بسم الله الرحمن الرحیم

جستارهای فقهی و اصولی

فصلنامهٔ علمی پژوهشی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، پاییز ۱۴۰۳

ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم ـ شعبهٔ خراسان‌رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیرمسئول: مجتبی الهی‌خراسانی

سردبیر: حسین ناصری‌مقدم

مدیر اجرایی: سیدمصطفی اختراعی‌طوسی

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 علمی‌پژوهشی گردید.

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام(ISC)
مرجع دانش(سیویلیکا)، CIVILICA.com)
بانک نشریات کشور(مگیران، Magiran)
نورمگز(Noormags.ir) و Google Scholar
سازمان اسناد و کتابخانه ملی(Nlai.ir)
پرتال جامع علوم انسانی(Ensani)، پایگاه(Road)
مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم‌وفناوری(RICeST)
پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی(Journals.dte.ir)
سامانه جامع رسانه‌ای کشور(E-rasaneh)
پایگاه بین‌المللی اِبسکو (EBSCO)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، نبش گذر آیت‌الله واعظ طبسی
دفتر تبلیغات اسلامی خراسان‌رضوی، طبقه اول ، مرکز تخصصی آخوند خراسانی
فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی
کدپستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ـ تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵
رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | **سامانهٔ الکترونیکی:** jostar-fiqh.maalem.ir
http://JFO.akhs.bou.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب
قیمت: ۱۰۰/۰۰۰ تومان

اعضای هیئت‌تحریریه «ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی‌خراسانی (مدرّس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمه‌الله)

سعید جازاری معمولی (استادیار دانشگاه بین‌المللی اهل‌البیت علیهم‌السلام قم و رایزن فرهنگی ایران در فرانسه)

شیخ خالد الغفوری (استادیار جامعةالمصطفی العالمیة قم، ایران)

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

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

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

سیدعلی الموسوی (مدیر حوزه علمیه رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله بیروت، لبنان)

حسین ناصری‌مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

ارزیابان علمی این شماره «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 علیه‌السلام قم)

سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان)

حسام قبانچی (عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد)

حمید مسجد سرایی (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)

اولویت‌های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفهٔ فقه و اصول فقه؛ به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول‌فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول‌فقه؛

۲. فقه و اصول‌فقه 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 نتیجهٔ تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:

الف) نظریهٔ 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. مسؤولیّت 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. نویسندهٔ مسئول لازم است مقالهٔ خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.

۲. حق قبول، ردّ 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 اقتضائات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوّب 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 میان سطور ۱ cm باشد.

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

- **عنوان:** به طور فشرده وگویا، مسئلهٔ تحقیق را مشخص کند.

- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به‌طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجهٔ تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائهٔ چکیده انگلیسی الزامی است.

- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامهٔ علوم‌اسلامی (به‌نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع وکارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.

- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسئله، استدلالات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

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

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

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

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

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

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

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

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام‌خانوادگی، 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 خلاصهٔ اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون‌متنی 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 تحقّق تزاحم امتثالی
محمد عشایری‌منفرد

۳۷ راهکارهای توسعهٔ تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه
حسین شم‌خالی مقدم / عبدالحمید واسطی / مرتضی نوروزی

۶۷ کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه
محمد مروارید / محمدعلی حاجی ده‌آبادی

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

۱۲۹ ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول در سند رسمی
اکبرنجم / سیف‌الله صرامی

۱۶۱ بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی
علی کریمی / سیدمهدی نریمانی زمان‌آبادی

۱۹۳ امکان‌سنجی فقهی انحصار انتفاع یا مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری
سید محمدحسین موسوی /سیدعلیرضا هاشمی ده‌سرخی /امیرحسین غضنفری
مرتضی انصاری

۲۲۱ چکیده‌های عربی

جستارهای فقهی‌واصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶
۱۴۰۳

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

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 *murājiḥāt* (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 indepen dent *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), 7-36.

© 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-kallaf* (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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

نقش وحدت مکلف در تحقّق تزاحم امتثالی[1]

محمد عشایری منفرد
دانشیار گروه مترجمی عربی، مجتمع آموزش عالی زبان، ادبیات و فرهنگ شناسی، جامعةالمصطفی العالمیة، 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

چکیده

یکی از ابواب پرثمر دانش اصول، باب تزاحم امتثالی است. برون‌رفت از تزاحم امتثالی، از طریق إعمال مرجحات یا استفاده از گزینهٔ تخییر، سازوکار روان و قابل‌اعتمادی دارد که در بررسی فقهی یک مسئله، حل آن را ساده می‌کند اما مهم این است که فقیه در هنگام بررسی یک مسئله، اطمینان بیابد که آن مسئله واقعاً بومی باب تزاحم است یا نیست؟ برای حصول این اطمینان، اصولیان کوشیده‌اند تعریف باب تزاحم و تفاوت آن با باب تعارض را به حداکثر روشنی و وضوح برسانند تا حصول اطمینان برای فقیه در مرحلهٔ حل مسئله فقهی روشمند و آسان شود. یکی از مشکلاتی که در این راه وجود دارد این است که در باب تزاحم حتماً باید دو تکلیف متنافی، بر عهدهٔ مکلف واحدی آمده باشد یا این که اگر دو تکلیف متنافی بر عهدهٔ دو مکلف جداگانه آمد نیز می‌توان مسئله را

۱. عشایری‌منفرد، محمد (۱۴۰۳). نقش وحدت مکلف در تحقّق تزاحم امتثالی. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰ (۳): ۳۶ صص: ۷-۳۶. https://doi.org/10.22034/jrj.2025.69531.2841

ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان
CC BY NC

بومی باب تزاحم 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 تزاحم، ریشــه در عجز مکلف که موضوع اصلی باب تزاحم است، دارد و فروع فقهی‌ای که مکلفشان متعدد به نظر می‌رسد یا از باب تزاحم نیستند و یا این‌که در نهایت به مکلف واحد بازمی‌گردند.

کلیدواژه‌ها: تزاحم امتثالی، وحدت مکلف، اهم و مهم، ارتکاب اقل القبیحین.

مقدمه

یکــی از ابــواب پرکاربرد دانش اصــول که ثمرات قابل توجّهــی بر آن مترتب می‌شــود، باب تزاحم اســت. تزاحم در مصطلح اصولیان متأخر امامیه، بدین معنا است که دو حکم شرعیِ استنباط شده که در مرحلهٔ جعل هیچ‌گونه منافاتی باهم نداشــته‌اند، در مقام امتثال به‌گونــه‌ای باهم تنافی بیابند کــه مکلف نتواند آن دو تکلیف را امتثال کند. در سرشــت باب تزاحم، یــک تنافی بین دو تکلیف وجود دارد. همین تنافی موجب شــباهت این باب به باب تعارض شــده است. ازآنجاکه احکام باب تزاحــم با احکام باب تعارض تفاوت دارد، باید ســنجه‌ای برای تمایز این دو باب از یکدیگر معرفی می‌شد. کوشش اصولیان امامیه برای به دست دادن معیار معیّنی که بتواند بین این دو باب گسست بیافکنند، سرانجام در اندیشهٔ محقق نائینی به بار نشســت و دانش اصول توانست با ارائه سنجه‌ای روشن، مشخص کند که کدام فرع فقهی باید به باب تزاحم و کدام‌یک باید به باب تعارض ملحق شود (عشایری منفرد، ۱۴۰۱، ۲۷).

ســازوکار برون‌رفت از باب تزاحم با ســازوکار برون‌رفت از باب تعارض، تفاوت چشــمگیری دارد. احکام باب تزاحم و مرجّحاتی که اصولیان برای آن برشمرده‌اند، کاملاً مشــخص و دارای مراحل روشنی اســت که تبیین منظم آن در دانش اصول، موجب شده است دشواری‌های رسیدگی فقهی به فروع باب تزاحم، به حداقل برسد. از همین رو است که وقتی فقیه می‌خواهد به یک مسئلهٔ مشتبه رسیدگی کند، برایش

خیلی مهم اســت که بداند این مســئله بومی باب تزاحم است یا نیست؛ چون وقتی احراز شود که این فرع فقهی، بومی باب تزاحم است به‌راحتی می‌توان از سازوکارها و احکام اصولی باب تزاحم استفاده کرده و مسئله فقهی را حل کرد.

یکی از عناصری که در لابه‌لای کلمات فقهیِ برخی از بزرگان، از شــروط باب تزاحم شــمرده شــده، عنصر «وحدت مکلف» است؛ بدین معنا که منافات بین دو تکلیف فقط در صورتی بومی باب تزاحم اســت که هر دو تکلیف متنافی، بر عهدهٔ یک مکلف آمده باشــد. چنان‌که در مثال‌های معهــود باب تزاحم، مانند تنافی بین حکم وجوب نجــات اجنبیه از غرق و حکم حرمت لمس او، نیز هر دو تکلیف بر عهدهٔ یک مکلف آمده اســت؛ یعنی یک ناجی است که دو تکلیف حرمت لمس اجنبیه و وجوب نجات او را به عهده دارد.

نتیجهٔ این شــرط، آن اســت که برخی مســئله‌های فقهی که در آن‌ها، دو حکم متنافــی هرکدام بر عهدهٔ یک مکلف جداگانه آمده اســت، از بــاب تزاحم خارج می‌شــود و برای حل آن مســئله نمی‌توان از سازوکار اصولی باب تزاحم و مرجحات این باب، بهره جست. نمونه‌ای از این مسائل فقهی، مسئلهٔ پیوستن به حکومت جور برای جلوگیری از ظلم و فســاد آنان است. در اینجا نیز دو حکم متنافی وجود دارد؛ یکی حرمت پیوســتن به حکومت جور و دیگری حرمت فساد و ظلم به رعیت. در اینجا تکلیف اول (حرمت پیوستن به دستگاه ظلم) بر عهدهٔ یکی از شهروندان آمده است اما تکلیف دوم (حرمت فساد و ظلم به مردم) بر عهدهٔ حاکم ظالم آمده است. البته دو تکلیف باهم منافات دارند؛ چون اطاعت از این دو تکلیف، ممکن نیســت؛ یعنی اگر فلان شهروند بخواهد حکم حرمت پیوستن به دستگاه ظلم را اطاعت کند باید گوشه‌گیری کند و حاکم ظالم افسارگسیخته را رها کند تا به ظلم خود ادامه دهد امــا اگــر بخواهد کاری کند که او به مردم ظلم نکند، باید تکلیف اول را زیر پا نهد و به دســتگاه ظلم بپیوندد. بر این اساس، هرچند بین دو تکلیف منافات وجود دارد ولی چون هر تکلیف بر عهدهٔ مکلف جداگانه‌ای آمده، فقیهانی که در دانش اصول فقه، وحدت مکلف را از شــروط باب تزاحــم می‌دانند، نمی‌توانند این فرع فقهی را بومی باب تزاحم بدانند و درنتیجه در حل این مسئلهٔ فقهی نمی‌توانند از ضوابط باب

تزاحم مانند ترجیح از طریق اهم، بهره بگیرند. البته فقیهانی که این مسئله را بومی باب تزاحم دانسته‌اند، تکلیف دوم را به‌گونه‌ای صورت‌بندی کرده‌اند که دو تکلیف بر عهدهٔ 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، به‌جای مکلف واحد، مکلف‌های متعدد وجود دارد. باوجود این مشکل، جای طرح این مسئله است که نقش وحدت و تعدد مکلف در تحقق باب تزاحم چیست؟ فرضیه تحقیق آن است که به‌طورکلی در تحقّق باب تزاحم «وحدت مکلف» شرط است مگر مواردی که تکلیف دوم دوبُعدی باشد؛ یعنی ازنظر ذاتی متوجه مکلف دوم باشد اما درعین‌حال امکان رجوع آن به مکلّف 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 اجتهادیِ 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 اشارهٔ غیر جامعی به موضوع این تحقیق کرده‌اند که در خلال مقاله گزارشی از دیدگاه‌های آن بزرگان ارائه خواهد شد. بااین‌حال، این بزرگان نیز موضوع را به مسئله اصولی تبدیل نکرده‌اند. این پژوهش افزون بر این‌که دیدگاه‌های مربوط را غالباً از لابه‌لای کلمات فقهی استخراج و تجمیع کرده است، این نوآوری را نیز دارد که توانسته با تحلیل اصولی باب تزاحم، بین وحدت مکلف و ریشه اصولی باب تزاحم تناسب برقرار کرده و از این طریق اشتراط وحدت مکلف در تحقق تزاحم را اثبات کند و چرایی خروج مستثنیات را نیز برهانی کند.

۱. مفهوم‌شناسی

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

۱/۱. تزاحم

واژه تزاحم 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 به‌هرحال در قالب یک اصطلاح در دانش اصول فقه به کار رفته است. امروزه در دانش اصول، تزاحم را در قالب سه مصطلح به کار می‌گیرند: تزاحم ملاکی، تزاحم حفظی و تزاحم امتثالی (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۶۶/۳ و ۱۵۱/۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱ ق، ۲۲۷/۱ و ۴۵/۲). از این میان، تزاحم حقیقی همان تزاحم امتثالی است (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۱۴۲/۳) به‌طوری‌که شهید صدر معتقد است در آثار محقق نائینی هرگاه کلمه تزاحم به کار می‌رود منظور همین تزاحم امتثالی است (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۶۶/۳). تزاحم امتثالی که تزاحم حکمی نیز نامیده می‌شود، تزاحم بین دو حکم استنباط شده است. در این نوع از تزاحم، دو حکم شرعی در مقام جعل، هیچ منافاتی باهم نداشته‌اند و تنها در مقام امتثال است که مکلف در شرایط خاصی، از امتثالِ هر دو حکم عاجز شده است (نائینی، ۱۳۷۶، ۲۰۵/۴ و ۲۶۳ و ۳۱۷؛ حلّی، ۱۴۳۲ ق، ۴۶۱/۸). البته به نظر می‌آید که نه‌تنها در آثار محقق نائینی بلکه در سراسر دانش اصول نیز از زمان محقق نائینی، هرگاه کلمه تزاحم به‌صورت مطلق به کار برود، همین معنای تزاحم امتثالی از آن فهمیده می‌شود.

نقش وحدت مکلف در تحقّق تزاحم امتثالی

در مدرسه محقق نائینی برای تحقّق تزاحم، 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 این‌که در باب تزاحم، برخلاف باب تعارض، ظرف وقوع تنافی، عالم جعل و تشریع نیست بلکه عالم امتثال است (نائینی، ۱۳۷۶ ش، ۷۰۵/۴ و ۳۱۷). عنصر دوم به این نکته اشاره می‌کند که تنافی و تضادی که در باب تزاحم وجود دارد، تنافی بین دو دلیل شرعی نیست بلکه تنافی بین دو حکم شرعیِ استنباط شده است (نائینی، ۱۳۷۶، ۷۰۵/۴؛ خویی، ۱۴۱۹ ق، ۷/۲)؛ بنابراین موصوفِ تنافی در باب تزاحم، دلیل (یا مدلولِ دلیل) نیست بلکه حکم است. البته در مدرسه نائینی این تنافی گاه تنافی دو دلیل در مرحلهٔ فعلیت نیز نامیده شده است (خویی، ۱۴۱۹ ق، ۶/۲) که از قیدِ «مرحلهٔ 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 شــرعی استنباط شده با حکم شرعی استنباط شدهٔ دیگری در مرحله امتثال و فعلیت تنافی پیدا می‌کند و همین تنافی است که بر اســاس 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، ۱۴۱۹ ق، ۷/۲). جالب آن‌که خود محقق نائینی چنین ادعایی نداشته است؛ زیرا در باور وی تنها منشأ باب تزاحم، عجز مکلف نبود بلکه گاهی با اینکه مکلّف 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 چنان‌که از ســخنان برخی شاگردان ایشان برمی‌آید، خود محقق نائینی نیز در آخرین ادوار تدریس، به همین دیدگاه متمایل شــده بودند که تنها ریشه باب تزاحم، همان عجز مکلف است (حلی، ۱۴۳۲ ق، ۴۶۱/۶).

در منابع اصولی غیر از این ســه عنصر، از اشــتراط 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، ۱۴۰۷ ق، ۱۸۱) اما در خلال یکی از مباحث فقهی، برای تبیین تزاحم در همان مسئله فقهی، قید وحدت مکلف را بیان کرده است (فقیه، ۱۴۰۷ ق، ۲۴۳) ولی در همان‌جا هم هیچ توضیح یا توجیهی در این مورد، داده نشده است.

۲/۱. اهم و مهم

وقتــی در مرحلهٔ امتثال، بین دو تکلیف چنان تزاحم روی می‌دهد که مکلّف از امتثال آن دو تکلیف عاجز و درنتیجه ناچار شود تنها یکی از آن‌ها را امتثال کند، عقل حکــم می‌کند که تکلیف مهم فدای تکلیف مهم‌تر شــود؛ یعنی در مرحلهٔ فعلیت، تکلیف مهم از فعلیت بیفتد تا تکلیف اهمّ بدون هیچ مانعی به فعلیت برسد. مهم‌ترین مستندی که می‌تواند اهم و مهم را موجّه بکند، دلیل عقل است. دلیل عقل به شکل‌های گوناگونی تقریر شده است. در تقریری که مبتکر آن محقق نائینی است، آمده است

مکلف وقتی در باب تزاحم گرفتار می‌شـود، تکلیفِ اهم ازآن‌جهت که اهمّ است مکلف را از پرداختن به تکلیف غیر اهم عاجز می‌کند اما تکلیف غیر اهم نمی‌تواند مکلف را از پرداختن به تکلیف اهم عاجز کند. عجز مکلّف از پرداختن به تکلیف غیر اهم، شرط قدرت را منتفی می‌کند. وقتی مکلف نسبت به تکلیف غیر اهم، قدرتش را از دست داد، تکلیف غیر اهم فعلیت خود را از دست می‌دهد (نائینی، ۱۳۵۲، ۲۷۷/۱). برخی اصولیان با اسـتناد به همین مسـتند عقلی، بدین باور رسیده‌اند که هر خطاب شـرعی، مقید به این قید اسـت که مکلف، اشتغال به یک ضدّ واجب که اهمیتش کمتر از مفاد این خطاب نباشد، نداشته باشد (صدر، ۱۴۱۷ ق، ۲۷/۷ و ۶۱). به‌عبارت‌دیگر، هر خطاب شرعی مقید به این قید است که مکلف، اشتغال به یک تکلیف دیگر که با مفاد این خطاب، مسـاوی یا از آن مهم‌تر باشد، نداشته باشد (صدر، ۱۴۱۷ ق،۶۶/۷).

۳/۱. دفع افسد به فاسد

یکی از مصادیق قانون اهم و مهم «دفع افسد به‌وسیله فاسد» است. این قانون که چیزی جز اهمیت‌سـنجی در مفسدهٔ محرّمات نیست، بیان می‌کند که اگر ارتکاب یکی از دو عمل حرام، گریزناپذیر شده باشد، چند آن‌که مکلف گریز و گزیری از ارتکاب یکی از آن دو نداشته باشد در این صورت باید یکی از آن دو را که مفسده کمتری دارد، انتخاب کند.

برخـی از فقیهان امامیه قاعده دفع افسـد به فاسـد را چنان روشـن و خرد یاب می‌دانسته‌اند که تأکید کرده‌اند در چنین فرضی که مکلف بین افسد و فاسد گرفتار آمـده، اگر حرام بزرگ‌تر (افسـد) را انجام بدهد هیچ عذری بـرای او وجود ندارد (امام‌خمینـی، ۱۴۲۹ ق، ۳۹۶؛ امام‌خمینـی، ۱۴۰۹ ق، ۲۴۷/۱). این مطلب همان حکمی عقلی اسـت که ظاهراً برخی از بزرگان آن را قاعدهٔ فقهی می‌دانند و با عنوان «قاعدهٔ جواز ارتکاب أقلّ القبیحین» از آن یاد کرده‌اند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۲۶/۱).

۲. دیدگاه‌ها درباره قید «وحدت مکلف»

با توجه به این‌که مسئلهٔ وحدت مکلف در کتب اصولی مطرح نشده، ناگزیر باید

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

دیدگاه‌ها را از لابه‌لای کلمات فقهی اســتخراج 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

جســتجو در ابواب مختلف فقهی نشــان می‌دهد که در برخی از فروع فقهی، با این‌که شــروط باب تزاحم وجود داشته، فقیه به جهت متعدد 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، مســئله دروغ گفتن برای اجتناب از حرام‌های دیگر است. شیخ اعظم انصاری چنین کذبی را از مصادیقِ قاعدهٔ «وجوب انتخاب اقل القبیحین» دانسته است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ۲۱/۲) و برخی از بزرگان مسئله را بومی باب تزاحم دانســته‌اند (خویی، ۱۴۱۲ ق، ۴۰۳/۱؛ روحانی قمی، ۱۴۲۹ ق، ۱۹۲/۲). سید عبدالحسین لاری در بررسی این فرع فقهی، سخن شیخ را از دو جهت نقد کرده است که یکی از آن دو، به مســئله وحدت مکلف بازمی‌گردد. ایشــان صراحتاً قاعده ارتکاب اقل القبیحین را ویژهٔ مواردی دانسته است که دو تکلیف بر عهدهٔ مکلف واحدی آمده باشد. ازآنجاکه قاعده ارتکاب اقل القبیحین یکی از راه‌های برون‌رفت از باب تزاحم است، مشخص می‌شــود 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 این‌که مکلف دوم مرتکب فعل قبیح‌تری نشــود، جایز نیست چنان‌که ارتکاب یک ظلم کوچک، برای این‌که شــخص دیگری مرتکب ظلم بزرگی نشــود، جایز نیست؛ چون ازنظر عقلی قبیح و برخلاف ضرورت است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۰۰/۱).

۲/۱/۲. اعانه ظالم و قبول ولایت جائر

یکی از مسلّمات اسلام، حرمت یاری‌کردن ظالم است (مفید، ۱۴۱۳ ق، ۵۸۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ ق، ۳۶۵). افــزون بر حرمت یاری ظالمــان، حکم فقهی دیگری با عنوان حرمت

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

مشــکلی 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، ۲۵۴/۱) چنان‌که رساندن زکات واجب به مستحقان را نیز تکلیف کسی جز مالک، امــام یا عامل نمی‌دانند (حلــی، ۱۴۰۸ ق، ۱۵۲/۱). بدین ترتیب، از منظر این فقیهان، شــکل‌گیری باب تزاحم با چالش وحدت یا تعدد مکلف، مواجه می‌شود؛ چون هرکســی که مکلف به حرمت همکاری با ظالمان اســت، تکلیف دفع ظلم و رساندن صدقات به مستحقان را بر عهده ندارد.

نقش وحدت مکلف در تحقّق تزاحم امتثالی

برای همین اســت که برخی دیگر از فقیهان، این مســئله را از باب تزاحم خارج کرده‌اند؛ زیرا التفات داشــته‌اند که وحدت مکلّف از شروط باب تزاحم است و در اینجا دو حکمْ بر عهدهٔ 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 ظلــم را برای این‌که دیگران بتوانند تکالیف اهمّشــان را امتثال کنند، جایز نمی‌داند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۲۶/۱). در باور ایشان، خروج مسئله از باب تزاحم آن‌قدر روشن است که وقتی شیخ انصاری پس از بررسی مسئله قبول ولایت جائر، می‌نویسد: «فتأمل»، سید لاری این تعبیر را نیز اشاره به همین مطلب می‌داند که خود شیخ هم این مسئله را بومی باب تزاحم نمی‌دانسته اســت (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۷۸/۱). این‌که مکلفی بخواهد ظلم قلیل را مرتکب شود تا مکلف دیگری ظلم کثیر را ترک کند، از منظر سید لاری یکی از غریب‌ترین توهّمات ضد عقلی و ضد نقلی است (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱۴/۱).

فقیه دیگری که این مسئله را به سبب عدم وحدت مکلف، از باب تزاحم خارج کرده، امام‌خمینی رحمه‌الله‌علیه اســت. ایشان برای تبیین دیدگاه خود، ابتدا این فرع را مطرح

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

می‌کند که فرض کنید مکلّفی بین قتل نفس محترم و شرب خمر ناگزیر است یکی را انتخاب کند. سپس توضیح می‌دهد که این مثال را بومی باب تزاحم می‌داند؛ زیرا در اینجا حرمت قتل نفس محترم و حرمت شرب خمر، دو حکم هستند که بر عهدهٔ 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 تزاحم نخواهد بود (امام‌خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۴/۲) تا بتوان برای برون‌رفت از آن، از ضابطهٔ اهمّ و مهم بهره جست. به‌طورکلی در باور امام‌خمینی رحمه‌الله اگر دو تکلیف به دو مکلف جداگانه تعلق یافته باشد، مسئله بومی باب تزاحم نیست مگر این‌که تکلیفِ مکلّفِ دوم از محرماتی باشد که مبغوضیت مطلق داشته باشند و دفع آن‌ها بر همهٔ مکلفان ازجمله مکلف اول، واجب باشد (امام‌خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۶/۲).

امام‌خمینی رحمه‌الله درجایی دیگر این مثال را پیش کشیده‌اند که اگر مکلفی را اکراه کنند که یا باید زید را بکشی 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 بگوید دفاع از جان دیگران حتی درجایی 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 این‌که یا خودش به‌تنهایی شرب خمر کند یا آن‌که جمع کثیری مرتکب شرب خمر خواهند شد که نمی‌توان ضابطهٔ اهم و مهم را در آن اجرا کرد. باید گفت که امام‌خمینی رحمه‌الله در فرجام بحث اشاره کرده‌اند که اگر مکلف را مخیر کنند بین این‌که یا رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله را می‌کشیم یا باید فلانی را بکشی، در این صورت باید فلانی را بکشد تا جان رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله حفظ شود؛ چراکه شارع، حفظ جان رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله را درهرحال واجب می‌داند (امام‌خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۲۳۲/۲).

روشن است که در مثال اول، امام‌خمینی رحمه‌الله درصدد این هستند که نشان دهند دربارهٔ تکلیف دوم (حرمت قتل آن چند نفر) هیچ تکلیفی متوجّهِ مکلفِ اول نشده

اســـت و تنهـــا تکلیفی که در این زمینـــه وجود دارد همان حرمـــت قتل آن چند نفر است که آن‌هم متوجّهِ این مکلفِ مکرَه نیست بلکه متوجهِ خود تهدیدکنندگان است و برای همین اســـت که مســـئله به مســـئلهٔ یک مکلف با دو تکلیفِ متزاحم، تبدیل نمی‌شود بلکه به مسئلهٔ دو مکلف با دو تکلیف جداگانه، تبدیل شده است و بدین ترتیب از باب تزاحم خارج می‌شود.

هرچند برخی از معاصران، این ســـخن امام‌خمینی رحمه‌الله را بدون این‌که چیزی به آن بیفزاینـــد یا از آن بکاهند، نقـــل کرده‌اند (علیدوســـت، ۱۳۹۶، ۴۵۳ -۴۴۰) اما برخی از شاگردان امام خمینی رحمه‌الله، این ســـخن امام رحمه‌الله را نقد کرده‌اند؛ چنان‌که آیت‌الله نوری همدانی به‌روشـــنی نوشـــته‌اند: «این دیدگاه ایشـــان که تزاحم امتثالی منحصر درجایی اســـت که تکالیف متعدد بر عهدهٔ 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 نســـبت به اعمال یکدیگر مسئول قرار داده است چندان‌که هرکدام از آن‌ها همان‌طور که نسبت به اعمال خودش مسئول است، نسبت به اعمال دیگران نیز مســـئول است. بدین‌جهت عقل بعید نمی‌داند که در تکالیفی که بر عهده چند نفر آمده نیز تزاحم رخ دهد (نوری همدانی، ۱۴۳۴ ق، ۲۳۷).

از ظاهرِ این توضیح، چنین برداشت می‌شود که این نزاع یک نزاع کبروی نیست؛ یعنی گویا در بـــاور آیت‌الله نوری اصل ادعای اصولـــی امام‌خمینی رحمه‌الله مخدوش نیست بلکه خدشـــه 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 بررســـی یکی از فروع باب تیمم، نیز اشـــتراط وحدت مکلف در باب تزاحم مورداشـــاره قرار گرفته است. در ابواب تیمم، این فرع فقهی بررسی می‌شود که یک مکلّفِ جنُب که نیاز به غسل واجب دارد و یک مکلّفِ مُحدِث که نیاز به وضوی 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 نمی‌دهد بلکه یا باید مکلف اول با آن غسل کند یا مکلف دوم با آن وضو بگیرد. از ظاهر کلمات برخی فقیهان برداشت می‌شود که مسئله را بومی باب تزاحم می‌دانسته‌اند (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 نکرده‌اند 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 می‌شود، فرع مربوط به بیماری مادر و جنینی است که حیات هریک از آن‌ها موجب مرگ دیگری می‌شود. گاه بیماری مادر و جنین چهارماهه‌ای که در شکم دارد، به‌جایی می‌رسد که فقط یکی از آن دو می‌تواند زنده بماند؛ یعنی اگر مادر جنینش را اسقاط نکند، خودش می‌میرد و اگر بخواهد خودش زنده بماند، باید جنین بمیرد. طبق فتوای بسیاری از فقیهان، در اینجا باید منتظر ماند تا یکی از آن‌ها به‌طور 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 مقدّم دانسته‌اند (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 یافته‌اند و طبق دیدگاه مشهور، هیچ‌یک از آن‌ها هم مرجّحی ندارد؛ چون نه اهمّ بودن جان مادر، محرز است نه اهمّ بودن جان جنین. به همین سبب، برخی فقیهان درباره تکلیف پزشک فتوا داده‌اند که پزشک باید صبر کند تا مرگ طبیعی یکی از آن‌ها خودبه‌خود فرارسد آن‌گاه برای درمان دیگری اقدام کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ۴۳۹/۱).

اما درباره تکلیف مادر، برخی فقیهان ابتدا التفات داده‌اند که حفظ جان دیگران تنها زمانی بر یک مکلف واجب می‌شود که خوف از دست دادن جان خودش را نداشته باشد (فیاض کابلی، بی‌تا، ۲۷۰/۲). چنین فقیهی در اینجا وجوب حفظ جان جنین

را بر عهدهٔ مادر نمی‌داند بلکه بر عهدهٔ پزشک می‌داند؛ چراکه مادر خوف بر جان خودش دارد اما پزشـــک هیچ خوفی ندارد. نتیجهٔ این دیدگاه این است که در ناحیه پزشک، دو تکلیف (وجوب نجات جان مادر و وجوب نجات جان جنین) بر عهدهٔ یک مکلف (پزشـــک) 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 ناحیهٔ مادر نیز هرچند دو تکلیف وجود دارد ولی مکلّفِ این دو تکلیف، واحد نیســـت چون حکم وجوب حفظ نفس بر عهـــدهٔ مادر و حکم وجوب حفظ جان جنین بر عهدهٔ پزشـــک آمده است؛ پس مسئلهٔ 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، ۲۷۰/۲). البته جای این اشـــکال بر این دیدگاه وجود دارد کـــه اطلاق ادلهٔ وجوب حفظ نفس در حدی نیســـت که شامل حفظ نفس از طریق قتل دیگری نیز بشود به‌ویژه آن‌که طبق برخی دیدگاه‌ها، برای وجوب حفظ نفس، دلیل لفظی وجود ندارد و فقط دلیل لبّی وجود دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ۴۰۰/۵).

دیدگاه دوم بر آن اســـت 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 ازاین‌رو مسئلهٔ مادر نیز بومی باب تزاحم است چون دو تکلیف (وجوب حفظ نفس و حرمت قتل دیگران) متوجه خود او شده است (خویی، ۱۴۱۸ ق، ۳۱۸/۹ و ۳۱۹).

بازخوانی دیدگاه‌هایی که در این فرع فقهی درباره تکلیف مادر ارائه شـــده، نشان می‌دهد کـــه ارباب این دو دیدگاه همگی پذیرفته‌اند که برای تحقّق باب تزاحم باید مکلف واحدی وجود داشـــته 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 شـــود ولی گروه دیگر به سبب نداشتن چنین تصویری از تکلیفِ دومِ مادر، مسئله را از باب تزاحم خارج کرده‌اند.

۲/۱/۵. تعارض ضررین

یکی از فروع مرتبط با تزاحم، فرع تعارض ضررین اســت. 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، شــخص نمی‌تواند برای دفع ضرر از خودش، ســبب ضرر را به‌سوی شخص دیگری هدایت کند. این ادعا نزد ایشان، به دو دلیل مستند شــده اســت. طبق دومین دلیل، ادله‌ای که دفاع از خــود در برابر ضرر را واجب کــرده، آن‌قدر اطلاق ندارد که شــامل این مصداق (مکلف بــرای دفاع از خود، ضرر را به‌ســوی دیگران هدایت کند) نیز بشــود؛ چراکه اگر قرار باشد هر مکلفی برای دفع ضرر از خود، ضرر را به‌ســوی شخص دیگر هدایت کند، شخص دیگر نیز همان ضرر را به‌ســوی مکلف اول هدایت می‌کند تا از خودش دفع کرده باشد و درنتیجــه در مضمون دلیل، تعارض رخ می‌نماید. محقق خویی در ادامه با تعبیر «نعــم» فرض دومی را تصویــر کرده و توضیح داده اســت: البته اگر ضرری که متوجه شــخص اول شده، از ضررهایی باشــد که دفع آن بر همگان واجب است، مکلــف می‌تواند با هدایت کردن ضرر به‌ســوی دیگران خود را از آن نجات دهد؛ چراکه در این صورت، مســئله بومی باب تزاحم می‌شــود (خویــی، ۱۴۱۲ ق، ۴۴۴/۱ و ۴۴۵).

طبق ظاهر عبــارت محقق خویی، در حالت اول دو مکلــف داریم که خطابِ وجوبِ دفاع از مال و نفس، منحل شــده 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 ســیل را به‌سوی خانه مکلف دوم هدایت کند ولی مکلفْ واحد نیســت تا داخل در باب تزاحم شــود اما در فرض دوم که بعد از کلمهٔ «نعم» تصویر شــده، وضعیت به‌گونه‌ای است که شخص دوم افزون بر حکم دفــاع از مال و نفس خود، مســئولیت و تکلیفی نیز در قبال شــخص اول دارد، در این صورت چون دو تکلیف برای یک مکلف ثابت شــده، مسئله بومی باب تزاحم 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 بینهٔ مدعی در محکمه غایب باشد و حاکم رسیدگی به ادعای او را به آینده موکول کرده باشد. در اینجا این مسئله مطرح می‌شود که آیا حاکم می‌تواند مدعی‌علیه 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 شده‌اند که قاضی باید یکی از این دو ضرر را که خفیف‌تر است انتخاب کند؛ یعنی مثلاً مدعی‌علیه را وادار به معرفی کفیل کند (مفید، ۱۴۱۳ ق، ۷۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۰ ق، ۳۳۹) اما دیدگاه این فقیهان با این نکته موردنقد قرار گرفته که رعایت اقل الضررین به‌جایی 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). به‌طورکلی فقیهان دیگری نیز دیده می‌شوند که وقتی دو ضرر متوجه شخص واحدی بشود، ترجیح از طریق اقل الضررین را اجرا می‌کنند اما اگر متوجه دو شخص بشود، از این ضابطه بهره نمی‌جویند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۷۸/۱). ترجیح از طریق اقل الضررین، با اشاره لطیفی که به اهم و مهم دارد، ظاهراً باب تزاحم را نشان می‌دهد. بر این اساس، این فقیهان بزرگوار نیز ظاهراً می‌خواهند به همین نکته اشاره کنند که در تحقق تزاحم، وحدتِ مکلف شرط است.

بااین‌همه، دیدگاه‌هایی که پیش از محقق نائینی ابراز شده، با استناد به قرینگی مقام امتنان در فهم حدیث لاضرر، بین وحدت و تعدّد مکلّف فرقی ننهاده 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 فرق 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 می‌گوید (انصاری، ۱۴۱۴ ق، ۱۲۵). برای همین است که پس از روشن‌تر شدن نظریه جامع باب تزاحم در مدرسه نائینی، در بررسی سخنان شیخ، گفته شده است که آن‌چه در کتاب «مکاسب» در مسئله تولّی ولایت جائر بیان شده است قابل دفاع

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

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

در پاره‌ای از فروع فقهی با این‌که مکلف، ظاهراً متعدد شــده اما فقیه مســئله را در چارچوب باب تزاحم، حل می‌کند. باید مشــخص شــود کــه در این فروع چه خصوصیتــی وجود دارد که تعدد ظاهری مکلف، مانع از اجرای باب تزاحم نشــده است. به برخی از این فروع اشاره می‌شود.

۲/۲/۱. توقف نجات جان رسول‌الله ﷺ بر شرب خمرِ یک مسلمان

یکــی از فروع فقهی که در آن، مکلــفِ واحدی وجود ندارد اما بااین‌حال بومی تزاحم قلمداد شده، این است که اگر نجات دادن جان رسول‌الله ﷺ از دست یک ظالم کافر، متوقف بر شرب خمرِ یک مسلمان بشود، در این صورت دو حکم شرعی در مقام امتثال، تزاحم یافته‌اند اما هریک از دو تکلیف بر عهدهٔ مکلف جداگانه‌ای آمده است؛ چون تکلیف نخست همان حرمت قتل رسول‌الله ﷺ است که بر عهده آن ظالم کافر آمده و تکلیف دوم نیز حرمت شرب خمر است که در فرض مسئله، بر عهده یک مســلمان آمده است. در اینجا با این‌که مکلف، متعدد است اما برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که قانون اهم و مهم اجرا می‌شود (امام‌خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۵/۲). از این‌که قانون اهم و مهم در اینجا اجرا شده معلوم می‌شود که این مسئله بومی باب تزاحم امتثالی انگاشته شده است.

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

نمونهٔ دومی که باوجود مکلّف متعدّد، بومی باب تزاحم انگاشته شده، این است که بنا بر اطلاق برخی فتاوا[1] چاپ کتاب ضلال و نگهداری آن به‌صورت مطلق حرام

۱. در ظاهر لسان متقدمان، حفظ کتب ضلال به‌صورت مطلق، حرام انگاشته شده است اما در لسان برخی از فقیهان متأخر، آن‌چه حرام انگاشــته شــده «حفظ کتب ضلال و نسخها لغیر النقض» 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؛ طرابلســی، ۱۴۰۶ ق، ۱/ ۳۴۵ و ... نیــز برای فتوای متأخــران، ن ک: آبی، ۱۴۱۷ ق، ۱/ ۴۴۰؛ حلّی ۱۴۰۸ ق، ۲/ ۴ و ...).

اســت (طوســی، ۱۴۰۰ ق، ۳۶۵) اما اگر برای ابطال حجت خصم باشد، حرمت چاپ و نشــر از فعلیت می‌افتد؛ یعنی بین حکم وجوب ابطال حجت خصم و حکم حرمت چاپ و انتشار کتب ضلال، تزاحم امتثالی وجود دارد و حکم حرمت چاپ و انتشار از فعلیت افتاده است درحالی‌که 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 متزاحم، به یک مکلف تعلق نیافته بلکه به دو مکلف تعلق یافته است ولی بازهم مسئله بومی باب تزاحم انگاشته شده است.

۲٫۲٫۳. گریم زنانه بر روی چهره مرد در باب تزاحم

به‌عنوان نمونه ســوم، بر چهره‌پردازان حرام اســت که مرد را شــبیه به چهره زنان چهره‌پــردازی (گریم) کنند. حالا اگر یک نیروی امنیتی مــرد، برای هدف اهمّی مانند نفوذ به اردوگاه دشــمن ناگزیر از اتخاذ چهره زنانه باشد، همین حکمِ حرمت، از فعلیت می‌افتد و بر چهره‌پرداز واجب می‌شــود که نیروی امنیتی مرد را به‌صورت زن درآورد. بعید است فقیهی در این مسئله مناقشه‌ای داشته باشد، درحالی‌که وجوب نفوذ به اردوگاه دشــمن، تکلیفی اســت که متوجه چهره‌پردازان نشــده بلکه متوجه نیروهای متخصصِ واجد شــرایط و کارکشتهٔ امنیتی شده است؛ پس در اینجا نیز دو حکم به دو مکلف تعلق یافته ولی مسئله بومی باب تزاحم است.

۳. تحلیل داده‌های منابع فقهی بر اساس تطوّر علم اصول

به نظر می‌رســد برای بررســی تاریخیِ وحدت مکلف و جایــگاه آن در تحقق تزاحــم امتثالی، ابتدا باید به تطوّر تاریخــی دیدگاه‌های اصولی درباره تزاحم نگاهی انداخــت. چنین نگاهی نشــان می‌دهد که مطالعات موضوع تزاحم امتثالی به ســه دوره قابل‌تفکیک است. نخستین دوره، دورهٔ پیش از شیخ اعظم انصاری است که فروع فقهیِ مشــتمل بر تزاحم امتثالی، در کتب فقهی بررســی می‌شود اما به تزاحم هنوز به‌مثابه یک مسئله اصولی نگاه نمی‌شود. دورهٔ دوم که از زمان شیخ انصاری تا پیش از نظریه‌پردازی‌های محقق نائینی ادامه می‌یابد، دوره مطرح‌شدن تزاحم به‌مثابه یک مسئله در دانش اصول است اما هنوز همهٔ ابعاد مسئله به‌وضوح و روشنی کامل

نرســیده تا مســئله به‌طور دقیق و همه‌جانبه حل شود. دوره سوم که از روزگار محقق نائینی شروع می‌شود، دوره‌ای است که مسئله تزاحم امتثالی از حدّ مسئلهٔ صرف بودن فراتر رفته و این فرصت به وجود آمده است که مسئله تزاحم امتثالی با تأملات محقق نائینی حل شده و به‌عنوان نظریه‌ای جامع مطرح شود (عشایری منفرد، ۱۴۰۱، ۲۷).

ازآنجاکــه پیش از محقق نائینی، باب تزاحم در علم اصول به‌صورت مســئله‌ای مســتقل به‌صورت همه‌جانبه بررسی نشده، باید دیدگاه فقیهان این دوره را از لابه‌لای کلمات فقهی‌شــان استخراج کرد. جستجو در میان منابع فقهیِ مربوط به دورهٔ پیش از طرح نظریه جامع باب تزاحم، نشــان می‌دهــد که در این دوره، التفات اجمالی یا تفصیلی به نظریه باب تزاحم امتثالی و شــروط تحقق باب تزاحم وجود ندارد. برای همین است که به‌راحتی نمی‌توان از دیدگاه‌های فقهی این دوره، موافقت یا مخالفت با اشتراط وحدت مکلف در تحقق تزاحم امتثالی را نتیجه گرفت.

بر این اســاس، اشــتراط وحدت مکلف در تحقق باب تزاحم را باید در دو برهه از تاریــخ علم اصول و علم فقه موردتوجه قــرار داد؛ برههٔ پیش از طرح نظریه جامع باب تزاحم امتثالی توســط محقق نائینی و دوره پس از طرح نظریه جامع باب تزاحم امتثالی. فقیهانی که مســائلی مانند قبول ولایت جائر و تعــارض ضررین را در برههٔ نخست، بررسی می‌کنند غالباً توجهی به این نکته ندارند که وحدت یا تعدد مکلف می‌تواند در شــکل‌گیری تزاحم امتثالی نقش داشته باشــد. با چنین نگاهی می‌توان حدس زد که شــاید تردید بزرگانی چون شیخ اعظم انصاری درباره تعارض ضررین در فرض تعدد اشــخاص، نیز ناشی از همین باشد که در آن روزگار، هنوز همه ابعاد تزاحم امتثالی به‌روشنی کافی نرسیده است. چنان‌که در دیدگاه‌های محقق خراسانی نیز اگر وحدت و تعدد مکلف به‌صورت جدی موردتوجه قرار نگرفته است باید ریشه در همین نکته داشته باشد.

بااین‌حال، محقق نائینی نیز هرچند خود مبتکر نظریه جامع باب تزاحم بود ولی از ایشان نیز توجه کافی به مسئله اشتراط وحدت مکلف، دیده نمی‌شود. در اینجا باید توجه داشت که در اندیشه محقق نائینی، ریشه باب تزاحم همیشه به عجز مکلف از امتثال برنمی‌گردد و این شــاگردان محقق نائینی بودند که دریافتند برای تحقق باب

تزاحم حتماً باید مکلف از امتثال دو حکم شـرعی عاجز باشـد (نائینی، ۱۳۵۲، ۲۷/۱؛ خویی، ۱۴۱۹ ق، ۷/۲). به نظر می‌رسـد آن‌چه محقق نائینی را از اندیشـیدن به وحدت مکلف بازداشته همین نکته است که تحقق تزاحم امتثالی در اندیشه او اعم از عجز مکلف بوده اسـت؛ یعنی در فرض عدم عجز نیز امـکان تحقق تزاحم 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»

تتبّع در آثار فقهی نشان داد که در بسیاری از مسائل فقهی وقتی دو حکم متزاحم، هرکدام بر عهدهٔ مکلف جداگانه‌ای آمده باشد، فقیهان مسئله را از باب تزاحم 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 باوجود تعدد مکلف، فقیهان مسـئله را از باب تزاحم خارج نمی‌کننـد 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.

۴/۱. علت اشتراط وحدت مکلف

برای بررسی این که چرا وحدت مکلف، در تحقق باب تزاحم شرط شده، پیش از هر چیز باید به کلمات بزرگان مراجعه شود. اغلب فقیهانی که درباره وحدت مکلف در تحقق باب تزاحم سخن به میان آورده‌اند، درصدد ارائه استدلال جامع‌ومانع برای این دیـدگاه نبوده‌اند بلکه در هنگامهٔ اثبات یا ابطال یک فرضیهٔ 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 قابل‌تجزیه است؛ چون مکلف گاه برای امتثال تکالیفی که بر عهدهٔ خودش آمده، ناگزیر است با ظالمان همکاری کند اما گاهی همکاری با ظالمان برای این اسـت که آن‌ها را در امتثال تکالیفی که

بر عهدهٔ خودشـــان آمده اســـت یاری کند. در هر یک از این دو حالت، همکاری با ظالمان ممکن اســـت در مواردی موجب ظلم به انســـان‌های دیگر بشود چنان‌که ممکن اســـت صرفاً مسبّب از حرمت شرعی باشـــد و حق‌الناس در آن ضایع نشود.

در ریز مسئلهٔ اول که مکلّف برای امتثال تکالیف شخصی خودش، ناگزیر است با ظالمان همکاری کند اما همکاری‌اش به ظلم و تضییع حق‌الناس 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 مسئلهٔ دوم که همکاری مکلف، برای امتثال تکالیفی است که بر عهده خودش آمده اســـت ولی این همکاری به ظلم و تضییع حق‌الناس منجر می‌شـــود، حتی اگر عمومات اضطرار بخواهد شـــامل این فرض بشود، مانعی در مقام وجود دارد؛ چون حرمت و قبح ظلمْ آبی از تخصیص اســـت و به‌وسیلهٔ ادله اضطرار رفع نمی‌شود.

در ریز مســـئلهٔ ســـوم و چهارم که انگیزه مکلف از همکاری با ظالمان، امتثال تکالیف شـــخصی خودش نیســـت بلکه این اســـت که آن ظالمان بتوانند تکالیف خودشـــان را امتثال بکننـــد، اولاً جواز همـــکاری مقتضی ندارد چـــون عمومات اضطرار، شـــامل این دو فرض نمی‌شـــود، ثانیاً در ریز مســـئله چهارم که همکاری منجر به ظلم نیز می‌شـــود، افزون بر نبود مقتضی، مانعـــی 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 این‌که در همکاری‌های منجر به ظلم، حرمت و قبح عقلیِ ظلم به‌گونه‌ای است که به‌وسیلهٔ ادلهٔ 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 آن‌که قاعدهٔ «جواز ارتکاب اقلّ القبیحین»

۱. وی درک عقل را درباره این گزاره کاملاً بدیهی می‌داند و برای اثبات نقلی این ادعا نیز به آیاتی مانند ﴿عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَ عَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ﴾ (نور/۵۴) و ﴿لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ﴾ (مائده/۱۰۵) و ... استناد کرده است. ظاهراً ایشان از آیات برداشت

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

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

در باور سید لاری، تفاوتی که ریز مسئله سوم و چهارم را از ریز مسئله‌های سابق جدا می‌کند، این اسـت که اعانهٔ ظالم وقتی برای انجام تکالیفی باشـد که بر عهده خود مکلف آمده، حرمتش به‌وسـیله ادله اضطرار قابل‌رفع است؛ چون برای مکلف اضطرار وجود دارد اما وقتی برای انجام تکالیفی باشـد که بر عهده مکلف دیگری آمـده، هیچ اضطراری برای مکلف اول وجود ندارد تا بخواهد با اسـتفاده از قاعده «جواز ارتکاب اقل القبیحین» که ویژه مضطر اسـت، 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 اقبح، 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 مولّدِ حکمِ «جواز ارتکاب عنوان کلیِ عمل قبیح» است و موضوع دوم نیز «دَوَران امر بین قبیح و اَقبح» است که ارتکاب قبیح را تعیین و واجب می‌کند (لاری، ۱۴۱۸ ق، ۱/ ۲۲۸).

۲/۱/۴. دیدگاه مختار

به نظر می‌رسـد برای یافتنِ چرایی اشـتراط وحدت مکلف، ابتدا باید نگاهی به ریشـه باب تزاحم افکند. در باب تزاحم امتثالی، دو حکم وجود دارد که به جهت عجز شـرعیِ مکلف، امکان به فعلیت رسیدن هر دو وجود ندارد. برای همین است که دو حکم شـرعی، بر سر اینکه کدام‌یک از آن‌ها به مرتبه فعلیّت برسد تا امتثالش

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 مکلّفان دیگر نمی‌زند تا مکلّفانِ دیگر درباره عصیان و اطاعت او مسئولیتی داشته باشند. هم‌چنین به آیات مبارکی مانند ﴿وَ لا تُطِعِ الْکافِرِین﴾ (أحزاب/۱)، ﴿وَ لا تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا﴾ (هود/۱۱۳) و ﴿وَ لا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنا قَلْبَهُ عَنْ ذِکْرِنا وَ اتَّبَعَ هَواهُ﴾ (کهف/۲۸) نیز اسـتناد کرده اسـت که ظاهراً مقصود ایشان این بوده است که بفهماند جائرانی که تکالیف خودشان را عصیان می‌کنند، از قبیل «الکافرین»، «الذین ظلموا» و «من اغفلنا قلبه» هستند که خداوند نه‌تنها 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، ۲۲۷/۱).

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

گذشــت که اصولیان پس از محقق نائینی، ریشــه باب تزاحم را «عجز مکلف از امتثــال دو تکلیف متزاحــم» می‌دانند (نائینــی، 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 شــرعی معنــا کرده‌اند. مراد از قدرت شرعی همین اســت که مکلف در هنگامی که یک تکلیف بر عهده او آمده، نباید تکلیــف دیگری که او را از انجــام متعلَّقِ تکلیف اول عاجز کند، بر عهده‌اش آمده باشد. به‌عبارت‌دیگر ذمهٔ 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 ۷/ ۲۶).

