول فاتحان، در سایه قدرت و زورمندی خویش، از اقوام مغلوب و شکست‌خورده با هدف تحقیر و زبون‌سازی آنان و نیز پُرکردن خزانه خود می‌گرفتند، بدون آنکه تعهدی در برابر آنان داشته باشند که اسلام نیز همین باج را در قالب نظام جزیه‌گیری در مورد ذمیان تأیید کرده است. روی همین جهت تلقی مسلمانان صدر اسلام هم از جزیه، چیزی جز باج نبود. ضمن آنکه آنان هیچ‌گونه تمایزی بین جزیه و خراج قائل نبوده و هردو را به‌عنوان باج به حساب می‌آوردند، از این رو بخشی از آن را به‌صورت نقد (جزیه) و بخش دیگر را در قالب مقدار معینی از محصول زراعی (خراج) دریافت می‌داشتند. اما

سپس‌ها فقیهان، به‌منظور کاستن از قُبُح آن و براساس دیدگاه و سلاقی شخصی خود، جزیه و خراج را به‌عنوان مالیات تفسیر نمودند و اسناد تاریخی صدر اَوَّل اسلامی را نیز بر این تفسیر خودساخته منطبق ساختند و بدین ترتیب جزیه را مالیات سرانه و خراج را مالیات ارضی نامیدند و تصویری احترام‌آمیز و همسو با فرهنگ زمانه از آن نشان داده و آن را نهادینه ساختند (ولهاوزن، بی‌تا، ۲۷-۳۳؛ دینت، ۱۳۴۱، ۴-۵؛ سهیل‌قاشا، ۱۴۳۱ق، ۲۵۳).

نقد و بررسی

این سخن هم به دلایلی قابل نقد و ناپذیرفتنی است:

اولاً: بررسی اسناد تاریخی نشان می‌دهد که از همان دوره نخست اسلامی و در روزگار صحابیان تفاوت میان جزیه و خراج آشکار بود که یکی مالیات سرانه و دیگری مالیات زمین است؛ آن‌گونه که ابویوسف در تبیین چگونگی برخورد عمر با اراضی خراجی عراق می‌نویسد:

«وَوَضَعَ الْحَرَجَ عَلَى أَرْضِيهِمْ وَ الْجَزِيَةَ عَلَى رُؤُوسِهِمْ» (ابویوسف، ۱۳۵۲ق، ۳۵). این تعبیر یا همانند آن را به‌وفور می‌توان در منابع کهن تاریخی یافت (بلاذری، ۱۳۹۸، ۲۶۸-۲۷۱؛ ابوعبید، ۱۴۳۰ق، ۸۲).

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۸۵

ضمن آنکه شاید بتوان گفت اعراب در دوران جاهلیت کم‌وبیش با عنوان مالیات آشنا بودند؛ چراکه یک‌چهارم غنایم را در جنگ‌ها که به آن «مرباع» می‌گفتند، از آن رئیس قبیله می‌دانستند (ابن‌سعد، بی‌تا، ۳۲۲/۱؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق، ۷۰/۶؛ ابن‌اثیر، بی‌تا، ۸/۴) که می‌توان برای آن، کارکردی در تراز مالیات و یا نزدیک به آن در نظر گرفت.

ثانیاً: حتی اگر بر فرض، اعراب شناختی از تفاوت خراج و جزیه نداشته و آن دو را یکی می‌پنداشتند، بازهم نمی‌توان گفت که آنان جزیه را باج می‌شمردند؛ زیرا جزیه از مخترعات اسلام نبود؛ بلکه پیشتر نیز قرن‌ها در میان ملت‌های مختلف مرسوم و متداول بود و ساسانی‌ها هم آن را در سرزمین‌های عربی تحت سلطه خود، از جمله عراق و یمن اجرا می‌کردند. (جرجی‌زیدان، ۱۳۸۳، ۱۷۳).

افزون بر آن، به‌تصریح مورخان، در آغاز فتوحات اسلامی، مسلمانان سیستم مالیاتی مدون و شناخته‌شده‌ای نداشتند؛ بلکه همان سیستم ایران را با همان زبان فارسی و کمک‌گرفتن از مجریان و متولیان ایرانی آن پیاده ساختند که در این نظام هم، خراج به‌عنوان مالیات ارضی و جزیه، مالیات سرانه به‌شمار می‌آمد؛ ازاین‌رو مسلمانان با این نظام مالیاتی تا حدودی آشنا بودند و آن را

مستلزم تحقیر و خوارسازی پرداخت کنندگان آن نمی دانستند (بلاذری، ۱۳۹۸ق، ۲۹۸؛ ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۱۴۸-۱۹۹؛ حسن ابراهیم حسن، ۱۹۷۰، ۲۴۰-۱۸۰؛ دیت، ۱۳۴۱، ۲۴؛ رشیدرضا، بی تا، ۲۹۲/۱۰؛ بارتولد، ۱۹۶۶، ۶۸-۷۰).

به ویژه آنکه ممکن است جزیه را آن گونه که گذشت کلمه‌ای فارسی و برگرفته از اصطلاح «گزیت» بدانیم که در این صورت اختلاط و امتزاج اعراب با ایران، به صورت معمول زمینه‌آشنایی مسلمانان را با این دو اصطلاح و ویژگی‌های متمایز آن دو فراهم می‌ساخت، در نتیجه این سخن که تا قرن دوم، تفاوت جزیه و خراج و نیز مفهوم مالیاتی آن دو برای اعراب ناشناخته بود، قابل پذیرش نیست.

ثالثاً: گفتیم که جزیه، برابر دلایل و مستندات فراوان، در برابر حمایت دولت اسلامی از مال و جان و عرض اهل کتاب و نیز هزینه‌هایی که به‌خاطر اداره امور آنان متحمل می‌شود، خواهد بود که به‌صورت طبیعی می‌بایست تمام و یا بخشی از این هزینه‌ها و خدمات را خود ذمیان بپردازند، در این صورت نمی‌توان آن را باج نامید و تحقیر ذمیان را از آن استنباط نمود. (طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۷/۹؛ منتظری، ۱۴۱۱ق، ۳۶۶/۳؛ روحانی، ۱۴۱۳ق، ۵۳/۱۳).

رابعاً: جزیه، در برابر مالیاتی که مسلمانان می‌پرداختند، آن‌چنان ناچیز بود که نمی‌توان آن را باج نامید؛ چنانچه برخی از مستشرقان هم به این امر اشاره نموده‌اند (آرنولد، ۱۹۵۷، ۷۷؛ جرجی زیدان، ۱۳۸۲، ۵۵). تازه همین مبلغ ناچیز هم با ملاحظه توان آنان گرفته می‌شد که اگر ناتوان بودند، از همین مبلغ ناچیز هم صرف نظر می‌شد.

افزون بر آنکه از بسیاری هم که از نظر مالی وابسته به دیگران بوده و خود، استقلال مالی نداشتند همچون: کودکان، زنان، پیران، بردگان، دیرنشینان و سفیهان و مواردی از این دست، گرفته نمی‌شد (عاملی، ۱۴۱۷ق، ۳۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۸۸/۹؛ منتظری، ۱۴۱۱ق، ۳۶۳/۳؛ ویل دورانت، بی تا، ۱۰۸/۱۱) که نشان می‌دهد بین باج و جزیه هیچ گونه سنخیت و تناسبی را نمی‌توان یافت. به‌هر روی سخن ولهاوزن، فاقد مستندات و شواهد تاریخی است، تا جایی که از سوی شماری از پژوهشگران غربی نیز مورد نقد قرار گرفته است (دنت، ۱۳۴۱، ۵-۱۸)؛ از این رو نمی‌توان با آن همراه شد.

۴. پرداخت جزیه در برابر چشم‌پوشی از کفر ذمیان

برخی از زاویه دیگری به تنقیص جزیه پرداخته و از این بابت فقه را هم نکوهیده‌اند. آنان می‌گویند: چگونه می‌توان از اهل کتاب جزیه گرفت و در

برابر، به آنان اجازه داد که همچنان بر کفر خود اصرار ورزند و از آن دست نکشند، آن گونه که در فقه آمده است، باینکه کفر در سلسله گناهان، بدترین گناهی است که ممکن است انسان در برابر آفریدگار خود مرتکب شود. نتیجه این سخن آن است که می‌توان در برابر دریافت مال، به هر متخلف و گناهکاری، اجازه انجام گناه، از جمله زنا و شراب و مواردی از این دست را نیز داد؛ زیرا هنگامی که بتوان در برابر دریافت مال (جزیه)، با کفر که بدترین انحراف و آلودگی است، کنار آمد، چرا نتوان با صرف همین مال، با دیگر گناهان کنار آمد؟ در حالی که این کار نوعی دین‌فروشی و دادوستد با دین است که در فرهنگ اسلامی مذموم و ناپذیرفتنی است. افزون بر آنکه این اقدام، عقب‌نشینی از شعار جهاد و مبارزه با کفر و شرک تا محو نهایی آن نیز هست که اسلام مدعی جانبداری از آن است، در صورتی که فقه از این شعار اصلی، در برابر دریافت مالی اندک در پوشش جزیه، صرف نظر کرده است. (گودفروا، بی تا، ۱۳۶؛ سرخسی، ۱۴۲۱ق، ۶۳/۱۰).

نقد و ارزیابی

این سخن نیز قابل نقد است:

اولاً: گفتیم که جزیه، در برابر چشم‌پوشی از کفر ذمیان نیست؛ بلکه در برابر حمایت از ذمیان و نیز به جهت هزینه‌هایی است که دولت اسلامی در راستای اداره امور ذمیان و خدمات‌دهی به آنان متحمل می‌شود.

ثانیاً: جزیه فرصتی در اختیار ذمیان قرار می‌دهد تا آنان با آزادی کامل در جامعه اسلامی زندگی کنند و از نزدیک با اسلام و آموزه‌های منطقی و عقلانی آن آشنا شوند و آراستگی مسلمانان را به زیور اخلاق و معنویت ببینند و از این رهگذر زمینه جذب آنان به اسلام فراهم گردد؛ در حالی که اگر با آنان نیز همچون مشرکان برخورد می‌شد و ذمیان در شرایط جنگی با مسلمانان قرار می‌داشتند، شاید هیچ‌گاه فرصت بازگشت به آغوش اسلام برای آنان رخ نمی‌داد (منتظری، ۱۴۱۱ق، ۳/۳۸۹). از این رو برخی از فقیهان همچون حلبی گفته‌اند: ضروری است که ذمیان را در محافل و نشست‌های عالمان دینی حاضر سازند تا حقایق و معارف دینی را بشنوند و با براهین و دلایل مستحکم اسلامی در حوزه‌های مختلف آشنا شوند و حجت بر آنان تمام گردد (حلبی، ۱۴۳۰ق، ۲۴۱).

ثالثاً: آنچه در مورد جزیه اهمیت دارد بُعد سیاسی آن است، نه بعد مالی آن؛ چراکه از منظر فقهی، ذمیان باید مقررات اسلامی و حاکمیت اسلام را بپذیرند که نشانه روشن و آشکار این پذیرش نیز در همان قبول جزیه نهفته است؛

از این رو پذیرش جزیه می‌تواند معیار صداقت ذمی در ادعای همسویی با نظام اسلامی تلقی گردد؛ بدون آنکه میزان جزیه و اندازة مالیت آن در این باب نقش داشته باشد (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ۳۸/۲؛ محقق‌حلی، ۱۴۲۵ق، ۲۵۹/۱؛ حسن‌ممّی، ۱۹۹۸، ۴۳)

اما در مورد شعار مبارزه و جهاد با کفر باید گفت: این شعار تنها در مورد کافران حربی قابل تحقق است که با مسلمانان در حال جنگ آشکار و نهان‌اند، نه کسانی که با مسلمانان سر جنگ نداشته و خواهان همزیستی مسالمت‌آمیز با آنان‌اند که زمین این گونه‌اند. (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ۹/۲؛ حلی، ۱۴۲۵ق، ۲۴۳/۱). به‌علاوه، جهاد به‌منظور تحمیل عقیده نیست؛ بلکه برای رفع موانع است تا بتوان بدون هیچ‌گونه مزاحمتی با همه گروه‌ها و نحله‌های غیرمسلمان ارتباط برقرار ساخت و اندیشه‌های ناب توحیدی را در اختیار آنان گذاشت؛ در این صورت آیا پذیرفتنی است که نسبت به غیرمسلمانانی که حاکمیت اسلام را پذیرا شده و می‌خواهند در سایه مقررات اسلامی زندگی شرافتمندان‌ه‌ای داشته باشند از گزینه جنگ و جهاد استفاده شود؟ (مطهری، ۱۴۳۸ق، ۱۰۸).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۵. خوارسازی ذمیان با هدف جذب آنان به اسلام

برخی گفته‌اند: اصرار بر این شیوة خوارسازانه در پرداخت جزیه، از آن جهت است که ذمیان در سایة تحقیری که از این راه متوجه آنان می‌شود، از کفر خود دست بردارند و به اسلام بگروند (مفید، ۱۴۳۰ق، ۲۷۳؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۵۹/۲۱؛ الخرش، بی‌تا، ۱۴۵/۳؛ خطیب‌شربینی، ۱۳۷۴ق، ۲۴۲/۴؛ حسن‌ممّی، ۱۹۹۸، ۴۴؛ ویل دورانت، بی‌تا، ۲۲۹/۱۱).

نقد و ارزیابی

این دیدگاه نیز نقدپذیر است؛ زیرا دعوت به اسلام، برابر آموزه‌های قرآنی باید با شیوه‌های عقلانی و خردپسند و یا به دیگر سخن از طریق حکمت و موعظه نیکو و مجادله به احسن صورت یابد (نحل/۱۲۵) تا وجدان و خرد ذمی در برابر منطق نیرومند و پیام استوار و مستحکم اسلام خاضع شود و برای آن آغوش گشاید، نه با توهین و تحقیر که فرجامی جز دشمنی و نفرت در پی نخواهد داشت.

به‌علاوه، این روش تبلیغ دین و شیوه ترویج اسلام، همان تحمیل اجباری دین است که افزون بر ضدیت آشکار آن با آموزه‌های قرآنی (بقره/۲۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۷/۲) و نیز سیره رسول خدا ﷺ که می‌کوشید با روشنگری و

فرهنگ‌سازی، زمینه پذیرش آزادانه و بدون اجبار اسلام را برای غیرمسلمانان فراهم آورد (نوری، ۱۴۰۸ق، ۳۱/۱۱؛ واقدی، ۱۴۱۴ق، ۱۰۷۹/۲) و با تعهدی هم که مسلمانان به ذمیان سپرده‌اند نیز مخالف است؛ چراکه آنان تعهد داده‌اند که ذمیان می‌توانند با شرایطی، همچنان دین پیشین خود را بدون دغدغه و نگرانی حفظ کنند و از حمایت و رأفت اسلامی نیز برخوردار باشند؛ درحالی‌که آزاررسانی و تحقیر آنان با هدف تغییر دین، نقض صریح این تعهد است که مردود و ناپذیرفتنی است.

نتیجه‌گیری

۱. در ایرادهای پژوهشگران غربی بر فقه اسلامی و نیز گفته‌های شماری از فقیهان آمده است: اصل تشریح جزیه با هدف اهانت و تنبیه اهل کتاب صورت گرفته است. این سخن به دلایل زیر مردود شناخته شد:

۱/۱. جزیه، تنبیه و عقوبت نیست؛ بلکه در برابر حمایت اسلام از اهل کتاب است.

۱/۲. کافران بسیاری هستند که در عین التزام به کفر، جزیه هم نمی‌پردازند؛ درحالی‌که اگر جزیه، مجازات تنبیهی باشد، آنان نیز باید آن را پردازند.

۱/۳. توهین‌آمیزبودن جزیه و نقش تنبیهی آن، با عموماً و اطلاعات قرآن و سنت و نیز سیره رسول خدا ﷺ و مسلمانان و همچنین تلقی خود ذمیان، ناسازگار است.

۱/۴. ممکن است جزیه همان «گزیت» فارسی باشد که عبارت از مالیاتی است که از مردم جهت تأمین امنیت کشور گرفته می‌شد؛ ازاین‌رو نمی‌توان آن را توهین‌آمیز دانست.

۲. گفته‌اند: طراحی چگونگی پرداخت جزیه هم در فقه که با استفاده از آیه: «... و هم صاغرون» صورت یافته، مستلزم وهن اهل کتاب است. این ایراد هم به دلایل زیر مردود شناخته شد:

۲/۱. صغار برابر گفته برخی فقیهان به معنای التزام به احکام اسلامی است و نه اهانت و اذلال ذمیان.

۲/۲. این برداشت با روح و ماهیت آموزه‌های اسلام و نیز با سیره عملی و قولی پیامبر و خاندان آن حضرت که تعامل عقلانی و محترمانه‌ای با ذمیان داشته و به آن سفارش می‌نمودند، در تعارض است.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۲/۳. استنباط یادشده، با عقد ذمه هم که نیازمند رضایت هر دو طرف عقد است در تنافی است.

۳. گفته‌اند: جزیه، در نگاه مسلمانان صدر اسلام، همان باجی بوده که فاتحان از اقوام مغلوب می‌گرفتند، ولی سپس‌ها فقیهان به منظور وجاهت بخشیدن به آن، آن را به مالیات تفسیر نموده‌اند.

این نقد نیز مردود است؛ چراکه اسناد تاریخی بیانگر آن است که مسلمانان عصر نخست نیز از جزیه، تفسیر مالیاتی داشته‌اند. به‌علاوه جزیه، از اختراعات اسلام نبود؛ بلکه در گذشته هم دولت‌های ایران و روم آن را از مردم می‌گرفتند؛ از این رو اعراب کم‌وبیش با آن آشنایی داشتند. ضمن آنکه میزان جزیه آن قدر ناچیز بود که نمی‌توان نام باج را بر آن نهاد.

۴. نیز گفته‌اند: آیا می‌توان به‌خاطر دریافت مال (جزیه) به تأیید کفر پرداخت؟ که در پاسخ گفتیم اولاً: جزیه در برابر حمایت از ذمیان است، نه تأیید کفر آنان و ثانیاً جزیه فرصتی را در اختیار ذمیان قرار می‌دهد تا در مورد اسلام بیندیشند و با آگاهی و اختیار پذیرای آن گردند.

۵. برخی هم فلسفه اهانت به ذمیان را، جذب آنان به اسلام دانسته‌اند که این سخن هم مردود است: نخست از آن جهت که باید دعوت به اسلام با شیوه‌های عقلانی صورت یابد، نه با روش‌های نادرست. به‌علاوه استفاده از این روش برای ترویج اسلام، همان اجبار در دین است که به نصّ قرآن مردود است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۹۰

منابع

• قرآن

• نهج البلاغه

۱. آدام متز. (۱۳۸۷ق). *الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري*. ترجمة محمد عبدالهادی ابوریده. قاهره - بیروت: مکتبة الخانجی، دار الکتاب العربی.
۲. آصفی، محمدمهدی. (۱۳۹۳). *جستارهایی در فقه اسلامی*. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۳. _____ (۱۴۲۱ق). *الجهاد*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۴. آ. ج. اربری. (۱۳۹۰). *تاریخ اسلام*. پژوهش دانشگاه کمبریج. ترجمه احمد آرام. تهران: مؤسسه امیرکبیر.
۵. ابن اثیر، علی بن محمد. (بی تا). *اسد الغابة فی معرفة الصحابة*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۶. ابن حجاج، مسلم. (۱۴۱۵ق). **صحيح مسلم**. بيروت: دارالمعرفة.
۷. ابن سعد. (بی تا). **الطبقات الكبرى**. بيروت: دار صادر.
۸. ابن عربی، محمد بن عبدالله. (۱۴۱۵ق). **احكام القرآن**. بيروت: دارالفكر
۹. ابن قدامه. علی بن احمد. (۱۳۹۲ق). **المغنی والشرح الكبير**. بيروت: دارالكتاب العربي.
۱۰. ابن قیم، محمد بن ابی بكر. (۱۴۱۵ق). **احكام اهل الذمه**. بيروت: دار الكتب العلمیه.
۱۱. ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۰۵ق). **لسان العرب**. قم: نشر ادب الحوزه.
۱۲. ابن هشام. (۱۴۱۵ق). **السيرة النبویة**. بيروت: دار احیاء التراث العربي
۱۳. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی تا). **النهاية في غريب الحديث و الاثر**. المكتبة الاسلامیة. بی جا.
۱۴. ابی عبید، قاسم بن سلام. (۱۴۳۰ق). **كتاب الاموال**. قاهره: دارالسلام.
۱۵. ابی داوود، سلیمان بن اشعث. (۱۴۲۴ق). **سنن**. بيروت: دارالفكر.
۱۶. ابی یوسف. یعقوب بن ابراهیم. (۱۳۵۲ق). **كتاب الخراج**. قاهره. المطبعة السلفیة و مكتبتها.
۱۷. اردبیلی، احمد. (۱۴۱۴ق). **مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان**. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۱۸. بارتولد. (۱۹۶۶م). **تاریخ الحضارة الاسلامیه**. ترجمه حمزه طاهر. قاهره: دار المعارف.
۱۹. برنارد لويس. (۱۳۷۴ش). **نخستین مسلمانان در اروپا**. ترجمه م. قائد. تهران: نشر مركز.
۲۰. البستاني، المعلم بطرس. (۱۹۹۳). **محيط المحيط**. بيروت: مكتبة لبنان ناشرون.
۲۱. بجنوردی، محمد حسن. (۱۴۳۸ق). **القواعد الفقهيہ**. تحقيق: مهدي مهريزي و محمد حسين درايي، قم: منشورات دليل ما.
۲۲. بلاذري، ابوالحسن. (۱۳۹۸ق). **فتوح البلدان**. بيروت: دار الكتب العلميه.
۲۳. بهوتي، منصور بن يونس. (بی تا). **كشاف القناع عن متن الاقناع**. رياض: مكتبة النصر الحديثه.
۲۴. جرجي زيدان. (۱۳۸۲ش). **تاريخ تمدن اسلام**. ترجمه علی جواهر كلام. تهران: مؤسسه انتشارات اميركبير.
۲۵. جصاص، احمد بن علی. (بی تا). **احكام القرآن**. بيروت: دارالكتاب العربي.
۲۶. حرّعاملی. محمد بن الحسن. (بی تا). **وسائل الشیعه**. بيروت: داراحیاء التراث العربي.

نقد و بررسی آرا و دیدگاه‌ها درباره تحقیر اهل ذمه در جزیه

۲۷. حسن ابراهيم حسن. (۱۹۷۰). **النظم الاسلاميه**. قاهره. مكتبة النهضة الاسلاميه.
۲۸. حلبى، تقى الدين. (۱۴۳۰ق). **الكافى فى الفقه**. قم: مؤسسه بوستان كتاب.
۲۹. حلبى. حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق). **قواعد الاحكام**. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
۳۰. —. (۱۴۱۴ق). **تذكرة الفقهاء**. قم: مؤسسه آل البيت: لاهياء التراث
۳۱. حلبى، يحيى بن سعيد (۱۴۳۷ق). **الجامع للشرايع**. قم: مؤسسه الامام الصادق. ۷.
۳۲. الخرشى، محمد. (بى تا). **الخرشى على مختصر سيدى خليل**. بيروت: دار صادر.
۳۳. حسن الممى. (۱۹۹۸م). **اهل الذمه فى الحضارة الاسلاميه**. بيروت: دار الغرب الاسلامى.
۳۴. خطيب الشربيني، محمد. (۳۷۴ق). **مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج**. بيروت: شركة سابى.
۳۵. خوئى، سيدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). **منهاج الصالحين**. قم: نشر مدينة العلم.
۳۶. دانيل دنيت. (۱۳۴۱ش). **جزيه در اسلام**. ترجمه محمدعلى موحد. تبريز: كتاب فروشى سروش.
۳۷. دهخدا، على اكبر. (۱۳۷۲ش). **لغت نامه دهخدا**. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۳۸. راغب اصفهاني، حسين. (بى تا). **معجم مفردات الفاظ القرآن**. قم: مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان.
۳۹. رشيدرضا، محمد. (بى تا). **تفسير المنار**. بيروت: دار المعرفه.
۴۰. روحانى، محمدصادق. (۱۴۱۳ق). **فقه الصادق**. قم: مؤسسه دار الكتاب.
۴۱. زمخشري، محمودبن عمر. (۱۴۱۷ق). **الكشاف**. بيروت: دار احياء التراث العربى.
۴۲. زيدان، عبدالكريم. (۱۳۹۶ق). **احكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام**. بغداد: جامعة بغداد.
۴۳. ژوزف شاخ. (۱۳۸۸ش). **مقدمه اى بر حقوق اسلامى**. ترجمه محمدعلى مرادى بنى و احمدرضا خواجه فرد. تهران: مؤسسه انتشارات دادگستر.
۴۴. سبزواري، محمداقبر. (۱۴۳۱ق). **كفاية الفقه**. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
۴۵. سرخسى، محمد ابى سهل. (۱۴۲۱ق). **كتاب المبسوط**. بيروت: دار الفكر.
۴۶. سهيل قاشا. (۱۴۳۱ق). **تاريخ نصارى العراق**. بيروت: دار الرافدين
۴۷. سيد سابق. (۱۴۱۶ق). **فقه السنه**. بيروت: دار الجيل.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

٤٨. سيرتوماس آرنولد. (١٩٥٧م). **الدعوة الى الاسلام**. ترجمه حسن ابراهيم حسن و عبدالمجيد عابدين و اسماعيل النجراوى. قاهره: مكتبة النهضة المصريه.
٤٩. شافعى، محمد بن ادريس. (١٣٨١ق). **الام**. قاهره. مركز الكليات الازهرية
٥٠. صدوق، محمد بن على. (١٤٢٩ق). **من لا يحضره الفقيه**. قم: مؤسسة النشر الاسلامى.
٥١. طباطبايى، محمد حسين. (١٤٢٢ق). **الميزان فى تفسير القرآن**. بيروت: مؤسسة الاعلمى للمطبوعات.
٥٢. طبرسى، فضل بن حسن. (١٤١٥ق). **مجمع البيان فى تفسير القرآن**. بيروت: مؤسسة الاعلمى للمطبوعات.
٥٣. طبرى، محمد بن جرير. (بى تا). **تاريخ الطبرى**. قاهره: دار المعارف بمصر.
٥٤. طريحي، محمد سعيد. (١٤٢٩ق). **المسيحية فى الشام**. دمشق: آكاديمية الكوفه.
٥٥. طوسى، محمد بن الحسن. (١٤٢٧ق). **الخلاف**. قم: مؤسسة النشر الاسلامى.
٥٦. —. (بى تا). **التبيان فى تفسير القرآن**. بيروت: دار احياء التراث العربى.
٥٧. —. (بى تا). **المبسوط**. بى جا: المكتبة المرتضوية.
٥٨. عاملى، زين الدين. (١٤١٣ق). **مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام**. قم: مؤسسة المعارف الاسلاميه.
٥٩. عاملى، محمد بن مكى. (١٤١٧ق). **الدروس الشرعيه**. قم: مؤسسة النشر الاسلامى.
٦٠. غرلوف فان فلوتن. (٢٠١٣م). **السيادة العربيه**. ترجمه حسن ابراهيم حسن و محمدزكى ابراهيم. بيروت: منشورات الجيل.
٦١. فاضل مقداد، ابن عبدالله. (١٤٣١ق). **كنز العرفان فى فقه القرآن**. تهران: المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
٦٢. فخررازى، محمد. (١٤١٥ق). **التفسير الكبير**. بيروت: دار الفكر.
٦٣. كاشانى، ابى بكر بن مسعود. (١٣٩٤ق). **بدائع الصنائع**. بيروت: دار الكتاب العربى.
٦٤. كاشف الغطاء، جعفر. (١٤٢٢ق). **كشف الغطاء**. قم: بوستان كتاب.
٦٥. كركى، على بن الحسين. (١٤٠٨ق). **جامع المقاصد فى شرح القواعد**. قم: مؤسسة آل البيت: لاحياء التراث.
٦٦. كلينى، محمد بن يعقوب. (١٤٠١ق). **الكافى**. بيروت: دار صعب.
٦٧. گود فروا. (بى تا). **النظم الاسلاميه**. ترجمه فيصل السامر. بى جا: دار النشر للجامعيين.
٦٨. گوستاوبون. (١٣٣٤ش). **تمدن اسلام و عرب**. ترجمه محمدتقى

نقد و بررسى آرا و
ديدگاهها در باره
تحقيق اهل ذمه در
جزيه

- فخر داعی گیلانی. بی جا: بنگاه مطبوعاتی علی اکبر علمی.
۶۹. ماوردی، علی بن محمد. (۱۴۰۶ق). **الاحکام السلطانیة**. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۷۰. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۶ق). **مرآة العقول**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۷۱. محقق حلّی، جعفر بن الحسن. (۱۴۲۵ق). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**. بیروت: دار القاری.
۷۲. المرتضی، احمد بن یحیی. (۱۳۹۴ق). **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار**. بیروت: مؤسسه الرساله.
۷۳. مطهری، مرتضی. (۱۴۳۸ق). قم: انتشارات صدرا.
۷۴. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۸ق). **فقه الامام جعفر الصادق** ۷. بیروت: مؤسسه السبطين علیهما السلام العالمیه.
۷۵. مفید، محمد بن نعمان. (۱۴۳۰ق). **المقنعه**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۷۶. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۱ق). **دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه**. قم: دار الفکر.
۷۷. نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱م). **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷۸. نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**. بیروت: مؤسسه آل البیت : لاحیاء التراث.
۷۹. واقدی، محمد بن عمر. (۱۴۱۴ق). **المغازی**. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۸۰. ولهاوزن. (بی تا). **تاریخ الدولة العربیه**. ترجمه محمد عبدالهادی ابوریاده. پاریس: دار بیلین.
۸۱. ویل دورانت (۱۳۴۳ش). **تاریخ تمدن**. ترجمه ابوالقاسم پاینده. بی جا. شرکت سهامی افست.
۸۲. یعقوبی، احمد بن اسحاق. (۱۴۱۹ق). **تاریخ الیعقوبی**. بیروت: دار الکتب العلمیه.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

References

1. Mez, Adam. 1967/1387. *Al-Ḥiḍārat al-Islāmīyyat fī al-Qarn al-Rābi‘ al-Hijrī*. Translated by Muḥammad ‘Abd al-Hādī Abū Raidah. Cario-Beirut: Maktabat al-Khānjī, al-Dār al-Kutub al-‘Arabī.
2. Āṣifī, Muḥammad Mahdī. 2015/1393. *Juṣṭārḥā-yi dar Fiqh-i Islāmī*. Qum: Mu’assisi-yi Būstān-i Kitāb.
3. Āṣifī, Muḥammad Mahdī. 2000/1421. *Al-Jihād*. Qum: Markaz-i Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī.
4. Arberry, Arthur John. 2012/1390. *Tārīkh-i Islām*. Cambridge University. Translated by Aḥmad Ārām. Tehran. Mu’assisi-yi Amīr Kabīr.
5. Ibn Athīr, ‘Alī ibn Muḥammad. *’Uṣd al-Ghābbah fī Ma’rifat al-Ṣaḥābah*. Beirut: Dār Iḥyā al-Turāth al-‘Arabī.
6. Ibn Ḥajjāj, Muslim. 1994/1415. *Ṣaḥīḥ Muslim*. Beirut: Dār al-Ma’rifah.
7. Ibn Sa‘d. *al-Ṭabaqāt al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Ṣādir.
8. Ibn ‘Arabī, Muḥammad ibn ‘Abdullāh. 1994/1415. *Aḥkam al-Qur’ān*. Beirut: Dār al-Fikr.
9. Ibn Qudāmah al-Maqdīsī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad ‘Abdullāh b. Aḥmad b. Muḥammad. 1972/1392. *Al-Mughnī wa al-Sharḥ al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Arabī.
10. Ibn Qayyim al-Jawzīyya, Muḥammad ibn Abī Bakr. 1994/1415. *Aḥkām Ahl al-Dhimma*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
11. al-Anṣārī al-Ifrīqī al-Miṣrī al-Khazrajī, Jamāl al-Dīn Abulfaḍl Muḥammad ibn Mukarram (Ibn Manzūr). 1989/1405. *Lisān al-‘Arab*. Qum: Adab al-Ḥawzah.

12. Ibn Hishām, Abū Muhammad ‘Abd al-Malik. 1994/1415. *Al-Sīrat al-Nabawīyyah*. Beirut: Dār Ihyā al-Turāth al-‘Arabī.
13. Ibn Athīr Shībānī, Majd al-Dīn Mubārak ibn Muḥammad. *Al-Nihāyat fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Al-Maktabat al-Islāmīyyah.
14. Abū ‘Ubaid, Qāsīm ibn Sallām al-Khozā’ī. 2009/1430. *Kitāb al-Amwāl*. Cario: Dār al-Salām.
15. Ibn Dāwūd, Solaymān ibn Ash‘ath. 2003/1424. *Al-Sunann*. Beirut: Dār al-Fikr.
16. Al-Qāḍī Abū Yūsuf, Ya‘qūb ibn Ibrāhīm. 1933/1352. *Kitāb al-Khirāj*. Cario: Dār al-Nashr: al-Maṭba‘at al-Salafīyyat wa Maktabatuhā.
17. Ardabīlī, Aḥmad. 1993/1414. *Majma‘ al-Fā’idat wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-’Adhhān*. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
18. Bartold, Vasily Vladimirovich. 1966. *Tārīkh al-Ḥaḍārat al-Islāmīyyat*. Translated by Ḥamz’ Ṭahir. Cario: Dār al-Ma’ārif.
19. Lewis, Bernard. 1996/1374. *Nukhuṣūn Musalmān dar ‘Urūpā*. Translated by Muḥammad Qā’id. Tehran. Nashr-i Markaz.
20. Al-Baṣṭānī, Buṭrus ibn Būlus. 1993. *Muḥīṭ al-Muḥīṭ*. Beirut: Maktabat Lebanon Nāshirūn.
21. Bujnurdī, Muḥammad Ḥassan, Mahrīzī, Mahdī & Dirāyatī, Muḥammad Ḥusayn. 2017/1438. *Al-Qawā’id al-Fiḥīyya*. Qum: Manshūrāt-i Dalīl-i Mā.
22. al-Balādhurī, Aḥmad ibn Yaḥyā ibn Jabir al-Balādhurī. 1978/1398. *Futūḥ al-Buldān*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyah.
23. Buhūtī, Manṣūr ibn Yūsuf. *Kashāf al-Qinā’ ‘An Matn*

al-'Iqnā'. Riyadh: Maktabat al-Naṣr al-Ḥadītha.

24. Zaydan, Jurji. 2004/1382. *Tārīkh-i Tamaddun-i Islām*. Translated by 'Alī Jawāhir Kalām. Tehran: Mu'assisi-yi Intishārāt-i Amīr Kamīr.
25. Al-Jaṣṣās, Aḥmad ibn 'Alī. *Ahkām al-Qur'ān*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
26. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Edited by Muḥammad al-Rāzī. Beirut: Dār Iḥyā al-Turāth al-'Arabī.
27. Ḥasan Ibrāhīm Ḥasan. 1970. *Al-Nuḏum al-Islāmīyyah*. Cario: Maktabat al-Nihḍat al-Islāmīyyah.
28. Al-Ḥalabī, Taqī ibn Najm al-Dīn (Abū al-Ṣalāḥ al-Ḥalabī). 2009/1430. *Al-Kāfi fī al-Fiqh*. Qum: Mu'assisi-yi Buṣṭān-I Kitāb.
29. 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.
30. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
31. al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Sa'īd. 2016/1437. *Al-Jāmi' al-Sharāyi'*. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
32. Al-Khurashī, Muḥammad. *Al-Khurashī 'Alā Mukhtaṣar Sayyidī Khalīl*. Beirut: Dār al-Mirṣād.
33. Al-Mimmī, Ḥasan. 1998. *Ahl al-Dhimma fī al-Ḥadārat al-Islāmīyyat*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī.
34. al-Sharbīnī, Muḥammad ibn Al-Khatīb. 1955/1374. *Mughnī al-Muḥtāj 'Ilā Ma'rifat Ma'ānī Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār al-Fikr al-Islāmī

35. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1990/1410. *Mihāj al-Şālihīn*. Qum: Nashr al-Madīnat al-‘Ilm.
36. Dennett, Daniel. 1963/1341. *Jizya Dar Islām*. Translated by Muḥammad ‘Alī Muwahhidī. Tabriz: Kitāb Furūshī-i Surūsh.
37. Dehkhudā, ‘Alī Akbar. 1994/1372. *Lughat Nāmi-yi Dihkhudā*. Tehran: Mu’assisi-yi Intishārāt wa Chāp-i Danishgāh-i Tehran.
38. Al-Rāghib Işfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mu‘jam Mufradāt al-Alfāz al-Qur’ān*. Qum: Mu’assisi-yi Maṭbūātī Ismā‘īlīyān.
39. Rashīd Riḍā, Muḥammad. *Tafsīr al-Qur’ān al-‘Azīm, al-Ma‘rūf bi Tafsīr al-Minār*. Beirut: Dār al-Ma‘rifa.
40. Al-Rūhānī, Muḥammad Şādiq. 1992/1413. *Fiqh al-Şādiq*. Qum: Mu’assasat Dār al-Kitab.
41. Al-Zamakhsharī, Maḥmūd ibn ‘Umar. 1996/1417. *Al-Kashshāf ‘an Ḥaqā’iq al-Tanzīl wa ‘Uyūn al-‘Aqāwīl fī Wujūh al-Ta’wīl*. Beirut: Dār Iḥyā al-Turāth al-‘Arabī.
42. Al-Zaydā, ‘Abd al-Karīm. 1976/1396. *Ahkām al-Dhimīyyīn wa al-Musta‘minīn fī Dār al-Islām*. Baghdād: Jāmi‘at Baghdād.
43. Schacht, Joseph Franz. 2010/1388. *Muqaddami‘ī bar Ḥuqūq-i Isāmī*. Translated by Muḥammad ‘Alī Murādī Banī & Aḥmad Riḍa Khāji’ Fard. Tehran: Mu’assisi-yi Intishārāt Dādguştar.
44. Al-Sabziwārī, Muḥammad Bāqir. 2010/1431. *Kifāyyat al-Fiqh*. Qum: Mu’assasat Dār al-Nashr al-Islāmī.
45. Al-Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn abī Sahl. 2000/1421. *Al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Fikr.

46. Al-Qāshā, Suhayl. 2010/1431. *Tārīkh Naṣarī al-‘Irāq*. Beirut: Dār al-Rāfidīn.
47. Al-Sayyid Sābiq. 1995/1416. *Fiqh al-Sunna*. Beirut: Dār al-Jīl.
48. Thomas Walker, Sir Thomas. 1957. *Al-Da‘wat ‘ilā al-Islām*. Translated by Ḥassan Ibrāhīm Ḥassan, ‘Abd al-Majīd ‘Abidīn & Ismā‘īl al-Naḥrawānī. Cario: Maktabat al-Nihḍat al-Miṣrīyya.
49. al-Shāfi‘ī, Abū ‘Abdullāh Muḥammad ibn Idrīs. 1961/1381. *Al-Umm*. Cario: Markaz al-Kullīyat al-Azharīyya.
50. Ibn Bābiwayh al-Qummī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 2008/1429. *Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mu‘assasat al-Nash al-Islamī li Jmā‘at al-Mudarrisīn.
51. al-Ṭabāṭabā‘ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-‘Allāma al-Ṭabāṭabā‘ī). 2001/1422. *al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur‘ān*. Beirut: Mu‘assasat al-‘A‘lamī lil Maṭbū‘āt.
52. Al-Ṭabarsī, Abū ‘Alī Faḍl ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭabarsī). 1994/1415. *Majma‘ al-Bayān fī Tafsīr al-Qur‘ān*. Beirut: Mu‘assasat al-‘A‘lamī lil Maṭbū‘āt.
53. Al-Ṭabarī, Muḥammad ibn Jarīr. *Tarīkh al-Ṭabarī*. Cario: Dār al-Ma‘ārif bil Miṣr.
54. al-Ṭurayhī, Muḥammad Sa‘īd. 2008/1429. *Al-Masīhat fī al-Shām*. Damascus: Ākādimīyyat al-Kūfah.
55. Al-Ṭūsī, Abū Ja‘far Muḥammad Ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 2006/1427. *Kitāb al-Khilāf*. Qum: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī.
56. Al-Ṭūsī, Abū Ja‘far Muḥammad Ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭūsī). *al-Tibyān fī Tafsīr al-Qur‘ān*. Beirut: Dār Ihya‘ al-Turāth al-‘Arabī.

57. Al-Ṭūsī, Abū Ja‘far Muḥammad Ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭūsī). *al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmīyya*. Al-Maktabat al-Murtaḍawīyya.
58. al-‘Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn. 1992/1413. *Masālik al-Afhām ‘ilā Tanqīḥ Sharāyi‘ al-Islām*. Qum: Mu‘assasat al-Ma‘ārif al-Islāmīyya.
59. 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.
60. Vloten, Gerlof Van. 2013. *Al-Sīyādat al-‘Arabīyyat wa al-Shī‘at wa al-‘Isrā’īlīyyat fī ‘Ahd banī ‘Umayyah*. Translated by Ḥassan Ibrāhīm Ḥassan & Muḥammad Zakī Ibrāhīm. Beirut: Manshūrāt al-Jīl.
61. al-Ḥillī al-Suyūrī, Al-Miqdād ibn ‘Abdullāh ibn Muḥammad (al-Fāḍil al-Miqdād). 2010/1431. *Al-Kanz al-‘Irfān fī Fiqh al-Qur‘ān*. Tehran: al-Majma‘ al-‘Ālamī lil Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīyyah.
62. Al-Rāzī al-Ṭabariṣṭānī, Fakhr al-Dīn. 1994/1415 . *Al-Tafsīr al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Fikr.
63. Al-Kāshānī, ‘Alā al-Dīn Abī Bakr ibn Mas‘ūd. 1974/1394. *Badāyi‘ al-Ṣanāyi‘ fī Tartīb al-Sharā‘i‘*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.
64. al-Janājī al-Ḥillī al-Najafī, Ja‘far ibn Khidr ibn Yahyā (Kāshif al-Ghiṭā‘). 2011/1422. *Kashf al-Ghiṭā‘ ‘an Mubhamāt al-sharī‘at al-gharrā‘*. Qum: Bouṣṭan-i Kitāb.
65. al-‘Āmilī al-Karakī, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1988/1408. *Jamī‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa‘id*. Qum: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ihya‘ al-Turāth.

66. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 1981/1401. *al-Kāfī*. Beirut: Dār al-Ṣa‘b.
67. Gaudefroy-Demombynes, Maurice. *Al-Naẓm al-Islāīyyah*. Translated by Fayṣal al-Sāmīr. Dār al-Nashr lil Jāmi‘īn.
68. Le Bon, Gustave. 1956/1334. *Tamadun-i Islām wa Gharb*. Trnaslated by Muḥammad Taqī Fakhr Dā‘ī Gīlānī. Bungāh-i Maṭbū‘ātī-i ‘Alī Akbar ‘Ilmī.
69. al-Māwardī, Abū al-Ḥassan ‘Alī Ibn Muḥammad Ibn Ḥabīb. 1986/1406. *Al-Aḥkām al-Sultānīyyah wa al-Wilāyat al-Dīnīyyah*. Qum: Maktab al-‘lām al-Islāmī.
70. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). *Mirāt al-‘Uqūl fī Sharḥ ‘Akhbār Āl al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyah.
71. al-Ḥillī, Ja‘far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 2004/1425. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā‘il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Beirut: Dar al-Qārī.
72. Aḥmad ibn Yaḥyā ibn al-Murtaḍā. 1974/1394. *Al-Baḥr al-Zakḥkḥār; al-Jāmi‘ li Madhāhib ‘Ulamā’ al-Amṣār*. Beirut: Mu’assaṣt al-Risālah.
73. Al-Mutahharī, Murtaḍā. 2017/1438. Qum: Intishārāt-i Ṣadrā.
74. Al-Maghnīyah, Muḥammad Jawād. 2007/1428. *Fiqh al-Imām Ja‘far al-Ṣādiq*. Beirut: Mu’assaṣt al-Sibṭayn al-‘Alamīyyah.
75. Ibn Nu‘mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 2009/1430. *al-Muqni‘a*. Qum: Mu’assaṣt al-Nashr al-Islāmīyyah.
76. Al-Muntazirī, Ḥussaynalī. 1991/1411. *Dirāsāt fī*

Wilāyat al-Faqāh wa Fiqh al-Dawlat al-Islāmīyyah.
Qum: Dār al-Fikr.

77. Al-Najafī, Muḥammad Ḥassan. 1981. 1401. *Jawāhir al-kalām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām.* Beirut: Dār Iḥyā al-Turāth al-'Arabī.
78. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1988/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā'il.* Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
79. Al-Wāqidi, Muḥammad ibn 'Umar. 1993/1414. *Kitab al-Maghāzī.* Qum: Maktab al-'A'lām al-Islāmī.
80. Wellhausen, Julius. *Tārīkh al-Dawlat al-'Arabīyyah min Zuhūr al-Islām ilā Nihāyat al-Dawlat al-Umawīyyah..* Translated by Muḥammad 'Abd al-Hādī Abū Rīda. Paris: Dār al-Billion.
81. Durant, William James. 1965/1343. *Tārīkh Tamaddun.* Translated by Abulqāsim Pāyandeh. Shirkat-i Sahāmī Ufsut.
82. al-Ya'qūbī, Aḥmad ibn Abī Ya'qūb ibn Ja'far ibn Wahb ibn Waḍīḥ. 1998/1419. *Tārīkh al- Ya'qūbī.* Beirut: Dār al-Kutub al-'Imīyyah.

**JoStar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

102

**The Conflict between Testimonial Evidence and
Official Document from the Viewpoint of Fiqh and
Iranian Law¹**

Doi: 10.22034/jrj.2019.53000.1597

Hassan Andalib;

Lecturer at Advance Level of Qum Hawza Ilmiyyah & Visiting
Assistant Professor at Al-Mustafa International University

Abulqasim Alidoost;

Professor of Qum Research Institute for Islamic Culture and Thought;
(Corresponding Author); A-alidoost@gmail.com

Receiving Date: 2019-01-02; Approval Date: 2019-09-15

**Jostar- Hay
Fihi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

103

Abstract

Nowadays, official documents are considered as one of the most important proofs that are accepted by administrative and legal systems of the world. But in some cases, there are some other signs against official documents such as testimony of witnesses which conflict with the document's contents. Now, the question is, which of these two –official documents or testimonial evidence- must be given priority in the judgment. Article 1309 of the Iranian Civil Code has explicitly

1. AliDoost. A (2021); “ The Conflict between Testimonial Evidence and Official Document from the Viewpoint of Fiqh and Iranian Law “; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: ?? -?? Doi: 10.22034/jrj.2019.53000.1597

mentioned the submitting of official document. Although this article has been considered contrary to Islamic law by jurists of the guardian council, it still is in the text of the law and can be enforceable. This issue led to different judicial procedures in the same cases. Therefore, it is necessary to review and analyze the basics of each of these two viewpoints and to provide practical procedures for preferring either official document or testimonial evidence. The finding of this study is that, due to the incompatibility article 1309 with *fiqh* principles and viewpoints of the guardian council jurists, the said article must be corrected.

