



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، پاییز ۱۴۰۳

ISSN: 2476-7565 ; EISSN: 2538-3361

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

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سردبیر: حسین ناصری مقدم

مدیر اجرایی: سید مصطفی اختراعی طوسی

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

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)	پرتال جامع علوم انسانی (Ensani)، پایگاه (Road)
مرجع دانش (سیولیکا)، CIVILICA.com	مرکز منطقهای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (RICEST)
بانک نشریات کشور (مگیران، Magiran)	پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)
نورمگز (Noormags.ir) و Google Scholar	سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)
سازمان اسناد و کتابخانه ملی (Nlai.ir)	پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت الله خزعلی، نبش گذر آیت الله واعظ طبسی
دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، مرکز تخصصی آخوند خراسانی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

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

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب

قیمت: ۱۰۰/۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه «به ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (مدرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه)
جواد أحمد البهادلی (مدرس حوزه علمیه نجف اشرف و استاد دانشگاه کوفه)
سیدفاضل الحسینی المیلانی (مدرس علوم اسلامی در کالج علوم اسلامی انگلیس)
ابوالقاسم علیدوست ابرقویی (مدرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
احمد مبلغی (مدرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)
سیدمصطفی محقق داماد (مدرس حوزه علمیه قم و استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران)
مهدی مهریزی طرقي (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)
حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

• • •

ارزیابان علمی این شماره «به ترتیب الفبایی»:

سیدسجاد ایزدهی (استاد تمام پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم و سردبیر دوفصلنامه فقه و سیاست)
علی رحمانی (استادیار و مدیر مرکز تخصصی آخوند خراسانی مشهد)
عباسعلی سلطانی (دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد)
بلال شاکری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
سیدرضا شیرازی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و استادیار پژوهشکده علوم اسلامی بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی)
نعمت الله صفری (دانشیار گروه تاریخ جامعه المصطفی العالمیه و دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام قم)
سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان)
حسام قربانچی (عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد)
حمید مسجد سرائی (استاد گروه آموزشی حقوق دانشگاه سمنان)
هادی مصباح (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
حسین ناصری مقدم (استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۲

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؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
- تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می‌شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
- نقل و اقتباس از مقاله‌های 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. مسئولیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسئولیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نشریه جستارهای فقهی و اصولی در زمینه مباحث اخلاقی و قانونی پژوهش از اصول و ضوابط کمیته اخلاق بین‌المللی نشر (COPE) پیروی می‌کند.

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maaleem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.

۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.

۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.

۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.

۳. مقاله روی کاغذ A۴ با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌ها در اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان‌سطور ۱cm باشد.

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

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.
- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.
- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.
- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره ها و حرکت به سمت یافته های نوین.
- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسئله، استدلالات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله وار.
- **نتیجه گیری:** یافته های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه های دیگر.
- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).
۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:
- **کتاب:** نام خانوادگی / لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.
- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد / دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.
- **پایان نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.
- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.
- **همایش و کنفرانس ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه)، عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.
- ضوابط استناددهی:**
۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده با تاریخ یکسان انتشار، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.
۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن ها 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.

فهرست

۷ نقش وحدت مکلف در تحقق تراحم امثالی
محمد عشایری منفرد

۳۵ راهکارهای توسعه تحقیقات میان رشته‌ای در فقه
حسین شم خالی مقدم / عبدالحمید واسطی / مرتضی نوروزی

۶۳ کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه
محمد مروارید / محمدعلی حاجی ده آبادی

۹۵ تمایز مفهومی و موضوعی عقود شرعی و معاهدات
امیر زاهدی / حمید درایتی

۱۲۱ ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند رسمی
اکبر نجم / سیف‌الله صرامی

۱۴۷ بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی
علی کریمی / سید مهدی نریمانی زمان آبادی

۱۷۵ امکان‌سنجی فقهی انحصار انتفاع یا مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری
سید محمد حسین موسوی / سیدعلیرضا هاشمی ده‌سرخ / امیرحسین غضنفری
مرتضی انصاری

۲۰۱ چکیده‌های عربی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۵



The Role of the Unity of the Obligor in the Realization of *Tazāḥum al-Imtithālī*

Mohammad Ashayri Monfared  

Associate Professor, Arabic Translation Department, Higher Education Complex for Language,
Literature and Cultural Studies; Al-Mustafa International University . m_ashayeri@miu.ac.ir
<https://orcid.org/0000-0002-8847-0554>

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 21 July 2024

Received in revised

form 26 January 2025

Accepted 27 January

2025

Keywords:

Tazāḥum al-Imtithālī,

Unity of the Obligor,

Important and Most

Important, Committing

the Least Evil Act

ABSTRACT

One of the most significant chapters in the science of *uṣūl* (principles) is the chapter on *tazāḥum al-imtithālī*. The resolution of *tazāḥum al-imtithālī* through the application of *murā-jihāt* (preferences) or the option of *takhyīr* (choice) follows a smooth and reliable mechanism that facilitates the jurisprudential resolution of legal conflicts. However, it is crucial for a jurist to determine whether a given issue genuinely pertains to the chapter of *tazāḥum* or not.

To achieve this clarity, scholars of *uṣūl* have endeavoured to define *tazāḥum* and distinguish it from *ta'āruḍ* as precisely as possible, ensuring that jurists can systematically and confidently analyze jurisprudential issues.

A key question in this discussion is whether, in the chapter of *tazāḥum*, two contradictory *taklīf* (obligations) must necessarily be imposed on a single *mukallaf* (obligor), or whether two contradictory obligations imposed on separate obligors can also be classified under *tazāḥum*. Some jurists have addressed this issue in their jurisprudential discussions, but no independent *uṣūlī* study has been conducted on the matter.

Cite this article:

Ashayri, M. (2024). The Role of the Unity of the Obligor in the Realization of *Tazāḥum al-Imtithālī*. *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34. 

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2025.69531.2841>



Employing an analytical approach, this study seeks to resolve this problem within the framework of *uṣūlī* principles. The hypothesis of this study is that the unity of the *mu-kallaḥ* (obligor) is a necessary condition for the realization of *tazāḥum al-imtithālī*. If two separate obligors each bear contradictory obligations, the issue does not fall under the category of *tazāḥum*, unless the obligation of the second obligor is connected to that of the first obligor in some other way.

نقش وحدت مکلف در تحقق تراحم امتثالی^۱

محمد عشایری منفرد  ID

دانشیار گروه مترجمی عربی، مجتمع آموزش عالی زبان، ادبیات و فرهنگ شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

رایانامه: m_ashayeri@miu.ac.ir

https://orcid.org/0000-0002-8847-0554



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۳۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۸

نقش وحدت مکلف در
تحقق تراحم امتثالی

چکیده

یکی از ابواب پرثمر دانش اصول، باب تراحم امتثالی است. برون رفت از تراحم امتثالی، از طریق اعمال مرجحات یا استفاده از گزینه تخییر، سازوکار روان و قابل اعتمادی دارد ۹ که در بررسی فقهی یک مسئله، حل آن را ساده می کند اما مهم این است که فقیه در هنگام بررسی یک مسئله، اطمینان بیابد که آن مسئله واقعاً بومی باب تراحم است یا نیست؟ برای حصول این اطمینان، اصولیان کوشیده اند تعریف باب تراحم و تفاوت آن با باب تعارض را به حداکثر روشنی و وضوح برسانند تا حصول اطمینان برای فقیه در مرحله حل مسئله فقهی روشمند و آسان شود. یکی از مشکلاتی که در این راه وجود دارد این است که در باب تراحم حتماً باید دو تکلیف متنافی، بر عهده مکلف واحدی آمده باشد یا این که اگر دو تکلیف متنافی بر عهده دو مکلف جداگانه آمد نیز می توان مسئله را

۱. عشایری منفرد، محمد (۱۴۰۳). نقش وحدت مکلف در تحقق تراحم امتثالی. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰

(۳): ۳۶-۲۵.



© The Author(s)  doi.org/10.22034/jrj.2025.69531.2841

بومی باب تراحم کرد؟ برخی فقیهان در لابه‌لای کلمات فقهی‌شان اشاره‌ای به این مطلب کرده‌اند اما بحث اصولی مستقلی در این مورد ارائه نشده است. این تحقیق در چارچوب دانش اصول با روش تحلیلی به این نتیجه رسیده است که اشتراط وحدت مکلف در باب تراحم، ریشه در عجز مکلف که موضوع اصلی باب تراحم است، دارد و فروع فقهی‌ای که مکلفشان متعدد به نظر می‌رسد یا از باب تراحم نیستند و یا این که در نهایت به مکلف واحد بازمی‌گردند.

کلیدواژه‌ها: تراحم امثالی، وحدت مکلف، اهم و مهم، ارتکاب اقل القیحین.

مقدمه

یکی از ابواب پرکاربرد دانش اصول که ثمرات قابل توجهی بر آن مترتب می‌شود، باب تراحم است. تراحم در مصطلح اصولیان متأخر امامیه، بدین معنا است که دو حکم شرعی استنباط شده که در مرحله جعل هیچ گونه منافاتی باهم نداشته‌اند، در مقام امثال به گونه‌ای باهم تنافی بیابند که مکلف نتواند آن دو تکلیف را امثال کند. در سرشت باب تراحم، یک تنافی بین دو تکلیف وجود دارد. همین تنافی موجب شباهت این باب به باب تعارض شده است. از آنجا که احکام باب تراحم با احکام باب تعارض تفاوت دارد، باید سنجه‌ای برای تمایز این دو باب از یکدیگر معرفی می‌شد. کوشش اصولیان امامیه برای به دست دادن معیار معینی که بتواند بین این دو باب گسست بیافکنند، سرانجام در اندیشه محقق نائینی به بار نشست و دانش اصول توانست با ارائه سنجه‌ای روشن، مشخص کند که کدام فرع فقهی باید به باب تراحم و کدام یک باید به باب تعارض ملحق شود (عشایری منفرد، ۱۴۰۱، ۲۷).

سازوکار برون‌رفت از باب تراحم با سازوکار برون‌رفت از باب تعارض، تفاوت چشمگیری دارد. احکام باب تراحم و مرجحاتی که اصولیان برای آن برشمرده‌اند، کاملاً مشخص و دارای مراحل روشنی است که تبیین منظم آن در دانش اصول، موجب شده است دشواری‌های رسیدگی فقهی به فروع باب تراحم، به حداقل برسد. از همین رو است که وقتی فقیه می‌خواهد به یک مسئله مشتبه رسیدگی کند، برایش

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۰

خیلی مهم است که بدانند این مسئله بومی باب تراحم است یا نیست؛ چون وقتی احراز شود که این فرع فقهی، بومی باب تراحم است به راحتی می توان از سازوکارها و احکام اصولی باب تراحم استفاده کرده و مسئله فقهی را حل کرد.

یکی از عناصری که در لابه لای کلمات فقهی برخی از بزرگان، از شروط باب تراحم شمرده شده، عنصر «وحدت مکلف» است؛ بدین معنا که منافات بین دو تکلیف فقط در صورتی بومی باب تراحم است که هر دو تکلیف متنافی، بر عهده یک مکلف آمده باشد. چنان که در مثال های معهود باب تراحم، مانند تنافی بین حکم وجوب نجات اجنبیه از غرق و حکم حرمت لمس او، نیز هر دو تکلیف بر عهده یک مکلف آمده است؛ یعنی یک ناجی است که دو تکلیف حرمت لمس اجنبیه و وجوب نجات او را به عهده دارد.

نتیجه این شرط، آن است که برخی مسئله های فقهی که در آنها، دو حکم متنافی هر کدام بر عهده یک مکلف جداگانه آمده است، از باب تراحم خارج می شود و برای حل آن مسئله نمی توان از سازوکار اصولی باب تراحم و مرجحات این باب، بهره جست. نمونه ای از این مسائل فقهی، مسئله پیوستن به حکومت جور برای جلوگیری از ظلم و فساد آنان است. در اینجا نیز دو حکم متنافی وجود دارد؛ یکی حرمت پیوستن به حکومت جور و دیگری حرمت فساد و ظلم به رعیت. در اینجا تکلیف اول (حرمت پیوستن به دستگاه ظلم) بر عهده یکی از شهروندان آمده است اما تکلیف دوم (حرمت فساد و ظلم به مردم) بر عهده حاکم ظالم آمده است. البته دو تکلیف باهم منافات دارند؛ چون اطاعت از این دو تکلیف، ممکن نیست؛ یعنی اگر فلان شهروند بخواهد حکم حرمت پیوستن به دستگاه ظلم را اطاعت کند باید گوشه گیری کند و حاکم ظالم افسارگسیخته را رها کند تا به ظلم خود ادامه دهد اما اگر بخواهد کاری کند که او به مردم ظلم نکند، باید تکلیف اول را زیر پا نهد و به دستگاه ظلم بپیوندد. بر این اساس، هر چند بین دو تکلیف منافات وجود دارد ولی چون هر تکلیف بر عهده مکلف جداگانه ای آمده، فقیهانی که در دانش اصول فقه، وحدت مکلف را از شروط باب تراحم می دانند، نمی توانند این فرع فقهی را بومی باب تراحم بدانند و در نتیجه در حل این مسئله فقهی نمی توانند از ضوابط باب

تزام مانند ترجیح از طریق اهم، بهره بگیرند. البته فقیهانی که این مسئله را بومی باب التزام دانسته‌اند، تکلیف دوم را به گونه‌ای صورت‌بندی کرده‌اند که دو تکلیف بر عهده همان شهروند بیاید. تکلیف دوم در باور این فقیهان، این است که جلوگیری از ظلم، واجب است.

پس مشکلی که وجود دارد این است که در برخی از تنافی‌ها، به جای مکلف واحد، مکلف‌های متعدد وجود دارد. با وجود این مشکل، جای طرح این مسئله است که نقش وحدت و تعدد مکلف در تحقق باب التزام چیست؟ فرضیه تحقیق آن است که به‌طور کلی در تحقق باب التزام «وحدت مکلف» شرط است مگر مواردی که تکلیف دوم دو بُعدی باشد؛ یعنی از نظر ذاتی متوجه مکلف دوم باشد اما در عین حال امکان رجوع آن به مکلف اول نیز وجود داشته باشد. روشن است که سنخ این مسئله، اصولی است و تبار مسئله به دانش اصول فقه می‌رسد. برای اثبات این فرضیه، داده‌ها از منابع فقهی و اصولی جمع‌آوری و در چارچوب روش اجتهادی دانش اصول فقه، تحلیل شده است.

به‌عنوان سابقه پژوهش باید خاطرنشان کرد که درباره این مسئله، هیچ تحقیق مستقلی یافت نشد اما برخی فقیهان در لابه‌لای مسائل فقهی بدون هیچ تبیین و تحلیل اصولی اشاره غیر جامعی به موضوع این تحقیق کرده‌اند که در خلال مقاله گزارشی از دیدگاه‌های آن بزرگان ارائه خواهد شد. باین حال، این بزرگان نیز موضوع را به مسئله اصولی تبدیل نکرده‌اند. این پژوهش افزون بر این که دیدگاه‌های مربوط را غالباً از لابه‌لای کلمات فقهی استخراج و تجمیع کرده است، این نوآوری را نیز دارد که توانسته با تحلیل اصولی باب التزام، بین وحدت مکلف و ریشه اصولی باب التزام تناسب برقرار کرده و از این طریق اشتراط وحدت مکلف در تحقق التزام را اثبات کند و چرایی خروج مستثنیات را نیز برهانی کند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۲

۱. مفهوم‌شناسی

پیش از رسیدگی به مسئله تحقیق، مفاهیمی که روشنی آن به حل مسئله کمک می‌کند، به‌صورت مختصر مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱/۱. تراحم

واژه تراحم از مصطلحات دانش اصول فقه است و در لسان ادله نقلی به کار نرفته تا به معنای لغوی و عرفی آن نیاز چندانی داشته باشیم اما بهر حال در قالب یک اصطلاح در دانش اصول فقه به کار رفته است. امروزه در دانش اصول، تراحم را در قالب سه مصطلح به کار می‌گیرند: تراحم ملاکی، تراحم حفظی و تراحم امثالی (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۳/۶۶ و ۴/۱۵۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱ ق، ۱/۲۲۷ و ۲/۴۵). از این میان، تراحم حقیقی همان تراحم امثالی است (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۳/۱۴۲) به طوری که شهید صدر معتقد است در آثار محقق نائینی هرگاه کلمه تراحم به کار می‌رود منظور همین تراحم امثالی است (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۳/۶۶). تراحم امثالی که تراحم حکمی نیز نامیده می‌شود، تراحم بین دو حکم استنباط شده است. در این نوع از تراحم، دو حکم شرعی در مقام جعل، هیچ منافاتی باهم نداشته‌اند و تنها در مقام امثال است که مکلف در شرایط خاصی، از امثال هر دو حکم عاجز شده است (نائینی، ۱۳۷۶، ۴/۲۰۵ و ۲۶۳ و ۳۱۷؛ حلی، ۱۴۳۲ ق، ۸/۴۶۱). البته به نظر می‌آید که نه تنها در آثار محقق نائینی بلکه در سراسر دانش اصول نیز از زمان محقق نائینی، هرگاه کلمه تراحم به صورت مطلق به کار برود، همین معنای تراحم امثالی از آن فهمیده می‌شود.

نقش وحدت مکلف در
تحقق تراحم امثالی

۱۳ در مدرسه محقق نائینی برای تحقق تراحم، به سه عنصر توجه داده است که از میان آن‌ها عنصر اول و دوم از بیانات خود نائینی و عنصر سوم از بیانات شاگردان ایشان به دست آمده است. عنصر نخست این که در باب تراحم، برخلاف باب تعارض، ظرف وقوع تنافی، عالم جعل و تشریع نیست بلکه عالم امثال است (نائینی، ۱۳۷۶ ش، ۴/۷۰۵ و ۳۱۷). عنصر دوم به این نکته اشاره می‌کند که تنافی و تضادی که در باب تراحم وجود دارد، تنافی بین دو دلیل شرعی نیست بلکه تنافی بین دو حکم شرعی استنباط شده است (نائینی، ۱۳۷۶، ۴/۷۰۵؛ خویی، ۱۴۱۹ ق، ۲/۷)؛ بنابراین موصوف تنافی در باب تراحم، دلیل (یا مدلول دلیل) نیست بلکه حکم است. البته در مدرسه نائینی این تنافی گاه تنافی دو دلیل در مرحله فعلیت نیز نامیده شده است (خویی، ۱۴۱۹ ق، ۲/۶) که از قید «مرحله فعلیت» معلوم می‌شود که این بیان نیز تعبیر دیگری از همان بیان سابق است. خلاصه آنکه هرچند در باب تعارض، دلیل با دلیل تنافی پیدا

می‌کند اما در باب تزاحم، یک حکم شرعی استنباط شده با حکم شرعی استنباط شده دیگری در مرحله امتثال و فعلیت تنافی پیدا می‌کند و همین تنافی است که بر اساس نظریه انحلال خطابات و ملاحظه حالات فردی مکلفان در مرحله فعلیت، موجب عجز مکلف از امتثال دو حکم می‌شود.

در میان شاگردان مرحوم نائینی در تعریف باب تزاحم، افزون بر دو عنصر فوق، بر عنصر سومی نیز تأکید شد. عنصر سوم آن است که منشأ تزاحم همیشه عجز مکلف است (خویی، ۱۴۱۹ق، ۷/۲). جالب آن که خود محقق نائینی چنین ادعایی نداشته است؛ زیرا در باور وی تنها منشأ باب تزاحم، عجز مکلف نبود بلکه گاهی با اینکه مکلف توانایی امتثال هر دو حکم را دارد اما مانع شرعی دیگری پیش می‌آید که از امتثال هر دو حکم پیشگیری می‌کند و راه برای امتثال یکی از دو حکم بازمی‌ماند (نائینی، ۱۳۵۲، ۲۷۰/۱). البته چنان که از سخنان برخی شاگردان ایشان برمی‌آید، خود محقق نائینی نیز در آخرین ادوار تدریس، به همین دیدگاه متمایل شده بودند که تنها ریشه باب تزاحم، همان عجز مکلف است (حلی، ۱۴۳۲ق، ۴۶۱/۶).

در منابع اصولی غیر از این سه عنصر، از اشتراط عنصر دیگری سخن به میان نیامده است البته در تعریفی که محمدتقی فقیه برای باب تزاحم آورده، قید وحدت مکلف نیز ذکر نشده است (فقیه، ۱۴۰۷ق، ۱۸۱) اما در خلال یکی از مباحث فقهی، برای تبیین تزاحم در همان مسئله فقهی، قید وحدت مکلف را بیان کرده است (فقیه، ۱۴۰۷ق، ۲۴۳) ولی در همان جا هم هیچ توضیح یا توجیهی در این مورد، داده نشده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۴

۲/۱. اهم و مهم

وقتی در مرحله امتثال، بین دو تکلیف چنان تزاحم روی می‌دهد که مکلف از امتثال آن دو تکلیف عاجز و در نتیجه ناچار شود تنها یکی از آن‌ها را امتثال کند، عقل حکم می‌کند که تکلیف مهم فدای تکلیف مهم‌تر شود؛ یعنی در مرحله فعلیت، تکلیف مهم از فعلیت بیفتد تا تکلیف اهم بدون هیچ مانعی به فعلیت برسد. مهم‌ترین مستندی که می‌تواند اهم و مهم را موجه بکند، دلیل عقل است. دلیل عقل به شکل‌های گوناگونی تقریر شده است. در تقریری که مبتکر آن محقق نائینی است، آمده است

مكلف وقتى در باب تزاحم گرفتار مى‌شود، تكليفِ اهم از آن جهت كه اهم است مكلف را از پرداختن به تكليف غير اهم عاجز مى‌كند اما تكليف غير اهم نمى‌تواند مكلف را از پرداختن به تكليف اهم عاجز كند. عجز مكلف از پرداختن به تكليف غير اهم، شرط قدرت را منتفى مى‌كند. وقتى مكلف نسبت به تكليف غير اهم، قدرتش را از دست داد، تكليف غير اهم فعليت خود را از دست مى‌دهد (نائينى، ۱۳۵۲، ۲۷۷/۱). برخى اصوليان با استناد به همين مستند عقلى، بدین باور رسيده‌اند كه هر خطاب شرعى، مقيد به اين قيد است كه مكلف، اشتغال به يك ضدّ واجب كه اهميتش كمتر از مفاد اين خطاب نباشد، نداشته باشد (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۲۷/۷ و ۶۱). به عبارت ديگر، هر خطاب شرعى مقيد به اين قيد است كه مكلف، اشتغال به يك تكليف ديگر كه با مفاد اين خطاب، مساوى يا از آن مهم‌تر باشد، نداشته باشد (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۶۶/۷).

۱.۳. دفع افسد به فاسد

يکى از مصاديق قانون اهم و مهم «دفع افسد به وسيله فاسد» است. اين قانون كه چيزى جز اهميت‌سنجى در مفسده محرمات نيست، بيان مى‌كند كه اگر ارتكاب يکى از دو عمل حرام، گريزناپذير شده باشد، چند آن كه مكلف گريز و گزيرى از ارتكاب يکى از آن دو نداشته باشد در اين صورت بايد يکى از آن دو را كه مفسده كمترى دارد، انتخاب كند.

برخى از فقيهان اماميه قاعده دفع افسد به فاسد را چنان روشن و خرد ياب مى‌دانسته‌اند كه تأکيد کرده‌اند در چنين فرضى كه مكلف بين افسد و فاسد گرفتار آمده، اگر حرام بزرگ‌تر (افسد) را انجام بدهد هيچ عذرى براى او وجود ندارد (امام خمينى، ۱۴۲۹ ق، ۳۹۶؛ امام خمينى، ۱۴۰۹ ق، ۲۴۷/۱). اين مطلب همان حکمى عقلى است كه ظاهراً برخى از بزرگان آن را قاعده فقهى مى‌دانند و با عنوان «قاعده جواز ارتكاب اقل القبيحين» از آن ياد کرده‌اند (لارى، ۱۴۱۸ ق، ۲۲۶/۱).

۲. دیدگاه‌ها درباره قيد «وحدت مكلف»

با توجه به اين كه مسئله وحدت مكلف در كتب اصولى مطرح نشده، ناگزير بايد

دیدگاه‌ها را از لابه‌لای کلمات فقهی استخراج کرد. بدین منظور دو طایفه از فروع فقهی گزیده شده است؛ طایفه اول، فروعی که به جهت تعدد مکلف، توسط فقیهان از باب تزاحم خارج شده‌اند و طایفه دوم، فروعی که هرچند در آن‌ها نیز تعدد مکلف وجود دارد ولی بازهم مسئله، بومی باب تزاحم انگاشته شده است!

۲/۱. اشتراط قید وحدت مکلف در برخی فروع فقهی

جستجو در ابواب مختلف فقهی نشان می‌دهد که در برخی از فروع فقهی، با این که شروط باب تزاحم وجود داشته، فقیه به جهت تعدد شدن مکلف، آن فروع را از باب تزاحم خارج کرده است. برخی از این فروع فقهی در ادامه بیان می‌گردد.

۲/۱/۱. مسوغات کذب

یکی از فروع مرتبط با باب تزاحم، مسئله دروغ گفتن برای اجتناب از حرام‌های دیگر است. شیخ اعظم انصاری چنین کذبی را از مصادیق قاعده «وجوب انتخاب اقل القبیحین» دانسته است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ۲۱/۲) و برخی از بزرگان مسئله را بومی باب تزاحم دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۲ ق، ۱/۴۰۳؛ روحانی قمی، ۱۴۲۹ ق، ۲/۱۹۲). سید عبدالحسین لاری در بررسی این فرع فقهی، سخن شیخ را از دو جهت نقد کرده است که یکی از آن دو، به مسئله وحدت مکلف بازمی‌گردد. ایشان صراحتاً قاعده ارتکاب اقل القبیحین را ویژه مواردی دانسته است که دو تکلیف بر عهده مکلف واحدی آمده باشد. از آنجا که قاعده ارتکاب اقل القبیحین یکی از راه‌های برون‌رفت از باب تزاحم است، مشخص می‌شود که آنچه در کلام لاری، مشروط به این شرط شده، همان باب تزاحم امتثالی است. طبق دیدگاه وی، ارتکاب یک فعل قبیح توسط مکلف اول برای این که مکلف دوم مرتکب فعل قبیح‌تری نشود، جایز نیست چنان که ارتکاب یک ظلم کوچک، برای این که شخص دیگری مرتکب ظلم بزرگی نشود، جایز نیست؛ چون از نظر عقلی قبیح و برخلاف ضرورت است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/۲۰۰).

۲/۱/۲. اعانه ظالم و قبول ولایت جائر

یکی از مسلمات اسلام، حرمت یاری کردن ظالم است (مفید، ۱۴۱۳ ق، ۵۸۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ ق، ۳۶۵). افزون بر حرمت یاری ظالمان، حکم فقهی دیگری با عنوان حرمت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۶

قبول ولایت ظالمان نیز در دانش فقه وجود دارد اما گاهی اموری مانند پیشگیری از رواج منکرات، دفع ظلم ظالم یا کمک در رسیدن صدقات به مستحقان واقعی، وابسته به همکاری با همین ظالمان و قبول ولایت آنان می‌شود. از ظاهر کلمات برخی فقیهان چنین برمی‌آید که در این موارد، این قبیل تکالیف با حکم حرمت قبول ولایت جائز، متزاحم شده و بر آن مقدم می‌شوند (ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ۱/۳۴۶).

مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که برخی فقیهان، دفع ظلم را فقط بر کسی واجب می‌دانند که خودش در وقوع ظلم نقش مباشرتی یا تسبیبی داشته باشد (خویی، ۱۴۱۲ ق، ۱/۲۵۴) چنان که رساندن زکات واجب به مستحقان را نیز تکلیف کسی جز مالک، امام یا عامل نمی‌دانند (حلی، ۱۴۰۸ ق، ۱/۱۵۲). بدین ترتیب، از منظر این فقیهان، شکل‌گیری باب تزاحم با چالش وحدت یا تعدد مکلف، مواجه می‌شود؛ چون هرکسی که مکلف به حرمت همکاری با ظالمان است، تکلیف دفع ظلم و رساندن صدقات به مستحقان را بر عهده ندارد.

برای همین است که برخی دیگر از فقیهان، این مسئله را از باب تزاحم خارج کرده‌اند؛ زیرا التفات داشته‌اند که وحدت مکلف از شروط باب تزاحم است و در اینجا دو حکم بر عهده یک مکلف نیامده تا مسئله بومی باب تزاحم شود. سید لاری درجایی که مکلف برای ادای تکالیف اهمّ خودش ناگزیر شود با ظالمان همکاری کند، این همکاری با ظالمان را از باب تزاحم جایز دانسته است اما ارتکاب اختیاری ظلم را برای این که دیگران بتوانند تکالیف اهمّشان را امثال کنند، جایز نمی‌داند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/۲۲۶). در باور ایشان، خروج مسئله از باب تزاحم آن قدر روشن است که وقتی شیخ انصاری پس از بررسی مسئله قبول ولایت جائز، می‌نویسد: «فتأمل»، سید لاری این تعبیر را نیز اشاره به همین مطلب می‌داند که خود شیخ هم این مسئله را بومی باب تزاحم نمی‌دانسته است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/۲۷۸). این که مکلفی بخواهد ظلم قلیل را مرتکب شود تا مکلف دیگری ظلم کثیر را ترک کند، از منظر سید لاری یکی از غریب‌ترین توهمات ضد عقلی و ضد نقلی است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/۱۴).

فقیه دیگری که این مسئله را به سبب عدم وحدت مکلف، از باب تزاحم خارج کرده، امام خمینی رحمه الله علیه است. ایشان برای تبیین دیدگاه خود، ابتدا این فرع را مطرح

نقش وحدت مکلف در
تحقق تزاحم امثالی

می‌کند که فرض کنید مکلفی بین قتل نفس محترم و شرب خمر ناگزیر است یکی را انتخاب کند. سپس توضیح می‌دهد که این مثال را بومی باب تراحم می‌داند؛ زیرا در اینجا حرمت قتل نفس محترم و حرمت شرب خمر، دو حکم هستند که بر عهده یک مکلف آمده‌اند؛ یعنی در این مقام، یک مکلف با دو تکلیف وجود دارد اما اگر همین مکلف را ناگزیر کرده باشند که اگر شرب خمر نکند، شخص دیگری مرتکب قتل نفس خواهد شد، در این صورت دیگر مسئله بومی باب تراحم نخواهد بود (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۴/۲) تا بتوان برای برون‌رفت از آن، از ضابطه اهم و مهم بهره جست. به‌طور کلی در باور امام خمینی رحمته‌الله علیه اگر دو تکلیف به دو مکلف جداگانه تعلق یافته باشد، مسئله بومی باب تراحم نیست مگر این که تکلیف مکلف دوم از محرماتی باشد که مبعوضیت مطلق داشته باشند و دفع آن‌ها بر همه مکلفان از جمله مکلف اول، واجب باشد (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۶/۲).

امام خمینی رحمته‌الله علیه در جایی دیگر این مثال را پیش کشیده‌اند که اگر مکلفی را اکراه کنند که یا باید زید را بکشد یا ما چندین نفر دیگر را خواهیم کشت، در این صورت او نمی‌تواند زید را بکشد؛ چون درست است که دفاع از جان آن چند نفر بر او واجب است اما این دفاع فقط در صورتی واجب است که برای او امکان داشته باشد و دلیلی نداریم که بگویید دفاع از جان دیگران حتی در جایی که خود مکلف ناچار بشود شخصاً به قتل شخص بی‌گناه دیگری مباشرت کند، واجب است و سرانجام این مثال را نیز مانند مثال کسی دانسته‌اند که او را مخیر کرده‌اند بین این که یا خودش به تنهایی شرب خمر کند یا آن که جمع کثیری مرتکب شرب خمر خواهند شد که نمی‌توان ضابطه اهم و مهم را در آن اجرا کرد. باید گفت که امام خمینی رحمته‌الله علیه در فرجام بحث اشاره کرده‌اند که اگر مکلف را مخیر کنند بین این که یا رسول الله صلی‌الله علیه و آله و سلم را می‌کشیم یا باید فلانی را بکشی، در این صورت باید فلانی را بکشد تا جان رسول الله صلی‌الله علیه و آله و سلم حفظ شود؛ چرا که شارع، حفظ جان رسول الله صلی‌الله علیه و آله و سلم را در هر حال واجب می‌داند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۲۳۲/۲).

روشن است که در مثال اول، امام خمینی رحمته‌الله علیه در صدد این هستند که نشان دهند درباره تکلیف دوم (حرمت قتل آن چند نفر) هیچ تکلیفی متوجه مکلف اول نشده

است و تنها تکلیفی که در این زمینه وجود دارد همان حرمت قتل آن چند نفر است که آن‌هم متوجه این مکلف مکره نیست بلکه متوجه خود تهدیدکنندگان است و برای همین است که مسئله به مسئله یک مکلف با دو تکلیف متزاحم، تبدیل نمی‌شود بلکه به مسئله دو مکلف با دو تکلیف جداگانه، تبدیل شده است و بدین ترتیب از باب تزاحم خارج می‌شود.

هرچند برخی از معاصران، این سخن امام خمینی رحمه الله را بدون این که چیزی به آن بیفزایند یا از آن بکاهند، نقل کرده‌اند (علیدوست، ۱۳۹۶، ۴۵۳-۴۴۰) اما برخی از شاگردان امام خمینی رحمه الله، این سخن امام رحمه الله را نقد کرده‌اند؛ چنان که آیت‌الله نوری همدانی به روشنی نوشته‌اند: «این دیدگاه ایشان که تزاحم امثالی منحصر درجایی است که تکالیف متعدد بر عهده مکلف واحدی آمده باشد، محل نظر و تأمل است» (نوری همدانی، ۱۴۳۴ ق، ۲۳۷) و در ادامه توضیح می‌دهند که شارع در تقنین قوانینش بی‌غرض نیست و احکامش را به سبب مصالح و مفاسد وضع کرده و همه مکلفان را نیز نسبت به اعمال یکدیگر مسئول قرار داده است چندان که هرکدام از آن‌ها همان‌طور که نسبت به اعمال خودش مسئول است، نسبت به اعمال دیگران نیز مسئول است. بدین جهت عقل بعید نمی‌داند که در تکالیفی که بر عهده چند نفر آمده نیز تزاحم رخ دهد (نوری همدانی، ۱۴۳۴ ق، ۲۳۷).

از ظاهر این توضیح، چنین برداشت می‌شود که این نزاع یک نزاع کبروی نیست؛ یعنی گویا در باور آیت‌الله نوری اصل ادعای اصولی امام خمینی رحمه الله مخدوش نیست بلکه خدشه در اینجا است که ایشان مسئولیت بندگی مکلفان را از هم جدا کرده است و مسئولیت متقابل بندگان نسبت به یکدیگر را که موجب می‌شود تکلیف هر شخص، تکلیف دیگران نیز باشد، نادیده انگاشته است.

۲/۱/۳. تیمم

در بررسی یکی از فروع باب تیمم، نیز اشتراط وحدت مکلف در باب تزاحم مورد اشاره قرار گرفته است. در ابواب تیمم، این فرع فقهی بررسی می‌شود که یک مکلف جنب که نیاز به غسل واجب دارد و یک مکلف مُحَدِّث که نیاز به وضو واجب دارد، باهم به آبی دست می‌یابند که تصرف در آن برای آن‌ها مباح است ولی

حجم آن آب، کفاف هر دو فعل؛ یعنی غسل و وضو را نمی دهد بلکه یا باید مکلف اول با آن غسل کند یا مکلف دوم با آن وضو بگیرد. از ظاهر کلمات برخی فقیهان برداشت می شود که مسئله را بومی باب تزاحم می دانسته اند (همدانی، ۱۴۱۶ ق، ۳۶۳/۶) اما محقق خویی تصریح کرده است که وقتی دو تکلیف (وجوب غسل و وجوب وضو) به دو مکلف جدا توجه یافته باشد، مسئله خارج از باب تزاحم است و ربطی به باب تزاحم ندارد، البته ایشان در اینجا توضیح بیشتری نداده و مشخص نکرده اند که نقش وحدت مکلف در تحقق باب تزاحم چیست (خویی، ۱۴۱۸ ق، ۴۰۹/۱۰).

۲/۱/۴. بیماری مادر و جنین

یکی دیگر از فروعی که در بررسی آن، شروط باب تزاحم بازخوانی می شود، فرع مربوط به بیماری مادر و جنینی است که حیات هریک از آن ها موجب مرگ دیگری می شود. گاه بیماری مادر و جنین چهارماهه ای که در شکم دارد، به جایی می رسد که فقط یکی از آن دو می تواند زنده بماند؛ یعنی اگر مادر جنینش را اسقاط نکند، خودش می میرد و اگر بخواهد خودش زنده بماند، باید جنین بمیرد. طبق فتوای بسیاری از فقیهان، در اینجا باید منتظر ماند تا یکی از آن ها به طور طبیعی بمیرد و بتوان دیگری را نجات داد (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۳۷۸/۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ۴۳۹/۱) برخی نیز نجات جان مادر را مقدم دانسته اند (بهجت، ۱۴۲۳ ق، ۱۱۹). در این جا تکلیف پزشک با تکلیف مادر، تفاوت جدی دارد. پزشک یک مکلف است که دو تکلیف به او توجه یافته است؛ تکلیف اولش وجوب نجات جان مادر و تکلیف دومش وجوب نجات جان جنین است که این دو تکلیف با یکدیگر تزاحم یافته اند و طبق دیدگاه مشهور، هیچ یک از آن ها هم مرجحی ندارد؛ چون نه اهم بودن جان مادر، محرز است نه اهم بودن جان جنین. به همین سبب، برخی فقیهان درباره تکلیف پزشک فتوا داده اند که پزشک باید صبر کند تا مرگ طبیعی یکی از آن ها خودبه خود فرارسد آن گاه برای درمان دیگری اقدام کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ۴۳۹/۱). اما درباره تکلیف مادر، برخی فقیهان ابتدا التفات داده اند که حفظ جان دیگران تنها زمانی بر یک مکلف واجب می شود که خوف از دست دادن جان خودش را نداشته باشد (فیاض کابلی، بی تا، ۲۷۰/۲). چنین فقهی در اینجا وجوب حفظ جان جنین

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۲۰

را بر عهده مادر نمی‌داند بلکه بر عهده پزشک می‌داند؛ چرا که مادر خوف بر جان خودش دارد اما پزشک هیچ خوفی ندارد. نتیجه این دیدگاه این است که در ناحیه پزشک، دو تکلیف (وجوب نجات جان مادر و وجوب نجات جان جنین) بر عهده یک مکلف (پزشک) آمده است اما در ناحیه مادر فقط یکی از دو تکلیف متوجه او شده و تکلیف دوم (نجات جان جنین) متوجه مکلف دیگر (پزشک) شده است؛ بنابراین در ناحیه مادر نیز هرچند دو تکلیف وجود دارد ولی مکلف این دو تکلیف، واحد نیست چون حکم وجوب حفظ نفس بر عهده مادر و حکم وجوب حفظ جان جنین بر عهده پزشک آمده است؛ پس مسئله مادر، بومی باب تزاحم نیست. حاصل این دیدگاه این است که پزشک چون در باب تزاحم گرفتار است و مرجّحی هم ندارد، مجاز به ترجیح جان مادر (و اسقاط جنین) نیست اما مادر می‌تواند روش اسقاط جنین را بیاموزد و خودش آن را انجام دهد (فیاض کابلی، بی‌تا، ۲/۲۷۰). البته جای این اشکال بر این دیدگاه وجود دارد که اطلاق ادله وجوب حفظ نفس در حدی نیست که شامل حفظ نفس از طریق قتل دیگری نیز بشود به‌ویژه آن که طبق برخی دیدگاه‌ها، برای وجوب حفظ نفس، دلیل لفظی وجود ندارد و فقط دلیل لّبی وجود دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ۵/۴۰۰).

نقش وحدت مکلف در
تحقق تزاحم امثالی

- ۲۱ دیدگاه دوم بر آن است که حتی اگر حفظ جان جنین بر مادر واجب نباشد اما بازهم مادر در اینجا می‌خواهد جنین را به قتل برساند و قتل جنین بر مادر حرام است و همین حکم حرمت که متوجه مادر شده با حکم وجوب حفظ نفس، تزاحم یافته و از این رو مسئله مادر نیز بومی باب تزاحم است چون دو تکلیف (وجوب حفظ نفس و حرمت قتل دیگران) متوجه خود او شده است (خویی، ۱۴۱۸ ق، ۹/۳۱۸ و ۳۱۹).
- بازخوانی دیدگاه‌هایی که در این فرع فقهی درباره تکلیف مادر ارائه شده، نشان می‌دهد که ارباب این دو دیدگاه همگی پذیرفته‌اند که برای تحقق باب تزاحم باید مکلف واحدی وجود داشته باشد و تنها تفاوت این دیدگاه‌ها در این است که یک گروه سعی کرده‌اند تکلیف دومی را هم برای مادر به تصویر بکشند تا مسئله داخل در باب تزاحم شود ولی گروه دیگر به سبب نداشتن چنین تصویری از تکلیف دوم مادر، مسئله را از باب تزاحم خارج کرده‌اند.

۲/۱/۵. تعارض ضررین

یکی از فروع مرتبط با تراحم، فرع تعارض ضررین است. محقق خویی یکی از ریز مسئله‌های تعارض ضررین را ضررهایی قرار داده است که توسط سبب‌هایی مانند سیل، بدون دخالت عامل انسانی، به یک شخص متوجه شده باشد. از منظر محقق خویی در این موارد، شخص نمی‌تواند برای دفع ضرر از خودش، سبب ضرر را به‌سوی شخص دیگری هدایت کند. این ادعا نزد ایشان، به دو دلیل مستند شده است. طبق دومین دلیل، ادله‌ای که دفاع از خود در برابر ضرر را واجب کرده، آن‌قدر اطلاق ندارد که شامل این مصداق (مکلف برای دفاع از خود، ضرر را به‌سوی دیگران هدایت کند) نیز بشود؛ چرا که اگر قرار باشد هر مکلفی برای دفع ضرر از خود، ضرر را به‌سوی شخص دیگر هدایت کند، شخص دیگر نیز همان ضرر را به‌سوی مکلف اول هدایت می‌کند تا از خودش دفع کرده باشد و در نتیجه در مضمون دلیل، تعارض رخ می‌نماید. محقق خویی در ادامه با تعبیر «نعم» فرض دومی را تصویر کرده و توضیح داده است: البته اگر ضرری که متوجه شخص اول شده، از ضررهایی باشد که دفع آن بر همگان واجب است، مکلف می‌تواند با هدایت کردن ضرر به‌سوی دیگران خود را از آن نجات دهد؛ چرا که در این صورت، مسئله بومی باب تراحم می‌شود (خویی، ۱۴۱۲ ق، ۴۴۴/۱ و ۴۴۵).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۲۲

طبق ظاهر عبارت محقق خویی، در حالت اول دو مکلف داریم که خطابِ وجوبِ دفاع از مال و نفس، منحل شده و هرکدام از آن‌ها یک تکلیف دارد. البته درست است که این دو تکلیف باهم منافات دارند؛ چون هر یک از دو مکلف اگر بخواهد از مال خودش دفاع کند باید سیل را به‌سوی خانه مکلف دوم هدایت کند ولی مکلف واحد نیست تا داخل در باب تراحم شود اما در فرض دوم که بعد از کلمه «نعم» تصویر شده، وضعیت به گونه‌ای است که شخص دوم افزون بر حکم دفاع از مال و نفس خود، مسئولیت و تکلیفی نیز در قبال شخص اول دارد، در این صورت چون دو تکلیف برای یک مکلف ثابت شده، مسئله بومی باب تراحم می‌شود و مکلف دوم باید اهم و مهم کند.

۲/۱/۶. اقل الضررین برای معرفی کفیل

فرع دیگری که ظاهراً در اندیشه فقیهان به باب تزاحم ربط یافته، این است که بین مدعی در محکمه غایب باشد و حاکم رسیدگی به ادعای او را به آینده موکول کرده باشد. در اینجا این مسئله مطرح می شود که آیا حاکم می تواند مدعی علیه را وادار به معرفی کفیل کند؟ معلوم است که در اینجا الزام به معرفی کفیل، نوعی اضرار به او است و بدون کفیل رها کردن او نیز نوعی اضرار به مدعی است. برخی فقیهان در اینجا نیز بدین نظر متمایل شده اند که قاضی باید یکی از این دو ضرر را که خفیف تر است انتخاب کند؛ یعنی مثلاً مدعی علیه را وادار به معرفی کفیل کند (مفید، ۱۴۱۳ ق، ۷۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۰ ق، ۳۳۹) اما دیدگاه این فقیهان با این نکته مورد نقد قرار گرفته که رعایت اقل الضررین به جایی مربوط است که یک مکلف در کار باشد نه جایی که دو مکلف وجود دارد (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۳۵۴/۱ و ۲۵۵؛ سبحانی، ۱۴۱۸ ق، ۴۳۸/۱ و ۴۳۹). به طور کلی فقیهان دیگری نیز دیده می شوند که وقتی دو ضرر متوجه شخص واحدی بشود، ترجیح از طریق اقل الضررین را اجرا می کنند اما اگر متوجه دو شخص بشود، از این ضابطه بهره نمی جویند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۷۸/۱). ترجیح از طریق اقل الضررین، با اشاره لطیفی که به اهم و مهم دارد، ظاهراً باب تزاحم را نشان می دهد. بر این اساس، این فقیهان بزرگوار نیز ظاهراً می خواهند به همین نکته اشاره کنند که در تحقق تزاحم، وحدت مکلف شرط است.

با این همه، دیدگاه هایی که پیش از محقق نائینی ابراز شده، با استناد به قرینگی مقام امتنان در فهم حدیث لاضرر، بین وحدت و تعدد مکلف فرقی نهاده است (خوانساری، ۱۳۷۳ ق، ۲۲۳) یکی از این فقیهان بزرگوار، شیخ انصاری است که در برخی آثارش بین تعارض ضرر دو شخص و تعارض ضرر یک شخص فرقی نهاده نشده و این دو مسئله دارای حکم واحدی قلمداد شده است (انصاری، ۱۴۲۸ ق، ۴۶۷/۲) اما در برخی از آثارش درباره تعارض ضرری که متوجه دو شخص شده، با تردید و احتمال سخن می گوید (انصاری، ۱۴۱۴ ق، ۱۲۵). برای همین است که پس از روشن تر شدن نظریه جامع باب تزاحم در مدرسه نائینی، در بررسی سخنان شیخ، گفته شده است که آنچه در کتاب «مکاسب» در مسئله تولی ولایت جائر بیان شده است قابل دفاع

نقش وحدت مکلف در
تحقق تزاحم امتثالی

و آنچه که در رساله لاضرر بیان شده ناموجه است (روحانی قمی، ۱۴۱۳ ق، ۴۵۶/۵).

۲/۲. عدم اشتراط قید وحدت مکلف در ظاهر برخی فروع فقهی

در پاره‌ای از فروع فقهی با این که مکلف، ظاهراً متعدد شده اما فقیه مسئله را در چارچوب باب تزاحم، حل می‌کند. باید مشخص شود که در این فروع چه خصوصیتی وجود دارد که تعدد ظاهری مکلف، مانع از اجرای باب تزاحم نشده است. به برخی از این فروع اشاره می‌شود.

۲/۲/۱. توقف نجات جان رسول الله ﷺ بر شرب خمر یک مسلمان

یکی از فروع فقهی که در آن، مکلف واحدی وجود ندارد اما باین حال بومی تزاحم قلمداد شده، این است که اگر نجات دادن جان رسول الله ﷺ از دست یک ظالم کافر، متوقف بر شرب خمر یک مسلمان بشود، در این صورت دو حکم شرعی در مقام امثال، تزاحم یافته‌اند اما هریک از دو تکلیف بر عهده مکلف جداگانه‌ای آمده است؛ چون تکلیف نخست همان حرمت قتل رسول الله ﷺ است که بر عهده آن ظالم کافر آمده و تکلیف دوم نیز حرمت شرب خمر است که در فرض مسئله، بر عهده یک مسلمان آمده است. در اینجا با این که مکلف، متعدد است اما برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که قانون اهم و مهم اجرا می‌شود (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۵/۲). از این که قانون اهم و مهم در اینجا اجرا شده معلوم می‌شود که این مسئله بومی باب تزاحم امثالی انگاشته شده است.

۲/۲/۲. حرمت انتشار کتب ضلال در باب تزاحم

نمونه دومی که باوجود مکلف متعدد، بومی باب تزاحم انگاشته شده، این است که بنا بر اطلاق برخی فتاوا^۱ چاپ کتاب ضلال و نگهداری آن به صورت مطلق حرام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۲۴

۱. در ظاهر لسان متقدمان، حفظ کتب ضلال به صورت مطلق، حرام انگاشته شده است اما در لسان برخی از فقیهان متأخر، آنچه حرام انگاشته شده «حفظ کتب ضلال و نسخها لغیر النقص» است. طبق اطلاق دیدگاه اول، تزاحم شکل می‌گیرد اما طبق دیدگاه دوم تزاحم شکل نمی‌گیرد (برای فتوای متقدمان ن ک: مفید، ۱۴۱۳ ق، ۵۸۹؛ طوسی ۱۴۰۰ ق، ۳۶۵؛ طرابلسی، ۱۴۰۶ ق، ۱/۳۴۵ و ... نیز برای فتوای متأخران، ن ک: آبی، ۱۴۱۷ ق، ۴۴۰/۱؛ حلی ۱۴۰۸ ق، ۴/۲ و ...).

است (طوسی، ۱۴۰۰ ق، ۳۶۵) اما اگر برای ابطال حجت خصم باشد، حرمت چاپ و نشر از فعلیت می‌افتد؛ یعنی بین حکم وجوب ابطال حجت خصم و حکم حرمت چاپ و انتشار کتب ضلال، تراحم امتثالی وجود دارد و حکم حرمت چاپ و انتشار از فعلیت افتاده است درحالی که در اینجا حکم وجوب ابطال خصم، صرفاً بر عهده علما آمده و حکم حرمت چاپ و نشر بر عهده ناشر و چاپخانه‌دار آمده است؛ یعنی دو حکم متراحم، به یک مکلف تعلق نیافته بلکه به دو مکلف تعلق یافته است ولی بازهم مسئله بومی باب تراحم انگاشته شده است.

۲/۲/۳. گریم زنانه بر روی چهره مرد در باب تراحم

به‌عنوان نمونه سوم، بر چهره‌پردازان حرام است که مرد را شبیه به چهره زنان چهره‌پردازی (گریم) کنند. حالا اگر یک نیروی امنیتی مرد، برای هدف اهمی مانند نفوذ به اردوگاه دشمن ناگزیر از اتخاذ چهره زنانه باشد، همین حکم حرمت، از فعلیت می‌افتد و بر چهره‌پرداز واجب می‌شود که نیروی امنیتی مرد را به‌صورت زن درآورد. بعید است فقیهی در این مسئله مناقشه‌ای داشته باشد، درحالی که وجوب نفوذ به اردوگاه دشمن، تکلیفی است که متوجه چهره‌پردازان نشده بلکه متوجه نیروهای متخصص واجد شرایط و کارکشته امنیتی شده است؛ پس در اینجا نیز دو حکم به دو مکلف تعلق یافته ولی مسئله بومی باب تراحم است.

نقش وحدت مکلف در
تحقق تراحم امتثالی

۳. تحلیل داده‌های منابع فقهی بر اساس تطوّر علم اصول

به نظر می‌رسد برای بررسی تاریخی وحدت مکلف و جایگاه آن در تحقق تراحم امتثالی، ابتدا باید به تطوّر تاریخی دیدگاه‌های اصولی درباره تراحم نگاهی انداخت. چنین نگاهی نشان می‌دهد که مطالعات موضوع تراحم امتثالی به سه دوره قابل تفکیک است. نخستین دوره، دوره پیش از شیخ اعظم انصاری است که فروع فقهی مشتمل بر تراحم امتثالی، در کتب فقهی بررسی می‌شود اما به تراحم هنوز به‌مثابه یک مسئله اصولی نگاه نمی‌شود. دوره دوم که از زمان شیخ انصاری تا پیش از نظریه‌پردازی‌های محقق نائینی ادامه می‌یابد، دوره مطرح‌شدن تراحم به‌مثابه یک مسئله در دانش اصول است اما هنوز همه ابعاد مسئله به‌وضوح و روشنی کامل

نرسیده تا مسئله به طور دقیق و همه جانبه حل شود. دوره سوم که از روزگار محقق نائینی شروع می شود، دوره ای است که مسئله تراحم امثالی از حدّ مسئله صرف بودن فراتر رفته و این فرصت به وجود آمده است که مسئله تراحم امثالی با تأملات محقق نائینی حل شده و به عنوان نظریه ای جامع مطرح شود (عشایری منفرد، ۱۴۰۱، ۲۷).

از آنجا که پیش از محقق نائینی، باب تراحم در علم اصول به صورت مسئله ای مستقل به صورت همه جانبه بررسی نشده، باید دیدگاه فقیهان این دوره را از لابه لای کلمات فقهی شان استخراج کرد. جستجو در میان منابع فقهی مربوط به دوره پیش از طرح نظریه جامع باب تراحم، نشان می دهد که در این دوره، التفات اجمالی یا تفصیلی به نظریه باب تراحم امثالی و شروط تحقق باب تراحم وجود ندارد. برای همین است که به راحتی نمی توان از دیدگاه های فقهی این دوره، موافقت یا مخالفت با اشتراط وحدت مکلف در تحقق تراحم امثالی را نتیجه گرفت.

بر این اساس، اشتراط وحدت مکلف در تحقق باب تراحم را باید در دو برهه از تاریخ علم اصول و علم فقه مورد توجه قرار داد؛ برهه پیش از طرح نظریه جامع باب تراحم امثالی توسط محقق نائینی و دوره پس از طرح نظریه جامع باب تراحم امثالی. فقیهانی که مسائلی مانند قبول ولایت جائز و تعارض ضررین را در برهه نخست، بررسی می کنند غالباً توجهی به این نکته ندارند که وحدت یا تعدد مکلف می تواند در شکل گیری تراحم امثالی نقش داشته باشد. با چنین نگاهی می توان حدس زد که شاید تردید بزرگانی چون شیخ اعظم انصاری درباره تعارض ضررین در فرض تعدد اشخاص، نیز ناشی از همین باشد که در آن روزگار، هنوز همه ابعاد تراحم امثالی به روشنی کافی نرسیده است. چنان که در دیدگاه های محقق خراسانی نیز اگر وحدت و تعدد مکلف به صورت جدی مورد توجه قرار نگرفته است باید ریشه در همین نکته داشته باشد.

با این حال، محقق نائینی نیز هرچند خود مبتکر نظریه جامع باب تراحم بود ولی از ایشان نیز توجه کافی به مسئله اشتراط وحدت مکلف، دیده نمی شود. در اینجا باید توجه داشت که در اندیشه محقق نائینی، ریشه باب تراحم همیشه به عجز مکلف از امثال بر نمی گردد و این شاگردان محقق نائینی بودند که دریافتند برای تحقق باب

تزام حتماً باید مکلف از امتثال دو حکم شرعی عاجز باشد (نائینی، ۱۳۵۲، ۲۷/۱؛ خویی، ۱۴۱۹ ق، ۷/۲). به نظر می‌رسد آن‌چه محقق نائینی را از اندیشیدن به وحدت مکلف بازداشت‌ه همین نکته است که تحقق التزام امتثالی در اندیشه او اعم از عجز مکلف بوده است؛ یعنی در فرض عدم عجز نیز امکان تحقق التزام وجود دارد. ایجاز این نکته، ابهامی دارد که در ادامه مقاله و با اقامه استدلال برای اشتراط وحدت مکلف، برطرف خواهد شد.

۴. علت اشتراط یا عدم اشتراط قید «وحدت مکلف»

تتبع در آثار فقهی نشان داد که در بسیاری از مسائل فقهی وقتی دو حکم متزام، هرکدام بر عهده مکلف جداگانه‌ای آمده باشد، فقیهان مسئله را از باب التزام خارج می‌کنند که نمونه‌هایی از آن همراه با دیدگاه فقیهان مربوط، در دیدگاه نخست فقیهان (اشتراط قید وحدت مکلف) نقل شد اما در برخی از مسائل نیز با وجود تعدد مکلف، فقیهان مسئله را از باب التزام خارج نمی‌کنند که نمونه‌هایی از آن در دیدگاه دوم (عدم اشتراط قید وحدت مکلف) نقل شد. برای تحلیل اصولی باید این دو طایفه از فروع فقهی جداگانه بررسی شود.

نقش وحدت مکلف در
تحقق التزام امتثالی

۲۷

۴/۱. علت اشتراط وحدت مکلف

برای بررسی این که چرا وحدت مکلف، در تحقق باب التزام شرط شده، پیش از هر چیز باید به کلمات بزرگان مراجعه شود. اغلب فقیهانی که درباره وحدت مکلف در تحقق باب التزام سخن به میان آورده‌اند، در صدد ارائه استدلال جامع و مانع برای این دیدگاه نبوده‌اند بلکه در هنگامه اثبات یا ابطال یک فرضیه فقهی در حدی که همان فرضیه را اثبات کند، سخنی به میان آورده‌اند.

۴/۱/۱. دیدگاه سید لاری

محقق لاری در بحث یاری ظالمان، به این سخن اشارتی کرده است. در باور ایشان یاری ظالمان مسئله مبهمی است که به چهار ریز مسئله قابل تجزیه است؛ چون مکلف گاه برای امتثال تکالیفی که بر عهده خودش آمده، ناگزیر است با ظالمان همکاری کند اما گاهی همکاری با ظالمان برای این است که آن‌ها را در امتثال تکالیفی که

بر عهده خودشان آمده است یاری کند. در هر یک از این دو حالت، همکاری با ظالمان ممکن است در مواردی موجب ظلم به انسان‌های دیگر بشود چنان‌که ممکن است صرفاً مسبب از حرمت شرعی باشد و حق الناس در آن ضایع نشود. در ریز مسئله اول که مکلف برای امتثال تکالیف شخصی خودش، ناگزیر است با ظالمان همکاری کند اما همکاری‌اش به ظلم و تضییع حق الناس منجر نمی‌شود، اولاً ادله «الضرورات تبیح المحظورات» شامل این فرض می‌شود و حرمت همکاری را رفع می‌کند و ثانیاً هیچ مانعی هم در مقام وجود ندارد، البته چون مسئله داخل در باب تزاحم است، قاعده جواز ارتکاب اقل القبیحین نیز در مقام وجود دارد.

در ریز مسئله دوم که همکاری مکلف، برای امتثال تکالیفی است که بر عهده خودش آمده است ولی این همکاری به ظلم و تضییع حق الناس منجر می‌شود، حتی اگر عمومات اضطرار بخواهد شامل این فرض بشود، مانعی در مقام وجود دارد؛ چون حرمت و قبح ظلم آبی از تخصیص است و به وسیله ادله اضطرار رفع نمی‌شود.

در ریز مسئله سوم و چهارم که انگیزه مکلف از همکاری با ظالمان، امتثال تکالیف شخصی خودش نیست بلکه این است که آن ظالمان بتوانند تکالیف خودشان را امتثال بکنند، اولاً جواز همکاری مقتضی ندارد چون عمومات اضطرار، شامل این دو فرض نمی‌شود، ثانیاً در ریز مسئله چهارم که همکاری منجر به ظلم نیز می‌شود، افزون بر نبود مقتضی، مانعی نیز در مقام وجود دارد؛ چون مکلف می‌خواهد مرتکب یک ظلم اختیاری بشود که عقل و نقل آن را آبی از تخصیص می‌داند.

محقق لاری در اینجا دو ادعای مهم دارد: ادعای نخست این که در همکاری‌های منجر به ظلم، حرمت و قبح عقلی ظلم به گونه‌ای است که به وسیله ادله اضطرار امکان رفع آن وجود ندارد. وی این ادعا را به درک ضروری عقل و ادله نقلی مستند کرده است (لاری ۱۴۱۸ ق، ۱/ ۲۲۷).^۱ ادعای دوم آن که قاعده «جواز ارتکاب اقل القبیحین»

۱. وی درک عقل را دربارۀ این گزاره کاملاً بدیهی می‌داند و برای اثبات نقلی این ادعا نیز به آیاتی مانند ﴿عَلَيْهِ مَا حَقَّ وَ عَلَيْهِمْ مَا حَقَّتْ﴾ (نور/ ۵۴) و ﴿لَا يَضُرُّكُمْ مَن ضَلَّ﴾ (مانده/ ۱۰۵) و ... استناد کرده است. ظاهراً ایشان از آیات

در باب تزاحم و عمومات اضطرار شامل ریز مسئله سوم و چهارم که مکلف برای امتثال تکالیف دیگران می‌خواهد مرتکب فعل حرام شود، نمی‌شود. همین ادعای دوم به مسئله این مقاله مرتبط است.

در باور سید لاری، تفاوتی که ریز مسئله سوم و چهارم را از ریز مسئله‌های سابق جدا می‌کند، این است که اعانه ظالم وقتی برای انجام تکالیفی باشد که بر عهده خود مکلف آمده، حرمتش به وسیله ادله اضطرار قابل رفع است؛ چون برای مکلف اضطرار وجود دارد اما وقتی برای انجام تکالیفی باشد که بر عهده مکلف دیگری آمده، هیچ اضطراری برای مکلف اول وجود ندارد تا بخواهد با استفاده از قاعده «جواز ارتکاب اقل القبیحین» که ویژه مضطر است، حرمت را رفع کند؛ چون این قاعده فقط درجایی اجرا می‌شود که مکلف به ارتکاب عمل قبیح مضطر شده باشد و کار او بین ارتکاب قبیح و اقبیح، دوران یافته باشد. گویا در نگاه محقق لاری فقط در چنین جایی است که عقل عملی به سبب تحقق دو موضوع، ارتکاب عمل قبیح را می‌پذیرد؛ موضوع اول همان اضطرار است که مولّد حکم «جواز ارتکاب عنوان کلی عمل قبیح» است و موضوع دوم نیز «دوران امر بین قبیح و اقبیح» است که ارتکاب قبیح را تعیین و واجب می‌کند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/ ۲۲۸).