به‌طورکلی دربــاره رابطه قدرت و تکلیف دو دیدگاه عمــده وجود دارد؛ برخی از اصولیــان عجز را مانع از تکلیف می‌دانند و برخی دیگر قدرت را شــرط تکلیف می‌دانند. در اندیشه دوم، اشتراط قدرت برای تکلیف به سه شکل تفسیر شده است: تفســیر اول به اشتراط قدرت در متعلَّقِ تکلیف برمی‌گردد؛ یعنی عقل حکم می‌کند که تکلیف کردنِ شــخص عاجز، قبیح اســت. 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 به‌سوی امر غیرمقدور امکان ندارد تا عقل بخواهد آن را قبیح بدانید 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 تفاســیر، قدرت را چه شرطی برای متعلَّق تکلیف بدانیم و چه شرطی برای عنصــر امتثال بدانیم، درهرحال باب تزاحم بابی اســت که در آن، وجود حکم اهم و تعلق آن به ذمهٔ مکلف، او را از امتثال حکم مهم عاجز کرده اســت. همین عجز موضوعی است که عقل بر اساس آن حکم به عدم فعلیت حکم مهم می‌کند تا حکم اهم مقدم شود. به‌عبارت‌دیگر وجوب عقلی تقدیم اهم بر مهم، یک حکم است که

موضوعــش «عجز مکلف در مقام امتثال» اســت. بی‌گمان برای این حکم عقلی، تحقق موضوع (عجز) ضرورت دارد و بدون این عجز نمی‌توان ســخن از تقدیم اهم و بر مهم به میان آورد.

حال سخن در این است که وقتی خطاب اوّل به مکلّف اول توجه یافته و خطاب دوم نیــز به مکلّــف دوم توجه یافته باشــد، حتی اگر این دو حکــم در مقام امتثال قابل‌جمع نباشــند، اما چون هر خطاب به مکلف جداگانه‌ای تعلق یافته، خطاب این مکلــف هیچ ربط و علقــه‌ای با مکلف دیگر ندارد تا بخواهــد او را از امتثال حکم دیگری که بر عهده خودش آمده، عاجز کند؛ بنابراین عجز از امتثال یا عجز از اتیان متعلَّق تکلیف که عنصر هویت‌بخش باب تزاحم بود در اینجا منتفی و درنتیجه مسئله از باب تزاحم خارج می‌شود.

۴/۲. علت عدم اشتراط وحدت مکلف

نقش وحدت مکلف در تحقّق تزاحم امتثالی

چنان‌که گذشــت، نکتهٔ اصلی در اشتراط وحدت مکلف، این است که وقتی دو مکلف با دو حکم متنافیِ جداگانه وجود داشته باشد، اشتغال ذمه مکلف دوم به تکلیف دوم موجب عجز مکلف اول از امتثال حکم اول نمی‌شــود تا حکم اول از عهدهٔ او ساقط شود اما باید به این نکته توجه داشت که گاه حکمی که بر عهده مکلف دوم آمده، به‌گونه‌ای اســت که با مکلّف اول نیز بی‌ارتباط نیست چنان‌که گاه به نحو واجب کفایی به مکلف اول نیز ارتباط می‌یابد؛ بنابراین مکلف اول، با نگاه دقیق، دو تکلیف بر عهده دارد و بدین‌جهت مســئله بومیِ باب تزاحم است. برای همین اســت که وقتی به مکلفی می‌گویند اگر شــراب ننوشی رسول‌الله ﷺ را مکلــف دیگری خواهد کشــت، همین مکلف دو تکلیــف دارد؛ یکی درباره شــرب خمر و دیگری درباره نجــات جان رســول‌الله ﷺ، چنان‌که درباره کتب ضلال، تکلیف متوجه ناشــر نیز شــده است و ناشر دو تکلیف دارد؛ یکی حرمت انتشار کتاب ضلال و دیگری وجوب همکاری در دفاع از احکام اسلامی و ابطال شــبهات مربوط به آن. در این موارد کــه در ناحیهٔ مکلف، وحدتِ تعدّدنُما وجود دارد، همین‌کــه بعد از دقت و تحلیل معلوم می‌شــود که دو تکلیف بر عهدهٔ یک

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

مکلف آمده، تعدد مکلف به وحدت مکلف منقلب شـــده و درنتیجه مسئله بومی باب تزاحم می‌شود.

نتیجه‌گیری

تنوع نمونه‌های ذکرشـــده در بخش نخست تحقیق، نشان داد که مسئله وحدت مکلف در تحقق تزاحم امتثالی، مســـئله پرکاربردی اســـت که دامنه ثمراتش، از فقه فردی تا فقه فرهنگ و فقه پزشکی ساری و جاری است. از سوی دیگر برای این‌که اشـــتراط وحدت مکلف در باب تزاحم امتثالی اثبات شـــود، این استدلال اقامه شد کـــه در باب تزاحم، آن‌چه که موجب تقدم تکلیـــف اهم و عدم فعلیت حکم مهم می‌شـــود، عجز مکلف از امتثالِ تکلیفِ مهم اســـت. این عجز نیز ناشی از آن است که ذمهٔ مکلف به یک تکلیف اهم، مشغول شده و به همین جهت قدرت لازم برای امتثال حکم مهم، منتفی شده است درحالی‌که وقتی دو تکلیف متنافی به دو مکلف جداگانه تعلق می‌گیرد، تکلیف اهم که بر عهدهٔ مکلف اول آمده، تأثیری بر انتفای قدرت مکلف دوم ندارد تا عجز محقق شود. وقتی عجز محقق نشد، مسئله از باب تزاحم خارج می‌شود مگر این‌که تکلیف مهم از تکالیفی باشد که شارع تحقق آن را از همه مکلفان خواسته است؛ چون در چنین فرضی، ممکن است یک مکلف، دو تکلیف داشته باشد و بدین‌جهت، مسئله بومی باب تزاحم شود. لازمه این استدلال، آن است که وحدتِ مکلف در باب تزاحم، یک شرط عقلیِ غیرقابل تخصیص است و فروعی که در آن‌ها تعددنُمایی وجود دارد، از این شرط استثنا نشده‌اند بلکه با ارجاع به وحدت مکلف، بازهم این شـــرط، درباره آن‌ها رعایت شـــده است. حسب یافتهٔ این تحقیق، به‌عنوان یک راه‌حل فقهی، شایسته است فقیه در هنگام حل مسئله‌های تزاحم‌بنیان، هرگاه وحدت مکلف را مشـــکوک یافت این نکته را نیز توجه کند که این حکم از احکامی اســـت که شـــارع تحقق آن را از یک مکلف خواسته یا از همه مکلفان.

منابع

قرآن کریم

آبی، حسن بن ابی‌طالب. (۱۴۱۷ ق). **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**. چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

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

امام‌خمینی، سید روح اللّه. (۱۴۰۹ ق). **تهذیب الأصول**. مقرر جعفر سبحانی، قم: دار الفکر.

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

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

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۴ ق). **رسائل فقهیة للشیخ الانصاری**. 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). **فرائد الاصول**. چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

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

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

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

حلی، نجم‌الدین. (۱۴۰۸ ق). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. چاپ دوم. قم: اسماعیلیان.

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

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

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۹ ق). **دراسات فی 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)، **منتقی الأصول**. قم: دفتر آیت‌الله روحانی.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ ق). **نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء**. قم: مؤسسه الامام الصادق علیه‌السلام.

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

طرابلسی، ابن براج. (۱۴۰۶ ق). **المهذب**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۰ ق). **النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی**. چاپ دوم، بیروت: دار الکتاب العربی.
عشایری منفرد، محمد(۱۴۰۱). نظریه جامع باب تزاحم 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، محمدتقی. (۱۴۰۷ ق). **قواعد الفقیه**. چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء.
فیّاض کابلی، محمد اسحاق. (بی‌تا). **تعالیق مبسوطة علی العروة الوثقی**. قم: انتشارات محلاتی.
قمی، سید تقی. (۱۳۷۱). **آراؤنا فی أصول الفقه**. قم: محلاتی.
کاظمی، محمدعلی. (۱۳۷۶). **فوائد الأصول تقریرات درس میرزای نائینی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ ق). **کتاب القضاء للگلبایگانی**. 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، محمدحسن. (۱۴۰۴ ق). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء 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 البیت علیهم السلام**، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۱ ق). **اضواء و آراء؛ تعلیقات علی کتابنا بحوث فی علم الأصول**. قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
هاشمی‌شاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۱۷ ق). **بحوثٌ فی علم الاصول**. تقریرات درس خارج آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۶ ق). **مصباح الفقیه**. قم: مؤسسه الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

References

The Holy Qur'ān.

Ābī, Ḥassan ibn Abī Ṭālib. 1996/1417. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiī*. Edited by 'Alī Panāh Ishtihārdī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

Ibn Barrāj al-Ṭirāblusī, 'Abdulazīz. 1985/1406. *Al-Muhadhab*. Qom. Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.

al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1988/1409. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Edited by Jaʿfar al-Subḥānī al-Tabrīzī. Qom: Dār al-Fikr.

al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Al-Makāsib al-Muḥaramah*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.

al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī).2008/1429. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.

Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1993/1414. *Ras'il Fiqhīyah*. Qom: al-Muʾtamar al-ʿĀlamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Miʾawīyya al-Thānīyya li Mīlād al-Shaykh al-Aʿẓam al-Anṣārī.

al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib.* Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Mīlād al-Shaykh al-A'ẓam al-Anṣārī.

al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farā'id al-Uṣūl.* Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.

Bahjat Gīlānī Fūmanī, Muḥammad Taqī. 2002/1423. *Wasīlat al-Nijāt*. 2nd. Qom: Intishārāt Shafaq.

al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1991/1412. *Miṣbāḥ al-Fiqāhah*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī. Beirut: Dār al-Hādī.

Ḥillī, Ḥusayn. 2011/1432. *Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Maktabat al-Fiqh wa al-Uṣūl al-Mukhtaṣat.

al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.

al-Khāwnsārī al-Najafī, Mūsā ibn Muḥammad. 1952/1373. *Risālat fī Qā'idat Nafy al-Ḍararr*. Tehran: al-Maktabat al-Muḥammadīyah.

al-Mūsawī al-Khuʾī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Mawsū'at al-Imām al-Khu'ī.* Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khuʾī.

al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid *Maḥmūd. 1998/1419.* Dirāsāt fī 'Ilm al-Uṣūl. Taqrīrāt Sayyid al-Khu'ī. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.

al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 2008/1429. *Minhāj al-Fiqāhah*.5th. Qom: Anwār al-Hudā.

al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, Sayyd Muḥammad. 1992/1413. *Muntaqī al-Uṣūl*. Taqrīr (writen by) 'Abd al-Ṣāḥib al-Ḥakīm. Qom: the Office of al-Sayyid al-Ḥusaynī al-Rawḥānī.

al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1997/1418. *Niẓām al-Qaḍā' wa al-Shihādat fī al-Sharī'at*

al-Islāmīyya al-Gharrā'. Qom: Mu'asissat al-Imām al-Ṣādiq.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1988/1409. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu bihī al-Balwā.* 2nd. Beirut: Mu'assasat al-A'lamī li al-Maṭbū'āt.
Ibn Barrāj al-Ṭirāblusī, 'Abdulazīz. 1985/1406. *Al-Muhadhab*. n.p. Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī).1979/1400. *al-Nihāyat fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā.* 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
'Ashāyirī Munfarid, Muḥammad. 2022/1401. *Naẓarīyih-yi Jāmi'-i Bāb-i Tazaḥum az Ibtikārāt-i Muḥaqiq Nā'īnī*. Faṣlnāmih-yi Pazhūhish-hāyi Uṣūlī, 9 (32), 27-54.
'Alīdūst, Abulqāsim. 2017/1396. *Fiqh wa Maṣlaḥat*. 4th. Tehran: Intishārāt-i Pazhūhish-gāh-i Farhang wa Andīshih.
Faqīh, Muḥammad-Taqī. 1986/1407. *Qawā'id al-Fiqhīyah*. 2nd. Beirut: Dār al-Aḍwā'.
Fayyāḍ Kābulī, Muḥammad Isḥāq. n.d. *Ta'ālīq Mabsūṭat 'alā al-'Urwat al-Wuthqā*. Qom: Intishārāt Muḥallātī.
al-Ṭabāṭbā'ī al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 1992/1371. *Ārā'unā fī Uṣūl al-FIqh.* Qom: Maḥallātī.
al-Kāẓimī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. 1997/1376. *Fawā'id al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Mīrzā al-Nā'īnī).* Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Mūsawī al-Gulpāygānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1413. *Kitāb al-Qaḍā*. Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
Al-Lārī, Sayyid 'Abd al-Ḥusayn. 1998/1418. *al-Ta'līqat 'Alā al-Makāsib*. Mu'asisat al-Ma'ārif al-Islāmīyah.
Ibn Nu'mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqni'at.* Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
Al-Gharawī al-Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā'īnī, Mīrzā Nā'īnī). 1973/1352. *Ajwad al-Taqrīrāt. Taqrīrāt al-Sayyid al-Khu'ī).* Qom: Maṭba'at al-'Irfān.
al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām.* 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
Al-Nūrī al-Hamdidānī, Ḥusayn. 2012/1434. *Al-Amir bi al-Ma'rūf wa al-Nahy 'an al-Munkar Buḥūth al-Fiqhīyat.* 4th. Qom:Intishārāt Mahdī Maw'ūd.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2002/1423. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt ('A)*. Qom: Mu'asissat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2010/1431. *Aḍwā' wa Ārā'; Ta'līqāt 'alā Kutubunā Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl.* Qom: Mu'asissat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 1996/1417. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl. Taqrīrāt Sayyid Muḥammad Bāqir al-Ṣadr*. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
Hamidānī, Riḍā. n.d. *Miṣbāḥ al-Faqīh.* 1995/1416. Qom: al-Maktabat al-Ja'farīya li Iḥyā' al-Turāth & Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence

Hossein ShamKhali[1] ; Abdolhamid Vaseti[2]; Morteza Norozi[3]
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

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

ABSTRACT

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-‘amalī), 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:

1. *Shamkhali. H & others. (2024).* **Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence**. *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*; 10(36), 37-65.

© The Author(s).

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

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

راهکارهای توسعهٔ تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه [1]

حسین شم‌خالی مقدم[1] ✉ ؛ عبدالحمید واسطی[2]؛ مرتضی نوروزی[3]

۱. دانش‌آموختهٔ سطح سه حوزه علمیه مشهد؛ مشهد، ایران. (نویسنده مسئول) رایانامه: shamkhalihossein824@gmail.com
https://orcid.org/0009-0000-4564-9995

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

۳. استادیار گروه فقه جامعة‌المصطفی العالمیة مشهد؛ مشهد، ایران. رایانامه: mortezanoruzi70@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۲۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸

چکیده

دانش فقه به لحاظ موضوعات تخصّصی 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 روشـــمند انجام شود، گذشته از آنکه به نحو مطلوبی پاســـخگوی مسائل چندوجهی و پیچیدهٔ عصر حاضر خواهد بود، می‌تواند با ایجاد تحوّلات بنیادین، سرآغاز دوره‌ای جدید از ادوار این دانش نیز محسوب شود. بررسی راهکارهای توسعهٔ تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه از طریق ارائهٔ راهکار برای تحقیقات این‌چنینی، مسئله‌ای است که این تحقیق درصدد پاســـخ به آن است. در این مقاله بعد از تبیین چیستی و چگونگی تحقیقات میان‌رشته‌ای،

۱. شم‌خالی. حسین و همکاران(۱۴۰۳). راهکارهای توسعهٔ تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰ (۳): ۳۶ صص: ۳۷-۶۵. https://doi.org/10.22034/jrj.2024.69186.2824

ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان

به‌طور تطبیقی دو نمونه از تحقیقات میان‌رشـــته‌ای در فقه که نتایج قابل‌ملاحظه‌ای در پی داشـــته، بررسی شده اســـت. دســـتاورد این تحقیق که روش آن در جمع‌آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و در بررسی اطلاعات مشتمل بر توصیف، تحلیل، استدلال و نقد است،ارائهٔ مدل هفت مرحله‌ای در مورد میان‌رشـــته‌پژوهی موازی و ارائهٔ مدل پنج مرحله‌ای در مورد میان‌رشته‌پژوهی طولی است.

کلیدواژه‌ها: فقه میان‌رشـــته‌ای، راهکار میان‌رشـــته‌ای، راهبرد میان‌رشته‌ای، میان‌رشته‌ای موازی، میان‌رشته‌ای طولی، راهکار توسعهٔ میان‌رشته‌ای در فقه.

مقدمه

مطالعهٔ تحوّلات علوم در مغرب‌زمین بیان‌گر آن است که علوم به لحاظ تلفیق و تفریق ســـه دورهٔ متفاوت را پشت سر گذاشته‌اند؛ **دورهٔ نخست:** دورهٔ تلفیق قدرتمند میان فلســـفه و علم که مربوط می‌شود به آغاز پیدایش علوم در یونان باستان در سدهٔ شـــش قبل از میلاد که تا اواخر قرن هفدهم میلادی ادامه یافته اســـت. در این دوره علاوه بر امتزاج فلسفه و علم، شاهد پیوستگی رشته‌های گوناگون علمی نیز هستیم. **دورهٔ دوم:** دورهٔ گسست علم از فلسفه و تخصّصی شدن علوم و پیدایش رشته‌های مختلف علمی که هم‌زمان با ظهور نیوتن (۱۶۴۲ـ ۱۷۲۷)، در اواخر قرن هفدهم آغاز و تا دهه‌های نخســـتین قرن بیستم امتداد می‌یابد. **دورهٔ ســـوم:** دورهٔ تلفیق و آمیزش مجدّد علوم که ابتدا در قالب برنامه‌های آموزشی در دههٔ 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 رشـــته‌ای،[1] میان‌رشـــته‌ای،[2] فرا رشته‌ای[3] و ... به منصهٔ ظهور رسیده است (ریسمانباف، ۱۳۸۸، ۱۱۳).

پروفسور رادنیستکی[4] در مقدمهٔ هفتادصفحه‌ای خود بر کتاب «اقتصاد فراگیر»

1.Multidiscip linary

2.Interdiscip linary

3.Metadiscip linary

4.Gerard Radnitzky

اظهار داشــته است که «تقسیم‌بندی و جدایی مرسوم رشــته‌های علمی دانشگاهی مبتنی بر نظام ثابتی نیســت بلکه منعکس‌کنندهٔ تحــوّلات تاریخی و حتّی تا حدود زیادی نتیجهٔ مصلحت‌های اداری است.» (تمدّن، ۱۳۷۸، ۱۷).

گذشــته از آنکه امروزه ضرورت پژوهش‌های میان‌رشته‌ای، بخصوص در حوزهٔ علوم انســانی، مورد وفــاق عموم محققان، متفکّــران و صاحب‌نظران اســت، این پژوهش‌ها در دانش فقه به لحاظ موضوعات تخصّصی آن و به لحاظ مناســباتی که بــا دانش‌هایی همچون اخلاق، عرفان عملی و حقوق دارد، ضرورتی مضاعف یافته اســت. بااین‌همه تاکنون در میان تحقیقاتی که در کشــور ما در حوزهٔ میان‌رشته‌ای صورت گرفته، راهکار مشخّص و منضبطی نه‌تنها برای تحقیقات این‌چنینی در فقه، بلکه در سایر رشته‌های علمی نیز ارائه نشده است و اغلب تحقیقات میان‌رشته‌ای به نحو ارتکازی و ناخودآگاه انجام شــده است. در این مقاله تلاش شده تا متناسب با انحاء پژوهش‌های میان‌رشــته‌ای در حوزهٔ دانش فقه، راهبرد و راهکار عملیاتی ارائه شــود و از این طریق قدمی در راستای توســعهٔ تحقیقات میان‌رشته‌ای در دانش فقه برداشته شود.

میان‌رشــته‌ای در قرن بیست و یکم به واژه‌ای فراگیر برای تغییر تبدیل شده است (کلاین، ۲۰۰۸). ضرورت پاسخ‌های کاربردی به مشکلات پیچیدهٔ این عصر و ضرورت کل‌نگری و نگاه جامع به علوم در عصر تشــتّت و پراکندگی رشــته‌های علمی، دو ضرورتی اســت که تحقیقات میان‌رشته‌ای مدّعی پاســخ‌گویی به آن‌هاست (هوبنتال، ۱۹۹۴، ۵۶؛ تمدّن، ۱۳۷۸، ۱۵). به همین دلیل در عصر حاضر تحقیقات میان‌رشــته‌ای در دانش فقه نیز ضروری اســت؛ زیرا از یک‌ســو محققان علــوم اسلامی کم‌وبیش به این نتیجه رســیده‌اند که متفرّق بینی و پراکنده نگــری در حوزهٔ علوم دینی از دقّت تحقیقات در این حوزه کاســته و کارآمدی نتایج ایــن پژوهش‌ها را تحت تأثیر قرار داده اســت و دریافته‌اند که چاره‌ای جز ملاحظهٔ ارتباطات علوم اسلامی با یکدیگر به‌منظور دست‌یابی به نگرشی نظام‌مند به مجموعهٔ این علوم نیست (واسطی، ۱۳۸۸، ۶۳-۶۶) و از سوی دیگر به‌تدریج معلوم شد که افتاء و بیان نظر دین در مورد موضوعات پیچیدهٔ امروزی که ابعاد و زوایای گوناگونی دارد، خارج از توان فقاهت تک‌رشته‌ای

اســـت بلکه برخی بر این باورند که از مطالعات چند رشته‌ای نیز کار چندانی ساخته نیســـت؛[1]عدم ورود فقیه به موضوعات تخصّصی و بسندگی به توصیفات کارشناس، منجرّ به افزایش فتاوای تعلیقی می‌شود که جز حیرت و سرگردانی مکلّفین دستاوردی به همراه ندارد.[2]

بدیهی اســـت مادامی که راهکاری برای پژوهش‌های میان‌رشـــته‌ای در فقه تبیین نشـــود و هر محقّقی بر اساس ارتکازات خویش و به سلیقهٔ خود در این عرصه ورود نماید، نه‌تنها نباید انتظار شکوفایی فقه در پرتوی تحقیقات این‌چنینی را داشت بلکه باید در انتظار ابهامات پژوهش‌هایی این‌چنینی و التقاط‌انگاری آن‌ها از ســـوی دیگر محقّقین باشیم.

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

بر اســـاس فحصی که انجام شـــد، تاکنون تحقیقی که مشـــخّصاً از راهکارهای میان‌رشـــته‌پژوهی در فقه بحث نموده باشد، یافت نشـــد. تحقیقاتی که در کشور ما در ارتباط با مبانی و روش‌شناسی میان‌رشته‌پژوهی، چه در حوزهٔ علوم دینی و چه در سایر علوم، به‌عمل‌آمده، عمدتاً ناظر به چیستی و ضرورت این رویکرد و نهایتاً تبیین راهبرد آن اســـت. دکتر ابراهیم برزگر که از پیشـــگامان در عرصهٔ بررسی‌های مربوط به مطالعات میان‌رشـــته‌ای محسوب می‌شوند، در بررســـی راهکارها و سازوکارهای میان‌رشته‌ای به چهارده راهکار پژوهشی ازجمله برگزاری همایش بین‌رشته‌ای، برگزاری میزگرد از صاحب‌نظران چند رشته‌ای و راه‌اندازی مجلّهٔ میان‌رشته‌ای و شش راهکار آموزشـــی ازجمله ایجاد دانشکده‌های بین‌رشـــته‌ای و طراحی واحدهای بین‌رشته‌ای اشـــاره نموده‌اند (برزگر، ۱۳۸۶، ۲۸۰). همچنین در مقاله‌ای با عنوان «راهکار همگرایی

۱. در چند رشـــته‌ای فقیه، نظر کارشناسان را در حوزهٔ تخصّصی ایشـــان به‌عنوان اصول موضوعه می‌پذیرد. با توجّه به اجتناب‌ناپذیری اختلافات متخصّصین، 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 تخصّصی، تا حدّ قابل‌توجّهی کاهش می‌یابد.

۲. ازجملـــه می‌توان به برخی از اســـتفتائات مربوط به بازارهـــای مالی جدید نظیر بازار رمزارزها، بـــازار فارکس، بازار مشتقات، بازار پول و ... اشاره نمود.

رشـــته‌های علمی در مطالعات میان‌رشته‌ای» به استناد پژوهشـــی که در اواسط دهۀ ۱۹۸۰میلادی در دانشگاه ایموری ایالات‌متحدۀ امریکا انجام شده است، عقلانیت ارتباطـــی هابرماس، مبتنی بر گفتگوی انتقادی به‌عنوان ایده‌ای جهت همگرایی بین دیدگاه‌های مختلف در خصوص موضوعات مشـــترک پیشنهاد شده است (حاتمی و روشن‌چشـــم، ۱۳۹۰، ۵۷). بدیهی است آنچه در کتاب و مقالۀ فوق به‌عنوان راهکار از آن یاد شده، هویّتی راهبردی دارد.

در پژوهش حاضر بعد از تفکیک میان‌رشـــته‌ای موازی از میان‌رشـــته‌ای طولی، تحلیل و مزج عنصری به‌عنوان راهبرد میان‌رشـــته‌پژوهی مـــوازی در فقه و بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق‌ســـازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفه مضاف به‌عنوان راهبرد میان‌رشته‌پژوهی طولی در این دانش، ارائه شده است. همچنین راهکاری متشکّل از هفت مرحله به‌منظور پژوهش میان‌رشته‌ای موازی و راهکاری متشکّل از پنج مرحله به‌منظور پژوهش میان‌رشته‌ای طولی پیشنهاد شده است.

۱. مفاهیم

با توجّه 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 حلّ مسئله یا پرداختن به موضوعی که به دلیل پیچیدگی یا گســـتردگی آن نمی‌توان با یک‌رشتۀ تخصّصی به‌طور دقیق به مطالعۀ آن همّت گماشت. ازاین‌رو برای شناخت جامع‌تر و عمیق‌تر توجّه به نگرش‌های مختلف و ترکیب بینش‌ها ضروری است.» (رپکو، ۲۰۰۵).

۲. «فرآینـــد ارتباط، تعامل و تلفیق و بهره‌وری دانش، مفاهیم،روش‌ها، تجارب و تخصّص‌های دو یا چند رشتۀ علمی به‌منظور دستیابی به‌شناختی 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.» (خورسندی طاسکوه، ۱۳۹۶، ۳۶).

۳. «مطالعهٔ میان‌رشـــته‌ای، کثرت‌گرایی روش‌شناختیِ مبتنی بر تعامل اثربخش بین گســـتره‌ها در تحلیل مسئله‌ای واحد اســـت. به دیگر سخن مطالعهٔ میان‌رشته‌ای، شناخت پدیدار در پرتو گفتگوی مؤثّر بین رهیافت‌های دانش‌های مختلف است.» (فرامرز قرا ملکی، ۱۳۹۰، ۳۹۲).

۴. «میان‌رشته‌ای رویکردی است که بر اساس آن داده‌ها، روش‌ها، ابزارها، مفاهیم و تئوری‌های رشته‌هایی مستقلّ 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 میان‌رشـــته‌ای متخصّصان رشته‌ها و حوزه‌های مختلف دانش، هدفمندانه به مرزهای معرفتی و روشی یکدیگر وارد می‌شوند تا با توجّه به ضرورت‌ها و نیازهای جدید به گسترش اقلیم‌های معرفتی جدید، ایجاد ساختارهای علمی نوین و شـــیوه‌ها و ابزارهایی برای شناخت یا فهم مسائل دســـت یابند» (خورسندی طاسکوه، ۱۳۸۸، ۵۷).

تعریف برگزیدهٔ این اســـت که پژوهش میان‌رشـــته‌ای عبارت است از فرآیند حلّ مسئله از طریق تعامل روشمند[1] دو یا چند رشتهٔ علمی فی‌الجمله مسانخ.[2]

۱/۲. میان‌رشته‌ای موازی و طولی

به‌طورکلی در هر مطالعهٔ میان‌رشته‌ای که در آن دو رشتهٔ علمی درگیر باشد، این دو رشـــته 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 می‌شـــود. بخش مهمی از مطالعات میان‌رشته‌ای آن دسته از مطالعات است که اصطلاحاً مطالعات تطبیقی یا مقایسه‌ای خوانده می‌شود.

مقصود از قرار گرفتن دو رشـــته در طول یکدیگر آن اســـت که امری از رشـــتهٔ «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 اشـــاره خواهد شد، مقصود از مسانخت فی‌الجمله، اشتراک در موضوعات و اهداف و یا اشتراک در مفاهیم است.

یکی از روش‌های رشــتهٔ «الف» باشد که در رشتهٔ «ب» از آن استفاده شده است و ممکن است یکی از داده‌ها و دستاوردهای رشتهٔ «الف» باشد که در رشتهٔ «ب» مبنا قرار گرفته و بدان استناد شده است. در ارتباط روشی میان دو رشتهٔ علمی روش‌های توســعه‌یافته در رشتهٔ «الف» به‌عنوان رشتهٔ خادم در اختیار رشتهٔ «ب» به‌عنوان رشتهٔ مخدوم قــرار می‌گیرد تا برای پردازش اطلاعات فراهم آمده در رشــتهٔ «ب» از این روش‌ها اســتفاده شــود. در ارتباط داده‌ای میان دو رشتهٔ علمی داده‌های فراهم آمده در رشــتهٔ «الــف» در اختیار رشــتهٔ «ب» قرار می‌گیرد و با روش‌های رشــتهٔ «ب» پردازش‌های بعدی دربارهٔ آن‌ها انجام می‌گیرد (پاکتچی، ۱۳۸۷، ۱۱۱).

۲. کیفیت میان‌رشته‌ای

میان‌رشته پژوهانی که به شکل انفرادی به مطالعات میان‌رشته‌ای می‌پردازند معمولاً در معرض اتّهام التقاط و اختلاط روش‌ها و مفاهیم می‌باشند، ازاین‌رو مهم‌ترین بحث در میان‌رشــته‌ای اثبات روشــمندی این رویکرد است. با عنایت به تنوّع میان‌رشته‌ای و اخــتلاف اغــراض در این نوع از مطالعات، در ادامه راهبــرد و راهکار هر یک از میان‌رشته‌ای موازی و طولی را جداگانه بررسی می‌نماییم.

۲/۱. راهبرد میان‌رشته‌ای موازی

مقصود از تحلیل عنصری، تحلیل علم پایه و علوم مشــابه آن[1] به عناصر سازندهٔ هر یک، مقصود از مزج عنصری، مزج و ترکیب برخی از این عناصر با بعض دیگر (کاربست برخی از عناصر علوم مشابه، در علم پایه) است.

برای ترکیب ابتدا باید موضوعات و اهداف علم پایه و علوم مشــابه 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 اســت. بعد از اطمینان از اصل اشتراک و برآورد میزان اشتراک در این دو عنصر، نوبت به اعتبارسنجی کاربست روش‌ها، منابع، مبانی و نظریات علوم مشــابه در علم پایه می‌رســد؛ عناصری که در علم پایه انحصاری و

۱. غالباً نقطهٔ آغازین مطالعات میان‌رشته‌ای مواجه با مسئله است. علمی که بیشترین سنخیت را با این مسئله دارد، علم پایه و علومی را که مسانخ با علم پایه می‌باشند، علوم مشابه می‌نامیم.

به‌شـــرط لایی باشند، غیر منعطف بوده و تعاملی از ناحیهٔ آن‌ها رقم نخواهد خورد امّا آن دسته از عناصر که استقرایی و لابشرطی باشند، منعطف بوده و تعاملات از ناحیهٔ آن‌ها صورت می‌گیرد.

۲/۲. راهبرد میان‌رشته‌ای طولی

هر علمی بر پایهٔ یک سری گزاره‌ها که یا بدیهی و بی‌نیاز از اثبات است یا در علوم دیگری به اثبات رســیده است، پی‌ریزی شده است. این گزاره‌ها را مبادی تصدیقی آن دانش می‌خوانند. همچنین برخی از علوم به دلیل تعاملات گسترده با دیگر علوم و فنون، پیوسته با پاره‌ای از مفاهیم وارداتی مواجه می‌باشند.

دانش‌هایی که مبــادی نظری و مفاهیم وارداتی فراوان دارند، به جهت تفاســیر و تبیین‌های مختلف از مبادی و مفاهیم، بســیار در معرض تغییر و تحوّل می‌باشــند. دانــش فقه نیز به دلیل مبادی نظری کلامی و بــه دلیل مفاهیم وارداتی (موضوعات تخصّصــی) فراوان، چنیــن خصیصه‌ای دارد. امروزه دانــش متکفّل مبادی کلامی فقه، فلسفهٔ فقه است؛ همچنین دقیق‌سازی بسیاری از موضوعات تخصّصی فقهی را می‌توان با مراجعه به فلسفه‌های مضاف به علوم و فنون تحصیل نمود.[1]

ازاین‌رو راهبرد میان‌رشته‌ای طولی بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق‌سازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفهٔ مضاف است.

۲/۳. راهکار میان‌رشته‌ای موازی

۱. مواجهه با مســئله و مشکل: مســئله ممکن است یک مسئلهٔ قدیمی باشد که پاســخ آن قبلاً داده شده اســت؛ لکن اکنون ابعادی از این مسئله منکشف شده که پاســخ‌های گذشــته با لحاظ این ابعاد، وافی و کافی به نظر نمی‌رسد و ممکن است یک مسئلهٔ جدید و مستحدث باشد.

۱. در برخی موارد با صرف مراجعه به فلسفهٔ مضاف به علم یا فنّی می‌توان به نتیجهٔ مطلوب دست یافت؛ امّا در برخی موارد به دلیل فقدان تصنیف در فلسفهٔ مضاف به علم یا فنّی و یا به جهت ضعف تصنیفات موجود، مراجعه به کارشناس آن علم ضروری است.

۲. معلوم نمودن دانشـــی که این مسئله متعلّق به آن است: برخی از مسائل خواه قدیمی و خواه مســـتحدث به‌گونه‌ای است که تعلّق آن به یک دانش معلوم و روشن است؛ امّا برخی از مسائل پیچیدهٔ معاصر را نمی‌توان متعلّق به یک دانش دانست بلکه دانش‌های متعدّدی خواهان آن هستند.

۳. معلوم نمودن دانش‌هایی که نوعی مسانخت با دانشی دارند که مسئله متعلّق به آن اســـت: در مواردی که تعلّق مســـئله به یک دانش معلوم اســـت، آن دانش را دانش پایه در نظر می‌گیریم و باید به دنبال دانش‌های مســـانخ آن باشـــیم. مناسبات در موضوعات و اهداف، حداقلّ 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 تصوری)، 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 مشـــابه آن از طریق تأســـیس زبان مشترک: مهم‌ترین عنصر در برقراری ارتباط بین دو دانش، مبادی تصوّری 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 کاربســـت 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 به‌حساب می‌آیند. اگر مبانی و منابع علم پایه نســـبت به مبانی و منابع علوم مشـــابه، به‌شـــرط لا و غیر منعطف باشـــند، بررســـی میان‌رشته‌ای ما ثمربخش نخواهد بود و در همین‌جا متوقّف خواهد شد امّا اگر لابشرط و منعطف باشند، بررسی میان‌رشته‌ای منتج خواهد بود و ادامه خواهد یافت.

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

۲/۴. راهکار میان‌رشته‌ای طولی

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

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

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

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

مرحلهٔ پنجم: کاربست لوازم گزارهٔ مبنایی و دقیق‌سازی مفهومی در دانش مخدوم: باید لوازم و پیامدهای دقیق‌سازی مفهومی و نتایج بحث تخصّصی از گزارهٔ مبنایی را در دانش مخدوم پیگیری نمود.

۳. ظرفیت فقه به لحاظ تحقیقات میان‌رشته‌ای

دانش فقه با لحاظ مبادی نظری کلامی و با لحاظ موضوعات مستنبطهٔ لغوی[1] و موضوعات تخصّصی غیر فقهی،[2] از ظرفیت کم‌نظیری برای تحقیقات میان‌رشته‌ای

---

۱. مراد موضوعی است که در لسان ادلّه 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 ادلّهٔ 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 تخصّص ویژه و فنّ لازم است

برخوردار است. بین دانش فقه و دانش کلام و دانش‌هایی که به‌منظور چیستی‌شناسی موضوعات مســتحدثه، مرجع واقع می‌شوند، میان‌رشته‌ای طولی برقرار است؛ دانش فقه ذی‌المقدّمه و این رشته‌ها مقدّمه‌اند. این‌ها خادم و فقه مخدوم است.

علاوه بر این، بین فقه و دانش‌هایی که مناســباتی با آن در موضوعات و اهداف دارند به‌طوری که بتوان ابحاث مشترکی را به شیوهٔ تطبیقی در فقه و این رشته‌ها بررسی نمود، میان‌رشــته‌ای موازی برقرار اســت. رابطهٔ فقه و اخلاق از بارزترین نمونه‌های رابطهٔ میان‌رشــته‌ای موازی است. در موارد ناسازگاری حکم اخلاقی با حکم فقهی، آگاهی فقیه از مبانی و منابع حکم اخلاقی، گاهی ممکن اســت به تبدّل نظر فقهی او بینجامد.[1]

۴. مبنای اصولی ـ فقهی الزام تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه

به اتّفاق فقها، تمسّک به عام قبل از فحص از مخصّص جایز نیست (انصاری، ۱۳۸۳ق، ۲/ ۱۵۷) بلکه تمسّــک به هیچ ظهوری قبل از فحص از قرائن منفصلهٔ احتمالی جایز نیست (مظفّر، ۱۴۳۰ ق، ۱/ ۲۰۹). به‌رغم این مطلب، نسبت به اقتصار بر نصوص و ادلّه‌ای که به نحو متعارف ملاحظه می‌شــود 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، منجّز تکلیفِ به فحص است، علم اجمالی به وجود ادلّه و منابع و مبانی تحوّل‌آفرین در اســتنباط که از پیامدهای رویکــرد تعامل‌گرا بین فقه و دانش‌های فی‌الجمله مســانخ بــا آن همچون اخلاق، عرفان عملی و حقوق اســت نیز منجّز الزام به تحقیقات میان‌رشــته‌ای در فقه است.

مانند فلز اســتیل ازآن‌جهت که آیا آهن اســت تا بتوان با آن ذبح کرد یا نه؟ در این قســم از موضوع مرجع تشــخیص، متخصّص و کارشناس متناسب با موضوع است (خادمیان، ۱۳۹۶، ۷۱ و ۷۲)

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

۵. بررسی تطبیقی راهکار تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه

مدّعای این پژوهش آن است که رویکرد تعامل گرا بین فقه و دانش‌های فی‌الجمله مسانخ با آن می‌تواند به توسعهٔ منابع فقه منجرّ شود. مقصود از توسعهٔ منابع فقه، گاه افزودن منبعی در عرض کتاب و سنّت و به‌موازات آن دو است نظیر استقلالی که برخی از مذاهب اهل سنّت برای اجماع و قیاس قائل هستند (جنّاتی شاهرودی، ۱۳۷۰، ۱۸۸ و ۲۶۸) و گاه گسترش دامنهٔ ملاحظات نصوص دینی در مقام استنباط است نظیر آنچه در چند دههٔ اخیر در رابطه با مقاصد شریعت و اهداف دین مطرح شده است[۱] و نزدیک است که فقها را مجاب نماید تا علاوه بر ملاحظهٔ نصوصی که مستقیماً متعرّض مسئله شده‌اند، ملاحظهٔ نصوصی که مبیّن مقاصد عالیهٔ شریعت هستند را نیز به‌عنوان یکی از مراحل استنباط قبول نمایند.[۲]

۵/۱. تعامل میان‌رشته‌ای موازی فقه و عرفان

در اینجا به‌عنوان 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.

مرحلهٔ اول: مواجههٔ با مشکل: مشکل، کمبود منابع و ادلّهٔ فقهی برای پاسخگویی به مسائل معاصر.

---

۱. گرچه برخی از محقّقین شواهدی مبنی بر گرایش به مقاصد در فقه امامیه در کلمات ابن ادریس حلّی و محقّق اردبیلی یافته‌اند (علیدوست، ۱۳۹۶، ۳۶۹- ۳۶۷) لکن مسلّماً اندیشهٔ افزودن ملاحظهٔ مقاصد به عملیات استنباط به نحو خودآگاه، اندیشه‌ای نو است که هنوز در فقه امامیه رسمیت نیافته است. ضیائی فر در رابطه با اقسام رابطهٔ اهداف دین با عملیات استنباط به ۱۱ مورد اشاره نموده ولی مشخّصا بیان نکرده است که ملاحظهٔ مقاصد را در کدام مورد و به چه نحوی لازم می‌داند (ضیائی‌فر، ۱۳۹۸، ۱۷۷). همچنین واسطی باآنکه روش رجوع به مقاصد و روش کشف حکم از طریق مقاصد را نیز تبیین نموده، ظاهراً ملاحظهٔ مقاصد را تنها در موارد نقصان ادلّهٔ اصلی، آن‌هم به‌عنوان یکی از طرق مکمّل، نه طریق منحصر، لازم دانسته است (واسطی، ۱۴۰۱، ۳۰۷ و ۳۲۵ و ۳۲۸).

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

مرحلهٔ دوم: معلوم نمودن دانشی که این مسئله متعلّق به آن است: این مسئله در اصل متعلّق به دانش اصول فقه اســت؛ بنابراین دانش اصول فقه در اینجا دانش پایه به‌حساب می‌آید.

مرحلهٔ ســوم: معلوم نمودن دانش‌هایی که نوعی مســانخت با دانشــی دارند که مســئله متعلّق به آن اســت (حدّاقلّ در موضوع و هدف با دانش پایه مناسبت داشته باشــند): به نظر می‌رسد دو دانش اخلاق اسلامی و عرفان عملی اسلامی را بتوان با لحاظ موضوعات و اهدافشان مسانخ با دانش فقه به‌حساب آورد؛ چراکه موضوع هر ســه اجمالاً افعال مکلّفین و هدف هر سه هم اجمالاً سعادت مکلّفین است. بالتبع دانشی که در اینجا می‌تواند 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.

مرحلهٔ چهارم: تحلیل دانش پایه و دانش‌های مشابه آن به عناصر سازنده (منابع، مبادی تصدیقی، مبادی تصوری، موضوعات، مسائل، نظریه‌ها، روش‌ها 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 ادلّهٔ فقه بود، ضرورتی ندارد که در تحلیل اخلاق و عرفان عملی به امری فراتر از منابع و مبادی تصدیقی مرتبط با مشکل پرداخته شود.

مرحلهٔ پنجم: برقراری ارتباط بین دانش پایه و دانش‌های مشابه آن از طریق تأسیس زبان مشترک: اهمّیت و ضرورت تأسیس زبان مشترک به اعتبار نوع مشکل و میزان ارتباط علم پایه با علوم مسانخ سنجیده می‌شود 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.

مرحلهٔ ششم: اعتبار سنجی کاربست مبانی و منابع علوم مسانخ در علم پایه: در اعتبار ســنجی از یک‌ســو 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 میان‌رشته‌ای است.

یکی از مراتب حکم شــرعی که در کتب اصولی مطرح شده است، اراده است (صدر، ۱۴۱۸ق، ۱/ ۱۶۲). بعد از مرتبهٔ ملاک یعنی احراز مفســده یا مصلحت برآیندی، ارادهٔ مولا به اســتیفای مصالح توسّــط عباد یا کراهت مولا از ابتلای عباد به مفاسد منقدح می‌شود. اصولیان از جایگاه این اراده و کراهت سخن گفته و آن را نفس نبی یا ولی دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ۱/ ۲۷۷) امّا از طرق کشف آن سخنی نگفته‌اند؛ گویا طریقی غیر از ملاحظهٔ ادلّهٔ احکام برای تشــخیص ارادهٔ مولا نمی‌شــناخته‌اند. بااین‌همه به اذعان برخی از ایشان نقطهٔ مرکزی در مراتب حکم، همان ارادهٔ مولاست و برای عبد از هر طریقی ارادهٔ مولا منکشــف شــود، عقلی و عقلایی است که باید مطابق آن رفتار نماید (مظفّر، ۱۴۳۰ق، ۲/ ۳۶۸ ؛ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۲ / ۱۵۱).

اگر در دانش‌های مسانخ فقه، طریقی برای کشف ارادهٔ مولا یافت شود، گسترهٔ ملاحظات نصوص افزایش خواهد یافت.

بعد از فحص در دانش‌های مســانخ فقه به این نتیجه رسیدیم که یکی از مبادی دانش عرفان عملی که از مســائل دانش عرفان نظری به شــمار می‌آید و می‌توان از طریق آن راهی برای کشــف ارادهٔ مولا گشود، منشأ نظام اسماء[1] برای پیدایش نظام عالم خارج[2] اســت. «نام‌های خداوند در مرحلهٔ تعیّــن ثانی دارای ترتیب، چینش و نظمی ویژه اســت که همین ترتب و نظم، پس از سرایت نام‌ها و خروجشان از صقع ربوبی (پس از جلوهٔ خارجی کمالات حق‌تعالی)، منشأ پیدایش نظام خارجی عالم بر اساس نظم موجود می‌شود.» (امینی نژاد، ۱۳۹۲، ۲۴۶)

با توجّه به اینکه مبادی هستی‌شــناختی فقه کمتر مورد توجّه فقها بوده است، به نظر نمی‌رسد پذیرش این مبنا به‌عنوان 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 داشته‌اند: «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 بیماری‌ها و رفع اختلالات جســمانی مشاهده می‌کنیم، 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 تأثیراتی در نحوهٔ استنباطات فقیه می‌تواند داشته باشد را تبیین نماییم.

اگر فقیهی اولاً این مبنای هستی‌شـــناختی را بپذیرد و به چینش خاصّ اســـماء و نقش آن در پیدایش نظام خارجی عالم اذعان نماید و حقیقتاً اســـماء را مظاهر ارادهٔ حقّ تعالی بداند؛ ثانیاً غوری در الفاظ حاکیه از اســـماء (اسماء الاسماء) که در قرآن کریم و ادعیهٔ مأثوره وارد شده، داشته باشد و از طریق مطالعه و بررسی این الفاظ، به خواصّ و لوازم اسماء پی ببرد؛ ثالثاً با تحلیل واقعهٔ مجهول‌الحکم و ملاحظهٔ مناطات و اقتضائات موضوعات به حدســـی ظنّی نسبت به حکم، نائل شده باشد، در چنین فرضی التفات به اسماء و کشف اسم مرتبط با اقتضائات و مناطات مکشوفه حتّی به نحو ارتکازی موجب تقویت حدس ظنّی و تبدّل آن به اطمینان یا حتّی قطع خواهد شـــد. مثلاً اضطرار به ارتکاب حرام یا ترک واجب به دلیل فقدان عنصر اراده و نیّت عصیان، مقتضی رفع حرمت یا وجوب از مضطرّ اســـت و وقتی فقیه این اقتضاء را با خواصّ و لوازم دو اســـم رحیم و رئوف پروردگار در نظر گیرد، ظنّ اولیّهٔ وی به رفع حکم تقویت شـــده و چه‌بســـا مبدّل به اطمینان یا قطع می‌شود. مؤیّد این طریقه آن اســـت که در آیات متعدّدی از قـــرآن کریم، رفع حکم تحریمی یا وجوبی در فرض اضطرار، با اسم غفور و رحیم قرین شده است.[1]

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

مرحلهٔ هفتم: کاربست مبانی، منابع و روش‌های علوم مسانخ در علم پایه: بر اساس پذیرش این مبنا فقیه در بررســـی دلالی نصوصی که متعرّض احکام فرعیه می‌باشند، خود را ملزم به مطالعه و بررسی اسماء مرتبط با حکم به‌عنوان قرینهٔ متّصله (در صورت ذکر اسم در دلیل) یا منفصله (در صورت عدم ذکر اسم در دلیل)، به همان نحوی که در مرحلهٔ ششم گذشت نیز می‌داند.[2]

---

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 قرینهٔ متّصله، کم‌وبیش موردنظر فقها بوده است لکن محوریّت ملاحظات دلالی به‌منظور استنباط احکام، مربوط به اوامر، نواحی و موادّی که دلالتی روشن بر حکم شرعی داشته، بوده است.

علاوه بر آنچه گذشت، رویکرد تعامل‌گرا بین دانش فقه و دانش‌هایی که متکفّل مبانی کلامی فقه و دانش‌هایی که متکفّل تبیین موضوعات تخصّصی فقه می‌باشند، تحقیقات میان‌رشته‌ای طولی با پیامدهای خاصّ به هر یک را اقتضاء دارد.

۵/۲. تعامل میان‌رشته‌ای طولی فقه و عرفان

در ادامه به نمونه‌ای از رویکرد تعامل‌گرا بین دانش فقه و عرفان که ابطال مبنای اشــتراک احکام را در پی دارد، در ضمن راهکار پنج مرحله‌ای میان‌رشــته‌ای طولی اشاره خواهیم نمود.

مرحلـهٔ اول: مواجههٔ با مشکل: احساس ناسازگاری بین نظریهٔ «مراتب ایمان» با نظریهٔ «اشتراک احکام».

مرحلهٔ 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، اشــتراک احکام بین حاضرین و غایبین، اشــتراک احکام بین مقصودین بالافهام و غیر مقصودین، و اشــتراک احکام بین ائمّهٔ معصومین علیهم‌السلام و دیگر مکلّفین ازجمله 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 و۶۹). همچنین در کتب قواعد فقهیه، قاعدهٔ اشتراک احکام بین جمیع مکلّفین با هر جنسیتی، از هر طایفه‌ای، در هر منطقه‌ای و در هر عصری مطرح است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۲۶ ؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۵۳).

امّا اشــتراک احکام بین مکلّفین باوجود اختلاف در مراتب ایمان و تقوا در هیچ موضعی از کتب اصول فقهی و قواعد فقهیه بحث نشده است. گرچه به نظر می‌رسد برخی از ادلّه‌ای که به‌منظور اثبات اشــتراک احکام بین جمیع مکلّفین اقامه شــده اســت، قابل‌تعمیم به این بحث نیز باشــد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۵۳- ۶۳) و شاید فقها از همین جهت نیازی به انعقاد بحثی مســتقلّ برای این قســم از اشتراک نمی‌دیده‌اند. این در حالی اســت که در دانش عرفان عملی اخــتلاف افعال و رفتارهای مکلّفین به اختلاف درجات ایمان و تقوای ایشــان از مســلّمات است و گزاره‌های تجویزی

آن، تماماً بر پایهٔ این اصل بنا شـــده است (حســینی طهرانی، ۱۴۱۹ق، ۳۰ و ۳۱؛ ملکی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۱۶۰ و ۱۶۱؛ فیــض کاشــانی، ۱۳۷۶، ۱۳۰/۲؛ حســینی طهرانــی، ۱۴۴۴ق، ۸۵ - ۱۱۱؛ ابن عجیبة الحســنی، 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.

مرحلـهٔ سـوم:[1]اعتبار ســنجی گزارهٔ مبنایی برای دانش مخدوم در دانش خادم: در ایــن مرحلــه باید گزارهٔ مبنایی برای دانش مخــدوم را در دانش خادم که به نحو تخصّصی از آن بحث نموده است، موردبررسی و مطالعه قرار دهیم و صحّـت و سقم آن را بر اساس داده‌های آن دانش مشخّص نماییم.

قاعدهٔ اشــتراک، مســئلهٔ دو دانش اصــول فقه و اصول عرفان عملی اســت. از یک‌سو در کتب قواعد فقهیه به نمایندگی از دانش اصول فقه به‌تفصیل از این قاعده بحث شده و ادلّه‌ای مبنی بر اشتراک احکام اقامه شده است. از سوی دیگر به دلیل عــدم تحقّق عینی دانش اصول عرفــان عملی، در لابه‌لای کتب عرفان عملی به این قاعده اشاره شــده و ادلّه‌ای مبنی بر عدم اشتراک احکام اقامه شده است. در ادامه ابتدا ادلّهٔ اشــتراک احکام سپس ادلّهٔ مراتب ایمان که ملازم با عدم اشتراک احکام است و درنهایت جمع بین این دودسته از ادلّه را بررسی می‌نماییم.