Key Words: Official Document, Testimonial Evidence, Conflict, Fiqh, Iranian Law, Assurance and knowing, Article 1309 of the Civil Code.

Jostar- Hay
Fiqhi va Usuli
Vol 6 ; No 21
Winter 2021

تعارض بینه و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران (پیشنهاد اصلاح ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی)^۱

حسین عندلیب^۲
ابوالقاسم علیدوست^۳

چکیده

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

۱۰۵

امروزه اسناد رسمی یکی از مهم‌ترین ادله پذیرفته شده نزد نظام‌های اداری و حقوقی-دنیا محسوب می‌شود. اما در برخی موارد، در مقابل سند رسمی، امارات دیگری همچون شهادت شهود وجود دارد که با محتوای سند در تعارض است. اکنون این پرسش مطرح است که در مقام دادرسی، کدام یک از سند رسمی و بینه را باید مقدم داشت؟ در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی ایران به صراحت از تقدیم سند رسمی سخن گفته است. با اینکه این ماده از دیدگاه فقهای شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده است؛ اما همچنان در متن قانون وجود دارد و کارایی اجرا دارد. همین مسئله سبب شده است رویه‌های قضایی متفاوتی در پرونده‌های مشابه بروز کند. از این رو ضروری است مبانی هر یک از دو دیدگاه بررسی و تحلیل شود و راهکاری عملی برای ترجیح هر یک از سند رسمی و بینه ارائه شود. یافته پژوهش آن است که با توجه به تنافی ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی با مبانی فقهی و دیدگاه فقهای شورای نگهبان، ضروری است ماده یادشده اصلاح شود.

کلیدواژه‌ها: سند رسمی، بینه، تعارض، فقه، قوانین ایران، علم و اطمینان، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴.

۲. استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و استادیار مدعو دانشگاه بین المللی المصطفی (ع)؛
hoseinandalib65@gmail.com

۳. استاد تمام پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم. (نویسنده مسئول)؛ A-alidoost@gmail.com

مقدمه

امروزه اسناد رسمی از مهم‌ترین ادله پذیرفته‌شده در نظام‌های اداری و حقوقی-دنیا محسوب می‌شود. اما در برخی موارد در مقابل سند رسمی، امارات دیگری همچون شهادت شهود وجود دارد که با محتوای سند در تعارض است. مثلاً ملکی سال‌ها به‌عنوان مسجد، حسینیه، بیمارستان و... بوده است و شاهدانی بر وقف‌شدن آن ملک شهادت می‌دهند؛ اما مالک سابق با ارائه سند رسمی، ادعای مالکیت نموده و دعوی وقف را منکر می‌شود. یا اینکه شخصی مدت‌ها در منزلی سکونت دارد پس از گذشت چندسال، مالک سابق با ارائه سند رسمی، ادعای مالکیت می‌کند و دعوی مالکیت ذوالید را مردود می‌شمارد.

اکنون این پرسش مطرح است که در مقام دادرسی، کدام‌یک از سند رسمی و بیّنه را باید مقدم داشت؟ از آنجا که در کشور ایران، قانون و دیدگاه فقهای شورای نگهبان با هم متفق نیست^۱ و از این رو رویه قضایی واحدی نیز وجود ندارد، پژوهش حاضر برای پاسخگویی به این پرسش مهم سامان یافته است. در این پژوهش ابتدا به مفهوم‌شناسی سند، شهادت و تعارض پرداخته می‌شود و سپس دیدگاه فقه و حقوق ایران درباره تعارض سند و شهادت بررسی، تحلیل و نقد می‌شود. در گام بعدی، رویه قضایی ایران درباره مسئله موردبحث قرار می‌گیرد و در پایان دیدگاه مختار تبیین می‌گردد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. تعارض

تعارض در لغت به معنای یکدیگر را پیش‌آمدن، متعارض یکدیگر شدن و معارضه کردن با هم و معارضه به معنای در برابر دیگری پیش‌آمدن است. (بیهقی، ۱۳۶۶، ۸۵۳/۲؛ ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ۲۷۲/۴). در اصطلاح اصول‌فقه، تعارض، تنافی داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است، به طوری که با هم متضاد یا متناقض باشند (انصاری، ۱۳۶۵، ۷۵۰/۱). در باب تعارض ادله و امارات قضایی نیز همین معنا لحاظ شده است، به گونه‌ای که با یکدیگر قابل جمع نباشند؛ مانند

۴. ماده ۱۳۰۹ ق.م.اظهار می‌دارد: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد». شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ خود اعلام نمود: «... ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بی‌بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد». همچنان تعارض بین متن قانون و ذیل آن که نظریه فقهای شورای نگهبان است باقی است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۰۶

این که دو شاهد در دادگاه شهادت دهند که حق معینی متعلق به شخص (الف) است و دو شاهد دیگر شهادت دهند که همان حق، متعلق به شخص (ب) است. برخی حقوق دانان اظهار کرده‌اند که تعارض دارای سه عنصر است: ۱. وجود دست کم دو دلیل؛ ۲. وجود حالت ارتباطی بین دو دلیل؛ ۳. ناسازگاری در دلالت آن دو دلیل. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲۶۲-۲۶۳) مطابق این بیان - حداقل در نگاه ابتدایی به آن - مطلق ناسازگاری در دلالت دو دلیل برای تحقق تعارض کافی دانسته شده است. درحالی که صرف ناسازگاری کافی نیست؛ بلکه باید ناسازگاری به گونه‌ای باشد که دو دلیل قابل جمع نباشند. با این قید، ناسازگاری‌هایی از قبیل مطلق و مقید، عام و خاص و... از تعریف تعارض خارج می‌شود. از سوی دیگر، تعارض هنگامی محقق می‌گردد که اعتبار دو دلیل متعارض، مسلم بوده و تضاد در بین مدلول آن‌ها باشد.

۱-۲. سند

سند، به مفهوم اعم، عبارت است از آنچه بدان اعتماد کنند (معین، ۱۳۶۳، ۱۹۲۹/۲). به دیگر سخن، هر تکیه‌گاه و راهنمای مورد اعتماد است که بتواند اعتقاد دیگران را به درستی ادعا جلب کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۷۱-۲۷۵). در مفهوم اخص و در اصطلاح حقوقی، «سند، عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد.» (ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی) طبق این تعریف، دلیلی سند محسوب می‌گردد که نوشته باشد و نیز بتواند در دادرسی، در مقام دعوا یا دفاع، مورد استناد قرار گیرد. در هر حال، نوشته را علی‌القاعده، در صورتی می‌توان به مفهوم اصطلاحی، سند دانست که دارای امضا، اثر انگشت و یا مهر شخصی باشد که سند به او نسبت داده می‌شود.

البته براساس قوانین جدید «داده‌پیام» نیز در زمره اسناد قرار گرفته است. ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ در این باره مقرر می‌دارد: «اسناد و ادله اثبات دعوا ممکن است به صورت داده‌پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان براساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده‌پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد.»

هر نوشته‌ای، در اصطلاح حقوقی، سند نامیده نمی‌شود و محدود است به این که در دادرسی برای اثبات دعوا یا دفاع از دعوی مطروحه بتوان به آن استناد نمود. نتیجه این محدودیت آن نیست که علیه اصحاب دعوا، فقط نوشته‌هایی قابل استناد است که از ناحیه خود آن‌ها صادر شده باشد؛ بلکه ممکن است سند از ناحیه کسانی صادر شده باشد که اصحاب دعوا حق خود را از آن‌ها مطالبه

می‌نمایند (مانند مورث یا ناقل) (صدرزاده افشار، ۱۳۶۹، ۶۱).
به‌طور معمول، هدف از تنظیم سند، اثبات اعمال حقوقی مانند عقود و ایقاعات از قبیل بیع، اجاره، نکاح و طلاق است. در عین حال، نوشته‌ای که در اعمال مادی و وقایع حقوقی تنظیم می‌شود نیز سند محسوب می‌شود؛ مانند اسناد سجلی تولد و وفات.

لزوم امضای سند، در تعریف ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی نیامده است؛ اما از اصول کلی حقوقی و عرف مسلم، این رکن سند، به‌خوبی استنباط می‌شود. علاوه بر این، قوانین مختلفی ضرورت امضا را، به‌عنوان رکن اصلی سند، تأیید می‌کنند. در عین حال، در برخی موارد خاص، از جمله ماده ۱۲۹۷ قانون مدنی (راجع به دفاتر تجاری)، قانون‌گذار نوشته‌ی امضا را نیز معتبر دانسته است. بنابراین می‌توان گفت از نظر حقوق ایران سند، عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد و در همه موارد باید مورد امضا واقع شده باشد؛ هرچند در برخی موارد مثل دفاتر تجاری چنین الزامی وجود ندارد.

در فقه امامیه، سند در شمار ادله ذکر نگردیده و طبیعی است که تعریفی هم برای آن داده نشده باشد. در عین حال، گاه سند به‌عنوان «نوشته به‌طور مطلق» مورد نظر بوده و به بحث درباره‌ی اعتبار آن از جهات دیگر پرداخته شده است؛ بدون آن که خصوصیت دیگری برای نوشته، از حیث ماهیت آن و به‌طور مستقل از دلیل اعتبار آن، ذکر کنند (نجفی، ۱۳۶۲، ۱۰۴-۱۰۹).

۱-۳. شهادت

شهادت، اخبار فرد نزد مراجع قضایی از دیده‌ها، شنیده‌ها یا سایر آگاهی‌های حسّی است که به‌صورت اتفاقی یا به درخواست یکی از اصحاب دعوا از موضوعی پیدا کرده است. بنابراین «شهادت» با «اقرار» این تفاوت اساسی را دارد که «اقرار» به زیان خود و به سود دیگری است و با «ادعا» که اخبار به سود خود و به زیان دیگری است نیز متفاوت است. «شهادت» با «کارشناسی» نیز تفاوت دارد؛ زیرا کارشناس محسوسات خود را با دخالت دادن تخصص خود و نتیجه‌گیری از آن‌ها ارائه می‌نماید؛ در حالی که گواه بدون دخالت دادن تخصص احتمالی خود اخبار می‌نماید؛ بدون آن که خود از آن نتیجه‌گیری کند. «شهادت» با اخبار از حدس و غیرحسّ (هرچند قطعی) نیز متفاوت است.

در کتب فقهی امامیه، تعریف خاصی از «شهادت» بیان نگردیده و بر معنای لغوی آن یعنی «خبر قطعی دادن از چیزی» اعتماد شده است. در عین حال، در شرایط خاصی اصطلاح «بینه» به آن اطلاق گردیده که از ادله و حجت‌های

شرعی محسوب می‌شود و برای اثبات هر نوع دعوا، صورت یا صورت‌های خاصی از آن پذیرفته و استماع می‌شود. (شهیدثانی، بی تا، ۶۳-۶۱ و محقق‌حلی، بی تا، ۸۶۰-۸۶۴).

۲. تعارض سند با شهادت در حقوق ایران

پیش از اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۶۱، نظام حاکم بر اثبات، کتابت بود نه شهادت؛ بدین معنی که در اعمال حقوقی، شهادت سهم بسیار اندکی در اثبات دعاوی داشت. میزان اعتبار شهادت چندان ناچیز بود که کسی با استناد به شهادت، رغبت طرح دعوا را پیدا نمی‌کرد.
ماده ۱۳۰۶ قانون مدنی مقرر می‌داشت:

«جز در مواردی که قانون استثنا کرده است، هیچ‌یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصدریال باشد، نمی‌توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد؛ ولی این حکم مانع از آن نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند.»
ماده ۱۳۰۷ قانون مدنی نیز در مورد عقود و ایقاعات با موضوع مذکور در ماده قبل، دعوای «... کسی که مدعی است به تعهد خود عمل کرده یا به نحوی از انحاء قانونی بری شده است...» را به استناد شهادت قابل اثبات نمی‌دانست.
همچنین در ماده ۱۳۰۸ قانون مزبور آمده بود که:

«دعوای سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آن‌ها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده؛ ولو آن که موضوع سند کمتر از پانصدریال باشد، به شهادت قابل اثبات نیست.»
به علاوه، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌داشت:

«در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.»
بدین ترتیب، پیش از اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۶۱، نه تنها دعوا با ارزش محدودی می‌توانست با شهادت اثبات شود، در همان قلمرو محدود نیز توان مخالفت با سند را نداشت.

برخی حقوق‌دانان دلیل این بی‌اعتمادی افراطی به شهادت را به تعبیر خود-هم تاریخی دانسته‌اند و هم تجربی (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۵۳). تاریخی از این جهت که پس از مشروطیت، در نوسازی نظام حقوقی خود، شیفته پذیرش هرچه بیشتر مظاهر تمدن اروپایی شدیم؛ اما دنباله تحولات نهادهای قدیمی در عصر جدید

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

را رها ساختیم و تجربی به این علت که رویه قضایی احساس کرد، اشتباه‌ها و بی‌اعتنایی‌ها و انحراف‌های اخلاقی شهودچندان شایع شده است که دیگر نباید به گفته آنان اعتماد کرد.

در سال ۱۳۶۱، قانون مدنی مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸، ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱ که قلمرو اعتبار شهادت را محدود می‌ساخت حذف کرد؛ از میان مواد مربوط به حدود اعتبار شهادت، تنها ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی باقی ماند تا شهادت نتواند اعتبار اسناد رسمی و معتبر را از بین ببرد؛ اما شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ خود اعلام کرد:

«... ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین‌وسیله ابطال می‌گردد.» و همچنان تعارض بین متن قانون و ذیل آن که نظریه فقهای شورای نگهبان است باقی است و همین امر باعث از بین رفتن وحدت رویه قضایی در این مورد شده است. باین‌همه برخی بر این باورند آنچه دارای رسمیت می‌باشد، متن صریح قانون است که سند رسمی را بر شهادت مقدم داشته است و از آنجا که در بازنگری قانون مدنی این ماده حذف نشده است همچنان قدرت اجرایی دارد و قابل استناد محاکم است. لیکن با توجه به اصل چهارم قانون اساسی ایران که مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.» و با عنایت به نظریه صریح شورای نگهبان باید گفت، از منظر حقوق ایران ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی دیگر قابل استناد نیست و استناد به آن فاقد وجهت قانونی است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۱۰

۳. تعارض سند با شهادت در فقه

فقها در کتب فقهی به‌طور مفصل به ادله اثبات دعوی پرداخته‌اند و نظرات مشابهی در این باب دارند. در باب سند، می‌توان از مکتوبات ایشان نکاتی را استخراج نمود. مشهور فقها حجیت سند را نپذیرفته‌اند و عبارت مشهور «أما الكتابة فلا عبرة بها» در کتب فقهی وجود دارد. صاحب‌جواهر نیز بر این مطلب ادعای اجماع می‌کند و دلیل عدم اعتبار سند را امکان جعل، عدم قصد کاتب و عدم وجود دلیل شرعی بر اعتبار آن می‌داند. لیکن ایشان پس از بررسی ادله، حجیت سند مکتوب را به‌صورت مشروط پذیرفته و در این‌باره می‌نویسد:

«در صورتی که قرائن حالیه و غیر آن وجود داشته باشد که نویسنده معنا و مدلول الفاظی را که نوشته است اراده کرده، ظاهر این است که عمل به آن جایز است؛ چراکه سیره مستمره در زمان‌ها و مکان گوناگون بر همین امر استقرار یافته است؛ بلکه می‌توان بر این مسئله، ادعای ضرورت کرد و خصوصاً با ملاحظه عمل علما که در نسبت دادن مخالفت و موافقت به یکدیگر و نقل اجماع و غیر آن، به کتاب‌ها و نوشته‌های رایج در میان خود اعتماد می‌کنند.» (نجفی، ۱۳۶۲ق، ۳۰۴/۴۰)

علامه حلی معتقد است، جایز نیست قاضی در صورتی که مطالبی {از محکمه قضا} را فراموش کرده باشد به خط خود اعتماد نماید؛ چراکه در خط احتمال و امکان ساختگی بودن می‌رود. بالاتر از آن ایشان معتقد است، اگر خط محفوظ و ایمن از تحریف هم باشد حداکثر می‌تواند روایت خیر بکند، نه اینکه به موجب آن خط شهادت بدهد یا حکم کند (حلی، ۱۳۶۲، ۱۹۳). فقهای دیگر از جمله محقق حلی و امام خمینی نیز همین نظر را پذیرفته‌اند (ر.ک: محقق حلی، بی‌تا، ۳۴۱/۳؛ امام خمینی، ۱۳۷۹، ۴۳۳/۲).

اما آنچه که عرصه برای پذیرش این دیدگاه ضیق می‌نماید، آن است که امروزه در تمام کشورها فارغ از مذاهب و ادیان گوناگون، هم نظام حقوقی و هم عرف و سیره عقلا بر پذیرش سند رسمی اتفاق دارند. بنابراین نمی‌توان سخن از بی‌اعتباری اسناد رسمی کرد. هرچند این سخن بدان معنا نیست که این اسناد از چنان اعتباری برخوردار شود که سایر امارات و بینات در تعارض با آن بی‌اعتبار قلمداد گردد. بنابراین پذیرش اعتبار سند رسمی یک مطلب است و اعتبار حداکثری بخشیدن و بی‌اعتبارسازی سایر امارات مطلب دیگری است. مؤید پذیرش حجیت سند رسمی آیه شریفه ۲۸۲ سوره بقره است که می‌فرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا...)^۹

۵. «ای اهل ایمان! چنانچه وامی به یکدیگر تا سر آمد معینی، دادید، لازم است آن را بنویسید. و باید نویسنده‌ای [سندش را] در میان خودتان به عدالت بنویسد. و نباید هیچ نویسنده‌ای از نوشتن سند همان گونه که خدا [بر اساس قوانین شرعی] به او آموخته است، دریغ ورزد. او باید بنویسد و کسی که حق به عهده اوست باید [کلامش را جهت تنظیم سند برای نویسنده] املا کند و از خدا که پروردگار اوست

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

بسیاری از دانشمندان اسلامی، آیه مذکور را یکی از ادله محکم در جهت اثبات کتابت و جهت سند مکتوب به کار می‌برند. چنانکه محقق کاظمی در این مورد نوشته است: «از این تأکیدات قرآنی درباره لزوم کتابت، چنین استفاده می‌شود که سند مکتوب، امری معتبر و حجت شرعی است» (کاظمی، ۱۳۶۵، ۶۵/۳). از کلام بعضی مفسران نیز همین نکته استفاده می‌شود که سند کتبی، امری معتبر است (طبرسی، ۱۴۱۶ق، ۲/۲۱۹). البته همان‌طور که گفته شد نباید معتقد به حجیت حداکثری و بی‌قید و شرط سند شد.

در خصوص بیّنه و شهادت اغلب فقها، اعتبار بیّنه را به‌عنوان یک اماره - که حداکثر افاده ظن می‌کند - منسوب به شارع می‌دانند. چه آن‌هایی که معتقد به اعتبار معجول از قبل شارع هستند و یا آن‌هایی که اعتبار آن را عقلایی قلمداد می‌نمایند که به امضاء و تأیید شارع رسیده باشد.

در قوانینُ الأصول (قمی، ۱۳۷۸ق، ۴۷۳) در خصوص دلیل اعتبار شهادت عدلین با وصف عدم افاده علم، آمده است: چون بیّنه، شرعاً جانشین علم است، اعتبار دارد. اعتبار بخشی از سوی شارع در لسان دیگر فقها نیز به چشم می‌خورد. میرزای قمی همچنین در غنائم الایام (قمی، ۱۴۱۷ق، ۳۰۳/۵) اعتبار بیّنه را تعبد محض می‌داند. این تعبیر در اقوال دیگران نیز وجود دارد (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۲۰ق، ۲/۴۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۲ق، ۲/۷۸).

شیخ طوسی بر پایه روایتی از سکونی و از قول جمیع فقها (سنی و شیعه) نقل می‌کند که اگر دو شاهد عادل، به حقی شهادت بدهند و حکم اجرا شود، سپس از شهادت خود برگردند، قاضی حکم خود را نقض نمی‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۶/۳۲۱). شیخ در ادامه در تأیید این قول چنین تعلیل آورده است: حکمی که قاضی صادر کرده، از سوی شارع، قطعی و معتبر است. در حالی که صدق گفتار شهود، در رجوع بعدی، قطعی نبوده بلکه کذب آن‌ها محتمل است. لذا چیزی که کذب آن محتمل است نمی‌تواند حکم قطعی را که شارع به آن اعتبار بخشیده نقض کند.

این قول، نشانگر اعتقاد وی به تعبدی بودن اعتبار شهادت شهود است. چراکه همان احتمال صدق و کذبی که در هنگام رجوع از شهادت مطرح شد، به هنگام ادای شهادت نیز متصور است؛ مگر اینکه همانند برخی فقها (موسوی خوئی، ۱۳۶۸ق، ۵/۳۴۸) گفته شود: جعل اعتبار از سوی شارع، در مرحله ادای شهادت، منجر به علم تعبدی شده (در عالم تشریح) و احتمال خلاف را از

پروا نماید و از حق چیزی را نگاهد».

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

بین می‌برد؛ درحالی که در مرحله رجوع، چنین جعلی از سوی شارع وجود ندارد. عموم فقها قائل به تعدد بودن اعتبار بینه هستند، البته به جز برخی از آنها که در مبانی این قول اختلاف نظر دارند (ابن قدامه، بی تا، ۱۲/۱۳۸). چه آنهایی که بینه را مانند سایر امارات، سبب می‌دانند و چه آنهایی که برای آن طریقت قائل اند. در قول به طریقت، ممکن است محذوری پیش آید و آن اینکه پس از رجوع شهود از شهادت خود، طریق بودن به سوی واقع و کاشفیت، مخدوش شده و در نتیجه شهادت قبلی از اعتبار بیفتد. شاید در جهت رفع چنین محذوری است که برخی فقها (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۳/۲۹۱) طریقت را نیز به جعل شارع قلمداد نموده‌اند.

پس از بررسی میزان حجیت هریک از شهادت و سند رسمی در فقه، اکنون باید دید در مسئله تعارض سند رسمی با شهادت شهود چند نهاد در عرصه بحث حضور دارند و چه رابطه‌ای بین آنها حکم فرما است. در تعارض سند رسمی با شهادت شهود نهاده‌های زیر حضور دارند:

۱. سند رسمی؛

۲. استصحاب به نفع مالک قبلی؛

۳. ید فعلی با عنوان مالکیت یا وقف؛

۴. شهادت شهود بر مالکیت یا وقف.

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

۱۱۳

ابتدا باید رابطه «استصحاب» و «ید» که با یکدیگر در تعارض بوده و هریک از آنها مؤید بینه یا سند رسمی هستند بررسی شود. در تعارض بین استصحاب و ید، برخی فقها همچون محقق نائینی معتقدند، اگر سابقه ید فعلی، غیر مالکانه بوده است، استصحاب مقدم است. محقق نائینی در این باره می‌نویسد: «بدون هیچ اشکالی، استصحاب بر ید حکومت دارد.» وی سپس ادامه می‌دهد: «سجلات (اسناد) و اوراق اجاره پذیرفته می‌شود و مال از ید کسی که اکنون ادعای ملکیت می‌کند گرفته می‌شود.» (نائینی، ۱۳۷۴ق، ۴/۶۰۴) البته محقق عراقی، نقدی را بر سخن محقق نائینی وارد می‌داند و می‌گوید: «بعد از پذیرش اماریت ید، مجال برای جریان استصحاب نیست چه برسد بر تقدم آن بر ید. زیرا لازمه اماریت ید، این است که جهل درباره ملکیت آنکه مال در ید اوست را از بین می‌برد. {یعنی لوازم امارات حجت است و بر این بنیان پذیرش ید، یعنی پذیرش مالکیت صاحب ید فعلی}. و لازمه تطبیق ید مالکیت بر این ید {فعلی} آن است که این ید غصبی، امانی و... نیست. {بر این اساس دیگر جهلی در موضوع باقی نمی‌ماند} پس موضوع اصل عملی {که جهل به

وضعیت مورد است} برداشته می‌شود. {و دیگر اصل جریان پیدا نمی‌کند}» (عراقی، بی‌تا، ۲۳/۲-۲۴).

درحقیقت، اشکال محقق عراقی، اشکال مشهوری است و آن اینکه باوجود اماره نوبت به اصل عملی نمی‌رسد، حال چگونه است که محقق نائینی اصل عملی را بر اماره {ید} مقدم پنداشته است؟

محقق عراقی و محقق خوبی با عنایت به اشکالی که در سخن محقق نائینی (وجود مقتضای جریان قاعده ید و درعین حال جاری‌نساختن آن به خاطر استصحاب) وجود داشت، برای عدم جریان قاعده راه دیگری را پیش گرفته و معتقدند دلیل اصلی قاعده ید، سیره عقلا است و از آنجایی که سیره دلیل لَبّی است فاقد اطلاق است و موارد مشکوک مانند مسئله موردبحث که سابقه ید مشخص است را شامل نمی‌شود (ر.ک: عراقی، بی‌تا، ۲۲/۲-۲۳؛ خوبی، ۱۹۹۳، ۴۵۷/۲).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: در سیره‌های عقلایی به جای آنکه بر لَبّی بودن آن تأکید شود و بر این اساس تمام موارد مورد شک از ذیل دلیل خارج است، بهتر است که به واکاوی، پیشینه‌کاوی و پسینه‌کاوی سیره‌های عقلایی پرداخت. از رهگذر این واکاوی‌ها می‌توان به نتایج دقیق و منطبق با واقعیت‌های موجود در سیره عقلا رسید.

**جستارهای
فقهی و اصولی**
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۱۴

در مسئله موردبحث با بررسی سیره عقلا به این نتیجه می‌رسیم که از منظر عقلا همه مصادیق قاعده ید دارای حکم واحد نیست! بلکه اگر مدعی مالکیت به صورت طولانی مدت بر ملک مورد نظر استیلا داشته و مالک قبلی نیز از این استیلا با خبر بوده است و در این مدت هیچ اعتراضی بر این استیلا نداشت، این خود شاهد بر آن است که ید مدعی مالکیت ید مالکانه است. در غیر این صورت مالک سابق در اولین فرصت باید از این استیلا اعلام نارضایتی می‌نمود و مراتب را به نظر صاحب ید می‌رساند.

در عرف امروزی عقلا، پیش از اتمام اجاره و یا به محض اتمام اجاره مالکان نظر خود را درباره ادامه تصرف متصرف بیان می‌نمایند، چگونه است که این شخص سال‌ها در ملک مورد تنازع تصرف داشته است و در تمام این سال‌ها، مالک هیچ اعتراضی نکرده است و یک‌باره اکنون ادعای مالکیت خود و عدوانی بودن تصرف متصرف می‌نماید!

این نکته‌ای است که در موقوفات عام به صورت پررنگی قابل طرح است. چگونه است که سال‌ها، ملکی با عنوان وقف عام در اختیار مؤمنین بوده است و

اکنون پس از گذشت سال‌های طولانی مالک یا ورثه او ادعای مالکیت می‌نمایند؟ چرا این ادعا در همان روزهای ابتدایی که این ملک در حال تبدیل شدن به مسجد، مدرسه، بیمارستان و... بود مطرح نشد؟ البته اگر عذر موجهی برای مالک یا ورثه وجود داشته باشد مانند آن که سال‌ها در خارج از کشور زندگی می‌کردند و اطلاعی از سرنوشت املاک خود در داخل کشور نداشتند و وکیل و نماینده‌ای نیز برای رسیدگی به اموال خود در داخل کشور تعیین نکرده بودند باید با احتیاط بیشتری به ادعای آن‌ها رسیدگی شود.

و این ادعا که فرض سخن مثل محقق عراقی و خوئی خارج از این صورت است، با توجه به اطلاق کلام ایشان پذیرفتنی نیست.

امام خمینی در تعارض بین استصحاب و اماره ید هرچند سابقه ید مشخص باشد، قائل به تقدیم اماره بر استصحاب شده است (ر.ک: امام خمینی، ۱۳۷۹، ۸۵/۲).

براساس آنچه گذشت، اماره ید که به نفع وقف است بر استصحاب مقدم است و استصحاب از صحنه ادله خارج می‌گردد. اکنون سند رسمی، شهادت شهود و ید طولانی مدت بر ملک با عنوان وقف عام در صحنه باقی است. در این تعارض، شهادت شهود و ید طولانی مدت قوی‌تر از سند رسمی است. مرجح این تقدیم آن است که در ادعای وقف عام، امکان نفع شخصی و فردی منتفی است؛ درحالی که در ادعای مالکیت مالک سابق، نفع شخصی و فردی وجود دارد.

بنابراین از دیدگاه فقها مکتوبات و سند دارای حجیت نیست؛ لیکن شهادت شهود یکی از امارات و موردپذیرش شارع است؛ بنابراین می‌توان گفت از دیدگاه فقها باید شهادت شهود را بر سند رسمی ترجیح داد. این دیدگاه در اظهارنظر فقهای شورای نگهبان ذیل ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی تبلور یافته است. لیکن نگارندگان بر این باورند که باید دیدگاه متعادل‌تری را انتخاب کرد. به نظر می‌رسد دیدگاه متعادل آن باشد که سند رسمی، شهادت شهود و سایر قرائن و شواهد را باید موردبررسی و تحلیل قرار داد و آنچه که از قوت و مؤیدات بیشتری برخوردار بود بر دیگری ترجیح داد. به عبارت دیگر اگر سند رسمی به وسیله سایر قرائن و شواهد مورد تأیید قرار گرفت بر شهادت صرف ترجیح یابد و اگر شهادت شهود با سایر قرائن و شواهد مورد تأیید قرار گرفت بر سند ترجیح یابد.

۳. تعارض سند و شهادت در رویه قضایی ایران

قانون‌گذار در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی به صراحت از تقدیم سند رسمی

بر شهادت شهود سخن گفته است. لیکن فقهای شورای نگهبان این ماده را «خلاف شرع» دانسته و آن را ابطال کرده‌اند. دیدگاه شورای نگهبان از این قرار است: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد» (نظریه فقهای شورای نگهبان منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴-۱۳۶۷/۸/۲۴).

هرچند شورای نگهبان به صراحت از غیرشرعی بودن این ماده قانونی سخن گفته و آن را ابطال نموده است؛ اما همچنان این ماده در قانون مدنی وجود دارد و در پاورقی ذیل ماده دیدگاه شورای نگهبان مطرح شده است!

این تعارض متن قانون و دیدگاه شورای نگهبان، وحدت رویه قضایی را دچار چالش کرده است. بررسی پرونده‌ها در این زمینه حاکی از عدم وحدت رویه قضایی در مسئله مورد بحث است. قضات دیوان عدالت اداری نیز در پرونده‌ای که بین سند رسمی و شهادت شهود تعارض واقع شده، شهادت شهود در مقابل سند رسمی را قابل پذیرش دانسته‌اند. (رای شماره ۱۷۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال بند ۲ - ۲ دستورالعمل نحوه پذیرش اسناد عادی به شماره ۸۶/۱/۲۹۴۵۹ مورخ ۱۳۸۶/۵/۹ سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری)

قضات دیوان عالی کشور نیز در یکی از آرای وحدت رویه به دو مطلب مهم اشاره کرده‌اند: «۱. طبق ماده (۳۵) قانون مدنی، تصرف به‌عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است تا خلافش ثابت شود. تصرف به‌عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است تا خلافش محرز شود. ۲. تصرف به‌عنوان وقف، قابل اثبات با شهادت شهود است.» (وحدت رویه شماره ۶۹۹)

در این نظریه به صراحت از دلالت تصرف به‌عنوان وقفیت بر وقفیت و همچنین اثبات وقف به‌واسطه شهادت شهود سخن به میان آمده است.

در یکی از دعاوی، شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور در برابر وصف تجریدی اسناد تجاری، شهادت را معتبر دانسته و آن را قابل ارزیابی تلقی کرده و با آنکه خواننده به صدور سفته‌ها و تسلیم آن‌ها به خواهان اذعان نموده، باین حال، رسیدگی به دعوی را خاتمه‌یافته تلقی نموده و استماع گواهی را الزامی شمرده است (تاریخ ۶۹/۸/۱۲ دادنامه شماره ۲۳/۴۶۵ پرونده کلاسه ۲۳-۴۸۸۷/۵-۴۸۸).

درعین حال، برخی دادرسان ترجیح می‌دهند که به‌جای بحث درباره صلاحیت شورای نگهبان در ابطال ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، در عمل به استواری قراردادهای مکتوب تکیه کنند و شهادت دیگران را وسیله بی‌اعتباری آن نسازند؛ به‌طوری که حتی دیوان عالی کشور، در برخی از آرای خود، براساس ماده یادشده

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

نظر داده است (رای شماره ۸/۲۰۸-۳/۵/۷۲/شعبه ۸ د.ع.ک؛ بازگیر، ۱۳۸۰، ۲۱۶).
 سؤالی که مطرح است این است که آیا عملکرد این دادرسان یا شعب دیوان عالی کشور، مبنی بر ترجیح سند بر شهادت، وجاهت قانونی دارد؟
 شاید تنها دلیلی که بتوان برای تأیید دیدگاه مبتنی بر ترجیح سند بر شهادت ارائه داد، نظریه ۷/۱۲۹۰-۳۰۲/۱۳۷۷/۳۰۲ اداره حقوقی قوه قضاییه باشد که مقرر می‌دارد: «با توجه به این که در اصلاحات سال ۱۳۷۰، تعرضی به متن ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی نشده و حذف نگردیده است، این ماده از نظر موضوع دارای قدرت اجرایی است (مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری، در زمینه مسائل مدنی، از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰، ۳۷۴).

نکته اصلی استدلال فوق، عدم حذف ماده ۱۳۰۹ در اصلاحات سال ۱۳۷۰ است؛ ولی آیا این استنتاج، بی توجهی به نظریه شورای نگهبان در خصوص مغایرت ماده مزبور با موازین شرعی نیست؟ برخی حقوقدانان برای نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه دو توجیه بیان کرده‌اند (ر.ک: خزائی، ۱۳۸۷) که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد.

به قصد نشان دادن تأثیر عناصر جانبی متعدد در تقدیم شهادت شهود بر سند یا بالعکس پرونده زیر را مطرح می‌کنیم:

۱۱۷

درخصوص پرونده‌ای که مربوط به یکی از مساجد شهر قم است، دادگاه بدوی یک رویه را پذیرفته و براساس آن حکم صادر کرده است و دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور رویه‌ای دیگر و حکمی متفاوت را صادر کرده‌اند. پرونده از این قرار است که به گفته شاهدان عینی آقای خ.ش در سال ۱۳۵۳ با دعوت از یکی از مراجع عظام تقلید و در حضور مؤمنین زمین خود به شماره پلاک ۱۰۲ را وقف مسجد می‌نماید و پس از اقامه نماز توسط مرجع تقلید و مؤمنین، محدوده آن زمین دیوارکشی شده و تابلوی کوچکی بر آن نصب می‌شود که «اینجا مسجد است». پس از گذشت ۶ سال، آقای م.ع (یکی از روحانیان موجه شهر) با هدف ساخت مسجد، اقدام به خرید زمینی در مجاورت زمین قبل به شماره پلاک ۱۰۳ می‌نماید. سپس از طریق آقای غ.ح.الف (داماد آقای خ.ش که وی از افراد موجه و متدین و مورد اطمینان بوده است) به آقای خ.ش اطلاع می‌دهد که قصد ساخت مسجد را دارد و اگر وی موافق است زمین خود را که در سال ۱۳۵۳ وقف مسجد کرده است تحویل وی نماید تا در مجموع دو پلاک مسجدی بزرگ و باشکوه ساخته شود. پس از گفتگوی آقای غ.ح.الف با آقای خ.ش وی ابراز رضایت می‌کند و به او می‌گوید «خداوند پدر آقای...

تعارض بینه و
 سند رسمی از
 دیدگاه فقه و حقوق
 موضوعه ایران

را بیامرزد». عین همین عبارت به آقای م.ع منتقل می‌شود. سپس برادر آقای خ.ش برای تحویل زمین به آقای م.ع حاضر می‌شود و زمین را به وی تحویل می‌دهد. آقای م.ع در عید سعید فطر سال ۱۳۶۰ با دعوت از یکی از مراجع عظام تقلید، ضمن برگزاری نماز عید فطر و در حضور انبوه جمعیت نمازگزار، قطعه زمین خریداری شده خود را نیز وقف مسجد می‌کند و آن مرجع تقلید کلنگ احداث را بر زمین می‌زند. از عصر همان روز عملیات عمرانی شروع می‌شود و آقای غ.ح.الف (داماد آقای خ.ش که خود معمار نیز بوده است) نقشه ساخت مسجد را ترسیم می‌نماید و در خرید آهن‌آلات نیز کمک می‌نماید. بالاخره در مدت ۱۲ ماه مسجد ساخته می‌شود و در اختیار مؤمنین قرار می‌گیرد.

پس از گذشت ۳۳ سال از ساخت و بهره‌برداری از مسجد مذکور، آقای خ.ش منکر وقف زمین خود برای مسجد می‌شود و با استناد به سند رسمی علیه آقای م.ع اقامه دعوی می‌کند. ابتدا به‌عنوان تصرف عدوانی از این شخص شکایت می‌کند که دادگاه بدوی و تجدیدنظر با توجه به شهادت مؤمنین بر حضور دو تن از مراجع تقلید، همچنین گواهی مرجع معظم تقلید که در پلاک ۱۰۳ تشریفات وقف را انجام دادند، حکم به برائت آقای م.ع می‌دهد. پس از آن آقای خ.ش علیه مستأجران دو باب مغازه مسجد اقامه دعوی می‌نماید و دادخواست «قلع و قمع مستحذات» و «خلع ید» را تقدیم دادگاه می‌نماید. دادگاه بدوی در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۵۱۳۱۰۰۹۷۸ مورخه ۱۳۹۳/۱۱/۱۱ این‌گونه بیان می‌دارد: در خصوص دعوی خواهان آقای خ.ش فرزند غ با وکالت... به طرفیت خواندگان آقایان ۱-ع.ب ۲-م.ر ۳-ج.ر ۴.ع.م با وکالت...، اگرچه طبق گزارش اداره ثبت اسناد و املاک منطقه... قم، خواهان مالک رسمی ملک فوق‌الذکر است؛ لیکن با توجه به دفاعیات وکیل خواندگان و مجموع دلایل ارائه شده از جانب وی که بعضی از آنها به تأیید مراجع عظام تقلید نیز رسیده است و شهادت شهود و متصرف بودن طولانی مدت خواندگان در ملک فوق و احداث شدن مسجد در بخش اعظم ملک و دو بار کلنگ زنی توسط مراجع عظام تقلید (مرحومان آیت‌الله العظمی... و آیت‌الله العظمی...)، در مجموع تصرف خواندگان در ملک مذکور غاصبانه نیست و با اجازه خواهان بوده است. لذا دادگاه به استناد مواد ۱۹۷ و ۲۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر بطالن دعاوی خواهان را صادر و اعلام می‌دارد).

نکته قابل توجه در رأی فوق آن است که «تصرف طولانی مدت»، «شهادت شهود» و «انجام تشریفات وقف در حضور دو مرجع تقلید» همگی قرائن و

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

شواهدی است که از نظر قاضی محترم بر سند ترجیح یافته است و منجر به رد دعوی خواهان می‌گردد.

آقای خ.ش دادخواست تجدیدنظر بر رأی صادره را تقدیم دادگاه تجدیدنظر می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر رأی خود را این‌گونه ابراز می‌دارد: «دادگاه با توجه به اوراق و محتویات پرونده اعتراض را وارد می‌داند؛ زیرا اولاً طبق استعلام ثبتی مالکیت تجدیدنظرخواه بر ملک متنازع‌فیه ثابت و محرز است. ثانیاً تصرفات تجدیدنظر خوانندگان طبق اظهارات وکیل محترم آن‌ها و طبق نظر کارشناس منتخب این دادگاه محرز است ثالثاً اظهارات و دفاعیات وکیل تجدیدنظر خوانندگان در جهت توجیه اقدام موکلین خود مستند به دلیل و مدارک محکمه‌پسند نیست؛ زیرا هیچ‌گونه دلیلی بر وقف ملک توسط مالک وجود ندارد و از اظهارات شهود هم مطلبی در جهت اثبات وقفیت ملک مشاهده نمی‌گردد و کلنگ‌زنی زمین یا نمازخواندن برخی از مراجع عظام تقلید هم مطلبی را به نفع تجدیدنظر خوانندگان اثبات نمی‌نماید؛ زیرا آنچه در وقفیت آن اختلافی وجود ندارد پلاک مجاور تحت عنوان ۱۰۳ فرعی است که در حال حاضر مشتمل بر مسجد... است و معلوم نیست مراجع معظم تقلید در محدوده کدام پلاک ثبتی اقدام به کلنگ‌زنی و یا نمازخواندن نموده‌اند و در زمان انجام اقدامات مذکور کسی اقدام به کارشناسی جهت تشخیص حدود ملک موقوفه نکرده است و انجام هر یک از اقدامات مورد اشاره به‌طور رایج و معمول با راهنمایی مؤمنین و معتمدین بوده است. بنابراین دادگاه با توجه به مراتب فوق ضمن وارد دانستن اعتراض تجدیدنظرخواه به استناد ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و دعوی خواهان بدوی ثابت و موجه تشخیص داده و به استناد مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون مدنی رأی بر خلع ید تجدیدنظر خوانندگان از پلاک ثبتی متنازع‌فیه و قلع‌و‌قیمع بنای دو باب مغازه مورد اختلاف واقع در طرفین درب ورودی مسجد... بدون تخریب سرویس بهداشتی مسجد و با حفظ دیوارهای اشتراکی مغازه‌ها با مسجد و مغازه مجاوران صادر می‌نماید و به‌منظور رعایت قیود مذکور لازم است اجرای حکم قلع‌و‌قیمع تحت نظر کارشناس محترم دادگاه آقای مهندس... صورت گیرد» (ش پرونده: ۹۳۰۹۹۸۲۵۱۳۱۰۰۴۹۹؛ ش بایگانی شعبه: ۹۳۱۳۶۷ تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹).

به نظر می‌رسد آنچه مورد نظر از سوی دادگاه تجدیدنظر قرار نگرفته، آن است که به‌صورت «طولانی‌مدت» ملک متنازع‌فیه در اختیار مؤمنین بوده است

و در آنجا نمازگزارده شده است. همچنین عدم مشخص بودن محدوده زمین نیز امری ناموجه است؛ زیرا به شهادت شهود شخص آقای خ.ش از مرجع تقلید دعوت کرده تا در حضور ایشان زمین خود را وقف نماید و تشریفات وقف و نماز تحیت مسجد در آنجا برگزار شود. با توجه به اصالت صحت فعل مسلم نمی‌توان در مشخص بودن محدوده زمین تردید کرد. اینکه محدوده ملک مشخص نشده است نیز دعوی است که به تصریح شاهدان عینی مردود است، چه اینکه محدوده ملک با دیوارکشی معین شده است و تابلوی «اینجا مسجد است» بر آن نصب شده است. نکته آخر اینکه آقای خ.ش منکر وقف پلاک ۱۰۲ است و برای دادگاه تجدیدنظر این امر احراز شده است؛ لذا تمام این پلاک باید مورد تشکیک قرار گیرد و معنا ندارد سطح همکف که مغازه‌های تجاری است به آقای خ.ش داده شود؛ ولی طبقه زیرین آنکه سرویس بهداشتی و در وسط این پلاک که راهروی مسجد است استثنا گردد.

به عبارت دیگر یا وقفیت این پلاک برای دادگاه تجدیدنظر احراز شده است که در این صورت نباید رأی به تعلق دو باب مغازه به آقای خ.ش را صادر نماید. یا وقفیت احراز نشده است که در این صورت وجهی برای استثنای سرویس‌های بهداشتی و راهروی مسجد که از وسط پلاک فوق می‌گذرد وجود ندارد. بنابراین تبعض ملکیت در یک پلاک با ادعای مالکیت تمام آن از سوی مدعی سازگاری ندارد.

پس از صدور رأی دادگاه تجدیدنظر، اداره کل اوقاف و امور خیریه قم و هیئت امنای مسجد فوق‌الذکر برای احیای حقوق مسجد، دادخواست اثبات وقفیت را تسلیم دادگاه عمومی - حقوقی می‌نمایند. شعبه... دادگاه عمومی - حقوقی قم با بررسی محتویات پرونده و دفاعیات طرفین نظر خود را این‌گونه ابراز می‌دارد: «... نظر به اینکه ۱- صحت دعوی خواهان فرع بر وقوع وقف عام است. ۲- مطابق مواد ۵۶ و ۶۲ قانون مدنی وقوع وقف عام منوط به قبول و قبض حاکم است. ۳- عنوان و سمت حاکم در مواد متخلف قانونی از جمله مواد ۲۲۲، ۲۲۸، ۲۳۰، ۲۳۷، ۲۳۸، ۳۹۵، ۵۳۴، ۵۹۱، ۵۹۴، ۶۵۲، ۷۷۹، ۸۳۳ و ۱۳۲۸ تصریح و ذکر شده است، با مذاقه در مواد قانونی اخیرالذکر مستفاد می‌گردد منظور و مقصود مقنن از حاکم، شخصی است که به موجب قانون حق قضاوت و صدور حکم دارد. ۴- اداره حقوقی قوه قضائیه نیز به موجب نظریه شماره ۱۱۸۳-۱۹/۲/۱۳۸۳ اعلام نموده است: «منظور از ذکر کلمه حاکم در ماده ۵۶ قانون مدنی شخصی است که صلاحیت صدور حکم را دارد و طبق

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۲۰

مقررات و قوانین مملکتی از سوی مقام صالح به امر قضائی در محل اشتغال دارد که در زمان فعلی با رئیس دادگاه عمومی محل انطباق دارد.)) ۵- ادله خواهان با (فرض تأثیر و ارزش) مثبت قبول و قبض حاکم مورد نظر مقنن نیست، لہذا بنا به مراتب پیش گفته دعوی خواهان غیر ثابت تشخیص داده شد و مطابق نصوص اشعاری و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم بر بی حقی خواهانها صادر و اعلام می گردد)) (ش دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۲۵۱۳۴۰۰۵۵۰ تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۰۶/۲۸).

در نقد رأی فوق گفتنی است: با توجه به اینکه وقف ملک متنازع فیہ در سال ۱۳۵۳ صورت پذیرفته است، طبیعتاً حاکم در آن زمان، از مصادیق طاغوت و حاکم جور است که نمی تواند منشأ اثر شرعی باشد. رویه مؤمنین در حکومت طاغوت، رجوع به مراجع عظام تقلید بوده است و در لسان روایات رجوع به حکومت طاغوت حتی در صورت ذی حق بودن نیز به صراحت نھی شده است (رک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۷/۱۳۶).

جستجو در منابع فقهی - حقوقی این قول را تقویت می کند که منظور از حاکم شرع «مجتهدی است که با موازین شرعی دارای فتوا است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۸، ۵۲۹؛ بنی هاشمی خمینی، ۱۱/۲) و روایات نیز مؤید همین برداشت است (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۶۷/۱؛ صدوق، ۱۳۹۵ق، ۴۸۴/۲).