نقش وحدت مکلف در
تحقق تزاحم امتثالی

۲۹

۴/۱/۲. دیدگاه مختار

به نظر می‌رسد برای یافتن چرایی اشتراط وحدت مکلف، ابتدا باید نگاهی به ریشه باب تزاحم افکند. در باب تزاحم امتثالی، دو حکم وجود دارد که به جهت عجز شرعی مکلف، امکان به فعلیت رسیدن هر دو وجود ندارد. برای همین است که دو حکم شرعی، بر سر اینکه کدام یک از آن‌ها به مرتبه فعلیت برسد تا امتثالش

برداشت کرده‌اند که تکلیف هرکس متوجه خود او است و خود او است که امتثال آن را بر عهده دارد و عصیان یک مکلف ضرری به مکلفان دیگر نمی‌زند تا مکلفان دیگر درباره عصیان و اطاعت او مسئولیتی داشته باشند. هم چنین به آیات مبارکی مانند «وَلَا تُطِيعُ الْكَافِرِينَ» (احزاب/ ۱)، «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» (هود/ ۱۱۳) و «وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ» (کهف/ ۲۸) نیز استناد کرده است که ظاهراً مقصود ایشان این بوده است که بفهماند جانرانی که تکالیف خودشان را عصیان می‌کنند، از قبیل «الکافرین»، «الذین ظلموا» و «من اغفلنا قلبه» هستند که خداوند نه تنها همکاری با آن‌ها برای امتثال تکالیفشان را بر عهده شما قرار نداده بلکه اصلاً همکاری با آن‌ها را نهی نیز فرموده است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/ ۲۲۷).

بر مکلف واجب شود، باهم رقابت دارند. هرگاه چنین موضوعی محقق شود، عقل حکم می‌کند که اگر یکی از دو تکلیف اهم است همان فعلیت می‌یابد و قدرت مکلف باید صرف امتثال همان شود.

گذشت که اصولیان پس از محقق نائینی، ریشه باب تزاحم را «عجز مکلف از امتثال دو تکلیف متزاحم» می‌دانند (نائینی، ۱۳۵۲، ۲۷۰/۱). این عجز، موجب از دست رفتن قدرت می‌شود. قدرت نیز در مدرسه نائینی، شرط فعلیت تکالیف است. اصولیان قدرت را به قدرت تکوینی و قدرت شرعی معنا کرده‌اند. مراد از قدرت شرعی همین است که مکلف در هنگامی که یک تکلیف بر عهده او آمده، نباید تکلیف دیگری که او را از انجام متعلق تکلیف اول عاجز کند، بر عهده‌اش آمده باشد. به عبارت دیگر ذمه مکلف نباید مشغول به تکلیف دیگری که اهمیتش مساوی با این تکلیف یا بیشتر از آن است، شده باشد (صدر ۱۴۱۷ ق، ۲/۲۵۸ و ۲۶/۷).

به طور کلی درباره رابطه قدرت و تکلیف دو دیدگاه عمده وجود دارد؛ برخی از اصولیان عجز را مانع از تکلیف می‌دانند و برخی دیگر قدرت را شرط تکلیف می‌دانند. در اندیشه دوم، اشتراط قدرت برای تکلیف به سه شکل تفسیر شده است: تفسیر اول به اشتراط قدرت در متعلق تکلیف برمی‌گردد؛ یعنی عقل حکم می‌کند که تکلیف کردن شخص عاجز، قبیح است. تفسیر دوم نیز مانند تفسیر اول است با این تفاوت که در تفسیر دوم دیگر نیازی به درک عقل نیست بلکه تکلیف کردن عاجز، به اقتضای خود تکلیف ممنوع است؛ یعنی اصلاً بعث کردن مکلف به سوی امر غیر مقدور امکان ندارد تا عقل بخواهد آن را قبیح بداند یا غیر قبیح. طبق تفسیر سوم امر کردن و تکلیف کردن مکلف، مشروط به قدرت نیست بلکه آنچه مشروط به قدرت است، امتثال است (قمی، ۱۳۷۱، ۲۰۵/۱ و ۲۰۶).

با این تفاسیر، قدرت را چه شرطی برای متعلق تکلیف بدانیم و چه شرطی برای عنصر امتثال بدانیم، در هر حال باب تزاحم بایی است که در آن، وجود حکم اهم و تعلق آن به ذمه مکلف، او را از امتثال حکم مهم عاجز کرده است. همین عجز موضوعی است که عقل بر اساس آن حکم به عدم فعلیت حکم مهم می‌کند تا حکم اهم مقدم شود. به عبارت دیگر وجوب عقلی تقدیم اهم بر مهم، یک حکم است که

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۳۰

موضوعش «عجز مکلف در مقام امتثال» است. بی گمان برای این حکم عقلی، تحقق موضوع (عجز) ضرورت دارد و بدون این عجز نمی توان سخن از تقدیم اهم و بر مهم به میان آورد.

حال سخن در این است که وقتی خطاب اول به مکلف اول توجه یافته و خطاب دوم نیز به مکلف دوم توجه یافته باشد، حتی اگر این دو حکم در مقام امتثال قابل جمع نباشند، اما چون هر خطاب به مکلف جداگانه ای تعلق یافته، خطاب این مکلف هیچ ربط و علقه ای با مکلف دیگر ندارد تا بخواهد او را از امتثال حکم دیگری که بر عهده خودش آمده، عاجز کند؛ بنابراین عجز از امتثال یا عجز از اتیان متعلق تکلیف که عنصر هویت بخش باب تراحم بود در اینجا منتفی و در نتیجه مسئله از باب تراحم خارج می شود.

۴/۲. علت عدم اشتراط وحدت مکلف

چنان که گذشت، نکته اصلی در اشتراط وحدت مکلف، این است که وقتی دو مکلف با دو حکم متنافی جداگانه وجود داشته باشد، اشتغال ذمه مکلف دوم به تکلیف دوم موجب عجز مکلف اول از امتثال حکم اول نمی شود تا حکم اول از عهده او ساقط شود اما باید به این نکته توجه داشت که گاه حکمی که بر عهده مکلف دوم آمده، به گونه ای است که با مکلف اول نیز بی ارتباط نیست چنان که گاه به نحو واجب کفایی به مکلف اول نیز ارتباط می یابد؛ بنابراین مکلف اول، با نگاه دقیق، دو تکلیف بر عهده دارد و بدین جهت مسئله بومی باب تراحم است. برای همین است که وقتی به مکلفی می گویند اگر شراب ننوشی رسول الله ﷺ را مکلف دیگری خواهد کشت، همین مکلف دو تکلیف دارد؛ یکی درباره شرب خمر و دیگری درباره نجات جان رسول الله ﷺ، چنان که درباره کتب ضلال، تکلیف متوجه ناشر نیز شده است و ناشر دو تکلیف دارد؛ یکی حرمت انتشار کتاب ضلال و دیگری وجوب همکاری در دفاع از احکام اسلامی و ابطال شبهات مربوط به آن. در این موارد که در ناحیه مکلف، وحدت تعددنا وجود دارد، همین که بعد از دقت و تحلیل معلوم می شود که دو تکلیف بر عهده یک

نقش وحدت مکلف در
تحقق تراحم امتثالی

مكلف آمده، تعدد مكلف به وحدت مكلف منقلب شده و در نتیجه مسئله بومی باب تراحم می شود.

نتیجه گیری

تنوع نمونه های ذکر شده در بخش نخست تحقیق، نشان داد که مسئله وحدت مكلف در تحقق تراحم امثالی، مسئله پرکاربردی است که دامنه ثمراتش، از فقه فردی تا فقه فرهنگ و فقه پزشکی ساری و جاری است. از سوی دیگر برای این که اشتراط وحدت مكلف در باب تراحم امثالی اثبات شود، این استدلال اقامه شد که در باب تراحم، آنچه که موجب تقدم تکلیف اهم و عدم فعلیت حکم مهم می شود، عجز مكلف از امثال تکلیف مهم است. این عجز نیز ناشی از آن است که ذمه مكلف به یک تکلیف اهم، مشغول شده و به همین جهت قدرت لازم برای امثال حکم مهم، منتفی شده است در حالی که وقتی دو تکلیف متنافی به دو مكلف جداگانه تعلق می گیرد، تکلیف اهم که بر عهده مكلف اول آمده، تأثیری بر انتفای قدرت مكلف دوم ندارد تا عجز محقق شود. وقتی عجز محقق نشد، مسئله از باب تراحم خارج می شود مگر این که تکلیف مهم از تکالیفی باشد که شارع تحقق آن را از همه مكلفان خواسته است؛ چون در چنین فرضی، ممکن است یک مكلف، دو تکلیف داشته باشد و بدین جهت، مسئله بومی باب تراحم شود. لازمه این استدلال، آن است که وحدت مكلف در باب تراحم، یک شرط عقلی غیر قابل تخصیص است و فروعی که در آن ها تعدد ثمائی وجود دارد، از این شرط استثناء نشده اند بلکه با ارجاع به وحدت مكلف، باز هم این شرط، درباره آن ها رعایت شده است. حسب یافته این تحقیق، به عنوان یک راه حل فقهی، شایسته است فقیه در هنگام حل مسئله های تراحم بنیان، هرگاه وحدت مكلف را مشکوک یافت این نکته را نیز توجه کند که این حکم از احکامی است که شارع تحقق آن را از یک مكلف خواسته یا از همه مكلفان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۳۲

منابع

قرآن کریم

آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷ ق). **كشف الرموز في شرح مختصر النافع**. چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ ق). **المهذب**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۹ ق). **تهذیب الأصول**. مقرر جعفر سبحانی، قم: دار الفکر.

امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۵ ق). **المکاسب المحرمة**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۹ ق). **کتاب البيع**. مقرر محمدحسن قدیری. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۴ ق). **رسائل فقهية للشيخ الانصاري**. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ ق). **کتاب المکاسب**. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۲۸ ق). **فوائد الاصول**. چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۳ ق). **وسيلة النجاة**. چاپ دوم، قم: انتشارات شفق.

توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۲ ق). **مصباح الفقاهة (المکاسب)**. تقریرات درس آیت الله خویی، بیروت: دار الهادی.

حلی، حسین. (۱۴۳۲ ق). **اصول الفقه**. قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصة.

حلی، نجم الدین. (۱۴۰۸ ق). **شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**. چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.

خوانساری، موسی بن محمد. (۱۳۷۳ ق). **رسالة في قاعدة نفی الضرر للخوانساری**. تهران: المکتبة المحمدية.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ ق). **موسوعة الامام الخويي**. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۹ ق). **دراسات في اصول الفقه**. مقرر سید علی هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۲۹ ق). **منهاج الفقاهة**. چاپ پنجم، قم: انوار الهدی.

روحانی قمی، سید محمد. (۱۴۱۳ ق). **منتقى الأصول**. قم: دفتر آیت الله روحانی.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ ق). **نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء**. قم: مؤسسه الامام الصادق عليه السلام.

طباطبایی یزدی، سید کاظم. (۱۴۰۹ ق). **العروة الوثقى**. چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

نقش وحدت مکلف در
تحقق تراحم امتثالی

طرابلسی، ابن براج. (۱۴۰۶ ق). **المهذب**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۰ ق). **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**. چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربی.

عشایری منفرد، محمد (۱۴۰۱). نظریه جامع باب تراحم از ابتکارات محقق نائینی. **فصلنامه پژوهشهای اصولی**، ۹ (۳۲)، ۵۴-۲۷.

علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۶). **فقه و مصلحت**. چاپ چهارم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.

فقیه، محمد تقی. (۱۴۰۷ ق). **قواعد الفقیه**. چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء.
قیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). **تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی**. قم: انتشارات محلاتی.
قمی، سید تقی. (۱۳۷۱). **آراؤنا فی أصول الفقه**. قم: محلاتی.

کاظمی، محمد علی. (۱۳۷۶). **فوائد الأصول تقریرات درس میرزای نائینی**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۳ ق). **کتاب القضاء للکلبایگانی**. مقرر سید علی حسینی میلانی، قم: دار القرآن الکریم.

لاری، سید عبدالحسین. (۱۴۱۸ ق). **التعلیقة علی المکاسب**. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ ق). **المقنعة**. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۵۲). **اجود التقریرات**. مقرر سید ابوالقاسم خویی، قم: مطبعة العرفان.
نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ ق). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نوری همدانی، حسین. (۱۴۳۴ ق). **الامر بالمعروف و النهی عن المنکر بحوث فقهیة**. چاپ چهارم، قم: مهدی موعود.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ ق). **موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۱ ق). **اضواء و آراء: تعلیقات علی کتابنا بحوث فی علم الأصول**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۷ ق). **بحوث فی علم الاصول**. تقریرات درس خارج آیت الله سید محمد باقر صدر، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۶ ق). **مصباح الفقیه**. قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۳۴



Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence

Hossein ShamKhalil¹ ; Abdolhamid Vaseti²; Morteza Norozi³

1. Fourth-Level Student at Mashhad Seminary ; Mashhad-Iran. (Corresponding Author).

shamkhalihossein824@gmail.com; <https://orcid.org/0009-0000-4564-9995>

2. Assitant Pro Department of Jurisprudence ; hvaseti@yahoo.com

3. Assitant Pro Department of Jurisprudence, Al-mostafa International Univeristy;
mortezanoruzi70@yahoo.com

Article Info

ABSTRACT

Article type:
Research Article

Article history:
Received 29 May 2024
Received in revised form 16 January 2025
Accepted 17 January 2025

Keywords:

Interdisciplinary Jurisprudence, Interdisciplinary Solutions, Interdisciplinary Strategies, Parallel Interdisciplinary Research, Longitudinal Interdisciplinary Research, Advancing Interdisciplinary Studies in Jurisprudence

Jurisprudence (fiqh) is one of the most dynamic and specialized fields for interdisciplinary research due to its diverse subject matter and its connections with disciplines such as ethics, practical mysticism ('irfān al-'amālī), and law. When conducted in a structured and methodical manner, interdisciplinary studies not only provide effective responses to the multifaceted and complex issues of the modern era but also pave the way for a transformative shift in the field.

This study explores solutions for advancing interdisciplinary research in jurisprudence by offering a framework for conducting such studies. After defining interdisciplinary research and explaining its methodology, the study comparatively analyzes two notable cases of interdisciplinary research in jurisprudence that have yielded significant results.

The findings of this research—based on library-based data collection and employing descriptive, analytical, argumentative, and critical methods—lead to the formulation of two models: a seven-stage model for parallel interdisciplinary research and a five-stage model for longitudinal interdisciplinary research.

Cite this article:

Shamkhalil. H & others. (2024). **Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence**. *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2024.69186.2824>



راهکارهای توسعه تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه^۱

حسین شم‌خالی مقدم^۱ ؛ عبد الحمید واسطی^۲؛ مرتضی نوروزی^۳

۱. دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه مشهد: مشهد، ایران. (نویسنده مسئول) رایانامه: shamkhalihosseini824@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-4564-9995>

۲. استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی؛ قم، ایران. رایانامه: hvaseti@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه جامعه المصطفی العالمیه مشهد: مشهد، ایران. رایانامه: mortezanoruzi70@yahoo.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸

راهکارهای توسعه
تحقیقات میان‌رشته‌ای
در فقه

چکیده

دانش فقه به لحاظ موضوعات تخصصی فراوان و به لحاظ مناسباتی که در موضوعات و اهداف با دانش‌هایی همچون اخلاق، عرفان عملی و حقوق دارد، یکی از عرصه‌های بکر و کم‌نظیر برای پژوهش‌های میان‌رشته‌ای محسوب می‌شود. پژوهش‌هایی که اگر منضبط و روشمند انجام شود، گذشته از آنکه به نحو مطلوبی پاسخگوی مسائل چندوجهی و پیچیده عصر حاضر خواهد بود، می‌تواند با ایجاد تحولات بنیادین، سرآغاز دوره‌ای جدید از ادوار این دانش نیز محسوب شود. بررسی راهکارهای توسعه تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه از طریق ارائه راهکار برای تحقیقات این‌چنینی، مسئله‌ای است که این تحقیق درصدد پاسخ به آن است. در این مقاله بعد از تبیین چستی و چگونگی تحقیقات میان‌رشته‌ای،

۱. شم‌خالی، حسین و همکاران (۱۴۰۳). راهکارهای توسعه تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه. جستارهای فقهی و اصولی.

۱۰ (۳): ۳۶. صص: ۳۳-۳۳.



© The Author(s) [doi.org/ 10.22034/jrj.2024.69186.2824](https://doi.org/10.22034/jrj.2024.69186.2824)

به‌طور تطبیقی دو نمونه از تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه که نتایج قابل ملاحظه‌ای در پی داشته، بررسی شده است. دست‌آورد این تحقیق که روش آن در جمع‌آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و در بررسی اطلاعات مشتمل بر توصیف، تحلیل، استدلال و نقد است، ارائه مدل هفت مرحله‌ای در مورد میان‌رشته‌پژوهی موازی و ارائه مدل پنج مرحله‌ای در مورد میان‌رشته‌پژوهی طولی است.

کلیدواژه‌ها: فقه میان‌رشته‌ای، راهکار میان‌رشته‌ای، راهبرد میان‌رشته‌ای، میان‌رشته‌ای موازی، میان‌رشته‌ای طولی، راهکار توسعه میان‌رشته‌ای در فقه.

مقدمه

مطالعه تحولات علوم در مغرب‌زمین بیان‌گر آن است که علوم به لحاظ تلفیق و تفریق سه دوره متفاوت را پشت سر گذاشته‌اند؛ **دوره نخست:** دوره تلفیق قدرتمند میان فلسفه و علم که مربوط می‌شود به آغاز پیدایش علوم در یونان باستان در سده شش قبل از میلاد که تا اواخر قرن هفدهم میلادی ادامه یافته است. در این دوره علاوه بر امتزاج فلسفه و علم، شاهد پیوستگی رشته‌های گوناگون علمی نیز هستیم. **دوره دوم:** دوره گسست علم از فلسفه و تخصصی شدن علوم و پیدایش رشته‌های مختلف علمی که هم‌زمان با ظهور نیوتن (۱۶۴۲-۱۷۲۷)، در اواخر قرن هفدهم آغاز و تا دهه‌های نخستین قرن بیستم امتداد می‌یابد. **دوره سوم:** دوره تلفیق و آمیزش مجدد علوم که ابتدا در قالب برنامه‌های آموزشی در دهه ۱۹۲۰ رسمیت یافت و پس از جنگ جهانی دوم به اوج خود رسید. در این دوره تلفیق علوم و رشته‌های مختلف علمی در قالب مطالعات چند رشته‌ای،^۱ میان‌رشته‌ای،^۲ فرا رشته‌ای^۳ و ... به منصه ظهور رسیده است (ریسمانیف، ۱۳۸۸، ۱۱۳).

پروفسور رادنیستکی^۴ در مقدمه هفتادصفحه‌ای خود بر کتاب «اقتصاد فراگیر»

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۳۸

1. Multidisciplinary

2. Interdisciplinary

3. Metadisciplinary

4. Gerard Radnitzky

اظهار داشته است که «تقسیم‌بندی و جدایی مرسوم رشته‌های علمی دانشگاهی مبتنی بر نظام ثابتی نیست بلکه منعکس‌کننده تحولات تاریخی و حتی تا حدود زیادی نتیجه مصلحت‌های اداری است.» (تمدن، ۱۳۷۸، ۱۷).

گذشته از آنکه امروزه ضرورت پژوهش‌های میان‌رشته‌ای، بخصوص در حوزه علوم انسانی، مورد وفاق عموم محققان، متفکران و صاحب‌نظران است، این پژوهش‌ها در دانش فقه به لحاظ موضوعات تخصصی آن و به لحاظ مناسباتی که با دانش‌هایی همچون اخلاق، عرفان عملی و حقوق دارد، ضرورتی مضاعف یافته است. باین‌همه تاکنون در میان تحقیقاتی که در کشور ما در حوزه میان‌رشته‌ای صورت گرفته، راهکار مشخص و منضبطی نه تنها برای تحقیقات این‌چنینی در فقه، بلکه در سایر رشته‌های علمی نیز ارائه نشده است و اغلب تحقیقات میان‌رشته‌ای به نحو ارتكازی و ناخودآگاه انجام شده است. در این مقاله تلاش شده تا متناسب با انحاء پژوهش‌های میان‌رشته‌ای در حوزه دانش فقه، راهبرد و راهکار عملیاتی ارائه شود و از این طریق قدمی در راستای توسعه تحقیقات میان‌رشته‌ای در دانش فقه برداشته شود.

راهکارهای توسعه
تحقیقات میان‌رشته‌ای
در فقه

۳۹

میان‌رشته‌ای در قرن بیست و یکم به واژه‌ای فراگیر برای تغییر تبدیل شده است (کلان، ۲۰۰۸). ضرورت پاسخ‌های کاربردی به مشکلات پیچیده این عصر و ضرورت کل‌نگری و نگاه جامع به علوم در عصر تشّت و پراکندگی رشته‌های علمی، دو ضرورتی است که تحقیقات میان‌رشته‌ای مدّعی پاسخ‌گویی به آن‌هاست (هوبن‌تال، ۱۹۹۴، ۵۶؛ تمدن، ۱۳۷۸، ۱۵). به همین دلیل در عصر حاضر تحقیقات میان‌رشته‌ای در دانش فقه نیز ضروری است؛ زیرا از یک‌سو محققان علوم اسلامی کم‌وبیش به این نتیجه رسیده‌اند که متفرّق بینی و پراکنده نگری در حوزه علوم دینی از دقّت تحقیقات در این حوزه کاسته و کارآمدی نتایج این پژوهش‌ها را تحت تأثیر قرار داده است و دریافته‌اند که چاره‌ای جز ملاحظه ارتباطات علوم اسلامی با یکدیگر به‌منظور دست‌یابی به نگرشی نظام‌مند به مجموعه این علوم نیست (واسطی، ۱۳۸۸، ۶۳-۶۶) و از سوی دیگر به تدریج معلوم شد که افتاء و بیان نظر دین در مورد موضوعات پیچیده امروزی که ابعاد و زوایای گوناگونی دارد، خارج از توان فقاہت تک‌رشته‌ای

است بلکه برخی بر این باورند که از مطالعات چند رشته‌ای نیز کار چندانی ساخته نیست؛^۱ عدم ورود فقیه به موضوعات تخصصی و بسندگی به توصیفات کارشناس، منجر به افزایش فتاوی تعلیقی می‌شود که جز حیرت و سرگردانی مکلفین دستاوردی به همراه ندارد.^۲

بدیهی است مادامی که راهکاری برای پژوهش‌های میان‌رشته‌ای در فقه تبیین نشود و هر محقق بر اساس ارتکازات خویش و به سلیقه خود در این عرصه ورود نماید، نه تنها نباید انتظار شکوفایی فقه در پرتوی تحقیقات این‌چینی را داشت بلکه باید در انتظار ابهامات پژوهش‌هایی این‌چینی و التقاط‌انگاری آن‌ها از سوی دیگر محققین باشیم.

روش این تحقیق در جمع‌آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و در بررسی اطلاعات مشتمل بر توصیف، تحلیل، استدلال و نقد است.

بر اساس فحوصی که انجام شد، تاکنون تحقیقی که مشخصاً از راهکارهای میان‌رشته‌پژوهی در فقه بحث نموده باشد، یافت نشد. تحقیقاتی که در کشور ما در ارتباط با مبانی و روش‌شناسی میان‌رشته‌پژوهی، چه در حوزه علوم دینی و چه در سایر علوم، به عمل آمده، عمدتاً ناظر به چیستی و ضرورت این رویکرد و نهایتاً تبیین راهبرد آن است. دکتر ابراهیم برزگر که از پیشگامان در عرصه بررسی‌های مربوط به مطالعات میان‌رشته‌ای محسوب می‌شوند، در بررسی راهکارها و سازوکارهای میان‌رشته‌ای به چهارده راهکار پژوهشی از جمله برگزاری همایش بین‌رشته‌ای، برگزاری میزگرد از صاحب‌نظران چند رشته‌ای و راه‌اندازی مجله میان‌رشته‌ای و شش راهکار آموزشی از جمله ایجاد دانشکده‌های بین‌رشته‌ای و طراحی واحدهای بین‌رشته‌ای اشاره نموده‌اند (برزگر، ۱۳۸۶، ۲۸۰). همچنین در مقاله‌ای با عنوان «راهکار همگرایی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۴۰

۱. در چند رشته‌ای فقیه، نظر کارشناسان را در حوزه تخصصی ایشان به عنوان اصول موضوعه می‌پذیرد. با توجه به اجتناب‌ناپذیری اختلافات متخصصین، عدم آشنایی فقیه با علوم و فنون مربوطه، سبب دشواری تشخیص قول صواب می‌شود. این امر که بزرگ‌ترین آسیب تحقیقات چند رشته‌ای محسوب می‌شود در تحقیقات میان‌رشته‌ای به دلیل ورود فقیه به حوزه‌های تخصصی، تا حد قابل توجهی کاهش می‌یابد.

۲. ازجمله می‌توان به برخی از استفتائات مربوط به بازارهای مالی جدید نظیر بازار رمزارزها، بازار فارکس، بازار مشتقات، بازار پول و ... اشاره نمود.

رشته‌های علمی در مطالعات میان‌رشته‌ای» به استناد پژوهشی که در اواسط دهه ۱۹۸۰ میلادی در دانشگاه ایموری ایالات متحده آمریکا انجام شده است، عقلانیت ارتباطی هابرماس، مبتنی بر گفتگوی انتقادی به عنوان ایده‌ای جهت همگرایی بین دیدگاه‌های مختلف در خصوص موضوعات مشترک پیشنهاد شده است (حاتمی و روشن‌چشم، ۱۳۹۰، ۵۷). بدیهی است آنچه در کتاب و مقاله فوق به عنوان راهکار از آن یاد شده، هویتی راهبردی دارد.

در پژوهش حاضر بعد از تفکیک میان‌رشته‌ای موازی از میان‌رشته‌ای طولی، تحلیل و مزج عنصری به عنوان راهبرد میان‌رشته‌پژوهی موازی در فقه و بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق‌سازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفه مضاف به عنوان راهبرد میان‌رشته‌پژوهی طولی در این دانش، ارائه شده است. همچنین راهکاری متشکل از هفت مرحله به منظور پژوهش میان‌رشته‌ای موازی و راهکاری متشکل از پنج مرحله به منظور پژوهش میان‌رشته‌ای طولی پیشنهاد شده است.

۱. مفاهیم

با توجه به نوپیدایی تحقیقات میان‌رشته‌ای در کشور ما دقیق‌سازی مفاهیم پایه در این نوع از تحقیقات، ضروری به نظر می‌رسد.

۱/۱. میان‌رشته‌ای

برخی از تعریف‌هایی که محققین برای میان‌رشته‌ای ارائه نموده‌اند، از این قرار است:
۱. «فرآیندی برای پاسخ به سؤال و حل مسئله یا پرداختن به موضوعی که به دلیل پیچیدگی یا گستردگی آن نمی‌توان با یک رشته تخصصی به طور دقیق به مطالعه آن همت گماشت. از این رو برای شناخت جامع‌تر و عمیق‌تر توجه به نگرش‌های مختلف و ترکیب بینش‌ها ضروری است.» (رپکو، ۲۰۰۵).

۲. «فرآیند ارتباط، تعامل و تلفیق و بهره‌وری دانش، مفاهیم، روش‌ها، تجارب و تخصص‌های دو یا چند رشته علمی به منظور دستیابی به شناختی جامع، فهمی پویا و تحلیلی علمی نسبت به مسائل، موضوعات و پدیده‌های واقعی که در شرایط پیچیده، متغیر و پیش‌بینی‌ناپذیر حادث می‌شوند را میان‌رشته‌ای می‌خوانیم.» (خوردندی طاسکوه، ۱۳۹۶، ۳۶).

۳. «مطالعهٔ میان‌رشته‌ای، کثرت‌گرایی روش‌شناختی مبتنی بر تعامل اثربخش بین گستره‌ها در تحلیل مسئله‌ای واحد است. به دیگر سخن مطالعهٔ میان‌رشته‌ای، شناخت پدیدار در پرتو گفتگوی مؤثر بین رهیافت‌های دانش‌های مختلف است.» (فرامرز قراملکی، ۱۳۹۰، ۳۹۲).

۴. «میان‌رشته‌ای رویکردی است که بر اساس آن داده‌ها، روش‌ها، ابزارها، مفاهیم و تئوری‌های رشته‌هایی مستقل به‌منظور دست‌یابی به نگاهی جامع یا درکی مشترک از یک مسئلهٔ پیچیده، به هم نزدیک می‌شوند.» (آزادی احمدآبادی و نور محمدی، ۱۳۹۷، ۹).

۵. «در مطالعات میان‌رشته‌ای متخصصان رشته‌ها و حوزه‌های مختلف دانش، هدفمندانه به مرزهای معرفتی و روشی یکدیگر وارد می‌شوند تا با توجه به ضرورت‌ها و نیازهای جدید به گسترش اقلیم‌های معرفتی جدید، ایجاد ساختارهای علمی نوین و شیوه‌ها و ابزارهایی برای شناخت یا فهم مسائل دست‌یابند» (خورسندی طاسکوه، ۱۳۸۸، ۵۷).

تعریف برگزیدهٔ این است که پژوهش میان‌رشته‌ای عبارت است از فرآیند حل مسئله از طریق تعامل روشمند^۱ دو یا چند رشتهٔ علمی فی‌الجمله مسانخ^۲.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۴۲

۲/۱. میان‌رشته‌ای موازی و طولی

به‌طور کلی در هر مطالعهٔ میان‌رشته‌ای که در آن دو رشتهٔ علمی درگیر باشد، این دو رشته ممکن است به‌طور موازی در کنار هم قرار گیرد و ممکن است که رابطهٔ آن‌ها به‌صورت طولی و در امتداد هم باشد. رابطهٔ موازی همان است که در مطالعات تطبیقی دنبال می‌شود. بخش مهمی از مطالعات میان‌رشته‌ای آن دسته از مطالعات است که اصطلاحاً مطالعات تطبیقی یا مقایسه‌ای خوانده می‌شود.

مقصود از قرار گرفتن دو رشته در طول یکدیگر آن است که امری از رشتهٔ «الف» نسبت به رشتهٔ «ب» جنبهٔ مقدّمی داشته باشد. این امر مقدّمی ممکن است

۱. در ادامه مقاله، ضمن ارائهٔ راهکار میان‌رشته‌ای موازی و طولی تلاش شده تا تعامل بین رشته‌ها روشمندسازی شود.

۲. همچنان که اشاره خواهد شد، مقصود از مسانخت فی‌الجمله، اشتراک در موضوعات و اهداف و یا اشتراک در مفاهیم است.

یکی از روش‌های رشته «الف» باشد که در رشته «ب» از آن استفاده شده است و ممکن است یکی از داده‌ها و دستاوردهای رشته «الف» باشد که در رشته «ب» مبنا قرار گرفته و بدان استناد شده است. در ارتباط روشی میان دو رشته علمی روش‌های توسعه‌یافته در رشته «الف» به عنوان رشته خادم در اختیار رشته «ب» به عنوان رشته مخدوم قرار می‌گیرد تا برای پردازش اطلاعات فراهم آمده در رشته «ب» از این روش‌ها استفاده شود. در ارتباط داده‌ای میان دو رشته علمی داده‌های فراهم آمده در رشته «الف» در اختیار رشته «ب» قرار می‌گیرد و با روش‌های رشته «ب» پردازش‌های بعدی درباره آن‌ها انجام می‌گیرد (پاکتچی، ۱۳۸۷، ۱۱۱).

۲. کیفیت میان رشته‌ای

میان رشته پژوهانی که به شکل انفرادی به مطالعات میان رشته‌ای می‌پردازند معمولاً در معرض اتهام التقاط و اختلاط روش‌ها و مفاهیم می‌باشند، از این رو مهم‌ترین بحث در میان رشته‌ای اثبات روشمندی این رویکرد است. با عنایت به تنوع میان رشته‌ای و اختلاف اغراض در این نوع از مطالعات، در ادامه راهبرد و راهکار هر یک از میان رشته‌ای موازی و طولی را جداگانه بررسی می‌نماییم.

۲/۱. راهبرد میان رشته‌ای موازی

مقصود از تحلیل عنصری، تحلیل علم پایه و علوم مشابه آن^۱ به عناصر سازنده هر یک، مقصود از مزج عنصری، مزج و ترکیب برخی از این عناصر با بعض دیگر (کار بست برخی از عناصر علوم مشابه، در علم پایه) است.

برای ترکیب ابتدا باید موضوعات و اهداف علم پایه و علوم مشابه آن را بررسی نموده و اشتراکات آن‌ها را به دست آوریم چه اینکه فقدان اشتراک در این دو عنصر، به معنای عدم امکان برقراری پیوند است. بعد از اطمینان از اصل اشتراک و برآورد میزان اشتراک در این دو عنصر، نوبت به اعتبارسنجی کار بست روش‌ها، منابع، مبانی و نظریات علوم مشابه در علم پایه می‌رسد؛ عناصری که در علم پایه انحصاری و

۱. غالباً نقطه آغازین مطالعات میان رشته‌ای مواجه با مسئله است. علمی که بیشترین سنخیت را با این مسئله دارد، علم پایه و علوم می‌باشد، علم پایه می‌باشد، علوم مشابه می‌نامیم.

به شرط لایبی باشند، غیر منعطف بوده و تعاملی از ناحیه آنها رقم نخواهد خورد اما آن دسته از عناصر که استقرایی و لابشرطی باشند، منعطف بوده و تعاملات از ناحیه آنها صورت می گیرد.

۲/۲. راهبرد میان رشته‌ای طولی

هر علمی بر پایه یک سری گزاره‌ها که یا بدیهی و بی نیاز از اثبات است یا در علوم دیگری به اثبات رسیده است، پی ریزی شده است. این گزاره‌ها را مبادی تصدیقی آن دانش می خوانند. همچنین برخی از علوم به دلیل تعاملات گسترده با دیگر علوم و فنون، پیوسته با پاره‌ای از مفاهیم وارداتی مواجه می باشند.

دانش‌هایی که مبادی نظری و مفاهیم وارداتی فراوان دارند، به جهت تفاسیر و تبیین‌های مختلف از مبادی و مفاهیم، بسیار در معرض تغییر و تحول می باشند. دانش فقه نیز به دلیل مبادی نظری کلامی و به دلیل مفاهیم وارداتی (موضوعات تخصصی) فراوان، چنین خصیصه‌ای دارد. امروزه دانش متکفل مبادی کلامی فقه، فلسفه فقه است؛ همچنین دقیق سازی بسیاری از موضوعات تخصصی فقهی را می توان با مراجعه به فلسفه‌های مضاف به علوم و فنون تحصیل نمود.^۱

ازاین رو راهبرد میان رشته‌ای طولی بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق سازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفه مضاف است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۴۴

۲/۳. راهکار میان رشته‌ای موازی

۱. مواجهه با مسئله و مشکل: مسئله ممکن است یک مسئله قدیمی باشد که پاسخ آن قبلاً داده شده است؛ لکن اکنون ابعادی از این مسئله منکشف شده که پاسخ‌های گذشته با لحاظ این ابعاد، وافی و کافی به نظر نمی رسد و ممکن است یک مسئله جدید و مستحدث باشد.

۱. در برخی موارد با صرف مراجعه به فلسفه مضاف به علم یا فنی می توان به نتیجه مطلوب دست یافت؛ اما در برخی موارد به دلیل فقدان تصنیف در فلسفه مضاف به علم یا فنی و یا به جهت ضعف تصنیفات موجود، مراجعه به کارشناس آن علم ضروری است.

۲. معلوم نمودن دانشی که این مسئله متعلق به آن است: برخی از مسائل خواه قدیمی و خواه مستحدث به گونه‌ای است که تعلق آن به یک دانش معلوم و روشن است؛ اما برخی از مسائل پیچیده معاصر را نمی‌توان متعلق به یک دانش دانست بلکه دانش‌های متعددی خواهان آن هستند.

۳. معلوم نمودن دانش‌هایی که نوعی مسانخت با دانشی دارند که مسئله متعلق به آن است: در مواردی که تعلق مسئله به یک دانش معلوم است، آن دانش را دانش پایه در نظر می‌گیریم و باید به دنبال دانش‌های مسانخ آن باشیم. مناسبات در موضوعات و اهداف، حداقل مناسباتی است که در این مرحله باید احراز شود.

۴. تحلیل دانش پایه و دانش‌های مشابه آن به عناصر سازنده: منابع، مبانی (مبادی تصدیقی)، مفاهیم اصلی (مبادی تصویری)، موضوعات، مسائل، نظریه‌ها، روش‌ها و اهداف در هر یک از علوم مرتبط با مسئله باید دانسته شود. فلسفه‌های مضاف یکی از بهترین منابع دسترسی به این عناصر است.

۵. برقراری ارتباط بین دانش پایه و دانش‌های مشابه آن از طریق تأسیس زبان مشترک: مهم‌ترین عنصر در برقراری ارتباط بین دو دانش، مبادی تصویری است. با کمک این عنصر می‌توان به فهم سایر عناصر نیز نائل گشت. غایت مطلوب در این مرحله آن است که بتوان عناصر دانش‌های مشابه را با الفاظ و اصطلاحات آشنا برای دانش پایه، به این دانش عرضه نمود.

۶. اعتبار سنجی کاربست مبانی، منابع و روش‌های علوم مشابه در علم پایه: نظر به اینکه روش‌ها معمولاً تابع مبانی و منابع می‌باشند، این دو عنصر، اصلی‌ترین عناصر در منتج بودن بررسی‌های میان‌رشته‌ای به حساب می‌آیند. اگر مبانی و منابع علم پایه نسبت به مبانی و منابع علوم مشابه، به شرط لا و غیر منعطف باشند، بررسی میان‌رشته‌ای ما ثمربخش نخواهد بود و در همین جا متوقف خواهد شد اما اگر لایشرط و منعطف باشند، بررسی میان‌رشته‌ای منتج خواهد بود و ادامه خواهد یافت.

۷. کاربست مبانی، منابع و روش‌های علوم مشابه در علم پایه: نتیجه این مرحله ممکن است حلّ یک یا چند مسئله و ممکن است تأسیس دانش جدید باشد.

۲/۴. راهکار میان رشته‌ای طولی

مرحله اول: مواجهه با مشکل: در اینجا ممکن است تردید در مبانی و یا ابهام در مفاهیم وارداتی باشد.

مرحله دوم: تعیین علوم خادم: گزاره‌های مبنایی را باید به علومی که این گزاره‌ها از مسائل آن علوم محسوب می‌شوند و متکفل استدلال بر این گزاره‌ها هستند و مفاهیم وارداتی را باید به علومی که این مفاهیم از مفاهیم پایه آن علوم محسوب می‌شوند، ارجاع داد. امروزه می‌توان از فلسفه‌های مضاف به‌عنوان دانش مرجع استفاده نمود.

مرحله سوم: برقراری ارتباط بین دانش خادم و مخدوم از طریق تأسیس زبان مشترک: استدلال‌هایی که دانش خادم برای اثبات گزاره مبنایی به کار می‌برد و اصطلاحاتی که در دانش خادم به‌منظور تبیین مفهومی به کار می‌رود، همگی باید در دانش مخدوم به گونه‌ای طرح شود که قابل فهم برای اصحاب هر دو دانش باشد.

مرحله چهارم: اعتبار سنجی گزاره مبنایی و دقیق‌سازی مفهوم وارداتی در دانش خادم: باید گزاره مبنایی و مفهوم وارداتی برای دانش مخدوم را بر اساس داده‌های دانش خادم که به نحو تخصصی از آن گزاره و مفهوم بحث نموده، مطالعه و بررسی نماییم.

مرحله پنجم: کار بست لوازم گزاره مبنایی و دقیق‌سازی مفهومی در دانش مخدوم: باید لوازم و پیامدهای دقیق‌سازی مفهومی و نتایج بحث تخصصی از گزاره مبنایی را در دانش مخدوم پیگیری نمود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۴۶

۳. ظرفیت فقه به لحاظ تحقیقات میان رشته‌ای

دانش فقه به لحاظ مبادی نظری کلامی و با لحاظ موضوعات مستنبطه لغوی^۱ و موضوعات تخصصی غیر فقهی^۲، از ظرفیت کم نظیری برای تحقیقات میان رشته‌ای

۱. مراد موضوعی است که در لسان ادله وارد شده و فهم معنای آن نیازمند نظر و استنباط لغوی است و حکم شرع منوط به معنای لغوی آن شده است. چنین موضوعاتی نیازمند آن است که فقیه معنای آن‌ها را از ادله لغوی جویا شود و استنباط نماید (خادمیان، ۱۳۹۶، ۷۰)

۲. مراد موضوعی است که شناخت آن از جهت مفهوم یا مصداق و یا هر دو نیازمند تخصص ویژه و فن لازم است

برخوردار است. بین دانش فقه و دانش کلام و دانش‌هایی که به‌منظور چیستی‌شناسی موضوعات مستحدثه، مرجع واقع می‌شوند، میان‌رشته‌ای طولی برقرار است؛ دانش فقه ذی‌المقدمه و این رشته‌ها مقدمه‌اند. این‌ها خادم و فقه مخدوم است. علاوه بر این، بین فقه و دانش‌هایی که مناسباتی با آن در موضوعات و اهداف دارند به‌طوری که بتوان ابحاث مشترکی را به شیوه تطبیقی در فقه و این رشته‌ها بررسی نمود، میان‌رشته‌ای موازی برقرار است. رابطه فقه و اخلاق از بارزترین نمونه‌های رابطه میان‌رشته‌ای موازی است. در موارد ناسازگاری حکم اخلاقی با حکم فقهی، آگاهی فقیه از مبانی و منابع حکم اخلاقی، گاهی ممکن است به تبدل نظر فقهی او بینجامد.^۱

۴. مبانی اصولی - فقهی الزام تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه

به اتفاق فقها، تمسک به عام قبل از فحص از مخصّص جایز نیست (انصاری، ۱۳۸۳ق، ۱۵۷/۲) بلکه تمسک به هیچ ظهوری قبل از فحص از قرائن منفصله احتمالی جایز نیست (مظفر، ۱۴۳۰ق، ۱/۲۰۹). به‌رغم این مطلب، نسبت به اقتصار بر نصوص و ادله‌ای که به نحو متعارف ملاحظه می‌شود و نسبت به اکتفا به شیوه‌های مرسوم استنباط، اجماع عملی ایشان بر جواز است. این در حالی است که به نظر می‌رسد مناط دو مسئله واحد است؛ همان‌طور که علم اجمالی به وجود قرینه، منجز تکلیف به فحص است، علم اجمالی به وجود ادله و منابع و مبانی تحوّل‌آفرین در استنباط که از پیامدهای رویکرد تعامل‌گرا بین فقه و دانش‌های فی‌الجمله مسانخ با آن همچون اخلاق، عرفان عملی و حقوق است نیز منجز الزام به تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه است.

مانند فلز استیل از آن‌جهت که آیا آهن است تا بتوان با آن ذبح کرد یا نه؟ در این قسم از موضوع مرجع تشخیص، متخصص و کارشناس متناسب با موضوع است (خادمیان، ۱۳۹۶، ۷۱ و ۷۲)

۱. نمونه‌هایی از احکام فقهی که مخالفت بین با حکم اخلاقی در مورد همان موضوع دارد: مورد اول: تعارض حکم فقهی وجوب حفظ جان با حکم اخلاقی حسن ایتار (هدایتی، ۱۳۹۲، ۲۶۹-۲۶۷)؛ مورد دوم: تعارض حکم فقهی جواز اضرار به غیر در صورتی که عدم اضرار، مستلزم تحمّل اضرار از ناحیه ثالثی باشد با حکم اخلاقی وجوب تحمّل اضرار به‌منظور دفع ضرر از غیر (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۲/۳۵ و ۳۶)؛ مورد سوم: تعارض حکم فقهی صحت عقد صغیره با حکم اخلاقی عدم تعهدآور بودن قراردادهای بدون علم و اراده (ضیائی‌فر، ۱۳۸۸، ۳۲۸).

۵. بررسی تطبیقی راهکار تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه

مدّعی این پژوهش آن است که رویکرد تعامل گرا بین فقه و دانش‌های فی‌الجمله مسانخ با آن می‌تواند به توسعه منابع فقه منجر شود. مقصود از توسعه منابع فقه، گاه افزودن منبعی در عرض کتاب و سنت و به موازات آن دو است نظیر استقلالی که برخی از مذاهب اهل سنت برای اجماع و قیاس قائل هستند (جتّانی شاهرودی، ۱۳۷۰، ۱۸۸ و ۲۶۸) و گاه گسترش دامنه ملاحظات نصوص دینی در مقام استنباط است نظیر آنچه در چند دهه اخیر در رابطه با مقاصد شریعت و اهداف دین مطرح شده است^۱ و نزدیک است که فقها را مجاب نماید تا علاوه بر ملاحظه نصوصی که مستقیماً متعرّض مسئله شده‌اند، ملاحظه نصوصی که مبین مقاصد عالیه شریعت هستند را نیز به عنوان یکی از مراحل استنباط قبول نمایند.^۲

۱/۵. تعامل میان‌رشته‌ای موازی فقه و عرفان

در اینجا به عنوان نمونه به یکی از پیامدهای رویکرد تعامل گرا بین دانش فقه و عرفان که عبارت از گسترش ملاحظات نصوص دینی در مقام استنباط است در ضمن راهکار هفت مرحله‌ای میان‌رشته‌ای موازی اشاره خواهیم نمود.

مرحله اول: مواجهه با مشکل: مشکل، کمبود منابع و ادله فقهی برای پاسخگویی به مسائل معاصر.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۴۸

۱. گرچه برخی از محققین شواهدی مبنی بر گرایش به مقاصد در فقه امامیه در کلمات ابن ادریس حلی و محقق اردبیلی یافته‌اند (علیدوست، ۱۳۹۶، ۳۶۹-۳۶۷) لکن مسلماً اندیشه افزودن ملاحظه مقاصد به عملیات استنباط به نحو خودآگاه، اندیشه‌ای نو است که هنوز در فقه امامیه رسمیت نیافته است. ضیائی فر در رابطه با اقسام رابطه اهداف دین با عملیات استنباط به ۱۱ مورد اشاره نموده ولی مشخصاً بیان نکرده است که ملاحظه مقاصد را در کدام مورد و به چه نحوی لازم می‌داند (ضیائی فر، ۱۳۹۸، ۱۷۷). همچنین واسطی با آنکه روش رجوع به مقاصد و روش کشف حکم از طریق مقاصد را نیز تبیین نموده، ظاهراً ملاحظه مقاصد را تنها در موارد نقصان ادله اصلی، آن‌هم به عنوان یکی از طرق مکمل، نه طرق منحصر، لازم دانسته است (واسطی، ۱۴۰۱، ۳۰۷ و ۳۲۵ و ۳۲۸).

۲. پذیرش ملاحظه مقاصد در عملیات استنباط نیازمند گذار از سه مرحله است: مرحله اول: باور به یکپارچگی و نظام‌مندی دین و تأثیر شناخت مقاصد و اهداف میانی و نهایی در احکام فرعی؛ مرحله دوم: شناخت تفصیلی مقاصد؛ مرحله سوم: روش استفاده از مقاصد به نحوی که انضباط عملیات استنباط محفوظ بماند. علی‌رغم آنکه برخی از معاصرین با انکار نظام‌مندی دین مدخلیت مقاصد در استنباطات فقهی را انکار نموده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۰، ۴۶ و ۵۴) به نظر می‌رسد در بین عموم محققین، مباحث پیرامون مقاصد اکنون در مرحله سوم آن در جریان است (علیدوست، ۱۳۹۶، ۳۷۵ و ۳۷۶؛ واسطی، ۱۴۰۱، ۳۲۵-۳۲۷).

مرحله دوم: معلوم نمودن دانشی که این مسئله متعلق به آن است: این مسئله در اصل متعلق به دانش اصول فقه است؛ بنابراین دانش اصول فقه در اینجا دانش پایه به حساب می آید.

مرحله سوم: معلوم نمودن دانش هایی که نوعی مسانخت با دانشی دارند که مسئله متعلق به آن است (حدّ اقلّ در موضوع و هدف با دانش پایه مناسبت داشته باشند): به نظر می رسد دو دانش اخلاق اسلامی و عرفان عملی اسلامی را بتوان با لحاظ موضوعات و اهدافشان مسانخ با دانش فقه به حساب آورد؛ چرا که موضوع هر سه اجمالاً افعال مکلفین و هدف هر سه هم اجمالاً سعادت مکلفین است. بالتبع دانشی که در اینجا می تواند مسانخ دانش پایه یعنی اصول فقه محسوب شود، دانش اصول اخلاق و اصول عرفان عملی است؛ لکن چون چنین دانشی به نحو استقلالی تأسیس نشده است، ناگزیر در خود این دو دانش باید مباحث متناسب با دانش اصول فقه را بررسی نمود.

مرحله چهارم: تحلیل دانش پایه و دانش های مشابه آن به عناصر سازنده (منابع، مبادی تصدیقی، مبادی تصویری، موضوعات، مسائل، نظریه ها، روش ها و اهداف): مقدار و عمق تحلیل بستگی به مشکل و میزان ارتباط علم پایه و علوم مسانخ آن دارد؛ چون مشکل در اینجا کمبود منابع و ادله فقه بود، ضرورتی ندارد که در تحلیل اخلاق و عرفان عملی به امری فراتر از منابع و مبادی تصدیقی مرتبط با مشکل پرداخته شود.

مرحله پنجم: برقراری ارتباط بین دانش پایه و دانش های مشابه آن از طریق تأسیس زبان مشترک: اهمیت و ضرورت تأسیس زبان مشترک به اعتبار نوع مشکل و میزان ارتباط علم پایه با علوم مسانخ سنجیده می شود و چون به این اعتبار بین فقه و هر یک از اخلاق و عرفان عملی، تعامل نسبی برقرار است، نیازی به تأسیس زبان مشترک نیست.

مرحله ششم: اعتبار سنجی کاربست مبانی و منابع علوم مسانخ در علم پایه: در اعتبار سنجی از یک سو باید منابع و مبانی مختصّ به علوم مسانخ را لحاظ نمود و از سوی دیگر انعطاف یا عدم انعطاف مبانی و منابع علم پایه را نسبت به این دسته از منابع و مبانی. عدم وجدان منبع یا مبنای اختصاصی و عدم احراز انعطاف به معنای عدم برقراری پیوند و غیر منتج بودن میان رشته ای است.

یکی از مراتب حکم شرعی که در کتب اصولی مطرح شده است، اراده است (صدر، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۶۲). بعد از مرتبه ملاک یعنی احراز مفسده یا مصلحت برآیندی، اراده مولا به استیفای مصالح توسط عباد یا کراهت مولا از ابتلای عباد به مفسد منقدح می شود. اصولیان از جایگاه این اراده و کراهت سخن گفته و آن را نفس نبی یا ولی دانسته اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۱/۲۷۷) اما از طرق کشف آن سخنی نگفته اند؛ گویا طریقی غیر از ملاحظه ادله احکام برای تشخیص اراده مولا نمی شناخته اند. باین همه به اذعان برخی از ایشان نقطه مرکزی در مراتب حکم، همان اراده مولا است و برای عبد از هر طریقی اراده مولا منکشف شود، عقلی و عقلایی است که باید مطابق آن رفتار نماید (مظفر، ۱۴۳۰ق، ۲/۳۶۸؛ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۲/۱۵۱). اگر در دانش های مسانخ فقه، طریقی برای کشف اراده مولا یافت شود، گستره ملاحظات نصوص افزایش خواهد یافت.

بعد از فحص در دانش های مسانخ فقه به این نتیجه رسیدیم که یکی از مبادی دانش عرفان عملی که از مسائل دانش عرفان نظری به شمار می آید و می توان از طریق آن راهی برای کشف اراده مولا گشود، منشأ نظام اسماء^۱ برای پیدایش نظام عالم خارج^۲ است. «نام های خداوند در مرحله تعیین ثانی دارای ترتیب، چینش و نظم و ویژه است که همین ترتب و نظم، پس از سرایت نام ها و خروجشان از صقع ربوبی (پس از جلوه خارجی کمالات حق تعالی)، منشأ پیدایش نظام خارجی عالم بر اساس نظم موجود می شود.» (امینی نژاد، ۱۳۹۲، ۲۴۶)

با توجه به اینکه مبادی هستی شناختی فقه کمتر مورد توجه فقها بوده است، به نظر نمی رسد پذیرش این مبنا به عنوان یکی از مبانی فقه در تعارض با مبنایی معروف و شناخته شده از مبانی فقه قرار داشته باشد؛ بنابراین کافی است ارتباط این مبنا با فضای

۱. در کتاب «علم دینی؛ از چیستی تا چگونگی» بعد از اشاره به عاملیت اسم «شافی» در رفع امراض بیان داشته اند: «بر اساس مبانی دینی، شفاء یکی از اسماء الهی بوده که از حقیقتی مجرد و عالی برخوردار است. آنچه در این عالم ماده در قالب بهبودی بیماری ها و رفع اختلالات جسمانی مشاهده می کنیم، در حقیقت ظهور و بروز اسم شافی در نفوس بوده و وسایط مادی استقلالی از خود ندارند.» (وکیلی، ۱۳۹۹، ۲/۱۵۵)

۲. مقصود از عالم خارج، عالم خارج از ذات خداوند متعال است.

استنباط و اینکه چه تأثیری در نحوه استنباطات فقیه می‌تواند داشته باشد را تبیین نماییم. اگر فقیهی اولاً این مبنای هستی‌شناختی را بپذیرد و به چینش خاص اسماء و نقش آن در پیدایش نظام خارجی عالم اذعان نماید و حقیقتاً اسماء را مظاهر اراده حق تعالی بداند؛ ثانیاً غوری در الفاظ حاکیه از اسماء (اسماء الاسماء) که در قرآن کریم و ادعیه مأثوره وارد شده، داشته باشد و از طریق مطالعه و بررسی این الفاظ، به خواص و لوازم اسماء پی ببرد؛ ثالثاً با تحلیل واقعه مجهول‌الحکم و ملاحظه مناسبات و اقتضائات موضوعات به حدسی ظنی نسبت به حکم، نائل شده باشد، در چنین فرضی التفات به اسماء و کشف اسم مرتبط با اقتضائات و مناسبات مکشوفه حتی به نحو ارتکازی موجب تقویت حدس ظنی و تبدل آن به اطمینان یا حتی قطع خواهد شد. مثلاً اضطراب به ارتکاب حرام یا ترک واجب به دلیل فقدان عنصر اراده و نیت عصیان، مقتضی رفع حرمت یا وجوب از مضطر است و وقتی فقیه این اقتضاء را با خواص و لوازم دو اسم رحیم و رئوف پروردگار در نظر گیرد، ظن اولیه وی به رفع حکم تقویت شده و چه‌بسا مبدل به اطمینان یا قطع می‌شود. مؤید این طریقه آن است که در آیات متعددی از قرآن کریم، رفع حکم تحریمی یا وجوبی در فرض اضطراب، با اسم غفور و رحیم قرین شده است.^۱

۵۱ بنا بر آنچه گذشت به نظر می‌رسد دانش فقه به لحاظ مبانی خود هیچ ابایی نسبت به گسترش ملاحظات نصوص از سطح مرسوم و متعارف به سطحی که ملاحظه اسماء را نیز شامل شود، نداشته باشد.

مرحله هفتم: کاربری مبانی، منابع و روش‌های علوم مسانخ در علم پایه: بر اساس پذیرش این مبنا فقیه در بررسی دلالتی نصوصی که متعرض احکام فرعی می‌باشند، خود را ملزم به مطالعه و بررسی اسماء مرتبط با حکم به‌عنوان قرینه متصله (در صورت ذکر اسم در دلیل) یا منفصله (در صورت عدم ذکر اسم در دلیل)، به همان نحوی که در مرحله ششم گذشت نیز می‌داند.^۲

۱. برای نمونه ر.ک: بقره/ ۱۷۳ و ۱۸۲، مائده/ ۳، انعام/ ۱۴۵، نحل/ ۱۱۵، نور/ ۳۳، مجادله/ ۱۲ و توبه/ ۹۱.

۲. گرچه مفاد اسماء به‌عنوان قرینه متصله، کم‌وبیش مورد نظر فقها بوده است لکن محوریت ملاحظات دلالتی به‌منظور استنباط احکام، مربوط به اوامر، نواهی و موادی که دلالتی روشن بر حکم شرعی داشته، بوده است.

علاوه بر آنچه گذشت، رویکرد تعامل گرا بین دانش فقه و دانش‌هایی که متکفل مبنای کلامی فقه و دانش‌هایی که متکفل تبیین موضوعات تخصصی فقه می‌باشند، تحقیقات میان‌رشته‌ای طولی با پیامدهای خاص به هر یک را اقتضاء دارد.

۵/۲. تعامل میان رشته‌ای طولی فقه و عرفان

در ادامه به نمونه‌ای از رویکرد تعامل گرا بین دانش فقه و عرفان که ابطال مبنای اشتراک احکام را در پی دارد، در ضمن راهکار پنج مرحله‌ای میان رشته‌ای طولی اشاره خواهیم نمود.^{۲۰}

مرحله اول: مواجهه با مشکل: احساس ناسازگاری بین نظریه «مراتب ایمان» با نظریه «اشتراک احکام».

مرحله دوم: تعیین علوم خادم: اشتراک احکام یکی از مبادی دانش فقه است که در دانش اصول فقه از آن بحث شده است؛ اشتراک احکام بین عالمین و جاهلین، اشتراک احکام بین حاضرین و غایبین، اشتراک احکام بین مقصودین بالافهام و غیر مقصودین، و اشتراک احکام بین ائمه معصومین علیهم‌السلام و دیگر مکلفین از جمله مواردی است که در کتب اصول فقهی مطرح و به استناد آیات، روایات و اجماعات پذیرفته شده است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱/ ۱۶۴-۱۶۷؛ مظفر، ۱۴۳۰ق، ۳/ ۳۴-۳۶ و ۶۹). همچنین در کتب قواعد فقهیه، قاعده اشتراک احکام بین جمیع مکلفین با هر جنسیتی، از هر طایفه‌ای، در هر منطقه‌ای و در هر عصری مطرح است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۵۳).

اما اشتراک احکام بین مکلفین با وجود اختلاف در مراتب ایمان و تقوا در هیچ موضوعی از کتب اصول فقهی و قواعد فقهیه بحث نشده است. گرچه به نظر می‌رسد برخی از ادله‌ای که به منظور اثبات اشتراک احکام بین جمیع مکلفین اقامه شده است، قابل تعمیم به این بحث نیز باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۵۳-۶۳) و شاید فقها از همین جهت نیازی به انعقاد بحثی مستقل برای این قسم از اشتراک نمی‌دیده‌اند. این در حالی است که در دانش عرفان عملی اختلاف افعال و رفتارهای مکلفین به اختلاف درجات ایمان و تقوای ایشان از مسلمات است و گزاره‌های تجویزی

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۵۲

آن، تماماً بر پایه این اصل بنا شده است (حسینی طهرانی، ۱۴۱۹ق، ۳۰ و ۳۱؛ ملکی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۱۶۰ و ۱۶۱؛ فیض کاشانی، ۱۳۷۶، ۱۳۰/۲؛ حسینی طهرانی، ۱۴۴۴ق، ۸۵-۱۱۱؛ ابن عجبیه الحسنی، ۱۴۱۹ق، ۲۱۳/۱)؛ بنابراین می‌توان علم مخدوم را دانش فقه و علوم خادم را هر یک از دو دانش اصول فقه و اصول عرفان عملی به‌شمار آورد.

مرحله سوم: اعتبار سنجی گزاره مبنایی برای دانش مخدوم در دانش خادم: در این مرحله باید گزاره مبنایی برای دانش مخدوم را در دانش خادم که به نحو تخصصی از آن بحث نموده است، موردبررسی و مطالعه قرار دهیم و صحت و سقم آن را بر اساس داده‌های آن دانش مشخص نماییم.

قاعده اشتراک، مسئله دو دانش اصول فقه و اصول عرفان عملی است. از یک‌سو در کتب قواعد فقهیه به نمایندگی از دانش اصول فقه به تفصیل از این قاعده بحث شده و ادله‌ای مبنی بر اشتراک احکام اقامه شده است. از سوی دیگر به دلیل عدم تحقق عینی دانش اصول عرفان عملی، در لابه‌لای کتب عرفان عملی به این قاعده اشاره شده و ادله‌ای مبنی بر عدم اشتراک احکام اقامه شده است. در ادامه ابتدا ادله اشتراک احکام سپس ادله مراتب ایمان که ملازم با عدم اشتراک احکام است و در نهایت جمع بین این دودسته از ادله را بررسی می‌نماییم.

راهکارهای توسعه
تحقیقات میان‌رشته‌ای
در فقه

ادله اشتراک احکام بین جمیع مکلفین^۲

۱. اجماع مسلمین بر اشتراک بلکه اشتراک از ضروریات دین است.^۳

۱. بنا بر آنچه گذشت مرحله سوم در میان‌رشته‌ای طولی تأسیس زبان مشترک بود لکن چون در مورد بررسی نصوص و گزاره‌های شرعی زبان مشترک بین دو دانش فقه و عرفان عملی موجود است، از این مرحله عبور نمودیم.

۲. آنچه در اینجا به‌عنوان ادله اشتراک مطرح شده، عمدتاً برگرفته از کتاب «مبانی الفقه الفاعل فی القواعد الفقهية الاساسية»، جلد سوم و صص ۳۵-۳۹.