ادلّهٔ اشتراک احکام بین جمیع مکلّفین[2]

۱. اجماع مسلمین بر اشتراک بلکه اشتراک از ضروریات دین است.[3]

---

۱. بنا بر آنچه گذشت مرحلهٔ سوم در میان‌رشته‌ای طولی تأسیس زبان مشترک بود لکن چون در موردبررسی 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 ادلّهٔ اشــتراک مطرح شــده، عمدتاً برگرفته از کتاب «مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الاساسیة»، جلدسوم و صص ۳۵-۳۹.

۳. «و الوجــه فــی کونها من ضروریات الدین أنّ ملاك ضروری الدین؛ إما نص الکتاب المجید و صراحته بالحکم أو صراحة الســنة القطعیة المتواترة بین الفریقین أو إجماع الفریقین و اتفاق جمیع المســلمین علیه و اشتراك الأحکام بین جمیــع المکلّفین فی جمیع الأعصار- بالمعنی الذی بیّناه- مما اتّفق علیه الفریقان و جمیع المســلمین و علیه فمنکر الاشتراك مع المعرفة و الالتفات إلی لازمه مرتدٌّ بلا إشکال» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۳۶).

۲. طوایفی از آیات قرآن

طایفهٔ اول: آیاتی که متعلّق تکلیف در آن عموم مؤمنین می‌باشند. استدلال به این آیات برای اشتراک مبتنی بر این است که اولاً عموم آیات را مختصّ به مشافهین ندانیم و ثانیاً تذکیر آن را صرفاً از باب غلبهٔ ذکور بدانیم.[۱]

طایفهٔ دوم: آیاتی که متعلّق تکلیف در آن طبیعت مکلّف است مثل طبیعت مستطیع و طبیعت زانی و زانیه.[۲]

طایفهٔ سوم: آیاتی که دلالت بر شمول و فراگیری رسالت رسول خاتم ﷺ می‌نماید.[۳]

طایفهٔ چهارم: تمام آیات‌الاحکامی که با اطلاقش جمیع مکلّفین را شامل می‌شود.

۳. طوایفی از روایات

طایفهٔ اول: روایاتی که دلالت بر بقاء حرام و حلال شریعت رسول خدا ﷺ تا روز قیامت می‌کند و علّامهٔ مجلسی در بحار تواتر این اخبار را مدّعی شده است[۴] مثل صحیحهٔ زراره[۵] و موثقهٔ سماعة بن مهران.[۶]

طایفهٔ دوم: روایاتی که دلالت بر تازگی قرآن در هر عصری می‌کند که به اعتقاد برخی از محقّقین با تنقیح مناط قطعی در مورد سنّت هم جاری است[۷] مثل صحیحهٔ

---

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

۲. به‌عنوان نمونه ر.ک: آل‌عمران/۹۷؛ نور/۲.

۳. به‌عنوان نمونه ر.ک: سبأ/ ۲۸؛ انعام/ ۱۹.

۴. «... مع أنّ الأخبار المتواترة تدل علی عدم اختصاص أحکام القرآن و السنّة بزمان دون زمان، و أنّ حلال محمد ﷺ حلال إلی یوم القیامة، و حرامه حرام إلی یوم القیامة» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۸۲/ ۱۴۹).

۵. «سألت أبا عبد اللّه علیه‌السلام عن الحلال و الحرام. فقال علیه‌السلام: حلال محمد حلال إلی یوم القیامة و حرامه حرام إلی یوم القیامة لایکون غیره و لا یجیءُ غیره» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵۸/۱)

۶. «قلت لأبی‌عبدالله علیه‌السلام: فاصبر کما صبر أولو العزم من الرسل. فقال علیه‌السلام: نوح و ابراهیم و موسی و عیسی علیهم‌السلام و محمد ﷺ. إلی أن قال: فکلُّ نبیٍّ جاءَ بعد المسیح أخذ بشریعته و منهاجه حتی جاءَ محمد ﷺ بالقرآن و بشریعته و منهاجه، فحلاله حلال إلی یوم القیامة و حرامه حرام إلی یوم القیامة ...» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲/ ۱۷)

۷. «فإنّ هذه النصوص و إن ورد فی القرآن، إلّا أنّ الضرورة قاضیة بعدم الفرق بین القرآن و السنة و الکتاب و العترة من جهة اشتراك الأحکام المستفاد منهما بین جمیع المکلّفین و عدم اختصاصها بقوم دون قوم.» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۴۵).

فضیل بن یسار[1] و روایت ابوبصیر.[2]

طایفهٔ سوم: تمام روایاتی که به اطلاق یا عمومش جمیع مکلّفین را شامل می‌شود.

محقّق بجنوردی بعد از ذکر روایات اشتراک ابتدا رفع استبعاد از ادّعای تواتر اخبار بر اشتراک نموده و سپس این ادّعا را برای شخص متتبّع، بعد از ملاحظهٔ جمیع اخبار دست‌یافتنی دانسته است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۶۲).

ادلهٔ مراتب ایمان

۱. قرآن

از روشن‌ترین آیاتی که دلالت بر ثبوت مراتب برای ایمان می‌کند، آیاتی است که مؤمنین را دعوت به ایمان می‌نماید.[3]

علّامهٔ طباطبایی در ذیل آیهٔ ۱۳۴ سورهٔ مبارکهٔ بقره، باملاحظهٔ مجموع آیات قرآن و انضمام برخی از آیات به بعض دیگر مجموعاً چهار مرتبه برای ایمان به اثبات می‌رساند (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 کرده‌اند (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: «اسْتِحْبَابِ الرِّفْقِ بِالْمُؤْمِنِينَ فِي أَمْرِهِمْ بِالْمَنْدُوبَاتِ وَ الِاقْتِصَارِ عَلَى مَا لَا يَثْقُلُ عَلَى الْمَأْمُورِ وَ يُزَهِّدُ فِي الدِّينِ وَ كَذَا النَّهْيُ عَنِ الْمَكْرُوهَاتِ» به شش حدیث کافی، سه حدیث دیگر هم اضافه نموده و مجموعاً نه حدیث ذکر کرده‌اند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۶/ ۱۶۵ـ ۱۵۹). از مجموع این احادیث، در چهار

---

۱. «قال سألت أبا جعفر علیه‌السلام عن هذه الرواية، ما من القرآن آية إلّا و لها ظهرٌ و بطنٌ فقال علیه‌السلام: ظهره تنزيله و بطنه تأويله، منه ما قد مضى و منه ما لم‌يكن، يجرى كما يجرى الشمس و القمر، كلما جاء تأويل شيءٍ منه يكون على الأموات كما يكون على الأحياء ...»(مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۸۹/ ۹۸).

۲. حضرت صادق علیه‌السلام: «لو كانت إذا نزلت آيةٌ على رجل ثمّ مات ذلک الرجل ماتت الآية، مات الكتاب و السنة و لكنّه يجرى فيمن بقى كما جرى فيمن مضى» (صفار، ۱۴۰۴ق، ۱/ ۳۱).

۳. ر.ک: نساء/۱۳۶؛ صف/ ۱۰ و۱۱.

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

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

مراتب اسلام و ایمان از مسلّمات دانش عرفان عملی است. در کتب عرفان عملی سخن از لوازم این مراتب است؛ مراقبهٔ خاصّ 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 محرّمات کسانی که از ایمان اصغر عبور نموده و وارد اسلام اکبر شده‌اند، بیش از کسانی است که از ایمان اصغر عبور نکرده‌اند و به همین ترتیب تکالیف الزامی کسانی که وارد ایمان اکبر شده‌اند، بیشتر از دو صنف قبلی است (حسینی طهرانی، ۱۴۱۹ق، ۳۰ و ۳۱). کسانی که از مرتبهٔ ایمان اصغر عبور کرده و در حال عبور از اسلام اکبر می‌باشند لکن هنوز در مرتبهٔ ایمان اکبر استقرار نیافته‌اند و به آثار و لوازم این مرتبهٔ از ایمان ملتزم نشده‌اند گرفتار نفاق اکبر می‌باشند و وعیدهایی که متوجّه منافقین است، فی‌الجمله متوجّه این گروه هم است (بحرالعلوم، ۱۴۲۵ق، ۹۱ و ۹۲).

جمع بین دودسته

باآنکه اجمالاً معلوم است درجات ایمان، مستلزم درجات اعمال و رفتار نیز است و مسلّماً کسی که حائز درجات بالای ایمان است، اعمال و رفتارش متفاوت با کسی است که در درجهٔ اول از ایمان قرار دارد. علی‌رغم این مطلب، هیچ‌گاه در فقه با شدّت و ضعف ایمان به‌مثابهٔ وصفی تأثیرگذار در موضوعات احکام نظیر ذکورت و انوثت، عسر و یسر، سفر و حضر، مرض و سلم، ضرر و لاضرر، حرج و لاحرج، 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 نموده‌اند و گویا اطلاقات این روایات را منصرف از واجبات و محرّمات دانسته‌اند. این در حالی است که ادّعای انصراف ادلّهٔ اشتراک احکام از مکلّفینی که در درجات ایمان مختلف‌اند نیز ممکن، بلکه به‌مراتب آسان‌تر و قابل‌پذیرش‌تر به نظر

۱. علّامهٔ شعرانی در تعلیقات خود بر شرح اصول کافی ملّا صالح مازندرانی، وجه اختلاف عدد درجات ایمان در روایات را بیان نموده‌اند (مازندرانی، ۱۳۸۲، ۱۲۷/۸).

می‌رسد؛ زیرا اولاً برخی از احادیث درجات ایمان، چنین انصرافی را برنمی‌تابد؛[1] ثانیاً انصراف فی‌الجملهٔ اطلاقات ادلّهٔ اشتراک احکام مورد وفاق است و به اعتراف فقها اطلاق ادلّهٔ اشتراک را باید منصرف از اوصاف دخیل در موضوعات احکام، در نظر گرفت.

«مراد از اشــتراک در قاعده این است که حکمی که ثابت است برای شخصی با لحاظ جنسیت و سایر خصوصیاتی که مدخلیت در ثبوت حکم برای آن شخص دارند در حقّ سایر مکلّفینی 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 مکلّفین هم ولو اینکه در صفات با او متفاوت باشــند، ثابت باشــد؛ چراکه اختلاف احکام به اختلاف جنس مکلّفین و اختلاف آن دسته از حالات و خصوصیات ایشان که در موضوع حکم دخیل است، واضح و روشن است؛ زیرا در مدخلیّت بسیاری از قیود و خصوصیات مربوطه به اشخاص مکلّفین همچون مرد بودن و زن بودن، سختی و آســانی، سفر و حضر، مریضی و سلامتی، ضرر و حرج و اضطرار و اکراه و عدم این‌ها، و جنابت و حیض و استحاضه، در ثبوت تکلیف جای هیچ شکّ و تردیدی نیست و الّا لازم می‌آید اتّحاد جمیع مکلّفین در تکلیف در جمیع حالات و این امری است خلاف ضرورت.» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۳/ ۳۱).

بــه همین منوال ادّعای انصراف ادلّهٔ اشــتراک از وصف ایمان نیز بعدی نخواهد داشت.

مرحلهٔ چهارم: کاربست لوازم گزارهٔ مبنایی در دانش مخدوم: انتظام این بحث و اینکه چگونه و با چه طرحی می‌توان احکام متفاوتی برای مکلّفین با لحاظ درجات ایمان ایشــان ارائه نمود، نیازمند تحقیق مســتقلّی اســت. امّا قدر مسلّم آن است که بر اســاس این نگرش دامنهٔ نصوصی که فقیه در اســتنباط احکام مربوط به صاحبان

---

۱. مثــل روایت یعقوب بن ضحّاک در مورد تبرّی جســتن برخی از اصحاب حضرت صــادق علیه‌السلام از برخی دیگر به علّت عقیدهٔ فاســد ایشان که برخورد حضرت در قبال این تبرّی جستن حاکی از آن است که رفق و مدارا اختصاص به مســتحبات و مکروهات نداشته و در واجبات و محرّمات بلکه در اعتقادات نیز جریان دارد. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۶۰/۱۶).

درجــات عالیهٔ ایمــان باید ملاحظه نمایــد، جمیع گزاره‌های اخلاقی را نیز شــامل می‌شود؛ بنابراین قلمروی فقه بر اساس این مبنا به‌مراتب گسترده‌تر از قلمروی مرسوم آن خواهد بود.

نتیجه‌گیری

میان‌رشــته‌ای فرآیند حلّ مسئله از طریق تعامل دو یا چند رشتهٔ علمی فی‌الجمله مسانخ است که به دو صورت موازی و طولی انجام می‌شود.

راهبرد میان‌رشــته‌ای موازی، تحلیل و مزج عنصری و راهبرد میان‌رشته‌ای طولی، بازخوانی مبادی تصدیقی و دقیق‌سازی مفاهیم وارداتی با ابزار فلسفهٔ مضاف است.

راهکار پژوهش **میان‌رشــته‌ای موازی در فقه** که در دیگر رشته‌ها نیز قابل‌استفاده است، متشکّل از هفت مرحله است:

۱.مواجهه با مسئله و مشکل.

۲.معلوم نمودن دانشی که این مسئله متعلّق به آن است.

۳.معلوم نمودن دانش‌هایی که نوعی مســانخت با دانشی دارند که مسئله متعلّق 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 **میان‌رشــته‌ای طولی در فقه** که در دیگر رشته‌ها نیز قابل‌استفاده است، متشکّل از پنج مرحله است:

۱.مواجههٔ با مشکل.

۲.تعیین علوم خادم.

۳.برقراری ارتباط بین دانش خادم و مخدوم از طریق تأسیس زبان مشترک.

۴.اعتبار سنجی گزارهٔ مبنایی برای دانش مخدوم در دانش خادم.

۵.کاربست لوازم گزارهٔ مبنایی جدید در دانش مخدوم.

لزوم ملاحظهٔ اسماءالله مرتبط با موضوع و حکم، به‌مثابهٔ قرینهٔ متّصله یا منفصله، در فرایند استنباط احکام و اختلاف احکام به اختلاف درجات ایمان، به‌عنوان یکی از مبانی کلامی فقه، ازجمله نتایج تحقیقات میان‌رشته‌ای در فقه است که در این تحقیق به اثبات رسید.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ ق). **کفایة الاصول**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

آزادی احمدآبادی، قاسم و نور محمدی، حمزه علی. (۱۳۹۷). **مطالعات میان‌رشته‌ای؛ سنجش، تحلیل، شاخص‌ها و رویکردها**. تهران: کتابدار.

ابن عجیبة الحسنی، احمد. (۱۴۱۹ ق). **البحر المدید فی تفسیر القرآن المجید**. قاهره: حسن عباس زکی.

امینی‌نژاد، علی. (۱۳۹۲). **آموزش پودمانی مبانی عرفان اسلامی**. قم: انتشارات مؤسسهٔ آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.

انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ ق). **فرائد 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 الفقهیة**. قم: نشر الهادی علیه‌السلام.

بحر العلوم، سید مهدی. (۱۴۲۵ ق). **رسالهٔ سیر و سلوک**. چاپ هفتم، مشهد: انتشارات نور ملکوت قرآن.

برزگر، ابراهیم. (۱۳۸۶). **مطالعات میان‌رشته‌ای در ایران**. تهران: دانشگاه علّامهٔ طباطبایی.

جنّاتی شاهرودی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۰). **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی**. تهران: کیهان.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق). **وسائل الشیعة**. قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام.

حسینی طهرانی، سید محمد حسین. (۱۴۴۴ ق). **نور ملکوت روزه**. مشهد: مؤسسهٔ ترجمه و نشر دورهٔ علوم و معارف اسلام.

حسینی طهرانی، سید محمد حسین. (۱۴۱۹ ق). **رسالهٔ لبّ اللباب در سیر و سلوک اولی الالباب**. چاپ نهم، مشهد: انتشارات علامهٔ طباطبایی.

خادمیان، محمدرضا. (۱۳۹۶). **جایگاه موضوع‌شناسی در اجتهاد**. قم: بوستان کتاب.

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

سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۵ ق). **مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الاساسیة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرّسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

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

صفار، محمد بن حسن. (۱۴۰۴ ق). **بصائر الدرجات فی فضائل آل محمّد صلّی الله علیهم**. چاپ دوم، قم: مکتبة آیة الله المرعشی النجفی.

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

ضیائی‌فر، سعید. (۱۳۹۸). **فلسفهٔ علم فقه**. چاپ دوم، تهران: سمت.

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

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

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

فرامرز قرا ملکی، احد. (۱۳۹۰). **روش‌شناسی مطالعات دینی**. چاپ پنجم، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۳۷۶). **المحجّة البیضآء**. چاپ چهارم، قم: مؤسسة 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: المکتبة الاسلامیة.

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: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرّسین بقم.

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

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

واسطی، عبدالحمید. (۱۳۸۸). **نگرش سیستمی به دین: بررسی هویت استراتژیک دین**. مشهد: مؤسسهٔ 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 چیستی تا چگونگی**. چاپ دوم، مشهد: مؤسسهٔ مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلام.

مقالات:

تمدّن، محمد حسین، «علم اقتصاد و مطالعات میان‌رشته‌ای»، **فصلنامهٔ سخن سمت**، ۱۳۷۸، ـ (۵)، ۲۱ـ ۱۳.

پاکتچی، احمد، «الزامات زبان‌شناختی مطالعات میان‌رشته‌ای»، **فصلنامهٔ مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی**، ۱۳۸۷، ۱ (۱)، ۱۳۵ـ ۱۱۱.

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

خورسندی طاسکوه، علی، «تنوع گونه‌شناختی در آموزش و پژوهش میان‌رشته‌ای»، **فصلنامهٔ مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی**، ۱۳۸۸، ۱ (۴)، ۸۳ـ ۵۸.

ریسمانباف، امیر، «بازکاوی پندار بین‌رشته‌ای بودن علم اطلاعات»، **مطالعات کتابداری و علم اطلاعات**، ۱۳۸۸، ۱۶ـ ۱ (۳)، ۱۴۶ـ ۱۱۳.

Hubenthal, U.(1994). Interdisciplinary thougt. ***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.

References

The Holy Qur'ān.

al-Kurāsāni, Muḥammad Kāzim (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl.* Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth.

Āzādī Aḥmadabādī, Qāsim; Nūr Muḥammadī, Ḥamzah ʻAlī. 2018/1397. Muṭāliʻāt-i Mīyān Rishtih-ei; Sanjish, Taḥlīl, Shākhiṣhā wa Rūykardhā. Tehran: Kitābdār.

Ibn ʻUjaybat al-Ḥusnā, Aḥmad. 1998/1419. *Al-Baḥr al-Madīd fī Tafsīr al-Qur'ān al-Majīd*. Cairo: Ḥassan ʻAbbās Zakī.

Amīnī Nizhād, ʻAlī. 2013/1392. *Āmūzish-i Pūdimānī-yi Mabānī-yi ʻIrfān-i Islāmī.* Qom: Intishārāt-i Mu'asissih-yi Āmūzishī wa Pazhūhishī-yi Imām Khumaynī.

al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farā'id al-Uṣūl.* 5th. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.
al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2004/1383. *Maṭāriḥ al-Anẓār*. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.
al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. 1998/1419. *al-Qawā‘id al-Fiqhīya.* Qom: Nashr al-Hādī.
Baḥr al-‘Ulūm, Sayyid Mahdī. 2004/1425. *Risālat Sayr wa Sulūk*. 7th. Mashhad: Intishārāt Nūr Malakūt-i Qur'ān.
Barzgar, Ibrāhīm. 2007/1386. *Muṭāli‘āt-i Mīyān Rishtih-eī dar Īrān*. Tehran: Dānishgāh ‘Allāmah Ṭabāṭabā'ī.
Jannātī Shāhrūdī, Muḥammad Ibrāhīm. 2001/1991/1370. *Manābi‘ Ijtihād az Dīdgāh-i Madhāhib-i Islāmī*. Tehran: Keyhān.
al-Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl al-Masā'il al-Sharī‘a.* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' a-lturāth.
Ḥusaynī Ṭihrānī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 2023/1444. *Nūr-i Malakūt-i Rūzih*. Mashhad: Mu'asissih-yi Tarjumih wa Nashr-i Dawrih-yi ‘Ulūm wa Ma‘ārif-i Islāmī.
Ḥusaynī Ṭihrānī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 1998/1419. *Risālat Lubb al-Lubāb dar Sayr wa Sulūk-i 'Ulī al-Bāb*. 9th. Mahhad: Intishārāt ‘Allāmah Ṭabāṭabā'ī.
Khādimīyān, Muḥammad Riḍā. 2017/1396. *Jāygāh-i Mawḍū‘ Shināsī dar Ijtihād*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qum).
Khursandī Ṭāskūh, ‘Alī. 2017/1396. *Guftimān-i Mīyān Rishtih-eī Dānish*. 2nd. Tehran: Pazhūhishkadih-yi Muṭāli‘āt-i Farhangī wa Ijtimā‘ī-yi Wizārat-i ‘Ulūm.
al-Sayfī al-Māzandarānī , ‘Alī Akbar. 2004/1425. *Mabānī al-Fiqh al-Fa‘āl fī al-Qawā‘id al-Fiqhīyat al-Asāsīyah.*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1997/1418. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl.* 5th. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
al-Ṣaffār, Muḥammad. 1986/1404. *Baṣāʾir al-Darajāt.* Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʿUẓmā al-Marʿashī al-Najafī.
Ḍīyā'ī far, Sa‘īd. 2009/1388. *Ta'thīr-i Akhlāq dar Ijtihād*. Qom: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm wa Farhang-i Islāmī.
Ḍīyā'ī far, Sa‘īd. 2019/1398. *Falsafih-yi 'Ilm-i Fiqh*. 2nd. Tehran: Samt
al-Ṭabāṭabāʾī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-ʿAllāma al-Ṭabāṭabāʾī). 2001/1390. *al-Mīzān fī Tafsīr al-Qurʾān.* Beirut: Muʾassasat al-'A‘lamī lil Maṭbū‘āt.
‘Alīdūst, Abulqāsim. ۱۳۹۶/۲۰۱۷. *Fiqh wa Maṣliḥat*. 4th. Tehran: Sāzimān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
Fāḍil Lankarānī, Muḥammad Jawād. 2021/1400. Fiqh-i Niẓām; Māhīyat, Arkān wa Mukhtaṣāt. Qom: Markaz Fiqh al-A‘immat al-Aṭhār.

Farāmarz Qarāmalikī, Aḥad. 2011/1390. *Rawish Shināsī-yi Muṭāli'āt-i Dīnī*. 5th. Mashhad: Intishārāt-i Dānishgāh-i 'Ulūm-i Raḍawī.
al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. 1997/1376. *Al- Muḥjjat al-Bayḍā'*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisī.
al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
Al-Māzandarānī, Muḥammad Ṣāliḥ ibn Aḥmad. 1951/1382. *Sharḥ al-Kāfī*. Tehran: al-Maktabat al-Islāmīyah.
al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-A'imma al-Aṭhār*. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
al-Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. 2009/1430. *Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisī.
Malikī Tabrīzī, Jawād. 1995/1416. *Al-Murāqibāt, A'māl al-Sunnat*. Qom: al-I'tiṣām.
Wāsiṭī, 'Abd al-Ḥamīd. 2022/1401. Al-Gurītm-i Ijtihād. 2nd. Tehran: Sāzimān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
Wāsiṭī, 'Abd al-Ḥamīd. 2009/1388. *Nigarish-i Sīstimī bih Dīn, Barrasī-yi Huwīyat-i Istirātizhīk-i Dīn.* Mashhad: Mu'asissih-yi Muṭāli'āt-i Rāburdī-yi 'Ulūm wa Ma'ārif-i Islām-i Nūr.
Hidāyatī, Muḥammad. 2013/1392. *Munāsibāt-i Akhlāq wa Fiqh dar Gufigū-yi Dānishwarān*. Gom: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm wa Farhang-i Islāmī.
Wakīlī, Muḥammad Ḥassan. 2020/1399. *'Ilm-i Dīnī az Chīstī tā Chigūnigī*. 2nd. Mashhad: Mu'asissih-yi Muṭāli'āt-i Rāburdī-yi 'Ulūm wa Ma'ārif-i Islām.
Tamaddun, Muḥammad Ḥusayn. 1999/1378. *'Ilm-i Iqtiṣād wa Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī*. Faṣlnāmih-yi Sukhan-i Samt, (5), 71, 13-21.
Pākatchī, Aḥmad. 2008/1387. *Ilzāmāt-i Bāzshinākhtī-yi Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī.* Faṣlnāmih-yi Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī dar 'Ulūm-i Insānī, 1, (1), 11-135.
Ḥātamī, Muḥammad Riḍā; Rushan Chashm, Ḥāmid. 2011/1390. *Rāhkār-i Hamgarā-yī Rishtih-hāyi 'Ilmī dar Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī*. Faṣlnāmih-yi Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī dar 'Ulūm-i Insānī, 3, (4), 45-60.
KhursandīṬāskū, 'Alī. 2007/1388. *Tanawwu'-i Gūnih Shinākhtī dar Āmūzish wa Pazhūhich-i Mīyān Rishtih-eī.* Faṣlnāmih-yi Muṭāli'āt-i Mīyān Rishtih-eī dar 'Ulūm-i Insānī,1, (4), 58-83.
Rīsmānbāf, Amīr. 2009/1388. *Bākāwī-yi Pindār-i Bayn-e Rishtih-e ī Būdan-i 'ILm-i Iṭilā'āt*. Muṭāli'āt-i Kitābdārī wa 'Ilm-i Iṭilā'āt, 16, 1, (3), 113-146.
Hubenthal, U.(1994). Interdisciplinary thougt. 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.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

Distinguishing Functional Analysis in *Imāmīyyah* Criminal Jurisprudence

MohammadMorvarid[1] ; Mohammadali Hajjidehabadi[2]
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_hajidehabadi@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), 67-100.

© 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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه [1]

محمد مروارید[1] ✉؛ محمدعلی حاجی ده‌آبادی[2]

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. مشهد، ایران. (نویسنده مسئول)
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

چکیده

ازجمله مباحث مهم در نگـــرش فقهی به مجازات‌ها توجه به کارکردها، آثار و پیامدهای آن‌هاست. این مسئله که تاچه‌حد در تجویز یا عدم تجویز استفاده از یک کیفر می‌توان به امور یادشـــده تمسک نمود از مسایلی است که به‌ویژه از منظر فقه جزایی حکومتی جای بررســـی دارد. مقاله حاضر می‌کوشد با روشی توصیفی تحلیلی و بر اساس منابع شرعی و با تمســـک به گزاره‌های موجود در آثار فقیهان، نگرشـــی کلان به این مهم داشـــته 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 جســـته‌اند. بااین‌وجود تلقی فقیهان نسبت به هدف از

۱. مروارید، محمد و حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی(۱۴۰۳). کارکردگرایی کیفر در نگرش فقهی امامیه. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰ (۳):۳۶ صص:۶۷-۱۰۰. https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.77244
ناشـــر: دفـــتـــر تـــبـــلـــیـــغـــات اسلامـــــی خـــراســـان رضـــــوی © نـــویـــســـنـــدگـــان

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 داشته‌اند 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 عرصهٔ تعیین جرایم و مجازات‌ها وارد شده و به نتایجی نسبتاً متفاوت دست یافته‌اند. از یک‌سو تحلیل و بررسی این رویکردها و گرایش‌ها نقش بسزایی در فهم فتاوای ایشان دارد و از سوی دیگر، می‌توان بر اساس وحدت روش و رویهٔ 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 ازآنچه 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،[1] 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

1.Functionalism.

بررسی اجزای جامعه به‌عنوان یک شبکه سازمان‌یافته از گروه‌های در حال همکاری بهره می‌برد (آزاد ارمکی، 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 می‌دهد که در رابطه با کار و وظیفهٔ سایر اعضا و اجزا به انجام کل بدن کمک می‌کند و وظایف هرکدام به‌نوبهٔ خود ضروری و اجتناب‌ناپذیر است؛ چراکه به کلیت نظام و حفظ آن کمک می‌کند.

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 به‌گونه‌ای 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 جامعه‌شناسی است ولی صرفاً جنبه اجتماعی ندارد و می‌توان از منظر فردی نیز آن را در نظر گرفت؛ یعنی پیامدهای یک پدیده بر فرد را هم مورد مداقه قرار داد. به لحاظ جامعه‌شناختی نیز کارکردگرایی ابعاد مختلف اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، تربیتی، خانوادگی و ... را در برمی‌گیرد.

امروزه در فرایند قانون‌گذاری در کشورهای پیشرفته، پیوست‌های مختلف یک قانون موردتوجه قرار می‌گیرد و دستگاه‌های قانون‌گذار موظفند تا فهرستی از پیامدهای اجتماعی، در ابعاد مختلف یادشده، را در اختیار متصدیان وضع قوانین قرار دهند. با توجه به مباحث پیش‌گفته جای این پرسش وجود دارد که در قانون‌گذاری مبتنی بر شریعت و به‌اصطلاح در فرایند استخراج حکم فقهی و اجتهاد، این مهم تا چه میزان و از چه ابعادی موردتوجه قرار گرفته است.

شایان‌ذکر است که باوجود تأکیدات رهبر معظم انقلاب اسلامی بر ضرورت توجه به این مهم در فرایند قانون‌گذاری و باوجود مباحث کارشناسی که در مرکز پژوهش‌های مجلس و سایر مراکز صورت می‌گیرد یا در مقدمه طرح‌ها و لوایح به‌عنوان مقدمه توجیهی ارائه می‌شود، کوشش نظام‌مندی دیده نمی‌شود. بازخوانی گفته مقام معظم رهبری در این بحث می‌تواند ضرورت و اهمیت این‌گونه مباحث

را بیش‌از 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 بی‌توجهی 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 درزمینهٔ سیاست، درزمینهٔ سازندگی، درزمینهٔ فن‌آوری، تولید، پیشرفت علم می‌خواهیم 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 به‌حسب 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.»

این‌که در فقه اسلامی تاچه‌حد به این کارکردها توجه شده و حکومت اسلامی تا چه میزان بایستی این مهم را مدنظر داشته باشد و اساساً این‌گونه کارکردها چه تأثیری بر جواز یا عدم جواز و به‌طورکلی احکام مجازات‌های اسلامی می‌گذارند، موضوعی است که باوجود اهمیت فراوان آن تاکنون به‌صورت مستقل موردبررسی قرار نگرفته است. اهداف حدود و تعزیرات و تأثیر آن در موضوعاتی چون «تعدد جرم» در پژوهش‌هایی موردبررسی 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 میبدی، ۱۳۹۲، ۱۹۳ تا ۲۲۴) و مقاله «تأثیرپذیری قواعد تعدّد جرم از اهداف تعزیر» منتشرشده در نشریه پژوهش حقوق کیفری شماره ۳۸ (عباسی و صادقی و فروغی و ساداتی، ۱۴۰۱، ۷۵ تا ۱۱۰).

پژوهش‌های صورت گرفته یا به نگرش فقهی فقیهان نپرداخته‌اند یا صرفاً به تأثیر هدف مجازات بر نوع و میزان مجازات پرداخته‌اند و از آثار و پیامدهای ناخواستهٔ مجازات که بخشی از کارکردهای مجازات هستند، غفلت کرده‌اند. پژوهش حاضر توانسته است با تبیین کارکردگرایی کیفر به‌عنوان 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 شـرعی مجازات دخالت می‌داده‌اند؟ همچنین توجه به پیشینه کارکردهای مجازات در اندیشه و آثار فقیهان متقدم و متأخر.

۲- ظرفیت‌هـای فقهی برای کارکردگرایی کیفـر؛ مهم‌ترین ظرفیت‌هایی که در منابـع دینی، قواعد فقهـی و اصولی برای لحاظ کارکردهای کیفـر و بهره‌گیری از یافته‌های دانش‌های بشـری در این خصـوص وجود دارد کدام‌اند؟ در این بخش به ظرفیت‌هایی اشاره می‌شـود که بعضی از آن‌ها مورداستفادهٔ فقیهان در پژوهش‌های پیشین فقهی بوده و بعضی دیگر مغفول مانده‌اند.

۱. کارکردگرایی کیفر در پژوهش‌های پیشین فقیهان

کارکردگرایی، سـابقه و پیشینهٔ روشـنی در دیدگاه فقیهان متقدم و متأخر دارد. کارکردگرایـی کیفـر از جهات مختلفی موردتوجه قرار گرفته اسـت. از یک‌سـو بـه اهداف مجازات‌ها و آنچه هنگام وضع مجـازات، مدنظر قانون‌گذار بوده توجه شـده و از سوی دیگر، آثار جانبی و تبعات مجازات، فارغ از هدف و مقصود ذهنی قانون‌گذار، موردتوجه فقیهان قرار گرفته است. در بعضی موارد، درجهٔ 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.

پیـش از آغـاز ایـن بحث، ذکر ایـن مقدمه ضروری اسـت که مقصـود ما از «مجازات»؛[1] هرگونه پاسخ[2] یا واکنش[3] به جرم نیست. در تعریف مجازات، نظرات گوناگونی از حیث سـعه و ضیق بیان شـده اسـت. برخی مجازات را یک واکنش

1. Punishment.

2. Response.

3. Reaction.

سـرکوب‌گرانهٔ اجتماعی می‌دانند و چهار ویژگی خوارکننده بـودن، رنج‌آور بودن، معیـن بودن و قطعی بودن را بـرای آن، ضروری قلمداد می‌کنند (بولـک، ۱۳۸۵، ۶۱). برخـی دیگر مجازات را چنین تعریف کرده‌اند: «تحمیل رنج و محرومیت عمدی، به انسـان مسـئولی که به دلیل نقض قوانین کیفری به‌موجـب حکم مرجع قضاییِ صلاحیت‌دار، مجرم شـناخته شده اسـت.» (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 رسـمی و حکومتی نسبت به کسی که مرتکب عمل مجرمانه شـده است به نحو آگاهانه یا عمدی تحمیل می‌شود.» (غلامی، ۱۳۹۹، ۴۱؛ الهام و برهانی، ۱۳۹۷، ۳۴/۲).

بنابرایـن ما در این تحقیـق به کارکردهای اقدامات تأمینی و تربیتی، پاسـخ‌های اصلاحی و بازپرورانه، پاسخ‌های اداری و مدنی و پاسخ‌های پیشگیرانه نمی‌پردازیم. همچنین کارکردهای واکنش غیررسـمی جامعه یـا بزه‌دیده به یک رفتار ناهنجار از موضوع این تحقیق خارج است.

۱/۱. توجه فقیهان به اهداف شارع از مجازات

از نگاه بیشـتر فقیهان، مجازات و عقوبت به‌عنوان پاسـخی دولتی به جرایم، به دودستهٔ «حدود» و «تعزیرات» تقسیم می‌شوند (ر ک: حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۳۶/۴)؛ همان‌گونه که دوگانهٔ حد و تعزیر در بسیاری از روایات به‌وضوح قابل‌مشاهده است.[۱]

از نگاه برخی از فقیهان، قصاص و دیه، با مجازات‌های یادشده تفاوت مشخصی دارنـد از ایـن حیث کـه این دو در جرایم علیه اشـخاص، صرفاً حقـی در اختیار مجنی‌علیه یا اولیای دم هسـتند که اسـتیفای آن یا گذشت از آن وابسته به ارادهٔ آنان اسـت (خلخالی، ۱۴۲۷ق، ۱۷۱/۱؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ۴۴۳/۲). برخی از حقوقدانان معتقدند، قصاص، همان دادخواهی فردی و مقابله به مثلِ جنایتی است که جانی مرتکب شده اسـت. همچنین دیه، نه ماهیت مجازات دارد و نه جبران خسـارت مالی است بلکه

۱. ازجمله: «... مَنْ قَالَ لَهُ يَا وَلَدَ لَمْ يُجْلَدْ إِنَّمَا يُعَزَّرُ وَ هُوَ دُونَ الْحَدِّ... .» «فِي رَجُلٍ سَبَّ رَجُلًا بِغَيْرِ قَذْفٍ عَرَّضَ بِهِ هَلْ 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 نـگاه 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 اسـت که لزوماً ارتکاب آن توسـط فرد، حرام نیست و گناه محسوب نمی‌شـود اما دربردارندهٔ 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 به‌عنوان قسـم جدید از مجازات، سـابقه‌ای در سـخنان فقیهان متقدم نداشته است؛ بلکه تمام مجازات‌های نامعین حتی مجازات فرد نابالغ و مجنون، ذیل تعزیـرات قرار می‌گرفتند. در بعضی از روایـات و متون فقهی متقدم، تعزیر، معادل تأدیب دانسته شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۸۴/۷؛ مفید، ۱۴۱۳ق، المقنعة، ۷۹۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۹۷/۸؛ طوسـی، ۱۴۰۰ق، ۷۱۸؛ عاملی، بی‌تا، ۱۴۳/۲). ابوالصلاح حلبی تعزیر را چنین تعریف می‌کند: «تعزیر تأدیبی اسـت که تعبداً برای بازداشـتن مجرم و مکلفان دیگر انجام می‌شود.» (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۶).

تمام مجازات‌ها هدفی را دنبال می‌کنند و برای رسیدن به آن وضع شده‌اند. اگر مجازاتـی در عالم بیـرون از ذهن، هدف را محقق نکند نقـض غرض رخ می‌دهد یـا در بهترین حالـت، اعمال مجازات، لغو و بی‌فایده خواهـد بود. به لحاظ هدف از مجازات، ما شـاهد دو رویکرد کلان هسـتیم: رویکرد گذشته‌نگر[1] و سزاگرا در برابر رویکرد آینده‌نگر[2] و فایده‌گرا. رویکرد گذشـته‌نگر، مجازات را برای سزادهی به رفتار پیشـین فرد لازم می‌داند و آن را نوعـی ادای دین اخلاقی و تهذیب معنوی قلمداد می‌کند؛ اما در رویکرد آینده‌نگر، کارکرد و اثربخشی مجازات و بیشتر بودن سـود مجازات از هزینه آن، مبنـا قرار می‌گیرد البته این رویکـرد، لزوماً به مجازات منتهی نمی‌شود بلکه ممکن است اصلاح و بازپروری یا سلب توان بزهکاری، سودی بیشـتر از سود مجازات داشته باشـند (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 (مقیمی‌حاجی، ۱۴۳۳ق، ۱۰۴/۶۵؛ غلامی و آقایی میبدی، 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 به‌خصوصیات فردی بزهکار در وضع مجازات و کیفردهی به او که در حقوق کیفری به فردی‌سازی کیفر (تفرید العقوبه) تعبیر می‌شود در مجازات‌های حدی و به‌خصوص زنا به نحو شگفت‌انگیزی دیده می‌شود؛ به‌گونه‌ای 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.

نکتهٔ دیگری که در این رابطه گفتنی است اینکه در شریعت و به‌تبع 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 این‌گونه جرایم بر روی فرزندان و نسل‌های آتی انسان توجه شده است و کارکرد جرم‌انگاری و کیفرگذاری برای این‌گونه 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 علیه‌السلام پرسید: چرا زنا غدغن و

حرام شده است؟ امام علیه‌السلام 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 شناخته‌شده‌اش کدام‌اند.» پرسید: چرا لواط حرام شده است؟ امام علیه‌السلام فرمودند: «به این دلیل که اگر نزدیکی مرد با مرد مجاز باشد مردان از زنان احساس بی‌نیازی می‌کنند و نتیجهٔ آن قطع شدن نسل‌ها و تعطیل شدن فروج است. جایز نمودن این آثار، فساد بسیار دارد.» (طبرسی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۷/۲).

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 برخواسته از شواهد و قراین 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 غیرقابل‌انکار است. محقق حلی هر آنچه عقوبت معین دارد را حد و هرچه عقوبت معین ندارد را تعزیر می‌نامد (حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۳۶/۴). 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، ۱۴۲/۲). 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، ۳۲۶/۱۴). موسوی اردبیلی چندین اشکال به شهید ثانی وارد می‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۲۲/۱).

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

صادق علیه‌السلام، راوی درباره میزان تازیانهٔ تعزیری سؤال می‌کند و امام علیه‌السلام چنین پاسخ می‌دهند: «اندازهٔ تعزیر بر اساس آنچه والی از گناه فرد و توان جسمش می‌بیند تعیین می‌شود.»[1] 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 هیچ‌چیز جز تعزیر او را بازنمی‌دارد 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، ۱۳۸۷ق، ۹۷/۸).

وهبة الزحیلی دراین‌باره 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، ۱۴۰۹ق، ۲۲/۶) این تفاوت به اختلاف زمان و مکان درواقع 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 به‌حساب می‌آید. دوم اینکه بر همین اساس بایستی به کارکردهای کیفر توجه داشت که برحسب زمان و مکان متفاوت است؛ یعنی تابع شرایط و اوضاع‌واحوال اجتماعی است.

علاوه بر عنصر معین یا نامعین بودن، 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). شیخ طوسی در تعزیر سرقت و کلاه‌برداری می‌گوید: «مجازات باید فرد را از بازگشت به مثل این رفتار بازدارد.» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۱۸ و ۷۱۹) ابوالصلاح حلبی هدف از تعزیر را بازداشتن مجرم و دیگران از انجام جرم می‌داند (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۴۱۶). یحیی بن سعید حلی، حبس پزشکان جاهل، کرایه‌کنندگان مفلس و عالمان فاسق از سوی امیرالمؤمنین علیه‌السلام را در

۱. «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ قَالَ حَدَّثَنَا الْعَبَّاسُ بْنُ مَعْرُوفٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه‌السلام التَّعْزِيرُ فَقَالَ دُونَ الْحَدِّ قَالَ قُلْتُ دُونَ ثَمَانِينَ قَالَ فَقَالَ لَا وَ لَكِنَّهُ دُونَ الْأَرْبَعِينَ فَإِنَّهَا حَدُّ الْمَمْلُوكِ قَالَ قُلْتُ وَ كَمْ ذَاكَ قَالَ قَدْرَ مَا يَرَاهُ الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَ قُوَّةِ بَدَنِه» (صدوق، ۱۳۸۶ق، 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:

«شهوت 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 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 به‌عنوان 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 تحت‌الشعاع 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.

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 بازدارندهٔ دیگری وجود دارد باید همان مجازات اعمال گردد.» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۱/۱).

فقیهی 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:

«امــور 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 کارکــرد، 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 بــر توجه به هدف از مجازات، توجه به آثار جانبی و پیامدهای ناخواســته مجازات نیز نشــانه کارکردگرایی اســت. فقیهان در اجرای حدود، توجه شــایانی به آثار جانبی آن داشــته‌اند (هاشمی، ۱۳۷۵، ۶۸/۷). تقریباً تمام فقیهان معتقدند که اجرای حد در بلاد کفر جایز نیســت؛ زیرا خشــم حاصل از اجرای حد ممکن است مجرم را تحریک کند تا به کافران بپیوندد (طوســی، ۱۴۰۰ق، ۷۰۲؛ حلــی، ۱۴۰۸ق، ۱۴۳/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۴/۴۱). این فتوا بر اساس روایتی از کتاب علل الشرایع صادر شده است.[۱]

روشــن اســت که تأخیر اجرای حد در این فرض، مبتنــی براثر جانبی منفی این مجــازات در بلاد کفر اســت. اجرای ایــن مجازات در چنین موقعیتــی مجرم را به پناهندگی به بلاد کفر تشــویق می‌کند. بعضی از فقیهان بر اساس علت واردشده در روایت، این تأخیر در اجرای حد را در حدود سالب جان روا ندانسته‌اند؛ ازاین‌جهت که روایت مذکور، تنها به پیامد منفی اجرای حد بر شــخص مجرم اشاره دارد و این پیامد منفی در حدود ســالب جان بی‌معناســت (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۳۸۱/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۴/۴۱) اما این تخصیص موردنقد فقیهان دیگر قرار گرفته است (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ۲۵۸).

۱. «أَبِي رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى الْخَزَّازِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْــدِ اللَّهِ عليه‌السلام عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه‌السلام لَا أُقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدّاً بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا لِئَلَّا تَلْحَقَهُ الْحَمِيَّةُ فَيَلْحَقَ بِالْعَدُوِّ.» (صدوق، ۱۳۸۶ق، ۵۴۴/۲)

می‌توان گفت: اجرای حد در بلاد کفر نه‌تنها 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 شـــدن کافران نسبت به پذیرش اسلام می‌داند (حلی، ۱۴۲۵ق، ۳۴۲/۲).

این فتوای مشـــهور به همراه روایت و علتی که برای تأخیر اجرای حد بیان شـــده اســـت می‌تواند مدرکی برای یک قاعدهٔ فقهی محســـوب گردد که بیان‌گر حرمت «تنفیر» و نفرت‌ســـازی در میان مردم نســـبت به دین اسلام است. یکی از تطبیقات این قاعده، اجرای حدودی است که به دلیل قرار گرفتن در موقعیت خاص زمانی یا مکانی، موجب شـــکل‌گیری نفرت عمومی نسبت به اسلام شده و چهره‌ای سیاه از دین به نمایش می‌گذارد. یکی از فقیهان معاصر دراین‌باره می‌گوید:

«اگـــر اقامهٔ برخی حدود با کیفیت ویژهٔ آن در منطقه‌ای خاص یا در همهٔ مناطق و یـــا در برهـــه‌ای از زمان موجب تنفر افکار عمومی از اسلام و احکام آن و درنتیجه تضعیف اساس دین گردد، حاکم مسلمین یا متولّی حوزهٔ قضا می‌تواند، بلکه موظف است، اقامهٔ آن حدّ را تا زمان توجیه افکار عمومی نسبت به مقررات و حدود اسلامی و علت وضع آن‌ها تعطیل نماید.» (منتظری، بی‌تا، ۵۱۰/۲).

یکی از مجازات‌هایی که به اعتقاد بعضی از فقیهان در عصر کنونی موجب تنفیر می‌شـــود حد رجم است (منتظری، بی‌تا، ۴۷۳/۳؛ مکارم شـــیرازی، ۱۴۲۷، ۳۶۲/۳). نقل شده اســـت که امام خمینی رحمه‌الله نیز با اجرای حد رجم در شـــرایط کنونی مخالف بوده است. یکی از فقیهان معاصر دراین‌باره می‌گوید:

«اگر اجرای حکم رجم یا بعضی حدود دیگر درزمانی منشـــأ عوارض منفی در جامعه شـــود و مثلاً موجب وهن مذهب و بدبینی مـــردم- هرچند در بعضی مناطق دنیا- به اصل مذهب گردد به‌عنوان ثانوی باید اجرای آن موقتاً متوقف شود و هم‌زمان فلسفهٔ حدود و احکام الهی با زبان روز و منطق و استدلال تبیین گردد.» (منتظری، بی‌تا، ۴۷۳/۳).

مســـئلهٔ دیگر، اجرای حد بر زن باردار اســـت که فتوای رایج، ممنوعیت اجرای

چنین حدی است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۰۲؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۴۳/۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۴۹۹/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۳۸/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۸۰/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، 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، ۱۴۰۴ق، ۳۳۷/۴۱). برخی از فقیهان برای این فتوا به آیهٔ شریفهٔ «ولا تزر وازرة وزر أخری» (انعام/۱۶۴) استناد کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۴۹۹/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۳۸/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۸۰/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۱۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ۳۳۰). نباید برای مجازات یک انسان، به انسان دیگر زیانی 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، ۱۴۱۲ق، ۳۵۸/۱).

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

«زن بارداری را که مرتکب زنا شده بود، نزد عمر آوردند. عمر دستور داد سنگسارش کنند. امیرالمؤمنین علیه‌السلام فرمودند: فرض کن علیه این زن اختیار داری. علیه آنچه در شکم این زن است چه اختیاری داری؟! خداوند فرموده است هیچ‌کس گناه فرد دیگر را حمل نمی‌کند ... پرسید با این زن چه کنم؟ امام علیه‌السلام 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 ... .»[1]

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

۱. «وَ رَوَوْا أَنَّهُ أُتِيَ بِحَامِلٍ قَدْ زَنَتْ فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا فَقَالَ لَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه‌السلام هَبْ لَكَ سَبِيلٌ عَلَيْهَا أَيُّ سَبِيلٍ لَكَ عَلَى مَا فِي بَطْنِهَا وَ اللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى فَقَالَ عُمَرُ لَا عِشْتُ لِمُعْضِلَةٍ لَا يَكُونُ لَهَا أَبُو حَسَنٍ ثُمَّ قَالَ فَمَا أَصْنَعُ بِهَا قَالَ احْتَطْ عَلَيْهَا حَتَّى تَلِدَ فَإِذَا وَلَدَتْ وَ وَجَدْتَ لِوَلَدِهَا مَنْ يَكْفُلُهُ فَأَقِمِ الْحَدَّ عَلَيْهَا فَسُرِّيَ بِذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَ عَوَّلَ فِي الْحُكْمِ بِهِ عَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ علیه‌السلام» (مفید، ۱۴۱۳ق، الارشاد، ۲۰۴/۱؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۳۹/۴؛ مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۵۲/۲ و ۴۵۳/۲)

بلد برای زنان، دو اســتدلال کارکردگرایانه دارد که یکی از آن دو گذشــت. او در اســتدلال دیگر خود به آثار جانبی نفی بلد زنان اشاره می‌کند. او معتقد است، اگر زن، نفی بلد شــود باید با محارم خود مثل همســرش نفی بلد شود که این مجازات مخالف با آیهٔ شریفهٔ ﴿ولا تزر وازرة وزر أخری﴾ (أنعام/۱۶۴) است. همچنین انتقال او به محل دیگر بدون حضور محارم جایز نیســت؛ 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 مســجد و حرم‌های مطهــر جایز نمی‌دانند (مفیــد، ۱۴۱۳ق، المقنعة، ۷۸۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۰/۸؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۰۲). این فتوا مبتنی بر یک روایت است[1] و احتمالاً تصویر ســخت 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 (موســوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۷/۱). این تبعیض می‌تواند منشأ بی‌عدالتی کیفری و درنتیجــه، تفاوت معنادار آمار ارتکاب جرم میان طبقات مختلف اجتماعی شــود. البتــه او، این پیامد را دارای راه‌حل می‌داند. با فردی کردن مجازات مالی و تعیین آن بر اساس وضعیت مالی مجرم، این معضل قابل‌حل است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۸/۱)

مجموع شــواهد ذکرشده، تأییدی بر رویکرد آینده‌نگر[2] و غایت‌گرایانه[3] و ابطال رویکرد گذشــته‌نگر[4] و سزاگرایانه[5] در هدف از مجازات هستند؛ بدین معنا که آنچه

---

۱. «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلی‌الله‌علیه‌وآله أَنَّهُ نَهَى عَنْ إِقَامَةِ الْحُدُودِ فِي الْمَسَاجِدِ وَ كَانَ عَلِيٌّ علیه‌السلام 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 به‌عنوان مجازات توجیه می‌کند نتایج و پیامدهای مثبت مجازات اســت و نه صرفاً قبح رفتار مجرم و اســتحقاق و ســزاواری 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 می‌توان با رویکرد آینده‌نگر برای جرم وضع کرد، به کارآمدترین مجازات از حیث کارکــرد مثبت و منفی توجه نموده‌اند. در حدود نیز کارکردهای منفی مجازات‌های حدی را مدنظر داشته‌اند و در مواردی با استفاده از این کارکردها، اجرای حد را منتفی دانسته یا به تأخیر انداخته‌اند. توجه همه‌جانبه به کارکردها و پیامدهای مجازات‌ها تأثیر شگرفی در نگرش ما دارد. به‌عنوان‌مثال، توجه به کارکرد حبس، یکی از حقوق‌دانان را به این نتیجه رسانده است:

«مجرم را با حبس کردن از جامعه دور می‌کنیم. از طرف دیگر، اصولاً [حبس] رســالتش تربیتی است و آن این اســت که به بزهکار بفهماند که مرتکب خطا شده و زمینه‌های بازپذیری اجتماعی‌اش را آماده کند اما در عمل، تحقق این رســالت‌ها بســیار دشوار اســت. در اینجا یک نوع تناقض به چشــم می‌خورد؛ زیرا از یک‌سو می‌خواهیم فرد مجرم را تربیت کنیم؛ یعنی ازنظر اجتماعی بازپذیر کنیم اما از سوی دیگــر او را از اجتماع دور می‌کنیم؛ یعنی به‌نوعی اجتماع‌زدایی می‌کنیم و او را وارد اجتماع و محیط خاص؛ یعنی محیط خردی که متشــکل از مجرمین است و دارای خرده‌فرهنگ ویژه خود است می‌کنیم.» (مارتی، ۱۳۷۶، ۱۹۴)

در همین زمینه آیت‌الله هاشمی شاهرودی معتقد است:

«هزینه‌های ســنگینی در تأســیس زندان وجود دارد. اولین هزینه، هزینه بایگانی کردن فرد است به‌عنوان یک نیروی انسانی که در زندان، محبوس و معطل می‌ماند و کل خلاقیت‌ها و تمام نقش تولیدی او ... محدود می‌شود ... . دومین تأثیر منفی زندان بر خانواده زندانیان اســت. بااینکه شخص مجرم مستحق مجازات است ولی در مجــازات زندان علاوه بر فــرد، خانواده مجرم که هیچ نقشــی در ارتکاب جرم نداشته‌اند نیز باواسطه مجازات می‌شوند.» (پورهاشمی، ۱۳۸۳، ۹۶ و ۹۷)

۲. ظرفیت‌های فقهی برای کارکردگرایی کیفر

در منابـع دین، قواعد فقهی و قواعد اصولی، ظرفیت و قابلیت رویکرد کارکردی وجود دارد. چنان‌که گذشـت، بخشی از این ظرفیت، از سوی فقیهان مورداستفاده قرار گرفته اسـت اما بخشـی دیگر مورد غفلت واقع شده است. شـواهد فراوانی را می‌تـوان یافت که حاکی از توجـه به آثار و پیامدهای کیفر و تأثیر این مهم بر حکم اولیهٔ مقررشـده برای کیفری خاص است. در ادامه اهم این ظرفیت‌ها را موردبررسی قرار می‌دهیم.