۱۲۱

همچنین از سیاق عبارت قانون گذار در موارد ۱۰۵ و ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی چنین استنباط می شود که: منظور از علم قاضی، علم قاضی حاکم شرع است که چنین شخصی مجتهد جامع الشرایط است که علاوه بر ملکہ نفسانیہ عدالت، دارای درجه اجتهاد در رشته های فقه و اصول نیز است و گرنه دلیلی ندارد که قانون گذار در موارد مذکور از کلمه «حاکم شرع» استفاده کند. البته یقیناً حاکم شرع، شامل قضات مأذونی که فاقد اجتهادند نمی شود.

دلیل دیگر اینکه مواد ۲۳۱ و ۱۹۹ و ۱۰۵ و ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی برگرفته از فتوای امام خمینی است که می فرماید: «برای قاضی در حقوق الناس جایز است بر اساس علم خود حکم نماید بدون اینکه بینه، اقرار یا سوگند وجود داشته باشد. همچنین {عمل به علم قاضی جایز است} در حقوق الله...» (امام خمینی، ۱۴۳۴، ۴۳۷/۲) امام خمینی صفات این قاضی را این گونه بیان می دارد: «شرط است در قاضی، بلوغ، ایمان، عدالت و اجتهاد مطلق...» (امام خمینی، ۱۴۳۴، ۴۳۵/۲). بنابراین منظور از قاضی در زبان قانون گذار اسلامی، مجتهد جامع الشرایط است و به هیچ وجه شامل قضات مأذون نمی شود.

رأی دادگاه حقوقی مورد اعتراض اداره کل اوقاف و هیئت امنای مسجد قرار

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

می‌گیرد و برای تجدیدنظرخواهی به یکی از شعبات دادگاه تجدیدنظر قم ارجاع می‌شود. دادگاه تجدیدنظر ضمن پذیرش اشکال فوق‌الذکر به تفسیر دادگاه بدوی از «حاکم شرع» پس از بررسی محتویات پرونده و دفاعیات طرفین رأی خود را این‌گونه ابراز می‌دارد:

«... اگرچه به استدلال مذکور در دادنامه تجدیدنظر خواسته مبنی بر عدم احراز وقفیت به علت عدم قبول و قبض نشدن زمین توسط حاکم، از نظر شرعی ایراد وارد است؛ زیرا مطابق نظریه مشهور فقها و حضرت امام و مقام معظم رهبری اگر قصد مالک و ایجاب وی برای وقف نمودن زمین جهت مسجد احراز گردد و عده‌ای در آن مکان نماز بخوانند در تحقق وقف و قبض به عنوان مسجد کفایت می‌کند و نیازی به قبول و قبض مقام قضایی مخصوصاً قبل از انقلاب به عنوان حاکم نیست و رویه عملی واقفان مسجد هم چنین نبوده و نیست که جهت قبول و قبض مورد وقف به مقام قضایی مراجعه نمایند. ولی آنچه ضروری است احراز قصد و ایجاب مالک و وقف نمودن زمین توسط مالک برای مسجد است که با توجه به محتویات پرونده‌ها و تحقیقات انجام شده دلیل کافی برای اثبات این موضوع (یعنی ایجاب مالک رسمی زمین مورد دعوی و قصد وی برای وقف نمودن آن جهت مسجد) احراز نشده است، قرائتی از قبیل سکوت سالیان متمادی (حدود چهل سال) مالک رسمی در مقابل احداث مسجد در ملک وی و زمین مجاورش و اقدام وی به تنظیم سند رسمی و کالت شماره... مورخ ۸۴/۱۱/۱۲ دفترخانه... قم جهت وقف زمین مذکور برای مسجد با تولیت موکلین (آقایان ع.ش و ا.ر) و همچنین میزان تأثیر گواهی دو نفر گواه منعکس در صورت جلسه مورخه ۹۴/۱۰/۱۶ این دادگاه در حدی نیست که موجب علم و احراز قصد و ایجاب مالک رسمی زمین برای وقف نمودن آن جهت مسجد باشد. مخصوصاً با توجه به اینکه مالک رسمی زمین آقای خ.ش وقف کردن زمین مورد دعوی را جهت مسجد به شدت انکار می‌نماید و حتی حاضر به اتیان سوگند بود. بنابراین از سوی تجدیدنظرخواه ایراد یا اعتراضی که موجبات نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته را فراهم آورد به عمل نیامده است و از حیث نتیجه دادنامه مذکور مطابق موازین قانونی اصدار یافته و از نظر مقررات شکلی دادرسی نیز مخدوش نیست» (ش دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۲۵۱۸۷۰۱۱۹۲ تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۱۱/۱۰).

آنچه در این رأی بایسته بود مورد استناد قرار گیرد، تصرف طولانی مدت در ملک متنازع‌فیه و عدم اعتراض مالک سابق به این امر بوده است که خود اماره‌ای بر وقفیت ملک متنازع‌فیه و رضایت مالک است. پس از این اداره کل

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

اوقاف و امور خیریه قم و هیئت امنای مسجد دادخواست فرجام‌خواهی را به دیوان عالی کشور تقدیم می‌کنند و در نهایت شعبه... دیوان عالی کشور رأی خود را این‌گونه ابراز می‌کند:

«اعتراض فرجام‌خواهان با توجه مندرجات پرونده و رسیدگی‌های به‌عمل‌آمده وارد نیست و رأی دادگاه بنا به جهات منعکس در آن و مالکیت رسمی فرجام‌خواننده و مفاد دادنامه شماره ۲۰۰۵۱۱-۹۴/۶/۹-شعبه... دادگاه تجدیدنظر استان قم مبنی بر خلع ید و قلع و قمع مستحذات نسبت به دو باب مغازه از پلاک ثبتی ۱۰۲ فرعی از... اصلی بخش... قم که جزئی از خواسته اثبات وقفیت است و استماع گواهی گواهان که اعتبار و ارزش آن به نظر دادگاه است من حیث المجموع منطبق با موازین شرعی و قانونی است لذا ضمن ردّ اعتراض به استناد ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رأی فرجام‌خواسته را ابرام و پرونده را اعاده می‌نماید» (ش دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۸۳ تاریخ تنظیم: ۱۳۹۵/۲/۵).

تعارض بین‌ه
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ابران

۱۲۳

براساس رأی فوق آقای خ.ش مالک ملک متنازع‌فیه شناخته شد. در نقد رأی دیوان عالی کشور گفتنی است با توجه به اینکه فقهای شورای نگهبان عدم پذیرش شهادت شهود در مقابل سند رسمی را خلاف شرع تشخیص داده‌اند چگونه رأی فوق را طبق موازین «شرعی» می‌توان قلمداد کرد؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان با وجود تصریح فقهای شورای نگهبان مبنی بر خلاف شرع بودن ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی که بینّه را در مقابل سند رسمی غیر قابل پذیرش می‌داند طبیعتاً در پرونده فوق‌الذکر نیز از آنجا که در رأی دادگاه تجدیدنظر بر وجود سند رسمی تأکید ورزیده شده است و بدین خاطر شهادت شهود و همچنین گواهی یکی از مراجع تقلید بر شرح موقوع مورد پذیرش قرار نگرفته است چگونه می‌توان هم چنان بر مطابق شرع بودن رأی دادگاه تجدیدنظر، نظر داد؟

علاوه بر این براساس دیدگاه حضرت امام تصرف به‌عنوان وقف دلیل بر وقفیت است و اسناد کتبی حجیت شرعیه ندارند (ر.ک: کریمی، ۱۳۶۵، ۱۳۵)؛ بنابراین چگونه سند کتبی بر تصرف طولانی مدت که دلیل شرعی بر وقف است ترجیح داده شده است و در عین حال رأی مطابق شرع قلمداد شده است؟

لازم به توضیح اینکه براساس ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رأی دادگاه نباید خلاف بین شرع باشد.^۶ بنابراین و با توجه

۶. ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «در مورد آرای قطعی، جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به‌نحوی که در قوانین مربوط

به فتوای فوق‌الذکر از حضرت امام و دیدگاه فقهای شورای نگهبان چگونه رأی دادگاه تجدیدنظر که عملاً به سند رسمی اعتبار حداکثری بخشیده است و شهادت شهود و سایر قرائن و شواهد را نادیده گرفته است، مطابق شرع معرفی شده است؟

شایسته آن بود که قاضی محترم دیوان عالی کشور نیز با توجه به شهادت شهود منعکس در پرونده، همچنین حضور دو مرجع تقلید و انجام تشریفات وقف، تصرف طولانی مدت به‌عنوان مسجد و سایر قرائن و شواهد رأی دادگاه تجدیدنظر را نقض می‌کرد و صرفاً به وجود سند رسمی برای اثبات ادعای مدعی بسنده نمی‌کرد. زیرا براساس ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند». در این ماده به‌طور مطلق هر امری که قابلیت اثبات چیزی را داشته باشد، دلیل و قابل استناد شناخته شده است. بر این اساس در پرونده فوق‌الذکر که شهادت شهود و سایر قرائن و شهود مبنی بر انجام وقف موجود بود، شایسته آن بود که این دلایل موردعنایت قرار می‌گرفت و با توجه به کثرت و تراکم آن‌ها بر سند رسمی ترجیح می‌یافت.

۴. دیدگاه مختار و نتیجه‌گیری

دقت در ادله اعتبار شهادت و سند می‌تواند ما را به حکم تعارض سند رسمی معتبر با شهادت رهنمون کند. بررسی لسان ادله حجیت شهادت شهود و دیدگاه مشهور فقها این حقیقت را مبرهن می‌سازد که از دیدگاه شارع مقدس، شهادت شهود در زمره امارات «موضوعی» است. بر این پایه، نیازی به علم یا اطمینان‌آوری شهادت نیست و از این حیث نباید قاضی علم‌آوری شهادت را ملاک رأی قرار دهد؛ چنان‌که در دادنامه ش: ۹۴۰۹۹۷۲۵۱۸۷۰۱۱۹۲ به اشتباه این موضوع مطرح گردیده است. لیکن این ادله به‌دلیل حجیت علم و اطمینان و عدم وجود اطلاق در ادله اعتبار بیّنه حتی بر فرض علم و اطمینان به خلاف، بیّنه در این دو فرض معتبر نیست. از این رو بایسته آن است که قاضی در مقام تعارض سند رسمی و شهادت شهود، توجه بیشتری به قرائن موجود از جمله

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۲۴

مقرر است نمی‌توان رسیدگی مجدد نمود؛ مگر اینکه رأی، خلاف بین قانون یا شرع باشد که در آن صورت به درخواست محکوم‌علیه (چه در امور مدنی و چه در امور کیفری) و یا دادستان مربوط (در امور کیفری) ممکن است مورد تجدیدنظر واقع شود. تبصره ۱. مراد از خلاف بین این است که رأی برخلاف نص صریح قانون و یا در موارد سکوت قانون مخالف مُسَلِّمات فقه باشد).

«تصرف طولانی مدت»، «عدم اعتراض مالک قبلی»، «ذی نفع نبودن خواننده در موقوفات عام» و... نماید و سند رسمی را نیز مطمح نظر قرار دهد؛ چراکه با این امعان نظرها است که گاه به خلاف بیته می‌رسد.

نیز نباید غافل ماند که ادله اعتبار سند رسمی، به آن موضوعیت نمی‌دهد بلکه طریقت دارد؛ نهایت اینکه به عنوان ابزاری اطمینان‌آور یا علم‌آور به آن نگاه شود. هر چند عموم قضات ترجیح می‌دهند به امور مطرح در اطراف پرونده توجه نکرده و مطابق سند رسمی حکم نمایند.

بر اساس آنچه گذشت، پیشنهاد می‌گردد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی این گونه اصلاح گردد:

«در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات می‌گردد؛ مگر اینکه با توجه به عناصر مطرح در اطراف پرونده، علم یا اطمینان برخلاف دعوا پیدا شود. سند رسمی نیز می‌تواند یکی از اسباب حصول چنین علم یا اطمینانی باشد.»

منابع

• قرآن کریم.

۱. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۹۵). **کمال الدین و تمام النعمه**. تهران: اسلامیة.

۲. ابن فارس. (۱۴۰۴). **معجم مقاییس اللغة**. بیروت: عالم الكتاب.

۳. ابن قدامه، عبدالرحمن. (بی تا). **المغنی**. بیروت: دار الكتاب العربی.

۴. امامی، سید حسن. (۶۴۳۱). **حقوق مدنی**. تهران: سازمان انتشارات ابوریحان.

۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۳۶۵). **فرائد الاصول**. قم: چاپ عبدالله نورانی.

۶. بازگیر، یدالله. (۰۸۳۱). **تشریفات دادرسی مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آنها**. تهران: انتشارات فردوسی.

۷. بجنوردی، میرزا محمد حسن. (۱۴۱۹). **القواعد الفقهیه**. قم: نشر الهادی.

۸. بنی هاشمی خمینی، سید محمد حسن. (۱۳۸۵). (گردآورنده). **توضیح المسائل مراجع**. قم: اسلامی.

۹. بیهقی، احمد بن علی. (۱۳۶۶). **تاج المصادر**. تهران: چاپ هادی عالم زاده.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۸۷۳۱). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**. تهران: کتابخانه گنج دانش.

۱۱. حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). **وسائل الشیعه**. قم: موسسه آل‌البیت ().

تعارض بیته و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

۱۲. حسن فرج، توفیق. (۳۰۰۲). **قواعد الاثبات فی المواد المدنیة والتجاریة**. بیروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۳. حسن قاسم، محمد. (۳۰۰۲). **اصول الاثبات فی المواد المدنیة والتجاریة**. بیروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف مطهر. (۲۶۳۱). **تجارت، قضا و شهادات**. ترجمه حسن اسفندیاری. تهران: وحید.
۱۵. خزائی، سید علی. «نگرشی نوبر تعارض سند با شهادات در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس». پژوهشنامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۷۸۳۱. ش ۷۲. ص ۹۲۱-۴۵۱.
۱۶. الزرقاء، مصطفی احمد. (۴۰۰۲). **المدخل الفقہی العام**. بیروت: دار القلم للطباعة والنشر.
۱۷. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۵). **درس خارج فقه**. مسجد اعظم قم. دسترسی در سایت مدرسه فقاہت.
۱۸. السنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**. بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. شمس، عبداللہ. (۴۸۳۱). **آیین دادرسی مدنی**. تهران: نشر دراک.
۲۰. الصدر، السید محمد باقر. (۹۷۹۱). **دروس فی علم الاصول**. بیروت - لبنان: دار المعارف للمطبوعات.
۲۱. صدرزاده افشار، سید محسن. (۱۳۶۹). **ادله اثبات دعوا در حقوق ایران**. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۲۲. طباطبائی، سید علی. (۰۲۴۱). **ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل**. قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. طبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسن. (۶۱۴۱). **مجمع البیان**. بیروت: دار المرتضی.
۲۴. طوسی، ابو جعفر. (۵۶۳۱). **المبسوط فی فقه الإمامیه**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۵. طوسی، ابو جعفر. (۱۴۱۷). **الخلاص**. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۶. عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۲). **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه**. قم: انتشارات اسلامی.
۲۷. عراقی، ضیاء الدین. (بی تا). **نهایة الافکار**. مقرر: محمد تقی بروجردی نجفی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۸). **رساله توضیح المسائل**. قم: امیر العلم.
۲۹. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۸). **القوانین المحکمة فی اصول الفقه**. تهران: کتاب فروشی اسلامیہ.

۳۰. — (۱۴۱۷). **غنائم الايام في مسائل الحلال والحرام**. قم: انتشارات اسلامی.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. — (۱۳۸۳). **اثبات و دلیل اثبات**. تهران: نشر میزان.
۳۳. کاظمی، جوادین سعید. (۱۳۶۵). **مسالك الافهام الى آیات الاحکام**. تهران: مرتضوی.
۳۴. کریمی، حسین. (۱۳۶۵). **موازين قضايی از دیدگاه امام خمینی**. قم: شکوری.
۳۵. کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۰۷). **الکافی**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۳۶. متین دفتری، احمد. (۱۳۷۸). **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**. تهران: انتشارات مجد.
۳۷. مجمع فقه اهل بیت .: (۱۴۲۳)، **قواعد اصول الفقه علی المذهب الامامیه**. قم: مجمع جهانی اهل بیت .:
۳۸. محقق حلی. (بی تا). **شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**. قم: داژ الهدی للطباعة والنشر.
۳۹. معین، محمد. (۱۳۶۳). **فرهنگ معین**، تهران: نشر امیرکبیر.
۴۰. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹). **تحریر الوسیله**. قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۱. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۹۹۳). **اجود التقریرات**. قم: کتابفروشی مصطفوی.
۴۲. — (۱۳۶۸). **کتاب الصلاة**. قم: مؤسسه علمیه.
۴۳. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶). **فوائد الأصول** به قلم: الشیخ محمدعلی الکاظمی الخراسانی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۴. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). **جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۴۵. وکیل، امیرساعد و پوریا عسگری. (۱۳۸۳). **قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی**. تهران: انتشارات مجد.

سایت

www.divanedalat.ir/show.php?page=ahoshow&id

تعارض بینه و
سند رسمی از
دیدگاه فقه و حقوق
موضوعه ایران

References

1. *Qur'ān*
2. al-Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1991/1412. *al-Durūs al-Sharīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1987/1365. *Farā'id al-Uṣūl (al-Rasā'il)*. Qum: Chāp-i 'Abullāh-i Nūrī.
4. Al-Bihaqī, Aḥmad ibn 'Alī. 1988/1366. *Tāj al-Maṣādir*. Tehran: Chāp-i Hādī 'Ālim Zādeh.
5. Al-Fāḍil al-Lankarānī. 2000/1378. *Risālat al-Tawḍīḥ al-Masā'il*. Qum: Amīr al-'Ilm.
6. Al-Gharawī Nānī, Muḥammad Ḥusayn. 1998/1376. *Fawā'id al-Uṣūl*. By Shaykh Muḥammad 'Alī al-Kāzīmī al-Khurāsāī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmīyya.
7. al-Ḥillī ,Ḥasan Ibn Yūsuf) al-'Allāma al-Ḥillī.(.1982/1362 *Tijārat ,Qaḍā wa Shihādat* .Translated by Ḥasan Isfandīyārī .Tehran :Wahīd.
8. al-Ḥillī ,Ja'far Ibn al-Ḥasan) al-Muḥaqqiq al-Ḥillī.(*Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum :Dār al-Hudā lil Ṭabā'at wa al-Nashr.
9. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' a-Iturāth.
10. al-'Irāqī ,Dīyā al-Dīn 'Alī b .Muḥammad .*Nihāyat al-Afkār* .Written by Muḥammad Taqī al-Burūjirdī al-Najafī .Qum :Mu'assasat al-Nashr al-Islāmīyya.
11. Al-Kazīmī, Jawād ibn Sa'īd. 1987/1365. *Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Aḥkam*. Tehran: Intishārāt-i Murtaḍawī.
12. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh

al-Kulayni). 1987/1407. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyah.

13. Al-Majma‘ al-Fiqh al-ahl al-Bayt. 2002/1423. *Qawā‘id Uṣūl al-Fiqh ‘Alā al-Madhhab al-Imāmīyyah*. Qum: Ahl Al-Bayt World Assembly.
14. al-Mūsawī al-Khū‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1993/1413. *Ajwad al-Taqrīrāt (Taqrīrāt Baḥth al-Mīrzā al-Nā‘inī)*. Qum: Kitāb Furūshī Muṣṭafawī.
15. al-Mūsawī al-Khū‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1990/1368 *Kitā al-Ṣalāt*. Qum: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
16. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1379. *Tahrīr al-Wasīla*. Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
17. Al-Mūsawī Bujnurdī, Mīrzā Ḥassan. 1998. *Al-Qawā‘id al-Fiqhīyya*. Qum: Nashr al-Hādī.
18. Al-Najafī, Muḥammad Ḥassan. 1984/1364. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘ih al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyah.
19. al-Qazwīnī, Aḥmad ibn Fāris ibn Zakarīya. 1984/1404. *Mu‘jam Maqāyīs al-Lughah*. Beirut: ‘Alim al-Kitāb.
20. al-Sanhūrī, Abd al-Razzāq Aḥmad. *Al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
21. al-Ṣdr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1979/1399. *Durū fī ‘Im al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Ta‘āruf lil Maṭbū‘āt.
22. al-Shaftī, Al-Mīrzā Abū l-Qāsim b. Muḥammad Ḥasan (al-Mīrzā al-Qummī). 2000/1378. *(Al-Qawānīn al-Muḥkmat fī Uṣūl al-Fiqh)*.
23. al-Shaftī, Al-Mīrzā Abū l-Qāsim b. Muḥammad Ḥasan (al-Mīrzā al-Qummī). 1996/1417. *Ghanā‘im al-‘Ayyām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mu‘assasat al-

Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

24. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 2017/1395. *Dar al-Khārij al-Fiqh*. Masjid al-A'zam al-Qum. Availbe at <https://www.eshia.ir/>
25. Al-Ṭabātabā'ī, Sayyid 'Alī. 1999/1420. *Rīyāḍ al-masā'il fī bayān al-aḥkām bi al-dalā'il*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
26. al-Ṭabrisī, Abū 'Ali al-Faḍl b. al-Ḥasan b. al-Faḍl. 1995/1416. *Majma' al-bayān fī Tafṣīr al-Qur'ān*. Beirut: Dār al-Murtaḍā.
27. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1987/1365. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
28. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *Kitāb al-Khilāf*. Qum: Manshūrāt Jāmi'at al-Mudarrisīn Ḥawzat al-'Ilmīyyah.
29. Al-Zarqā', Muṣṭafā Aḥmad. 2004/1429. *Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Ām*. Beirut: Dār al-Qalam lil Ṭabā'at wa al-Nashr.
30. Banī Hāshimī Khumaynī, Sayyid Muḥammad Ḥassan. 2007/1385. Completer, *Tawḍīḥ al-Masā'il-i Marāji'*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
31. Bāzḡīr, Yadullāh. 2002/1380. *Tashrīfāt-i Dādrasī-i Madanī dar Āyīnih Ārā' Dīwān-i 'Ālī-i Kishwar, Risīdīgī bi Dalā'il wa Aḥkām Rāji' bi Ānhā*. Tehran: Intishārāt-i Ferdowsi.
32. Ḥasan Faraj, Tawfīq. 2003/1423. *Qawā'id al-'Ithbāt fī al-Mawāḍ al-Madīnat wa al-Tijārīyyah*. Beirut: Manshūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqīyyah.

33. Ḥasan Qāsim, Muḥammad. 2003. *Uṣūl al-Ithbāt fi al-Mawād al-Madanīyyat wa al-Tijārīyyah*. Beirut: Manshūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqī.
34. Ibn Bābiwayh al-Qummī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 2017/1395. *Kamāl al-Dīn wa Itmām al-Ni‘ma*. Tehran: Intishārāt-i Islāmīyyah.
35. Ibn Qudāmah al-Maqdīsī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad ‘Abdullāh b. Aḥmad b. Muḥammad. 1972/1392. *Al-Mughnī wa al-Sharḥ al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Arabī.
36. Imāmī, Sayyid Ḥassan. 1968/1346. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehean: Sāzīmān-i Intishārāt-i Abū Rayhān.
37. Ja‘farī Langarūdī, Muḥammad Ja‘far. 2000/1378. *Mabsūṭ dar Tirmīnuluzhī-i Ḥuqūq*. Tehran: Kitābkhāneh Ganj-i Dānish.
38. Karīmī, Ḥussayn. 1987/1365. *Mawāzīn-i Qadā’ī az Dīdgāh-i Imām Khumaynī*. Qum: Intishārāt-i Shakūrī.
39. Kātūzīyān, Nāšir. 2004/1382. *Muqadimi-yi ‘Ilm-i Ḥuqūq wa Muṭālī‘a dar Nizām-i Ḥuqūqī-i Iran*. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-i Intishār.
40. Kātūzīyān, Nāšir. 2005/1383. *Ithbāt wa Dalīl-i Ithbāt*. Tehran: Nashr-i Mīzān.
41. Khazā’ī, Sayyid ‘Alī. *Nigarishī Naw bar Ta‘āruḍ-i Sanad bā Shihādat dar Ḥuqūq-i Irān bā Muṭālī‘a-yi Taṭbīqī dar Fiqh-i Imāmīyyah, Ḥuqūq-i Miṣr*. Islamic Law Research Journal, Spring 2009/1387, No. 27. Pp 129-154.
42. Matīn Daftarī, Aḥmad. 2000/1378. *Āyīn-i Dādrasī-i Madanī wa Bāzargānī*. Tehran: Intishārāt-i Majd.
43. Mu‘īn, Muḥammad. 1983/1363. *Farhanq-i Mu‘īn*.

Tehran: Nashr-i Amīr Kabīr.

44. Şadrzādah Afshār, Sayyid Muḥsin. 1991/1369. *Adilla-yi 'Ithbāt-i Da'wā dar Ḥuqūq-i Irān*. Tehran: Markaz-i Nashr-i Dānishgāhī.
45. Shams, 'Abdullāh. 2006/1384. *Āyīn-i Dādrasī-i Madanī*. Tehran: Nashr Derāk.
46. Wakīl, Amīr Sā'id & Askarī, Pūrīya. 2005/1383. *Qānūn-i Asāsī dar Naẓm-i Ḥuqūqī-yi kunūnī*. Tehran: Intishārāt-I Majd.
47. www.divanedalat.ir/show.php?page=ahoshow&id.

**Jostar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

A Jurisprudential reflection on Article “944” of the Iranian Civil Code¹

(Wife inheritance from husband in diseases leading to death)

Doi: 10.22034/jrj.2019.51097.1428

Alireza Hooshyar;

Graduated Student in 4th Level of Qum Hawza Ilmiyyah &
Lecturer in Islamic Teachings Department at University of Qum, Iran;
HYPERLINK “mailto:alireza112.hooshyar@yahoo.com” alireza112.

hooshyar@yahoo.com

Muhammad Reza Hooshyar;

Doctor of Private Law and Lecturer in Law Department, Islamic
Azad University of Zarghan, Shiraz, Iran; hooshyar.mr@gmail.com

Receiving Date: 2020-01-25; Approval Date: 2020-05-09

**Jostar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

133

Abstract

In Islamic and Iranian legal systems, divorce in cases where the husband is dying of an illness is distinct from other forms of divorce. Article “944” of the Iranian Civil Code stipulates that the wife could take inheritance from his dead husband within a year of her husband’s death in cases where she has been divorced by her ill husband before his death, provided that she has not taken another husband and that her husband has died of the same disease. The references for this

1. Hooshyar. A; (2021); “ A Jurisprudential reflection on Article “944” of the Iranian Civil Code “; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: ?? -??; Doi: 10.22034/jrj.2019.51097.1428

judgment are some seemingly contradictory and conflicting hadiths whose authenticity and the unification method needs to be investigated jurisprudentially. The article makes no difference between different kinds of divorce, and the wife is absolutely worthy of the inheritance. However, the Shiite jurists (Faqihs) have different judgments regarding the wife's inheritance in irrevocable divorce. Supporting the wife is said to be the wisdom behind the judgment mentioned above. Nonetheless, it raises this question whether such potentially deadly situations as snakebite, accident and those cases where the person is sentenced to blood-vengeance could be annexed to the judgment regarding the inheritance of wife in a divorce of the dying patient? Moreover, as the Islamic jurists differ in opinion concerning whether the judgment could exclusively be assigned to the wife or not, the issue needs to be carefully examined. Referring to the Shiite jurists' fatwas and comments regarding the judgment, the researchers of this study seek to resolve the ambiguities in the article, arguing that the death of the patient in less than a year of the same disease, and the fact that the illness led to the death are the primary requisites for the inheritance of the wife from her dead husband, provided that she has not remarried. This is an exceptional judgment specific to the divorce of the dying male patient and could be extended to the divorce of the dying female patient, i.e., The husband does not take inheritance from his ill wife. According to some hadiths, the infliction of harm stipulation has no particularity; therefore, the wife takes inheritance from her sick husband in all types of divorce, including the revocable and irrevocable divorce, the divorce by mutual agreement, and the divorce at the wife's instigation. Furthermore, the hadiths narrated in this regard are specific to the divorce of a dying male patient and do not include potentially deadly situations and conditions.

تأملی فقهی در ماده «۹۴۴» قانون مدنی ایران^۱

(ارث زوجه از زوج در بیماری منجر به فوت)

علیرضا هوشیار^۲

محمد رضا هوشیار^۳

چکیده

در نظام حقوقی اسلام و مقررات ایران، طلاق بیمار مشرف به موت با طلاق سایرین متمایز است. ماده «۹۴۴» قانون مدنی ایران، ارث زوجه در طلاق مریض را تا یک سال ثابت دانسته منوط به آنکه زوجه شوهر نکرده باشد و فوت زوج نیز بر اثر همان بیماری باشد. مستند این حکم، روایاتی به ظاهر متعارض و یا متزاحم است که صحت و سقم و شیوه جمع بین آنها نیاز به بررسی فقهی دارد. در این ماده، میان انواع طلاق فرقی وجود ندارد و زوجه مطلقاً مستحق ارث است؛ در حالی که فقهای امامیه درباره توارث زوجه در طلاق بائن اختلاف دارند. فلسفه و حکمت حکم یادشده، حمایت از زوجه ذکر شده و این ابهام را به وجود می آورد که آیا می توان عوارض و حالات خطرناک همچون مارگزیدگی، جنگ، تصادف و محکومان به قصاص را به مرض موت ملحق ساخت؟ همچنین در اختصاص یا عدم اختصاص حکم به زوجه، میان فقهای اسلامی اختلاف است و نیاز به بررسی دارد. نگارندگان با مراجعه به اقوال و فتاوی فقهای امامیه در پی رفع ابهامات موجود در ماده قانونی هستند و برآنند که موت مریض در کمتر از

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

۱۳۵

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۰۷.

۲. دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم و مدرس گروه معارف اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی قم - ایران (نویسنده مسئول) alirezal12.hooshyar@yahoo.com

۳. دکترای حقوق خصوصی و مدرس گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی زرقان فارس، شیراز - ایران.
hooshyar.mr@gmail.com

یک سال، سبب موت بودنِ مرض و انتهای مرض به موت موجب توارث زوجه از مریض می شود منوط به آنکه زوجه شوهر نکرده باشد. این، حکمی استثنایی مختص به طلاق مریض است و قابل سرایت به طلاق مریضه نیست؛ لذا زوج از زوجه مریض ارث نمی برد. قید اضرار در برخی روایات خصوصیت ندارد و در تمام انواع طلاق مانند خلع، مبارات، رجعی و بائن، زوجه از مریض ارث می برد. همچنین روایات وارده فقط اختصاص به طلاق مریض داشته و حالات و عوارض خطرناک را شامل نمی شود.

کلیدواژه ها: مریض، زوجه، ارث، طلاق رجعی، طلاق بائن، بیمار مشرف به موت.

مقدمه

قواعد مربوط به ارث، سلطه انسان‌ها بر اموال و اقارب‌شان را به محدوده‌های زمانی بعد از مرگ گسترش می دهد و در بین نهاده‌های حقوقی و فقهی کم نظیر است. در فقه اسلامی، موجبات ارث به دو بخش نسبی و سببی تقسیم می شود. رابطه نسبی از طریق پدر و مادر به وجود می آید و تمام کسانی که از طریق پدر یا مادر با انسان نسبت و بستگی دارند را شامل می شود. سبب، پیوندی است بین دو نفر که در اثر رابطه زوجیت به وجود می آید. در طبقات ارث، ارث زوجین از جایگاه ممتازی برخوردار است.

در فقه امامیه وضعیت توارث زوجین در بیماری مشرف به موت با توارث سایران متمایز است. تبلور این تمایز در طلاق مریض است. بر این اساس اگر بیمار منتهی به مرگ در حال بیماری، زوجه خود را طلاق دهد و در کمتر از یک سال بر اثر همان مرضی که طلاق در آن منعقد شده فوت نماید، توارث زوجه ثابت است؛ منوط به آنکه با شخص دیگری ازدواج نکرده باشد.

قانون گذار با متابعت از آرای فقهای امامیه، مواد «۹۴۴» و «۹۴۵» قانون مدنی^۴ را به مریض مشرف به موت اختصاص داده و در آن وضعیت توارث

۴. ماده ۹۴۴: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف يك سال از تاريخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه از او ارث می برد اگر چه طلاق بائن باشد، مشروط بر این که زن شوهر نکرده باشد.»

ماده ۹۴۵: «اگر مردی در حال مرض، زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی برد؛ لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد.»

زوجه را مشخص کرده است. این دو ماده از لحاظ موضوع و محتوا با یکدیگر متفاوت اند؛ زیرا ماده «۹۴۴» به طلاق مریض اختصاص دارد و ماده «۹۴۵» به نکاح وی. اگرچه در هر دو ماده ماهیت بیماری مشرف به موت تا حدودی تبیین شده؛ لیکن از لحاظ ماهوی نیز تفاوت وجود دارد؛ زیرا مقنن در ماده «۹۴۴» برای شناساندن ماهیت مرض به دو شاخص انتهایی بیماری به موت در مدت کمتر از یک سال و سبب مرگ بودن مرض اشاره داشته و در ماده «۹۴۵» از مرگ مریض در همان مرض قبل از دخول را به عنوان شاخص استفاده کرده است.

دقت در شاخص‌های فوق بیانگر آن است که ماهیت مرض موت در باب طلاق با ماهیت آن در باب نکاح متفاوت است.

نشان دادن ریشه‌های فقهی و تبیین ابعاد مختلف فقهی ماده فوق، ذکر اقوال فقهای امامیه پیرامون موضوع مورد بحث، بررسی و تحلیل آرای موافقان و مخالفان در هر مسئله، نقل و بررسی صحت و سقم روایات وارده در باب طلاق مریض و حل روایات متعارض به وسیله جمع بین آنان، ارائه تعریف جدید و کاملی از مرض موت و پاسخگویی به ابهاماتی چون ماهیت مرض موت، عمومیت یا عدم عمومیت حکم طلاق مریض بین انواع طلاق، الحاق یا عدم الحاق حوادث مشابه مثل جنگ و مارگزیدگی به طلاق و اختصاص یا عدم اختصاص حکم به زوجه از مهم‌ترین دستاوردها و نوآوری این پژوهش است.

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

۱۳۷

۱. ماهیت مرض موت و اتخاذ ۲ مبنا

از ماهیت و محدوده مرض موت در ابواب مختلف فقهی نظیر: نکاح (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ۳۹/۲۲۰؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۹۱/۱۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ۳۹۷/۲)، طلاق (رک؛ علامه حلی، بی تا ۵۲۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ۳۱۵/۶)، بیع (رک؛ محققثانی ۱۴۱۴ق، ۱۱۴/۱۱؛ مقدادسیوری، ۱۴۱۰ق، ۱۱۰/۱؛ سید یزدی، ۱۴۲۳ق، ۷۷/۶)، حجر (رک؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ۱۱۷؛ محققثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۸۰/۵؛ نجفی بی تا، ۷۵/۲۶)، هبه (رک؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۶۴۹/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۵۱۷/۲)، وصیت (رک؛ شیخ طوسی، ۱۳۵۱ق، ۴۳/۴؛ انصاری، ۱۴۱۰ق، ۱۲/۹؛ سید یزدی، بی تا ۱۴) و اقرار (رک؛ یحیی حلی، ۱۴۰۵ق، ۲۸۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۰۷/۱۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۴۱۵/۶) سخن به میان آمده است. فقهای اسلامی برای شناساندن این بیماری در هر کدام از ابواب مربوطه شاخص‌های متفاوتی را ذکر کرده‌اند.

مقنن ایران ماده «۹۴۴» قانون مدنی را به احکام مربوط به طلاق مریض اختصاص داده و در آن چنین مقرر می‌دارد: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف يك سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه از او ارث می‌برد اگرچه طلاق بائن باشد، مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد.» عبارت «در ظرف يك سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد» بیانگر ماهیت مرض موت است. این عبارت، حاکی از آن است که قانون‌گذار برای تحقق عنوان بیماری مشرف به موت، دو مینا و شاخص را لحاظ کرده است: موت مریض در کمتر از یک سال و سبب مرگ بودن مرض.

ظاهراً شاخص‌های فوق برای شناساندن بیماری مشرف به موت ناکافی به نظر می‌آیند و قانون را با شبهه مواجه کرده‌اند؛ زیرا این سؤال مطرح است که آیا موت مریض در کمتر از یک سال به سبب امراض جزئی و قابل مداوا مشمول حکم می‌شود یا خیر؟ حکمت توارث زوجه در طلاق مریض شبهه فوق را برجسته می‌سازد؛ زیرا شوهر در نزدیکی زمان مرگ، گاه زن خود را طلاق می‌دهد تا او را از ارث محروم نماید و ترکه به وراثت دیگر برسد.

تأمل در حکمت فوق بیانگر آن است که باید معیار دقیقی از بیماری مشرف به موت ارائه نمود تا شبهه موجود در قانون مرتفع شود. بدین منظور شاخص‌های موجود، تحلیل فقهی می‌شوند.

مبنای اول: بیماری منتهی به موت در کمتر از یک سال

در ماده فوق به صراحت ذکر شده مرضی که کمتر از یک سال مریض را با موت مواجه سازد، بیماری مشرف به موت محسوب می‌شود. مستند ملاک فوق صریح روایات وارده در باب طلاق مریض است. این روایات از حیث سند و متن صحیح بوده و غیرقابل خدشه هستند. به دو مورد اشاره می‌شود:

۱/۱. عبدالله بن مسکان از امام صادق ۷: «سألت ابا عبدالله ۷ عن رجل طلق امرأته و هو مریض فقال: ترثه في مرضه ما بينه و بين سنة إن مات من مرضه ذلك و تعتد من يوم طلقها عدة المطلقة ثم تزوج إذا انقضت عدتها»؛ «از امام صادق ۷ درباره مردی که در حال مرضش زنش را طلاق داد سؤال کردم. امام ۷ فرمود: از او تا یک سال اگر بدان مرض بمیرد زن ارث می‌برد و از روزی که مطلقه شده، عده طلاق نگه دارد و می‌تواند اگر عده‌اش تمام شد شوهر کند. (شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۵۴۴/۳)؛ عبارت «ما بينه و بين سنة» دلالت دارد که اگر مریض از تاریخ وقوع طلاق تا قبل از یک سال فوت کند زن از ارث محروم نمی‌شود.

۲/۱. زرعه از سماعه از معصوم 7 چنین نقل می‌کند: «سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدتها و إن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه»؛ «از معصوم 7 درباره مردی که زنش را طلاق داد درحالی که مرد مریض بود پرسیدم. معصوم فرمود: مادامی که زن در عده است از مریض ارث می‌برد. اگر مریض در حال اضرار زن را طلاق داد زن تا یک سال از وی ارث می‌برد و اگر از یک سال گذشت حتی اگر یک روز باشد ارث نمی‌برد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۶۳۹/۱۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۳۵۴/۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۷۸/۸).

عبارت «فهی ترثه إلى سنة» بر وقوع مرگ تا قبل از یک سال دلالت دارد. از عبارت «فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه» استنباط می‌شود که نهایت و حداکثر زمان در بیماری مشرف به موت یک سال است. بر این اساس حتی اگر مریض پس از یک سال و یک روز از زمان اجرای صیغه طلاق به موت منتهی گردد، عنوان بیماری مشرف به موت صادق نیست و زوجه از ارث محروم می‌شود. مرحوم محقق معتقد است حتی اگر فقط یک ساعت از یک سال گذشت و زوج فوت کرد، توارث زن منتفی است (محقق حلی، بی تا، ۵۱۹).

اما محقق ثانی فراتر رفته و معتقد است این مبنا بر کمتر از یک ساعت نیز صادق است؛ یعنی اگر بعد از یک سال و چند دقیقه پس از وقوع صیغه طلاق مرض موجب موت بیمار گردد، توارث منتفی است؛ زیرا موت پس از یک سال اتفاق افتاده خواه چند دقیقه باشد و خواه چند روز (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۱۹/۱۱). با این استدلال امراض مزمنی که در بیش از یک سال مریض را با مرگ مواجهه می‌سازند، از محدوده مرض موت خارج می‌شوند.

مبنای دوم: سبب مرگ بودن مرض

منظور از عبارت «به همان مرض بمیرد» در ماده مورد بحث آن است که فوت مریض به سبب همان بیماری باشد که در آن صیغه طلاق جاری شده است؛ یعنی مرض سبب مرگ بیمار باشد و عامل دیگری در مرگ وی دخیل نباشد.

طبق این معیار، بیماری زمانی مرض موت محسوب می‌شود که سبب مرگ بیمار شود و مرگ به واسطه آن بیماری واقع شود. بنابراین اگر شخص در مرض موت صیغه طلاق را جاری سازد و بر اثر بیماری دیگری بمیرد، بیمار مشرف به موت محسوب نمی‌شود و زوجه مستحق ارث نیست.

شهید ثانی معتقد است مرض مشرف به موت، مرضی است که سبب مرگ بیمار شود؛ لذا اگر بیمار در حال بیماری باشد ولی مرگ وی توسط درندگان و

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

یا بیماری دیگر اتفاق افتد، بیماری مشرف به موت محسوب نمی‌شود. همچنین است اگر بیمار در حال مرض به قتل رسد (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ۶/ ۳۱۵). این مبنا شامل امراض ساده و جزئی قابل مداوا نظیر تب و سرماخوردگی نمی‌شود؛ حتی اگر سبب موت مریض شوند.

صاحب‌جواهر معتقد است مرض مخوف و خطرناک، مرض مشرف به موت است. مرض مخوف، مرضی است که ایمنی از موت در آن وجود ندارد؛ برخلاف، امراضی چون سرماخوردگی، دندان‌درد و چشم‌درد که در آنها خوف هلاک وجود ندارد. وی معتقد است ویژگی بارز امراض مخوف آن است که مریض را از ادامه حیات نومید ساخته و مرگ وی را قریب‌الوقوع به نظر می‌رساند (نجفی، بی‌تا، ۶۱۱/۲۸). در این مرض زمانی که مریض، موت خود را نزدیک می‌بیند، زوجه خود را طلاق می‌دهد تا وی را از ارث محروم سازد. بدیهی است امراض ساده و غیر خطرناک چنین حالت و توقعی را برای مریض ایجاد نمی‌کند و طلاق در این امراض به مانند طلاق فرد سالم است و احکام طلاق بر آن مترتب می‌شود؛ یعنی فقط در طلاق رجعی مادامی که زوجه در عده است، مستحق ارث است؛ برخلاف طلاق بائن و یا طلاق رجعی پس از اتمام مدت عده.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۴۰

شیخ انصاری «مرض موت» را ترکیب اضافی دانسته و معتقد است این ترکیب یا اضافه ظرف به مظلوف است یا سبب به مسبب. منظور از اضافه ظرف به مظلوف، مرضی است که مرگ در آن اتفاق می‌افتد، بدون اینکه بیماری تأثیری در مرگ فرد داشته باشد.

اضافه سبب به مسبب به دو نوع شأنی و فعلی تقسیم شده است. اگر اضافه سبب به مسبب و از نوع فعلی باشد؛ مراد مرض خطرناکی است که به‌طور مستقل و بدون دخالت عارضه دیگری، سبب مرگ می‌شود. به‌گونه‌ای که اگر این بیماری نمی‌بود، فرد زنده می‌ماند. اگر از نوع شأنی باشد؛ مراد بیماری کشنده‌ای است که صلاحیت مرگ بیمار را دارد؛ ولی فرد در حین بیماری، بر اثر عارضه یا حادثه دیگری فوت نموده است (انصاری، ۱۴۱۰ق، ۱۲/۹). به‌عنوان مثال فرد مبتلا به بیماری سرطان بدخیم، اگر بر اثر سرطان فوت کند، مرض از نوع فعلی است. ولی اگر بر اثر تصادف و یا آتش‌سوزی و... بمیرد، از نوع شأنی است؛ زیرا بیماری سبب موت نشده بلکه تنها شأنیّت موت را داشته است.

موافقان سببیت مرض معتقدند مرض باید عامل موت بیمار شود نه عاملی خارج از مرض. (یعنی از نوع فعلی باشد نه شأنی) اگر مریض در حال بیماری

باشد ولی مرگ وی توسط درندگان و یا بیماری دیگر اتفاق افتد، بیماری مشرف به موت محسوب نمی‌شود. همچنین است اگر بیمار در حال بیماری به قتل رسد. همچنین اگر بیماری دیگری ضمیمه بیماری اول گردد و در اثر بیماری اخیر شوهر فوت کند زوجه از او ارث نمی‌برد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۰۷/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ۳۱۵/۶؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ۱۵). مثلاً مریض مبتلا به بیماری قلبی صیغه طلاق را جاری سازد و بر اثر سرطان فوت کند؛ زیرا بیمار به سبب مرضی که طلاق در آن واقع شده فوت ننموده است.

مستند معیار فوق، روایات وارده در باب طلاق مریض است. در یکی از این روایات، ابوالعباس از امام صادق ۷ چنین نقل می‌کند: «قلت له رجل طلق امرأته و هو مریض تطلیقة و قد كان طلقها قبل ذلك تطلیقتین قال فإنتها ترته إذا كان في مرضه قال قلت و ما حد المرض قال لا يزال مریضاً حتى یموت و إن طال ذلك إلى السنة»؛ «به امام ۷ عرض کردم مردی در حال مرض زنش را یک بار طلاق داد و قبل از مرض نیز دوبار وی را طلاق داده بود. امام فرمود: تا زمانی که مرد در مرض است، زن از وی ارث می‌برد. گفتم: حد و اندازه مرض چقدر است؟ امام فرمود: پیوسته مریض باشد تا بمیرد؛ اگرچه مرض تا یک سال به طول انجامد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۱/۶۴۰).

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

۱۴۱ طبق عبارت «لا يزال مریضاً حتى یموت»؛ کلمه «یزال» از ماده «زیل» در لغت به معنای کنارشدن است. این کلمه دائماً با حرفی نفی «لا» یا «ما» همراه است و افاده اثبات است. استمرار و پیوستگی از خصوصیت دیگر این کلمه است (قرشی، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۹۵).

با لحاظ خصوصیت فوق، مراد از عبارت چنین می‌شود: مرض آن‌قدر استمرار داشته باشد تا به موت مریض منتهی گردد؛ یعنی مرض سبب موت بیمار شود و عامل خارجی و یا مرض دیگر در موت وی دخیل نباشد.

از روایت عبدالله بن مسکان که در مبنای موت در کمتر از یک سال به آن اشاره شد نیز می‌توان مبنای سببیت را اثبات نمود. در قسمتی از روایت چنین آمده: «إن مات من مرضه ذلک»؛ اگر حرف «من» در روایت به معنای علیت باشد، مبنای سببیت را اثبات می‌نماید؛ با اتخاذ این معنا، مفهوم عبارت چنین می‌شود: اگر مریض به علت مرض فوت نماید؛ یعنی علت و سبب موت مرض باشد و مرض یا سبب دیگری در موت وی دخالت نداشته باشد. طبق این ملاک، مرض می‌بایست مستمر باشد و به مرگ بیمار منتهی گردد؛ لذا اگر مرگ مریض به واسطه سبب دیگری اتفاق افتد و یا مریض شفا یافت و بر اثر مرض دیگری

فوت کند، مرض از محدوده بیماری مشرف به موت خارج است و زوجه از ارث محروم می‌شود. با این استدلال امراضی که در طولانی مدت بیمار را با مرگ مواجهه می‌سازند و یا امراضی که به موت بیمار منتهی نمی‌شوند از محدوده بیماری مشرف به موت خارج شده است.