۳. «و الوجه فی كونها من ضروریات الدین أن ملاك ضروری الدین: إما نص الكتاب المجید و صراحته بالحکم أو صراحة السنة القطعية المتواترة بین الفريقین أو إجماع الفريقین و اتفاق جمیع المسلمین علیه و اشتراك الأحکام بین جمیع المكلفین فی جمیع الأعصار - بالمعنی الذی بیناه - مما اتفق علیه الفريقان و جمیع المسلمین و علیه فمنکر الاشتراك مع المعرفة و الالتفات إلى لازمه مرتد بلا إشكال» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۳۶).

۲. طوایفی از آیات قرآن

طائفة اول: آیاتی که متعلق تکلیف در آن عموم مؤمنین می باشند. استدلال به این آیات برای اشتراک مبتنی بر این است که اولاً عموم آیات را مختص به مشافهین ندانیم و ثانیاً تذکیر آن را صرفاً از باب غلبه ذکور بدانیم.^۱

طائفة دوم: آیاتی که متعلق تکلیف در آن طبیعت مکلف است مثل طبیعت مستطیع و طبیعت زانی و زانیه.^۲

طائفة سوم: آیاتی که دلالت بر شمول و فراگیری رسالت رسول خاتم صلی الله علیه و آله می نماید.^۳

طائفة چهارم: تمام آیات الاحکامی که با اطلاقش جمیع مکلفین را شامل می شود.

۳. طوایفی از روایات

طائفة اول: روایاتی که دلالت بر بقاء حرام و حلال شریعت رسول خدا صلی الله علیه و آله تا روز قیامت می کند و علامه مجلسی در بحار تواتر این اخبار را مدعی شده است^۴ مثل صحیح زراره^۵ و موثق سماعة بن مهران.^۶

طائفة دوم: روایاتی که دلالت بر تازگی قرآن در هر عصری می کند که به اعتقاد برخی از محققین با تنقیح مناط قطعی در مورد سنت هم جاری است^۷ مثل صحیح

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۵۴

۱. به عنوان نمونه ر.ک: مائده ۱/ و ۶، نساء ۱۰۳ و ۲۹.

۲. به عنوان نمونه ر.ک: آل عمران ۹۷؛ نور ۲.

۳. به عنوان نمونه ر.ک: سبأ ۲۸؛ انعام ۱۹.

۴. «... مع أنّ الأخبار المتواترة تدل على عدم اختصاص أحكام القرآن والسنة بزمان دون زمان، وأنّ حلال محمد صلی الله علیه و آله حلال إلى يوم القيامة، و حرامه حرام إلى يوم القيامة» (مجلسی، ۱۴۰۳، ق ۸۲ / ۱۴۹).

۵. «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحلال والحرام. فقال عليه السلام: حلال محمد حلال إلى يوم القيامة وحرامه حرام إلى يوم القيامة لا يكون غيره ولا يغيّ غير» (كلینی، ۱۴۰۷، ق ۱ / ۵۸).

۶. «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: فاصبر كما صبر أولو العزم من الرسل. فقال عليه السلام: نوح و إبراهيم و موسى و عيسى عليهم السلام و محمد صلی الله علیه و آله. إلى أن قال: فكلّ نبيّ جاء بعد المسيح أخذ بشريعته و منهاجه حتى جاء محمد صلی الله علیه و آله بالقرآن و بشريعته و منهاجه، فحلاله حلال إلى يوم القيامة و حرامه حرام إلى يوم القيامة...» (كلینی، ۱۴۰۷، ق ۲ / ۱۷).

۷. «فإنّ هذه النصوص وإن ورد في القرآن، إلّا أنّ الضرورة قاضية بعدم الفرق بين القرآن والسنة و الكتاب و العترة من جهة اشتراك الأحكام المستفاد منها بين جميع المكلفين و عدم اختصاصها بقوم دون قوم.» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵، ق ۳ / ۴۵).

فضیل بن یسار^۱ و روایت ابوبصیر^۲.

طائفة سوم: تمام روایاتی که به اطلاق یا عمومش جمیع مکلفین را شامل می شود. محقق بجنوردی بعد از ذکر روایات اشتراک ابتدا رفع استبعاد از ادعای تواتر اخبار بر اشتراک نموده و سپس این ادعا را برای شخص متبّع، بعد از ملاحظه جمیع اخبار دست یافتنی دانسته است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۶۲).

ادله مراتب ایمان

۱. قرآن

از روشن ترین آیاتی که دلالت بر ثبوت مراتب برای ایمان می کند، آیاتی است که مؤمنین را دعوت به ایمان می نماید.^۳

علامه طباطبایی در ذیل آیه ۱۳۴ سوره مبارکه بقره، با ملاحظه مجموع آیات قرآن و انضمام برخی از آیات به بعض دیگر مجموعاً چهار مرتبه برای ایمان به اثبات می رساند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۱/ ۳۰۱-۳۰۶).

۲. روایات

مرحوم کلینی ذیل «کتاب الایمان و الکفر» دو باب را به «درجات الایمان» اختصاص داده و مجموعاً شش حدیث در آنجا ذکر کرده اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲/ ۴۵-۴۲). مرحوم شیخ حرّ در «کتاب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر»، «ابواب الامر و النهی و ما یناسبهما»، ذیل باب ۱۴ با عنوان: «اسْتَحْبَابُ الرَّفْقِ بِالْمُؤْمِنِينَ فِي أَمْرِهِمْ بِالْمُنْذُوبَاتِ وَ الْإِقْتِصَارِ عَلَى مَا لَا يَثْقُلُ عَلَى الْمَأْمُورِ وَ يُزْهَدُ فِي الدِّينِ وَ كَذَا النَّهْيُ عَنِ الْمَكْرُوهَاتِ» به شش حدیث کافی، سه حدیث دیگر هم اضافه نموده و مجموعاً نه حدیث ذکر کرده اند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۶/ ۱۶۵-۱۵۹). از مجموع این احادیث، در چهار

۱. «قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الرواية، ما من القرآن آية إلا ولها ظهرو و بطن فقال عليه السلام: ظهره تنزيله و بطنه تأويله، منه ما قد مضى و منه ما لم يكن، يجري كما يجري الشمس و القمر، كلما جاء تأويل شيء منه يكون على الأموات كما يكون على الأحياء...» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۸۹/ ۹۸).

۲. حضرت صادق عليه السلام: «لو كانت إذا نزلت آية على رجل ثم مات ذلك الرجل ماتت الآية، مات الكتاب و السنة و لكنه يجري فيمن بقي كما جرى فيمن مضى» (صفار، ۱۴۰۴ق، ۱/ ۳۱).

۳. ر.ک: نساء/ ۱۳۶؛ صف/ ۱۰ و ۱۱.

جمع بین دودسته

با آنکه اجمالاً معلوم است درجات ایمان، مستلزم درجات اعمال و رفتار نیز است و مسلماً کسی که حائز درجات بالای ایمان است، اعمال و رفتارش متفاوت با کسی است که در درجه اول از ایمان قرار دارد. علی رغم این مطلب، هیچ گاه در فقه با شدت و ضعف ایمان به مثابه وصفی تأثیرگذار در موضوعات احکام نظیر ذکورت و انوشت، عسر و یسر، سفر و حضر، مرض و سلم، ضرر و لاضرر، حرج و لا حرج، اکراه و عدم آن، معامله نشده است؛ گویا فقها از احادیث درجات ایمان صرفاً حکم وجوب یا استحباب رفق و مدارا را نسبت به اتیان مستحبات و ترک مکروهات، استظهار نموده اند و گویا اطلاعات این روایات را منصرف از واجبات و محرمات دانسته اند. این در حالی است که ادعای انصراف ادله اشتراک احکام از مکلفینی که در درجات ایمان مختلف اند نیز ممکن، بلکه به مراتب آسان تر و قابل پذیرش تر به نظر

حدیث، درجات ایمان هفت درجه، در یک حدیث، ده درجه و در یک حدیث، ۴۹ درجه که هر درجه ای خود مشتمل بر ده مرتبه است، بیان شده است.^۱

مراتب اسلام و ایمان از مسلمات دانش عرفان عملی است. در کتب عرفان عملی سخن از لوازم این مراتب است؛ مراقبه خاص به هر مرتبه و خطر ابتلای به نفاق اکبر و اعظم، از لوازمی است که در این کتب مورد تأکید قرار گرفته است. واجبات و محرمات کسانی که از ایمان اصغر عبور نموده و وارد اسلام اکبر شده اند، بیش از کسانی است که از ایمان اصغر عبور نکرده اند و به همین ترتیب تکالیف الزامی کسانی که وارد ایمان اکبر شده اند، بیشتر از دو صنف قبلی است (حسینی طهرانی، ۱۴۱۹ق، ۳۰ و ۳۱). کسانی که از مرتبه ایمان اصغر عبور کرده و در حال عبور از اسلام اکبر می باشند لکن هنوز در مرتبه ایمان اکبر استقرار نیافته اند و به آثار و لوازم این مرتبه از ایمان ملتزم نشده اند گرفتار نفاق اکبر می باشند و وعیدهایی که متوجه منافقین است، فی الجمله متوجه این گروه هم است (بحرالعلوم، ۱۴۲۵ق، ۹۱ و ۹۲).

۱. علامه شعرانی در تعلیقات خود بر شرح اصول کافی ملاً صالح مازندرانی، وجه اختلاف عدد درجات ایمان در روایات را بیان نموده اند (مازندرانی، ۱۳۸۲، ۸/۱۲۷).

می‌رسد؛ زیرا اولاً برخی از احادیث درجات ایمان، چنین انصرافی را بر نمی‌تابد؛ ثانیاً انصراف فی الجملة اطلاعات ادله اشتراک احکام مورد وفاق است و به اعتراف فقها اطلاق ادله اشتراک را باید منصرف از اوصاف دخیل در موضوعات احکام، در نظر گرفت.

«مراد از اشتراک در قاعده این است که حکمی که ثابت است برای شخصی با لحاظ جنسیت و سایر خصوصیات که مدخلیت در ثبوت حکم برای آن شخص دارند در حق سایر مکلفینی که به لحاظ جنسیت و صفات همچون وی هستند، ثابت است. نه اینکه مراد این باشد که هر حکمی که برای شخصی ثابت است برای سایر مکلفین هم ولو اینکه در صفات با او متفاوت باشند، ثابت باشد؛ چرا که اختلاف احکام به اختلاف جنس مکلفین و اختلاف آن دسته از حالات و خصوصیات ایشان که در موضوع حکم دخیل است، واضح و روشن است؛ زیرا در مدخلیت بسیاری از قیود و خصوصیات مربوطه به اشخاص مکلفین همچون مرد بودن و زن بودن، سختی و آسانی، سفر و حضر، مریضی و سلامتی، ضرر و حرج و اضطراب و اکراه و عدم این‌ها، و جنابت و حیض و استحاضه، در ثبوت تکلیف جای هیچ شک و تردیدی نیست و الا لازم می‌آید اتحاد جمیع مکلفین در تکلیف در جمیع حالات و این امری است خلاف ضرورت.» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۳۱).

به همین منوال ادعای انصراف ادله اشتراک از وصف ایمان نیز بعدی نخواهد داشت.

مرحله چهارم: کاربست لوازم گزاره مبنایی در دانش مخدوم: انتظام این بحث و اینکه چگونه و با چه طرحی می‌توان احکام متفاوتی برای مکلفین با لحاظ درجات ایمان ایشان ارائه نمود، نیازمند تحقیق مستقلی است. اما قدر مسلم آن است که بر اساس این نگرش دامنه نصوصی که فقیه در استنباط احکام مربوط به صاحبان

۱. مثل روایت یعقوب بن ضحاک در مورد تبری جستن برخی از اصحاب حضرت صادق علیه السلام از برخی دیگر به علت عقیده فاسد ایشان که برخورد حضرت در قبال این تبری جستن حاکی از آن است که رفق و مدارا اختصاص به مستحبات و مکروهات نداشته و در واجبات و محرمات بلکه در اعتقادات نیز جریان دارد. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۶۰/۱۶).

درجات عالیۀ ایمان باید ملاحظه نماید، جمیع گزاره‌های اخلاقی را نیز شامل می‌شود؛ بنابراین قلمروی فقه بر اساس این مبنا به مراتب گسترده‌تر از قلمروی مرسوم آن خواهد بود.

نتیجه‌گیری

میان‌رشته‌ای فرآیند حلّ مسئله از طریق تعامل دو یا چند رشته علمی فی الجمله مسانخ است که به دو صورت موازی و طولی انجام می‌شود. راهبرد میان‌رشته‌ای موازی، تحلیل و مزج عنصری و راهبرد میان‌رشته‌ای طولی، بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق‌سازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفه مضاف است. راهکار پژوهش میان‌رشته‌ای موازی در فقه که در دیگر رشته‌ها نیز قابل استفاده است، متشکل از هفت مرحله است:

۱. مواجهه با مسئله و مشکل.
 ۲. معلوم نمودن دانشی که این مسئله متعلق به آن است.
 ۳. معلوم نمودن دانش‌هایی که نوعی مسانخت با دانشی دارند که مسئله متعلق به آن است.
 ۴. تحلیل دانش پایه و دانش‌های مشابه آن به عناصر سازنده.
 ۵. برقراری ارتباط بین دانش پایه و دانش‌های مشابه آن از طریق تأسیس زبان مشترک.
 ۶. اعتبار سنجی کاربست مبانی، منابع و روش‌های علوم مشابه در علم پایه.
 ۷. کاربست مبانی، منابع و روش‌های علوم مشابه در علم پایه.
- راهکار پژوهش میان‌رشته‌ای طولی در فقه که در دیگر رشته‌ها نیز قابل استفاده است، متشکل از پنج مرحله است:

۱. مواجهه با مشکل.
۲. تعیین علوم خادم.
۳. برقراری ارتباط بین دانش خادم و مخدوم از طریق تأسیس زبان مشترک.
۴. اعتبار سنجی گزاره مبنایی برای دانش مخدوم در دانش خادم.
۵. کاربست لوازم گزاره مبنایی جدید در دانش مخدوم.

لزوم ملاحظه اسماء الله مرتبط با موضوع و حکم، به مثابه قرینه متّصله یا منفصله، در فرایند استنباط احکام و اختلاف احکام به اختلاف درجات ایمان، به عنوان یکی از مبانی کلامی فقه، از جمله نتایج تحقیقات میان رشته‌ای در فقه است که در این تحقیق به اثبات رسید.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ ق). **کفایة الاصول**. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
آزادی احمد آبادی، قاسم و نور محمدی، حمزه علی. (۱۳۹۷). **مطالعات میان رشته‌ای: سنجش، تحلیل، شاخص‌ها و رویکردها**. تهران: کتابدار.

ابن عجبیه الحسنى، احمد. (۱۴۱۹ ق). **البحر المديد في تفسير القرآن المجيد**. قاهره: حسن عباس زکی.

امینی نژاد، علی. (۱۳۹۲). **آموزش پودمانی مبانی عرفان اسلامی**. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی:.

انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ ق). **فوائد الاصول**. چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
انصاری، مرتضی. (۱۳۸۳ ق). **مطارح الانظار**. ابوالقاسم کلانتری، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ ق). **القواعد الفقهية**. قم: نشر الهادی.
بحر العلوم، سید مهدی. (۱۴۲۵ ق). **رسالة سير و سلوك**. چاپ هفتم، مشهد: انتشارات نور ملکوت قرآن.

برزگر، ابراهیم. (۱۳۸۶). **مطالعات میان رشته‌ای در ایران**. تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
جنّاتی شاهرودی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۰). **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی**. تهران: کیهان.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق). **وسائل الشیعة**. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
حسینی طهرانی، سید محمد حسین. (۱۴۴۴ ق). **نور ملکوت روز ۵**. مشهد: مؤسسه ترجمه و نشر دوره علوم و معارف اسلام.

حسینی طهرانی، سید محمد حسین. (۱۴۱۹ ق). **رسالة لبّ الباب در سير و سلوك اولی الالباب**. چاپ نهم، مشهد: انتشارات علامه طباطبائی.

خادمیان، محمد رضا. (۱۳۹۶). **جایگاه موضوع شناسی در اجتهاد**. قم: بوستان کتاب.

راهکارهای توسعه
تحقیقات میان رشته‌ای
در فقه

خورسندی طاسکوه، علی. (۱۳۹۶). **گفتمان میان رشته‌ای دانش**. چاپ دوم، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی وزارت علوم.

سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۵ ق). **مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الاساسیة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.

صدر، سید محمد باقر. (۱۴۱۸ ق). **دروس فی علم الاصول**. چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

صفار، محمد بن حسن. (۱۴۰۴ ق). **بصائر الدرجات فی فضائل آل محمد صلی الله علیهم**. چاپ دوم، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.

ضیائی فر، سعید. (۱۳۸۸). **تأثیر اخلاق در اجتهاد**. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

ضیائی فر، سعید. (۱۳۹۸). **فلسفه علم فقه**. چاپ دوم، تهران: سمت.

طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۳۹۰ ق). **المیزان فی تفسیر القرآن**. چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. (۱۳۹۶). **فقه و مصلحت**. چاپ چهارم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

فاضل لنکرانی، محمد جواد. (۱۴۰۰). **فقه نظام؛ ماهیت، ارکان و مختصات**. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

فرامرزی قرا ملک، احد. (۱۳۹۰). **روش شناسی مطالعات دینی**. چاپ پنجم، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۳۷۶). **المحجّة البیضاء**. چاپ چهارم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). **الکافی**. چاپ چهارم، تهران: اسلامیه.

مازندرانی، محمد صالح بن احمد. (۱۳۸۲). **شرح الکافی- الاصول و الروضة**. تهران: المکتبه الاسلامیه.

مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۳ ق). **بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار**. چاپ دوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ ق). **اصول فقه**. چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرّسین بقم.

ملکی تبریزی، جواد. (۱۴۱۶ ق). **المراقبات «أعمال السنة»**. قم: الاعتصام.

واسطی، عبدالحمید. (۱۴۰۱). **الکوریتم اجتهاد**. چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۶.

واسطی، عبدالحمید. (۱۳۸۸). نگرش سیستمی به دین: بررسی هویت استراتژیک دین. مشهد: مؤسسه مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلام نور.

هدایتی، محمد. (۱۳۹۲). مناسبات اخلاق و فقه در گفتگوی دانشوران. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

وکیلی، محمد حسن. (۱۳۹۹). علم دینی از چپستی تا چگونگی. چاپ دوم، مشهد: مؤسسه مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلام.

مقالات:

تمدن، محمد حسین، «علم اقتصاد و مطالعات میان رشته‌ای»، فصلنامه سخن سمت، ۱۳۷۸، - (۵)، ۲۱-۱۳.

پاکتچی، احمد، «الزامات زبان‌شناختی مطالعات میان رشته‌ای»، فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی، ۱۳۸۷، ۱ (۱)، ۱۳۵-۱۱۱.

حاتمی، محمدرضا و روشن چشم، حامد، «راهکار همگرایی رشته‌های علمی در مطالعات میان رشته‌ای»، فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی، ۱۳۹۰، ۳ (۴)، ۶۰-۴۵.

خورسندی طاسکوه، علی، «تنوع گونه‌شناختی در آموزش و پژوهش میان رشته‌ای»، فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی، ۱۳۸۸، ۱ (۴)، ۸۳-۵۸.

ریسمانیف، امیر، «بازکاوی پندار بین رشته‌ای بودن علم اطلاعات»، مطالعات کتابداری و علم اطلاعات، ۱۳۸۸، ۱۶-۱ (۳)، ۱۴۶-۱۱۳.

Hubenthal, U. (1994). Interdisciplinary thought. *Issues in Integrative Studies*, 12: 55- 75.

Klein, J. T. (2008). Evaluation of interdisciplinary and transdisciplinary research: *a literature review*. *American journal of preventive medicine*, 35(2), 116- 123.

Repko, A. F. (2005). *Interdisciplinary practice: A student guide to research and writing*. Boston: Pearson Custom.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳
۶۲



Distinguishing Functional Analysis in *Imāmīyyah* Criminal Jurisprudence

Mohammad Morvarid¹ ; Mohammadali Hajjidehabadi²

1. PhD student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences Mashhad-Iran ;
(Corresponding Author). mdmd1370@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-3198-5071>

2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, University of Qom;
dr_hajjidehabadi@yahoo.com; <https://orcid.org/0000-0001-6109-2971>

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 26 November 2024

Received in revised form 13 March 2025

Accepted 14 March 2025

Keywords:

Functionalism, Criminal Jurisprudence, Punishments, Ḥudūd, Ta'zīrāt, Punishment Consequences.

ABSTRACT

An important aspect of the jurisprudential approach to punishments is considering their functions, effects, and consequences. The extent to which these factors can be relied upon in permitting or prohibiting the implementation of a punishment is a significant issue, particularly from the perspective of governmental criminal jurisprudence.

Using a descriptive-analytical method, based on legal (shar'ī) sources and the propositions found in the works of jurists, this study aims to take a comprehensive view of this issue. The findings indicate that, in addition to the explicit legal evidence regarding the functions of punishment in general, Islamic jurists have actively employed functional analysis in their critique and examination of punishments.

However, while jurists' perspectives on the purpose of ḥudūd (punishments prescribed by Islamic law) and ta'zīrāt (discretionary penalties) have contributed to the development of functionalism in ta'zīrī punishments to some extent, they have had little impact on ḥudūd punishments. Jurists have also given considerable attention to the negative side effects of ḥadī

Cite this article:

Morvarid. M & others. (2024). **Distinguishing Functional Analysis in *Imāmīyyah* Criminal Jurisprudence.** *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.77244>



and ta'zīrī punishments, sometimes even issuing fatwās prohibiting or delaying their implementation due to their harmful effects on individuals or society.

Overall, Islamic jurisprudence has significant potential for incorporating functionalist considerations in punishment. However, this important issue has not yet received the scholarly attention and research it deserves.

کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه^۱

محمد مروارید^۱؛ محمدعلی حاجی ده‌آبادی^۲

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. مشهد، ایران.

رایانامه: mdmd1370@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3198-5071>

۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم: قم، ایران. رایانامه: dr_hajidehabadi@yahoo.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۵

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

چکیده

۶۵ ازجمله مباحث مهم در نگرش فقهی به مجازات‌ها توجه به کارکردها، آثار و پیامدهای آنهاست. این مسئله که تاجه‌حد در تجویز یا عدم تجویز استفاده از یک کیفر می‌توان به امور یادشده تمسک نمود از مسایلی است که به‌ویژه از منظر فقه جزایی حکومتی جای بررسی دارد. مقاله حاضر می‌کوشد با روشی توصیفی تحلیلی و بر اساس منابع شرعی و با تمسک به گزاره‌های موجود در آثار فقیهان، نگرشی کلان به این مهم داشته باشد. یافته‌های تحقیق بیانگر این است که افزون بر صراحت یا ظهوری که در ادله شرعی نسبت به کارکردهای مجازات به‌طور عام وجود دارد، فقیهان اسلامی به‌صراحت در نقد و بررسی مجازات‌ها از تحلیل کارکردی بهره جسته‌اند. بااین‌وجود تلقی فقیهان نسبت به هدف از

۱. مروارید، محمد و حاجی ده‌آبادی، محمدعلی (۱۴۰۳). کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه. جستارهای



© The Author(s)



<https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.77244>

فقهی و اصولی. ۳۶: (۳): ۱۰ صص: ۳۵-۱۱۰

حدود و تعزیرات، توانسته است، کم‌وبیش، به کارکردگرایی در مجازات‌های تعزیری بیانجامد؛ اما تأثیر چندانی بر مجازات‌های حدی نداشته است. همچنین فقیهان به آثار جانبی منفی مجازات‌های حدی و تعزیری توجه شایانی نداشته‌اند حتی گاهی به دلیل این آثار منفی بر فرد یا جامعه، فتوا به ممنوعیت اجرای حد یا تأخیر آن داده‌اند. درهرحال، فقه اسلامی ظرفیت‌های بسیاری برای توجه به کارکردگرایی کیفر دارد اما آن چنانکه بایسته است این مهم موردتوجه و پژوهش قرار نگرفته است.

کلیدواژه‌ها: کارکردگرایی، فقه جزایی، مجازات، حدود، تعزیرات، پیامدهای مجازات.

مقدمه

فقیهان اسلامی با رویکردها و گرایش‌های مختلف به عرصه تعیین جرایم و مجازات‌ها وارد شده و به نتایج نسبتاً متفاوت دست یافته‌اند. از یک سو تحلیل و بررسی این رویکردها و گرایش‌ها نقش بسزایی در فهم فتاوی ایشان دارد و از سوی دیگر، می‌توان بر اساس وحدت روش و رویه یک فقیه، دیدگاه او را در مسایلی که به آن‌ها نپرداخته است، استخراج کرد. حاصل این مباحث، پدید آیی شاخه‌های جدیدی در عرصه مباحث کیفری است که فقه التجریم (فقه جرم‌انگاری) و فقه العقوبات (شامل دو حوزه فقه کیفرگذاری و فقه کیفردهی)، نمونه‌هایی از آن است و مطالبی بسیار فراتر از آنچه در کتاب‌های فقهی ذیل فقه الحدود و القصاص و التعزیرات مطرح می‌شود را در برمی‌گیرد. ازجمله مسائل مهم در بررسی فقهی مجازات‌های اسلامی توجه به کارکردهای فردی و اجتماعی مجازات‌ها است. مقصود از کارکردها، نتایج و آثار خواسته یا ناخواسته‌ای است که بر مجازات‌ها بار می‌شوند و چه‌بسا با اهداف و اغراض موردنظر از وضع آن‌ها متفاوت و متغایر باشند. کارکردگرایی^۱، یکی از مکاتب اصلی جامعه‌شناسی است. تحلیل کارکردی عبارت است از بررسی اجزای یک کل و نقش و سهم هرکدام در هدف مانند بررسی آناتومی بدن و کارکرد هر عضوی از اعضای بدن. جامعه‌شناس از این تحلیل برای

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۶۶

1. Functionalism.

بررسی اجزای جامعه به عنوان یک شبکه سازمان یافته از گروه های در حال همکاری بهره می برد (آزاد ارملی، ۱۳۹۳، ۱۲۷). کارکردگرایی بر این انگاره استوار است که جامعه مانند یک ارگان زیستی بزرگ است که اعضا و جوارح مختلف آن هرکدام وظیفه و کار معینی انجام می دهد که در رابطه با کار و وظیفه سایر اعضا و اجزا به انجام کل بدن کمک می کند و وظایف هرکدام به نوبه خود ضروری و اجتناب ناپذیر است؛ چراکه به کلیت نظام و حفظ آن کمک می کند.

از این منظر کارکرد یک پدیده اجتماعی، اثر یا پیامدی است که یک پدیده در ثبات، بقا و انسجام اجتماعی دارد. طبیعی است که اگر پیامدها منفی باشد یا به تعبیر دیگر، جمع جبری آثار و پیامدهای مثبت و منفی یک پدیده اجتماعی به گونه ای باشد که پیامدهای منفی غلبه داشته باشد، توجیهی برای پذیرش آن پدیده اجتماعی یا حفظ و تداوم آن وجود ندارد.

هرچند خاستگاه کارکردگرایی در دانش جامعه شناسی است ولی صرفاً جنبه اجتماعی ندارد و می توان از منظر فردی نیز آن را در نظر گرفت؛ یعنی پیامدهای یک پدیده بر فرد را هم مورد مذاقه قرار داد. به لحاظ جامعه شناختی نیز کارکردگرایی ابعاد مختلف اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، تربیتی، خانوادگی و ... را در بر می گیرد.

امروزه در فرایند قانون گذاری در کشورهای پیشرفته، پیوست های مختلف یک قانون مورد توجه قرار می گیرد و دستگاه های قانون گذار موظفند تا فهرستی از پیامدهای اجتماعی، در ابعاد مختلف یاد شده، را در اختیار متصدیان وضع قوانین قرار دهند. با توجه به مباحث پیش گفته جای این پرسش وجود دارد که در قانون گذاری مبتنی بر شریعت و به اصطلاح در فرایند استخراج حکم فقهی و اجتهاد، این مهم تا چه میزان و از چه ابعادی مورد توجه قرار گرفته است.

شایان ذکر است که با وجود تأکیدات رهبر معظم انقلاب اسلامی بر ضرورت توجه به این مهم در فرایند قانون گذاری و با وجود مباحث کارشناسی که در مرکز پژوهش های مجلس و سایر مراکز صورت می گیرد یا در مقدمه طرح ها و لوایح به عنوان مقدمه توجیهی ارائه می شود، کوشش نظام مندی دیده نمی شود. بازخوانی گفته مقام معظم رهبری در این بحث می تواند ضرورت و اهمیت این گونه مباحث

را بیش از پیش مبرهن سازد. ایشان در سال ۱۳۸۶ در جمع اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی فرمودند: «لازم است برای هر تصمیم مهم اقتصادی، مالی و مدیریتی پیوست فرهنگی تهیه شود». در سال ۱۳۹۲ با گله از بی توجهی به این توصیه فرمودند: «اینکه ما گفتیم مسائل اقتصادی و مسائل گوناگون مهم پیوست فرهنگی داشته باشد معنای آن همین است؛ معنای آن این است که یک حرکت اساسی که در زمینه سیاست، در زمینه سازندگی، در زمینه فن آوری، تولید، پیشرفت علم می خواهیم انجام دهیم ملتفت لوازم فرهنگی آن باشیم». ایشان پیش از آن در ملاقات با نمایندگان مجلس در سال ۱۳۸۸ فرمودند: «هر قانونی که شما بگذرانید ولو به حسب ظاهر ارتباط با مسائل تربیتی و فرهنگی هم ندارد، یک قانون اقتصادی فرض بفرمایید، این قانون یک اثر مستقیم یا غیرمستقیم فرهنگی و اخلاقی و تربیتی بر روی مردم دارد و باید مدنظر قرار گیرد.»

این که در فقه اسلامی تاجه حد به این کارکردها توجه شده و حکومت اسلامی تا چه میزان بایستی این مهم را مدنظر داشته باشد و اساساً این گونه کارکردها چه تأثیری بر جواز یا عدم جواز و به طور کلی احکام مجازات های اسلامی می گذارند، موضوعی است که با وجود اهمیت فراوان آن تاکنون به صورت مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. اهداف حدود و تعزیرات و تأثیر آن در موضوعاتی چون «تعدد جرم» در پژوهش هایی مورد بررسی قرار گرفته است؛ همچون مقاله «اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و سازوکار حل تلاقی آن» منتشر شده در نشریه فقه اهل بیت، شماره ۷۵ و ۷۶ (غلامی و آقایی میدی، ۱۳۹۲، ۱۹۳ تا ۲۲۴) و مقاله «تأثیر پذیری قواعد تعدد جرم از اهداف تعزیر» منتشر شده در نشریه پژوهش حقوق کیفری شماره ۳۸ (عباسی و صادقی و فروغی و ساداتی، ۱۴۰۱، ۷۵ تا ۱۱۰).

پژوهش های صورت گرفته یا به نگرش فقهی فقیهان پرداخته اند یا صرفاً به تأثیر هدف مجازات بر نوع و میزان مجازات پرداخته اند و از آثار و پیامدهای ناخواسته مجازات که بخشی از کارکردهای مجازات هستند، غفلت کرده اند. پژوهش حاضر توانسته است با تبیین کارکردگرایی کیفر به عنوان رویکردی جدید در فقه جزایی، کاربرد نگرش کارکردی به مجازات را در آثار فقیهان بررسی نموده و ظرفیت فقه

موجود را برای پیگیری این رویکرد اثبات نماید.

این تحقیق مشتمل بر دو قسمت اصلی است:

۱- کارکردگرایی کیفر در پژوهش‌های پیشین فقیهان؛ بدین معنا که فقیهان تا چه میزان به اهداف مجازات‌ها یا آثار جانبی مثبت یا منفی آن‌ها بر فرد، خانواده یا جامعه توجه کرده و آن‌ها را در تعیین حکم شرعی مجازات دخالت می‌داده‌اند؟ همچنین توجه به پیشینه کارکردهای مجازات در اندیشه و آثار فقیهان متقدم و متأخر.

۲- ظرفیت‌های فقهی برای کارکردگرایی کیفر؛ مهم‌ترین ظرفیت‌هایی که در منابع دینی، قواعد فقهی و اصولی برای لحاظ کارکردهای کیفر و بهره‌گیری از یافته‌های دانش‌های بشری در این خصوص وجود دارد کدام‌اند؟ در این بخش به ظرفیت‌هایی اشاره می‌شود که بعضی از آن‌ها مورد استفاده فقیهان در پژوهش‌های پیشین فقهی بوده و بعضی دیگر مغفول مانده‌اند.

۱. کارکردگرایی کیفر در پژوهش‌های پیشین فقیهان

کارکردگرایی، سابقه و پیشینه روشنی در دیدگاه فقیهان متقدم و متأخر دارد. کارکردگرایی کیفر از جهات مختلفی مورد توجه قرار گرفته است. از یک سو به اهداف مجازات‌ها و آنچه هنگام وضع مجازات، مدنظر قانون‌گذار بوده توجه شده و از سوی دیگر، آثار جانبی و تبعات مجازات، فارغ از هدف و مقصود ذهنی قانون‌گذار، مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. در بعضی موارد، درجه اهمیت آثار و تبعات منفی مجازات از اهمیت هدف از مجازات بیشتر است. در ادامه این مهم را با کاوش در آثار فقیهان دنبال می‌کنیم.

پیش از آغاز این بحث، ذکر این مقدمه ضروری است که مقصود ما از «مجازات»؛^۱ هرگونه پاسخ^۲ یا واکنش^۳ به جرم نیست. در تعریف مجازات، نظرات گوناگونی از حیث سعه و ضیق بیان شده است. برخی مجازات را یک واکنش

1. Punishment.

2. Response.

3. Reaction.

سرکوب گرانۀ اجتماعی می‌دانند و چهار ویژگی خوارکننده بودن، رنج آور بودن، معین بودن و قطعی بودن را برای آن، ضروری قلمداد می‌کنند (بولک، ۱۳۸۵: ۶۱). برخی دیگر مجازات را چنین تعریف کرده‌اند: «تحمیل رنج و محرومیت عمدی، به انسان مسئولی که به دلیل نقض قوانین کیفری به موجب حکم مرجع قضایی صلاحیت‌دار، مجرم شناخته شده است.» (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۶۰/۳) اما به نظر می‌رسد بهترین و دقیق‌ترین تعریف، چنین باشد: «محرومیت، صدمه یا درد و رنجی که طی یک فرایند قانونی از طرف مرجعی رسمی و حکومتی نسبت به کسی که مرتکب عمل مجرمانه شده است به نحو آگاهانه یا عمدی تحمیل می‌شود.» (غلامی، ۱۳۹۹: ۴۱؛ الهام و برهانی، ۱۳۹۷: ۳۴/۲).

بنابراین ما در این تحقیق به کارکردهای اقدامات تأمینی و تربیتی، پاسخ‌های اصلاحی و بازپرورانه، پاسخ‌های اداری و مدنی و پاسخ‌های پیشگیرانه نمی‌پردازیم. همچنین کارکردهای واکنش غیررسمی جامعه یا بزه‌دیده به یک رفتار ناهنجار از موضوع این تحقیق خارج است.

۱/۱. توجه فقیهان به اهداف شارع از مجازات

از نگاه بیشتر فقیهان، مجازات و عقوبت به عنوان پاسخی دولتی به جرایم، به دودسته «حدود» و «تعزیرات» تقسیم می‌شوند (رک: حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۳۶/۴)؛ همان گونه که دوگانه حد و تعزیر در بسیاری از روایات به وضوح قابل مشاهده است.^۱ از نگاه برخی از فقیهان، قصاص و دیه، با مجازات‌های یادشده تفاوت مشخصی دارند از این حیث که این دو در جرایم علیه اشخاص، صرفاً حقی در اختیار مجنی علیه یا اولیای دم هستند که استیفای آن یا گذشت از آن وابسته به اراده آنان است (خلخال، ۱۴۲۷ق، ۱۷۱/۱؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ۴۴۳/۲). برخی از حقوق‌دانان معتقدند، قصاص، همان دادخواهی فردی و مقابله به مثل جنایتی است که جانی مرتکب شده است. همچنین دیه، نه ماهیت مجازات دارد و نه جبران خسارت مالی است بلکه

۱. ازجمله: «... مَنْ قَالَ لَهُ يَا وَلَدَ لَمْ يُجْلَدْ إِنَّمَا يُعْزَرُ وَهُوَ دُونَ الْعَدَا...» («فِي رَجُلٍ سَبَّ رَجُلًا بِغَيْرِ قَذْفٍ عَرَّضَ بِهِ هَلَّ عَلَيْهِ حَدٌّ قَالَ عَلَيْهِ تَعْزِيرٌ.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۰۶/۷ و ۲۴۳/۷)

یک نهاد مستقل حقوقی با ماهیت دوگانه است (اردبیلی، ۱۳۹۵، ۶۳/۳ و ۶۴).

از نگاه بعضی از فقیهان متأخر، مجازات دیگری با عنوان «تأدیب» وجود دارد. تعزیر، مجازات نامعین برای رفتاری است که معصیت و گناه محسوب می‌شود؛ اما تأدیب، به ازای رفتاری است که لزوماً ارتکاب آن توسط فرد، حرام نیست و گناه محسوب نمی‌شود اما دربردارنده مفسده است یا اینکه از شخص غیرقابل تکلیف مثل فرد نابالغ یا مجنون صادر شده است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ۴۷۶؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ۳۵۸/۲).

این مجازات به عنوان قسم جدید از مجازات، سابقه‌ای در سخنان فقیهان متقدم نداشته است؛ بلکه تمام مجازات‌های نامعین حتی مجازات فرد نابالغ و مجنون، ذیل تعزیرات قرار می‌گرفتند. در بعضی از روایات و متون فقهی متقدم، تعزیر، معادل تأدیب دانسته شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۸۴/۷؛ مفید، ۱۴۱۳ق، المقنعة، ۷۹۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۷/۸؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۱۸؛ عاملی، بی تا، ۱۴۳/۲). ابوالصلاح حلبی تعزیر را چنین تعریف می‌کند: «تعزیر تأدیبی است که تعبداً برای بازداشتن مجرم و مکلفان دیگر انجام می‌شود.» (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۶).

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

تمام مجازات‌ها هدفی را دنبال می‌کنند و برای رسیدن به آن وضع شده‌اند. اگر مجازاتی در عالم بیرون از ذهن، هدف را محقق نکند نقض غرض رخ می‌دهد یا در بهترین حالت، اعمال مجازات، لغو و بی‌فایده خواهد بود. به لحاظ هدف از مجازات، ما شاهد دو رویکرد کلان هستیم: رویکرد گذشته‌نگر^۱ و سزاگرا در برابر رویکرد آینده‌نگر^۲ و فایده‌گرا. رویکرد گذشته‌نگر، مجازات را برای سزادهی به رفتار پیشین فرد لازم می‌داند و آن را نوعی ادای دین اخلاقی و تهذیب معنوی قلمداد می‌کند؛ اما در رویکرد آینده‌نگر، کارکرد و اثربخشی مجازات و بیشتر بودن سود مجازات از هزینه آن، مبنا قرار می‌گیرد البته این رویکرد، لزوماً به مجازات منتهی نمی‌شود بلکه ممکن است اصلاح و بازپروری یا سلب توان بزهکاری، سودی بیشتر از سود مجازات داشته باشند (الهام و برهانی، ۱۳۹۷، ۱۳/۲ تا ۳۰). به عقیده برخی

1. Back-looking approach.

2. Forward-looking approach.

از محققان، ایدئولوژی سزاگرا متأثر از باورهای دینی و مذهبی و ابلیس باوری است (غلامی، ۱۳۹۸، ۳۹۲). این ادعا اگرچه در رابطه با جامعه آمریکا مطرح شده اما ممکن است در رابطه با جامعه ایران نیز به ذهن برسد.

ما در این نوشتار، می‌خواهیم جایگاه رویکرد فایده‌گرا و در نگاه کلان‌تر، کارکردگرایی را در آثار فقیهان و ظرفیت‌های فقهی بررسی کنیم. به اعتقاد برخی از پژوهشگران، مجازات‌های حدی کارکردی اجتماعی دارند. این مجازات‌ها با هدف بازدارندگی عام و حفظ ارزش‌های اخلاقی وضع شده‌اند و قرار است با مهم و حساس جلوه دادن بعضی از گناهان و پررنگ کردن خطوط قرمز رفتاری شریعت، جامعه را از گناهان بزرگی چون زنا، سرقت و شرب خمر باز دارند (مقیم‌حاجی، ۱۴۳۳ق، ۱۰۴/۶۵؛ غلامی و آقایی‌میدی، ۱۳۹۲، ۱۹۷/۷۵). البته لحاظ کارکرد اجتماعی برای آن‌ها به معنای بی‌توجهی به وضعیت فردی بزهکار نیست که اساساً این دو باهم در شریعت ملاحظه شده است. توجه به خصوصیات فردی بزهکار در وضع مجازات و کیفردهی به او که در حقوق کیفری به فردی‌سازی کیفر (تفرید العقوبه) تعبیر می‌شود در مجازات‌های حدی و به خصوص زنا به نحو شگفت‌انگیزی دیده می‌شود؛ به گونه‌ای که می‌توان از ده نوع مجازات برحسب خصوصیات فردی که مرتکب زنا شده است در شریعت سخن گفت. این نوع فردی‌سازی بدون شک با لحاظ کارکردهای مجازات برای هر یک از این افراد بوده و از این حیث، قابل‌بحث و بررسی است.

نکته دیگری که در این رابطه گفتنی است اینکه در شریعت و به تبع آن آثار فقها، کارکردگرایی کیفر با کارکردهای جرم به هم پیوند خورده است. چنین است که در بیان علت یا فلسفه وضع کیفر برای جرایمی چون لواط و زنا، هرچند با تراضی باشند، به آثار شوم این گونه جرایم بر روی فرزندان و نسل‌های آتی انسان توجه شده است و کارکرد جرم‌انگاری و کیفرگذاری برای این گونه جرایم صیانت از نسل انسان یا تربیت آن‌ها بیان شده است. بازخوانی چنین کارکردهایی در ادبیات حقوقی امروزه، صیانت از حقوق بشر در وضع کیفر است و متأسفانه در این خصوص کاری درخور توجه صورت نگرفته است.

در روایتی آمده است که زندیقی از امام صادق علیه السلام پرسید: چرا زنا غدغن و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۷۲

حرام شده است؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند: «به دلیل آنچه در زنا اعم از فساد، از بین رفتن ارثیه‌ها و قطع شدن نسبت‌ها وجود دارد. زن زناکار نمی‌داند چه کسی او را باردار کرده است و فرزند نمی‌داند پدرش کیست و ارحام و نزدیکان شناخته شده‌اش کدام‌اند.» پرسید: چرا لواط حرام شده است؟ امام علیه السلام فرمودند: «به این دلیل که اگر نزدیکی مرد با مرد مجاز باشد مردان از زنان احساس بی‌نیازی می‌کنند و نتیجه آن قطع شدن نسل‌ها و تعطیل شدن فروج است. جایز نمودن این آثار، فساد بسیار دارد.» (طبرسی، ۱۴۰۳ق، ۲/۳۴۷).

البته شاید بتوان از مجموع آنچه در منابع دینی و فقهی آمده است این برداشت را ارائه کرد که در حدود، در غالب موارد، کارکردهای اجتماعی مطمح نظر بوده است ولی در تعزیرات، کارکردهای فردی و بازدارندگی خاص مدنظر است. در تعزیرات، هدف اصلی این است که از طریق مجازات، مجرم از تکرار رفتار مجرمانه خودداری کند و زندگی سالم و قانون‌مندی را در پیش گیرد؛ بنابراین، میزان، کیفیت یا حتی نوع مجازات، بستگی به وضعیت مجرم دارد و عفو حاکم در مجازات‌های تعزیری رایج‌تر است. این تلقی از حدود و تعزیرات بدون دلیل نیست و برخاسته از شواهد و قرائن شرعی است. ازجمله این شواهد عنصر معین بودن یا نبودن در مجازات‌ها است. اگرچه فقیهان شیعه در تعریف «حد» و «تعزیر» اختلاف دارند اما تفاوت کلی این دو از جهت معین بودن یا نامعین بودن غیرقابل انکار است. محقق حلی هر آنچه عقوبت معین دارد را حد و هرچه عقوبت معین ندارد را تعزیر می‌نامد (حلی، ۱۴۰۸ق، ۴/۱۳۶). شهید اول حد را کاملاً، از جهت حداقل و حداکثر، معین می‌داند و تعزیر را تنها در جانب حداکثر معین می‌داند؛ زیرا تعزیر باید کمتر از حد باشد (عاملی، بی‌تا، ۲/۱۴۲). شهید ثانی با پیش‌فرض وجود تعزیرات منصوص، قید «غالباً» را به تعریف تعزیر اضافه می‌کند؛ یعنی حدود، در تمام موارد خود، مقدر هستند اما تعزیرات در اغلب موارد خود مقدر هستند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۱۴/۳۲۶). موسوی اردبیلی چندین اشکال به شهید ثانی وارد می‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۱/۲۲).

تعیین مجازات تعزیری تابع متغیرهایی چون توان روحی و جسمی مجرم و بازدارندگی است (عاملی، بی‌تا، ۲/۱۴۴؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ۱۰/۲۳۰). در روایتی از امام

صادق علیه السلام، راوی درباره میزان تازیانه تعزیری سؤال می‌کند و امام علیه السلام چنین پاسخ می‌دهند: «اندازه تعزیر بر اساس آنچه والی از گناه فرد و توان جسمش می‌بیند تعیین می‌شود.»^۱ همچنین در روایت دیگری آمده است: «چه بسیار گناهی که مجازات آن آگاه کردن گناهکار به گناهش است.» (آمدی، ۱۳۶۶، ۱۸۸).

شیخ طوسی می‌گوید: «حاکم باید در این مورد با اجتهادش نظر کند؛ اگر مجرم نیرومند است و هیچ چیز جز تعزیر او را باز نمی‌دارد تعزیر کند و اگر ضعیف است و تحمل تازیانه ندارد، او را حبس نماید و اگر مصلحت اقتضا می‌کند که هیچ کار نکند، کاری نکند.» (طوسی، ۱۳۸۷، ۹۷/۸).

وهبة الزحیلی در این باره می‌گوید: «تعزیر به اختلاف زمان و مکان متفاوت می‌شود؛ چه بسیار تعزیری که در یک شهر، مجازات است و در شهر دیگر، اکرام فرد محسوب می‌شود!» (زحیلی، ۱۴۰۹، ۲۲/۶). این تفاوت به اختلاف زمان و مکان در واقع از دو حیث قابل تفسیر است. نخست اینکه در کیفرها توجه به خاستگاه‌های اجتماعی آن‌ها ضرورت دارد و باید دید در هر زمان و مکان چه چیزی کیفر به حساب می‌آید. دوم اینکه بر همین اساس بایستی به کارکردهای کیفر توجه داشت که بر حسب زمان و مکان متفاوت است؛ یعنی تابع شرایط و اوضاع و احوال اجتماعی است.

علاوه بر عنصر معین یا نامعین بودن، هدف از تعزیرات در بیانات فقیهانی چون شیخ مفید و شیخ طوسی به صراحت بیان شده است (مفید، ۱۴۱۳، المقنعة، ۷۹۶؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۹۷/۸؛ طوسی، ۱۴۰۰، ۷۱۸ و ۷۱۹ و ۷۲۱؛ حلبی، ۱۴۰۳، ۴۱۶). شیخ طوسی در تعزیر سرقت و کلاهبرداری می‌گوید: «مجازات باید فرد را از بازگشت به مثل این رفتار بازدارد.» (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۱۸ و ۷۱۹) ابوالصلاح حلبی هدف از تعزیر را بازداشتن مجرم و دیگران از انجام جرم می‌داند (حلبی، ۱۴۰۳، ۴۱۶). یحیی بن سعید حلبی، حبس پزیشان جاهل، کرایه‌کنندگان مفلس و عالمان فاسق از سوی امیرالمؤمنین علیه السلام را در

۱. « حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ قَالَ حَدَّثَنَا الْعَبَّاسُ بْنُ مَعْرُوفٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْرَبَارٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام التَّعْزِيرُ فَقَالَ دُونَ الْحَدِّ قَالَ قُلْتُ دُونَ ثَمَانِينَ قَالَ فَقَالَ لَا وَلَكِنَّهُ دُونَ الْأَرْبَعِينَ فَإِنَّهَا حَدُّ الْمَمْلُوكِ قَالَ قُلْتُ وَكَمْ ذَلِكَ قَالَ قَدَّرَ مَا يَرَاهُ الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرُّجُلِ وَفُتُوهُ بِهِ » (صدوق، ۱۳۸۶، ۵۳۸/۲)

جهت صیانت از ابدان، اموال و ادیان مردم از تعرض افراد قلمداد کرده است (حلی، ۱۴۰۵ق، ۵۶۸).

تلقی فقیهان نسبت به هدف از حدود و تعزیرات، توانسته است، کم‌وبیش، به کارکردگرایی در مجازات‌های تعزیری بیانجامد اما تأثیر چندانی بر مجازات‌های حدی نداشته است. در ادامه با نمونه‌هایی از توجه به هدف از مجازات در آثار فقیهان و رویکرد کارکردی بر اساس آن آشنا می‌شویم.

محقق حلی در شرایع الاسلام درباره حدود جاری بر زن مرتکب زنا می‌گوید: «مجازات زن فقط صد ضربه تازیانه است. چیدن مو و نفی بلد جایز نیست.» (حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۴۲/۴، طوسی، ۱۴۰۰ق، ۶۹۴) دلیل ممنوعیت مجازات نفی بلد برای زن زناکار چیست؟ فاضل هندی در پاسخ به این پرسش، دو استدلال کارکردگرایانه دارد که استدلال دوم ایشان مبتنی بر توجه به هدف از مجازات حدی است. او می‌گوید:

«شهوة بر زنان غلبه دارد و معمولاً پرهیز کردن زنان از زنا به دلیل شرم و حیای آنان از نزدیکان و آشنایان و مراقبت نزدیکان از ارتباط یافتن زن با مردان است. نفی بلد، زن را از دسترس و مراقبت خارج می‌کند. دوری از نزدیکان و آشنایان، حیای زنان را کاهش می‌دهد. علاوه بر این، گاه فقر و نیازمندی شدید زمینه را برای باز شدن باب این فحشای بزرگ فراهم می‌نماید و زنان در غربت، مقهور این عوامل

۷۵

می‌شوند.» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ۴۴۶/۱).

این استدلال، یک استدلال کاملاً کارکردگرایانه است و تبعات و رخدادهای پسین یک مجازات مرسوم را بازگو می‌کند تا از این رهگذر، مجازات نفی بلد برای زن زناکار را مجازاتی در جهت مخالف با هدف، اعلام نماید.

صاحب جواهر این نظر را تنها به عنوان یک احتمال مطرح می‌کند ولی معتقد است این احتمال، دلیل شرعی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۲۹/۴۱). بعضی از فقیهان معاصر با صاحب جواهر هم‌نظر هستند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ۱۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ۱۸۲) میرزا جواد تبریزی می‌گوید: «این سخن اجتهاد در برابر نص است. حاکم و والی موظف است نفی بلد را طوری اجرا کند که این تبعات را نداشته باشد بلکه موجب بازدارندگی آن زن شود.» (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ۱۲۲) اما با تأمل در سخن وی، روشن می‌شود

که از نگاه تبریزی نیز، کیفیت اجرای حدود باید کارکرد مثبت داشته باشد اما نوع و میزان مجازات حدی از سوی شارع تعیین شده است؛ بنابراین تشخیص کارکرد مثبت، تأثیری در نوع و میزان مجازات ندارد ولی در کیفیت اجرای مجازات حدی، تأثیرگذار است و می‌تواند کیفیت اجرای مجازات‌های حدی را تحت الشعاع قرار دهد.

در میان فقیهان، در رابطه با تعزیرات، شاهد دو دیدگاه هستیم. **دیدگاه نخست**، تعزیر را منحصر در «ضرب» به معنای تازیانه دانسته و صرفاً میزان آن را در اختیار حاکم قلمداد می‌کند (صافی گلپایگانی، بی‌تا، ۷۴-۵۶). **دیدگاه دوم**، نوع مجازات را نیز با مراعات دو قید در اختیار حاکم می‌داند: نخست اینکه فرد را از مجازات بازدارد و دوم، اینکه خفیف‌تر از حد باشد؛ بنابراین تعزیر می‌تواند تازیانه، حبس، تشهیر، جریمه نقدی یا نفی بلد باشد (منتظری، ۱۴۰۹ق، ۳۱۹/۲؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۴۲/۱). روشن است که کارکردگرایی بر اساس دیدگاه نخست بسیار کم‌رنگ و ضعیف خواهد شد و خود را صرفاً در میزان ضربات تازیانه نشان خواهد داد؛ اما دیدگاه دوم، به دلیل اختیارات بیشتری که به حاکم می‌دهد از ظرفیت بیشتری برای کارکردگرایی برخوردار است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۷۶

یکی از فقیهان، هدف از تعزیر را بازداشتن فرد از رفتار منکر عنوان می‌کند و بر اساس همین نگاه، تعزیر مالی را در مواردی که نسبت به سایر مجازات‌ها، هدف را بهتر محقق می‌کند مانند تخلفات رانندگی و تخلفات گمرکی می‌پذیرد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۶/۱) وی در جای دیگر می‌گوید:

«ما بالوجدان می‌بینیم بعضی از مجرمان، عامدانه به دنبال تازیانه خوردن هستند تا مشهور شوند یا برای ارضای عقده حقارت چنین می‌کنند؛ همان‌طور که وضعیت بعضی از اهل فسق و فجور چنین است. در چنین وضعیتی، نباید به آنان تازیانه بزنیم؛ زیرا هدف از تأدیب حاصل نمی‌شود. بلکه اگر مجازات بازدارنده دیگری وجود دارد باید همان مجازات اعمال گردد.» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۱/۱).

فقهی دیگر به کارکرد مثبت سیاسی و اجتماعی برای مجازات حبس و جریمه نقدی اشاره می‌کند. از دیدگاه او، کارکرد مثبت مجازات حبس و جریمه نقدی از

این قرار است:

«امور مردم فقط با حکومت انتظام می‌یابد و حکومت، مبتنی بر قدرت حاکم بر مجازات مجرمان به نحو مناسب و مفید است ...؛ پس حاکم مختار است در هر موردی و هر زمان و مکانی بر اساس آنچه از جهت حفظ نظام و مصالح مردم مفیدتر است عمل نماید بلکه محدودیت اختیارات حاکم در موضوع مجازات، نقض غرض است ...» (صافی گلپایگانی، بی‌تا، ۹۷).

این کارکرد، زمانی می‌تواند انواع دیگری از مجازات‌های تعزیری را اثبات کند که حاکم در تعیین نوع مجازات دارای اختیار شرعی باشد. درحالی که به باور ایشان، دلیل شرعی، تعزیر را منحصر در تازیانه دانسته است (صافی گلپایگانی، بی‌تا، ۹۸).

۲/۱. توجه فقیهان به آثار جانبی مجازات‌ها

علاوه بر توجه به هدف از مجازات، توجه به آثار جانبی و پیامدهای ناخواسته مجازات نیز نشانه کارکردگرایی است. فقیهان در اجرای حدود، توجه شایانی به آثار جانبی آن داشته‌اند (هاشمی، ۱۳۷۵، ۶۸/۷). تقریباً تمام فقیهان معتقدند که اجرای حد در بلاد کفر جایز نیست؛ زیرا خشم حاصل از اجرای حد ممکن است مجرم را تحریک کند تا به کافران پیوندد (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۲؛ حلی، ۱۴۰۸، ۱۴۳/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۴۴/۴۱). این فتوا بر اساس روایتی از کتاب علل الشرایع صادر شده است.^۱ روشن است که تأخیر اجرای حد در این فرض، مبتنی بر اثر جانبی منفی این مجازات در بلاد کفر است. اجرای این مجازات در چنین موقعیتی مجرم را به پناهندگی به بلاد کفر تشویق می‌کند. بعضی از فقیهان بر اساس علت وارد شده در روایت، این تأخیر در اجرای حد را در حدود سالب جان روا ندانسته‌اند؛ از این جهت که روایت مذکور، تنها به پیامد منفی اجرای حد بر شخص مجرم اشاره دارد و این پیامد منفی در حدود سالب جان بی‌معناست (عاملی، ۱۴۱۳، ۳۸۱/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴،

۱. «أَبِي رَجَمَهُ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى الْخَرَّازِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام لَا أُقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا لَيْلًا تَلَحُّقَهُ الْحَمِيَّةُ فَيُلْحَقَ بِالْعَدُوِّ.» (صدوق، ۱۳۸۶، ۵۴۴/۲)

۳۴۴/۴۱) اما این تخصیص موردنقد فقیهان دیگر قرار گرفته است (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ۲۵۸). می‌توان گفت: اجرای حد در بلاد کفر نه تنها بر شخص مجرم پیامد منفی دارد بلکه زمینه‌ساز تقویت کیان کفر و تضعیف کیان اسلام خواهد شد. فاضل مقداد وجهی برای این فتوا بیان می‌کند که حتی حدود سالب جان را در برمی‌گیرد. او اجرای حد در بلاد کفر را موجب بی‌رغبت شدن کافران نسبت به پذیرش اسلام می‌داند (حلی، ۱۴۲۵ق، ۲/۳۴۲).

این فتوای مشهور به همراه روایت و علتی که برای تأخیر اجرای حد بیان شده است می‌تواند مدرکی برای یک قاعده فقهی محسوب گردد که بیان گر حرمت «تغییر» و نفرت‌سازی در میان مردم نسبت به دین اسلام است. یکی از تطبیقات این قاعده، اجرای حدودی است که به دلیل قرار گرفتن در موقعیت خاص زمانی یا مکانی، موجب شکل‌گیری نفرت عمومی نسبت به اسلام شده و چهره‌ای سیاه از دین به نمایش می‌گذارد. یکی از فقیهان معاصر در این باره می‌گوید:

«اگر اقامه برخی حدود با کیفیت ویژه آن در منطقه‌ای خاص یا در همه مناطق و یا در برهه‌ای از زمان موجب تنفر افکار عمومی از اسلام و احکام آن و در نتیجه تضعیف اساس دین گردد، حاکم مسلمین یا متولی حوزه قضا می‌تواند، بلکه موظف است، اقامه آن حد را تا زمان توجیه افکار عمومی نسبت به مقررات و حدود اسلامی و علت وضع آن‌ها تعطیل نماید.» (منتظری، بی‌تا، ۲/۵۱).

یکی از مجازات‌هایی که به اعتقاد بعضی از فقیهان در عصر کنونی موجب تنفیر می‌شود حد رجم است (منتظری، بی‌تا، ۳/۴۷۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۳/۳۶۲). نقل شده است که امام خمینی رحمته‌الله علیه نیز با اجرای حد رجم در شرایط کنونی مخالف بوده است. یکی از فقیهان معاصر در این باره می‌گوید:

«اگر اجرای حکم رجم یا بعضی حدود دیگر در زمانی منشأ عوارض منفی در جامعه شود و مثلاً موجب وهن مذهب و بدبینی مردم - هرچند در بعضی مناطق دنیا - به اصل مذهب گردد به عنوان ثانوی باید اجرای آن موقتاً متوقف شود و هم‌زمان فلسفه حدود و احکام الهی با زبان روز و منطق و استدلال تبیین گردد.» (منتظری، بی‌تا، ۳/۴۷۳). مسئله دیگر، اجرای حد بر زن باردار است که فتوای رایج، ممنوعیت اجرای

چنین حدی است (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۳/۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۴۹۹/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۸/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۵۱۴/۱). صاحب جواهر ممنوعیت اجرای حد و قصاص بر زن باردار تا زمان وضع حمل را اجماعی می‌داند. حتی اگر فرد دیگری مسئولیت شیردهی به فرزند را به عهده نگرفت اجرای حد تا پایان شیردهی به تعویق می‌افتد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۴۱). برخی از فقیهان برای این فتوا به آیه شریفه «ولا تزر وازرة وزر أخرى» (انعام/۱۶۴) استناد کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۴۹۹/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۸/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۵۱۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۳۰). نباید برای مجازات یک انسان، به انسان دیگر زبانی وارد نمود؛ همان‌گونه که اصل شخصی بودن مجازات‌ها در علم حقوق اقتضا می‌کند. آیت‌الله گلپایگانی این فتوا را مبتنی بر اهم بودن وجوب حفظ جان انسان نسبت به وجوب تسریع در اجرای حد می‌داند (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۳۵۸/۱).