۲/۱. کارکرد مجازات‌ها در آینه منابع روایی

مطالعـه دقیق منابع اسلامی نشـان می‌دهد که در روایـات، پیامدها و آثار کیفر موردتوجه بوده است. این پیامدها گاه از جنبه فردی و گاه از جنبه اجتماعی موردتوجه قرار می‌گرفته است. در ادامه مصادیق و نمونه‌هایی را موردبررسی قرار خواهیم داد.

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

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

«به امام صادق علیه‌السلام عرض کردم در سـرقتِ چه میزان مال، دسـت سـارق قطع می‌شـود؟ ایشـان فرمودند: در یک‌چهارم دینار. گفتـم در دو درهم چه؟ امام علیه‌السلام فرمودند: ارزش دینار هرچقدر بالا رود، در یک‌چهارم دینار. عرض کردم اگر کسی کمتر از یک‌چهارم دینار را سـرقت کرد آیا نام سـارق می‌گیـرد و در این حال، نزد خداوند سـارق محسوب می‌شـود؟ 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 دسـتش قطع نمی‌شود مگر با دزدیدن یک‌چهارم دینار یا بیشـتر. اگر دست سـارقان در کمتر از یک‌چهارم دینار قطع شود، عموم مردم را دست‌بریده می‌یافتی.»[1] (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۲۱/۷)

۱. «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه‌السلام فِي كَمْ يُقْطَعُ السَّارِقُ فَقَالَ فِي رُبُعِ دِينَارٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ فِي دِرْهَمَيْنِ فَقَالَ فِي رُبُعِ دِينَارٍ بَلَغَ الدِّينَارُ مَا بَلَغَ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَ رَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ هَلْ يَقَعُ عَلَيْهِ حِينَ سَرَقَ اسْمُ السَّارِقِ وَ هَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ فَقَالَ

این روایت به‌وضوح بر این نکته تأکید دارد که درجایی که جرمی مانند سرقت شیوع می‌یابد و به سبب اوضاع‌واحوال اجتماعی یا فرهنگی و اقتصادی بیشتر افراد جامعه با آن درگیر می‌شوند، نمی‌توان از این کیفر استفاده نمود؛ چراکه اجرای چنین مجازاتی باعث می‌شود تصویری که از این جامعه ارائه می‌شود تصویری آزاردهنده باشد و این‌چنین چیزی درخور جامعه اسلامی نیست و تأکید بر «لألفیتَ عامة الناس مقطّعین» 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

ازجمله 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 این‌گونه نیست متفاوت عمل شود. به‌هرحال 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 ﷺ خواست دست او را قطع کند گروهی از قریش در اعتراض به پیامبر ﷺ تجمع کردند و گفتند: «ای رسول خدا! دست زن شریفی مثل فلانی را برای کار ناچیزی قطع می‌کنید؟» حضرت ﷺ فرمودند: «آری، پیشینیان شما فقط با چنین چیزی هلاک شدند؛

كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئاً قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لَا يُقْطَعُ إِلَّا فِي رُبُعِ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَوْ قُطِعَتْ أَيْدِي السُّرَّاقِ فِيمَا هُوَ أَقَلُّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَّةَ النَّاسِ مُقَطَّعِينَ.»

حدود را بر افراد ناتوان اعمال می‌کردند و افراد توانمند و اشــراف را رها می‌کردند؛ پس هلاک شدند.»[1] (مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۴۲/۲).

این هلاکت می‌تواند ناشی از غضب خداوند یا طغیان و شورش مردم یا هردو یا وجوهی دیگر باشــد ولی به‌هرحال پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله به این کارکرد در بیان وجوب تســاوی افراد در اعمال کیفر تمســک می‌جوینــد. در روایتی دیگر پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله در تبیین علت تساوی افراد در اجرای حدود بر هلاکت قوم بنی اسرائیل به سبب عدم رعایت تســاوی در اعمال مجازات‌ها تصریح می کنند: «او از تعطیل شدن حدود نهی کرد و فرمود: بنی‌اســرائیل فقط به این دلیل به هلاکت رسیدند که حدود را فقط بر افراد فرودست جاری می‌کردند و افراد شریف را رها می‌نمودند.»[2] (مغربی، ۱۳۸۵ق، ۴۴۲/۲).

۲/۱/۳.عدم اجرای حدود در ســرزمین‌های دشــمن با احتمال پیوستن بزهکار به دشمنان

ازجمله موارد دیگری که در روایات و در توجه به کارکردهای کیفر وجود دارد، روایاتی اســت که از اجرای کیفر بر بزهکار در ســرزمین‌های دشمن نهی می‌کند و علت این نهی را احتمال پیوســتن بزهکار به دشــمنان و ازایــن‌رو تقویت جبهه کفر می‌داند. در روایتی آمده اســت که امام علی علیه‌السلام فرمودند: «در ســرزمین دشمنان بر کســی حدی اجرا نمی‌کنم؛ چراکه بیم آن می‌رود حمیــت، فرد را فرا گیرد و به دشمنان ملحق شود.»[3] (صدوق، ۱۳۸۶ق، ۵۴۵/۲) .

۲/۱/۴.ضــرورت تأخیر در اجرای حد بر زن باردار یا وضع حمل کرده در راستای صیانت از حقوق جنین یا کودک

ازجمله 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 اســت که وضع حمل کرده و حیات کودک به وجود مادر یا سلامت اوست. بااینکه حکم اولیه در اجرای حدود فوریت است اما در این دو مورد ازآنجاکه

۱. «نَعَمْ إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِمِثْلِ هَذَا كَانُوا يُقِيمُونَ الْحُدُودَ عَلَى ضُعَفَائِهِمْ وَ يَتْرُكُونَ أَقْوِيَاءَهُمْ وَ أَشْرَافَهُمْ فَهَلَكُوا.»

۲. «أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَعْطِيلِ الْحُدُودِ وَ قَالَ إِنَّمَا هَلَكَ بَنُو إِسْرَائِيلَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُقِيمُونَ الْحُدُودَ عَلَى الْوَضِيعِ دُونَ الشَّرِيفِ.»

۳. « لَا أُقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدّاً بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا لِئَلَّا تَلْحَقَهُ الْحَمِيَّةُ فَيَلْحَقَ بِالْعَدُوِّ»

کارکرد مجازات متضمن ضرر و زیان بر یک انسان بی‌گناه دیگر است و راهی برای دفـع این ضرر جز تأخیر در اجرای مجازات نیســت فوریت اجرای مجازات ممنوع می‌شود. از امام صادق علیه‌السلام در خصوص زنی که باردار است و مرتکب زنای محصنه شده است سؤال شد. حضرت فرمودند: «آن زن رها می‌شود تا آنچه در شکم دارد، بزاید و فرزندش را شیر دهد سپس رجم می‌شود.»[1] (صدوق، ۱۴۱۳ق، ۳۹/۴).

۵/۱/۲.توجه دادن به علت مجازات کردن از طریق تبیین کارکرد آن

از جهــت لغوی، «حد» به معنای مانع‌شــدن و فاصله انداختــن میان دو چیز و «تعزیــر» به معنای تأدیب آمده اســت (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۱۹/۳؛ جوهــری، ۱۴۱۰ق، ۷۴۴/۲؛ ابــن منظــور، ۱۴۱۴ق، ۱۴۰/۳ و ۵۶۲/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۵۴/۴۱؛ گلپایگانــی، ۱۴۱۲ق، ۲۰/۱). اهل لغت می‌گویند: «ریشه تعزیر، تأدیب است.» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵۶۲/۴؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۷۴۴/۲) امــا معانی دیگری نیز برای واژه «تعزیر» ذکر شــده اســت مثل یاری کردن، تعظیم و احترام گذاشتن (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۳۵۲/۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ۳۸۳/۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵۶۲/۴)

بعضی از پژوهشــگران، ایــن معانی را به معنای واحد؛ یعنــی یاری کردن یا دفاع به همراه تقویت بازگردانده‌اند؛ زیرا تأدیب نیز نوعی یاری کردن از طریق بازداشــتن از ضرری اســت که فرد به خود وارد می‌کند (اصفهانــی، ۱۴۱۲ق، ۵۶۴؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ۱۰۹/۸). در چندین روایت، تعبیر «تأدیب» به‌جای «تعزیر» یا در کنار آن آمده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۴۲/۷ و ۲۸۴/۷؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۲۷۳/۴). معنای لغوی «تعزیر» و جانشینی واژه‌های «تعزیر» و «تأدیب» شاهدی قوی بر هدف شارع از مجازات تعزیری است.

فردی در زمان امیرالمؤمنین علیه‌السلام دیدن رؤیایی خلاف عفت را به دیگری نسبت داد. نزد امام علیه‌السلام شکایت کردند. حضرت در پاسخ، پس از مخالفت با اجرای حد قذف به دلیل عدم تحقق قــذف فرمودند: «... اما او را تازیانه خواهیم زد تا دوباره مسلمانان را آزار ندهد.»[2] (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۶۳/۷؛ صدوق، ۱۳۸۶ق، ۵۴۴/۲)

۱. «تُقَرُّ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا وَ تُرْضِعَ وَلَدَهَا ثُمَّ تُرْجَمُ.»

۲. «... لَكِنْ سَنَضْرِبُهُ 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 حلی، حبس پزشکان جاهل، کرایه‌کنندگان مفلس و عالمان فاسق از سوی امیرالمؤمنین علیه‌السلام را در جهت صیانت از ابدان، اموال و ادیان مردم از تعرض افراد قلمداد کرده است (حلی، ۱۴۰۵ق، ۵۶۸).

روشن است که این نگاه به مجازات، با نظریهٔ سزادهی سنتی، به‌عنوان یکی از مبانی مجازات[1] سازگاری ندارد؛ ازآن‌جهت 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 واسطهٔ در ثبوت حکم باشد، حکم را تخصیص و تعمیم نمی‌دهد؛ اما علتی که واسطه در عروض حکم باشد مخصص و معمّم 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 ارائه‌شده است. سزادهی به‌مثابه یکی از اهداف مجازات به کارکرد فردی و اجتماعی مجازات هیچ توجهی ندارد و صرفاً مجازات را ازآن‌جهت که سزای رفتار مجرم است تجویز می‌کند. سزادهی به‌مثابهٔ 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).

علت‌هــای منصوص و به‌صورت کلی تمام قیودی کــه در بیان یک حکم ذکر شــده‌اند را می‌توان به دودســته تقســیم کرد (سیســتانی، ۱۴۱۴ق، ۸۳): **دســتهٔ نخست**، علت‌هایی هستند که حیثیت تعلیلیه دارند؛ یعنی صرفاً برای توجیه یک حکم تعبدی بیان شــده‌اند و احراز یا عدم احراز علت از ســوی مکلف، تأثیری در ســعه و ضیق حکم شــرعی ندارد مانند اینکه پدری به فرزند خویش بگوید: «درب خانه را برای هیچ‌کس 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.

دســتهٔ دوم، علت‌هایی هســتند که حیثیت تقییدیه دارند؛ یعنی اساســاً با هدف تضییق و توســعهٔ یک حکم شرعی بیان شده‌اند. شــارع به‌جای اینکه حکم شرعی کلی را بیان کند یکی از تطبیقات آن را بیان نموده و آن را مستند به یک قاعدهٔ کلی می‌نماید مثلاً پدر به‌جای اینکه به فرزندش دســتور دهد تمام مهمانان را اکرام کند، می‌گوید: «علی را اکرام کن؛ چون مهمان من است.»

به نظر می‌رسد علتی که برای مجازات‌های تعزیری بیان شده است را می‌توان از نوع دوم دانســت؛ زیرا اساســاً نوع و میزان تعزیرات، بیان نشده و به تشخیص حاکم واگذار شــده اســت؛ لذا علتی که برای تعزیر بیان می‌شود نقشی جز جهت‌دهی به تشخیص حاکم ندارد؛ بنابراین کارکرد مجازات تعزیری، مبنا و پایهٔ تشخیص حاکم بــرای نوع و میزان مجازات تعزیری خواهد بود؛ امــا در مجازات‌های حدی به دلیل معیــن بودن نوع و میزان مجــازات، نمی‌توان به‌راحتی از علت‌های بیان شــده مانند «تعظیم محرمات الهی» (موسوی، ۱۴۱۴ق، ۴۵۱) ، حیثیت تقییدی و نوع دوم از علت‌ها را استظهار نمود بلکه به‌احتمال‌قوی، این علت‌ها با هدف توجیه یک حکم تعبدی و تقویت عمل به آن است.

۲٫۲. دلیل‌های حاکم

به نظر می‌رســد دو دلیل، توانایی حکومت بر ادلهٔ وجوب اجرای حد و تعزیر را دارند و هر دو دلیل ناظر بر کارکرد مجازات‌ها هســتند: آیهٔ شریفهٔ «لا تزر وازرة وزر

أخری» (انعام/۱۶۴) و حدیث «لاضرر» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۹۳/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۲۳۳/۳). حقوق‌دانان نیز به‌مثابهٔ این دو دلیل شرعی، اصل شخصی بودن مجازات‌ها را تأسیس نموده‌اند (الهام و برهانی، ۱۳۹۷، ۳۷/۲).

این دو دلیل شـــرعی، هرگونه ضـــرر و زیان اضافه بر مقتضـــای مجازات را نفی می‌کننـــد. بعضی از زیان‌ها و فشـــارهایی که براثر مجازات بـــر مجرم و دیگران وارد می‌شوند، به‌صورت طبیعی لازمهٔ جدانشدنی مجازاتی هستند که از سوی شارع تعیین شـــده است مانند فقدان پدر برای فرزند شـــخصی که مرتکب محاربه شده است یا بدنامـــی برای خانوادهٔ مجرمی که باید به‌صورت علنی مجازات شـــود. این ضررها و زیان‌ها نمی‌توانند با این دو دلیل نفی شـــوند بلکه نفی این زیان‌ها به معنای لغو بودن وضع این مجازات‌ها اســـت که رفتار لغو از سوی شـــارع حکیم، قبیح است (خویی، ۱۴۲۲ق، ۶۲۶/۱؛ بجنـــوردی، ۱۴۱۹ق، ۲۳۱/۱؛ ایروانی، ۱۴۲۶ق، ۱۳۹/۱)؛ اما بخشـــی از ضررها و خسارت‌های وارده بر مجرم یا دیگران، لازمهٔ یک مجازات معین شرعی نیستند بلکه ضرر و آســـیبی هستند که با اجرای مجازات در شرایط خاص، بر مجرم، فرد دیگر یا جامعـــه وارد می‌آیند. در چنین مواردی، دو دلیل فوق‌الذکر می‌توانند با حکومت بر دلیل وجوب اجرای حد یا تعزیر، آن دلیل را مقید نمایند و درنتیجه، 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، ۴۹۹/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۳۸/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۸۰/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۵۱۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ۳۳۰).

۳/۲. قواعد تزاحم میان تکالیف شرعی

یکی از مســـلمات علم اصول، امکان تزاحم میان احکام شـــرعی و لزوم رعایت قاعدهٔ اهم و مهم اســـت. تزاحم عبارت اســـت از تنافی دو حکم شـــرعی در مرحلهٔ امتثال مانند تنافی وجوب ازالهٔ نجاســـت از مســـجد و وجوب نمـــاز در آخر وقت. امتثال این دو حکم در زمان واحد برای مکلف، مقدور نیســـت. اصولیان از میان دو تکلیـــف متزاحم، تکلیف اهم را مطلقاً منجـــز 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 اشـتغال به تکلیف اهم هستند مثلاً اگر ازالهٔ نجاست از مسـجد دارای مصلحتی اهم باشد، وجوب نماز مشـروط به عدم اشتغال به ازالهٔ نجاست از مسجد است (صدر، ۱۴۱۸ق، ۲۱۹/۲؛ مظفر، ۱۴۳۰ق، ۳۷۰/۲).

مجازات‌های تعزیری و حدی هم ازجمله واجبات شرعی هستند که گاهی دچار تزاحم 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، ۳۵۸/۱). همچنین اگر ثابت شـود تنفیر و بیزار کردن مردم نسـبت به دین حرام است، این تکلیف با مجازات حدی یا تعزیری تزاحم می‌کند و همان‌طور که گذشـت، به اعتقاد بعضی از فقیهـان، حرمت تنفیر بر وجوب اجرای حد یا وجوب تسریع در اجرای حد مقدم می‌شود؛ بنابراین اجرای حد با کیفیتی که موجب تنفر مردم شـود، وجوب یا حتی جـواز ندارد. قاعدهٔ «حرمت تنفیر از دین» یکی از قواعدی اسـت که علی‌رغم داشتن شواهد دینی فراوان، اخیراً به‌عنوان قاعده مطرح و مستندسازی شده است (نوبهار، ۱۳۸۴، ۱۲۹/۴۲).

صاحـب جواهر، خیانت و نقض معاهده با کافران را حـرام می‌داند و برای این رأی خویش به قبح عمل و حرمت تنفیر مردم نسبت به اسلام استناد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۷۸/۲۱). ایشـان همچنین اخذ اجرت توسـط 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، ۱۲۲/۲۲ 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 اسـت. این رویکرد در جای‌جای استدلال‌های فقیهان در حدود و تعزیرات وجود دارد؛ اگرچه در سـخنان آنان به این رویکرد تصریح نشده اسـت. بر اساس این رویکرد، باید در پرتـوی پیامدها و آثـار مثبت و منفی مجازات‌ها، کیفـری 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 «لاضرر» و قاعده فقهی «لا تزر وازرة وزر أخری» و قاعده اصولی تزاحم، 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،[1] عدالت ترمیمی،[2] میانجی‌گری[3] یا پاسخ‌های مدنی[4] و اداری[5] می‌رسیم؛ ازآن‌جهت که گاهی کارآمدترین پاسخ از حیث کارکرد و اثرگذاری، پاسخی غیر از کیفر و مجازات است.

منابع

الف) کتاب‌ها:

آزاد ارمکی، تقی. (۱۳۹۳). **مکتب‌ها و نظریه‌های جامعه‌شناسی**. تهران: نشر علم.

آمدی، عبدالواحد. (۱۳۶۶). **غررالحکم**. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

ابن منظور، جمال‌الدین. (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. چاپ سوم، بیروت: دار صادر.

اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۵). **حقوق جزای عمومی**. چاپ یازدهم. تهران: میزان.

اصفهانی، راغب. (۱۴۱۲ق). **مفردات ألفاظ القرآن**. لبنان-سوریه: دار العلم-دارالشامیة.

الهام، غلامحسین. برهانی، محسن. (۱۳۹۷). **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**. چاپ چهارم، تهران: میزان.

ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق). **دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة**. چاپ سوم. قم: دار الفقه.

بجنوردی، سیدحسن (موسوی). (۱۴۱۹ق). **القواعد الفقهیة**. قم: الهادی.

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

بولک، برنار. (۱۳۸۵). **کیفرشناسی**. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، چاپ ششم. تهران: مجد.
پورهاشمی، عباس. (۱۳۸۳). **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.
حلبی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). **الکافی فی الفقه**. اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین علیه‌السلام.
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.
خلخالی، سید محمدمهدی. (۱۴۲۷ق). **فقه الشیعة کتاب الخمس و الانفال**. قم: دار البشیر.
خویی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). **مصباح الاصول**. قم: مؤسسة احیاء آثار الا مام الخوئی.
زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). **الفقه الاسلامی و ادلته**. دمشق: دار الفکر.
سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الأحکام**. چاپ چهارم. قم: مؤسسه المنار.
سیستانی، علی. (۱۴۱۴ق). **الرافد فی علم الاصول**. خباز، منیر، قم: لیتوگرافی حمید.
سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۳۰ق). **دلیل تحریر الوسیلة-فقه الربا**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق). **المحیط فی اللغة**. بیروت: عالم الکتاب.
صافی گلپایگانی، لطف‌الله. (بی‌تا). **التعزیر احکامه و حدوده**. بی‌جا: بی‌نا.
صدر، محمدباقر. (۱۴۱۸ق). **دروس فی علم الاصول**. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
صدوق، محمد بن علی. (۱۳۸۶). **علل الشرائع**. قم: داوری.
صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). **کتاب من لا یحضره الفقیه**. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
طباطبایی، علی. (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل**. قم: مؤسسه آل البیت.
طبرسی، احمد بن علی. (۱۴۰۳ق). **الاحتجاج**. مشهد: مرتضی.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰). **الاستبصار**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). **المبسوط فی فقه الإمامیة**. چاپ سوم. تهران: المکتبة المرتضویة.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). **النهایة**. چاپ دوم. بیروت: دار الکتب العربی.
عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). **مسالک الافهام**. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.

عاملی، محمد بن مکی. (بی‌تا). **القواعد و الفوائد**. قم: مفید.
غلامی، حسین. (۱۳۹۸). **علوم جنایی تطبیقی**. چاپ دوم. تهران: میزان.
غلامی، حسین. (۱۳۹۹). **کیفرشناسی**. چاپ سوم. تهران: میزان.
فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). **تفصیل الشریعة-الحدود**. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.
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 الإسلامیة.
گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۱۲ق). **الدر المنضود**. قم: دار القرآن الکریم.
مجلسی، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). **روضة المتقین**. چاپ دوم. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**. تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر.
مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). **اصول الفقه**. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مغربی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۵). **دعائم الاسلام**. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البیت.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). **استفتائات جدید**. چاپ دوم. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه‌السلام.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). **انوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات**. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه‌السلام.
منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). **دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة**. چاپ دوم. قم: تفکر.
منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). **رساله استفتائات**. قم: بی‌نا.
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 الوسیلة- کتاب الحدود**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. چاپ هفتم. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

ب) مقالات:

۱- عباســی، مراد و صادقی، محمد هادی و فروغی، فضل الله و ســاداتی، محمد مهدی(۱۴۰۱). تأثیرپذیری قواعد تعدّد جرم از اهداف تعزیر. **پژوهش حقوق کیفری**، ۱۰(۳۸): ۷۵-۱۱۰.

۲- غلامی، علی و آقایی میبدی، حسین(۱۳۹۲). اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و سازوکار حل تلاقی آن. **فقه اهل‌بیت** علیهم‌السلام، ۱۹(۷۵ و ۷۶): ۲۲۴-۱۹۳.

۳- مارتی، دلماس(۱۳۷۶). از حقوق جزا تا سیاست جنایی. ترجمه نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. **نامه مفید**، ۳(۱۱): ۱۹۴-۱۷۹.

۴- مقیمی حاجی، ابوالقاســم(۱۴۳۳ق). فلسفة نظام العقوبات فی الاسلام. **فقه أهل البیت** علیهم‌السلام، ۱۶(۶۵): ۱۱۲-۸۹.

۵- نوبهار، رحیم(۱۳۸۴). بررســی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین. **تحقیقات حقوقی**، ۸(۴۲): ۱۷۱-۱۲۹.

۶- هاشــمی، محمود(۱۳۷۵). کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها. **فقه اهل‌بیت** علیهم‌السلام، ۲(۷): ۷۶-۴۳.

References

Ibn Manẓūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.

Ardabīlī, Muḥammad 'Alī. 2016/1395. *Ḥuqūq-i Jazā-yi 'Umūmī*. 11th. Tehran: Mīzān.

Āzād Arāmakī, Taqī. 2014/1393. *Maktabhā wa Naẓarī-yihā Jāmi'ih Shināsī*. Tehran: Nashr-i 'Ilm.

Al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. 1992/1412. *Mufradat Alfāẓ al-Qur'ān*. Lebanon: Dār al-Shāmīyah.

Ilhām, Ghulām Ḥusayn; Burhānī, Muḥsin. 2018/1397. *Darāmadī bar Ḥuqūq-i Jazā-yi 'Umūmī*. 4th. Tehran: Mīzān.

Al-Tamīmī al-Āmidī, 'Abd al-Wāhid ibn Muḥammad. 2006/1385. *Ghurarr al-Ḥikam wa Durarr al-Kalim*. 2nd. Qom: Dār al-Ḥadīth.

Īrawānī, Bāqir. 2005/1384. *Al-Durūs al-Tamhīdīyat fī al-Qawā'id al-Fiqhīyah*. Qom: Dār al-Fiqh lil Ṭibā'at wa al-Nashr.

Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1998/1419. *Qawā'id-i Fiqhīyyi.* Qom: Nashr al-Hādī.

Bouloc, Bernard. 2006/1385. *Keyfar Shināsī*. Translated by Najafī Abarnadābādī, 'Alī Ḥusayn. 6th. Tehran: Majd.

Pūr Hāshimī, 'Abbās. 2004/1383. *Zindān-i Hunar Tanbīh yā Mujāzāt-i Qānūnī*. Tehran: Markaz-i Maṭbū'āt wa Intishārāt-i Quwih-yi Qaḍā'īyih.

al-Tabrīzī, Jawād. 1996/1417. *Usus al-Ḥudū wa al-Ta'zīrāt*. Qom: the office of the Author.
al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1989/1410. *al-Ṣiḥaḥ:Tāj al-Lughat wa Ṣiḥaḥ al-'Arabīyyah.* 1st. Edited by Aḥmad 'Abd al-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm lī al-Malāyīn.
al-Ḥalabī, Abū al-Ṣalāḥ Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfī fī al-Fiqh. Edited by Riḍā al-'Ustādi.* Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Ali.
al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn 'Abd Allāh (Fāḍil Miqdād). 2004/1425. *Kanz al-'Irfān fī Fiqh al-Qurān.* Qom: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Sa'īd. 2016/1437. *Al-Jāmi' al-Sharāyiʿ.* Qum: Muʾassasat al-Imām al-Ṣādiq.
al-Mūsawī al-Khalkhālī, al-Sayyid Muḥammad Mahdī. 1990/1411. *Fiqh al-Shīʾa – Kitāb al-Khums wa al-Anfāl (Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid Abū al-Qāsim al-Mūsawi al-Khuʾī).* 3rd. Qom: Maṭbaʿat Nuwẓuhūr.
al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2002/1422. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. 5th. Taqrīrāt Sayyid Muḥammad Surūr Wā'iẓ Ḥusaynī. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
al-Ḥusaynī al-Sīstānī, al-Sayyid 'Alī. 1993/1414. *Al-Rāfid fī 'Ilm al-Uṣūl*. Taqrīrāt Sayyid Munīr Qaṭīfī. Qom: Ḥamīd Lithography.
al-Sayfī al-Māzandarānī , 'Alī Akbar. 2008/1429. *Dalīl Taḥrīr al-Wasīla – Fiqh al-Ribā'*. Qom: Mu'assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Ibn ʿUbbād, Ismāʿīl (Ṣāḥib Ibn ʿUbbād). 1993/1413. *al-Muḥīṭ fī al-Lugha.* Edited by Muḥammad Ḥasan Āl Yāsīn. Beirut: ʿĀlam al-Kitāb.
Al-Ṣāfī al-Gulpāyigānī, Luṭfullāh. n.d. *al-Ta'zīr, Aḥkāmih wa Ḥudūdih*.
al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1997/1418. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl.* 5th. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 2007/1386. *'Ilal al-Shara'i'.* Qom: Maktabat al-Dāwarī.
Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq).1992/1413. *Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh.* 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 1997/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqiq al-Aḥkām bī al-Dalā'il.* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Ṭabarsī, Abū Manṣūr Aḥmad ibn 'Alī. 1982/1403. *al-Iḥtijāj 'Alā Ahl al-Lijāj.* Mashhad: Nashr-i Murtaḍā.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1970/1390. *Al-Istibṣār fīmā Ikhta-*

lafa min Akhbār. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
Al-Mabsū
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya.* 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥya' al-Āthār al-Ja'farīyah.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī).1979/1400. *al-Nihāyat fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā.* 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqiḥ Sharā'i' al-Islām.* Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
al-ʿĀmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). n.d. *al-Qawāʿid wa al-Fawāʾid fī al-Fiqh wa al-Uṣūl wa al-ʿArabīyya.* Qom: Mktabat al-Mufīd.
Ghulāmī, Ḥusayn. 2019/1398. *'Ulūm-i Jināyī Taṭbīqī.* 2nd. Tehran: Mīzān.
Ghulāmī, Ḥusayn. 2020/1399. *Kefar Shināsī.* 3rd. Tehran: Mīzān.
al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 1987/1408. *Tafṣīl al-Sharī'a Fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlah, Kitāb al-Ṣalāt.* Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Aṭhār.
Al-Fāḍil al-Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. 1995/1416. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām 'an Qawā'id al-Aḥkām*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uẓmā al-Mar'ashī al-Najafī.
Al-Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. 1989/1410. *Kitāb al-'Ayn*. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 1987/1407. *Uṣūl al-Kāfī.* Edited by 'Alī Akbar Ghaffārī and Muḥammad Ākhundī. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
al-Mūsawī al-Gulpāygānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1993/1372. *Al-Durr al-Manḍūd fī Aḥkām al-Ḥudūd*. Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). 1985/1406. *Rawḍat al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍaruh al-Faqīh.* 2nd. Qom: Bunyād-i Farhang-i Islāmī-yi Kūshan-pūr.
Muṣṭafawī, Ḥasan. 1981/1402. *Al-Taḥqī fī Kalimāt al-Qur'ān al-Karīm*. Tehran: Markaz al-Kitāb lil Tarjumat wa al-Nashr.
al-Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. 2009/1430. *Uṣūl al-Fiqh.* 5th. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
al-Maghribī al-Tamīmī, Nu'mān Ibn Muḥammad (Ibn Ḥayyūn). 1965/1385. *Da'ā'im al-Islām wa Ḍhikr al-Ḥalāl wa al-Ḥarām wa al-Qaḍāyā wa al-Aḥkām 'an Ahl Bayt Rasūl Allāh 'alayh wa 'alayhim Afḍal al-Salām.* 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 2006/1427. *Istiftā'āt Jadīd*. 2nd. Qom: Madrasi-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.
Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 1997/1418. *Anwār al-Fiqāhat: Kitāb al-Ḥudūdwa al-Ta'zīrāt*. Qom: Madrisi-yi Imām 'Alī Ib Abī Ṭalib.

Al-Muntaẓirī, Ḥusayn ʻAlī. 1988/1409. *Dirāsāt fī Wilāyat al-Faqīh wa Fiqh al-Dawlat al-Islāmīyah*. Qom: al-Markaz al-ʻĀlimī lil Dirāsāt al-Islāmīyah.
Al-Muntaẓirī, Ḥusayn ʻAlī. n.d. *Risālat Istiftā'āt*. Qom.
Ibn Nuʿmān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *Al-Irshād*. Qom: al-Muʾtamar al-ʻĀlamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
Ibn Nuʿmān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqniʿa.* Qom: al-Muʾtamar al-ʻĀlamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
Al-Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn ibn Mūsā. 1993/1414. *Nahj al-Balāghah*. Qom: Dār al-Hijrat.
Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid ʻAbul al-Karīm. 2006/1427. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Taʻzīrāt*. 2nd. Mu'asissat al-Nashr li Jāmiʻat al-Mufīd.
Mu'min, Muḥammad. 2001/1422. *Mabānī Taḥrīr al-Wasīlat-Kitāb al-Ḥudūd*. Tehran: Mu'assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʻiʻ al-Islām.* 7th. Edited by ʻAbbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-ʻArabī.
Ghulāmī, ʻAlī; Āqāyī Meybudī, Ḥusayn. 2013/1392. *Ahdāf-i Ijrā-yi Ḥudūd wa Taʻzīrāt dar Kalām-i Fuqahā wa Sāz wa Kār-i Ḥal-i Talāqī-yi Ān.* Fiqh-i Ahl al-Bayt, 75 & 75, 193-224.
Mireille Delmas, Marty. 1997/1376. *Az Ḥuqūq-i Jazā tā Sīyāsat-i Jināyī.* Translated by ʻAlī Ḥusayn Najafī. Nāmih-yi Mufīd, (11), 179-194.
Muqīmī Ḥājī, Abulqāsim. 2012/1433. *Falsafat Niẓām al-ʻUqūbāt fī al-Islām.* Fiqh Ahl al-Bayt, (56), 89-112.
Nubahār, Raḥīm. 2005/1384. *Barrasī-yi Qāʻidih-yi Fiqhī-yi Ḥurmat-i Tanfīr az Dīn*. Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī, (42), 129-171.
Hāshimī, Maḥmūd. 1996/1375. *Kāwushī darbārih-yi Ikhtīyar-i Walī-yi Amr dar ʻAfw-i Keyfarhā*. Fiqh-i Ahl al-Bayt, (7), 43-76.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

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

Amir Zahedi[1] ✉ & Hamid Derayati[2]

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/0009-0003-2819-9066

2.Fourth-Level Student at Qom Seminary ; Qom-Iran. shamkhalihossein824@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 (***'aqd***) 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 *(ijāb)* 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), 101-128.

© 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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

تمایز مفهومی و موضوعی عقود شرعی و معاهدات[1]

امیر زاهدی[1] ؛ حمید درایتی[2]
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/0009-0003-2819-9066
۲. مدرس خارج فقه واصول حوزه علمیه مشهد، مشهد، ایران.رایانامه: info@derayati.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۱۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۱

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 ﴿**اوفوا 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 نه‌تنها در اجزای تشکیل‌دهنده آن‌ها (مانند ایجاب و قبول، طرفین قرارداد

۱. زاهدی، امیر و حمید داریتی(۱۴۰۳). تمایز مفهومی و موضوعی عقود شرعی و معاهدات. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰ (۳):۳۶ صص:۱۰۱-۱۲۸. https://www.doi.org/10.22034/jrj.2025.70010.2878
ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان

این مقاله، مستخرج رویداد علمی دارالعلم مورد حمایت سازمان علمی فرهنگی آستان قدس رضوی و معاونت علمی حوزه علمیه خراسان می‌باشد.

و موضوعات قابل معامله) بلکه در منبع مشـــروعیت، ضمانت‌های اجرایی، اصول اخلاقی حاکم بر آن‌ها و اهداف تحقق آن‌ها مشهود است. در معاهدات بین‌المللی، اساساً دولت‌ها و منافـع ملی و جهانی محور قرار دارند و این معاهدات غالباً تحت تأثیر عوامل سیاســی، اقتصادی و استراتژیک قرار می‌گیرند. برخلاف آن، در عقود متعارف که اصولاً در عرصه فردی و فقهی قرار می‌گیرند، وفای به عهد نه‌تنها یک تکلیف دینی و اخلاقی اســت بلکه با آموزه‌های شــرعی و فقهی مرتبط است؛ بنابراین، مفهوم یگانه‌انگاری این دو نهاد در فقه اسلامی به‌شــدت محل تردید اســت و ضروری اســت که برای تحلیل و تفسیر معاهدات بین‌المللی در چارچوب فقه اسلامی، به دوگانه‌انگاری توجه ویژه‌ای شــود. 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، ســود و زیان خصوصی و عمومــی و موضوع الزام و اقدام درزمینهٔ معاهدات بین‌المللی و تعهدات قراردادی مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

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

مقدمه

در طول تاریخ، بشــر به دنبال روش‌هایی برای تنظیم و ســامان‌دهی روابط میان افراد، گروه‌ها و دولت‌ها بوده اســت. در این راســتا، دو نهــاد حقوقی کلیدی به وجــود آمده‌اند: معاهدات بین‌المللی و عقود. معاهــدات بین‌المللی، به‌ویژه پس از امضای قرارداد وســتفالی،[1] به‌عنوان ابزارهایی برای تنظیم روابط میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی جهت حفظ صلح، امنیت جهانی و منافع ملی و بین‌المللی توســعه یافته‌اند. این معاهدات به‌طور رســمی در نظام حقوقی بین‌المللی شناخته شــده و شــامل امور اقتصادی، سیاسی، نظامی و محیط‌زیســتی هستند. از سوی دیگر، عقود اجتماعی تنظیم‌کننده روابط بین آحاد بشــر بوده اســت، شرع مقدس

۱. پیمان وِســتفالی، پیمان‌نامه‌ای است که پس از پایان جنگ‌های سی‌ســاله مذهبی در اروپا (۱۶۱۸-۱۶۴۸) در سالن شــهرداری 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.

اسلام بــه این عقود اجتماعی چارچــوب عطا نموده و با بیــان ضوابط و قوانینی، آن‌هــا را امضــا یا امحا نموده اســت. این تنظیم عقود که از زمــان پیدایش اسلام و تدوین فقه اسلامی اعمال شــده اســت، در حیطه روابط فــردی و اجتماعی در جوامع مسلمان عمل می‌کند. این عقود، علاوه بر تأمین نظم اجتماعی و اقتصادی، بــه رعایت اصول اخلاقی و عدالت در تعاملات انســانی می‌پردازد. اصولی مانند وفــای به عهد و رعایــت انصاف در این عقود از اهمیت ویژه‌ای برخوردار اســت و به‌عنوان الزامات دینی و اخلاقی مــورد تأکید قرار می‌گیرند. هرچند گزاره‌های مرتبط با حقوق بین‌الملل در اسلام در منابع فقهی مطرح شده است و افزون بر آن، نگارش کتاب‌هایی مســتقل با عنوان «السِّیر» که بیانگر روش برخورد مسلمانان با غیرمســلمانان در زمان جنگ و صلح اســت در میان فقهــای متقدم، به‌ویژه اهل سنّت، مطرح بوده است و کتابی همانند «السِیرُ الکبیر» از محمد بن حسن شیبانی وجــود دارد؛ اما ایــن مدل تحقیقات و مباحــث نمی‌تواند نشــانگر تعیین جایگاه مباحث بین‌المللی در فقه اسلامی باشــد؛ لذا بررسی و مقایسه این دو نظام حقوقی اهمیــت ویژه‌ای دارد؛ زیرا هرچند در اصول بنیادی مشــابهت‌هایی در آن‌ها یافت می‌شــود، اما در موضوعات، اهداف و روش‌های اجرایی تفاوت‌های قابل‌توجهی دارنــد. تحلیل این تفاوت‌ها و شــباهت‌ها می‌تواند بــه درک بهتری از تأثیرگذاری ایــن نظام‌ها بر روابــط بین‌المللی و تعاملات فردی کمــک کند. در عصر حاضر که جهانی‌شــدن و تعاملات پیچیده بین‌المللی در حال رشد است، تحلیل تطبیقی این دو نظام حقوقی می‌تواند به شفاف‌ســازی تعــاملات جهانی و داخلی و بهبود پایه‌های همکاری‌های بین‌المللی در حیطه احکام شــرعی کمک کند. همچنین، با توجه به خاتمیت دین اسلام و جامعیت آن در تمامی عرصه‌های زندگی، بررسی تطابق فقه اسلامی با معاهدات بین‌المللی و شــناخت دقیق تفاوت‌ها و شــباهت‌ها اهمیت دارد. این امر به جلوگیری از نفوذ ناآگاهانه معاهدات بین‌المللی به فرهنگ اسلامــی و حفظ نقش اسلام به‌عنوان دین خاتــم 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 قراردادها؛ مقایسه حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر»؛

۴. حسین حقیقت پور، «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 امضا نموده و تحت مصادیق آیه ﴿اوفوا 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 منافعی هستند مانند بیع (خریدوفروش)، اجاره و سلم (پیش‌فروش).

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 (خویی، ۱۳۷۷، ۶۸/۳).

۲/۱. 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 دو دسته 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).

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 قابل‌بررسی است. این تفاوت‌ها ناشی از ماهیت طرفین، اهداف، ضوابط اجرایی و آثار این دودسته از تعهدات است؛ درنتیجه، نحوه استنباط احکام مرتبط با هر یک نیز تفاوت‌های بنیادین دارد.

عقــود در فقه اسلامی عمدتاً میان افراد حقیقی یا حقوقی منعقد می‌شــوند و به تنظیم روابط میان اشــخاص در چارچوب احکام شــریعت می‌پردازند. این دسته از تعهــدات در حیطه فقــه فردی قرار می‌گیرند و هدف اصلــی آن‌ها تحقق عدالت و رضایت طرفین اســت. دخالت حاکمیت در این نوع عقود بســیار محدود اســت و معمولاً در دو حالت اتفاق می‌افتند؛ یکی زمانی که منافع عمومی به خطر بیفتد مانند معاملات ربوی یا غیرشــرعی 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 معاهــدات بین‌المللی ماهیتــی کاملاً متفاوت دارند و به حــوزه روابط میان دولت‌ها یا ســازمان‌های بین‌المللی مربوط می‌شــوند. 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 مســئولیت کامل دولت‌ها قرار دارند و اصولی چــون لزوم پایبندی به تعهدات، پیش‌بینی ضمانت‌هــای اجرایی و مجازات ناشی از نقض تعهدات از محورهای اساسی تحلیل این حوزه است.

آیه کریمه ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/۱) که به لزوم پایبندی به قراردادها تأکید دارد، در چارچوب روابط میان افراد و عقود فردی قابل اســتناد اســت. خطاب این آیه به افراد مؤمن است و هدف آن ایجاد تعهد اخلاقی و حقوقی میان اشخاص در جامعه اسلامی اســت. 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 بین‌المللــی 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 بین‌المللی به‌ویژه از منظر منافع، تأثیرات سود و زیان بر طرفین و دیگر اعضای جامعه است؛ عقود، به‌عنوان توافقاتی که میان دو یا چند طرف در چارچوب روابط فردی منعقد می‌شوند، ماهیتی محدود و شخصی دارند و سود و زیان ناشی از این عقود معمولاً به همان طرفین قرارداد محدود می‌شود و تأثیر مستقیم و گسترده‌ای بر دیگر آحاد جامعه ندارد. به همین دلیل، حساسیت نسبت به این عقود و میزان نظارت و الزام در اجرای آن‌ها، از حیث فقهی، معمولاً محدودتر است و به رعایت اصول کلی عدالت، رضایت طرفین و انطباق با ضوابط شرعی ختم می‌شود.

در مقابل، معاهدات بین‌المللی، به دلیل گستره تأثیرگذاری‌شان، جایگاهی متفاوت دارند. این معاهدات نه‌تنها میان دولت‌ها یا نهادهای حکومتی منعقد می‌شوند بلکه تأثیرات آن‌ها مستقیماً بر منافع ملی، اجتماعی و حکومتی استوار است. سود و منافع حاصل از یک معاهده می‌تواند به‌طور گسترده شامل غالب افراد جامعه گردد و رشد اقتصادی، تقویت امنیت ملی یا بهبود موقعیت بین‌المللی کشور را به همراه داشته باشد. به همین نحو، زیان‌ها یا عدم اجرای معاهدات نیز می‌تواند آثار مخربی بر تمامی یا اکثریت اعضای جامعه داشته باشد به‌گونه‌ای که ممکن است امنیت، اقتصاد یا انسجام اجتماعی به خطر بیفتد. به سبب این تفاوت بنیادین، حساسیت فقهی نسبت به معاهدات بین‌المللی بسیار بیشتر از عقود فردی است. بررسی صحت این معاهدات، اعطای مجوزهای لازم و اعمال نظارت‌های پیشینی و پسینی، نیازمند دقت‌نظر فراوان و به‌کارگیری موازین دقیق فقه حکومتی است. در این زمینه، فقه حکومتی باید به‌گونه‌ای عمل کند که منافع عمومی تضمین شده و از بروز آسیب‌های احتمالی جلوگیری شود. ازاین‌رو، صحه‌گذاری بر معاهدات بین‌المللی و حتی شرایط نقض آن‌ها مستلزم اعمال حاکمیت و نظارت مستمر است که نیازمند آگاهی از مصلحت عمومی و بهره‌گیری از اصول مترقی فقه اسلامی است. در این چارچوب، تعهدات برخاسته از معاهدات بین‌المللی باید با توجه به ضوابطی همچون اصل التزام به تعهدات، تأمین ضمانت اجرایی و ایجاد مکانیسم‌های

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

۳/۲. تفاوت در اقدام و سطح الزامات

یکــی از تفاوت‌هــای بنیادین میان عقود و معاهدات، تفاوت در ســطح الزامات و توجــه فقهی به هر یک از این حوزه‌ها اســت. درزمینــهٔ معاهدات، وجوب حفظ نظام اسلامی، تقویت پایه‌های حکمرانی و جلوگیری از فروپاشــی آن، از مهم‌ترین ادله فقهی اســت که حاکمیت اسلامی را مجاب می‌کند نه‌تنها 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. ایــن وظیفه در جهان متصل امروزی و با توجــه به مفهوم دهکده جهانی، اهمیت بیشتری می‌یابد؛ چراکه مرزهای سنتی حاکمیت‌ها کمرنگ شده و هر فعل یا ترک فعلی در ســطح بین‌المللی می‌تواند آثار گســترده‌ای بر جایگاه و توانمندی نظام اسلامی داشــته باشد. معاهدات بین‌المللی، به دلیل تأثیر مستقیم بر منافع ملی، اجتماعی و سیاســی، 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 اســت. به همین دلیل، نه‌تنها تصــدی و تحقق معاهدات ضروری اســت بلکه برنامه‌ریزی دقیق برای بهره‌برداری از فرصت‌های پیشــرفت و ارتقا و نیز پیشگیری از آسیب‌های احتمالی، یک تکلیف حکومتی و شرعی محسوب می‌شود. هرگونــه اهمال یا ترک در این حوزه، می‌تواند به فروپاشــی نظام منجر شــود که از منظر فقهی نهی شــدید 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 به‌عنوان توافقات فردی میان اشــخاص، چنین ســطح الزامی را

از منظر فقهی به همراه ندارند. دســتورات شــرع در اینجا عمدتاً ناظر به ارشاد افراد بــه وفاداری و التزام بــه توافقات اختیاری اســت و نه لزوم تصدی یــا تحقق آن‌ها. به‌بیان‌دیگر، عنایت شــارع 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، مادامی‌که 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 نه‌تنها 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.

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

موضوعات در معاهدات و عقود با یکدیگر متفاوت اســت. در عقود متعارف، 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 (خراســانی، ۱۴۱۷ق، ۳۸۶/۴؛ مشــکینی، ۱۳۶۷، ۱۷۰/۱؛ حکیم، ۱۴۰۸ق، 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، ۱۴۲۳ق، ۱۳۳؛ نراقی، ۱۴۰۸ق، ۱۹۲).

در مقابــل، 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 فضاهای جدید، موضوعات جدیدی به‌عنوان معاهدات بین‌المللی بـه وجود آید. هدف اصلی عقود تنظیم روابط فردی و اجتماعی در جوامع اسلامی اسـت. این قراردادها به‌ویژه در زمینه‌هایی ماننـد خریدوفروش، اجاره و قرض برای برقـراری نظم و عدالت در تعاملات فردی و اجتماعی در درون حکومت اسـتفاده می‌شـوند و رعایت اصول اخلاقـی اسلامی در تعاملات اقتصـادی و اجتماعی به حفظ اعتماد و تقویت روابط اجتماعی در جامعه اسلامی کمک می‌کند. در مقابل، معاهدات بین‌المللی به‌منظور تنظیم روابط بین‌المللی در زمینه‌های مختلف اقتصادی، سیاسـی، امنیتی و محیط‌زیستی منعقد می‌شوند. این معاهدات به دنبال حل مسائل مشترک جهانی و مدیریت بحران‌های بین‌المللی هستند و به‌طور قانونی الزام‌آور بوده و برای طرفین تعهدات مشخصی ایجاد می‌کنند. هدف آن‌ها نیز تقویت همکاری‌ها و روابط میان کشورها و سازمان‌های بین‌المللی است.

دامنه هدف در عقود عمدتاً بر تنظیم روابط فردی و اجتماعی در چارچوب یک جامعه خاص (جامعه اسلامی) متمرکز است و به دنبال ایجاد نظم و عدالت در تعاملات داخلی هستند. درحالی که معاهدات بین‌المللی بر تنظیم روابط بین‌المللی و حل مسائل جهانی تأکید دارند. نوع روابط تنظیم‌شده در عقود به روابط اقتصادی، اجتماعی و خانوادگی در داخل یک جامعه محدود می‌شـود و معمولاً این قراردادها به‌گونه‌ای تأیید یا تأسیس شده‌اند که نیازهای خاص جامعه اسلامی را برآورده کنند. درحالی که معاهدات بین‌المللی به تنظیم روابط بین کشورها و سازمان‌های بین‌المللی در سطوح مختلف و در زمینه‌های متنوع می‌پردازند و در آن‌ها مداخله دین و نوع نگرش اعتقادی بی‌تأثیر یا کم اثر است. هدف آن‌ها ایجاد یک چارچوب قانونی برای تعاملات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است تا از بروز تنش‌ها و اختلافات جلوگیری کنند.

۲/۵. تفاوت در مخاطبین عقود و معاهدات و مسئولیت عمل

مخاطب اصلی در بیشـتر عقود متعارف، افراد مسـلمان و به‌اصطلاح اشخاص حقیقی هسـتند هرچند گاهی هم افراد حقوقی مثل شرکت‌ها هستند که نمایندگان آن‌هـا به‌عنوان وکیل از هیئت‌مدیره آن نهاد، تأیید کننـدگان قرارداد بوده‌اند (رک: آقا

نظری، ۱۳۹۰، ۷۹-۹۶). درهرحال این عقود برای تنظیم روابط بین افراد مسلمان و ایجاد نظم در جامعه اسلامی طراحی شـــده‌اند و طرفین قرارداد در عقود، مســـئول اجرای مفاد قرارداد و رعایت احکام شرعی آن هستند. در حالی که در معاهدات بین‌المللی مخاطب اصلی، دولت‌ها به‌عنوان اشـــخاص حقوقی هستند (مقتدر، ۱۳۸۳، ۴۳/۱) و این معاهـــدات برای تنظیم روابط بین دولت‌ها و ایجـــاد همکاری‌های بین‌المللی منعقد می‌شوند. مســـئول اجرای مفاد قرارداد در معاهدات بین‌المللی دولت‌ها و نمایندگان نهادهـــای مختلـــف دولتی به‌عنـــوان وکلا از طرف دولت هســـتند و ممکن اســـت 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 عقـــود متعارف و معاهدات بین‌المللی از دو منبع اصلی یعنی اصول فقه اسلامـــی و قواعد حقوق بین‌الملل شـــکل می‌گیرد. این دو نـــوع تعهد، هرچند در زمینه‌هـــای مختلفی عمل می‌کنند، اما هر یـــک 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 ســـنت پیامبر ﷺ شکل می‌گیرد. این عقود به‌عنوان بخشی از قانون‌گذاری اسلامی به رسمیت شناخته شده است و طرفین را ملزم به اجرای کامل مفاد قرارداد می‌کنند. به‌عنوان‌مثال، 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 نه‌تنها یک وظیفه اجتماعی بلکه یک مسئولیت دینی نیز محســـوب می‌شـــود. در قرآن کریم، خداوند می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُـــودِ﴾ (مائـــده/۱) که به‌صراحت بر لزوم وفای به عقد تأکیـــد دارد. این آیه تأکید می‌کند کـــه وفای به عهد از اصول بنیادین دین اسلام اســـت و تخلف از آن، نه‌تنها عواقب دنیوی بلکه عواقب معنوی و دینی نیز به همراه دارد و درواقع تکالیف اخلاقی و دینی مانند وفای به عهد و عدالت در معاملات، در این زمینه اهمیت ویژه‌ای دارند. اعتقـــاد به این اصـــول و رعایت آن‌ها، به‌ویژه در جوامع اسلامی، باعث می‌شـــود که

افراد به‌طور 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 به‌عنوان 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[1] که اصل «Pacta Sunt Servanda» را به‌عنوان 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 نه‌تنها به‌عنوان توافقات قانونی بلکه به‌عنوان 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 به‌منظور 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. به‌عنوان‌مثال، پیامبر اکرم ﷺ فرموده‌اند: «**المؤمنون عند شروطهم**»؛ مؤمنان باید به شروط خود وفا کنند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۰/۱۵).

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 مقابــل ادله لزوم وفای به معاهدات بین‌المللی عمدتاً بر اســاس منابع حقوقی بین‌المللی شکل می‌گیرد. این منابع شامل کنوانسیون‌ها، توافق‌نامه‌ها و رویه‌های قضایی است که به‌طور مشترک به تنظیم و تفسیر معاهدات کمک می‌کنند. به‌عنوان‌مثال در کنوانســیون وین، اصولی مانند: حسن نیت و احترام به تعهدات بین‌المللی به‌وضوح بیان شــده 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 وابســته است. در این زمینه، ممکن اســت فرد متخلف با عواقب روحی و اخلاقی مواجه شــود که می‌توانــد بر زندگی اجتماعی و روانی او تأثیــر بگذارد. درحالی‌که در معاهدات بین‌المللی، تأثیرات قانونی و اجرایی شامل تحریم‌ها و اقدامات تنبیهی بین‌المللی است. این تفاوت به‌وضوح نشــان‌دهنده رویکردهای متفاوت دو سیستم حقوقی در مواجهه با نقض تعهدات است.

۲/۷. تفاوت در ضمانت اجرایی و برخورد قهری

ضمانت اجرایی عقود و معاهدات بین‌المللی از چند جنبه علمی تفاوت دارند. در عقود شــرعی، ضمانت‌ها بر اصول دینی و اخلاقی مبتنی است و توسط مراجع فقهی و محاکم شــرعی اجرا می‌شود. ابزارهای اجرایی شامل پاداش‌ها و مجازات معنوی مانند ثواب و گناه و در برخی موارد جبران خســارت مالی یا فســخ قرارداد اســت. نقض تعهدات در این سیســتم منجــر به عواقب معنــوی و دینی و گاهی اجتماعی می‌شــود. در معاهدات بین‌المللی، ضمانت‌ها بر اصول حقوق بین‌الملل استوار است و توسط سازمان‌ها و محاکم بین‌المللی اجرا می‌شود. ابزارهای اجرایی شــامل تحریم‌های اقتصادی و سیاســی، جریمه‌ها و فشــارهای دیپلماتیک است (باقرزاده، ۱۳۸۲، ۲۲)؛ نقض تعهدات منجر به تحریم‌ها، فشارهای دیپلماتیک و آسیب به اعتبار بین‌المللی کشــور متخلف می‌شــود (مجتهــدی، ۱۳۸۱، ۲۴)؛ لذا حل‌وفصل اختلافات در عقود از طریق مشاوره دینی و مراجع فقهی انجام می‌شود، درحالی‌که در معاهــدات 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 قابل‌توجهی وجود دارد. در ماده ۲۴ از فصل سوم کنوانسیون وین اشاره می‌شود که معاهـــدات بین‌المللی حتماً لازم الوفاء می‌باشـــند؛ بدین معنی که زمانی، یک توافق بین‌المللی از نظر حقوقی قابل‌پیگیری اســـت که الزام‌آور باشد و الا به‌عنوان معاهده از آن یاد نمی‌شـــود و تحت توافقات نزاکتی قرار می‌گیرد که شـــامل 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 داشـــته باشـــد. به‌عنوان‌مثال، معاهده ناتو[1] و توافق‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی، نمونه‌هایی از این معاهدات هستند که طرفین موظف به اجرای کامل آن‌ها هســـتند. همچنین، معاهده پاریـــس درزمینهٔ 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 ، ۲۹۱، ۲۰۱۹-۳۲۶).

در مقابل عقود به دو بخش تقسیم می‌گردد: **عقود لازم** مانند بیع (خریدوفروش) و اجاره که طرفین ملزم به اجرای کامل آن‌ها بوده و نمی‌توانند بدون رضایت یکدیگر از آن خارج شـــوند و مثلاً در عقد بیع، فروشـــنده موظف اســـت کالا را به خریدار تحویل دهد و خریدار نیز موظف به پرداخت قیمت معین اســـت. این نوع عقود بر اســـاس 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 فســـخ یا تغییر دهند. به‌عنوان‌مثال، 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 ازنظر 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 همیشــه الــزام‌آور و تحت اصول حاکم بــر نظام‌های حقوق بین‌الملل و دیپلماتیک اســت اما در عقود این تعهد بیشتر تحت تأثیر اصول فقهی و اخلاق اسلامی قرار دارد.

۲٫۹. تفاوت در اعمال خیارات و تغییر شرایط و بروز حکم ثانوی

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

در عقود شــرعی، خیارات به‌عنوان اختیاراتی برای طرفین عقد تعریف می‌شوند که بــه آن‌ها اجازه می‌دهد تحت شــرایط خاصی قرارداد را فســخ یــا تعدیل کنند (اراکــی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱). ایــن خیارات به‌منظور حفظ عدالت و جلوگیری از ضرر و ظلم در معاملات به کار می‌روند. انواع خیارات شــامل خیار شــرط، که به طرفین اجازه می‌دهد تا مدت معینی پس از انعقاد عقد حق فســخ داشــته باشند، خیار عیب، که اگر موضوع معامله دارای عیب باشــد، طرف زیان‌دیده حق فســخ دارد، خیار غبن، که درصورتی که یکی از طرفین به‌طور فاحشــی مغبون شــده باشد، و خیار مجلس، کــه تا زمانی که طرفین در محل انعقاد عقد حضور دارند، هر یک می‌توانند معامله را فسخ کنند، است (اراکی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱). مکانیزم اعمال خیارات به‌صورت یک‌طرفه توسط کسی که حق خیار دارد انجام می‌شود و نیاز به توافق مجدد دو طرف ندارد. این ویژگی به طرفین این امکان را می‌دهد که در صورت بروز مشــکلات، به‌سرعت و بدون نیاز به مذاکرات جدید، اقدام کنند.

در معاهدات بین‌المللی، سیستم خیارات مشــابه به عقود وجود ندارد. تعهدات کشــورها در این معاهدات معمولاً پایدار و الزام‌آور هستند و تغییر یا فسخ معاهدات معمــولاً نیازمند توافق دوجانبه یا چندجانبه اســت (معاهده وین، ماده ۵۷). بســیاری از معاهدات شامل بندهایی هستند که روش‌های تغییر، اصلاح یا فسخ معاهده را تعیین می‌کنند. به‌عنوان‌مثال، برخی معاهدات ممکن اســت 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 خیارات در عقود اســـت 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 (مجلســی، 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 شـــرعی، به بررسی و ارائه حکم مناســـب می‌پردازند و در این راستا ممکن اســـت نظرات مختلفی وجود داشته باشـــد. همچنین برخی تغییرات ممکن است بر اساس شروط ضمن عقد امکان‌پذیر باشد، اما این تغییرات معمولاً در چارچوب‌های مشخص شـــرعی و فقهی محدود می‌شوند؛ زیرا گذاشتن شـــروط به جهت دستور شـــرعی واصل در روایات محدود به عدم مخالفت با کتاب الهی اســـت (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۵۳/۱۲). در مقابـــل، معاهدات بین‌المللی معمـــولاً 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 هســـتند که روش‌های تغییر، اصلاح یا فســـخ معاهده را تعیین می‌کنند (گنجی، ۱۳۴۸، ۶/۱). کشورها می‌توانند توافقات جدیدی را برای تنظیم وضعیت جدید، امضـــا کنند کـــه می‌تواند به‌طور کامل جایگزین معاهده قبلی یا فقط بخشـــی از آن را تغییر دهد. این فرآیند به کشـــورهای طرف معاهده اجازه می‌دهد تا به‌ســـرعت و به‌طور مؤثری به تغییرات جهانی و محلی پاسخ دهند (موسی‌زاده، ۱۳۸۳، ۱۹۴/۱). قاعده اضطرار در فقه اسلامی (قمی طباطبایی، ۱۴۲۶ق، ۲۶۴/۴) به وضعیت‌هایی اشـــاره دارد که به دلیل ضرورت یا فورس ماژور، التزامات قراردادی تغییر یابند یا موقوف شوند. این قاعـــده به‌منظور جلوگیری از ظلم و حفظ عدالت بـــه کار می‌رود. در صورت بروز شـــرایط فورس ماژور، فقها و مراجع تقلید با توجه به اصول فقهی به بررســـی و ارائه حکم مناســـب می‌پردازند. به‌عنوان‌مثال، اگر اجرای یک قرارداد در شرایط جنگ یا بلایای طبیعی غیرممکن شـــود، ممکن اســـت 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 می‌کنند. 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 درزمینهٔ مکانیزم تغییر محتوا، اعمال خیارات، 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 نه‌تنها 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، ۱۶/۱). بلوغ نه‌تنها به سن فیزیکی مربوط می‌شود بلکه به توانایی فرد در درک عواقب تصمیمات خود نیز وابسته است. عقل نیز از دیگر شرایط ضروری اســت. عقل به معنای قدرت درک و تفکر صحیح اســت و لازم است که طرفین در زمان انعقاد قرارداد از این توانایی برخوردار باشند؛ این ویژگی به افراد اجازه می‌دهد تا به‌طور منطقی و آگاهانه تصمیم‌گیری کنند و از عواقب آن آگاه باشــند. اختیار طرفین از دیگر ارکان مهم در عقود است؛ طرفین باید بدون هیچ‌گونه اکراه یا فشاری از سوی دیگران اقدام کنند. این اختیارات به افراد اجازه می‌دهد تا به‌طور آزاد و مستقل تصمیم بگیرند و قرارداد را امضا کنند. صلاحیت نیز به معنای توانایی قانونی برای انجام قراردادها و معاهدات اســت؛ هر فرد باید صلاحیت لازم برای نوع عقد موردنظر 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 شــرکت‌ها هستند. این نهادها به‌عنوان واحدهای حقوقی شناخته می‌شــوند و باید از شرایط خاصی برخوردار باشند. بلوغ در خصوص اشــخاص حقوقی به معنای توانایی قانونی نهاد برای انجام فعالیت‌های قانونی است. نهادها باید به‌گونه‌ای عمل کنند که نشان‌دهندهٔ بلوغ حقوقی و قانونی آن‌ها باشــد. عقــل در این زمینه به معنای عقلانیــت 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 داشــته باشند. اختیار در اشخاص حقوقی به نمایندگان قانونی آن‌ها مربوط می‌شود. این نمایندگان باید از اختیارات قانونی خود برای امضای قراردادها 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 به‌طور قانونی و معتبر در معاملات شرکت کنند. در معاهدات بین‌المللی، طرفین ایجاب‌کننده و قبول‌کننده دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هستند. دولت‌ها به‌عنوان واحدهای بین‌المللی باید به‌طور قانونی و معتبر شــناخته شوند. بلوغ در این زمینه به صلاحیــت قانونی و بین‌المللی دولت‌ها اشــاره دارد. دولت‌ها باید به‌عنوان

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.

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

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. به‌عنوان‌مثال، 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 شـــوند. به‌عنوان‌مثال، در معاهدات حقوق بشر، کشورها ممکن اســـت حق شـــرط‌هایی ارائه دهنـــد که برخی از حقوق را در شـــرایط خاص محدود کند (کنوانسیون وین، ماده۲، 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، ۶۲/۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۱۲۲/۲)؛ به‌عنوان‌مثـــال، در عقد نکاح، طرفین می‌توانند شـــروط خاصی را برای خود قـــرار دهند که در صورت عدم رعایت آن‌ها، حق فســـخ برای یکی از طرفین ایجاد می‌شـــود البته به‌طورکلی حق شـــرط در عقود، به درج شرایط خاصی اشاره دارد که اجرای قرارداد را مشـــروط می‌کند درحالی‌که خروج یک‌طرفه به تصمیم یک‌طرف بـــرای ترک قرارداد بدون نیاز به رضایت طرف دیگر اشـــاره دارد. با توجه به مطالب بالا مشـــخص 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 عقـــود و معاهدات نیاز به دو طرف ایجاب‌کننده و قبول کننده دارند اما از این مهم یک مســـئله اســـتثناء 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 موردبررسی قرار گرفته است.

قوانین آمره به اصول بنیادین و غیرقابل تغییر در حقوق بین‌الملل اطلاق می‌شوند که به‌طور قهـــری و جهانی الزام‌آورند (ضیایی بیگدلی، ۱۴۰۲ق، ۱۹۲). این قوانین شـــامل اصولی مانند منع نسل‌کشـــی و احترام به حقوق اساســـی بشـــر هستند و هیچ توافقی نمی‌تواند آن‌ها را نقض یا تغییر دهد. در این زمینه، قبول در قوانین آمره به‌طورکلی و جهانی معتبر است و نیازی به پذیرش خاص از سوی کشورها ندارد. به‌عبارت‌دیگر، ایـــن قوانین به‌طور قهری برای تمامی کشـــورها الزام‌آورند و تمامی کشـــورها 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 شـــروط 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 می‌شـــود؛ زیرا نیاز به پذیرش صریح و فردی از ســـوی طرفین دارد. درنتیجه، مقایسه قبول در قوانین آمره و عقود نشان‌دهنده تفاوت‌های بنیادی در نحوه اعتبار و الزام‌آوری این توافقات اســـت. قوانین آمره به‌طور قهری برای تمام کشورها الزام‌آورند و نیازی بـــه پذیرش خاص ندارند درحالی‌که عقود به پذیـــرش خاص فرد حقیقی یا حقوقی وابسته‌اند. این تفاوت نشان‌دهنده حساسیت‌های مختلف و ماهیت متفاوت هر یک از این توافقات و قوانین در نظام‌های حقوقی اســـت و به درک بهتر ســـاختار حقوقی بین‌الملل و داخلی کمک می‌کند.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررســـی 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 ﴿وَأوفوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/۱) مطرح شده است. ایـــن آیه به‌ویژه بر لزوم وفای به تعهدات میان مســـلمانان تأکید دارد و عمدتاً ناظر بر روابط فردی است. از طرف دیگر، معاهدات به‌عنوان ابزارهای حقوقی میان دولت‌ها، بیش‌تر بر اســـاس مصالح عمومـــی، امنیت و حفظ صلح جهانی تنظیم می‌شـــوند.

تفاوت دیگری کــه در تحلیل این دو مفهوم قابل‌توجه اســت، در ضمانت‌های اجرایــی آن‌هاســت. درحالی‌که عقــود در چارچوب فقه فردی بــا تکالیف دینی و اخلاقی ضمانت اجرا دارند، معاهدات بین‌المللی از ســازوکارهای حقوقی و اجرایی جهانــی برخوردارند که نقض آن‌ها می‌تواند بــه 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 آیهٔ ﴿وَأوفــوا بِالْعُقُودِ﴾ تحلیل کرد؛ زیرا این آیه عمدتاً ناظر بر وفای به تعهدات فردی در روابط مسلمانان است، آن‌هم به‌حکم 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 قابل‌ملاحظه‌ای متفاوت است و تحلیل معاهدات نیازمند دیدگاهی جامع‌تر در راستای مصالح عمومی و حکومتی است؛ بنابراین، از مجموع موارد مطرح‌شــده می‌توان نتیجه گرفت که عقود و معاهدات اساساً مفاهیم متفاوتی هســتند که نمی‌توان آن‌ها را در یک چارچوب مشــابه مورد تجزیه‌وتحلیل قرار داد. معاهدات به‌ویژه در نظام فقه حکومتی و با در نظر گرفتن مصالح عمومی و منافع کلی جامعه اسلامی باید موردتوجه قرار گیرند درحالی‌که عقود، به‌عنوان تعهدات فردی، بیشــتر در حوزه فقه فردی و با تأکید بر ارزش‌های دینی و اخلاقی تنظیم می‌شوند.

پیشــنهاد می‌شود، نظریه فقهی معاهدات تدوین شــود؛ چراکه یکی از گام‌های اساســی در تبیین جایگاه معاهدات بین‌المللی در فقه اسلامی اســت. در این راستا، علمای اسلامی و پژوهشگران فقه باید به تدوین چارچوبی نظری بپردازند که ضمن در نظــر 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، درروند انعقاد یا بررســی معاهدات بین‌المللی، تشــکیل کمیته‌های مشورتی متشــکل از فقها و حقوق‌دانان می‌تواند ضرورت داشــته باشــد 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 درزمینهٔ معاهدات، می‌تواند موجب تعاملات مؤثرتر و متعادل‌تر میان این دو نظام حقوقی گردد. درنهایت، 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 می‌تواند 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، ۹۶-۷۹.

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، (پیاپی۶).

اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۴ق). **الخیارات**. 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. (۱۴۲۱ق). **المکاسب المحرمه**. قم: تراث شیخ انصاری.

باقرزاده، محمدرضا. (۱۳۸۲). **ضمانت اجراهای صلح و امنیت بین‌المللی**. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.

بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۲۳ق). **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 قراردادها، **سومین کنفرانس ملی پدافند سایبری**.

حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). **فقه العقود**. بیروت: دارالاسلامیه.
حر عاملی. (۱۴۱۴ق). **وسائل الشیعه**. قم: آل البیت.
حقیقت‌پور، حسین(۱۴۰۰). اصل تفکیک انسانی از نگاه حقوق بشر دوستانه اسلامی در مقایسه با معاهدات بین‌المللی. **پژوهش‌های فقهی**، ۱۷، ۸۷۵-۹۰۶.
حکیم، سیدمحسن. (۱۴۰۸ق). **حقائق الاصول**. قم: بصیرتی.
خراسانی، محمدعلی کاظمی. (۱۴۱۷ق). **فوائدالاصول**. (تقریرات درس آیت‌الله نائینی). قم: نشر اسلامی.
خویی، سیدابوالقاسم. (۱۳۷۷). **مصباح الفقاهة**. قم: مکتبه الداوری.
زنجانی، عمید(۱۳۷۰). حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلام. **حقوقی بین‌المللی**، ۱۱، ۵-۴۲.
سرخه، 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). **بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی**. تهران: میزان.
هاشمی‌شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۷). **فرهنگ فقه فارسی**. قم: دائره‌المعارف اسلامی.
ضیایی بیگدلی، محمدرضا. (۱۴۰۲). **حقوق بین‌المللی عمومی**. تهران: گنج دانش.
طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). **تکملة العروة الوثقی**. قم: داوری.
طباطبایی، سید محمدرضا(۱۳۹۳). اصل وفای به تعهدات و قراردادها؛ مقایسه حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر. **معرفت حقوقی**، ۶، ۸۳-۹۸.
فقیه، یوسف. (۱۴۰۹ق). **الاحوال الشخصیة فی فقه اهل البیت** علیهم‌السلام. بیروت: دارالاضواء.
قمی طباطبایی، محمدتقی. (۱۴۲۶). **مبانی منهاج الصالحین**. قم: منشورات قلم شرق.
گنجی، منوچهر. (۱۳۴۸). **حقوق بین‌الملل عمومی**. تهران: کتابخانه مجلس.
مجتهدی، محمدرضا. (۱۳۸۱). **مطالعات حقوق بین‌الملل عمومی**. تهران: فروزش.
مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). **بحارالانوار**. قم: مؤسسه وفا.
مشکینی، علی. (۱۳۶۷). **اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها**. قم: الهادی.
مقتدر، هوشنگ. (۱۳۸۳). **حقوق بین‌الملل عمومی**. تهران: اداره نشر وزارت علوم خارجه.
موسی‌زاده، رضا. (۱۳۸۳). **بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی**. تهران: میزان.
نراقی، احمد. (۱۴۰۸). **عوائد الایام**. قم: بصیرتی.
والاس، ربکا. (۱۳۸۲). **حقوق بین‌الملل**. مترجم سید قاسم قاسمی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.

References

The Holy Qur'ān.

Ibrāhīmī, Naṣrullāh. 2012/1391. *Āthār-i Taḥrīm bar Ijrā-yi Qarārdād-hāyi Bāzargānī-yi Beyn al-Milalī az Manẓar-i Furs Mazhūr*. Faṣlnāmih-yi Dānish-i Ḥuqūq-i Madanī, 1, 1-18.

Aḥmadī Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad Riḍā; Ārām, Muḥammad Riḍā. 2014/1393. *Aṣl-i Wafā-yi bih Ta'ahudāt wa Qarārdādhā; Muqāyisih-yi Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i Islāmī wa Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i Mu'āṣir*. Ma'rifat-i Ḥuqūqī, 1 (6).

Arākī, Muḥammad 'Alī. 1993/1414. *Al-Khīyārāt*. Qom: Intishārāt Mihr.

Amīnīnī, A'ẓam; Mīyān Ābādī, Ḥujjat; Daryā Dil, Iḥsān. 2019. *Māhīyat wa Mawḍū'āt-i Ḥuqūqī-yi Kilīdī-yi Muwāfiqat Nāmih-yi Pārīs dar Khuṣūs-i Taghyīrāt-i Iqlīmī*. Dānish-gāh Shahīd Bihishtī, 22, 291-326.

al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2000/1421. *al-Makāsib al-Muḥaramah.* Qom: Turāth al-Shaykh al-Anṣārī.

Āqā Naẓarī, Ḥassan. 2011/1390. *Mālikīyat-i Ḥuqūqī-yi Nihād-hāyi Mālī (Shakhṣīyat-i Ḥuqūqī-yi Nihād-hāyi Mālī*. Iqtiṣād-i Islāmī, 43, 79-96.

Bāqir Zādih, Muḥammad Riḍā. 2003/1382. *Ḍimānat-i Ijrā-hāyi Ṣulḥ wa Amnīyat-i Beyn al-Milalī*. Qom: Mu'asissih-yi Āmūzishī wa Pazhūhishī-yi Imām Khumaynī.

al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥranī). 200/1423. *al-Durar al-Najafīyya min al-Multaqaṭat al-Yūsufīyya.* Beirut: Dār al-Muṣṭafā li Iḥyaʾ al-Turāth.

Jangjū, Riḍā. 2022/1401. *Siwumīn Kunfirāns-i Millī-yi Padāfand-i Sāybirī, Barrasī-yi Taṭbīqī-yi Wujūh-i iftirāq wa Ishtirāk-i Tanẓīm-i Qarārdād-hāyi Dākhilī wa Beyn al-Milalī wa Naqsh-i Faḍā-yi Sāybirī dar Kāhish-i Mushkilāt-i Tanẓīm-i Qarārdādhā*. Siwumīn Kunfirāns-i Millī-yi Padāfand-i Sāybirī.

al-Ḥusaynī al-Ḥaʾirī, al-Sayyid Kāẓim. 2002/1423. *Fiqh al-'Uqūd*. 2nd. Majma' al-Fikr al-Islāmī.

al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1993/1414. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl al-Masā'il al-Sharī'a.* 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' a-lturāth.

Ḥaqīqatpūr , Ḥusayn. 2021/1400. *Aṣl-i Tafkīk-i Insānī az Nigāh-i Ḥuqūq-i Bashar Dūstānih-yi Islāmī dar Muqāyisih bā Mu'āhidāt Beyn al-Milalī*. Pazhūhish-hāyi Fiqhī, 17, 875-906.

al-Ṭabāṭabāʾī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1987/1408. *Ḥaqā'iq al-Uṣūl*. 5th. Qom: Maktabat al-Baṣīratī.

Al-Kāẓimī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. 1996/1417. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'as-sasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisī.

al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1957/1377. *Miṣbāḥ al-Fiqāhah*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī. Maktabat al-Dāwarī.

Zanjānī, 'Amīd. 1991/1370. *Ḥuqūq-i Ta'ahudāt wa Qarārdādhā-yi Beyn al-Milalī dar*

Fiqh wa Ḥuqūq-i Islām. Ḥuqūq-i Beyn al-Milalī, 11, 5-42.
Surkhih, ʻAbdullāh. 2022/1401. *Barrasī-yi Jāygāh-i Ḥuqūqī-yi Tafsīr-i Mafād wa Mundarijāt-i Qarārdā-i Beyn-i Ṭarafeyn bā Istinād bih Qānūn, ʻUrf wa Matn-i Qarārdād.* Nashr-i Yār, 21, 207-230.
Saljūqī, Maḥmūd. 2005/1384. *Bāyistihā-yi Ḥuqūq-i beyn al_milal-i Khuṣūṣī*. Tehran: Mīzān.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2008/1387. *Farhang-i Fiqh-i Fārsī*. Qom: Dāʼirat al-Maʻārif al-Fiqh al-Islāmī.
Ḍīyāyī Bīgdilī, Muḥammad Riḍā. 2023/1402. *Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i ʻUmūmī*. Tehran: Ganj-i Dānish.
al-Ṭabāṭabāʼī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1993/1414. *Takmilat al-ʻUrwat al-Wuthqā.* Qom: Maktabat al-Dāwarī.
Ṭabāṭabāyī, Sayyid Muḥammad Riḍā. 2014/1393. *Aṣl-i Wafā-yi bih Taʻahudāt wa Qarārdādhā; Muqāyisih-yi Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i Islāmī wa Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i Muʻāṣir*. Maʻrifat-i Ḥuqūqī, 6, 83-98.
Faqīh, Yūsuf. 1988/1409. *Aḥwāl al-Shakhṣīyah fī Fiqh Ahl al-Bayt*. Beirut: Dār al-Aḍwāʼ.
al-Ṭabāṭbāʼī al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 2005/1426. *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn.* Qom: Manshūrāt Qalam al-Sharq.
Ganjī, Manūchihr. 1965/1384. *Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i ʻUmūmī*. Tehran: Kitābkhānih Majlis.
Mujtahidī, Muḥammad Riḍā. 2002/1381. Muṭāliʻāt-i Ḥuqūq-i *Beyn al-Milal-i ʻUmūmī*. Tehran: Furūzish.
Al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-ʻAllama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmiʻa li Durar Akhbār al-Aʻimma al-Aṭhār.* 2nd. Beirut: Dār Iḥyāʼ al-Turāth al-ʻArabī.
al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā ʻAlī. 1995/1416. *Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl wa Muʻẓam Abḥāthihā.* Qom: Nashr al-Hādī.
Muqtadir, Hūshanq. 2004/1383. *Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i ʻUmūmī.* Tehran: Idārih-yi Nashr-i Wizārat-i Khārijih.
Mūsā Zādih, Riḍā. 2004/1383. *Bāyistih-hāyi Ḥuqūq-i Beyn al-Milal-i ʻUmūmī.* Tehran: Mīzān.
al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāẓil al-Narāqī). 1996/1375. *ʻAwāʻid al-Ayyām fī Bayān Qawāʻid al-Aḥkām wa Muhimmāt Masāʼil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qum).
Wallace, Rebecca. 2003/1382. *Ḥuqūq-i Beyn al-Milal.* Translated by Sayyid Qāsim Qāsimī. Tehran: Muʼasissih-yi Muṭāliʻāt wa Pazhūhish-hāyi Ḥuqūqī.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

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

Akbar Najm[1] & Seyfollah Sarrami[2]
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

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.

ABSTRACT

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), 129-159.

© 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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول در سند رسمی[1]

اکبر نجم[1] ✉؛ سیف‌الله صرّامی[2]

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

چکیده

اقبال عمومی مردم به اسناد عادی ـ که به‌تبع شرعیت آن است ـ 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 غیرمنقول را با اسناد رسمی لازم دانسته است؛ اما افزوده است: «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه

۱. نجم، اکبر و صرّامی، سیف‌الله (۱۴۰۳). ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول در سند رسمی. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰ (۳): ۳۶ صص: ۱۲۹-۱۵۹.
https://www.doi.org/10.22034/jrj.2024.66123.2624
ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان

دارای اعتبار شرعی است». این افزوده باعث ایجاد همان مفاسدی است که قانون ثبت برای حل آن ایجاد شده بود. سؤال فراروی مقاله این است که آیا فقه دارای 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 منتفی 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 درگذشته، به دلیل نزدیکی و شناخت نوعیِ 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: بروجردی، ۱۴۲۹ ق، ۲۳۳/۲۳) 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 پس‌ازآن، 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).

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، تبدیل‌شدن 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 تعیین‌شده 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 فرانســه نیز صحیح و انتقال مالکیت نیز محقق می‌شود اما قابلیت استناد نزد شخص ثالث را دارا نیســت (آقا بابائــی، ۱۳۹۹، ۳۹). همین معنا در مــواد ۱۱۹۸ اصلاحیه قانون حقوق قراردادهای فرانســه و ۹۴۱ قانون مدنی فرانســه و همچنین مواد ۱۴۰ و ۴۶۸ و ۹۷۶ قانون مدنی مصر و بند ۳۴ حقوق قراردادها در انگلستان مورد تأکید قرار گرفته اســت. در ایران نیز، در سال ۱۳۰۴ قانون ثبتِ 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 اســناد، لازم‌الاجرا بودن آن نیز وضع شد که از آن تاریخ تاکنون همان قانون مجری است (دیانی، ۱۳۸۴).

باوجود این‌که الزام قانونی نســبت به ثبت اســناد اموال غیرمنقول در دفاتر اسناد قانونی گشت؛ اما عامه مردم هنوز نسبت به اسناد عادی اقبال داشته و درنتیجه سبب وجود مفاسد فوق‌الذکر شده‌اند. دستگاه قضا، برای حل معضل پیش‌آمده اقدام به تعیین تشــریفات و مقدماتی خاص نمود که با تعبیر ســند رسمی از آن یاد می‌شود. توضیح این‌که ســند عادی به سبب عدم ثبت در ســامانه‌های مرجع، قابلیت راستی آزمایی را نداشــته 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 تعیین‌شــده قابلیت اســتعلام و راســتی آزمایی را دارا هست و ازاین‌جهت امکان فروش ملک به چند نفر با تکیه‌بر 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 اســناد رسمی منحصر نمود و تصریح کرد درصورتی‌که فرد اقدام به معامله با اســناد عــادی نماید، قابلیت اثبات برای فرد ثالث در آن وجود نخواهد داشت.

این قانون در محاکم قضایی نیز مورد عمل اســت و در فرض تعارض بین ســند

عادی و رسمی، حکم بر تقدم سند رسمی می‌شود با این استدلال که «نظر به اینکه برای تعارض دو دلیل، حجّیت فی‌نفســه هرکدام از ادلّه در موضوع دعوی، ضروری اســت؛ بدین معنا که هرکدام از دو دلیل، برفرض نبود دلیل معارض، حجّت بوده و قابل اســتناد باشد درحالی‌که در مانحن فیه حســب مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقول باید به‌موجب ســند رســمی باشد و سند عادی راجع به معاملات مذکور، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نیســت؛ بنابراین سند عادی قابلیت تعارض با سند رســمی را نخواهد داشت». این قاضــی در ادامه بیــان می‌دارد: «وفق مقررات ماده ۲۲ قانون ثبت اســناد 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 می‌شناسد» (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 ســند رســمی و عادی نیز در رأی وحدت رویه شــماره ۳۴ نیز مورداشــاره قرار گرفته اســت. این رأی بیان می‌دارد: «نظر بر اینکه شرط تحقق بزه مشــمول ماده ۷۱۱ قانون ثبت اســناد 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 غیرمنقول به‌موجب بند اول ماده ۷۴ قانون مذکور اجباری باشــد، سند عادی راجــع به معامله آن اموال طبق ماده ۸۴ همان قانون در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت».

اما این ماده با ایراد شــورای نگهبان مواجه گردیده و استثنای «مگر اسنادی که بر اســاس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» به آن اضافه گردید و درنتیجه «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شــده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اســناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شــوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

پس‌ازاین اصلاح، افراد سودجو در مقام عمل، با اتکا به‌استثنای افزوده‌شده، 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 مسلم انگاری 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؛ رویهٔ 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 اختلاف‌نظر بین حقوق‌دانان در اعتبار یا عدم اعتبار اسناد عادی معارض با سند رسمی است و باوجود این‌که اکثریت افراد در جلسه، نظر به تقدم سند رسمی و عدم اعتبار سند عادی دارند اما هیچ استدلال

فقهی برای این ادعا بیان نشـــده اســـت. کارچانی و مددی در گزارش «نشست نقد رأی (دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران): امکان ابطال سند رسمی رهن به استناد سند عادی انتقال مالکیت با تاریخ مقدم» (کارچانی و مددی، ۱۳۹۸) همانند نشســـت فوق از اختلاف بین حقوق‌دانان در مســـئله اعتبار سند عادی در مقابل سند رسمی گزارش می‌دهند و آنچه مشـــهود است عدم وجود اســـتدلال قوی فقهی در ردّ حجیت سند عادی اســـت؛ تا بدین جا که یکی از حقوق‌دانان حاضر در جلسه بیان می‌دارد کنار گذاشتن سند عادی مخالف شرع است اما مخالف بین نیست! عندلیب و علیدوست در مقاله «تعارض بیّنه و ســـند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران (پیشنهاد اصلاح ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی)» (عندلیب و علیدوست، ۱۳۹۹) صور مختلف تعارض بین ســـند رسمی و بینه را بررســـی نموده و در بعضی از صور حکم به تقدم سند رسمی و در بعضی دیگر به تقدم بینه حکم می‌کنند. حسینی و فرمند در مقاله «تاب‌آوری سند عادی در مقابل سند رسمی» (حسینی و فرمند آشتیانی، ۱۳۹۹) با پذیرش حجیت سند عادی در عصر حاضر و پذیرش مفاســـد آن، مســـئولین امر را به خارج ساختن اسناد عادی از چرخه معاملی تشویق نموده‌اند.

مقالات فوق باوجود پرداختن به مســـائل ناظر به اســـناد عادی و رســـمی، به این ســـؤالات و پاســـخ به آن‌ها نپرداخته‌اند که «**آیا از دیدگاه فقه امامیه اسناد عادی در زمـان فعلی بـا در نظر گرفتن عنـوان اولی مشـروعیت دارند؟**» و «**آیـا می‌توان از دیـدگاه فقـه نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول را منحصر در اسـناد رسـمی کرد؟**» آنچه به‌عنوان نوآوری در مقاله حاضر قلمداد می‌شـــود این است که عدم مشروعیت اسناد عادی در زمان حاضر را بدون در نظر گرفتن عناوین ثانوی اثبات نموده اســـت و با تکیه‌بر هنجارهای فقهی، سند عادی را در عصر حاضر فاقد حجیت دانسته و قابلیت استناد به آن را نامشروع دانسته است و درنتیجه نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول را منحصر در اسناد رسمی می‌داند.

با توجه به مطالب بیان‌شده سؤال اصلی پیش روی مقاله این است که فقه امامیه، چگونه ظرفیت انحصاری نمودن معاملات اموال غیرمنقول 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 دولتی (نه-مثلاً- چون حاوی شـــهادت 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، می‌تواند در جهان معاصر، حجیت شرعی داشته باشد تا دست‌مایه «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 رفته‌اند، داده می‌شود.

۱/۱. سند عادی

سند به معنای هر نوشته‌ای است که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد (دیانی، ۱۳۸۴). هرگاه سند به‌وسیله 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 می‌شود (امامی، بی‌تا، ۷۰/۶).

۱/۲. سند رسمی

طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی «اســـنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اســـناد رسمی یا در نزد ســـایر مأمورین رســـمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شـــده باشـــند، رسمی است»؛ بنابراین ســـند رسمی سه شرط اساسی دارد: ۱. تنظیم سند به‌وسیله مأمور رسمی؛ ۲. صلاحیت مأمور در تنظیم سند؛ ۳. رعایت مقررات مربوطه به تنظیم سند (امامی، بی‌تا، ۶۷/۶).

۱/۳. اموال غیرمنقول

اموال غیرمنقول اشیایی هستند که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود (امامی، بی‌تـا، ۲۳/۱). اموال غیرمنقول چهار دســـته‌اند: **اول** اموالی که ذاتاً غیرمنقول هســـتند همانند اراضی؛ **دوم** اموالی که نقل آن مســـتلزم خرابی یا نقص مال یا محل آن شود همانند ابنیه و آسیاب؛ **ســـوم** اموالی که در حکم غیرمنقول هستند مانند تلمبه، گاو

یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شـــده اســـت؛ **چهارم** اموالی که تابع غیرمنقول هستند همانند حق عمری و سکنی (امامی، بی‌تا، ۲۳/۱-۲۸).

۲.حجیت اسناد رسمی معاملی اموال غیرمنقول

حجیت اســـناد مکتوب، همان‌طـــور که در آثار فقهی متعدد، مشـــهود و مبرهن اســـت، 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؛ قمی، ۱۴۲۶ ق، ۳۷۰/۷؛ مامقانی، ۱۳۱۶ ق، ۲۱۵/۲؛ مکارم شـیرازی، ۱۴۲۵ ق، ۹۴؛ خوانساری، بی‌تا، ۳۲؛ عاملی، ۱۴۲۷ ق، ۳۴۰/۵؛ خمینی، ۱۳۷۶، ۳۲/۱؛ حائری، ۱۴۱۵ ق، ۱۸۴) و مخالفت فقها با حجیت اســـناد مکتوب، منحصر به‌صورتی 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 می‌توان پیشنهاد نمود:

راه اول این‌که ســـند رسمی را بر اساس بینه تبیین نمود؛ با توجه به این‌که بینه در اصطلاح فقهی به معنای دو شاهد مرد عادل است (علوی، ۱۴۲۱ ق، ۳۶۰/۱) و با توجه به این‌که در دفاتر اسناد رسمی در نوع موارد، نویسنده و مسئول دفتر را می‌توان به‌عنوان دو شـــاهد 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 شـــروط قطعی در بینه اســـت و چگونه می‌توان عدالت نوعی و غالب در این افراد را ثابت دانست تا بینه شرعیه محقق گردد؟

راه دوم این‌کـــه همان‌طـــور که در مباحث بعـــد به‌تفصیل با ادلـــه و مؤیدات اثبات خواهد شـــد، حجیت بینه و شـــهادت از باب اطمینان آوری اســـت و معنای اصطلاحی بینه شـــامل هر آنچه سبب وضوح و علم نسبت به چیزی می‌شود است (روحانی، ۱۴۱۲ ق، ۲۵۰/۸؛ ســـند، ۱۴۱۳ ق، ۴۶) و بینه از باب طریقیت و کشـــف از واقع حجت اســـت (اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ۵۷۳/۲) در این صورت ســـند رســـمی مستقلاً خود یک بینه اســـت؛ زیرا ســـبب اطمینان نســـبت به مضمون خویش است. در مراحل

صدور این اســناد برای اطمینان نســبت به مورد آن کارشناســی صورت گرفته و با اســتعلام از دستگاه‌های ذی‌ربط نسبت به مالکیت بر آن اطمینان حاصل می‌شود. احتمال جعل یا تزویر نســبت به این اســناد با توجه به فرآیند راستی آزمایی قانونی آن، بســیار کم و نادر است (احسانی فر، ۱۳۹۶، ۱۲۸) و می‌توان ادعا نمود اسناد رسمی با توجه به ضوابط و قوانین تنظیم‌شــده و با در نظر گرفتن لزوم طی مراحل قانونی مشــخص بــرای تأیید نهایی، نوعــاً مفید اطمینان نســبت به مضمون خود اســت (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 به‌راحتی قابلیت جعل در آن وجود دارد و به سبب عدم استعلام و نبود کارشناسی قابل اعتنا در مورد موضوع آن، اطمینان نســبت به آن در شــرایط فعلی بسیار دشوار اســت و ازاین‌جهت اسناد رسمی نسبت به اسناد عادی دارای تفوّق 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 هســتند (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 به‌واسطه مهر یا امضا

یکی از اهم مواردی که از قدیم‌الایام به‌عنوان اســباب احراز انتســاب به افراد در اسناد مکتوب موردتوجه بوده است، مهر هر فرد است (آناهید 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 تعابیر فقها، در شمار مواردی که سبب اطمینان به مضمون آن می‌شود بیان شده است (سبزواری، بی‌تا، 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 نشـانه‌ای برای تشـخیص و اطمینان و مسـتند نمودن سـند کتبی به فرد صاحـب مهر یا امضا بود؛ اما در زمان حاضر به سـبب امکان گسـتردهٔ جعل و ایجاد امضا یا مهری همانند امضا و مهر اصلی، این عنوان کارکرد اصلی خویش را از دسـت 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. به‌علاوه ادعای جعل و اثبات آن خود امری مرغوب‌فیه نیسـت؛ 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 ادعـای خود را ثابت کنـد و متهم به جعل، از خود اعـاده حیثیت کرد، می‌تواند تعقیب جزایی مدعی جعل را به جرم افترا وفق مواد ۶۹۷ ق.م.ا مطالبه نماید (دیانی، ۱۳۸۴) و از سـویی چون ملاک اصلی برای حجیت شـرعی این اسـناد، اطمینان نسبت به مضمون آن است (ابراهیمی، ۱۴۲۰ ق، ۱۶۴/۱۵)، طبیعتاً این راه در عصر حاضر کارکردی نخواهد داشت.

۲/۳. اقرار فرد نسبت به سند و مضمون آن

یکی از طرق اطمینان نسـبت به مضمون سند کتبی، اقرار است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ ق، ۳۶۳/۲؛ ابـن فهد حلـی، ۱۴۰۷ ق، ۹۵/۳؛ عمیـدی، ۱۴۱۶ ق، ۱۹۴/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۲۶۳/۱۰؛ کرکـی، ۱۴۱۴ ق، ۱۹/۱۰؛ انصـاری شـیرازی، ۱۴۲۹ ق، ۵۵۷/۲). این راه طبعاً در محل بحث کارایی نخواهد داشـت؛ 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 غلبـه نفع در این‌گونه امور سـبب بی‌اعتباری اقرار در تمامی دعاوی مرتبط با سـند عادی خواهد بود. بدین‌جهت 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 اکتفا 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 و جعل[1] است (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ۲۲۳/۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۸۴/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۵/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۱ ق، ۳۰۵/۴۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۵۲۸/۹؛ بحرانی، بی‌تا، ۱۴۵/۱۴؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ۷۱۱/۲؛ عراقی، بی‌تا، 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 «رأی 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 صحت‌وسقم 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 درنتیجه 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

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 غیررسمی یا به‌قصد 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، بی‌تا، ۱۷۳/۶).

درســـت و اصلی اســـت و درنتیجه امکان فروش به غیر با ســـند اصیل برای او فراهم می‌شـــود و در صورت تشـــکیل دادگاه، ســـند 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 ســـال‌ها پیش فوت کرده اســـت و در این صورت موضوع ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرســـی مدنی[1] (استکتاب) منتفی خواهد بود و از ســـویی دیگر امکان تطبیق خط و امضا با اسناد قطعی الصدور نیز منتفی است؛ زیرا در این‌گونه 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 هیچ‌گونه کمکی در ایجاد اطمینان نمی‌نماید (انتظاری، ۱۳۸۷، ۸۹). **خامســاً:** در دیدگاه فقهی فقها و رویه قضائی بعضی از قضات،[2] نظر کارشناسی تنها درصورتی‌که 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 کارشناســـی و احراز اصالت امضا، مهر یا خط را ندارند و در عموم موارد احتمال فریب درباره ایشـــان وجود دارد. نشـــانه 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 ســـؤال که «نوشـــته‌های عـــادی که با امضای علمای بزرگ و با مهر آن‌ها ممهور باشد در فصل خصومت می‌تواند به معنی شاهد یا حجت باشـــد؟» این‌گونه پاسخ دادند: «اسناد کتبی حجت شـــرعیه ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد» (امام‌خمینی، ۱۳۹۲، ۱۰/۱۰).

---

۱. ماده ۲۲۴: می‌توان کســـی را که خط یا مهر یا امضا یا اثرانگشـــت منعکس در سند به او نسبت داده شده است اگر در حال حیات باشد، برای استکتاب یا اخذ اثرانگشت 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. شـــماره دادنامه‌های: ۸۹۱-۸۹۰-۸۸۹ تاریـــخ: ۷۴/۸/۸ و پرونده‌های کلاســـه: ۹۱۸/۹۱۷/۶۸۱/۷۴/۳ و مرجع رســـیدگی شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر دادگســـتری استان تهران و شـــماره دادنامه ۷۴/۶/۱۵-۳۳-۳۰۷-۳۰۶-۳۰۵ و ۷۳/۱۱/۲۹-۵۰ و پرونده کلاسه: ۲۶۳/۲/۷۳ به تاریخ ۷۴/۶/۱۳.

۳٫۴. شهادت

یکی از مهترین 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 نحوهٔ حجیت شهادت شهود را بررسی نموده و در ادامه به مبرهن نمودن ادعا خویش بپردازیم.

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 به‌صورت اماره موضوعی و مجعول از قِبَل شارع است یا این‌که حجیت شهادت شهود و بینه، عقلائی و از باب طریقیت به‌واقع بوده و شارع مقدس نیز این امر را تأیید و امضاء نموده است (عندلیب و علیدوست، ۱۳۹۹، ۱۱۲). آنچه دراین‌بین قابل‌توجه 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 به‌عنوان‌مثال می‌توان ظن اقوی را بر شهادت مقدم داشت (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۶/۱۵) و یا این‌که 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 به‌جای 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

شـود، بشر در سـختی می‌افتد و شارع از باب تسـهیل 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).

۳/۴/۱/۲. امضایی و طریقی بودن حجیت شهادت

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

آنچه حق به نظر می‌آید این اسـت که حجیت بینه و شـهادت از باب طریقیت است. بر این ادعا می‌توان ادله‌ای اقامه کرد: **اولاً:** نصوص شرعی دال بر حجیت بینه همه منصرف به سـیره عقلایی در عمل به بینه هستند (حائری، ۱۴۱۵ ق، ۳۵۵)؛ درنتیجه بینـه از باب طریقیت عقلاییه عرفیه حجـت (خویی، بی‌تا، ۷۴/۲؛ صـدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۲/۲؛ خمینـی، ۱۴۱۸ ق، ۴۸؛ اراکی، ۱۴۱۵ ق، ۲۷۰/۲؛ سـبزواری، ۱۴۱۳ ق، ۲۳۳/۱) و به امضای شـرع رسیده اسـت (آملی، ۱۴۰۶ ق، ۳۶۶/۲-۳۶۷؛ قمی، ۱۴۱۷ ق، ۳۵۸)؛ بنابراین، ملاک حجیت بینه کاشـفیت نوعی آن از واقع اسـت (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۰/۲؛ علـوی، ۱۴۲۱ ق، ۳۷۰/۱) نه این‌که بینه خصوصیتی خاص و رمزآلود داشته باشد (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۱۰۵/۴).

در این دیدگاه، ظن قوی‌تر را بر بینه مقدم داشـته‌اند؛ زیرا مقتضای سـیره عقلا و ادلـهٔ حجیـت بینه بر مبنای افـاده ظن نوعی بوده اسـت و در صورت وجود ظن قوی‌تـر مخالف، بینه اعتبار نـدارد (صـدر، ۱۴۰۸ ق، ۱۰۴/۴-۱۰۵)؛ چه این‌که بعضی از فقهای معاصر (مکارم شـیرازی، ۱۴۲۷ ق، ۱۴۱/۳؛ هاشـمی شـاهرودی در احسانی فر، ۱۳۹۶، ۱۳۳) سند رسمی را بر شهود عادل مقدم داشته‌اند.

ثانیـاً: خداوند در ذیل آیه دین که حجیت شـهادت را بیان می‌کند، می‌فرماید: ﴿أَنْ تَضِـلَّ إِحْداهُما فَتُذَكِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْرى﴾ (بقـره/۲۸۲) و به‌صراحت بیان می‌کند که علت نیاز به دو شـاهد زن، این اسـت که اگر یکی فراموش کرد، دیگری در خاطر داشـته باشد. این تعبیر نشان از پیش‌فرضی مسلم دارد و آن این‌که شهادت به جهت

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 طریقیت 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 به‌نحوی 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 بینه نشان از یک پیش‌فرض مسلم نزد این عالمـــان دارد و آن این‌که فقهای فوق‌الذکر، حجیت بینه را از باب طریقیت و افاده ظن نســبت به مؤدای خویش می‌دانند (نراقــی، ۱۴۱۵ ق، ۹۲/۱۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ۲۴۳/۱۳؛ ســبزواری، ۱۴۲۷ ق، ۵۳۰/۲؛ طباطبایی حائری، بی‌تا، ۴۵۸؛ مکارم شــیرازی، ۱۴۲۲ ق، ۱۷۲؛ صــدر، ۱۴۰۸ ق، ۸۰/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۵۹/۱؛ هاشــمی شــاهرودی، ۱۴۲۳ ق، ۲۸۹/۱؛ غروی، ۱۴۲۲ ق، ۷۳؛ مازندرانی، ۱۴۲۹ ق، ۲۹/۴؛ حائری، ۱۴۱۵ ق، ۱۹۹؛ ســبحانی، ۱۴۱۸ ق، ۲۰۳/۱؛ هاشــمی شاهرودی، بی‌تا، ۲۵/۱۶).