از روایات وارده در باب طلاق مریض، می‌توان ملاک سومی نیز استنباط نمود. در فقه امامیه امراضی که به موت مریض منتهی می‌شوند مرض متصل به موت نامیده شده‌اند. سید یزدی در رساله منجزات مریض این تعبیر را به کار برده است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ۱۴).

برخی مفسران قانون مدنی نیز این عنوان را به کار برده و معتقدند اگر شوهر از بیماری حال طلاق بهبود یابد و بعد در اثر حادثه یا بیماری فوت کند یا اگر با داشتن بیماری سابق به مرض دیگری دچار شود و این مرض علت اصلی مرگ او باشد زن از او ارث نمی‌برد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۴۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۱۴).

علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء از «اتصل به الموت» استفاده کرده و معتقد است هر بیماری که مرگ در اثنای آن اتفاق افتد، بیماری متصل به موت است (علامه حلی، بی تا، ۵۲۴). محقق ثانی به تحلیل مبنای علامه پرداخته و معتقد است مرضی که مریض در آن فوت می‌کند مرض متصل به موت است؛ خواه علت مرگ همان مرض باشد و یا علت دیگری سبب مرگ مریض شود (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ۹۸/۱۱).

طبق این تحلیل در صورتی که بیمار پس از اجرای صیغه طلاق بهبودی یابد و به وسیله مرض یا عامل دیگری بمیرد مرگ او ناشی از مرض موت محسوب نمی‌شود و ارث زوجه منتفی است؛ زیرا موت مریض در اثنای مرضی که طلاق در آن صورت گرفته حادث نشده است. برخلاف موردی که مریض در مرض به سر می‌برد و توسط مرض دیگر یا عامل خارجی مانند تصادف فوت کند، در این صورت عنوان مرض مشرف به موت صادق است و زوجه مستحق ارث می‌شود؛ زیرا مریض در اثنای مرضی که طلاق در آن صورت گرفته فوت نموده است؛ بنابراین اگر شخص به مرض قابل‌علاجی مانند دیابت مبتلا شود و به علت اقدام نکردن به معالجه یا ازدست دادن امید به زندگی یا ضعف قوای جسمانی یا دلایل دیگر با مرض مقابله نکند و جان خود را از دست دهد، بر مرضش عنوان بیماری متصل به موت صادق است. همچنین است مواردی که مریض در مرض جزئی باشد و بر اثر اشتباه

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۴۲

طیب به موت منتهی شود.

مرحوم نجم‌آبادی معتقد است هر مرضی نمی‌تواند مرض مشرف به موت باشد؛ بلکه در اخبار و روایات قرینه حالیه‌ای وجود دارد که موجب انصراف لفظ به وجه اخص می‌شود (نجم‌آبادی، ۱۴۲۱ق، ۴۸۸). مراد از وجه اخص، امراض متصل به موت است؛ لذا بر امراض خفیفی چون دندان‌درد دلالت ندارد. همچنین اگر حضور موت به وسیله بیماری خارج از مرض متصل به موت صورت گیرد، از شمول روایت خارج است.

با این تفاسیر، حکم حالات خطرناکی همچون مارگزیدگی، اسارت، جنگ و محکومین به قصاص نیز روشن می‌شود. اگر محکوم به قصاص در آستانه اجرای حکم اقدام به طلاق نماید، احکام طلاق مریض جاری نمی‌شود و توارث زوجه تا یک سال منتفی است؛ زیرا در روایات به طلاق در حال مرض اشاره شده حال آنکه حالات و عوارض فوق عرفاً مرض محسوب نمی‌شوند. محقق‌ثانی درباره حکم فوق ادعای اجماع کرده است (محقق‌ثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۹۶). شهیدثانی این قول را به مشهور نسبت داده و معتقد است مخالفی در مسئله وجود ندارد. وی تنها مخالف مسئله را ابن‌جنید دانسته است (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ۳۱۶/۶) و صاحب‌جوهر مبنای ابن‌جنید را قبل از رجوع وی از قیاس ذکر کرده است (نجفی، بی‌تا، ۲۸/۴۶۵).

در نتیجه‌گیری ماهیت مرض مشرف به موت در ماده «۹۴۴» باید گفت: اتخاذ سه شاخصه برای شناساندن مرض می‌تواند برخی ابهامات را مرتفع می‌سازد.

شاخص اول: موت مریض در کمتر از یک سال؛ این شاخصه تکلیف امراض مزمن را مشخص می‌کند. در صورتی که این امراض در کمتر از یک سال به موت منتهی شوند، مرض موت هستند؛ برخلاف امراضی که در بیش از یک سال به موت منتهی می‌شوند.

شاخص دوم: سبب مرگ بودن مرض؛ طبق این شاخص، موت مریض به سبب مرضی دیگر، از ماهیت مرض موت خارج هستند. مبتلایان به حالات و عوارض خطرناک چون مارگزیده و محکوم به قصاص نیز مریض محسوب نشده و از شمول حکم خارج‌اند.

شاخص سوم: انتهای مرض به موت؛ این معیار موت مریض پس از بهبودی از مرض را از ماهیت مرض موت خارج می‌سازد. چنانچه مریض از آن بیماری بهبودی یابد و مجدداً بیمار گردد و بمیرد، خواه از نوع بیماری اول باشد یا بیماری دیگری، زن مطلقه از او ارث نخواهد برد.

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

۲. حکم طلاق مریض

فقه‌های امامیه معتقدند حق طلاق برای مریض مشرف به موت وجود دارد؛ لیکن انعقاد آن از سوی مریض کراهت شدید دارد. علامه طلاق مریض را ناخوشایند و مکروه دانسته و معتقد است اگر مریض زنش را با رعایت شرایط طلاق داد، طلاق اجماعاً واقع می‌شود (علامه حلی، بی تا، ۵۱۹).

مرحوم مقداد معتقد است طلاق در مقابل نکاح است. نکاح مستحب است؛ لذا طلاق کراهت دارد. از طرفی مریض قصد دارد با اجرای صیغه طلاق زوجه را از ارث مقرر شرعی محروم سازد؛ لذا طلاق مریض کراهت شدید دارد (مقداد حلی، ۱۴۰۴ق، ۳/۳۲۳).

صاحب‌جواهر، حکم به جواز طلاق مریض را دارای شهرت عظیم دانسته و حتی نقل عدم خلاف کرده است (نجفی، بی تا، ۳۲/۱۴۷). وی منبای شهرت را روایاتی ذکر کرده که در باب طلاق مریض از سوی معصومین وارد شده است. روایات وارده به دو دسته به ظاهر متعارض تقسیم می‌شوند. صریح برخی روایات حق طلاق را به مریض داده و طلاق وی را صحیح قلمداد کرده‌اند. برخی روایات دیگر مریض را از انعقاد طلاق منع کرده و آن را حرام اعلام کرده‌اند. به‌منظور شفاف‌شدن حکم طلاق مریض باید هر دو دسته روایات بررسی شوند.

۲/۱: روایات «عدم جواز طلاق مریض»

۲/۱/۱: حمید بن زیاد عن ابن سماعه عن عبدالله بن جبلة عن ابن بکیر عن عبید بن زراره: عن ابی عبدالله ۷ قال: «لا یجوز طلاق المریض و یجوز نکاحه»؛ «عبید بن زراره از امام صادق ۷: نقل کرد که امام فرمود: طلاق مریض جایز نیست، ولی نکاحش جایز است (کلینی، ق ۱۴۲۹، ۱۱/۶۳۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۸/۷۷؛ شیخ طوسی، بی تا، ۳/۳۰۳).

شیخ طوسی روایت فوق را از طریق حسن بن محبوب از زراره نیز روایت کرده است (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷ق، ۷/۴۵۴). این امر سبب شده که محقق اردبیلی، سند روایت را محل تأمل دانسته و آن را حسن و یا صحیح قلمداد کند. از منظر وی اگر روایت از طریق حسن بن محبوب نقل شده باشد، صحیح تلقی می‌شود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۱/۴۳۸).

۲/۱/۲: روایت دوم را عبید بن زراره از امام صادق ۷ نقل کرده است. این روایت در منابع فقهی موثق قلمداد شده (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۳۰/۱۹۸؛ ترحینی،

۱۴۲۷ق، ۷۰/۷؛ روحانی، بی تا، ۴۰۳/۲۴؛ سبحانی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۹) و در آن چنین آمده است: «عبيدبن زرارۃ قال سألت ابا عبد الله 7 عن المريضة أله أن يطلق امرأته في تلك الحال قال لا ولكن له أن يتزوج إن شاء فإن دخل بها ورثته و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل»؛ «عبيدبن زرارۃ گفت: از امام صادق 7 از مریض پرسیدم که آیا می تواند زنش را در حال مرض طلاق دهد؟ امام فرمود: خیر، ولی اگر خواست می تواند ازدواج کند. اگر در زن دخول کرد، زن از او ارث می برد و اگر در او دخول نکرد نکاحش باطل است (رک؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ۶۳۳/۱۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۵۴۵/۳؛ شیخ طوسی، بی تا، ۳۰۳/۳).

۳/۱/۲: علي عن ابيه عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن زرارة: عن احدهما عليهما السلام قال: «ليس للمريضة أن يطلق وله أن يتزوج فإن هو زوج و دخل بها فهو جائز و إن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل و لا مهر لها و لا ميراث»؛ «زراره از یکی از معصومان ۷ نقل می کند که فرمود: طلاق برای مریض جایز نیست ولی نکاح برای وی جایز است. پس اگر مریض ازدواج کرد و به زن دخول کرد جایز است. اما اگر به زن دخول نکرد تا اینکه در مرضش بمیرد، نکاحش باطل است و مهریه و میراثی برای زن نیست» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۶۳۳/۱۱). محقق ثانی روایت فوق را در زمره روایات حسن قلمداد کرده است (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۱۱۵/۱۱).

صریح روایات فوق، طلاق مریض را جایز ندانسته و مریض را از انعقاد آن منع نموده اند. مرحوم صاحب ریاض این روایات را مستفیض می داند و برخی از آنان را صحیح قلمداد کرده است از جمله روایت اخیر که زرارۃ از امام صادق ۷ نقل کرده بود.

۲/۲: روایات «جواز طلاق مریض»

روایات فراوانی درباره جواز طلاق مریض وارد شده است. صاحب جواهر این دسته روایات را مستفیض بلکه متواتر دانسته است (نجفی، بی تا، ۱۴۸/۳۲). برای نمونه به چند مورد اشاره می شود:

۱/۲/۲: علي عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله 7: «أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه قال نعم و إن مات ورثته و إن مات لم يرثها»؛ «از امام صادق 7 پرسیدند مردی مرگش فرا رسیده و او همسرش را طلاق می دهد آیا جایز است، فرمود: آری و اگر از دنیا رفت زن از وی ارث می برد ولی اگر زن از دنیا رفت مرد از او ارث نمی برد» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ۵۴۶/۳). صاحب وسائل نظیر این روایات

را از طریق ابوبصیر نقل کرده است (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۲/۲۱۳). روایت فوق از سوی فقیهان امامی صحیح قلمداد شده و ایراد و خدشه‌ای در متن و سند آن وارد نمی‌شود (حائری طباطبایی، بی‌تا، ۲/۱۸۰؛ نجفی، بی‌تا، ۳۲/۱۴۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۴/۵۳۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۸۰).

۲، ۲، ۲: روی عبدالله بن مسکان عن فضل بن عبدالمکمل البقباق قال سألت ابا عبدالله 7 عن رجل طلق امرأته و هو مریض فقال ترثه فی مرضه ما بینه و بین سنة إن مات من مرضه ذلك فإن مات بعد ما تمضي سنة فلیس لها میراث؛ «عبدالمکمل بقباق می‌گوید: از امام صادق 7 پرسیدم از مردی که زنش را طلاق داد درحالی که مرد مریض بود. امام فرمود: زن از او ارث می‌برد از زمان طلاق تا یک سال اگر مرد در آن مرض بمیرد. اگر مرد بعد از گذشت یک سال بمیرد، پس برای زن میراث نیست» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۳/۵۴۴). روایت فوق را کاشف اللثام در زمره روایات صحیح برشمرده است (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶، ۸/۶۷).

۳، ۲، ۲: عن الحسن بن محمد بن سماعة عن ابن رباط عن ابن مسکان عن ابي العباس عن ابي عبدالله 7 قال: قلت له رجل طلق امرأته و هو مریض تطليقة و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين قال فإنها ترثه إذا كان في مرضه. قال: قلت: و ما حد المرض قال: لا يزال مریضاً حتى يموت و إن طال ذلك إلى السنة؛ «ابوالعباس از امام صادق 7 روایت می‌کند: مرد درحالی که مریض است زنش را طلاق دهد درحالی که قبل از مرض او را دو بار طلاق داده بود. امام فرمود: همسرش از او ارث می‌برد اگر طلاق در مرض وی باشد. به امام گفتم: حد مرض چیست؟ امام فرمود: مریضی زایل نشود تا مرد بمیرد حتی اگر مرض تا یک سال طول بکشد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۱/۶۳۹).

۴/۲/۲: علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن ابي العباس عن ابي عبدالله 7 قال: إذا طلق الرجل المرأة في مرضه، ورثته مادام في مرضه ذلك و إن انقضت عدتها إلا أن يصح منه قال: قلت: فإن طال به المرض؟ قال ما بینه و بین سنة؛ «هرگاه مرد همسرش را در مریضی‌اش طلاق دهد از او تا وقتی که در این مریضی باشد ارث می‌برد، هرچند عده زن منقضی شود، مگر اینکه از این مریضی خوب شود. گفتم: حتی اگر مریضی‌اش طولانی شود؟ فرمود: اگر تا یک سال طول بکشد (شیخ طوسی، بی‌تا، ۳/۳۰۵). فقهای امامیه روایت فوق را در زمره روایات موثق قلمداد کرده‌اند (ر.ک: مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ۹/۲۰۸؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۲/۲۶۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۴/۵۳۳؛ ترحینی، ۱۴۲۷ق، ۷/۶۸).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۴۶

۲/۲/۵: عن احمد بن الحسن عن معاوية بن وهب عن عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله 7 قال: سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك سنة قال: ترثه إذا كان في مرضه الذي طلقها و لم يصح بين ذلك؛ «از امام صادق 7 پرسیدم از مردی که زنش را طلاق داد در حالی که مرد مریض بود تا اینکه از طلاق یک سال گذشت. امام فرمود: زن از او ارث می برد زمانی که مرد در مرضی باشد که در آن زن را طلاق داد و بین آن مرد بهبودی نیابد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۱/۶۴۰) مرحوم سبزواری این روایت را موثق معرفی کرده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۶/۶۹).

روایات بالا از باب نمونه آورده شد. این دسته از روایات، از روایات عدم جواز طلاق از کمیت بیشتری برخوردار است. تأمل در روایات هر دو دسته بیانگر آن است که هر دو گروه، روایات صحیح و موثقی وجود دارد که قابل اغماض و چشم پوشی نیست. راه اول؛ تمسک به قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» است. معنای این قاعده که به قاعده جمع معروف است این است که جمع بین مدلول دو دلیل متعارض که متضمن عمل به هر دو دلیل است تا جایی که امکان دارد، لازم است؛ زیرا عمل به هر دو دلیل، از کنار گذاشتن و عمل نکردن به آنها بهتر است. طبق این قاعده بین دو دسته روایت، باید در صورت امکان جمع دلالتی کرد تا به نحوی به مضمون روایات عمل شود.

راه حل دوم؛ برگزیدن یک دسته از روایات و کنار گذاشتن دسته دیگر است. در این روش بایست هر دو دسته روایات را بررسی کرد و هر دسته ای که از لحاظ مرجحات از قوت بیشتری برخوردار است، اتخاذ گردیده و براساس آن حکم صادر کرد.

اکثر فقهای امامیه راه حل اول را برگزیده و با جمع عرفی بین جواز و عدم جواز حکم به کراهت شدید طلاق مریض کرده اند (ر.ک؛ علامه حلی، بی تا، ۲/۵۱۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۱۱۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۹/۱۵۳؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۲/۲۶۳؛ نجفی، بی تا، ۳۲/۱۴۷؛ بحرانی، بی تا، ۲۵/۳۱۴). در این شیوه فقها در دلالت هر دو دسته دلیل تصرف کرده و بین آنان جمع ایجاد کرده و با این روش تنافی و ناسازگاری بین روایات را مرتفع ساخته اند. آنان نهی وارده در روایات عدم جواز طلاق توسط مریض را بر نهی تنزیهی حمل کرده و معتقدند طلاق مریض کراهت شدید دارد.

در تعلیل شدت کراهت نیز باید گفت: به تصریح فقهای امامیه اصل طلاق

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

در شریعت اسلامی کراهت دارد (ر.ک؛ علامه حلی، بی تا، ۵۱۹؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ۳۶۹/۸؛ فیض کاشانی، بی تا، ۳۱۲/۲؛ ترحینی، ۱۴۲۷ق، ۶۷/۷؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ۱۷۹).

در طلاق مریض دو کراهت وجود دارد:؛ کراهتی که مربوط به اصل طلاق است و کراهتی که از جمع بین روایات به دست آمد. تلفیق این دو کراهت بیانگر آن است که طلاق مریض نسبت به طلاق سایرین از کراهت بیشتری برخوردار است.

۳. علت و فلسفه حکم

فقه‌های امامیه معتقدند حمایت از زوجه سبب شده شارع مقدس بین طلاق مریض با سایرین تفاوت قائل شود و ارث زوجه را تا یک سال پس از اجرای صیغه طلاق ثابت بداند. مرحوم علامه وجود تهمت را عامل توارث زوجه ذکر کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۵/۷). مریضی که موت وی نزدیک است و امیدی به حیات ندارد، به واسطه طلاق می‌تواند زوجه را از زمره وراثت خارج ساخته و به نحوی وی را متحمل ضرر کند. از این رو مریض در مظان اتهام قرار دارد و توارث زوجه تا یک سال به جهت حمایت از حقوق وی جعل شده است.

اگرچه بیشتر روایات وارده در باب طلاق مریض به حکمت حکم نپرداخته‌اند؛ لیکن در معدودی از روایات به دلیل حکم اشاره داشته‌اند. از جمله روایت سماعه از معصوم ۷ که در آن چنین آمده بود: «... و إن طَلَّقَهَا فِي حَالِ إِضْرَارٍ فَهِيَ تَرْتَهُ إِلَى سَنَةٍ...»؛ اگر در حال اضرار زن را طلاق داد زن تا یک سال از او ارث می‌برد.»

با اتخاذ این مبنا این شبهه حادث می‌شود که اگر مریض به خاطر خصومت یا نارضایتی از زوجه وی را طلاق دهد و قصد اضرار به وی را نداشته باشد، توارث زوجه تا یک سال منتفی می‌شود؟

اگر تهمت و اضرار را ملاک و علت حکم قرار دهیم توارث زوجه پس از انقضای عده منتفی است؛ اما اگر ملاک تهمت و اضرار نباشد ارث زوجه با تحقق شرایط ثابت است و با انتفای شرایط توارث نیز منتفی می‌شود.

به نظر می‌رسد مفهوم روایات حاوی علت حکم با دیگر روایات، معارض است؛ لذا باید یک دسته روایت را اخذ کرد و دسته دیگر را کنار زد. روایات حاوی قید اضرار از حیث سند و متن قابل خدشه هستند؛ زیرا:

اولاً: این روایات در زمره روایات صحیح نیستند؛ مثلاً روایت سماعه مرفوعه است و معلوم نیست از کدامیک از معصومان نقل شده درحالی که

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۴۸

روایاتی که در آن قید اضرار نیامده بود، روایات صحیح بودند. در تقابل بین روایات صحیح با غیر صحیح، روایات صحیح از مرجحات سندی برخوردار بوده و در اولویت قرار دارند.

ثانیاً: احتمال دارد قید اضرار بیانگر حکمت حکم باشد نه علت آن. اگرچه این قید در متن یکی از روایات قید شده و علت منصوصه به شمار می‌رود؛ اما این احتمال وجود دارد که این قید توسط راوی به متن روایت اضافه شده باشد؛ زیرا در اکثر روایات باب طلاق مریض اثری از این قید وجود ندارد.

ثالثاً: از طرفی اگر بپذیریم اضرار به زوجه علت حکم است و عدم اضرار حکم را منتفی می‌سازد، لازمه آن تعمیم در هر موردی است که اضرار و تهمت در آن وجود دارد، نه در خصوص طلاق مریض، در حالی که امکان التزام به چنین تعمیمی از نظر فقهی وجود ندارد. چنان‌که اگر مریض با همسرش ملاعنه کند، در چنین موردی فقها ملتزم به توارث زوجه نیستند. به‌عنوان نمونه صاحب‌جواهر نقل عدم خلاف کرده و معتقد است اگر مرد در حال بیماری مشرف به موت زوجه خود را قذف و یا لعان کند، زن مطلقاً از مرد ارث نخواهد برد (نجفی، بی‌تا، ۱۵۳/۳۲). با این بیان مشخص می‌شود که صرف لعان موجب حرمان زوجه از ارث می‌شود و قصد اضرار تأثیری در حکم ندارد (سبحانی، ۱۴۱۵ق، ۸۰).

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

۱۴۹

۴. شروط تحقق حکم توارث زوجه

گرچه فقهای امامیه طلاق مریض را صحیح تلقی کرده‌اند؛ اما توارث زوجه را به‌طور مطلق نپذیرفته و با تمسک به اخبار شروطی مقرر کرده‌اند. مقنن قانون مدنی ایران نیز از نظر فقهای امامیه تبعیت کرده و توارث زوجه را منوط به تحقق شرایط کرده است. این شروط عبارت‌اند از:

۴/۱: فوت مریض حداکثر تا یک سال پس از وقوع طلاق؛ این

شرط بیانگر حداکثر زمان برای توارث زوجه است. طبق این شرط از زمان اجرای صیغه طلاق تا حداکثر یک سال زوجه از مریض ارث می‌برد؛ از این رو حتی اگر یک روز پس از گذشت یک سال مریض بمیرد زن از او ارث نخواهد برد.

۴/۲: موت زوج به همان بیماری؛ این شرط بیانگر عامل مرگ

مریض است. طبق این شرط عامل موت می‌بایست مرضی باشد که مریض هنگام اجرای طلاق صیغه طلاق بدان مبتلا بوده است؛ چنانچه مریض از آن بیماری بهبودی یابد و مجدداً بیمار گردد و بمیرد، خواه از نوع بیماری اول باشد یا بیماری دیگری، زن مطلقه از او ارث نخواهد برد.

دلیل دو شرط بالا، روایت عبدالله بن مسکان از امام صادق 7 است که درباره طلاق مریض چنین فرموده‌اند: «ترثه في مرضه ما بينه و بين سنة إن مات من مرضه ذلك و تعتد من يوم طلقها عدة المطلقة ثم تزوج إذا انقضت عدتها»؛ «اگر مریض تا يك سال به سبب مرض بمیرد زن ارث می‌برد و از روزی که مطلقه شده عدۀ طلاق نگه دارد و می‌تواند اگر عدۀ اش تمام شد شوهر کند» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۵۴۴/۳). عبارت «ترثه في مرضه ما بينه و بين سنة» بیانگر مدت‌زمان توارث زوجه است؛ یعنی از زمان انعقاد صیغه طلاق حداکثر تا یک سال توارث زوجه از مریض برقرار است و پس از انقضای مدت توارث منتفی است.

عبارت «إن مات من مرضه ذلک» بیان می‌دارد که می‌بایست عامل موت مریض همان بیماری باشد که حین آن صیغه طلاق جاری شده است؛ لذا اگر مریض به واسطه مرضی دیگر و یا سببی خارج از مرض مثل تصادف، طوفان، سیل و... بمیرد، ارث زوجه منتفی است.

۴/۳: زن شوهر نکرده باشد؛ در طلاق پس از سپری شدن مدت عده زن حق اختیار همسر جدید را دارد. در طلاق مریض چنانچه زن، شوهر دیگری اختیار کرده باشد، شوهر اول اگرچه در ظرف مدت يك سال از تاریخ وقوع طلاق از همان بیماری بمیرد، زن از او ارث نخواهد برد.

در تعلیل این شرط، مالک بن عطیه از امام باقر 7 چنین نقل می‌کند: «إذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها ثم مات في ذلك المرض بعد انقضاء العدة فإنها ترثه ما لم تزوج فإذا كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترثه»؛ «هرگاه شخصی در مرضی که منتهی به موت او می‌شود زوجه اش را يك طلاق داد، سپس زن عدۀ نگهداشت و پس از تمام شدن عدۀ مرد به همان مرض از دنیا رفت آن زن در صورتی که شوهر نکرده باشد، از وی ارث می‌برد، لیکن اگر پس از انقضای عدۀ شوهر کرده باشد آن زن ارث نخواهد برد» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ۵۴۴/۳).

روایات مذکور به روشنی بر شروط سه‌گانه فوق اشاره داشته و هرگونه اشکال و ابهامی را از بین می‌برد. شاید پیرامون شرط سوم این سؤال حادث شود که چرا زوجه با اختیار همسر جدید از ارث محروم می‌شود؟

در پاسخ چنین می‌توان گفت: در طلاق رجعی مادامی که زوجه در عده است، توارث وی نیز ثابت است. با پایان یافتن عده توارث منتفی می‌شود. در طلاق مریض توارث تا یک سال وجود دارد. این توارث به جهت حمایت و دفع

ضرر احتمالی از زوجه است. این حمایت مادامی به زوجه تعلق می‌گیرد که حامی دیگری نداشته باشد. زوجه مطلقه با نکاح جدید از حمایت فرد دیگری برخوردار شده و طبق قانون ارث، وارث وی می‌شود؛ لذا از حمایت همسر اول خارج شده و توارث وی منتفی می‌شود. از سوی دیگر نکاح و زوجیت که سبب توارث است بین زوجه و مریض قطع شده و با انقطاع زوجیت توارث نیز پایان یافته و منتفی می‌شود. این پاسخ به هیچ‌وجه علت منصوصه و تام نیست؛ بلکه فقط تعلیل یا به تعبیری توجیه عقلی برای سؤال است.

۵. قلمروی اجرای حکم

گرچه مقنن قانون مدنی در ماده مورد بحث به صراحت توارث زوجه در طلاق بائن را ثابت می‌داند؛ لیکن فقهای امامیه فقط در طلاق رجعی اتفاق نظر دارند و درباره سایر اقسام طلاق اختلاف نظر جدی دارند. اختلاف در این است که اگر طلاق به درخواست زوجه منعقد شود و یا اینکه زوجه با بخشش مال مریض را متقاعد به طلاق سازد، آیا توارث برقرار است یا خیر؟ شهید ثانی منشأ اختلاف را اعتبار و یا عدم اعتبار تهمت می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۱۵۷/۹). برخی از فقهای امامیه نظیر محقق حلی (۱۴۰۸ق، ۱۶/۳) و علامه حلی (بی‌تا، ۵۱۹) حکمت توارث را تهمت فرض کرده و معتقدند متهم بودن مریض به جهت اضرار به زوجه و محروم ساختن وی از ارث موجب می‌شود زوجه با شرایط سه‌گانه فوق ارث ببرد. علاوه بر استدلال فوق، روایات نیز مورد تمسک قرار گرفته است. همانند روایتی که سماعه از معصوم ۷ نقل کرده بود. در روایت مذکور به صراحت قید اضرار به عنوان حکمت توارث زوجه تا یک سال ذکر شده بود.

روایت دیگری که به آن استناد شده از محمد بن قاسم هاشمی از امام صادق ۷ است. محمد می‌گوید از امام چنین شنیدم: «لا ترث المختلعة و المبارئة و المستأمة فی طلاقها من الزوج شیئا إذا کان منهنّ فی مرض الزوج و إن مات لأن العصمة قد انقطعت منهنّ و منه»؛ «زنی که با طلاق خلع، مبارات و با درخواست خود جدا شده در طلاق خود از زوج چیزی ارث نمی‌برد زمانی که در حال طلاق زوج در مرض باشد و بمیرد؛ زیرا زوجیت از آنان و از زوج قطع شده است» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۰۰/۸).

اکثر فقهای امامیه، توارث را در دو قسم اخیر نیز ثابت دانسته و میان اقسام مختلف طلاق فرقی قائل نیستند. شیخ طوسی معتقد است در روایات وارده تفصیلی وجود ندارد؛ لذا واجب است حمل بر عموم شوند (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق،

۴/۸۷). صاحب‌مسالك با تمسك به اطلاق روایات، وقوع طلاق در حال مرض برای توارث را کافی دانسته و اشتراط مبنای تهمت را منتفی می‌داند. وی ادله قائلان به عدم توارث را مورد مناقشه قرار داده و معتقد است اتخاذ مبنای تهمت، علت مستنبطه است نه منصوبه؛ لذا این مبنا نامعتبر است. شهید سند روایات قائلان به عدم توارث را ضعیف دانسته و هر دو روایات را ناصالح برای اثبات حکم می‌داند (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ۹/۱۵۸).

به نظر می‌رسد در طلاق مریض حق با مشهور امامیه باشد و توارث در تمام اقسام طلاق متحقق باشد؛ زیرا روایت سماعه، مضمور است و معلوم نیست از کدام‌یک از معصومین وارد شده است. احتمال دارد قید اضرار در روایت فوق صادر از معصوم نباشد و خود راوی آن را ذکر کرده باشد. با این احتمال، اضرار حکمت است و علت منصوبه نیست.

در روایت دوم نیز ارسال وجود دارد؛ زیرا نام برخی از روات ذکر نشده است. مشهور امامیه نیز بر طبق دو روایت فوق عمل نکرده‌اند تا ضعف سند جبران شود. حتی متقدمین از فقهای امامیه همچون شیخ طوسی، به این دو روایت توجه نکرده و برخلاف آن فتوا داده‌اند؛ لذا از شهرت فتوایی نیز برخوردار نیستند تا ضعف‌شان جبران شود.

۶. حکم توارث مریض در صورت فوت زوجه

سخن در این است که اگر مریض در حال مرض زوجه‌اش را طلاق دهد و در کمتر از یک سال زوجه فوت نماید آیا توارث مریض ثابت است؟ آیا می‌توان حکم توارث زوجه را به مریض سرایت داد؟

مرحوم علامه، وجود تهمت را عامل توارث زوجه ذکر کرده و معتقد است در توارث مریض این احتمال منتفی است؛ زیرا مریض خود اقدام به ضرر نموده که زن را طلاق داده است و طبق قاعده حق توارث زوجین به وسیله انحلال قطعی نکاح زایل می‌گردد (علامه حلی، بی تا، ۴/۷۰).

روایاتی نیز وجود دارد که به صراحت توارث مریض از زوجه را منتفی دانسته است. از جمله روایت حلبی از امام صادق^۷ که در آن چنین آمده است: «أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه قال نعم وإن مات ورثته وإن ماتت لم يرثها»؛ «از امام صادق^۷ پرسیدند مردی مرگش فرا رسیده و او همسرش را طلاق می‌دهد آیا جایز است، فرمود: آری و اگر از دنیا رفت زن از وی ارث می‌برد ولی اگر زن از دنیا رفت مرد از او ارث نمی‌برد» (شیخ صدوق،

۱۴۰۴، ۵۴۶/۳). صاحب‌وسائل نظیر این روایات را از طریق ابوبصیر نقل کرده است (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۲/۲۱۳).

روایت بالا به‌صراحت حکم توارث مریض را روشن کرده و هرگونه ابهامی را مرتفع ساخته است؛ از این رو باید گفت حکم توارث زوجه تا یک سال در طلاق مریض، حکمی استثنایی و مختص به زوجه است؛ لذا قابل‌سرایت به مریض نیست و توارث مریض از زوجه تا یک سال منتفی است.

نتیجه‌گیری

مرض موت در باب طلاق مریض دارای سه شاخصه است:

طبق شاخص اول، موت مریض در کمتر از یک سال اتفاق می‌افتد. این شاخصه، تکلیف امراض مزمن طولانی‌مدت مانند ام‌اس را مشخص می‌کند. در شاخص دوم، مرض باید سبب موت مریض شود. طبق این شاخص، موت مریض به‌سبب مرضی دیگر، از ماهیت مرض موت خارج هستند. مبتلایان به حالات و عوارض خطرناک چون مارگزیده و محکوم به قصاص نیز مریض محسوب نشده و از شمول حکم خارج‌اند.

براساس شاخص سوم، مرض باید منتهی به موت مریض شود. لذا چنانچه مریض از آن بیماری بهبودی یابد و مجدداً بیمار گردد و بمیرد، خواه از نوع بیماری اول باشد یا بیماری دیگری، زن مطلقه از او ارث نخواهد برد.

انعقاد طلاق از سوی مریض جایز است و کراهت شدید دارد. علت حکم روایات به‌ظاهر معارض در باب طلاق مریض است. در برخی روایت نهی صریح وارد شده و مریض از انعقاد طلاق منع شده و در برخی روایات دیگر طلاق مریض جایز تلقی شده است. فقهای امامیه بین دو دسته روایات جمع عرفی کرده و نهی وارده در روایات عدم جواز طلاق توسط مریض را بر نهی تنزیهی حمل کرده و تعارض روایات را مرتفع ساخته‌اند.

اگر مریض در حین مرض همسرش را طلاق دهد، زوجه با تحقق شرایط تا یک سال از مریض ارث می‌برد. فوت مریض حداکثر تا یک سال پس از وقوع طلاق، موت مریض به همان بیماری که طلاق در آن منعقد شده و ازدواج نکردن زوجه پس از اتمام عده از شرایطی هستند که روایات صحیح به آن اشاره داشته‌اند.

اگرچه معدودی از روایات دلیل توارث زوجه تا یک سال را اضرار به زوجه ذکر کرده‌اند؛ لیکن این تعلیل علت مستنبطه است و منصوصه نیست؛ زیرا این

روایات در زمره روایات صحیح نیستند و مرفوعه هستند. درحالی که روایاتی که در آن قید اضرار نیامده روایات صحیح هستند. این احتمال نیز وجود دارد که قید اضرار توسط راوی به متن روایت اضافه شده باشد. لازمه پذیرش این تعلیل، تعمیم آن در هر موردی است که اضرار و تهمت در آن وجود دارد، نه درخصوص طلاق مریض، درحالی که امکان التزام به چنین تعمیمی از نظر فقهی وجود ندارد، چنان که اگر مریض با همسرش ملاعنه کند، در چنین موردی فقها ملتزم به توارث زوجه نیستند.

حکم طلاق مریض در تمام اقسام طلاق جاری می شود و فرقی بین طلاق رجعی و بائن وجود ندارد. اگرچه برخی روایات توارث زوجه را در طلاق خلع، مبارات و طلاق درخواستی از سوی زوجه را منتفی دانسته اند؛ لیکن این روایات از حیث سند ضعیف هستند. مشهور فقهای امامیه نیز بر طبق این روایت عمل نکرده اند تا ضعف سند جبران شود. حتی متقدمین از فقهای امامیه به این روایات توجه نکرده و برخلاف آن فتوا داده اند؛ لذا از شهرت فتوایی نیز برخوردار نیستند تا ضعف شان جبران شود.

صریح برخی روایات توارث تا یک سال را به زوجه اختصاص داده و توارث مریض از زوجه را منتفی اعلام کرده است؛ لذا حکم توارث زوجه تا یک سال، حکمی استثنایی و مختص به زوجه است و قابل سرایت به مریض نیست؛ زیرا طبق قاعده حق توارث زوجین به وسیله انحلال قطعی نکاح زایل می گردد.

منابع

• قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق).
۲. **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان**. بی.چا. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. امامی، سید حسن. (۱۳۸۸ش). **حقوق مدنی**. بی.چا. تهران: انتشارات اسلامی.
۴. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ترحینی عاملی، سید محمد حسین. (۱۴۲۷ق). **الزبدة الفقهية فی الشرح الروضة البهية**، چهارم. قم: دار الفقه للطباعة والنشر.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲ش). **مجموعه محشی قانون**

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،

زمستان ۱۳۹۹

۱۵۴

- مدنی. یکم. تهران: گنج دانش.
۷. حائری طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل**. یکم. قم: مؤسسه آل البيت ::.
۸. ———. (بی تا). **ریاض المسائل**. یکم. قم: مؤسسه آل البيت ::.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). **وسائل الشیعه**. سوم. قم: مؤسسه آل البيت ::.
۱۰. حلّی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرائع**. یکم. قم: مؤسسه سیدالشهدا ۷.
۱۱. حلّی، مقداد بن عبدالله السیوری. (۱۴۰۴ق). **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**. یکم. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۲. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۱ق). **تبصرة المتعلمین فی احکام الدین**، مصحح محمد هادی یوسفی غروی. یکم. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۳. ———. (۱۴۱۳ق). **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام**. دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. ———. (۱۴۱۵ق). **مختلف الشیعة فی احکام الشریعه**. یکم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۵. ———. (بی تا). **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه**. بی جا. مشهد: مؤسسه آل البيت ::.
۱۶. ———. (بی تا). **تذکرة الفقهاء**. یکم، مؤسسه آل البيت ::. قم: ایران.
۱۷. حلّی (ابن فهد)، جمال الدین احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**. دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. روحانی قمی، سید صادق. (بی تا). **فقه الصادق ۷**. بی جا. بی جا. بی نا.
۲۰. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۵ق). **نظام الإرث فی الشریعة الإسلامیة الغراء**. مقرر سید رضا پیغمبر پورکاشانی. یکم. قم: مؤسسه امام صادق ۷.
۲۱. ———. (۱۴۱۴ق). **نظام الطلاق فی الشریعة الإسلامیة الغراء**. مقرر سیف الله یعقوبی اصفهانی. یکم. قم: مؤسسه امام صادق ۷.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الاحکام فی بیان**

- الحلال والحرام**. چهارم. قم: مؤسسه المنار.
۲۳. سیوری، شیخ مقداد. (۱۴۱۰ق). **النضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۶ق). **مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام**. بی‌جا. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۵. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۰۴ق). **من لا يحضره الفقيه**. بی‌جا. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۵۱ش). **المبسوط في فقه الإمامية**. تحقیق محمد باقر بهبودی. دوم. قم: مکتبه‌المرتضویه.
۲۷. _____ . (۱۴۰۷ق). **تهذيب الاحكام**، بی‌جا. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۸. _____ . (۱۴۱۷ق). **الخلاف**. تحقیق خراسانی و شهرستانی. یکم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۹. _____ . (بی‌تا). **الاستبصار في من اختلف من الاخبار**، سوم. قم: دارالکتب الإسلامیه.
۳۰. عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). **مفتاح الكرامة في شرح القواعد العلامه**. سوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. فاضل‌هندی محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). **كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام**. بی‌جا. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. فیض کاشانی. محمد محسن. (بی‌تا). **مفاتيح الشرائع**. یکم. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۳. قرشی، سید علی اکبر، (۱۴۱۲ق). **قاموس قرآن**. ششم. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲ش). **حقوق خانواده**. چهارم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. _____ . (۱۳۸۵ش). **حقوق مدنی**. سوم. تهران: انتشارات یلدا.
۳۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). **الكافي**. ج ۱۱، سوم. قم: دار الحدیث.
۳۷. مجلسی اول، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). **روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه**. محقق سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهااردی و سید فضل‌الله طباطبائی. دوم. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشان‌پور.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۳۸. محقق ثانی، علی بن حسین کرکی. (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. بی چا. قم: مؤسسه آل البيت .:
۳۹. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**. دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). **قواعد الفقهیه**. یکم. قم: نشر الهادی.
۴۱. موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۹۰ق). **تحریر الوسیله**. یکم. قم: دارالکتب العلمیة اسماعیلیان.
۴۲. نائینی، میرزا محمد حسین و آقاضیاء الدین عراقی. (۱۴۲۱ق). **الرسائل الفقهیه**. مقرر: میرزا ابوالفضل نجم آبادی. یکم. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا ۷.
۴۳. نجفی، محمد حسن. (بی تا). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. چهارم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۴. نراقی، مولی احمد بن محمد. (۱۴۱۵ق). **مستند الشیعه**. بی چا. قم: مؤسسه آل البيت .:
۴۵. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۰ق). **رسالة فی المنجزات المریض**. بی چا. قم: اسماعیلیان.
۴۶. _____ (۱۴۲۳). **العروة الوثقی**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

تأملی فقهی
در ماده «۹۴۴»
قانون مدنی
ایران

References

The Holy Qur'an

1. Al- Sabziwārī, Sayyid ‘Abd al-A‘lā. 1992/1413. *Muhadhab al-Aḥkam fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qum: Mu’assasat al-Minār.
2. al-‘Āmilī al-Karakī, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā‘id*. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Ihya’ al-Turāth.
3. al-‘Āmilī, Sayyid Jawād. 1998/1419. *Miftāḥ al-Kirāmat fī Sharḥ al-Qawā‘id al-‘Allāmah*. 3rd. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
4. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1995/1416. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Qum: Mū’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmīyya.
5. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1983/1403. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
6. Al-Baḥrānī Āl Uṣṫūr, Yūsuf ibn Aḥmad. 1985/1405. *Al-Ḥadā‘iq al-Nāḍirat fī Aḥkām al-‘Itrat al-Ṭāhirah*. 1st. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
7. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. *Mafātīḥ al-Sharā‘i‘*. 1st. Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
8. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1990/1411. *Tabṣirat al-Muta‘allimīn fī Aḥkām al-Dīn*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād-i Islāmī (Ministry of Culture and Islamic Guidance).
9. 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.

10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1995/1415. *Mukhtalaḥ al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
11. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). *Tadhkirat al-Fuqahā'*. 1st. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
12. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). *Tahrīr al-Ahkām al-Shar'iyya 'alā Maḍḥhab al-Imāmīyya*. Mashhad: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
13. 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. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
14. al-Ḥillī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Muḥammad (ibn Fahad). 1989/1407. *al-Muḥaḍḍḥab al-Bāri'*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
15. al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Sa'īd. 1984/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'i'*. 1st. Qum: Mu'assasat Sayyid al-Shuhadā.
16. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
17. al-Iṣfahānī, Bahā' al-Dīn Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Fāzil al-Hindī). 1999/1418. *Kaṣḥf al-lithām 'an Qawa'id al-Ahkām*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
18. al-Khānsārī, al-Sayyid Aḥmad. 1984/1405. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Ismā'īlīyān.
19. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 2008/1429. *al-Kāfi*, Vol 11. 3rd. Qum: Mu'assasat Dār al-Ḥadīth.

20. al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). 1985/1406. *Rawḍat al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍaruh al-Faqīh*. 2nd. Edited by al-Sayyid Ḥusayn al-Mūsawī al-Kirmānī and ‘Alī Panāh al-Ishtihārdī. Qum: Bunyād-i Farhang-i Islāmī-yi Kūshanpūr.
21. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. 1998/1419. *al-Qawā‘id al-Fiqhīyya*. Qum: Nashr al-Hādī.
22. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1970/1390. *Tahrīr al-Wasīlah*. 1st. Qum: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyah Ismā‘īlīyān.
23. Al-Nā‘inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn & ‘Irāqī, Āqā Dīyā al-Dīn. 2000/1421. *Al-Rasā‘il al-Fiqhīyyah*. Written by Mīrzā Abulfaḍl Najm Ābādī. 1st. Qum: Mu’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmīyya.
24. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 4th. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
25. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1994/1415. *Mustanad al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
26. Al-Rūḥānī al-Qummi, Sayyid Ṣadiq. *Fiqh al-Ṣadiq*.
27. al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn ‘Abd Allāh. 1983/1404. *al-Tanqīḥ al-Rā‘i‘ li Mukhtaṣar al-Sharā‘i‘*. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
28. al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn ‘Abd Allāh. 1990/1410. *Nadd al-Qawā‘id al-Fiqhīyyat ‘Alā Madhhab al-Imāmīyyah*. 1st. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
29. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 1993/1414. *Nizām al-Ṭalāq fī al-Sharī‘at al-Islāmīyya al-Gharrā’*. Qum: Mu’assasat al-Imām al-Sādiq.
30. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 1994/1415. *Nizām al-*

'Irth fī al-Sharī'at al-Islāmīyyat al-Gharrā'. Written by Sayyid Riḍā Peyghambar Pour Kāshāni. 1st. Qum: Mu'assasat al-Imām al-Ṣadiq.

31. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 2000/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqīq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
32. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqīq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
33. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1990/1410. *Risālat fī al-Munjazzāt al-Marīḍ*. Qum: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyah Ismā'īlīyān.
34. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 2002/1423. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu bihī al-Balwā*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
35. Al-Tarḥīnī 'Āmilī, Sayyid Muḥammad Ḥusayin. 2006/1427. *Al-Zubdat al-Fiqhīyyah fī al-Sharḥ al-Rawḍat al-Bahīyyah*. 4th. Qum: Dār al-Fiqh lil Ṭabā'at wa al-Nashr.
36. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1973/1351. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 2nd. al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
37. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
38. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). *al-Isṭibṣār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
39. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *Al-Khilāf*. 1st. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
40. Ibn Bābiwayh al-Qummī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-

- Shaykh al-Ṣadūq). 1984/1404. *Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mu'assasat al-Nash al-Islamī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
41. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 2010/1388. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Intishārāt al-Islāmīyyah.
42. Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 2003/1382. *Majmū'ī-yi Muḥashshā-yi Qānūn-i Madanī*. 1st. Tehran: Intishārāt-i Gang-i Dānish.
43. Kātūzīyān, Nāṣir. 2004/1382. *Ḥuqūq-i Khāniwādeh*. 4th. Tehran: Intishārāt-i Dānishgāh-i Tehran.
44. Kātūzīyān, Nāṣir. 2007/1385. *Ḥuqūq-I Madanī*. 3rd. Tehran: Intishārāt-i Yald.ā
45. Qurashī, 'Alī Akbar. 1991/1412. *Qāmūs-i Qur'ān*. 6th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.

**Investigating the spiritual rights of the dead
with emphasis on the judgment of the dead's
right over the penalty for the false accusation of
fornication in Shiite Jurisprudence¹
Doi: 10.22034/jrj.2019.53083.1608**

**Jostar- Hay
Fihi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

Khosro Esfahbodi

Abbas Ali Sultani

**Associate Professor of Criminal Law and Criminology Ferdowsi;
(University of Mashhad- Iran; (Corresponding Author**

Muhammad Taqi Qabooli;

163

Receiving Date: 2019-01-02; Approval Date: 2019-09-15

Abstract

Belief in the individuality of personality-related rights makes the right of enjoyment personal and the transfer of that right impossible. However, revering the sanctity of the dead is so significant in Islamic Jurisprudence that many spiritual rights, including

1. Sultani. A (2021); " Investigating the spiritual rights of the dead with emphasis on the judgment of the dead's right over the penalty for the false accusation of fornication in Shiite Jurisprudence "; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 6 ; No: 21 ; Page: ?? -?? Doi: 10.22034/jrj.2019.53083.1608

the right of the penalty for the false accusation of fornication are, in proportionate to its relationship with one's personality, transferable, whether the person in question is alive or dead, and would be inherited to his/her heirs. Therefore, this study sought to investigate posthumous spiritual rights, with emphasis on the dead's right over the penalty for false accusation of fornication. The punishment for the dead's false accusation of fornication is proven through the Four Proofs and the general arguments concerning the reverence of one's sanctity, and should its relevant conditions be met, its penalty, i.e., eighty lashes, would be executed. According to Shiite Jurisprudence, the death of a person would not deprive him/her of their spiritual rights, and in some cases, the judgment for disrespecting such rights of the dead would be the same as that of the person who is alive, and sometimes even more severe. Moreover, the views of those jurists who argue that men's dignity would not be destroyed by death and that the dead could still enjoy some spiritual rights are also confirmed.