مسئله ممنوعیت اجرای حد زن حامله در چند روایت مطرح شده است؛ ازجمله این روایت:

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

«زن بارداری را که مرتکب زنا شده بود، نزد عمر آوردند. عمر دستور داد سنگسارش کنند. امیرالمؤمنین علیه السلام فرمودند: فرض کن علیه این زن اختیار داری. ۷۹ علیه آنچه در شکم این زن است چه اختیاری داری؟! خداوند فرموده است هیچ کس گناه فرد دیگر را حمل نمی‌کند... پرسید با این زن چه کنم؟ امام علیه السلام فرمودند: نسبت به او احتیاط کن تا فرزندش به دنیا آید. وقتی به دنیا آمد و فردی را یافت که مسئولیت فرزندش را بپذیرد آنگاه حد را اجرا کن...»^۱

شیخ طوسی و محقق حلّی مجازات نفی بلد را برای زنان جایز نمی‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۴؛ حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۲/۴). فاضل هندی در مقام استدلال برای ممنوعیت نفی

۱. «وَرَوَوْا أَنَّهُ أَتَى بِحَامِلٍ قَدْ زَنَتْ فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا فَقَالَ لَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام هَبْ لَكَ سَبِيلَ عَلَيْهَا أَيُّ سَبِيلٍ لَكَ عَلَى مَا فِي بَطْنِهَا وَ اللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ وَ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى فَقَالَ عُمَرُ لَا عَشْتُ لِمُعْصِلَةٍ لَا يَكُونُ لَهَا أَبُو حَسَنٍ ثُمَّ قَالَ فَمَا أَصْنَعُ بِهَا قَالَ اخْتَطَّ عَلَيْهَا حَتَّى تَلِدَ فَإِذَا وَلَدَتْ وَ وَجَدْتَ لَوْلِدَهَا مَنْ يَكْفُلُهُ فَأَقِمِ الْحَدَّ عَلَيْهَا فَسَرَى بِذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَ عَوَّلَ فِي الْحُكْمِ بِهِ عَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام» (مفيد، ۱۴۱۳: ۲۰۴/۱؛ الارشاد، ۲۰۴/۱؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۳۹/۴؛ مغربی، ۱۳۸۵: ۴۵۲/۲ و ۴۵۳/۲)

بلد برای زنان، دو استدلال کارکردگرایانه دارد که یکی از آن دو گذشت. او در استدلال دیگر خود به آثار جانبی نفی بلد زنان اشاره می‌کند. او معتقد است، اگر زن، نفی بلد شود باید با محارم خود مثل همسرش نفی بلد شود که این مجازات مخالف با آیه شریفه «ولا تزوروا زورا آخری» (انعام/۱۶۴) است. همچنین انتقال او به محل دیگر بدون حضور محارم جایز نیست؛ به دلیل روایتی که مسافرت کردن زن بدون محارم را ممنوع دانسته است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ۴۴۶/۱).

جمعی از فقیهان، اجرای حدود در مساجد و حرم امامان معصوم علیهم‌السلام را به دلیل تعظیم جایگاه مسجد و حرم‌های مطهر جایز نمی‌دانند (مفید، ۱۴۱۳ق، المقنعة، ۷۸۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۰/۸؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۰۲). این فتوا مبتنی بر یک روایت است^۱ و احتمالاً تصویر سخت و خشنی که از اجرای مجازات در اذهان باقی می‌ماند در این حکم بی‌تأثیر نبوده است.

موسوی اردبیلی در مقام نقد مجازات‌های تعزیری مالی، به یکی از آثار جانبی این نوع مجازات‌ها اشاره می‌کند که عبارت از تبعیض میان ثروتمندان و نیازمندان است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۷/۱). این تبعیض می‌تواند منشأ بی‌عدالتی کیفری و در نتیجه، تفاوت معنادار آمار ارتکاب جرم میان طبقات مختلف اجتماعی شود. البته او، این پیامد را دارای راه‌حل می‌داند. با فردی کردن مجازات مالی و تعیین آن بر اساس وضعیت مالی مجرم، این معضل قابل حل است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۸/۱).

مجموع شواهد ذکر شده، تأییدی بر رویکرد آینده‌نگر^۲ و غایت‌گرایانه^۳ و ابطال رویکرد گذشته‌نگر^۴ و سزاگرایانه^۵ در هدف از مجازات هستند؛ بدین معنا که آنچه

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۸۰

۱. «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ إِقَامَةِ الْحُدُودِ فِي الْمَسَاجِدِ وَ كَانَ عَلِيٌّ عليه السلام يَأْمُرُ بِإِخْرَاجِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ مِنَ الْمَسْجِدِ.» (مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۴۵/۲)

2. Forward-looking approach.

3. Consequentialism.

4. Back-looking approach.

5. Retributivism.

تحمیل محرومیت، صدمه و رنج را به عنوان مجازات توجیه می کند نتایج و پیامدهای مثبت مجازات است و نه صرفاً قبح رفتار مجرم و استحقاق و سزاواری او برای مجازات. اگرچه قبح رفتار، شرط مسئولیت کیفری است و میزان آن، در تعیین میزان مجازات مؤثر است.

همچنین این نگره تقویت شد که فقیهان در تعزیرات از میان تمام مجازات‌هایی که می توان با رویکرد آینده نگر برای جرم وضع کرد، به کارآمدترین مجازات از حیث کارکرد مثبت و منفی توجه نموده اند. در حدود نیز کارکردهای منفی مجازات‌های حدی را مدنظر داشته اند و در مواردی با استفاده از این کارکردها، اجرای حد را منتفی دانسته یا به تأخیر انداخته اند. توجه همه جانبه به کارکردها و پیامدهای مجازات‌ها تأثیر شگرفی در نگرش ما دارد. به عنوان مثال، توجه به کارکرد حبس، یکی از حقوق دانان را به این نتیجه رسانده است:

«مجرم را با حبس کردن از جامعه دور می کنیم. از طرف دیگر، اصولاً [حبس] رسالتش تربیتی است و آن این است که به بزهکار بفهماند که مرتکب خطا شده و زمینه های بازپذیری اجتماعی اش را آماده کند اما در عمل، تحقق این رسالت‌ها بسیار دشوار است. در اینجا یک نوع تناقض به چشم می خورد؛ زیرا از یک سو می خواهیم فرد مجرم را تربیت کنیم؛ یعنی از نظر اجتماعی بازپذیر کنیم اما از سوی دیگر او را از اجتماع دور می کنیم؛ یعنی به نوعی اجتماع زدایی می کنیم و او را وارد اجتماع و محیط خاص؛ یعنی محیط خردی که متشکل از مجرمین است و دارای خرده فرهنگ ویژه خود است می کنیم.» (مارتی، ۱۳۷۶، ۱۹۴)

در همین زمینه آیت الله هاشمی شاهرودی معتقد است:

«هزینه های سنگینی در تأسیس زندان وجود دارد. اولین هزینه، هزینه بایگانی کردن فرد است به عنوان یک نیروی انسانی که در زندان، محبوس و معطل می ماند و کل خلایق‌ها و تمام نقش تولیدی او ... محدود می شود ... دومین تأثیر منفی زندان بر خانواده زندانیان است. باینکه شخص مجرم مستحق مجازات است ولی در مجازات زندان علاوه بر فرد، خانواده مجرم که هیچ نقشی در ارتکاب جرم نداشته اند نیز با واسطه مجازات می شوند.» (پورهایمی، ۱۳۸۳، ۹۶ و ۹۷)

۲. ظرفیت‌های فقهی برای کارکرد گرای کیفر

در منابع دین، قواعد فقهی و قواعد اصولی، ظرفیت و قابلیت رویکرد کارکردی وجود دارد. چنان‌که گذشت، بخشی از این ظرفیت، از سوی فقیهان مورد استفاده قرار گرفته است اما بخشی دیگر مورد غفلت واقع شده است. شواهد فراوانی را می‌توان یافت که حاکی از توجه به آثار و پیامدهای کیفر و تأثیر این مهم بر حکم اولیهٔ مقرر شده برای کیفری خاص است. در ادامه اهم این ظرفیت‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲/۱. کارکرد مجازات‌ها در آینه منابع روایی

مطالعه دقیق منابع اسلامی نشان می‌دهد که در روایات، پیامدها و آثار کیفر مورد توجه بوده است. این پیامدها گاه از جنبه فردی و گاه از جنبه اجتماعی مورد توجه قرار می‌گرفته است. در ادامه مصادیق و نمونه‌هایی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲/۱/۱. توجه به پیامدهای مجازات قطع دست در تعیین میزان مال سرقتی

از روایات استفاده می‌شود که توجه به پیامدهای قطع دست در تعیین مجازات برای سرقت حدی مورد توجه بوده است. محمد بن مسلم می‌گوید:

«به امام صادق علیه السلام عرض کردم در سرقت چه میزان مال، دست سارق قطع می‌شود؟ ایشان فرمودند: در یک چهارم دینار. گفتم در دو درهم چه؟ امام علیه السلام فرمودند: ارزش دینار هر قدر بالا رود، در یک چهارم دینار. عرض کردم اگر کسی کمتر از یک چهارم دینار را سرقت کرد آیا نام سارق می‌گیرد و در این حال، نزد خداوند سارق محسوب می‌شود؟ فرمودند: هر کس چیزی را از مسلمانی بدزدد که مالش را در حرز نگهداری می‌کند، نام سارق بر او صدق می‌کند و نزد خداوند سارق محسوب می‌شود؛ اما دستش قطع نمی‌شود مگر با دزدیدن یک چهارم دینار یا بیشتر. اگر دست سارقان در کمتر از یک چهارم دینار قطع شود، عموم مردم را دست‌بریده می‌یافتی.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۲۱/۷)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۸۲

۱. «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي كَمْ يُقَطَّعُ السَّارِقُ فَقَالَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ فِي دَرَاهِمَيْنِ فَقَالَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ بَلَغَ الدِّينَارُ مَا بَلَغَ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقَلَّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ هَلْ يَنْعُ عَلَيْهِ جِنِّ سَرَقٍ اسْمُ السَّارِقِ وَهَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ فَقَالَ

این روایت به وضوح بر این نکته تأکید دارد که درجایی که جرمی مانند سرقت شیوع می‌یابد و به سبب اوضاع و احوال اجتماعی یا فرهنگی و اقتصادی بیشتر افراد جامعه با آن درگیر می‌شوند، نمی‌توان از این کیفر استفاده نمود؛ چرا که اجرای چنین مجازاتی باعث می‌شود تصویری که از این جامعه ارائه می‌شود تصویری آزاردهنده باشد و این چنین چیزی درخور جامعه اسلامی نیست و تأکید بر «لَأَلْفَيْتَ عَامَةَ النَّاسِ مُقْطَعِينَ» حکایت از این مهم دارد که نباید تصویری که از جامعه اسلامی برای مخاطب خودی یا غریبه ارائه می‌شود تصویری آزاردهنده و زشت باشد.

۲/۱/۲. نفی تبعیض در اجرای کیفر

از جمله مباحث مهم حقوق کیفری، اصل تساوی افراد در برابر قانون است. بر اساس مفاد این اصل، همه افراد در برابر قانون یکسان هستند و موقعیت نژادی، مذهبی و ... نمی‌تواند باعث فرار فرد از پاسخگویی در قبال عمل مجرمانه خویش شود. البته این اصل، نافی فردی‌سازی مجازات‌ها نیست؛ چه اینکه در فردی‌سازی مجازات‌ها هرچند اصل پاسخگویی فرد در قبال رفتار مجرمانه‌اش پذیرفته می‌شود ولی ویژگی‌های فردی مطلوب او مانند خیرخواهی نسبت به بزه‌دیده پس از وقوع جرم که بیانگر ندامت و پشیمانی اوست و همکاری با پلیس و دادگاه موجب می‌شود تا بر اساس قاعده انصاف، در مجازات او در مقایسه با مجرمی که این گونه نیست متفاوت عمل شود. به هر حال حتی فردی‌سازی نیز اختصاص به یک طبقه یا گروه خاصی ندارد و همه به‌طور مساوی از چنین امتیازی برخوردار هستند.

از روایات استفاده می‌شود که پذیرش اصل تساوی در حقوق کیفری اسلام و فقه جزایی به سبب کارکردهای مهم آن است. در روایتی آمده است: زنی که دارای جایگاهی در قریش بود، سرقت کرد. هنگامی که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله خواست دست او را قطع کند گروهی از قریش در اعتراض به پیامبر صلی الله علیه و آله تجمع کردند و گفتند: «ای رسول خدا! دست زن شریفی مثل فلانی را برای کار ناچیزی قطع می‌کنید؟» حضرت صلی الله علیه و آله فرمودند: «آری، پیشینان شما فقط با چنین چیزی هلاک شدند؛

كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ خَوَّاهُ وَأَخْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَلَكِنْ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا فِي رُبْعٍ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ وَلَوْ قُطِعَتْ أَيْدِي السَّارِقِ فِيمَا هُوَ أَقْلٌ مِنْ رُبْعٍ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَةَ النَّاسِ مُقْطَعِينَ.»

حدود را بر افراد ناتوان اعمال می کردند و افراد توانمند و اشراف را رها می کردند؛ پس هلاک شدند.»^۱ (مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۴۲/۲).

این هلاکت می تواند ناشی از غضب خداوند یا طغیان و شورش مردم یا هردو یا وجوهی دیگر باشد ولی به هر حال پیامبر ﷺ به این کارکرد در بیان وجوب تساوی افراد در اعمال کیفر تمسک می جویند. در روایتی دیگر پیامبر اکرم ﷺ در تبیین علت تساوی افراد در اجرای حدود بر هلاکت قوم بنی اسرائیل به سبب عدم رعایت تساوی در اعمال مجازات ها تصریح می کنند: «او از تعطیل شدن حدود نهی کرد و فرمود: بنی اسرائیل فقط به این دلیل به هلاکت رسیدند که حدود را فقط بر افراد فرودست جاری می کردند و افراد شریف را رها می نمودند.»^۲ (مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۴۲/۲).

۲/۱/۳. عدم اجرای حدود در سرزمین های دشمن با احتمال پیوستن

بزهکار به دشمنان

از جمله موارد دیگری که در روایات و در توجه به کارکردهای کیفر وجود دارد، روایاتی است که از اجرای کیفر بر بزهکار در سرزمین های دشمن نهی می کند و علت این نهی را احتمال پیوستن بزهکار به دشمنان و ازاین رو تقویت جبهه کفر می داند. در روایتی آمده است که امام علی علیه السلام فرمودند: «در سرزمین دشمنان بر کسی حدی اجرا نمی کنم؛ چرا که بیم آن می رود حمیت، فرد را فرا گیرد و به دشمنان ملحق شود.»^۳ (صدوق، ۱۳۸۶ق، ۵۴۵/۲).

۲/۱/۴. ضرورت تأخیر در اجرای حد بر زن باردار یا وضع حمل کرده در

راستای صیانت از حقوق جنین یا کودک

از جمله مواردی که دلالت بر ضرورت توجه به کارکردهای احتمالی کیفر و تأثیر این مهم در تغییر حکم اولیه کیفر دارد، ضرورت به تأخیر انداختن اجرای حد بر زن باردار یا زنی است که وضع حمل کرده و حیات کودک به وجود مادر یا سلامت اوست. باینکه حکم اولیه در اجرای حدود فوریت است اما در این دو مورد از آنجا که

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۸۴

۱. «نَعَمْ إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِمِثْلِ هَذَا كَانُوا يَتَّقُونَ الْخُدُودَ عَلَى ضَعْفَانِهِمْ وَ يَتَوَكَّنُونَ أَقْوِيَاءَهُمْ وَ أَشْرَافَهُمْ فَهَلَكُوا.»

۲. «أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَغْيِيلِ الْخُدُودِ وَ قَالَ إِنَّمَا هَلَكَ بَنُو إِسْرَائِيلَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَّقُونَ الْخُدُودَ عَلَى الْوَضِيعِ دُونَ الشَّرِيفِ.»

۳. «لَا أَقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يُخْرَجَ مِنْهَا لِئَلَّا تَلَحِقَهُ الْحِمِيَّةُ فَيُلْحَقَ بِالْعَدُوِّ»

کارکرد مجازات متضمن ضرر و زیان بر یک انسان بی گناه دیگر است و راهی برای دفع این ضرر جز تأخیر در اجرای مجازات نیست فوریت اجرای مجازات ممنوع می شود. از امام صادق علیه السلام در خصوص زنی که باردار است و مرتکب زناي محصنه شده است سؤال شد. حضرت فرمودند: «آن زن رها می شود تا آنچه در شکم دارد، بزیاد و فرزندش را شیر دهد سپس رجم می شود.»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ۳۹/۴).

۵/۲. توجه دادن به علت مجازات کردن از طریق تبیین کارکرد آن

از جهت لغوی، «حد» به معنای مانع شدن و فاصله انداختن میان دو چیز و «تعزیر» به معنای تأدیب آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۱۹/۳؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۷۴۴/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۴۰/۳ و ۵۶۲/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۵۴/۴۱؛ گلیپایگانی، ۱۴۱۲ق، ۲۰/۱). اهل لغت می گویند: «ریشه تعزیر، تأدیب است.» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵۶۲/۴؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۷۴۴/۲) اما معانی دیگری نیز برای واژه «تعزیر» ذکر شده است مثل یاری کردن، تعظیم و احترام گذاشتن (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۳۵۲/۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ۳۸۳/۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵۶۲/۴).

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

۸۵

بعضی از پژوهشگران، این معانی را به معنای واحد؛ یعنی یاری کردن یا دفاع به همراه تقویت بازگردانده اند؛ زیرا تأدیب نیز نوعی یاری کردن از طریق بازداشتن از ضرری است که فرد به خود وارد می کند (اصفهانى، ۱۴۱۲ق، ۵۶۴؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ۱۰۹/۸). در چندین روایت، تعبیر «تأدیب» به جای «تعزیر» یا در کنار آن آمده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۴۲/۷ و ۲۸۴/۷؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۲۷۳/۴). معنای لغوی «تعزیر» و جانشینی واژه های «تعزیر» و «تأدیب» شاهدی قوی بر هدف شارع از مجازات تعزیری است. فردی در زمان امیرالمؤمنین علیه السلام دیدن رؤیایی خلاف عفت را به دیگری نسبت داد. نزد امام علیه السلام شکایت کردند. حضرت در پاسخ، پس از مخالفت با اجرای حد قذف به دلیل عدم تحقق قذف فرمودند: «... اما او را تازیانه خواهیم زد تا دوباره مسلمانان را آزار ندهد.»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۶۳/۷؛ صدوق، ۱۳۸۶ق، ۵۴۴/۲).

۱. «تَقْرُ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا وَتُزْوِجَ وَلَدَهَا ثُمَّ تُرْجَمُ.»

۲. «... لَكِنْ سَتَضْرِبُهُ حَتَّى لَا يَعُودَ يُؤْذِي الْمُسْلِمِينَ.»

همان‌طور که گذشت، هدف از تعزیرات در بیانات فقیهانی چون شیخ مفید و شیخ طوسی به‌صراحت بیان شده است (مفید، ۱۴۱۳ق، المقنعة، ۷۹۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۷/۸؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۱۸ و ۷۱۹ و ۷۲۱؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۶). ابوالصلاح حلبی هدف از تعزیر را بازداشتن مجرم و دیگران از انجام جرم می‌داند (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۶). یحیی بن سعید حلّی، حبس پزشکان جاهل، کرایه‌کنندگان مفلس و عالمان فاسق از سوی امیرالمؤمنین علیه السلام را در جهت صیانت از ابدان، اموال و ادیان مردم از تعرض افراد قلمداد کرده است (حلّی، ۱۴۰۵ق، ۵۶۸).

روشن است که این نگاه به مجازات، با نظریه سزادهی سنتی، به‌عنوان یکی از مبانی مجازات^۱ سازگاری ندارد؛ از آن جهت که آنچه مجازات را توجیه می‌کند، بازدارندگی عام و خاص است نه اینکه مجرم، فارغ از کارکردها و منافع مجازات برای فرد و جامعه، شایسته و مستحق چنین پاسخی باشد. این نگرش، راه را برای کارکردگرایی می‌گشاید و نگاه‌ها را به‌سوی نقش و کارکرد مجازات در نظام کیفری اسلام جلب می‌کند.

از نگاه بسیاری از فقیهان، علت‌هایی که در روایات برای احکام شرعی بیان شده‌اند در تعمیم و تخصیص حکم شرعی، کارایی دارند. آرای فقیهان در این رابطه بدین ترتیب است:

الف) نظریه مشهور: علت، هم موجب تعمیم حکم و هم موجب تخصیص حکم است.

ب) نظریه میرزای نائینی: علت منصوص اگر واسطه در ثبوت حکم باشد، حکم را تخصیص و تعمیم نمی‌دهد؛ اما علتی که واسطه در عروض حکم باشد مخصص و معمم حکم است (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰ق، ۳۹).

۱. سزادهی گاهی به‌عنوان یکی از مبانی و اهداف مجازات مطرح شده و گاهی به‌عنوان یک شرط و ضابطه در تعیین نوع و میزان مجازات ارائه شده است. سزادهی به‌مثابه یکی از اهداف مجازات به کارکرد فردی و اجتماعی مجازات هیچ توجهی ندارد و صرفاً مجازات را از آن جهت که سزای رفتار مجرم است تجویز می‌کند. سزادهی به‌مثابه یکی از شروط تعیین مجازات، برای مجازات، با هر هدفی، شرطی قرار می‌دهد و آن اینکه مجازات با جرم تناسب داشته باشد، عدالت رعایت شود و برای مصلحت جامعه، مجازاتی سنگین‌تر از میزان قبح رفتار مجرمانه بر فرد اعمال نشود (ر.ک: غلامی، ۱۳۹۹، ۱۱۹-۱۱۴).

علت‌های منصوص و به‌صورت کلی تمام قیودی که در بیان یک حکم ذکر شده‌اند را می‌توان به دودسته تقسیم کرد (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۸۳): **دسته نخست**، علت‌هایی هستند که حیثیت تعلیلیه دارند؛ یعنی صرفاً برای توجیه یک حکم تبعدی بیان شده‌اند و احراز یا عدم احراز علت از سوی مکلف، تأثیری در سعه و ضیق حکم شرعی ندارد مانند اینکه پدری به فرزند خویش بگوید: «درب خانه را برای هیچ کس باز نکن؛ زیرا شاید دشمن من باشد.» پدر ممکن است در این دستور خود، به دلیل بی‌اعتمادی به قدرت تشخیص فرزند، دستور خود را مطلق صادر کرده باشد. بیان علت صرفاً برای توجیه و اقناع فرزند به امتثال دستور است.

دسته دوم، علت‌هایی هستند که حیثیت تقیدیه دارند؛ یعنی اساساً با هدف تضییق و توسعه یک حکم شرعی بیان شده‌اند. شارع به‌جای اینکه حکم شرعی کلی را بیان کند یکی از تطبیقات آن را بیان نموده و آن را مستند به یک قاعده کلی می‌نماید مثلاً پدر به‌جای اینکه به فرزندش دستور دهد تمام مهمانان را اکرام کند، می‌گوید: «علی را اکرام کن؛ چون مهمان من است.»

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

۸۷ به نظر می‌رسد علتی که برای مجازات‌های تعزیری بیان شده است را می‌توان از نوع دوم دانست؛ زیرا اساساً نوع و میزان تعزیرات، بیان نشده و به تشخیص حاکم واگذار شده است؛ لذا علتی که برای تعزیر بیان می‌شود نقشی جز جهت‌دهی به تشخیص حاکم ندارد؛ بنابراین کارکرد مجازات تعزیری، مبنا و پایه تشخیص حاکم برای نوع و میزان مجازات تعزیری خواهد بود؛ اما در مجازات‌های حدی به دلیل معین بودن نوع و میزان مجازات، نمی‌توان به‌راحتی از علت‌های بیان شده مانند «تعظیم محرمات الهی» (موسوی، ۱۴۱۴ق، ۴۵۱)، حیثیت تقیدیه و نوع دوم از علت‌ها را استظهار نمود بلکه به‌احتمال قوی، این علت‌ها با هدف توجیه یک حکم تبعدی و تقویت عمل به آن است.

۲/۲. دلیل‌های حاکم

به نظر می‌رسد دو دلیل، توانایی حکومت بر ادله وجوب اجرای حد و تعزیر را دارند و هر دو دلیل ناظر بر کارکرد مجازات‌ها هستند: آیه شریفه «لا تزر وازرة وزر

آخری» (انعام/۱۶۴) و حدیث «الاضرر» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵/۲۹۳؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۳/۲۳۳). حقوق دانان نیز به مثابه این دو دلیل شرعی، اصل شخصی بودن مجازات‌ها را تأسیس نموده‌اند (الهام و برهانی، ۱۳۹۷، ۲/۳۷).

این دو دلیل شرعی، هرگونه ضرر و زیان اضافه بر مقتضای مجازات را نفی می‌کنند. بعضی از زیان‌ها و فشارهایی که بر اثر مجازات بر مجرم و دیگران وارد می‌شوند، به صورت طبیعی لازمه جدانشدنی مجازاتی هستند که از سوی شارع تعیین شده است مانند فقدان پدر برای فرزند شخصی که مرتکب محاربه شده است یا بدنامی برای خانواده مجرمی که باید به صورت علنی مجازات شود. این ضررها و زیان‌ها نمی‌توانند با این دو دلیل نفی شوند بلکه نفی این زیان‌ها به معنای لغو بودن وضع این مجازات‌ها است که رفتار لغو از سوی شارع حکیم، قبیح است (خویی، ۱۴۲۲ق، ۱/۶۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۱/۲۳۱؛ ایروانی، ۱۴۲۶ق، ۱/۱۳۹)؛ اما بخشی از ضررها و خسارت‌های وارده بر مجرم یا دیگران، لازمه یک مجازات معین شرعی نیستند بلکه ضرر و آسیبی هستند که با اجرای مجازات در شرایط خاص، بر مجرم، فرد دیگر یا جامعه وارد می‌آیند. در چنین مواردی، دو دلیل فوق‌الذکر می‌توانند با حکومت بر دلیل وجوب اجرای حد یا تعزیر، آن دلیل را مقید نمایند و در نتیجه، در چنین شرایطی اجرای مجازات، متوقف شود یا به مجازات دیگری تبدیل گردد مانند اجرای حد بر زن حامله که به دلیل ترس از صدمه دیدن جنین تا زمان وضع حمل یا پایان شیردهی به تأخیر می‌افتد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۵/۴۹۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۱/۳۳۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۷/۲۸۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۱/۵۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ۳۳۰).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۸۸

۳/۲. قواعد تراحم میان تکالیف شرعی

یکی از مسلمات علم اصول، امکان تراحم میان احکام شرعی و لزوم رعایت قاعده اهم و مهم است. تراحم عبارت است از تنافی دو حکم شرعی در مرحله امتثال مانند تنافی وجوب ازاله نجاست از مسجد و وجوب نماز در آخر وقت. امتثال این دو حکم در زمان واحد برای مکلف، مقدور نیست. اصولیان از میان دو تکلیف متزاحم، تکلیف اهم را مطلقاً منجز و فعلی می‌دانند و تکلیف غیر اهم را

تنها در صورت ترک تکلیف اهم، منجز و فعلی قلمداد می‌کنند. به همین دلیل، تمام تکالیف شرعی، مقید به عدم اشتغال به تکلیف اهم هستند مثلاً اگر ازاله نجاست از مسجد دارای مصلحتی اهم باشد، وجوب نماز مشروط به عدم اشتغال به ازاله نجاست از مسجد است (صدر، ۱۴۱۸ق، ۲/۲۱۹؛ مظفر، ۱۴۳۰ق، ۲/۳۷۰).

مجازات‌های تعزیری و حدی هم از جمله واجبات شرعی هستند که گاهی دچار تراحم با تکلیفی دیگر می‌شوند. آیت‌الله گلپایگانی حرمت اجرای حد بر زن باردار را مبتنی بر اهم بودن وجوب حفظ جان انسان نسبت به وجوب تسریع در اجرای حد می‌داند (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ۱/۳۵۸). همچنین اگر ثابت شود تنفیر و بیزار کردن مردم نسبت به دین حرام است، این تکلیف با مجازات حدی یا تعزیری تراحم می‌کند و همان‌طور که گذشت، به اعتقاد بعضی از فقیهان، حرمت تنفیر بر وجوب اجرای حد یا وجوب تسریع در اجرای حد مقدم می‌شود؛ بنابراین اجرای حد با کیفیتی که موجب تنفر مردم شود، وجوب یا حتی جواز ندارد. قاعده «حرمت تنفیر از دین» یکی از قواعدی است که علی‌رغم داشتن شواهد دینی فراوان، اخیراً به‌عنوان قاعده مطرح و مستندسازی شده است (نوبهار، ۱۳۸۴، ۱۲۹/۴۲).

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه

صاحب جواهر، خیانت و نقض معاهده با کافران را حرام می‌داند و برای این رأی خویش به قبح عمل و حرمت تنفیر مردم نسبت به اسلام استناد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۱/۷۸). ایشان همچنین اخذ اجرت توسط امام جماعت، قاضی و مفتی به ازای امامت جماعت، قضاوت و بیان احکام را به دلیل نفرت‌سازی و بی‌اعتماد کردن مردم نسبت به دین و رجال دین جایز نمی‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۱۲۲ و ۱۲۴).

نتیجه‌گیری

مطالعه متون فقهی نشان می‌دهد تحلیل کارکردی و توجه به اهداف، آثار و تبعات مجازات، یکی از رویکردهای متداول فقیهان در تعیین مجازات‌ها بوده است. این رویکرد در جای‌جای استدلال‌های فقیهان در حدود و تعزیرات وجود دارد؛ اگرچه در سخنان آنان به این رویکرد تصریح نشده است. بر اساس این رویکرد، باید در پرتوی پیامدها و آثار مثبت و منفی مجازات‌ها، کیفری را پذیرفت یا رد کرد یا تا

زمانی که پیامدها و آثار ناروایی بر کیفر بار می‌شود، آن را به تأخیر انداخت. همچنین روشن شد که ادله، قواعد و اصول مسلم فقهی مثل قاعده فقهی «لا ضرر» و قاعده فقهی «لا تزر وازرة وزر أخرى» و قاعده اصولی تراحم، پشتیبان این رویکرد هستند و ظرفیت‌های علم فقه برای کارکردگرایی محسوب می‌شوند.

با تقویت کارکردگرایی در فقه، تحلیل کارکردی از ساحت تعیین نوع کیفر به ساحت تعیین پاسخ تسری می‌یابد؛ بدین معنا که در بعضی از جرایم، با تحلیل کارکردی، اساساً کیفر و مجازات نفی می‌شود و به پاسخی غیرکیفری اعم از اصلاح و بازپروری،^۱ عدالت ترمیمی،^۲ میانجی‌گری^۳ یا پاسخ‌های مدنی^۴ و اداری^۵ می‌رسیم؛ از آن جهت که گاهی کارآمدترین پاسخ از حیث کارکرد و اثرگذاری، پاسخی غیر از کیفر و مجازات است.

منابع

الف) کتاب‌ها:

- ابن منظور، جمال‌الدین. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. چاپ سوم، بیروت: دار صادر.
- اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۵ش). *حقوق جزای عمومی*. چاپ یازدهم. تهران: میزان.
- آزادارمکی، تقی. (۱۳۹۳ش). *مکتب‌ها و نظریه‌های جامعه‌شناسی*. تهران: نشر علم.
- اصفهان‌ی، راغب. (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. لبنان-سوریه: دار العلم-دارالشامیه.
- الهام، غلامحسین. برهانی، محسن. (۱۳۹۷ش). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*. چاپ چهارم، تهران: میزان.
- آمدی، عبدالواحد. (۱۳۶۶ش). *غزوالحکم*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق). *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*. چاپ سوم. قم: دار الفقه.
- بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه*. قم: الهادی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۹۰

1. Rehabilitation.
2. Restorative justice.
3. Mediation.
4. Civil responses.
5. Administrative responses.

بولک، برنار. (۱۳۸۵ش). **کیفرشناسی**. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، چاپ ششم. تهران: مجد. پورهاشمی، عباس. (۱۳۸۳ش). **زندان هنر تنبیه یا مجازات قانونی**. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

تبریزی، جواد. (۱۴۱۷ق). **أسس الحدود و التعزیرات**. قم: دفتر مؤلف.

جوهری، اسماعیل. (۱۴۱۰ق). **الصحاح**. بیروت: دار العلم للملایین.

حلی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). **الکافی فی الفقه**. اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام.

حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). **شرائع الاسلام**. چاپ دوم. قم: اسماعیلیان.

حلی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۲۵ق). **کنز العرفان**. قم: مرتضوی.

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرائع**. قم: مؤسسه سیدالشهدا.

خلخال، سید محمد مهدی. (۱۴۲۷ق). **فقه الشيعة كتاب الخمس و الانفال**. قم: دار البشیر.

خویی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). **مصباح الاصول**. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). **الفقه الاسلامی و ادلته**. دمشق: دار الفکر.

سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الأحكام**. چاپ چهارم. قم: مؤسسه المنار.

سیستانی، علی. (۱۴۱۴ق). **الرافد فی علم الاصول**. خباز، منیر، قم: لیتوگرافی حمید.

سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۳۰ق). **دلیل تحریر الوسيلة-فقه الربا**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق). **المحیط فی اللغة**. بیروت: عالم الكتاب.

صافی گلپایگانی، لطف الله. (بی تا). **التعزیر احکامه و حدوده**. بی جا: بی نا.

صدر، محمدباقر. (۱۴۱۸ق). **دروس فی علم الاصول**. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

صدوق، محمد بن علی. (۱۳۸۶ش). **علل الشرائع**. قم: داوری.

صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). **کتاب من لا یحضره الفقیه**. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبائی، علی. (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل**. قم: مؤسسه آل البيت.

طبرسی، احمد بن علی. (۱۴۰۳ق). **الاحتجاج**. مشهد: مرتضی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ش). **الاستبصار**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ش). **المبسوط فی فقه الإمامیه**. چاپ سوم. تهران: المکتبة المرتضویة.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). **النهاية**. چاپ دوم. بیروت: دار الکتب العربی.

عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). **مسالك الافهام**. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

عاملی، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: مفید.

غلامی، حسین. (۱۳۹۸ش). علوم جنایی تطبیقی. چاپ دوم. تهران: میزان.

غلامی، حسین. (۱۳۹۹ش). کیفرشناسی. چاپ سوم. تهران: میزان.

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة-الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). العین. چاپ دوم. قم: هجرت.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. چاپ چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامية.

گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود. قم: دار القرآن الکریم.

مجلسی، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین. چاپ دوم. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانور.

مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقيق في كلمات القرآن الكريم. تهران: مرکز الكتاب للترجمة والنشر.

مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). اصول الفقه. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مغربی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۵ش). دعائم الاسلام. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتانات جدید. چاپ دوم. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). انوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.

منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات في ولاية الفقيه وفقه الدولة الإسلامية. چاپ دوم. قم: تفکر.

منتظری، حسینعلی. (بی تا). رساله استفتانات. قم: بی نا.

مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). الإرشاد. قم: کنگره شیخ مفید.

مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره شیخ مفید.

موسوی، سید رضی. (۱۴۱۴ق). نهج البلاغه. قم: هجرت.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات. چاپ دوم. قم: دانشگاه مفید.

مؤمن، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسيلة- کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۹۲

ب) مقالات:

- ۱- عباسی، مراد و صادقی، محمد هادی و فروغی، فضل الله و ساداتی، محمد مهدی (۱۴۰۱ش). تأثیرپذیری قواعد تعدّد جرم از اهداف تعزیر. **پژوهش حقوق کیفری**، ۱۰(۳۸): ۷۵-۱۱۰.
- ۲- غلامی، علی و آقایی میبدی، حسین (۱۳۹۲ش). اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و سازوکار حل تلافی آن. **فقه اهل بیت**، ۱۹(۷۵ و ۷۶): ۲۲۴-۱۹۳.
- ۳- مارتی، دلماس (۱۳۷۶ش). از حقوق جزا تا سیاست جنایی. ترجمه نجفی ابرندآبادی، علی حسین. **نامه مفید**، ۳(۱۱): ۱۹۴-۱۷۹.
- ۴- مقیمی حاجی، ابوالقاسم (۱۴۳۳ق). فلسفه نظام العقوبات فی الاسلام. **فقه اهل البيت**، ۱۶(۶۵): ۱۱۲-۸۹.
- ۵- نوبهار، رحیم (۱۳۸۴ش). بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین. **تحقیقات حقوقی**، ۸(۴۲): ۱۷۱-۱۲۹.
- ۶- هاشمی، محمود (۱۳۷۵ش). کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها. **فقه اهل بیت**، ۲(۷): ۷۶-۴۳.

کارکردگرایی کیفر در
نگرش فقهی امامیه



Conceptual and Thematic Distinction between *Shar'ī* Contracts and Treaties

Amir Zahedi¹ & Hamid Derayati²

1. Teacher at the higher levels of the seminary and PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad. (Corresponding Author). amirzahedi18151@gmail.com; <https://orcid.org/0009-0003-2819-90662>

2. Fourth-Level Student at Qom Seminary ; Qom-Iran. shamkhalihosseini824@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 3 October 2024

Received in revised form Accepted 29 January 2025

Accepted 30 January 2025

Keywords:

International Treaties, Shar'ī Contracts, Convention, Juridical Person.

ABSTRACT

Given the legal structure of international treaties and their legal and enforcement requirements, a fundamental question arises in Islamic jurisprudence: Can international treaties be considered a type of contract (*'uqd*) and analyzed within the framework of the *Qur'ānic* verse "*awfū bī al-'uqūd*" (fulfill your contracts), or are these two concepts inherently distinct, each requiring examination in its own specific context?

By carefully analyzing the concepts of "contract" and "treaty" in the Islamic legal system, this study aims to demonstrate the substantial differences between them across various dimensions. These differences manifest not only in their fundamental elements—such as offer (*ījāb*) and acceptance (*qabūl*), contracting parties, and negotiable matters—but also in their sources of legitimacy, enforcement mechanisms, governing ethical principles, and underlying objectives.

In international treaties, governments, as well as national and global interests, take precedence, with political, economic, and strategic considerations playing a significant role. In contrast,

Cite this article:

Zahedi. A & Derayati. H. (2024). Conceptual and Thematic Distinction between *Shar'ī* Contracts and Treaties. *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch.

DOI: <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2025.70010.2878>



conventional contracts, which primarily belong to the individual and jurisprudential realm, emphasize the fulfillment of promises as both a religious and moral obligation, deeply rooted in *shar'ī* and jurisprudential teachings. Therefore, equating these two legal concepts is highly questionable in Islamic jurisprudence.

To analyze and interpret international treaties within the framework of Islamic jurisprudence, it is crucial to recognize these two subjects as distinct. Through a comparative and comprehensive examination of international treaties and jurisprudential contracts established by the Holy Lawmaker, this study underscores the necessity of accurately distinguishing between them. Key issues such as individual and governmental jurisprudence, private and public interests, and the nature of obligation and enforcement in the context of both international treaties and contractual obligations are also analyzed.

تمایز مفهومی و موضوعی عقود شرعی و معاهدات^۱

امیر زاهدی^۱ ID ✉: حمید درایتی^۲

۱. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه و دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

(نویسنده مسئول). رایانامه: amirzahedi18151@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0003-2819-90662>

۲. مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: info@derayati.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۱

تمایز مفهومی و موضوعی
عقود شرعی و معاهدات

۹۷

چکیده

با توجه به ساختار حقوقی معاهدات بین‌المللی و الزامات قانونی و اجرایی آن‌ها، مسئله‌ای اساسی در فقه اسلامی مطرح می‌شود که آیا می‌توان معاهدات بین‌المللی را به‌عنوان نوعی عقد به شمار آورد و آن‌ها را در قالب مصادیق آیه شریفه «أوفوا بالعقود» تحلیل و تبیین کرد یا اینکه این دو مفهوم ماهیتاً متفاوت از یکدیگرند و هر یک باید در چارچوب خاص خود موردبررسی قرار گیرد. مقاله حاضر درصدد است تا با واکاوی دقیق مفاهیم «عقد» و «معاهده» در نظام حقوقی اسلامی، تفاوت‌های ماهوی این دو را در ابعاد مختلف نشان دهد. این تفاوت‌ها نه تنها در اجزای تشکیل دهنده آن‌ها (مانند ایجاب و قبول، طرفین قرارداد و موضوعات قابل معامله) بلکه در منبع مشروعیت، ضمانت‌های اجرایی، اصول اخلاقی

۱. زاهدی، امیر و حمید درایتی (۱۴۰۳). تمایز مفهومی و موضوعی عقود شرعی و معاهدات. جستارهای فقهی و



اصولی. ۳۶: (۳): ۱۰-۱۱ صص.
© The Author(s) <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2025.70010.2878>

حاکم بر آن‌ها و اهداف تحقق آن‌ها مشهود است. در معاهدات بین‌المللی، اساساً دولت‌ها و منافع ملی و جهانی محور قرار دارند و این معاهدات غالباً تحت تأثیر عوامل سیاسی، اقتصادی و استراتژیک قرار می‌گیرند. برخلاف آن، در عقود متعارف که اصولاً در عرصه فردی و فقهی قرار می‌گیرند، وفای به عهد نه تنها یک تکلیف دینی و اخلاقی است بلکه با آموزه‌های شرعی و فقهی مرتبط است؛ بنابراین، مفهوم یگانه‌انگاری این دو نهاد در فقه اسلامی به شدت محل تردید است و ضروری است که برای تحلیل و تفسیر معاهدات بین‌المللی در چارچوب فقه اسلامی، به دوگانه‌انگاری توجه ویژه‌ای شود. این پژوهش با ارائه تحلیلی تطبیقی و جامع از معاهدات بین‌المللی و عقود فقهی شارع، بر ضرورت جایگاه سازی دقیق این دو مقوله در فقه اسلامی تأکید می‌کند و در این راستا، مباحث مهمی مانند فقه فردی و حکومتی، سود و زیان خصوصی و عمومی و موضوع الزام و اقدام در زمینه معاهدات بین‌المللی و تعهدات قراردادی مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

کلیدواژه‌ها: معاهدات بین‌الملل، عقود شرعی، کنوانسیون، شخص حقوقی.

مقدمه

در طول تاریخ، بشر به دنبال روش‌هایی برای تنظیم و سامان‌دهی روابط میان افراد، گروه‌ها و دولت‌ها بوده است. در این راستا، دو نهاد حقوقی کلیدی به وجود آمده‌اند: معاهدات بین‌المللی و عقود. معاهدات بین‌المللی، به‌ویژه پس از امضای قرارداد وستفالی^۱، به‌عنوان ابزارهایی برای تنظیم روابط میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی جهت حفظ صلح، امنیت جهانی و منافع ملی و بین‌المللی توسعه یافت‌اند. این معاهدات به‌طور رسمی در نظام حقوقی بین‌المللی شناخته شده و شامل امور اقتصادی، سیاسی، نظامی و محیط‌زیستی هستند. از سوی دیگر، عقود اجتماعی تنظیم‌کننده روابط بین احاد بشر بوده است، شرع مقدس اسلام به این عقود اجتماعی چارچوب عطا نموده و با بیان ضوابط و قوانینی،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۹۸

۱. پیمان وستفالی، پیمان‌نامه‌ای است که پس از پایان جنگ‌های سی‌ساله مذهبی در اروپا (۱۶۴۸-۱۶۱۸) در سالن شهرداری شهر مونستر میان کشورهای اروپایی در ۱۶۴۸ میلادی بسته شد. در این پیمان همه کشورهای اروپایی جز بریتانیا و پادشاهی لهستان شرکت داشتند. وستفالی نخستین پیمان صلح چندجانبه پس از رنسانس در اروپا است.

آن‌ها را امضا یا امحا نموده است. این تنظیم عقود که از زمان پیدایش اسلام و تدوین فقه اسلامی اعمال شده است، در حیطه روابط فردی و اجتماعی در جوامع مسلمان عمل می‌کند. این عقود، علاوه بر تأمین نظم اجتماعی و اقتصادی، به رعایت اصول اخلاقی و عدالت در تعاملات انسانی می‌پردازد. اصولی مانند وفای به عهد و رعایت انصاف در این عقود از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و به عنوان الزامات دینی و اخلاقی مورد تأکید قرار می‌گیرند. هرچند گزاره‌های مرتبط با حقوق بین‌الملل در اسلام در منابع فقهی مطرح شده است و افزون بر آن، نگارش کتاب‌هایی مستقل با عنوان «السیر» که بیانگر روش برخورد مسلمانان با غیرمسلمانان در زمان جنگ و صلح است در میان فقهای متقدم، به‌ویژه اهل سنت، مطرح بوده است و کتابی همانند «السیر الکبیر» از محمد بن حسن شیبانی وجود دارد؛ اما این مدل تحقیقات و مباحث نمی‌تواند نشانگر تعیین جایگاه مباحث بین‌المللی در فقه اسلامی باشد؛ لذا بررسی و مقایسه این دو نظام حقوقی اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا هرچند در اصول بنیادی مشابهت‌هایی در آن‌ها یافت می‌شود، اما در موضوعات، اهداف و روش‌های اجرایی تفاوت‌های قابل توجهی دارند. تحلیل این تفاوت‌ها و شباهت‌ها می‌تواند به درک بهتری از تأثیرگذاری این نظام‌ها بر روابط بین‌المللی و تعاملات فردی کمک کند. در عصر حاضر ۹۹ که جهانی شدن و تعاملات پیچیده بین‌المللی در حال رشد است، تحلیل تطبیقی این دو نظام حقوقی می‌تواند به شفاف‌سازی تعاملات جهانی و داخلی و بهبود پایه‌های همکاری‌های بین‌المللی در حیطه احکام شرعی کمک کند. همچنین، با توجه به خاتمیت دین اسلام و جامعیت آن در تمامی عرصه‌های زندگی، بررسی تطابق فقه اسلامی با معاهدات بین‌المللی و شناخت دقیق تفاوت‌ها و شباهت‌ها اهمیت دارد. این امر به جلوگیری از نفوذ ناآگاهانه معاهدات بین‌المللی به فرهنگ اسلامی و حفظ نقش اسلام به عنوان دین خاتم کمک خواهد کرد و از تأثیرات منفی احتمالی بر جامعه مسلمانان در آینده جلوگیری خواهد نمود.

تا الآن در مورد این مسئله تحقیقات زیادی صورت نگرفته است؛ هرچند عده‌ای به بررسی بخشی از عناوین مشابه پرداخته‌اند که در ادامه ذکر شده است.

۱. رضا جنگجو، «سومین کنفرانس ملی پدافند سایبری، بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراک تنظیم قراردادهای داخلی و بین‌المللی و نقش فضای سایبری در کاهش مشکلات تنظیم قراردادها»؛
۲. سرخه عبدالله، «بررسی جایگاه حقوقی تفسیر مفاد و مندرجات قرارداد بین طرفین با استناد به قانون، عرف و متن قرارداد»؛
۳. سید محمدرضا احمدی طباطبایی، محمدرضا آرام، «اصل وفای به تعهدات و قراردادهای مقایسه حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر»؛
۴. حسین حقیقت‌پور، «اصل تفکیک انسانی از نگاه حقوق بشردوستانه اسلامی در مقایسه با معاهدات بین‌المللی»؛
۵. عمید زنجانی، «حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلام حقوقی بین‌المللی»؛
۶. و ...

اما این پژوهش به دنبال اثبات دوگانگی بین معاهدات بین‌المللی و عقود متعارفی است که شارع امضاء نموده و تحت مصادیق آیه «أوفوا بالعقود» آمده است و با مقالات فوق که بیشتر به بخشی از فروعات مسئله آن‌هم از نگاه حقوقی پرداخته‌اند، تفاوت جدی دارد؛ لذا پرداخت به این مسئله از اهمیت والایی برخوردار است.

۱. مفاهیم بحث

برای روشن شدن بهتر مسئله پژوهش سزاوار است ابتدا مفاهیم آن مقداری توضیح داده شود.

۱/۱. عقود شرعی و اقسام آن

عقود تأسیسی یا امضائی توسط شریعت، توافقاتی هستند که طبق اصول فقه اسلامی سبب تغییر وضعیت حقوقی و مالی طرفین می‌شوند (شاهرودی، ۱۳۸۷، ۴۲۱/۵؛ حائری، ۱۴۲۳، ۱۸۴/۱).

این عقود به سه دسته تقسیم می‌شوند:

عقود معاوضی: تبادل مالی یا منافع هستند مانند بیع (خرید و فروش)، اجاره و سلم (پیش فروش).
عقود اذنی: دادن اجازه یا وکالت بدون مبادله مالی است مانند عاریه (وام)، وکالت و مضاربه.
عقود مسامحه‌ای: بر پایه تسامح هستند مانند قرض (وام بدون بهره)، هبه (هدیه) و صلح (خوبی، ۱۳۷۷، ۶۸/۳).

۱/۲. معاهدات بین‌المللی و اقسام آن

معاهدات بین‌المللی یا کنوانسیون‌ها، توافقات رسمی میان دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی برای تنظیم روابط جهانی هستند (والاس، ۱۳۸۲، ۲۸۰) و به دودسته تقسیم می‌شوند: **معاهدات عمومی**: به تنظیم روابط بین‌المللی و مسائل جهانی می‌پردازند مانند منشور سازمان ملل و کنوانسیون‌های ژنو (موسی‌زاده، ۱۳۸۳، ۳۳/۱).
معاهدات خصوصی: به مسائل اقتصادی و تجاری خاص می‌پردازند مانند توافق‌نامه‌های تجاری دوطرفه و قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی (سلجوقی، ۱۳۸۴، ۳۴/۱).

تمایز مفهومی و موضوعی
عقود شرعی و معاهدات

۱۰۱

۲. تفاوت‌های ماهوی عقود و معاهدات بین‌المللی

تفاوت‌های میان این دو گزاره را می‌توان از جوانب گوناگون موردبررسی و تحلیل قرارداد. در این پژوهش به بخشی از آن‌ها که به نظر نگارنده مهم‌تر است، توجه شده و در ادامه آمده است.

۲/۱. تفاوت ساختاری (جانمایی فقهی از حیث فقه فردی و فقه حکومتی)

عقود و معاهدات بین‌المللی، باوجود اشتراک در ماهیت تعهدآور بودن، از منظر فقه اسلامی تفاوت‌های اساسی دارند که از حیث جایگاه فقه فردی و فقه حکومتی قابل بررسی است. این تفاوت‌ها ناشی از ماهیت طرفین، اهداف، ضوابط اجرایی و آثار این دودسته از تعهدات است؛ در نتیجه، نحوه استنباط احکام مرتبط با هر یک نیز تفاوت‌های بنیادین دارد.

عقود در فقه اسلامی عمدتاً میان افراد حقیقی یا حقوقی منعقد می‌شوند و به تنظیم روابط میان اشخاص در چارچوب احکام شریعت می‌پردازند. این دسته از تعهدات در حیطه فقه فردی قرار می‌گیرند و هدف اصلی آن‌ها تحقق عدالت و رضایت طرفین است. دخالت حاکمیت در این نوع عقود بسیار محدود است و معمولاً در دو حالت اتفاق می‌افتند؛ یکی زمانی که منافع عمومی به خطر بیفتد مانند معاملات ربوی یا غیرشرعی و دیگری در صورت وجود شاکی خصوصی که نیاز به بررسی حقوقی دارد. حتی در این موارد نیز مداخله حاکمیت عمدتاً با رویکردی مبتنی بر احکام فردی صورت می‌گیرد و نه از حیث حکومتی.

اما معاهدات بین‌المللی ماهیتی کاملاً متفاوت دارند و به حوزه روابط میان دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی مربوط می‌شوند. این معاهدات برخلاف عقود فردی، موضوعاتی را شامل می‌شوند که تأثیرات گسترده‌ای بر جامعه، امنیت ملی و مصالح عمومی دارند؛ بنابراین بررسی این معاهدات از حیث فقه حکومتی ضرورت می‌یابد. معاهدات بین‌المللی تحت نظارت و مسئولیت کامل دولت‌ها قرار دارند و اصولی چون لزوم پابندی به تعهدات، پیش‌بینی ضمانت‌های اجرایی و مجازات ناشی از نقض تعهدات از محورهای اساسی تحلیل این حوزه است.

آیه کریمه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) که به لزوم پابندی به قراردادهای تأکید دارد، در چارچوب روابط میان افراد و عقود فردی قابل استناد است. خطاب این آیه به افراد مؤمن است و هدف آن ایجاد تعهد اخلاقی و حقوقی میان اشخاص در جامعه اسلامی است. معاهدات بین‌المللی به دلیل ماهیت حکومتی و تأثیرگذاری آن‌ها بر منافع عمومی، از چارچوب این آیه خارج هستند. تحلیل فقهی این معاهدات نیازمند اصول و مبانی خاص فقه حکومتی است که مصلحت عمومی، امنیت ملی و روابط بین‌المللی را در نظر می‌گیرد. تفاوت بنیادین در عقود فردی و معاهدات بین‌المللی ایجاب می‌کند که هر یک در چارچوب خاص خود تحلیل شوند. عقود فردی بیشتر مرتبط با فقه فردی است و دخالت حاکمیت تنها در شرایط خاصی انجام می‌شود اما معاهدات بین‌المللی در حوزه فقه حکومتی جای می‌گیرند و نیازمند نظارت دقیق و مسئولیت‌پذیری حکومت در اجرای تعهدات هستند.

۲/۲. تفاوت در کارکرد (سود و زیان خصوصی و عمومی)

دیگر تفاوت بنیادین و ارزشمند در تمایز میان عقود و معاهدات بین المللی به ویژه از منظر منافع، تأثیرات سود و زیان بر طرفین و دیگر اعضای جامعه است؛ عقود، به عنوان توافقاتی که میان دو یا چند طرف در چارچوب روابط فردی منعقد می شوند، ماهیتی محدود و شخصی دارند و سود و زیان ناشی از این عقود معمولاً به همان طرفین قرارداد محدود می شود و تأثیر مستقیم و گسترده ای بر دیگر آحاد جامعه ندارد. به همین دلیل، حساسیت نسبت به این عقود و میزان نظارت و الزام در اجرای آن ها، از حیث فقهی، معمولاً محدودتر است و به رعایت اصول کلی عدالت، رضایت طرفین و انطباق با ضوابط شرعی ختم می شود.

در مقابل، معاهدات بین المللی، به دلیل گستره تأثیرگذاری شان، جایگاهی متفاوت دارند. این معاهدات نه تنها میان دولت ها یا نهادهای حکومتی منعقد می شوند بلکه تأثیرات آن ها مستقیماً بر منافع ملی، اجتماعی و حکومتی استوار است. سود و منافع حاصل از یک معاهده می تواند به طور گسترده شامل غالب افراد جامعه گردد و رشد اقتصادی، تقویت امنیت ملی یا بهبود موقعیت بین المللی کشور را به همراه داشته باشد. به همین نحو، زیان ها یا عدم اجرای معاهدات نیز می تواند آثار مخربی بر تمامی یا اکثریت اعضای جامعه داشته باشد به گونه ای که ممکن است امنیت، اقتصاد یا انسجام اجتماعی به خطر بیفتد. به سبب این تفاوت بنیادین، حساسیت فقهی نسبت به معاهدات بین المللی بسیار بیشتر از عقود فردی است. بررسی صحت این معاهدات، اعطای مجوزهای لازم و اعمال نظارت های پیشینی و پسینی، نیازمند دقت نظر فراوان و به کارگیری موازین دقیق فقه حکومتی است. در این زمینه، فقه حکومتی باید به گونه ای عمل کند که منافع عمومی تضمین شده و از بروز آسیب های احتمالی جلوگیری شود. از این رو، صحه گذاری بر معاهدات بین المللی و حتی شرایط نقض آن ها مستلزم اعمال حاکمیت و نظارت مستمر است که نیازمند آگاهی از مصلحت عمومی و بهره گیری از اصول مترقی فقه اسلامی است. در این چارچوب، تعهدات برخاسته از معاهدات بین المللی باید با توجه به ضوابطی همچون اصل التزام به تعهدات، تأمین ضمانت اجرایی و ایجاد مکانیسم های

پیشگیرانه برای کاهش آثار احتمالی نقض معاهدات تنظیم شوند. این حساسیت و پیچیدگی در مدیریت معاهدات بین‌المللی، اهمیت توجه ویژه فقه حکومتی به این حوزه را آشکار می‌سازد و بر لزوم توسعه نهادهای فقهی و تخصصی برای بررسی دقیق و عمیق معاهدات تأکید می‌ورزد.

۲/۳. تفاوت در اقدام و سطح الزامات

یکی از تفاوت‌های بنیادین میان عقود و معاهدات، تفاوت در سطح الزامات و توجه فقهی به هر یک از این حوزه‌ها است. در زمینه معاهدات، وجوب حفظ نظام اسلامی، تقویت پایه‌های حکمرانی و جلوگیری از فروپاشی آن، از مهم‌ترین ادله فقهی است که حاکمیت اسلامی را مجاب می‌کند نه تنها در عرصه معاهدات بین‌المللی ورود کرده بلکه با دقت و اهتمام، هر فعلی که منجر به تقویت نظام اسلامی می‌شود را ره‌گیری و تقویت نماید و هر اقدامی که موجب تضعیف آن است را کنار بگذارد. این وظیفه در جهان متصل امروزی و با توجه به مفهوم دهکده جهانی، اهمیت بیشتری می‌یابد؛ چرا که مرزهای سنتی حاکمیت‌ها کمرنگ شده و هر فعل یا ترک فعلی در سطح بین‌المللی می‌تواند آثار گسترده‌ای بر جایگاه و توانمندی نظام اسلامی داشته باشد. معاهدات بین‌المللی، به دلیل تأثیر مستقیم بر منافع ملی، اجتماعی و سیاسی، از اهمیت و حساسیت فقهی خاصی برخوردار هستند. عنایت شارع مقدس در این حوزه به لزوم تقویت نظام اسلامی و دستیابی به حقوق انسانی - اسلامی معطوف است. به همین دلیل، نه تنها تصدی و تحقق معاهدات ضروری است بلکه برنامه‌ریزی دقیق برای بهره‌برداری از فرصت‌های پیشرفت و ارتقا و نیز پیشگیری از آسیب‌های احتمالی، یک تکلیف حکومتی و شرعی محسوب می‌شود. هرگونه اهمال یا ترک در این حوزه، می‌تواند به فروپاشی نظام منجر شود که از منظر فقهی نهی شدید دارد؛ بنابراین، حاکمیت موظف است در عرصه معاهدات، با رعایت اصولی همچون تأمین منافع عمومی و حفظ کیان اسلامی، نهایت دقت و جدیت را به خرج دهد.

در مقابل، عقود به عنوان توافقات فردی میان اشخاص، چنین سطح الزامی را

از منظر فقهی به همراه ندارند. دستورات شرع در اینجا عمدتاً ناظر به ارشاد افراد به وفاداری و التزام به توافقات اختیاری است و نه لزوم تصدی یا تحقق آن‌ها. به بیان دیگر، عنایت شارع در عقود، الزام افراد به رعایت توافقاتی است که با اختیار و رضایت کامل خود پذیرفته‌اند برای مثال، در معاملات فردی مانند بیع، اگر فردی اقدام به معامله نکند، شرع او را به انجام بیع ملزم نمی‌کند بلکه تنها در صورت تحقق معامله، به رعایت شروط و التزامات پایبندی دارد.

این تمایز نشان‌دهنده آن است که در عقود، اولویت با آزادی عمل و اختیار افراد است، مادامی که توافقات آنان موجب مخاطرات اجتماعی یا نقض مصالح عمومی نشود اما در معاهدات، به دلیل ارتباط مستقیم با حفظ و تقویت نظام اسلامی و تأثیر آن بر منافع جامعه، الزام فقهی به ورود، نظارت و تحقق اهداف معاهدات، جایگاهی بنیادین دارد. این رویکرد نه تنها مبتنی بر وجوب حفظ نظام بلکه بر اهمیت راهبردی تعاملات بین‌المللی در جهان معاصر است که حاکمیت اسلامی را موظف به ایفای نقشی فعال، هوشمندانه و دقیق در این عرصه می‌کند.

تمایز مفهومی و موضوعی
عقود شرعی و معاهدات

۲/۴. تفاوت در موضوع، هدف، ثبات و ماندگاری

موضوعات در معاهدات و عقود با یکدیگر متفاوت است. در عقود متعارف، ۱۰۵ موضوع بر اساس اصول فقهی از متن صریح یا ضمنی آیات قرآن و روایات استخراج می‌شود، به شرطی که رد و منعی از شارع نیامده باشد. این موضوعات اغلب ماهیتی اخلاقی و ارزشی دارند و به دنبال ایجاد یک جامعه عادلانه و مبتنی بر عدالت هستند (خراسانی، ۱۴۱۷، ۳۸۶/۴؛ مشکینی، ۱۳۶۷، ۱۷۰/۱؛ حکیم، ۱۴۰۸، ۱۴۰/۲). این موضوعات عموماً ثابت و تغییرناپذیرند؛ زیرا بر اساس احکام الهی استوارند و بنا بر نظریه توقیفی بودن موضوعات، تشخیص آن به دست فقیه است (بحرانی، ۱۴۲۳، ۱۳۳؛ نراقی، ۱۴۰۸، ۱۹۲).

در مقابل، موضوعات معاهدات بین‌المللی حاصل مذاکرات طولانی و پیچیده بین دولت‌ها هستند و اغلب به منافع ملی و بین‌المللی مرتبط می‌شوند. این موضوعات ممکن است تحت تأثیر عوامل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی مختلف قرار گیرند و با گذشت زمان و تغییر شرایط بین‌المللی یا تغییر منافع دولت‌ها تغییر کنند. همچنین

ممکن است با تبلور فضاهاى جديد، موضوعات جديدى به عنوان معاهدات بين المللى به وجود آيد. هدف اصلى عقود تنظيم روابط فردى و اجتماعى در جوامع اسلامى است. اين قراردادها به ويژه در زمينه هاى مانند خريد و فروش، اجاره و قرض براى برقرارى نظم و عدالت در تعاملات فردى و اجتماعى در درون حكومت استفاده مى شوند و رعايت اصول اخلاقى اسلامى در تعاملات اقتصادى و اجتماعى به حفظ اعتماد و تقويت روابط اجتماعى در جامعه اسلامى كمك مى كند. در مقابل، معاهدات بين المللى به منظور تنظيم روابط بين المللى در زمينه هاى مختلف اقتصادى، سياسى، امنيتى و محيط زيستى منعقد مى شوند. اين معاهدات به دنبال حل مسائل مشترك جهانى و مديريت بحران هاى بين المللى هستند و به طور قانونى الزام آور بوده و براى طرفين تعهدات مشخصى ايجاد مى كنند. هدف آن ها نيز تقويت همكارى ها و روابط ميان كشورها و سازمان هاى بين المللى است.