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

با توجه به این‌که کتابت موجود در سند عادی، در صورت همراهی با قرینه دال بر اراده مفاد آن توســط کســی که کتابت به او منسوب است، حجت است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ ق، ۳۶۴/۲؛ نجفی،۱۴۰۴ ق، ۲۵۱/۲۲؛ کرکی، ۱۴۱۴ ق، ۳۰۹/۵؛ خوانســاری، ۱۴۰۵ ق، ۵۵/۴؛ حســینی عاملــی، ۱۴۱۹ ق، ۵۱۳/۱۲) و وجود مهر و امضا، اقــرار و رأی اهل خبره در عصر حاضر، همان‌طور که به‌تفصیل در مباحث پیش بیان شــد، چنین قرینیت نوعــی برای حصول اطمینان نســبت بــه آن را ندارد، تنها راه باقی‌مانده شــهادت شــهود است اما به نظر می‌رسد، در شــرایط امروزی که قبلاً در طرح موضوع این مقاله اشاره شد، موضوع حجیت شــهادت شهود تمام نیست؛ زیرا: همان‌طور که به‌تفصیل در مباحث پیشــین بیان و اثبات گردید، حجیت بینه و شــهادت از باب اطمینان آوری و ظن نوعی بر وفق آن و طریقیت و کشف از واقع است و در عصر حاضر، به دلایل زیر، شــرط حجیت شــهادت محقق نبوده و سبب اطمینان و ظن نوعی بر وفق خود نیست:

اولاً: بــا در نظر گرفتن خطای غالبی و کذب محقق در شــهادت‌های موجود در عصر حاضر ظن و گمان قوی نســبت به خلاف بینه ایجاد می‌شــود و ســبب ســقوط از حجیت خواهد شد. توضیح این‌که محل بحث از مصادیق شبهات کثیر در کثیر اســت که بازگشت به شــبهه محصوره پیدا می‌کند؛ زیرا با توجه به تعداد زیاد شهادت‌های کذب و خلاف واقع در قیاس با تمامی شهادت‌های انجام‌شده، همانند شــبهه محصوره گشــته و سبب ســاقط شدن شــهادت در زمان حاضر از

حجیت خواهد شـــد. در محاکم اسلامی نیز این مشـــکل و اثرات بســـیار سوء آن وجود داشـــته اســـت و آنقدر پیش رفته که تبدیل به چالشی مهم برای این دستگاه در راســـتای ایجاد عدالت عمومی گشته اســـت. رئیس دستگاه قضا برای رفع این چالش بخشـــنامه‌ای تنظیم نمود و در خصوص حفظ شأن و اعتبار شهادت شهود در نظام قضایی[1] طی نامه شماره ۱۰۰/۱۹۴۸/۹۰۰۰ مورخ ۹۹/۰۱/۱۱ توسط دولت ابلاغ شده است.

این آفات در ملل دیگر نیز وجود داشـــته اســـت و با توجه به این‌که آن‌ها حجیت تعبدی برای شهود قائل نیستند، با راه‌های تجربی اقدام به رفع معایب فوق در شهود نموده‌اند همانند این‌که 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 زندگـــی در عصر حاضر و جمعیت‌های میلیونی شـــهرها و عدم امکان نوعی شناخت نســـبت به اطلاعات ملکی افراد برای دیگران، اساســـاً امکان تحمل شـــهادت در بســـیاری از موارد وجود ندارد و درنتیجه شهادت شهود در محاکم در موضوعات ملکی، غیرنافذ خواهد بود. توضیح این‌که در عصور قدیمه به‌خاطر بســـاطت و ســـادگی زندگی‌ها و ارتباطات اجتماعی قوی و شناخت نوعی افراد نسبت به یکدیگر، نوعاً امکان تحمل شهادت و علم نسبت به معاملات

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 مواضعه آن‌ها با طرفین پرونده، نســـبت به انجام امور ذیل اقدام نمایید: ۱ـ مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه حداکثر ظرف دو ماه ترتیبی اتخاذ نماید که امکان ثبت مشـــخصات گواهان در سامانه مدیریت پرونده قضایی (سمپ) امکان‌پذیر باشد. ۲ـ قضات دادگاه‌ها و دادسراها نسبت به احراز هویت شهود تعرفه شده و درج مشخصات گواهان در سامانه مذکور و استخراج سابقه آنان، اقدام نمایند. ۳ـ در صورت کشف شهادت کذب و تبانی دراثنای تحقیقات یا رسیدگی، فوراً مراتب صورت‌مجلس و جهت تعقیب کیفری مرتکبین اقدام لازم معمول گردد. ۴ـ مرکز حفاظت‌واطلاعات قوه قضائیه ضمن مراقبت مستمر در این خصوص، نسبت به شناسایی و معرفی اشخاصی که در اطراف واحدهای قضایی به‌صورت حرفه‌ای حضورداشته و در قبال اخذ مال یا امتیاز مبادرت به ادای شهادت کذب در مراجع قضایی می‌کنند، اقدام مقتضی را معمول نماید. نظارت بر حســـن اجرای این بخشنامه به عهده رؤسای کل دادگستری‌های استان‌ها است.

و املاک یکدیگر فراهم بوده اســت و مالکان به‌راحتی شناخته می‌شدند و درنتیجه شــهادت شــهود بر مبنای علم خویش بر واقعیت امر بوده است اما در عصر حاضر این امکان بالوجدان از بین رفته و شــهادت کارآمدی ســابق را ندارد (آقا بابائی، ۱۳۹۹، ۱۱۳). در صورت تنزل از ادعای فوق، اگر هم علم به ســقوط از حجیت پیدا نشــود، حداقل شک نسبت به حجیت پیدا می‌کنیم و در این‌گونه موارد که شک ما بازگشت به شــروطی اســت که در موضوع حجیت بینه دخیل هستند، به اطلاق هم نمی‌توان 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 نشانه‌هایی بر خلاف عدالت دارند. از ســوی دیگر بالوجدان می‌دانیم که در بســیاری از موارد به‌صورت علم اجمالی قطعی دارای شرایط فوق نبوده و در موارد زیادی به سبب نفع مالی اقدام به شــهادت کذب می‌کنند که بخشنامه فوق‌الذکر نشــان از آن دارد. نتیجه این‌که موضوع حجیت شهادت در فضای فعلی جامعه تمام نیست یا لااقل مشکوک است، به‌طوری‌که مانع از تمسک به اطلاق حجیت بینه خواهد بود.

۴.انحصار حجیت اسناد نقل اموال غیرمنقول در اسناد رسمی

با توجه به مباحث پیشــین روشــن شد که اسناد رســمی به سبب افاده اطمینان بر مفاد خود، حجت هســتند؛ زیرا حجیت اســناد مکتوب به معیار اطمینان است و این اطمینان در اســناد رسمی به ســبب تدابیر قانونی اندیشیده شده در آن وجود دارد و از ســویی دیگر ثابت گردید که اسناد عادی نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول در عصر حاضر حجت نیستند؛ زیرا این اسناد به معیار افاده اطمینان و وثوق نسبت به مضمون خود حجیت دارند و تمامی راه‌های بیان شــده برای حصول این اطمینان در عصر حاضر مخدوش است. با در کنار هم گذاشتن دو قضیه اثبات‌شده فوق، می‌تــوان نتیجه گرفت که در عصر حاضر و شــرایط فعلی که در مقدمه مقاله بیان شــد، اســناد نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول، بدون هیچ اســتثنایی، منحصر در اسناد رسمی است.

نتیجه‌گیری

ازآنچه 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 اطمینان‌آوری و کشف واقع حجت است.

۴. اسناد رسمی با توجه به تشریفات قانونی در نظر گرفته‌شده 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 حجت‌اند.

۵. احراز انتساب به‌واسطه مهر یا امضا در عصر حاضر، غالباً، سبب اطمینان به صدق سند عادی نمی‌شود.

۶. راه اهل خبره نیز نمی‌تواند سبب حصول اطمینان به اسناد عادی باشد.

۷. شهادت شهود از ادله قطعی اثبات دعوی است لکن حجیت آن تعبدی نبوده بلکه از باب ایجاد اطمینان نسبت به مضمون خویش است.

۸. در باب اسناد عادی اطمینان نسبت به آن به سبب شهادت در جامعهٔ 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 نقل‌وانتقال اموال غیر منقول در سند رسمی**. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ ق). **مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی**. تهران: بی‌نا.

آملی، میرزا هاشم. (۱۴۰۶ ق). **المعالم المأثوره**. قم: بی‌نا.

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.

ابراهیم‌زاده، 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 اهل‌بیت 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.

احسانی‌فر، احمد(۱۳۹۶). ادله قرآنی اعتبار سند رسمی و چیرگی آن بر دیگر ادله اثبات دعوا، قرآن. **فقه و حقوق اسلامی**، ۷(۷)، ۱۲۷-۱۵۶.

اراکی، محمدعلی. (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: بی‌نا.

اصفهانی کمپانی، محمدحسین. (۱۴۱۶ ق). **الاجتهاد و التقلید (بحوث فی علم الاصول)**. چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی.

اصفهانی، فتح اللّه. (۱۳۹۸ ق). **رساله فی تحقیق معنی البیع**. محقق محمدحسین سبحانی تبریزی، قم: دار الکتب.

امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). **استفتائات**. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.

امامی، حسن. (بی‌تا). **حقوق مدنی**. تهران: انتشارات اسلامیه.

انتظاری، محمدتقی(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 علیهم‌السلام.

بحرانی، حسین. (بی‌تا). **الانوار الوامع فی شرح مفاتیح الشرایع**. تصحیح محسن آل عصفور، قم: مجمع البحوث العلمیه.

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ ق). **حدائق الناضرة في احکام العترة الطاهرة**. قم: انتشارات اسلامی.

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۲۳ ق). **الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه**. بیروت: دار المصطفی لاحیاء التراث.

بروجردی، حسین. (۱۴۲۹ ق). **جامع احادیث الشیعه**. 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). تاب‌آوری 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؛ رویه‌ی 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. **پژوهش‌نامه حقوق اسلامی**، ۹(۱)، ۱۲۹-۱۵۴.
خمینی، سید مصطفی. (۱۳۷۶). **کتاب البیع**. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.
خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ ق). **دروس الاعلام و نقدها**. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.
خوانساری، رضی الدین بن آقا حسین. (۱۳۱۱ ق). **تکمیل مشارق الشموس فی شرح الدروس**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
خوانساری، محمد امامی. (بی‌تا). **الحاشیة الاولی علی المکاسب**. بی‌جا: بی‌نا.
خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ ق). **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
خویی، سیدابوالقاسم. (بی‌تا). **المستند فی شرح العروه الوثقی**. مقرر مرتضی بروجردی، بی‌جا: بی‌نا.
دیانی، عبدالرسول(۱۳۸۴). حجیت اسناد. **مجله دادرسی**، ۹(۵۴)، ۲۵-۳۶.
روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ ق). **فقه الصادق** علیه‌السلام. قم: دار الکتاب.
سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ ق). **نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء**. قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
سبزواری، سید عبد الاعلی. (بی‌تا). **جامع الاحکام الشرعیه**. چاپ نهم، قم: مؤسسه المنار.
سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ ق). **مهذب 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 البیت.
سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۰۶ ق). **المبسوط**. بیروت: دار المعرفة.
سند، محمد. (۱۴۱۳ ق). **سند العروة الوثقی -صلاة المسافر**. قم: مکتبه الداوری.

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

صائبی، انسـیه، 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 الشهید آیه الله الصدر العلمی.

طباطبایـی حائری، محمـد مجاهد. (۱۲۹۶ ق). **القواعد و الفوائـد و الاجتهاد و التقلید (مفاتیح الاصول)**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

طباطبایی حائری، محمد مجاهد. (بی‌تا). **کتاب المناهل**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

طباطبایی حائری، سید علی. (۱۴۱۸ ق). **ریاض المسائل**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

طوسی، محمد بن حسـن. (۱۳۸۷ ق). **المبسـوط فی فقه الإمامیة**. چاپ سوم، تهران: المکتبة المرتضویة.

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

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

عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ ق). **الروضة البهیة في شـرح اللمعة الدمشـقیه**. شرح سلطان العلماء، قم: تبلیغات اسلامی.

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

عاملی، زین‌الدین. (۱۴۲۲ ق). **حاشیه المختصر النافع**. قم: تبلیغات اسلامی.

عاملی، سید محمدحسین. (۱۴۲۷ ق). **زبدة الفقهیه فی شرح الروضه البهیه**. چاپ چهارم، قم: دار الفقه للطباعه و النشر.

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

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

عراقی، آقا ضیا الدین. (بی‌تا). **کتاب القضاء**. قم: چاپخانه مهر.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ ق). **تذکرة الفقهاء**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

علوی، احمد. (بی‌تا). **منهاج الاخبار فی شرح الاستبصار**. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

علوی، سید عادل. (۱۴۲۱ ق). **القول الرشید فی الاجتهاد و التقلید**. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
عمیدی، عمید الدین بن محمد. (۱۴۱۶ ق). **کنز الفوائد**. قم: انتشارات اسلامی.
عندلیب، حسین، و علیدوست، ابوالقاسم(۱۳۹۹). مقاله تعارض بینه و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران. **جستارهای فقهی و اصولی**، ۶(۴)، ۱۰۳-۱۳۲.
غروی، علی. (۱۴۲۲ ق). **نهج الاعلان بما یثبت به دخول شهر رمضان**، قم: بنیاد فرهنگ اسلامی.
فاضل مقداد، مقداد سیوری. (۱۴۰۴ ق). **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
فاضل مقداد، مقداد سیوری. (۱۴۲۵ ق). **کنز العرفان فی فقه القرآن**. قم: مرتضوی.
فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). **مفاتیح الشرائع**. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی
قطیفی، احمد بن صالح. (۱۴۲۲ ق). **رسائل آل طوق القطیفی**. بیروت: دار المصطفی لاحیاء التراث.
قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۱۷ ق). **غنائم الایام فی مسائل الحلال و الحرام**. قم: تبلیغات اسلامی.
قمی، سید تقی. (۱۴۱۷ ق). **الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الصوم**. قم: محلاتی.
قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ ق). **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. (۱۳۵۹ ق). **تحریر المجله**. نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ ق). **کتاب القضاء**. قم: دار القرآن الکریم.
مازندرانی، محمد صالح. (۱۴۲۹ ق). **شرح فروع الکافی**. قم: دار الحدیث.
مامقانی، محمدحسن. (۱۳۱۶ ق). **غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب**. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة.

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

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

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ ق). **بحوث فقهیه هامه**. قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ق). **أنوار الفقاهة - کتاب البیع**. قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ ق). **استفتائات جدید**. چاپ چهارم، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.

منتهایی، 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 البیت.

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

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (بی‌تا). **مجله فقه اهل البیت**. حکم القاضی بعلمه، بی‌جا: بی‌نا.

یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۸ ق). **العروه الوثقی مع التعلیقات**. با حواشی امام خمینی رحمه‌الله‌علیه، سید ابوالقاسم خویی رحمه‌الله‌علیه، سید محمدرضا گلپایگانی رحمه‌الله‌علیه، ناصر مکارم شیرازی، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.

یزدی، محمد. (۱۴۱۵ ق). **فقه القرآن**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

References

**The Holy Qur'ān*.

al-Āmulī, Mīrzā Hāshim. 1987/1406. *Al-Ma'ālim al-Ma'thūrah*. Qom

Ibrāhīm Zādih, Ibrāhīm; Rajāyī, Muṣṭafā; Razmī, Muḥsin. 2019/1398. *Maqālih-yi Bar-rasī-yi Luzūm-i I'tibār-i Sharāyiṭ-i Shāhid dar Kārshināsī*. Justār-hāyi Fiqhī wa Uṣūlī, 5 (2), 159-184.

Ibrāhīmī, Shaykh Qāsim. 1999/1420. *Al-Ithbāt al-Qaḍā'ī al-Kitābah*. Majalih-yi Fiqh-i Ahl Bayt al-'Arabī, 15, 141-164.

Al-Asadī al-Ḥillī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Sham al-Dīn (ibn Fahad al-Ḥillī). 1986/1407.

Al-Muhadhab al-Bāri' fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
Iḥsānīfar, Aḥmad. 2017/1396. *Adilih-yi Qur'ānī-yi I'tibār-i Sanad-i Rasmī wa Chīrigī-yi Ān bar Dīgar Adlilih-yi Ithbāt-i Da'wā, Qur'ān*. Fiqh wa Ḥuqūq-i Islāmī, 7 (7), 127-156.
al-Arākī, Muḥammad 'Alī. *Kitāb al-Bay'*. 1994/1415. Qom: Mu'asisih-yi dar Rāh-i Ḥaq.
al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍhhān.* Edited by Mujtabā alIraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid 'Abul al-Karīm. 2002/1423. *Fiqh al-Qaḍā'*. Qom.
Al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (Kumpānī). 1995/1416. *al-Ijtihād wa al-Taqlīd.* Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
Al-Iṣfahānī, Fatḥullāh. 1977/1398. *Risālat fī Taḥqīq Ma'nā al-Bay'*. Edited by Muḥammad Ḥusayn Subḥānī Tabrīzī. Qom: Dār al-Kutub.
al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2013/1392. *Istift'āt*. Tehran: Mu'assasat Tanīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Imāmī, Ḥasan. n.d. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Intishārāt-i Islāmīyah.
Intiẓārī, Muḥammad Taqī. 2008/1387. *Rāhkārhā-yi 'Amalī barā-yi Kāhish-i Ja'l-i Asnād*. Māhnāmih-yi Kānūn, (89), 83-94.
Anṣārī Shīrāzī, Qudratullāh and a group of Researchers. *Mawsū'at Aḥkām al-Aṭfāl wa Aḥkāmuhā*. Qom: Markaz Fiqh al-Aʾimmat al-Aṭhār.
Āshtīyānī, Muḥammad Ḥassan. 2004/1425. *Kitāb al-Qaḍā'*. Qom: Zahīr.
Āqā Bābā'ī, Ismā'īl. 2020/1399. *Inḥiṣārī Kardan-i Naql wa Intiqāl-i Amwāl-i Ghayr-i Manqūl dar Sanad-i Rasmī*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qum).
Al-Āmulī, Muḥammad Taqī. 1960/1380. *Miṣbāḥ al-Hudā fī Sharḥ al-'Urwat al-Wuthqā*. Tehran.
Ānāhīd, Fāṭimih; Āyatī, Sayyid Muḥammad Riḍā. 2015/1394. *Barrasī-yi I'tibār-i Sanad-i 'Ādī az Dīdgāh-i Fiqh wa Ḥuqūq*. Faṣlnāmih-yi Fiqh wa Mabānī-yi Ḥuqūq-i Islāmī, 8 (2), 11-22.
Āl ʿUṣfūr al-Baḥrānī, Ḥusayn Ibn Muḥāmmad. n.d. *al-Anwār al-Lāmiʿ fī Sharḥ Mafātīḥ al-Sharāʾiʿ*. Edited by Muḥsin Āl-i ʿUṣfūr al-Baḥrānī. Qom: Majmaʿ al-Buḥūth al-ʿIlmīyya.
al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nāẓira fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhira.* Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥranī). 200/1423. *al-Durar al-Najafīyya min al-Multaqaṭat al-Yūsufīyya.* Beirut: Dār al-Muṣṭafā li Iḥyaʾ al-Turāth.
Al-Burūjirdī, Sayyid Ḥusayn. 2008/1429. *Jāmi' al-Aḥādīth al-Shī'ah*. Tehran: Farhang Sabz.

al-Ḥusaynī al-Ḥāʾirī, al-Sayyid Kāẓim. 1994/1415. *al-Qaḍāʾ fī al-Fiqh al-Islāmī.* Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī.
‘Āmilī, Sayyid Jawād ibn Muḥammad. 1998/1419. *Miftāḥ al-Kirāmah fī Sharḥ al-Qawā‘id al-‘Allāmah*. 1st. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
Ḥusayni, Sayyid Muḥammad; Farmand Āshtīyānī, Yāsaman. 2020/1399. *Tāb Āwarī-yi Sanad-i ‘Ādī dar Muqābil-i Sanad-i Rasmī*. Qānūn Yār, 4 (16), 759-780.
Khudābakhshī, ‘Abdullāh. 2010/1389. *Taḥlīlī Dīgar az Mādih-yi 22 Qānūn-i thabt-i Asnād*. Ḥuqūqī Dādgustarī, 74 (71), 9-39.
Khudābakhshī, ‘Abdullāh. 2018/1397. *Qābilīyat-i Istinād-i Sanad-i ‘Ādī dar Muqābil-i Sanad-i Rasmī; Rawīyih-yi Qaḍāyī wa Rāhkārhā*. Ta‘ālī-yi Ḥuqūq, 4 (1), 78-101.
Khazāʾī, Sayyid ‘Alī. 2008/1387. *Nigarishī Naw bar Ta‘āruḍ-i Sanad bā Shihādat dar Ḥuqūq-i Īrān bā Muṭāli‘ih-yi Taṭbīqī dar Fiqh-i Imāmīyih-i Ḥuqūq-i Miṣr wa Inglīs*. Pazhūhish Nāmih-yi Ḥuqūq-i Islāmī, 9 (1), 129-154.
al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Muṣṭafā. 1997/1376. *Kitāb al-Bay‘*. Tehran: Mu’assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī).1997/1418. *Durūs al-A‘lām wa Naqdihā*. Tehran: Mu’assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Khāwnsārī, Raḍī al-Dīn ibn Āqā Ḥusayn. 1272/1311. *Takmīl Mashāriq al-Shumūs fī Sharḥ al-Durūs*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
Al-Imāmī al-Khāwnsārī, Muḥammad. n.d. *al-Ḥāshīyat al-Ūlā ‘alā al-Makāsib*.
al-Khāwnsārī, al-Sayyid Aḥmad ibn Yūsuf. 1984/1405. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. 2nd. Edited by ‘Alī Akbar Ghaffārī. Tehran: Maktabat al-Ṣadūq.
Al-Burūjirdī, Murtaḍā. n.d. *al-Mustanad fī Sharḥ al-‘Urwat al-Wuthqā.* Qom:Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Imām al-Khu’ī.
Dayyānī, ‘Abd al-Rasūl. 2005/1384. *Ḥujjīyat-i Asnād*. Majalih-yi Dādrasī, 9 (54), 25-36.
al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 1991/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Mu’assasat al-Imām al-Sādiq.
al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja‘far. 1997/1418. *Niẓām al-Qaḍā’ wa al-Shihādat fī al-Sharī‘at al-Islāmīyya al-Gharrā‘.* Qom: Mu’asissat al-Imām al-Ṣādiq.
al-Sabzawārī, al-Sayyid ‘Abd al-A‘lā. n.d. Jāmi‘ al-Aḥkām al-Shar‘īyah. 9th. Qom: Mu’assasat al-Manār.
al-Sabzawārī, al-Sayyid ‘Abd al-A‘lā. 1992/1413. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* 4th. Qom: Mu’assasat al-Manār.
al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām).* Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
al-Sabzawarī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawarī). 2006/1427. *Dhakhīrat al-Ma‘ād fī Sharḥ al-Irshād* . 1st. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-

Turāth.
al-Sarakhsī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1985/1406. *al-Mabsūṭ.* Beirut: *Dār al-Ma'rifa.*
al-Sanad al-Baḥrānī, Muḥammad. 1992/1413. *Sanad al-'Urwat al-Wuthqā: Kitāb al-Ṣalāt al-Musāfir.* Qom: Maktabat Dāwarī.
Shāhnūsh Furūshānī, Muḥammad 'Abd al-Ṣāliḥ. 2016/1395. *Guzārish-i Nishast-i Naqd-i Ra'y; Ibṭāl-i Sanad-i Rasmī-yi Mālikīyat bih Istinād-i Sanad-i 'Ādī-yi Bay' bā Tārīkh-i Muqaddam*. Faṣlnāmih-yi Ra'y, 5 (14). 125-144.
Ṣā'ibī, Insīyih; Khāwjih Zādih, Amīr. 2017/1396. *Ḥudūd-i I'tibār-i Sanad-i Rasmī wa 'Ādī dar Da'āwī-yi Madanī*. The First National Conference on Social Sciences, Educational Sciences, Psychology and Social Security.
al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1987/1408. *Buḥūth fī Sharḥ al-'Urwat al-Wuthqā.* 2nd. Qom: Majma' al-Shahīd Āyatullah al-Ṣadr al-'Ilmī.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Mujāhid, Muḥammad. 1879/1296. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id wa al-Ijtihād wa al-Taqlīd (Mafāfīḥ al-Uṣūl).* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth
al-Ḥā'irī, al-Ṭabāṭabā'ī al-Mujāhīd. n.d. *Kitāb al-Manāhil.* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 1997/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqiq al-Aḥkām bī al-Dalā'il.* Edited by Muḥammad Bahrimand. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya.* 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥya' al-Āthār al-Ja'farīyah.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf.* Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1981/1402. *Rawḍ al-Jinān fī Sharḥ Irshād al-Aḍhhān.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
tishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1991/1412. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqiḥ Sharā'i' al-Islām.* Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 2001/1422. *Al-Ḥāshīyat al-Mukhtaṣr al-Nāfi'.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
Ali- Tarḥīnī al-'Āmilī, Muḥmmad Ḥasan. 2006/1427. *Al-Zubdat al-Fiqhīyat fī Sharḥ al-Rawḍat al-Bahīyah*. 4th. Qom: Dār al-Fiqh lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
Ali- Tarḥīnī al-'Āmilī, Muḥmmad Ḥasan. 1998/1419. *Istiqṣā' al-I'tibār fī Sharḥ al-Istibṣār*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.

al-Mūsawī al-ʻĀmilī, al-Sayyid Muḥammad (Ṣāḥīb al-Madārik). 1990/1411. *Madārik al-Aḥkām fī Sharḥ Sharāʻiʻ al-Islām.* Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-ʻIrāqī, Āqā Ḍīyā' al-Dīn. n.d. *Kitāb al-Qaḍā*. Qom: Chāpkhānih-yi Mihr.
al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-ʻAllāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahāʻ*. Qom: Mu'assast Āl al-Bayt li Īḥyāʻ al-Turāth.
ʻAlawī, Aḥmad. n.d. *Minhāj al-Akhbār fī Sharḥ al-Istibṣār*. Qom: Mu'assasat al-Ismāʻīlīyān.
al-ʿAlawī, al-Sayyid ʿĀdil Ibn ʿAlī. 2000/1421. *al-Qawl al-Rashīd fī al-Ijtihād wa al-Taqlīd.* Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʿUẓmā al-Marʿashī al-Najafī.
ʻAmīdī, ʻAmīd al-Dīn ibn Muḥammad. 1995/1416. *Kanz al-Fawā'id*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʻat al-Mudarrisīn
ʻAndalīb, Ḥusayn; ʻAlīdūst, Abulqāsim. 2020/1399. *Taʻāruḍ-i Bayyanih wa Sanad-i Rasmī az Dīdgāh-i Fiqh wa Ḥuqūq-i Mawḍūʻih-yi Īrān*. Justār-hāyi Fiqhī wa Uṣūlī, 6 (4), 103-132.
Gharawī, ʻAlī. 2001/1422. *Nahj al-Aʻlān bimā Yuthabit bih Dukhūl Shahr Ramiḍān*. Qom: Bunyād-i Farhang-i Islāmī.
al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn ʿAbd Allāh. 1983/1404. *al-Tanqīḥ al-Rāʾiʿ li Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʿUẓmā al-Marʿashī al-Najafī.
al-Siywarī al-Ḥillī, Miqdād Ibn ʿAbd Allāh. 2004/1425. *Kanz al-ʿIrfān fī Fiqh al-Qurān.* Qom: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Mafātīḥ al-Sharāʻiʻ*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʻUẓmā al-Marʻashī al-Najafī.
Al-Qaṭīfī, AḥmadibnṢāliḥ. 2001/1422. *Rasā'il Āl-I Ṭuq al-Qaṭīfī*. Beirut: Dār al-Muṣṭafā-li Iḥyāʻ al-Turāth.
Al-Gīlānī, Abulqāsim ibn Muḥammad Ḥassan (al-Mīrzā al-Qommī). 1996/1417. *Ghanā'im al-Ayyām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥaram*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʻat al-Mudarrisīn.
al-Qommī, ʿAbbās. 1996/1417. *al-Ghāyat al-Quṣwā fī Taʻlīq ʻalā al-ʿUrwat al-Wuthqā.* Qom: Muḥallātī.
al-Ṭabāṭbāʾī al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 2005/1426. *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn.* Qom: Manshūrāt Qalam al-Sharq.
Kārchānī, Mahdī; Madadī, Hudā. 2019/1398. *Guzārish-i Nishast-i Naqd-i Ra'y-i Dādgāh-i Tajdīd-i Naḍar-i Ustān-i Tehran:Imkān-i Ibṭāl-i Sanad-i Rasmī-yi Rahn bih Istinād-i Sanad-i ʻĀddī-yi Intiqāl-i Mālikīyat bārīkh-i Muqaddam*. Faṣlnāmih-yi Ra'y, 6 (26), 165-186.
al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghiṭāʻ). 1940/1359. *Taḥrīr al-Majalla*. Najaf: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
al-ʻĀmilī al-Karakī, ʻAlī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jāmiʻ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawaʻid*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li

Iḥyā' al-Turath.
al-Mūsawī al-Gulpāygānī, al-Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1413. *Kitāb al-Qaḍā*. Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
Al-Māzandarānī, Muḥammad Ṣāliḥ ibn Aḥmad. 2008/1429. *Sharḥ Furū' al-Kāfī*. Qom: Dār al-Ḥadīth.
Māmqānī, Muḥammad-Ḥassan. 1898/1316. *Ghāyat al-Āmāl fī Sharḥ Kitāb al-Makāsib*. 1st. Qom: Majma' al-Ghakhā'ir al-Islāmīyah.
al-Ḥillī, Jaʿfar Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* 2nd. Edited by ʿAbd al-Ḥusayn Muḥammad ʿAlī Baqqāl. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān
Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawaʿid-i Fiqh.* 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlūm-i Islāmī.
Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2001/1422. *Buḥūth Fiqhīyyah Hāmmah.* Qom: Madrisi-yi Imām ʿAlī Ib Abī Ṭalib.
Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2004/1425. *Anwār al-Fiqāhat: Kitāb al-Tijārah*. Qom: Madrisi-yi Imām 'Alī Ib Abī Ṭalib.
Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Istiftā'āt Jadīd.* Edited by Abulqāsim 'Ulyān Nizhādī. Qom: Madrasi-yi Imām 'Ali Ibn Abī Ṭālib.
Muntahāyī, 'Abbās; Furūtanī Rād, Ḥusayn. 2013/1392. *Barrasī-yi Ta'thīr-i Sanad-i Rasmī bar Tawsi'ih-yi Ḥuqūq-i 'Umūmī.* Faṣlnāmih-yi Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī-yi Bayn al-Millallī, 6 (22), 110-131.
Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. 1992/1413. *Al-Makāsib wa al-Bay'*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām.* 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāẓil al-Narāqī). 1994/1415. *Mustanad al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2011/1433.*Qirā'āt al-Fiqhīyat al-Mu'āṣirat.* 1st. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. n.d. *Ḥukm al-Qāḍī bi 'Ilmih.* Majalih-yi Fiqh-i Ahl al-Bayt.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 2001/1422. *al-'Urwat al-Wuthqā Ma'a Ta'ālīq al-Imām al-Khumaynī.* Tehran:Mu'assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Yazdī, Muḥammad.1994/1415 . *Fiqh al-Qur'ān*. Qom: Mu'assasat al-Ismā'īlīyān.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

Analyzing the Legitimacy of the Endowment of a Juridical Person

Ali Karimi[1] ✉& Seyyed Mahdi Narimani Zamanabadi[2]
1.Ph.D. student of Figh 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 (*mutawallī*) 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), 161-191.

© 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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی[1]

علی کریمی[1] ✉؛ سیدمهدی نریمانی زمان‌آبادی[2]
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

چکیده

جایگاه نهاد وقف در امور اجتماعی و تأثیر آن در بخش‌های مهم اقتصادی اکنون بیش از هر دوران دیگری قابل‌مشاهده 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 تبدّل در اموال موقوفه و فراورده‌ها و ارزش‌افزوده‌های 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 طرقی می‌توان به دست آورد؟

۱. کریمی، علی و نریمانی زمان‌آبادی، سیدمهدی(۱۴۰۳). ظرفیت‌شناسی فقه در انحصاری کردن نقل‌وانتقال اموال غیرمنقول در سند رسمی. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰(۳): ۳۶ صص: ۱۶۱-۱۹۱.

https://www.doi.org/10.22034/jrj.2025.69973.2875

ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان

«وقف شـــخص حقوقی» یکی از راهکارهای پرثمر و سودمند برای بهره‌وری هرچه بهتر و بیشتر از نهاد وقف است. پژوهش توصیفی و تحلیلیِ حاضر در پیِ اثبات مشروعیت وقف شـــخص حقوقی اســـت. از رهگذر و پذیرش دو شرط عینیت و مملوکیت با ادله چهارگانه می‌توان مشـــروعیت وقف شخص حقوقی را اثبات کرد و آن را وقفی مدرن به شمار آورد. با مشـــروعیت وقف شخص حقوقی، افراد می‌توانند با طی کردن مقدمات قانونی، شخص حقوقی را بدواً به‌صورت موقوفه تأســـیس کنند. در این صـــورت کلیه اموال و دارایی‌ها در ملک و تصرف شـــخص حقوقی اســـت و نماینده شـــخص 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 اشخاصِ زیادی امـــوال و منافع اموال خود را با اهداف خیرخواهانه و بشردوســـتانه در قالب وقف در اختیار دیگران گذاشته و توشه‌ای برای قیامت خود قرار داده‌اند؛ لذا از این مسئله در تعالیم دینی، به‌عنوان «صدقه جاریه» یاد شده است. طی یکی دو دهه اخیر با پیدایش مسائل و موضوعات گوناگونی درزمینهٔ وقف، موضوع وقف موردتوجه بیشتر فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته مخصوصاً با مطرح‌شدن وقفِ یکی از نهادهای آموزشی، این مسئله به یکی از مسائل روز تبدیل شده است. ازاین‌رو، پرسش اصلی جستار حاضر این اســـت که آیا اشـــخاص حقوقی مانند دولت، بانک‌ها، مؤسسات قرض‌الحسنه، شـــرکت‌های تجارتی، مدارس و دانشگاه‌ها را می‌توان از بدو تأسیس به‌عنوان 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 به‌عنوان شخصیت حقوقی به‌آسانی 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 اعتباریِ بانک وقف شـــده است نه اموال و دارایی آن.

از ثمرات ایجاد شـــخص حقوقی در نهاد وقف، افزایش اموال و دارایی موقوفه، جلوگیری از حبس اقتصادی، رکود و کاهش ارزش اموال موقوفه و در صورت وقوع بحران مالی، شـــخص حقوقی می‌تواند برای کنترل بحـــران، در اموال و دارایی خود بدون هیچ محدودیت حقوقی و فقهی تبدیل و استبدال انجام دهد.

در خصوص موضوع مشروعیت وقف شـــخص 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» نوشـــته کیان فولادی در فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی (فولادی، ۱۳۹۹)، مقاله «بررسی چالش‌های فقهی-حقوقی وقف اموال دانشگاه آزاد اسلامی»، نوشته ولی رستمی و فاطمه افشـــاری 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 رحمه‌الله‌علیه» از سیدمحمد موسوی بجنوردی و ابوالفضل قهاری در پژوهشـــنامه متین (موســـوی 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 ســـیدمهدی نریمانی زمان‌آبادی و ســـیدمحمد سید حســـینی از نشر آستان قدس رضوی (نریمانی زمان‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۴) نگاشـــته شده اســـت؛ اما به‌صورت اجمال، اســـتطرادی، گذرا و غیرمستقیم به این موضوع اشاره کرده‌اند یا اینکه وقف شخص حقوقی را با وقف به‌وســـیله (توسط) شخص حقوقی خلط کرده و اشتباه گرفته‌اند، ازایـــن‌رو ضرورت اقتضـــاء می‌کند که این موضوع به‌صـــورت 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، شـــخص، شـــخصیت 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 اســـت وقف را در لغت و اصطلاح تعریف نموده و ســـپس اصول سه‌گانه حاکم بر وقف را ترسیم نماییم.

۱/۱/۱. تعریف وقف

وقف در لغت به معنای «حبس، توقف، ایســـتادن و نگه‌داشـــتن» است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۲/ ۶۸۶؛ جوهری، ۱۳۷۶ق، ۴/ ۱۴۴۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۶/ ۱۳۵؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ۹/ ۲۵۱؛ قرشی، ۱۳۷۱، ۷/ ۲۳۶).

مشـــهور فقها وقف را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «وقف عبارت است از: حبس نمودن عین و تســـبیل منفعت آن» (طباطبایی کربلایـــی، ۱۴۱۸ق، ۲/ ۱۶؛ حلی، بی‌تا، ۲/ ۴۳۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/ ۱۶۳) مثلاً انسان یک مزرعه‌ای دارد تا زمانی که آن را وقف نکرده اســـت هر نوع تصرفی از قبیل بیع، اجاره، هبـــه، صلح و... قبل از وقف برای واقف آزاد است؛ زیرا مالک آن است اما پس از انعقاد وقف، رأس المال حبس می‌شود و از تصـــرف مالک به‌کلی خارج می‌گردد و درنهایت 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 کلیِ وقف، موقوفه و موقوف‌علیه را بیان کرده‌اند که این شرایط را در ذیل به‌اختصار ذکر می‌کنیم:

۱/۱/۲/۱. شرایط وقف

برای وقف شرایطی ذکر شـــده است: **اول** «الدوام»؛ یعنی وقف به‌صورت دائم است نه موقت. **دوم** «التنجیز»؛ یعنی عقد وقف نباید معلّق باشد بلکه باید به‌صورت قطعی و منجّز انشـــا شود. **ســـوم** «الإقباض»؛ مال وقفی باید به قبض موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم برسد. **چهارم** «إخراجه عن نفسه»؛ یعنی در وقف خاص، واقف نباید جزء موقوف‌علیهم باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۵۳).

۱/۱/۲/۲. شرایط موقوف‌علیه

موقوف‌علیه دارای شرایطی است: **اول** «أن یکون موجودا»: موقوف‌علیه معدوم نباشند. **دوم** «ممّن یصحّ أن یملك»؛ موقوف‌علیه صلاحیت و اهلیت تملّک را داشته باشند. **سوم** «و أن یکون معینا»؛ موقوف‌علیه معیّن و مشخص باشد و مردد نباشد و **چهارم** «و أن لا یکون الوقف علیه محرّما»؛ در موارد معصیت و حرام مصرف نشود (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق ، ۵/ ۳۲۷).

۱/۱/۲/۳. شرایط موقوفه

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی

موقوفه هم باید شرایطی داشته باشد؛ **اول** «أن یکون عینا»؛ یعنی موقوفه باید عین باشـــد. **دوم** «مملوکة»؛ باید مملوک باشـــد؛ یعنی مال دیگری نباشد. **سوم** «ینتفع بها مـــع بقائها»؛ یعنی باید با بقای عینِ موقوفه، قابل انتفاع باشـــد. **چهارم** «و یصحّ إقباضها»؛ امکان اقباض آن باشـــد (شـــهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۸/۵؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ۲۲۳/۳۰به بعد؛ زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۲۲۶/۳).

۱/۲. شخص حقوقی

در این قسمت نخست به تبیین واژه «شخص» پرداخته، سپس «اقسام شخص» را مورد اشاره قرار داده‌ایم، در ادامه «اقسام شخص حقوقی» را تبیین نموده و درنهایت به بیان تفاوت‌های آن‌ها می‌پردازیم.

۱/۲/۱. شخص

پـاره‌ای از حقوقدانـانِ عرب در تعریف «شـخص» گفته‌انـد: «کُلُّ مَن یصلح لاکتسـاب الحقـوق و تحمل الالتزامـات» (لجنه الفقـه المعاصر، ۱۴۰۱، ۲۳/۱)؛ هرکسـی

که شایستگی کسب حقوق و تحمل تکالیف را داشته باشد، شخص است. با تتبّع درمی‌یابیم که تعریف فوق جامع افراد نیست؛ چراکه واژه «**مَن**» برای ذوی العقول به کار می‌رود و ازآنجاکه اشخاص حقوقی فاقد عقل و شعور هستند، ازاین‌رو، 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 یتکوّن من اجتماع عناصر اشخاصٍ او اموالٍ یقدّر له التشریع کیاناً قانونیاً 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 مستقلّی قائل گردد» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۶۴).

۳/۲/۱. اقسام شخص حقوقی

در حقوق کنونی شخص حقوقی به دو قسم تقسیم می‌شود: «شخص حقوقیِ حقوق عمومی» و «شخص حقوقیِ حقوق خصوصی»؛ اشخاص حقوقیِ 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

نفت، وزارتخانه‌ها[1](صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۷۱) و اشخاص حقوقیِ حقوق خصوصی اشـــخاصی هستند که مربوط به روابط خصوصیِ افراد است و هدف و فعالیت آن‌ها درزمینهٔ حقوق خصوصی است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۱۷۲) مانند شرکت‌های تجارتی (ماده ۲۰ق.ت)، مؤسسات غیرتجارتی (ماده۵۸۴ق.ت)، موقوفات و بریات عمومی. این دو نوع شـــخص حقوقی از جهت «نحوهٔ تأسیس و انحلال»، «فعالیت و حدود صلاحیت»، «عضویـــت»، «مقررات و حکومت قوانیـــن» و «دارایی» با یکدیگر متفاوت‌اند (صفار، ۱۳۹۰، ۱۶۵-۱۶۲).

در پایان ذکر این نکته ضروری اســـت که «شخص» غیر از «شخصیت» است؛ شـــخص، موجودی است که دارای حق و تکلیف اســـت (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۶، ۹) اما از منظر دانش حقوق، شـــخصیت عبارت است از: «وصف و شایستگی شخص برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف باشـــد» (صفایی و قاســـم‌زاده، ۱۳۹۶، ۹؛ صفار، ۱۳۹۰، ۹۸)؛ بنابراین شـــخصیت یکی از حالات و صفات شخص است که به‌موجب آن می‌توانـــد طرف حـــق و تکلیف قرار گیرد ازاین‌روی چیـــزی که صلاحیت دارد «شخص» است و نفس صلاحیت «شخصیت» است.

۱/۳. مصادیق شخصیت حقوقی در فقه اسلامی

مفهوم «شخصیت حقوقی» در فقه اسلامی موردپذیرش واقع شده است؛ هرچند در فقه، عنوان «شـــخصیت حقوقی» مشـــاهده نمی‌شـــود اما مصادیق آن در ابواب مختلف فقه بیان شـــده اســـت که به بیان برخی از مصادیق مســـلّم 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 عناویــن مالی چون خمس، انفــال، فیء و ارث بلا وارث در منابع فقهی و روایی می‌توان شــخصیت حقوقی منصب امامت و زمامداری مسلمین را به‌روشنی استنباط کرد که در ذیل چند نمونه از آن را بیان می‌کنیم.

فقهای امامیه پس‌ازاینکه خمس را به شــش قسمت تقسیم می‌کنند، می‌گویند: «پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله در زمان حیاتش می‌تواند سهم خدا و سهم رسول صلی‌الله‌علیه‌وآله را هر آن‌گونه که اقتضاء بکند به مصرف برســاند و این نهاد خمس بعــد از پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله برای امام علیه‌السلام که قائم‌مقام اوســت، هست؛ چراکه ســهام مذکور حقی است برای منصب امامت تــا امام علیه‌السلام به اعتبار ولایت عام خود، بخشــی از آن را به مصارف عمومیِ ضروری برســاند و بدین شکل پس از خود به کســی که عهده‌دار منصب امامت و زعامت مسلمین اســت، منتقل می‌گردد» (مؤمن قمــی، ۱۴۲۵ق، ۲/ ۱۳۷-۱۳۵؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ۱/ ۳۱۸؛ حلی، ۱۴۱۱ق، ۱/ ۶۴).

صاحب جواهر نیز تصریح می‌کند: «سهم خدا و سهم پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله پس از رحلت پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله به امام علیه‌السلام که قائم‌مقام وی اســت، منتقل می‌شود» (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۱۶/ ۸۷). ایشــان میان اموال شــخصیِ پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله و امام علیه‌السلام با اموال متعلق به منصب رسالت و امامت تفاوت می‌گذارند و می‌گویند: «اموال شخصی قابل‌انتقال به وراث اســت برخلاف اموالِ منصب رســالت و امامت که به امام معصــوم بعدی به اعتبار تصدی منصب امامت منتقل می‌شود و هیچ‌کس در این اموال با امام مشارکت ندارد» (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ۱۶/ ۸۸-۸۷).

علی بن راشد می‌گوید: «از امام هادی علیه‌السلام پرسیدم که چیزی برای ما می‌آورند که گفته می‌شــود این از ابی جعفر علیه‌السلام (امام جواد علیه‌السلام) است و این پیش ماست، با آن چه‌کار کنیم؟ حضرت فرمودند: آنچه برای پدرم به ســبب منصب امامت است، برای من است و اموالی که غیر از منصب امامت است، میان وراث طبق کتاب خدا و ســنت پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله به ارث می‌رسد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۹/ ۵۳۷؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ۷/ ۵۹). با توجه به این روایت، روشن می‌شود که امام هادی علیه‌السلام میان اموال منصب امامت و اموال شخصیِ پدر بزرگوارشان تفاوت می‌گذارند. آنچه امام علیه‌السلام از خمس و انفال به اعتبار منصب امامت در اختیار دارد، پس از ایشان به وراث وی منتقل نمی‌شود بلکه

به مقام امام بعدی می‌رسد. درنتیجه باید پذیرفت این منصب امامت است که اموال و دارایی به او تعلق دارد و نه شخص امام علیه‌السلام.

یکی دیگر از مستنداتی که دلالت بر شخصیت حقوقی منصب امامت و وظایف خاص آن می‌کند، روایت ذیل است که بیانگر مسئولیت امام علیه‌السلام به اعتبار شخصیت حقوقیِ منصب امامت است.

«راوی از صادقین (علیهماالسلام) 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 می‌فرمایند: قاتل نه قصاص می‌شود و نه مکلّف به پرداخت دیه است، بلکه پرداخت دیه مقتول بر عهده امام علیه‌السلام است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۹/ ۷۲).

به‌وضوح درمی‌یابیم آنچه پرداخت دیه را بر عهده گرفته است، شخصیت حقوقی است که همان منصب امامت است.

۲/۳/۱. شخصیت حقوقی جهات عمومی

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی

اگرچه از عنوان شخصیت حقوقیِ جهات عمومی به‌صراحت 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 حقوقیِ جهات عمومی به دلایل ذیل تمسک کرده‌اند.

۲/۳/۱/۱. 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 موصی‌له قرار گیرد. همین فقیهان به موجود بودن موصی‌له و اهلیت تملک وی تصریح می‌کنند و نوشته‌اند: لاجرم که موصی‌له باید «شخص» باشد؛ پس چون مساجد، کاروانسرا و...

شخص حقیقی نیستند، از همین رو، اشخاص حقوقی محسوب می گردند و درنتیجه حکم به وصیت به نفع جهات عمومی صحیح است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/ ۲۰۱-۱۹۹).

علامه حلی در تذکره بعد از بررسی شرایط موصی‌له می گوید: «وصیت به نفع مساجد، زیارتگاه‌ها، مدارس، پُل‌ها و نظایر آن‌ها صحیح است؛ چراکه چنین وصیتی در حقیقت وصیت به نفع مسلمین است» (حلی، بی‌تا، ۲/ ۴۷۵)؛ فرمایش علامه در مورد وصیت به نفع جهات عمومی در حقیقت ناظر به وصیت برای مسلمین است.

۲/۲/۳/۱. وقف به نفع جهات عمومی

پیش‌تر گفتیم برخی از مصادیق جهات عامه، مشترکات عمومی هستند که به‌عنوان «نهاد وقف» پذیرفته شده‌اند. موقوف‌علیه هم، باید موجود و دارای اهلیت تملک باشد. ازاین‌رو، محقق حلی می گوید: «در موقوف‌علیه سه چیز شرط است، ازجمله اینکه موجود و صلاحیت تملّک داشته باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/ ۱۶۸)؛ بنابراین اگر فقیهان قائل به وقف جهات عمومی شده‌اند؛ بدین معناست که برای این جهات، وجود و اهلیت تملک را فرض کرده‌اند و به دیگر سخن، برای این جهات، **شخصیت حقوقی** را فرض کرده‌اند.

ابن‌سعید حلی در این خصوص می گوید: «وقف بر مساجد و پل‌ها صحیح است و چنین وقفی در حقیقت وقف بر مسلمانان است» (ابن‌سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ۱/ ۳۷۰).

قطب‌الدین راوندی در کتاب فقه القرآن می گوید:

«وقف بر مساجد و هرآنچه صلاح مؤمنین در آن است، مشروع است، اگرچه این اشیاء صلاحیت مالکیت را ندارند اما ازآنجاکه وقف بر آن‌ها برای رفع حوائج مسلمین است و مصالح عامه در آن لحاظ می‌شود؛ لذا جایز است و در حقیقت وقف بر آن‌ها (مساجد و هرآنچه صلاح مؤمنین در آن است) وقف بر مسلمین است و مسلمانان نیز صلاحیت مالکیت دارند» (راوندی، ۱۴۰۵ق، ۲/۲۹۳).

۳/۲/۳/۱. نذر و اقرار به نفع جهات عمومی

جهات عامه مانند مساجد، مدارس، دانشگاه، کاروانسرا، پل و... می‌توانند «منذورٌله» و «مقرّله» واقع شوند و از سویی برای این دو، وجود و اهلیت شرط شده است که از ویژگی‌های مربوط به اشخاص است.

امــام خمینــی رحمه‌الله‌علیه در تحریر الوســیله می‌گوید: «اگر شــخصی مالی را برای زیارتگاهی از مشــاهد مشــرفه نذر کند، باید در مصالح آن مانند تعمیر، روشــنایی، نظافت، آراســتگی و فرش کردن آن مصرف نماید» (امام خمینــی، ۱۳۹۲، ۲/ ۱۳۱). این سخن نشــان می‌دهد که «مشــهد» می‌تواند منذورٌله قرار گیرد و درنتیجه «مشهد» مالک مورد نذر می‌شــود و وظیفه متولی آن است که آن نذر را در مصالح مشهد به مصرف برساند.

در مورد اقرار هم همان‌گونه که در مورد نذر گفتیم، مقرّله باید اهلیت استحقاق داشته باشد و از همین رو فقیهان گفته‌اند: اگر اقرار به سود حیوان، درخت و مانند این دو صورت گیرد، باطل است؛ چراکه 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 گفته‌اند: «اگر اقرار به تعلّق مالی به مسجد، زیارتگاه، مقبره، مدرسه و امثال این‌ها صورت گیرد، صحیح و مشروع است؛ چراکه چنین اقراری در حقیقت اقرار به نفع نمازگزاران، زائرین، متعلّمین و به‌صورت کلی کسانی است که از این محل‌ها منتفع می‌شوند» (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۲۱۳/۵؛ ابن قدامة المقدسی، ۱۹۶۸ م، ۱۲۸/۵؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۴۱۷/۲).

۲. اثبات وقف شخص حقوقی

با توجه به بحث و بررسی‌های انجام‌شده ایجاد شخص حقوقی به‌عنوان موقوفه، تنها می‌تواند در قالب «اشــخاص حقوقیِ حقوق خصوصی» محقق گردد و با توجه به اوصاف و ویژگی‌های اشخاص حقوقیِ حقوق عمومی، نمی‌توان نهاد وقف را در مورد آن‌ها اعمال کرد و آن‌ها را موقوفه نمود.