Joštar- Hay
Fiqhi va Usuli
Vol 6 ; No 21
Winter 2021

164

Keywords: the sanctity of the dead, spiritual rights of the dead, human dignity, false accusation of fornication of the dead

بررسی حقوق معنوی میّت با تأکید بر حکم حدّ قذف میّت در فقه امامیه^۱

خسرو اسفهبودی^۲

عباسعلی سلطانی^۳

سیدمحمد تقی قبولی درافشان^۴

چکیده

اعتقاد به شخصی بودن حقوق وابسته به شخصیت، حق تمتع را خاص خود شخص و انتقال این حق را ناممکن می‌داند. این در حالی است که اهمیت پاسداشت حرمت میّت در دانش فقه چنان است که در بسیاری از این حقوق مانند حق مقذوف، چه در حال حیات انسان و چه پس از مرگ، این حق معنوی با توجه به رابطه آن با شخصیت آدمی، قابلیت انتقال را داراست و به ارث می‌رسد. این تحقیق به تبیین و بررسی حقوق معنوی انسان پس از فوت با تأکید بر حقّ قذف میّت می‌پردازد. حکم مجازات قذف میّت مسلمان از ادله اربعه و نیز از طریق عموم ادله لزوم پاسداشت حرمت انسان، قابل اثبات است و در صورت تحقق شرایط، حدّ آن یعنی هشتاد تازیانه اجرا می‌شود. براساس منابع فقه امامیه نه تنها مرگ، سبب زوال حقوق معنوی انسان نیست بلکه در مواردی همانند انسان زنده و گاهی شدیدتر است. همچنین دیدگاه فقهای که معتقدند اهلیت انسان با مرگ به طور کامل از بین نمی‌رود و مرده می‌تواند طرف برخی از

۱. تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴. (متخذ از رساله دکتری)

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ khosroesfahbodi@yahoo.com

۳. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، (نویسنده مسئول)؛ soltani@um.ac.ir

۴. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ رایانامه: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

حقوق قرار گیرد نیز ثابت می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حرمت میّت، حقوق معنوی میّت، کرامت انسان، قذف میّت.

مقدمه

گرچه با مرگ انسان بسیاری از حقوق وی قطع می‌شود؛ اما در منابع فقهی، میّت دارای احترام و حرمت تردیدناپذیر و قطعی است. میّت افزون بر حرمت، حقوقی هم دارد که ظاهراً آنچه صحت دارد تبعیت این حقوق و تکالیف و منشأ آن‌ها از زمان حیات است و پدیده مرگ، آثار حقوقی زیادی چون حال‌شدن دیون، انحلال عقد نکاح، تعیین وراثت متوفی و... را نیز در پی دارد. بنابراین پرسش اصلی این است که در فقه اسلام، وضعیت زوال حقوق معنوی میت از جمله حق مجازات قاذف میت چگونه است؟

نظام حقوقی اسلام، کرامت و حرمت انسان را فارغ از زنده یا میّت بودن برای او در نظر گرفته است. لذا در منابع فقهی چون قرآن کریم با بیان (تتوَفَّهِم المَلَائِكَةُ ...) (سجده ۱۱ و نحل/۲۸ و ۳۲) از فرآیند مرگ انسان به‌عنوان وفات (تحويل گرفتن) و نه فوت و از بین رفتن یاد می‌شود.

در روایات معصومان 7: نیز نمونه‌هایی چون: «انَّ حَرَمَةَ الْمَيِّتِ كَحَرَمَةِ الْحَيِّ» (کلینی، ۲۰۰۷، ۷ و ۳/۲۸۸ و ۱۲۵) و «اَنَا نَقَطُحُ لَأَمْوَاتِنَا كَمَا نَقَطُحُ لِأَحْيَانِنَا» (خویی، ۱۴۲۸، ۳۵۹/۴۱؛ حرعاملی، ۲۸۱/۲۸) بیان شده است. فقهای امامی نیز در فتاوی فقهی خود همچون: قضای نماز و روزه و حج میّت، دیه میّت، وصیت میّت، حرمت نیش قبر میّت، سارق کفن میّت، حدّ قذف میّت، حدّ زنا با میّت و... به‌روشنی بر توجه به حرمت و لزوم احترام به انسان میّت و ضرورت حفظ حقوق وی عنایت داشته‌اند.

بازمانده انسان میّت، به‌جز افراد وابسته نسبی و سببی، اموال عینی و حقوق مالی و معنوی وی است. در مورد اول بسیار سخن رفته است؛ اما درخصوص امر دوم به‌ویژه حقوقی که منشأ اثر آن بعد از فوت باشد، کمتر سخن به میان آمده است. البته در این میان، باید از مقاله «جرایم علیه میت و مجازات آن‌ها در حقوق کیفری ایران» نوشته حسن حاجی‌تبار فیروزجائی، و سلاله کلاتتری، (۱۳۹۷) یاد کرد که در نشریه مطالعات حقوقی شماره ۲۱، چاپ شده و متناسب با عنوان مقاله - که حقوق کیفری است - با رویکردی کاملاً حقوقی ضمن تبیین حقوق معنوی میت، به توضیح مواد موضوع بحث در قانون مجازات اسلامی

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۶۶

۱۳۹۲ پرداخته است. با بررسی آن مقاله مشخص شد، منابع فقهی موردعنایت نبوده و ضمناً مسئله محور نبوده؛ لذا تأکید بر قذف نداشته است. بنابراین توجه این تحقیق به این دو جهت: رویکرد فقهی داشتن و نیز مسئله محور بودن قذف است.

از دیگر تفاوت‌های مقاله پیش گفته با پژوهش حاضر این است که در مقاله مذکور صرفاً به موضوع قذف میت مسلمان پرداخته و کیفرخواست را با شکایت یکی از ورثه میت مقذوف ممکن می‌داند؛ ولی در این تحقیق به امکان سنجی قذف میت کافر و نوع مجازات قاذف پرداخته شده است. همچنین از نظر نگارندگان، کیفرخواست نه تنها از سوی احدی از ورثه بلکه از طرف همه ورثه و در صورت فقدان ورثه نسبی، طرح شکایت و اقامه حد بر قاذف توسط حاکم لازم است؛ زیرا مواردی چون اشخاص مجنون و محجور وجود دارد که اگر مورد قذف واقع شوند، اگرچه محق هستند اما خود قادر به استیفای حق نیستند. لذا ملازمه‌ای بین ثبوت حق با قدرت بر استیفای آن نیست و در این فرض نیز مقتضی یعنی هتک حرمت میت، موجود و مانع (مسقطات حد) مفقود است و وجود ورثه نسبی، شرط برای اجرای حد محسوب نمی‌شود.

۱. تعریف قذف

«قذف» در لغت به معنای رمی و نسبت زنا دادن است. قذف بالشئی یقذف قذفا فانقذف (ابن منظور، ۱۴۱۲، ۳/۳۱۹) و در اصطلاح فقهی عبارت است از این که به مرد یا زن، تهمت و نسبت زنا یا لواط زده شود بدون اینکه قاذف، دلیل و بینه‌ای ارائه کند. (ترحیحی عاملی، ۱۴۲۷، ۹/۲۹۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴، ۲۳۱، گلباگانی، ۱۴۱۲، ۲/۱۰۶، لنگرانی، ۱۴۲۲، ۳۵۳).

۲. مبنای حق مقذوف

می‌توان حفظ کرامت انسان را به عنوان يك معيار و مبنای اساسی حرمت تعرض به این حق قلمداد کرد؛ چرا که یکی از مقاصد ضروری شریعت^۵ حفظ اعراض مردم است. از این رو لزوم حفظ آبرو، حیثیت و شرف انسان که همان

۵. «مقاصد شریعت منحصر در امور خمسسه‌ای که جمعی از فقهای شیعه و اهل سنت گفته‌اند نیست؛ بلکه علاوه بر حفظ دین و عقل و جان و مال و نسب، سه عنوان دیگر که حفظ آبرو، حفظ امنیت اجتماعی و حفظ محیط زیست است را می‌توان به آن‌ها افزود» (مکارم شیرازی با همکاری جمعی از اساتید و محققان حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵، ۱/۴۳۱).

حفظ کرامت اوست، معیار انسانی این تشریح (حرمت قذف) محسوب می‌شود. محمدبن مسلم از امام باقر^۷ درباره حکم مردی که زنی را قذف کرده بود، سؤال کرد. آن حضرت فرمود: باید تازیانه بخورد. راوی می‌پرسد: حتی اگر آن زن، از این حق بگذرد؟ امام فرمود: هرگز، چون باید کرامت‌ها رعایت شوند (صدوق، ۳۴/۴). براساس این روایت، اگر مبنا را در قذف، ضرورت حفظ کرامت انسان بدانیم، با توجه به ادله حفظ لزوم کرامت انسان به صورت مطلق، شخص میّت نیز از همین کرامت برخوردار است و به‌عنوان یک حق، قهراً قابل انتقال به ورثه نیز هست. این حق در قانون مجازات اسلامی که از فقه اسلامی گرفته شده نیز انعکاس یافته است. براساس ماده ۲۴۵ این قانون، قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر هرچند مرده باشد.

۳. مستندات حرمت قذف ۳-۱. حرمت قذف در قرآن

در قرآن کریم چند آیه درباره عمل غیراخلاقی قذف وجود دارد و البته کلمه قذف در این آیات نیامده است،^۶ بلکه از تعبیراتی استفاده شده است که دالّ بر عمل قذف است. دو نمونه از این آیات عبارت‌اند از:

الف. بی‌گمان کسانی که به زنان پاکدامن بی‌خبر [از همه‌جا] و باایمان، نسبت زنا می‌دهند در دنیا و آخرت لعنت شده‌اند و برای آن‌ها عذابی سخت خواهد بود. (نور/۲۳)

ب. و کسانی که نسبت زنا به زنان پاکدامن می‌دهند سپس چهار گواه نمی‌آورند هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچ‌گاه شهادتی از آن‌ها نپذیرید و آن‌ها همان فاسقان‌اند. (نور/۴)

در این دو آیه، دو امر متفاوت درباره قذف به‌عنوان یک فعل ضد اخلاقی و غیرشرعی، مشاهده می‌شود. در آیه نخست، قذف شامل همه زنان مؤمنه (شوهردار و بی‌شوهر) می‌شود و مجازات آن عذاب اخروی تعیین می‌گردد تا جامعه مسلمانان به این عمل زشت اخلاقی گرفتار نشود، چون اگر زنان با ایمان که دارای همسر هستند، با تهمت‌های ناروا، مورد هجمه قرار بگیرند، در واقع بخشی از بدنه جامعه که اتفاقاً دارای نقش اساسی در نهاد تربیتی هستند، در کارآمدی خود دچار بحران می‌شوند. قرآن سعی می‌کند از یک اتفاق ناگوار

۶. البته ماده قذف دو بار به صورت فعل مضارع در آیات: ۵۳ سوره سباء و آیه ۸ سوره صافات آمده است که نسبتی با مسئله قذف فقهی ندارد.

پیشگیری کند.

همچنین می‌توان گفت: «آیه شریفه شامل قذف مردان نیز می‌شود، چنان‌که در روایت آمده است: ابوبصیر از امام باقر ⁷ راجع به زنی که نسبت زنا یا لواط به مردی داده است پرسید و امام فرمود: هشتاد تازیانه حدّ زده می‌شود (صدوق، ۳۸۱، ۳۸/۴). پس فرقی ندارد که قاذف و مقذوف مرد باشد یا زن. مهم خود فعل است که از نظر شرعی حرام و ممنوع است.^۷

در آیه دوم همان تعمیم وجود دارد با این تفاوت که خداوند به صورت صریح فعل قذف را به‌عنوان یک عمل مجرمانه تلقی می‌کند که عنصر سوء نیت آن نیز مشخص است و در نتیجه برای آن مجازات تعیین می‌کند. منشأ مجازات را هم یک ادعای بی‌اساس و غیرمنطقی، معرفی می‌کند. از این طریق به صورت غیرمستقیم به جامعه القا می‌کند سعی کنید همیشه برای سخن و ادعای خود، یک برهان محکم بیاورید وگرنه به حکم شرع و عقل، شما مستحق مجازات هستید.

۳-۲. حرمت قذف در سنت

برخی از روایات، هر لفظ ناسزایی را موجب قذف می‌دانند. در روایتی از امام صادق ⁷ آمده است: هر نوع فریّه از ناحیه شخص بالغ اعم از زن و مرد، نسبت به صغیر یا کبیر، مسلمان یا کافر، بنده یا آزاد، انجام شود، مستحق حدّ افتراء و برای غیر بالغ حد تأدیب خواهد بود. عمومیت این روایت، شامل انسان زنده و مرده می‌شود (مجلسی، ۱۰۷۰، ۱۱۳/۱۱۰) و در برخی دیگر از روایات صراحت در الفاظ بخصوص را موجب قذف می‌شمارد. براساس روایتی از امام صادق ⁷ که از قول امام علی ⁷ می‌فرماید: اگر عمل قذف به صورت کنایی انجام شود، موجب حدّ نخواهد بود. لذا امام صادق ⁷ می‌فرماید که امام علی ⁷ برای قذف تعریضی، حدّ شرعی جاری نمی‌کرد (مجلسی، ۱۰۷۰، ۱۱۴/۱۱۰). در خطبه فدکیه حضرت زهرا ⁷ پرهیز از قذف را برای مصونیت از لعنت خداوند ضروری می‌داند («و اجتناب القذف حجاً عن العنه») (عمادزاده، ۱۳۸۸، ۲۱). امام رضا ⁷ درخصوص فلسفه حرمت قذف می‌فرماید: حرم الله عزوجل قذف المحصنات لما فيه من فساد الانساب و نفی الولد و ابطال الموارث (عطاردی، ۳۸۵/۲).

۳-۳. حرمت قذف در نزد فقها (اجماع)

۷. رک: جاویر، حسین و خادمی، مریم «بررسی و نقد حق قذف در داده‌های الکترونیکی از دیدگاه مذاهب خمسّه» پژوهش‌نامه مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، شماره ۱، تابستان، ۶۹۳۱، ص ۷-۰۴).

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حدّ
قذف میت در فقه
امامیه

۱۶۹

«قذف» از دیدگاه فقها^۱ عبارت از نسبت ناروادادن زنا یا لواط به دیگری است^۲ با الفاظی که دلالت صریح بر قذف داشته و قاذف نیز عالم به معانی الفاظش باشد، اگرچه مخاطب مفهوم آن الفاظ را نداند. مجازات جرم قذف، هشتادضربه تازیانه است و قاذف باید بالغ و عاقل و مختار باشد و نیز در مقذوف، احصان شرط است؛ لذا اگر قاذف صبی یا صبیبه یا مملوک یا کافر را قذف کند تعزیر خواهد شد (طوسی، ۱۴۰۸، ۳۰۹/۱) و اما غیرعقیف اگر متظاهر به زنا و لواط باشد از دیدگاه اکثر فقها^۳ حرمتی برای او نیست و حد و تعزیر بر قاذف نخواهد بود. اگر دو شخص یکدیگر را قذف کنند، حد ندارند اما تعزیر می‌شوند (خوئی، ۱۴۳۰/۱/۳۲۰). البته درخصوص تعمیم حکم قذف در جایی که این عمل کتباً یا با استفاده از رسانه مجازی تحقق یافته باشد، اختلاف نظر است.

به نظر می‌رسد با عنایت به اینکه برخی فقها تصریح دارند: «با لفظ او ما یودی هذا المعنی» (خوئی، ۱۴۳۰، ۳۰۶/۴۱) ملاک، ابراز این معنای اتهام زنا و لواط است با هر ابزاری لفظ یا غیرلفظ، می‌توان تعمیم به غیرلفظ را پذیرفت. اما برخی برآنند که نمی‌توان به آسانی تعمیم داد؛ زیرا اصل در قذف، موضوعیت داشتن کاربرد لفظ دارای محتوای قذف است (جاور و خادمی، ۱۳۹۶، ۷). شرایط قذف مرده با زنده تفاوتی نمی‌کند و باید کلیه شرایط مربوط به قاذف و مقذوف و لفظ قذف رعایت گردد تا بتوان حد تازیانه را بر قاذف جاری کرد (حاجی تبار فیروزجانی و کلاتری، ۱۳۹۷، ۳).

جرم قذف از دیدگاه همه فقیهان مسلمان، از جمله جرایم ضد آبرو و شرف محسوب می‌شود و حکم تکلیفی آن را حرمت می‌دانند (ابن‌ادریس حلی، ۵۱۵؛ ابن‌قدامه، ۲۱۵؛ مفید، ۱۴۱۳، ۷۹۳؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ۵۴۸/۲). صاحب‌وسیله نیز می‌گوید: «قذف و کلماتی که باعث اذیت دیگران می‌شوند، جنایت نسبت به آبرو و حیثیت محسوب می‌شوند» (طوسی، ۱۴۰۸، ۴۰۸/۱) امام خمینی درباره عدم جواز قذف می‌گوید: مرد حق ندارد به‌صرف شک کردن نسبت به همسر خود،

۸. (حلی، ۳۰۴۱، ۹۶۱/۴-۱۵۲)، (حلی، یحیی‌بن سعید، ۵۰۴۱، ۵۶۴-۷۶۵)، (حلی، ۱۳۸۸/۳-۳۴۵-۵۴۵)، (نجفی، ۱۸۹۱، ۲۰۴/۴۱-۸۱۴) (موسوی‌خمینی، ۸۶۳۱، ۲۷۴/۲-۵۷۴)، (گلپایگانی، ۲۱۴۱، ۱۰۶/۲، لنگرانی، فاضل، ۲۲۴۱، ۳۵۳)

۹. هرچندکه برخی از فقها نسبت‌دادن به سحق را نیز مصداق قذف دانسته‌اند (سیوری‌حلی، ۲۲۴۱، ۷۴۳/۲).

۱۰. (جبعی‌عاملی، ۵۶۳۱، ۴۳۴/۳)، (فاضل‌هندي، ۳۹۳۱، ۶۳۵/۰۱)، (نجفی، ۱۸۹۱، ۸۱۴/۴۱)، (موسوی‌اردبیلی، ۳۱۴۱، ۴۳۳/۲) (موسوی‌خمینی، ۸۶۳۱، ۲۷۴/۲-۵۷۴)، (گلپایگانی، ۲۱۴۱، ۶۱۱/۲، لنگرانی، ۲۲۴۱، ۷۷۳).

به او نسبت ناروا بدهد. حتی در صورتی که به درجه گمان هم برسد نمی‌تواند چنین نسبتی بدهد و در صورت خیر ثقه هم وضعیت چنین است؛ مگر اینکه به آن یقین پیدا کند، البته در صورت یقین هم اگر زوجه سخن او را تصدیق نکند و بینه‌ای هم نباشد، بر مرد حد قذف جاری می‌شود (خمینی، ۱۳۶۸، ۳۵۹/۲). مرحوم محقق نیز در تعریف قذف می‌گوید: رمی به زنا و لواط به هر زبانی که باشد در صورتی که گوینده این سخن معنای لغت را بداند، قذف است (محقق‌حلی، ۶۷۶، ۱۴۹/۴).

۴-۳. حرمت و جرم‌انگاری قذف از نظر عقل

نسبت ناروای زنا و لواط (قذف) به انسان زنده یا مرده، ظلم به شخص و شخصیت انسان است و هر ظلمی قبیح است؛ پس قذف انسان عقلاً ظلم و قبیح است. در خصوص قذف میت، این آبروریزی برای خانواده و بستگان و قبیله او لکه‌ننگی به حساب می‌آید و چه بسیار جنگ‌ها و خونریزی‌ها به خاطر قذف میت اتفاق افتاده است؛ زیرا در فرهنگ قبیله‌ای افتخار به مردگان و مقابر رایج بوده و قذف میت، موجب خشونت و انتقام‌گیری می‌شده است. لذا عقل حکم می‌کند این ظلم فاحش نسبت به میت و بستگان و قبیله او قبیح است تا از فجایع پیشگیری شود.

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حد
قذف میت در فقه
امامیه

۱۲۱

۴. تعریف حق

۴-۱. حق در لغت

«حق» در لغت به معانی مختلفی به کار رفته است. برخی از این معانی، به شرح زیر است:

«ثابت که انکار آن روا نباشد» و «آنچه ادای آن واجب باشد، حال واقع، حکم مطابق با واقع» (ابن‌منظور، ۱۴۱۲، ۴۹/۳؛ دهخدا، ۱۳۷۳، ۸۰۲۸/۶). ضد باطل، عدل، مال و ملک، حظ و نصیب، موجود ثابت، امر مقضی، حزم، سزاوار. (معلوف، ۱۳۷۸، ۱۴۴). گفتار حق و مطابق با واقع (مصطفی و دیگران، ۱۳۸۷، ۱۸۷) راستی، عدالت، ثابت و یقین که در آن جای تردید و انکار نباشد، شایسته و سزاوار، راستی در گفتار، مال، ملک و سلطنت، بهره و نصیب، امر صورت‌پذیرفته و انجام‌شده، دوراندیشی، مرگ، واقع (مسعود، ۱۳۸۱، ۶۸۹/۱).

به نظر می‌رسد، معنای ثابت و پایدار، معنای موضوع‌ه و قدر مشترک همه تعاریف و دیگر معانی کاربردهای آن باشند.

۴-۲. حق در اصطلاح فقه و حقوق

حَقّ در فقه شیعه و در دانش حقوق، به معانی و تعاریف مختلفی آمده است. به نظر مشهور فقهای شیعه، حق به معنای سلطنت است (انصاری، ۱۴۱۰، ۲۲۴/۱). میرزای نائینی در تعریف آن می‌گوید: «حَقّ عبارت است از سلطه ضعیف بر مال یا منفعت» (نائینی، نگارش نجفی‌خوانساری، ۱۴۱۸، ۱۱۸) همچنین گفته شده است: «حَقّ عبارت است از قدرت یک فرد انسانی مطابق با قانون بر انسان دیگر، یا بر یک مال و یا بر هر دو، اعم از اینکه مال مذکور مادی و محسوس باشد؛ مانند خانه، یا نباشد؛ مانند طلب (جعفری‌لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۷۱، ۱۵).

گروهی از حقوق‌دانان برای حَقّ، معنای حقیقی و اعتباری قائل‌اند و معنای اعتباری حق را اجازه می‌دانند (ابراهیمی، ۱۳۸۲، ۱۱۷). حَقّ، نوعی اعتبار است که برای انسان بما هو انسان وجود دارد (میرموسوی و حقیقت، ۱۳۹۱، ۱۳۰). ذهن از شنیدن واژه حَقّ، بیش از هر چیز متوجه به توان و اختیار می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۲۳۴/۳).

اندیشمندان مسلمان در ارائه تعریف حَقّ اختلاف نظر دارند. برخی آن را مشترك معنوی و به معنای اعتبار، حکم یا امتیاز می‌دانند و برخی آن را مشترك لفظی و به معنای سلطنت یا ولایت می‌دانند (نبویان، ۱۳۸۸، ۱۲۴).

۴-۳. اقسام حَقّ

حَقّ به اعتبار متعلق خود دارای اقسام گوناگون و در یک تقسیم‌بندی کلی به حَقّ مالی و حَقّ غیرمالی تقسیم می‌شود. حَقّ مالی، امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور تأمین نیازهای مالی اشخاص به آن‌ها می‌دهد و از سوی صاحب آن قابل اسقاط و یا انتقال به غیر است و حق غیرمالی امتیازی است که هدف آن رفع نیازمندی‌های عاطفی و اخلاقی است (خسروشاهی و دانش‌پژوه، ۱۳۹۰، ۲۳). حَقّ غیرمالی آن است که اجرای آن، نفعی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد، ایجاد نمی‌نماید و موضوع آن، روابط غیرمالی افراد جامعه است و ارزش دادوستد ندارد و به‌طور مستقیم قابل ارزیابی مالی نیست و ویژگی آن، غیرقابل انتقال بودن آن به غیر است. (امامی، ۱۳۴۰، ۱/۱۳۵) هر یک از حقوق مالی و غیرمالی دارای انواعی می‌باشند که بیان آن‌ها در این پژوهش میسر نیست و در ادامه فقط به بیان حَقّ معنوی که مرتبط با موضوع تحقیق است خواهیم پرداخت.

۴-۴. حقوق معنوی

حَقّ معنوی در برابر حَقّ مادی است و لذا از حقوق غیرمادی است که در معنایی اعم از حَقّ فکری و اخلاقی ملاحظه می‌شود و حقوقی از قبیل آبرو و

حیثیت، تمتع از زندگی خصوصی، آزادی‌های فردی (رفت و آمد و فکر و بیان و انتخاب شغل)، نام، عکس، آثار هنری و فکری (اختراع، تألیف، نظریه فکری و علمی) را شامل می‌شود و به صاحب آن، اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکار وی را می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۵). می‌توان گفت حقوق میت بر آثار علمی و فکری و نام و عکس و... برآمده از توسعه جوامع انسانی است تا مانند حقوق مادی، دستخوش زوال یا سرقت نشود.

در ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان کشورمان ۱۲ مورد به صورت مصداقی به عنوان حق معنوی مورد حمایت قانونی قرار گرفته است. در فصل چهارم آن به مجازات تخلف نسبت به این حقوق پرداخته شده است که مواردی از آن حبس تأدیبی است. در تعریف آن گفته شده است: «حقوقی است که به صاحب آن، اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکار خود را می‌دهد. برای مثال، حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجاری یا شکل خاص و علامت کالاها و فرآورده‌های خود دارد، حق معنوی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۴۵۶/۳).

۴-۵. حقوق معنوی میت

اهتمام به حفظ حرمت میت و تکریم آن در نظام حقوقی اسلام، به نوعی ارزش نهادن و پذیرش حقوق معنوی او است. در متون فقهی به تعریف حق معنوی میت تصریح نشده است؛ اما از بررسی مجموعه روایاتی که در باب محترم شمردن انسان به صورت عام و شخص میت به صورت خاص وجود دارد نظر اسلام به دست می‌آید که انسان مرده همانند انسان زنده از برخی حقوق مادی و معنوی برخوردار است و هر دو نوع این حقوق در صورت وجود شرایطی، قابل توارث هستند.

این حقوق در قالب مفاهیم کلی همچون برابر دانستن حقوق انسان زنده و میت، تجلی یافته است. در واقع بسیاری از احکام کفن، دفن و تجهیز میت در راستای تکریم او صورت می‌گیرد. لذا حقوق میت بر آثار علمی و فکری و... برآمده از توسعه جوامع انسانی است تا مانند حقوق مادی، دستخوش زوال یا سرقت نشود. جدای از بیان کلی در باب حقوق معنوی انسان میت، تعیین مجازات برای کسی که اقدام به شکست این حرمت و نادیده‌انگاشتن حقوق معنوی مرده مسلمان نموده است، در واقع ضمانت اجرای این حقوق است.

۴-۶. مصادیق حق معنوی و ضمانت اجرای آن

در متون فقهی ضمن برشمردن مصادیق و اعمالی برای حفظ حرمت میت،

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حدّ
قذف میت در فقه
امامیه

به راهکارهای ضمانت اجرای آن نیز توجه شده است. شهیدثانی در رابطه با تکریم میت می نویسد: «... و نیز مستحب است زودتر او را بردارند و آماده اش کنند برای غسل و کفن و دفن؛ زیرا احترام مرده به آن است» (شهیدثانی، ۱۹۸۶، ۷۲/۱). فقها علت این تکریم را هتک نشدن حرمت میت مطرح می کنند، صاحب کشف اللثام در این مورد می نویسد: «تأخیر در خاکساری میت باعث تغییرات جسد و دشواری در حمل و نقل و بی احترامی به انسان میت است» (فاضل هندی، ۱۳۹۱، ۲۰۰/۲). همچنین صاحب مدارک العروه با استناد به روایتی که در این زمینه وارد شده، می نویسد: «حق میت این است که اگر دفن نشود در این صورت قبح منظرش و فاسد شدن جسمش بدون اینکه نسبت به آن اختیاری داشته باشد، بر مردم ظاهر می شود، پس واجب است بر اولیای میت، بلکه بر مسلمین حفظ عرض و آبروی او (با دفن کردن سریع او)» (علی پناه اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۲۱۳/۸). شریعت اسلام علاوه بر اینکه تجهیز و کفن و دفن میت و تعجیل در آن را لازم و ضروری شمرده است؛ بلکه دفن میت را در مواضعی که موجب هتک حرمت او باشد، جایز نمی داند و فقها^{۱۱} نیز بر این امر تصریح کرده اند.

همچنین جواز نبش قبر در موارد خاص، چون خاکساری مرده بدون غسل او (خواه از روی عمد و خواه از روی فراموشی) را به عدم هتک حرمت میت و عدم اضرار به بدن او منوط کرده اند^{۱۲} و همین ملاک را در استجاب نقل میت به مشاهده مشرفه مطرح کرده و معتقدند: خوف از هتک شدن حرمت میت به علت بُعد مسافت و دیگر عوامل که منجر به فاسد شدن و یا متلاشی شدن جسد میت

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۷۴

۱۱. «لا يجوز دفن المسلم في مكان يوجب هتك حرمة كالمزبلة و البالوعة...» (طباطبایی حکیم، ۰۱۴۱، ۳۲۱/۱)؛ «لا يجوز دفن المسلم في مكان يوجب هتك حرمة... فان حرمة الميت كحرمة الحي...» (قمی طباطبایی، ۴۷۴/۲).

۱۲. «اذا دفن الميت بلا تغسيل عمداً أو خطأ جاز بل وجب نبشه لتغسيه او تیممه و كذا اذا ترك بعض الاغسال... كل ذلك لم يلزم محذور من هتكه... او الاضرار ببدنه. اذا الاضرار ببدنه حرام كحرمة في حياته... و صفوه القول: ان المستفاد من مجموع النصوص التي تعرفنا لها ان الميت محترم كالحي فلا يجوز الاضرار به» (قمی طباطبایی، ۸۳۳/۲)؛ «اذا دفن الميت بلا غسل ولو نسياناً وجب نبشه لتغسيه، ما لم يمض زمان فيوجب هتك حرمة بانتشار رائحته او تآثر لحمه مثلاً و الا فلا يبعد لزوم التأخير حتي يصير عظلاً ما فيجري عليه حكماً...» (موسوی گلپایگانی، ۳۱۴۱، ۹۶/۱)؛ «لو دفن بلا غسل ولو نسياناً وجب نبشه لتغسيه إن لم يكن فيه محذور من هتك حرمة الميت لاجل فساد جسده او الحرج علي الأجساد بواسطة رائحته أو بتجهيزه...» (موسوی خمینی، ۵۸۳۱، ۱۷/۱).

می‌گردد، موجب حرمت نقل میت به مکان دیگر از جمله مشاهد مشرفه است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵۰۲/۲).

این قبیل فتواها برگرفته از روایاتی است که حرمت میت را چون حرمت زنده او قرار داده است^{۱۳} و یکی از حکمت‌های غسل میت را احترام به میت انسان دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۸۴/۱). صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: «از بعضی روایات به دست می‌آید که غسل میت برای احترام و تکریم مرده است» (نجفی، ۱۳۶۲، ۸۲/۳۷). فقیهان مسلمان در خصوص جرایم بر میت و مجازات آن، ارتکاب جرایمی چون لواط و زنا با مرده را مستحق مجازات بیشتر و شدیدتر دانسته‌اند. یعنی علاوه بر مجازات حدی (حد زنا و حد لواط)، فرد مجرم را به خاطر هتک حرمت میت و آزار و اذیت بستگان و اولاد او به جهت ارتکاب این نوع جرم، مستحق تعزیر دانسته‌اند. شیخ طوسی در نه‌ایه علت تعزیر را هتک حرمت اموات دانسته و می‌نویسد: «حکم مردی که با زن مرده نزدیکی کند به مانند نزدیکی با زن زنده است. پس اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و در غیر این صورت تازیانه می‌خورد؛ زیرا وی نسبت به اموات هتک حرمت کرده است»^{۱۴} (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۸/۲). سایر فقها نیز تعبیراتی شبیه این تعبیر دارند و بر این مسئله ادعای اجماع کرده‌اند.^{۱۵}

از تعبیرات فقها چنین برداشت می‌شود که تعیین حد یا دیه به جهت هتک حرمت میت بوده است. و روایت‌هایی که در این خصوص وارد شده، به نوعی

۱۳. قال رسول الله: «حرمة المسلم میتاً کحرمته و هو حی سواء» (حرعاملی، ۹۳۲/۲۹).

۱۴. «...فإن وطئ الرجل میتة أجنبية لزمه حد الزني مغلاً لأنّها کحرمة الاموات...» (طوسی، ۸۰۴۱، ۱۴۵/۳)؛ «من وطأ امرأة میتة، فإن حکمه حکم من و ملأها و هی حی لقولهم: حرمة المؤمن میتاً کحرمة حیاً، فاذا اثبت ذلك فانه یجب علیه الرجم ان کان محصناً و الجلدان لم یکن كذلك و یضرب زیادة علی الحد تعزیراً، لأنّها کحرمة الأموات و الجرأة علی ذلك» (ابن‌ادریس، ۸۲۴۱، ۸۶۴/۳).

۱۵. «المسألة الثانية فی قطع رأس المیت المسلم الحر مئة دینار و فی قطع جوارحه بحساب دیته و کذا فی شجاجة و جراحه و لا یرث وارثه منها شیء، بل تصرّف فی وجوه القرب عنه عملاً بالروایة. و قال علم‌الهدی (تکون لبيت المال) (محقق‌حلی، ۸۰۴۱، ۷۶۲/۴)؛ «هذا حکم هو المشتهر بین الاصحاب و مستنده اخبار کثیره» (جبعی‌عاملی، ۱۹۴-۰۹۴/۱۵)؛ «الثانية فی قطع رأس المیت المسلم الحر مئة دینار علی المشهور بین الاصحاب، بل عن الخلاف و الانتصار و الغنیة الاجماع علیه» (نجفی، ۲۶۳۱، ۴۸۳/۳۴).

مؤید این مطلب است. در صحیحۃ عبدالله بن سنان و صحیحۃ عبدالله بن مسکان آمده است، امام صادق 7 درباره مردی که سر میتی را قطع کرده بود فرمود: بر او دیه است؛ زیرا حرمت آن شخص پس از مرگ، عین حرمت او در حال حیات است (حرعاملی، ۲۴۸/۱۹ و ۲۴۹) براساس این روایت می‌توان گفت: انسان چه به صورت زنده و چه به صورت مرده، صاحب احترام است و با مرگ، حرمت او زایل نمی‌شود. بنابراین هرگاه کسی بر میت بی‌احترامی کرده و به او تجاوز کند و حقش را از بین ببرد، بر اوست که مجازات شود.

۵. امکان سنجی قذف انسان مرده (میت)

انسان دارای دو بعد شخص و شخصیت است. جرم قتل عمد به سبب نابودی شخص دارای مجازات قصاص است. اما گاهی انسان‌ها بیشتر از نابودی جسم نسبت به شخصیت و آبروی خویش بیمناک هستند. البته قذف میت افزون بر آبروریزی وی موجب آزار و اذیت بازماندگان او نیز می‌شود که بسیار ظلم آشکار و عمومی است. لذا جرایم ضد تمامیت معنوی انسان در واقع تعدی و تجاوز به شخصیت انسان است. قذف از جرائمی است که علیه حیثیت معنوی انسان اعم از زنده یا مرده انجام می‌شود.

قذف میت به دو صورت ممکن است: ۱. انسان میت مستقیماً مورد تهمت ناروای زنا و لواط قرارگیرد؛ ۲. انسان زنده مورد قذف واقع شود؛ ولی قبل از فوت موفق به شکایت ضد قاذف نشود و ورثه او اقدام کنند یا میت اقدام کرده اما قبل از رسیدگی فوت کند.

این مسئله در فقه اسلامی مطرح شده است. شارع در برابر این عمل ضد اخلاقی، برای فرد قذف شده حقی قائل شده است. از امام صادق 7 در روایتی درباره حکم مردی که به دیگری بگوید: ای مادر به خطا! (یعنی زناکار)، نقل است که فرمود: «اگر مادرش زنده و حاضر باشد و برود به قاضی شکایت کند و خواهان احقاق حق خود شود، آن مرد هشتاد تازیانه می‌خورد و اگر غایب باشد، منتظر می‌ماند تا بیاید و حق خود را مطالبه کند و چنانچه مرده باشد و از او جز خوبی (عفت) مشاهده نشده باشد، تهمت زنده را باید هشتاد تازیانه زد» (کلینی، ۲۵۱/۶).

۶. جرم انگاری قذف میت

در منابع و متون فقهی، حد قذف، مختص انسان زنده جرم‌انگاری

نشده است؛ بلکه به صورت مطلق ضد تمامیت معنوی انسان ذکر شده است. در خصوص جنایت‌هایی که نسبت به میّت متصوّر است از قبیل: سرقت اجزای کفن، سرقت اجزای بدن، تجاوز جنسی، قذف و اهانت، {فقط} دو مورد اخیر (قذف و توهین) به عنوان جرم ضدّ تمامیت معنوی انسان میّت محسوب می‌شوند که مجازات آن با وجود شرایط، حدّ و در موارد خاصّ تعزیر تعیین شده است. در قذف چون شرط زنده بودن مقذوف لحاظ نشده و عموم آیات و روایات و اجماع فقها نیز حدّ قذف را بر کسی که مرده‌ای را قذف نماید، تجویز نموده‌اند، در اکثر کتب فقهی این موضوع تحت عنوان «وکذا لو قذف الرجل زوجته الميته ...» مطرح شده است (حلی، ۱۴۰۳، ۱۴۹/۴-۱۵۲)، (حلی، یحیی، ۱۴۰۵، ۵۶۷-۵۶۴)، (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۱/۴۰۲-۴۱۸) (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ۲/۴۷۲-۴۷۵)، گلپایگانی، ۱۴۱۲، ۲/ ۱۲۶. لنکرانی، ۱۴۲۲، ۳۸۳). البته باید کلیه شرایط مربوط به قاذف و مقذوف و لفظ قذف رعایت گردد تا بتوان حدّ تازیانه را بر قاذف جاری کرد (بنی حسینی مرندی، ۱۱۸) اگر مقذوف مرده باشد حقّ قذف به ورثه می‌رسد و اگر ورثه ولی نداشته باشد بر حاکم اسلامی لازم است حق میت را بگیرد و نمی‌تواند قاذف را عفو کند (ابوالصلاح حلی، ۱۴۰۳، ۴۲۱).

پیش از این گفته شد که قذف مرده، لکه ننگی است برای خانواده و ورثه میّت و چون خانواده هم دچار ضرر و زیان شده است به همین علت، علاوه بر حدّ قذف ممکن است که قاذف تعزیر نیز بشود (بنی حسینی مرندی، ۱۲۱).

۶-۱. مجازات جرم قذف میّت

قذف از جرائمی است که مجازات حدّی دارد. اسلام در این زمینه سخت‌گیری کرده است تا حافظ اعراض مردم باشد. لذا وقتی حدّ بر قاذف ثابت شود از وی ساقط نمی‌شود؛ مگر اینکه مقذوف ادعای قاذف را تأیید کند یا بیّنه‌ای مثبت زنا موجود باشد و یا اینکه مقذوف عفو کند و در این حکم ظاهراً مخالفی نیست (لنکرانی، ۱۴۲۷، ۳۹۴؛ بطحایی گلپایگانی، ۱۳۸۲، ۲۹).

در منابع فقهی با استناد به روایات مربوط به قذف، فروعی را در مسئله حکم قذف ذکر کرده‌اند. با توجه به اطلاق ادله در اصل مجازات قاذف، تفاوتی بین قذف انسان زنده و مرده وجود ندارد، فقط در نحوه استیفای آن تفاوت وجود دارد. در من لایحضره الفقیه، در گونه‌ها و فروع مختلف مقوله قذف، ۲۷ روایت نقل شده است که از این مقدار فقط یک روایت فرض میّت بودن مقذوفه عقیفه را بیان می‌کند که بر فرد قاذف همچنان حدّ جاری می‌شود. این مسئله نشانه‌ای بر این است که رویکرد دلایل، بیشتر بیان قبیح بودن عمل قذف است که با

کرامت انسان مسلمان سازگاری ندارد و در واقع نگاه پیشگیرانه و بازدارندگی نیز دارد تا افترا و تهمت در میان جامعه مسلمان رایج نشود.

۶-۲. بررسی دو فرض برای قذف میّت

۶-۲-۱. شخصی فوت کرده و پس از مرگ از ناحیه دیگری مورد نسبت ناروای زنا و لواط قرار گرفته است. در این فرض در صورت تحقق شرایط، حدّ قذف جاری خواهد شد. و این حقّ مسلم میّت در اختیار ورثه او قرار می‌گیرد. مبنای این مسئله روایاتی است که حقّ قذف را به‌عنوان امری معنوی، به‌صورت مطلق برای فرد مقذوف، ثابت می‌داند. براساس همین روایات اکثر فقها در باب احکام قذف فرقی بین مقذوف زنده و مرده نمی‌گذارند (مدرسی، ۱۴۳۰، ۱۴۰). به‌عنوان نمونه در پاسخ به سؤال اگر کسی نسبت به مرده‌ای افترا ببندد، آیا حدّ قذف درباره او جاری می‌شود؟ آیت‌الله مکارم شیرازی می‌گوید: از این نظر فرقی میان حی و میّت نیست و هر دو حدّ قذف دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۴۹۲/۲). در روایت از امام صادق ۷ نقل است که فرمودند: «درباره حکم مردی که به دیگری بگوید: ای مادر به‌خطا! یعنی زناکار، فرمود: اگر مادرش زنده و حاضر باشد و برود به قاضی شکایت کند و خواهان احقاق حقّ خود شود، آن مرد هشتاد تازیانه می‌خورد و اگر غایب باشد، منتظر می‌ماند تا بیاید و حقّ [عرضی] خود را مطالبه کند و چنانچه مرده باشد و از او جز خوبی (پاکی) مشاهده نشده باشد، تهمت‌زننده را باید هشتاد تازیانه زد» (کلینی، ۱۴۲۸، ۱۳۱/۷). فقها وجود بینه‌ای که زنا را ثابت کند و تصدیق قاذف و عفو از سوی مقذوف را، سه عامل مسقطات حدّ قذف برشمرده‌اند (فاضل‌لنکرانی، ۱۴۲۷، ۳۹۴). البته ممکن است ایراد شود که اگر مقذوف زنده می‌بود، امکان تصدیق اتهام و یا عفو قاذف را داشت. لذا وجود چنین شبهه‌ای مانع از اجرای حدّ قذف می‌شود. در ردّ این ایراد باید گفت: اصل بر برائت مقذوف است؛ مگر اینکه بینه‌ای موجود باشد و در مورد امکان عفو باید گفت در چنین مواردی مصلحت مقتضی اجرای حدّ است وگرنه بسیاری از حقوق و حدود و دیات، با فوت شخص ساقط می‌شوند و این امر باعث نابسامانی جامعه و تضعیف امنیت افراد خواهد شد.

۶-۲-۲. قاذف نسبت زنا یا لواط را به‌طور ناروا به شخص زنده عقیف منتسب کرده است؛ اما این شخص قبل از اینکه نسبت به استیفای حقّ خود، اقدامی انجام بدهد، فوت می‌کند. شهیدثانی می‌گوید: «حدّ قذف به ارث می‌رسد. بنابراین اگر مقذوف قبل از مطالبه فوت کند، این حقّ برای هرکسی

است که از اموال ارث می‌برد و اگر وارث بیش از یک نفر باشد، هر یک به تنهایی می‌توانند آن را مطالبه کنند» (جبعی عاملی، ۱۸۹/۹). آیت‌الله مکارم شیرازی می‌گوید: اگر کسی به انسان زنده‌ای افترا ببندد و مقذوف قبل از صدور یا اجرای حکم بمیرد، آیا ورثه او حق دارند تقاضای صدور حکم، یا تقاضای اجرای مجازات نمایند؟ جواب: حق مطالبه حد قذف به ورثه منتقل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۴۹۲/۲) در الدر المنضود فی احکام الحدود آمده است: حد قذف از مقذوف به ورثه منتقل می‌شود اگر استیفا و یا عفو نکرده باشد (گلبایگانی، ۲۰۶/۲). اگر مقذوف بمیرد و ورثه نداشته باشد، امام حق مطالبه و اجرای حد را دارد ولی حق عفو ندارد. بلکه از «غنیه» بر این قول، نقل اجماع شده است و لیکن خالی از اشکال نیست (نجفی، ۱۳۹۱، ۳۵۵/۱). به‌هرحال در هر دو فرض فوق حق قذف به ورثه منتقل می‌شود.

۳-۶. قذف غیر مسلمان

براساس تصریح قرآن حکیم، انسان و بنی آدم، دارای کرامت ذاتی است (و لقد کرمنا بنی آدم...). (اسراء/۷۰) کرامت را به دو نوع ذاتی و اکتسابی تقسیم کرده‌اند. کرامت ذاتی، همان است که بنی آدم را بدون استثنا از آن برخوردار کرده است و تحت هیچ شرایطی، قابل سلب نیست. اما کرامت اکتسابی یا ارزشی، شأن و مقامی است که انسان در اثر تلاش و خودسازی و بهره‌مندی از ایمان، تقوا و عمل صالح، بدان نائل می‌شود. کرامت انسان با مُردن، ساقط نمی‌شود. مرده انسان نیز هم به‌لحاظ جسمی و هم به‌جهت معنوی، شایسته احترام است. در این میان، فرقی میان مسلمان و غیرمسلمان نیست. حتی در صورت بروز جنگی میان مسلمانان و کافران، رعایت تشریفات قانونی نسبت به کشته‌های دشمن، لازم است.

دلیل لزوم حفظ حرمت انسان پس از مرگ را می‌توان از اطلاق و عموم آیه کرامت استنباط کرد. غایت قاعده کرامت، حیات نیست و کرامت او پس از مرگ نیز تداوم می‌یابد. از این رو در اعلامیه حقوق بشر اسلامی بر این موضوع تأکید شده است: «مراعات احترام هر انسان و حفظ آبروی اجتماعی او در زمان زندگی و پس از مرگش واجب است و دولت و جامعه به حمایت از بدن و مدفن او مکلف‌اند».

در منابع روایی پیش‌ازین، نقل شد که حرمت اموات مثل احیاء لازم‌الرعایه است. یکی دیگر از مظاهر حرمت مرده آن است که فقیهان در مورد کسی که با میت، زنا کند، فتوا به مجازاتی شدیدتر از زنا با زنده داده‌اند.

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حد
قذف میت در فقه
امامیه

در باب قذف روایاتی نیز وارد شده که نشان از حرمت ناسزاگفتن به کافران دارد؛ از جمله: امام صادق 7 از یکی از اصحاب پرسید: وضعیت بدهکارت (یا طلبکارت) چه شد؟ پاسخ داد آن فرزند زن بدکاره را می‌گویید؟ در این هنگام حضرت، نگاه تندی به او کرد. او گفت: فدایت شوم او مجوسی است و مادرش همان خواهرش است. فرمود: آیا این طریقه در دین آنان، نکاح صحیح نیست؟ (نوری، ۱۴۰۸، ۸۹/۱۸) این نشان از ردّ پای قاعده کرامت در چنین احکامی است. یعنی چون هر انسانی مادام که به سوء اختیار، خود را در معرض برخی اهانت‌ها قرار نداده، از حرمت و کرامت انسانی برخوردار است پس نمی‌توان به او ناسزا گفت. در اینجا می‌توان حفظ کرامت را یکی از علل یا ملاکات حکم به حساب آورد. بنابراین ناسزاگفتن، عمل منافی کرامت افراد است و عمل منافی کرامت افراد جایز نیست پس ناسزاگفتن جایز نیست (ناصری مقدم و حقیقت‌پور، ۱۳۹۲، ۲۹) و نیز پیامبر اکرم ﷺ در حال عبور بود. در راه برای تشییع جنازه فردی یهودی ایستاد و ادای احترام نمود. شخصی دلیل توقف و احترام به جنازه یهودی را سؤال کرد، ایشان فرمود: آیا جنازه انسانی نبود؟ (مجلسی، ۲۷۳/۷۸). این امر بیانگر لزوم حرمت مرده و استمرار شخصیت معنوی انسان، فارغ از نوع دین و مذهب او است و به طریق اولی که اهانت و قذف کافر حرام است.

اصولاً از نظر فقها دشنام به مسلمان به غیر قذف و همچنین غیرمسلمان در قالب قذف، موجب ثبوت تعزیر است (عکبری‌بغدادی، ۱۴۱۰، ۷۹۶ و ۱۴۱۷، ۷۲۸؛ عاملی‌جعفی، ۱۴۱۳، ۴۳۳/۱۴؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ۲/۴۷۴) «حرمت قذف زن و مرد محصنه مسلمان و حدّ آن در روایات قذف، از واضحات است و فرقی بین مسلمان و کافر نیست» (صانعی، ۱۳۸۰، ۵۴۷) صاحب‌جوهر نیز در یکی از فروع لغات و تعلیق آن، به تساوی حدّ قذف در انسان زنده و مرده تصریح می‌کند (رک: نجفی، ۱۵۳/۳۳).

با توجه به یکسان بودن حرمت انسان زنده و مرده نسبت به رفتارهایی که این حرمت را نقض می‌کند و اینکه قذف از جرائم عمومی است و جدای از حقّ شخصی شخص مقذوف، شارع نیز می‌تواند تنبیه علی‌حدّه‌ای برای شخص قاذف در نظر بگیرد که به‌عنوان تعزیر از آن یاد می‌شود.

لذا به حکم عقل، از این دو مقدمه می‌توان نتیجه گرفت که جرم قذف نسبت به انسان میّت اعم از مسلمان یا کافر جاری است. یعنی مشمول مجازات

۱۶. این مسئله که قذف کافر توسط مسلمان موجب ثبوت تعزیر می‌شود، می‌تواند شاهد خوبی بر تعمیم حقوق بشر در اخلاقیات شیعی و اسلامی باشد.

حدی و در صورتی، تعزیری خواهد بود و دلیل اجرای حد یا تعزیر نسبت به شخص قاذف، فقط ظلم و تعدی و تجاوز قاذف به کرامت و شخصیت معنوی انسان است و لزوم نگاهداشت حرمت انسان، بدون هرگونه تبعیض نژادی و دینی و جنسیتی و... است.

۷. انتقال حق قذف به ورثه

حد قذف اگرچه جنبه مالی ندارد ولی به ارث می‌رسد. یکی از اهداف اجرای حد قذف بر قاذف، تشفی خاطرِ مقذوف یا ورثه او برای رفع نیازهای عاطفی و روانی اشخاص است. از نظر مشهور فقها، حق قذف به‌جز زوج و زوجه به سایر ورثه تعلق می‌گیرد و هرکدام از ایشان به‌تنهایی می‌تواند به استیفای حق میّت مقذوف، اقدام کند؛ ولو اینکه مابقی ورثه یا بعضی از ایشان گذشت کرده باشند.

دلیل این امر آن است که ارث حق قذف همانند ارث مال نیست که هرکس به‌اندازه معینی دارای سهم باشد و با رعایت طبقات سهم خود را ببرد بلکه حق استیفای حله و ولایت و اختیاری است؛ لذا هر یک از ورثه می‌تواند مطالبه تمام نماید اگرچه سایر وارثین از حق خود صرف‌نظر نمایند. ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی نیز می‌گوید: حق مطالبه حد قذف به همه وارثان به‌جز زن و شوهر منتقل می‌شود و هر یک از ورثه می‌توانند آن را مطالبه کنند؛ هرچند دیگران عفو کرده باشند. در بخشی از روایتی که محمدبن مسلم از امام باقر ۷ نقل می‌کند، امام تصریح می‌فرماید که این حق به فرزند میّت منتقل می‌شود. امام در این روایت برای فرزندی که مادر مرده‌اش توسط پدر او قذف شده نیز، این حق را ثابت می‌داند تا به‌جای او مطالبه قصاص کند (طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰/۷۷). امام خمینی می‌گوید: چنانچه مقذوف میّت شخص قاذف را در زمان حیات عفو نکرده و اقدام به ستاندن حق خود نکرده است، در این صورت هر یک از ورثه به‌جز زوج و زوجه به‌تنهایی می‌توانند به مطالبه حق میّت مقذوف، اقدام بکنند، گرچه برخی از ورثه عفو کنند (موسوی‌خمنی، ۱۳۸۵، ۲/۴۷۶).

ادله مشهور فقها در موروثی‌بودن حق قذف، روایاتی است که در این زمینه وجود دارد. از جمله روایت صحیحه حلبی از امام صادق ۷ که حد قذف را از حقوق آدمیان برشمرده‌اند (کلینی، ۱۴۲۹، ۱۴/۱۷۹؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸/۱۸۰). علاوه بر روایات، دلیل اجماع نیز از سوی شیخ طوسی (۱۴۰۷، ۵/۴۰۶)، سبزواری (۱۴۱۳، ۱۸/۱۹) و خوبی (۱۴۲۲، ۴۱/۳۱۶) ادعا شده است. لذا جرایمی که

بررسی حقوق
معنوی میّت با
تأکید بر حکم حد
قذف میّت در فقه
امامیه

علیه مردگان اتفاق می‌افتد، در همه مراحل قابل تعقیب است و حقوق متوفای محیی علیه به ورثه وی انتقال می‌یابد (حاجی‌تبار فیروزجائی و کلاتری، ۱۳۹۷، ۳). براساس نظر برخی از فقها اگر مقذوف فوت کرد و ورثه‌ای نداشت بر حاکم اسلامی است که حق وی را بگیرد و نمی‌تواند قاذف را عفو کند (حلبی، ابوالصلاح، ۱۴۰۳، ۴۱۶).

۷-۱. بررسی دیدگاه مخالف

در مقابل نظر فقیهان شیعه (طوسی، ۱۳۵۱، ۱۶/۸؛ نجفی، ۱۳۷۳، ۸۵/۳۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ۱۸۶/۲) و بسیاری از اهل سنت (ابن‌قدامه، ۱۳۴۸، ۲۳۰/۱؛ ابن‌الهمام، ۱۴۰۵، ۱۹۷/۴؛ ابن‌تیمیه، ۱۳۲۵، ۲۷۶/۱) که ارث‌بری حد قذف میّت را ثابت دانسته‌اند؛ اما مخالفان با این نظر با استناد به روایت سکونی از امام صادق (ع): «الحد لا یورث» (کلینی، ۱۴۲۹، ۱۸۲/۱۴؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۲۳۴/۴؛ حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۵۹/۲۸) و نیز روایتی از امام علی (ع): «لا یورث الحد» (نوری، ۱۴۰۸، ۲۵/۱۸؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ۵۹۲/۳۰) قائل به عدم موروثی بودن حد قذف شده‌اند.^{۱۷} از سوی دیگر، فقهای شافعی معتقدند فقط در صورتی ورثه میّت می‌توانند حق قذف را اجرا کنند که میّت در زمان حیاتش قذف شده و درصدد استیفای حقش برآمده باشد تا به‌عنوان حق متروک، ورثه بتوانند تقاضای اجرای حد را داشته باشند (ابن‌قدامه، ۱۴۱۰، ۵۷۹/۳). ابوحنیفه و برخی از فقیهان مکتب او نیز قذف میّت را ثابت ندانسته‌اند و تنها دلیلی که ابراز داشته‌اند عدم امکان مطالبه حد قذف از سوی مرده است (زلیعی حنفی، ۸۲۹).

۷-۲. نقد نظر مخالفان

نظرات مخالفان ضعیف و مردود به نظر می‌رسد چون دو روایت فوق از لحاظ سند و محتوا مورد نقد واقع شده است. مثلاً شخصیت سکونی باعث ضعف سند است (طباطبایی‌حائری، ۱۴۱۸، ۴۸/۱۶) چراکه شیخ طوسی وی را در مرتبه افرادی آورده است که اگر خبر موثقی در مقابل خبر وی باشد، باید خبر او را رها کرد (طوسی، ۱۴۱۷، ۱۴۹/۱). علاوه بر ضعف سند، به ارث‌نرسیدن حد قذف در روایت را می‌توان حمل بر ارث‌نرسیدن آن بر حسب مال (اناث، نصف ذکور) نمود (گلپایگانی، ۲۰۸/۲).

همچنین در ردّ نظر فقهای شافعی و حنفی باید گفت، مواردی مثل اشخاص مجنون و محجور وجود دارند که اگر مورد قذف واقع شوند خود، قادر به استیفای حق نیستند؛ درحالی‌که ایشان محق هستند لذا ملازمه‌ای بین ثبوت

۱۷. نگارندگان در بین فقیهان شیعه به شخصی که قائل به عدم توریث حد قذف باشد، دست نیافتند.

حقّ با قدرت بر استیفای آن نیست. بنابراین چنانچه شخص پس از وفات مورد قذف واقع شود، ورثه او نیابتاً استیفای حق می‌نمایند و چنانچه ورثه نسبی نداشته باشد، بر حاکم اسلامی لازم است اقامه دعوی کرده و نمی‌تواند عفو کند (حلبی، ۴۲۱/۱۴۰۳)؛ زیرا مقتضی (هتک حرمت میت) موجود و مانع (مستقطات حد) مفقود است.

نتیجه

۱. در فقه امامی، علاوه بر حقوق مالی و کیفری و جسمانی برای میت، حقوق معنوی نیز در نظر گرفته شده است که برخی ناشی از استمرار و برخی دیگر منشأ حدوث آن از زمان مرگ و به دلیل صفت انسانی است.
۲. احکام قذف که در شریعت اسلام، مطرح و متضمن اعراض انسان بما هو انسان است، علاوه بر تأیید عقل، به آیات و روایات پیامبر اکرم و ائمه معصومین (علیهم السلام) استناد گردیده است.
۳. حدّ قذف در زمره حقوق معنوی انسان قرار دارد و نظام حقوقی اسلام، کرامت و حرمت انسان را فارغ از حیّ یا میت بودن برای او در نظر گرفته است و از آنجا که زنده بودن از شرایط لحاظ شدن جرم قذف نیست؛ لذا این جرم قابل سرایت به مردگان نیز است و به ارث می‌رسد.
۴. یکی از حکمت‌های تشریح حدّ قذف را می‌توان، عامل بازدارندگی افراد بشر از نسبت‌های ناروا به دیگران برشمرد؛ زیرا دین مبین اسلام، حفظ آبرو و حیثیت انسان‌ها را واجب دانسته است.
۵. از بررسی منابع روایی و مستندات فقهی جرم قذف به دست می‌آید که رویکرد اصلی این دلایل، حفظ کرامت انسان و پیشگیری از رواج افترا در حیاتی‌ترین امر زندگی فردی و اجتماعی، یعنی پاکیزه ماندن فضای روابط و محفوظ ماندن آبرو و حیثیت حقوق معنوی شهروندان است. لذا در این فرض میان انسان زنده و مرده و مسلمان و غیرمسلمان تفاوتی نیست؛ چون حیثیت، شخصیت و وصف انسانی افراد، پس از مرگ نیز باقی است و اصولاً گرامیداشت و احترام مردگان نزد ملل و ادیان مختلف، نشان از این مهم دارد.
۶. بنابر نظر فقهای که معتقدند پس از مرگ اگر میت مورد قذف واقع شود برای وی حقّ ایجاد می‌شود و چون تکویناً قادر به استیفای حقّ نیست لذا ورثه او به نیابت از میت و با فقدان ورثه نسبی، امام حقّ اجرای حدّ قذف بر قاذف را دارد؛ بنابراین می‌توان گفت نظریه طرف حقّ قرار گرفتن میت و تداوم اهلیت

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حدّ
قذف میت در فقه
امامیه

تمتع وی تقویت و ممکن می گردد.

منابع

قرآن کریم (ترجمه ناصر مکارم شیرازی).

۱. ابراهیمی، جهانخش. (۱۳۸۲). **سیری در حقوق بشر**. تهران: انتشارات زوار.
۲. اشتهازدی، علی پناه. (۱۴۱۷). **مدارک العروة الوثقی**. تهران: دارالاضواء للطباعة والنشر.
۳. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳). **مجمع الفایده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان**. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۴. ابن ادریس حلی، محمد بن احمد. (۱۴۲۸). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۵. ابن تیمیه، عبدالسلام. (۱۳۲۵). **محرر فی الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل**. دوم. الرياض: مكتبة المعارف.
۶. ابن قدامه، عبدالله. (۱۴۱۰). **المغنی**. دوم. قاهره: دار الهجره.
۷. —. (۱۳۴۸). **الشرح الكبير (حاشیه کتاب المغنی)**. بیروت: دار الکتب العربی.
۸. ابن منظور افریقی مصری، ابی الفضل جمال الدین محمد. (۱۴۱۲). **لسان العرب**. دوم. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی. دار احیاء التراث العربی.
۹. ابن الهمام، محمد. (۱۴۰۵). **شرح فتح القدر علی الهدایه شرح بدایه المبتدی**. دوم. بیروت: دار الفکر.
۱۰. امامی، سید حسن. (۱۳۴۰). **حقوق مدنی**. پنجم. تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی.
۱۱. بروجردی، حسین. (۱۳۸۶). **جامع احادیث الشیعه**. تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۱۲. بطحایی گلپایگانی، سید هاشم. «**قذف از دیدگاه کتاب و سنت**». فصلنامه اندیشه های حقوقی. ۱۳۸۲. ش ۳، ص ۲۹-۴۶.
۱۳. بنی حسینی مرندی، صادق. (۱۳۷۲). **قوانین کیفری در حدود، قصاص و دیات در اسلام**. تهران: اداره کل قوانین و مقررات کشور.
۱۴. ترحینی عاملی، سید محمدحسین، **الزبدۃ الفقهیة فی شرح الروضة البهیة**. چهارم. قم: دار الفقه للطباعة والنشر.
۱۵. جاور، حسین و خادمی، مریم. «**بررسی و نقد حق قذف در داده های الکترونیکی از دیدگاه مذاهب خمسسه**». پژوهش نامه مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی. پاییز ۱۳۹۶. ش ۱. ص ۷-۴۰.
۱۶. جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین الدین. (۱۴۲۹). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة**

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۷. _____ (۱۴۱۳). **مسالك الافهام**. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۱۸. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر. (۱۳۹۳). **مقدمه عمومي علم حقوق**. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۹. حاجى تبار فيروزجائى، حسن و سلاله كلاترى. (۱۳۹۷). «**جرايم عليه ميت و مجازات آن هادر حقوق كيفرى ايران**». فصلنامه مطالعات حقوق. بهار ۱۳۹۷. ش ۲۱. ص ۱-۱۶.
۲۰. حزاملى، محمدبن حسن. (بى تا). **وسائل الشيعه فى تحصيل مسائل الشريعه**. بيروت: دار احياء التراث العربى.
۲۱. _____ (۱۴۰۹). **تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه**. قم: مؤسسه آل البيت .:
۲۲. حلبى، ابوالصلاح، تقى الدين بن نجم الدين. (۱۴۰۳). **الكافي في الفقه**. اول. اصفهان: كتابخانه عمومي امام اميرالمؤمنين عليه السلام.
۲۳. حلبى، حسن بن يوسف بن على المطهر. (۱۳۸۸). **تذكرة الفقهاء**. چاپ افسست. تهران: مكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية.
۲۴. حلبى، يحيى بن سعيد. (۱۴۰۵). **الجامع للشرايع**. قم: سيدالشهداء.
۲۵. خسروشاهى، قدرت الله و مصطفى دانش پژوه. (۱۳۹۰). **فلسفه حقوق**. قم: موسسه آموزشى و پژوهشى امام خمينى.
۲۶. خوانسارى، سيداحمد. (۱۴۰۵). **جامع المدارك**. دوم. تهران: مكتبة الصدوق.
۲۷. خوبى، سيدابوالقاسم. (۱۴۲۸). **مبانى تكملة المنهاج**. قم: موسسه احياء آثار الامام الخويى.
۲۸. دهخدا، علي اكبر. (۱۳۷۳). **لغت نامه دهخدا**. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۹. زيلعى الحنفى، عثمان. (۱۳۱۳). **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشيه الشلبى**. قاهره: المطبعة الاميريه.
۳۰. سيورى حلبى (فاضل مقداد)، مقداد. (۱۴۲۲). **كنز العرفان فى فقه القرآن**. قم: انتشارات مرتضوى.
۳۱. صانعى، يوسف. (۱۳۸۰). **فقه الثقلين فى شرح التحرير الوسيله**. تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
۳۲. صدوق، ابوجعفر. (۱۴۰۱). **من لا يحضره الفقيه**. بيروت: دار صار.
۳۳. طباطبايى حائرى، سيد على. (۱۴۱۸). **رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل**. محقق: محمد بهره مند و ديگران. قم: مؤسسه آل البيت.
۳۴. طباطبايى حكيم، سيد محسن. (۱۴۱۰). **منهاج الصالحين**. بيروت: دار التعارف

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حد
قذف میت در فقه
امامیه

للمطبوعات.

۳۵. طباطبائی، سید علی. (۱۴۱۲). **ریاض المسائل**. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۱). **المبسوط فی فقه الامامیه**. قم: المكتبة المرצועیه.
۳۷. —. (۱۳۹۰). **الاستبصار فیما اختلف من الاخبار**. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۸. —. (۱۴۱۷). **عدة الأصول**. محقق: محمدرضا انصاری قمی. قم: ستاره.
۳۹. طوسی، علی بن حمزه. (۱۴۰۸). **الوسيلة الی نیل الفضیله**. محقق: حسون. اول. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۰. عطاردی قوچانی، عزیز الله. (۱۴۱۳). **مسند الامام ابی الحسن علی بن موسی الرضا**. دوم. بیروت: دار الصفوه.
۴۱. عمادزاده حسین و علی اکبر مهدی پور. (۱۳۸۸). **در سایه سار خطبه حضرت زهرا سلام الله علیها**. اصفهان: نشر عمادزاده.
۴۲. فاضل هندی، (۱۳۹۱). **کشف اللثام فی شرح القواعد**. تهران: انتشارات فراهانی.
۴۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). **دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت**. اول. تهران: انتشارات بلد.
۴۴. —. (۱۳۹۰). **فلسفه حقوق**. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۵. کلینی، محمد. (۱۴۲۸). **فروع الکافی**. اول. بیروت: منشورات الفجر.
۴۶. —. (۱۴۲۹). **الکافی**. قم: دار الحدیث.
۴۷. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲). **الدر المنضود فی احکام الحدود**. قم: دار القرآن کریم.
۴۸. لنکرانی، محمدفاضل. (۱۴۲۲). **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)**. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۹. مجلسی (مجلسی اول)، محمدتقی. (۱۴۰۶). **روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**. قم: مؤسسه کوشانپور.
۵۰. —. (۱۴۰۳). **بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار**. سوم. بیروت: موسسه الوفاء.
۵۱. محقق حلّی، جعفر. (۱۴۰۸). **شرايع الاسلام فی المسائل الحلال والحرام**. قم: موسسه اسماعیلیان.
۵۲. مدرسی، محمدتقی. (۱۴۳۰). **فقه الحدود و احکام العقوبات**. قم: انتشارات محبان الحسین.
۵۳. مصطفی محمدعلی، ابراهیم و نجار. (۱۳۸۷). **المعجم الوسیط**. ششم. تهران: المكتبة العلمیه.
۵۴. مسعود، جبران. (۱۳۸۱). **فرهنگ الفبایی الرائد**. ترجمه رضا انزابی نژاد، سوم. مشهد:

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

انتشارات به نشر.

۵۵. معلوف، لويس. (۱۳۷۸). **المنجد في اللغة**. قم: انتشارات بلاغت.
۵۶. مكارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). **استفتائات جدید**. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۵۷. منتظری، حسین علی. **کتاب الحدود**. اول، قم: انتشارات دار الفکر.
۵۸. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳). **مجمع المسائل**. قم: دار القرآن الکریم.
۵۹. ———. (۱۴۱۳). **هدایة العباد**. قم: دار القرآن الکریم.
۶۰. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). **تحریر الوسيله**. قم: موسسه مطبوعات دار العلم.
۶۱. ———. (۱۴۰۴). **زبدۀ الأحكام**. اول. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۶۲. میر موسوی، سید علی و سید صادق حقیقت. (۱۳۹۱). **مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب**. یازدهم. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۶۳. نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۱۸). **حاشیه بر مکاسب (منیة الطالب)**. قم: موسسه نشر اسلامی.
۶۴. ناصری مقدم، حسین و حقیقت پور. «**جایگاه کرامت انسان در فرایند استنباط احکام**»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول. ۱۳۹۲، ش ۹۴، ص ۲۵-۴۱.
۶۵. نبویان، سید محمود. (۱۳۸۸). **حق و چهار پرسش بنیادین**. اول. قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره).
۶۶. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۲ و ۱۳۷۳). **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. دوم و چهارم. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۶۷. ———. (۱۳۹۱). **ترجمه و شرح مختصر جواهر الکلام (حدود و تعزیرات)**. عباسی زنجانی. دار العلم.
۶۸. نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸). **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**. قم: مؤسسه آل البيت .:
۶۹. هیتمی، احمد. (۱۹۸۳). **حواشی تحفه المحتاج بشرح المنهاج**. بیروت: مطبعة مصطفی محمد.

بررسی حقوق
معنوی میت با
تأکید بر حکم حد
قذف میت در فقه
امامیه

References

- .Holy Qur‘ān, Translated by Ayatullāh Makārim Shīrāzī
1. 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.
 2. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 2008/1429. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum‘at al-Dimashqīyya*. Qum: Arghawān-i Dānish.
 3. al-Anṣārī al-Ifrīqī al-Miṣrī al-Khazrajī, Jamāl al-Dīn Abulfadl Muḥammad ibn Mukarram (Ibn Manẓūr). 1992/1412. *Lisān al-‘Arab*. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā al-Turāth al-‘Arabī.
 4. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma‘ al-Fāida wa al-Burhan fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥhān*. Qum: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 5. Al-‘Atārūdī al-Qūchānī, ‘Azīzullāh. 1992/1413. *Musnad al-Imām Abī al-Ḥasan ‘Alī ibn Mūsa al-Riḍā*. 2nd. Beirut: Dār al-Ṣafwah.
 6. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 2001/1422. *Tafṣīl al-Sharī‘a fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlah*. (al- Ḥudūd). Qum: Markaz Fiqh al-A‘immat al-Aṯḥār.
 7. Al-Gharawī al-Nā‘īnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn. 1997/1418. *Munyat al-Ṭalib fī Sharḥ al-Makāsib*. Qum: Mu‘assasat nashr-i Islāmī.
 8. al-Ḥalabī, Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī.
 9. al-Haytamī al-Makkī al-Ansārī, Shibab al-Dīn Abū al-‘Abbās Aḥmad ibn Muḥammad ibn ‘Alī ibn Ḥajar. 1983. *Ḥawāshī Tuḥfat al-Muḥāj bi Sharḥ al-Minhāj*. Beirut: Maṭba‘at Muṣṭafā Muḥammad.
 10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf ibn ‘Alī Muṭahhar (al-

‘Allāma al-Ḥillī). 2010/1388. Taḍhkirat al-Fuqahā’. Qum: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā’ al-Āthār al-Ja‘farīyya.

11. 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. Qum: Mu’assasat Ismā‘īlīyān.
12. al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Sa‘īd. 1985/1405. Al-Jāmi‘ lil Sharāyi‘. Qum: Intishārāt-i Sayyid al-Shuhadā’.
13. al-Ḥur al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl al-Masā’il al-Sharī‘a. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
14. al-Ḥur al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. Wasā’il al-Shī‘a fī Taḥṣīl al-Masā’il al-Sharī‘a. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
15. al-Iṣfahānī, Bahā’ al-Dīn Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Fāzil al-Hindī). 2013/1391. Kashf al-lithām fī Sharḥ al-Qawa‘id al-Aḥkām. Tehran: Intishārāt-i Farāhānī.
16. al-Ishtihārdī, ‘Alī panāh. 1996/1417. Madārik al-‘Urwa. Tehran: dār al-Uswa li al-Ṭibā‘a wa al-Nashr.
17. al-Khānsārī, al-Sayyid Aḥmad. 1984/1405. Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘. 2nd. Tehran: Maktabat al-Ṣadūq.
18. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 2007/1428. Furū‘ al-Kāfi. Beirut: Manshūrāt al-Fajr.
19. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 2008/1429. al-Kāfi. Qum: Mu’assasat Dār al-Ḥadīth.
20. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li Durar Akhbār al-A‘immat al-Aḥbār. 3rd. Beirut: Mu’assasat al-Wafā’.
21. al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). 1985/1406. Rawḍat al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā

Yaḥḍarūh al-Faqīh. Qum: Bunyād-i Farhang-i Islāmī-yi Kūshanpūr.

22. Al-Makārim al-Shīrāzī, Nāṣir. 2007/1385. 'Istiftā'āt-i Jadīd. Qum: Madrasī-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.
23. Al-Ma'lūf, Louis. 2000/1378. Al-Munjad fī al-Lughah. Qum: Intishārāt-i Balāghat.
24. Al-Mas'ūd, Jibrān. 2003/1381. Al-Rā'id, Farhanq-i Alfbāyī. Translated by Riḍā 'Inzābī Nizhād. 3rd. Mashhad: Intishārāt-i Beh Nashr.
25. Al-Mudarrisī, Sayyid Muḥammad Taqī. 2009/1430. Fiqh al-Ḥudūd wa Aḥkām al-'Uqūbāt. Qum: Intishārāt-i Muḥibban al-Ḥusayn.
26. al-Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. Kitāb al-Ḥudūd. 1st. Qum: Intishārāt-i Dār al-Fikr.
27. al-Mūsawī al-Gulpāyḡānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1412. Al-Durr al-Manḡūd fī Aḥkām al-Ḥudūd. Qum: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
28. al-Mūsawī al-Gulpāyḡānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1413. Hidāyat al-'Ibād. Qum: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
29. al-Mūsawī al-Gulpāyḡānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1413. Majma' al-Masā'il. 1st. Qum: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
30. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2007/1428. Mabānī Takmilat al-Minhāj. Qum: Mu'assasat Iḡyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
31. Al-Muṣṭafā, Ibrāhīm & al-Najjār Muḥammad 'Alī. 2009/1387. Al-Mu'jam al-Wasīṭ. 6th. Tehran: Maktabat al-'Ilmīyya al-Islāmīyya.
32. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1362, 1994/1373. Jawāhir al-Kalām fī Sharḡ Sharā'i' al-Islām. 2nd and 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
33. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 2012/1391. Tarjumeh

- wa Sharḥ-i Mukhtaŝar-i Jawāhir al-Kalām (Ḥudūd wa Ta‘zīrāt). Translated by ‘Abbāsī Zanjānī. Dār al-‘Ilm.
34. al-Numayrī al-Ḥarrānī, Taqī al-Dīn Aḥmad ibn Abdulḥalīm ibn ‘Abd al-Salām (Ibn Taymīyyah). 1907/1325. Al-Muḥarrir fī al-Fiḥ ‘Alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal. 2nd. Riyadh, Maktabt al-Ma‘ārif.
35. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. Muŝadrak al-Wasā’il wa Muŝtanbat al-Masā’il. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
36. Al-Šani‘ī, Yūsuf. 2002/1380. Fiḥ al-Thaqalayn fī Sharḥ al-Taḥrīr al-Wasīlah. Tehran: Mu’assisi-yi Tanzīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī.
37. Al-Sīwāsī, Kamāl al-Dīn Muḥammad ibn ‘Abd al-Wāḥid (ibn Humām). 1985/1405. Sharḥ Faṭḥ al-Ghadīr ‘Alā al-Hidāyat Sharḥ Bidāyat al-Mubtadī. 2nd. Beirut: Dār al-Fikr.
38. al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn ‘Abd Allāh (Fāḍil Miqdād). 2001/1422. Kanz al-‘Irfān fī Fiḥ al-Qurān. Qum: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
39. al-Ṭabāṭabā’ī al-Burūjirdī, al-Sayyid Ḥusayn. 2008/1386. Jāmi‘ al-Aḥādīth al-Shī‘ah. Tehran: Intishārāt-i Farhang-i Sabz.
40. al-Ṭabāṭabā’ī al-Ḥā’irī, al-Sayyid ‘Alī (Šāḥīb al-Rīyaḍ). 2000/1418. Rīyaḍ al-Masā’il fī Taḥqīq al-Aḥkām bī al-Dalā’il. Edited by Muḥammad Bahrimand. Qum: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
41. Al-Ṭabāṭabā’ī al-Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. 1990/1410. Minhāj al-Šāliḥīn. Beirut: Dār al-Ta‘āruf lil Maṭbū‘āt.
42. al-Ṭabāṭabā’ī, Sayyid ‘Alī. 1992/1412. Rīyaḍ al-Masā’il. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.

43. Al-Tarḥīnī al-‘Āmilī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. Al-Zubat al-Fiqhīyyat fī Sharḥ al-Rawḍat al-Bahīyyah. 4th. Qum: Dār al-Fiqh lil Ṭabā‘at wa al-Nashr.
44. al-Ṭūsī, ‘Imād al-Dīn Abū Ja‘far Muḥammad b. ‘Alī b. Ḥamza. 1988/1408. Al-Wasīla ‘Ilā nays al-Faḍīlah. Edited by al-Ḥassūn. 1st. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
45. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1973/1351. al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya. Qum: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
46. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 2012/1390. al-Istibṣār fīmā ‘Ikhtalaf min al-Akḥbār. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
47. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). ‘Uddat al-‘Uṣūl. Edited by Muḥammad Riḍā Anṣārī Qummi. Qum: Intishārāt-i Setāreh.
48. Al-Zayla‘ī al-Ḥanafī, ‘Uthmān ibn ‘Alī. 1895/1313. Tabyīn al-Ḥaqā’iq, Sharḥ Kanz al-Daqā’iq wa Ḥāshīyat al-Shalabī. Cario: al-Maṭba‘at al-Amīriyyah.
49. Banī Ḥusaynī Marandī, Ṣādiq. 1994.1372. Qawānīn-i Keyfarī dar Ḥudūd, Qiṣāṣ wa Diyāt dar Islām. Tehran: ‘Idāri-yi Kull-i Qawānīn wa Muqarrirāt-i Kishwar.
50. Bathāyī Golpāyigānī, Sayyid Hāshim. Qadhaf az Dīdgāh Kitāb wa Sunnat. Faslnāme-yi Andīshehā-yi Ḥuqūqī. 2004/1382. No 3, PP 29-64.
51. Dehkhudā, ‘Alī Akbar. 1994/1372. Lughat Nāmi-yi Dihkhudā. Tehran: Mu‘assisi-yi Intishārāt wa Chāp-i Danishgāh-i Tehran.
52. Ḥājī Tabār Fīrūzjā’ī, Ḥasan & Kalāntarī, Salāleh. 2019/1397. Jarāyim ‘Alayhi Mayyit wa Mujāzāt-i Ānhā dar Ḥuqūq-i Kayfarī-yi Iran. Faslnāme-yi Muṭālī‘āt-i Ḥuqūq. Spring 1397/ May 2018. No. 21. PP 1-16.
53. Ibn Bābiwayh al-Qummī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-

Shaykh al-Ṣadūq). 1981/1401. Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh. Beirut: Dār al-Mirṣād.

54. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 2007/1427. al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Tahrir al-Fatāwī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
55. Ibn Qudāmah al-Maqḍīsī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad 'Abdullāh b. Aḥmad b. Muḥammad. 1990/1410. Al-Mughnī. Cario: Dār al-Hujrah.
56. Ibn Qudāmah al-Maqḍīsī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad 'Abdullāh b. Aḥmad b. Muḥammad. 1929/1348. al-Sharḥ al-Kabīr 'Alā Matn al-Mughnī. Beirut: Dār al-Kutub al-'Arabī.
57. Ibrāhīmī, Jahānbakhsh. 2003/1382. Sayrī dar Ḥuqūq-i Bashar. Tehran. Intishārāt-i Zuwwār.
58. 'Imādzādeh, Ḥusayn & 'Alī Akbar Mahdīpūr. 2010/1388. Dar Sāyeh Sār-i Khuṭbi-yi Ḥaḍrat Zahrā (P.B.U.H). Isfahan: Nashr-i 'Imādzadeh
59. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1962/1340. Ḥuqūq-i Madanī. 5th. Tehran: Intishārāt-i Kitāb Furūshī-yi Islāmī.
60. Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 2015/1393. Muqadimah-yi 'Umūmī-yi 'Ilm-i Ḥuqūq. Tehran: Intishārāt-i Qanj-i Dāish.
61. Jāwir, Ḥusayn & Khādim Maryam. Barrasī wa Naqd-i Ḥaqq-i Qadhif dar Dādihāyi Iliktrunīkī az Dīdgāh-i Madhāhib-i Khamsah. Pazhuhish Nāmeḥ-i Mutālī'āt-i Taṭbīqī-yi Madhāhib-i Fiḥhī. Autumn 1396/ November 2017, Vol 1. PP 7-40.
62. Kātūzīyān, Nāshir. 1996/1374. Dawri-yi Muqadimātī-i Ḥuqūq-i Madanī: Amwāl wa Mālikīyat. 1st. Tehran: Intishārāt-i Yaldā.
63. Kātūzīyān, Nāshir. Falsafi-yi Ḥuqūq. Tehran: Intishārāt-i Dānishgāh-i Tehran.
64. KhusroShāhī, Qudratullāh & Dānish Pazhūh, Muṣṭafā.

2012. Falsafi-yi Hūqūq. Qum: Mu'assisi-yi Imām Khumaynī.
65. Mīr Mūsawī, Sayyid 'Alī & Haqīqat, Sayyid Şadiq. 2013/1391. Mabānī-yi Hūqūq-i Bashār az Dīdgāh-i Islām wa Dīgar Makātīb. 11th. Tehran: Sāzimān-i Intishārāt-i Pāzhūhishqāh-i Farhang wa Andīshi-yi Islāmī (Research Institute for Islamic Culture and Thought).
66. Mūsawī Khumaynī, Sayyid Ruhullah (Imām Khumaynī). 1984/1404. Zubdat al-Aḥkām. 1st. Sāzimān-i Tablīghāt-i Islāmī.
67. Mūsawī Khumaynī, Sayyid Ruhullah (Imām Khumaynī). Taḥrīr al-Wasīlah. Qum: Mu'assasat al-Maṭbūāt Dār al-'Ilm.
68. Nabawīyān, Sayyid Maḥmūd. 2010/1388. Haqq wa Chahār Pursish-i Bunyādīn. 1st. Qum: Mu'assisi-yi Āmūzishī-Pāzhūhishī-yi Imām Khumaynī (Imam Khomeini Education and Research Institute (ra)).
69. Nāsirī Muqaddam, Ḥusayn & Haqīqatpūr. Jāyigāhi-yi Kirāmat-i Insān dar Farāyand-i Istīnbāt-i Aḥkām. Fiqh wa Uşul Journal, 2014/1392, No 94, PP 25-41.

Vice of Agreement
(Mismatch between Offer and Acceptance)
Doi: 10.22034/jrj.2020.52618.1572

Rohoallah Akhouni; Assistant Professor of Private Law at Payame
Noor University of Tehran, Iran; akhouni@ut.ac.ir

Receiving Date: 2020-01-25; Approval Date: 2020-05-09

Jostar- Hay
Fiqhi va Usuli
Vol 6 ; No 21
Winter 2021

195

Abstract

One of the conditions for concluding contracts in Shia jurisprudence and Iranian law, like other legal systems, is the necessity of coincidence between offer and acceptance. The non-conformity of these two wills, as to the subject or the main conditions of each contract, is a cause of invalidity. "Mistake" is not only the most important cause but also the only cause of mismatch between offer and acceptance. In spite of this and importance of both issues that is "Coincidence between offer and acceptance" and "mistake, so far we do not have independent and serious discussions about the relationship between them, neither in jurisprudence nor in the law and in general rules of contracts. This research, relying on the precise explanation of these two issues and exploring them in different legal angles and with the aim of providing a new explanation of these concepts, emphasizes that «mistake is not only one of the most important defects of will, but also only vice of agreement and only cause of mismatch

of two wills (offer and acceptance) in Iranian law». This new and different explanation of mistake as a «Vice of Agreement» has several achievements. Systemizing the «theory of Mistake» and expanding its scope, regulating the rulings of the necessity of coincidence between offer and acceptance, finding a new basis for justifying many differences between the three legal systems of Iran, France and the United Kingdom as to these issues, are of achievements of this research.

Key Words: Coincidence between Offer and Acceptance, Vice of Agreement, Vice of Will, Mistake, Nullity and Revocation.

**JoStar- Hay
Fiqhi va Usuli**

Vol 6 ; No 21
Winter 2021

عیب تراضی^۱ (عدم مطابقت ایجاب و قبول) روح الله آخوندی^۲

عیب تراضی

چکیده

یکی از شرایط انعقاد قراردادها در فقه امامیه و حقوق ایران مانند سایر نظامهای حقوقی، لزوم تطابق ایجاب و قبول است. عدم مطابقت این دو انشا، درخصوص موضوع یا شرایط اصلی هر قرارداد، از موجبات بطلان محسوب می‌شود. هرچند مهم‌ترین و بلکه تنها عامل عدم تطابق ایجاب و قبول، مسئله «اشتباه» است و به رغم اهمیت هر دو موضوع، یعنی «تطابق ایجاب و قبول» و «اشتباه»، در فقه معاملات و قواعد عمومی قراردادها، تاکنون بحث مستقل، جدی و دامنه‌داری درخصوص ارتباط این دو با هم چه در فقه و چه در حقوق نداریم. این پژوهش با تکیه بر تبیین دقیق این دو موضوع و کنکاش در زوایای حقوقی مختلف آنها و با هدف ارائه تبیینی نوین از این مفاهیم، تأکید دارد که اشتباه نه فقط یکی از مهم‌ترین عیوب اراده، اعم از عیب مانع قصد و عیب مانع کمال رضا است؛ بلکه تنها عیب تراضی و عدم تطابق ایجاب و قبول در حقوق ایران است. این تبیین متفاوت و نوین از اشتباه به عنوان عیب تراضی، دارای دستاوردهای متعددی است؛ از جمله نظام‌دادن به نظریه اشتباه و توسیع دامنه آن؛ قاعده‌مند کردن احکام لزوم تطابق ایجاب و قبول؛ یافتن مبنایی جدید برای

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۲۴.

۲. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران: akhoundi@ut.ac.ir

توجیه و تعلیل بسیاری از تفاوت‌های موجود میان سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان.

کلیدواژه‌ها: تطابق ایجاب و قبول، عیب تراضی، عیب اراده، اشتباه،

بطلان، خیار.

مقدمه

تطابق ایجاب و قبول از مهم‌ترین شروط تأثیرگذاری دو اراده است و فقها به‌طور سنتی این شرط را همراه شرط تقدم ایجاب بر قبول و نیز شرط موالات بین ایجاب و قبول در مقدمه مباحث مربوط به ایجاب و قبول و پیش از پرداختن به شروط متعاقدين دنبال میکنند. در لزوم این شرط هیچ تردیدی در فقه و حقوق وجود ندارد، هرچند اختلاف‌هایی درخصوص علت و مبنای این شرط و خصوصاً دامنه لزوم تطابق ایجاب و قبول وجود دارد. اگر به‌یقین نتوانیم علت اصلی وجود این اختلاف‌نظرها را به فقدان یک نظریه جامع و هماهنگ با سایر مبانی قراردادی درخصوص تطابق ایجاب و قبول مرتبط بدانیم؛ لیکن یقیناً فقدان نظریه «عیب تراضی» که این پژوهش با اصرار زیاد درصدد ارائه و تبیین آن و نیز نظام‌مندسازی قواعد پیرامونی آن است، میتواند به بسیاری از این اختلاف نظرها پایان دهد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۱۹۸

به همین شکل درخصوص «اشتباه» نیز آنچه بیشتر معروف بوده و است، مطرح‌بودن اشتباه به‌عنوان یک عیب اراده است و حقوقدانان اغلب اثر اشتباه را از جهت خدشه‌ای که این عیب اراده بر عناصر اراده (قصد و رضا) وارد می‌آورد، بررسی می‌کنند. درواقع در فقه و حقوق ایران به‌طور سنتی هرگز اشتباه به‌عنوان عیب تراضی شناخته نشده است و این نوع رویکرد به موضوع اشتباه از اساس مغفول واقع شده و حتی در برخی اظهارنظرها این نوع نگرش به‌شدت مورد سوءفهم واقع شده است.

در این پژوهش درصددیم با ارائه مبنای جدیدی تحت عنوان «عیب تراضی» و معلل نمودن آن به اشتباه، مبنای جدیدی در عرض مبنای عیب اراده به نظام حقوقی خود معرفی نماییم. بيتدید جدیدبودن این نوع رویکرد علاوه بر عمق‌بخشیدن به نظریه اشتباه، باعث درک بهتری از مبنای عیب اراده که به‌طور سنتی مهم‌ترین مبنای، اجبار، اکراه و اشتباه در حقوق ما و نیز حقوق فرانسه تلقی میشود، میگردد. لازم به ذکر است از آنجا که مبنای عیب تراضی در حقوق انگلستان بنا به دلایلی نسبت به حقوق فرانسه از اهمیت بیشتری برخوردار است، ما در عین توجه به حقوق فرانسه، در این خصوص تأکید بیشتری بر حقوق

انگلستان خواهیم داشت. بعد از تبیین مبانی نظری مسئله، به دامنه تراضی و بالمآل به قلمروی مبنای اشتباه به عنوان عیب تراضی و در پایان به بررسی موضوع در حقوق تطبیقی با تأکید بر حقوق انگلستان میپردازیم.

۱- مبانی نظری

در تحلیل حقوقی اراده، هر از گاهی بهرغم آنکه دو قصد واقعاً هر یک به تنهایی وجود یافته‌اند، وقوع یک «اشتباه»، مانع تحقق عقد می‌شود و آن، وقتی است که اشتباه مانع توافق دو اراده است. علت اینکه تطابق ایجاب و قبول به عنوان یک مبنای مستقل برای اشتباه، در عرض عیب اراده، مورد تأکید است نیز همین است. در واقع این مبنا مبتنی بر اراده (قصد و رضا) نیست؛ بلکه مبتنی بر فقدان یکی از شرایط لازم برای تأثیر دو قصد است. این مبنا فرع بر تحقق اراده سالم است، یعنی پس از تحقق و احراز دو اراده سالم، سخن از تطابق یا عدم تطابق این دو اراده به میان می‌آید. سخن از توافق دو اراده (ایجاب و قبول) از مهم‌ترین شرایط تأثیر قصد طرفین است؛ بهنجویکه برخی از شرایط دیگر تأثیر قصد مانند موالات میان ایجاب و قبول یا زمان و مکان تشکیل عقد به این شرط برمی‌گردد و لذا منتفی شدن این شرط میتواند مهم باشد.

عیب تراضی

الف) رابطه عیب تراضی با اشتباه: اصل این مطلب که تطابق ایجاب و قبول از شروط ضروری قرارداد و نه اراده است، در میان همه نظامهای حقوقی پذیرفته شده است؛ هرچندکه درخصوص ارتباط آن با اشتباه اختلافاتی وجود دارد. برخی حقوقدانان معتقدند چون فقدان توافق ایجاب و قبول مانع تحقق قرارداد می‌شود و لذا حتی اگر اشتباه، سبب این فقدان توافق باشد، چون جزء اشتباهات مانع بهحساب می‌آید لذا این نوع اشتباه و بالتبع مبنای مرتبط (تطابق ایجابین) خارج از نظریه اشتباه است. ایشان می‌گویند:

«... نایستی آن (عدم مطابقت ایجابین) را در نظریه اشتباه بهعنوان عیب اراده آورد و مرزهای مفاهیم حقوقی را درهم ریخت» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴۷۱/۱ و نیز ر.ک به صص ۴۷۲ و ۴۲۲ به بعد). بپتردید این نظر به شدت از برخی دکترین‌های فرانسوی متأثر است. چنانکه میدانیم در حقوق فرانسه برخی حقوقدانان بعد از تقسیم اولیه اشتباه به اشتباه مهم (تعیین کننده) و اشتباه غیرمهم، اشتباه غیرمهم را از قلمرو نظریه اشتباه خارج میکنند. ایشان اشتباه مهم را نیز به دو دسته (اشتباه مانع و اشتباه عیب رضا) تقسیم می‌نمایند و معتقدند که اشتباه مانع چون مانع ایجاد تراضی است، از قلمرو نظریه اشتباه خارج است و تنها اشتباهات

مهمی که عیب رضا محسوب میشوند، مشمول قلمرو نظریه اشتباه خواهد بود (Flour, Aubert et Savaux, 2002, n^o 190 et seq; Savatier, 1974, p. ۱۵۴ et ۱۵۵;) اشتباه مانع با تقریر ماژ الذکر مورد انتقاد است (Carbonnier, t. 4, Janvier 2000, p. 98). البته در دکترینهای جدید فرانسه، نظریه اشتباه مانع را مطرح کرده‌اند. باری! در حقوق فرانسه اغلب وقتی از نظریه اشتباه به‌عنوان عیب اراده یاد می‌شود، اشتباه مانع را که سبب بطلان قرارداد است، اصولاً از شمول نظریه اشتباه و بالتبع عیوب اراده خارج می‌کنند؛ چراکه به اعتقاد ایشان در خصوص این اشتباهات اصولاً اراده‌ای وجود ندارد که آنرا متصف به اراده معیوب کنیم.

خارج دانستن اشتباه مانع تطابق ایجابین از قلمروی اشتباه در حقوق فرانسه به اعتقاد آن‌ها به قلمروی نظریه اشتباه برمی‌گردد و به‌یقین دلیل در خصوص این مبنا بحث‌های حقوقی کمتری را مطرح کرده‌اند. باری! در حقوق فرانسه اغلب وقتی از نظریه اشتباه به‌عنوان عیب اراده یاد می‌شود، اشتباه مانع را که سبب بطلان قرارداد است، اصولاً از شمول نظریه اشتباه و بالتبع عیوب اراده خارج می‌کنند؛ چراکه به اعتقاد ایشان در خصوص این اشتباهات اصولاً اراده‌ای وجود ندارد که آنرا متصف به اراده معیوب کنیم.

در هر حال، فارغ از اینکه این نظر در حقوق ما مقبول نیست؛ اما حتی اگر اشتباه مانع را خارج از نظریه اشتباه بدانیم، باید دانست که همیشه اثر عدم تطابق ایجاب و قبول، بطلان (و به تعبیر فرانسویان: مانع) نیست؛ بلکه گاهی اوقات این عدم تطابق در برخی اوصاف و یا شروط است؛ به‌نحویکه اثر آن می‌تواند بطلان نسبی و در حقوق ما فسخ باشد. لذا خارج کردن این مبنا از ذیل نظریه اشتباه پذیرفتنی نیست. وانگهی به‌جز تحلیلی چه فرقی می‌کند اشتباه، صرف‌نظر از نوع اثر آن، گاهی اوقات از طریق صدمه به اراده، اعتبار قرارداد را به چالش بکشاند و برخی اوقات از طریق صدمه به خود تراضی منجر به عیب و فقدان قرارداد گردد؟ آنچه در هر دو حالت متصوّر است، معلول یا معدوم شدن قرارداد است. در ماده ۱۹۴ قانون مدنی ایران صریحاً سخن از لزوم توافق دو اراده آمده است.^۳ ماده ۳۳۹ نیز به‌نوعی به توافق دو اراده اشاره دارد.^۴ برخی دیگر نیز با بیانی متفاوت بطلان را معلول عدم توافق اراده طرفین و نه اشتباه میدانند (امامی، ۱۳۷۷، ۳۶/۴).

برخی نویسندگان در خصوص توافق اراده طرفین، بدون پرداختن به بسیاری از مسائل تنها به مسئله زمان و مکان توافق دو اراده و فایده تعیین این دو پرداخته‌اند

۳. ماده ۱۹۴: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به‌وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند، باید موافق باشد به‌نحویکه احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آنرا داشته است و الا معامله باطل خواهد بود».

۴. ماده ۳۳۹: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن بیع به ایجاب و قبول واقع میشود».

(صفایی، ۱۳۸۲، ۷۳ به بعد)، همچنان که پاره‌ای دیگر، با این بیان که مراد از توافق قصد طرفین، این است که موضوع قصد و رضای طرفین باید امر واحد باشد وگرنه نمی‌توان بین آنان رابطه حقوقی ایجاد شود، درخصوص موضوع توافق دو قصد، تنها به نوع معامله و مورد(موضوع) معامله اشاره کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۷، ۱۹۵/۱).

برخی دیگر علاوه بر نوع و موضوع عقد، معتقدند که تبعیض در موضوع معامله نیز مانع توافق است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۳۳۸/۱). ایشان سپس میان بحث عدم مطابقت ایجاب و قبول و بحث عیوب اراده و ازجمله اشتباه قائل به تفکیک شده‌اند و گفته‌اند با توافق اعلان اراده‌ها (ایجاب و قبول) عقد به‌ظاهر واقع می‌شود، هرچندکه نفوذ آن منوط به این است که عیبی در اراده‌ها نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۳۳۹/۱). اگر این بیان و تفکیک، چنانکه گفتیم به این معنا باشد که تطابق ایجاب و قبول مبتنی بر اراده نیست و فرع بر تحقق اراده سالم است، در پذیرش آن نباید درنگ کرد.

عیب تراضی

بنابراین با تأکید بر تفکیک بحث عیوب اراده و بحث عیب تراضی (عدم تطابق ایجابین) می‌توان گفت مسئله اشتباه به دو شکل قابل طرح است. گاهی اشتباه به‌عنوان یک عیب اراده، هر یک از دو اراده و یا احیاناً هر دو اراده را معلول یا معدوم می‌کند که در این صورت اصولاً چون اراده یا اراده‌ها معلول یا معدوم هستند، بهرغم تطابق ظاهری دو اراده، عقد اثر کامل خود را نخواهد داشت. اما برخی اوقات، هر دو اراده کاملاً سالم هستند؛ ولی به‌صرف اینکه مفاد دو اراده با هم هماهنگ نیستند قرارداد واقع نمی‌شود. در فرض اخیر اشتباه اراده را معلول یا معدوم نمی‌کند؛ بلکه عدم توافق دو اراده است که عقد را عقیم می‌سازد.

بنابراین در تفکیک این دو هیچ بحثی وجود ندارد. اما سؤال اساسی این است که آیا «اشتباه» خود نیز می‌تواند باعث عدم تطابق ایجابین شود؟ و اگر پاسخ مثبت است، آیا «اشتباه» به‌عنوان یک عیب اراده چنین اثری دارد یا فراتر از عیب اراده هم می‌تواند مانع تحقق توافق گردد؟ پاسخ این دو پرسش می‌تواند نقش به‌سزایی در تثبیت نظریه اشتباه به ویژه مبتنی بر عیب تراضی داشته باشد. درخصوص سؤال اول باید گفت اگر علی به اشتباه «ب» را اراده کند؛ درحالی که «الف» مقصود او بوده است و آرش نیز «ب» را ایجاب یا قبول کند، بیعی واقع نشده است. عدم وقوع بیع می‌تواند معلول عیب اراده^۵ باشد. اما آیا

۵. «ما وقع لم یقصد و ما قُصد لم یقع».

می‌توان این بطلان و عدم وقوع را معلول عدم تطابق ایجابین دانست؟ چراکه علی در حاقّ واقع «الف» را می‌خواسته و آرش «ب» را ایجاب یا قبول کرده است و درواقع دو اراده با هم منطبق نیستند.

در پاسخ باید گفت گرچه طبق نظریه تقدم اراده باطنی درصورت وقوع اشتباه، توافق دو اراده نیز از میان می‌رود؛ لیکن با توجه به تقریری که در ابتدای بحث گذشت قبول این اثر (اشتباه به‌عنوان عیب اراده مانع توافق دو اراده) برای اشتباه دشوار است؛ چراکه مبنای مطابقت ایجاب و قبول، فرع بر تحقق اراده سالم است و اصولاً مبتنی بر اراده نیست، بلکه مبتنی بر فقدان یکی از شرایط لازم برای تأثیر دو قصد است. اگر اشتباه را به‌عنوان یک عیب اراده، همزمان مانع توافق دو اراده نیز بدانیم، درواقع بطلان قرارداد را معلّل به دو علت کرده‌ایم: نخست عیب اراده و دوم عدم مطابقت ایجاب و قبول. چنین تبیینی اگرچه براساس نظریه تقدم اراده باطنی بی‌راهه نیست؛ اما ضرورتی ندارد.

به نظر می‌رسد وقتی می‌توان به استناد عیب اراده بطلان قرارداد را خواست، چه ضرورتی دارد این بطلان را معلّل به دلیل دیگری کنیم، دلیلی که فرع بر تحقق اراده سالم است و حقوقدانان در تفکیک حوزه این دلیل (عدم تطابق ایجابین) از حوزه دلیل عیب اراده، مصرّ هستند. حتی اگر تفکیک حوزه دو دلیل را تصنعی دانست و حوزه دلیل «عدم مطابقت ایجاب و قبول» را فرع بر تحقق اراده سالم ندانست، چه نفعی در تمسک به دلیل عدم مطابقت وجود دارد؟ اگر نتوان عیب اراده را اثبات کرد، بالتبع نمیتوان عدم مطابقت ایجابین را اثبات کرد و بالعکس اگر عیب اراده اثبات شود، بطلان و یا خیار فسخ نیز مسجّل است و فارغ از عدم نیاز، فایده‌ای بر توسل به مبنای عدم مطابقت مترتب نیست؟

وانگهی اگر مانند برخی حقوقدانان و نیز برخی نظامهای حقوقی قائل به تقدم اراده ظاهری شد، دیگر مستند شدن اثر اشتباه (بطلان یا فسخ) به عدم تطابق ایجابین به هیچ وجه ممکن نیست؛ چراکه میان دو اراده تطابق (ظاهری) وجود دارد. بنابراین اشتباه به عنوان عیب اراده، گرچه برطبق نظریه اراده باطنی عملاً مانع توافق دو ایجاب می‌شود؛ لیکن به لحاظ نظری، آنرا مانع تحقق توافق دو اراده نمی‌دانیم.

درخصوص پاسخ پرسش دوم مبنی بر اینکه آیا اشتباه فارغ از وصف عیب اراده بودن می‌توان مانع توافق دو اراده گردد؟ باید گفت چه منعی دارد دو اراده به‌رغم اینکه هر یک به تنهایی سالم هستند فقط به دلیل اشتباه در تطابق، نتوانند باعث تحقق عقد گردند؟ در این حالت، اثر اشتباه در قرارداد، به خاطر عدم

توافق دو اراده است و نه به جهت عیب اراده؛ چراکه بطلان پیش از آنکه معلول به معیوب بودن اراده یا اراده‌های ایشان باشد، معلول عدم توافق دو اراده است. بنابراین اثر اشتباه گاهی از جهت لطمه به اراده (عیب اراده) و گاهی از جهت لطمه به توافق دو ایجاب (عیب تراضی) و فارغ از عیب اراده قابل تعقیب است. در اشتباه به عنوان یک عیب اراده، اصولاً اراده‌ای (یک اراده یا چند اراده) وجود ندارد تا سخن از توافق اراده‌ها به میان آید و در اشتباه به عنوان عیب تراضی، اصولاً توافقی وجود ندارد تا سخن از عیب اراده یا اراده‌ها باشد. در واقع قانون‌گذار برای انعقاد عقد شرایطی را لازم دانسته که فقدان آن‌ها مانع تحقق عقد است. یکی از این شرایط وجود حداقل دو اراده سالم است و شرط دیگر، توافق این دو اراده سالم است. اگر اشتباه مانع شرط نخست باشد به عنوان «عیب اراده» و اگر به رغم وجود دو اراده سالم اشتباه مانع توافق دو اراده گردد، به‌عنوان «عیب تراضی» قابل بررسی است.

عیب تراضی

ب) آثار نظریه عیب تراضی مبتنی بر اشتباه: این تبیین درخصوص اشتباه و ارتباط آن با عدم تطابق ایجاب و قبول دارای آثار خاص خود است. براساس این تبیین، دیگر نمی‌توان مانند برخی محققان ادعا کرد که اثر مهم تفکیک اشتباه و تطابق ایجاب و قبول در اثبات دعواست، به این نحو که اثبات مطابقت ایجاب و قبول به عهده مدعی صحت قرارداد است؛ درحالی که اثبات اشتباه مانع برعهده طرف مقابل است (محسنی، ۱۳۸۶، ۲۴۱-۲۴۰)؛ چراکه اشتباه فارغ از عیب اراده می‌تواند مانع تحقق ایجاب و قبول باشد و هرکس که وقوع اشتباه را ادعا کند چه به عنوان عیب اراده و چه به عنوان عیب تراضی باید آنرا اثبات کند.

۲۰۳

اینکه برخی بزرگان حقوق (شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۳۶) این‌دو را دو امر متباین می‌دانند و صریحاً اعلام می‌دارند «موارد عدم توافق اراده طرفین و بطلان عقد به علت این عدم توافق نباید با موارد اشتباه و بطلان ناشی از اشتباه مخلوط شود» و عده‌ای (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۱۳ به بعد و عدل، حقوق مدنی، ۱۳۷۳، ۲۲۷ به بعد) را نیز متهم به خلط این‌دو می‌کنند و در مقابل برخی (عدل، ۱۳۷۳، ۲۲۷ به بعد) این‌دو را دو روی یک سکه دانسته‌اند، ناشی از عدم توجه به این تبیین است.

براین اساس اگر اثر اشتباه را به عیب اراده منحصر کنیم هرگز نتوانستیم اثر اشتباه را آنجا که فارغ از سلامت و کمال اراده‌ها، مانع توافق دو اراده و یا اراده‌ها شده است مورد بررسی قرار دهیم. در مقابل اگر اشتباه را به عنوان عیب تراضی نیز مورد مذاقه قرار دهیم، نتیجه قهری چنین اشتباهی، فقدان تراضی در

اثر عدم مطابقت ایجاب و قبول خواهد بود، امری که باعث جمع و وحدت دو نظریه اشتباه و عدم مطابقت ایجاب و قبول می‌گردد و بالتبع مانع برخی اظهارنظرها مبنی بر بی‌ارتباط بودن این دو مقوله می‌شود.

کوتاه‌سخن که اشتباه به‌عنوان عیب اراده با عدم تطابق ایجاب و قبول در دو خط موازی است؛ درحالی‌که اشتباه به‌عنوان عیب تراضی همان عدم تطابق ایجاب و قبول است و درواقع دو روی یک سکه هستند.

البته اگر اثر اشتباه در اراده را برطبق نظریه اراده باطنی معلل به عیب تراضی نیز بکنیم می‌توان گفت میان اشتباه به‌عنوان عیب اراده، با اشتباه به‌عنوان عیب تراضی رابطه «عموم و خصوص مطلق» وجود دارد. به‌این‌نحو که اشتباه عیب اراده به نوعی عیب تراضی نیز هست؛ درحالی‌که برخی اشتباهات عیب تراضی جزو اشتباهات عیب اراده هستند و برخی اشتباهات عیب تراضی جزو اشتباهات عیب اراده نیستند.

بنابراین چه کسانی که بر وحدت این دو اصرار دارند و چه کسانی که این دو را دو امر علی‌حده می‌دانند، کاملاً مصاب به واقع نیستند.

به نظر ما سرّ اینکه در انگلستان مبنای عدم تطابق ایجاب و قبول نسبت به مبنای عیب اراده مورد توجه بیشتری است، تقدم اراده ظاهری بر اراده باطنی است و نیز دلیل اینکه در فرانسه به مبنای عدم مطابقت ایجاب و قبول در زمینه اشتباه بی‌اعتنایی شده است نیز همین است. درواقع فرانسویان که در مکاتب فلسفی و مباحث حقوقی به حمایت از اراده اشخاص و احترام به آزادی آن معروف‌اند تا آنجا که ایشان اراده باطنی را بر ظاهری مقدم می‌شمارند، به اراده اشخاص و عیوب آن صرف‌نظر از ظهور و بروز خارجی آن بیشتر توجه دارند. ایشان به‌طور سنتی نظریه اشتباه را فقط بر مبنای عیب اراده بنا می‌نهند، مبنایی که با همه کزوفر خود، خود دچار عیب است.

اساتیدی که بر تفکیک نظریه اشتباه از مبنای عدم تطابق ایجاب و قبول سخن رانده‌اند با ذکر مثالی بر این تفکیک پا می‌فشارند. ایشان می‌فرمایند «اگر در بیعی فروشنده فروش یک تن نخود کلی را ایجاب کند و خریدار به تصور اینکه فروش یک تُن عدس را ایجاب کرده، ایجاب را قبول کند بطلان عقد را باید نتیجه عدم توافق اراده طرفین دانست، نه اشتباه در ماهیت مورد معامله. زیرا پیش از اینکه عدم تشکیل عقد و بطلان آن به عامل دیگر نسبت داده شود باید به فقدان سبب و عنصر سازنده آن یعنی قصد موافق طرفین منسوب گردد. اشتباه را نمی‌توان منشأ این بطلان دانست» (شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۳۶-۲۳۷).

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۰۴

این استدلال از دو جهت زیر قابل نقد است.

اول؛ آنکه صرف مستندبودن بطلان به فقدان توافق، مانع از مؤثربودن اشتباه در این فقدان توافق و مآلاً بطلان نمی‌شود، درغیراینصورت در اشتباه به- عنوان عیب اراده نیز می‌توان گفت بطلان قرارداد معلول فقدان قصد و نه اشتباه است.

دوم؛ از فرض فقدان یک معنا نمی‌توان فقدان اثر آن معنا را نیز اراده کرد و بگوئیم اگر هم خریدار در مورد مقصود باعیب اشتباه نمی‌کرد و باین- حال فروشنده خرید عدس را اراده می‌کرد، بازهم عقد باطل بود، چراکه در مورد اشتباه بهعنوان عیب اراده نیز می‌توان این ادعا را مطرح کرد. بهایننحوکه اگر خریدار در انشای خود اشتباه نمی‌کرد و باینحال، قصد معامله‌ای او مفقود می‌بود، بازهم عقد باطل بود.

نظریه اشتباه اعم از عیب اراده و عیب تراضی است و اشتباه در هر دو، یک عنصر ضروری قرارداد را به چالش می‌کشد که در ورای فقدان این عنصر، قرارداد هم بهخاطر فقدان تحقق شرط لازم شکل نمی‌گیرد. اشتباه اگر در کسوت عیب اراده ظاهر شد، به سلامت اراده، شیخون زده است و اگر جامه عیب تراضی به تن کرد، توافق دو اراده را به یغما برده است. لذا مهم اثر اشتباه در این دو است که در هر دو اشتباه یکی از شرایط لازم قرارداد را از میان می‌برد. ۲۰۵
برخی از محققان مکاسب شیخ صریحاً گفته‌اند قصد مانند تطابق ایجاب و قبول از شرایط عقد است (طه‌وری، ۱۴۲۰، ۵۸).

عدم تطفن بر این نکته که نظریه اشتباه اعم از عیب اراده و عیب تراضی است، برخی محققان را درخصوص ارتباط میان اشتباه و عدم تطابق ایجابین دچار سردرگمی کرده است (محسنی، ۱۳۸۶، ۲۴۱-۲۴۲). این نویسنده درواقع اشتباه بهعنوان عیب اراده را مانع تحقق توافق دو اراده دانسته است و این امر را دلیل بر ارتباط اشتباه با قاعده تطابق ایجاب و قبول دانسته‌اند؛ درحالیکه چنانکه گذشت اشتباه بهعنوان عیب اراده، با قاعده تطابق ایجاب و قبول بهمثابه دو خط موازی هستند که هیچ ارتباطی با هم ندارند، چه برسد که مکمل هم باشند. البته این بیان نباید مانع ارتباط نظریه اشتباه با قاعده تطابق ایجاب و قبول باشد؛ چراکه اشتباه بهعنوان عیب تراضی مانع توافق ایجاب و قبول است و در این حالت میان نظریه اشتباه و قاعده تطابق ایجاب و قبول ارتباط وثیقی وجود دارد.

بعد از تبیین جایگاه این مبنا و ارتباط آن با نظریه اشتباه باید به پرسشهای مهم پیرامون آن پاسخ داد: ۱) مراد از مطابقت ایجاب و قبول تطابق دو اراده

ظاهری است یا مطابقت دو اراده باطنی؟ (۲) مطابقت دو اراده از چه جهاتی لازم و کافی است؟ (۳) در صورت تشخیص این موارد، ملاک احراز آن‌ها از غیر آن‌ها چیست؟ (۴) اثر عدم مطابقت ایجاب و قبول چه است؟ و

در پاسخ پرسش نخست باید گفت برای مطابقت ایجاب و قبول برخلاف برخی حقوقدانان و بعضی نظامهای حقوقی دو اراده باطنی شرط است؛ چراکه در تعارض این دو اراده با اولویت دادن به اراده باطنی ما این اراده را مقدم می‌دانیم و بهخاطر محدودیتهای نوشتاری درصدد اثبات این مدعا و نقد تحلیلهای مخالف نیستیم و این دو امر (اولویت اراده باطنی و لزوم تطابق اراده‌های باطنی) را به‌همتابه پیش فرضی برای طرح مسائل در پیشرو معرفی می‌کنیم.

اثر عدم مطابقت ایجاب و قبول (پرسش چهارم) نیز چون تابع اصل یا فرع بودن موضوع تطابق دو اراده است، عملاً به بحث خاصی نیاز ندارد. توضیح آنکه هرگاه موضوع تطابق رکن باشد از آنجا که فقدان رکن موجب فقدان قصد میشود، لذا عدم تطابق ایجابین باعث بطلان میشود و اگر این موضوع فرعی باشد چنانکه میدانیم فقدان امور فرعی باعث نقصان رضا و النهایه ایجاد حق فسخ میشود. اما برای پاسخ به پرسشهای بسیار مهم دوم و سوم باید قلمروی این نظریه را به‌همراه ملاک تعیین آن، بررسی کنیم.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۰۶

۲- دامنه تراضی

برخی با این بیان که اراده طرفین باید در امور اساسی عقد که متعلق قصد قرار می‌گیرد موافق باشد و الا عقدی بهوجود نخواهد آمد، این امور اساسی را عبارت از ماهیت عقد، خصوصیات عقد (مطلق یا مشروط، منجز یا معلق بودن)، ماهیت مورد عقد، فرد ماهیت واحد، کمیت مورد عقد و وصف مهم مورد کلی عقد دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۷ به بعد). معلوم نیست چرا توافق در شخصیت طرف قرارداد را جزو این امور اساسی نشمارده‌اند؟ بنابراین اعتقاد به تمثیلی بودن این موارد بهتر است. ایشان با اذعان به اینکه در قانون ایران بیان جامع و مانعی درخصوص تعیین موضوعاتی که توافق اراده طرفین نسبت به آن‌ها ضروری است وجود ندارد، سپس به ارائه یک ضابطه کلی در این خصوص پرداخته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۷ به بعد). بزرگان دیگری نیز با این پرسش که هرگاه تراضی درباره اصول کافی باشد، چگونه می‌توان آن‌ها را از فروع بازشناخت (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱/۳۴۰) لزوم تراضی در اصول را پذیرفته‌اند.

فقهایی امامیه نیز با تعابیر مختلفی تطابق ایجاب و قبول را یک شرط رکنی

دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳، ۱۷/۲ و کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ۱۴۸/۱ و فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ۴۱۳/۱). مراد از تطابق ایجاب و قبول این است که نفس آنچه را که موجب انشاء می‌کند بدون کم‌وزیاد مورد قبول قرار بگیرد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۳۳/۶). مراد از لزوم مطابقت بین ایجابین، مطابقت لفظی و ظاهری نیست؛ بلکه مراد مطابقت حقیقی و معطوف به اراده باطنی است (حلی، مختلّف الشیعه، ۱۸۶/۵). در خصوص موارد ضروری توافق، فقها بیانات مختلفی دارند. آیت‌الله خوئی این موارد را در پنج موضوع خلاصه کرده‌اند (خویی، ۱۳۶۶، ۷۱/۳). این پنج مورد عبارت‌اند از: عنوان معامله، المبیع، البائع والمشتري، الشروط المذكوره فی العقد و اجزاء المبیع والثلث. ایشان در کتاب النکاح می‌فرمایند: «لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول فی الفاظ المتعلقات» و سپس به مثالی اشاره می‌کنند که اگر زوج بگوید انکحتک فلانه و زوجه بگوید قبلت التزویج و یا بالعکس، کافی است (خوئی، النکاح، ۱۴۰۷، ۱۷۴/۲؛ یزدی، ۱۴۰۹، ۸۵۳/۲) و عقد نکاح از جهت مطابقت ایجاب و قبول دارای اشکال نیست. ایشان تطابق بین ایجاب و قبول در خصوص متعلق بیع را شرط صحت عقد دانسته‌اند و معتقد شده‌اند فقدان چنین تطابقی بلاخلاف باعث بطلان عقد است (خوئی، ۱۴۰۷، ۲۸۵/۲).

عیب تراضی

۲۰۷ محقق کرکی بدون آنکه موارد لزوم مطابقت ایجاب و قبول را برشمارند در باب وصیت می‌گویند وصیت مانند بیع و امثال آن نیست که مطابقت بین ایجاب و قبول در آن شرط باشد؛ چرا که وصیت تبرّع محض است و در آن فرقی نمی‌کند همه یا بعض آن قبول شود و به‌یقین دلیل اگر وصیت بر مازاد ثلث واقع شد و موصی له آنرا قبول کرد، قسمت اضافی بر ثلث به‌طور خاص باطل است (کرکی، ۱۴۱۱، ۱۴/۱۰). فقها در خصوص کمیت موضوع قرارداد صرفنظر از وصیت که دلیل خاص دارد توافق ایجاب و قبول را شرط دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ۵۲/۱۲).

شیخ انصاری نیز می‌گوید از جمله شرایط عقد تطابق بین ایجاب و قبول است و در خصوص مواردی که لزوم تطابق را شرط می‌دانند از جمله به مشتری، ثمن، مثن و شروط به‌عنوان توابع عقد اشاره می‌کند. ایشان در خصوص علت این شرط ضمن اشاره به واضح بودن آن می‌گوید «علت لزوم تطابق بین ایجاب و قبول، ضرورت قبول ایجاب است و قبول یعنی اینکه قابل به ایجاب راضی باشد» (انصاری، ۱۷۵/۳).

میرزای نائینی به‌زیبایی در خصوص علت این شرط می‌گوید «لزوم مطابقت

ایجاب و قبول از جمله قضایای بدیهی است؛ چراکه قرارداد بهروشنی حاصل ایجاب و قبول است» (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۲۵۶/۱).

با مطالعه کتب فقهی در خصوص تطابق دو ایجاب دو نکته به دست می آید:
۱- فقها نوعاً موارد مختلفی را که تطابق دو اراده در آن‌ها شرط است، احصاء نکرده‌اند. ۲- از مواردی که ایشان تطابق دو اراده را در آن‌ها شرط می‌دانند چنین برمی آید که این موارد نوعاً جزء مسائل اساسی قرارداد است.

حال باید دید چگونه می‌توان موارد مهم و اساسی را از غیر آن‌ها باز شناخت؟ برخی در خصوص ملاک تشخیص امور اساسی از غیر آن می‌گویند «با توجه به تفکیک قصد از رضا و نقش قصد در عقد در حقوق ایران، می‌توان به این ضابطه دست یافت که برای صحت عقد لازم است قصد طرفین نسبت به تمام اموری که در دامنه حرکت اراده قرار می‌گیرد و متعلق قصد است توافق داشته باشد. با دقت در حرکت اراده از راه بررسی وجدان، باید پذیرفت که همه مختصات عقد به قصد مربوط نمی‌شود و فقط امور اساسی قرارداد در شعاع فعالیت اراده قرار می‌گیرد» (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۷ به بعد). ایشان بدون آنکه ملاک قاطعی در این خصوص ارائه دهند، به نوعی خواسته‌اند بگویند که متعلق قصد نوعاً امور مهم هستند و متعلق رضا علاوه بر امور مهم امور فرعی هم است. ایشان در ادامه به صراحت می‌گویند اصولاً همه خصوصیات اعم از ماهیت عقد و شروط ضمن آن و مورد معامله و حتی اوصاف مورد عقد و... در پیدایش رضا در معامله مؤثر خواهد بود و... اما آنچه هنگام انشاء عقد متعلق قصد خریدار واقع می‌شود و... فقط پاره‌ای از این امور است مانند ماهیت مورد عقد نه همه امور مذکور (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۶-۱۶۷).

برخی دیگر در خصوص تشخیص موارد مهم از غیر مهم گفته‌اند این تمیز با تحلیل عقد موضوع دعوا و تعهدها و اموال مبادله شده در سنخ آن قرارداد انجام می‌شود. ایشان سپس با اشاره به ماده ۳۳۹ قانون مدنی نوع و اوصاف و مقدار مبیع و میزان ثمن را از امور مهم دانسته‌اند؛ درحالی‌که توابع و محل تسلیم مبیع و ثمن و تراضی در باب وجود خیار را از امور فرعی به حساب آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۳۴۱/۱). باید کلام این نویسنده بزرگ را حمل بر شایع بودن تلقی عرف در اصلی و فرعی بودن موضوعات فوق کرد؛ چراکه موضوعات اصلی و فرعی ادعا شده همیشه اصلی و فرعی نیستند و در پاره‌های اوقات کاملاً برعکس است. به‌عنوان مثال برخی اوقات زمان یا مکان خاصی که عادتاً از امور فرعی است از باب وحدت مطلوب موضوع توافق متعاقدين قرار می‌گیرد، مانند قرارداد ارائه

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۰۸

خدماتی خاص در روز یا شهر معین که از قضا این زمان و مکان به دلیل اینکه به - عنوان یک امر اصلی (وحدت مطلوب) متعلق اراده طرفین قرار گرفته؛ لذا از امور اصلی محسوب می شود.

به هر حال نه از کلام حقوقدانان و نه در آرای فقها، ملاک و معیار قاطع و روشنی در این خصوص به دست نمی آید. برخی فقها مانند شیخ انصاری و آیت الله خوئی یکی از مواردی که مطابقت ایجاب و قبول در آن‌ها لازم است را شروط می دانند. این که آیا عدم مطابقت در شروط مانند عدم مطابقت در سایر موارد است؟ و آیا عدم مطابقت در زمینه شروط سبب بطلان است یا نه؟ به اصلی و فرعی بودن شروط برمی گردد. برخی با این استدلال که اگر تعدّر و فساد شرط باعث بطلان عقد نیست منطقاً عدم مطابقت در شرط هم نمی تواند باعث بطلان عقد گردد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱۱۷/۱)، به نوعی خواسته اند بگویند شروط از ارکان عقد تلقی نمی شود.

برخی از معاصران با نسبت دادن بطلان عقد در این خصوص به شیخ انصاری و میرزای نائینی، معتقدند که در صورت عدم تطابق در خصوص شرط، تطابق مورد نیاز محقق شده است؛ چرا که «در اینکه عدم مطابقت در شرط، یا تعدّر شرط و یا فساد شرط، سبب بطلان عقد نمیشود، بلکه عقد با این وصف نیز صحیح است، اختلافی در بین ایشان نیست، نهایت اینکه بگوئیم لزوماً باعث بطلان عقد نمیشود... البته می توان چنین گفت که اگر شرط قید معامله باشد، در صورت تخلف از شرط معامله باطل میشود» (روحانی، ۱۴۱۲، ۳۵۹/۱۵).

۲۰۹

اشاره این محقق به بطلان در صورت قید بودن شرط، همان رکن بودن شرط است، شرطی که عقد دائر مدار آن است. ایشان در منهاج الفقاهه ذیل بحث حکم شرط فاسد معتقدند که اگر فساد شرط باعث تغییر خود عقد گردد (مانند شرط خلاف مقتضای عقد) و یا فساد شرط باعث اختلال شیئی از امور معتبر در عوضین گردد (مانند شرط غرری)، در بطلان عقد به خاطر فساد چنین شروطی هیچ اختلافی وجود ندارد. ایشان سپس این پرسش را مطرح می کنند که آیا مجرد فساد شرط، باعث بطلان عقد می گردد؟ (روحانی، ۱۴۱۸، ۳۳۱-۳۲۹)

فرض پرسش جایی است که فساد شرط مخلّ عقد یا عوضین نیست. در پاسخ می گویند فقها دو دسته شده اند. عده ای مانند شیخ طوسی و اسکافی و ابن سعید و ابن براج معتقدند فساد چنین شرطی منجر به فساد بیع نمی شود. در مقابل عده ای مانند علامه حلی (در برخی کتبش)، شهیدین و محقق ثانی قائل به مفسد بودن چنین شرطی شده اند. علامه در تبصره نیز با این عبارت «و

فی ابطال البیع به وجه قوی» نظر دوم را تقویت کرده است. این فقیه بعد از نقل عمده ادله معتقدین به فاسد و مفسد بودن شرط، آن‌ها را به‌درستی نقادی کرده و نهایتاً خود جانب نظر نخست را برگزیده است (روحانی، ۱۴۱۸، ۳۳۱/۶ به بعد). به نظر می‌رسد شرط اگر «رکن» نباشد هیچ دلیلی بر مفسد بودن آن وجود ندارد؛ چراکه فقدان شرط تنها رضا را مخدوش می‌کند و موجب خیار است. شرط نوعاً از باب تعدد مطلوب مورد قصد قرار می‌گیرد. بنابراین نظر نخست با تحلیل فنی اراده و مبانی آن مانند تبعیت عقد از قصد هم‌نوا است.

در برابر، آیت‌الله خوئی می‌گویند عدم مطابقت ایجاب و قبول از جهت شروط، باعث بطلان می‌گردد. ایشان با «قیل» خواندن نظر عده‌ای که معتقد به خیار فسخ هستند می‌فرمایند «شرط در عقد، مؤثر است یا به این صورت که اصل عقد منوط به التزام به شرط است و یا به این نحو که لزوم عقد، منوط به شرط است یا به هر دو شکل ... منوط بودن لزوم عقد به وجود خیار برمیگردد و وجود خیار همانا به مشخص نمودن اصل عقد برمیگردد و در هر همه موارد عدم مطابق عقد در شرط باعث بطلان عقد میشود» (خوئی، ۱۳۶۶، ۷۳/۳).

جالب اینجا است که این فقیه در جایی دیگر با این استدلال که التزام قراردادی معلق بر شرط نیست و شرط و التزام با هم اجنبی هستند، بلکه این لزوم وفا است که معلق بر شرط است، تخلف از شرط را مانع تطابق ایجاب و قبول ندانسته‌اند (فیاض، ۱۴۱۰، ۱۳۳/۵).

شیخ انصاری با این بیان که «اگر متعاقدین در مضمون عقد دچار اختلاف شوند به این نحو که بایع بیع را در خصوص مشتری یا مثنی یا ثمن یا شرطی از توابع عقد، ایجاب کند و مشتری به شکل دیگری آنرا قبول کند، عقدی واقع نمیشود» (انصاری، ۱۷۵/۳)، تخلف از شروط را باعث عدم مطابقت ایجاب و قبول دانسته‌اند. به نظر می‌رسد کلام ایشان را باید ناظر به شروط رکنی دانست؛ چراکه همان‌طور که گذشت و برخی فقها استدلال کرده‌اند تخلف از شرط چون شرط مانند عقد، خود التزامی مستقل است و از این حیث مساوی هستند، لذا باعث عدم مطابقت ایجاب و قبول نمی‌گردد (حائری، ۱۴۲۳، ۵۰۷/۱).

سید مصطفی خمینی شرط فاسد را از چندین جهت باعث اختلال در ارکان عقد می‌داند. ایشان می‌فرمایند اگرچه مفسد بودن شرط فاسد، معقول نیست ولیکن اگر شرط فاسد باعث اختلال در ارکان عقد شد، باعث بطلان عقد نیز می‌گردد. ایشان شرطی که سبب جهالت در خود عقد می‌شود یا با تراضی به صحت عقد لطمه می‌زند یا باعث عدم مطابقت ایجابین می‌گردد را از جمله این

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

شروط می‌داند و معتقدند عدم قبول شروط صحیح سبب بطلان عقد نمی‌شود چه برسد به شروط باطل، چه شرط قید باشد و چه التزام چرا که «در مقایسه با اجزای جوهری تشکیلهنده خود عقد قید به ملحقات زاید عقد برگردد» و در ادامه می‌گویند آری اگر شروط به اصل معقود علیه برگردد امکان حدوث اشکال وجود دارد؛ لیکن چنانکه دانستیم این شروط عرفاً شرط محسوب نمی‌شوند، بلکه به منزله ذکر وصف و مقدار در قالب شرط است که خارج از بحث ما هستند (خمینی، ۱۴۱۸، ۲/۲۴۳-۲۳۴).

به نظر می‌رسد تخلف از شرط باعث عدم تطابق ایجابین نیست، مگر از چنان اهمیتی برخوردار باشد که مقصود اصلی متعاملین باشد. شرط از این جهت دارای ویژگی خاصی نیست و وصف و قید نیز اگر مقصود و هدف اصلی متعاملین باشد، تخلف از آن‌ها باعث اختلاف میان ایجابین است. برای تشخیص اینکه کدام شرط، وصف و قید اساسی است باید در جستجوی ملاکی در فقه و حقوق برآمد.

عیب تراضی

با استقصای در متون فقهی در خصوص کشف ضابطه اصلی و فرعی بودن موضوع قصد، دو قاعده که هر دو بیان یک ملاک است، به دست می‌آید. نخست؛ قاعده اینهمانی یا هوهو است که براساس آن هرگاه موضوع قصد، اصلی باشد این‌همانی صادق است؛ اما اگر نباشد موضوع قصد فرعی است. ۲۱۱ برای صدق این‌همانی میان «ما قُصِد» و «ما وَقَع» قضاوت عرفی کافی است و نیازی به دقت‌های عقلی و فلسفی نیست (از جمله ر. ک خمینی، ۱۴۱۰، ۷۵/۴؛ خوئی، ۱۴۱۰، ۲/۱۲۳-۱۲۴).

دوم؛ مفاد قاعده اینهمانی با بیانی دیگر تحت عنوان «وحدت مطلوب» در کتب فقهی دنبال شده است. برایناساس هرگاه مقصود (ما قُصِد) و واقع (ما وَقَع) مطلوب واحدی را تشکیل دهند به نحویکه با انتفای یکی دیگری نیز منتفی شود، اصطلاحاً می‌گویند مورد از موارد وحدت مطلوب است. در موارد وحدت مطلوب اگر میان مقصود و واقع اختلاف شود، معامله باطل است؛ چرا که ملاک وحدت مطلوب برای تشخیص اجزای اساسی و مهم به‌کار می‌رود. در برابر وحدت مطلوب، تعدد مطلوب قرار دارد. هرگاه دو مطلوب متعدّد و متفاوت باشد، در صورت تخلف از مطلوب دوم، به مطلوب اول لطمه‌ای وارد نمی‌شود و مورد از موارد تعدد مطلوب است.

در کتب فقهی زیادی سخن از وحدت و تعدد مطلوب شده است، از جمله آن‌ها: آخوندخراسانی، ۱۴۰۶، ۲۵۱ و ۲۷۲؛ طباطبایی‌یزدی، ۱۳۷۸، ۱/۱۳۶ و ۱۴۳ و ۱۶۱ و ۱۸۷ و ۱۹۶ و

بحث تعدّد و وحدت مطلوب قابل صدق بر اوصاف، شروط و قیود هم است. بنابراین اگر میان موصوف و وصف، مشروط و شرط و یا مقید و قید این - همانی و وحدت مطلوب وجود داشته باشد آن وصف و شرط و قید، اصلی است و تخلف از آن باعث بطلان است و الا یعنی در صورت تعدّد مطلوب، تخلف از آن وصف، شرط و یا قید تنها موجب فسخ است. ارائه ضابطه وحدت و تعدّد مطلوب و این همانی اگرچه باعث تسهیل کشف اصلی و فرعی بودن موضوع قصد است، ولیکن نمیتواند مشکل را از اساس حل کند؛ چراکه هنوز تشخیص وحدت و تعدّد مطلوب و یا اینهمانی به عنوان یک مشکل، محققان را به چالش میکشاند. تمسک به نظریه‌های شخصی، نوعی و مختلط برای حل این مشکل مفید است.

بی دلیل نیست برخی فقها گفته‌اند بعضی خصوصیات عقد بهنجوی است که با فقدان آن‌ها عقد از بین می‌رود مانند ثمن و مثن، درحالیکه برخی خصوصیات دیگر عقد مانند وصف مبیع، وصف ثمن و شرط چنین نیست، بنابراین بطلان شرط مستلزم بطلان عقد نیست. تطابق ایجاب و قبول در خصوصیات نخست لازم است؛ چراکه فوات آن‌ها موجب بطلان عقد است. درحالیکه در خصوصیات دسته دوم چنین نیست (حکیم، بیتا، ۱۱۱). صاحب عناوین نیز تنها عوضین و ایجاب و قبول و نیز متعاقدین را رکن عقود معاوضی شمرده‌اند و اشاره‌ای به شروط و قیود و اوصاف نکرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۶۷/۲). پرواضح است که فقدان هر یک از این شش عنصر (عوضین، ایجابین و متعاملین) مساوی با فقدان عقد است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۱۲

۳- حقوق تطبیقی

در نظام حقوقی فرانسه گرچه از اشتباه به عنوان عاملی که مانع تطابق اراده باطنی و اراده ظاهری می‌گردد (عیب اراده) بحث شده است؛^۶ لیکن بنا به دلایلی که گذشت کمتر به نظریه تطابق ایجاب و قبول پرداخته شده است.

در حقوق سوئیس توافق ایجاب و قبول لزوماً باید در امور اساسی وجود داشته باشد و در امور فرعی چنین توافقی لازم نیست.^۷ این درحالی است که

6. Encyclopédie Juridique, 1972, p. 2, n. 5.

Il peut y avoir également un défaut de concordance entre la volonté interne et la manifestation de volonté.

7. Art 2 du droit des obligations suisse: Si les parties se sont mises

در حقوق آلمان هم، برخلاف حقوق فرانسه به موجب مواد ۱۵۴ و ۱۵۵ قانون مدنی توافق در امور اساسی کافی است^۸ (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۳۴۱/۱). شاید اینکه فرانسویان توافق در امور جزئی را هم لازم می‌دانند مانند آن دسته از فقهای هستند که معتقدند فساد شرط منجر به فساد عقد می‌گردد.

در خصوص موضوع اصلی این پژوهش یعنی عیب تراضی، باید خاطر نشان کرد که مقتضای حقوق عملگرایی انگلیس که بر تقدم اراده ظاهری اصرار دارد،^۹ تاب این را ندارد که اثر اشتباه را در تک‌تک اراده‌ها و در تمام موارد بررسی کند. در این نظام حقوقی نیز به خلأ بودن اراده و لزوم اعلام آن، البته متفاوت از حقوق ما توجه شده است. حقوق‌دانان انگلیسی کمتر وارد بحثهای تحلیلی مربوط به «اراده» شده‌اند. ایشان ذیل عنوان تشکیل قرارداد^{۱۰} عمدتاً به ایجاب و قبول و شرایط آن دو می‌پردازند (Cheshire, 1998, P.p 27- 73; Fife and Furmston, 1991, P.p 26- 7; Atiyah, 2001, P.p. 36- 45). به -
رغم محدودیتهای عملی اراده در این حقوق، مانند نظم عمومی و مصلحت -
های اجتماعی، بحث علمی مستقلی در متون دانشگاهی ایشان در خصوص این

عیب تراضی

d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

۲۱۳

8. Section 154- Overt lack of agreement; lack of notarial recording:
1- As long as the parties have not yet agreed on all points of a contract on which an agreement was required to be reached according to the declaration even of only one party, the contract is, in case of doubt, not entered into. An agreement on individual points is not legally binding even if they have been recorded.
2- If notarial recording of the contract contemplated has been arranged, the contract is, in case of doubt, not entered into until the recording has taken place.

table of contents

Section 155- Hidden lack of agreement:

If the parties to a contract which they consider to have been entered into have, in fact, not agreed on a point on which an agreement was required to be reached, whatever is agreed is applicable if it is to be assumed that the contract would have been entered into even without a provision concerning this point.

9. Anson's law of contract, 1998, p. 31; It is important, however, to note that the test of a person's intention is not a subjective, but an objective one.

10. Formation of contract.

محدودیتها به چشم نمیخورد. این امر میتواند ناشی از ویژگی اصلی این حقوق، یعنی مبتنی بر رویه قضایی بودن آن باشد. امروزه اگرچه به عنوان یک قاعده کلی در حقوق انگلستان نیازی به کتیبودن قراردادها یا سایر تشریفات نیست لیکن توافقی که در قالب یک سند مکتوب به وسیله طرفین، امضا یا پاراف میشود از مصادیق روشن یک قرارداد به حساب میآید.

در حقوق انگلیس یک توافق یا قول صرف نمیتواند قانوناً الزامآور باشد. در این حقوق تنها دو نوع قرارداد به رسمیت شناخته میشود: قرارداد مکتوب^{۱۱} و قرارداد ساده.^{۱۲} اعتبار قرارداد مکتوب نه از توافق انجام شده ناشی میشود و نه از اینکه آن یک معاوضه و تبادل است؛ بلکه اعتبار آن تنها از فرم و قالبی نشأت میگیرد که آن قرارداد در آن فرم تصریح شده است (Beatson, 1998, p. 74). به لحاظ تاریخی تشریفات قانونی، نقش مهمی را در حقوق انگلستان بازی میکند؛ چراکه براساس قانون کلاهدرداری^{۱۳} ۱۶۷۷ بسیاری از قراردادهای مهم و شایع، به ویژه قراردادهای مربوط به فروش کالاهای با ارزش بالای ده پوند از ضمانت اجرای حقوقی برخوردار نبودند؛ مگر آنکه به صورت مکتوب در یادداشتی ذکر میشدند (Beatson, 1998, p. 75). ویلستون^{۱۴} (حقوقدان معروف آمریکایی)، میگوید کامانلا ئیت را در رضا خلاصه نمیکند؛ بلکه بیشتر تمایل به نقطه مقابل آن دارد (قره داغی، ۱۴۲۳، ۲۴۸/۱).

به لحاظ تاریخی کسی نمیتواند منکر این شود که کامانلا در انگلستان بر صیغ عقود تکیه داشته است. در این حقوق تا نیمه قرن ۱۹، هیچ تأکیدی بر ئیت یعنی عنصر معنوی یا رضایت وجود نداشته تا اینکه از این تاریخ، کامانلا به کمک نوشتههای ساوینی تحت تأثیر نظریه‌های مطرح در قاره اروپا قرار گرفت. از جمله افکار ساوینی این بود که ئیت و قصد درونی فرد باید در اراده‌ای که وارد معاملات حقوقی میشود مد نظر قرار بگیرد (Willston, The law of contract, 1920, P.p. 20-21؛ به نقل از قره داغی، ۱۴۲۳، ۲۴۸/۱).

مخالفان این عقیده بر آن بودند که کامانلا برای ایجاد التزام قانونی، قصد درونی را مانند عناصر دیگر عقد لازم نمیدانند. وانگهی شرط دانستن قصد درونی

11. A contract made by deed.

12. Simple Contract.

قرارداده ساده، قراردادی غیر تشریفاتی است که برای تشکیل، نیازمند داشتن عوض میباشد. برخی قراردادهای ساده باید مکتوب باشند.

13. Statute of Frauds.

14. Willston.

منجر به آشفتگی و اضطراب در انعقاد قرارداد میشود. ایشان برای تقویت اعتقاد خود به پرونده «*Hatchkiss v Nat. City Bank*» (200 Fed 287, 293) که در آن قاضی هند^{۱۵} گفته بود «قصد متعاقدین دخالتی در قرارداد ندارد. قرارداد التزامی است که قانون آنرا به اقتضای خود، بهنحویکه برای هر طرف قرارداد حقوق و تکالیفی اختصاص می‌دهد، وضع میکند، به این شکل که عادتاً یک چارچوب خاصی را قبل از قصد درونی ایجاد میکند» (Willston, The law of contract, 1920, p. 22- 26) استناد می‌جویند. ویلستون در ادامه میگوید اینکه بگوییم در کامانلا قصد و نیت مهم و معتبر است سخن بیاساسی است؛ چرا- که می‌توان گفت از دیدگاه حقوق انگلیس و آمریکا متعاملین عادتاً به التزامات قانونی نمایندیشان؛ بلکه قصد ایشان متوجه مبادله تجاری یا مالی و... است (قره‌داغی، ۱۴۲۳، ۲۴۸/۱ به بعد).

بااینحال کسانی که معتقدند قصد و نیت درونی در کامانلا بهنحوی موردتوجه است به پرونده‌های خاصی مانند پرونده «*Higgins*» (Central Bitulithic paving co. v Highland Bark, 164 Mich 223, 129 N. W. 46) استناد می‌جویند که البته باز مخالفان ایشان که اکثریت هستند می‌گویند این پرونده دلالت بر احترام به قصد و نیت ندارد، بلکه دلالت بر عدم وجود اراده دارد. به نظر مخالفین باید میان قصد فعلی (قصدی که امری محسوس بر آن دلالت دارد) و قصد درونی فرق نهاد. قصد اولی برخلاف دومی نزد قانون محترم است. نظر قاضی برمول^{۱۶} نیز در پرونده «*Browne v. Hare*»^{۱۷} حکایت از بیتوجهی حقوق انگلیس به قصد درونی دارد (قره‌داغی، ۱۴۲۳، ۲۴۸/۱).

به‌هرحال امروزه در حقوق انگلیس در قراردادهای مستند مکتوب^{۱۸} مانند قرارداد انتقال زمین^{۱۹} و تعهدهای رایگان^{۲۰} و قراردادهای غیرمعوّض^{۲۱}، نقش اراده باطنی و خلاقیت آن تنها محدود به خلق سند مکتوبی میشود که برای تفسیر آن در صورت بروز اختلاف کمتر به اراده طرفین رجوع میشود؛ بلکه حجیت قرارداد

15. L. Hand.

16. Bramwell

17. Browne v. Hare, 3Hurlston and Norman 484, 4, 5.

18. Contract by deed.

19. Law of property act, 1925.

20. Gratuitous promises.

21. Non-exchange contracts.

متکی به خود سند مکتوب است. پیشینه تاریخی حقوق انگلیس و نقش خاص قراردادهای مستند مکتوب و لزوم کتبی بودن برخی قراردادهای ساده. منجر به ایجاد یک اعتقاد عمومی شده است که تنها قراردادهای مکتوب لازم الاجرا هستند، اعتقادی که کاملاً نادرست است و نمیتواند نقشی در تشکیل حقوق کامانلای انگلستان داشته باشد (Beatson, 1998, p. 78).

گرچه امروز حقوق انگلیس میخواهد تحت تأثیر حقوق اروپای قاره‌ای به اراده نقش بیشتری بدهد ولیکن هنوز حسب پیشینه تاریخی خود و نیز برخی باورهای عمومی که نوعاً مبتنی بر حفظ نظم اجتماعی است، نتوانسته است اراده را مانند حقوق ایران و فرانسه به مثابه یک قوه خلاق و آزاد که تعیینکننده‌ترین عنصر حاکم بر قبل و بعد اعمال حقوقی است، بپذیرد. این موقعیت اراده در انگلستان به خوبی در مبنای اشتباه در این حقوق تأثیر گذاشته است.

در کامانلا اشتباه در دو قالب عمده در اعمال حقوقی تأثیرگذار است. نخست؛ آنجا که دو طرف حقیقتاً با هم توافق دارند ولیکن ایشان هر دو یا یکی در خصوص برخی مسائل ریشه‌ای قرارداد^{۲۲} در اشتباه هستند و بهنادرستی معتقدند که اعتقاد ایشان در خصوص چنین مسائلی درست است. دوم؛ آن جایی است که بهرغم توافق ظاهری دو طرف، در حاق واقع هیچ توافق حقیقی^{۲۳} میان ایشان وجود ندارد و بنابراین حقوق چنین قراردادی را اصلاً بهوجود آمده تلقی نمی‌کند. حقوقدانان انگلیسی اشتباهی که موجب عدم تطابق ایجاب و قبول^{۲۴} می‌گردد را در دسته دوم بحث می‌کنند.

برخی حقوقدانان دیگر در خصوص این دو دسته اشتباه، بیان متفاوتی دارند. به اعتقاد ایشان (Upex, 2004, P.p. 133-134) بهطورکلی دو رویکرد در خصوص اشتباه وجود دارد. نخست آنجا که طرفین بین خود به توافق رسیده‌اند اما به دلایلی قرارداد قابل اجرا نیست. درواقع قرارداد قبل از آنکه زمینه ظهور بیابد عقیم می‌شود و از میان می‌رود و آنچه‌ان نیست که طرفین می‌پنداشتند. در دومین حالت درواقع هیچ توافقی میان طرفین در خصوص همان موضوع^{۲۵} وجود ندارد. این محقق اشتباه دسته نخست را اشتباه امکان^{۲۶} و اشتباه دسته دوم را اشتباه

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۱۶

22. Some fact, which lies at the root of the contract.

23. Genuine agreement.

24. Offer and acceptance not coincident.

25. Consensus ad idem.

26. Possibility mistake.

توافق^{۲۷} نامیده است. اشتباه توافق در واقع همین عیب تراضی است که ما از آن سخن به میان آورده‌ایم و اشتباه را تنها عامل این عیب می‌دانیم. فارغ از نام-گذاری‌های متفاوت در خصوص این دو نوع اشتباه، همه این حقوق‌دانان متفق-القول هستند که ۱) گاهی اوقات اشتباه، مانع تحقق تراضی می‌گردد (Upex, 2004, P.p 134, 140 and Beatson, 1998, p. 296). ۲) اشتباهی که باعث عدم توافق ایجاب و قبول می‌گردد خود یکی از اشتباهات مانع تحقق تراضی است (Beatson, 1998, p.296).

بنابراین در کامان‌لا نظریه عدم تطابق ایجاب و قبول تنها به‌عنوان یک نوع خاص از اشتباه مانع تحقق تراضی مورد بحث قرار می‌گیرد. در کامان‌لا اشتباه در موضوع معامله که نوعی اشتباه مانع تراضی است، قسیم اشتباه موجب عدم تطابق ایجاب و قبول است. در اشتباه در موضوع معامله طرفین دو قصد متفاوت و متقاطع^{۲۸} دارند و به همین دلیل تراضی شکل نمی‌گیرد. در دعوی «*Scriven v. Hindley*» فردی با این اعتقاد که در حال مزایده در خصوص کنف است، در یک سالن حراجی مزایده‌ای را برگزار می‌کند درحالی‌که بسته‌های مورد نظر او محتوی پسمانده الیاف کتان بوده است. او سپس به‌خاطر قیمت کالاها مورد تعقیب قرار می‌گیرد. دادگاه چنین تصمیم گرفت که اصلاً قراردادی وجود نداشته است. در واقع طرفین در خصوص موضوع معامله به‌هیچ وجه نظر یکسانی نداشته‌اند (Upex, 2004, p. 140).

عیب تراضی

۲۱۷

در دعوی معروف «*Raffles v. Wichelhaus*» نیز چنین رویکردی قابل اتخاذ است. در این دعوا خواهان به‌عنوان فروشنده و خواننده به‌عنوان خریدار توافق می‌کنند که پنبه‌های موجود در کشتی پیرلس^{۲۹} را که از بمبئی حرکت کرده بود را بخرند. در واقع، دو کشتی با همین نام یکی در اکتبر و دیگری در دسامبر از بمبئی حرکت کرده بودند. خوانندگان کشتی‌ای را که در اکتبر حرکت کرده بود در نظر داشتند و خواهان‌ها کشتی دیگر را قصد کرده بودند. حکم به نفع خواننده صادر شد. دادگاه برای این تصمیم خود هیچ دلیلی ارائه نکرده بود ولیکن هر فردی می‌تواند بفهمد که چون ابهام در قضیه وجود داشته و لذا ظاهراً هیچ قرینه‌ای وجود نداشته است که یکی را از دیگری بازشناساند، لذا هیچ قراردادی وجود ندارد؛ چراکه ایجاب و قبول با هم هماهنگ نیستند (Upex, 2004, p. 140).

27. Agreement mistake.

28. Cross - purposes.

29. Peerless.

علاوه بر اشتباه در موضوع معامله و شخص طرف قرارداد، اشتباه در خصوص مفاد و شروط قرارداد^{۳۰} هم در کامان لا از جمله اشتباهات مانع تراضی تلقی میشود (Davies, 2004, p.141).^{۳۱}

آنچه ما در حقوق ایران در خصوص قلمروی نظریه تطابق ایجاب و قبول گفتیم و بیان داشتیم که عدم تطابق دو اراده تنها در امور مهم مانند موضوع قرارداد، شخص طرف قرارداد و نیز شروط اساسی منجر به بطلان می‌گردد، در کامان لا نیز به‌نوعی دیگر بیان می‌شود.

درواقع اشتباه در این سه مورد در کامان لا مانع تراضی هستند. ایشان این سه مورد را فارغ از نظریه تطابق ایجاب و قبول به‌عنوان اشتباهات مانع تراضی بحث می‌کنند و خود عدم تطابق ایجاب و قبول را به‌عنوان قسیم این سه اشتباه مطرح کرده‌اند. برای درک اختلاف دو نظام حقوقی باید دو مسئله به ترتیب اولویت روشن گردد. نخست، مراد از عدم تطابق ایجاب و قبول در کامان لا چیست؟ دوم، این که اشتباه در شروط چگونه باعث عدم تراضی می‌گردند؟ آیا با آنچه ما در حقوق ایران گفتیم می‌تواند به‌نوعی همسان و یا حداقل همسو باشد؟

در انگلیس حقوقدانانی که عدم تطابق ایجاب و قبول را نوعی اشتباه مانع تراضی تلقی کرده‌اند ضمن این توضیح که ممکن است که در اثر اشتباه از جانب یک طرف یک ایجاب بدون هیچ تقصیری در یک معنای متفاوت از مقصود موجب مورد قبول واقع گردد، در خصوص این نوع اشتباه به پرونده‌های «*Scriven v. Hindley*» و «*Raffles v. Wichelhaus*» مثال می‌زنند. در چنین اشتباهی یک طرف ممکن است نسبت به مفاد قرارداد مدعی برداشت متفاوتی با برداشت طرف دیگر باشد و غیرممکن خواهد بود که مدعی شویم رفتار او، یک فرد متعارف و معقول را به نتیجه‌ای غیر از آنچه او اتخاذ کرده و امی دارد. بنابراین قرارداد به‌خاطر فقدان انطباق مفاد ایجاب و قبول باطل است (Beatson, 1998, p. 307). چنانکه دیدیم دو پرونده مورد استناد این حقوقدانان همان دو پرونده مورد استناد اشتباه در موضوع معامله است. البته هر دو حقوق-دان اشتباه رخ داده در این دو پرونده را اشتباه مانع تحقق تراضی میدانند. به نظر اشتباه موجب عدم تطابق ایجابین همان اشتباه مانع تراضی است و نباید اشتباه نخست را نوعی خاص از اشتباه مانع تراضی دانست؛ چرا که منطقاً با وجود

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۱۸

۳۰. Mistake as to the terms of the contract.

۳۱. See also *Centrovincial Estates plc v. Merchant Investors Assurance Company Ltd* (1983).

مقتضی (تطابق ایجاب و قبول) و فقدان مانع (منع قانونی، اشتباه مخل هر یک از دو اراده و...) تراضی تحقق می‌یابد. تطابق ایجاب و قبول، مقتضی تراضی است و تفکیک این دو هیچ توجیهی ندارد. باری برخی حقوقدانان هیچ نوع اشاره‌ای در اشتباهات مانع تراضی به اشتباه مانع تطابق ایجابین نکرده‌اند (Upex, 2004, p. 134 et seq. بی دلیل نیست خود حقوقدانانی که این نوع اشتباه را به‌عنوان یک قسم از انواع اشتباهات مانع تراضی تلقی کرده‌اند، در پایان به‌نوعی این ایراد که این نوع موارد (موارد عدم مطابقت ایجاب و قبول) واقعاً اشتباه نیستند را پذیرفته‌اند (Beatson, 1998, p.308).

حسب تبیینی که از نظریه تطابق ایجاب و قبول داشتیم، اشتباه گرچه از طریق عیب اراده می‌تواند باعث عیب تراضی گردد ولیکن ما میان این دو تفکیک کردیم. گفتیم اگر اشتباه قصد معامل را از میان ببرد گرچه عملاً منجر به عدم تطابق اراده متعاملین می‌گردد؛ لیکن بطلان قرارداد را باید اصولاً معلول عیب اراده و نه معلل به عدم تطابق ایجاب و قبول دانست.

عیب تراضی

برایناساس در انگلستان اغلب دعاوی‌ای که دادگاه به‌علت عدم مطابقت ایجاب و قبول حکم به بطلان داده است، به‌خاطر عیب اراده بوده است و نباید آنرا به خاطر عدم مطابقت ایجاب و قبول باطل دانست. در پرونده «*Scriven v. Hindley*» و بسیاری پرونده‌های دیگر، در واقع فردی «الف» را می‌خواستند ولیکن «ب» را ایجاب کرده است و این اشتباه مستقیماً به عیب اراده برمی‌گردد و نه به عیب تراضی. هرچند، تطابق ایجاب و قبول هم در پی عیب اراده، عملاً از میان می‌رود.

بااینحال در انگلستان چون نسبت به ایران و فرانسه کمتر به اراده و عیوب آن توجه شده است، این رویکرد در مقابل اشتباه نمی‌تواند مورد ایراد واقع گردد و باید پذیرفت چنین رویکردی با تمامیت نظام قراردادی انگلستان تا حد زیادی همراه است (ر.ک به Atiyah and others, 2001, p.39). گرچه در همین نظام حقوقی در برخی موارد مانند پرونده «*Raffles v. Wichelhaus*» به‌دروستی علت بطلان مستقیماً در اثر اشتباهی است که مانع تطابق ایجاب و قبول می‌گردد. در این پرونده یک طرف، کشتی پیرلسی را که در اکتبر حرکت کرده بود مد نظر داشته است، درحالی که طرف دیگر کشتی پیرلسی را که در دسامبر حرکت کرده بود، قصد کرده بوده است. ایشان در اراده خود دچار اشتباه نبودند؛ بلکه اشتباه، مانع تطابق ایجاب و قبول بوده است.

این نمونه مانند نمونه‌های مشابه در حقوق انگلستان، هرچند در عرض

اشتباه در موضوع معامله و یا اشتباه در شخص طرف قرارداد و مانند آن (اشتباه - های موجب عیب اراده) تلقی می‌گردد؛ لیکن درست همان اشتباه به‌مثابه عیب تراضی است که در این مقاله با تأکید درصدد تبیین و معرفی آن به‌عنوان اشتباهی مستقل از سایر اشتباهها و مبنای اصلی عدم مطابقت ایجاب و قبول هستیم، مبنایی که در توجیه و تعلیل بسیاری از احکام پراکنده لزوم مطابقت ایجاب و قبول در حقوق ایران، میتواند راهگشا باشد.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با معرفی نمودن اصطلاح جدید «عیب تراضی» به نظام حقوقی کشور، در مقابل «عیب اراده» (ر.ک. آخوندی، ۱۳۹۱، ۲۲۹-۲۶۲)، تلاش کرد علاوه بر توسعه نظریه اشتباه، این نظریه را نظام‌مندتر سازد و همزمان قواعد پراکنده و متشتت راجع به ایجاب و قبول را یکپارچه کند. با بررسی مبانی نظری موضوع و تأکید بر اینکه اشتباه، فارغ از لطمه‌های که به یکی از حداقل دو اراده وارد می‌آورد (عیب اراده) و سبب بطلان (اشتباه مزیل قصد) و یا فسخ (اشتباه موجب کاهش رضا) قرارداد میشود، به‌علت اینکه سبب وحید عدم مطابقت ایجابین در قراردادها است (عیب تراضی)، موجب بطلان قرارداد است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۲۰

در اشتباه نخست (عیب اراده)، اساساً اراده‌ای وجود ندارد تا سخن از توافق اراده‌ها به میان آید و در اشتباه اخیر (عیب تراضی)، اصولاً توافقی وجود ندارد تا سخن از عیب اراده یا اراده‌ها در میان باشد. معرفی این مبنای جدید و ابتنای آن بر نظریه اشتباه و تأکید بر اشتراک اصول کلی آن در هر سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان، فارغ از توجیه فنی بسیاری از تفاوت‌های موجود در این سه نظام، چنانکه در متن پژوهش به - تفصیل آمده است، به بسیاری از اختلاف‌نظرهای فقیهان و حقوقدانان در این خصوص پایان داده است.

منابع منابع فارسی

۱. آخوندی، روح‌الله. (۱۳۹۱). **عیوب اراده**. ارجنامه دکتر الماسی. یکم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱. امامی، سید حسن. (۱۳۷۷). **حقوق مدنی**. ج ۱. نوزدهم. تهران: کتاب‌فروشی

اسلاميه.

۲. — (۱۳۷۷). **حقوق مدني**. ج ۴. نوزدهم. تهران: كتاب فروشى اسلاميه.
۳. شهيدى، مهدي. (۱۳۷۷). **تشكيل قراردادها و تعهدات**. ج ۱. يكم. تهران: نشر حقوقدان.
۴. صفايي، سيد حسين. ۱۳۸۲. **دوره مقدماتي حقوق مدني؛ قواعد عمومي قراردادها**. ج ۲. يكم. تهران: نشر ميزان.
۵. عدل، مصطفي. (۱۳۷۳). **حقوق مدني**. به كوشش محمدرضا بندرچي. يكم. قزوین: انتشارات بحرالعلوم.
۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). **قواعد عمومي قراردادها**. ج ۱. چهارم. تهران: شركت سهامی انتشار.
۷. محسنی، سعید. (۱۳۸۶). «**اشتباه در شخص طرف قرارداد با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و فرانسه**». رساله دکتری. استاد راهنما: سيد حسين صفايي. دانشگاه امام صادق (۷).

عیب تراضی

منابع عربی

۲. آخوندخراساني، محمدکاظم. (۱۴۰۶ق). **حاشیه المکاسب**. تحقیق السيد مهدی شمس‌الدین. الطبعة الاولى، تهران: وزارة الارشاد الاسلامی.
۳. انصاري، شيخ مرتضي. (۱۴۱۸ق). **المکاسب**. ج ۳. الاولى. لجنه التحقيق. المطبعة مؤسسه الهادی.
۴. بجنوردی، سيد حسن. (۱۴۱۹ق). **القواعد الفقهيه**. ج ۶. الاولى. قم: نشر الهادی.
۵. حائري، سيدکاظم. (۱۴۲۳ق). **فقه العقود**. ج ۱. الثانيه. قم: مجمع الفكر الاسلامي.
۶. حسيني مراغي، سيد ميرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). **العناوين الفقهيه**. ج ۲. الاولى. قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
۷. حکيم، سيد محسن. (بي تا). **نهج الفقاهه**. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۸. حلّي، حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق). **قواعد الاحکام**. ج ۲. الاولى. قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
۹. —. (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشيعه**، ج ۵. الاولى. قم: لجنه التحقيق، مؤسسه النشر الاسلامي.
۱۰. خميني، سيد روح‌الله. (۱۴۱۰ق). **البيع**. ج ۴، الرابعه. قم: مؤسسه اسماعيليان.
۱۱. خميني، سيد مصطفي. (۱۴۱۸ق). **الخيارات**. ج ۲، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار

- الامام الخميني.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). **كتاب الطهاره**. ج ۲. الثالثه. قم: دار الهادي.
۱۳. —. (۱۳۶۶ش). **مصباح الفقاهه**. ج ۳. الاولى. قم: ناشر حاجياني.
۱۴. —. (۱۴۰۷ق). **النكاح**. ج ۲. قم: الناشر لطفي و دار الهادي.
۱۵. روحاني، سيد محمدصادق. (۱۴۱۲ق). **فقه الصادق (7)**. ج ۱۵، الثالثه. قم: مؤسسه دار الكتاب.
۱۶. —. (۱۴۱۸ق). **منهاج الفقاهه**. ج ۶. الرابعه. العلميه.
۱۷. طباطبائي حكيم، سيد محسن. (۱۴۰۴ق). **مستمسك العروه**. ج ۱۲. مكتبه السيد المرعشي.
۱۸. طباطبائي يزدي. سيد محمدكاظم. (۱۳۷۸ق). **حاشيه المكاسب**. ج ۱ و ۲. اسماعيليان.
۱۹. —. (۱۴۰۹ق)، **العروه الوثقي**. ج ۲. الثانيه. مؤسسه الاعلمي.
۲۰. طهوري، شيخ صادق. (۱۴۲۰ق). **محصل المطالب في تعليقات المكاسب**. الاولى. الناشر كليدر.
۲۱. فخرالمحققين (ابن العلامه)، محمدبن حسن بن يوسف. (۱۳۷۸ق). **ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**. ج ۱. تحقيق الكرمانى، الاشتهادى والبروجردى. الاولى. قم: المطبعه العلميه.
۲۲. فياض، شيخ محمداسحاق. (۱۴۱۰ق). **تقريرات السيد الخوئي؛ محاضرت في اصول الفقه**. ج ۳ و ج ۵. الثالثه. قم: دار الهادي للمطبوعات.
۲۳. قره داغى، عليمحيالدين على. (۱۴۲۳ق). **مبداء الرضا في العقود**. ج ۱. الثانيه. بيروت: دار البشائر الاسلاميه.
۲۴. غروى اصفهاني، محمد حسين. (۱۴۱۸ق). **حاشيه المكاسب**. ج ۱، الاولى. المحقق.
۲۵. —. (۱۴۱۸ق). **حاشيه المكاسب**. ج ۵. الاولى. ذوبالقربي.
۲۶. كاشف الغطاء، محمد حسين. (۱۳۵۹ق). **تحرير المجله**. ج ۲ (مجلد ۱). نجف: مكتبه النجاح و مكتبه فيروزآبادى.
۲۷. كركي، على بن حسين. (۱۴۱۱ق). **جامع المقاصد في شرح القواعد**. ج ۱۰. الاولى. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۲۸. نجفى خوانساري، شيخ موسى. (۱۴۱۸ق). **منية الطالب، تقريرات نائيني**. ج ۱. الاولى. مؤسسه النشر الاسلامي.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۲۲

منابع لاتین

- ١) Atiyah, P. S; Adams, John and Macqueen, Hector, ٢٠٠١, *The sale of goods*, ١٠th Edition, Dorest, Dorchester; Dorest Presses.
- ٢) Beatson, J, ١٩٩٨, *Anson's law of contract*, ٢٧th Edition, Oxford.
- ٣) Carbonnier, Jean, Janvier ٢٠٠٠, *Droit civil Les obligations*, t. ٤, ٢٢e édition, Paris, Presses universitaires de France.
- ٤) Cheshire, Fifoot and Furmston, ١٩٩١, *Law of contract*, ١٢th edition, London, Butterworths.
- ٥) Chitty, ٢٠٠٤, *Chitty on contract*, ٢٩th Edition, London, Sweet and Maxwell.
- 6) Ghestin, Jacques, 1971, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Paris, Libr Droit des obligations suisse.
- ٧) *Encyclopédie Juridique*, 1972, Tome, 2 Edition, Dalloz.
- 8) Flour, Jacques ; Aubert, Jean-Luc et Savaux, Éric, 2002, *Les obligations (L'acte juridique)*, 2e édition, Armand Colin, Delta.
- 9) airie générale de droit et de jurisprudence.
- ١٠) Savatier, René, 1974, *La théorie des obligations*, 3e édition, Dalloz.
- ١١) Upex, Robert, ٢٠٠٤, *Davies on contract*, Ninth edition, LondonT Sweet and Maxwell.

References

1. 'Adl, Muṣṭafā. 1994/1373. Ḥuqūq-i Madanī. Edited by Muḥammad Riḍā Bandarchī. 1st. Qazvin: Intishārāt-i Baḥr al-'Ulūm.
2. Ākhundī, Rūḥullāh. 2012/1391. 'Oyūb-i 'Irādeh. Arjnāmeḥ-yi Doctor Almāsī. 1st. Tehran: Sherkat-i Sahāmī-yi Intishār.
3. Al- Najafī al-Khānsārī, Mūsā. 1997/1418. Munityat al-Ṭālib, Taqrīrāt Buḥūth Shaykh Nā'inī. Vol 1. 1st. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
4. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1990/1411. Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id. Vol 1. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1997/1418. Kitāb al-Makāsib. Vol 3, 1st. Mu'assasat al-Imām al-Hādī.
6. al-Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. 1990/1410. Muḥāzīrāt fī Uṣūl al-Fiqh (Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid al-Khu'ī). Vol 3 & 5. 3rd. Qum: Dār al-Hādī.
7. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1997/1418. Ḥāshīyat al-Makāsib. Vol 1. 1st. Manshūrāt al-Muḥaqqiq.
8. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). Ḥāshīyat al-Makāsib. Vol ۵. ۱st. Manshūrāt al-Dhawī al-Qurbā.
9. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. Mukhtalaf al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a. Vol 5, 1st. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. Qawā'id al-Aḥkām. Vol 2. 1st. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

۲۲۴

11. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan ibn Yūsuf (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1959/1378. Īdāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id. Edited by al-Kirmānī, al-Ishtihārdī and al-Burūjirdī. 1st. Qum: al-Maṭba'a al-'Ilmīyya.
12. al-Ḥusaynī al-Ḥā'irī, al-Sayyid Kāzīm. Fiqh al-'Uqūd. Vol 2. 2nd. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
13. Al-Ḥusaynī Marāqī, Sayyid 'Abdufattaḥ. 1996/1417. Al-'Anāwīn al-Fiqhīyyah. Vol 2. 1st. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
14. al-Khumaynī, al-Sayyid Muṣṭafā. 1997/1418. Kitāb al-Khīyārāt. Vol 2. Qum: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
15. al-Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasāni). 1986/1406. Ḥashīyat al-Makāsib. Edited by al-Sayyid Mahdī Shams al-Dīn. 1st. Tehran: Wizārat al-Irshād al-Islāmīyyah.
16. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. 1998/1219. al-Qawā'id al-Fiqhīyya. Qum: Nashr al-Hādī.
17. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1987/1407. Kitāb al-Nikāḥ. Vol 2. Qum: al-Nāshir Luṭfī & Dār al-Hādī.
18. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1988/1366. Miṣbāḥ al-Fiqāha. Vol 3. 1st. Qum: Nāshir Ḥājīyānī.
19. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1989/1410. Kitāb al-Ṭahārah. Vol 2. 3rd. Qum: Dār al-Hādī.
20. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1989/1410. Kitāb al-Bay'. Vol 4. 4th. Qum: Mu'assasat al-Ismā'īliyyān.
21. al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghitā'). 1940/1359. Taḥrīr al-Majalla. Vol 2. Najaf: Maktabat

- al-Nijāh & Maktabat al-Fīrūz Ābādī.
22. Al-Qarahdāghī, 'Alī ibn Muḥya al-Dīn 'Alī. 2002/1423. *Mabda' al-Riḍā fī al-'Uqūd*. Vol 1. 2nd. Beirut: Dār al-Bashā'ir al-Islāmīyah.
 23. Al-Rūḥānī, Sayyid Muḥamad Ṣādiq. 1992/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Vol 15. 3rd. Qum: Mu'assasat Dār al-Kitāb.
 24. Al-Rūḥānī, Sayyid Muḥamad Ṣādiq. 1998/1418. *Minhāj al-Fiqāha*. Vol 6. 4th. Mu'assasat Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
 25. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1987/1404. *Muṣṭamsak al-'Urwat al-Wuthqā*. Vol 12. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uẓmā al-Mar'ashī al-Najafī.
 26. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. *Nahj al-Fiqāhat*. Qum: Intishārāt-i 22 Bahman.
 27. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1989/1409. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu bihī al-Balwā*. Vol 2. 2nd. Beirut: Mu'assasat al-A'lamī lil Maṭbū'āt.
 28. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 2000/1378. *Hāshīyat al-Makāsib*. Vol 1 & 2. Qum: Mu'assasat al-Isīmā'īliyyān.
 29. Al-Ṭahūrī, Shaykh Ṣādiq. 1999/1420. *Muḥaṣṣil al-Maṭālib fī Ta'līqāt al-Makāsib*. 1st. al-Nāshir Klīdar.
 30. Atiyah, P. S; Adams, John and Macqueen, Hector, 2001, *The sale of goods*, 10th Edition, Dorest, Dorchester; Dorest Presses.
 31. Beatson, J, 1998, *Anson's law of contract*, 27 th Edition, Oxford.
 32. Carbonnier, Jean, Janvier 2000, *Droit civil Les obligations*, t. 4, 22e édition, Paris, Presses universitaires de France.
 33. Cheshire, Fifoot and Furmston, 1991, *Law of contract*,

12th edition, London, Butterworths.

34. Chitty, 2004, Chitty on contract, 29 th Edition, London, Sweet and Maaxwell.
35. Encyclopédie Juridique, 1972, Tome, 2 Edition, Dalloz.
36. Flour, Jacques ; Aubert, Jean-Luc et Savaux, Éric, 2002, Les obligations (L'acte juridique), 2e édition, Armand Colin, Delta.
37. Gheštin, Jacques, 1971, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Paris, Libr Droit des obligations suisse.
38. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1998/1377. Ḥuqūq-i Madanī. Vol 1, 19th. Tehran: Kitāb Furūshī-yi Islāmīyyah.
39. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1998/1377. Ḥuqūq-i Madanī. Vol 4, 19th. Tehran: Kitāb Furūshī-yi Islāmīyyah.
40. Kātūziyān, Nāšir. 1997/1376. Qawā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādhā. Vol 1, 4th. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
41. Muḥsinī, Sa'īd. 2007/1386. 'Ishtibāh dar Shakhṣ-i Ṭaraf-i Qarārdād ba Muṭali'i-yi Taṭbīqī dar Fiqh-i Islāmī, Ḥuqūq-i Iran wa France. Ph.D. Thesis. Adviser: Sayyid Ḥusayn Ṣafāyī. Imām Ṣadiq University.
42. Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn. 2003/1382. Dawri-yi Muqadimātī-yi Ḥuqūq-i Madanī; Qawā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādhā. Vol 2, 1st. Tehran: Nashr-i Mīzān.
43. Savatier, René, 1974, La théorie des obligations, 3e édition, Dalloz.
44. Shahīdī, Mahdī. 1998/1377. Tashkīl-i Qarārdādhā wa Ta'ahudāt. Vol 1, 1st. Terhran: Nashr-i Ḥuqūqdān.
45. Upex, Robert, 2004, Davies on contract, Ninth edition, LondonT Sweet and Maxwell.

فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی اصول

بحوث فقهیة وأصولیة

فصلیة محكمة

السنة السادسة الرقم المسلسل الحادی و العشرون: شتاء ۱۳۹۹ شمسی

مکتب التبلیغ الإسلامی حوزة قم العلمیة فرع خراسان رضوی
(مركز الآخوند الخراسانی التخصصی)

المدير المسؤؤل: مجتبی إلهی الخراسانی
رئیس التحریر: حسین ناصری مقدم
المساعد التحریر: بلال شاکری

أعضاء هیئة التحریر:

أبو القاسم علی دوست: (أستاذ البحث الخارج و أستاذ بمعهد الثقافة والفکر الإسلامی)

أحمد مبلغی: (أستاذ البحث الخارج و أستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامیة)

مهدي مهریزی: (أستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامیة)

سعید ضیائیفر: (أستاذ البحث الخارج و أستاذ المشارك بمعهد العلوم والثقافة الإسلامیة)

السید عباس صالحی: (أستاذ المساعد بمعهد العلوم والثقافة الإسلامیة)

محمد حسن الحائری: (أستاذ فی جامعة فردوسی بمشهد المقدسة)

حسین ناصری مقدم: (أستاذ فی جامعة فردوسی بمشهد المقدسة)

مجتبی إلهی الخراسانی: (أستاذ البحث الخارج فی حوزة خراسان العلمیة و أستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراسانی

لتخصصی)

سكرتیر التحریر والتنفیذی: السید مصطفى إختراعی الطوسی

المحرّر: مهدي قاسمی

ترجمة الملخص (إلى العربية): السید محمود العربی

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية):

التصمیم: سید امیر حسین ارشادی نیا

إستناداً إلى ترخیص رقم ۳۳۷ بتاريخ ۲۸ / ۰۱ / ۱۳۹۸ شمسی من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمیة للمنشورات والدوريات الحوزویة، تم تمديد صلاحیة فصلیة بحوث فقهیة وأصولیة التي نالت مؤخرًا على مرتبة العلمیة المحكمة

تحديات استخدام العمومات والمطلقات في المسائل المستحدثة

محمد علي خادمي كوشا

الملخص

اتفقت كلمة علماء الفقه والأصول على حجية عمومات ومطلقات الكتاب والسنة في عملية الاستنباط الفقهي، ومع ذلك نجد أن الاستعانة بهذه العمومات والمطلقات في المسائل المستحدثة قد واجهت بعض التحديات؛ ذلك لأن تلك الألفاظ قد استخدمت في فترة صدر الإسلام، واليوم ظهرت مسائل وموضوعات جديدة لم تكن موجودة حينها بالمرّة، أو أنها اختلفت كلياً عما كانت عليه، وبالتالي يُشكل شمول تلك الألفاظ الصادرة في ذلك الزمان للمصاديق الجديدة في هذا العصر التي لم يطلع الرواة والمستمعون على وجودها، بل وهناك البعض ممن أنكروا هذا الشمول، وعليه يغدو من الضروري دراسة هذا الموضوع دراسة منهجية بناء على علمي الفقه والأصول.

يتناول هذا البحث دراسة التحديات والعوائق في عملية استخدام العمومات والمطلقات في المسائل المستحدثة.

وكانت نتيجة البحث بيان ونقد أربعة عشر نموذجاً من الموانع الموجودة أو المحتملة في استخدام العمومات والمطلقات الشرعية.

الكلمات المفتاحية: العمومات، المطلقات، المسائل المستحدثة،

الإطلاق، العموم، موانع الشمول.

بحوث فقهية وأصولية

السنة السادسة

الرقم المسلسل

الحادي والعشرون:

شباط ١٣٩٩ شمسي

٢٣٠

رأي المذاهب الإسلامية في قطعية دلالة عمومات القرآن الكريم

مهدي نريمان بور
السيد محمد صادق موسوي

الملخص

الملخص

من المعروف في أصول الفقه أنّ العلماء يهتمون بدراسة الأدلة من حيث قطعيتها أو ظنيها، ومن تلك الأدلة عمومات القرآن الكريم التي أجمع المسلمون على قطعية سندها، واختلفوا في دلالتها، والاختلاف هنا واسع النطاق وقديم، وبقي هذا البحث بعيداً عن اهتمام متأخري الشيعة وذلك لأنهم سلّموا بظنية دلالة العمومات، ولم يكن الأمر كذلك عند علماء أهل السنة. فقد ناقشوا المسألة في مختلف كتبهم، وبناء على رأي جمهور علماء الفريقين تعدّ عمومات القرآن الكريم من الظنون المعتمدة.

وفي مقابل هذا الرأي المشهور ذهب البعض للقول بقطعية دلالة العام، وهم من الشيعة: الشيخ المفيد، والسيد المرتضى، والشيخ الطوسي، وبعض المعاصرين، ومن أهل السنة: الشاطبي، وابن تيمية، وأكثر علماء الحنفية، والمعتزلة. وفقاً للاستقراء الذي أجريناه يوجد ثلاثة أدلة على قطعية دلالة العمومات، وهي: عدم جواز تأخير البيان عن زمن الخطاب، قطعية المدليل الاستعمالية، وتبادر المعنى الموضوع له.

عمدنا في هذا البحث وعبر الدراسة المقارنة لآراء الفريقين إلى تبيين مباني هذه النظرية، ويظهر أنّ نظرية قطعية دلالة العمومات تمتلك مقومات القوة، والأدلة الثلاثة المقدمة لإثباتها هي أدلة قوية ومعتبرة، وذلك لأنّه وفقاً للأدلة الثلاثة فإنّ

المخصصات المنفصلة تنافي أسلوب اللغة العربية وآدابها، ووجه التنافي هو أنه وفقاً لقواعد اللغة العربية لا يمكن للمتكلم إرادة خلاف المعنى المتبادر من دون وجود القرينة المناسبة، والعدول عن هذه القاعدة يؤدي إلى التجهيل والتلبيس والتكليف بما لا يطاق وعدم إفادة الكلام.

الكلمات المفتاحية: الدلالة، العمومات، القطعية، تأخير البيان، المداليل الاستعمالية، التبادر، اللغة العربية وآدابها.

بحوث فقهية وأصولية

السنة السادسة

الرقم المسلسل

الحادي والعشرون:

شتاء ١٣٩٩ شمسي

٢٣٢

نقد ودراسة الآراء حول إذلال أهل الذمة بالجزية

أكبر أحمد بور

الملخص

من الانتقادات التي وجهها الباحثون من غير المسلمين ولا سيما الغربيون منهم إلى الفقه الإسلامي في مجال التعامل مع الأقليات الدينية أن الفقه الإسلامي ينظر نظرة تحقير لتلك الأقليات، وأنه يعتبرها فاقدة للحرمة وللكرامة الإنسانية، وعليه تكون نظرة الفقه إلى أهل الذمة نظرة إذلال وتحقير.

الملخص

واستدل هؤلاء لإثبات ما ذهبوا إليه بموضوع الجزية، وعبر تحليل وتقييم آراء بعض الفقهاء وصولوا إلى نتيجة تقول أن الهدف من تشريع الجزية وأسلوب تناول الفقه لهذا التشريع هو إذلال أهل الذمة وصغارهم والحط من شأنهم، وبعضهم قال أن الجزية لا تختلف عن الإتاوات التي يفرضها الغزاة على أهل البلدان التي يفتحونها، والتي كانوا يفرضونها بالإجبار وبهدف الحط من شأن المهزومين في الحرب؛ فماهيتها إذاً هي الإذلال والتحقير، واعتبر البعض الآخر أن الهدف من الجزية هو جذب أهل الذمة للإسلام، وهذا الأمر يستتبع بدوره انتقادات أخرى. تهدف هذه المقالة مضافاً إلى الإجابة عن هذه الشبهات إلى تقديم تصوّر عقلائي ومنطقي للجزية، وإلى إثبات حقيقة أن دفع الجزية إنما يكون في مقابل الخدمات التي يقدمها النظام الإسلامي لأهل الذمة وحمايته لهم، من دون أن يكون فيها حط من شأنهم أو نظرة غير عادية لهم.

٢٣٣

الكلمات المفتاحية: الجزية، أهل الكتاب، أهل الذمة، الكفار، الأقليات

الدينية.

التعارض بين البيّنة والوثيقة الرسمية من منظور الفقه والقانون الإيراني

حسين عندليب
أبو القاسم عليدوست (الكاتب المسؤول)

الملخص

تعد الوثائق الرسمية اليوم من أهم الأدلة المقبولة في النظم الإدارية والقانونية في العالم، ولكن قد تظهر في بعض الحالات في مقابل الوثائق الرسمية أمارات أخرى تعارضها من قبيل شهادة الشهود.

وهنا يُطرح السؤال التالي: أيهما يقدم في المحاكمة؛ الوثيقة الرسمية أم البيّنة؟ وقد ورد تصريح واضح في المادة ١٣٠٩ من القانون المدني الإيراني بتقديم الوثيقة الرسمية، ومع أنّ رأي فقهاء مجلس صيانة الدستور يقول بمخالفة تلك المادة للشرع إلا أنّها ما تزال موجودة في نص القانون وتتصف بإمكانية التنفيذ، وكان ذلك سببا في حصول إجراءات قضائية مختلفة في قضايا متماثلة؛ وعليه يغدو من الضروري دراسة وتحليل مباني كل من الرأيين، وتقديم حلول عملية لترجيح البيّنة أو الوثيقة الرسمية أحدهما على الآخر، وكانت نتيجة الدراسة أنّه بالنظر إلى منافاة المادة ١٣٠٩ من القانون المدني الإيراني للمباني الفقهية ولرأي مجلس صيانة الدستور فيصبح من الضروري تعديل هذه المادة.

الكلمات المفتاحية: الوثيقة الرسمية، البيّنة، التعارض، الفقه، القوانين الإيرانية، العلم واليقين، المادة ١٣٠٩ من القانون المدني.

بحوث فقهية وأصولية

السنة السادسة

الرقم المسلسل

الحادي والعشرون:

شباط ١٣٩٩ شمسي

٢٣٤

نظرة فقهية إلى المادة «٩٤٤» من القانون المدني الإيراني

(ميراث الزوجة من الزوج في المرض المؤدي للوفاة)

عليرضا هوشيار

محمد رضا هوشيار (الكاتب المسؤول)

الملخص

الملخص

في النظام القانوني الإسلامي وفي القوانين الإيرانية يختلف طلاق المريض المشرف على الموت عن غيره من أنواع الطلاق، جاء في المادة «٩٤٤» من القانون المدني الإيراني: إذا طلق الزوج زوجته في حال المرض وتوفي خلال سنة واحدة بعد تاريخ الطلاق بنفس ذلك المرض ترضت الزوجة من هذا الزوج وإن كان الطلاق بائناً، بشرط عدم زواج المرأة. دليل هذا الحكم روايات متعارضة أو متزاحمة بالظاهر، وهناك حاجة لدراسة فقهية لصحة أو سقم الجمع بينها وأسلوب ذلك الجمع.

٢٣٥

ولا تميّز هذه المادة بين مختلف أنواع الطلاق؛ فالزوجة المطلقة لها الحق في الميراث مهما كان نوع الطلاق، في حين أنه يوجد اختلاف في الرأي بين فقهاء الإمامية حول ميراث الزوجة في الطلاق البائن، وقيل أن فلسفة هذا الحكم هو الحفاظ على مصلحة الزوجة، وفي المقام يوجد إبهام حول إمكانية إلحاق بعض أسباب الوفاة بمرض الموت من قبيل لدغة الحية، والحروب، والحوادث، والقصاص؟ كما يوجد اختلاف بين فقهاء المسلمين حول تخصيص هذا الحكم بالمرأة من عدمه.

عمد الباحث في هذه الدراسة إلى إزالة الإبهامات الموجودة في المادة القانونية؛ وذلك عبر مراجعة أقوال وفتاوى فقهاء الإمامية ووصل إلى نتائج تثبت أن موت المريض في أقل من عام بعد الطلاق وموته بنفس المرض وانتهاء المرض

بالموت هي جميعا أسباب تؤدي إلى حصول الزوجة المطلقة على الميراث؛ بشرط ألا تكون قد تزوجت، وهذا الحكم الاستثنائي خاص بطلاق المريض ولا يمكن تعميمه على طلاق المريضة، وعليه لا يرث الزوج من الزوجة المريضة بعد الطلاق، ولا خصوصية لقيود الإضرار الوارد في بعض الروايات، والزوجة ترث الزوج مع توفر الشروط في هذه الحالة في جميع أنواع الطلاق؛ كالخلع والمباراة والرجعي والبائن، كما أن الروايات الواردة تتحدث فقط عن موت المريض ولا تشمل الحوادث الطارئة كالحروب والتصادم والقصاص وغيرها.

الكلمات المفتاحية: المريض، الزوجة، الإرث، الطلاق الرجعي، الطلاق البائن، المريض المشرف على الموت.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۱،
زمستان ۱۳۹۹

دراسة الحقوق المعنوية للميت مع التأكيد على حكم حد قذف الميت في فقه الإمامية

خسرو اسفهبدي
عباسعلي سلطاني (الكاتب المسؤول)
محمد تقي قبولي

الملخص

الملخص

٢٣٧ إن الاعتقاد بفردية الحقوق المتعلقة بالشخصية يجعل حق التمتع خاصا بذات الشخص وغير قابل للنقل، في حين أن الأهمية التي أولاها علم الفقه لحفظ حرمة الميت جعلت من الممكن نقل كثير من هذه الحقوق وتوريثها؛ ومنها حق المقذوف؛ لما لهذا الحق من ارتباط وثيق بشخصية الإنسان وكرامته.

يهدف هذا البحث إلى دراسة وتبيين الحقوق المعنوية للإنسان بعد الموت مع التأكيد على حق حد قذف الميت، ويمكن إثبات حكم مجازاة قذف الميت المسلم بالأدلة الأربعة بالإضافة إلى عموم أدلة وجوب صون حرمة الإنسان، وفي حال توفر الشروط يتم إجراء الحد وهو ثمانون جلدة.

وفقا للمصادر الفقهية الإمامية لا يؤدي الموت إلى زوال الحقوق المعنوية للإنسان؛ بل قد تزداد هذه الحقوق شدة في بعض الحالات، كما تثبت آراء بعض الفقهاء القائلين بأن الأهلية لا تسقط بالموت بشكل كامل، وأنه يمكن للميت أن يكون طرفا في عدد من الحقوق.

الكلمات المفتاحية: حرمة الميت، الحقوق المعنوية للميت، كرامة الإنسان، قذف الميت.

عيب التراضي (عدم التطابق بين الإيجاب والقبول)

روح الله آخوندي

الملخص

من شروط العقود في الفقه الإمامي وفي القانون الإيراني كما في غيرها من الأنظمة الحقوقية لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول، وإنّ عدم التطابق بين هذين الإنشاءين فيما يتعلق بموضوع العقد أو شروطه الأساسية يكون موجبا لبطلان ذلك العقد.

مع أنّ أهم عامل في عدم التطابق بين الإيجاب والقبول بل العامل الوحيد هو «الخطأ»، ومع أهمية كلا الموضوعين أي «تطابق الإيجاب والقبول» و «الخطأ» في فقه المعاملات والقواعد العامة للعقود إلا أنّه لا يتوفر لدينا سواء في الفقه أو في الحقوق دراسة جادة وواسعة ومستقلة حول العلاقة بين الموضوعين.

تهدف هذه الدراسة انطلاقاً من التبيين الصحيح لهذين الموضوعين والبحث الدقيق في مختلف زواياهما القانونية إلى تقديم شرح جديد لهذه المفاهيم وتوكّد أنّ «الخطأ» ليس فقط واحداً من أهم عيوب الإرادة، سواء العيب المانع للقصد أو العيب المانع لكمال الرضا بل هو العيب الوحيد للتراضي وعدم التطابق بين الإيجاب والقبول في القانون الإيراني، هذا التقديم الجديد والمتميز لـ «الخطأ» كعيب من عيوب التراضي يستتبع نتائج متعددة ومنها تنظيم نظرية «الخطأ» وتوسيع نطاقها، وتنظيم أحكام لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول، وإيجاد أسس جديدة لتبرير وتعليل الكثير من الاختلافات الموجودة بين الأنظمة الحقوقية في كلّ من إيران وفرنسا وبريطانيا.

الكلمات المفتاحية: التطابق بين الإيجاب والقبول، عيب التراضي،

عيب الإرادة، الخطأ، البطلان، الخيار.

بحوث فقهية وأصولية

السنّة السادسة

الرقم المسلسل

الحادي والعشرون:

شباط ١٣٩٩ شمسي

٢٣٨

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law ,Jurisprudence and Methodology
Vol , 6.No ,21 .Winter2021

Concessionaire :Islamic Propagation Office of Qom
Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Editorial Board:

Abolqāsem Alidoušt: (Poštgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the
Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballeghi: (Poštgraduate 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: (Poštgraduate 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)

Hossein Nāsseri Moqadam: (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)Mūhammad
Hassan Hāeri: (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Mojtabā Elāhi Khorāsāni: (Poštgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member
of Akhūnd Khorāsāni Specialized Center)

Director & Editorial Secretary: Seyyed Moštafā Ekhterāee Tousi

Editor: Mahdi Ghasemi

Arabic Abstracts Translator: Sayyed Mahmud Arabi

English Abstracts Translator: Seyyed Mahdi Hashemi

Layout: Seyyed Amirhosein Ershadnia

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.

Address :Islamic Propagation Office of Qom Seminary -Khorāsān-e -Razavi Branch,
Khosravi to Shohadā Crossroads ,On the Corner of Roshan Alley.

P.O. Box:9134683187 **Telefax:** +985132213325

E-mail: joStar.feqhi@gmail.com **Website:** <http://joStar-fiqh.maalem.ir>

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in :ISC ,Noormags ,Civilica ,Ensani.ir ;Road;
DRJI ,Google Scholar ,Magiran ,and journals.dte.ir

ISSN:2476-7565