دامنه هدف در عقود عمدتاً بر تنظيم روابط فردى و اجتماعى در چارچوب يك جامعه خاص (جامعه اسلامى) متمرکز است و به دنبال ايجاد نظم و عدالت در تعاملات داخلى هستند. در حالى كه معاهدات بين المللى بر تنظيم روابط بين المللى و حل مسائل جهانى تأکید دارند. نوع روابط تنظيم شده در عقود به روابط اقتصادى، اجتماعى و خانوادگى در داخل يك جامعه محدود مى شود و معمولاً اين قراردادها به گونه اى تأييد يا تأسيس شده اند كه نيازهاى خاص جامعه اسلامى را برآورده كنند. در حالى كه معاهدات بين المللى به تنظيم روابط بين كشورها و سازمان هاى بين المللى در سطوح مختلف و در زمينه هاى متنوع مى پردازند و در آن ها مداخله دين و نوع نگرش اعتقادى بى تأثير يا كم اثر است. هدف آن ها ايجاد يك چارچوب قانونى براى تعاملات ميان دولت ها و سازمان هاى بين المللى است تا از بروز تنش ها و اختلافات جلوگیری كنند.

جستارهاى
فقهى و اصولى

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۰۶

۵/۲. تفاوت در مخاطبين عقود و معاهدات و مسئوليت عمل

مخاطب اصلى در بيشتر عقود متعارف، افراد مسلمان و به اصطلاح اشخاص حقيقى هستند هرچند گاهى هم افراد حقوقى مثل شركت ها هستند كه نمايندگان آن ها به عنوان وكيل از هيئت مديره آن نهاد، تأييد كنندگان قرارداد بوده اند (رك: آقا

نظری، ۱۳۹۰، ۷۹-۹۶). در هر حال این عقود برای تنظیم روابط بین افراد مسلمان و ایجاد نظم در جامعه اسلامی طراحی شده‌اند و طرفین قرارداد در عقود، مسئول اجرای مفاد قرارداد و رعایت احکام شرعی آن هستند. در حالی که در معاهدات بین‌المللی مخاطب اصلی، دولت‌ها به عنوان اشخاص حقوقی هستند (مقتدر، ۱۳۸۳، ۴۳/۱) و این معاهدات برای تنظیم روابط بین دولت‌ها و ایجاد همکاری‌های بین‌المللی منعقد می‌شوند. مسئول اجرای مفاد قرارداد در معاهدات بین‌المللی دولت‌ها و نمایندگان نهادهای مختلف دولتی به عنوان وکلا از طرف دولت هستند و ممکن است مکانیزم‌های خاصی برای حل اختلافات و تضمین اجرای تعهدات به کار گیرند.

۲/۶. تفاوت در لزوم وفای به عقود و معاهدات بین‌المللی

التزام به عقود متعارف و معاهدات بین‌المللی از دو منبع اصلی یعنی اصول فقه اسلامی و قواعد حقوق بین‌الملل شکل می‌گیرد. این دو نوع تعهد، هرچند در زمینه‌های مختلفی عمل می‌کنند، اما هر یک دارای الزامات و مبانی خاص خود هستند که بر لزوم وفای به آن‌ها تأکید دارند.

التزام به عقود متعارف بر اساس اصول فقه اسلامی و نصوص دینی مانند قرآن و سنت پیامبر ﷺ شکل می‌گیرد. این عقود به عنوان بخشی از قانون‌گذاری اسلامی به رسمیت شناخته شده است و طرفین را ملزم به اجرای کامل مفاد قرارداد می‌کند. به عنوان مثال، در عقود بیع و اجاره، طرفین موظف به رعایت شرایط و الزامات متعهد شده هستند و تخلف از آن‌ها ممکن است به مجازات شرعی منجر شود؛ لذا از منظر فقه اسلامی، وفای به تعهدات نه تنها یک وظیفه اجتماعی بلکه یک مسئولیت دینی نیز محسوب می‌شود. در قرآن کریم، خداوند می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده ۱) که به صراحت بر لزوم وفای به عقد تأکید دارد. این آیه تأکید می‌کند که وفای به عهد از اصول بنیادین دین اسلام است و تخلف از آن، نه تنها عواقب دنیوی بلکه عواقب معنوی و دینی نیز به همراه دارد و در واقع تکالیف اخلاقی و دینی مانند وفای به عهد و عدالت در معاملات، در این زمینه اهمیت ویژه‌ای دارند. اعتقاد به این اصول و رعایت آن‌ها، به‌ویژه در جوامع اسلامی، باعث می‌شود که

افراد به طور طبیعی به وفای به عهد پایبند باشند. همچنین در صورت تخلف، حاکم اسلامی می‌تواند اقدامات لازم را انجام دهد تا از حقوق طرفین حمایت کند و نظم اجتماعی را حفظ نماید.

در مقابل، مقبولیت معاهدات بین‌المللی بر اساس اصول و قواعد حقوق بین‌الملل و توافقات بین‌دولتی شکل می‌گیرد. معاهدات به عنوان توافقات رسمی برای تنظیم روابط بین‌المللی و تحقق اهداف مشترک شناخته می‌شوند. این معاهدات تحت نظارت سازمان‌های بین‌المللی قرار دارند و بر اساس نظام‌های حقوقی بین‌المللی استوار هستند. یکی از مهم‌ترین اسناد در این زمینه، کنوانسیون وین است^۱ که اصل «Pacta Sunt Servanda» را به عنوان یک اصل بنیادین معرفی می‌کند. این اصل به معنای «قراردادها باید رعایت شوند» است و بر لزوم پایبندی به تعهدات بین‌المللی تأکید دارد. به عبارتی، معاهدات بین‌المللی نه تنها به عنوان توافقات قانونی بلکه به عنوان ابزارهای تنظیم‌کننده روابط بین‌المللی عمل می‌کنند. تکالیف معاهدات بین‌المللی شامل حفظ تعهدات بین‌المللی و همکاری‌های بین‌المللی است. نهادهایی مانند سازمان ملل متحد و دیوان بین‌المللی دادگستری می‌توانند در صورت عدم پایبندی به معاهدات، اقدام‌های لازم را انجام دهند. این اقدام‌ها می‌تواند شامل تحریم‌ها، جریمه‌ها و سایر اقدامات تنبیهی باشد که به منظور حفظ نظم و حقوق بین‌المللی صورت می‌گیرد.

مقایسه ادله لزوم وفای به عقود متعارف و معاهدات بین‌المللی به بررسی عمیق‌تری از اصول و مبانی این دو نوع تعهد می‌پردازد. لزوم وفای به عقود بر اساس ادله دینی و اصول فقهی استوار است. در این زمینه، علاوه بر آیات قرآن، می‌توان به احادیث پیامبر اسلام ﷺ نیز اشاره کرد که بر اهمیت وفای به عهد تأکید دارند. به عنوان مثال، پیامبر اکرم ﷺ فرموده‌اند: «المؤمنون عند شروطهم»؛ مؤمنان باید به شروط خود وفا کنند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۰/۱۵).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۰۸

۱. کنوانسیون وین راجع به روابط دیپلماتیک، مهم‌ترین پیمان مربوط به حقوق دیپلماتیک است که با اعتقاد به این که یک قرارداد بین‌المللی درباره روابط و امتیازها و مصونیت‌های نمایندگان سیاسی در بهبود مناسبات دوستانه بین کشورها هر چند شیوه و پایه حکومت و اصول اجتماعی آنها تفاوت‌هایی با یکدیگر داشته باشند، مؤثر خواهد شد.

در مقابل ادله لزوم وفای به معاهدات بین‌المللی عمدتاً بر اساس منابع حقوقی بین‌المللی شکل می‌گیرد. این منابع شامل کنوانسیون‌ها، توافق‌نامه‌ها و رویه‌های قضایی است که به‌طور مشترک به تنظیم و تفسیر معاهدات کمک می‌کنند. به‌عنوان مثال در کنوانسیون وین، اصولی مانند: حسن نیت و احترام به تعهدات بین‌المللی به‌وضوح بیان شده است. تأثیرات عدم وفای به عهد در عقود هرچند اثرات وضعی همچون فسخ و مانند آن را به دنبال دارد اما الزام و تعهد به آن بیشتر به عواقب معنوی و دینی وابسته است. در این زمینه، ممکن است فرد متخلف با عواقب روحی و اخلاقی مواجه شود که می‌تواند بر زندگی اجتماعی و روانی او تأثیر بگذارد. درحالی‌که در معاهدات بین‌المللی، تأثیرات قانونی و اجرایی شامل تحریم‌ها و اقدامات تنبیهی بین‌المللی است. این تفاوت به‌وضوح نشان‌دهنده رویکردهای متفاوت دو سیستم حقوقی در مواجهه با نقض تعهدات است.

۲/۲. تفاوت در ضمانت اجرایی و برخورد قهری

ضمانت اجرایی عقود و معاهدات بین‌المللی از چند جنبه علمی تفاوت دارند. در عقود شرعی، ضمانت‌ها بر اصول دینی و اخلاقی مبتنی است و توسط مراجع فقهی و محاکم شرعی اجرا می‌شود. ابزارهای اجرایی شامل پاداش‌ها و مجازات معنوی مانند ثواب و گناه و در برخی موارد جبران خسارت مالی یا فسخ قرارداد است. نقض تعهدات در این سیستم منجر به عواقب معنوی و دینی و گاهی اجتماعی می‌شود. در معاهدات بین‌المللی، ضمانت‌ها بر اصول حقوق بین‌الملل استوار است و توسط سازمان‌ها و محاکم بین‌المللی اجرا می‌شود. ابزارهای اجرایی شامل تحریم‌های اقتصادی و سیاسی، جریمه‌ها و فشارهای دیپلماتیک است (باقرزاده، ۱۳۸۲، ۲۲)؛ نقض تعهدات منجر به تحریم‌ها، فشارهای دیپلماتیک و آسیب به اعتبار بین‌المللی کشور متخلف می‌شود (مجتهدی، ۱۳۸۱، ۲۴)؛ لذا حل و فصل اختلافات در عقود از طریق مشاوره دینی و مراجع فقهی انجام می‌شود، درحالی‌که در معاهدات بین‌المللی این کار از طریق محاکم بین‌المللی و نهادهای تخصصی صورت می‌گیرد.

۲/۸. تفاوت در ماهیت لزوم و جواز

در بررسی لزوم و جواز در عقود و معاهدات بین‌المللی، تفاوت‌ها و شباهت‌های قابل توجهی وجود دارد. در ماده ۲۴ از فصل سوم کنوانسیون وین اشاره می‌شود که معاهدات بین‌المللی حتماً لازم‌الوفاء می‌باشند؛ بدین معنی که زمانی، یک توافق بین‌المللی از نظر حقوقی قابل پیگیری است که الزام‌آور باشد و الا به‌عنوان معاهده از آن یاد نمی‌شود و تحت توافقات نزاکتی قرار می‌گیرد که شامل مصادیقی چون یادداشت تفاهم، اعلامیه سران، بیانیه مشترک و مانند آن مورد ارزیابی قرار می‌گیرد که چه‌بسا پیگیری غیر حقوقی داشته باشد. عدم رعایت این معاهدات ممکن است پیامدهای حقوقی و دیپلماتیک به دنبال داشته باشد. به‌عنوان مثال، معاهده ناتو^۱ و توافق‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی، نمونه‌هایی از این معاهدات هستند که طرفین موظف به اجرای کامل آن‌ها هستند. همچنین، معاهده پاریس در زمینه تغییرات آب‌وهوا نیز به‌عنوان یک معاهده الزام‌آور شناخته می‌شود که کشورهای امضاء کننده را ملزم به اتخاذ تدابیر مشخص برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای می‌کند (امینی، میان‌آبادی و دریادل، ۲۰۱۹، ۲۹۱-۳۲۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۱۰

در مقابل عقود به دو بخش تقسیم می‌گردد: **عقود لازم** مانند بیع (خرید و فروش) و اجاره که طرفین ملزم به اجرای کامل آن‌ها بوده و نمی‌توانند بدون رضایت یکدیگر از آن خارج شوند و مثلاً در عقد بیع، فروشنده موظف است کالا را به خریدار تحویل دهد و خریدار نیز موظف به پرداخت قیمت معین است. این نوع عقود بر اساس اصول فقهی و شرعی تنظیم می‌شوند و هدف آن‌ها ایجاد نظم و عدالت در روابط اقتصادی و اجتماعی است. **عقود جایز** مانند عاریه و هبه که طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر آن‌ها را فسخ یا تغییر دهند. به‌عنوان مثال، در عقد هبه، اهداکننده می‌تواند هر زمان که بخواهد از اعطای هدیه خود به شرطی که هدیه به ارحام نباشد و تلف نشده باشد منصرف شود؛ الزام‌آوری این نوع قراردادها به میزان توافق و رضایت طرفین بستگی دارد. با این نگاه از نظر ماهیت تفاوت اساسی میان معاهدات و عقود

۱. ناتو، پیمان آتلانتیک شمالی، در سال ۱۹۴۹ پس از جنگ جهانی دوم به‌عنوان یک عامل بازدارنده در برابر تهدید گسترش شوروی سابق در اروپا تشکیل شد.

وجود دارد، معاهدات همیشه الزام آور و تحت اصول حاکم بر نظام‌های حقوق بین‌الملل و دیپلماتیک است اما در عقود این تعهد بیشتر تحت تأثیر اصول فقهی و اخلاق اسلامی قرار دارد.

۲/۹. تفاوت در اعمال اختیارات و تغییر شرایط و بروز حکم ثانوی

مقایسه مکانیزم تغییر محتوا در عقود و معاهدات بین‌المللی به بررسی تفاوت‌های بنیادین در نحوه اعمال اختیارات، تأثیر تغییر شرایط بر التزامات و احکام ثانویه مانند قاعده اضطرار و فورس ماژور می‌پردازد.

در عقود شرعی، اختیارات به‌عنوان اختیاراتی برای طرفین عقد تعریف می‌شوند که به آن‌ها اجازه می‌دهد تحت شرایط خاصی قرارداد را فسخ یا تعدیل کنند (اراکسی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱). این اختیارات به‌منظور حفظ عدالت و جلوگیری از ضرر و ظلم در معاملات به کار می‌روند. انواع اختیارات شامل خيار شرط، که به طرفین اجازه می‌دهد تا مدت معینی پس از انعقاد عقد حق فسخ داشته باشند، خيار عیب، که اگر موضوع معامله دارای عیب باشد، طرف زیان‌دیده حق فسخ دارد، خيار غبن، که در صورتی که یکی از طرفین به‌طور فاحشی مغبون شده باشد، و خيار مجلس، که تا زمانی که طرفین در محل انعقاد عقد حضور دارند، هر یک می‌توانند معامله را فسخ کنند، است (اراکسی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱). مکانیزم اعمال اختیارات به‌صورت یک‌طرفه توسط کسی که حق خيار دارد انجام می‌شود و نیاز به توافق مجدد دو طرف ندارد. این ویژگی به طرفین این امکان را می‌دهد که در صورت بروز مشکلات، به‌سرعت و بدون نیاز به مذاکرات جدید، اقدام کنند.

در معاهدات بین‌المللی، سیستم اختیارات مشابه به عقود وجود ندارد. تعهدات کشورها در این معاهدات معمولاً پایدار و الزام‌آور هستند و تغییر یا فسخ معاهدات معمولاً نیازمند توافق دوجانبه یا چندجانبه است (معاهده وین، ماده ۵۷). بسیاری از معاهدات شامل بندهایی هستند که روش‌های تغییر، اصلاح یا فسخ معاهده را تعیین می‌کنند. به‌عنوان مثال، برخی معاهدات ممکن است شامل پروتکل‌های اصلاحی باشند که به کشورهای طرف معاهده اجازه می‌دهند تا تحت شرایط خاصی، نسبت

به تغییرات توافق کنند. این روند معمولاً زمان‌بر و پیچیده‌تر از اعمال اختیارات در عقود است و به‌ویژه در زمینه‌های حساس سیاسی و اقتصادی ممکن است با چالش‌های بیشتری مواجه شود. تغییرپذیری در ماهیت عقود به دلیل اصول ثابت فقهی و شرعی که بعضی روایات هم به آن تأکید دارند (مجلسی، ۱۴۰۳، ۳۵/۲۶) بسیار محدود است. در صورت بروز شرایط جدید اجتماعی، اقتصادی یا زمانی، تغییرات در عقود باید از طریق تفسیر فقهی یا اصلاح قوانین شرعی صورت گیرد. فقها و مراجع تقلید با توجه به اصول شرعی، به بررسی و ارائه حکم مناسب می‌پردازند و در این راستا ممکن است نظرات مختلفی وجود داشته باشد. همچنین برخی تغییرات ممکن است بر اساس شروط ضمن عقد امکان‌پذیر باشد، اما این تغییرات معمولاً در چارچوب‌های مشخص شرعی و فقهی محدود می‌شوند؛ زیرا گذاشتن شروط به جهت دستور شرعی واصل در روایات محدود به عدم مخالفت با کتاب الهی است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۵۳/۱۲). در مقابل، معاهدات بین‌المللی معمولاً دارای مکانیزم‌هایی برای تغییر و اصلاح هستند که به کشورهای طرف معاهده این امکان را می‌دهد تا به‌طور انعطاف‌پذیر با شرایط جدید زمانی و مکانی سازگار شوند. بسیاری از معاهدات شامل مواد خاصی هستند که روش‌های تغییر، اصلاح یا فسخ معاهده را تعیین می‌کنند (گنجی، ۱۳۴۸، ۶/۱). کشورها می‌توانند توافقات جدیدی را برای تنظیم وضعیت جدید، امضا کنند که می‌تواند به‌طور کامل جایگزین معاهده قبلی یا فقط بخشی از آن را تغییر دهد. این فرآیند به کشورهای طرف معاهده اجازه می‌دهد تا به‌سرعت و به‌طور مؤثری به تغییرات جهانی و محلی پاسخ دهند (موسی‌زاده، ۱۳۸۳، ۱۹۴/۱). قاعده اضطرار در فقه اسلامی (قمی طباطبایی، ۱۴۲۶، ۲۶۴/۴) به وضعیت‌هایی اشاره دارد که به دلیل ضرورت یا فورس‌ماژور، التزامات قراردادی تغییر یابند یا موقوف شوند. این قاعده به‌منظور جلوگیری از ظلم و حفظ عدالت به کار می‌رود. در صورت بروز شرایط فورس‌ماژور، فقها و مراجع تقلید با توجه به اصول فقهی به بررسی و ارائه حکم مناسب می‌پردازند. به‌عنوان مثال، اگر اجرای یک قرارداد در شرایط جنگ یا بلایای طبیعی غیرممکن شود، ممکن است قرارداد به دلیل اضطرار لغو شود. این امر نشان‌دهنده انعطاف‌پذیری فقه اسلامی در مواجهه با شرایط غیرمنتظره است. در

بسیاری از معاهدات بین‌المللی نیز بندهایی وجود دارد که وضعیت‌های فورس ماژور را شناسایی و نحوه برخورد با آن‌ها را تعیین می‌کند. این بندها به کشورها اجازه می‌دهند تا در شرایط اضطراری، تعهدات خود را به‌طور موقت تعلیق کنند یا تغییر دهند. در این موارد، قواعد حقوق بین‌الملل ممکن است به کشورها اجازه دهد تا تحت شرایط اضطراری، تعهدات خود را موقتاً کنار بگذارند (ابراهیمی، ۱۳۹۱، ۱-۱۸). سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای ذی‌صلاح ممکن است نقش مهمی در بررسی و تأیید این تغییرات ایفا کنند که این نیز به کشورهای طرف معاهده کمک می‌کند تا در شرایط بحرانی به‌طور مؤثری عمل کنند. درنهایت، تفاوت‌های عمده‌ای بین عقود و معاهدات بین‌المللی در زمینه مکانیزم تغییر محتوا، اعمال اختیارات، تأثیر تغییر شرایط و احکام ثانویه وجود دارد. عقود به دلیل عنایات فقهی خود، محدودیت‌های بیشتری در تغییر و تعدیل دارند و بیشتر بر اصول ثابت تأکید دارند. در مقابل، معاهدات بین‌المللی از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردارند و به کشورهای طرف معاهده اجازه می‌دهند تا با توافقات جدید و مکانیزم‌های پیش‌بینی‌شده، به شرایط جدید پاسخ دهند. این تفاوت‌ها نه تنها بر اساس اصول حقوقی بلکه بر اساس نیازهای خاص هر یک از این سیستم‌ها در تعاملات انسانی و بین‌المللی شکل می‌گیرد.

۲/۱۰. تفاوت در ماهیت طرفین ایجاب و قبول و شروط لازم در ایشان

این مسئله در دو حیث شخص حقیقی و حقوقی و همچنین چگونگی تصور شرایط لازم در طرفین عقد از بلوغ و عقل و اختیار باید مورد اهتمام قرار گیرد که در ادامه بدان پرداخته شده است.

در بررسی تفاوت‌های طرفین ایجاب‌کننده و قبول‌کننده در عقود و معاهدات بین‌المللی، باید به ویژگی‌های شخص حقیقی و حقوقی توجه ویژه‌ای داشته باشیم. در عقود شرعی، طرفین معمولاً افراد حقیقی هستند. این افراد باید از شرایط خاصی برخوردار باشند تا بتوانند به‌طور قانونی و معتبر اقدام به انعقاد قرارداد کنند. بلوغ یکی از مهم‌ترین شرایط است. در فقه اسلامی، بلوغ به سن معین یا نشانه‌های فیزیکی و روانی رسیدن فرد به مرحله‌ای از رشد اشاره دارد که او را قادر به تصمیم‌گیری‌های

عقلانی می‌سازد (فقیه، ۱۴۰۹ق، ۱/۱۶). بلوغ نه تنها به سن فیزیکی مربوط می‌شود بلکه به توانایی فرد در درک عواقب تصمیمات خود نیز وابسته است. عقل نیز از دیگر شرایط ضروری است. عقل به معنای قدرت درک و تفکر صحیح است و لازم است که طرفین در زمان انعقاد قرارداد از این توانایی برخوردار باشند؛ این ویژگی به افراد اجازه می‌دهد تا به طور منطقی و آگاهانه تصمیم‌گیری کنند و از عواقب آن آگاه باشند. اختیار طرفین از دیگر ارکان مهم در عقود است؛ طرفین باید بدون هیچ گونه اکراه یا فشاری از سوی دیگران اقدام کنند. این اختیارات به افراد اجازه می‌دهد تا به طور آزاد و مستقل تصمیم بگیرند و قرارداد را امضا کنند. صلاحیت نیز به معنای توانایی قانونی برای انجام قراردادهای و معاهدات است؛ هر فرد باید صلاحیت لازم برای نوع عقد مورد نظر را داشته باشد، که این صلاحیت معمولاً به سن و شرایط روحی و روانی فرد یا محجوریت و عدم محجوریت‌های مالی وی بستگی دارد. در مقابل، در شخص حقوقی، ایجاب‌کننده و قبول‌کننده نهادها یا شرکت‌ها هستند. این نهادها به عنوان واحدهای حقوقی شناخته می‌شوند و باید از شرایط خاصی برخوردار باشند. بلوغ در خصوص اشخاص حقوقی به معنای توانایی قانونی نهاد برای انجام فعالیت‌های قانونی است. نهادها باید به گونه‌ای عمل کنند که نشان‌دهنده بلوغ حقوقی و قانونی آنها باشد. عقل در این زمینه به معنای عقلانیت در تصمیم‌گیری‌های قانونی و اداری نهاد است. تصمیمات باید بر اساس تحلیل‌های منطقی و حرفه‌ای اتخاذ شود و نهادها باید توانایی لازم برای درک عواقب تصمیمات خود را داشته باشند. اختیار در اشخاص حقوقی به نمایندگان قانونی آنها مربوط می‌شود. این نمایندگان باید از اختیارات قانونی خود برای امضای قراردادهای و معاهدات استفاده کنند و تصمیمات باید بر اساس قوانین داخلی نهاد اتخاذ شود. صلاحیت اشخاص حقوقی معمولاً در اساسنامه و مقررات قانونی آنها مشخص شده است. این صلاحیت به نهادها اجازه می‌دهد تا به طور قانونی و معتبر در معاملات شرکت کنند. در معاهدات بین‌المللی، طرفین ایجاب‌کننده و قبول‌کننده دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هستند. دولت‌ها به عنوان واحدهای بین‌المللی باید به طور قانونی و معتبر شناخته شوند. بلوغ در این زمینه به صلاحیت قانونی و بین‌المللی دولت‌ها اشاره دارد. دولت‌ها باید به عنوان

واحدهای قانونی بالغ و معتبر شناخته شوند و قادر به انجام تعهدات بین‌المللی باشند. صلاحیت دولت‌ها برای ورود به معاهدات باید به‌طور رسمی از سوی قوانین داخلی و بین‌المللی تأسیس و تأیید شود. این صلاحیت معمولاً به‌طور رسمی و مستند در اسناد قانونی ثبت می‌شود.

درنهایت، تفاوت‌های اصلی در شرایط عامه برای طرفین ایجاب‌کننده و قبول‌کننده در عقود و معاهدات بین‌المللی به زمینه و نوع قرارداد وابسته است. در عقود، تمرکز بر ویژگی‌های فردی، بلوغ، عقل و اختیار شخصی است، درحالی‌که در معاهدات بین‌المللی، تأکید بر صلاحیت قانونی و بین‌المللی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی وجود دارد. این تفاوت‌ها نشان‌دهنده نیاز به درک عمیق‌تری از ساختارهای قانونی و اجتماعی در هر دو حوزه است و بر اهمیت توجه به شرایط خاص هر یک از طرفین در فرآیندهای قانونی تأکید می‌کند.

۳. بررسی دو مسئله مهم نسبت به معاهدات

بعد از بیان تفاوت‌ها توجه به دو مسئله برای تکمیل بحث ضروری به نظر می‌رسد که در ادامه به آن پرداخته شده است.

۱/۳. خروج یک‌طرفه از معاهدات و حق شرط در معاهدات

۱۱۵

خروج یک‌طرفه از معاهدات بین‌المللی به شرایط و مقررات خاص آن معاهده وابسته است. برخی معاهدات به‌طور صریح و معمولاً با رعایت یک دوره اطلاع‌رسانی، اجازه خروج یک‌طرفه را می‌دهند. به‌عنوان مثال، معاهده پاریس به کشورهای عضو، این امکان را می‌دهد که پس از یک دوره مشخص، با اعلام قبلی، از معاهده خارج شوند. همچنین، معاهده هسته‌ای ایران (برجام) نیز به کشورهای امضاکننده این اجازه را می‌دهد که در صورت عدم رعایت شرایط، از معاهده خارج شوند. در مقابل، در برخی موارد، خروج یک‌طرفه می‌تواند به‌عنوان نقض تعهدات بین‌المللی تلقی شده و تبعات قانونی یا سیاسی به همراه داشته باشد.

حق شرط به معنای این است که یک کشور می‌تواند در زمان امضای معاهده، برخی از مفاد آن را به‌صورت مشروط بپذیرد یا از برخی مفاد معاهده معاف شود.

این حق به کشورهای عضو این امکان را می‌دهد که با حفظ حاکمیت ملی خود به معاهدات بین‌المللی ملحق شوند. به‌عنوان مثال، در معاهدات حقوق بشر، کشورها ممکن است حق شرط‌هایی ارائه دهند که برخی از حقوق را در شرایط خاص محدود کند (کنوانسیون وین، ماده ۲، بند ۱).

در عقود نیز، امکان درج شروط و حق شرط وجود دارد و طرفین می‌توانند شروط خاصی را در قراردادهای خود تعیین کنند (انصاری، ۱۴۲۱ق، ۶/۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۱۲۲/۲)؛ به‌عنوان مثال، در عقد نکاح، طرفین می‌توانند شروط خاصی را برای خود قرار دهند که در صورت عدم رعایت آن‌ها، حق فسخ برای یکی از طرفین ایجاد می‌شود البته به‌طور کلی حق شرط در عقود، به درج شرایط خاصی اشاره دارد که اجرای قرارداد را مشروط می‌کند درحالی‌که خروج یک‌طرفه به تصمیم یک‌طرف برای ترک قرارداد بدون نیاز به رضایت طرف دیگر اشاره دارد. با توجه به مطالب بالا مشخص گردید که هر دو مفهوم به طرفین این امکان را می‌دهند که با توجه به شرایط خاص خود، انعطاف بیشتری در روابط قراردادی داشته باشند اما با تفاوت‌های اساسی در ماهیت و اصول حاکم بر آن‌ها که بیان گردید.

۲/۳. معاهدات جهان‌شمول و قوانین آمره

هرچند عقود و معاهدات نیاز به دو طرف ایجاب‌کننده و قبول‌کننده دارند اما از این مهم یک مسئله استثناء می‌گردد و آن این است که در بعضی از معاهدات بین‌المللی به جهت حساسیت پاره‌ای از قوانین حیثیت قبول یا وجود ندارد و یا فراگیر نیست که این امر در قوانین آمره در ذیل مورد بررسی قرار گرفته است.

قوانین آمره به اصول بنیادین و غیرقابل تغییر در حقوق بین‌الملل اطلاق می‌شوند که به‌طور قهری و جهانی الزام‌آورند (ضیایی بیگدلی، ۱۴۰۲ق، ۱۹۲). این قوانین شامل اصولی مانند منع نسل‌کشی و احترام به حقوق اساسی بشر هستند و هیچ توافقی نمی‌تواند آن‌ها را نقض یا تغییر دهد. در این زمینه، قبول در قوانین آمره به‌طور کلی و جهانی معتبر است و نیازی به پذیرش خاص از سوی کشورها ندارد. به عبارت دیگر، این قوانین به‌طور قهری برای تمامی کشورها الزام‌آورند و تمامی کشورها به‌طور

ضمنی ملزم به رعایت آن‌ها هستند. از سوی دیگر، عقود به توافقاتی اطلاق می‌شوند که در آن‌ها طرفین (حقیقی یا حقوقی) به‌طور خاص و با اراده آزاد به توافق می‌رسند و شروط مشخصی را تعیین می‌کنند. برای معتبر شدن یک عقد، وجود قبول‌کننده ضروری است و هر دو طرف باید شرایط عمومی مانند بلوغ، عقل و اختیار را داشته باشند. در این حالت، قبول به‌عنوان یک عنصر اساسی در ایجاد و اعتبار عقد مطرح می‌شود؛ زیرا نیاز به پذیرش صریح و فردی از سوی طرفین دارد. در نتیجه، مقایسه قبول در قوانین آمره و عقود نشان‌دهنده تفاوت‌های بنیادی در نحوه اعتبار و الزام‌آوری این توافقات است. قوانین آمره به‌طور قهری برای تمام کشورها الزام‌آورند و نیازی به پذیرش خاص ندارند درحالی‌که عقود به پذیرش خاص فرد حقیقی یا حقوقی وابسته‌اند. این تفاوت نشان‌دهنده حساسیت‌های مختلف و ماهیت متفاوت هر یک از این توافقات و قوانین در نظام‌های حقوقی است و به درک بهتر ساختار حقوقی بین‌الملل و داخلی کمک می‌کند.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی تطبیقی انجام شده میان عقود و معاهدات بین‌المللی، می‌توان نتیجه گرفت که این دو مفهوم علی‌رغم اشتراکاتی در تأکید بر لزوم وفای به تعهدات، از ابعاد مختلف ماهیتی، مبنایی، ادله‌ای و اجرایی تفاوت‌های عمده‌ای دارند. نخستین تفاوت اساسی در ماهیت این دو نوع تعهد است. عقود در فقه اسلامی اساساً به روابط فردی پرداخته و تنظیم‌کننده تعاملات درون‌جامعه‌ای افراد است، درحالی‌که معاهدات بین‌المللی در چارچوب نظام حقوق بین‌الملل قرار دارند و هدف آن‌ها تنظیم روابط میان دولت‌ها و تأمین منافع عمومی است. عقود به‌طور عمده با تأکید بر ارزش‌های اخلاقی و دینی تنظیم می‌شوند و لزوم وفای به آن‌ها بیشتر بر اساس اصول اخلاقی و دینی است که در آیات قرآنی مانند آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده ۱) مطرح شده است. این آیه به‌ویژه بر لزوم وفای به تعهدات میان مسلمانان تأکید دارد و عمدتاً ناظر بر روابط فردی است. از طرف دیگر، معاهدات به‌عنوان ابزارهای حقوقی میان دولت‌ها، بیش‌تر بر اساس مصالح عمومی، امنیت و حفظ صلح جهانی تنظیم می‌شوند.

تفاوت دیگری که در تحلیل این دو مفهوم قابل توجه است، در ضمانت‌های اجرایی آن‌هاست. درحالی که عقود در چارچوب فقه فردی با تکالیف دینی و اخلاقی ضمانت اجرا دارند، معاهدات بین‌المللی از سازوکارهای حقوقی و اجرایی جهانی برخوردارند که نقض آن‌ها می‌تواند به تحریم‌ها، قطع روابط دیپلماتیک یا حتی اقدام نظامی منجر شود؛ بنابراین، ضمانت‌های اجرایی معاهدات با توجه به منافع عمومی و بین‌المللی بسیار قوی‌تر و پیچیده‌تر از عقود است.

در این راستا، نمی‌توان معاهدات بین‌المللی را به‌سادگی در چارچوب مصادیق آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تحلیل کرد؛ زیرا این آیه عمدتاً ناظر بر وفای به تعهدات فردی در روابط مسلمانان است، آن‌هم به حکم ارشاد به اصول اخلاقی و نمی‌تواند معاهدات را که به مسائل حکومتی، بین‌المللی و جهانی مرتبط‌اند، پوشش دهد. درواقع، ماهیت و غایت این دو نوع تعهد به‌طور قابل ملاحظه‌ای متفاوت است و تحلیل معاهدات نیازمند دیدگاهی جامع‌تر در راستای مصالح عمومی و حکومتی است؛ بنابراین، از مجموع موارد مطرح‌شده می‌توان نتیجه گرفت که عقود و معاهدات اساساً مفاهیم متفاوتی هستند که نمی‌توان آن‌ها را در یک چارچوب مشابه مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. معاهدات به‌ویژه در نظام فقه حکومتی و با در نظر گرفتن مصالح عمومی و منافع کلی جامعه اسلامی باید مورد توجه قرار گیرند درحالی که عقود، به‌عنوان تعهدات فردی، بیشتر در حوزه فقه فردی و با تأکید بر ارزش‌های دینی و اخلاقی تنظیم می‌شوند. پیشنهاد می‌شود، نظریه فقهی معاهدات تدوین شود؛ چرا که یکی از گام‌های اساسی در تبیین جایگاه معاهدات بین‌المللی در فقه اسلامی است. در این راستا، علمای اسلامی و پژوهشگران فقه باید به تدوین چارچوبی نظری بپردازند که ضمن در نظر گرفتن اصول و ارزش‌های اسلامی، نیازهای جهانی و منافع عمومی جامعه را نیز لحاظ کند. این چارچوب می‌تواند به تفکیک دقیق جایگاه عقود و معاهدات کمک کند و فضایی برای تحلیل شفاف‌تری از روابط بین‌المللی فراهم آورد. علاوه بر این، در روند انعقاد یا بررسی معاهدات بین‌المللی، تشکیل کمیته‌های مشورتی متشکل از فقها و حقوق‌دانان می‌تواند ضرورت داشته باشد تا تطابق معاهدات با شریعت اسلام و تأثیرات آن بر حقوق عمومی امت به‌طور دقیق ارزیابی شود. چنین

کمیته‌هایی می‌توانند به ایجاد توازن بین حفظ اصول اسلامی و بهره‌برداری از نیازهای بین‌المللی کمک کنند. گسترش پژوهش‌های تطبیقی میان فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل، به‌ویژه در زمینه معاهدات، می‌تواند موجب تعاملات مؤثرتر و متعادل‌تر میان این دو نظام حقوقی گردد. در نهایت، توجه به آموزش و آگاهی‌بخشی در حوزه معاهدات بین‌المللی از طریق گنجاندن مباحث مربوطه در دروس فقه حکومتی و سیاست شرعی می‌تواند نسل جدیدی از متخصصان آگاه به مسائل بین‌المللی و فقه اسلامی تربیت کند و در تحقق این اهداف نقش به‌سزایی ایفا کند. این پیشنهادها می‌توانند به تقویت جایگاه فقه اسلامی در عرصه بین‌المللی کمک کرده و زمینه تعامل بهتر جوامع اسلامی با سایر کشورها را فراهم آورد.

منابع

قرآن کریم.

آقا نظری، حسن (۱۳۹۰). مالکیت حقوقی نهادهای مالی (شخصیت حقوقی نهادهای مالی). اقتصاد اسلامی، شماره ۴۳، ۷۹-۹۶.

ابراهیمی، نصرالله (۱۳۹۱). آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس ماژور. فصلنامه دانش حقوق مدنی، ۱، ۱-۱۸.

احمدی طباطبایی، سید محمدرضا، و آرام، محمدرضا (۱۳۹۳). اصل وفای به تعهدات و قراردادها؛ مقایسه حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر. معرفت حقوقی، ۱، (پیاپی ۶).

اراکي، محمدعلی. (۱۴۱۴). الخيارات. قم: انتشارات مهر.

امینی، اعظم، میان‌آبادی، حجت، و دریادل، احسان (۲۰۱۹). ماهیت و موضوعات حقوقی کلیدی موافقت‌نامه پاریس در خصوص تغییرات اقلیمی. دانشگاه شهید بهشتی، ۲۲، ۲۹۱-۳۲۶.

انصاری، مرتضی. (۱۴۲۱). المكاسب المحرمه. قم: تراث شیخ انصاری.

باقرزاده، محمدرضا. (۱۳۸۲). ضمانت اجرای صلح و امنیت بین‌المللی. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته‌الله علیه.

بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۲۳). الدرر النجفیه. لبنان: دارالمصطفی.

جنگجو، رضا. (۱۴۰۱). سومین کنفرانس ملی پدافند سایبری، بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراک تنظیم قراردادهای داخلی و بین‌المللی و نقش فضای سایبری در کاهش مشکلات تنظیم قراردادهای سومین کنفرانس ملی پدافند سایبری.

حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). **فقه العقود**. بیروت: دارالاسلامیه.

حر عاملی. (۱۴۱۴ق). **وسائل الشیعه**. قم: آل البيت.

حقیقت پور، حسین (۱۴۰۰). اصل تفکیک انسانی از نگاه حقوق بشر دوستانه اسلامی در مقایسه با معاهدات بین المللی. **پژوهش های فقهی**، ۱۷، ۸۷۵-۹۰۶.

حکیم، سید محسن. (۱۴۰۸ق). **حقائق الاصول**. قم: بصیرتی.

خراسانی، محمدعلی کاظمی. (۱۴۱۷ق). **فوائد الاصول**. (تقریرات درس آیت الله نائینی). قم: نشر اسلامی.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). **مصباح الفقاهه**. قم: مکتبه الداوری.

زنجانی، عمید (۱۳۷۰). حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی در فقه و حقوق اسلام. **حقوقی بین المللی**، ۱۱، ۵-۴۲.

سرخر، عبدالله (۱۴۰۱). بررسی جایگاه حقوقی تفسیر مفاد و مندرجات قرارداد بین طرفین با استناد به قانون، عرف و متن قرارداد. **نشر یار**، ۲۱، ۲۰۷-۲۳۰.

سلجوقی، محمود. (۱۳۸۴). **بایسته های حقوق بین الملل خصوصی**. تهران: میزان.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۷). **فرهنگ فقه فارسی**. قم: دائره المعارف اسلامی.

ضیایی بیگدلی، محمدرضا. (۱۴۰۲). **حقوق بین المللی عمومی**. تهران: گنج دانش.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). **تکملة العروة الوثقی**. قم: داوری.

طباطبایی، سید محمدرضا (۱۳۹۳). اصل وفای به تعهدات و قراردادهای؛ مقایسه حقوق بین الملل اسلامی و حقوق بین الملل معاصر. **معرفت حقوقی**، ۶، ۸۳-۹۸.

فقیه، یوسف. (۱۴۰۹ق). **الاحوال الشخصية فی فقه اهل البيت علیهم السلام**. بیروت: دارالاضواء.

قمی طباطبایی، محمدتقی. (۱۴۲۶). **مبانی منهاج الصالحین**. قم: منشورات قلم شرق.

گنجی، منوچهر. (۱۳۴۸). **حقوق بین الملل عمومی**. تهران: کتابخانه مجلس.

مجتهدی، محمدرضا. (۱۳۸۱). **مطالعات حقوق بین الملل عمومی**. تهران: فروزش.

مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). **بحار الانوار**. قم: مؤسسه وفا.

مشکینی، علی. (۱۳۶۷). **اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها**. قم: الهادی.

مقتدر، هوشنگ. (۱۳۸۳). **حقوق بین الملل عمومی**. تهران: اداره نشر وزارت علوم خارجه.

موسی زاده، رضا. (۱۳۸۳). **بایسته های حقوق بین الملل عمومی**. تهران: میزان.

نراقی، احمد. (۱۴۰۸). **عوائد الایام**. قم: بصیرتی.

والاس، ربکا. (۱۳۸۲). **حقوق بین الملل**. مترجم سید قاسم قاسمی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۲۰



Capacity Analysis of Jurisprudence in Excluding the Transfer of Irremovable Property in an Official Document

Akbar Najm¹ & Seyfollah Sarrami²

1. Senior Lecturer, PhD Student, Farabi Campus, University of Tehran. Iran. (Corresponding Author).

a.najm.talabeh@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0001-6080-1844>

2. Associate Professor, Qom Institute of Islamic Sciences and Culture; Qom.Iran. sarrami.

sayfollah@isca.ac.ir; <https://orcid.org/0000-0003-3531-1637>

Article Info

ABSTRACT

Article type:

Research Article

Article history:

Received 3 May 2023

Received in revised

form Accepted 24

September 2024

Accepted 25 September
2024

Keywords:

Usual Document,

Official Document,

Bayyinah (Evident

Proofs), Assurance.

The widespread acceptance of usual documents-which are in accordance with *sharī'ah* law-has led to numerous issues, including the sale of property and land to multiple buyers, tax evasion, psychological and social insecurity, an increase in lawsuits related to usual documents, lack of clarity regarding ownership, insufficient government oversight, the accumulation of bank arrears, and land grabbing.

Recognizing these harms, the legislator in the Islamic Republic of Iran has mandated that transactions involving irremovable property must be conducted using official documents. However, an exception has been added: "except for documents that are recognized by the court as having legal (*shar'ī*) validity." This exception reintroduces the same problems that the registration law was originally designed to prevent.

The key question of this study is whether jurisprudence has the capacity to impose an absolute restriction on irremovable property transactions, limiting them solely to official documents in the present era. Using a descriptive-analytical method

Cite this article:

Najm. A & Seyfollah Sarrami. (2024). Capacity Analysis of Jurisprudence in Excluding the Transfer of Irremovable Property in an Official Document. *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.66123.2624>



and relying on library research, this study concludes that under current societal conditions, the legitimacy of usual documents is no longer tenable. Given the recognized validity of official documents, the only appropriate method for transferring irremovable property is through transactions conducted with official documents.

Keywords: Usual Document, Official Document, Bayyinah (Evident Proofs), Assurance.

ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند رسمی^۱

اکبر نجم^۱  ID: سیف‌الله صرامی^۲

۱. مدرس سطوح عالی حوزه، و دانشجوی دکتری پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: a.najm.talabeh@gmail.com

https://orcid.org/0000-0002-3198-5071

۲. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم - ایران. رایانامه: sarrami.sayfollah@isca.ac.ir



تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۴

ظرفیت‌شناسی فقه
در انحصاری کردن
نقل و انتقال اموال
غیر منقول در سند رسمی
۱۳۳

چکیده

اقبال عمومی مردم به اسناد عادی - که به تبع شرعیت آن است - سبب ایجاد آسیب‌های فراوانی همچون فروش ملک و زمین به چند نفر، فرار مالیاتی، ایجاد ناامنی روانی و اجتماعی، انباشت پرونده‌های دعاوی مرتبط با اسناد عادی، مشخص نبودن مالکان و عدم آگاهی و اشراف لازم حکومت نسبت به آن، ایجاد معوقات بانکی و زمین‌خواری شده است. قانون‌گذار در ج.ا.ا. با درک مفاسد فوق، انجام معاملات اموال غیر منقول را با اسناد رسمی لازم دانسته است؛ اما افزوده است: «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است». این افزوده باعث ایجاد همان مفاسدی است که قانون ثبت برای

۱. نجم، اکبر و صرامی، سیف‌الله (۱۴۰۳). ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند

رسمی. جستارهای فقهی و اصولی. ۱۰(۳): ۳۶. صص: ۳۳-۸۰.



© The Author(s)  https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.66123.2624

حل آن ایجاد شده بود. سؤال فراروی مقاله این است که آیا فقه داری این ظرفیت است که معاملات اموال غیرمنقول را در عصر حاضر، مطلقاً، منحصر در اسناد رسمی کند؟ مقاله حاضر به روش تحلیلی توصیفی و با بهره گرفتن از مطالعات کتابخانه‌ای به این نتیجه رسیده است که شرعیت اسناد عادی در شرایط فعلی زندگی بشر متفی بوده و با در نظر گرفتن شرعیت اسناد رسمی، تنها راه معاملاتی اموال غیرمنقول، معامله با اسناد رسمی است.

کلیدواژه‌ها: سند عادی، سند رسمی، بینه، اطمینان.

مقدمه

مؤمنان در گذشته، به دلیل نزدیکی و شناخت نوعی افراد نسبت به یکدیگر و عدم قدرت عامه مردم بر کتابت (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ ق، ۱۰۷)، باوجود توصیه آیات و روایات بر نوشتن معاملات، برای از بین رفتن نزاع (ر.ک: پروجیدی، ۱۴۲۹ ق، ۲۳/۲۳) معاملات را با اجرای صیغه معهود آن بدون تشریفات دیگری انجام می‌دادند؛ اما با افزایش جمعیت و گسترش انواع معاملات و از بین رفتن قرابت و مناسبات اجتماعی سابق، به سبب عدم اطمینان خاطر به معاملات مرسوم و ایجاد نزاع و اختلافات پس از آن، تمایل و اقبال عمومی به کتابت معاملات پیدا شد (یزدی، ۱۴۲۸ ق، ۸۳۱/۲؛ اصفهانی، ۱۳۹۸ ق، ۲۴۳؛ یزدی، ۱۴۱۵ ق، ۱۱۷/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ ق، ۹۷).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳
۱۲۴

با فراگیری اسناد مکتوب، نقص‌های موجود آشکار شد؛ زیرا اسناد عادی به سبب عدم ثبت در سامانه‌های جامع، قابلیت اصالت در آن‌ها بسیار دشوار بود و این امر سبب ایجاد مفاسدی همچون فروش ملک و زمین به چند نفر، تبدیل شدن زمین و مسکن به کالای سرمایه‌ای، افزایش شدید و بی‌منطق بهای مسکن و زمین، فرار مالیاتی، ایجاد ناامنی روانی و اجتماعی، انباشت پرونده‌های دعاوی مرتبط با اسناد عادی، از بین رفتن امنیت معاملاتی، مشخص نبودن مالکان و جهل حکومت نسبت به آن شد (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۶۶).

آسیب‌های فوق در ایران نیز همانند سایر کشورهای جهان به وجود آمد و مسئولین امر را وادار به چاره‌اندیشی حول آن نمود. ملل مختلف با راهکارهای گوناگونی درصدد حل این معضل بوده‌اند. به‌عنوان نمونه اگر عمل حقوقی در مراجع تعیین شده

ثبت نگردد، در کشورهایی همانند اتریش و سوئیس از اساس باطل خواهد بود و در آلمان صحیح بوده اما اثر انتقال مالکیتی بر آن بار نخواهد شد. این عمل حقوقی در فرانسه نیز صحیح و انتقال مالکیت نیز محقق می‌شود اما قابلیت استناد نزد شخص ثالث را دارا نیست (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۳۹). همین معنا در مواد ۱۱۹۸ اصلاحیه قانون حقوق قراردادهای فرانسه و ۹۴۱ قانون مدنی فرانسه و همچنین مواد ۱۴۰ و ۴۶۸ و ۹۷۶ قانون مدنی مصر و بند ۳۴ حقوق قراردادهای در انگلستان مورد تأکید قرار گرفته است. در ایران نیز، در سال ۱۳۰۴ قانون ثبت اجباری برای کلیه املاک غیرمنقول، وضع شد و برای تأخیر در تقاضای ثبت، مجازات افزایش حق الثبت مقرر شد. سال ۱۳۱۰ قانون ثبت اسناد و املاک از تصویب گذشت که علاوه بر اجباری کردن ثبت املاک برای برخی اسناد، لازم‌الاجرا بودن آن نیز وضع شد که از آن تاریخ تاکنون همان قانون مجری است (دیانی، ۱۳۸۴).

باوجود این که الزام قانونی نسبت به ثبت اسناد اموال غیرمنقول در دفاتر اسناد قانونی گشت؛ اما عامه مردم هنوز نسبت به اسناد عادی اقبال داشته و در نتیجه سبب وجود مفاسد فوق‌الذکر شده‌اند. دستگاه قضا، برای حل معضل پیش آمده اقدام به تعیین تشریفات و مقدماتی خاص نمود که با تعبیر سند رسمی از آن یاد می‌شود. توضیح این که سند عادی به سبب عدم ثبت در سامانه‌های مرجع، قابلیت راستی آزمایی را نداشته و وجود سندی عادی صرفاً نشان‌گر مالکیت فرد است و به سبب امکان جعل یا عدم ثبت، تخلفات فوق روی می‌دهد؛ اما اسناد رسمی به سبب ثبت در مرجع تعیین شده قابلیت استعمال و راستی آزمایی را دارا هست و از این جهت امکان فروش ملک به چند نفر با تکیه بر این سند تقریباً ناممکن می‌شود. قانون‌گذار در سال ۱۳۹۶ قانونی با عنوان «قانون احکام دائمی توسعه کشور» تهیه کرد و در ماده ۶۲ آن تمامی معاملات اموال غیرمنقول را در اسناد رسمی منحصر نمود و تصریح کرد در صورتی که فرد اقدام به معامله با اسناد عادی نماید، قابلیت اثبات برای فرد ثالث در آن وجود نخواهد داشت.

این قانون در محاکم قضائی نیز مورد عمل است و در فرض تعارض بین سند عادی و رسمی، حکم بر تقدم سند رسمی می‌شود با این استدلال که «نظر به اینکه

برای تعارض دو دلیل، حجّیت فی نفسه هرکدام از ادله در موضوع دعوی، ضروری است؛ بدین معنا که هرکدام از دو دلیل، بر فرض نبود دلیل معارض، حجّت بوده و قابل استناد باشد درحالی که در مانحن فیه حسب مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول باید به موجب سند رسمی باشد و سند عادی راجع به معاملات مذکور، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نیست؛ بنابراین سند عادی قابلیت تعارض با سند رسمی را نخواهد داشت». این قاضی در ادامه بیان می دارد: «وفق مقررات ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او به ثبت رسیده و یا کسی که ملک به او منتقل گردیده و این انتقال در دفتر املاک به ثبت رسیده است، مالک می شناسد» (دادنامه شماره ۳۵۶/۱۳۹۳ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران). این رأی در دادگاه تجدیدنظر نیز به تأیید رسید است (شماره دادنامه قطعی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۲۴۸).

عدم تعارض بین سند رسمی و عادی نیز در رأی وحدت رویه شماره ۳۴ نیز مورد اشاره قرار گرفته است. این رأی بیان می دارد: «نظر بر اینکه شرط تحقق بزه مشمول ماده ۷۱۱ قانون ثبت اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا دو تعهد نسبت به یک مال است و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیر منقول به موجب بند اول ماده ۷۴ قانون مذکور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۸۴ همان قانون در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت».

اما این ماده با ایراد شورای نگهبان مواجه گردیده و استثنای «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» به آن اضافه گردید و در نتیجه «کلیه معاملات راجع به اموال غیر منقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». پس از این اصلاح، افراد سودجو در مقام عمل، با اتکا به استثنای افزوده شده، اقدام

به کلاهبرداری و فروش ملک به چند نفر نموده و موجب همان تالی فاسدی شدند که قانون توسعه، درصدد رفعش بود. منتقدان به این قانون اعتقاد دارند استثنای فوق، پاس گل قانونی به زمین‌خواران داده و با ابقای شرعیت اسناد عادی در محاکم، راه را برای انجام تخلفات گذشته هموار کرده است (خدابخشی، ۱۳۹۷، ۱۰).

این مسئله با توجه به اهمیت فوق‌العاده و بحران‌های پسینی، موردتوجه محققین بوده است. صائبی و خواجه‌زاده در مقاله «حدود اعتبار اسناد رسمی و عادی در دعاوی مدنی» (صائبی و خواجه‌زاده، ۱۳۹۶) با مسلم‌انگاری شرعیت اسناد عادی در زمان حاضر به تعارض بین اسناد عادی و رسمی پرداخته و نسبت به راه‌حل آن چاره‌جویی کرده‌اند. آناهید و آیتی نیز در مقاله «بررسی اعتبار سند عادی (قولنامه) از دیدگاه فقه و حقوق» (آناهید و آیتی، ۱۳۹۴) از حیث فقهی، سند عادی قولنامه را معتبر و شرعی می‌دانند. به اعتقاد خدابخشی در مقاله «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک» (خدابخشی، ۱۳۸۹)، غیرقابل استناد دانستن قرارداد عادی، ضمانت اجرایی متعادلی در روابط اشخاص است. وی در مقاله «قابلیت استناد سند عادی در مقابل سند رسمی؛ رویه‌ی قضایی و راهکارها» (خدابخشی، ۱۳۹۷) با بررسی تالی فاسدهای ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور، حجت دانستن سند عادی در قبال سند رسمی را صحیح ندانسته و با دقت در متن این ماده سعی در مستندسازی ادعای خویش دارد. منتهایی و فروتنی راد در مقاله «بررسی تأثیر سند رسمی بر توسعه حقوق عمومی» (منتهایی و فروتنی راد، ۱۳۹۲) با در نظر گرفتن شئون مختلف اسناد رسمی، به حیث تأثیرگذاری آن در توسعه حقوق عمومی نظر داشته و به این سؤال پاسخ داده‌اند که تنظیم سند رسمی چگونه به توسعه حقوق عمومی کمک می‌نماید. شاهنوش فروشانی در گزارش «نشست نقد رأی: ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند عادی بیع با تاریخ مقدم (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)» (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۵) بیان می‌دارد آنچه مشهود است اختلاف نظر بین حقوق دانان در اعتبار یا عدم اعتبار اسناد عادی معارض با سند رسمی است و باوجود این که اکثریت افراد در جلسه، نظر به تقدم سند رسمی و عدم اعتبار سند عادی دارند اما هیچ استدلال فقهی برای این ادعا بیان نشده است. کارچانی و مددی در گزارش «نشست نقد

رأی (دادگاه تجدیدنظر استان تهران): امکان ابطال سند رسمی رهن به استناد سند عادی انتقال مالکیت با تاریخ مقدم» (کارچانی و مددی، ۱۳۹۸) همانند نشست فوق از اختلاف بین حقوق دانان در مسئله اعتبار سند عادی در مقابل سند رسمی گزارش می دهند و آنچه مشهود است عدم وجود استدلال قوی فقهی در ردّ حجیت سند عادی است؛ تا بدین جا که یکی از حقوق دانان حاضر در جلسه بیان می دارد کنار گذاشتن سند عادی مخالف شرع است اما مخالف بین نیست! عندلیب و علیدوست در مقاله «تعارض بین و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران (پیشنهاد اصلاح ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی)» (عندلیب و علیدوست، ۱۳۹۹) صور مختلف تعارض بین سند رسمی و بینه را بررسی نموده و در بعضی از صور حکم به تقدم سند رسمی و در بعضی دیگر به تقدم بینه حکم می کنند. حسینی و فرمند در مقاله «تاب آوری سند عادی در مقابل سند رسمی» (حسینی و فرمند آشتیانی، ۱۳۹۹) با پذیرش حجیت سند عادی در عصر حاضر و پذیرش مفاسد آن، مسئولین امر را به خارج ساختن اسناد عادی از چرخه معاملی تشویق نموده اند.

مقالات فوق باوجود پرداختن به مسائل ناظر به اسناد عادی و رسمی، به این سؤالات و پاسخ به آنها نپرداخته اند که «آیا از دیدگاه فقه امامیه اسناد عادی در زمان فعلی با در نظر گرفتن عنوان اولی مشروعیت دارند» و «آیا می توان از دیدگاه فقه نقل و انتقال اموال غیر منقول را منحصر در اسناد رسمی کرد؟» آنچه به عنوان نوآوری در مقاله حاضر قلمداد می شود این است که عدم مشروعیت اسناد عادی در زمان حاضر را بدون در نظر گرفتن عناوین ثانوی اثبات نموده است و با تکیه بر هنجارهای فقهی، سند عادی را در عصر حاضر فاقد حجیت دانسته و قابلیت استناد به آن را نامشروع دانسته است و در نتیجه نقل و انتقال اموال غیر منقول را منحصر در اسناد رسمی می داند.

با توجه به مطالب بیان شده سؤال اصلی پیش روی مقاله این است که فقه امامیه، چگونه ظرفیت انحصاری نمودن معاملات اموال غیر منقول در اسناد رسمی را، بدون هیچ استثنایی، داراست؟ پاسخ به سؤال فوق در ضمن پرداختن به دو سؤال فرعی زیر است: آیا اساساً اسناد رسمی بما هو رسمی یعنی بر محور و خصوصیت ثبت رسمی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۲۸

دولتی (نه-مثلا- چون حاوی شهادت یا اقرار شرعی هستند)، در شرع و فقه اعتبار دارند یا نه؟ اگر جواب مثبت باشد، پرسش دوم این است که آیا غیر از اسناد رسمی، به ترتیب فوق، چیز دیگری تحت عنوان «اسناد عادی شرعی»، در برابر اسناد رسمی، می تواند در جهان معاصر، حجیت شرعی داشته باشد تا دست مایه «تشخیص دادگاه» برای بر هم زدن انحصار اعتبار در اسناد رسمی باشد؟

۱. مفهوم شناسی

قبل از ورود به بحث، توضیحی در خصوص مفاهیمی که در این پژوهش به کار رفته اند، داده می شود.

۱/۱. سند عادی

سند به معنای هر نوشته ای است که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد (دیانی، ۱۳۸۴). هرگاه سند به وسیله مأمور غیررسمی یا مأمور رسمی که صلاحیت تنظیم سند را ندارد، تهیه شود و یا یکی از تشریفات قانونی در تنظیم سند رعایت نشده باشد، حتی در صورت دربرداشتن امضاء یا مهر طرفین سند عادی شناخته می شود (امامی، بی تا، ۷۰/۶).

۱/۲. سند رسمی

طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است»: بنابراین سند رسمی سه شرط اساسی دارد: ۱. تنظیم سند به وسیله مأمور رسمی؛ ۲. صلاحیت مأمور در تنظیم سند؛ ۳. رعایت مقررات مربوطه به تنظیم سند (امامی، بی تا، ۶۷/۶).

۱/۳. اموال غیر منقول

اموال غیر منقول اشیائی هستند که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود (امامی، بی تا، ۲۳/۱). اموال غیر منقول چهار دسته اند: اول اموالی که ذاتاً غیر منقول هستند همانند اراضی؛ دوم اموالی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص مال یا محل آن شود همانند ابنیه و آسیاب؛ سوم اموالی که در حکم غیر منقول هستند مانند تلمبه، گاو یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است؛ چهارم

ظرفیت شناسی فقه
در انحصاری کردن
نقل و انتقال اموال
غیر منقول در سند رسمی
۱۲۹

اموالی که تابع غیر منقول هستند همانند حق عمری و سکنی (امامی، بی تا، ۲۳/۱-۲۸).

۲. حجیت اسناد رسمی معاملی اموال غیر منقول

حجیت اسناد مکتوب، همان طور که در آثار فقهی متعدد، مشهود و مبرهن است، به پشتوانه علم یا حداقل وثوق و اطمینان به صحت و انتساب مضمون آن به طرفین، شرعی است (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۲۵۱/۲۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ۵۱۳/۱۲؛ نائینی، ۱۴۱۳ ق، ۱۱۴/۱ ق، ۱۴۲۶ ق، ۳۷۰/۷؛ مامقانی، ۱۳۱۶ ق، ۲۱۵/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ق، ۹۴؛ خوانساری، بی تا، ۳۲؛ عاملی، ۱۴۲۷ ق، ۳۴۰/۵؛ خمینی، ۱۳۷۶، ۳۲/۱؛ حائری، ۱۴۱۵ ق، ۱۸۴) و مخالفت فقها با حجیت اسناد مکتوب، منحصر به صورتی است که اطمینان یا قطع به مضمون آن ایجاد نشود (خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ۵۵/۴).

برای حجیت اسناد رسمی بر اساس موازین فقهی طرقی را می توان پیشنهاد نمود: راه اول این که سند رسمی را بر اساس بینه تبیین نمود؛ با توجه به این که بینه در اصطلاح فقهی به معنای دو شاهد مرد عادل است (علوی، ۱۴۲۱ ق، ۳۶۰/۱) و با توجه به این که در دفاتر اسناد رسمی در نوع موارد، نویسنده و مسئول دفتر را می توان به عنوان دو شاهد در نظر گرفت (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۱۰۵). البته راهکار فوق از حیث فقهی دچار اشکالاتی است؛ اولاً در بسیاری از موارد، در دفاتر اسناد، نویسنده سند خانم است. ثانیاً عدالت یکی از شروط قطعی در بینه است و چگونه می توان عدالت نوعی و غالب در این افراد را ثابت دانست تا بینه شرعیه محقق گردد؟

راه دوم این که همان طور که در مباحث بعد به تفصیل با ادله و مؤیدات اثبات خواهد شد، حجیت بینه و شهادت از باب اطمینان آوری است و معنای اصطلاحی بینه شامل هر آنچه سبب وضوح و علم نسبت به چیزی می شود است (روحانی، ۱۴۱۲ ق، ۲۵۰/۸؛ سند، ۱۴۱۳ ق، ۴۶) و بینه از باب طریقت و کشف از واقع حجت است (اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ۵۷۳/۲) در این صورت سند رسمی مستقلاً خود یک بینه است؛ زیرا سبب اطمینان نسبت به مضمون خویش است. در مراحل صدور این اسناد برای اطمینان نسبت به مورد آن کارشناسی صورت گرفته و با استعلام از دستگاه های ذی ربط نسبت به مالکیت بر آن اطمینان حاصل می شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۳۰

احتمال جعل یا تزویر نسبت به این اسناد با توجه به فرآیند راستی آزمایی قانونی آن، بسیار کم و نادر است (احسانی فر، ۱۳۹۶، ۱۲۸) و می‌توان ادعا نمود اسناد رسمی با توجه به ضوابط و قوانین تنظیم شده و با در نظر گرفتن لزوم طی مراحل قانونی مشخص برای تأیید نهایی، نوعاً مفید اطمینان نسبت به مضمون خود است (خزائی، ۱۳۸۷، ۱۲۹).