آنچه میان شــخص حقیقی و حقوقی تفاوت ایجاد می‌کند، شرط «عین بودن» و «مملوک بودنِ» موقوفه است که باید احراز گردند تا وقف شخص حقوقی اثبات شــود. الباقی شرایط کلیِ وقف در شــخص حقوقی نیز موجود است و مانعی برای وقف شخص حقوقی نیست. آنچه لازم به بحث و بررسی است دو شرطِ «عین بودن و مملوک بودن» است.

۱/۲. عینیت شخص حقوقی

مطابق تعریف اصطیادی از حدیث نبوی[1] همان‌گونه که پاره‌ای از فقیهان (طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۱/ ۶۷۲ و ۶۷۳؛ راوندی، ۱۴۰۵ق، ۲/ ۲۹۲) چون شیخ طوسی و ابن زهره به‌صورت ارسال مسلّم به آن تصریح می‌کنند، وقف عبارت است از حبس کردن اصل مال و رها کردن ثمره آن[2] (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/ ۵۴۰ و ۵۴۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳/۲۹۱؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۹۷) و برخی دیگر از فقیهان بدون تصریح به ارسال، وقف را این‌گونه 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 الکرامة با تعبیر «عقد» از وقف یاد می‌کنند و می‌گویند: «عقدٌ یفید تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/ ۱۶۵؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۹/ ۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۹/ ۲)؛ 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:

۱/۱/۲. مقدمه اول: بررسی ماهیت و حقیقت وقف

ضرورت اقتضاء می‌کند که حقیقت و واقعیت اصلی وقف را موردبررسی قرار بدهیم که آیا پیامبر ﷺ در مقام بیان ماهیت وقف‌اند یا در مقام بیان یکی از خصائص وقف هستند؟ چراکه باید روشن شود که حقیقت وقف، حبس اصل و تسبیل ثمره است یا یک مجعول اصالی مانند ملکیت و زوجیت است؟

پاره‌ای از فقیهان می‌گویند: «حقیقت وقف «ایقاف عین» جهت استفاده منفعتش برای موقوف‌علیهم است» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۷ق، ۶/ ۳۴۷؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ۲/

---

۱. «إنی اصبت مالا لم اصب قطّ مثله و قد اردت أن اتقرب به الی الله، فقال النبی صلی‌الله علیه و آله حبس الاصل و سبل الثمرة» (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ۹۵/۴)؛ «به من پولی رسیده است که تابه‌حال 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 سبل الثمرة».

۸۴؛ سبحانی، ۱۴۳۸ق، ۱۸۰) و برخی دیگر همچون مرحوم آخوند در رسالهٔ وقف خود پس از تعریف وقف به «تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة» می‌گوید: «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 می‌گوید:

«حبس و وقف حقیقتشان واحد است و اختلافشان بالمرتبة است؛ به این بیان که وقف و حبس در حقیقت یکی هستند، اگرچه هر دو حبس هستند؛ ولی یکی حبس مؤبد است، به‌گونه‌ای که واقف از نقل‌وانتقال و تصرف در عین و منفعت ممنوع است و دیگری فقط حبس از تصرف در منفعت است، نظیر حبس در سکنی، رقبی، عمری و حبس خاص» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ۵۷).

به عقیده ایشان میان وقف و حبس تفاوتی وجود ندارد، بلکه دومرتبه 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.

شایان‌ذکر است که این اختلاف دیدگاه‌ها، نه‌تنها نزاع‌های لفظی، صوری و فاقد ترتب اثر نیست بلکه این اختلافات پایه و اساس بحث است و ما در تحقیقِ 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 عقلائی مانند ملکیت، زوجیت، طلاق و غیره است.

در این قسمت از پژوهش دو مطلب باید موردبررسی قرار گیرد: یکی فهم و چیستی اعتبار عقلائی وقف و دیگری مدلول لفظ وقف. برای درک مدلول و معنای لفظ باید به کتب لغت مراجعه کرد مانند درک معنای لفظ بیع. درحالی‌که برای فهم واقعیت و حقیقت اجتماعی و اعتبار عقلائی لفظ، مراجعه به لغت کفایت نمی‌کند. به‌عنوان نمونه اگر از چیستی و حقیقت آب پرسیده شود، برای پاسخ آن نمی‌توان به کتاب لغت مراجعه کرد؛ چراکه ما در پیِ کشف واقعیت آب هستیم و نه تعریف آب؛ ازاین‌رو، 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 عقلائی که در بستر اجتماع رخ می‌دهد مانند ملکیت، زوجیت، طلاق و... این‌ها 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؛ چراکه حقیقت بیع عملیاتی است که بایع و مشتری در عالم واقع انجام می‌دهند که همان تملیک عین به عوض است ولی لغویان این‌گونه معنا نکرده‌اند. همچنین چنانچه از واقعیت مِلک 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 یک‌چیز به چیز دیگری است» (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ۱/ ۳۰؛ طباطبایی، ۱۳۷۳، ۱/ ۲۱).

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 لغویِ 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 مع‌ذلک حقیقت ملک را روشن نمی‌کند. ازاین‌رو، ضرورت اقتضاء می‌کند که حقیقت و واقعیت وقف موردتحقیق و بررسی قرار گیرد.

برخی از معاصرین معتقدند که حقیقت وقف ایقاف نیست بلکه «حکم وضعیِ مجعول بالاصاله» است نظیر ملکیت، زوجیت و طلاق؛ یعنی به‌تبع حکم تکلیفی انتزاع نمی‌شوند بلکه شارع آن‌ها را مستقلاً، ابتدائاً و أصالةً جعل می‌کند و نیازی نیست که ابتداً حکم دیگری را بیاورد و از آن انتزاع شوند. همان‌طور که شارع وجوب نماز را أصالةً و مستقلاً جعل می‌کند، صحت، لزوم، جواز، وقف، ملکیت، زوجیت و... را نیز أصالةً و مستقلاً جعل می‌کند؛ پس اگر حقیقت وقف مورد پرسش قرار گیرد مانند برخی از فقیهان حکم به ایقاف بودنِ وقف نمی‌شود؛ زیرا مانند آن است که در پاسخ از چیستی و حقیقت ملک، گفته شود «الملک سلطنةٌ» و این معنا مشکلی را حل نمی‌کند، آنچه می‌تواند پذیرفته شود همان واقعیت اجتماعی به نام

ملکیت است که در خارج رؤیت می‌شود و میان عقلا رایج است که حقیقتش «نوعٌ من الاعتبار» اســت که در وعاء تعبّد این آثار ازجمله سلطنت بر آن مترتب است. از همین رو، این تحلیل در باب وقف نیز صادق است که وقف هم یک اعتبار خاصی اســت که اثرش همان اســت که در روایات آمده است: «الوقف صدقةٌ لا تباع و لا توهب و لا تورث» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۱۸۶)؛ موقوفه صدقه‌ای است که نمی‌توان آن را فروخت، بخشید و به ارث برد.

درنتیجه حقیقت وقف، یک «حکم وضعیِ مســتقلِ مجعــول بالاصالة» مانند ملکیــت، زوجیت و طلاق اســت نه ایقاف و تحبیس و تســبیل از خصائص وقف اســت. در زوجیت پس از انشاء صیغه نکاح، مصداقی از زوجیت محقق می‌شود و آثار فراوانی ازجمله جواز نزدیکی و آمیزش، ارث، نفقه و... مترتب می‌شــود، یا در طلاق پس از انشاء صیغه طلاق، مصداقی از طلاق محقق می‌شود و آثاری ازجمله قطــع رابطه زوجیت، عــدم جواز نظر، عدم ارث و... بر آن مترتب می‌شــود. وقف نیز این‌گونه اســت بدین بیان که پس از انشــاء صیغه وقف، مصداقی از وقف (نوعٌ من الاعتبار) حاصل می‌شــود که این وقف و اعتبار خاص، موضوع آثاری است که در روایات یا در عرف عقلایی آمده اســت و به نحو روایی امضاء شــده است (آملی لاریجانی، ۱۳۹۸، ۶ مهرماه، جلسه ۳).

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 نیســت را صحیح نمی‌دانند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ۳۶۹؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۲/ ۴۲؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ۲/ ۷۵).

در کلمات فقها «عین» در مقابل سه چیز است: ۱- مقابل دین؛ ۲- مقابل منفعت؛ ۳- مقابــل ابهام (کلی فی الذمه) (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ۲/ ۲۱؛ مروارید، ۱۴۲۲ق، ۱۱۷). ازاین‌رو، وقفِ دین، منفعت و کلی فی الذمه (غیر معین) صحیح نیســت 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 می‌رســد عمده دلیل فقها بر اشــتراط عین بودن مال موقوفه و خروج قیود

سه‌گانه احترازی، اجماع (حلی، بی‌تا، ۴۳۱؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ۶۰۲؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۳/ ۱۵۷)، تبادر و انصراف است (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/ ۱۷۳). در مورد این دلایل نیز باید بگوییم که **اولاً**: اجماع موردادعا، قابل‌اثبات و پذیرش نیست و اساساً دلیل اجماع نزد ما پذیرفته نیست؛ **ثانیاً**: شخصیتی چون مرحوم سید یزدی می‌گوید: «و العمدة، الاجماع إن تَمَّ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۱/ ۲۰۵)؛ مهم‌ترین دلیل، اجماع است اگر تمام و کامل باشد و ظاهر عبارتِ «ان تمّ» نشان می‌دهد 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 حبسِ اصل نزد فقها این است که موقوفه چیزی باشد که عیناً بتواند باقی بماند و از این طریق، عین بودن مال موقوفه را نتیجه گرفته‌اند. درحالی‌که می‌توان 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 متسالَمٌ‌علیه فقیهان است ولی منصوصه نیست. برمبنای تعریف اصطیادیِ فقها از وقف و شرط قراردادن عین برای موقوفه می‌توان از آن «الغای خصوصیت» کرد و به شخصیت حقوقی سرایت داد؛ چراکه با پیشرفت دانش بشری و ایجاد شخصیت‌های متنوع حقوقی نظیر شرکت‌های تجارتی، مؤسسات قرض‌الحسنه و... می‌توان گفت: چه‌بسا دوام وقف این‌گونه شخصیت‌های حقوقی بیشتر از سایر موقوفه‌های سنتی باشد. از سویی دیگر می‌توان 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 بهمن‌ماه، جلسه ۱۹۶) و در امور اعتباری نظیر بانک، چون مالکیت فکری می‌تواند منفعت را تسبیل کند؛ درنتیجه باید در تحبیس سلطنت داشته باشد. ازاین‌رو، در وقف شخص حقوقی چون واقف می‌تواند منافع آن را تسبیل کند باید در تحبیس نیز سلطنت داشته باشد.

تعریف اصطلاحیِ وقف در میان فقیهان،[1] نه‌تنها هیچ منشأ روایی و حجیّت شرعی ندارد؛ چراکه چنین تعریفی یا با توجه به دو حدیث مرسل نبی مکرم اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله است که فرموده‌اند: «حَبِّسِ الاَصلَ و سَبِّلِ الثَّمَرَه» (ابن ابی‌جمهور احسایی، ۱۴۰۵ق، ۲/ ۲۶۰) یا «حَبَّستَ اَصلَهُ و سَبَّلتَ ثَمَرَتَها» (میرزای نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۴/ ۴۷) یا تقلید و الگوبرداری از فقه اهل‌تسنن است که هیچ‌کدام 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 به‌صورت موقت آن را وقف نکند. در موثقه مهران بن محمد آمده است که امام صادق علیه‌السلام 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، ۱۷۴/۱۹)، 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 علیه‌السلام 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 علیهاالسلام اختیار موقوفاتی را به حضرت علی علیه‌السلام و پس از ایشان به امام حسن علیه‌السلام و امام حسین علیه‌السلام می‌دهند که ازجمله آن موقوفات، «اموال ام ابراهیم» است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۹/ ۱۹۸). همچنین روایت شده است که امام صادق علیه‌السلام فرمودند: پدرم به من فرمود: «ای جعفر! فلان مبلغ از اموال مرا وقف گریه‌کنندگان کن تا ده سال در سرزمین منا، هنگام اعمال منا (در حج) برای من گریه کنند» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۶۵۳/۹؛ طوسی، ۱۳۶۵، ۳۵۸/۶).

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی

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 موقوف‌علیهم 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؛ حطاب رعینی، ۱۴۱۶ق، ۷/ ۶۲۶)؛ بنابراین شرط «حبس الاصل» هیچ دلیل قطعی و قانع‌کننده‌ای ندارد و در حقیقت فتاوای متقدمین با تعریفی که فقیهان متأخر از وقف داشته‌اند، ناسازگار است و اعتبار چنین تعریفی را که در دهه‌های اخیر به‌عنوان یک اصلِ پذیرفته‌شده مطرح گردیده، زیر سؤال برده و مخدوش می‌سازد (ابراهیمی سالاری و دیگران، ۱۳۹۴، ۲۱ و ۲۲، ۶۱-۷۳)؛ بنابراین ازآنچه بیان شد، آشکار می‌شود که وقف محدود به اموالی که دارای عین خارجی بوده، نمی‌شود تا تصور تحبیس الاصل برای آن‌ها امکان‌پذیر باشد و این شرط (تحبیس الاصل) لازم الرعایه نیست. همچنین ادلّهٔ بیانگر حبس، سُکنی، عُمری و رُقبی نیز مؤیّد مدعای ما هستند؛ چراکه این ادلّه، انتفاع از مالی را به‌صورت موقت و غیرماندگار تجویز می‌نمایند.

۳/۱/۲.نتیجه دو مقدمه

پس از بیان دو مقدمه مذکور و جرح‌وتعدیل ادله فقها، این‌گونه 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 به‌صورت فیزیکی یا به‌صورت 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، قابل‌تبدیل 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 غیرمجسم مادی. در این صورت امور اعتباری که دارای وجود خارجی هستند را می‌توان به‌صورت موقوفه تصور کرد مثلاً ممکن است مالکیت فکری، به‌عنوان 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

اســت واقف بگوید: من این شــیء 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 بریّات 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» اســت و فقها مملوک بودن موقوفه را شرط می‌دانند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/ ۳۱۸؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ۳۰/ ۲۲۳به بعد؛ زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ۳/ ۲۲۶). مقصود از اشتراط مملــوک بودن این اســت که آن مال تحت ملکیت و تصرف واقف باشــد؛ بنابراین اموالی که یا در ملک مســلمان وارد نمی‌شود مانند کلب و خنزیر و یا اجازه تصرف در آن را ندارد، متعلق وقف قرار نمی‌گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ۶/ ۳۱۰)، درحالی‌که در شــخص حقوقی اجازه چنین تصرفی در ابتدای وقف وجود دارد و می‌توان آن را وقف کرد.

بررسی مشروعیت موقوفه شدن شخص حقوقی

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 شــخص حقوقی در تناســب با شرط مذکور موردبحث است، رابطه وقف «شخص حر» و وقف «شخص حقوقی» است. فقیهان معتقدند که «شــخص حر» را نمی‌شود وقف کرد؛ زیرا آزاد است و قابلیت مملوک شدن را ندارد. ازاین‌رو، 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 می‌شـود ولی در مورد شـخص حقوقی این قضیه صادق نیسـت و فوت شخص حقوقی با انحلال آن است و نیز شخص حر چون اراده دارد و جزا و عقاب اخروی برای او محاسـبه می‌شود، مکلف به پرداخت برخی واجبات مالی چون خمس و زکات اسـت حال‌آنکه شـخص حقوقی چنین تکلیفی را ندارد (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۲، ۱/ ۲۷۴).

از سـویی دیگر در عدم صحت وقف حر، دلیل متقن و محکمی وارد نشـده و اگر شخص حر خود را برای کاری وقف نماید به‌گونه‌ای که منافع وی برای هدف خاص و معینی تسـبیل شود، این وقف با قواعد کلی مستنبط از قرآن سازگار است، همان‌گونه که در مورد حضرت مریم علیهاالسلام 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 (آل‌عمران/۳۵)[1]. نظیر آنکه اگر کسی منافع بخشی از عمر خود را با قرارداد اجاره به دیگری منتقل کند به‌گونه‌ای که غرری نباشد، عقد اجاره صحیح است. همچنین در فقه جایز دانسـته 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 علیه‌السلام باشـد» (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۲/ ۳۸۶؛ شهیداول، ۱۴۱۲ق، ۲/ ۳۰؛ نجفـی جواهـری، ۱۳۶۲، ۲۱/ ۴۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۳۰۹/۱؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۲/ ۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۷/ ۴۵۰)؛ بنابراین انسان می‌تواند خودش را نذر مرزبانی و حفاظت از مرزها قرار دهد.

شـاید گفته شود در وقف عام و جهات عمومی کسی مالک نیست؛ زیرا وقف فک ملک اسـت و عین برای جریان منفعت به موقوف‌علیهم از زمان انتقال حبس می‌شود؛ بنابراین وقف حر ازاین‌جهت ایرادی ندارد البته این مشروط به آن است که قائل به ملکیت موقوف‌علیهم نباشیم و الّا باطل است.

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 حرّ در همه جهات صحیح نیست؛ زیرا شـــخص حقوقی وجودی اعتباری دارد و بر مبنای اعتبار شکل می‌گیرد و ازاین‌رو، وقف شخص حقوقی با امور ثابت و مسلم فقهی چون تملیک تنافی ندارد.

در پایـــان این بحـــث می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت: شـــخص حقوقی‌ای که در خارج شکل می‌گیرد، نه‌تنها مالک است، مملوک نیز است؛ یعنی در حقیقت، بانک که یک مؤسســـه 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 محســـوب می‌شود، ملک ســـهام‌داران است؛ پس شرکت، مؤسسه و بانک به‌حســـب آنچه در خارج اعتبار می‌کند، هم مالک (مالک دارایی‌های خود) و هم مملوک (مملوک ســـهام‌داران خود) اســـت. به همین علت اســـت که اگر این شـــخص حقوقی بدهکار شد، ســـهام آن را جزء دارایی‌های او به‌حساب می‌آورند، ســـهام شرکت شخصی مثل خانه اوست با این تفاوت که خانه او، عین خارجی بوده ولی سهام او در شرکت، یک امر اعتباری است.

۳. ثمره حقوقی جواز وقف شخص حقوقی

با مشروعیت وقف شخص حقوقی، افراد می‌توانند با طی کردن مقدمات قانونی، شـــخص حقوقـــی را به‌صورت موقوفه تأســـیس کنند. در این صـــورت 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 شـــخص حقوقیِ موقوفه می‌تواند اعم از نقد و غیرنقد باشـــد کـــه متولی برای حفظ و ارتقاء دارایی‌ها، بهره‌وری بیشـــتر، رشـــد و ارتقاء موقوفه و جلوگیری از کاهش ارزش آن و نیل به اهداف واقف می‌تواند انواع تصرفات متناسب و سرمایه‌گذاری‌های لازم را انجام دهد. ازاین‌رو، مانعی برای تبدیل اموال موقوفه در همه احوال، اوضاع و شـــرایط نخواهد بود؛ بنابراین اگر اموالی را به ملکیت شـــخص حقوقیِ 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 جرح‌وتعدیل 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 شرطِ «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 شـــخص 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؛ درنتیجه 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 شـــخص 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.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۳ق). **کتاب فی الوقف**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

آل عصفور، حســین بن محمد. (بی‌تا). **الأنوار اللوامع فی شـرح مفاتیح الشـرائع**. قم: المیرزا 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

ابراهیمی سالاری، تقی، نریمانی زمان‌آبادی، سیدمهدی، سید حسینی، سیدمحمد. (۱۳۹۴). **بررسی فقهی وقف پول**. مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

ابن ابی جمهور احسایی، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). **عوالی اللئالی العزیزیه**. قم: دار سیدالشهداء علیه‌السلام للنشر.

ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). **غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع**. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه‌السلام.

ابن سعید حلی، یحیی بن احمد. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرایع**. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه‌السلام.

ابن عابدین، محمدامین. (۱۴۱۵ق). **حاشیه رد المحتار علی الدر المختار**. بیروت: دارالفکر.

ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). **معجم مقاییس اللغه**. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

ابن قدامة المقدسی، عبدالله. (۱۹۶۸م). **المغنی**. مصر: مکتبة القاهرة.

احمد زرقا، مصطفی. (۱۴۲۰ق). **المدخل الی نظریه الالتزام العامه فی فقه الاسلامی**. دمشق: دارالقلم.

ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). **تهذیب اللغة**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۷ق). **حاشیه المکاسب**. قم: ذوی القربی.

بیهقی، أبو بکر. (۱۴۲۴ق). **السنن الکبری**. چاپ سوم، بیروت: دار الکتب العلمیة.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). **الصحاح**. بیروت: دار العلم للملایین.

حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). **وسائل الشیعة**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

حسینی، سیدابراهیم، و سامانی، احسان(۱۳۹۱). وقف از سوی اشخاص حقوقی. **دوفصلنامه معرفت حقوقی**، ۱(۳): ۵۱-۶۸.

حسینی خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۹۲). **رسالهٔ آموزشی مطابق با فتاوای مرجع عالی قدر حضرت آیت الله خامنه‌ای**ﷺ. تهران: نشر فقه روز (وابسته به انتشارات انقلاب اسلامی).

حسینی عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

حطاب رعینی، محمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). **مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل**. بیروت: دارالکتب العلمیه.

حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

حلی، حسن بن یوسف. (بی‌تا). **تذکرة الفقهاء**. تهران: مکتبة المرتضویة.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). **قواعدالاحکام**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). **الرسالة الفخریة فی معرفة النیة**. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.

امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲). **تحریر الوسیلة**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی رحمه‌الله‌علیه.

خوانساری، جمال‌الدین. (۱۳۶۴). **التعلیقات علی الروضة البهیة**. قم: المدرسة الرضویة.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). **موسوعه الامام الخوئی**. قم: مؤسسه إحیاء آثار الامام الخوئی.

راوندی، قطب‌الدین. (۱۴۰۵ق). **فقه القرآن**. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله‌العظمی مرعشی نجفی رحمه‌الله‌علیه.

رستمی، ولی، و فاطمه، افشاری(۱۳۹۷). بررسی چالش‌های 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، سیدمحمدصادق. (۱۴۳۵ق). **فقه الصادق** علیه‌السلام. قم: آیین دانش.

زارعی سبزواری، عباسعلی. (۱۴۳۰ق). **القواعد الفقهیه فی فقه الامامیه**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

سبحانی، جعفر. (۱۴۳۸ق). **احکام الوقف فی الشریعه الاسلامیه الغراء**. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه‌السلام.

سمرقندی، علاءالدین. (۱۴۱۴ق). **تحفه الفقهاء**. چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.

شهیداول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**. قم: مکتبة الداوری.

شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

صفار، محمدجواد. (۱۳۹۰). **شخصیت حقوقی**. تهران: بهنامی.

صفایی، سیدحسین، قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۶). **اشخاص و محجورین**. چاپ بیست و سوم، تهران: سمت.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث.

طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۳). **المیزان فی تفسیر القرآن**. چاپ ششم، قم: اسماعیلیان.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). **تکملة العروة الوثقی**. قم: مکتبة الداوری.
طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۷ق). **العروة الوثقی**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). **المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف**. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.
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 الإمامیة**. چاپ سوم، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
فولادی، کیان(۱۳۹۹). بازخوانی وقف شخص حقوقی در جهت توسعه نهادهای اخلاقی. **فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی**، ۱۱(۱): ۲۱۵-۲۳۲.
فیض کاشانی، محمدمحسن ابن شاه‌مرتضی. (۱۴۰۱ق). **مفاتیح الشرائع**. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمه‌الله‌علیه.
فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**. چاپ دوم، قم: موسسه دار الهجرة.
قرشی، علی‌اکبر. (۱۳۷۱). **قاموس قرآن**. چاپ ششم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
کاشف‌الغطاء، جعفر بن خضر. (بی‌تا). **کشف الغطاء عن مبهمات شریعه الغراء**. اصفهان: مهدوی.
کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). **کافی**. قم: دار الحدیث.
لجنه الفقه المعاصر. (۱۴۰۱). **الشخص الاعتباری**. قم: نشر مرکز اداره الحوزات العلمیّه.
محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. 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). **حاشیة المختصر النافع**. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
موسوی بجنوردی، سیدمحمد، و قهاری، ابوالفضل(۱۳۹۶). جایگاه وقف در اموال شخص حقوقی با تأکید بر آرای امام خمینی رحمه‌الله‌علیه. **پژوهشنامه متین**، ۱۹(۷۷): ۱-۲۰.

موسوی سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام**. قم: السید عبد الاعلی السبزواری.

مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۵ق). **الولایة الالهیة الاسلامیة**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

میرزای نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**. قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

نجفی جواهری، محمدحسن. (۱۳۶۲). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**. چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

عباسی خراسانی، هادی. (۱۴۰۱). **درس خارج فقه**.

https//:eshia.ir/feqh/archive/text/abbasi_khorasani/feqh3/1401/14010810/

References

The Holy Qur'ān.

al-Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim (al-Ākhund al-Khurāsāni). 1992/1413. *Kitāb al-Waqf.* Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

Āl 'Uṣfūr al-Baḥrānī, Ḥusayn Ibn Muḥāmmad. n.d. *al-Anwār al-Lāmi' fī Sharḥ Mafātīḥ al-Sharā'i'.* Edited by Muḥsin Āl-i 'Uṣfūr al-Baḥrānī. Qom: Majma' al-Buḥūth al-'Ilmīyya.

Āmulī Lārījānī, Ṣādiq. 2019/1389. *Dars al-Khārij al-Fiqh al-Waqf.* https://amolilarijani.ir/LessonDetail/1773.

Āmulī Lārījānī, Ṣādiq. 2021/1400. *Dars al-Khārij al-Fiqh al-Waqf.* https://amolilarijani.ir/LessonDetail/6193.

Ibrāhīmī Sālārī, Taqī; Narīmānī Zamān Ābādī, Sayyid Mahdī; Sayyid Ḥusaynī, Sayyid Muḥammad. 2015/1394. *Barrasī-yi Fiqhī-yi Waqf-i Pūl*. Mashhad: Bunyād-i Pazhūhish-hāyi Islāmī-yi Āstān-i Quds-i Razawī.

al-Iḥsā'ī, Ibn Abī Jumhūr. 1984/1405. *'Awāli al-Li'ālī al-'Azīzīyya.* Qum: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.

al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat ībn 'Alī (Ibn Zuhra). 1996/1417. *Ghunyat al-Nuzū' ilā 'Ilmay al-Uṣūl wa al-Furū'.* Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.

al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Aḥmad (Ibn Sa'īd). 1985/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'i'.* Qom: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.

Ibn'Ābidīn, Muḥammad ibn Amīn. 1994/1415. *Ḥashīyat ibn'Ābidīn: Radd al-Muḥtār'Alā al-Durra al- Mukhtār*. Beirut: Dār al-Fikr al-Islāmīyyah.

Ibn Fārīs, Aḥmad Ibn Fārīs. 1983/1404. *Mu'jam Maqāyīs al-Lugha.* Edited by 'Abd al-salam Muḥammad Harūn. Qom: Markaz Nashr Maktab al-I'lām al-Islāmī.

Ibn Qudāmah al-Maqdisī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad 'Abdullāh ibn Aḥmad b.

Muḥammad. 1968/1388. *Al-Muqni‘ fī Fiqh Aḥmad ibn Ḥanbal*. Cairo: Maktabat al-Qāhirah.
Zarqā’, Muṣṭafā Aḥmad. 2004/1425. *Al-Madkhal al-Fiqh al-‘Ām*. 2nd. Damascus: Dār al-Qalam.
Azharī, MuḥammadibnAḥmad. 2000/1421. *Tahdhīb al-Lughat*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfaḥānī). 1953/1373. *Munyat al-Ṭālib fī Ḥāshīyat al-Makāsib*. Qom: Dhawī al-Qurbā.
Al-Bīhaqī. Abī Bakr Aḥmad ibn al-Ḥusayn ibn ‘Alī. 2003/1424. *Sunnan al-Bīhaqī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyah.
al-Jawharī, Ismāʿil Ibn Ḥammād. 2007/1428. *al-Ṣiḥaḥ*. Beirut: Dār al-Maʿrifa.
al-Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl al-Masā’il al-Sharī‘a.* Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ a-lturāth.
Ḥusaynī, Sayyid Ibrāhīm; Sāmānī, Iḥsān. 2012/1391. *Waqf az Sūyi Ashkhāḍ-i Ḥuqūqī.* Du Faṣlnāmih-yi Ma‘rifat-i Ḥuqūqī, 1 (3), 51-68.
al-Ḥusaynī al-Khāmina’ī, al-Sayyid ‘Alī. 2013/1392. *Risālih-yi Āmūzishī Muṭābiq bā Fatāwī-yi Marja‘ ‘Ālī Qadr Āyatullāh Khāmina’ī.* Tehran: Nashr-i Fiqh-i Rūz.
al-Ḥusaynī al-‘Amilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā‘id al-‘Allāma.* 1st. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
Al-Maghribī, Muḥammad ibn Muḥammad ibn ‘Abullāh (al-Ḥattāb al-Ra‘īyatī). *Mawāhib al-Jalīl li Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā‘ir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwī.* Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). n.d. *Tadhkirat al-Fuqahā‘*. Qom: Maktabat al-Murtaḍawīyat.
al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Qawā‘id al-Aḥkām fī Ma‘rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1990/1411. *Al-Risālat al-Fakhrīyat fī Ma‘rifat al-Nīyat*. Mashhad: Majma‘ al-Buḥūth al-Islāmīyat.
al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2000/1379. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mu’assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Khāwnsārī, Āqā Jamāl al-Dīn. 1985/1364. *al-Ta‘līqāt ‘alā al-Rawḍat al-Bahīyyat*. Qom: Manshūrāt al-Madrisat al-Raḍawīyah.
al-Mūsawī al-Khu’ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Mawsū‘at al-Imām al-Khu’ī.* Qom:Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Imām al-Khu’ī.
Quṭb Rāwandī, Sa‘īd ibn Hibatullāh. 1984/1405. *Fiqh al-Qur’ān*. 2nd. Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uẓmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
Rustamī, Walī; Afshārī, Faṭimih. 2018/1397. *Barrasī-yi Chālish-hāyi Fiqhī-Ḥuqūqī-yi*

Waqf-i Amwāl-i Dānishgāh-i Āzād-i Islāmī. Faṣlnāmih-yi Muṭāli'āt-i Ḥuqūq-i Khuṣūsī, 48 (1), 39-58.
Riḍāyī, Majīd. 2008/1387. *Waqf wa Umūr-i Khayrīyih dar Bāzār-i Sarmāyih*. Majmū'ih-yi Maqālāt-i Hamāyish-i Waqf dar Bāzār-i Sarmāyih. Qom: Danishgāh Mufīd.
al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 2014/1435. *Fiqh al-Ṣādiq.* Qom: Intishārāt Ā'īn Dānish.
Zāri'ī Sabzawārī, 'Abbās'alī. 2009/1430. *Al-Qawā'id al-Fiqhīyat fī Fiqh al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 2017/1438. *Niẓām al-Nikāḥ fī al-Sharī'at al-Ghurrā'*. Qom: Mu'asassat al-Imām al-Ṣādiq.
Samarqandī, 'Alā' al-Dīn. 1993/1414. *Tuḥfat al-Fuqahā'*. 2nd. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
al-ʿĀmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1991/1412. *al-Durūs al-Sharʿīyya fī Fiqh al-Imāmīyya.* Qum: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʿat al-Mudarrisīn.
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya.* Qom: Maktabat al-Dāwarī.
al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqiḥ Sharā'i' al-Islām.* Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
Ṣaffār, Muḥammad Jawād. 2011/1390. Shakhṣīyat-i Ḥuqūqī. Tehran: Bihnāmī.
Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn; Qāsim Zādih, Sayyid Murtaḍā. 2017/1396. *Ashkhāṣ wa Maḥjūrīn*. 23rd. Tehran: Samt.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 1997/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqiq al-Aḥkām bī al-Dalā'il.* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Ṭabāṭabā'ī , al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). 1994/1373. *al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur'ān.*6th. Qom: Muʾassasat Ismaʿīlīyan.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1993/1414. *Takmilat al-'Urwat al-Wuthqā.* Qom: Maktabat al-Dāwarī.
al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāẓim. 1996/1417. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu bihī al-Balwā.* 2nd. Qum: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʿat al-Mudarrisīn.
Al-Ṭabarsī, Abū 'Alī Faḍl ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭabarsī). 1989/1410**.** *Al-Mu'talaf min al-Mukhtalaf Bayn A'imat al-Salaf.* Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīyat.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1365. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd.* 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf.* Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya.* 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥya' al-Āthār al-Ja'farīyah.

Fūlādī, Kīyān. 2020/1399. *Bāzkhānī-yi Waqf-i Shakhs-i Ḥuqūqī dar Jahat-i Tawsi'ih-yi Nihād-hāyi Akhlāqī*. Faṣlnāmih-yi Pazhūhish-hāyi Akhlāqī, 11 (1), 215-232.
al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. 1981/1401. *Mafātīḥ al-Sharā'i'*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uẓmā al-Mar'ashī al-Najafī.
Al-Fayyūmī, Abul 'Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. 1993/1414. *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Sharḥ al-Kabīr lil Rāfi'ī*. Qom: Mu'asissat Dār al-Hijrat.
Al-Qurshī, Sayyid 'Alī Akbar. 1991/1412. *Qāmūs Qur'ān*. 6th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
Al-Ḥillī al-Najafī, Ja'far ibn Khiḍr ibnYaḥyā (Kāshif al-Ghiṭā'). n.d. *Kashf al-Ghiṭā'*. Iṣfahān: Intishārāt Mahdawī.
al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jāmi' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turath.
al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Yaʿqūb (al-Shaykh al-Kulayni). 2008/1429. *al-Kāfī*. 1th. Edited by Muʾassasat Dār al-Ḥadīth. Qum: Muʾassasat Dār al-Ḥadīth.
Lajnat al-Fiqh al-Muʿāṣir. 2022/1401. *Al-Shakhṣ al-I'tibārī*. Qom: Nashr Markaz Idārat al-Ḥawzāt al-'Ilmīyah.
al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
Muḥaqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā; Mihryār, Muḥammad. 2020/1399. *Barrasī-yi Fiqhī wa Ḥuqūqī-yi Waqf*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍhhān*. Edited by Mujtabā alIraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
Murwārīd, Ḥassan'alī. 2001/1422. *Ḥāshīyat al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Maktab al-I'lāmī al-Islāmī.
Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad; Qahhārī, Abulfaḍl. 2017/1396. *Jāyigāh-i Waqf dar Amwāl-i Shakhṣ-i Ḥuqūqī bā Ta'kīd bar Ārā-yi Imām Khumaynī*. Pazhūhish Nāmih0yi Matīn, 19 (77), 1-20.
al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
Al-Mu'min al-Qummī, Muḥammad. 2004/1425. *Al-Wilāyat al-Ilāhīyat al-Islāmīyat*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbaṭ al-Masā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1362. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
'Abāyī Khurāsānī, Ḥādī. 2022/1401. *Dars al-Khārij al-Fiqh*. https://eshia.ir/feqh/archive/text/abbasi_khorasani/feqh3/1401/14010810/.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence (JILJ)
Vol.10;No.36;2024
Print ISSN 2476-7565 Online ISSN 2538-3361

Jurisprudential Feasibility Study on Municipal Monopoly over the Use or Ownership of Municipal Solid Waste

Sayyed Mohammad-Hossein Mousavi[1] ;
Sayyed Alireza Hashemi-Dehsorkhi[2]; Amir Hosseyn Ghazanfari[3] & Mortaza Ansari[4]

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).

Journal of Islamic Law and Jurisprudence
Vol.10 , No.36
2024

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 *sharʿī* 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), 193-220.

© 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.

فصلنامهٔ علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۶، ۱۴۰۳
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مقالهٔ پژوهشی

امکان‌سنجی فقهی انحصار انتفاع یا مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری[1]

سید محمدحسین موسوی[1] ✉ ؛ سیدعلیرضا هاشمی دهسرخی[2]؛ امیرحسین غضنفری[3]؛ مرتضی انصاری[4]

۱. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه‌السلام، 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 علیه‌السلام، قم،ایران.
۳. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه‌السلام، قم،ایران.
۴. دانش آموخته مقطع خارج مدرسه تخصصی فقه امام کاظم علیه‌السلام، قم، ایران.

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 حیازت اموال اعراض شده،

۱. موسوی. سیدمحمدحسین و همکاران(۱۴۰۳). امکان‌سنجی فقهی انحصار انتفاع یا مالکیت شهرداری بر پسماند جامد شهری. جستارهای فقهی و اصولی ۱۰(۳):۳۶ صص:۱۹۳-۲۲۰.

https://doi.org/10.22034/jrj.2025.69769.2866

ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی © نویسندگان

این سیاست را مخالف اسناد بالادستی و قواعد عامه فقهی-حقوقی می‌دانند. سؤال اساسی این اســت که آیا می‌توان ادله شــرعی‌ای برای اثبات انحصار مالکیت یا انتفاع شــهرداری بر پســماند اقامه کرد؟ در این نوشتار ادله شــرعی از دو مسیر: «اعراض و اباحه تصرف»، «حیازت، حق اولویت و مالکیت ســطل زباله» و با روش تحلیلی-توصیفی موردبررســی قرار گرفته است. نتیجه حاصل‌شده امکان اثبات مطلوب از راه تطبیق بحث اعراض، اباحه تصــرف و حیــازت، البته بنا بر برخی مبانی فقهی اســت. همچنین می‌تــوان از راه قول به حق اولویت یا مالکیت بر ســطل زباله، شــرکت‌های خصوصی را از حیازت منع کرد و در پایان مســئله از منظر فقه حکومتی نیز بررسی و بیان گردیده است که درصورتی‌که مطالب ارائه‌شــده از منظر فقه فردی مورد مناقشــه قرار بگیرد، فقیه مســلط بر ملاکات می‌تواند با رویکرد فقه حکومتی چالش را حل کند.

کلیدواژه‌ها: مالکیتِ پســماند، شهرداری، قاعده اعراض، حیازت، انحصارِ انتفاع، اباحه تصرف.

مقدمه

یکی از جنجالی‌ترین موضوعات فقهی که در بحث مدیریت پسماند مطرح است، موضوع مالکیت پسماند است. مطابق بند ب ماده۲ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۲۰ پســماند به مواد جامد، مایع و گاز (غیر از فاضلاب) گفته می‌شــود که به‌طور مســتقیم یا غیرمســتقیم حاصل از فعالیت انسان بوده و ازنظر تولیدکننده، زائد تلقی می‌شــود. ســؤال اول این اســت که آیا افراد با بیرون گذاشــتن پسماند از خانه خود نسبت به آن ســلب مالکیت کرده‌اند؟ همچنین سؤال دومی که در اینجا مطرح است این است که در صورت تحقق سلب مالکیت، چه کسی می‌تواند مالک پسماند شــود؟ 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 می‌رسد و آن را حیازت می‌نماید (مکارم شــیرازی، ۱۳۶۰، ۷۲/۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ۳۰۴/۷) می‌تواند نسبت به آن مالک گردد؛ اما **نظر دومی** که در ســال‌های اخیر با توجه به قوانین کشــوری مطرح اســت این است که مالکیت زباله‌ها در انحصار شهرداری‌هاست. این دو نظر

منشأ اختلاف بین شهرداری، افراد و شرکت‌های بخش خصوصی جمع‌آوری‌کننده پسماند شده است.

ادعای شهرداری این است:

«ازآنجاکه 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 غیرقابل‌کنترل 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 حیازت کند، مالک آن می‌شود» همه شهروندان از حقوق مساوی در جمع‌آوری و استفاده از اموال بدون مالک برخوردار هستند و انحصار مالکیت پسماند، به‌عنوان یک نوع از اموال بدون مالک، برای شهرداری خلاف قوانین بالادستی کشور است؛ چراکه قوانینی مبنی بر مالکیت شهرداری یا انحصار انتفاع او در قانون ذکر نشده است بلکه در قانون تنها در مورد وظیفه جمع‌آوری، حمل‌ونقل، بازیافت و دفن سخن آمده است.

به‌این‌ترتیب، 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 حیازت 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؛ چراکه دعوای حقوقی بین بخش خصوصی و شـــهرداری بر ســـر پســـماند مایع که در فاضلاب است و پسماند گازی شـــهری 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 بحـــث ما خـــارج بوده و به بحث درباره آن پرداخته نخواهد شـــد همانطر که برخی محققین در این مسئله نیز بدان اشاره کرده‌اند (نعمت اللهی، ۱۴۰۲، ۵).

بـــرای حل این مســـئله اصلی باید هفت مســـئله فرعی را حل نمود، این مســـائل 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 شـــهروندان 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 اشـــخاص 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 زیســـت‌محیطی آن بسیار ضروری و حیاتی است. یکی از اساســـی‌ترین مبانی حقوقی این صنعت، تعیین مالکیت پســـماند است. اگر پسماند به‌عنوان یک شیء بدون مالک در نظر گرفته شود، تنظیم آئین‌نامه مدیریت پســـماند به ســـمت افراد و نهادهای غیردولتی برای جمع‌آوری و بازیافت حداکثری پســـماند و نحوه تعیین مالیات بر این فعالیت اقتصادی پیش می‌رود؛ اما اگر پسماند

به‌عنوان یکی از اموال شهرداری تلقی شود، آئین‌نامه 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 زباله‌ها، مواد پلاستیکی و غیره را جدا می‌کنند، محکوم شده و شهرداری می‌تواند جلوی آن‌ها را بگیرد.

مسئله مالکیت پسماند جامد شهری، از مسائل فقهی-حقوقی نوظهور در کشور ما محسوب می‌شود و آثار علمی زیادی پیرامون آن نگاشته نشده است. در متون فقهی و نیز ادبیات حقوقی کشورمان تحقیق مستقلی درباره مالکیت پسماند ملاحظه نمی‌شود. البته در لابه‌لای مسائل فقهی و حقوقی نکاتی که به این بحث ارتباط دارد، به چشم می‌خورد مانند مسئله اعراض و نیز مالیت و ملکیت داشتن مورد معامله که در این تحقیق به آن‌ها اشاره خواهد شد. با توجه به نکات فوق و خلأ موجود، در بررسی مالکیت پسماند، باید به فقه امامیه و قانون مدنی به‌عنوان منابع اصلی احراز مالکیت رجوع شود.

تنها یک اثر علمی فارسی در این رابطه وجود داشت که آن‌هم 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» نگاشته دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی است البته در کتاب «فقه مدیریت شهری» که به کوشش جمعی از نویسندگان تألیف گردیده این مسئله مطرح شده است؛ اما به‌طور مبسوط به حل آن نپرداخته است.

برای اثبات انحصار مالکیت شهرداری بر زباله‌های شهری یا منع قانونی و اثبات انحصار انتفاع شهرداری بر تصرف در آن‌ها، دو مسیر متصور است: اول مسئله اعراض[1] و اباحه تصرف که مربوط به شهروندان است؛ دوم مسئله حیازت، حق اولویت و مالکیت بر سطل زباله که مربوط به شهرداری است. در هرکدام از این مسیرها این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان اثبات کرد که شهرداری مالک انحصاری زباله‌ها است؟ یا حداقل می‌توان اثبات کرد که در صورت اثبات انحصار

۱. مسئله اعراض یکی از مقدمات بحث حیازت است اما در یکی از صورت‌های اعراض می‌توان اثبات کرد نهادهای دیگر غیر شهرداری حق استفاده از پسماند را ندارند و حق استفاده از آن به‌صورت اختصاصی برای شهرداری است.

انتفاع شـــهرداری ازنظر حقوقی، تصرف شـــرکت‌های خصوصی در زباله‌ها ممنوع است؟ درنتیجه روشن می‌شود که کدام مسیر واقع شده یا امکان وقوع دارد و می‌تواند در سیاســـت‌گذاری کلان جهت اثبات انحصار مالکیت شهرداری و قانونی نمودن این مسئله مورداستفاده قرار گیرد. البته راه سومی نیز برای اثبات این ادعا قابل فرض اســـت و آن‌هم تمســـک به قراردادهایی همچون عقد جعاله، اجاره، صلح، بیع سلم و تطبیق آن‌ها بر محل بحث اســـت؛ اما ازآنجاکه 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 راه های 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

بااینکه قاعده اعراض به‌صورت کلی از قواعد مســـلم فقهی است؛ اما معمولاً در کتب فقهی به‌صورت مستقل موردبحث قرار نگرفته است بلکه در لابه‌لای کلمات فقها و در ضمن مسائلی همچون بعض مسائل بیع (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۱/۲۴)، اجاره (موسوی ســـبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۰۷/۱۹)، صید و ذباحه (روحانی، ۱۴۳۵ق، ۱۹۶/۳۶)، دورریز خاک طلا و نقره (بحرانی، ۱۳۶۳، ۳۱۱/۱۹) و مسائلی ازاین‌دست و برای به دست آوردن حکم آن‌ها اشـــاره‌ای به این قاعده شده است (هاشمی شـــاهرودی، ۱۳۸۲، ۸۰/۶) البته در برخی از این مســـائلی که ذکر گردید حکمی با توجه به قاعده اعراض اســـتنباط نشده و صرفاً به بحث اعراض اشاره شده است.

همان‌طور که بیان شـــد، اصل این قاعده به‌صورت کلی موردپذیرش فقها بوده و در آن اشـــکالی وجود ندارد البته بررسی ادله دال بر این قاعده مانند روایاتی که ادعا شده اســـت دلالت بر این قاعده دارند یا انعقاد سیره عقلا یا سیره متشرعه، ضروری است و باید موردبررســـی قرار گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲۷۰/۲؛ شیرازی، ۱۴۲۲ق،۱۶۹) اما تحقیق در مورد آن از موضوع نوشتار پیش رو خارج است. آنچه به‌نوعی و در ظاهر

مســئله می‌تواند ارتباطی به محل بحث داشته باشــد، نتیجه این قاعده است؛ به این معنا که مفاد قاعده اعراض چیســت که در خصوص آن، میان فقها اختلاف وجود دارد؛ عده‌ای بیان داشته‌اند که به‌مقتضای این قاعده به‌صرف اعراض از ملک، رابطه ملکیتــی که میان مال و مالک بر قرار بود از بین رفته و این مال بدون مالک گردیده اســت تا اینکه به ســببی مانند حیازت کســی آن را به تملیک خود درآورد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۹۷/۱۲) 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 (معرِض) و مال وجود دارد و تنها چیزی که به‌وســیله اعراض محقق گردیده اســت امکان تصرف دیگران در مال است، امری که قبل از اعراض ممکن نبوده و تصرف در ملک غیر خوانده می‌شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۴۶۱/۳۰). دراین‌بین عده‌ای اقوال دیگری نیز نقل کرده‌اند که در حقیقت تفصیل بین حالات مختلف در مســئله 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 اســت که اعراض عنوانــی قصدی بوده و با عناوینی همچون مجهول‌المالک یا تالف عرفی متفاوت اســت و آن‌هــا خارج از محل نزاع هســتند؛ چراکه عرفاً و از حیث لغوی، قصد در تحقق مفهوم اعراض نهفته اســت (جزایــری، ۱۴۱۶ق، ۳۲۳/۱؛ جوهــری، بی‌تــا، ۱۰۸۴/۳) البته این قصد صرفاً وابســته به قصد شخصی نیست، بلکه گاهی به‌حکم عرف نیز محقق می‌شود؛ توضیح آنکه در برخی از موارد اگرچه قصد شــخصی بر اعراض وجود نداشــته است اما با توجه به حالات و شــرایطی که محقق بوده، عرف عنوان اعراض را محقق دیده است و ثمرات آن را مترتب می‌سازد (شیرازی، ۱۴۲۲ق، ۱۷۱؛ جزایری، ۱۴۱۶ق، ۳۲۳/۱).

۱/۱/۱. قاعده اعراض بر مبنای سقوط ملکیت

حال با توجه به این دو مبنا در تبیین مفاد قاعده اعراض؛ یعنی اســقاط مالکیت و صرف اباحه تصرف، می‌توان بیان داشــت که طبق قول اول؛ یعنی جایی که اعراض موجب ســقوط ملک باشــد، مال اعراض‌شــده از ملکیت مالک آن خارج شده و

ازجملــه اموال بدون مالک اســت و بــا حیازت قابل تملک اســت؛ بنابراین در این حالــت، تمام افراد می‌توانند برای حیــازت آن اقدام کنند و آن را به ملکیت خویش درآورند و در این زمینه فرقی میان شهرداری‌ها یا سایر شرکت‌ها و حتی افراد حقیقی و زباله‌گردها نیســت، البته بااینکه از ناحیه تصوری و ثبوتی ادعای اینکه اعراض به شــرط حیازتِ گروهی خاص باشد، ممکن اســت اما این ادعا به جهت مخالفت با اجماع قابل التزام نیست؛[1] توضیح آنکه ممکن است ادعا شود نتیجه اعراض در این حالت سقوط ملکیت است و اعراض نیز صرفاً یک نوع ایقاع بوده و از عقود نیست؛ بنابراین مالک می‌تواند بگوید که اگر فلان شــرکت خــاص یا فلان فرد خاص این مال را حیــازت نمود، من از آن اعراض می‌کنم به این صورت که حیازت شــرکت یا شــخص خاص، کاشف از اعراض مالک باشد ولو به‌صورت ملکیت لحظه‌ای یا به نحو شــرط متأخر؛ یعنی شــرط تحقق اعراض و خروج مال از ملکیت مالک آن، حیازت شرکت یا شخص خاص باشد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۵۹/۱). برخی از فقها این بحث اعراض، به قصدی خاص را در مســائل دیگر فقهی تصویر کرده‌اند و به نظر می‌رســد که آن تصویر در محل بحث نیز جاری باشد (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ۷۳۰). در این حالت می‌شود تصور نمود که صرفاً یک شرکت یا شخص خاص توان به ملکیت درآوردن مال اعراض شــده را دارا هســت و برای بقیه شــرکت‌ها یا اشخاص چنین امکانی وجود ندارد.

این ادعا از دو جهت دارای اشکال است:

اول اینکه از ناحیه کبروی دارای اشــکال 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 کاشــف شــرعی و چه به نحو شــرط متأخــر، ثبوتاً از نوع ایقاع معلق اســت البته اگر دلیل دال بــر عدم صحت تعلیق در ایقاع صرفاً اجماع باشد، می‌توان ادعا نمود که اجماع، دلیل لبی است و باید به قدر متیقن آن تمســک نمود و قــدر متیقن این اجماع نیز عــدم صحت «طلاق معلق»

۱. ایــن مطلب به این جهت اســت که اعــراض از انواع ایقاعات بــوده و بنا بر اجماع ادعایی در مســئله که در ادامه موردبررسی 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 به‌صورت کلی باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۵۲/۳۷).