برخلاف وجود وجوه قوت فوق در اسناد رسمی، دقیقاً عکس آن در اسناد عادی وجود دارد؛ زیرا اسناد عادی ایمن از جعل و تزویر نبوده و به راحتی قابلیت جعل در آن وجود دارد و به سبب عدم استعلام و نبود کارشناسی قابل اعتناء در مورد موضوع آن، اطمینان نسبت به آن در شرایط فعلی بسیار دشوار است و از این جهت اسناد رسمی نسبت به اسناد عادی دارای تفوق و برتری است.

۳. نقد و بررسی حجیت اسناد عادی در عصر حاضر

همان‌طور که بیان گردید، اسناد مکتوب در صورت اطمینان نسبت به آن حجت هستند (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۲۵۱/۲۲؛ حائری، ۱۴۱۵، ق، ۱۸۴). برای حصول این اطمینان راه‌ها و شواهدی ذکر شده است. به این جهت، در ابتدا راه‌های اطمینان آوری این اسناد را، یک‌به‌یک بیان کرده و اشکالات هر یک را بیان می‌کنیم و در انتها از سند رسمی و انحصار معاملات در آن سخن می‌گوییم.

۳/۱. احراز انتساب به واسطه مهر یا امضا

یکی از اهم مواردی که از قدیم‌الایام به عنوان اسباب احراز انتساب به افراد در اسناد مکتوب مورد توجه بوده است، مهر هر فرد است (آناهد و آیتی، ۱۳۹۴، ۲۰). در زمان فعلی امضا نیز کارکرد مهر را داراست و نشانه رضایت نسبت به مضمون سند است تا بدین جا که در تعبیر فقها، در شمار مواردی که سبب اطمینان به مضمون آن می‌شود بیان شده است (سبزواری، بی تا، ۴۸۸؛ یزدی، ۱۴۲۸، ق، ۶۹۳/۲؛ ابراهیمی، ۱۴۲۰، ق، ۱۶۴/۱۵).

در نقد این راه باید گفت: در جوامع بسیط گذشته به سبب شناخت نوعی افراد از همدیگر، نوعاً مهر و امضای فرد نشانه‌ای برای تشخیص و اطمینان و مستند نمودن سند کتبی به فرد صاحب مهر یا امضا بود؛ اما در زمان حاضر به سبب

امکان گسترده جعل و ایجاد امضا یا مهری همانند امضا و مهر اصلی، این عنوان کارکرد اصلی خویش را از دست داده و نوعاً نمی‌تواند مفید اطمینان باشد؛ زیرا مردم، خود توانایی شناسایی موارد مجعول از غیر آن را ندارند و در صورت مراجعه به محاکم نیز در بسیاری از موارد این امکان فراهم نیست. به علاوه ادعای جعل و اثبات آن خود امری مرغوب‌فیه نیست؛ زیرا ادعای جعل، واجد جنبه کیفری نیز هست؛ یعنی اگر مدعی جعل بتواند جعلیت سند را ثابت نماید، جاعل به مجازات مذکور در ماده ۵۲۳ به بعد ق.م.ا، محکوم می‌شود ولی اگر مدعی جعل نتوانست ادعای خود را ثابت کند و متهم به جعل، از خود اعاده حیثیت کرد، می‌تواند تعقیب جزایی مدعی جعل را به جرم افتراء وفق مواد ۶۹۷ ق.م.ا مطالبه نماید (دیانی، ۱۳۸۴) و از سویی چون ملاک اصلی برای حجیت شرعی این اسناد، اطمینان نسبت به مضمون آن است (ابراهیمی، ۱۴۲۰، ق. ۱۶۴/۱۵)، طبیعتاً این راه در عصر حاضر کارکردی نخواهد داشت.

۳/۲. اقرار فرد نسبت به سند و مضمون آن

یکی از طرق اطمینان نسبت به مضمون سند کتبی، اقرار است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ق. ۳۶۳/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ق. ۹۵/۳؛ عمیدی، ۱۴۱۶، ق. ۱۹۴/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ق. ۲۶۳/۱۰؛ کرکی، ۱۴۱۴، ق. ۱۹/۱۰؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ق. ۵۵۷/۲). این راه طبعاً در محل بحث کارایی نخواهد داشت؛ زیرا محل سخن جایی است که فرد به طمع افزایش مال یا فرار مالیاتی یا منافع دنیایی دیگر اقدام به ایجاد سند عادی و فروش یک ملک به چند نفر نموده است و در این صورت اقرار نفوذ نخواهد داشت؛ زیرا اقرار از سوی فردی که خود ذینفع است، حجیتی ندارد. توجه به این نکته نیز لازم است که اساساً غلبه نفع در این گونه امور سبب بی اعتباری اقرار در تمامی دعاوی مرتبط با سند عادی خواهد بود. بدین جهت است که در ابوابی همانند وصیت که می‌تواند مضمون وصیت به ضرر ورثه میت باشد، حجیت سند وصیت مکتوب مشروط به علم آوری ولو با اکتفاء به ظاهر حال شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ق. ۲۴۹/۲۸).

۳/۳. رأی اهل خبره

یکی از عللی که سبب اشکال در شرعیت اسناد عادی گشته است، احتمال تزویر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۳۳

و جعل^۱ است (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ۲۲۳/۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۸۴/۴؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۵/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۱ ق، ۳۰۵/۴۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۵۲۸/۹؛ بحرانی، بی تا، ۱۴۵/۱۴؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ۷۱۱/۲؛ عراقی، بی تا، ۱۵۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ق، ۷۲/۲). حال با در نظر گرفتن این نکته، یکی از راه‌هایی که می‌توان اطمینان نسبت به استناد سند مکتوب به طرفین را ایجاد نمود، استفاده از اهل خبره و کارشناسان تعیین خط و بررسی اسناد از حیث قدمت و تاریخ کتابت است که با تعبیر «رای اهل الخبره» از آن یاد کرده‌اند (ابراهیمی، ۱۴۲۰ ق، ۱۶۱/۱۵).

در نقد این راه باید گفت: کارشناسان خط‌شناسی و امور مرتبط به آن با توجه به ضوابط خویش، اقدام به شناسایی خط و صحت و سقم آن می‌نمایند اما این امر درباره اسناد عادی در سطح کلان آن، ثمربخشی ندارد؛ زیرا اولاً: پیشرفت در جعل اسناد عادی و ایجاد راه‌ها و ادوات جدید برای این امر که سابقاً اصلاً وجود نداشته‌اند (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۱۰۰) امکان تشخیص را بسیار پایین آورده است حتی بسیاری از اوقات سردفتران اسناد رسمی نیز متوجه آن نمی‌شوند (انتظاری، ۱۳۸۷، ۸۴)؛ پس این که بعضاً ادعا می‌شود «ولی در زمان حال، با توجه به وجود فناوری‌های پیشرفته در خصوص جلوگیری از جعل با تغییر مندرجات و احراز اصالت دو دلیل اول، موضوعیت خود را از دست داده‌اند» (آناهید و آیتی، ۱۳۹۴، ۱۹) ادعایی صحیح نیست. ثانیاً: در بین کارشناسان تشخیص جعل در بسیاری از مواقع اختلاف وجود دارد که نشان از عدم دقت در ضوابط شناخت جعل و در نتیجه عدم کارایی مناسب در این امر است. ثالثاً: در بسیاری از مواردی که یک ملک به چند نفر فروخته می‌شود، فرد اول که سند عادی ملکی را در دست دارد پس از معامله با خریدار اول، سند ملکی را تحویل خریدار نمی‌دهد و نزد او باقی می‌ماند و به این جهت سند در دست فروشنده، سند

ظرفیت‌شناسی فقه
در انحصاری کردن
نقل و انتقال اموال
غیر منقول در سند رسمی
۱۳۳

۱. جعل بر دو قسم است: جعل مادی و جعل معنوی؛ جعل مادی و آن چنانکه ماده ۹۷ قانون مجازات عمومی می‌گوید عبارت است از: «ساختن نوشته یا سند یا چیز دیگری برخلاف حقیقت یا ساختن مهر یا امضای اشخاص رسمی یا غیر رسمی یا به قصد تقلب خراشیدن یا تراشیدن یا قلم بردن یا الحاق یا محو یا اثبات یا سیاه کردن یا تأخیر تاریخ سند نسبت به تاریخ حقیقی یا الصاق متقلبانه نوشته به نوشته دیگری یا بکار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن و نظایر آن». جعل معنوی و آن عبارت است از درج مطالب یا تاریخ برخلاف واقع در سند (امامی، بی تا، ۱۷۳/۶).

درست و اصلی است و در نتیجه امکان فروش به غیر با سند اصیل برای او فراهم می‌شود و در صورت تشکیل دادگاه، سند در نزد فرد اول اصیل بوده و رجوع به کارشناس موضوعیتی نخواهد داشت. **رابعاً:** در پاره‌ای از موارد، اتفاق می‌افتد که فرد اقدام به جعل امضا یا مهر فردی نموده که سال‌ها پیش فوت کرده است و در این صورت موضوع ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ (استکتاب) منتفی خواهد بود و از سویی دیگر امکان تطبیق خط و امضا با اسناد قطعی الصدور نیز منتفی است؛ زیرا در این گونه موارد جاعلان اقدام به جعل امضا یا مهر فردی می‌کنند که امضا و مهر ایشان در دسترس نباشد تا جعل مخفی بماند. در این صورت رجوع به کارشناس هیچ گونه کمکی در ایجاد اطمینان نمی‌نماید (انتظاری، ۱۳۸۷، ۸۹). **خامساً:** در دیدگاه فقهی فقها و رویه قضائی بعضی از قضات^۲، نظر کارشناسی تنها در صورتی که دو کارشناس عادل نظری موافق در مورد کارشناسی داشته باشند، شرعاً مطاع خواهد بود (ابراهیم‌زاده، رجایی و رزمی، ۱۳۹۸، ۱۶۳). این امر سبب بی‌اثر شدن نظریات کارشناسی در بسیاری از مواقع خواهد شد. **سادساً:** باید توجه داشت که عامه مردم در معاملات خویش توانایی مراجعه به کارشناسی و احراز اصالت امضا، مهر یا خط را ندارند و در عموم موارد احتمال فریب درباره ایشان وجود دارد. نشانه این امر سرازیر شدن پرونده‌های فروش ملک به چند نفر به محاکم است (انتظاری، ۱۳۸۷، ۸۴).

بر اساس آنچه بیان شد می‌توان فتاوای برخی از فقها را تحلیل نمود. امام خمینی در فتوای خویش در مورد این سؤال که «نوشته‌های عادی که با امضای علمای بزرگ و با مهر آن‌ها مههور باشد در فصل خصومت می‌تواند به معنی شاهد یا حجت باشد؟» این گونه پاسخ دادند: «اسناد کتبی حجت شرعی ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد» (امام خمینی، ۱۳۹۲، ۱۰/۱۰).

۱. ماده ۲۲۴: می‌توان کسی را که خط یا مهر یا امضا یا اثر انگشت منعکس در سند به او نسبت داده شده است اگر در حال حیات باشد، برای استکتاب یا اخذ اثر انگشت یا تصدیق مهر دعوت نمود. عدم حضور یا امتناع او از کتابت یا زدن انگشت یا تصدیق مهر می‌تواند قرینه صحت سند تلقی شود.

۲. شماره دادنامه‌های: ۸۹۱-۸۹۰-۸۸۹ تاریخ: ۷۴/۸/۸ و پرونده‌های کلاسه: ۹۱۸/۹۱۷/۶۸۱/۷۴/۳ و مرجع رسیدگی شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر دادگستری استان تهران و شماره دادنامه ۷۴/۶/۱۵-۳۳-۳۰۷-۳۰۶-۳۰۵ و ۷۴/۶/۱۳-۵۰-۷۳/۱۱/۲۹ به تاریخ ۷۴/۶/۱۳.

۳/۴. شهادت

یکی از مهمترین ادله اثبات و اعتنا به اسناد کتبی، شهادت شهود بر طبق آن است. این راهکار، گرچه در جوامع گذشته راهکاری مناسب برای حصول اطمینان نسبت به مضمون سند بوده است اما در جوامع پیچیده امروزی، به ترتیبی که در ادامه می‌آید، قابل قبول نیست. برای اثبات این ادعا اولاً باید نحوه حجیت شهادت شهود را بررسی نموده و در ادامه به مبرهن نمودن ادعا خویش پردازیم.

۳/۴/۱. دیدگاه فقها در تعبدی انگاری حجیت شهود یا حجیت طریقی

بحثی بین فقها وجود دارد که آیا حجیت شهادت شهود از باب تعبد و به صورت اماره موضوعی و مجعول از قبل شارع است یا این که حجیت شهادت شهود و بینه، عقلایی و از باب طریقت به واقع بوده و شارع مقدس نیز این امر را تأیید و امضاء نموده است (عندلیب و علیدوست، ۱۳۹۹، ۱۱۲). آنچه در این بین قابل توجه است، این است که اگر بتوانیم اثبات کنیم که حجیت شهادت شهود از باب ایجاد ظن یا اطمینان نسبت به مؤدای آن است، ثمراتی خواهد داشت و به عنوان مثال می‌توان ظن اقوی را بر شهادت مقدم داشت (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۶/۱۵) و یا این که در صورت عدم افاده ظن یا اطمینان بر طبق شاهد و بینه، حجیتی نخواهد داشت.

۳/۴/۱/۱. تعبد انگاری حجیت شهادت

برخی از فقها تصریح کرده‌اند که اگر ظن حاصل از غیر شهادت عدلین در موضوع شهادت، قوی‌تر از آن باشد، به شهادت عدلین عمل می‌شود؛ زیرا حجیت شهادت عدلین تعبدی محض بوده و از باب افاده ظن نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۶/۱۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۴۴۸/۱۲؛ قمی گیلانی، ۱۴۱۷ ق، ۳۰۳/۵؛ روحانی، ۱۴۱۲ ق، ۲۵۷/۶؛ آملی، ۱۳۸۰ ق، ۳۶۳/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۷ ق، ۵۳۰/۲؛ اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۶ ق، ۱۴۱).

علت این امر که چرا خداوند، این مقام از حجیت تعبدی را به شاهدین عطا نموده است و آن را به جای علم نشانده است، می‌فرمایند: خداوند از باب رحمت و تسهیل در تکلیف بندگان (قطیفی، ۱۴۲۲ ق، ۴۸۴/۲) و اقتضای ضرورت (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۰/۲) این حجیت را به شاهدین داده است؛ زیرا که در زندگی عادی بشری راه علم قطعی به امور در بیشتر مسائل بسته است (سرخسی، ۱۴۰۶ ق، ۱۱۲/۱۶) و اگر دستور به آن داده

شود، بشر در سختی می‌افتد و شارع از باب تسهیل بر بندگان خویش و اینکه با اشتراط علم، تکالیف و حقوق مردم ضایع نگردد، شهادت را حجت قرار داده است (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۰/۲).

۲/۴/۳. امضائی و طریقی بودن حجیت شهادت

در مقابل دیدگاه فوق، بعضی از فقها با شک و تردید درباره تعدی بودن حجیت شهود سخن گفته‌اند و با تعبیری همچون: «یجوز کونها تعبدا» (عاملی، ۱۴۱۹ ق، ۶۰/۴) یا «قد یکون الثبوت بالعدلین تعبدا محضاً» (طباطبائی حائری، بی‌تا، ۴۵۸) نسبت به حجیت بینه و شهود تعبیر کرده‌اند که نشان از عدم قطعیت این معنا نزد ایشان دارد و بعض دیگر تنقیح مسئله را در غایت اشکال می‌دانند (طباطبائی حائری، ۱۲۹۶ ق، ۵۴۷).

آنچه حق به نظر می‌آید این است که حجیت بینه و شهادت از باب طریقت است. بر این ادعا می‌توان ادله‌ای اقامه کرد: **اولاً:** نصوص شرعی دال بر حجیت بینه همه منصرف به سیره عقلائی در عمل به بینه هستند (حائری، ۱۴۱۵ ق، ۳۵۵)؛ در نتیجه بینه از باب طریقت عقلائیه عرفیه حجت (خویی، بی‌تا، ۷۴/۲؛ صدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۲/۲؛ خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۴۸؛ اراکی، ۱۴۱۵ ق، ۲۷۰/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ق، ۲۳۳/۱) و به امضای شرع رسیده است (آملی، ۱۴۰۶ ق، ۳۶۶-۳۶۷؛ قمی، ۱۴۱۷ ق، ۳۵۸)؛ بنابراین، ملاک حجیت بینه کاشفیت نوعی آن از واقع است (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۰/۲؛ علوی، ۱۴۲۱ ق، ۳۷۰/۱) نه این که بینه خصوصیتی خاص و رمزآلود داشته باشد (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۱۰۵/۴).

در این دیدگاه، ظن قوی‌تر را بر بینه مقدم داشته‌اند؛ زیرا مقتضای سیره عقلا و ادله حجیت بینه بر مبنای افاده ظن نوعی بوده است و در صورت وجود ظن قوی‌تر مخالف، بینه اعتبار ندارد (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۱۰۵-۱۰۴/۴)؛ چه این که بعضی از فقهای معاصر (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ۱۴۱/۳؛ هاشمی شاهرودی در احسانی فر، ۱۳۹۶، ۱۳۳) سند رسمی را بر شهود عادل مقدم داشته‌اند.

ثانیاً: خداوند در ذیل آیه دین که حجیت شهادت را بیان می‌کند، می‌فرماید: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (بقره ۲۸۲) و به صراحت بیان می‌کند که علت نیاز به دو شاهد زن، این است که اگر یکی فراموش کرد، دیگری در خاطر داشته باشد. این تعبیر نشان از پیش فرضی مسلم دارد و آن این که شهادت به جهت

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳
۱۳۶

واقع‌نمایی و طریق واقع بودن حجت است و در مورد دو زن، اشتراط دو نفر بودن به سبب این است که اگر یکی فراموش یا خطا کرد، دیگری تذکر دهد؛ لازمه این معنا این است که چنانچه چنین امری رخ ندهد و یکی از بانوان در ادای شهادت، کاملاً حفظ امانت نماید و از هرگونه خطا و اشتباه و یا انحراف به دور باشد و نیازی به تذکر و یادآوری پیش نیاید عملاً دلیل اثبات همان است (ر.ک: فاضل مقداد، ۱۴۲۵ ق، ۵۲/۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ ق، ۶۵/۳).

در تأیید ادعا و ادله فوق می‌توان به کلماتی از فقها اشاره نمود که تعابیر ایشان نشان از این معنا دارد که حجیت بینه را از باب طریقت و ایجاد ظن و اطمینان نسبت به مضمون خود، دانسته‌اند:

۱. شهید ثانی می‌فرماید: اگر مسافر نسبت به میزان مسافت طی شده در سفر شک کند اگر بینه و شیاع به نحوی که سبب اطمینان شود وجود داشته باشد شیاع بر بینه مقدم خواهد بود؛ زیرا شیاع، به سبب حصول اطمینان، بر بینه مقدم است (عاملی، ۱۴۰۲ ق، ۱۰۲۴/۲-۱۰۲۵).

۲. محقق اردبیلی مکاتبه را، به سبب اقوی بودن ظن حاصل از آن، مقدم بر قول شاهدین می‌داند و در ادامه می‌فرماید: اگر ایمن از تزویر و جعل باشیم و بدانیم فرد مقابل قاصد مکتوبات خویش است، افاده علم می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۲۰۹/۱۲).

۳. شهید ثانی در باب اثبات ولایت قاضی می‌گوید: اگر استفاضه مفید علم باشد، مقدم بر بینه خواهد بود؛ زیرا اقوی نسبت به بینه است. وی در بسیاری از فروعات به مناسبت صحبت از مقدم بودن علم نسبت به بینه می‌کند (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ۳۵۱/۱۳؛ ۳۵۴/۱۳؛ ۳۸۵/۱۳؛ ۳۹۵/۱۴).

شواهد متعدد و متنوع دیگری بسان نمونه‌های فوق در آثار فقها وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ۱۱۴/۸؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ ق، ۲۰۳/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ۳۷۳/۱۴؛ کرکی، ۱۴۱۴ ق، ۳۵۵/۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ۷۴۹/۲؛ عاملی، ۱۴۲۲ ق، ۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۳۶۲/۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۱۰۸/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۳۲/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۸۸/۴۰؛ خوانساری، ۱۳۱۱، ۴۷۵؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ۳۰۵/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ۲۶۳/۱۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ ق، ۲۶۱/۶؛ سبزواری، ۱۴۲۷ ق، ۵۳۱/۲؛ بحرانی، بی‌تا، ۲۲۳/۱۳؛ عاملی، ۱۴۱۱، ۱۷۱/۶؛ بحرانی، ۱۴۲۳ ق، ۲۰۱/۲؛ علوی، بی‌تا، ۱۳۵/۲).

رویه فوق و تقدیم علم یا ظن اقوی نسبت به بینة نشان از یک پیش فرض مسلم نزد این عالمان دارد و آن این که فقهای فوق الذکر، حجیت بینة را از باب طریقت و افاده ظن نسبت به مؤدای خویش می دانند (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ۹۲/۱۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ۲۴۳/۱۳؛ سبزواری، ۱۴۲۷ ق، ۵۳۰/۲؛ طباطبایی حائری، بی تا، ۴۵۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ ق، ۱۷۲؛ صدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۰/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۵۹/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ ق، ۲۸۹/۱؛ غروی، ۱۴۲۲ ق، ۷۳؛ مازندرانی، ۱۴۲۹ ق، ۲۹/۴؛ حائری، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۹؛ سبحانی، ۱۴۱۸ ق، ۲۰۳/۱؛ هاشمی شاهرودی، بی تا، ۲۵/۱۶).

۲/۴/۳. عدم حصول اطمینان با شهادت نسبت به مضمون سند عادی

با توجه به این که کتابت موجود در سند عادی، در صورت همراهی با قرینه دال بر اراده مفاد آن توسط کسی که کتابت به او منسوب است، حجت است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ ق، ۳۶۴/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۲۵۱/۲۲؛ کرکی، ۱۴۱۴ ق، ۳۰۹/۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ۵۵/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ۵۱۳/۱۲) و وجود مهر و امضا، اقرار و رأی اهل خبره در عصر حاضر، همان طور که به تفصیل در مباحث پیش بیان شد، چنین قرینیت نوعی برای حصول اطمینان نسبت به آن را ندارد، تنها راه باقی مانده شهادت شهود است اما به نظر می رسد، در شرایط امروزی که قبلاً در طرح موضوع این مقاله اشاره شد، موضوع حجیت شهادت شهود تمام نیست؛ زیرا: همان طور که به تفصیل در مباحث پیشین بیان و اثبات گردید، حجیت بینة و شهادت از باب اطمینان آوری و ظن نوعی بر وفق آن و طریقت و کشف از واقع است و در عصر حاضر، به دلایل زیر، شرط حجیت شهادت محقق نبوده و سبب اطمینان و ظن نوعی بر وفق خود نیست:

اولاً: با در نظر گرفتن خطای غالبی و کذب محقق در شهادت های موجود در عصر حاضر ظن و گمان قوی نسبت به خلاف بینة ایجاد می شود و سبب سقوط از حجیت خواهد شد. توضیح این که محل بحث از مصادیق شبهات کثیر در کثیر است که بازگشت به شبهه محصوره پیدا می کند؛ زیرا با توجه به تعداد زیاد شهادت های کذب و خلاف واقع در قیاس با تمامی شهادت های انجام شده، همانند شبهه محصوره گشته و سبب ساقط شدن شهادت در زمان حاضر از

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۳۸

حجیت خواهد شد. در محاکم اسلامی نیز این مشکل و اثرات بسیار سوء آن وجود داشته است و آنقدر پیش رفته که تبدیل به چالشی مهم برای این دستگاه در راستای ایجاد عدالت عمومی گشته است. رئیس دستگاه قضا برای رفع این چالش بخشنامه‌ای تنظیم نمود و در خصوص حفظ شأن و اعتبار شهادت شهود در نظام قضایی^۱ طی نامه شماره ۱۰۰/۱۹۴۸/۹۰۰۰ مورخ ۹۹/۰۱/۱۱ توسط دولت ابلاغ شده است.

این آفات در ملل دیگر نیز وجود داشته است و با توجه به این که آن‌ها حجیت بعدی برای شهود قائل نیستند، با راه‌های تجربی اقدام به رفع معایب فوق در شهود نموده‌اند همانند این که با آزمایش تارهای صوتی شهود و تغییر صوت و تغییر تارهای صوتی سعی در کشف ادعای دروغ از صحیح می‌باشند.

ثانیاً: با توجه به پیچیدگی‌های زندگی در عصر حاضر و جمعیت‌های میلیونی شهرها و عدم امکان نوعی شناخت نسبت به اطلاعات ملکی افراد برای دیگران، اساساً امکان تحمل شهادت در بسیاری از موارد وجود ندارد و در نتیجه شهادت شهود در محاکم در موضوعات ملکی، غیرنافذ خواهد بود. توضیح این که در عصور قدیمه به‌خاطر بساطت و سادگی زندگی‌ها و ارتباطات اجتماعی قوی و شناخت نوعی افراد نسبت به یکدیگر، نوعاً امکان تحمل شهادت و علم نسبت به معاملات

ظرفیت‌شناسی فقه
در انحصاری کردن
نقل و انتقال اموال
غیر منقول در سند رسمی
۱۳۹

۱. مراجع قضایی سراسر کشور، به‌منظور حفظ شأن و اعتبار شهادت شهود در نظام قضایی و جلوگیری از انحراف روند تحقیقات و دادرسی‌ها توسط شهود ساختگی و شهادت کذب، لازم است ضمن رعایت دقیق مقررات قانونی اعم از ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی و مواد ۲۱۰، ۲۱۱، ۳۲۰ تا ۳۳۰ و ۶۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری و مواد ۲۳۲ تا ۲۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص چگونگی احضار، اخذ اظهارات شهود و جلوگیری از تبانی و مواضع آن‌ها با طرفین پرونده، نسبت به انجام امور ذیل اقدام نمایند: ۱- مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه حداقل از طرف دو ماه ترتیبی اتخاذ نماید که امکان ثبت مشخصات گواهان در سامانه مدیریت پرونده قضایی (سمپ) امکان‌پذیر باشد. ۲- قضات دادگاه‌ها و دادرها نسبت به احراز هویت شهود تعرفه شده و درج مشخصات گواهان در سامانه مذکور و استخراج سابقه آنان، اقدام نمایند. ۳- در صورت کشف شهادت کذب و تبانی در اثبات تحقیقات یا رسیدگی، فوراً مراتب صورت مجلس و جهت تعقیب کیفری مرتکبین اقدام لازم معمول گردد. ۴- مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه ضمن مراقبت مستمر در این خصوص، نسبت به شناسایی و معرفی اشخاصی که در اطراف واحدهای قضایی به‌صورت حرفه‌ای حضور داشته و در قبال اخذ مال یا امتیاز مبادرت به ادای شهادت کذب در مراجع قضایی می‌کنند، اقدام مقتضی را معمول نماید. نظارت بر حسن اجرای این بخشنامه به عهده رؤسای کل دادگستری‌های استان‌ها است.

و املاک یکدیگر فراهم بوده است و مالکان به راحتی شناخته می شدند و در نتیجه شهادت شهود بر مبنای علم خویش بر واقعیت امر بوده است اما در عصر حاضر این امکان بالوجدان از بین رفته و شهادت کارآمدی سابق را ندارد (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۱۱۳). در صورت تنزل از ادعای فوق، اگر هم علم به سقوط از حجیت پیدا نشود، حداقل شک نسبت به حجیت پیدا می کنیم و در این گونه موارد که شک ما بازگشت به شروطی است که در موضوع حجیت بین دخیل هستند، به اطلاق هم نمی توان تمسک کرد و شک در حجیت مساوق با عدم حجیت است.

ثالثاً: با در نظر گرفتن شرایطی که در فقه برای شاهدان همانند عدالت و نفی نفع بیان شده و از سویی در بسیاری از موارد شاهدان حتی در ظاهر نشانه هایی بر خلاف عدالت دارند. از سوی دیگر بالوجدان می دانیم که در بسیاری از موارد به صورت علم اجمالی قطعی دارای شرایط فوق نبوده و در موارد زیادی به سبب نفع مالی اقدام به شهادت کذب می کنند که بخشنامه فوق الذکر نشان از آن دارد. نتیجه این که موضوع حجیت شهادت در فضای فعلی جامعه تمام نیست یا لااقل مشکوک است، به طوری که مانع از تمسک به اطلاق حجیت بین خواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۴۰

۴. انحصار حجیت اسناد نقل اموال غیر منقول در اسناد رسمی

با توجه به مباحث پیشین روشن شد که اسناد رسمی به سبب افاده اطمینان بر مفاد خود، حجت هستند؛ زیرا حجیت اسناد مکتوب به معیار اطمینان است و این اطمینان در اسناد رسمی به سبب تدابیر قانونی اندیشیده شده در آن وجود دارد و از سویی دیگر ثابت گردید که اسناد عادی نقل و انتقال اموال غیر منقول در عصر حاضر حجت نیستند؛ زیرا این اسناد به معیار افاده اطمینان و وثوق نسبت به مضمون خود حجیت دارند و تمامی راه های بیان شده برای حصول این اطمینان در عصر حاضر مخدوش است. با در کنار هم گذاشتن دو قضیه اثبات شده فوق، می توان نتیجه گرفت که در عصر حاضر و شرایط فعلی که در مقدمه مقاله بیان شد، اسناد نقل و انتقال اموال غیر منقول، بدون هیچ استثنایی، منحصر در اسناد رسمی است.

نتیجه گیری

از آنچه بیان شد، نتایج زیر حاصل گردید:

۱. سند مکتوب در صورت وجود قرائن و شواهد اطمینان آور بر صدق، حجیت شرعی دارد.
۲. سند رسمی به دلیل افاده اطمینان نسبت به مضمون خود حجت است.
۳. بینه به سبب اطمینان آوری و کشف واقع حجت است.
۴. اسناد رسمی با توجه به تشریفات قانونی در نظر گرفته شده و رعایت آن در قریب به اتفاق این اسناد، نوعاً همراه با اطمینان به مضمون آن است و به این جهت این نوع از اسناد مکتوب، شرعاً حجت اند.
۵. احراز انتساب به واسطه مهر یا امضا در عصر حاضر، غالباً، سبب اطمینان به صدق سند عادی نمی شود.
۶. راه اهل خبره نیز نمی تواند سبب حصول اطمینان به اسناد عادی باشد.
۷. شهادت شهود از ادله قطعی اثبات دعوی است لکن حجیت آن تبعدی نبوده بلکه از باب ایجاد اطمینان نسبت به مضمون خویش است.
۸. در باب اسناد عادی اطمینان نسبت به آن به سبب شهادت در جامعه پیچیده امروز منتفی است.
۹. در حال حاضر، حجیت نقل و انتقال اموال غیر منقول منحصر در اسناد رسمی است.

منابع

قرآن

- آشتیانی، محمدحسن. (۱۴۲۵ ق). کتاب القضاء، قم: زهیر.
- آقا بابائی، اسماعیل. (۱۳۹۹). انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند رسمی. قم: تبلیغات اسلامی.
- آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ ق). مصباح الهمدی فی شرح العروه الوثقی. تهران: بی نا.
- آملی، میرزا هاشم. (۱۴۰۶ ق). المعالم المأثوره. قم: بی نا.
- آناهید، فاطمه، و آیتی، سید محمدرضا (۱۳۹۴). بررسی اعتبار سند عادی (قولنامه) از دیدگاه فقه و حقوق. فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۸(۲)، ۱۱-۲۲.

- ابراهیم زاده، ابراهیم، رجایی، مصطفی، و رزمی، محسن (۱۳۹۸). مقاله بررسی لزوم اعتبار شرایط شاهد در کارشناس. *جستارهای فقهی و اصولی*، ۵(۲)، ۱۵۹-۱۸۴.
- ابراهیمی، شیخ قاسم (۱۴۲۰ ق). *الاثبات القضائی الکتابه*. *مجله فقه اهل بیت العربی*، - (شماره ۱۵): ۱۴۱-۱۶۴.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ ق). *مهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. تصحیح مجتبی عراقی، قم: انتشارات اسلامی.
- احسانی فر، احمد (۱۳۹۶). *ادله قرآنی اعتبار سند رسمی و چیرگی آن بر دیگر ادله اثبات دعوا*، قرآن. *فقه و حقوق اسلامی*، ۷(۷)، ۱۲۷-۱۵۶.
- اراکي، محمد علی. (۱۴۱۵ ق). *کتاب البیع*. قم: مؤسسه در راه حق.
- اردبیلی، احمد بن محمد (مقدس اردبیلی). (۱۴۰۳ ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: انتشارات اسلامی.
- اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ ق). *فقه القضاء*. قم: بی نا.
- اصفهان‌کی کمپانی، محمد حسین. (۱۴۱۶ ق). *الاجتهاد و التقليد (بحوث فی علم الاصول)*. چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی.
- اصفهان‌کی، فتح الله. (۱۳۹۸ ق). *رساله فی تحقیق معنی البیع*. محقق محمد حسین سبحانی تبریزی، قم: دار الکتب.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). *استفتائات*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
- امامی، حسن. (بی تا). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامی.
- انتظاری، محمد تقی (۱۳۸۷). *راهکارهای عملی برای کاهش جعل اسناد*. *ماهنامه کانون*، (۸۹)، ۸۳ - ۹۴.
- انصاری شیرازی، قدرت الله و پژوهشگران. (۱۴۲۹ ق). *موسوعه احکام الاطفال و احکامها*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- بحرانی، حسین. (بی تا). *الانوار الوامع فی شرح مفاتیح الشرایع*. تصحیح محسن آل عصفور، قم: مجمع البحوث العلمیه.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ ق). *حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*. قم: انتشارات اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۲۳ ق). *الدرر النجفیه من الملتقطات البوسفیه*. بیروت: دار المصطفی لاهیات التراث.
- بروجردی، حسین. (۱۴۲۹ ق). *جامع احادیث الشیعہ*. تهران: فرهنگ سبز.

حائری، سید کاظم حسینی. (۱۴۱۵ ق). القضاء فی الفقه الاسلامی. قم: مجمع اندیشه اسلامی. حسینی عاملی، جواد. (۱۴۱۹ ق). مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه. قم: انتشارات اسلامی. حسینی، سید محمد، و فرمند آشتیانی، یاسمن (۱۳۹۹). تاب آوری سند عادی در مقابل سند رسمی. قانون یار، ۴(۱۶)، ۷۵۹-۷۸۰.

خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹). تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک. حقوقی دادگستری، ۷۴(۷۱)، ۳۹-۹.

خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷). قابلیت استناد سند عادی در مقابل سند رسمی؛ رویه قضایی و راهکارها. تعالی حقوق، ۴(۱)، ۷۸-۱۰۱.

خزائی، سید علی (۱۳۸۷). نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه حقوق مصر و انگلیس. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۹(۱)، ۱۲۹-۱۵۴.

خمینی، سید مصطفی. (۱۳۷۶). کتاب البیع. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ ق). دروس الاعلام و نقدها. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

خوانساری، رضی الدین بن آقا حسین. (۱۳۱۱ ق). تکمیل مشارق الشموس فی شرح الدروس. قم: مؤسسه آل البيت.

خوانساری، محمد امامی. (بی تا). الحاشیه الاولى علی مکاسب. بی جا: بی نا.

خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). المستند فی شرح العروه الوثقی. مقرر مرتضی بروجردی، بی جا: بی نا. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۴). حجیت اسناد. مجله دادرسی، ۹(۵۴)، ۲۵-۳۶.

روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ ق). فقه الصادق. قم: دار الکتاب.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ ق). نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

سبزواری، سید عبد الاعلی. (بی تا). جامع الاحکام الشرعیه. چاپ نهم، قم: مؤسسه المنار.

سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۱۳ ق). مذهب الاحکام. چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.

سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ ق). کفایة الأحکام. قم: انتشارات اسلامی.

سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۷ ق). ذخیره المعاد فی شرح الارشاد. قم: مؤسسه آل البيت.

سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۰۶ ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفة.

سند، محمد. (۱۴۱۳ ق). سند العروه الوثقی - صلاه المسافر. قم: مکتبه الداوری.

ظرفیت شناسی فقه
در انحصاری کردن
نقل و انتقال اموال
غیر منقول در سند رسمی
۱۴۳

شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح (۱۳۹۵). گزارش نشست نقد رأی: ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند عادی بیع با تاریخ مقدم (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران). فصلنامه رأی، ۵ (۱۴)، ۱۲۵-۱۴۴.

صائبی، انسیه، و خواجهزاده، امیر (۱۳۹۶). حدود اعتبار اسناد رسمی و عادی در دعاوی مدنی. اولین همایش ملی علوم اجتماعی، علوم تربیتی، روانشناسی و امنیت اجتماعی.

صدر، محمدباقر. (۱۴۰۸ ق). بحوث فی شرح العروه الوثقی. چاپ دوم، قم: مجمع الشهد آیه الله الصدر العلمی.

طباطبایی حائری، محمد مجاهد. (۱۲۹۶ ق). القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الاصول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

طباطبایی حائری، محمد مجاهد. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

طباطبایی حائری، سید علی. (۱۴۱۸ ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ ق). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی.

عاملی، زین الدین (شهید ثانی). (۱۴۰۲ ق). روض الجنان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: تبلیغات اسلامی.

عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. شرح سلطان العلماء، قم: تبلیغات اسلامی.

عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. تصحیح گروه پژوهش، مؤسسه معارف اسلامی قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

عاملی، زین الدین. (۱۴۲۲ ق). حاشیه المختصر النافع. قم: تبلیغات اسلامی.

عاملی، سید محمدحسین. (۱۴۲۷ ق). زیده الفقهیة فی شرح الروضه البهیة. چاپ چهارم، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.

عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۹ ق). استقصاء الاعتبار فی شرح الاستبصار. قم: مؤسسه آل البيت.

عاملی، محمد بن علی موسوی. (۱۴۱۱ ق). مدارک الاحکام فی شرح عبادات شرائع الاسلام. بیروت: مؤسسه آل البيت.

عراقی، آقا ضیا الدین. (بی تا). کتاب القضاء. قم: چاپخانه مهر.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

علوی، احمد. (بی تا). منهج الاخبار فی شرح الاستبصار. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۴۴

علوی، سید عادل. (۱۴۲۱ق). **القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد**. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

عمیدی، عمید الدین بن محمد. (۱۴۱۶ق). **کنز الفوائد**. قم: انتشارات اسلامی.
عندلیب، حسین، و علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۹). مقاله تعارض بین و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران. **جستارهای فقهی و اصولی**، ۶(۴)، ۱۰۳-۱۳۲.

غروی، علی. (۱۴۲۲ق). **نهج الاعلان بمایشیت به دخول شهر رمضان**، قم: بنیاد فرهنگ اسلامی.

فاضل مقداد، مقداد سیوری. (۱۴۰۴ق). **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

فاضل مقداد، مقداد سیوری. (۱۴۲۵ق). **کنز العرفان فی فقه القرآن**. قم: مرتضوی.
فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). **مفاتیح الشرائع**. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی
قطیفی، احمد بن صالح. (۱۴۲۲ق). **رسائل آل طوق القطیفی**. بیروت: دار المصطفی للاحیاء التراث.

قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۷ق). **غنائم الايام فی مسائل الحلال و الحرام**. قم: تبلیغات اسلامی.

قمی، سید تقی. (۱۴۱۷ق). **الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی - کتاب الصوم**. قم: محلاتی.

قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). **مبانی منهاج الصالحین**. قم: منشورات قلم الشرق.
کارچانی، مهدی، و مددی، هدی (۱۳۹۸). گزارش نشست نقد رأی (دادگاه تجدیدنظر استان تهران): امکان ابطال سند رسمی رهن به استناد سند عادی انتقال مالکیت با تاریخ مقدم. **فصلنامه رأی**، ۶(۲۶)، ۱۶۵-۱۸۶.

کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی. (۱۳۵۹ق). **تحریر المجله**. نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.

کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۳ق). **کتاب القضاء**. قم: دار القرآن الکریم.
مازندرانی، محمد صالح. (۱۴۲۹ق). **شرح فروع الکافی**. قم: دار الحدیث.
مامقانی، محمدحسن. (۱۳۱۶ق). **غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب**. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.

محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ ق). **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ ق). **قواعد فقه**. تهران: مرکز نشر اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ ق). **بحوث فقهیه هامه**. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ق). **أنوار الفقاهة - کتاب البیع**. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ ق). **استفتائات جدید**. چاپ چهارم، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

منتهاهی، عباس، و فروتنی راد، حسین (۱۳۹۲). بررسی تاثیر سند رسمی بر توسعه حقوق عمومی. **فصلنامه تحقیقات حقوقی بین المللی**، ۶ (۲۲)، ۱۱۰-۱۳۱.

نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ ق). **المکاسب و البیع**. قم: انتشارات اسلامی.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ ق). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

نراقی، احمد. (۱۴۱۵ ق). **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**. قم: مؤسسه آل البيت.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ ق). **قراءات فقهیه معاصره**. قم: مؤسسه دائر المعارف فقه.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (بی تا). **مجله فقه اهل البيت**. حکم القاضی بعلمه، بی جا: بی نا.

یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۸ ق). **العروه الوثقی مع التعليقات**. با حواشی امام خمینی رحمته الله علیه.

سید ابوالقاسم خویی رحمته الله علیه، سید محمدرضا گلپایگانی رحمته الله علیه، ناصر مکارم شیرازی، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

یزدی، محمد. (۱۴۱۵ ق). **فقه القرآن**، قم: مؤسسه اسماعیلیان. مجازات ها از تحلیل کارکردی بهره جسته اند. باین وجود تلقی فقیهان نسبت به هدف از

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۴۶

Analyzing the Legitimacy of the Endowment of a Juridical Person

Ali Karimi¹ & Seyyed Mahdi Narimani Zamanabadi²

1. Ph.D. student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Mofid University, Qom-Iran. (Corresponding Author) torabebootorab110@gmail.com;
https://orcid.org/0009-0007-5356-137X

2. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Mofid University, Qom, Iran; narimani@mofidu.ac.ir;

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received 3 May 2023
Received in revised form Accepted 24 September 2024
Accepted 25 September 2024

Keywords:
Endowment of a Juridical Person, Traditional Endowment, 'Ayn al-I'tibārī, Modern Endowment.

ABSTRACT

The role of *waqf* (endowment) in social affairs and its impact on key economic sectors are now more evident than ever before. Both natural and juridical persons benefit from this valuable institution. Economic activity under the management of the custodian (*mutawalli*) is essential for ensuring the proper utilization and efficiency of endowed property, preventing its stagnation, and adapting its assets, products, and added value over time to promote growth and prevent depreciation.

This raises the question: How can the necessity of economic activity within the *waqf* framework be effectively realized? The endowment of a juridical person is one of the most effective and beneficial solutions for maximizing the efficiency of *waqf*.

Using a descriptive-analytical approach, this study seeks to establish the legitimacy of the endowment of a juridical person. By satisfying the two conditions of objectivity and ownership, the legitimacy of such an endowment can be demonstrated through four lines of evidence, allowing it to be considered

Cite this article:

Karimi, A. & Narimani Zamanabadi. (2024). **Analyzing the Legitimacy of the Endowment of a Juridical Person.** *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2025.69973.2875>



a modern form of *waqf*. If the endowment of a juridical person is legitimized, individuals can follow legal procedures to establish a juridical person as an endowment. In this case, all property and assets fall under the ownership and possession of the juridical person, and its representative holds the authority to act in accordance with economic conditions and the best interests of the juridical person.

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی^۱

علی کریمی^۱ ID ✉: سیدمهدی نریمانی زمان آبادی^۲

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مفید، قم، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: a.najm.talabeh@gmail.com

https://orcid.org/0009-0007-5356-137X

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مفید، قم، ایران.

رایانامه: narimani@mofidu.ac.ir



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۱

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

چکیده

۱۴۹ جایگاه نهاد وقف در امور اجتماعی و تأثیر آن در بخش‌های مهم اقتصادی اکنون بیش از هر دوران دیگری قابل مشاهده است. بسیاری از اشخاص حقیقی و حقوقی از این نهاد پرثمر بهره‌مند هستند. فعالیت اقتصادی تحت مدیریت متولی در نهاد وقف جهت بهره‌برداری مناسب، کارآمدی اموال موقوفه، راکد نشدن آن، تغییر و تبدل در اموال موقوفه و فراورده‌ها و ارزش افزوده‌های آن در زمان‌های متفاوت برای پیشرفت و رشد یا جهت جلوگیری از کاهش ارزش اموال موقوفه، لازم و ضروری است. اکنون پرسش این است که این ضرورت فعالیت اقتصادی در نهاد وقف را از چه طریقی می‌توان به دست آورد؟ «وقف شخص حقوقی» یکی از راهکارهای پرثمر و سودمند برای بهره‌وری هرچه بهتر و

۱. کریمی، علی و نریمانی زمان آبادی، سیدمهدی (۱۴۰۳). ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل و انتقال اموال

غیرمنقول در سند رسمی. جستارهای فقهی و اصولی. ۳۶: (۳): ۱۰ صص: ۳۵-۱۱۰



© The Author(s) <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.66123.2624>

بیشتر از نهاد وقف است. پژوهش توصیفی و تحلیلی حاضر در پی اثبات مشروعیت وقف شخص حقوقی است. از رهگذر و پذیرش دو شرط عینیت و مملوکیت با ادله چهارگانه می‌توان مشروعیت وقف شخص حقوقی را اثبات کرد و آن را وقفی مدرن به شمار آورد. با مشروعیت وقف شخص حقوقی، افراد می‌توانند با طی کردن مقدمات قانونی، شخص حقوقی را بدو به صورت موقوفه تأسیس کنند. در این صورت کلیه اموال و دارایی‌ها در ملک و تصرف شخص حقوقی است و نماینده شخص حقوقی اختیار دارد به اقتضاء شرایط اقتصادی و غبطه شخص حقوقی فعالیت کند.

کلیدواژه‌ها: وقف شخص حقوقی، وقف سنتی، عین اعتباری، وقف مدرن.

مقدمه

وقف یکی از نهادهای مهم عبادی-اقتصادی است که از دیرباز اشخاص زیادی اموال و منافع اموال خود را با اهداف خیرخواهانه و بشردوستانه در قالب وقف در اختیار دیگران گذاشته و توشه‌ای برای قیامت خود قرار داده‌اند؛ لذا از این مسئله در تعالیم دینی، به عنوان «صدقه جاریه» یاد شده است. طی یکی دو دهه اخیر با پیدایش مسائل و موضوعات گوناگونی در زمینه وقف، موضوع وقف مورد توجه بیشتر فقها و حقوق دانان قرار گرفته مخصوصاً با مطرح شدن وقف یکی از نهادهای آموزشی، این مسئله به یکی از مسائل روز تبدیل شده است. از این رو، پرسش اصلی جستار حاضر این است که آیا اشخاص حقوقی مانند دولت، بانک‌ها، مؤسسات قرض الحسنه، شرکت‌های تجاری، مدارس و دانشگاه‌ها را می‌توان از بدو تأسیس به عنوان موقوفه ایجاد کرد و بدان مشروعیت بخشید؟

مفهوم شخصیت حقوقی از این حیث مطرح شده است که گرچه اشخاص حقوقی همچون بانک، خود می‌تواند رأساً وقف شود؛ اما اموال و دارایی آن‌ها موقوفه نیست و در این صورت این نهاد به عنوان شخصیت حقوقی به آسانی بتواند در اموال خود دخل و تصرف کند و پول رایج را به ارز، سهام و ملک تبدیل کند، بدون آنکه در اصل وقف خللی ایجاد گردد؛ زیرا نهاد اعتباری بانک وقف شده است نه اموال و دارایی آن. از ثمرات ایجاد شخص حقوقی در نهاد وقف، افزایش اموال و دارایی موقوفه،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۱۵۰

جلوگیری از حبس اقتصادی، رکود و کاهش ارزش اموال موقوفه و در صورت وقوع بحران مالی، شخص حقوقی می‌تواند برای کنترل بحران، در اموال و دارایی خود بدون هیچ محدودیت حقوقی و فقهی تبدیل و استبدال انجام دهد.

در خصوص موضوع مشروعیت وقف شخص حقوقی، تاکنون مقاله یا کتاب مستقلی نگارش نیافته است و مورد تحلیل و بررسی جامع و کامل قرار نگرفته است، آثاری مانند: مقاله «بازخوانی وقف شخص حقوقی در جهت توسعه نهادهای اخلاقی» نوشته کیان فولادی در فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی (فولادی، ۱۳۹۹)، مقاله «بررسی چالش‌های فقهی - حقوقی وقف اموال دانشگاه آزاد اسلامی»، نوشته ولی رستمی و فاطمه افشاری در فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (رستمی و افشاری، ۱۳۹۷)، مقاله «وقف و امور خیریه در بازار سرمایه» از مجید رضایی در مجموعه مقالات همایش وقف در بازار سرمایه (رضایی، ۱۳۸۷)، مقاله «جایگاه وقف در اموال شخص حقوقی با تأکید بر آرای امام خمینی رحمه الله علیه» از سیدمحمد موسوی بجنوردی و ابوالفضل قهاری در پژوهشنامه متین (موسوی بجنوردی و قهاری، ۱۳۹۶)، مقاله «وقف از سوی اشخاص حقوقی» نوشته سیدابراهیم حسینی و احسان سامانی در دوفصلنامه معرفت حقوقی (حسینی و سامانی، ۱۳۹۱) و کتاب «بررسی فقهی وقف پول» نوشته تقی ابراهیمی سالاری و سید مهدی نریمانی زمان‌آبادی و سیدمحمد سید حسینی از نشر آستان قدس رضوی (نریمانی زمان‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۴) نگاشته شده است؛ اما به‌صورت اجمال، استطرادی، گذرا و غیرمستقیم به این موضوع اشاره کرده‌اند یا اینکه وقف شخص حقوقی را با وقف به‌وسیله (توسط) شخص حقوقی خلط کرده و اشتباه گرفته‌اند، ازاین‌رو ضرورت اقتضاء می‌کند که این موضوع به‌صورت دقیق، جامع، کامل، محققانه، مستدل و مستند در جستار حاضر مورد تبیین، تحلیل و بررسی قرار گیرد. پژوهش حاضر دارای دو نوآوری اصلی و اساسی است: نخست، «موضوع شناسی دقیق»؛ موضوع بحث به‌صورت دقیق مشخص و تبیین شده است و حال آنکه برخی میان شخص حقوقی با شخصیت حقوقی خلط کرده‌اند و دوم، «نوآوری در حکم»؛ حکمی که سعی شده است از ادله غیر مصرحه، اطلاقات و ظنون استخراج و اصطیاد شود.

این پژوهش از یک مقدمه و دو بخش تشکیل شده است؛ بخش اول اختصاص به کلیات و تعریف مفاهیمی چون وقف، شخص، شخصیت و شخص حقوقی دارد سپس در ادامه به بیان مصادیق شخصیت حقوقی در فقه اسلامی پرداخته و در بخش دوم، ادله اثبات و مشروعیت وقف شخص حقوقی و ثمره حقوقی جواز وقف شخص حقوقی را تبیین و بررسی می‌نماییم.

۱. مفهوم‌شناسی

در این قسمت از پژوهش به بیان کلیات و تعریف مفاهیمی چون وقف، شخص، شخصیت و شخص حقوقی می‌پردازیم.

۱/۱. وقف

در ابتدا لازم است وقف را در لغت و اصطلاح تعریف نموده و سپس اصول سه‌گانه حاکم بر وقف را ترسیم نماییم.

۱/۱/۱. تعریف وقف

وقف در لغت به معنای «حبس، توقف، ایستادن و نگه‌داشتن» است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۲/ ۶۸۶؛ جوهری، ۱۳۷۶ق، ۴/ ۱۴۴۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۶/ ۱۳۵؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ۹/ ۲۵۱؛ قرشی، ۱۳۷۱، ۷/ ۲۳۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۵۲

مشهور فقها وقف را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «وقف عبارت است از: حبس نمودن عین و تسبیل منفعت آن» (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ۲/ ۱۶؛ حلی، بی‌تا، ۲/ ۴۳۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/ ۱۶۳) مثلاً انسان یک مزرعه‌ای دارد تا زمانی که آن را وقف نکرده است هر نوع تصرفی از قبیل بیع، اجاره، هبه، صلح و... قبل از وقف برای واقف آزاد است؛ زیرا مالک آن است اما پس از انعقاد وقف، رأس المال حبس می‌شود و از تصرف مالک به کلی خارج می‌گردد و در نهایت منافع و افزوده‌های آن مال را به تصرف موقوف‌علیه درمی‌آورد.

۱/۱/۲. اصول سه‌گانه حاکم بر وقف

فقها پس از تعریف اصل وقف، شرایط کلی وقف، موقوفه و موقوف‌علیه را بیان کرده‌اند که این شرایط را در ذیل به اختصار ذکر می‌کنیم:

۱/۲/۱. شرایط وقف

برای وقف شرایطی ذکر شده است: **اول** «الدوام»؛ یعنی وقف به صورت دائم است نه موقت. **دوم** «التجیز»؛ یعنی عقد وقف نباید معلق باشد بلکه باید به صورت قطعی و منجز انشاء شود. **سوم** «الإقباض»؛ مال وقفی باید به قبض موقوف علیه یا موقوف علیهم برسد. **چهارم** «إخراجہ عن نفسه»؛ یعنی در وقف خاص، واقف نباید جزء موقوف علیهم باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۵۳).

۱/۲/۲. شرایط موقوف علیه

موقوف علیه دارای شرایطی است: **اول** «أن يكون موجوداً»؛ موقوف علیه معدوم نباشند. **دوم** «ممن يصح أن يملك»؛ موقوف علیه صلاحیت و اهلیت تملک را داشته باشند. **سوم** «و أن يكون معیناً»؛ موقوف علیه معین و مشخص باشد و مردد نباشد و **چهارم** «و أن لا يكون الوقف عليه محرّماً»؛ در موارد معصیت و حرام مصرف نشود (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۲۷).

۱/۲/۳. شرایط موقوفه

موقوفه هم باید شرایطی داشته باشد: **اول** «أن يكون عیناً»؛ یعنی موقوفه باید عین باشد. **دوم** «مملوكة»؛ باید مملوک باشد؛ یعنی مال دیگری نباشد. **سوم** «ينتفع بها مع بقائها»؛ یعنی باید با بقای عین موقوفه، قابل انتفاع باشد. **چهارم** «و يصح إقباضها»؛ امکان اقباض آن باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۱۸؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ۳۰/ ۲۲۳ به بعد؛ زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۳/ ۲۲۶).

۱/۲. شخص حقوقی

در این قسمت نخست به تبیین واژه «شخص» پرداخته، سپس «اقسام شخص» را مورد اشاره قرار داده ایم، در ادامه «اقسام شخص حقوقی» را تبیین نموده و در نهایت به بیان تفاوت های آنها می پردازیم.

۱/۲/۱. شخص

پاره ای از حقوقدانان عرب در تعریف «شخص» گفته اند: «كُلُّ مَنْ يَصِلَح لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات» (لجنة الفقه المعاصر، ۱۴۰۱، ۲۳/۱)؛ هرکسی

که شایستگی کسب حقوق و تحمل تکالیف را داشته باشد، شخص است. با تتبع درمی‌یابیم که تعریف فوق جامع افراد نیست؛ چراکه واژه «هَن» برای ذوی العقول به کار می‌رود و از آنجا که اشخاص حقوقی فاقد عقل و شعور هستند، از این رو، مشمول این تعریف نیستند. برخی دیگر از حقوقدانان برای گریز از این اشکال، تعریف روشن‌تری ارائه داده‌اند: «شخص، موجودی است که دارای حق و تکلیف است» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۹) و برخی از معاصرین درباره شخص این تعریف را مطرح کرده‌اند: «شخص، موجودی است که دارای نسبت ملکیت، حقوق و تکالیف است» (عباسی خراسانی، ۱۴۰۱، ۱۰ آبان‌ماه، جلسه ۳).

۲/۲. ۱. اقسام شخص

در یک تقسیم‌بندی کلی، شخص به دودسته «شخص حقیقی یا طبیعی» و «شخص حقوقی» تقسیم می‌شود؛ شخص حقیقی (طبیعی) عبارت است از «فرد انسانی که صاحب حق و تکلیف است» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۸).

حقوقدانان عرب، شخص حقوقی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «شخص یتکون من اجتماع عناصر اشخاص او اموال یقدر له التشريع کياناً قانونياً منتزعاً منها مستقلاً عنها» (احمد زرقا، ۱۴۲۰ق، ۲۸۳)؛ شخص حقوقی از اجتماع دسته‌ای از افراد و اموال ایجاد می‌شود و قانون برای آن، شخصیت مستقلی از آن افراد و اموال قائل می‌گردد؛ به دیگر سخن، شخص حقوقی عبارت است از «دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک بوده یا پاره‌ای از اموال که به اهداف خاصی اختصاص داده شده‌اند و قانون آن‌ها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آن‌ها شخصیت مستقلی قائل گردد» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۶۴).

۳/۲. ۱. اقسام شخص حقوقی

در حقوق کنونی شخص حقوقی به دو قسم تقسیم می‌شود: «شخص حقوقی حقوق عمومی» و «شخص حقوقی حقوق خصوصی»؛ اشخاص حقوقی حقوق عمومی اشخاصی هستند که هدف و فعالیت آن‌ها خدمات عمومی است یا سرمایه آن‌ها از بودجه عمومی تأمین می‌شود مانند: دولت، شهرداری، دانشگاه، شرکت ملی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۵۴

نفت، وزارتخانه‌ها^۱ (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۷۱) و اشخاص حقوقی خصوصی اشخاصی هستند که مربوط به روابط خصوصی افراد است و هدف و فعالیت آن‌ها در زمینه حقوق خصوصی است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۷۲) مانند شرکت‌های تجاری (ماده ۲۰ ق.ت)، مؤسسات غیرتجاری (ماده ۵۸۴ ق.ت)، موقوفات و بریات عمومی. این دو نوع شخص حقوقی از جهت «نحوه تأسیس و انحلال»، «فعالیت و حدود صلاحیت»، «عضویت»، «مقررات و حکومت قوانین» و «دارایی» با یکدیگر متفاوت‌اند (صفار، ۱۳۹۰، ۱۶۵-۱۶۲).

در پایان ذکر این نکته ضروری است که «شخص» غیر از «شخصیت» است؛ شخص، موجودی است که دارای حق و تکلیف است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۹) اما از منظر دانش حقوق، شخصیت عبارت است از: «وصف و شایستگی شخص برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف باشد» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۹؛ صفار، ۱۳۹۰، ۹۸)؛ بنابراین شخصیت یکی از حالات و صفات شخص است که به موجب آن می‌تواند طرف حق و تکلیف قرار گیرد از این‌رو چیزی که صلاحیت دارد «شخص» است و نفس صلاحیت «شخصیت» است.

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۱۵۵

۱/۳. مصادیق شخصیت حقوقی در فقه اسلامی

مفهوم «شخصیت حقوقی» در فقه اسلامی مورد پذیرش واقع شده است؛ هرچند در فقه، عنوان «شخصیت حقوقی» مشاهده نمی‌شود اما مصادیق آن در ابواب مختلف فقه بیان شده است که به بیان برخی از مصادیق مسلم آن چون منصب امامت، رسالت، حاکم و زمامدار مسلمین و ... اختصاراً می‌پردازیم:

۱/۳/۱. شخصیت حقوقی منصب امامت، رسالت و زمامداری مسلمین

شخص رسول، امام و ولی امر مسلمین تا هنگامی که متصدی حکومت است، از دو نوع شخصیت برخوردار است: یکی شخصیت حقیقی به لحاظ انسان بودنش و دیگری شخصیت حقوقی به اعتبار تصدی منصب ولایت و رهبری جامعه. با بررسی

۱. مواد ۱ الی ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری.

در عناوین مالی چون خمس، انفال، فیه و ارث بلا وارث در منابع فقهی و روایی می‌توان شخصیت حقوقی منصب امامت و زمامداری مسلمین را به روشنی استنباط کرد که در ذیل چند نمونه از آن را بیان می‌کنیم.

فقه‌های امامیه پس از اینکه خمس را به شش قسمت تقسیم می‌کنند، می‌گویند: «پیامبر ﷺ در زمان حیاتش می‌تواند سهم خدا و سهم رسول ﷺ را هر آن گونه که اقتضاء بکند به مصرف برساند و این نهاد خمس بعد از پیامبر ﷺ برای امام ﷺ که قائم مقام اوست، هست؛ چرا که سهام مذکور حقی است برای منصب امامت تا امام ﷺ به اعتبار ولایت عام خود، بخشی از آن را به مصارف عمومی ضروری برساند و بدین شکل پس از خود به کسی که عهده‌دار منصب امامت و زعامت مسلمین است، منتقل می‌گردد» (مؤمن قمی، ۱۴۲۵ق، ۲/ ۱۳۷-۱۳۵؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ۱/ ۳۱۸؛ حلی، ۱۴۱۱ق، ۱/ ۶۴).