دوم اینکه حتی اگر اشـکال کبروی در محل بحث وجود نداشته باشد بازهم از ناحیه صغرا این مطلب صحیح نیسـت یا حداقل قابل‌اثبات نیست؛ زیرا عرفاً هنگام اعراض از پسـماند قصد شخص یا شرکت خاصی نمی‌شود و صرفاً به‌صورت مطلق قصـد اعراض صورت می‌گیـرد. این مطلب با نگاه به‌صرف اعراض از پسـماند با توجه به ادراکات وجدانی ثابت می‌شـود، اگر هم گفته شـود که صرف گذاشـتن زباله در مکان مخصوص باعث احراز قصد شـهرداری شـده است، باید بیان شود که این قرینه به‌خودی‌خود موجب احراز چنین مطلبی نیسـت و توضیح آن در ادامه خواهد آمد. اگر هم شـک شـود که عرف چنین قصدی نموده است یا خیر؛ یعنی آیا اعراض او از پسـماند به قصد تملیک شهرداری بوده است یا خیر؟ بازهم امکان اثبات انحصار مالکیت یا انحصار حق انتفاع شـهرداری از پسماند وجود ندارد؛ زیرا اصل استصحاب، حکم به عدم دخل چنین قصدی در اعراض می‌نماید؛ زیرا واضح اسـت که وقتی اعراض وجود نداشـته، چنین قصدی نیز وجود نداشته است و حال که اعراض محقق شـده اسـت، شـک در تحقق چنین قصدی داریم و به‌مقتضای استصحاب حکم به عدم وجود این قصد می‌شود.

البته لازم به ذکر اسـت که اگر تعلیق در ایقاعات را مطلقاً جایز بدانیم یا حداقل تعلیق در ایقاع را با توجه به مطالبی که ذکر شـد، در محل بحث که اعراض اسـت 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 درنتیجه، مالکیت شـهرداری نسبت به پسماند را به‌تنهایی 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.

۲/۱/۱. قاعده اعراض بر مبنای مجاز شدن تصرف

طبــق مبنای دوم؛ یعنــی درجایی که اعراض صرفاً موجب اباحه تصرف باشــد، مال اعراض شــده توسط اشخاص مختلف قابل حیازت است در این حالت مال در صورتی به ملکیت حائز درآمده و به او منتقل می‌شود که تصرفی در آن صورت بگیرد به‌گونه‌ای که امکان بازگشــت آن نباشد یا اینکه تصرف ناقله در آن رخ دهد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ۴۶۲/۳۰)؛ مثلاً بازیافت پســماند که یکی از تصرفاتی است که معمولاً بعد از حیازت در جوامع فعلی اتفاق می‌افتد و از این قبیل تصرفات که موجب انتقال ملکیت است؛ چراکه امکان رجوع مال به معرِض را از بین می‌برد. درهرصورت طبق این مبنا این مطلب که در هنگام اعراض قصد اباحه تصرف به شــرکت یا شــخصی خاص صورت گرفته باشد، قابل‌درک‌تر 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 نمی‌شود و نظایر آن در فقه موجود است مانند «نثار عرس» که صرفاً برای حاضرین و مدعوین به عروسی اباحه تصرف دارد (شهید ثانی،ر۱۴۱۲ق، ۶۵/۲) یا حتی می‌توان «اکل ماره» را نیز تنظیری برای این بحث دانست؛ چراکه حق المارة نیز در حقیقت صرفاً نســبت به عبور کننده و آن‌هم برای اکل او به میزان عرفی وجود دارد و ازآنجاکه او حتی به میزان بسیار کمی از آن را نمی‌تواند بفروشد، می‌توان ادعا کرد که اباحه تصرف صرفاً برای او بوده است؛ لذا نمی‌تواند برای دیگران نیز ببرد (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ۳۰۷/۱).

بنابراین اگر کسی قصد اباحه تصرف نسبت به شرکت یا شخصی خاص را نمود، در ایــن حالت فقط شــخص موردنظر قابلیت تصرف و ســپس تملک مال اعراض شــده را دارد و حتی در صورت تصرف دیگری در مال اعراض شــده امکان مطالبه حق‌وحقوق از او وجود خواهد داشت.

طبق مطالب گفته‌شده، 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 ســطل زباله که متعلق به شــهرداری‌ها بوده و از طرف آن‌هــا جای گذاری گردیده است، بیندازند؛ بنابراین کشف می‌شود که آن‌ها صرفاً قصد اباحه تصرف در پسماند خود را نســبت به شهرداری‌ها داشته‌اند و این جهت می‌توان برای شهرداری مالکیت

پســماند را بعد از تصرفش در پســماند، ثابت دانست؛ اما این مطلب صرفاً یک ادعا بوده و اگرچه که از ناحیه تصوری و ثبوتی صحیح است اما در ناحیه اثباتی پشتیبانی نمی‌شــود؛ چراکه با توجه به شــرایط موجود در فضای اجتماع، عملاً کشف چنین قصدی ممکن نخواهد بود؛ زیرا اگرچه غالباً پســماند به داخل سطل زباله‌ای که از جانب شــهرداری تعبیه شده است ریخته می‌شــود؛ اما با توجه به اینکه معمولاً تنها سطل موجود، همین ســطل 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 نســبت 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 ســطل 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 نســبت به شهرداری نیست، همان‌طور که اگر شخصی که در منازل ابتدائی کوچه ســکونت دارد پســماند خود را داخل سطل تعبیه شده توسط شرکت خصوصی انداخت، عمل او نیز کشــف از اباحه تصرف نســبت به شــرکت خاص ندارد؛ چراکه در هر دو حالت ممکن است علت انتقال پسماند به سطل زباله، صرف راحتی و سهل گرایی باشد و نه قصد اباحه تصرف به نسبت شخصی خاص، البته اگر در موردی خاص چنین قصدی از ناحیه شــهروندان مبنی بر قصد خاص شهرداری احراز شد، بحثی در آن وجود ندارد اما ادعا این است که چنین قصدی به‌صورت عام و کلی قابل احراز نیست.

۲/۱. اباحه تصرف

وجــه دیگری که می‌توان در محل بحث تصویر نمــود، اباحه تصرف به‌صورت خاص اســت، 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 انتفاعِ پسماند قابل‌اثبات است. در این حالت اساساً شهروندان بدون قصد اعراض،

صرفاً پســماند را برای شــهرداری اباحه تصرف نموده‌اند. عــده‌ای از فقها مواردی همچون «ســرو غذا در مهمانی‌های عمومی» را از این قبیل دانسته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۴۷/۱).

بنابراین آنچه در این مقام از مباحث مطرح‌شده 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؛ چراکه تحقق قصد اباحه خاص برای شهرداری ممکن نیست، هرچند که در صورت احراز صغرا، مسئله در بعض صور از حیث کبروی نیز اختلافی اســت. البته بدیهی است که در صورت احراز صغرا؛ یعنی قصد شهرداری در مســئله و عدم پذیرش اشــکال کبروی در مقام، می‌توان از این راه نیز برای اثبات مدعا بهره برد.

آنچه از مجموع مطالب مطرح‌شــده در بحث اعراض و اباحه تصرف ثابت شد، این است که به‌عنوان 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 نســبت به شهرداری که به آن‌ها اشاره شد، اثبات نمود. ازآنجاکه بســیاری از آثار مدنظر مثل جواز بازیافت 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.

نکتهٔ دیگری که باید بدان اشاره نمود این است که حتی در صورت عدم استدلال به این راه به‌صورت مستقل، بازهم این راه می‌تواند به‌منزله صغرا نسبت به راه دوم باشد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

۲. حیازت، حق اولویت و مالکیت بر سطل زباله

هر ســه عنوان مذکور در این بخش، می تواند به‌ســان راهی مســتقل از جانب شهرداری عمل کرده و انحصار مالکلیت 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 می کردند، در این بخش شهرداری است که می تواند ایفای نقش داشته باشد.

۱/۲. حیازت

معنای لغوی حیازت «به دســت آوردن چیزی» است (بستانی، ۱۳۷۵، ۳۱۳؛ جوهری، بی‌تا، ۸۷۵/۳). تعریف اصطلاحی آن برگرفته از معنای لغوی‌اش اســت؛ یعنی اســتیلا و ســیطره عرفی بر چیزی که در ملک کسی نباشــد (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ۲۸۰/۱). فقها حیازت را ســبب ملکیت می‌دانند؛ یعنی کســی که حیازت انجام دهد مالک شیء حیازت شده می‌شود (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ۲۸۰/۱).

نکته‌ای که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد این است که برای جلوگیری از خلط بین مفاهیم، باید مفهوم حیازت از مفاهیم مشابه جداسازی شود. ازجمله مفاهیم مشابه، حق اولویت است و تفاوت بین این دو مفهوم چنین است که حیازت سبب ملکیت است اما حق اولویت ملکیت نمی‌آورد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۸/۳۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ۲۷۵/۲).

ادلــه‌ای که برای حجیت قاعده حیازت اقامه شــده، روایات (حــرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۹۷/۱۵) و سیره عقلا است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ۲۸۱/۱).

برای تعیین گستره حیازت به‌منظور تعیین حالات و شرایط حصول ملکیتِ حاصل از حیازت باید چهار حیطه موردبررسی قرار گیرد: اولین حیطه بررسی شرطیت قصد است به این معنا که آیا قصد در تحقق مالکیت به‌واسطه حیازت دخیل است یا خیر؟ ســپس در مرحله دوم باید به مانعیت عامل منع رقبــا در جلوگیری از ایجاد ملکیت پرداخت؛ زیرا ممکن اســت گفته شود که مالکیت حاصله از حیازت صرفاً درجایی اســت که منعی از دیگران برای حیازت صورت نگرفته باشــد. در وهله سوم باید به شــرطیت اخذ مباشری مال محاز رسیدگی شود و در آخرین بخش باید بررسی شود که آیا اجیر گرفتن برای حصول ملکیت به‌واسطه حیازت صحیح است یا خیر؟ بعد از بررسی همه این موارد نتیجه حاصله باید بر بحث پسماند تطبیق گردد.

۱/۱/۲. شرطیت قصد

با توجه به نظرات فقها قصد حیازت، برای تحقق آثار شــرعی آن شــرط اســت (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ۲۸۳/۱؛ شــهید ثانی، ۱۴۰۲ق، ۳۵۳/۱). همچنین ازنظر حقوقی هم، برخی از حقوقدانــان (جعفری لنگــرودی، ۱۴۰۱ش، ۱۷۸۱/۳) چنین نظری دارند؛ بنابراین حیازت اگر به‌صورت اتفاقی رخ دهد موجب مالکیت نخواهد بود.

۲/۱/۲. مانعیت منع از رقبا

آیا اگر شخص برای حیازت کردن مانع دیگران شود، به‌طوری که اگر مانع نمی‌شد دیگران نیز می‌توانستند حیازت نمایند، بازهم این شخص با حیازت مالک می‌شود؟ یا اینکه مالک شدن با حیازت در صورتی محقق می‌شود که منعی از حیازت دیگران صورت نگرفته باشد؟

در اینجا هر دو صورت قائل دارد و طبق هر دو صورت شـــخص از ناحیه حکم تکلیفی گناه‌کار خواهد بود؛ اما طبق یک صورت؛ یعنی صورتی که حتی در حالت منع دیگران از حیازت، حیازت شخص باعث تحقق ملکیت او باشد، هرچند که از ناحیه حکم تکلیفی گناه صورت گرفته اســـت اما این مسئله خللی به حکم وضعی مســـئله که همان تحقق مالکیت اســـت، وارد نکرده و شـــخص بااینکه دیگران را از حیازت منع کرده اســـت، بازهم به‌صرف حیازت مالک خواهد شـــد. قائلین به این نظریه فقهایی همچون محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ۴۰۷/۱)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۲۳/۲) و شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۰۲ق، ۳۵۳/۱) هستند.

وجه دیگر عدم ملکیت اســـت (بحرانـــی، ۱۳۶۳ش، ۳۹۷/۴). بـــرای اثبات این وجه می‌توان بیان داشـــت 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 اســـتصحاب عدم ملکیت نیز اثبات می‌کند که حائز جواز تصرف در مال را ندارد. اگر دلیل بر حیازت روایات باشـــد، در این حالت ممکن است اطلاق ادله شـــامل فرض مذکور نیز باشد. ممکن است ادعا شود که سیره عقلا بر عدم مملک بودن حیازت در فرض مانع‌شدن از دیگران وجود دارد و این سیره می‌تواند باعث عدم شکل‌گیری اطلاق ادله لفظی و شمول آن نسبت به مقام شود؛ درنتیجه در این حیطه 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 اســـت؟ مثلاً اگر شخصی توری را پهن کند تا حیوانی را شکار کند، آیا صرف گیر افتادن حیوان

در تله، حیازت است یا برای صدق حیازت و ترتب آثار شرعی آن، صیاد بعد از گیر افتادن حیوان در تله، خود باید قاصدانه حیازت را انجام دهد؟

بر اساس نظر فقها برای تحقق حیازت لازم نیست که شخص خودش به‌صورت مباشری مالی را که مانند حیوان در تله افتاده اخذ کند بلکه اگر ابزاری را برای اخذ قرار دهد، این ابزار خود موجب تحقق حیازت و مالک شدن او می‌شود (فیض کاشانی، بی‌تا، ۳۶/۳). حقوقدانان نیز چنین نظری دارند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۱۷۸۱/۳). بازتاب ایـــن نظر در ماده ۱۴۶ قانون مدنی وجود دارد و چنین آمده اســـت که حیازت را به مهیاکردن وسایل تصرف و استیلا هم محقق می‌داند.

۲/۱/۴. بررسی صحت اجیر گرفتن برای حیازت موجر

آیا می‌توان کســـی را اجیر نمود تا برای موجر حیازت کند؟ در این رابطه در بین فقها سه قول مطرح است: برخی فقها قائل‌اند که نمی‌توان با اجیر کردن حیازت نمود و اگر هم در این حالت توسط اجیر حیازتی رخ دهد، شیء حیازت شده برای حائز است نه برای موجر (حلی، ۱۴۰۵ق، ۳۱۳). برخی همچون محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۰۹/۲) و شـــهید صدر (شهید صدر، ۱۴۱۷ق، ۸۶۵) تفصیل داده‌اند به این صورت که اگر حائـــز نیت کند که برای موجر حیازت کند، مالک، موجر خواهد بود ولی اگر نیت نکند، مالک خود حائز خواهد بود. برخی فقها هم مطلقاً اجیر کردن برای حیازت را جایز و نافذ می‌دانند (گرامی، ۱۴۱۵ق، ۳۰۰/۴).

۲/۱/۵. تطبیق بر مسئله پسماند

همان‌طور که در مسئله شرطیت «اخذ مباشر» آمد، اگر سطل زباله ابزاری برای حیازت شهرداری باشد که در خیابان‌ها گذاشته شده است تا زباله‌های اعراض شده توسط شهروندان را حیازت کند، حیازت صحیح است و به ملکیت شهرداری درخواهد آمد. البته باید به این نکته نیز التفات داشـــت که طبق مسئله شرطیت «قصد» که در گستره قاعده حیازت به بررســـی آن پرداخته شد، باید شهرداری هنگام جایگذاری ســـطل زباله قصد حیازت را داشته باشد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر شهرداری مانع سایر شرکت‌های خصوصی شود و نگذارد که آن‌ها هم سطل زباله‌ای را تعبیه کنند تا زباله‌های اعراض شـــده شـــهروندان را حیازت کننـــد، این مانعیت،

مانع صحت حیازت شـــهرداری می‌شـــود یا اینکه دخلـــی در تحقق مالکیت ندارد؟

درصورتی که پاسخ به مسئله مانعیت منع رقبا در بخش گستره قاعده حیازت این باشد که منع دیگران مانع صحت حیازت نیست، طبیعتاً این مانعیت شهرداری باعث فســـاد حیازت نمی‌شـــود و حیازت او صحیح خواهد بود؛ هرچند که ممکن اســـت گفته شود درصورتی که فعلی از ناحیه تکلیفی گناه باشد، نباید در قانون آورده شود؛ بنابراین طبق این اشکال هرچند شهرداری مالک می‌شود اما چون فعل او گناه است، قانونی نیســـت و نباید منع از دیگران کند؛ اما درصورتی که وجه دیگر پذیرفته شود، علاوه بر اینکه فعل گناه است، خود حیازت نیز فاسد است و شهرداری به‌صرف قرار دادن سطل زباله مالک زباله نمی‌شود.

با مداخله دادن یک عنصر دیگر در مسئله می‌توان حتی در فرضی که منع دیگران مانع صحت حیازت شود مالکیت شهرداری را به‌وسیله حیازت ثابت نمود، به این بیان که اگر شهرداری را متولی تصرف یا مالک خیابان‌ها و سایر مکان‌های عمومی بدانیم، همان‌طور که در قانون اساسی[1] و قانون شهرداری[2] آمده است، در این صورت عنوان ممنوعیت دیگران برای حیازت 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 ازجمله این قوانین می‌تواند عدم جواز نصب سطل زباله یا عدم جواز برداشتن زباله از ســـطل زباله شهرداری باشد؛ بنابراین حیازت شـــهرداری فاسد نخواهد بود؛ چراکه در حقیقـــت از حیازت کردن دیگران منع نکرده، بلکه از تصرف دیگران در مال تحت سلطه‌اش منع کرده است و اجازه چنین حقی را دارد. طبیعتاً درصورتی که وکیل یا مالک بودن شـــهرداری ثابت نشود این عنصر (مالکیت شهرداری) کاربردی ندارد و همان دو مبنا در بحث قبل پابرجا خواهند بود.

۱. قانون اساســـی، 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 مورداستفاده عموم قرار می‌گیرد ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است.

ممکن اســت اشکال شود که شهرداری وکیل شــده است تا مصالح عمومی را در نظــر بگیرد یا مالکیت او در حدی نافذ اســت که مصلحــت عمومی را در نظر گرفته باشــد. اگر این مطلب صحیح باشد در نظر گرفتن مصلحت عمومی جامعه برای مالک شــدن زباله به عهده شهردار اســت؛ اما اگر مصلحت عمومی تحصیل شد می‌تواند چنین تصرفی را انجام داد و از این ناحیه مشکلی وجود نخواهد داشت.

همان‌طور که گفته شد درصورتی‌که شهرداری مانع سایر شرکت‌های خصوصی نشود و آن‌ها هم بتوانند سطل زباله نصب کنند، در این صورت چه شهرداری مالک و متولی باشد و چه نباشد حیازت او به‌وسیله سطل زباله‌ای که خودش نصب کرده، صحیح اســت و مالکیت او در این حالت هیچ منعی نخواهد داشت. در این حالت اگر زباله داخل ســطل‌های شــرکت‌های دیگر ریخته شــود، امکان اثبات انحصار مالکیت و انتفاع از پسماند برای شهرداری قابل‌اثبات نیست؛ چراکه دیگر شرکت‌ها نیز با نصب سطل زباله اقدام به حیازت زباله نموده‌اند.

۲/۲. حق اولویت

اگر در مسئله شــرطیت اخذ مباشر، مباشری بودن اخذ، لازم باشد و سطل زباله موجب حیازت دانسته نشود، می‌توان مسئله را به این شکل تصویر کرد که سطل زباله که ملک شــهرداری اســت هرچند منجر به حیازت نمی‌شود؛ اما ممکن است برای شهرداری حق اولویت ایجاد کند و باید صور آن‌هم بررسی شود.

صور آن همانند مســئله حیازت اســت؛ یعنی اگر شهرداری مانع دیگران نشود و آن‌ها هم بتوانند ســطل زباله نصب کنند در این صورت سطل زباله‌ای که شهرداری قرار داده است منجر به ایجاد حق اولویت برای او می‌شود؛ اما درصورتی‌که دیگران را از نصب سطل زباله منع کند ممکن است همان دو وجه مسئله حیازت، در مسئله حق اولویت هم فرض شود؛ به این صورت که اگر منع دیگران هرچند که گناه است مانــع ایجاد حق اولویت نشــود، در این صورت برای شــهرداری حق اولویت ایجاد می‌شــود، مگر اینکه فعل گناه امکان قانونی شدن را نداشته باشد؛ اما درصورتی‌که 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 نمی‌شود 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 می‌شود که به وجود آمدن حق اولویت چه فایده‌ای برای شهرداری دارد؟ همان‌طور که در تفاوت بین حیازت و حق اولویت گفته شد، حق اولویت باعث ملکیت نمی‌شود درنتیجه شهرداری مالک زباله نمی‌شود. تنها چیزی که ممکن است گفته شود، این است که حق اولویت داشتن شهرداری هرچند که باعث مالکیت او نمی‌شود اما مانع می‌شود 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 حیازت از ناحیه وضعی توسط شخص یا شرکت ممنوع شده است و قول دیگر قائل به فساد چنین حیازتی است (بحرانی، ۱۳۶۳ش، ۳۹۷/۴). طبق هر دو قول شخص آخذ که غیر از شهرداری است، به‌واسطه از بین بردن حق اولویت دیگران از ناحیه تکلیفی مرتکب گناه شده است ولی طبق قول اول هرچند که گناه کرده است اما ازآنجاکه حق اولویت باعث ملکیت نمی‌شود، اگر دیگری مالی را اخذ کند مالک آن می‌شود و طبق قول دوم همین که از تصرف درجایی که دیگری حق اولویت دارد نهی تحریمی شده است، نشان می‌دهد که در صورت تصرف مالک نمی‌شود. در این حالت می‌توان 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 حیازت شخص ممنوع‌شده بدون اثر خواهد بود؛ زیرا تأثیربخشی تصرفات او، مشروط به شرطی است که محقق نشده است.

بنابراین ثمره حق اولویت داشتن شهرداری چنین است که می‌تواند قانونی را وضع کند؛ چراکه اخذ دیگران درصورتی‌که 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 نمی‌شود (بحرانی، ۱۳۶۳ش، ۳۹۷/۴). واضح است ازآنجاکه 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 شـــد، این قانون در حقیقت چنین نقشی را ایفاء خواهد نمود؛ زیرا وقتی که جواز انتفاع از زباله صرفاً برای شهرداری ثابت باشـــد، دیگر کسی رغبت به تصرف در زباله که فعلی محرم است، ندارد و ازاین‌جهت جلوگیری از تحقق فعل حرام به‌واسطه وضع چنین قانونی صورت پذیرفته است.

باید توجه شـــود که اگر شـــهرداری وکیل یا مالک خیابان دانسته شود حتی اگر زباله در سطل زباله انداخته نشود و در خیابان باشد، بازهم شهرداری، در صوری که حق اولویت برای شـــهرداری تصویر شـــود، 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 درنهایت 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.

۳/۲. مالکیت بر سطل زباله

اگر نصب ســـطل زباله نه‌تنها باعث حیازت نشـــود بلکه حق اولویتی را هم برای شـــهرداری ایجاد نکند، صرف اینکه در اختیار شهرداری است چه به نحو متولی در تصرف و چه به نحو ملکیت، شـــهرداری می‌تواند قوانینی را برای آن تصویب کند و ازجملهٔ قوانین، این باشد که اجازه تصرف و برداشتن زباله از سطل زباله تعبیه شده را ندهد و همچنین اگر زباله در خیابان‌ها قرار گرفته باشـــد اجازه برداشتن آن را ندهد. البته، همان‌طور که گفته شد، مصلحت عمومی باید اقتضاء تصویب چنین قانونی را داشته باشـــد. طبق این فرض هم درنهایت شهرداری برای مالک شدن باید از طریق حیـــازت 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 شـــهرداری باشد یا اینکه سطل زباله حتی حق اولویتی نیز برای شهرداری ایجاد نکند؛ اما اجازه تصرف غیر در ســـطل زباله‌ای که شهرداری قرار داده است، وجود نداشـــته باشد شـــهرداری باید زباله‌ها را حیازت کند تا مالک شـــود و شهردار برای حیازت کردن افرادی را اجیر و به عبارتی اســـتخدام می‌کند، حال این ســـؤال مطرح می‌شود که آیا شهرداری می‌تواند با اجیر کردن افراد مالک زباله شود؟

با توجه به مســـئله صحت اجیر کردن که در بخش گســـتره قاعده حیازت به آن اشاره شـــد در صورت صحت اجیر کردن مطلقاً یا به شـــرط نیت موجر، شهرداری می‌تواند با اجیر کردن افرادی، زباله‌ها را به ملکیت خود دربیاورد؛ اما اگر اجیر کردن در حیازت صحیح نباشد، شهرداری مالک نخواهد شد.

اگر در ادلهٔ سابق مناقشه شود و ادعا شود که با قواعد فقه فردی نمی‌توان مالکیت یا انحصار انتفاع شـــهرداری را ثابت کرد، این ســـؤال پیش می‌آیـــد که از منظر فقه حکومتی آیا می‌توان این چالش را حل نمود؟ و در صورت تعارض بین فقه فردی و فقه حکومتی کدام مقدم اســـت؟ 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 شـــود؛ لذا ولو از جهت فقه فردی نتوان اثبات مالکیت یا انحصار انتفاع برای شـــهرداری کرد؛ اما ممکن اســـت گفته شـــود که اگر اثبات نشـــود، مصالح حکومت نیز تأمین نمی‌شـــود درحالی‌که رعایت مصلحت حکومت لازم است؛ پس شاید بتوان به‌عنوان یک حکم حکومتی، مطلوب را ثابت کرد.

بنابراین ممکن است بین حکم فقه فردی و حکم فقه حکومتی اختلاف باشد و بین آن‌دو تعارض رخ دهد که در این صورت فقیه مســـلط بر ملاکات و مصالح باید رفع تعارض کند. همان‌طور که رهبر کبیر انقلاب امام خمینی رحمه‌الله‌علیه 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 کشـور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و یا غیرعبادی اسـت کـه جریان آن مخالف مصالح اسلام اسـت، 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، ۴۵۲/۲۰).

مسـئله نیاز به تحقیق بیشـتری دارد؛ زیرا از مسائلی است که تزاحم در آن بسیار پررنگ است و باید فقیهی 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 مسـئله حیازت، حق اولویت و ملکیت، درهرصورتی از آن که مطرح شـد و از ناحیه فقهی صحیح بود، می‌توان انحصار مالکیت شهرداری را اثبات نمود البته با رعایت این شـرط که شهرداری با نصب سـطل زباله قصد حیازت کرده باشد و در فرض متولی بودن یا مالک بودن شـهرداری نسبت به زمین‌ها و مکان‌های عمومی، قانونی را جهت منع تصرف شرکت خصوصی وضع کرده باشد. حتی اگر شهرداری مالـک یا متولی مکان‌های عمومی نباشـد، بازهم می‌توان با منـع دیگران، انحصار مالکیت خود را طبق یک قول موجود در مسـئله اثبات نماید. البته در این حالت به جهت وقوع اثم از ناحیه شـهرداری امکان قانونی کردن مسـئله از ناحیه حکم اولی وجـود ندارد؛ زیرا قانـونِ حاکم بر جامعه اسلامی نمی‌تواند مروج معصیت باشـد.

درصورتی که مطالب ارائه‌شده از منظر فقه فردی مورد مناقشه قرار بگیرد، فقیه مسلط بر ملاکات می‌تواند با رویکرد فقه حکومتی چالش را حل کند.

منابع

قانون اساسی

قانون شهرداری (مصوب ۱۳۳٤) و اصلاحیه آن مصوب (۱۳٤٥)

قانون مدنی (مصوب ۱۳۱٤)

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). **الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة**. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.

بستانی، فؤاد افرام. (۱۳۷۵). **فرهنگ ابجدی**. چاپ دوم، تهران: اسلامی.

جزایری، محمدجعفر. (۱۴۱۶ ق). **هدی الطالب إلی شرح المکاسب**. بی‌جا: طلیعة النور.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۱). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**. چاپ نهم، تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ق). **موسوعة الفقه الإسلامی طبقًا لمذهب أهل البیت** علیهم‌السلام. قم: مؤسسة دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (بی‌تا). **الصحاح**. بیروت: دار الملایین.

حائری یزدی، مرتضی. (۱۴۱۸ق). **کتاب الخمس**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). **وسائل الشیعه**. قم: موسسه آل البیت علیهم‌السلام.

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرایع**. قم: موسسه سید الشهداء العلمیه.

روحانی، محمدصادق. (۱۴۳۵ق). **فقه الصادق** علیه‌السلام. چاپ پنجم، قم: آیین دانش.

شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). **کتاب نکاح**. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۲۲ق). **الفقه (القواعد الفقهیة)**. بیروت: مؤسسة امام رضا علیه‌السلام.

شهید صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷ق). **اقتصادنا**. قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان.

طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). **مستمسک العروة الوثقی**. قم: مؤسسه دار التفسیر.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۰۲ق). **روض الجنان فی شرح ارشاد الاذهان (ط - الحدیثه)**. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). **الروضه البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی سلطان العلماء)**. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

علامه حلی، یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). **تذکره الفقهاء (ط-الحدیثه)**. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (بی‌تا). **مفاتیح الشرائع**. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی رحمه‌الله‌علیه.
گرامی، محمدعلی. (۱۴۱۵ق). **المعلقات علی العروة الوثقی**. قم: توحید.
محقق حلی، نجم‌الدین. (۱۴۰۷ق). **المعتبر فی شرح المختصر**. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه‌السلام.
محقق حلی، نجم‌الدین. (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 محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). **القواعد - مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا**. چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۰). **خطوط اقتصاد اسلامی**. قم، مدرسة الإمام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
موسوی خلخالی، سید محمدمهدی. (۱۴۲۷ق). **فقه الشیعه (الاجاره)**. تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). **موسوعه الامام الخوئی**. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی رحمه‌الله‌علیه.
موسوی سبزواری، عبد الأعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام**. چاپ چهارم، قم: السید عبد الأعلی السبزواری.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
نجفی، هادی. (۱۳۸۷). **الآراء الفقهیة**. اصفهان: مهر قائم.
هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام**. قم: مؤسسة دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام.
امام خمینی، روح‌الله. (۱۳۷۸). **صحیفه امام خمینی** رحمه‌الله‌علیه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله‌علیه.
جمعی از پژوهشگران. (۱۳۹۴). **فقه مدیریت شهری**. تهران: انتشارات مرکز مطالعات و برنامه ریزی شهر تهران.
نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۲). **مقاله بررسی فقهی و حقوقی مالکیت پسماندهای جامد شهری**. مشهد: مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی، دوره۵۶، شماره۴.
علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). **مصاحبه «فقه حکومتی، موضوع‌شناسی، نظام‌سازی و**

راهبردهای نهادینه‌سازی آن». قم: مجله گفتمان فقه حکومتی، سال اول، شماره اول.
fdn.ir/78783 (دسترسی در ۱۴۰۳/۱۲/۳۰)است.

References

Constitution of Iran

Municipality Law (approved in 1955) and its amendment approved in 1966

Civil Code approved in 1935

Āl ʿUṣfūr al-Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm. 1984/1363. *Al-Ḥadā'iq al-Nāḍirat fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhirah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

Bastānī, Fu'ād Afrām. 1996/1375. *Farhang-i Abjadī*. 2nd. Tehran: Islāmī.

al-Jazā'irī al-Murawwij, al-Sayyid Muḥammad Ja'far. 1995/1416. *Hudā al-Ṭālib 'ilā Sharḥ al-Makāsib.* Ṭalī'at al-Nūr.

Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 2017/1396. *Mabsūṭ dar Tirminuluzhī-yi Ḥuqūq*. Tehran: Ganj-I Dānish.

Research Group under the supervision of, al-Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. 2002/1423. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt ('A).* Mu'asissat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt ('A).

al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. n.d. *al-Ṣiḥaḥ:Tāj al-Lughat wa Ṣiḥaḥ al-'Arabīyyah*. Edited by Aḥmad 'Abd al-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm lī al-Malāyīn.

Ḥā'irī Yazdī, Murtaḍā. 1997/1418. *Kitāb al-Khums*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl al-Masā'il al-Sharī'a.* Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' a-lturāth.

al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Aḥmad (Ibn Sa'īd). 1985/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'i'*. Qom: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.

al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 2013/1435. *Fiqh al-Ṣādiq.* Qom: Intishārāt Ā'īn Dānish.

Shubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. 1998/1419. *Kitab-i Nikāḥ.* Qom: Mu'assisi-yi Pazhūhishī-yi Ra'y Pardāz.

al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Muḥammad. 2011/1422. *Al-Fiqh (al-Qawā'id al-Fiqhīyah).* Beirut: Mu'asissih-yi Imām Riḍā.

al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1996/1417. *Iqtiṣādunā (Mawsū'at al-Shahīd al-Ṣadr*). Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qom).

al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1995/1416. *Mustamsak al-'Urwat al-Wuthqā.* Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr.

al-ʿĀmilī, Zayn al-Dīn Ibn ʿAlī (al-Shahīd al-Thānī). 1981/1402. *Rawḍ al-Jinān fī Sharḥ Irshād al-Aḍhhān.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qom).
al-ʿĀmilī, Zayn al-Dīn Ibn ʿAlī (al-Shahīd al-Thānī). 1991/1412. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lumʿat al-Dimashqīyya.* Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi ʿIlmīyyi-yi Qom).
al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-ʿAllāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahāʿ*. Qom: Muʾassast Āl al-Bayt li Īḥyāʿ al-Turāth.
al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Mafātīḥ al-Sharāʿiʿ*. 1st. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʿUẓmā al-Marʿashī al-Najafī.
Girāmī, Muḥammad ʿAlī. 994/1415. *Al-Muʿaliqāt ʿalā al-ʿUrwat al-Wuthqā*. Qom: Tawḥīd.
al-Ḥillī, Najm al-Dīn Jaʿfar Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī).1986/1407. *Al-Muʿtabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qom: Muʾasassat al-Sayyid al-Shuhadāʾ.
al-Ḥillī, Najm al-Dīn Jaʿfar Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharāʿiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawāʿid-i Fiqh*. 12th. Tehran: Makaz-i Nashr-i ʿUlūm-i Islāmī.
Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. 2000/1421. *Al-Qawāʿid; Miʾat Qāʿidat Fiqhīyat Maʿnan wa Madrikan wa Mawridan.* 4th. Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʿat al-Mudarrisīn.
Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 1981/1360. *Khuṭūṭ-i Iqtiṣā-i Islāmī*. 1st. Qom: Madrasi-yi Imām ʿAlī Ibn Abī Ṭālib.
al-Mūsawī al-Khalkhālī, al-Sayyid Muḥammad Mahdī. 2006/1427. *Fiqh al-Shīʿah (al-Ijārah).* Tehran: Markaz-i Farhangī-yi Intishārāt-i Munīr.
al-Mūsawī al-Khuʾī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Mawsūʿat al-Imām al-Khuʾī* . Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khuʾī.
al-Sabzawārī, al-Sayyid ʿAbd al-Aʿlā. 1992/1413. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām.* 4th. Qom: Muʾassasat al-Manār.
al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʿiʿ al-Islām.* 7th. Edited by ʿAbbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.
Najafī, Hādī. 2008/1387. *Al-Ārāʾ al-Fiqhīyah. Isfahan*: Mihr-i Qāʾim.
Niʿmatullāhī, Ismāʿīl. 2023/1402. *Barrassī-yi Fiqhī wa Ḥuqūqī-yi Mālikīyat-i Pasmāndhāyi Jāmid-i Shahrī.*
al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2002/1423. *Mawsūʿat al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt (ʿA)*. Muʾasissat Dāʾirat al-Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt (ʿA).
ʿAlīdūst, Abulqāsim. 2016/1395. *Muṣāḥibih dar Mawrid-i Fiqh-i Ḥukūmatī, Mawḍūʿ*

Shināsī, Niẓām Sāzī wa Rāburd-hāyi Nihādīnih Sāzī-yi Ān. Majalih-yi Guftimān-i Fiqh-i Ḥukūmatī.
al-Khumaynī, al-Sayyid Muṣṭafā. 1999/1387. *Ṣaḥīfih-yi Imām Khumaynī*. Tehran: Mu'assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
Karīmī, Sa'īdih. 2022/1401. *Pīsh Nīyāz-i Sāmāndihī-yi Mu'ḍal-i Pasmānd-i Terhan, Iṣlāḥ-i Ruykard-i Mudīrān-i Shahrī bā Mardum*.
Eīthārī, Maryam. 2020/1399. *Shahrdāī Chigūnih Kāsib-i Zubālih Shud? Ṭarḥ-hā wa Lawāyiḥ-i Markaz-i Pazhūhish-hāyi Majlis-i Shurā-yi Islāmī.*

فصلنامة علمی پژوهشی
جستارهای فقهی و اصولی

فصليّةٌ بحوثٌ فقهيّةٌ وَأصوليّة المُحكّمةٌ
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 ﷺ للدراسات العليا)

المدير المسؤول: مجتبى إلهي الخراساني
رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم
سكرتير التحرير و التنفيذي: السيدمصطفى إختراعي الطوسي

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الهجاءيه):
مجتبى إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة مشهد العلمية ورئيس قسم تطوير العلوم الإسلامية وتمكينها فى مكتب الإعلام الإسلامي)
سعيد جازاري (عضو الهيئة العلمية بجامعة سوربون الفرنسية، ورئيس جامعة أهل البيت عليهم السلام)
شيخ خالد الغفوري (أستاذ السطوح العالية في حوزة قم العلمية)
أبوالقاسم عليدوست الأبرقوئی (أستاذ البحث الخارج وأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)
أحمد مبلغي (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)
السيد على عباس الموسوي (أستاذ السطوح العالية في الحوزة والجامعة. رئيس تحرير مجلة « المنهاج «العلمية – رئيس جمعية المعارف الإسلامية الثقافية في لبنان)
مهدى مهريزى الطرقي (أستاذ المشارک بجامعة آزاد الإسلامية)
حسين ناصري مقدم (أستاذ في جامعة الفردوسي بمشهد المقدسة)

إستناداً إلى ترخيص رقم ٧٩٧ بتاريخ ٣٠ / ١٠ / ١٤٠٣ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقهية وأصولية التي نالت مؤخراً على مرتبة العلمية المحكمة

مشهد المقدسة، تقاطع خسروي، زاوية شارع آيت‌الله واعظ طبسي، مكتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان رضوي
الطابق الأول، مركز الآخوند الخراسانى للدراسات العليا

دور وحدة المكلف في تحقق التزاحم الامتثالي[1]

محمد عشائري منفرد[2]

ملخص

يعــد باب التزاحم الامتثالي من الأبواب المثمــرة في علم الأصول. والخروج من التزاحــم الامتثالي، عن طريق إعمال المرجحات أو اســتخدام خيار التخيير، له آلية سلسة وموثوقة تسهل حل المسألة عند دراسة فقهية، لكن الأهم هو أن يطمئن الفقيه عند دراسة مسألة ما، بأن المسألة تنتمي حقًا إلى باب التزاحم أم لا؟

لتحصيل هذا الاطمئنان، سعى الأصوليون أن يوصلوا تعريف باب التزاحم والفرق بينه وبين بــاب التعارض إلى أقصى درجات الوضوح، كي يصبح حصول الاطمئنان للفقيه في مرحلة حل المسألة الفقهية منهجياً وسهلاً. من المشاكل التي توجد في هذا المســار، هي أنه في باب التزاحم يجب بالضرورة أن يقع تكليفان متنافيان على عاتق مُكلَّــفٍ واحد، أو إذا وقع تكليفان متنافيان على عاتق مُكلَّفَين منفصلين، هل يمكن جعل المسألة من صميم باب التزاحم؟

أشــار بعض الفقهاء إلى هذا الأمر في ثنايا كلماتهم الفقهية، لكن لم يُقدَّم بحث أصولي مســتقل في هذا الموضوع. يسعى هذا المقال، في إطار علم الأصول وبمنهج تحليلي، إلى حلّ هذه المسألة.

فرضية البحث هي أنّه في تحقق التزاحم الامتثالي، يشترط وحدة المكلّف، وكلّما كان لمكلّفَين تكليفان متنافيان، فالمسألة ليست من صميم باب التزاحم، إلّا إذا ارتبط تكليف المكلّف الثاني بالمكلّف الأوّل بنحوٍ آخر.

الكلمات المفتاحيــة: التزاحم الامتثالي، وحدة المكلف، الأهم والمهم، ارتكاب أقل القبيحين.

١. تأريخ الاستلام: ١٤٤٦/١/١٤ هـ؛ تاريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧ هـ

٢. أستاذ السطوح العليا فى حوزة العلمية قم . ايران

حلول تطوير البحوث البينية في الفقه[1]

حسين شم‌خالی مقدم[2]
عبدالحميدواسطي[3]
مرتضى نوروزي[4]

ملخص

يعتبــر علم الفقه، نظرا لما تزخر بــه من موضوعات تخصصية غزيرة، ولما لها من علاقــات في الموضوعات والأهداف مع علوم كالأخلاق والعرفان العملي والقانون، واحــدا من المجالات البكر والنادرة للبحوث البينيــة؛ بحوث إذا ما أنجزت بضوابط ومنهجيــة، فإضافة إلى أنها ســتجيب على نحو أمثل عن المســائل المتعددة الأوجه والمعقدة في العصر الحاضر، يمكن أن تعتبر كذلك بمثابة بداية عهد جديد من أدوار هذا العلم، وذلكَ من خلال إحداث تغييرات جذريّة. إن دراســة سبل تطوير البحوث البينية في الفقه من خلال تقديم حلول لمثل هذه البحوث، هي المســألة التي تسعى هذه المقالة للإجابة عليها.

في هــذه المقالة، وبعد تبيين ماهية البحوث البينية وكيفية إجرائها، يتم، بشــكل 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 ســبع مراحل حول الدراســة البينية المتوازية، ونموذج مــن خمس مراحل حول الدراسة البينية الطولية.

الكلمــات المفتاحيــة: الفقه البينى، الحلــول البينية، الاســتراتيجية البينية، البينية المتوازية، البينية الطولية، استراتيجية تطوير البينية فى الفقه.

---

١. تأريخ الاستلام: ١٤٤٥/١١/٢١ هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧ هـ

٢. خريج السطح الثالث من حوزة مشهد العلمية.

٣. أستاذ مساعد بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي في قم.

٤. أستاذ مساعد بقسم الفقه في جامعة المصطفى العالمية، مشهد المقدسة.

الوظيفية في العقوبات من منظور الفقه الإمامي[1]

محمد مروارید[2]
محمدعلي حاجي ده‌آبادي[3]

ملخص

مــن أهم القضايا التي تناولتها الفقه الإسلامي في دراســة العقوبات هو النظر في آثارها ووظائفها ونتائجها. وتتعلق المســألة الأساسية هنا بمدى إمكانية الاعتماد على هذه الآثــار والنتائج في تحديد أحكام العقوبات، خاصــة 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.

تشــير نتائج البحث إلى أنه بالإضافة إلى الصراحــة 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 محدودًا في العقوبات الحَدِّية.

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 بإمكانيات لدراسة وظائف العقوبات بشكل أعمق وأشمل، إلا أن هذا الجانب لم يحظ بالاهتمام الكافي.

الكلمــات المفتاحية: الوظيفية، الفقه الجنائــي، العقوبة، الحدود، التعزيرات، آثار العقوبة.

---

١. تأريخ الاستلام: ١٤٤٦/٤/٢٣ هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٧/٣٠ هـ

٢. طالب دكتوراه في القانون الجنائي وعلم الإجرام بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية.

٣. أستاذ مشارك في قسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة قم.

التميُّز المفهومي والموضوعي للعقود الشرعية والمعاهدات[1]

أمير زاهدي[2]
حميد درايتي[3]

ملخص

بالنظر إلـى الهيكل القانوني للمعاهدات الدولية ومتطلباتهـا القانونية والتنفيذية، تُطرح مسألة أساسـية في الفقه الإسلامي وهي: هل يمكن اعتبار المعاهدات الدولية نوعًا من العقود وتحليلها وتفسيرها في إطار مصاديق الآية الكريمة «أوفوا بالعقود» ، أم أن هذين المفهومين يختلفان جوهريًا عن بعضهما البعض ويجب دراسـة كل منهما في إطاره الخاص؟

تسعى هذه المقالة ومن خلال تحليل دقيق لمفهومي «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 أيضًا في مصدر الشرعية، والضمانات التنفيذية، والمبادئ الأخلاقية التي تحكمهما، وأهداف تحققهما.

تُعتبر الدول والمصالح الوطنية والعالمية هي محور الأساس في المعاهدات الدولية، وغالبًا ما تتأثر هذه المعاهدات بعوامل سياسـية واقتصادية واسـتراتيجية. على عكس ذلك، في العقود المتعارف عليها التي تُبرم أساسًا في المجالين الفردي والفقهي، لا يُعد

بحوثٌ فقهيّةٌ واصوليّة
السنة العاشرة
الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

---

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٦/٣/٢٩ هـ ؛ تاريخ القبول: ١٤٤٦/٧/٣٠ هـ

٢. أسـتاذ السـطوح العالية في الحوزة العلمية ودكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسـي، مشهد المقدسة.

٣. أستاذ البحث الخارج في الفقه والأصول في الحوزة العلمية.

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 الفئتين 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.

تقييم سعة الفقه على حصر نقل ملكية العقارات في العقود والوثائق الرسمية[1]

أكبر نجم[2]
سيف الله صرّامي[3]

ملخص

إن الإقبال الشـعبي على الوثائق العادية، بدعوى شرعيتها، قد أدى إلى العديد من المشـكلات، منها البيع المتكرر للعقار الواحد، والتهرب الضريبي، وعدم الاستقرار النفسـي والاجتماعي، وازدحـام المحاكم بالقضايا المتعلقة بالعقـود العادية، وعدم وضوح ملكية العقارات، وعدم قدرة الدولة على مراقبة هذه الأملاك، وظهور مشاكل مثل التهرب من سداد القروض العقارية والاستيلاء على الأراضي.

أوجب المشـرع في القانون المدني الإيراني إبرام العقود العقارية بوثائق رسـمية، إدراكاً منه لمخاطر الوثائق العادية. إلا أنه أضاف: «باستثناء الوثائق التي تحظى باعتبار شـرعي بناء على تشخيص المحكمة. وهذا الشرط قد فتح الباب مجدداً للعديد من المشكلات التي كان الهدف من إلزام الوثائق الرسمية هو تجنبها.

السـؤال المطروح أمام المقالة هو: هل يمتلك الفقه هذه السـعة 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 شـرعية الوثائق العادية في الظروف الحالية لحياة البشر منتفية، ومع الأخذ بالاعتبار شرعية السـندات و الوثائق الرسمية، فإن الطريق الوحيد لمعاملات الأموال غير المنقولة هو المعاملة بواسطة الوثائق الرسمية.

الكلمات المفتاحية: الوثيقة العادية، الوثيقة الرسمية، البينة، الاطمئنان.

---

١ تأريخ الاستلام: ١٤٤٤/٨/١٠ هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٣/١٤هـ.

٢. طالب دكتوراه في حرم الفارابي بجامعة طهران.

٣. أستاذ مساعد بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي في قم.

وقف الشخص الاعتباري... دراسة شرعية[1]

علي كريمي[2]
السيد مهدي نريماني زمان آبادي[3]

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

بحوثٌ فقهيّةٌ واصوليّة
السنة العاشرة
الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

---

١. تأريخ الاستلام: ١٤٤٦/٣/٢٦ هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٧/٢٩ هـ

٢. طالب دكتوراه بقسم الفقه و مبانى الحقوق الإسلامية بكلية إلهيات في جامعة مفيد، قم المقدسة.

٣. أستاذ مساعد بقسم الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بكلية إلهيات في جامعة مفيد، قم المقدسة.

الأدلة الشرعية الأربعة، إثبات مشــروعية هذا النوع من الوقف، واعتباره وقفاً عصرياً. وبناءً على مشــروعية وقف الشخص الاعتباري، يمكن للأفراد، بعد استيفاء الشروط والإجراءات القانونية، تأسيس شخص اعتباري يكون في الأصل موقوفاً.

في هذه الحالــة تكون جميع الأمــوال والأصول مملوكة للشــخص الاعتباري، ويتمتع ممثله بالصلاحيات الكاملة لإدارتها وتصريفها بما يحقق مصلحة هذا الشخص الاعتباري.

الكلمات المفتاحية: وقف الشخص الاعتباري، الوقف التقليدي، العين الاعتبارية، الوقف الحديث.

دراسة إمكانية حصر الانتفاع أو ملكية البلدية للنفايات الصلبة الحضرية من منظور فقهي[1]

السيد محمد حسين الموسوي[2]
السيد علي رضا هاشمي الدهسرخي[3]
أمير حسين غضنفري[4]
مرتضى أنصاري[5]

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.

بحوثٌ فقهيّةٌ واصوليّة
السنة العاشرة
الرقم المسلسل السادس والثلاثون
١٤٠٣ شمسي، ١٤٤٦ قمري

---

١ . تأريخ الاستلام: ١٤٤٦/٢/٢١ هـ؛ تأريخ القبول: ١٤٤٦/٧/١٧ هـ

٢ . خريج مرحلة الخارج من مدرسة الإمام الكاظم عليه السلام التخصصية للفقه، قم المقدسة.

٣ . خريج مرحلة الخارج من مدرسة الإمام الكاظم عليه السلام التخصصية للفقه، قم المقدسة.

٤ . خريج مرحلة الخارج من مدرسة الإمام الكاظم عليه السلام التخصصية للفقه، قم المقدسة.

٥ . خريج مرحلة الخارج من مدرسة الإمام الكاظم عليه السلام التخصصية للفقه، قم المقدسة.

وقد أظهرت هذه الدراسة إمكانية إثبات صحة الرأي القائل بملكية البلدية للنفايات مـــن خلال تطبيق بحث الإعراض وإباحة التصـــرف والحيازة، وذلك بناءً على بعض المباني الفقهية. كما يمكن منع الشـــركات الخاصة من الحيازة عن طريق القول بحق الأولوية أو الملكية على صندوق النفايات. وفي النهاية، تمّت دراسة المسألة من منظور الفقه الحكومي أيضاً.

الكلمـات المفتاحية: ملكية النفايات الصلبـــة، البلدية، قاعدة الإعراض، الحيازة، حصر الانتفاع، إباحة التصرف.

Contents

7 The Role of the Unity of the Obligor in the Realization of Tazāḥum al-Imtithālī
Mohammad Ashayri Monfared

36 Solutions for Developing Interdisciplinary Research in Jurisprudence
Hossein ShamKhali ; Abdolhamid Vaseti; Morteza Norozi

67 Distinguishing Functional Analysis in Imāmīyyah Criminal Jurisprudence
MohammadMorvarid; Mohammadali Hajjidehabadi

101 Conceptual and Thematic Distinction between Shar'ī Contracts and Treaties
Amir Zahedi & Hamid Derayati

129 Capacity Analysis of Jurisprudence in Excluding the Transfer of Irremovable Property in an Official Document
Akbar Najm & Seyfollah Sarrami

161 Analyzing the Legitimacy of the Endowment of a Juridical Person
Ali Karimi & Seyyed Mahdi Narimani Zamanabadi

193 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

Journal of Islamic Law and Jurisprudence

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:
Seyyed Ali Al- Mousawi (Instructor of Advanced Level Studies of Beirut Seminary and Director of Rasoul al-Akram Seminary in Beirut ;Lebanon.)
Khaled Al- Ghafoori (Faculty Member of Al-Mustafa International University, Qom, Iran.)
Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre. Qom; Iran.)
Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University Qom; Iran.)
Saeed Jazari Maamoee (Faculty Member of the Sorbonne University in France and President of the Ahlul Bayt International University('A)
Mahdi Mehrizi Toroqi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran; Iran. Science and Research Branch)
Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad- Iran.)
Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Instructor of Advanced Level Studies of Mashhad Seminary & Assistant Professor of Akhund Khorasani Specialized Center in Mashhad, Iran.)

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

By the virtue of the license No.797 extended in 19 Jan 2025 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to ***Scientific-Research*** rank.
Journal of Islamic Law and Jurisprudence is indexed in: ***ISC, EBSCO, Sudoc, World Cat, 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***: http://jostar-fiqh.maalem.ir/?lang=en
Website: http://JFO.akhs.bou.ac.ir