صاحب جواهر نیز تصریح می‌کند: «سهم خدا و سهم پیامبر ﷺ پس از رحلت پیامبر ﷺ به امام ﷺ که قائم مقام وی است، منتقل می‌شود» (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۸۷/ ۱۶). ایشان میان اموال شخصی پیامبر ﷺ و امام ﷺ با اموال متعلق به منصب رسالت و امامت تفاوت می‌گذارند و می‌گویند: «اموال شخصی قابل انتقال به وراثت است برخلاف اموال منصب رسالت و امامت که به امام معصوم بعدی به اعتبار تصدی منصب امامت منتقل می‌شود و هیچ کس در این اموال با امام مشارکت ندارد» (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۸۸-۸۷/ ۱۶).

علی بن راشد می‌گوید: «از امام هادی ﷺ پرسیدم که چیزی برای ما می‌آورند که گفته می‌شود این از ابی جعفر ﷺ (امام جواد ﷺ) است و این پیش ماست، با آن چه کار کنیم؟ حضرت فرمودند: آنچه برای پدرم به سبب منصب امامت است، برای من است و اموالی که غیر از منصب امامت است، میان وراثت طبق کتاب خدا و سنت پیامبر ﷺ به ارث می‌رسد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۹/ ۵۳۷؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ۷/ ۵۹). با توجه به این روایت، روشن می‌شود که امام هادی ﷺ میان اموال منصب امامت و اموال شخصی پدر بزرگوارشان تفاوت می‌گذارند. آنچه امام ﷺ از خمس و انفال به اعتبار منصب امامت در اختیار دارد، پس از ایشان به وراثت وی منتقل نمی‌شود بلکه

به مقام امام بعدی می‌رسد. در نتیجه باید پذیرفت این منصب امامت است که اموال و دارایی به او تعلق دارد و نه شخص امام علیه السلام.

یکی دیگر از مستندات که دلالت بر شخصیت حقوقی منصب امامت و وظایف خاص آن می‌کند، روایت ذیل است که بیانگر مسئولیت امام علیه السلام به اعتبار شخصیت حقوقی منصب امامت است.

«راوی از صادقین (علیهما السلام) در مورد دیوانه‌ای که به شخصی حمله کرده و او را مورد ضرب و شتم قرار داده است و آن شخص نیز در مقام دفاع از خود، فرد مجنون را با ضربات شمشیر به قتل رسانده است، سؤال می‌کند که حضرت در پاسخ می‌فرماید: قاتل نه قصاص می‌شود و نه مکلف به پرداخت دیه است، بلکه پرداخت دیه مقتول بر عهده امام علیه السلام است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ق، ۲۹/۷۲).

به وضوح درمی‌یابیم آنچه پرداخت دیه را بر عهده گرفته است، شخصیت حقوقی است که همان منصب امامت است.

۱/۳/۲. شخصیت حقوقی جهات عمومی

اگرچه از عنوان شخصیت حقوقی جهات عمومی به صراحت در فقه یاد نشده است؛ اما مفهوم و مصداق آن در میان مباحث فقیهان کراراً به کار رفته است و مهم‌ترین و بارزترین عنوان اشخاص حقوقی در میان کلمات فقیهان «مصالح عامه» و یا «جهات عمومی» است و می‌توان گفت که همین اصطلاح در فقه جایگزین اصطلاح «شخصیت حقوقی» است.

فقها برای روشن ساختن این اصطلاحات و تبیین آن تنها به ذکر پاره‌ای از مصادیقی چون مسجد، پل، مدرسه، کاروانسرا، زیارتگاه و نظایر آن پرداخته‌اند. فقیهان برای اثبات شخصیت حقوقی جهات عمومی به دلایل ذیل تمسک کرده‌اند.

۱/۳/۲/۱. وصیت به نفع جهات عمومی

موارد فراوانی در فقه یاد می‌شود که فقها وصیت به نفع جهات عمومی را مشروع می‌دانند و از همین رو می‌گویند: «جهت عمومی» می‌تواند موصی له قرار گیرد. همین فقیهان به موجود بودن موصی له و اهلیت تملک وی تصریح می‌کنند و نوشته‌اند: لاجرم که موصی له باید «شخص» باشد؛ پس چون مساجد، کاروانسرا و...

شخص حقیقی نیستند، از همین رو، اشخاص حقوقی محسوب می گردند و در نتیجه حکم به وصیت به نفع جهات عمومی صحیح است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ق، ۲/ ۲۰۱-۱۹۹). علامه حلی در تذکره بعد از بررسی شرایط موصی له می گوید: «وصیت به نفع مساجد، زیارتگاه ها، مدارس، پُل ها و نظایر آن ها صحیح است؛ چراکه چنین وصیتی در حقیقت وصیت به نفع مسلمین است» (حلی، بی تا، ۲/ ۴۷۵)؛ فرمایش علامه در مورد وصیت به نفع جهات عمومی در حقیقت ناظر به وصیت برای مسلمین است.

۲/ ۳/ ۱. وقف به نفع جهات عمومی

پیش تر گفتیم برخی از مصادیق جهات عامه، مشترکات عمومی هستند که به عنوان «نهاد وقف» پذیرفته شده اند. موقوف علیه هم، باید موجود و دارای اهلیت تملک باشد. از این رو، محقق حلی می گوید: «در موقوف علیه سه چیز شرط است، از جمله اینکه موجود و صلاحیت تملک داشته باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ق، ۲/ ۱۶۸)؛ بنابراین اگر فقیهان قائل به وقف جهات عمومی شده اند؛ بدین معناست که برای این جهات، وجود و اهلیت تملک را فرض کرده اند و به دیگر سخن، برای این جهات، شخصیت حقوقی را فرض کرده اند.

ابن سعید حلی در این خصوص می گوید: «وقف بر مساجد و پل ها صحیح است و چنین وقفی در حقیقت وقف بر مسلمانان است» (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵، ق، ۱/ ۳۷۰). قطب الدین راوندی در کتاب فقه القرآن می گوید:

«وقف بر مساجد و هر آنچه صلاح مؤمنین در آن است، مشروع است، اگرچه این اشیاء صلاحیت مالکیت را ندارند اما از آنجا که وقف بر آن ها برای رفع حوائج مسلمین است و مصالح عامه در آن لحاظ می شود؛ لذا جایز است و در حقیقت وقف بر آن ها (مساجد و هر آنچه صلاح مؤمنین در آن است) وقف بر مسلمین است و مسلمانان نیز صلاحیت مالکیت دارند» (راوندی، ۱۴۰۵، ق، ۲/ ۲۹۳).

۳/ ۲/ ۱. نذر و اقرار به نفع جهات عمومی

جهات عامه مانند مساجد، مدارس، دانشگاه، کاروانسرا، پل و... می توانند «منذوژله» و «مقرّله» واقع شوند و از سویی برای این دو، وجود و اهلیت شرط شده است که از ویژگی های مربوط به اشخاص است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۵۸

امام خمینی رحمته الله علیه در تحریر الوسیله می گوید: «اگر شخصی مالی را برای زیارتگاهی از مشاهد مشرفه نذر کند، باید در مصالح آن مانند تعمیر، روشنایی، نظافت، آراستگی و فرش کردن آن مصرف نماید» (امام خمینی، ۱۳۹۲، ۲/۱۳۱). این سخن نشان می دهد که «مشهد» می تواند منذورله قرار گیرد و در نتیجه «مشهد» مالک مورد نذر می شود و وظیفه متولی آن است که آن نذر را در مصالح مشهد به مصرف برساند.

در مورد اقرار هم همان گونه که در مورد نذر گفتیم، مقرله باید اهلیت استحقاق داشته باشد و از همین رو فقیهان گفته اند: اگر اقرار به سود حیوان، درخت و مانند این دو صورت گیرد، باطل است؛ چرا که اهلیت ندارند (امام خمینی، ۱۳۹۲، ۲/۵۷)؛ اما اگر اقرار به سود مسجد، مدرسه، کاروانسرا و... صورت گیرد، صحیح و مشروع است. در این خصوص فقیهان گفته اند: «اگر اقرار به تعلق مالی به مسجد، زیارتگاه، مقبره، مدرسه و امثال این ها صورت گیرد، صحیح و مشروع است؛ چرا که چنین اقراری در حقیقت اقرار به نفع نمازگزاران، زائرین، متعلمین و به صورت کلی کسانی است که از این محل ها منتفع می شوند» (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۵/۲۱۳؛ ابن قدامة المقدسی، ۱۹۶۸ م، ۵/۱۲۸؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۲/۴۱۷).

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۲. اثبات وقف شخص حقوقی

با توجه به بحث و بررسی های انجام شده ایجاد شخص حقوقی به عنوان موقوفه، تنها می تواند در قالب «اشخاص حقوقی حقوق خصوصی» محقق گردد و با توجه به اوصاف و ویژگی های اشخاص حقوقی حقوق عمومی، نمی توان نهاد وقف را در مورد آنها اعمال کرد و آنها را موقوفه نمود.

آنچه میان شخص حقیقی و حقوقی تفاوت ایجاد می کند، شرط «عین بودن» و «مملوک بودن» موقوفه است که باید احراز گردند تا وقف شخص حقوقی اثبات شود. الباقی شرایط کلی وقف در شخص حقوقی نیز موجود است و مانعی برای وقف شخص حقوقی نیست. آنچه لازم به بحث و بررسی است دو شرط «عین بودن و مملوک بودن» است.

۲/۱. عینیت شخص حقوقی

مطابق تعریف اصطیادی از حدیث نبوی^۱ همان گونه که پاره‌ای از فقیهان (طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۱/ ۶۷۲ و ۶۷۳؛ راوندی، ۱۴۰۵ق، ۲/ ۲۹۲) چون شیخ طوسی و ابن زهره به صورت ارسال مسلّم به آن تصریح می‌کنند، وقف عبارت است از حبس کردن اصل مال و رها کردن ثمره آن^۲ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/ ۵۴۰ و ۵۴۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳/ ۲۹۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۹۷) و برخی دیگر از فقیهان بدون تصریح به ارسال، وقف را این گونه تعریف کرده‌اند: «هو تحبیس الاصل یا تحبیس العین و تسبیل المنفعة» (حلی، بی‌تا، ۲/ ۴۳۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/ ۱۷۰؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ۳۷/ ۲۷۲)؛ وقف عبارت از حبس کردن اصل یا عین مال و آزادسازی منفعت آن است؛ ولی برخی دیگر از علما همچون محقق حلی و صاحب مفتاح الکرامه با تعبیر «عقد» از وقف یاد می‌کنند و می‌گویند: «عقد یفید تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/ ۱۶۵؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷/ ۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۹)؛ وقف عقدی است که حبس کردن اصل مال و آزادسازی منفعت آن را افاده می‌کند».

بر مبنای تعاریف مذکور، استدلال بر اثبات عینیت شخص حقوقی متوقف بر بررسی دو مقدمه است:

۲/۱/۱. مقدمه اول: بررسی ماهیت و حقیقت وقف

ضرورت اقتضاء می‌کند که حقیقت و واقعیت اصلی وقف را مورد بررسی قرار بدهیم که آیا پیامبر ﷺ در مقام بیان ماهیت وقف‌اند یا در مقام بیان یکی از خصائص وقف هستند؟ چرا که باید روشن شود که حقیقت وقف، حبس اصل و تسبیل ثمره است یا یک معجول اصالی مانند ملکیت و زوجیت است؟

پاره‌ای از فقیهان می‌گویند: «حقیقت وقف «ایقاف عین» جهت استفاده منفعتش برای موقوف علیهم است» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۷ق، ۶/ ۳۴۷؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ۲/

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۱۶۰

۱. «إنی اصبت مالا لم اصب قط مثله و قد اردت أن اتقرب به الی الله، فقال النبی صلی الله علیه و آله حبس الاصل و سبیل الثمرة» (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ۴/ ۹۵)؛ «به من پولی رسیده است که تا به حال مثل این پول به دستم نرسیده بود و می‌خواستم با آن به خدا نزدیک شوم، پس پیامبر ﷺ فرمودند: اصل مال را حبس و منفعت آن را رها و آزاد کن».

۲. «لقول النبی ﷺ حبس الاصل و سبیل الثمرة».

۸۴: سبحانی، ۱۴۳۸ق، ۱۸۰) و برخی دیگر همچون مرحوم آخوند در رساله وقف خود پس از تعریف وقف به «تجسس الاصل و تسبیل المنفعة» می گوید: «این اختلافاتی که در تعابیر علما در مورد تعریف وقف وجود دارد، اختلاف در حقیقت نیست بلکه نزاع لفظی و شرح الاسمی است» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ۸). ایشان در ادامه می گوید: «حبس و وقف حقیقتشان واحد است و اختلافشان بالمرتبه است؛ به این بیان که وقف و حبس در حقیقت یکی هستند، اگرچه هر دو حبس هستند؛ ولی یکی حبس مؤبد است، به گونه ای که واقف از نقل و انتقال و تصرف در عین و منفعت ممنوع است و دیگری فقط حبس از تصرف در منفعت است، نظیر حبس در سکنی، رقیبی، عمری و حبس خاص» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ۵۷).

به عقیده ایشان میان وقف و حبس تفاوتی وجود ندارد، بلکه دو مرتبه از حبس است؛ یکی مرتبه علیا است که حبس از همه تصرفات (عین و منفعت) است و دیگری مرتبه نازل و پایین که عبارت از حبس از تصرف در منافع است.

شایان ذکر است که این اختلاف دیدگاه ها، نه تنها نزاع های لفظی، صوری و فاقد ترتب اثر نیست بلکه این اختلافات پایه و اساس بحث است و ما در تحقیق یک واقعیت به دنبال مقومات واقعی آن هستیم. گاهی آن واقعیت، یک واقعه تکوینی و صورت نوعیه است و گاهی یک واقعیت اجتماعی و اعتبارات عقلانی مانند ملکیت، زوجیت، طلاق و غیره است.

در این قسمت از پژوهش دو مطلب باید مورد بررسی قرار گیرد: یکی فهم و چستی اعتبار عقلانی وقف و دیگری مدلول لفظ وقف. برای درک مدلول و معنای لفظ باید به کتب لغت مراجعه کرد مانند درک معنای لفظ بیع. درحالی که برای فهم واقعیت و حقیقت اجتماعی و اعتبار عقلانی لفظ، مراجعه به لغت کفایت نمی کند. به عنوان نمونه اگر از چستی و حقیقت آب پرسیده شود، برای پاسخ آن نمی توان به کتاب لغت مراجعه کرد؛ چرا که ما در پی کشف واقعیت آب هستیم و نه تعریف آب؛ از این رو، برای کشف واقعیت و حقیقت آب، آن را باید در آزمایشگاه به دست آوریم. این موضوع در اعتبارات واقعی هم صادق است. بدین بیان اعتبارات عقلانی که در بستر اجتماع رخ می دهد مانند ملکیت، زوجیت، طلاق و ... این ها یک

واقعیت‌هایی دارند که تنها با حضور در اجتماع می‌توان آن واقعیت‌ها را کشف نمود. مثال دیگر اینکه اگر حقیقت بیع مورد پرسش قرار گیرد، گفته می‌شود که در کتب لغت آمده است «تملیک عین بعوض معلوم»؛ اما این معنا بیانگر حقیقت و واقعیت بیع نیست؛ چرا که حقیقت بیع عملیاتی است که با بیع و مشتری در عالم واقع انجام می‌دهند که همان تملیک عین به عوض است ولی لغویان این گونه معنا نکرده‌اند. همچنین چنانچه از واقعیت ملک سؤال شود، لغوی پاسخ می‌دهد: ملک به معنای سلطنت است اما این معنا برای ما حقیقت ملک را روشن نمی‌کند. برای کشف حقیقت ملک باید بررسی شود که آیا ملک یک اعتبار و انتزاع است یا چیز دیگر؟ برخی از بزرگان مثل مرحوم اصفهانی و علامه طباطبائی معتقدند: «ملک، اعتبار است و واگذاری حد یک چیز به چیز دیگری است» (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ۱/ ۳۰؛ طباطبائی، ۱۳۷۳، ۲۱/ ۱).

بنابر آنچه گفته شد، پرسشی مطرح می‌شود و آن اینکه، دیدگاهی که وقف را «ایقاف» می‌داند، درصدد بیان چه مطلبی است؟ آیا در مقام بیان معنای لغوی وقف است یا در مقام بیان حقیقت و واقعیت وقف؟! این دیدگاه مانند پاسخی است که لغوی در پرسش از چیستی و حقیقت ملک داده است که ملک همان سلطنت است، ولی معذک حقیقت ملک را روشن نمی‌کند. از این رو، ضرورت اقتضاء می‌کند که حقیقت و واقعیت وقف مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد.

برخی از معاصرین معتقدند که حقیقت وقف ایقاف نیست بلکه «حکم وضعی مجعول بالاصاله» است نظیر ملکیت، زوجیت و طلاق؛ یعنی به تبع حکم تکلیفی انتزاع نمی‌شوند بلکه شارع آن‌ها را مستقلاً، ابتدائاً و أصالَةً جعل می‌کند و نیازی نیست که ابتداً حکم دیگری را بیاورد و از آن انتزاع شوند. همان‌طور که شارع وجوب نماز را أصالَةً و مستقلاً جعل می‌کند، صحت، لزوم، جواز، وقف، ملکیت، زوجیت و... را نیز أصالَةً و مستقلاً جعل می‌کند؛ پس اگر حقیقت وقف مورد پرسش قرار گیرد مانند برخی از فقیهان حکم به ایقاف بودن وقف نمی‌شود؛ زیرا مانند آن است که در پاسخ از چیستی و حقیقت ملک، گفته شود «الملک سلطنت» و این معنا مشکلی را حل نمی‌کند، آنچه می‌تواند پذیرفته شود همان واقعیت اجتماعی به نام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۶۲

ملکیت است که در خارج رؤیت می‌شود و میان عقلا رایج است که حقیقتش «نوع من الاعتبار» است که در وعاء تعبّد این آثار از جمله سلطنت بر آن مرتب است. از همین رو، این تحلیل در باب وقف نیز صادق است که وقف هم یک اعتبار خاصی است که اثرش همان است که در روایات آمده است: «الوقف صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/۱۸۶)؛ موقوفه صدقه‌ای است که نمی‌توان آن را فروخت، بخشید و به ارث برد.

در نتیجه حقیقت وقف، یک «حکم وضعی مستقل مجعول بالاصالة» مانند ملکیت، زوجیت و طلاق است نه ایقاف و تحبیس و تسبیل از خصائص وقف است. در زوجیت پس از انشاء صیغه نکاح، مصداقی از زوجیت محقق می‌شود و آثار فراوانی از جمله جواز نزدیکی و آمیزش، ارث، نفقه و... مرتب می‌شود، یا در طلاق پس از انشاء صیغه طلاق، مصداقی از طلاق محقق می‌شود و آثاری از جمله قطع رابطه زوجیت، عدم جواز نظر، عدم ارث و... بر آن مرتب می‌شود. وقف نیز این گونه است بدین بیان که پس از انشاء صیغه وقف، مصداقی از وقف (نوع من الاعتبار) حاصل می‌شود که این وقف و اعتبار خاص، موضوع آثاری است که در روایات یا در عرف عقلانی آمده است و به نحو روایی امضاء شده است (آملی لاریجانی، ۱۳۹۸، ۶ مهرماه، جلسه ۳).

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۲/۱/۲. مقدمه دوم: بررسی معنای عین در وقف

فقیهان امامیه یکی از شرایط اصلی مال موقوفه را عین بودن آن می‌دانند و به همین دلیل وقف چیزی که عین نیست را صحیح نمی‌دانند (کاشف الغطاء، بی‌تا، ۳۶۹: موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۲/۴۲؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ۷۵/۲).

در کلمات فقها «عین» در مقابل سه چیز است: ۱- مقابل دین؛ ۲- مقابل منفعت؛ ۳- مقابل ابهام (کلی فی الذمه) (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ۲/۲۱: مروارید، ۱۴۲۲ق، ۱۱۷). از این رو، وقف دین، منفعت و کلی فی الذمه (غیر معین) صحیح نیست و درجایی که شک در شمول ادله وقف نسبت به این سه قید احترازی شود، وقف بر هیچ‌یک از آن سه مورد صحیح نیست (آل‌عصفور، بی‌تا، ۱۳/۲۷۹: نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۲۶/۱۶-۱۴). به نظر می‌رسد عمده دلیل فقها بر اشتراط عین بودن مال موقوفه و خروج قیود

سه گانه احترازی، اجماع (حلی، بی تا، ۴۳۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۶۰۲؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۱۵۷/۳)، تبادر و انصراف است (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۷۳/۳). در مورد این دلایل نیز باید بگوییم که اولاً: اجماع مورد ادعا، قابل اثبات و پذیرش نیست و اساساً دلیل اجماع نزد ما پذیرفته نیست؛ ثانیاً: شخصیتی چون مرحوم سید یزدی می گوید: «و العمدۃ، الاجماع إن تمَّ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۲۰۵/۱)؛ مهم ترین دلیل، اجماع است اگر تمام و کامل باشد و ظاهر عبارت «ان تمَّ» نشان می دهد که نزد ایشان در این مورد، اصل اجماع ثابت نیست؛ ثالثاً: اگر اجماع را بپذیریم، قدر متیقن از این اجماع تنها عدم صحت وقف کلی فی الذمه است نه مواردی چون منفعت و دین و دلیل اصلی بر بطلان وقف منفعت و دین از منظر فقها همان تعریف به «تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» یا «تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه» است. گویا مراد از حبس اصل نزد فقها این است که موقوفه چیزی باشد که عیناً بتواند باقی بماند و از این طریق، عین بودن مال موقوفه را نتیجه گرفته اند. در حالی که می توان واژه «اصل» در تعریف وقف را تفسیری موسّع کرد؛ بدین بیان «اصل» چیزی ماندنی باشد بدون آنکه عین مجسم، خارجی و فیزیکی باشد (محقق داماد و مهریار، ۱۳۹۹، ۱۲۴)؛ رابعاً: شرط «عین بودن موقوفه» اگرچه متسالم علیه فقیهان است ولی منصوصه نیست. بر مبنای تعریف اصطیادی فقها از وقف و شرط قرارداد عین برای موقوفه می توان از آن «الغای خصوصیت» کرد و به شخصیت حقوقی سرایت داد؛ چرا که با پیشرفت دانش بشری و ایجاد شخصیت های متنوع حقوقی نظیر شرکت های تجارتی، مؤسسات قرض الحسنه و ... می توان گفت: چه بسا دوام وقف این گونه شخصیت های حقوقی بیشتر از سایر موقوفه های سنتی باشد. از سویی دیگر می توان برای «اصل» معنای دیگری تصویر کرد و گفت: اصل به معنای سلطنت واقف برای تحبیس است و نیز اینکه بتواند مالک منفعت بشود تا آن را تسبیل کند (آملی لاریجانی، ۱۴۰۰، ۵ بهمن ماه، جلسه ۱۹۶) و در امور اعتباری نظیر بانک، چون مالکیت فکری می تواند منفعت را تسبیل کند؛ در نتیجه باید در تحبیس سلطنت داشته باشد. از این رو، در وقف شخص حقوقی چون واقف می تواند منافع آن را تسبیل کند باید در تحبیس نیز سلطنت داشته باشد.

تعریف اصطلاحی وقف در میان فقیهان،^۱ نه تنها هیچ منشأ روایی و حجیت شرعی ندارد؛ چرا که چنین تعریفی یا با توجه به دو حدیث مرسل نبی مکرم اسلام ﷺ است که فرموده‌اند: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَلَ الثَّمَرَةَ» (ابن ابی جمهور احسائی، ۱۴۰۵ق، ۲/ ۲۶۰) یا «حَبَسَتْ أَصْلَهُ وَ سَبَلَتْ ثَمَرَتَهَا» (میرزای نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۴/ ۴۷) یا تقلید و الگوبرداری از فقه اهل تسنن است که هیچ کدام از این دو منشأ حجت و معتبر نیستند، بلکه روایات صحیح السندی وجود دارد که با این تعریف در تعارض است؛ در روایت صحیح السندی آمده است: «هر وقفی که دارای وقت معلومی باشد، بر ورثه واجب است مطابق آن عمل کنند و هر وقفی که زمان آن مشخص نیست و برای مجهول وقف شده باشد، باطل است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۱۹۲)، از اطلاق این روایت به دست می‌آید که هر چیزی اعم از دائم و غیر دائم قابلیت وقف دارد و تنها شرطی که برای موقوفه لازم است، وقف دائمی آن است؛ بدین بیان که شخص به صورت موقت آن را وقف نکند. در موثقه مهران بن محمد آمده است که امام صادق علیه السلام مقداری از اموالش را وقف کرد تا چند بخش شود و پس از شهادت ایشان، در زمان‌های خاصی آن‌ها را انفاق کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۱۷۴)، در این حدیث نیز حضرت چیزی را وقف کرده است که شرط «تحبیس الاصل» در آن وجود ندارد. در صحیح‌ه عبدالرحمن بن حجاج آمده است که امام کاظم علیه السلام زمینی را وقف نمودند و شرط کردند در صورت نیاز، آن را بفروشند و با پول آن، مشکل را برطرف کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۲۰۲). در روایت دیگری آمده است که حضرت صدیقه طاهره علیه السلام اختیار موقوفاتی را به حضرت علی علیه السلام و پس از ایشان به امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام می‌دهند که از جمله آن موقوفات، «اموال ام ابراهیم» است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۱۹۸). همچنین روایت شده است که امام صادق علیه السلام فرمودند: پدرم به من فرمود: «ای جعفر! فلان مبلغ از اموال مرا وقف گریه کنندگان کن تا ده سال در سرزمین منا، هنگام اعمال منا (در حج) برای من گریه کنند» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۹/ ۶۵۳؛ طوسی، ۱۳۶۵، ۳۵۸/۶).

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۱۶۵

۱. «تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» یا «تحبیس الاصل و تسبیل الثمره» یا «حفظ العین و تسبیل المنفعه».

همچنین «حبس الاصل» در فتوای فقیهان گذشته جایی نداشته است و اکثر متقدمین شرط دوام در موقوف علیهم را نپذیرفته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳/ ۲۹۳؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۲/ ۳۷۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/ ۲۱۶؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۹/ ۱۷) و وقف موقت را صحیح دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳/ ۲۹۳؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۲/ ۳۷۹؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ۴/ ۵۴۵؛ سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ۳/ ۳۷۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ۶/ ۲۱۹؛ خطاب رعینی، ۱۴۱۶ق، ۷/ ۶۲۶)؛ بنابراین شرط «حبس الاصل» هیچ دلیل قطعی و قانع کننده‌ای ندارد و در حقیقت فتاوی متقدمین با تعریفی که فقیهان متأخر از وقف داشته‌اند، ناسازگار است و اعتبار چنین تعریفی را که در دهه‌های اخیر به عنوان یک اصل پذیرفته شده مطرح گردیده، زیر سؤال برده و مخدوش می‌سازد (ابراهیمی سالاری و دیگران، ۱۳۹۴، ۲۱ و ۲۲، ۶۱-۷۳)؛ بنابراین از آنچه بیان شد، آشکار می‌شود که وقف محدود به اموالی که دارای عین خارجی بوده، نمی‌شود تا تصور تحبیس الاصل برای آن‌ها امکان پذیر باشد و این شرط (تحبیس الاصل) لازم الرعایه نیست. همچنین ادله بیانگر حبس، سُکُنِی، عُمری و رُقبی نیز مؤید مدعای ما هستند؛ چرا که این ادله، انتفاع از مالی را به صورت موقت و غیر ماندگار تجویز می‌نمایند.

۳/ ۱/ ۲. نتیجه دو مقدمه

پس از بیان دو مقدمه مذکور و جرح و تعدیل ادله فقها، این گونه می‌توان نتیجه گرفت که شخص حقوقی «امری اعتباری» است و اراده و مقصود شارع نیز این است که امر اعتباری «امری ماندگار» باشد؛ حال چه به صورت فیزیکی یا به صورت اعتباری دارای منافع باشد و از هنگامی که واقف صیغه وقف را منعقد می‌کند تا زمانی که مال موقوفه موجود است و قابلیت بهره‌برداری دارد، قابل تبدیل نباشد.

بنابراین شخصیت حقوقی، یک «عین اعتباری» است اگرچه مقصود از «عین» جسم مادی و فیزیکی نیست و کلام فقها در این مسئله عمدتاً عین، در مقابل قیود سه گانه احترازی است نه در مقابل هر امر غیر مجسم مادی. در این صورت امور اعتباری که دارای وجود خارجی هستند را می‌توان به صورت موقوفه تصور کرد مثلاً ممکن است مالکیت فکری، به عنوان یک امتیاز در خارج وقف شود و تا سالیان متمادی برای مخترع آن فکر باقی بماند و بتواند از آثار مادی آن استفاده کند؛ بنابراین ممکن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۶۶

است واقف بگوید: من این شیء اعتباری را (امتیاز ایجادشده یا کشف به وجود آمده) که اصل آن امری ماندگار است و آثار انتفاعی آن در خارج وجود دارد را وقف نمودم و منفعت آن را در راه خیر و بریات عمومی قرار می‌دهم. با توجه به ادله مذکور، وقف اشخاص حقوقی چون بانک، مدارس، دانشگاه‌ها، مؤسسات تجارتی و... از همان بدو تأسیس مشروع و جایز است.

۲/۲. مملوک بودن شخص حقوقی

شرط دیگری که باید احراز گردد تا وقف شخص حقوقی اثبات شود، «مملوک بودن موقوفه» است و فقها مملوک بودن موقوفه را شرط می‌دانند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۱۸؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ۳۰/ ۲۲۳ به بعد؛ زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۳/ ۲۲۶). مقصود از اشتراط مملوک بودن این است که آن مال تحت ملکیت و تصرف واقف باشد؛ بنابراین اموالی که یا در ملک مسلمان وارد نمی‌شود مانند کلب و خنزیر و یا اجازه تصرف در آن را ندارد، متعلق وقف قرار نمی‌گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ۶/ ۳۱۰). درحالی که در شخص حقوقی اجازه چنین تصرفی در ابتدای وقف وجود دارد و می‌توان آن را وقف کرد.

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۱۶۷

در بستر شرط مملوکیت سه مسأله مرتبط است:

الف) حکم وقف اموالی که مملوک واقع نمی‌شوند مانند خمر و خنزیر و شخص حرّ؛

ب) حکم وقف حق الاختصاص مانند کلب صید، ماشیه، زراعت، حائط؛

ج) حکم وقف فضولی.

آنچه در موضوع وقف شخص حقوقی در تناسب با شرط مذکور مورد بحث است، رابطه وقف «شخص حر» و وقف «شخص حقوقی» است. فقیهان معتقدند که «شخص حر» را نمی‌شود وقف کرد؛ زیرا آزاد است و قابلیت مملوک شدن را ندارد. ازاین رو، ممکن است اشکال شود که «شخص حقوقی» هم شبیه به «شخص حر» است؛ پس وقف آن صحیح نیست. در پاسخ می‌گوییم: گرچه شخص حقوقی و شخص حقیقی در پاره‌ای از آثار اشتراک دارند ولی به علت وجود برخی شباهت‌ها

نمی‌توان تمام احکام یکی را بر دیگری بار و مترتب کرد مثلاً اموال شخص حر پس از فوت به وراث او منتقل می‌شود ولی در مورد شخص حقوقی این قضیه صادق نیست و فوت شخص حقوقی با انحلال آن است و نیز شخص حر چون اراده دارد و جزا و عقاب اخروی برای او محاسبه می‌شود، مکلف به پرداخت برخی واجبات مالی چون خمس و زکات است حال آنکه شخص حقوقی چنین تکلیفی را ندارد (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۲، ۱/ ۲۷۴).

از سویی دیگر در عدم صحت وقف حر، دلیل متقن و محکمی وارد نشده و اگر شخص حر خود را برای کاری وقف نماید به گونه‌ای که منافع وی برای هدف خاص و معینی تسبیل شود، این وقف با قواعد کلی مستنبط از قرآن سازگار است، همان گونه که در مورد حضرت مریم علیها السلام آمده است که مادر وی نذر کرد که او را برای خدا و خدمت به عبادتگاه آزاد کند و تا زمان بلوغ به عبادتگاه و مسجد خدمت نماید (آل عمران/ ۳۵)^۱. نظیر آنکه اگر کسی منافع بخشی از عمر خود را با قرارداد اجاره به دیگری منتقل کند به گونه‌ای که غرری نباشد، عقد اجاره صحیح است. همچنین در فقه جایز دانسته شده است که انسان خودش را نذر مرزبانی و حفاظت از مرزها قرار دهد و همه فقیهان بالاتفاق گفته‌اند: «اگر کسی عمل مرابطه را نذر یا در صیغه آن قید کند که مالی را صرف اهل این عمل نماید، بر وی واجب است به نذر خود وفا نماید؛ اگرچه در زمان غیبت امام علیه السلام باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲/ ۳۸۶؛ شهید اول، ۱۴۱۲، ۲/ ۳۰؛ نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۲۱/ ۴۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱/ ۳۰۹؛ حلی، ۱۴۱۰، ۲/ ۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۷/ ۴۵۰)؛ بنابراین انسان می‌تواند خودش را نذر مرزبانی و حفاظت از مرزها قرار دهد.

شاید گفته شود در وقف عام و جهات عمومی کسی مالک نیست؛ زیرا وقف فک ملک است و عین برای جریان منفعت به موقوف علیهم از زمان انتقال حبس می‌شود؛ بنابراین وقف حر از این جهت ایرادی ندارد البته این مشروط به آن است که قائل به ملکیت موقوف علیهم نباشیم و الا باطل است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۶۸

۱. ﴿إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾.

بنابراین مقایسه شخص حقوقی با شخص حُر در همه جهات صحیح نیست؛ زیرا شخص حقوقی وجودی اعتباری دارد و بر مبنای اعتبار شکل می‌گیرد و از این رو، وقف شخص حقوقی با امور ثابت و مسلم فقهی چون تملیک تنافی ندارد. در پایان این بحث می‌توان این گونه نتیجه گرفت: شخص حقوقی‌ای که در خارج شکل می‌گیرد، نه تنها مالک است، مملوک نیز است؛ یعنی در حقیقت، بانک که یک مؤسسه و شرکت است، ملک سهام‌داران خود است؛ این بدان معنا نیست که ساختمان، ملک سهام‌داران است بلکه آن شخصیت اعتباری که ساختمان جزء دارایی‌های آن محسوب می‌شود، ملک سهام‌داران است؛ پس شرکت، مؤسسه و بانک به حسب آنچه در خارج اعتبار می‌کند، هم مالک (مالک دارایی‌های خود) و هم مملوک (مملوک سهام‌داران خود) است. به همین علت است که اگر این شخص حقوقی بدهکار شد، سهام آن را جزء دارایی‌های او به حساب می‌آورند، سهام شرکت شخصی مثل خانه اوست با این تفاوت که خانه او، عین خارجی بوده ولی سهام او در شرکت، یک امر اعتباری است.

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

۳. ثمره حقوقی جواز وقف شخص حقوقی

با مشروعیت وقف شخص حقوقی، افراد می‌توانند با طی کردن مقدمات قانونی، ۱۶۹ شخص حقوقی را به صورت موقوفه تأسیس کنند. در این صورت کل اموال و دارایی‌ها در ملک و تصرف شخص حقوقی است و نماینده شخص حقوقی اختیار دارد به اقتضاء شرایط اقتصادی و غبطه شخص حقوقی فعالیت کند.

اموال و دارایی‌های شخص حقوقی موقوفه می‌تواند اعم از نقد و غیرنقد باشد که متولی برای حفظ و ارتقاء دارایی‌ها، بهره‌وری بیشتر، رشد و ارتقاء موقوفه و جلوگیری از کاهش ارزش آن و نیل به اهداف واقف می‌تواند انواع تصرفات متناسب و سرمایه‌گذاری‌های لازم را انجام دهد. از این رو، مانعی برای تبدیل اموال موقوفه در همه احوال، اوضاع و شرایط نخواهد بود؛ بنابراین اگر اموالی را به ملکیت شخص حقوقی موقوفه درآوریم بدون هیچ محذوری می‌توان اموال اصل موقوفه را تبدیل کرد و این دارایی، احکام موقوفه را ندارد (رضایی، ۱۳۸۷، ۱۴۵).

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این تحقیق بیان شد، نتایج ذیل به دست می‌آید.
با رویکرد به تعریف اصطیادی از وقف در میان کلمات فقیهان و با جرح و تعدیل آن کلمات، وقف شخص حقوقی امکان‌پذیر است.

آنچه در ارکان اصلی وقف شخص حقوقی نمایان می‌شود و در این پژوهش مفصلاً به آن پرداخته شد، دو شرط «عین بودن» و «مملوک بودن» است. شخص حقوقی واجد شرط «عین بودن» است؛ چراکه به ادله چهارگانه مذکور در این پژوهش ثابت گردید که اولاً عین در مقابل قیود سه‌گانه احترازیه است نه در مقابل امر اعتباری؛ ثانیاً مستفاد از تعریف رایج وقف می‌توان از واژه «اصل» تفسیر موسّع نمود که اطلاق آن شامل وقف شخص حقوقی گردد؛ ثالثاً با الغاء خصوصیت از کلمه عین، وقف شخص حقوقی اثبات شد و رابعاً سلطنت در تحبیس است که به تسبیل منفعت می‌انجامد. همچنین با تحلیل صورت گرفته، شخص حقوقی شرط «مملوک بودن» را نیز دارا است؛ در نتیجه با تحلیل این دو شرط و اثبات آن دو، وقف شخص حقوقی مشروع و جایز است. نکته دیگر اینکه ثابت شده است که نهاد وقف در حقیقت یک امر امضائی است و نه تأسیسی. وقف شخص حقوقی، وقفی هوشمند و مدرن است و می‌تواند در جهت حفظ و ارتقاء دارایی‌های مال موقوفه، بهره‌وری بیشتر، رشد و ارتقاء موقوفه و جلوگیری از کاهش ارزش آن مؤثر و مفید فایده باشد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۷۰

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۳ق). کتاب فی الوقف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
آل عصفور، حسین بن محمد. (بی‌تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: المیزان
محسن آل عصفور.

آملی لاریجانی، صادق. (۱۳۹۸). درس خارج فقه وقف.

<https://amolilarijani.ir/LessonDetail/1773>

آملی لاریجانی، صادق. (۱۴۰۰). درس خارج فقه وقف.

<https://amolilarijani.ir/LessonDetail/6193>

ابراهيمى سالارى، تقى، نريمانى زمان آبادى، سيدمهدي، سيد حسيني، سيد محمد. (۱۳۹۴).
بررسى فقهي وقف پول. مشهد: بنياد پژوهش هاي اسلامى آستان قدس رضوى.

ابن ابى جمهور احساى، محمد بن على. (۱۴۰۵ق). **عوالى اللئالى العزيزيه**. قم: دار سيد الشهداء للنشر.

ابن زهره، حمزه بن على. (۱۴۱۷ق). **غنية النزوع الى علمى الأصول و الفروع**. قم: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام.

ابن سعيد حلى، يحيى بن احمد. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرائع**. قم: مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام.

ابن عابدين، محمدامين. (۱۴۱۵ق). **حاشيه رد المحتار على الدر المختار**. بيروت: دارالفكر.

ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). **معجم مقاييس اللغة**. قم: مكتب الاعلام الاسلامى.

ابن قدامة المقدسى، عبدالله. (۱۹۶۸م). **المغنى**. مصر: مكتبة القاهرة.

احمد زرقا، مصطفى. (۱۴۲۰ق). **المدخل الى نظريه الالتزام العامه فى فقه الاسلامى**. دمشق: دارالقلم.

ازهرى، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). **تهذيب اللغة**. بيروت: دار احياء التراث العربى.

اصفهانى، محمدحسين. (۱۴۲۷ق). **حاشيه المكاسب**. قم: ذوى القربى.

بيهقى، أبو بكر. (۱۴۲۴ق). **السنن الكبرى**. چاپ سوم. بيروت: دار الكتب العلمية.

جوهرى، اسماعيل بن حماد. (۱۳۷۶ق). **الصحاح**. بيروت: دار العلم للملايين.

حر عاملى، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). **وسائل الشيعة**. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

حسينى، سيد ابراهيم، و سامانى، احسان (۱۳۹۱). **وقف از سوى اشخاص حقوقى**. **دوفصلنامه معرفت حقوقى**، ۱(۳): ۵۱-۶۸.

حسينى خامنه‌اى، سيدعلى. (۱۳۹۲). **رساله‌اى آموزشى مطابق با فتاواى مرجع على قدر حضرت آيت الله خامنه‌اى عليه السلام**. تهران: نشر فقه روز (وابسته به انتشارات انقلاب اسلامى).

حسينى عاملى، سيد جواد. (۱۴۱۹ق). **مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة**. قم: مؤسسه النشر الإسلامى.

حطاب رعينى، محمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**. بيروت: دارالكتب العلمية.

حلى، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى**. چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامى.

حلى، حسن بن يوسف. (بى تا). **تذکره الفقهاء**. تهران: مكتبة المرتضوية.

حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق). **قواعد الاحكام**. قم: مؤسسه النشر الإسلامى.

بررسى مشروعيت موقوفه
شدن شخص حقوقى

حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). الرسالة الفخرية في معرفة النية. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.

امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني رحمته الله عليه.

خوانساری، جمال الدین. (۱۳۶۴). التعليقات على الروضة البهية. قم: المدرسة الرضوية. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئي. قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئي. راوندی، قطب الدین. (۱۴۰۵ق). فقه القرآن. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی رحمته الله عليه.

رستمی، ولی، و فاطمه، افشاری (۱۳۹۷). بررسی چالش های فقهی - حقوقی وقف اموال دانشگاه آزاد اسلامی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۸ (۱): ۳۹-۵۸.

رضایی، مجید. (۱۳۸۷). وقف و امور خیریه در بازار سرمایه. مجموعه مقالات همایش وقف در بازار سرمایه، قم: دانشگاه مفید.

روحانی، محمدصادق. (۱۴۳۵ق). فقه الصادق. قم: آیین دانش.

زارعی سبزواری، عباسعلی. (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهية في فقه الامامية. قم: مؤسسه النشر الإسلامية. سبحانی، جعفر. (۱۴۳۸ق). احكام الوقف في الشريعة الاسلاميه الغراء. قم: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام.

سمرقندی، علاء الدین. (۱۴۱۴ق). تحفه الفقهاء. چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه. شهیداول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). الدروس الشرعية في فقه الامامية. قم: مؤسسه النشر الإسلامي.

شهیدثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: مکتبة الداوری.

شهیدثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

صفار، محمدجواد. (۱۳۹۰). شخصیت حقوقی. تهران: بهنامی.

صفایی، سیدحسین، قاسم زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۶). اشخاص و محجورین. چاپ بیست و سوم، تهران: سمت.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.

طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۳). الميزان في تفسير القرآن. چاپ ششم، قم: اسماعیلیان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۷۲

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقى. قم: مكتبة الداوری.
طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۷ق). العروة الوثقى. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع
البحوث الإسلامية.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام. چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. چاپ سوم، تهران: المكتبة
المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

فولادی، کیان (۱۳۹۹). بازخوانی وقف شخص حقوقی در جهت توسعه نهادهای اخلاقی. فصلنامه
پژوهش های اخلاقی، ۱۱(۱): ۲۱۵-۲۳۲.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۰۱ق). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله
مرعشی نجفی رحمته الله علیه.

فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. چاپ دوم،
قم: مؤسسه دار الهجرة.

قرشی، علی اکبر. (۱۳۷۱). قاموس قرآن. چاپ ششم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (بی تا). کشف الغطاء عن مبهمات شریعه الغراء. اصفهان: مهلوی.
کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل
البيت عليه السلام.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). کافی. قم: دار الحديث.
لجنة الفقه المعاصر. (۱۴۰۱). الشخص الاعتباری. قم: نشر مرکز اداره الحوزات العلمیه.
محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم:
اسماعیلیان.

محقق داماد، سید مصطفی، مهریار، محمد. (۱۳۹۹). بررسی فقهی و حقوقی وقف. تهران: مرکز
نشر علوم اسلامی.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان.
قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

مروارید، حسنعلی. (۱۴۲۲ق). حاشیه المختصر النافع. قم: مکتب الاعلام الإسلامی.
موسوی بجنوردی، سید محمد، و قهاری، ابوالفضل (۱۳۹۶). جایگاه وقف در اموال شخص
حقوقی با تأکید بر آرای امام خمینی رحمته الله علیه. پژوهشنامه متین، ۱۹(۷۷): ۱-۲۰.

بررسی مشروعیت موقوفه
شدن شخص حقوقی

موسوی سبزواری، عبدالاعلیٰ. (۱۴۱۳ق). مہذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: السيد عبد الاعلیٰ السبزواری.

مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۵ق). الولاية الالهية الاسلامیة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. میرزای نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.

نجفی جواهری، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

عباسی خراسانی، هادی. (۱۴۰۱). درس خارج فقه.

https://eshia.ir/feqh/archive/text/abbasi_khorasani/feqh3/1401/14010810/

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۱۷۴



Jurisprudential Feasibility Study on Municipal Monopoly over the Use or Ownership of Municipal Solid Waste

Sayyed Mohammad-Hossein Mousavi¹ ;

Sayyed Alireza Hashemi-Dehsorkhi²; Amir Hosseyn Ghazanfari³ & Mortaza Ansari⁴

1. Graduate of the external course of Imam Kazim (peace be upon him) specialized school of jurisprudence; Qom.Iran. (Corresponding Author). 93887h@gmail.com; <https://orcid.org/0009-0003-5406-0957>

2. Graduated from the external course of the Fiqh Center of the Holy Imams (peace be upon them).

3. Graduated from the external course of the Fiqh Center of the Holy Imams (peace be upon them).

4. Graduated from the external course of the Fiqh Center of the Holy Imams (peace be upon them).

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 29 May 2024

Received in revised form 16 January 2025

Accepted 17 January 2025

Keywords:

Ownership of waste, municipality, principle of rejection, possession, profit monopoly, permissibility of taking possession.

ABSTRACT

With the expansion of urban societies, waste recycling has become a significant source of revenue, leading to various legal and administrative challenges. One such challenge concerns the ownership of waste. Under new urban management policies, municipalities assert exclusive rights over the use and benefits of waste. Conversely, private companies, arguing for the equal right of all individuals to abandoned property, consider this policy to be in conflict with higher-level legal frameworks and fundamental jurisprudential principles. The central question of this study is whether *shar'ī* evidence can substantiate the municipality's exclusive right to ownership or use of waste.

Using an analytical-descriptive method, this study examines religious evidence from two perspectives: (1) the permissibility and prohibition of taking possession and (2) possession, the

Cite this article:

Mousavi. M & others. (2024). **Jurisprudential Feasibility Study on Municipal Monopoly over the Use or Ownership of Municipal Solid Waste.** *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 7-34.

© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2025.69769.2866>



right of priority, and ownership of waste bins. The findings indicate that, based on certain jurisprudential principles, it is possible to justify the municipality's monopoly by applying the doctrine of prohibition and permissibility regarding taking possession. Furthermore, private companies may be restricted from claiming ownership of waste bins by recognizing the municipality's right of priority or ownership. Finally, the issue is analyzed within the framework of governmental jurisprudence.

امکان سنجی فقهی انحصار انتفاع یا مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری^۱

سید محمد حسین موسوی^۱ : سیدعلیر ضاهاشمی دهسرخ^۲؛ امیر حسین غضنفری^۳

مرتضی انصاری^۴

۱. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه السلام، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

رایانامه: 93887h@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0003-5406-0957>

۲. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه السلام، قم، ایران.

۳. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه السلام، قم، ایران.

۴. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه السلام، قم، ایران.

امکان سنجی فقهی
انحصار انتفاع یا مالکیت
شهرداری بر پسماند جامد
شهری
۱۷۷



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸

چکیده

امروزه با پیشرفت جامعه شهری، پدیده بازیافت به یک منبع درآمدزایی تبدیل شده است. این مسئله چالش‌هایی را در حوزه‌های مختلف ایجاد کرده است. یکی از این چالش‌ها بحث تعیین مالکیت پسماند است. شهرداری به جهت سیاست‌های جدید مدیریت شهری، خود را تنها نهادی که دارای حق استفاده از منافع پسماند است، معرفی می‌کند اما از طرف دیگر شرکت‌های خصوصی با تمسک به تساوی مردم در حق حیا زت اموال اعراض شده،

۱. مروارید، محمد و حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی (۱۴۰۳). کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه. جستارهای

فقهی و اصولی. ۳۶: (۳): ۱۰ صص: ۳۵-۱۱۰



© The Author(s)  <https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.77244>

این سیاست را مخالف اسناد بالادستی و قواعد عامه فقهی - حقوقی می دانند. سؤال اساسی این است که آیا می توان ادله شرعی ای برای اثبات انحصار مالکیت یا انتفاع شهرداری بر پسماند اقامه کرد؟ در این نوشتار ادله شرعی از دو مسیر: «اعراض و اباحه تصرف»، «حیازت، حق اولویت و مالکیت سطل زباله» و با روش تحلیلی - توصیفی مورد بررسی قرار گرفته است. نتیجه حاصل شده امکان اثبات مطلوب از راه تطبیق بحث اعراض، اباحه تصرف و حیازت، البته بنا بر برخی مبانی فقهی است. همچنین می توان از راه قول به حق اولویت یا مالکیت بر سطل زباله، شرکت های خصوصی را از حیازت منع کرد و در پایان مسئله از منظر فقه حکومتی نیز بررسی و بیان گردیده است که در صورتی که مطالب ارائه شده از منظر فقه فردی مورد مناقشه قرار بگیرد، فقیه مسلط بر ملاکات می تواند با رویکرد فقه حکومتی چالش را حل کند.

کلیدواژه ها: مالکیت پسماند، شهرداری، قاعده اعراض، حیازت، انحصار انتفاع، اباحه تصرف.

مقدمه

یکی از جنجالی ترین موضوعات فقهی که در بحث مدیریت پسماند مطرح است، موضوع مالکیت پسماند است. مطابق بند ب ماده ۲ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۲۰ پسماند به مواد جامد، مایع و گاز (غیر از فاضلاب) گفته می شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم حاصل از فعالیت انسان بوده و از نظر تولیدکننده، زائد تلقی می شود. سؤال اول این است که آیا افراد با بیرون گذاشتن پسماند از خانه خود نسبت به آن سلب مالکیت کرده اند؟ همچنین سؤال دومی که در اینجا مطرح است این است که در صورت تحقق سلب مالکیت، چه کسی می تواند مالک پسماند شود؟ در اینجا دو نظر مطرح است: **نظر اول** بر مبنای حکم حیازت است به این معنا که چیزی که مالکی ندارد اولین نفری که به آن می رسد و آن را حیازت می نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۶۰ ش، ۷۲/۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۳۰۴/۷) می تواند نسبت به آن مالک گردد؛ اما **نظر دومی** که در سال های اخیر با توجه به قوانین کشوری مطرح است این است که مالکیت زباله ها در انحصار شهرداری هاست. این دو نظر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۷۸

منشأ اختلاف بین شهرداری، افراد و شرکت‌های بخش خصوصی جمع‌آوری‌کننده پسماند شده است.

ادعای شهرداری این است:

«از آنجا که بخشی از هزینه‌های هنگفت مدیریت پسماند شهر در حوزه نظافت و پاکیزگی شهر از محل درآمد حاصل از قراردادهای جمع‌آوری پسماند خشک تأمین می‌شود، لازم است جهت بهبود کیفیت خدمات از ادامه جریان غیرقابل کنترل و غیرقانونی خرید، جمع‌آوری، حمل و بازیافت و تولید محصولات به روش غیراستاندارد جلوگیری شود» (fdn.ir/78783).

ادعای نهادهای خصوصی جمع‌آوری پسماند شهری این است که طبق ماده ۱۴۷ قانون مدنی «هرکس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیات کند، مالک آن می‌شود» همه شهروندان از حقوق مساوی در جمع‌آوری و استفاده از اموال بدون مالک برخوردار هستند و انحصار مالکیت پسماند، به عنوان یک نوع از اموال بدون مالک، برای شهرداری خلاف قوانین بالادستی کشور است؛ چرا که قوانینی مبنی بر مالکیت شهرداری یا انحصار انتفاع او در قانون ذکر نشده است بلکه در قانون تنها در مورد وظیفه جمع‌آوری، حمل و نقل، بازیافت و دفن سخن آمده است.

به این ترتیب، مشکل اصلی که این مقاله درصدد حل آن است، عبارت است از «تضاد بین قواعد کلی اسلام و قوانین بالادستی کشور مبنی بر تساوی حقوق مسلمین در حیات اموال بدون مالک و قوانین و سیاست‌های جدید شهری مبنی بر انحصار مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری»

برای پایان دادن به چالش میان نهادهای خصوصی و نهاد دولتی شهرداری باید بررسی شود، حالا که قانونی در مورد مالکیت یا انحصار انتفاع شهرداری وجود ندارد آیا می‌توان به روش فقهی، مالکیت یا انحصار انتفاع شهرداری را ثابت کرد یا نه؟ پس نقطه اصلی مشکل و مسئله اصلی مقاله عبارت است از «ادله شرعی انحصار مالکیت یا انتفاع شهرداری از پسماند جامد شهری».

البته ذکر این نکته نیز ضروری است که این نوشتار به دنبال بحث از مالکیت نسبت به تمام اقسام و انواع پسماند نیست و تنها مالکیت پسماند جامد خانگی

را تحلیل می‌کند؛ چرا که دعوای حقوقی بین بخش خصوصی و شهرداری بر سر پسماند مایع که در فاضلاب است و پسماند گازی شهری و کارخانه‌ای نیست. همچنین پسماند پزشکی، صنعتی و موارد باارزش در زباله‌های شهری مانند تکه طلا و مشابه این موارد که از مصادیق پسماند جامد خانگی محسوب نمی‌شوند، از محل بحث ما خارج بوده و به بحث درباره آن پرداخته نخواهد شد همان‌طور که برخی محققین در این مسئله نیز بدان اشاره کرده‌اند (نعمت‌اللهی، ۱۴۰۲، ۵).

برای حل این مسئله اصلی باید هفت مسئله فرعی را حل نمود، این مسائل عبارت‌اند از:

۱. گذاردن پسماند در سطل زباله یا کنار آن، ظهور در چه عمل حقوقی دارد؟ آیا مالک اولیه پسماند از آن اعراض کرده است؟
۲. آیا شهروندان هنگام اعراض از پسماند، اعراض را به قصد مالکیت یا اباحه تصرف شهرداری‌ها انجام می‌دهند؟
۳. آیا گذاشتن پسماند در سطل زباله، سبب حیازت مالک سطل زباله می‌شود؟
۴. آیا اشخاص دیگر غیر از مالک سطل زباله می‌توانند چیزی از محتویات آن را بردارند؟
۵. آیا جمع‌آوری پسماند مصداق حیازت است؟
۶. آیا شهرداری حق اولویت نسبت به حیازت پسماند دارد؟
۷. آیا شهرداری می‌تواند سایر مسلمین را از حیازت پسماند منع کند؟

صنعت بازیافت پسماند، یکی از صنایع مهم و سودآور است به همین جهت تدوین قوانین و تنظیم آئین‌نامه‌هایی پیرامون این صنعت برای استفاده از این فرصت اقتصادی و جلوگیری از چالش‌های جدی زیست‌محیطی آن بسیار ضروری و حیاتی است. یکی از اساسی‌ترین مبانی حقوقی این صنعت، تعیین مالکیت پسماند است. اگر پسماند به عنوان یک شیء بدون مالک در نظر گرفته شود، تنظیم آئین‌نامه مدیریت پسماند به سمت افراد و نهادهای غیردولتی برای جمع‌آوری و بازیافت حداکثری پسماند و نحوه تعیین مالیات بر این فعالیت اقتصادی پیش می‌رود؛ اما اگر پسماند

به عنوان یکی از اموال شهرداری تلقی شود، آئین نامه مدیریت پسماند به سمت تصدی شهرداری و مشارکت آن با بخش خصوصی برای بازیافت پسماند جامد شهری پیش خواهد رفت و در این صورت کسانی که از زباله ها، مواد پلاستیکی و غیره را جدا می کنند، محکوم شده و شهرداری می تواند جلوی آن ها را بگیرد.

مسئله مالکیت پسماند جامد شهری، از مسائل فقهی - حقوقی نوظهور در کشور ما محسوب می شود و آثار علمی زیادی پیرامون آن نگاشته نشده است. در متون فقهی و نیز ادبیات حقوقی کشورمان تحقیق مستقلی درباره مالکیت پسماند ملاحظه نمی شود. البته در لابه لای مسائل فقهی و حقوقی نکاتی که به این بحث ارتباط دارد، به چشم می خورد مانند مسئله اعراض و نیز مالیت و ملکیت داشتن مورد معامله که در این تحقیق به آن ها اشاره خواهد شد. با توجه به نکات فوق و خلأ موجود، در بررسی مالکیت پسماند، باید به فقه امامیه و قانون مدنی به عنوان منابع اصلی احراز مالکیت رجوع شود.

تنها یک اثر علمی فارسی در این رابطه وجود داشت که آن هم تنها اصل مالکیت زباله را مطرح کرده و به ادله انحصار مالکیت پسماند برای شهرداری نپرداخته است. این اثر، مقاله «بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد شهری»^۱ نگاشته دکتر اسماعیل نعمت اللهی است البته در کتاب «فقه مدیریت شهری»^۲ که به کوشش جمعی از نویسندگان تألیف گردیده این مسئله مطرح شده است؛ اما به طور مبسوط به حل آن نپرداخته است.

برای اثبات انحصار مالکیت شهرداری بر زباله های شهری یا منع قانونی و اثبات انحصار انتفاع شهرداری بر تصرف در آن ها، دو مسیر متصور است: اول مسئله اعراض^۱ و اباحه تصرف که مربوط به شهروندان است؛ دوم مسئله حيازت، حق اولویت و مالکیت بر سطل زباله که مربوط به شهرداری است. در هر کدام از این مسیرها این سؤال مطرح می شود که آیا می توان اثبات کرد که شهرداری مالک انحصاری زباله ها است؟ یا حداقل می توان اثبات کرد که در صورت اثبات انحصار

۱. مسئله اعراض یکی از مقدمات بحث حيازت است اما در یکی از صورت های اعراض می توان اثبات کرد نهادهای دیگر غیر شهرداری حق استفاده از پسماند را ندارند و حق استفاده از آن به صورت اختصاصی برای شهرداری است.

انتفاع شهرداری از نظر حقوقی، تصرف شرکت‌های خصوصی در زباله‌ها ممنوع است؟ در نتیجه روشن می‌شود که کدام مسیر واقع شده یا امکان وقوع دارد و می‌تواند در سیاست‌گذاری کلان جهت اثبات انحصار مالکیت شهرداری و قانونی نمودن این مسئله مورد استفاده قرار گیرد. البته راه سومی نیز برای اثبات این ادعا قابل فرض است و آن‌هم تمسک به قراردادهایی همچون عقد جعاله، اجاره، صلح، بیع سلم و تطبیق آن‌ها بر محل بحث است؛ اما از آنجا که بحث از آن قراردادها خود نیازمند نوشتاری مستقل است، در این نوشتار از آن‌ها بحثی به میان نیامده است.

۱. مسیرهای اثبات انحصار مالکیت یا انحصار انتفاع شهرداری بر پسماند

در این قسمت راه‌های فقهی اثبات انحصار مالکیت یا انتفاع شهرداری نسبت به پسماند جامد شهری بررسی خواهد شد، و هر کدام از این عناصر احتمالی مورد نقد و بررسی قرار خواهند گرفت.

۱/۱. قاعده اعراض

باینکه قاعده اعراض به صورت کلی از قواعد مسلم فقهی است؛ اما معمولاً در کتب فقهی به صورت مستقل مورد بحث قرار نگرفته است بلکه در لابه‌لای کلمات فقها و در ضمن مسائلی همچون بعض مسائل بیع (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۱/۲۴)، اجاره (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۰۷/۱۹)، صید و ذباحت (روحانی، ۱۴۳۵ق، ۱۹۶/۳۶)، دورریز خاک طلا و نقره (بحرانی، ۱۳۶۳، ۳۱۱/۱۹) و مسائلی از این دست و برای به دست آوردن حکم آن‌ها اشاره‌ای به این قاعده شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۸۰/۶) البته در برخی از این مسائلی که ذکر گردید حکمی با توجه به قاعده اعراض استنباط نشده و صرفاً به بحث اعراض اشاره شده است.

همان‌طور که بیان شد، اصل این قاعده به صورت کلی مورد پذیرش فقها بوده و در آن اشکالی وجود ندارد البته بررسی ادله دال بر این قاعده مانند روایاتی که ادعا شده است دلالت بر این قاعده دارند یا انعقاد سیره عقلا یا سیره متشرعه، ضروری است و باید مورد بررسی قرار گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲/۲۷۰؛ شیرازی، ۱۴۲۲ق، ۱۶۹) اما تحقیق در مورد آن از موضوع نوشتار پیش رو خارج است. آنچه به نوعی و در ظاهر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۸۲

مسئله می‌تواند ارتباطی به محل بحث داشته باشد، نتیجه این قاعده است؛ به این معنا که مفاد قاعده اعراض چیست که در خصوص آن، میان فقها اختلاف وجود دارد؛ عده‌ای بیان داشته‌اند که به مقتضای این قاعده به صرف اعراض از ملک، رابطه ملکیتی که میان مال و مالک برقرار بود از بین رفته و این مال بدون مالک گردیده است تا اینکه به سببی مانند حیازت کسی آن را به تملیک خود درآورد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۲/۱۹۷) اما عده‌ای دیگر از فقها بیان داشته‌اند که صرف اعراض موجب انقطاع ملکیت نخواهد بود بلکه اعراض صرفاً موجب اباحه تصرف در مالی است که اعراض نسبت به آن انجام شده است؛ بنابراین بعد از اعراض نیز رابطه ملکیت میان مالک (معرض) و مال وجود دارد و تنها چیزی که به وسیله اعراض محقق گردیده است امکان تصرف دیگران در مال است، امری که قبل از اعراض ممکن نبوده و تصرف در ملک غیر خوانده می‌شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۳۰/۴۶۱). در این بین عده‌ای اقوال دیگری نیز نقل کرده‌اند که در حقیقت تفصیل بین حالات مختلف در مسئله است اما به جهت عدم فراگیری آن اقوال و همچنین انحصار نتیجه آن اقوال میان همین دو قول، از ذکر آن‌ها خودداری می‌کنیم (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق، ۹۸۹).

توجه به این نکته ضروری است که اعراض عنوانی قصدی بوده و با عناوینی همچون مجهول‌المالک یا تالف عرفی متفاوت است و آن‌ها خارج از محل نزاع هستند؛ چراکه عرفاً و از حیث لغوی، قصد در تحقق مفهوم اعراض نهفته است (جزایری، ۱۴۱۶ق، ۱/۳۲۳؛ جوهری، بی‌تا، ۳/۱۰۸۴) البته این قصد صرفاً وابسته به قصد شخصی نیست، بلکه گاهی به حکم عرف نیز محقق می‌شود؛ توضیح آنکه در برخی از موارد اگرچه قصد شخصی بر اعراض وجود نداشته است اما با توجه به حالات و شرایطی که محقق بوده، عرف عنوان اعراض را محقق دیده است و ثمرات آن را مترتب می‌سازد (شیرازی، ۱۴۲۲ق، ۱۷۱؛ جزایری، ۱۴۱۶ق، ۱/۳۲۳).

۱/۱/۱. قاعده اعراض بر مبنای سقوط ملکیت

حال با توجه به این دو مبنا در تبیین مفاد قاعده اعراض؛ یعنی اسقاط مالکیت و صرف اباحه تصرف، می‌توان بیان داشت که طبق قول اول؛ یعنی جایی که اعراض موجب سقوط ملک باشد، مال اعراض شده از ملکیت مالک آن خارج شده و

از جمله اموال بدون مالک است و با حيازت قابل تملك است؛ بنابراین در این حالت، تمام افراد می‌توانند برای حيازت آن اقدام کنند و آن را به ملكيت خویش درآورند و در این زمینه فرقی میان شهرداری‌ها یا سایر شرکت‌ها و حتی افراد حقیقی و زباله‌گردها نیست، البته باینکه از ناحیه تصویری و ثبوتی ادعای اینکه اعراض به شرط حيازت گروهی خاص باشد، ممکن است اما این ادعا به جهت مخالفت با اجماع قابل التزام نیست؛^۱ توضیح آنکه ممکن است ادعا شود نتیجه اعراض در این حالت سقوط ملكيت است و اعراض نیز صرفاً یک نوع ایقاع بوده و از عقود نیست؛ بنابراین مالک می‌تواند بگوید که اگر فلان شرکت خاص یا فلان فرد خاص این مال را حيازت نمود، من از آن اعراض می‌کنم به این صورت که حيازت شرکت یا شخص خاص، کاشف از اعراض مالک باشد ولو به صورت ملكيت لحظه‌ای یا به نحو شرط متأخر؛ یعنی شرط تحقق اعراض و خروج مال از ملكيت مالک آن، حيازت شرکت یا شخص خاص باشد (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۵۹/۱). برخی از فقها این بحث اعراض، به قصدی خاص را در مسائل دیگر فقهی تصویر کرده‌اند و به نظر می‌رسد که آن تصویر در محل بحث نیز جاری باشد (حاتری یزدی، ۱۴۱۸ق، ۷۳۰). در این حالت می‌شود تصور نمود که صرفاً یک شرکت یا شخص خاص توان به ملكيت درآوردن مال اعراض شده را دارا هست و برای بقیه شرکت‌ها یا اشخاص چنین امکانی وجود ندارد.

این ادعا از دو جهت دارای اشکال است:

اول اینکه از ناحیه کبروی دارای اشکال است؛ چون اعراض از ایقاعات است و اجماع بر عدم جواز تعلیق در ایقاع وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۰۶/۳۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۵۱/۳۷). تصویر محل بحث چه به نحو کاشف شرعی و چه به نحو شرط متأخر، ثبوتاً از نوع ایقاع معلق است البته اگر دلیل دال بر عدم صحت تعلیق در ایقاع صرفاً اجماع باشد، می‌توان ادعا نمود که اجماع، دلیل لبی است و باید به قدر متیقن آن تمسک نمود و قدر متیقن این اجماع نیز عدم صحت «طلاق معلق»

۱. این مطلب به این جهت است که اعراض از انواع ایقاعات بوده و بنا بر اجماع ادعایی در مسئله که در ادامه مورد بررسی قرار گرفته است، تعلیق در ایقاعات جایز نیست. ر.ک: (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۰۶/۳۳).

است و ربطی به اعراض محل بحث ندارد (نجفی، ۱۳۸۷، ۲۸۶/۸). همچنین در عتق و تدبیر، عده‌ای ادعا کرده‌اند که تعلیق در ایقاع صورت گرفته است و این مطلب خود می‌تواند شاهدی بر عدم بطلان تعلیق در ایقاع یا حداقل عدم وجود دلیلی بر بطلان تعلیق در عقود به صورت کلی باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۵۲/۳۷).

دوم اینکه حتی اگر اشکال کبروی در محل بحث وجود نداشته باشد بازهم از ناحیه صغرا این مطلب صحیح نیست یا حداقل قابل اثبات نیست؛ زیرا عرفاً هنگام اعراض از پسماند قصد شخص یا شرکت خاصی نمی‌شود و صرفاً به صورت مطلق قصد اعراض صورت می‌گیرد. این مطلب با نگاه به صرف اعراض از پسماند با توجه به ادراکات وجدانی ثابت می‌شود، اگر هم گفته شود که صرف گذاشتن زباله در مکان مخصوص باعث احراز قصد شهرداری شده است، باید بیان شود که این قرینه به خودی خود موجب احراز چنین مطلبی نیست و توضیح آن در ادامه خواهد آمد. اگر هم شک شود که عرف چنین قصدی نموده است یا خیر؛ یعنی آیا اعراض او از پسماند به قصد تملیک شهرداری بوده است یا خیر؟ بازهم امکان اثبات انحصار مالکیت یا انحصار حق انتفاع شهرداری از پسماند وجود ندارد؛ زیرا اصل استصحاب، حکم به عدم دخل چنین قصدی در اعراض می‌نماید؛ زیرا واضح است که وقتی اعراض وجود نداشته، چنین قصدی نیز وجود نداشته است و حال که اعراض محقق شده است، شک در تحقق چنین قصدی داریم و به مقتضای استصحاب حکم به عدم وجود این قصد می‌شود.

البته لازم به ذکر است که اگر تعلیق در ایقاعات را مطلقاً جایز بدانیم یا حداقل تعلیق در ایقاع را با توجه به مطالبی که ذکر شد، در محل بحث که اعراض است موجب بطلان ایقاع ندانیم و از طرف دیگر قصد تملیک شهرداری را نیز به نحوی و مثلاً با توجه به قرینه‌ای خاص یا ارتکاز موجود در بین شهروندان منطقه‌ای خاص احراز نماییم، اعراض می‌تواند انحصار انتفاع شهرداری نسبت به پسماند را ثابت نماید؛ اما این راه در نتیجه، مالکیت شهرداری نسبت به پسماند را به تنهایی ثابت نمی‌کند ولی صرف انحصار انتفاع شهرداری نیز برای ترتب ثمرات کفایت می‌نماید. در این حالت شهرداری می‌تواند با حیازت پسماند، مالکیت خود را نسبت به آن نیز به دست آورد.

۱/۱/۲. قاعده اعراض بر مبنای مجاز شدن تصرف

طبق مبنای دوم؛ یعنی درجایی که اعراض صرفاً موجب اباحه تصرف باشد، مال اعراض شده توسط اشخاص مختلف قابل حیات است در این حالت مال در صورتی به ملکیت حائز درآمده و به او منتقل می شود که تصرفی در آن صورت بگیرد به گونه ای که امکان بازگشت آن نباشد یا اینکه تصرف ناقله در آن رخ دهد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۳۰/۴۶۲)؛ مثلاً باز یافت پسماند که یکی از تصرفاتی است که معمولاً بعد از حیات در جوامع فعلی اتفاق می افتد و از این قبیل تصرفات که موجب انتقال ملکیت است؛ چرا که امکان رجوع مال به معرض را از بین می برد. در هر صورت طبق این مبنا این مطلب که در هنگام اعراض قصد اباحه تصرف به شرکت یا شخصی خاص صورت گرفته باشد، قابل درک تر نسبت به حالت قبل است و اشکال کبروی که در آن حالت مبنی بر عدم جواز تعلیق در ایقاعات مطرح شد در این حالت مطرح نمی شود و نظایر آن در فقه موجود است مانند «نثار عرس» که صرفاً برای حاضرین و مدعوین به عروسی اباحه تصرف دارد (شهید ثانی، ۴۱۲ق، ۲/۶۵) یا حتی می توان «اکل ماره» را نیز تنظیری برای این بحث دانست؛ چرا که حق الماره نیز در حقیقت صرفاً نسبت به عبور کننده و آن هم برای اکل او به میزان عرفی وجود دارد و از آنجاکه او حتی به میزان بسیار کمی از آن را نمی تواند بفروشد، می توان ادعا کرد که اباحه تصرف صرفاً برای او بوده است؛ لذا نمی تواند برای دیگران نیز ببرد (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ۱/۳۰۷). بنابراین اگر کسی قصد اباحه تصرف نسبت به شرکت یا شخصی خاص را نمود، در این حالت فقط شخص مورد نظر قابلیت تصرف و سپس تملک مال اعراض شده را دارد و حتی در صورت تصرف دیگری در مال اعراض شده امکان مطالبه حق و حقوق از او وجود خواهد داشت.

طبق مطالب گفته شده، ممکن است این ادعا به ذهن برسد که در بحث پسماند با توجه به اینکه غالب یا همه مردم ملتزم هستند که پسماند خود را مشخصاً به داخل سطل زباله که متعلق به شهرداری ها بوده و از طرف آن ها جای گذاری گردیده است، بیندازند؛ بنابراین کشف می شود که آن ها صرفاً قصد اباحه تصرف در پسماند خود را نسبت به شهرداری ها داشته اند و این جهت می توان برای شهرداری مالکیت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۱۸۶

پسماند را بعد از تصرفش در پسماند، ثابت دانست؛ اما این مطلب صرفاً یک ادعا بوده و اگرچه که از ناحیه تصویری و ثبوتی صحیح است اما در ناحیه اثباتی پشتیبانی نمی‌شود؛ چرا که با توجه به شرایط موجود در فضای اجتماع، عملاً کشف چنین قصدی ممکن نخواهد بود؛ زیرا اگرچه غالباً پسماند به داخل سطل زباله‌ای که از جانب شهرداری تعبیه شده است ریخته می‌شود؛ اما با توجه به اینکه معمولاً تنها سطل موجود، همین سطل از جانب شهرداری‌ها بوده و تخییری بین سطل زباله و محل تعبیه شده دیگری وجود ندارد؛ پس صرف انتقال پسماند به سطل زباله، کشف از قصد اباحه تصرف خاص نسبت به شهرداری‌ها یا شرکت خاصی نمی‌کند بلکه حتی اگر فرض شود که در ابتدای یک کوچه طولانی سطل زباله‌ای متعلق به شرکت خصوصی قرار دارد و در انتهای آن سطل زباله‌ای متعلق به شهرداری است، در این حالت نیز اگر فردی که ساکن در منازل انتهایی کوچه است پسماند خود را به داخل سطل تعبیه شده توسط شهرداری انداخت در این حالت نیز عمل او کاشف از قصد اباحه خاص او نسبت به شهرداری نیست، همان‌طور که اگر شخصی که در منازل ابتدایی کوچه سکونت دارد پسماند خود را داخل سطل تعبیه شده توسط شرکت خصوصی انداخت، عمل او نیز کشف از اباحه تصرف نسبت به شرکت خاص ندارد؛ چرا که در هر دو حالت ممکن است علت انتقال پسماند به سطل زباله، صرف راحتی و سهل‌گرایی باشد و نه قصد اباحه تصرف به نسبت شخصی خاص، البته اگر در موردی خاص چنین قصدی از ناحیه شهروندان مبنی بر قصد خاص شهرداری احراز شد، بحثی در آن وجود ندارد اما ادعا این است که چنین قصدی به صورت عام و کلی قابل احراز نیست.

۲.۱. اباحه تصرف

وجه دیگری که می‌توان در محل بحث تصویر نمود، اباحه تصرف به صورت خاص است، به این صورت که اگر شهروندان پسماندهای خود را برای شهرداری اباحه تصرف نمایند، در این حالت نیز انحصار انتفاع شهرداری و منع قانونی دیگران از انتفاع پسماند قابل اثبات است. در این حالت اساساً شهروندان بدون قصد اعراض،

صرفاً پسماند را برای شهرداری اباحه تصرف نموده‌اند. عده‌ای از فقها مواردی همچون «سرو غذا در مهمانی‌های عمومی» را از این قبیل دانسته‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۱/۴۷).

بنابراین آنچه در این مقام از مباحث مطرح شده از قاعده اعراض و اباحه تصرف به دست می‌آید این است که از ناحیه صغرا امکان اثبات انحصار مالکیت شهرداری نسبت به پسماند وجود ندارد؛ چرا که تحقق قصد اباحه خاص برای شهرداری ممکن نیست، هرچند که در صورت احراز صغرا، مسئله در بعض صور از حیث کبروی نیز اختلافی است. البته بدیهی است که در صورت احراز صغرا؛ یعنی قصد شهرداری در مسئله و عدم پذیرش اشکال کبروی در مقام، می‌توان از این راه نیز برای اثبات مدعا بهره برد.

آنچه از مجموع مطالب مطرح شده در بحث اعراض و اباحه تصرف ثابت شد، این است که به عنوان مسیر مستقل نمی‌توان برای اثبات مالکیت شهرداری نسبت به پسماند از این راه استفاده کرد؛ اما انحصار انتفاع شهرداری از پسماند را می‌توان در صورت احراز قصد اعراض نسبت به شهرداری که به آن‌ها اشاره شد، اثبات نمود. از آنجاکه بسیاری از آثار مدنظر مثل جواز باز یافت برای شهرداری و عدم جواز آن برای دیگران بر اثبات همین انحصار انتفاع نیز مترتب خواهد بود، اثبات همین مطلب نیز در محل بحث کافی است.

نکته دیگری که باید بدان اشاره نمود این است که حتی در صورت عدم استدلال به این راه به صورت مستقل، باز هم این راه می‌تواند به منزله صغرا نسبت به راه دوم باشد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۸۸

۲. حیازت، حق اولویت و مالکیت بر سطل زباله

هر سه عنوان مذکور در این بخش، می‌تواند به سان راهی مستقل از جانب شهرداری عمل کرده و انحصار مالکیت و یا انتفاع پسماند را به همراه داشته باشند، بنابراین بر خلاف مسئله اعراض و اباحه تصرف که شهروندان نقش اساسی در مسئله را ایفاء می‌کردند، در این بخش شهرداری است که می‌تواند ایفای نقش داشته باشد.

۲/۱. حيازت

معناى لغوى حيازت «به دست آوردن چيزى» است (بستاني، ۱۳۷۵، ۳۱۳؛ جوهرى، بى تا، ۸۷۵/۳). تعريف اصطلاحى آن برگرفته از معناى لغوى اش است؛ يعنى استيلا و سيطره عرفى بر چيزى كه در ملك كسى نباشد (مصطفوى، ۱۴۲۱ق، ۲۸۰/۱). فقها حيازت را سبب ملكيت مى دانند؛ يعنى كسى كه حيازت انجام دهد مالك شىء حيازت شده مى شود (مصطفوى، ۱۴۲۱ق، ۲۸۰/۱).

نكته اى كه ذكر آن ضرورى به نظر مى رسد اين است كه براى جلوگيرى از خلط بين مفاهيم، بايد مفهوم حيازت از مفاهيم مشابه جدا سازى شود. از جمله مفاهيم مشابه، حق اولويت است و تفاوت بين اين دو مفهوم چنين است كه حيازت سبب ملكيت است اما حق اولويت ملكيت نمى آورد (نجفى، ۱۴۰۴ق، ۵۸/۳۸؛ شهيد ثانى، ۱۴۱۲ق، ۲۷۵/۲). ادله اى كه براى حجيت قاعده حيازت اقامه شده، روايات (حرّ عاملى، ۱۴۰۹ق، ۲۹۷/۱۵) و سيره عقلا است (مصطفوى، ۱۴۲۱ق، ۲۸۱/۱).

براى تعيين گستره حيازت به منظور تعيين حالات و شرايط حصول ملكيت حاصل از حيازت بايد چهار حيطه موردبررسى قرار گيرد: اولين حيطه بررسى شريطيت قصد است به اين معنا كه آيا قصد در تحقق مالكيت به واسطه حيازت دخيل است يا خير؟ سپس در مرحله دوم بايد به مانعيت عامل منع رقبا در جلوگيرى از ايجاد ملكيت پرداخت؛ زيرا ممكن است گفته شود كه مالكيت حاصله از حيازت صرفاً درجايى است كه منعى از ديگران براى حيازت صورت نگرفته باشد. در وهله سوم بايد به شريطيت اخذ مباشرى مال محاز رسيدگى شود و در آخرين بخش بايد بررسى شود كه آيا اجير گرفتن براى حصول ملكيت به واسطه حيازت صحيح است يا خير؟ بعد از بررسى همه اين موارد نتيجه حاصله بايد بر بحث پسماند تطبيق گردد.

۲/۱/۱. شريطيت قصد

با توجه به نظرات فقها قصد حيازت، براى تحقق آثار شرعى آن شرط است (مصطفوى، ۱۴۲۱ق، ۲۸۳/۱؛ شهيد ثانى، ۱۴۰۲ق، ۳۵۳/۱). همچنين از نظر حقوقى هم، برخى از حقوقدانان (جعفرى لنگرودى، ۱۴۰۱ش، ۱۷۸۱/۳) چنين نظرى دارند؛ بنابراين حيازت اگر به صورت اتفاقى رخ دهد موجب مالكيت نخواهد بود.

۲/۱/۲. مانعیت منع از رقبا

آیا اگر شخص برای حیازت کردن مانع دیگران شود، به طوری که اگر مانع نمی شد دیگران نیز می توانستند حیازت نمایند، بازهم این شخص با حیازت مالک می شود؟ یا اینکه مالک شدن با حیازت در صورتی محقق می شود که معنی از حیازت دیگران صورت نگرفته باشد؟

در اینجا هر دو صورت قائل دارد و طبق هر دو صورت شخص از ناحیه حکم تکلیفی گناه کار خواهد بود؛ اما طبق یک صورت؛ یعنی صورتی که حتی در حالت منع دیگران از حیازت، حیازت شخص باعث تحقق ملکیت او باشد، هر چند که از ناحیه حکم تکلیفی گناه صورت گرفته است اما این مسئله خللی به حکم وضعی مسئله که همان تحقق ملکیت است، وارد نکرده و شخص با اینکه دیگران را از حیازت منع کرده است، بازهم به صرف حیازت مالک خواهد شد. قائلین به این نظریه فقهایی همچون محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۷، ۴۰۷/۱)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۲/۲۲۳) و شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۰۲ق، ۱/۳۵۳) هستند.

وجه دیگر عدم ملکیت است (بحرانی، ۱۳۶۳ش، ۴/۳۹۷). برای اثبات این وجه می توان بیان داشت که اگر دلیل بر حیازت فقط سیره عقلا باشد، شمول آن نسبت به مقام مشکوک است و در فرض عدم احراز دلیل آثار حیازت مترتب نخواهد شد. همچنین استصحاب عدم ملکیت نیز اثبات می کند که حائز جواز تصرف در مال را ندارد. اگر دلیل بر حیازت روایات باشد، در این حالت ممکن است اطلاق ادله شامل فرض مذکور نیز باشد. ممکن است ادعا شود که سیره عقلا بر عدم مملک بودن حیازت در فرض مانع شدن از دیگران وجود دارد و این سیره می تواند باعث عدم شکل گیری اطلاق ادله لفظی و شمول آن نسبت به مقام شود؛ در نتیجه در این حیطة دو وجه متصور بود که مسئله پسماند طبق دو فرض مطرح خواهد شد.

۲/۱/۳. شرطیت اخذ مباشری

آیا صحت حیازت متوقف بر اخذ مباشری و بدون واسطه ابزار است یا اینکه اگر ابزاری را تعبیه کند که با آن بتواند حیازت کند، بازهم حیازت صحیح است؟ مثلاً اگر شخصی توری را پهن کند تا حیوانی را شکار کند، آیا صرف گیر افتادن حیوان

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۱۹۰

در تله، حيازت است يا براي صدق حيازت و ترتيب آثار شرعي آن، صياد بعد از گير افتادن حيوان در تله، خود بايد قاصدانه حيازت را انجام دهد؟
بر اساس نظر فقها براي تحقق حيازت لازم نيست كه شخص خودش به صورت مباشري مالي را كه مانند حيوان در تله افتاده اخذ كند بلكه اگر ابزاري را براي اخذ قرار دهد، اين ابزار خود موجب تحقق حيازت و مالك شدن او مي شود (فيض كاشاني، بي تا، ۳/۳۶). حقوقدانان نيز چنين نظري دارند (جعفري لنگرودي، ۱۴۰۱ش، ۳/۱۷۸۱). بازتاب اين نظر در ماده ۱۴۶ قانون مدني وجود دارد و چنين آمده است كه حيازت را به مهيا كردن وسايل تصرف و استيلا هم محقق مي داند.

۲/۱/۴. بررسي صحت اجير گرفتن براي حيازت ماجر

آيا مي توان كسي را اجير نمود تا براي ماجر حيازت كند؟ در اين رابطه در بين فقها سه قول مطرح است: برخي فقها قائل اند كه نمي توان با اجير كردن حيازت نمود و اگر هم در اين حالت توسط اجير حيازتي رخ دهد، شيء حيازت شده براي حائز است نه براي ماجر (حلي، ۱۴۰۵ق، ۳۱۳). برخي همچون محقق حلي (محقق حلي، ۱۴۰۸ق، ۱۰۹/۲) و شهيد صدر (شهيد صدر، ۱۴۱۷ق، ۸۶۵) تفصيل داده اند به اين صورت كه اگر حائز نيت كند كه براي ماجر حيازت كند، مالك، ماجر خواهد بود ولي اگر نيت نكند، مالك خود حائز خواهد بود. برخي فقها هم مطلقاً اجير كردن براي حيازت را جايز و نافذ مي دانند (گرامي، ۱۴۱۵ق، ۴/۳۰۰).

۲/۱/۵. تطبيق بر مسئله پسماند

همان طور كه در مسئله شرطيت «اخذ مباشر» آمد، اگر سطل زباله ابزاري براي حيازت شهرداري باشد كه در خيابان ها گذاشته شده است تا زباله هاي اعراض شده توسط شهروندان را حيازت كند، حيازت صحيح است و به ملكيت شهرداري درخواهد آمد. البته بايد به اين نكته نيز التفات داشت كه طبق مسئله شرطيت «قصد» كه در گستره قاعده حيازت به بررسي آن پرداخته شد، بايد شهرداري هنگام جايگذاري سطل زباله قصد حيازت را داشته باشد. سؤالي كه مطرح مي شود اين است كه اگر شهرداري مانع ساير شركت هاي خصوصي شود و نگذارد كه آنها هم سطل زباله اي را تعبيه كنند تا زباله هاي اعراض شده شهروندان را حيازت كنند، اين مانعيت،

مانع صحت حيازت شهرداری می‌شود یا اینکه دخلی در تحقق مالکیت ندارد؟ در صورتی که پاسخ به مسئله مانعیت منع رقبا در بخش گستره قاعده حيازت این باشد که منع دیگران مانع صحت حيازت نیست، طبیعتاً این مانعیت شهرداری باعث فساد حيازت نمی‌شود و حيازت او صحیح خواهد بود؛ هر چند که ممکن است گفته شود در صورتی که فعلی از ناحیه تکلیفی گناه باشد، نباید در قانون آورده شود؛ بنابراین طبق این اشکال هر چند شهرداری مالک می‌شود اما چون فعل او گناه است، قانونی نیست و نباید منع از دیگران کند؛ اما در صورتی که وجه دیگر پذیرفته شود، علاوه بر اینکه فعل گناه است، خود حيازت نیز فاسد است و شهرداری به صرف قرار دادن سطل زباله مالک زباله نمی‌شود.

با مداخله دادن یک عنصر دیگر در مسئله می‌توان حتی در فرضی که منع دیگران مانع صحت حيازت شود مالکیت شهرداری را به وسیله حيازت ثابت نمود، به این بیان که اگر شهرداری را متولی تصرف یا مالک خیابان‌ها و سایر مکان‌های عمومی بدانیم، همان‌طور که در قانون اساسی^۱ و قانون شهرداری^۲ آمده است، در این صورت عنوان ممنوعیت دیگران برای حيازت کردن صدق نمی‌کند بلکه شهرداری وکیل یا مالک است و می‌تواند خودش قوانینی را نسبت به مال تحت وکالت یا مملوک خود ایجاد کند و از جمله این قوانین می‌تواند عدم جواز نصب سطل زباله یا عدم جواز برداشتن زباله از سطل زباله شهرداری باشد؛ بنابراین حيازت شهرداری فاسد نخواهد بود؛ چرا که در حقیقت از حيازت کردن دیگران منع نکرده، بلکه از تصرف دیگران در مال تحت سلطه‌اش منع کرده است و اجازه چنین حقی را دارد. طبیعتاً در صورتی که وکیل یا مالک بودن شهرداری ثابت نشود این عنصر (مالکیت شهرداری) کاربردی ندارد و همان دو مبنا در بحث قبل پابرجا خواهند بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۹۲

۱. قانون اساسی، اصل ۴۵: همه ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی نهاده شده تا بر پایه مصالح، درباره آن‌ها تصمیم گرفته شود.

۲. تبصره «۶» ماده (۹۶) قانون شهرداری (مصوب ۱۳۳۴) و اصلاحیه مصوب ۱۳۴۵ آن: کلیه اراضی معابر عمومی، باغ‌ها، درخت‌ها، رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضل آب که در محدوده هر شهر واقع شده است و مورد استفاده عموم قرار می‌گیرد ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است.

ممکن است اشکال شود که شهرداری وکیل شده است تا مصالح عمومی را در نظر بگیرد یا مالکیت او در حدی نافذ است که مصلحت عمومی را در نظر گرفته باشد. اگر این مطلب صحیح باشد در نظر گرفتن مصلحت عمومی جامعه برای مالک شدن زباله به عهده شهردار است؛ اما اگر مصلحت عمومی تحصیل شد می تواند چنین تصرفی را انجام داد و از این ناحیه مشکلی وجود نخواهد داشت. همان طور که گفته شد در صورتی که شهرداری مانع سایر شرکت های خصوصی نشود و آن ها هم بتوانند سطل زباله نصب کنند، در این صورت چه شهرداری مالک و متولی باشد و چه نباشد حيازت او به وسیله سطل زباله ای که خودش نصب کرده، صحیح است و مالکیت او در این حالت هیچ منعی نخواهد داشت. در این حالت اگر زباله داخل سطل های شرکت های دیگر ریخته شود، امکان اثبات انحصار مالکیت و انتفاع از پسماند برای شهرداری قابل اثبات نیست؛ چرا که دیگر شرکت ها نیز با نصب سطل زباله اقدام به حيازت زباله نموده اند.

۲/۲. حق اولویت

اگر در مسئله شرطیت اخذ مباشر، مباشری بودن اخذ، لازم باشد و سطل زباله موجب حيازت دانسته نشود، می توان مسئله را به این شکل تصویر کرد که سطل زباله که ملک شهرداری است هر چند منجر به حيازت نمی شود؛ اما ممکن است برای شهرداری حق اولویت ایجاد کند و باید صور آن هم بررسی شود.

صور آن همانند مسئله حيازت است؛ یعنی اگر شهرداری مانع دیگران نشود و آن ها هم بتوانند سطل زباله نصب کنند در این صورت سطل زباله ای که شهرداری قرار داده است منجر به ایجاد حق اولویت برای او می شود؛ اما در صورتی که دیگران را از نصب سطل زباله منع کند ممکن است همان دو وجه مسئله حيازت، در مسئله حق اولویت هم فرض شود؛ به این صورت که اگر منع دیگران هر چند که گناه است مانع ایجاد حق اولویت نشود، در این صورت برای شهرداری حق اولویت ایجاد می شود، مگر اینکه فعل گناه امکان قانونی شدن را نداشته باشد؛ اما در صورتی که منع دیگران علاوه بر گناه بودن، مانع ایجاد حق شود، اگر شهرداری را وکیل یا مالک

بدانیم منع دیگران علاوه بر اینکه گناه نیست، مانع ایجاد حق هم نمی شود البته باید منع شهرداری بر اساس مصالح عمومی باشد و طبیعتاً اگر شهرداری وکیل یا مالک نباشد، منع دیگران مانع ایجاد حق اولویت برای او است.

در اینجا سؤالی مطرح می شود که به وجود آمدن حق اولویت چه فایده ای برای شهرداری دارد؟ همان طور که در تفاوت بین حيازت و حق اولویت گفته شد، حق اولویت باعث ملکیت نمی شود در نتیجه شهرداری مالک زباله نمی شود. تنها چیزی که ممکن است گفته شود، این است که حق اولویت داشتن شهرداری هر چند که باعث مالکیت او نمی شود اما مانع می شود که دیگران زباله را اخذ کنند؛ توضیح مسئله چنین است که در این مسئله دو قول بین فقها وجود دارد: یک قول قائل به صحت حيازت از ناحیه وضعی توسط شخص یا شرکت ممنوع شده است و قول دیگر قائل به فساد چنین حيازتی است (بحرانی، ۱۳۶۳ ش، ۴/۳۹۷). طبق هر دو قول شخص آخذ که غیر از شهرداری است، به واسطه از بین بردن حق اولویت دیگران از ناحیه تکلیفی مرتکب گناه شده است ولی طبق قول اول هر چند که گناه کرده است اما از آنجا که حق اولویت باعث ملکیت نمی شود، اگر دیگری مالی را اخذ کند مالک آن می شود و طبق قول دوم همین که از تصرف درجایی که دیگری حق اولویت دارد نهی تحریمی شده است، نشان می دهد که در صورت تصرف مالک نمی شود. در این حالت می توان ادعا داشت که وجود حق اولویت برای دیگری، مستلزم این است که تصرف دیگری به قصد مالکیت منوط به اسقاط حق اولویت شخص اول باشد و در فرضی که حق اولویت شخص اول ثابت باشد، تصرف و حيازت شخص ممنوع شده بدون اثر خواهد بود؛ زیرا تأثیر بخشی تصرفات او، مشروط به شرطی است که محقق نشده است.

بنابراین ثمره حق اولویت داشتن شهرداری چنین است که می تواند قانونی را وضع کند؛ چرا که اخذ دیگران در صورتی که حق اولویت داشته باشد گناه است و حتی طبق یک قول در مسئله، شخص یا شرکتی که حق اولویت دیگری را نادیده انگاشته است علاوه بر ارتکاب گناه، مالک هم نمی شود (بحرانی، ۱۳۶۳ ش، ۴/۳۹۷). واضح است از آنجا که طبق هر دو قول تصرف شخص دیگر حرام است، شهرداری

می‌تواند با تمسک به همین نکته، قانونی وضع کند و انحصار انتفاع خود از پسماند را اثبات نماید؛ زیرا برای جلوگیری از تحقق فعل حرام در جامعه و به جهت رعایت مصالح می‌توان قوانینی را وضع نمود و با توجه به مطالبی که بیان شد، این قانون در حقیقت چنین نقشی را ایفاء خواهد نمود؛ زیرا وقتی که جواز انتفاع از زباله صرفاً برای شهرداری ثابت باشد، دیگر کسی رغبت به تصرف در زباله که فعلی محرم است، ندارد و از این جهت جلوگیری از تحقق فعل حرام به واسطه وضع چنین قانونی صورت پذیرفته است.

باید توجه شود که اگر شهرداری وکیل یا مالک خیابان دانسته شود حتی اگر زباله در سطل زباله انداخته نشود و در خیابان باشد، باز هم شهرداری، در صورتی که حق اولویت برای شهرداری تصویر شود، حق اولویت نسبت به آن زباله را خواهد داشت؛ اما همان‌طور که گفته شد، داشتن حق اولویت باعث مالک شدن نمی‌شود و شهرداری باید زباله‌ها را در نهایت حیازت کند تا مالک شود. نحوه حیازت کردن شهرداری، با اجیر کردن دیگران برای حیازت کردن است و باید مسئله صحت اجیر کردن که در گستره قاعده حیازت بیان شد، در مباحث بعدی مطرح گردد.

۲/۳. مالکیت بر سطل زباله

اگر نصب سطل زباله نه تنها باعث حیازت نشود بلکه حق اولویتی را هم برای شهرداری ایجاد نکند، صرف اینکه در اختیار شهرداری است چه به نحو متولی در تصرف و چه به نحو ملکیت، شهرداری می‌تواند قوانینی را برای آن تصویب کند و از جمله قوانین، این باشد که اجازه تصرف و برداشتن زباله از سطل زباله تعبیه شده را ندهد و همچنین اگر زباله در خیابان‌ها قرار گرفته باشد اجازه برداشتن آن را ندهد. البته، همان‌طور که گفته شد، مصلحت عمومی باید اقتضاء تصویب چنین قانونی را داشته باشد. طبق این فرض هم در نهایت شهرداری برای مالک شدن باید از طریق حیازت راه را پیش ببرد و در غیر این صورت زباله‌ها بی‌مالک خواهند بود و در این فرض هم باید مسئله صحت اجیر کردن مطرح و بررسی شود.

طبق فرض دوم و سوم؛ یعنی جایی که سطل زباله صرفاً باعث ایجاد حق اولویت

برای شهرداری باشد یا اینکه سطل زباله حتی حق اولییتی نیز برای شهرداری ایجاد نکند؛ اما اجازه تصرف غیر در سطل زباله‌ای که شهرداری قرار داده است، وجود نداشته باشد شهرداری باید زباله‌ها را حیازت کند تا مالک شود و شهردار برای حیازت کردن افرادی را اجیر و به عبارتی استخدام می‌کند، حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا شهرداری می‌تواند با اجیر کردن افراد مالک زباله شود؟

با توجه به مسئله صحت اجیر کردن که در بخش گستره قاعده حیازت به آن اشاره شد در صورت صحت اجیر کردن مطلقاً یا به شرط نیت موجد، شهرداری می‌تواند با اجیر کردن افرادی، زباله‌ها را به ملکیت خود در بیاورد؛ اما اگر اجیر کردن در حیازت صحیح نباشد، شهرداری مالک نخواهد شد.

اگر در ادله سابق مناقشه شود و ادعا شود که با قواعد فقه فردی نمی‌توان مالکیت یا انحصار انتفاع شهرداری را ثابت کرد، این سؤال پیش می‌آید که از منظر فقه حکومتی آیا می‌توان این چالش را حل نمود؟ و در صورت تعارض بین فقه فردی و فقه حکومتی کدام مقدم است؟ در ابتدا باید تعریف مختار از فقه حکومتی ارائه و سپس در مورد تطبیق آن بر مسئله بحث شود.

فقه حکومتی را چنین تعریف می‌کنند که از منظر فقه حکومتی، فقیه دو استنباط دارد؛ استنباط اول چنین است که فقیه با رویکرد حکومتی و نگاه اجتماعی به مسائل نگاه کرده و خودش را جای حاکم اسلامی قرار دهد و استنباط دوم، نظر فقیه به اجرا و عملیاتی سازی این احکام است (علیدوست، ۱۳۹۵، ۲).

در رویکرد حکومتی باید مصالح حکومت هم دیده شود؛ لذا ولو از جهت فقه فردی نتوان اثبات مالکیت یا انحصار انتفاع برای شهرداری کرد؛ اما ممکن است گفته شود که اگر اثبات نشود، مصالح حکومت نیز تأمین نمی‌شود درحالی که رعایت مصلحت حکومت لازم است؛ پس شاید بتوان به عنوان یک حکم حکومتی، مطلوب را ثابت کرد.

بنابراین ممکن است بین حکم فقه فردی و حکم فقه حکومتی اختلاف باشد و بین آن دو تعارض رخ دهد که در این صورت فقیه مسلط بر ملاکات و مصالح باید رفع تعارض کند. همان‌طور که رهبر کبیر انقلاب امام خمینی رحمته الله علیه در برخی موارد

مصلحت حکومت را مقدم دانسته و چنین فرموده‌اند:

«حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و یا غیرعبادی است که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند.» (امام خمینی، ۱۳۷۸ ش، ۴۵۲/۲۰).

مسئله نیاز به تحقیق بیشتری دارد؛ زیرا از مسائلی است که تزامن در آن بسیار پررنگ است و باید فقهی که مسلط بر ملاکات و اهم و مهم است نظر بدهد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحثی که مطرح شد، اعراض و اباحه تصرف نمی‌تواند سبب مالکیت انحصاری شهرداری یا حتی منع قانونی شرکت‌های خصوصی بشود، مگر اینکه در مسئله اعراض یا خود اباحه تصرف، شهروند قصد شهرداری را کند که چنین قصدی قابل احراز نیست؛ اما در صورت احراز چنین قصدی و حل اشکال کبروی تعلیق در ایقاعات، می‌توان از این راه به‌تنهایی جهت اثبات انحصار انتفاع شهرداری از پسماند و منع قانونی سایرین بهره برد.

در مسئله حيازت، حق اولويت و ملکیت، در هر صورتی از آن که مطرح شد و از ناحیه فقهی صحیح بود، می‌توان انحصار مالکیت شهرداری را اثبات نمود البته با رعایت این شرط که شهرداری با نصب سطل زباله قصد حيازت کرده باشد و در فرض متولی بودن یا مالک بودن شهرداری نسبت به زمین‌ها و مکان‌های عمومی، قانونی را جهت منع تصرف شرکت خصوصی وضع کرده باشد. حتی اگر شهرداری مالک یا متولی مکان‌های عمومی نباشد، باز هم می‌توان با منع دیگران، انحصار مالکیت خود را طبق یک قول موجود در مسئله اثبات نماید. البته در این حالت به جهت وقوع اثم از ناحیه شهرداری امکان قانونی کردن مسئله از ناحیه حکم اولی وجود ندارد؛ زیرا قانون حاکم بر جامعه اسلامی نمی‌تواند مروج معصیت باشد.

در صورتی که مطالب ارائه شده از منظر فقه فردی مورد مناقشه قرار بگیرد، فقیه مسلط بر ملاکات می تواند با رویکرد فقه حکومتی چالش را حل کند.

منابع

قانون اساسی

قانون شهرداری (مصوب ۱۳۳۴) و اصلاحیه آن مصوب (۱۳۴۵)

قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۴)

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵). *فرهنگ ابجدی*. چاپ دوم، تهران: اسلامی.

جزایری، محمدجعفر. (۱۴۱۶ ق). *هدی الطالب إلى شرح المكاسب*. بی جا: طلیعة النور.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۱). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. چاپ نهم، تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ ق). *موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليه السلام)*. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

جوهری، اسماعیل بن حماد. (بی تا). *الصحاح*. بیروت: دار الملايين.

حائری یزدی، مرتضی. (۱۴۱۸ ق). *کتاب الخمس*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ ق). *الجامع للشرایع*. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.

روحانی، محمدصادق. (۱۴۳۵ ق). *فقه الصادق ۷*. چاپ پنجم، قم: آیین دانش.

شیرازی، سید محمد موسی. (۱۴۱۹ ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۲۲ ق). *الفقه (القواعد الفقهية)*. بیروت: مؤسسه امام رضا (علیه السلام).

شهید صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷ ق). *اقتصادنا*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان.

طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ ق). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: مؤسسه دار التفسیر.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۰۲ ق). *روض الجنان في شرح ارشاد الاذهان (ط - الحديثه)*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲ ق). *الروضة البهيثة في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى سلطان العلماء)*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

۱۹۸

علامه حلی، یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء (ط-الحديثه). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله
مرعشی نجاشی.

گرامی، محمد علی. (۱۴۱۵ق). المعلقات علی العروة الوثقی. قم: توحید.

محقق حلی، نجم الدین. (۱۴۰۷ق). المعتبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء عليه السلام.
محقق حلی، نجم الدین. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ دوم، قم:
مؤسسه اسماعیلیان.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). القواعد - مائه قاعده فقهیه معنی و مدرک و مورد. چاپ
چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۰). خطوط اقتصاد اسلامی. قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب ۷.
موسوی خلخالی، سید محمد مهدی. (۱۴۲۷ق). فقه الشیعه (الاجاره). تهران: مرکز فرهنگی
انتشارات منیر.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام
الخوئی ۱.

موسوی سبزواری، عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. چاپ
چهارم، قم: السید عبد الأعلى السبزواری.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ هفتم، بیروت:
دار احیاء التراث العربی.

نجفی، هادی. (۱۳۸۷). الآراء الفقهية. اصفهان: مهر قائم.

هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليه السلام. قم: مؤسسه
دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليه السلام.

امام خمینی، روح الله. (۱۳۷۸). صحیفه امام خمینی عليه السلام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام
خمینی عليه السلام.

جمعی از پژوهشگران. (۱۳۹۴). فقه مدیریت شهری. تهران: انتشارات مرکز مطالعات و برنامه
ریزی شهر تهران.

نعمت اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۲). مقاله بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد
شهری. مشهد: مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی، دوره ۵۶، شماره ۴.

علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). مصاحبه «فقه حکومتی، موضوع شناسی، نظام سازی و

راهنمای نهادهای نهادهای سازی آن». قم: مجله گفت‌وگو فقه حکومتی، سال اول، شماره اول.
۷۸۷۸۳/fdn.ir (دسترسی در ۳۰/۱۲/۱۴۰۳) است. قانون‌گذار در ج.ا.ا. با درک مفاسد فوق،
انجام معاملات اموال غیرمنقول را با اسناد رسمی لازم دانسته است؛ اما افزوده است: «مگر اسنادی
که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است». این افزوده باعث ایجاد همان مفاسدی
است که قانون ثبت برای

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳
۲۰۰



فصليةٌ بحوثٌ فقهيةٌ وأصوليةٌ المحكمةُ
السنة العاشرة، الرقم المسلسل السادس والثلاثون؛ خريف ١٤٠٣ شمسي - ١٤٤٦ قمري
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

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

المدير المسؤول: مجتبی إلهي الخراساني
رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم
سكرتير التحرير و التنفيذ: السيد مصطفى إختراعي الطوسي

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الهجاءية):

مجتبی إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة مشهد العلمية ورئيس قسم التطوير و التمكين للعلوم الإسلامي في مكتب الإعلام الإسلامية)
جواد أحمد البهادلي (أستاذ البحث الخارج في حوزة النجف الاشرف العلمية و أستاذ بجامعة الكوفة)
السيد فاضل الحسيني الميلاني (مدرس العلوم الإسلامية في المركز الإسلامي بانجلترا)
أبو القاسم عليدوست أبرقوئي (أستاذ البحث الخارج و أستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)
أحمد مبلغي (أستاذ البحث الخارج و الأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)
السيد مصطفى محقق داماد (أستاذ البحث الخارج في حوزة قم العلمية وأستاذ في جامعة الشهيد بهشتي في طهران)
مهدي مهريزي طرقي (أستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)
حسين ناصري مقدم (أستاذ في جامعة الفردوسي بمشهد المقدسة)

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

مشهد المقدسة، تقاطع خسروي، زاوية شارع آيت الله واعظ طبسي، مكتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان رضوي
الطابق الأول، مركز الآخوند الخراساني للدراسات العليا

دور وحدة المكلف في تحقق التزام الامتثالي^١

محمد عشائري منفرد^٢

ملخص

يعد باب التزام الامتثالي من الأبواب المثمرة في علم الأصول. والخروج من التزام الامتثالي، عن طريق إعمال المرجحات أو استخدام خيار التخيير، له آلية سلسلة وموثوقة تسهل حل المسألة عند دراسة فقهية، لكن الأهم هو أن يطمئن الفقيه عند دراسة مسألة ما، بأن المسألة تنتمي حقاً إلى باب التزام أم لا؟

لتحصيل هذا الاطمئنان، سعى الأصوليون أن يوصلوا تعريف باب التزام والفرق بينه وبين باب التعارض إلى أقصى درجات الوضوح، كي يصبح حصول الاطمئنان للفقيه في مرحلة حل المسألة الفقهية منهجياً وسهلاً. من المشاكل التي توجد في هذا المسار، هي أنه في باب التزام يجب بالضرورة أن يقع تكليفان متنافيان على عاتق مُكَلَّفٍ واحد، أو إذا وقع تكليفان متنافيان على عاتق مُكَلَّفَيْن منفصلين، هل يمكن جعل المسألة من صميم باب التزام؟

أشار بعض الفقهاء إلى هذا الأمر في ثنایا كلماتهم الفقهية، لكن لم يُقدّم بحث أصولي مستقل في هذا الموضوع. يسعى هذا المقال، في إطار علم الأصول وبمنهج تحليلي، إلى حل هذه المسألة.

فرضية البحث هي أنه في تحقق التزام الامتثالي، يشترط وحدة المكلف، وكلما كان لمكَلَّفَيْن تكليفان متنافيان، فالمسألة ليست من صميم باب التزام، إلا إذا ارتبط تكليف المكلف الثاني بالمكلف الأول بنحو آخر.

الكلمات المفتاحية: التزام الامتثالي، وحدة المكلف، الأهم والمهم، ارتكاب أقل القبيحين.

بحوث فقهية وأصولية
السنة العاشرة
الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري
٢٠٢

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٦/١/١٤هـ: تاريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧هـ

٢. أستاذ السطوح العليا في حوزة العلمية قم. إيران

حلول تطوير البحوث البينية في الفقه^١

حسين شمخالي مقدم^٢

مرتضى نوروزي^٣

عبد الحميد واسطي^٤

ملخص

يعتبر علم الفقه، نظرا لما تزخر به من موضوعات تخصصية غزيرة، ولما لها من علاقات في الموضوعات والأهداف مع علوم كالأخلاق والعرفان العملي والقانون، واحدا من المجالات البكر والنادرة للبحوث البينية؛ بحوث إذا ما أنجزت بضوابط ومنهجية، إضافة إلى أنها ستجيب على نحو أمثل عن المسائل المتعددة الأوجه والمعقدة في العصر الحاضر، يمكن أن تعتبر كذلك بمثابة بداية عهد جديد من أدوار هذا العلم، وذلك من خلال إحداث تغييرات جذرية. إن دراسة سبل تطوير البحوث البينية في الفقه من خلال تقديم حلول لمثل هذه البحوث، هي المسألة التي تسعى هذه المقالة للإجابة عليها.

في هذه المقالة، وبعد تبين ماهية البحوث البينية وكيفية إجرائها، يتم، بشكل مقارن، دراسة نموذجين من البحوث البينية في الفقه واللذين أسفرا عن نتائج ملحوظة. تتمثل نتيجة هذا البحث، الذي يعتمد منهجه في جمع المعلومات على المصادر المكتبية، وفي تحليلها على الوصف والتحليل والاستدلال والنقد، في تقديم نموذج من سبع مراحل حول الدراسة البينية المتوازية، ونموذج من خمس مراحل حول الدراسة البينية الطولية.

الكلمات المفتاحية: الفقه البيني، الحلول البينية، الاستراتيجية البينية، البينية المتوازية، البينية الطولية، استراتيجية تطوير البينية في الفقه.

بحوث فقهية وأصولية

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢٠٣

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٥/١١/٢١هـ؛ تاريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧هـ.

٢.

٣.

٤.

الوظيفية في العقوبات من منظور الفقه الإمامي^١

محمد مرواريد^٢

محمد علي حاجي دهاآبادي^٣

ملخص

من أهم القضايا التي تناولتها الفقه الإسلامي في دراسة العقوبات هو النظر في آثارها ووظائفها وتنتائجها. وتتعلق المسألة الأساسية هنا بمدى إمكانية الاعتماد على هذه الآثار والنتائج في تحديد أحكام العقوبات، خاصة من منظور الفقه الجنائي الحكومي.

تسعى هذه الدراسة، من خلال منهج وصفي تحليلي، إلى تقديم رؤية شاملة لهذا الموضوع بالاستناد إلى المصادر الشرعية وتأملات الفقهاء.

تشير نتائج البحث إلى أنه بالإضافة إلى الصراحة أو الظهور الموجود في الأدلة الشرعية فيما يتعلق بوظائف العقوبات بشكل عام، فإن الفقهاء المسلمين قد استخدموا صراحة التحليل الوظيفي في نقد ودراسة العقوبات.

رغم ذلك، فإن تصور الفقهاء لأهداف الحدود والتعزيرات قد أدى إلى اتجاه نحو الوظيفية في العقوبات التعزيرية، وإن كان هذا التأثير محدوداً في العقوبات الحدية. كما أولى الفقهاء اهتماماً كبيراً بالآثار الجانبية السلبية للعقوبات الحدية والتعزيرية. حتى أنهم أفتوا في بعض الأحيان بمنع تنفيذ الحد أو تأخيره بسبب هذه الآثار السلبية على الفرد أو المجتمع.

رغم ذلك، فإن الفقه الإسلامي يزخر بإمكانات لدراسة وظائف العقوبات بشكل أعمق وأشمل، إلا أن هذا الجانب لم يحظ بالاهتمام الكافي.

الكلمات المفتاحية: الوظيفية - الفقه الجنائي - العقوبة - الحدود - التعزيرات - آثار العقوبة.

بحوث فقهية وأصولية

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢٠٤

١. تاريخ الاستلام: ٢٣/٤/١٤٤٦ هـ؛ تاريخ القبول: ٣٠/٧/١٤٤٦ هـ.

٢.

٣.

تقييم سعة الفقه على حصر نقل ملكية العقارات في العقود

والوثائق الرسمية^١

أكبر نجم^٢

سيف الله صرامي^٣

ملخص

إن الإقبال الشعبي على الوثائق العادية، بدعوى شرعيتها، قد أدى إلى العديد من المشكلات، منها البيع المتكرر للعقار الواحد، والتهرب الضريبي، وعدم الاستقرار النفسي والاجتماعي، وازدحام المحاكم بالقضايا المتعلقة بالعقود العادية، وعدم وضوح ملكية العقارات، وعدم قدرة الدولة على مراقبة هذه الأملاك، وظهور مشاكل مثل التهرب من سداد القروض العقارية والاستيلاء على الأراضي.

أوجب المشرع في القانون المدني الإيراني إبرام العقود العقارية بوثائق رسمية، إدراكاً منه لمخاطر الوثائق العادية. إلا أنه أضاف: «باستثناء الوثائق التي تحظى باعتبار شرعي بناء على تشخيص المحكمة. وهذا الشرط قد فتح الباب مجدداً للعديد من المشكلات التي كان الهدف من إلزام الوثائق الرسمية هو تجنبها.

السؤال المطروح أمام المقالة هو: هل يمتلك الفقه هذه السعة التي تجعل نقل ملكية العقارات في العصر الحاضر، مُنحصرةً، بشكل مطلق، في الوثائق الرسمية؟ توصلت هذه المقالة، من خلال منهج التحليل الوصفي والاستفادة من الدراسات المكتبية، إلى نتيجة مفادها أن شرعية الوثائق العادية في الظروف الحالية لحياة البشر منتفية، ومع الأخذ بالاعتبار شرعية السندات و الوثائق الرسمية، فإن الطريق الوحيد لمعاملات الأموال غير المنقولة هو المعاملة بواسطة الوثائق الرسمية.

الكلمات المفتاحية: الوثيقة العادية - الوثيقة الرسمية - البيئة - الاطمئنان.

بحوث فقهية وأصولية

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمری

٢٠٥

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٤/٨/١٠هـ تاريخ القبول: ١٤٤٦/٣/١٤هـ.

٢.

٣.

وقف الشخص الاعتباري... دراسة شرعية^١

السيد مهدي نريمانى زمان آبادي^٢
علي كريمي^٣

ملخص

تتجلى أهمية مؤسسة الوقف في الشؤون الاجتماعية وتأثيرها في القطاعات الاقتصادية الهامة بشكل واضح لا نظير له في هذا العصر. فكم من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين يستفيدون من هذه المؤسسة ذات النفع العميم.

إن النشاط الاقتصادي الذي يُدار تحت إشراف المتولي في مؤسسة الوقف، يُعتبر ضرورياً لتحقيق الاستغلال الأمثل للأموال الموقوفة، وضمان كفاءتها، وتجنب ركودها، وإجراء التغييرات والتعديلات اللازمة عليها وعلى منتجاتها وقيمتها المضافة في مختلف الأوقات، سواء كان ذلك بهدف التنمية والازدهار، أو للحفاظ على قيمة الأموال الموقوفة من التآكل والانخفاض.

والسؤال المطروح الآن هو: ما هي السبل الكفيلة بتحقيق هذه الضرورة للنشاط الاقتصادي في مؤسسة الوقف؟

يُعتبر «وقف الشخص الاعتباري» أحد الحلول الناجعة والمجدية لتحقيق الاستفادة القصوى من مؤسسة الوقف.

ويسعى هذا البحث الوصفي والتحليلي إلى إثبات مشروعية وقف الشخص الاعتباري، حيث يمكن، من خلال القبول بشرطي العينية والملكية، والاستناد إلى

بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢٠٦

١. تاريخ الاستلام: ٢٦/٣/١٤٤٦ هـ؛ تاريخ القبول: ٢٩/٧/١٤٤٦ هـ.

٢.

٣.

الأدلة الشرعية الأربعة، إثبات مشروعية هذا النوع من الوقف، واعتباره وقفاً عصرياً. وبناءً على مشروعية وقف الشخص الاعتباري، يمكن للأفراد، بعد استيفاء الشروط والإجراءات القانونية، تأسيس شخص اعتباري يكون في الأصل موقوفاً. في هذه الحالة تكون جميع الأموال والأصول مملوكة للشخص الاعتباري، ويتمتع ممثله بالصلاحيات الكاملة لإدارتها وتصريفها بما يحقق مصلحة هذا الشخص الاعتباري.

الكلمات المفتاحية: وقف الشخص الاعتباري، الوقف التقليدي، العين الاعتبارية، الوقف الحديث.

التميز المفهومي والموضوعي للعقود الشرعية والمعاهدات^١

أمير زاهدي^٢
حميد دراي تي^٣

ملخص

بالنظر إلى الهيكل القانوني للمعاهدات الدولية ومتطلباتها القانونية والتنفيذية، تُطرح مسألة أساسية في الفقه الإسلامي وهي: هل يمكن اعتبار المعاهدات الدولية نوعاً من العقود وتحليلها وتفسيرها في إطار مصاديق الآية الكريمة «أوفوا بالعقود»، أم أن هذين المفهومين يختلفان جوهرياً عن بعضهما البعض ويجب دراسة كل منهما في إطاره الخاص؟

تسعى هذه المقالة ومن خلال تحليل دقيق لمفهوم «العقد» و«المعاهدة» في النظام القانوني الإسلامي، وباستخدام طريقة التحليل المقارن، إلى إظهار الاختلافات الجوهرية بينهما في أبعاد مختلفة. هذه الاختلافات لا تظهر فقط في الأجزاء المكونة لهما (مثل الإيجاب والقبول، وأطراف الاتفاق، والموضوعات القابلة للتعامل بها)، بل أيضاً في مصدر الشرعية، والضمانات التنفيذية، والمبادئ الأخلاقية التي تحكمهما، وأهداف تحققهما.

تُعتبر الدول والمصالح الوطنية والعالمية هي محور الأساس في المعاهدات الدولية، وغالباً ما تتأثر هذه المعاهدات بعوامل سياسية واقتصادية واستراتيجية. على عكس ذلك، في العقود المتعارف عليها التي تُبرم أساساً في المجالين الفردي والفقهية، لا يُعد

بحوث فقهية وأصولية

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢٠٨

١. تاريخ الاستلام: ٢٩/٣/١٤٤٦؛ تاريخ القبول: ٣٠/٧/١٤٤٦ هـ.

٢.

٣.

الوفاء بالعهد مجرد واجب ديني وأخلاقي فحسب، بل يرتبط أيضًا بالتعاليم الشرعية والفقهية.

لذلك، فإن مفهوم توحيد هاتين المقولتين في الفقه الإسلامي محل شك كبير، ومن الضروري، لتحليل وتفسير المعاهدات الدولية في إطار الفقه الإسلامي، إيلاء اهتمام خاص لازدواجية المفهوم.

تؤكد هذه الدراسة، من خلال تقديم تحليل مقارن وشامل للمعاهدات الدولية والعقود الفقهية الشرعية، على ضرورة التحديد الدقيق لمكانة هاتين الفتنتين في الفقه الإسلامي. وفي هذا السياق، يتم تحليل مباحث مهمة مثل الفقه الفردي والحكومي، والمصالح الخاصة والعامة، وموضوع الإلزام والإقدام في مجال المعاهدات الدولية والالتزامات التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: المعاهدات الدولية، العقود الشرعية، المعاهدات، الشخص الاعتباري.

بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢٠٩

دراسة إمكانية حصر الانتفاع أو ملكية البلدية للنفايات الصلبة الحضرية من منظور فقهي^١

السيد محمد حسين الموسوي^٢
السيد علي رضا هاشمي الدهسرخي^٣
أمير حسين غضنفری^٤
مرتضى أنصاري^٥

ملخص

مع تطور المجتمعات الحضرية، أصبح قطاع إعادة التدوير مصدراً هاماً للإيرادات. وقد أدى ذلك إلى ظهور تحديات جديدة، من بينها تحديد ملكية النفايات. تدعي البلدية، في ظل السياسات الحديثة لإدارة المدن، أنها الجهة الوحيدة المخولة بالاستفادة من إيرادات النفايات، إلا أن الشركات الخاصة تعارض هذا الرأي معتبرة أنه يتعارض مع مبدأ المساواة في الملكية، ويخالف القوانين والأنظمة العليا. السؤال الأساسي هو: هل يمكن إقامة أدلة شرعية لإثبات انحصار ملكية أو انتفاع البلدية بالنفايات؟

وقد تم في هذه الدراسة تحليل الأدلة الشرعية المتعلقة بملكية النفايات من مسارين: «الإعراض وإباحة التصرف»، و«الحيازة، حق الأولوية، وملكية صندوق النفايات»، وذلك بالمنهج التحليلي الوصفي.

بحوث فقهية واصلية
السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢١٠

١. تأريخ الاستلام: ١٤٤٦/٢/٢١هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧هـ.

٢.

٣.

٤.

٥.

وقد أظهرت هذه الدراسة إمكانية إثبات صحة الرأي القائل بملكية البلدية للنفايات من خلال تطبيق بحث الإعراض وإباحة التصرف والحيازة، وذلك بناءً على بعض المباني الفقهية. كما يمكن منع الشركات الخاصة من الحيازة عن طريق القول بحق الأولوية أو الملكية على صندوق النفايات. وفي النهاية، تمت دراسة المسألة من منظور الفقه الحكومي أيضاً.

الكلمات المفتاحية: ملكية النفايات الصلبة، البلدية، قاعدة الإعراض، الحيازة، حصر الارتفاع، إباحة التصرف.

بحوث فقهية وأصولية

السنة العاشرة

الرقم المسلسل السادس والثلاثون

١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

٢١١

Contents

- 7 The Role of the Unity of the Obligor in the Realization of Tazāḥum al-Imtithālī
Mohammad Ashayri Monfared
- 35 Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence
Hossein ShamKhali ; Abdolhamid Vaseti; Morteza Norozi
- 63 Distinguishing Functional Analysis in Imāmīyyah Criminal Jurisprudence
MohammadMorvarid; Mohammadali Hajjidehabadi
- 95 Conceptual and Thematic Distinction between Shar‘ī Contracts and Treaties
Amir Zahedi & Hamid Derayati
- 121 Capacity Analysis of Jurisprudence in Excluding the Transfer of Irremovable Property in an Official Document
Akbar Najm & Seyfollah Sarrami
- 147 Analyzing the Legitimacy of the Endowment of a Juridical Person
Ali Karimi & Seyyed Mahdi Narimani Zamanabadi
- 175 Jurisprudential Feasibility Study on Municipal Monopoly over the Use or Ownership of Municipal Solid Waste
Sayyed Mohammad-Hossein Mousavi ;
Sayyed Alireza Hashemi-Dehsorkhi; Amir Hosseyn Ghazanfari & Mortaza Ansari

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶

۱۴۰۳

۲۱۳

Journal of Islamic Law and Jurisprudence

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology

Vol.10 , No.2025 , 36

ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

**Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary
Khorāsān-e- Razavi Branch**

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editorial Board:

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty

Member of Akhūnd Khorāsani Specialized Center)

Javad Ahmad Al- Bahadli (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor at
the University of Kufā)

Seyyed Fadel Al Hosseini Milani (Professor at Islamic Research Center of England)

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the
Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor
of Islamic Denominations University)

Sayyed Mustafā Muhaqqiq Damad (Professor at Princeton University and Shahid
Beheshti University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and
Research Branch)

Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the
Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is
qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in: **ISC, Noormags, Civilica,
Ensani.ir; Road; Google Scholar, Magiran, SID and journals.dte.ir**

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch,
Ayatollāh Khazali St. , Khosravi Crossroad, Mashhad, Iran.

P.O. Box: 9134683187

Telefax: + 985132213325

E-mail: jostar.feqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir