



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و سوم، شماره ۸۸ / بهار ۱۴۰۵ / بهای تک شماره: ۶۰۰۰ تومان



حقوق اسلامی

صاحب امتیاز: علی اکبر رشاد

مدیر مسئول: علی اکبر رشاد

سر دبیر: محمود حکمت نیا

اعضای هیأت تحریریه:

نجاد علی الماسی؛ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علیرضا باریکلو؛ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / احمد حاجی ده آبادی؛ استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / علی اکبر رشاد؛ استاد فقه و اصول پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران. / عبدالحسین شیروی؛ استاد حقوق خصوصی، پردیس قم - دانشگاه تهران، ایران. / ابوالقاسم علیدوست؛ استاد گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و استاد فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. / ابراهیم عبدی پور فرد؛ استاد دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. / جلیل قنوتی؛ دانشیار حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علی محمدی جورکویه؛ دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران. / فرج الله هدایت نیانجی؛ استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

اعضای هیأت تحریریه بین المللی:

نبیل مهدی الشهاوی؛ استاد دانشگاه پسنیراه / محمد جاسم محمد الاتابی؛ استاد دانشگاه ذیقار عراق

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: مجید اسلامی

صفحه آرایی: علیرضا پاکیزه

چاپ و صحافی: هنگام

نشانی مجله:

تهران: خیابان شهید بهشتی، خیابان احمد قصیر، خیابان پژوهشگاه، شماره ۲، تلفن: ۴ - ۸۸۷۳۴۸۶۳

قم: بلوار پانزده خرداد، خیابان شهید میثی، تلفن: ۳۷۶۰۳۵۶۹ - ۳۷۶۰۲۹۹۷، کد پستی: ۱۵۹۱۱ - ۱۵۱۴۶

Email: hoquq@iict.ac.ir, https://hoquq.iict.ac.ir.

فصلنامه «فقه و حقوق» بر اساس مجوز ۹۳/۲۳۸ وزارت ارشاد اسلامی، از شماره ۱۹ با نام «حقوق اسلامی» منتشر می شود.

فصلنامه «حقوق اسلامی» بر اساس مجوز ۴۳۷۷/۱۰۳/۱۱/۸۹/۱۲/۱۴ مورخ ۸۹/۱۲/۱۴ وزارت علوم تحقیقات و فناوری، دارای اعتبار علمی - پژوهشی است.

همه شماره ها و مقالات فصلنامه در پایگاه اینترنتی آن در دسترس است. فصلنامه مذکور، در دو نسخه چاپی و الکترونیکی منتشر می شود.

فصلنامه «فقه و حقوق» به منظور: (۱) تبیین اصول و پی ساختها و مسائل فقهی و حقوقی اسلام و دفاع عالمانه و مستدل از آن؛ (۲) تبیین دانش های وابسته به فقه (فلسفه فقه، اصول فقه، مقاصد شریعت و...)؛ (۳) مطالعه تطبیقی مکاتب و نظام های حقوقی، به منظور توسعه و تعمیق نظام فقهی و حقوقی اسلام و پاسخ گویی به شبهات مطرح؛ (۴) بررسی

مسائل نوپدید و ارائه راه حل های مبتنی بر مبانی نظام فقهی و حقوقی اسلام؛ (۴) نقد و بررسی قوانین موضوعه و تلاش برای حل مشکلات حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران.

به طور مستمر و در قالب فصلنامه در حال انتشار است.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

لطفاً به هنگام تنظیم مقالات، موارد ذیل رعایت شود:

- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، جایگاه علمی نویسنده، نشانی، شماره تماس و نشانی الکترونیکی خود را بنویسید.
 - مقاله باید در محیط Word، حداقل ۱۲ صفحه و حداکثر ۲۴ صفحه (۳۵۰ کلمه‌ای) از طریق سامانه اینترنتی مقاله ارسال شود؛ بنابراین از ارسال مقاله به صورت فایل PDF خودداری کنید.
 - چکیده فارسی مقاله، حداکثر در ۱۸۰ کلمه و در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی آن به همین مقدار، ضمیمه شود.
 - مقاله باید نتیجه تحقیق نویسنده یا نویسندگان باشد و متن کامل آن پیش‌تر در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر نشده باشد و یا برای چاپ به مجلات دیگر ارائه نشده باشد.
 - درج معادل لاتین اسامی و اصطلاحات مهجور، مقابل عبارت و در داخل پرانتز ضروری است.
 - ارجاعات درون‌متنی بدین شکل نوشته شود: نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه (مظفر، ۱۳۵۷، ص ۱۹۴).
 - فهرست منابع در آخر مقاله بر اساس حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده، به شکل زیر تنظیم شود:
- الف) برای کتاب: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ عنوان کتاب (به شکل بُلد)؛ نام مترجم/ مصحح؛ ج ۱ (شماره جلد)، ۲ (نوبت چاپ)، محل نشر؛ ناشر، سال انتشار.
- ب) برای مقاله: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ «عنوان مقاله»؛ نام مجله (به شکل بُلد)، ش ۱۲ (شماره جلد)، سال انتشار، ص ۲۵-۷ (صفحه آغاز و پایان مقاله).

تذکر:

- در صورت تعدد آثار منتشر شده از یک مؤلف در یک سال، برای نمایاندن ترتیب انتشار با حروف الف، ب، ج و... متمایز شوند.
- دیگر نکات ضروری در این باره را در بخش راهنمای نویسندگان پایگاه اینترنتی مجله ببینید.

مقالات و مطالب منتشر شده در فصلنامه حقوق اسلامی، لزوماً بیان دیدگاه‌های فصلنامه نیست. فصلنامه حقوق اسلامی در تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است. مقالات تنها از طریق سامانه اینترنتی مجله ارسال شود. نقل مطالب و تصاویر با ذکر مأخذ بلامانع است.

حقوق اسلامی

فهرست مطالب

| | |
|--|-----|
| نقش عوامل طبیعی در تسبیب | |
| جلال الدین قیاسی | ۵ |
| ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه های مصب و غرض دعوی | |
| سیده فاطمه طباطبائی، فاطمه سادات حسینی و سیده زهرا شهری نژاد | ۳۹ |
| فقه النظریه و انسجام در کیفرگذاری (با تأکید بر آرای شهید صدر) | |
| محسن برهانی و سیدمسعود مرتضوی | ۷۵ |
| عامل مسئول در فرض اکراه صبیّ ممیز و اشتباه وی در هدف | |
| پرویز باقری، عبدالجبار زرگوش نسب و معصومه صحرائی | ۱۱۵ |
| جایگاه علت تعهد و جهت معامله در فقه امامیه و عامه (با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و لبنان) | |
| سیداحمدعلی هاشمی و امید توکلی کیا | ۱۴۵ |
| نقد دیدگاه اصولیون در مفهوم وصف همسو با نقدی بر کاربردهای فقهی و حقوقی آن | |
| محمد رسول آهنگران | ۱۷۷ |





The role of Natural Factors in Causation

Jalaleddin Ghiasi *

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: jalalghiasi2001@yahoo.com

Use your device to scan and read the article online



Citation Ghiasi, J. (2026). The role of Natural Factors in Causation . [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#).23 (88): 5-38

Received: 22 December 2024 , Accepted: 14 July 2025

Abstract

Whenever an accident is caused by the combination of human and natural factors, we are faced with various forms that can have different rulings and be different from the combination of human factors. This article uses a descriptive analytical method to find the rulings of these different forms. If a person intended the result, that is, the occurrence of the accident, or had knowledge of it, there is no doubt that all responsibility falls on him. Among the two cases where a person has ignorance or suspicion of the occurrence of the accident, due to the limitations of the article, only the case of ignorance, which is the most controversial, has been examined. Among lawyers and Islamic jurists, both Shia and Sunni, there are three views: all responsibility falls on the human factor, denial of responsibility from the human factor and attributing the accident to both factors, and considering a portion of the responsibility on the human factor, which is the latter view approved in the article.

Keywords

human factor, natural factor, force majeure, compensation, Imamia jurisprudence, sunni jurisprudence..



Extended Abstract

1. Introduction

Determining legal and criminal liability becomes exceptionally complex when a harmful event results from the intersection of human actions and natural forces. While traditional legal frameworks often address the “conflict of causes” involving multiple human agents, the involvement of natural factors—such as earthquakes, floods, or pre-existing medical conditions—presents unique challenges for establishing a causal nexus. This article investigates the legal and jurisprudential implications of these “mixed” scenarios. The central problem addressed is whether liability in such cases should be attributed exclusively to the human agent, exclusively to the natural factor (effectively exonerating the human), or shared between the two.

The scope of this research is particularly focused on instances where the human agent is “ignorant” (lacking intent or specific knowledge) of the impending natural event, as cases involving clear intent or scientific knowledge are generally settled in favor of full human liability. By examining Shia and Sunni jurisprudence, Iranian law, and comparative perspectives from Common Law and French Law, this study seeks to provide a structured framework for allocating responsibility in modern judicial practice.

2. Research Methodology

This study utilizes a descriptive-analytical method to explore the multifaceted nature of causation. The methodology involves several key stages:

- **Conceptual Clarification:** Defining “force majeure” (external, unpredictable, and irresistible events) and “Acts of God,” while distinguishing between internal and external natural factors.
- **Taxonomic Analysis:** The author categorizes scenarios based on the human agent’s mental state (intent, knowledge, or ignorance) and the temporal relationship between the human act and the natural force (precedence or subsequence).
- **Comparative Jurisprudence:** The research examines classical Islamic jurisprudential examples, such as the “opening of a container lid” (fat’h al-mashk) subsequently spilled by wind or an earthquake, to extract underlying principles.
- **Legal Evaluation:** The study analyzes current Iranian statutes (e.g., the Islamic Penal Code and Civil Code) alongside French and Common Law doctrines to assess how modern legal systems resolve these conflicts.

3. Research Findings

The research identifies three primary scenarios regarding the human agent's mental state:

1. **Intentional Utilization:** If a human agent uses a natural factor as a tool (e.g., abandoning a bound person in a flood zone to cause death), they are held fully liable, as the natural force is viewed merely as an instrument of their intent,.

2. **Scientific Knowledge:** When an agent lacks direct intent but possesses certain knowledge that a natural factor will intervene (e.g., knowing a victim has a fatal allergy or that a storm is imminent), this knowledge is legally equivalent to intent, resulting in full liability,.

3. **Ignorance (The Core Conflict):** In cases where the agent is unaware of the natural factor, the research highlights three distinct jurisprudential and legal schools of thought:

- o **Exclusive Human Liability:** Proponents argue that the human act is the "cause of the cause." Without the initial human intervention, the natural factor would not have had the opportunity to cause the specific harm,. Some jurists also argue that because natural forces cannot bear legal "debts," the human must carry the full burden,.

- o **Exoneration of the Human Factor:** This view holds that the natural force acts as the "direct agent" (mubāshir), which typically supersedes the "remote cause" (sabab),. If the natural event was unpredictable and unavoidable, it breaks the chain of causation between the human act and the resulting damage.

- o **Proportional/Relative Liability:** This view suggests that when both factors contribute to the result, the liability should be divided according to their respective degrees of impact,.

The research finds that while traditional religious texts are often silent on these specific nuances, modern forensic capabilities allow for a more precise determination of impact percentages,. The author argues that the Relative Liability theory is the most equitable, as it prevents the unfair imposition of total liability on a human agent for outcomes partially driven by irresistible natural forces,.

4. Conclusion

The study concludes that the attribution of causation is fundamentally a matter of customary perception (urf) rather than abstract philosophy,. In the absence of explicit statutory provisions in Iranian law regarding the combination of human acts and unpredictable natural forces, judges must rely on general principles of justice and jurisprudential interpretation.

The article advocates for the adoption of proportional liability in cases of “ignorance.” This approach aligns with the rational principle that an individual should only be held responsible for the portion of harm directly attributable to their actions or omissions. By recognizing the role of natural factors, the legal system can move away from “all-or-nothing” liability toward a more nuanced model of justice that reflects the complex reality of modern accidents and medical interventions.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Author’s Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Allen, Michael; *Textbook on Criminal Law*, 2007, Oxford, 9th ed.
- Ameli (Shahid Thani), *Zayn al-Din; Tamhid al-Qawa'id*; Qom: Islamic Propagation Office, 1416 AH [In Arabic].
- Ameli (Shahid Thani), *Zayn al-Din; Masalik al-Afham*; Vol. 12, Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Shi'iyah, 1417 AH [In Arabic].
- Ardabili (Muhaqqiq Ardabili), Ahmad ibn Muhammad; *Majma' al-Fa'idah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhhan*; Vol. 10 & 14, Qom: Islamic Publications, 1403 AH [In Arabic].
- Ashworth, Andrew; *Principles of Criminal Law*, 1992, Oxford University Press.
- Dehghan, Zahra and Mansour Amini; “Force Majeure Claim Based on COVID-19 in LNG Sales Contracts”, *Energy Law Studies*; No. 1, Spring & Summer 1401, pp. 267–289 [In Persian].
- Doroudian, Hassan Ali; *Civil Law 4 Lectures*; Tehran: University of Tehran Press, 1385 [In Persian].
- Emami, Seyyed Hassan; *Civil Law*; Vol. 1 & 4, Tehran: Islamieh, 1383 [In Persian].
- Fazel Hindi, Muhammad ibn Hassan; *Kashf al-Litham wa al-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam*; Vol. 11, Qom: Islamic Publications Office, 1416 AH [In Arabic].
- Ghiasi, Jalal al-Din; “Complicity in Crime from the Perspective of Islamic Jurisprudence”, *Legal Research Quarterly*; No. 3, Summer 1390, pp. 139–166 [In Persian].

- Ghiasi, Jalal al-Din; *Causation in Criminal Laws*; 4th ed, Tehran: Jangal, 1402 AH [In Persian].
- Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf; *Tahrir al-Ahkam*; Vol. 4 & 6, Qom: Imam Sadiq Institute, 1420 AH [In Arabic].
- Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf; *Qawa'id al-Ahkam*; Vol. 2 & 3, Qom: Islamic Publications Office, 1413 AH [In Arabic].
- Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf; *Mukhtalaf al-Shi'ah*; Vol. 5, Qom: Isma'iliyan, 1413 AH [In Arabic].
- Hilli (Muhaqqiq Hilli), Najm al-Din Ja'far ibn Hassan; *Shara'i' al-Islam*; Qom: Isma'iliyan, 1408 AH [In Arabic].
- Hilli, Muhammad ibn Hassan; *Idah al-Fawa'id*; Vol. 2 & 4, Qom: Isma'iliyan, 1387 AH [In Arabic].
- Hosseini Ameli, Seyyed Mohammad Javad; *Miftah al-Karamah*; Qom: Al-Bayt Institute [In Arabic].
- Ibn Barraj, Abdulaziz; *Muhadhdhab*; Vol. 1 & 2, Qom: Jame'e Modarresin, 1406 AH [In Arabic].
- Ibn Idris, Muhammad ibn Mansur; *Al-Sarair*; Vol. 3, 2nd ed, Qom: Islamic Publications, 1410 AH [In Arabic].
- Ibn Qudamah, Muhammad ibn Abdullah; *Al-Mughni*; Vol. 5, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi [In Arabic].
- Isaei Tafreshi, Mohammad et al.; "The Effect of Force Majeure Accompanying the Defendant's Fault on Civil Liability", *Modares Quarterly*; No. 4, Winter 1386, pp. 193–219 [In Persian].
- Karaki Ameli, Ali ibn Hossein; *Jami' al-Maqasid*; 2nd ed, Qom: Al-Bayt, 1414 AH [In Arabic].
- Katouzian, Nasser; *Civil Law (Tort - Civil Liability)*; Tehran: University of Tehran, 1370 [In Persian].
- Katouzian, Nasser; *General Rules of Contracts*; Vol. 4, 2nd ed, Tehran: Enteshar Company, 1376 [In Persian].
- Katouzian, Nasser; *Non-Contractual Obligations*; Vol. 1 & 4, Tehran: University of Tehran Press, 1393 [In Persian].
- Khoei, Seyyed Abu al-Qasim; *Mabani Takmilat al-Minhaj*; Najaf: Matba'at al-Adab [In Arabic].
- LaFave, Wayne R.; *Causation in the Criminal System of the United States of America*; Tehran: Mizan, 1383 [In Persian].
- Maraghi, Mir Abd al-Fattah; *Al-Anawin al-Fiqhiyyah*; Vol. 2, Qom: Islamic Publications Office, 1417 AH [In Arabic].
- Mardawi, Ali ibn Sulayman; *Al-Insaffi Ma'rifat al-Raji' min al-Khilaf*; Vol. 6 & 12, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1957 [In Arabic].

- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein; *Crimes Against the Physical Integrity of Persons*; Tehran: Mizan, 1400 [In Persian].
- Najafi, Muhammad Hassan; *Jawahir al-Kalam*; Vol. 37 & 43, 3rd ed, Qom: Dar al-Kutub al-Islamiyah, 1362 [In Arabic].
- Pourmohammadi, Reza and Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad; “Principles of Recognizing the Causes of Events from the Perspective of Imami Jurisprudence and English Law”, *Comparative Study of Islamic and Western Law*; No. 4, Jan 2022, pp. 267–294 [In Persian].
- Al-Rafi’i, Abdul Karim; *Shafi’i Jurisprudence*; Vol. 11, Dar al-Fikr [In Arabic].
- Rahnama, Somayyeh; *Criteria for Recognizing the Cause Stronger than the Direct Agent in Bodily Injuries (Master’s Thesis)*; Qom: University of Qom, 1398 [In Persian].
- Safai, Seyyed Hossein; “Conditions and Effects of Force Majeure in the 2016 French Civil Code Reforms and Its Use to Address Deficiencies in the Iranian Legal System”, *Private Law Scientific-Research Quarterly*; No. 39, Summer 1401, pp. 9–38 [In Persian].
- Safai, Seyyed Hossein; “Force Majeure or Force Majeure: A Brief Overview in Comparative Law, International Law, and International Commercial Contracts”, *International Law Review*; No. 3, August 1364, pp. 111–154 [In Persian].
- Safai, Seyyed Hossein; *Civil Law*; Vol. 2, Tehran: University of Tehran Press, 1383 [In Persian].
- Shafi’i Sherbini, Muhammad ibn Ahmad; *Mughni al-Muhtaj*; Vol. 2, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1958 [In Arabic].
- Simester, AP and Sullivan, GR; *Criminal Law Theory and Doctrine*, 2003, 2nd ed, Oxford, U.S. p 93.
- Smith & Hogan; *Criminal Law*, 2005, U.S.A New York, Oxford.
- Tusi, Muhammad ibn Hassan; *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*; Vol. 7 & 8, Tehran: Al-Maktabah al-Murtadhawiyah, 1387 [In Arabic].
- Zendedel, Mohammad; “The Scope of Tark al-Istifsal in Jurisprudential Inferences”, *Journal of Jurisprudence and Principles*; No. 4, Winter 1402, pp. 69–103 [In Persian].



نقش عوامل طبیعی در تسبیب

جلال‌الدین قیاسی*

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

Email: jalalghiasi2001@yahoo.com



استناد قیاسی، جلال‌الدین (۱۴۰۵). نقش عوامل طبیعی در تسبیب. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۵-۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۲. تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۳

چکیده

هرگاه حادثه‌ای ناشی از اجتماع عامل انسانی و طبیعی باشد، با صور گوناگونی روبه‌رو هستیم که می‌تواند احکامی مختلف و متفاوت از اجتماع عوامل انسانی داشته باشد. این مقاله با روش تحلیلی توصیفی درصدد یافتن حکم این صور مختلف است. در صورتی که انسان قاصد نتیجه یعنی وقوع حادثه بوده یا بدان علم داشته باشد تردیدی نیست که تمام مسئولیت متوجه اوست. از میان دو حالتی که انسان جهل یا ظن به وقوع حادثه داشته باشد، به دلیل محدودیت مقاله تنها حالت جهل که بیشتر محل اختلاف است مورد بررسی قرار گرفته است. در میان حقوق‌دانان و فقها اعم از شیعه و سنی سه دیدگاه وجود دارد، تمام ضمان متوجه عامل انسانی، نفی مسئولیت از عامل انسانی و استناد حادثه به هر دو عامل و لحاظ سهمی از ضمان بر دوش عامل انسانی که نظر اخیر در مقاله مورد تأیید قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

عامل انسانی، عامل طبیعی، قوه قهریه، ضمان، فقه امامیه، فقه عامه.



مقاله

در میان صور پیچیده و متکثر حوادثی که منجر به خسارت‌های جانی و مالی می‌شوند، برخی از صور مانند آنچه در کتب فقهی تحت عنوان تراحم موجبات یعنی اجتماع سبب و مباشر یا اجتماع اسباب نامیده می‌شود از پیچیدگی بیشتری برخوردارند. هر دو حالت فوق، حسب تفاوت‌هایی که در رکن مادی و معنوی یا تقدم و تأخر عوامل وجود دارد، به صور متکثری تقسیم می‌شوند. در این میان حالتی که عاملی طبیعی در کنار عامل انسانی قرار می‌گیرد از دشواری بیشتری برخوردار بوده و مورد اختلاف بیشتری است؛ برای مثال در یک پرونده ضرب و جرح، پزشکی قانونی ۷۵ درصد مرگ را منسوب به عمل ضارب و ۲۵ درصد را به بیماری زمینه‌ای مستند کرده است. یا متهم شخصی را ربوده و در کنار جاده رها می‌کند اما رانش نابهنگام و غیرمترقبه کوه موجب مرگ وی می‌شود یا شخصی دیگری را ربوده و در خانه‌ای محبوس می‌کند اما زلزله موجب مرگ وی می‌شود یا شخصی با تهدید دیگری را دنبال نموده و او به جایی فرار می‌کند که تصادفاً توسط حیوان درنده‌ای کشته می‌شود.

در اینکه از لحاظ رابطه علیت فلسفی، عامل طبیعی در حادثه نقش داشته سخنی نیست اما سؤال آن است که آیا در این موارد از لحاظ حقوقی، حادثه تنها به عامل انسانی یا تنها به عامل طبیعی یا هر دو منتسب می‌شود؟ حقوقدانان به این سؤال پاسخ‌های متفاوتی داده‌اند و در روایات اسلامی هیچ اشاره‌ای بدان نشده است. آیا این سکوت را می‌توان حمل بر اطلاق کرد و نتیجه گرفت که فقط عامل انسانی ضامن است و نبود عامل طبیعی یکسان است؟ آیا چنین اطلاقی پذیرفتنی است؟ و اگر آنرا پذیرفتیم با این قاعده عقلایی چه کنیم که هرکس باید تنها به اندازه سهم خود در ایجاد جرم یا خسارت، مسئول باشد؟ (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۰).

مقاله حاضر به دنبال پاسخ‌گویی بدین سؤالات است که از قضا موارد

فراوانی از ایراد خسارت‌های جانی و مالی را به خود اختصاص می‌دهد. این مسئله در کتب مسئولیت مدنی درخصوص تأثیر قوه قاهره در کنار عامل انسانی مطرح شده است اما ملاکا اختصاصی به حقوق خصوصی و قوه قاهره ندارد و علاوه بر آنها در مسائل کیفری و هم فراتر از قوه قاهره در عوامل طبیعی درونی نیز محل مناقشه است.

۱. نکات تمهیدی

پیش از ورود در ماهیت مسئله ناگزیر از ذکر برخی اصطلاحات و تبیین مراد از آنها در این مقاله و بیان پاره‌ای توضیحات هستیم که به گونه‌ای در فهم بحث دخیل هستند.

۱-۱. قوه قاهره

در حقوق مدنی در بحث از اموری که مانع از اجرای تعهد و مسئولیت می‌گردد به قوه قهریه یا فورث ماژور اشاره می‌شود، اما در مسئولیت قهری نیز ممکن است برای قوه قهریه نقشی و سهمی قائل شد بدین معنا که ممکن است در اجتماع عامل انسانی و طبیعی، حادثه را تماما بدان مستند دانست یا حداقل بخشی از مسئولیت را بدان استناد داد و به نسبت نقش آفرینی آن از سهم عامل انسانی کاست؛ بنابراین قبل از ورود به بحث ناچار از توضیح این اصطلاح هستیم.

قوه قاهره که در موادی از قانون مدنی ایران مانند ۲۲۷، ۲۲۹ و ۶۱۵ یا ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بدان اشاره شده ترجمه فورس ماژور فرانسوی است و ریشه در حقوق رُم دارد. این مفهوم بعداً توسط کشورهای حقوق نوشته پذیرفته شد. در حوزه‌های قضایی حقوق نوشته، فورس ماژور رویدادی خارجی، غیرقابل پیش‌بینی و گریزناپذیر است که پس از انعقاد قرارداد رخ می‌دهد و اجرای تعهدات قراردادی را به صورت موقت یا دائم ناممکن می‌سازد؛ به گونه‌ای که متعهد امکان ایفای تعهدات خود را از دست

می‌دهد (دهقان و امینی، ۱۴۰۱، ص ۶۹ / صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۳).
 رویداد خارجی را گاه خارج از اراده و گاه خارج از حیطه فعالیت و انتفاع
 متعهد گفته‌اند مثلاً اعتصاب طبق نظر اول خارجی است اما طبق نظر دوم
 خیر (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۰۷) در مقابل قوه قاهره، حادثه ناگهانی یا
 غیرمترقبه یا غیرمنتظره، حادثه‌ای است که ناگهان رخ داده و مانع انجام تعهد
 می‌شود خواه خارجی باشد خواه داخلی مانند بیهوشی (همان، ص ۲۰۴).
 بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس مازور و حادثه غیرمترقبه فرق
 گذاشته و گفته‌اند که حادثه غیرمترقبه حادثه‌ای درونی یعنی وابسته به فعالیت
 متعهد یا بنگاه او است مانند آتش‌سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن راه
 آهن و اعتصاب در پاره‌ای موارد، درحالی‌که فورس مازور حادثه‌ای برونی
 است مانند سیل، توفان و... (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۱۱).

فورس مازور به معنی عام با اصطلاح «کار خدا» (Act of God) متفاوت است اصطلاح دوم فقط شامل حوادث غیرعادی است که دارای
 علل طبیعی هستند و بدون دخالت بشر روی می‌دهند، درحالی‌که فورس
 مازور دارای معنی گسترده‌تری است و پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را
 نیز در برمی‌گیرد (همان، ص ۱۱۴) از تعریفی که درباره قوه قاهره بیان شد،
 شرایط آن نیز به اجمال معلوم می‌شود یعنی قوه قاهره باید دارای سه ویژگی
 باشد: ۱. غیرقابل اجتناب بودن؛ ۲. غیرقابل پیش‌بینی بودن؛ ۳. خارجی بودن
 (تفرشی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۵).

۱-۲. صدق عنوان مباشر بر عامل طبیعی

کلمه مباشر ظهوری نسبی و اندک در عامل انسانی دارد اما فقها در کتب
 خود بر عوامل طبیعی مانند باد، خورشید یا پرنده اطلاق مباشر (شهد
 ثانی، ۱۴۱۷، ج ۱۲، ص ۱۷۲) یا کالمباشر (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۶۹)
 یا به منزله مباشر (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۱۴) کرده‌اند. اینکه آیا
 می‌توان بر عوامل طبیعی مانند باد یا میکرب یا سیل عنوان مباشر را اطلاق

نمود یا نه، در تصویر حالات مختلف مسئله و تفکیک آنها مؤثر است.

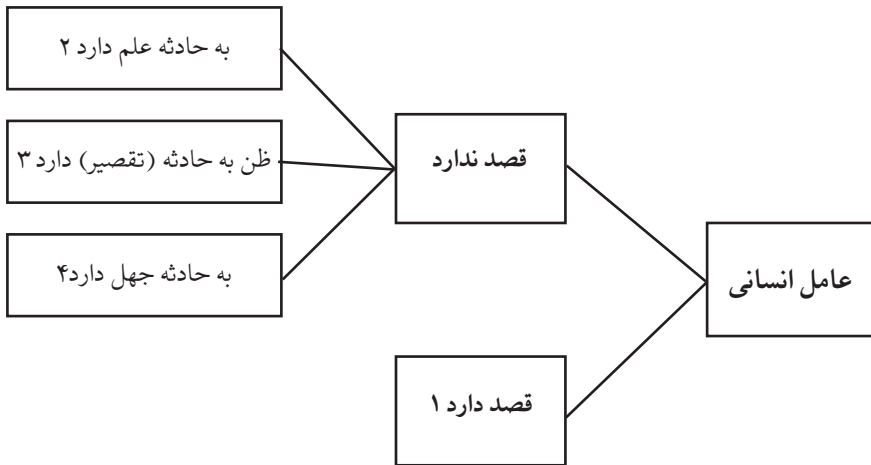
۱.۳. روش حل مسائل تسبیب

به‌طور کلی از لحاظ روش شناسی، مسائل تسبیب نه با روش تجربی محض مانند فیزیک و شیمی، نه عقلی محض مانند فلسفه و منطق، نه نقلی مانند برخی مسائل فقهی و تاریخی و نه کشف و شهودی مانند مسائل عرفانی است، بلکه حاکم در این مسئله نظر عرف است. البته احراز نظر عرف خود مشکل بزرگ این حوزه است و خود نیازمند بحث مفصلی است که این نوشته در مقام پرداختن بدان نیست و تنها بدین نکته تذکر می‌دهد که برخی از نویسندگان غرب مانند هارت و هانور در اثر معروف خود «علیت» (Causation) سعی کردند دریافت‌های عرف را ضابطه‌مند سازند و نشان دهند ذهن عرفی در چه شرایطی حادثه‌ای را به کسی نسبت می‌دهد. یافته‌های آنان مورد تأیید روانشناسان تجربی قرار گرفت اما روش آنان که مبتنی بر دریافت‌های شخصی خود آنها بود مورد نقد قرار گرفت (پورمحمدی و محقق داماد، ۱۴۰۰، ص ۲۸۱).

۲. صور مسئله و تحریر محل نزاع

تحلیل دقیق هر مسئله نیازمند تفکیک صور مختلف و تعیین دقیق محل نزاع است از این رو پیش از هر چیز باید احتمالات مختلف در این مورد را مدّ نظر قرار داد. موضوع مورد بحث را از جوانب مختلف می‌توان لحاظ و تقسیم‌بندی کرد. گاه از حیث تقدم و تأخر عامل انسانی و طبیعی مانند شرکتی که مامور است تا قبل از زمستان در یک جاده کوهستانی، بهمن‌گیر بسازد اما با اهمال خود سبب می‌شود سقوط بهمن در زمستان موجب حادثه شود (تقدم عامل انسانی)، یا با شیوع یک بیماری واگیر دار شخصی مامور واکسیناسیون اهالی یک روستاست اما با تقصیر خود سبب می‌شود کسانی دچار بیماری و مرگ شوند (تقدم عامل طبیعی) و گاه تقسیم صور از

حیث رکن مادی عامل انسانی یعنی فعل یا ترک فعل بودن و گاه از حیث رکن روانی که قاصد است یا غیرقاصد، و اگر غیرقاصد بود، علم ۱ یا ظن یا جهل به حادثه دارد. گاهی متهم موجب بروز عامل طبیعی یا انتقال آن می‌شود مانند انتقال بیماری‌های واگیر دار همچون کزاز یا ایدز و گاه عامل طبیعی مستقل از عامل انسانی رخ می‌دهد مانند سیل و زلزله، طوفان، مد دریا، صاعقه، سونامی یا حضور غیرمنتظره حیوان وحشی در خیابان. حاصل ضرب اقسام مذکور در یکدیگر منجر به صور مختلفی می‌شود تلفیق عوامل مختلف و معیارهای متفاوت با یکدیگر را می‌توان در نمودار زیر نشان داد.



باید دید اصولاً نقش عامل انسانی و طبیعی در حادثه چگونه است و آیا بدانان استناد پیدا می‌کند و در صورت استناد چه کسی ضامن است و در صورت ضمان اشتراکی، سهم هریک به نحو تضامن یا به‌طور مساوی یا حسب درجه تأثیر آنهاست یعنی آیا می‌توان تمام یا بخشی از حادثه را به عامل طبیعی استناد داد و در نتیجه عامل انسانی را تماماً مبرا از مسئولیت دانست یا حداقل سهم او را از ضمان کاهش داد؟

۱. در خصوص ارتباط علم و قصد باید گفت، گاهی انسان می‌خواهد حادثه‌ای رخ دهد، اما علم به وقوع آن ندارد. و گاهی علم به وقوع دارد اما مطلوب و مقصود وی نیست.

مسئله اجتماع دو عامل انسانی و طبیعی در فقه شیعه و عامه در قالب مثال‌هایی مطرح شده است. فقها چنانکه رسم آنان است قواعد را با ذکر مثال‌هایی ساده بیان میکنند و معمولاً اگر فقیهی مسئله‌ای را مطرح کرد فقهای پس از وی نیز در قالب همان مثال به پاسخ مسئله می‌پردازند. مثال معروفی که ابتدا در کتب اهل سنت مطرح شده و سپس به کتب شیعه نیز راه پیدا کرده این است که اگر کسی در مَشکی را باز کند و آب یا روغن داخل آن بریزد آیا ضامن است یا نه؟ البته مثال‌ها منحصر به تنها چنین موردی نیست.

الف) اگر محتوای مشک بی‌دخالیت هیچ عامل دیگری بریزد تقریباً تمامی فقهای شیعه و سنی متفقند که فاتح ضامن است زیرا او مباشر در اتلاف است (شربینی، ۱۹۵۸، ج ۲، ص ۲۷۸ / ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۴۴۵ / محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۱۴ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۶ / رافعی، [بی‌تا]، ج ۱۱، ص ۲۴۳).

ب) اگر کسی در مشک را باز کند و باد، زلزله یا پرنده‌ای مشک را بیندازد و محتوای آن خالی شود این همان حالت اجتماع عامل انسانی و طبیعی است که محل بحث ما در این مقاله میباشد. چنانکه در نمودار مشاهده می‌شود در اینجا با چهار صورت مختلف روبه‌رو هستیم حکم دو صورت اول و دوم روشن است و حالت سوم و چهارم در میان فقها و حقوقدانان محل اختلاف است. در این مقاله به علت محدودیت حجم آن امکان پرداختن به صورت سوم وجود ندارد و باید به شکل مستقل مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱. قصد به کارگیری عوامل طبیعی توسط عامل انسانی

عامل انسانی گاه قصد دارد از عامل طبیعی استفاده کند مانند اینکه شخصی را با دست و پای بسته در کنار ساحل یا در نقطه بهمن خیزرها می‌کند تا بالا آمدن آب وی را خفه کند یا بر اثر ریزش بهمن کشته شود یا وی را در میان درندگان رها می‌کند تا او را به قتل برسانند یا عفونتی را به وی منتقل کنند یا موجب عفونتی در بدن وی شوند. در تمامی این موارد اگرچه این آب یا آتش یا

حیوان یا میکروب‌ها و ویروس‌ها هستند که علت واقعی مرگ قربانی هستند اما عرف حادثه را تنها به عامل انسانی نسبت می‌دهد زیرا با وجود قصد صریح، تردیدی در استناد حادثه و ضمان وجود ندارد و طبق بند الف ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی نیز نوع چنین قتلی نیز عمد خواهد بود چنانکه در حقوق کامن‌لا نیز چنین است: «اگر کسی که با قصد، جرحی به دیگری وارد می‌نماید که بر آورد آن زوال حیات بوده و مرگ در نتیجه آن محقق می‌گردد نمی‌تواند مسئولیت ناشی از عمل خود را متوجه بی‌دقتی یا جهالت مجنی علیه یا درمان ناشیانه یا نامناسبی نماید که جرح وارده را تشدید نموده و مؤثر در مرگ بوده است» (لفو، ۱۳۸۳، ص ۷۵).

در توضیح این امر باید گفت همانگونه که در ادبیات حقوقی کامن‌لا مطرح شده است علت را می‌توان به دو نوع فلسفی و عرفی^۱ تقسیم نمود در مثال‌های بالا از لحاظ علمی و فلسفی علت حقیقی و قریب حادثه همان عوامل طبیعی است اما عرف عامل انسانی را مسئول می‌داند و حادثه را به او مستند می‌کند. در واقع عرف و به تبع او قانونگذار، با تسامح عرفی کسی را علت معرفی می‌کند که عدل و انصاف حکم می‌کند باید وی مسئول باشد و عواملی را که مسئولیت آنها را منصفانه نمی‌داند علت به حساب نمی‌آورد و عامل یا عوامل انسانی ضامن کل خسارات جانی و مالی هستند.

فقه‌های اسلامی صریحاً به این شکل از مسئله اشاره نکرده‌اند اما هنگامی که خواسته‌اند دلیل عدم ضمان عامل انسانی را در مثال معروف بازکردن در مشک بیان کنند گفته‌اند، وی نمی‌توانسته با بازکردن در مشک قصد وزیدن باد یا وقوع زلزله را داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۲۲/ شافعی شربینی، ۱۹۵۸، ج ۲، ص ۲۷۸). مفهوم مخالف این کلام آن است که اگر وی قصد چنین کاری را داشت ضامن بود.

۱. علت فلسفی یا واقعی یا تکوینی همان چیزی است که در کامن‌لا به آن (Factual Cause) گفته می‌شود، در مقابل آن علت عرفی یا تشریحی یا قانونی یا مسامحی وجود دارد که بدان (Legal Cause) گفته می‌شود (Michael Allen, 2000, p.34).

طبیعی است حالاتی مانند قوه قاهره تخصصاً از چنین تقسیمی خارج هستند زیرا شرط قوه قاهره آن است که غیرقابل پیش‌بینی باشد و چنین شرطی با فرض قصد مرتکب قابل جمع نیست زیرا قصد نمودن امری که به وقوع آن جاهلیم معقول نیست.

۲-۲. عدم قصد به کارگیری عامل طبیعی توسط عامل انسانی

در چنین وضعیتی، عامل انسانی را در سه حالت علم، ظن یا جهل به حادثه می‌توان تصور کرد.

۲-۲-۱. فقدان قصد عامل انسانی همراه با علم وی به حادثه

گاهی عامل انسانی قصد نتیجه را نداشته اما علم به دخالت عامل طبیعی دارد، خواه عامل طبیعی از قبل وجود داشته باشد مثلاً می‌داند که مجنی علیه پیر، کودک یا بیمار است یا می‌داند که عامل طبیعی در آینده به وجود آمده و اثر خواهد کرد مثلاً علم یا ظن قوی دارد که این ضربه چاقو بعداً موجب عفونت و خون‌ریزی می‌شود یا علم دارد که بر اثر ابتلای خود به ایدز، این بیماری به مجنی علیه منتقل شده و بعداً به او آسیب خواهد رساند یا در مورد حوادث طبیعی می‌داند که به‌زودی در این منطقه باران‌های موسمی و سیلاب‌های فصلی رخ خواهد داد یا صاعقه با این آسمان‌خراش برخورد خواهد کرد، در تمامی موارد فوق حکم مسئله از دیدگاه نویسندگان که همگام با گروهی از فقها که علم را مساوی قصد می‌دانند (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۹/ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۵۵). همان حکم صورت پیشین است و عامل انسانی ضامن کل خسارات است؛ زیرا متهم از این عامل طبیعی به‌عنوان ابزاری جهت رساندن آسیب جانی یا مالی به دیگری استفاده کرده است.

در کامن‌لا نیز علم مساوی قصد تلقی می‌شود به گفته آشورث «اگر روشن شود که متهم یا قصد نتیجه را داشته یا با علم به احتمال خطر موجب آن شده است، هرگونه جست‌وجو از علت دیگر صحیح نخواهد بود» (Ashworth, 1992, p.100).

از سوی دیگر با استفاده از اولویت نیز می‌توان از کلام فقهاء ضمان عامل انسانی را استنباط کرد زیرا در زمانی که تقصیر موجب ضمان است (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۸، ص ۴۵ / ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۴۴۸ / رافعی، [بی‌تا]، ج ۱۱، ص ۲۴۳ / شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۷۲) علم، به طریق اولی موجب خواهد بود.

در قانون نیز حسب ذیل ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی ۹۲، علم مساوی قصد است ۱. جالب آنکه مقنن در دو بند ب و پ ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲، حتی به کمتر از (علم به حادثه) نیز اکتفا کرده و علم به صرف وجود عامل طبیعی و موجبیت آن برای حادثه را برای استناد کافی دانسته است یعنی کافی است متهم بداند مجنی علیه بیماری خاصی دارد که می‌تواند در صورت صدمه دیدن موجب مرگ شود؛ یعنی علم قاتل به نقاط ضعف مقتول به منزله قصد او تلقی می‌شود.

ممکن است گفته شود که اثبات شیئی نفی ما عدان می‌کند و علم به وقوع حادثه موجب ضمان عامل انسانی می‌شود اما نافی سهم عامل طبیعی نمی‌تواند باشد. در پاسخ می‌توان گفت علم، ضمان را در عامل انسانی منحصر می‌کند زیرا موجب اقوا بودن عامل مذکور نسبت به عامل طبیعی می‌شود کسی که می‌داند تا ساعتی دیگر آب دریا بالا می‌آید و قربانی را دست و پا بسته در ساحل رها می‌کند قطعاً سبب اقوا از مباشر است.

۲-۲-۲. جهل به عامل طبیعی

مراد حالتی است که عامل انسانی نسبت به وقوع حادثه یا آثار آن علم یا ظن و به عبارتی دیگر، عمد یا تقصیر نداشته باشد. این صورت، موردی است که بیش از موارد دیگر محل اختلاف است. دخالت قوه قهریه در کنار عامل انسانی نیز در همین صورت مطرح شده است زیرا از شرایط قوه قهریه آن است که غیرقابل پیش‌بینی و عامل انسانی بدان جاهل باشد مانند اینکه

۱. درخصوص اینکه اصولاً علم لزوماً مساوی قصد است یا این دو تفکیک‌پذیر هستند (ر.ک: قیاسی، ۱۳۹۰).

کسی را ربوده در خانه‌ای زندانی میکنند و سیلی غیرمترقبه، زلزله، ریزش کوه، سنگ آسمانی، صاعقه یا آتشفشان موجب مرگ وی می‌شود. مثال معروف کتب فقهی که اگر کسی در مشکی را باز کند و باد یا زلزله یا پرنده‌ای آنرا واژگون کند نیز ناظر به همین حالت است زیرا عامل انسانی نوعاً اطلاعی از زمان باد یا زلزله یا سونامی ندارد. البته باید توجه داشت که اگر عمل به دستور یا با اذن صاحب مشک باشد طبیعی است که عامل انسانی مسئول نخواهد بود بنابراین سخن درحالتی است که عمل وی عدوانی و بدون اجازه باشد. درخصوص این مسئله غالباً هر فقیهی دو یا سه قول را نقل کرده و نهایتاً یکی را انتخاب می‌کند.

الف) قول نخست: ضمان انحصاری عامل انسانی: برخی از فقهای اهل

سنت به دو دلیل، منحصرراً عامل انسانی را ضامن میدانند:

اول) حادثه به سبب فعل انسانی واقع شده و اگر عمل او نبود زلزله و باد تأثیری در اتلاف نمیتوانست داشته باشد. از علمای اهل سنت مرداوی این را قول صحیح در مذهب فقهی خود می‌داند (مرداوی، ۱۹۵۷، ج ۶، ص ۲۱۹) این دلیل تنها جنبه اثباتی در ناحیه انسان را درد ولی نمی‌تواند نافی استناد به عامل طبیعی باشد.

دوم) چیزی که بتوان ضمان را بر او بار کرد واسطه نشده یعنی عامل طبیعی مثل سونامی، باد یا زلزله چون قابلیت ضمان ندارند از گردونه محاسبه خارج می‌شوند، این فقیه به نقش رکن روانی اشاره‌ای نکرده است. ابن‌قدامه با ذکر مثالی در تأیید این نظر می‌گوید: یعنی همانطور که اگر کسی را مجروح کنی و سرما و گرما موجب سرایت شود جارح ضامن است و نقشی برای سرما یا گرما قائل نمیتوان شد در اینجا نیز چنین است (ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۴۴۵). چنانکه میبینیم این فقیه بزرگ حنبلی نیز در طرح این قول سخنی از قصد یا عدم قصد و تقصیر یا عدم تقصیر عامل انسانی و اینکه وی احتمال دخالت عامل طبیعی را میداده یا نه مطرح

ن می‌کند. گویی اصلاً عامل دیگری جز عامل انسانی در کار نبوده است. به نظر می‌رسد پیش فرض این فقها حالتی بوده است که حادثه طبیعی غیرقابل پیش‌بینی بوده باشد زیرا وزش باد یا وقوع زلزله قابل پیش‌بینی نیست. به همین جهت ابن‌قدامه در فرع فقهی دیگری می‌گوید اگر کسی آتشی بی‌فروزد و باد آن را سرایت دهد اگر افراط و اسراف کرده باشد ضامن است (همان، ص ۴۴۶) یعنی اگر افراط نکرده باشد و جاهل باشد اصلاً ضامن نیست و اگر افراط کرده به تنهایی ضامن است نه اینکه مشترکاً با عامل طبیعی مسئول باشند و سهمی از ضمان او کاسته شود.

در میان فقهای شیعه، صاحب‌جواهر نیز مانند ابن‌قدامه، علاوه بر اینکه سبب (عامل انسانی) را اقوا از عامل طبیعی می‌داند اصولاً عامل طبیعی را قابل ضمان نمیداند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص ۶۹). اغلب فقهای شیعه در بیان این نظر یعنی ضمان انحصاری عامل انسانی به ضعف مباشر یعنی عامل طبیعی مثل باد یا زلزله اشاره کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۲۲) علامه حلی به دلیل دو احتمال متضاد ضمان را مشکل می‌داند از یک سو ضعف مباشر دلیل ضمان است اما از سوی دیگر سبب قصد وزیدن باد و زلزله را نداشته (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۲۲) یعنی به جای تعبیر اهل سنت که عامل طبیعی را قابل ضمان نمیدانستند اینان از تعبیر ضعف عامل طبیعی استفاده میکنند. میرفتاح مراغی از فقهای قرن سیزدهم، پس از ذکر مثال‌های مختلف می‌گوید مدار صدق عرفی است و سبب یا مباشر هم خصوصیتی ندارد و با ذکر امثله کلام را طول نمی‌دهم وی عامل انسانی را ضامن می‌داند زیرا عامل طبیعی در اینجا ضعیف است (میرفتاح، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۳۶). محقق کرکی در توضیح ضعف مباشر یعنی عامل طبیعی می‌گوید زیرا اتلاف را به خورشید و باد حواله نمی‌دهند (همانند سخن مرداوی و ابن‌قدامه) لذا باید به سبب مراجعه کرد که به منزله مباشر است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۱۴) و لذا اگر انسانی (یعنی دافع) که

قابلیت استناد به او ممکن است، مشک را برمیگرداند حتماً وی ضامن بود نه بازکننده در مشک (فاتح) (شهید ثانی، ۱۴۱۷، ج ۱۲، ص ۱۷۲) چنین حالتی را به موردی تشبیه کرده‌اند که انسان دیگری را زخمی کند و آن زخم بر اثر سرما یا گرما به دیگر اعضا سرایت و موجب مرگ شود (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۸، ص ۴۶ / ابن قدامه، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۴۴۵)، از نظر کسانی که این تشبیه را انجام داده‌اند در مرگ ناشی از سرایت فقط عامل انسانی مسئول است؛ بنابراین نقش باد یا زلزله نیز همانند آنچه که ما امروزه نقش میکرب در سرایت میدانیم تلقی شده است. ۱

همچنین در توضیح مسئولیت فاتح گفته شده اگر وی در مشک را باز نمی‌کرد مایع بیرون نمی‌ریخت، چیزی هم حائل بین عامل انسانی و حادثه نشده که زنجیر علیت را قطع کند (همان، ص ۴۵) یعنی از نظر صاحب مفتاح‌الکرامه با این که عامل طبیعی میان فعل انسانی و حادثه واقع شده و از لحاظ تکوینی همین عامل طبیعی مشک را ساقط کرده اما وی می‌گوید چیزی حائل نشده که مقصود وی آن است که عامل طبیعی قابلیت مسئولیت ندارد و لذا از گردونه محاسبه باید حذف شود این سخن دقیقاً همان دلیل دوم فقهای اهل سنت است.

بر خلاف فقیهان مذکور که اصولاً استناد فعل به عامل طبیعی را درست نمی‌دانند، محقق اردبیلی از موضع شک وارد شده و می‌گوید استناد به عامل انسانی قطعی و به عامل طبیعی مورد تردید است و لذا تنها عامل انسانی ضامن است: «وقتی فقط عامل انسانی سبب باشد و استناد به غیر نیز معلوم نیست، اشکالی در ضمان عامل انسانی نیست» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۴۹۸).

صاحب جواهر بر عامل عدوان تکیه می‌کند که به‌طور طبیعی فقط در مورد انسان صادق است لذا در این مورد می‌گوید اگر سیل سنگی را در کنار چاهی قرار دهد که عدوانی حفر شده است قول موجه آن است که

۱. این سخن مبتنی بر نظر مشهور فقهاست که سبب مقدم در تأثیر را ضامن می‌داند.

فقط حافر ضامن است زیرا کار او عدوانی است (نجفی، ۱۳۶۲، ش ۴۳، ص ۱۳۷) علامه حلی در کتاب قواعد بر این فتوا اشکال گرفته (علامه حلی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۶۵۸) که درست است که کار حافر عدوانی است اما از طرفی دیگر افتادن در چاه مستنداً به سنگی است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۸۰) که ناشی از سیل است. صاحب جواهر پاسخ می‌دهد که عرفاً امری را به شرط (سنگ) نسبت نمی‌دهند و دلیل عمده در این مسئله اطلاق ادله ضمان است که طبق آن عامل غیرعدوانی (سیل) ضامن نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ص ۱۳۷). از این سخن برمی‌آید که وی سنگ را در حادثه شرط می‌داند درحالی‌که وی در مورد مشابهی که سنگ را یک انسان قرار می‌دهد واضح سنگ را سبب می‌داند نه شرط (همان، ص ۹۵).

برخی ذکر کرده‌اند که صاحب جواهر در مثال مشابهی فتوایی مخالف سخن فوق دارد (تفرشی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۷) وی بیان می‌کند اگر سنگی را سیل در محل عبور و مرور مردم قرار دهد و شخصی سنگ دیگری در کنار آن قرار دهد و این دو سنگ باعث لغزش و آسیب فردی شود دو احتمال وجود دارد، اول، عامل انسانی ضامن نصف خسارت بوده و نصف دیگر (سهم عامل طبیعی) هدر است و احتمال دوم اینکه شخص مزبور مسؤولت کامل دارد. وی معتقد است قول اول با عدالت و اصل برائت موافق تر است، (همان، ج ۴۳، ص ۱۰۰). چنانکه میبینیم در مثال قبل وی عامل انسانی را ضامن کل دانسته و در مثال دوم سهم عامل طبیعی را با آنکه عدوانی نیست از آن کم می‌کند. به نظر می‌رسد میان دو فتوای وی تعارضی نیست زیرا در مثال قبل شخص جاهل به سنگ است و در مثال اخیر وی عالم به وجود سنگ است.

نتیجه آنکه گروهی از فقهای شیعه و سنی عامل انسانی را ضامن میدانند چون اگر عامل انسانی نبود عامل طبیعی اثر گذار نبود یا عامل طبیعی ضعیف است

یا عرفاً قابلیت استناد ندارد یا شرعاً عدوانی محسوب نمی‌شود یا استناد به آن مشکوک است و شک در استناد مساوی با عدم استناد است.

چنانکه میبینیم فقهای شیعه نیز در طرح این قول، غالباً سخنی از علم و جهل یا قصد و عدم قصد یا احتمال و عدم احتمال تقصیر عامل انسانی نگفته‌اند؛ یعنی نگفته‌اند آیا وی میدانسته بادی می‌وزد و زلزله‌ای می‌آید یا نمی‌دانسته، بلکه به شکل مطلق وی را ضامن دانسته‌اند حتی اگر وی قصد یا علم یا ظنی نسبت به حادثه نداشته باشد، بلکه ذکر زلزله، سیل، یا باد خود قرینه است که حالت جهل مدّ نظر بوده است. طبیعی است اگر وی در حالت جهل مسئول باشد در حالت قصد یا علم یا ظن، به طریق اولی ضامن است.

ب) قول دوم: عدم ضمان عامل انسانی: بر عکس قول اول، بسیاری از فقهای شیعه و سنی در همین مسئله گشودن در مشک و افتادن آن بر اثر باد یا زلزله، عامل انسانی را ضامن نمی‌دانند زیرا او سبب است و عامل طبیعی مباشر و در اجتماع سبب و مباشر ضمان بر عهده مباشر است، در فقهای اهل سنت ابن‌قدامه این رای را سخن قاضی و اصحاب شافعی می‌داند (ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۴۴۵ / شافعی شربینی، ۱۹۵۸، ص ۲۷۸) مرداوی علاوه بر قاضی، ابوالخطاب را نیز قائل بدین نظر می‌داند (مرداوی، ۱۹۵۷، ص ۲۱۹). بسیاری از فقهای شیعه نیز بر همین نظر هستند (حلی، ۱۴۰۸، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۸ / ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۸۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۲) علامه حلی سبب را ضعیف می‌داند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۵۲۴) میرفتاح مراغی می‌گوید برخی از فقهاء در ضمان عامل انسانی شک کرده‌اند. دلیل عدم ضمان شک در صدق ائتلاف توسط عامل انسانی است. (مراغی، ۱۴۱۷، ص ۴۳۶) و در حالت شک در ضمان نیز اصل بر عدم ضمان است و چون عامل دیگری برای مراجعه بدان وجود ندارد نتیجه آن هدر بودن خون قربانی است.

اگر استدلال میرفتاح واکاوی شود یا رد و قبول‌های فقها بررسی شود، به‌نظر می‌رسد از نظر آنان ضمان دائر مدار صفر یا صد است یعنی ضمان نسبی مدّ نظر آنان نبوده بلکه یا تماماً حادثه مستند به عامل انسانی است یا تماماً مستند به عامل طبیعی.

علاوه بر استدلال بر اینکه حادثه (سقوط مشک) با فعل مباشر (عامل طبیعی) رخ داده برخی از فقها اضافه کرده‌اند که عامل انسانی سبب ملجی نیز نبوده یعنی وزیدن باد یا وقوع زلزله ناشی از فعل او نبوده و با بازکردن در مشک نیز نمی‌توانسته قصد وزیدن باد یا وقوع زلزله را داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۲۲ / شافعی شربینی، ۱۹۵۸، ج ۲، ص ۲۷۸)؛ یعنی عوامل طبیعی مستقل از اراده او عمل کرده‌اند و بین فعل سبب و مباشر ملازمه قطعی و رابطه علیّی قابل پیش‌بینی وجود ندارد و به عبارت سوم عامل طبیعی به منزله ابزاری در دست عامل انسانی نبوده مانند جایی که کسی را در میان درندگان بیندازیم که عادتاً کشته خواهد شد یا اگر او را در سرما رها کنیم خواهد مرد.

در مثالی دیگر، اگر شخصی، دیگری را مضطر به فرار کند و او در هنگام فرار، تصادفاً با حیوان درنده‌ای برخورد نموده و توسط وی کشته شود، فقهاء سبب را ضامن ندانسته‌اند؛ زیرا از یکسو مباشر حیوان درنده است که دارای قصد و اختیار است و از سوی دیگر سبب، مباشر را الجاء نکرده تا مقدم بر مباشر باشد (طوسی ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۵۹ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۵۲) رافعی فقیه شافعی و علامه حلی نیز عمل فاتح را مانند کسی میدانند که در حرز را باز بگذارد و دیگری مال را بدزدد که در این جا باز گذارنده در ضامن نبوده و سارق ضامن است (رافعی، [بی‌تا]، ص ۲۴۳). البته این

۱. یعنی انسان از عامل طبیعی در جهت قصد خود استفاده نکرده است.

۲. در کامن‌لا نیز در چنین حالتی باد یا زلزله را عامل مستقل (Independent) می‌دانند که قانوناً توانایی قطع زنجیره علیت را داشته و رابطه عامل انسانی با حادثه را قطع می‌کند (Ap Simester and Gr Sullivan, 2003, p.93).

مثال و قیاس فاتح با سارق درست نیست زیرا در سرقت عامل انسانی مباشر است و به شکلی بديهی رابطه سبب را با حادثه قطع می‌کند (Smith & Hogan, 2005, p.56 / نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۵۴)، اما در اینجا نقش عامل طبیعی بدین بدهت نیست و محل اختلاف است.

علاوه بر انتفاء قصد و عمد در ایجاد حادثه، فقها در مثال مذکور تقصیر را نیز منتفی دانسته‌اند زیرا توقع باد یا زلزله نیز نمی‌رفته یعنی احتمال وقوع آنها بر اثر بازکردن در مشک نیز مطرح نبوده که بگوئیم وی تقصیر کرده (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۴۴۸/ کرکی عاملی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۱۴) این نشان می‌دهد که پیش فرض آنان در مثال یاد شده عدم علم و عمد و تقصیر بوده است.

استدلال دیگر بر عدم ضمان عامل انسانی استناد حادثه به مقتضی در مواردی است که عامل انسانی مرتکب ترک فعل شود است یعنی عامل طبیعی مقتضی حادثه است و عامل انسانی وظیفه دارد مانع از وقوع آن شده یا از آثار مخرب آن پیشگیری نماید مانند شرکتی که طبق قرارداد موظف است تا قبل از رسیدن زمستان، سیل‌گیری بر رودخانه یا بهمن‌گیری در جاده احداث کند اما بر اثر تقصیر، به تعهدات خود عمل ن می‌کند و وقوع سیل یا بهمن موجب خساراتی می‌شود یا پزشکی که شخص بیمار یا آسیب دیده از حادثه طبیعی را درمان ن می‌کند. در اینجا برخی از قضاات یا وکلا در استدلال حقوقی خود حادثه را تنها به عامل طبیعی نسبت می‌دهند یا حداقل آنرا شریک در حادثه دانسته و درصدی از سهم عامل انسانی را کم میکنند زیرا عامل طبیعی مقتضی بوده و عامل انسانی باید مانع از اثر آن میشده و در چنین حالاتی باید حادثه را به مقتضی نسبت داد نه کسی که مانع نشده.

چنین استدلالی از سوی برخی از فقها مانند آیت الله خوئی نیز مطرح شده است: «اگر کسی دیگری را مجروح کند و او قادر به نجات خود با

مداوا باشد و اختیاراً آن را ترک کند، جارح قصاص می‌شود؛ زیرا اگرچه ترک مداوا در مرگ مؤثر است ولی مرگ مستند به مقتضی (جرح) و از آثار آن است و مداوا از قبیل مانع است. پس اگر مانع وجود نداشت مرگ به مقتضی استناد داده می‌شود. امر وجودی ناشی از امر وجودی است و مستند به امر عمده نمی‌شود. این مثل آن است که کسی بخواهد دیگری را بکشد و او بتواند با دفاع مانع از قتل خود شود ولی دفاع نکند شکی نیست که قتل مستند به قاتل است نه مقتول. البته مقتول مرتکب حرام شده که خود را نجات نداده ولی این منافاتی با استناد مرگ به مهاجم ندارد» (خویی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶). این استدلال در حقوق کامن‌لا نیز در مواردی پذیرفته شده است (برای نقد سخن آیت‌الله خویی و استدلال‌ات مطرح‌شده در کامن‌لا، ر.ک: قیاسی، ۱۴۰۲).

برخی از حقوقدانان داخلی نیز درحالت مقتضی و مانع، برای عدم مانع مسئولیتی قائل نیستند مثلاً اگر جوشکاری لوله گاز را خوب جوش ندهد، ناظری که بر کار وی نظارت ن می‌کند را ضامن نمیداند زیرا مانع نشده (صادقی، ۱۴۰۰، ص ۴۱۳). و با همین استدلال می‌گوید نمی‌توان در آسیب‌های بدنی برای وضع جسمانی خاص سهمی قائل شد همانگونه که اگر مالک از مالش حفاظت نکند دلیل کاهش مسئولیت سارق نیست (همان، ص ۴۲۱) یعنی همان سخن آیت‌الله خویی که اگر کسی در مقابل مهاجم دفاع نکند و مانع وی نشود حادثه تماماً به مهاجم مستند است. بنابراین حاصل استدلال فقیهان فوق چنین است که عامل انسانی ضامن نیست چون نه مباشر بوده نه سبب ملجی و نه سببی که قاصد، عامد یا مقصر باشد بلکه عامل طبیعی مانند سارقی است که از در باز وارد خانه می‌شود. در پاره‌ای از موارد نیز با وجود مقتضی، حادثه را به ترک فعل عامل انسانی نسبت نمی‌دهند.

اشکال این نظریه آن است که عامل انسانی بالاخره سبب بوده ولو ملجی یا عامد

و مقصر نباشد؛ زیرا ضمان همواره تابع این حالات نیست و در هر صورت اگر فعل یا ترک فعل وی نبود حادثه رخ نمیداد و اگر مبنای کسانی را بپذیریم که عامل طبیعی را قابل استناد و مسئولیت نمی‌دانند لاجرم باید وی ضامن باشد.

ج) قول سوم: ضمان عامل انسانی به شرط تقصیر: بق این قول اگر حادثه طبیعی مانند باد باشد که وزیدن آن غیرقابل پیش‌بینی است عامل انسانی ضامن نیست و اگر تابش خورشید باشد که قابل پیش‌بینی است، در فرضی که محتوای مشک روغن باشد که با تابش ذوب می‌شود و از مشک بیرون میریزد، عامل انسانی ضامن است (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۴۵ / ابن براج، ۱۴۰۶، ص ۴۴۸ / رافعی، [بی‌تا]، ص ۲۴۳ / شهید ثانی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۲). در واقع قائلین به تفصیل بر مسئله تقصیر تأکید کرده‌اند به همین جهت در راستای همین معیار به مثال‌های دیگری نیز اشاره کرده‌اند مثل اینکه اگر کسی آتشی بی‌فروزد و بر اثر باد به ملک دیگری سرایت کند اگر افراط و اسراف کرده ضامن است (ابن قدامه، [بی‌تا]، ص ۴۴۵) همچنین اگر کسی برگ‌های درخت مو را بکند و انگورها بر اثر تابش خورشید فاسد شود (شافعی شربینی، ۱۹۵۸، ص ۲۷۸) زیرا به‌طور طبیعی فساد قابل پیش‌بینی است.

در این مثال انگور، برخی از کسانی که خورشید را مباشر تلقی کرده‌اند، آن را تشبیه به سارق دانسته‌اند که شخصی در خانه‌ای را باز گذاشته و او وارد خانه شده سرقت کند، با اینکه اگر در باز نبود سرقت امکان نداشت اما فاتح ضامن نیست و سارق ضامن است که قبلاً به نقد و رد چنین تشبیه و قیاسی اشاره کردیم.

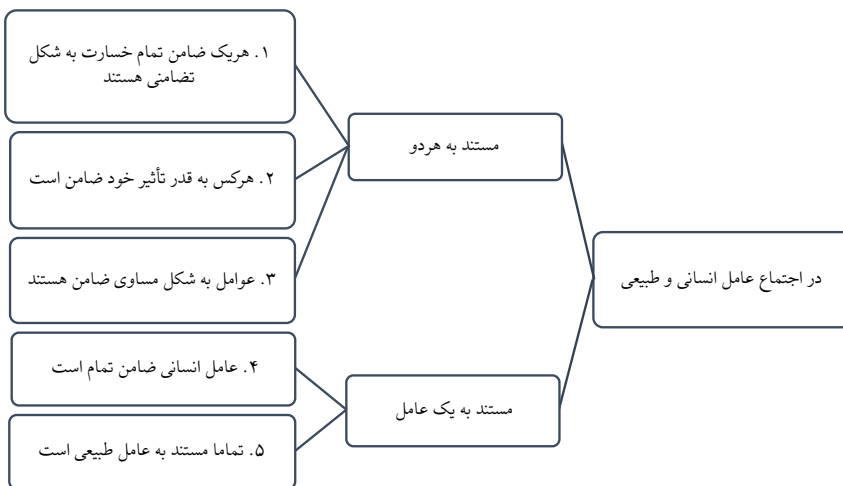
این نظریه ولو درست است اما ناظر به حالت مورد بحث یعنی جهل عامل انسانی نیست اما مفهوم مخالفش این است که جاهل ضامن نیست.

۳. دیدگاه حقوق‌دانان

آنان نیز در ذیل بحث از این مسئله که اگر قوه قاهره به‌عنوان یک سبب

در کنار سایر اسباب منتج به نتیجه زیانباری شود در خصوص میزان مسئولیت اسباب انسانی اختلاف نظر دارند. تذکر دو نکته در اینجا ضروری است:

نکته اول - چنانکه در نمودار زیر مشاهده می‌شود، ما با دو مسئله روبه‌رو هستیم نخست مسئله استناد یعنی آنکه آیا عامل انسانی ضامن است یا عامل طبیعی یا هردو؟ دوم با فرض استناد به هردو، مسلماً عامل طبیعی ضامن نخواهد بود و سهم او از عامل انسانی کم خواهد شد، اما مسئله با این فرض مطرح می‌شود که اگر وی قابلیت ضمان داشت، آیا هریک به نحو تضامنی ضامن است یا به نحو تنصیف یا به میزان سهم هریک در حادثه؟ متأسفانه در بیان حقوقدانان این دو مسئله خلط شده است و گاهی هر دو مسئله در هم ادغام شده و مثلاً وقتی گفته می‌شود عامل انسانی به میزان سهم خود ضامن است معنایش این است که در مسئله اول وی باید ضامن باشد تا در مسئله دوم بتوان گفت ضمانت وی نه تضامنی است و نه تنصیفی بلکه نسبی است.



نتیجه حالت ۱ با حالت ۴ یکی است زیرا درست است که در حالت اول حادثه به هر دو مستند است اما چون کسی وجود ندارد که عامل انسانی به وی رجوع کند تمام خسارت را باید عامل انسانی بپردازد.

۳-۱. عامل انسانی ضامن کل خسارت

گروهی گفته‌اند رابطه سببیت قابل تقسیم نیست (نظریه مسئولیت کامل) که در این فرض، سبب انسانی ضامن پرداخت کل خسارت زیان‌دیده بوده و به واسطه دخالت قوه قاهره چیزی از میزان مسئولیت او کاسته نمی‌شود (شماره ۴ نمودار) (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۲۰ / درودیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۹). گروهی دیگر گفته‌اند رابطه سببیت بین عامل و حادثه قابل تقسیم کمی است یعنی می‌توانیم بگوئیم این سبب دو سوم خسارت و دیگری یک سوم آن را وارد آورده‌اند (شماره ۲ نمودار) (تفرشی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۲). به نظر می‌رسد استدلال فوق ناقص است ملازمه‌ای بین نظریه مسئولیت کامل و ضمان انسان نیست بلکه می‌توان قائل به مسئولیت کامل شد و در عین حال حادثه را مستند به عامل طبیعی دانسته و خسارت را هدر دانست. چنانکه در نمودار روشن است ابتدا باید مسئله استناد حل شود و سپس نحوه ضمان نظریه سببیت کلی می‌گوید به چند دلیل سببیت غیر قابل تقسیم است:

اول - طبیعت رابطه سببیت اقتضا دارد کل خسارت را یکی وارد آورد زیرا او نبود حادثه نبود، پس کل خسارت را بدهد. این را مغالطه دانسته‌اند زیرا دیگری هم نبود حادثه رخ نمیداد.

دوم - ضرورت عملی، سببیت جزئی ملازمه با مسئولیت جزئی ندارد یعنی حتی اگر قائل به این شویم که سببیت قابل تقسیم است لزوماً بدین معنا نیست که طرفین باید به میزان تأثیر خود ضامن باشند زیرا معیاری برای تعیین میزان تأثیر وجود ندارد (همان، ص ۲۰۴).

در پاسخ گفته شده، در عمل میزان تأثیر را تعیین میکنند، به علاوه سببیت کلی موجب می‌شود هر یک از مسؤولان نه تنها مسؤول خسارتی که ایجاد کرده باشد، بلکه مسؤول خسارتی که هیچ نقش سببی و مؤثر در بوجود آمدن آن نداشته نیز به شمار آید. بعلاوه این دلیل ناظر به نحوه ضمان است نه استناد.

سوم: عدم مسئولیت کامل سبب انسانی منجر به آن می‌شود که قسمتی از

خسارت زیان‌دیده جبران نشده باقی بماند؛ یعنی بار قوه قاهره بر دوش زیان‌دیده قرار گیرد. درحالی‌که دلیلی برای اینکه بار مذکور بر دوش وی قرار گیرد، وجود ندارد (درودیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۹) در پاسخ می‌توان گفت همان‌طور که دلیلی بر تحمیل بار قوه قاهره بر دوش زیان‌دیده وجود ندارد، دلیلی نیز بر تحمیل سهم عامل طبیعی بر ذمه سبب انسانی وجود ندارد چراکه سبب انسانی فقط در حدود فعل یا ترک فعل خود مسئول است و نه بیشتر از آن (رهنما، ۱۳۹۸، ص ۹۷) از سوی دیگر بدشانسی می‌تواند دلیلی بر تحمیل سهم عامل طبیعی بر دوش زیان‌دیده باشد مثل تمام خسارات طبیعی دیگر.

چهارم - مسئولیت تضامنی خلاف اصل است ص ۲۰۹ (امامی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۰۱) و عمل بدان زمانی عادلانه و مطابق موازین حقوقی است که عامل ضامن پس از جبران کل خسارت زیان‌دیده خود بتواند به بقیه اسباب به میزان سهمشان در ایجاد زیان مراجعه نماید و برعکس، در جایی که چنین امکانی فراهم نباشد، اعمال مسئولیت تضامنی منجر به قرار گرفتن کل مسئولیت بر دوش سبب انسانی می‌شود و خلاف اصل شخصی بودن مسئولیت است (همان). پیش فرض این دلیل استناد تومان حادثه به هردو نیروی انسانی و طبیعی و قبول مسئولیت تضامنی است درحالی‌که ابتدا باید مسئله استناد روشن شود.

پنجم - اصولاً قوه قاهره و مسئولیت غیرقابل جمع می‌باشند؛ زیرا ایجاد خسارت یا در نتیجه ی تقصیر عامل انسانی است (مثل زمانی که سدی به‌طور غیراستاندارد در مسیر یک مسیل که در جلوی جریان باران قرار دارد، ساخته می‌شود) یا اینکه زیان را قوه قاهره ایجاد نموده (مثل زمانی که کشتی در اثر طوفان در دریا غرق می‌شود) که در فرض اول، دیگر نمی‌توان از مسئولیت قوه قاهره سخن گفت و در فرض دوم نیز مجالی برای ضمان سبب انسانی نیست (درودیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۹).

در پاسخ می‌توان گفت اتفاقاً دقیقاً محل بحث همان فرض دوم یعنی

زمانی است که عامل انسانی جاهل است و تقصیری ندارد. خود اختلاف حقوقدانان و فقها نشان می‌دهد مجال برای ضمان هست.

ششم - دادگاه‌های فرانسه بر مبنای انصاف چندی قوه قاهره را نیز یکی از اسباب ورود ضرر شمردند. ولی این رویه اکنون تغییر کرده است. کاتوزیان معتقد است رویه کنونی را باید تأیید کرد زیرا حقوق به دنبال همه اسباب دخیل در حادثه نیست بلکه به دنبال سبب همراه با تقصیر است که با ضرر رابطه سببیت اخلاقی دارد یعنی کسی را ضامن می‌داند که مقصر بوده و قابل سرزنش باشد و او باید تمام خسارت را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۴۹۲).

نتیجه - چنانکه مشاهده می‌شود هیچیک از ادله ضمان کامل عامل انسانی، قابل قبول و خالی از خدشه نیست مگر دلیل ششم که آنهم قاطع نبوده و معارض با دیدگاه دیگری است که خواهد آمد.

۳-۲. عدم ضمان عامل انسانی

درکامن لا برخی معتقدند که اگر متهم کسی را بزند و او بی‌هوش شود و ساختمان قبل از هشیاری او توسط زلزله خراب شود قتلی رخ نداده و این مرگ تماماً منسوب به حوادث طبیعی (Smith & Hogan, ۲۰۰۵, p. ۵۷) است حتی اگر قربانی در صورت عدم حمله، در ساختمان نمی‌بود. دلیل این مسئله آن است که ضربه وارده اگرچه قربانی را در آن وضعیت قرار داده و باعث شده هنگام زلزله در ساختمان باشد اما آن وضعیت خطرناک نبوده و وقوع زلزله نیز قابل پیش‌بینی نبوده بنابراین زنجیر علیت بین عامل انسانی و مرگ توسط زلزله قطع شده است، اما اگر ضربه در ساحل دریا وارد میشد و قربانی بر اثر بالا آمدن آب خفه میشد قتل از نوع غیر عمد محسوب میشد زیرا جزر و مد دریا قابل پیش‌بینی بود و حادثه طبیعی نمی‌توانست زنجیر علیت را قطع کند و حادثه مستند به عامل انسانی میشد نه عامل طبیعی (همان).

۳-۳. سببیت جزئی یا نسبی

گروهی دیگر از حقوق دانان را عقیده بر این است که در فرض مذکور

باید مسئولیت را میان عامل انسانی و قوه قاهره تقسیم نمود و به نسبت دخالت عامل اخیر از میزان مسئولیت سبب انسانی کاست (صفای، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶۸) یعنی تقسیم تأثیر ممکن است و هر عامل مسئول سهم خود است. پیش فرض این نظریه این است که عامل طبیعی هم ضامن است. یکی از موارد شایعی که در رویه قضایی کنونی ما بدین نظریه عمل می‌شود زمانی است که شخصی بیمار است یا پس از حادثه‌ای طبیعی دچار جراحی درونی پارگی طحال شده و متهم بدون اطلاع از این بیماری یا جراحی، ضربه‌ای به وی می‌زند و مرگ ناشی از تأثیر مجموع بیماری با ضربه، یا جراحی با ضربه باشد. طبیعی است اگر ضارب علم به بیماری و نقش آن در جنایت داشته باشد از صورت محل بحث خارج است و حکم آن قبلاً گفته شد اما اگر جهل به بیماری داشته باشد آیا می‌توان چنین انتساب و استنادی را پذیرفت؟

در بسیاری از پرونده‌ها، پزشکی قانونی در چنین مواردی بیماری زمینه‌ای یا وضعیت قبلی قربانی را نیز در نتیجه دخیل دانسته و درصدی از حادثه را منسوب به بیماری زمینه‌ای و سهم ضارب را مثلاً ۷۵ و سهم بیماری را ۲۵ درصد اعلام می‌کند.

در کتب فقهی کسانی که هردو را ضامن میدانستند به نسبت تأثیر عامل طبیعی سهمی از دیه عامل انسانی کم می‌کنند چنانکه رویه دادگاه‌های ما نیز چنین است.

روایات ما در این مورد ساکت است و ائمه علیهم السلام هیچگاه در این مورد تفصیلی نداده و استفساری هم نکرده‌اند یعنی هرگز سؤال نکرده‌اند آیا مقتول پیر یا بیمار یا کودک هست یا نه و اگر مقتول پیر یا بیمار یا کودک بوده نفرموده‌اند درصدی از دیه منتسب به این عوامل است.

اما آیا به این اطلاق یا ترک استفصال که در علم اصول مساوی با اطلاق است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۱/ زنده‌دل، ۱۴۰۲، ص ۱۰۳) می‌توان تمسک کرد؟

به نظر می‌رسد پاسخ منفی باشد بلکه باید چنین اطلاقی را حمل بر اهمال کرد یعنی در آن زمان به دلیل ابتدایی بودن علم طب و دقیق نبودن ابزارهای تشخیص طبی و عدم امکان تعیین دقیق نقش هریک از عوامل درونی و بیرونی، مسئله به حال خود رها شده و نفی یا اثباتا در مورد آن حکمی صادر نشده و این مسئله به معنای نفی محاسبه عوامل درونی در میزان ضمان نیست، همانگونه که ما امروزه ضمان نسبی را در حقوق خود پذیرفته ایم (ماده ۵۲۶ ق.م.ا). درحالی که هیچ عین و اثری از آن در روایات ما دیده نمی‌شود و در آن موارد نیز با ترک استفصال از جانب ائمه روبه‌رو هستیم اما امروز که چنین امکانی فراهم است آیا حکم عقل و رعایت انصاف مستلزم نسبت مسئولیت ضارب هست یا نه؟

پاسخ چندان روشن و قاطع نیست، از یک سو بار نمودن تمام مسئولیت بر دوش عامل انسانی درحالی که عامل دیگری نیز در حادثه دخیل بوده منصفانه نیست و قاعده آن است که هرکس به میزان سهمی که در بروز حادثه‌ای دارد باید مسئول شناخته شود، اما از سوی دیگر با توجه به اینکه استناد امری عرفی است، اختلاف فقها و حقوقدانان نشان دهنده آن است که عرف در این مسئله داوری یکسان و روشنی ندارد و استناد بخشی از خسارت به عامل طبیعی در این فرض، محل تردید و اصل، عدم آن است همانگونه که حکم بر تمام خسارت نسبت به عامل انسانی نیز محل تردید و اصل عدم آن است، نتیجه این دو اصل آن است که عامل انسانی فقط ضامن بخشی از خسارت باشد.

۴. دیدگاه قانون

از لحاظ قانونی، هیچ ماده قانونی به شکل دقیق ناظر به محل بحث که اجتماع عامل طبیعی غیرقابل پیش‌بینی با عامل انسانی غیرمجاز باشد یافت نمی‌شود. موادی مانند ۵۰۰، ۴۹۲ یا ۵۲۶ صرف استناد را لازم می‌داند اما

نمی‌گوید حادثه به چه کسی مستند است. موضوع ماده ۵۱۶ ترکیبی از عامل انسانی و عامل غیرقابل پیش‌بینی طبیعی است ولی صدر آن ناظر به عمل مجاز و ذیل آن ناظر به تقصیر است که از محل کلام خارج است؛ بنابراین مورد از موارد سکوت یا ابهام قانون است و قاضی می‌تواند طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر یا فتاوی معتبر مراجعه کند.

نتیجه

در اجتماع عامل انسانی و طبیعی، اگر عامل انسانی قاصد نتیجه یعنی وقوع حادثه باشد یا بدان علم داشته باشد تردیدی نیست که تمام مسئولیت متوجه اوست، اما در دو صورتی که نسبت به وقوع حادثه جهل یا ظن داشته باشد، درحالت جهل، سه دیدگاه در میان حقوق‌دانان و فقها اعم از شیعه و سنی وجود دارد، تمام ضمان متوجه عامل انسانی، نفی مسئولیت از عامل انسانی و استناد حادثه به هر دو عامل و لحاظ سهمی از ضمان بر دوش عامل انسانی که نظر اخیر در مقاله مورد تأیید قرار گرفت.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

سهم نویسنده در پژوهش

نویسنده مسئولیت کامل طراحی، اجرا، نگارش و تأیید نهایی مقاله را بر عهده داشته است.

تضاد منافع

نویسنده اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارد.

منابع

- این‌ادریس، محمدبن منصور؛ السرائر؛ ج ۳، چ ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- این‌براج، عبدالعزیز؛ مهذب؛ ج ۱ و ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
- این‌قدمه، محمدبن عبدالله؛ المغنی؛ ج ۵، بیروت: دارالکتاب العربی، [بی‌تا].
- اردبیلی (محقق اردبیلی)، احمدبن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱۰ و ۱۴، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، سیدسیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱ و ۴، تهران: اسلامی، ۱۳۸۳.
- پورمحمدی، رضا و سیدمصطفی محقق داماد؛ «اصول شناخت علل وقایع از منظر فقه امامیه و حقوق انگلستان»، مطالعه تطبیقی حقوق اسلام و غرب؛ ش ۴، دی ۱۴۰۰، ص ۲۶۷-۲۹۴.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ مفتاح‌الکرامه؛ قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، [بی‌تا].
- حلی (علامه حلی)، حسن‌بن یوسف؛ تحریر الأحكام؛ ج ۴ و ۶، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن‌بن یوسف؛ قواعد الأحكام؛ ج ۲ و ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن‌بن یوسف؛ مختلف‌الشیعة؛ ج ۵، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی، محمدبن حسن؛ ایضاح الفوائد؛ ج ۲ و ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکلمة المنهاج؛ نجف: مطبعة الآداب، [بی‌تا].
- درویدیان، حسنعلی؛ تقریرات درس مدنی ۴؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- دهقان، زهرا و منصو امینی؛ «ادعای فورس ماژور بر اساس کووید ۱۹ در قراردادهای فروش ال.ان.جی»؛ مطالعات حقوق انرژی؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۴۰۱، ص ۲۶۷-۲۸۹.
- الرافعی، عبدالکریم؛ فقه شافعی؛ ج ۱۱، [بی‌جا]: دارالفکر، [بی‌تا].
- رهنما، سمیه؛ معیارهای شناخت سبب اقوی از مباشر در ایراد خسارات بدنی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۸.
- زنده‌دل، محمد؛ «گستره ترک استتفصال در استنباطات فقهی»، نشریه فقه و اصول؛ ش ۴، زمستان ۱۴۰۲، ص ۶۹-۱۰۳.
- شافعی شربینی، محمدبن احمد؛ مغنی المحتاج؛ ج ۲، [بی‌جا]: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۵۸ م.
- صفای، سیدحسین؛ «شرایط و آثار قوه قاهره در اصلاحات قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ م و استفاده از آن برای رفع کاستی‌های نظام حقوقی ایران»؛ فصلنامه علمی پژوهشی حقوق خصوصی؛ ش ۳۹، تابستان ۱۴۰۱، ص ۳۸۹.
- صفای، سیدحسین؛ «قوه قاهره یا فورس ماژور بررسی اجمالی در حقوق طبیعی و حقوق

- بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی»، مجله حقوقی بین المللی؛ ش ۳، مرداد ۱۳۶۴، ص ۱۱۱-۱۵۴.
- صفایی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۷ و ۸، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ تمهید القواعد؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ مسالک الأفهام؛ ج ۱۲، قم: مؤسسة المعارف الشیعة، ۱۴۱۷ ق.
- عیسائی تفرشی، محمد و دیگران؛ «تأثیر همراهی قوه قاهره با تقصیر خواننده بر مسئولیت مدنی»، فصلنامه مدرس؛ ش ۴، زمستان ۱۳۸۶، ص ۱۹۳-۲۱۹.
- فاضل هندی، محمدبن حسن؛ کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ «معاونت در جرم از دیدگاه فقه اسلامی»، فصلنامه پژوهشی حقوقی؛ ش ۳، تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۳۹-۱۶۶.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ تسبیب در قوانین کیفری؛ ج ۴، تهران: جنگل، ۱۴۰۲ ق.
- کاتوزیان، ناصر؛ الزام‌های خارج از قرارداد؛ ج ۱ و ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، ج ۲، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- کرکی عاملی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۲، قم: آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- لفو، واین آر.؛ سببیت در نظام کیفری ایالات متحده آمریکا؛ تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- مراغی، میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهية؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان؛ الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف؛ ج ۶ و ۱۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۵۷ م.
- میرمحمدصادقی، حسین؛ جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص؛ تهران: میزان، ۱۴۰۰.
- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۳۷ و ۴۳، ج ۳، قم: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۲.
- Andrew Ashworth, *Principles of criminal law*, 1992, Oxford university press.
- Ap Simester and Gr Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine*, 2003, 2th ed, Oxford, U. S p 93.
- Michael Allen-*Text book on Criminal Law*, 2007, Oxford, 9 th ed.
- Smith & Hogan, *Criminal Law*, 2005, U. S. A New York, Oxford.



The Role of Custom (urf) in Distinguishing Between Claimant and Defendant and Its Relationship with the Theories of Subject Matter and Purpose of the Lawsuit

Seyyedah Fatemeh Tabatabaei* (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Studies in Humanities, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: fatatabaee@um.ac.ir

Fatemeh Sadat Hosseini

Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran. Email: fshossine@uk.ac.ir

Seyyedah Zahra Shahrinezhad

PhD Candidate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: zahrashahrinezhad@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

Citation Tabatabaei, S.F. , Hosseini, F.S. , Shahrinezhad, S.Z. (2026). The Role of Custom (urf) in Distinguishing Between Claimant and Defendant and Its Relationship with the Theories of Subject Matter and Purpose of the Lawsuit . [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#).23 (88): 39-74

Received: 11 February 2025 , Accepted: 14 July 2025

Abstract

The criterion for distinguishing between the claimant and the defendant has faced conflicting opinions among the jurists of Imami jurisprudence regarding the presentation of evidence. Therefore, elucidating the criteria for distinguishing between the claimant and the defendant in Imami jurisprudence is essential for the implementation of justice, conflict resolution, and the reconciliation of the opinions of jurists. Using a descriptive-analytical method, the results indicate that among the various definitions of the claimant and the defendant provided by the jurists of Imami jurisprudence, the perspective that regards custom (urf) as a determinative factor in identifying the claimant and the defendant is more robust. This is because, due to the lack of a concrete legal definition for the terms ‘claimant’ and ‘defendant,’ custom becomes the key determinant for these two roles, and the differences in definitions arise from the clarification and limitation of their customary and linguistic meanings. Nevertheless, a precise elucidation and limitation of this customary criterion, along with an analysis of disputes from both its Subject Matter and purpose, appears essential. The subject matter of a dispute is what the parties refer to; thus, a change in the appearance of the wording and the subject matter of the dispute can lead to entirely different outcomes. When it comes to bearing the burden of proof and taking an oath, either party can be the claimant or the denier. If the purpose of the dispute is the central factor in decision-making, there will only be one claimant and the other will be a denier, and Actions will be taken based on the principle of evidence. Clarifying the relationship between the relevant areas in jurisprudence and the two mentioned theories, and choosing the preferable theory, is instrumental in accurately identifying the claimant and the denier.

Keywords

Customary Understanding, Criterion (Manāt) , Denier, Subject Matter of the Lawsuit (Maḥaṭ) , Purpose, Result.



Extended Abstract

1. Introduction

The fundamental judicial principle in Islamic law, particularly Imami jurisprudence, is encapsulated in the rule: “Evidence is upon the claimant, and the oath is upon the one who denies” (Al-Bayyinah ‘ala al-mudda’i wa al-yamin ‘ala man ankar). This principle is also reflected in modern legal systems, such as Article 1315 of the French Civil Code and Articles 1257 of the Iranian Civil Code and 197 of the Civil Procedure Code,. Despite its universality, the law often fails to provide a precise criterion for distinguishing between the claimant (Mudda’i) and the denier (Munkir).

Accurately identifying these roles is essential for the implementation of justice and the resolution of hostilities, as it determines which party bears the burden of proof,. However, this identification becomes complex when a party may be viewed as a claimant from one perspective and a denier from another. This research aims to elucidate the criteria for this distinction in Imami jurisprudence, focusing on the role of custom (Urf) and analyzing the conflict between the theories of the Subject Matter of the Lawsuit (Masabb) and the Purpose of the Lawsuit (Gharad),.

2. Research Methodology

This study utilizes a descriptive-analytical method to address the core question regarding the relationship between customary criteria and existing jurisdictional theories,. The research involves a comprehensive review of diverse sources, including:

- Primary Jurisprudential Texts: Classical and contemporary Imami works that discuss judicial rules and principles (Qawa’id al-Fiqh),.
- Legal Doctrine: Contributions from prominent legal scholars such as Dr. Katouzian and others who have analyzed the burden of proof in civil matters.
- Legal Statutes: Relevant articles from the Iranian Civil Code and Civil Procedure Code,. The data collected from these sources are analyzed to determine which theory—Masabb or Gharad—is superior in identifying the claimant and denier within the framework of customary understanding,.

3. Research Findings

3.1. Standard Jurisprudential Criteria

Imami jurists have historically offered several definitions to identify the claimant and denier:

- The “Abandonment” Criterion: The claimant is the one who, if they were to drop the lawsuit, the litigation would cease (Man law taraka al-khusumah la-turik), whereas the denier’s withdrawal does not end the claim.
- Contradiction of the “Original State” (Asl): The claimant is the party whose statement contradicts a legal principle or the original state of affairs (e.g., the principle of non-indebtedness or non-existence), while the denier’s statement aligns with it.
- Contradiction of the “Apparent” (Zahir): The claimant’s assertion contradicts the apparent or customary state of things (e.g., claiming a wife’s maintenance was not paid in a society where such payment is the norm), while the denier’s statement follows the apparent.
- Contradiction of “Actual Evidence” (Hujjah): The claimant is one whose word contradicts active evidence (Hujjah Fa’liyah), even if it aligns with a general principle.

3.2. The Primacy of Custom (Urf)

The sources indicate that because there is no specific technical religious definition (Haqiqah Shar’iyyah) for “claimant” and “denier,” the reference point must be custom (Urf),.. Jurists like Ayatollah Khui and Imam Khomeini assert that these are customary concepts, and the various definitions provided in jurisprudence are merely attempts to clarify and limit the customary and linguistic meaning,.. Some traditions (Hadith) also suggest that the definition of a claimant is left to customary understanding, such as the practice of the people of Mecca regarding household furniture.

Furthermore, the application of Urf is dynamic; for instance, while custom once assumed mahr was paid before marriage, modern custom assumes it remains a debt unless proven otherwise. Thus, the jurist’s role is to discover the customary perception (Murtakaz-e Urfi) of these roles in contemporary contexts.

3.3. Subject Matter (Masabb) vs. Purpose (Gharad)

A critical finding of this study is the distinction between two theories used to apply the customary criterion:

- Theory of Subject Matter (Masabb): This view identifies the claimant based on the literal phrasing and appearance of the claim,. If the parties focus on different aspects of a transaction (e.g., one claims a sale, the other a gift), this theory may view both as claimants—a situation known as mutual claims (Tada’i)—requiring mutual oaths (Tahaluf),.
- Theory of Purpose (Gharad): This view focuses on the ultimate goal or legal effect sought by the parties (e.g., avoiding liability or reclaiming prop-

erty),. Proponents, including Ayatollah Khui and Shahid Sadr, argue that the “understanding of the wise” (Bina al-Uqala) naturally looks at the purpose of the litigation rather than mere wording.,.

The research highlights a tendency in some jurisprudential texts to confuse the initial filing of a claim with its Masabb. However, the study argues that focusing solely on Masabb is often un-customary, as changing the wording of a claim should not fundamentally alter the judicial reality of who is seeking to change the status quo.,.

4. Conclusion

The research concludes that custom (Urf) is the most robust and comprehensive criterion for distinguishing the claimant from the denier,. While several traditional criteria exist, they all serve to refine the customary understanding.,.

Importantly, the study finds that between the two analytical frameworks, the Theory of Purpose (Gharad) is superior,. While the Subject Matter (Masabb) theory is easier for a judge to apply because it relies on literal wording, the Purpose theory is more aligned with justice, equity, and the customary core of the dispute.,. A judge can and should look beyond the superficial phrasing of a lawsuit to identify the true intent and legal objective of the parties. This approach prevents the manipulation of legal outcomes through clever wording and ensures a fairer allocation of the burden of proof,. The study recommends that judicial practitioners prioritize the actual purpose of claims to avoid the violation of rights and to uphold the spirit of the “Al-Bayyinah” rule.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors’ Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Ashtiyani, Mohammad Hassan ibn Jafar. *Kitab al-Qada*. Vol. 2. Qom: Zuhayr Publications, 1383 SH. [In Arabic]
- Amili, Mirza Hashem. *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah wa al-Ijtihad wa al-Taqlid*. Vol. 4. Qom: Al-Matba'at al-Ilmiyyah, 1395 SH. [In Arabic]
- Azhdari, Ali. "The Burden of Proof in Jurisprudence and Civil Matters." *Journal of Jurisprudence and Principles of Law*, no. 12 & 13, Autumn 1391 SH: 1–23. [In Persian]
- Isfahani, Abu al-Hassan. *Wasalat al-Najat (Golpayegani)*. Vol. 3. Mehr Ostovar Printing House, 1393 SH. [In Arabic]
- Emami, Seyyed Hassan. *Civil Law*. Vol. 6. Tehran: Islamiyyah, 1375 SH. [In Persian]
- Bojnourdi, Seyyed Hassan. *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*. Vol. 3. Qom: Al-Hadi Publication, 1419 AH. [In Arabic]
- Bostani, Fouad Afram. *Abjadi Dictionary*. Translated by Reza Mahyar. Tehran: Islami Publication, 1375 SH. [In Persian]
- Behbahani, Mohammad Baqir. *Hashiyah Majma' al-Fa'idah wa al-Burhan*. Qom: Al-Allamah al-Mujaddid al-Wahid al-Behbahani Institute, 1417 AH. [In Arabic]
- Bayhaqi, Abu Bakr Ahmad. *Al-Sunan al-Kubra*. Edited by Mohammad Abd al-Qadir Ata. Vol. 10, 3rd ed. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 2003 AD. [In Arabic]
- Tabrizi, Javad. *Usul al-Qada wa al-Shahadah*. Qom: Author's Office, 1415 AH. [In Arabic]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. *Legal Encyclopedia*. Tehran: Ganj-e Danesh, 1399 SH. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. *Legal Dictionary*. Tehran: Ma'rifat. [In Persian]
- Hurr Amili, Mohammad ibn Hassan. *Wasa'il al-Shi'ah ila Tahsil Masa'il al-Shari'ah*. Edited by Haj Sheikh Mohammad al-Razi. Vol. 18. Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1403 AH. [In Arabic]
- Hosseini Haeri, Kazem. *Al-Qada fi al-Fiqh al-Islami*. Majma' al-Fikr al-Islami, 1423 AH. [In Arabic]
- Hakim, Abd al-Saheb. *Muntaqa al-Usul (Lectures of Ayatollah Rouhani)*. Vol. 7. Al-Amir Printing House. [In Arabic]
- Hilli (Ibn Fahd Hilli), Ahmad ibn Mohammad. *Al-Muhadhdhab al-Bari' fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'*. Vol. 4. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom, 1407 AH. [In Arabic]
- Hilli (Fakhr al-Muhaqqiqin), Mohammad ibn Hassan. *Idah al-Fawa'id fi Sharh Ishkalat al-Qawa'id*. Vol. 4. Qom: Isma'iliyan, 1387 SH. [In Arabic]
- Hilli (Muhaqqiq Hilli), Najm al-Din Jafar ibn Hassan. *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram*. Vol. 4. Qom: Isma'iliyan, 1408 AH. [In Arabic]

- Khodabakhshi, Abdollah. *Jurisprudential Foundations of Civil Procedure and Its Impact on Judicial Precedent*. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar, 1392 SH. [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah. *Mawsu'at al-Imam al-Khomeini*. Vol. 23. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1399 SH. [In Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah. *Tahrir al-Wasilah*. Vol. 2. Qom: Dar al-Ilm Press. [In Arabic]
- Khwansari Najafi, Musa. *Munyat al-Talib*. Vol. 1. Qom: Al-Maktabat al-Muhammadiyah, 1373 SH. [In Arabic]
- Khui, Seyyed Mohammad Taqi. *Mawsu'at al-Imam al-Khui*, Al-Mabani fi Sharh al-Urwat al-Wuthqa. Vol. 31. Qom: Al-Khui Islamic Foundation, 1430 AH. [In Arabic]
- Khui, Seyyed Abu al-Qasim. *Mabani Takmilat al-Minhaj*. Vol. 41. Qom: Institute for the Revival of Imam Khui's Works, 1422 AH. [In Arabic]
- Subhani, Ja'far. *Masadir al-Fiqh al-Islami wa Manabi'uhu*. Vol. 1. Beirut: Dar al-Adwa'. [In Arabic]
- Salimi, Seyf al-Din. "Exceptions to the Principle of 'Evidence is upon the Claimant and Oath is upon the Denier'." *Journal of Jurisprudence and Law*, no. 15, Autumn & Winter 1398 SH: 175–199. [In Persian]
- Shahroudi, Mohammad Ibrahim. *Sources of Ijtihad from the Perspective of Islamic Schools*. Tehran: Kayhan. [In Persian]
- Shibli, Ahmad. *The Art of Research*. Translated by Seyyed Jafar Sami Dabouni. Jihad Daneshgahi Publications, 1369 SH. [In Persian]
- Shartouni, Sa'id. *Aqrab al-Mawarid fi Fusah al-Arabiyyah wa al-Shawarid*. Vol. 3. Tehran: Awqaf and Charity Affairs Organization, Dar al-Uswah, 1416 AH. [In Arabic]
- Shokri, Farideh and Ameneh Sharaf al-Din Shirazi. "How to Identify the Claimant to Determine the Burden of Proof in Family Disputes." *Excellence in Law Quarterly* – Tehran General and Revolutionary Prosecutor's Office, no. 8, Autumn 1393 SH: 7–42. [In Persian]
- Shahidi, Mohammad Taqi. *Advanced Principles of Jurisprudence (Kharej-e Usul)*. Faqahat School, 2023-10-23. [In Persian]
- Shahidi, Mehdi. "Non-Simple Confession." *Judiciary Law Journal*, no. 1, Autumn 1370 SH: 40–56. [In Persian]
- Tabatabaei Hakim, Seyyed Mohsen. *Mustamsak al-Urwat al-Wuthqa*. Vol. 12. Qom: Dar al-Tafsir Institute, 1416 AH. [In Arabic]
- Tabatabaei Hakim, Mohammad Taqi. *Al-Usul al-Ammah lil-Fiqh al-Muqaran*. Qom: Al al-Bayt Institute for Printing and Publishing, 1979 AD. [In Arabic]
- Tabatabaei, Seyyed Mohammad Hossein. *Takmilat al-Urwat al-Wuthqa*. Tehran: Al-Haydari Press, 1378 SH. [In Arabic]

- Tusi, Abu Jafar Mohammad ibn Hassan. *Al-Khilaf*. Vol. 6. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1407 AH. [In Arabic]
- Tusi, Abu Jafar Mohammad ibn Hassan. *Tahdhib al-Ahkam*. Vol. 9. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1365 SH. [In Arabic]
- Amili (Shahid al-Awwal), Mohammad ibn Makki. *Mawsu'at al-Shahid al-Awwal*. Vol. 15. Qom: Islamic Propagation Office of the Qom Seminary, 1430 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid al-Thani), Zayn al-Din ibn Ali. *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i al-Islam*. Vol. 14. Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1413 AH. [In Arabic]
- Amili, Seyyed Mohammad Hossein. *Al-Zubdat al-Fiqhiyyah fi Sharh al-Rawdat al-Bahiyyah*. Vol. 4. Qom: Dar al-Fiqh for Printing and Publishing, 1427 AH. [In Arabic]
- Iraqi, Diya al-Din. *Sharh Tabsirat al-Muta'allimin (Al-Qada)*. Mehr Press. [In Arabic]
- Amid Zanjani, Abbas Ali. *Political Jurisprudence*. Vol. 2, 4th ed. Tehran: Amir Kabir Publications, 1421 AH. [In Persian]
- Fazel Lankarani, Mohammad. *Tafsil al-Shari'ah (Al-Nikah)*. Center for Jurisprudence of the Pure Imams, 1421 AH. [In Arabic]
- Fazel Hindi, Mohammad ibn Hassan. *Kashf al-Litham an Qawa'id al-Ahkam*. Vol. 10. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom, 1416 AH. [In Arabic]
- Qaeni, Mohammad Mehdi. *Advanced Jurisprudence (Kharej-e Fiqh)*. Faqahat School, March 2022. [In Persian]
- Katouzian, Nasser. *Evidence and Proof*. Vol. 1. Tehran: Mizan, 1380 SH. [In Persian]
- Katouzian, Nasser. *Introduction to Law*. Tehran: Mizan, 1402 AH/SH. [In Persian]
- Karimi, Abbas. *Evidence of Litigation*. Tehran: Mizan, 1399 SH. [In Persian]
- Kulayni, Abu Jafar Mohammad ibn Ya'qub. *Al-Kafi*. Vol. 7, 4th ed. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1407 AH. [In Arabic]
- Golpayegani, Mohammad Reza. *Hidayat al-Ibad (Golpayegani)*. Vol. 2. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim, 1371 SH. [In Arabic]
- Muttaqi, Ali ibn Husam al-Din. *Kanz al-Ummal fi Sunan al-Aqwal wa al-Af'al*. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1419 AH. [In Arabic]
- Muhaqqiq Damad, Seyyed Mostafa. *Jurisprudential Rules*. Vol. 3 & 4, 12th ed. Tehran: Islamic Sciences Publication Center, 1406 AH. [In Persian]
- Muhaqqiq Damad, Seyyed Mostafa. *Topics in Principles of Jurisprudence*. Vol. 2. Tehran: Islamic Sciences Publication Center, 1362 SH. [In Persian]
- Muhaqqiq Sabzevari, Mohammad Baqir. *Kifayat al-Fiqh*. Vol. 2. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom, 1381 SH. [In Arabic]
- Mohammadi, Sam, Hamid Abhari, and Isa Nemati Kachae. "Comparison and

- Distinction of Lawsuit Manner with Origin, Direction, Cause, Subject, Reason, and Entitlement.” *Contemporary Comparative Legal Studies*, Autumn 1402 SH: 257–279. [In Persian]
- Meshkini, Mirza Ali. *Istilahat al-Usul wa Mu'zam Abhatha*. 6th ed. Qom: Al-Hadi Publication, 1416 AH. [In Arabic]
- Muqaddas Ardabili, Ahmad ibn Mohammad. *Majma' al-Fa'idah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhkan*. Vol. 12. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser. *Anwar al-Fiqahah (Al-Nikah)*. Vol. 1. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib Publication Center, 1390 SH. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser. *Al-Urwat al-Wuthqa*. Vol. 2. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School, 1386 SH. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser. *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*. Vol. 2, 3rd ed. Qom: Imam Amir al-Mu'minin School, 1411 AH. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser. *Tafsir-e Nemuneh*. Vol. 4, 32nd ed. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1374 SH. [In Persian]
- Makarem Shirazi, Naser. *Kitab al-Nikah*. Vol. 2. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School, 1424 AH. [In Arabic]
- Maliki Isfahani, Mojtaba. *Dictionary of Principles Terms*. Vol. 1. Qom: Alamah, 1379 SH. [In Persian]
- Mousavi Sabzevari, *Abd al-A'la*. *Muhadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram*. Vol. 19. Qom: Al-Sayyid Abd al-A'la al-Sabzevari Publications, 1413 AH. [In Arabic]
- Nasif, Mansour Ali. *Al-Taj al-Jami' lil-Usul fi Ahadith al-Rasul*. Beirut: Dar al-Fikr, 2015 AH. [In Arabic]
- Nouri, Hossein ibn Mohammad Taqi. *Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbat al-Masa'il*. Vol. 17. Beirut: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, 1408 AH. [In Arabic]
- Warram ibn Abi Firas. *Tanbih al-Khawahir wa Nuzhat al-Nawazir (Majmu'at Warram)*. Vol. 1. Qom: Al-Faqih Library, 1410 AH. [In Arabic]
- Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud. *Buhuth fi Ilm al-Usul (Lectures of Shahid Mohammad Baqir Sadr)*. Vol. 4, 2nd ed. Qom: Al-Ghadir Center for Islamic Studies, 1417 AH. [In Arabic]
- Yazdi Tabatabaei, Seyyed Mohammad Kazem. *Al-Urwat al-Wuthqa wa al-Ta'liqat Alaiha*. Vol. 14. Qom: Al-Sibtayn International Foundation, 1388 SH. [In Arabic]



ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با

نظریه‌های مصبّ و غرض دعوی

سیده فاطمه طباطبائی* (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، مشهد، ایران.
Email: fatabatabaee@um.ac.ir

فاطمه سادات حسینی

استادیار گروه الهیات، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران.
Email: fshossine@uk.ac.ir

سیده زهرا شهری نژاد

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
Email: zahrashahrinezhad@gmail.com



استناد طباطبائی، سیده فاطمه؛ حسینی، فاطمه سادات؛ شهری نژاد، سیده زهرا (۱۴۰۵). ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصبّ و غرض دعوی. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۷۴-۳۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۳

چکیده

ملاک تشخیص مدعی از منکر جهت اقامه دلیل با تضارب آرای فقهای امامیه مواجه شده است؛ بنابراین تبیین مناسط تشخیص مدعی از منکر در فقه امامیه در راستای اجرای عدالت، رفع خصومت و تقریب آرای فقهاء ضروری می‌نماید. با روش توصیفی-تحلیلی نتایج بر آن است که از میان تعاریف مختلفی که از مدعی و منکر توسط فقهای امامیه ارائه شده است؛ دیدگاهی که عرف را تعیین‌کننده مدعی و منکر می‌داند از اتقان بیشتری برخوردار است؛ زیرا به علت فقدان حقیقت شرعیه و متشرعه برای کلمه مدعی و منکر، عرف تعیین‌کننده مناسط این دو می‌باشد و اختلاف در تعاریف در واقع به جهت تبیین و تحدید همان حقیقت عرفی و لغوی آن دو، حاصل شده است. با این حال تبیین و تحدید دقیق این معیار عرفی و تحلیل دعوی از دو جنبه مصبّ و غرض امری ضروری می‌نماید. مصبّ دعوا همان چیزی است که طرفین ذکر می‌کنند؛ پس با تغییر ظاهر لفظ و مصبّ دعوا، نتیجه کاملاً متفاوت شده و هنگام بر دوش گرفتن بار اثبات و اتیان سوگند هر کدام از طرفین می‌توانند مدعی یا منکر باشند. اگر غرض دعوا محور تصمیم‌گیری باشد، تنها یک نفر مدعی و دیگری منکر خواهد بود و بر اساس قاعده البینه علی المدعی والیمین علی من انکر اقدام خواهد شد. روشن نمودن ارتباط میان مناسطهای موجود در فقه با دو نظریه مذکور و انتخاب نظریه ارجح، در مسیر شناسایی صحیح مدعی و منکر، راهگشاست.

واژگان کلیدی

متفاهم عرفی، مناسط، مدعی، محطه، غرض و نتیجه.



مقدمه

قاعده «البینه والیمین» از قواعد مشهور بین فقهاست که در اکثر ابواب قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد. منطوق و مضمون قاعده «البینه علی من ادعی والیمین علی من ادعی علیه» در روایات عامه (ناصر، ۲۰۱۵، ج ۳، ص ۶۱/ بیهقی، ۲۰۰۳، ج ۱۰، ص ۲۵۲) و خاصه (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۸، ص ۱۷۰/ نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۳۶۸/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۲۹/ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۱) آمده است.

این قاعده عقلایی که کمابیش در اکثر نظام‌های حقوقی دیده می‌شود، در ماده ۱۳۱۵ ق.م. فرانسه نیز با این مضمون آمده است «هرکس که اجرای تعهد را مطالبه می‌کند، باید آن را اثبات کند، متقابلاً هرکسی که مدعی برائت ذمه خود است، باید ایفای تعهد یا امری که موجب سقوط تعهد او شده است را اثبات نماید.»

مواد ۱۲۵۷ قانون مدنی و ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی ایران نیز این قاعده را در خود منعکس نموده اما متأسفانه ملاک و معیاری برای تشخیص مدعی و منکر توسط قانونگذار ارائه نشده است.

تعیین ضابطه تشخیص مدعی و منکر از این جهت اهمیت دارد که مدعی و منکر موضوع برخی احکام در شریعت قرار گرفته‌اند و شناخت جایگاه این دو، دارای آثار فراوانی است؛ از جمله جهت طلب اقامه بینه از مدعی یا اداء سوگند توسط منکر در راستای اجرای عدالت و رفع خصومت، اما این امر هنگامی که یکی از طرفین دعوا از یک دیدگاه مدعی است و از دیدگاهی دیگر، منکر، بسیار دشوار می‌شود؛ بنابراین جهت جمع‌بندی نظرات فقها و ارائه راه حل مناسب، مقاله پیش رو ترتیب داده شد.

در این راستا به کتب فقهی متعدد از جمله کتب قواعد فقه و حتی کتب اصولی که در بخش‌های مختلف مثل اصل و ظاهر به این مبحث پرداخته‌اند، مراجعه شد. موضوع تشخیص مدعی و منکر در کتاب اثبات و دلیل اثبات مرحوم استاد کاتوزیان،

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

(۱۳۸۰) نیز به خوبی پرداخته شده است. از میان مقالات موجود نیز در مقاله اژدری (۱۳۹۱) تحت عنوان «بار اثبات دلیل در فقه و امور مدنی» پیشینه تاریخی قاعده، مجرا، شیوه اجرا و استثنائات قاعده مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین مقاله سلیمی (۱۳۹۸) تحت عنوان «مستثنیات قاعده البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» مشاهده شد که موارد استثنا شده از این قاعده گزارش گردیده است. البته در مقاله شکری و شرف‌الدین (۱۳۹۳) با عنوان «نحوه تشخیص مدعی در دعاوی خانوادگی»، ملاک‌ها و معیارهای مزبور به خوبی بررسی شده اما مقاله صرفاً دارای رویکرد دعاوی خانوادگی است.

تحقیق پیش رو درصدد تبیین دقیق ضابطه عرف در تشخیص مدعی از منکر در فقه و حقوق ایران بوده و تاکید زیادی بر روشن شدن جایگاه نظریه مصب و غرض دعوی و ارتباط با بحث حاضر داشته، به همین جهت دارای نوآوری بوده و خلاً این کنکاش فقهی در مقالات علمی را پر می‌کند.

به نظر می‌رسد اینکه علاوه بر نپذیرفتن نظرات دیگران به عنوان حقیقت مسلم در خصوص مناط و معیار و دیدگاه مصب دعوی، به بیان مطلب به شیوه‌ای بهتر و نقد مطالب علمی پرداخته شود، خالی از فایده نباشد. به گفته یکی از نویسندگان ابتکار و نوآوری، تنها کشف مطالب نوین نیست، بلکه شامل ترتیب مطالب شناخته شده به نحوی که سودمندتر و روشن تر باشد؛ یا دست یافتن به عللی جدید برای حقایق؛ یا مطرح کردن موضوعی منظم و شکل یافته از مطالب پراکنده نیز می‌شود (شبلی، ۱۳۶۹، ج ۲۸)

جمع‌آوری داده‌ها به روش توصیفی - تحلیلی در راستای پاسخ به این سؤال اساسی خواهد بود که ارتباط ضابطه عرف با ضوابط موجود و با دو نظریه غرض و مصب دعوی به چه نحو است و کدام یک ارجح است؟

۱. تعاریف و ضوابط تشخیص مدعی و منکر

در عبارت «البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه» مدعی موضوع

است و حکم این موضوع عبارت است از «البینه علیه». منکر موضوع است و «الیمین علی من انکر» یا «الیمین علی المدعی علیه» حکم آن است. به طور معمول مدعی کسی است که دعوی را شروع می کند، دادخواست می دهد و رد مال یا انجام کاری را می خواهد. فقهاء متقدم و متأخر نیز در تعریف و تبیین مدعی و منکر ملاک‌هایی را ارائه نموده‌اند؛ از جمله علامه در کتاب قواعد و نیز جمیع شارحان کتاب قواعد از ایشان تبعیت نموده‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۳۷۲) اما باید دانست تعریف مدعی بسیار سخت‌تر از تشخیص آن است (جعفری لنگرودی، [بی تا]، ص ۲۴۵) ممکن است در جریان دعوا، یک طرف برای دفاع از خود امری را ادعا کند که خلاف اصل یا ظاهر است مانند ادعای پرداخت نفقه بدهی، وجود قوه قاهره و انجام دادن کار مورد تعهد، و باید آن را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ش ۳۲۸)

جهت تبیین موضوع قاعده (مدعی و منکر) فقهای امامیه تعاریف مختلفی ارائه داده‌اند که در ذیل، هریک از این ملاک‌ها بطور مجزا اما اجمالی تبیین می شود. سپس در بخش بعد، ضابطه و ملاک مختار را بررسی خواهیم نمود.

۱-۱. من لو ترک الخصومة لترك

طبق اولین معیار، مدعی کسی است که اگر دعوی را رها کند رها می شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۹۷ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۳ / حلّی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۸۱ / عاملی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۹۱) بنابراین تعریف، منکر مقابل آن است؛ یعنی با ترک خصومت، دعوا خاتمه پیدا نمی کند. هر کس که ادعای مالکیت چیزی را دارد، اگر از این ادعای خویش دست بکشد دیگر دعوا و خصومتی باقی نمی ماند. اما با ترک مخاصمه توسط منکر، دعوا منتفی نمی شود بلکه خصومت ایجاد شده از طرف مقابل به قوت خود باقی است. انکار دعوی و منکر بودن متفرع بر وجود مدعی می باشد.

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

۱.۲. الذی یدعی خلاف الأصل

مدعی کسی است که قولش مخالف اصل باشد (مقدس اردبیلی، [بی‌تا]، ج ۱۲، ص ۱۱۵ / محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۷۱۹ / فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۸۵) در تعریف اصل آورده‌اند: حکمی که برای کسی که شک در حکم دارد قرار داده شده است و ناظر و کاشف از حکم واقعی شارع نمی‌باشد (مشکینی، ۱۴۱۶، ص ۵۶)؛ بنابراین منظور از اصل آن قاعده شرعی است که در واقعه خاص به آن عمل می‌شود، چه از اصول عملی باشد مانند اصل برائت، اصل عدم و اصل استصحاب چه از اصولی نظیر اصل صحت و مانند آن یا ظواهر معتبر مانند قاعده ید و... (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۷۳) نتیجه اینکه مراد از اصل، هر قاعده معتبری است که فعلاً در مورد خاص جاری می‌گردد چه اصل عدمی باشد و چه اصل وجودی؛ چه غیر از اصول اربعه مثل اصالة الصحة در عقود و چه اموری غیر از اصل مانند قاعده ید (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۸۲۳). اگر شخصی بر انعقاد عقد بیع علیه دیگری اقامه دعوا نماید، مدعی کسی است که قولش مخالف اصل باشد. اصل، عدم انعقاد عقد بیع می‌باشد؛ بنابراین کسی که ادعای تحقق عقد بیع دارد قولش مخالف اصل بوده و مدعی است پس باید بینه بیاورد. در صورت فقدان بینه، منکر که قولش موافق اصل است؛ باید سوگند یاد کند و دعوا به نفع وی خاتمه یابد.

۱.۳. من أن المدعی من یخالف قوله الظاهر

مدعی کسی است که ادعای امر پنهانی می‌کند که این بر می‌گردد به تعریف مدعی که قولش مخالف ظاهر است و منکر قولش موافق با ظاهر می‌باشد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۳ / محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۷۱۹ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۵۸ / آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۸۲۵) و منکر مقابل این‌ها می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۵۹) اینکه منکر کسی است که قولش موافق ظاهر است و ادعای امر آشکاری را می‌نماید،

قول مشهور است (عاملی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۹۲).

ظاهر در این تعریف یعنی هرآنچه متعارف باشد؛ بنابراین کسی که علیه دیگری ادعا کند که ماشین وی را به وسیله سرقت یا امر پنهانی دیگری گرفته است، چنین فردی مدعی خواهد بود. در دعوای قضائی بر نفقه زوجه اگر زوجه ادعا کند که زوج نفقه او را پرداخت نکرده این قول مخالف ظاهر است؛ زیرا در جامعه اسلامی، ظاهر حال مسلمان ادای نفقه زوجه می باشد؛ بنابراین ادعای عدم پرداخت نفقه مخالف با ظاهر حال جامعه اسلامی و مخالف با متعارف است و در این دعوا زوجه مدعی است و جهت اقامه دلیل بر مدعای خود باید بینه بیاورد. منظور از «ظهور» در این تعریف «ظهور نوعی» است نه «ظهور شخصی» حاصل از عدالت مدعی یا موثق بودن مدعی به هر دلیل دیگر؛ زیرا حجیت مطلق ادله و امارات دائر مدار ظن شخصی نمی باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۱۱ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۷۷)

۱-۴. من یدعی شیئاً علی الغیر و یکون ملزماً یا ثباته عندالعقلاء

یکی دیگر از ملاک های معرفی شده در فقه این است که مدعی چیزی را بر دیگری ادعا می کند که در نزد عقلاء ملزم به اثبات آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۰۲) و منکر کسی است که نفی کننده دین یا حق و... باشد. مثل اینکه علیه کسی، مال یا حق یا غیر این دو را ادعا کند یا ادعای پرداخت دین یا ادای عینی که بر او واجب بوده است، نماید (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۵۱). این مبحث ارتباط معنایی با موضوع عرف دارد که در ادامه دقیق تر در این خصوص بحث خواهد شد.

۱-۵. من قوله مخالف للحجة

در ملاکی دیگر مدعی کسی شناخته شده است که قول او با حجت فعلیه مخالف می باشد، هرچند که قول او با حجت غیر فعلیه؛ مثلاً با «أصل»، موافق باشد، ولی آماره ای بر خلاف آن موجود است (آشتیانی، ۱۳۸۳، ج ۲،

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

ص ۸۲۳ / حسینی حائری، ۱۴۲۳، ص ۲۵۵ / حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۵۷) مثلاً شخصی ادعا کند این گوشتی که در بازار است، تذکیه و ذبح شرعی نشده است. این شخص با این ادعا ابطال معامله را خواستار است؛ پس قول این شخص اگر چه مطابق با اصل عدم تذکیه است ولی بازار مسلمین و ید، آماره بر تذکیه می‌باشد؛ لذا اصل عدم تذکیه با این آماره محکوم می‌شود؛ بنابراین این آماره حجت فعلیه می‌باشد. قول این شخص مخالف با حجت فعلیه یعنی آماره می‌باشد، هر چند که موافق اصل عدم تذکیه است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۷۴) پس طبق این معیار و ملاک، قول منکر مطابق با حجت فعلی و قول مدعی مخالف با حجت فعلیه است.

۲. اقوال فقهای امامیه درباره ضابطه عرفی

تعاریف پیشین از مدعی و منکر ملاک‌ها و معیارهای خوب و قابل توجیه به‌شمار می‌روند، به‌خصوص که در اغلب دعاوی در تعیین مدعی و منکر دارای کاربرد هستند؛ مثلاً در فرضی که فرد غیر ساکن علیه شخص ساکن در ملکی، ادعای مالکیت می‌نماید، طبق تعاریف بالا و ملاک عرفی که در ادامه شرح داده خواهد شد، مدعی و منکر بر یک شخص مصداق داشته و اشکالی در تشخیص آن دو وجود ندارد.

به عبارت دیگر، شخص غیر ساکن ادعای مالکیت می‌کند و ساکن ملک، نفی مالکیت؛ پس منکر است زیرا قول ساکن ملک، موافق قاعده ید و موافق ظاهر هست (علی الظاهر فردی که ساکن ملک است مالک نیز هست) همچنین اگر مدعی، دعوارا رها کند، دعوا خاتمه می‌یابد؛ پس منکر می‌باشد؛ زیرا سخنش بر خلاف قاعده ید و مخالف ظاهر است (صدر، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۱۸-۱۹) اما همیشه کار به این سادگی نیست و در مواردی، هر کدام از این تعاریف و معیارها با دیگری نقض می‌گردند. مثلاً، در فرضی که پرداخت‌کننده، مدعی است که دین خود را ادا کرده است و گیرنده ادعا دارد که آن را به‌عنوان

هبه پذیرفته است، نمی‌توان به استناد ظهور و اصل و دیگر تعاریف مذکور، مدعی را تمییز داد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۶۵) پس ناگزیر از ارائه ضابطه و معیاری هستیم که به تناسب هر موضوع و با داشتن کلیت قاعده‌وار، بر همه مصادیق قابل تطبیق بوده و قابل نقض توسط دیگر تعاریف، نباشد.

۲-۱. عرف

در تعریف عرف آمده است: هر گفتار یا رفتار یا ترک گفتار و رفتاری که مردم آن را بشناسند و بر اساس آن عمل کنند، عرف نام دارد (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۸۶) عناصر عرف به نظر فقیهان عبارت است از عمل معین، تکرار آن عمل در همه مردم یا بیشتر آنان و ارادی بودن آن عمل نه غریزی بودن آن (شاهرودی، [بی‌تا]، ص ۳۹۵)

فقها معتقدند عرف با این توسعه حجت نبوده و فقط یا به‌عنوان سیره، حجت است یا تنها برای تشخیص حکم یا موضوع صغرای سنت. در هر صورت عرف، اصل مستقل معتبری در مقابل سایر اصول نمی‌باشد. اگر عرف از مواردی باشد که دلیلی بر نفی و اثبات آن از سوی شارع وارد نشده باشد، محکوم به اباحه ظاهری است (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۹۰)

البته ناگفته نماند آنچه گذشت در مورد عرف عملی است، مراد از عرف عملی، شیوه و روشی متعارف است که مردم در دادوستدها و تصرفاتشان بر اساس آن مشی می‌کنند، مانند متعارف بودن معاملات معاطاتی میان مردم، ولی عرف لفظی یا قولی، بدون تردید حجت است و نزاعی در آن نیست. وقتی نزد مردم، اطلاق لفظی بر معنایی غیر از معنای لغوی، متعارف و شایع شود؛ به‌گونه‌ای که هنگام شنیدن لفظ، جز آن معنا به ذهن تبادر نکند، اصولاً عرف لفظی گفته شده و حجت است؛ مانند اطلاق لفظ «دایه» بر اسب یا چارپا یا اطلاق لفظ «ولد» بر خصوص پسر، با آن‌که در لغت اعم از آن است (طباطبایی حکیم، ۱۹۷۹، ج ۱، ص ۴۲۱)

تنها اعتبار و کاربرد عرف و عادت در امور ذیل است: کشف مقصود

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

متکلم، در صدق عرفی، ۱ در مقام قضاوت، ۲ تشخیص یا تنقیح صغریات برای موضوعات احکام ۳ یا تنقیح آنها برای قیاس‌های استنباطی یا تحدید موضوعات احکام، مانند تحدید فقیر که شارع آن را موضوع برای جواز دادن زکات به او قرار داده است (شاهرودی، [بی‌تا]، ص ۴۰۸). بیشترین میدان عمل عرف در تشخیص موضوعات عناوین ثانویه مانند حرج، ضرر، اهم و مهم و نظائر آن است که بخش قابل توجهی از فقه را تشکیل می‌دهد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۱۷) عرف در قوانین قضائی و آئین دادرسی نیز به‌عنوان یک اصل و منبع مطرح می‌شود، و در تشخیص مدعی و منکر به‌عنوان یک راه تشخیص منکر، مورد استناد قرار می‌گیرد؛ زیرا ظاهر که در برابر اصل عدم برای تشخیص منکر به‌کار می‌رود، در حقیقت همان عرف است که گاه به‌عنوان بدل اصل عدم و گاه حتی مقدم بر آن قرار می‌گیرد (همان، ص ۲۱۶)

آیت‌الله خویی در تعریف مدعی فرموده‌اند: مدعی کسی است که بر کسی دیگر، ادعایی کند و از نظر عقلاء او ملزم به اثبات حرفش باشد (خویی، ۱۴۳۰، ج ۳۱، ص ۶۱) به عبارت دیگر آن کسی که در نظر عرف و عقلاء ملزم به اثبات گفته خودش است، مدعی است و دیگری مدعی علیه است. این سخن در کلام دیگر فقها نیز یافت می‌شود که: «أن المرجع فی فهم هذه اللفظة هو العرف» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۳۷۱) «فهو یعین و یشخص ما هو المراد منها» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۷۸)

۱. هرگاه مفاهیمی چون بیع و اجاره موضوع حکم شرعی واقع شوند، سپس دخیل یا مانع بودن چیزی از نظر شرع در صدق موضوع مشکوک باشد، در این صورت، صدق عرفی آن موضوع با وجود یا عدم آن چیز، دلیل آن است که همان، موضوع نزد شارع است.

۲. در مقام قضاوت به عرف‌های خاص به‌عنوان مرجع تشخیص رجوع می‌شود؛ زیرا برای هر شهری و قومی عرف‌های ویژه‌ای وجود دارد که در چارچوب آن با یکدیگر داد و ستد و تعامل می‌کنند (سبحانی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۸۷).

۳. مثلاً در شرایط لباس نمازگزار، فقیه از منابع اولیه استنباط می‌کند که همراه نمازگزار پوست خز یا طلا نباید باشد. تا این مقدار به عهده فقیه است؛ ولی اینکه پوست خز یا طلا چیست؛ به عرف واگذار شده است. هرچه را که عرف پوست خز یا طلا تشخیص دهد همان خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۵۴).

۴. هوالمدعی والملزم بالإثبات لدی العقلاء.

از آنجا که برای «مدعی» حقیقت شرعی و متشرع‌ای ثابت نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۳۷۱/خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۵۱) که حمل بر آن شود، ضمناً معنای لغوی آن نیز اراده نشده است؛ بنابراین بعد از عدم بیان از جانب شرع (آملی، ۱۳۹۵، ج ۴، ص ۲۲۷) مرجع در تشخیص معنای مدعی، عرف خواهد بود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۷۳/حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۱۴۷). مرجع تعیین مدعی و منکر عرف عام عقلاء و متفاهم عرفی است و جهت تبیین مناط مدعی و منکر باید به آن رجوع کرد. گفتنی است در دادرسی، منظور از عرف، عرف قضایی است (ازدری، ۱۳۹۱، ص ۱۴).

امام خمینی نیز در تحریرالوسیله ذیل تعریف مدعی و منکر می‌فرماید: «باید دانسته شود که تشخیص مدعی و منکر مانند سایر موضوعات عرفیه، عرفی می‌باشد؛ و شارع مقدس، اصطلاح خاصی در آن دو ندارد و با عبارات قریب به هم، تعریف شده است و تمام این تعاریف مربوط به تشخیص مورد است، ...؛ پس بهتر آن است که تشخیص وی به عرف موکول شود» (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۱۰) در این زمینه عمل عرف و شرع کاملاً هماهنگ است (آشتیانی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۳۶) به عبارتی اصل عرفی توسط شریعت پذیرفته شده و اصل شرعی قلمداد گشته است. مثل قاعده ید، اصل صحت، اقرار عقلاً (صدر، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۱۵)

در روایت عبدالرحمن بن حجاج، امام (ع) از برخی اصحاب در مورد قضاوت برخی قضات اهل سنت در اثاث خانه سؤال کرده‌اند و بعد در تبیین مسئله فرموده‌اند که در مورد اثاث خانه، زن مدعی علیهاست و مرد مدعی است و آن را معلل کرده‌اند به اینکه اگر از اهل مکه پرسید همه خواهند گفت جهاز از طرف زن تأمین می‌شود (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹، ص ۳۰۲). بدین ترتیب، برخی از روایات نیز تعریف مدعی را به عرف واگذار نموده است.

آیت‌الله مکارم شیرازی معتقدند در بین تعاریف تعارضی وجود ندارد و در واقع نزاع، لفظی است. ایشان بر این باورند اگر بر فرض هم دعوائی در بین این

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

اقوال و تعاریف موجود باشد، حق با قول به معنای عرفی و لغوی است و این معنا با احتمال‌های دیگر می‌سازد؛ پس حقیقت مدعی و منکر یک معنی عرفی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۰۲). شاید تعاریف مذکور ناظر باشد به تنقیح معنای عرفی مدعی؛ لذا گاهی در بعضی از کلمات فقهاء جمع بین دو تعریف یا تعاریف متعدد به چشم می‌خورد، همانگونه که در شرائع و قواعد آمده است اما بین آن‌ها از حیث وسعت و ضیق فرق است که در این صورت با هم تفاوت دارند (همو، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۳۴۲)

۲-۲. تحلیل و بررسی حیطه اعتبار عرف در تشخیص مدعی و منکر

تعاریفی که برای مدعی و منکر ذکر شد همه برای تبیین معنای لغوی و عرفی است؛ زیرا باید ملاحظه داشت که با صرف احاله به عرف بدون تبیین معنای عرفی، مسئله تمام نمی‌شود. هرچند عرف، مرجع در تشخیص معناست، اما چون مسئله موضع اختلاف واقع شده و مبتنی بر گمان و حدس گشته؛ لذا این فقیه است که باید حقیقت عرفی این کلمات را تبیین نماید (ر.ک: محمدی قایینی، درس خارج فقه، ۱۴۰۰/۱۲/۱۴؛ <https://eshia.ir/>؛ 1400/feqh/archive/ghaeeni/feqh) او قادر بر کشف مرتکز عرف است و می‌تواند با تحقیق و بررسی ارتکاز عرف، معنای عرفی را تبیین کند. از آن جا که «مدعی» حقیقت شرعی و متشرعه ندارد، بلکه حقیقت عرفی دارد؛ بنابراین اختلاف تعاریف فقهاء به جهت تبیین و تحدید همان حقیقت عرفی است.

باتوجه به اینکه هیچ یک از تعاریف موجود، حد منطقی نمی‌باشند، بلکه فقط شرح الاسم محسوب می‌شوند (ر.ک: همان، ۱۴۰۰/۱۲/۱۸)؛ پس اختلاف در تعاریف موجب اختلاف در تطبیق و اختلاف در صدق مدعی و منکر در فروض مختلف نمی‌شود.

لازم به ذکر است همانگونه که صاحب جواهر تصریح نموده‌اند اینطور نیست که هر کسی که حرف او با بینه اثبات شود او مدعی باشد یا اگر

حرف او با قسم ثابت شود او منکر باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۳۷۶) مواردی در فقه موجود است که فرد با اینکه مدعی است اما مکلف به قسم است و حرفش با قسم ثابت می‌شود؛ مثلاً ودعی، که ادعا می‌کند مال صاحب مال را به صاحبش برگردانده است. با اینکه مدعی است اما لازم نیست اقامه بینه نماید بلکه با قسم حرف او ثابت می‌شود. همچنین در دعاوی بر تلف مالی که به امانت در دست امین بوده است قول امین بر عدم تعدی و تفریط پذیرفته می‌شود زیرا او بر حسب عرف منکر است. باتوجه به تعاریف مذکور تعریف «مدعی قولش مخالف اصل است و منکر قولش موافق اصل است» برای تبیین و تحدید معنای عرفی مدعی و منکر و تشخیص آن دو در دعاوی از یکدیگر قابل انطباق‌تر است، هر چند گاهی اوقات تشخیص اصل و ظاهر برای مردم عادی سخت می‌گردد و نیاز به ورود فقیه دارد. اما تعریف «مدعی کسی است که اگر دست از خصومت بردارد دعوا منتفی می‌گردد» یا اینکه «مدعی کسی است که علیه کسی چیزی را بیان نموده که نزد عقلاء باید آن را ثابت نماید»، در تحدید معنای عرفی مدعی برای عموم موفق‌تر بوده است.

این مسئله را نباید از نظر دور داشت که عرف در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، رویکرد متفاوتی دارد؛ مثلاً در روایات آمده است که خانمی با وجود واقعه با همسرش، مطالبه مهریه نمود و ادعا کرد که پرداخت نشده و امام (ع) فرمود: زن باید بینه اقامه نموده و مرد سوگند یاد کند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۸۶). از آنجایی که در سابق عرف و عادت بر این بوده که تا مهریه زن پرداخت نمی‌شد به خانه شوهر نمی‌رفت (عاملی، ۱۴۳۰، ج ۱۵، ص ۸۸)، پس زن در صورت ادعای عدم پرداخت مهریه، مدعی محسوب می‌شد. اما امروزه یقیناً اصل بر عدم پرداخت مهریه است و عرف جامعه

۱. «إذا دخل الرجل بامرته ثم ادعت المهر و قال قد اعطيتك فعلیها البینه و علیہ الیمین».

۲. يجوز تغير الأحكام بتغير العادات ... و منه: الاختلاف بعد الدخول في قبض الصداق، فالمرور بتقديم قول الزوج؛ عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول.

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

به گونه‌ای است که اساساً پرداخت مهریه به‌عنوان بدهی در ابتدای عقد امری مرسوم نیست؛ بنابراین مردی که ادعای پرداخت مهریه دارد، چون عرفاً قولش مخالف اصل است، باید سخن خود را ثابت کند.

۳. مصبّ دعوی یا غرض دعوی در معیار تشخیص مدعی از منکر

در بحث حاضر، لاجرم باید به موضوع غرض الدعوی یا مصب الدعوی نیز پرداخته شود. ارتباط این بحث به گونه‌ای است که طرفداران هرکدام از این نظریات در فقه، مدعی و منکر را به نحو متفاوتی بازمی‌شناسند. به عبارت بهتر، با وجود پذیرش قاعده البینه علی المدعی و با ملاک فهم عرف در تشخیص مدعی بر حسب مصبّ دعوا، تشخیص مدعی متفاوت خواهد بود (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۵)

باید توجه داشت که مصبّ دعوا یا غرض به‌عنوان ملاکی برای تمییز مدعی و مدعی علیه و در عرض ملاک‌های مذکور در بالا مطرح نیست بلکه توجه به مصبّ دعوا یا غرض در هر یک از ملاک‌های معرفی شده در تشخیص مدعی به کار می‌آید.

در بحث حاضر برخی فقها قائل به پیروی از مصبّ دعوی بوده و در مقابل برخی نیز معتقدند باید به غرض دعوی توجه نمود و آن را معیار تشخیص مدعی و منکر برشمرد. البته در این بین عده‌ای نیز بر این باورند که بحث مذکور، فاقد اثر است و مدعی و منکر ارتباطی با مصبّ و غرض دعوی نداشته و خود را وارد این معرکه نمی‌کنند. لازم به ذکر است این نزاع، نزاع در یک حکم شرعی نیست؛ چون پیشتر عرض شد «مدعی و منکر» حقیقت شرعی ندارند، بلکه این بحث فقط در تعیین مصداق مدعی و منکر است. در ادامه به بررسی دقیق‌تر این مباحث خواهیم پرداخت.

۳-۱. دیدگاه مصبّ دعوی

صبّ به معنای ریختن آب است (بستانی، ۱۳۷۵، ص ۵۴۶). مصبّ، اسم

مکان بر وزن مفلّ از صاب یصوب: به معنای نزول و قصد، مانند «صاب المَطْرُ انْصَبَّ و نزل. صاب السَّهْم نحو الرَّمیة: قَصدها» (شرتونی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۲۴۴). این کلمه با معانی لغوی فوق، به اصطلاحی فقهی - حقوقی تبدیل شده که در شناسایی مدعی و منکر، کاربرد دارد. معنای اصطلاحی مصبّ دعوی، مشابه «جهت» دعوی در آیین دادرسی است (محمدی و دیگران، ۱۴۰۲، ص ۲۷۳)

همانطور که جهت ۱ یا نحوه تحریر دعوی باعث می شود، دعاوی، شکل گرفته و تفاوت یابند؛ مصبّ دعوی در اصطلاح فقهی نیز همان کارکرد را داشته و یک ثمره تشخیص آن، متمایز نمودن مدعی و منکر خواهد بود. اینکه خواهان و خواننده، بحث را چگونه و بر روی چه موضوعی متمرکز کنند اصطلاحاً مصبّ دعوی شکل گرفته و اگر به جای آن موضوع، مسئله دیگری را مورد توجه قرار دهند، مصبّ دعوی تغییر می یابد (خدابخشی، ۱۳۹۲، ص ۴۲۶) برای مثال اگر مصبّ دعوی، عقد (سبب) باشد، فرق دارد با وقتی که مصبّ دعوا، ملک یا ثمن معامله (مسبب) باشد و فروض مختلفی متصور خواهد بود (همان، ص ۴۲۷)

این موضوع در مباحث فقهی ضمن فروع گوناگونی، ذکر شده و باب مستقلی ندارد. اما از امور مبتلابه در مسئله قضا می باشد. از مصبّ دعوی، با محطّ دعوی نیز یاد می شود (بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۲۰۷ / عراقی، [بی تا]، ص ۱۹۵) مهم ترین دلیل ایشان نیز این است که آنچه می تواند مورد توجه قاضی قرار بگیرد، صدق مدعی و مدعی علیه بر افراد به حسب ظاهر لفظ و ظاهر حال و برداشت عرفی می باشد. اما اغراض و نتیجه دعوی از امور خارجی بوده و در این امر دخالتی ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۱۵) در مورد پیشینه فقهی و تأثیر مصبّ در حکم دعوی باید گفت: عبارت

۱. جهت دعوی، در آیین دادرسی خواسته دقیق مدعی یا شاکی است که می تواند شامل مطالبه وجه، استرداد مال یا اثبات حق باشد.

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

مصبّ دعوی، از ابداعات متأخرین فقهاست و پیش از ایشان در میان متقدمین، استعمال این عبارت، یافت نمی‌شود. برای اولین بار، صاحب جواهر، در کتاب القضا، مبحث اختلاف در عقود، مصبّ دعوی را دلیل موجهی برای تحالف ذکر نموده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۰، ص ۵۰۱) صاحب عروه در موارد متعددی تصریح کردند که در موارد تنازع حکم به تحالف می‌شود، مثل تنازع مالک با شخصی که در خانه او ساکن است و مالک ادعای اجاره و شخص ساکن در خانه ادعای عاریه می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸، ج ۱۴، ص ۶۱) و همچنین در بحث اختلاف در وقوع عقد مضاربه (همان، ص ۱۹۳) و تنها توجیه تحالف این است که گفته شود ایشان ملاک تشخیص مدعی و منکر را لحاظ مصبّ الدعوی می‌دانند؛ زیرا تحالف حکم باب تداعی است (ر.ک: شهیدی، درس خارج اصول، ۱/۸/۱۴۰۲؛ <https://eshia.ir/>؛ <http://feqh/archive/text/shahidi/osool/1402/14020801>) در همین راستا در تکلمه عروه نیز فرموده‌اند: «لا یخفی أنّه قد یختلف صدق المدعی و المنکر بحسب مصبّ الدعوی» (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۵).

به‌طورمثال هرگاه اختلاف بین تقدم و تاخر نکاح زنی که توسط دو وکیل وی، به عقد ازدواج دو نفر درآمده است، پیش بیاید؛ گفته شده اگر مصبّ دعوا صحت یا فساد عقد نکاح باشد متفاوت است از جایی که مصبّ دعوا سبق و لحوق نکاح یا فقدان زوجیت باشد و میزان در تشخیص مدعی و منکر نوعاً مصبّ دعواست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۳۰ / اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۱۶۷ / خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۶۱ / گلپایگانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۲۴) لازم به ذکر است حضرت امام در تحریرالوسیله عبارتی دارند که در آن یک راه ابتدایی و ساده برای تمیز مدعی و منکر ارائه شده و آن مسئله طرح دعواست. یعنی کسی که دعوی را اول بار، طرح می‌نماید، مدعی است. هرچند گاهی از روی مصبّ دعوی، مدعی را می‌شناسیم. می‌فرماید: و گاهی مدعی و منکر در نظر عرف به‌حسب طرح دعوی و مصبّ آن، مختلف

می‌شود و گاهی به حسب مصب آن، از قبیل تداعی (دعوی طرفینی) می‌باشد^۱ (خمینی، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۴۳۹)

از همین جا حکم مصب الدعوی نیز روشن می‌گردد. یعنی اگر مبنا تعیین مصب الدعوی یا ظاهر لفظ، ظاهر حال و برداشت عرفی باشد و تشخیص مدعی و منکر دائرمدار مصب باشند، نه غرض دعوی؛ پس مسئله از قبیل دعوی طرفینی خواهد بود که دو نفر نسبت به یک چیز مدعی هستند پس هرکدام بینه بیاورند قول او قبول است، و اگر هر دو بینه آوردند تعارض و تساقط می‌کند و نوبت به تحالف می‌رسد که هر دو ادای سوگند کنند. برخی نویسندگان حالات و مصادیق مختلف آن را به خوبی بررسی و تبیین نموده‌اند (خدابخشی، ۱۳۹۲، ص ۴۳۱-۴۳۴) به‌طورمثال اگر مصب الدعوی این است که شخص الف ادعای بیع و شخص ب ادعای هبه می‌کند؛ پس هرکدام از آن دو مدعی و منکر هستند.

اما نکته‌ای که در این مقاله به‌طور ویژه مورد بررسی قرار می‌گیرد بحث خلط میان طرح دعوی و مصب دعوی است که در کلام برخی فقها مشاهده می‌شود. آیت‌الله مکارم شیرازی فرموده‌اند: مصب به معنی مال، نتیجه، عصاره و محل پذیرش دعوی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۰۲) و در ادامه، مصب را اینگونه تعریف می‌کنند «والمراد بالمصّب هو نتیجه الدعوی ومآلها» (همو، ۱۳۹۰، ص ۴۳۳).

ایشان می‌نویسند: آیا در مقام قضاوت، قاضی باید به طرح دعوی نگاه کند یا به نتیجه و مصب؟ مسلماً عقلاً به مصب دعوی نگاه می‌کنند، چون با عوض شدن الفاظ شکل دعوی عوض شده و منکر و مدعی جایشان عوض می‌شود. در ما نحن فیه اگر مصب را مدنظر قرار دهیم، دعوی در صحّت و فساد است، امام (ره) در اینجا این مسئله را مطرح می‌کند و می‌فرماید این بحث‌ها در صورتی است که به مصب دعوی نگاه کنیم ولی اگر الفاظ و عبارات را مدنظر قرار دهیم، حکم تفاوت می‌کند (همو، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۰۲)

۱. «و قد یختلف المدعی و المنکر عرفاً بحسب طرح الدعوی و مصبها، و قد یكون من قبیل التداعی بحسب المصّب».

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

در اینکه منظور ایشان از طرح بحث به این نحو، چه بوده است؛ می‌توان گفت از آنجایی که ایشان معنای لغوی مصب را نیز به گونه‌ای دیگر عنوان نموده و مصب را به محل ریختن آب که تقریباً شبیه همان قصد و اراده باشد، معنا کرده‌اند، بعید نبوده که مصب را به معنای غرض دعوی بدانند. اما به هر حال مشی ایشان خلاف مشی دیگر فقها بوده و بهتر بود که این اختلاف در تعبیر و علت آن را به طور صریح در کتاب خود مورد اشاره قرار می‌دادند.

به نظر می‌رسد نظر معظم له این است که مصب دعوا به اعتبار غرض و اثر دعوا قابل پذیرش باشد که در دیگر متون فقهی عنوان شده است (تبریزی، ۱۴۱۵، ص ۳۰۹) به همین دلیل مصب دعوی را در مقابل طرح دعوی قرار می‌دهند و اصلاً ذکری از دیدگاه غرض الدعوی نمی‌برند. به هر حال ایشان نیز در جای جای کتب خویش، طرفدار مصب دعوی هستند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص ۵۹۸).

در خصوص اثر تشخیص مصب دعوا بر اتیان سوگند نیز باید افزود اگر معیار را مصب دعوا بدانیم باید در موارد تحالف، هر دو نفر سوگند یاد کنند (بر خلاف دیدگاه پذیرش غرض دعوا که تنها یک نفر مدعی خواهد بود و منکر موظف به سوگند است) از همین رو امام خمینی فرموده‌اند: میزان و معیار در تحالف، حلف و احلاف، مصب دعواست (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸، ج ۱۴، ص ۱۹۲). همچنین لازم نیست قسم بر خود مصب دعوا باشد بلکه بر چیزی که لازمه اثبات یا نفی مصب باشد، نیز می‌توان قسم خورد (خدابخشی، ۱۳۹۲، ص ۴۳۸) مثلاً شخصی مدعی اتلاف مال او توسط دیگری است در این حالت منکر می‌تواند قسم بخورد که مشغول الذمه نیست.

۳-۲. دیدگاه غرض دعوی

برخی از فقها برای تشخیص مدعی و منکر به غایت، اثر، غرض، نتیجه دعوا و هرآنچه از دعوا به دست می‌آید توجه دارند.

۱. «و أن المعيار في تشخیص المدعی و المنکر هو مصب النزاع أو ما يؤول إليه».

برای مثال در صورتی که مشتری بگوید مبیع معیوب است و بایع بگوید مبیع معیوب نبوده است. در اینجا مشتری مدعی و بایع منکر است. اگر همین دعوا به صورت دیگر طرح شود که بایع بگوید ثمن مبیع، ملک من است و مشتری بگوید عقد را فسخ کرده ام و آن پول، ملک شما نیست. این همان دعوا است که غرض و هدف دعوا لحاظ شده است و در این صورت جای مدعی و منکر تغییر می کند.

طبق نظر ایشان، انصاف این است که از نظر عرف برای قاضی، مهم غرض افراد در یک واقعه واحده است. دلیل این گروه نیز سیره عقلا و غیر عرفی بودن ملاک مصب الدعواست. از آنجایی که عقلاء دنبال غرض طرفین هستند و عرف نیز غرض و هدف طرح دعوی را لحاظ می کند؛ پس اختلاف در حکم قاضی با اختلاف شکل پرونده‌هایی که از نظر محتوا مشابه هم هستند، مورد پذیرش نیست؛ پس از نظر عقلائی و عرفی معیار این است که ببینند به لحاظ غرض دعوا چه کسی ملزم به اثبات است (ر.ک: شهیدی، درس خارج اصول، ۱/۸/۱۴۰۲؛ <https://eshia.ir/feqh/archive/text/shahidi/osool/1402/14020801>).

دلیل دیگر روایتی است که پیامبر اکرم (ص) با عبارت «بعضکم الحن بحجته من بعض» قضاوت خود بر اساس بینه را تبیین می فرمایند. ۱. قائلین به نظریه غرض الدعوی معتقدند که این روایت به معنی این است که برخی به حجت‌ها آشنا هستند و خوب می دانند چه حجتی بر صدق خود اقامه کنند تا قاضی به نفعشان حکم کند یا همان غرض الدعوی را خوب می دانند چطور تنظیم نمایند (همان)

۱. انما اقاضی بینکم بالبینات و الایمان و بعضکم الحن بحجته من بعض فایما رجل قطع له من مال اخیه شیئا فانما قطع له به قطعة من النار (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۴). این فرمایش به نحو دیگری نیز روایت شده است: انما انا بشر و لعل بعضکم ان یكون الحن بحجته من بعض فمن قضیت له من حق اخیه فانما اقطع له قطعة من نار (متقی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۴۲، ش ۱۵۰۳۹) و روت ام سلمه زوجة النبی (ص) قال: انما انا بشر مثلکم و انکم تختصمون الی و لعل بعضکم ان یكون الحن بحجته من بعض فاقضی له علی نحو ما اسمع منه فمن قضیت له بشیء من حق اخیه فلا یاخذہ فانما اقطع له قطعة من النار (ورام، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۰).

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

البته استناد به روایت فوق برای دفاع از دیدگاه غرض‌الدعوی، خلاف ظاهر است. چون نبی اکرم (ص) به صراحت بیان می‌کنند که وظیفه دارد مطابق ظاهر و بر طبق دلیل طرفین دعوا قضاوت کند، (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۱۳) پس برای اثبات سخنی خلاف ظاهر روایت باید قرینه‌ای حالیه یا مقالیه وجود داشته باشد.

البته در این بین ادله دیگری نیز وجود دارد؛ مثلاً گفته شده اینکه صلح بلاعوض یا مبیع یا هبه غیرمعوض به اثبات رسد، فایده‌ای ندارد زیرا اساساً این دعاوی را نمی‌توان بدون اثر و غرض آنها، استماع کرد و اگر این دعوا استماع شود، مانند آن است که کسی با ادعای فلان مقدار مساحت قاره آفریقا، ادعایی را طرح کند که هیچ غرضی ندارد (خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۶۲) در اختلاف میان هبه و بیع گفته‌اند توجه به مصب دعوی صحیح نیست و دعوا بدون غرض، قابلیت استماع ندارد و از آنجا که اثر دعوا، جواز یا لزوم عقد به جهت استرداد مال می‌باشد، قول مدعی لزوم مقدم است و نوبت به تحالف نمی‌رسد (حکیم، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۲۷).

در مورد پیشینه فقهی و تأثیر غرض دعوی در حکم باید گفت: پیروی از این دیدگاه صرفاً در ضمن تبیین مصادیق و فروع فقهی مشاهده می‌گردد. برخی مانند آیت‌الله خوئی (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۷۳)، شهید صدر (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۴۳-۱۴۴)، مرحوم تبریزی (تبریزی، ۱۴۱۵، ص ۳۰۹) آیت‌الله حکیم (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۴۰۱) ملاک تشخیص مدعی و منکر را غرض دعوی می‌دانند.

همانطور که پیشتر ذکر شد، اگر قاضی، غرض دعوا را کشف کند، تنها یک نفر مدعی و دیگری منکر خواهد بود و بر اساس قاعده البینه علی‌المدعی والیمین علی من انکر اقدام خواهد شد. روشن است که وظیفه پیروان این دیدگاه در کشف اغراض و نیات درونی افراد، کار مشکل و پیچیده‌ایست اما پس از کشف غرض دعوی، عمل تشخیص مدعی راحت خواهد بود.

اگر غرض دعوا محور تصمیم‌گیری باشد، در مثال اختلاف در مال الاجاره، میزان سود در مضاربه و مدت در عقد مزارعه مدعی کسی است که قائل به زیادی مال الاجاره، سود یا مدت باشد.

این بحث با مسئله تطابق ایجاب و قبول نیز مرتبط است. در ماده ۱۹۴ قانون مدنی مقرر شده: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشا معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود.» و نویسندگان حقوقی تطابق در شروط قرارداد را هم یکی از موارد آن می‌دانند؛ بنابراین طبق دیدگاه مصبّ دعوا ممکن است قاضی حکم به عدم تحقق یا انفساخ عقدی دهد که یکی از طرفین وجود شرطی را ادعا می‌کند و دیگری منکر آن است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۱۹۷) واضح است که تفاوت دو دیدگاه، به روشنی موجب تفاوت در حکم می‌شود.

۳-۳. دیدگاه بی‌اثر بودن مصبّ و غرض دعوی در صدور حکم

برخی بدون اینکه نظر خود را در این مورد برشمارند، ضمن هر فرع فقهی، حکم استنباطی خود را بیان نموده و اصلاً سخنی از مصبّ و غرض دعوی به میان نمی‌آورند؛ چراکه از نظر ایشان حکم یکسان است و با تغییر مصبّ یا غرض، تغییر نمی‌پذیرد.

به‌طور مثال در مورد انتساب فرزند به مرد فرقی نیست که مصبّ دعوی یا غرض واقعی چه باشد.

برخی در همان بحث اختلاف در میزان مال الاجاره بین موجر و مستاجر پس از نقل نظریات گوناگون و تعریف مصبّ دعوا به چیزی که طرفین ذکر می‌کنند، گفته‌اند آنچه در روایات آمده، منکر و مدعی است و اشاره‌ای به غرض دعوا یا مصبّ دعوا نشده؛ بنابراین دعوا به هر صورت و با هر دلالتی (مطابقی یا التزامی) یکسان خواهد بود (تبریزی، ۱۴۱۵، ص ۳۷۵-۳۷۹/عراقی، [بی‌تا]، ص ۱۹۵-۱۹۷)

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

البته در بالا عرض شد که درست است در روایات چیزی نیامده اما به دلیل عرف عقلا، لازم است به مصب یا غرض دعوی توجه شود چون به روشنی در صدور حکم به نحو متفاوت اثرگذار است. و بی دلیل نبوده که بسیاری از فقهای متاخر، وارد این بحث شده‌اند.

۳-۴. تحلیل و بررسی دیدگاه‌ها

پس از طرح دیدگاه‌ها و تبیین دقیق اقوال فقها و رد دیدگاه سوم، در مورد ملاک تشخیص مدعی و منکر بین مصب دعوی و غرض دعوی، اینک با ذکر یک مثال دیگر تفاوت اساسی دو دیدگاه اصلی بیان می‌شود. شخص الف اقرار می‌کند که مبلغ دو میلیون تومان از شخص ب گرفته است اما معتقد است که ب این پول را به او هبه کرده است. در مقابل ب می‌گوید که این پول را قرض داده‌ام و هبه نکرده‌ام.

طبق دیدگاه مصب دعوا، طرح ادعا در این فرض، سه حالت دارد:

- ۱ - شخص ب (مالک دو میلیون) می‌گوید: قرض دادم پس مدعی است. اما الف می‌گوید قرض نبوده پس منکر است.
- ۲ - الف می‌گوید: این پول را هبه کردی پس مدعی است. اما ب می‌گوید هبه نکردم؛ پس او منکر است.

در این دو حالت کاملاً مشخص است که با تغییر ظاهر لفظ و مصب دعوا، نتیجه کاملاً متفاوت شده و قاضی مدعی و منکر را برای بار اثبات و اتیان سوگند از هم بازمی‌شناسد.

- ۳ - شخص ب بگوید قرض دادم و الف بگوید هبه کردی، ۱ که این حالت

۱. «این اقرار در حقوق فرانسه اقرار موصوف خوانده می‌شود و مقرّ له نمی‌تواند اصل اقرار به گرفتن مال را بپذیرد ولی وصف هبه بودن آن را رد کند؛ زیرا ذات موصوف با وصف قابل تفکیک نیستند و اقرارکننده به ذات موصوف بدون وصف اقرار نکرده است تا مقرّ له از آن استفاده کند» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۵۷). ارتباط این بحث از لحاظ مفهومی با اقرار مقید و مرکب (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۵۰-۲۵۱/کریبی، ۱۳۹۹، ص ۶۵/جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۶۱۷). در این است که قاضی در این زمینه نیز باید هوشمندانه تلاش کند تا اقرار مقید و مرکب را از هم بازشناسد. خصوصاً که اقرار مرکب، خود به دو قسم مرتبط (تجزیه ناپذیر) و غیر مرتبط (تجزیه پذیر) تقسیم می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۴۳-۴۷/امامی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۶۱-۶۴) و گاهی موافق تشخیص بسیار مشکل است.

می‌شود تداعی. که قبلاً عرض شد در تداعی هرکدام بینه بیاورند، قول او قبول است، و اگر هر دو بینه آوردند تعارض می‌کند و تساقط می‌کند و نوبت به تحالف می‌رسد.

انصاف این است که در نظر عرف، مهم، غرض این دو شخص در این واقعه واحده است. در واقع غرض شخص الف که ادعای هبه دارد، نفی اشتغال ذمه است از دو میلیون تومان. نکته مهم و اساسی از تمام مباحث گذشته این است که ما عرف را به عنوان ضابطه اصلی پذیرفتیم. عرف نیز باتوجه به غرض دعوا در هریک از ملاک‌های معرفی شده در تشخیص مدعی وارد عمل می‌شود. در اینجا شخص الف که قولش موافق اصل است، منکر است و این عرفاً از روی غرض دعوی، مشخص می‌شود.

حقیقت این است که تفاوت در الفاظ و ظاهر مطرح کردن دعاوی نباید تاثیری بر روی مدعی و منکر بگذارد؛ جای ایشان را با هم عوض کرده و این گونه حالت‌های مختلف و متعدد درست کند. معیار این است که قاضی، عرفاً به لحاظ غرض دعوا چه کسی را ملزم به اثبات می‌شناسد.

در مثالی دیگر اگر شخص الف بگوید تو مال مرا تلف کردی، شخص ب در مقابل بگوید مال تو به دست خودت تلف شد. طبق دیدگاه مصبّ دعوی، هر دو مدعی هستند و باید از باب تداعی عمل کنند. اما طبق درک صحیح عرف از غرض شخص ب که می‌گوید خود تو مال را تلف کردی؛ تنها او منکر است. در واقع نمی‌خواهد چیزی را به عهده طرف مقابل بگذارد، بلکه می‌خواهد بگوید من اتلاف نکردم. غرضش این است که نفی ضمان از خویش نماید؛ پس چرا مدعی شناخته شده و مورد از باب تداعی باشد؟ این مسائل مورد پذیرش عرف نیست.

درست است که توجه به مصبّ دعوا و ظاهر لفظ راحت‌تر است و قاضی مکلف به ظاهر است اما تشخیص غرض دعوی نیز عملی غیر ممکن و دارای عسر و حرج نبوده و با کمی دقت، غرض مشخص می‌شود.

■ ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

گفته شده غرض، هدف و نتیجه دعوی از اموری است که از دسترس خارج است و در تشخیص مدعی و منکر نقشی ندارد. بله، درحقیقت وظیفه قاضی کنکاش در نیات درونی اشخاص که هیچ راهی به آنها نیست، نبوده، اما صرفاً با کمی دقت می‌تواند غرض اشخاص از طرح درخواست خود با این عبارات را تشخیص دهد که اتفاقاً نقش مهمی در صدور حکم خواهد داشت. قاضی از طریق قانونی و اخذ اظهارات طرفین و اوضاع و احوال حاکم بر دعوا؛ صداقت در رفتار، غلبه امور و شیاع عرفی و توجیهات منطقی طرفین را برای احراز واقعیت دریابد.

به‌هرحال اینکه با شکل ظاهری طرح شکایت، احکام قضایی آن تغییر کند، خلاف مرتکز ذهن بوده و مسئله‌ای غیر قابل انکار می‌باشد.

نتیجه

مطابق قواعد فقه امامیه در غالب دعاوی وظیفه اقامه بینه به عهده مدعی و ایفاء سوگند بر عهده منکر گذاشته شده است. این موضوع دارای پیشینه تاریخی و سیره عقلاییه است که در سایر نظام‌های حقوقی نیز مشاهده می‌شود.

از میان تعاریف مختلفی که از مدعی و منکر توسط فقهای امامیه ارائه شده است؛ باید اذعان نمود دیدگاهی که عرف را تعیین‌کننده مدعی و منکر می‌داند از اتقان بیشتری برخوردار است؛ زیرا به علت فقدان حقیقت شرعیه و مشرعه برای کلمه مدعی و منکر، عرف تعیین‌کننده مناط این دو می‌باشد و اختلاف در تعاریف در واقع به جهت تبیین و تحدید همان حقیقت عرفی، حاصل شده است؛ لذا این فقیه است که باید حقیقت عرفی را با تحقیق و بررسی ارتکاز عرف تبیین کند.

با وجود پذیرش قاعده البینه علی المدعی و با ملاک فهم عرف در تشخیص مدعی بر حسب غرض یا مصب دعوا، تشخیص مدعی متفاوت

خواهد بود. موضوع غرض الدعوی یا مصب الدعوی و ارتباط تنگاتنگی که با مبحث عرف دارد؛ نه به عنوان ملاکی برای تمییز مدعی و مدعی علیه و در عرض ملاک‌های مذکور در بالا، بلکه راهکاری برای هریک از این ملاک‌هاست تا مدعی و منکر را به نحو متفاوتی از هم باز شناخت. لازم به ذکر است این نزاع، نزاع در یک حکم شرعی نیست چون پیشتر عرض شد «مدعی و منکر» حقیقت شرعیه ندارند؛ پس این بحث فقط در تعیین عرفی مصادیق مدعی و منکر است. به همین دلیل، انتخاب نظریه مصب یا غرض دعوی در مسیر شناسایی صحیح مدعی و منکر توسط قاضی و دادرس، بسیار راهگشاست.

در این پژوهش نظرات فقها پیرامون نظریات مصب و غرض دعوی بررسی و نتیجه بر این شد که با وجود قوت نظریه مصب دعوی و پیروی فقهای بزرگ از این نظریه اما ارجح آن است که عرف، مطابق عدل و انصاف و مرتکز ذهن و سیره عقلا، غرض و هدف اصلی طرفین را مورد توجه قرار می‌دهد. پیشنهاد می‌شود نتایج پژوهش حاضر توسط قضات محترم دادگستری، مورد توجه قرار گرفته تا ضمن تسهیل بازشناسی مدعی و منکر در مقام عمل عدم دقت به غرض دعوای طرفین، تضییع حقوق مردم، صورت نگیرد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد

منابع

- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر؛ کتاب القضاء؛ ج ۲، قم: انتشارات زهیر، ۱۳۸۳.
- آملی، میرزاهاشم؛ القواعد الفقهية والإجتهااد والتقليد؛ ج ۴، قم: المطبعة العلمية، ۱۳۹۵.
- اژدری، علی؛ «بار اثبات دلیل در فقه و امور مدنی»، مجله فقه و مبانی حقوق؛ ش ۱۲ و ۱۳، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱-۲۳.
- اصفهانى، ابوالحسن؛ وسیلة النجاة (گلیایگانی)؛ ج ۳، [بی جا]: چاپخانه مهر استوار، ۱۳۹۳.
- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۶، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۳، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بستانی، فؤاد افرام؛ فرهنگ ابجدی؛ ترجمه رضا مهیار؛ تهران، نشر اسلامی، ۱۳۷۵.
- بهبهانی، محمدباقر؛ حاشیه مجمع الفائدة والبرهان؛ قم؛ مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
- بیهقی، ابوبکر احمد؛ السنن الكبرى؛ تحقیق محمد عبدالقادر عطا؛ ج ۱۰، چ ۳، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۲۰۰۳ م.
- تبریزی، جواد؛ أسس القضاء والشهادة؛ قم: دفتر مؤلف، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دانشنامه حقوقی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فرهنگ حقوقی؛ تهران: معرفت، [بی تا].
- حزّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ تحقیق حاج شیخ محمد الرازی (با تعلیقات شیخ أبی الحسن الشعرانی)؛ ج ۱۸، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
- حسینی حائری، کاظم؛ القضاء فی الفقه الإسلامی؛ [بی جا]: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- حکیم، عبدالصاحب؛ منتقى الأصول (تقریرات درس اصول آیت الله روحانی)؛ ج ۷، [بی جا]: مطبعة الأمير، [بی تا].
- حلّی (ابن فهد حلّی)، احمدبن محمد؛ المهذب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۴، قم: جامعه المدرسین فی الحوزة العلمیه، ۱۴۰۷ ق.
- حلّی (فخرالمحققین)، محمدبن حسن؛ إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد؛ ج ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- حلّی (محقق حلّی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- خدابخشی، عبدالله؛ مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- خمینی، سیدروح الله؛ موسوعة الإمام الخمينی؛ ج ۲۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام

خمینی (ره)، ۱۳۹۹.

خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، [بی تا].
خوانساری نجفی، موسی؛ منیة الطالب؛ ج ۱، قم: المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳.

خویی، سیدمحمدتقی؛ موسوعة الإمام الخوئی، المبانی فی شرح العروة الوثقی (تقریرات درس آیت‌الله سیدابوالقاسم خویی (ع)): ج ۳۱، قم: مؤسسه الخوئی الإسلامیه، ۱۴۳۰ ق.
خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ ج ۴۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۲۲ ق.

سبحانی، جعفر؛ مصادر الفقه الإسلامی و منابعه؛ ج ۱، بیروت: دارالأضواء، [بی تا].
سلیمی، سیف‌الدین؛ «مستثنیات قاعدة البتنة علی المدعی والیمین علی من أنکر»، مجله فقه و قضا؛ ش ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۱۷۵-۱۹۹.

شاهرودی، محمدابراهیم؛ منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی؛ تهران: کیهان، [بی تا].
شلیبی، احمد؛ فن پژوهش؛ ترجمه سیدجعفر سامی دبوننی؛ [بی جا]: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۹.

شرتونی، سعید؛ أقرب الموارد فی فصیح العربیة والشوارد؛ ج ۳، تهران: منظمة الأوقاف والشؤون الخیریة، دارالأسوة للطباعة والنشر، ۱۴۱۶ ق.

شکری، فریده و آمنه شرف‌الدین شیرازی؛ «نحوه تشخیص مدعی، به منظور تحمل بار اثبات در دعاوی خانوادگی»، فصلنامه تعالی حقوق - دادسرای عمومی و انقلاب تهران؛ ش ۸، پاییز ۱۳۹۳، ص ۷-۴۲.

شهیدی، محمدتقی؛ درس خارج اصول (مدرسه فقاہت)؛ مورخ ۱۴۰۲/۸/۱؛ مندرج در:
<https://eshia.ir/feqh/archive/text/shahidi/osool> ۱۴۰۲/۱۴/۰۸/۰۱.

شهیدی، مهدی؛ «اقرار غیر مجرد»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۱، پاییز ۱۳۷۰، ص ۴۰-۵۶.
طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.

طباطبایی حکیم، محمدتقی؛ الأصول العامة للفقه المقارن؛ قم: مؤسسه آل‌البيت (ع) للطباعة والنشر، ۱۹۷۹ م.

طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ تکملة العروة الوثقی؛ تهران: مطبعة الحیدری، ۱۳۷۸.
طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۵.
عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ موسوعة الشهيد الأول؛ ج ۱۵، قم: مکتب الأعلام الإسلامی فی الحوزة العلمیه، مرکز العلوم والثقافة الإسلامیه، ۱۴۳۰ ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۱۴، قم:

ضابطه عرف در تشخیص مدعی و منکر و نسبت سنجی آن با نظریه‌های مصب و غرض دعوی

مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

عاملی، سید محمد حسین؛ الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية؛ ج ۴، قم: دار الفقه للطباعة والنشر، ۱۴۲۷ ق.

عراقی، ضیاء الدین؛ شرح تبصرة المتعلمین (القضاء)؛ [بی‌جا]: مطبعة مهر، [بی‌تا].

عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی؛ ج ۲، ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۴۲۱ ق.

فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة (النکاح)؛ [بی‌جا]: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۴۲۱ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن؛ کشف اللثام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۰، قم: جامعة المدرسين فی الحوزة العلمیه، ۱۴۱۶ ق.

قائینی، محمد مهدی؛ درس خارج فقه (مدرسه فقاها)؛ مورخ ۱۴، ۱۷ و ۱۸ اسفند ۱۴۰۰؛ مندرج در: <https://eshia.ir/feqh/archive/ghaeni/feqh>. ۱۴۰۰.

کاتوزیان، ناصر؛ اثبات و دلیل اثبات؛ ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۰.

کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ تهران: میزان، ۱۴۰۲ ق.

کریمی، عباس؛ ادله اثبات دعوا؛ تهران: میزان، ۱۳۹۹.

کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۷، ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

گلپایگانی، محمد رضا؛ هدایة العباد (گلپایگانی)؛ ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۱.

متقی، علی بن حسام الدین؛ کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.

محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه؛ ج ۳ و ۴، ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

محقق داماد، سید مصطفی؛ مباحثی از اصول فقه؛ ج ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۲.

محقق سبزواری، محمد باقر؛ کفایة الفقه؛ ج ۲، قم: جامعة المدرسين فی الحوزة العلمیه، ۱۳۸۱.

محمدی، سام، حمید ابهری و عیسی نعمتی کچائی؛ «مقایسه و تمایز نحوه دعوا با منشأ، جهت، سبب، خواسته، علت و استحقاق»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر؛ پاییز ۱۴۰۲، ص ۲۵۷-۲۷۹.

مشکینی، میرزا علی؛ اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها؛ ج ۶، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۶ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱۲، قم: جامعة المدرسين فی الحوزة العلمیه، [بی‌تا].

مکارم شیرازی، ناصر؛ أنوار الفقهة (النکاح)؛ ج ۱، قم: دارالنشر الإمام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۹۰.

مکارم شیرازی، ناصر؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۶.

- مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهية؛ ج ۲، چ ۳، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ تفسیر نمونه؛ ج ۴، چ ۳۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۷۴.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ کتاب النکاح؛ ج ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.
- ملکی اصفهانی، مجتبی؛ فرهنگ اصطلاحات اصول؛ ج ۱، قم: عالمه، ۱۳۷۹.
- موسوی سبزواری، عبدالأعلى؛ مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام؛ ج ۱۹، قم: انتشارات السيد عبدالأعلى السبزواری، ۱۴۱۳ ق.
- ناصر، منصور علی؛ التاج الجامع للأصول فی أحادیث الرسول (ص)؛ بیروت: دارالفکر، ۲۰۱۵ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۷، بیروت: مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۰۸ ق.
- وژام بن أبی فراس؛ تنبيه الخواطر و نزهة النواظر (مجموعه وژام)؛ ج ۱، قم: مكتبة الفقيه، ۱۴۱۰ ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ بحوث فی علم الأصول (تقریرات اصول شهید محمد باقر صدر)؛ ج ۴، چ ۲، قم: مرکز الغدير للدراسات الإسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
- یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی والتعلیقات علیها؛ ج ۱۴، قم: مؤسسة السبطين العالمیه، ۱۳۸۸.



Fiqh al-Nazariah Theory and Consistency in Penalization (with Emphasis on the Opinions of Ayatollah Sadr)

Mohsen Borhani* (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences,
 University of Tehran, Tehran, Iran.
 Email: m.borhani@ut.ac.ir

Seyyed Masoud Mortazavi

PhD in Criminal Law and Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran.
 Email: sm.mortazavi@ut.ac.ir



Citation Borhani, M. , Mortazavi, S.M. (2026). Fiqh al-Nazariah Theory and Consistency in Penalization (with Emphasis on the Opinions of Ayatollah Sadr) . *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*.23 (88): 75-113

[10.22034/ilaw.2026.2022622.3397](https://doi.org/10.22034/ilaw.2026.2022622.3397)

Received: 10 February 2024 , Accepted: 14 July 2025

Abstract

Efficiency of Islamic penal system absolutely depends on pursuing a justified, consistent and purposeful theory. Despite the importance of jurisprudential theorizing in different social areas, few Islamic jurists have explained their method for inference of Islamic systems and advanced their social theories. Separating Fiqh ol-Ahkam (inference of religious edicts) and Fiqh ol-nazariat (inference of Islamic theories), Ayatollah S. M. B. Sadr has provided a basis for theorizing Islamic social orders specially its penal system. The article based on descriptive analytical method aims to examine Fiqh ol-Nazariah potential to advance punishments' consistency. Based on its findings, The Theory by forming methodological basis for Jurisprudential theorizing, Cooperation of Jurisdictional Thoughts and systematizing Vali Faqih authorities in Mantaqat ol- firaq can promote punishments consistency. Eventually we can observe the role of jurisprudential theorizing in consistency of Hodud (prescribed punishments) and Qisas (retaliation) laws, coherency between permanent punishments and Ta'zirat (discretionary punishments), and finally consistency between Ta'zirat based on a penal theory.

Keywords

consistency, inference of system, mantaqat ol-firaq, theory of punishment.



Extended Abstract

1. Introduction

The efficiency of any legal system, particularly a criminal justice framework, is fundamentally dependent on three primary criteria: objectivity, completeness, and consistency. Objectivity ensures that legislative and judicial outcomes are predictable rather than subjective; completeness demands that the law addresses the full spectrum of legal issues; and consistency requires that various components of the system do not contradict one another. In the context of the Islamic penal system, achieving these goals necessitates a transition from a collection of isolated rulings toward a unified, purposeful, and justified theory.

Currently, the Iranian penal legislative system faces significant challenges, including the inconsistent mixing of Islamic and non-Islamic legal approaches, the adoption of divergent policies across different legislative periods, and the uncritical importation of Western legal models. This lack of a central, integrated theory has resulted in internal contradictions within the penal code. This research identifies “Fiqh al-Nazariah” (Jurisprudence of Theory), an innovative framework proposed by the contemporary jurist Ayatollah Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr, as a methodological solution to these problems. By distinguishing between the jurisprudence of individual rulings (Fiqh al-Ahkam) and the jurisprudence of social systems or theories (Fiqh al-Nazariah), Sadr provides a platform for discovering the underlying “middle layer” of Islamic social structures, which can serve as a guiding framework for modern penalization.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical method to explore the capacities of Fiqh al-Nazariah in ensuring coherence within the penal system. The research process begins by defining the nature of Fiqh al-Nazariah and its two auxiliary components: the “Synergy of Jurisprudential Opinions” and the “Area of Discretion” (Mantaqat al-Firaq). Subsequently, the study analyzes how these concepts can be applied to create a systematic criminal policy that aligns individual rulings with overarching Islamic goals. Finally, the study examines the practical impact of this methodology on three levels of sentencing consistency: within fixed punishments, between fixed and discretionary punishments, and among discretionary punishments themselves.

3. Research Findings

3.1. The Nature of Jurisprudential Theorizing and Synergy

Unlike traditional jurisprudence (Fiqh al-Ahkam), which focuses on individual acts and singular rulings, Fiqh al-Nazariah seeks to discover the systemic structure and high-level policies that govern various social dimensions. It views the rulings of Sharia as a “superstructure” from which a deeper “infrastructure” of values and principles can be inferred. A critical finding of this study is the role of the Synergy of Jurisprudential Opinions. In this approach, if a researcher cannot find a consistent theory within the rulings of a single jurist, they may utilize the valid rulings of other jurists to form a coherent set that reveals the underlying Islamic system. This prevents theorization from being stalled by outlier rulings that do not fit a general pattern of justice or deterrence.

3.2. Anthropological Foundations and Criminal Policy

The study finds that Fiqh al-Nazariah integrates theological and anthropological principles, such as human dignity, divine vicegerency, and free will (Amr bayn al-Amrayn), into the penal framework. For instance, by rejecting the determinism found in some Western positivist schools, the Islamic theory emphasizes individual responsibility, which justifies the objectives of reform and deterrence. This ensures that the penal system is not merely a mechanism for revenge but a tool for reinforcing accountability and human perfection.

3.3. Achieving Consistency in Sentencing

The research identifies three dimensions of consistency facilitated by Fiqh al-Nazariah:

- Consistency in Fixed Punishments (Hudud and Qisas): The methodology allows for the re-evaluation of specific rulings that seem anomalous to the broader legal logic. For example, the study analyzes Article 513 of the Islamic Penal Code, regarding the liability of a “nighttime caller” for a person who goes missing. By applying the synergy of opinions and favoring non-majority fatwas that align with the principles of presumption of innocence and causality, the system achieves greater rational and systematic coherence.
- Coherence between Fixed and Discretionary Punishments (Ta’zirat): A significant gap exists where crimes similar in nature (e.g., different types of theft) are treated with vastly different legal logic. Fiqh al-Nazariah suggests that the Area of Discretion (Mantaqat al-Firaq)—where the state has legislative authority—should be guided by the fixed principles found in the Hudud. This prevents the legislator from enacting discretionary punishments that are harsher or logically disconnected from their more serious fixed counterparts.
- Consistency among Discretionary Punishments: By adopting a unified theory, the state can avoid conflicting penal goals (such as mixing purely retribu-

tive and purely reformative approaches without a hierarchy). Furthermore, Fiqh al-Nazariah empowers oversight bodies like the Guardian Council to review laws based on their alignment with high-level systemic goals rather than just individual micro-rulings.

4. Conclusion

The research concludes that Fiqh al-Nazariah offers a transformative framework for the Islamic penal system, moving it beyond a disparate collection of fatwas toward a methodologically sound and coherent social system. The key conclusions are as follows:

1. The distinction between rulings and theories allows for the discovery of a cohesive Islamic criminal policy that is both religiously grounded and socially effective.

2. The logic of synergy provides a technical solution to contradictions in traditional jurisprudence, enabling the creation of a consistent penal infrastructure.

3. The theory of Mantaqat al-Firaq ensures that the state's legislative discretion is not arbitrary but is instead tethered to the overarching objectives and fixed values of Islam.

4. Implementing this model protects the Iranian legal system from unstructured legal transplants and ensures that judicial interpretations are disciplined and predictable.

Ultimately, the adoption of Fiqh al-Nazariah enhances the objectivity and legitimacy of the penal system in the eyes of the public, ensuring that punishments are not only legally valid but also systematically justified and purposeful.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Adnani, Sayyideh Atiyeh; *Determining Discretionary Crimes from the Perspective of Fiqh al-Nazariah and its Impact on Criminal Law (Master's Thesis)*; Tehran: University of Tehran, 2015 [In Persian]
- Ali-Akbari Baboukani, Ehsan and Ehsan Ahangari; "Re-examining the Possibility and Authority of System-Building in Jurisprudence with Emphasis on Sadr's View," *Journal of Fiqh and Usul*; No. 82, Winter 2016, pp. 87–106 [In Persian]
- Amili, Mohammad bin Makki; *Ghayat al-Murad fi Sharh Nukat al-Irshad*; Vol. 4, Qom: Islamic Propagation Office Publications, 1994 [In Arabic]
- Amini Pazoh, Hossein and Mohsen Esmaeili; "Mantaqat al-Firaq as a Theory of Legislation," *Journal of Public Law Knowledge*; No. 5, Autumn 2013, pp. 1–20 [In Persian]
- Ardabili, Ahmad bin Mohammad; *Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adh'han*; Vol. 14, Qom: Islamic Publication Office, 1983 [In Arabic]
- Borhani, Mohsen and Elahe Lotfalizadeh; "Legal-Jurisprudential Pluralism, Fixed Principles of Sharia and the Iranian Legislative System," *Islamic Law Journal*; No. 76, Spring 2023, pp. 187–210 [In Persian]
- Dworkin, Ronald; *Law's Empire*; 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1986
- Dworkin, Ronald; *Taking Rights Seriously*; 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1977
- Fayd Kashani, Mohammad Mohsin; *al-Wafi*; Vol. 16, Isfahan: Imam Amir al-Mu'minin Library, 1986 [In Arabic]
- Ghafoury, Khalid; "Fiqh al-Nazariah according to Martyr Sadr," *Fiqh Ahl al-Bayt Journal* (Arabic); No. 20, 2000, pp. 123–204 [In Arabic]
- Greenawalt, Kent; *Law and Objectivity*; 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1992
- Hakim, Sayyid Mohammad Baqir; "The Political Theory of Sadr," *al-Mawsim*; No. 26 and 27, 1996, pp. 381–394 [In Arabic]
- Hart, H. L. A.; *The Concept of Law*; 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1994
- Hilli, Hassan bin Yusuf; *Tahrir al-Ahkam*; Vol. 5, Qom: Imam Sadiq Institute, 1999 [In Arabic]
- Hilli, Ja'far bin Hassan; *Shara'i' al-Islam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram*; Vol. 4, 2nd ed., Qom: Ismaelian Foundation, 1988 [In Arabic]
- Hosseini Amili, Sayyid Javad; *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-'Allama*; Vol. 10, Qom: Islamic Publication Office, 1999 [In Arabic]
- Hubullah, Haider; "Features of Jurisprudential Innovation according to Sadr," *Fiqh Ahl al-Bayt Journal* (Arabic); No. 20, 2000, pp. 229–276 [In Arabic]

- Isfahani (Fazel Hendi), Mohammad bin Hassan; *Kashf al-Litham wa al-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam*; Qom: Islamic Publication Office, 1996 [In Arabic]
- Jaba'i Amili, Zayn al-Din bin Ali; al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya; *Annotation by Kalantar*; Vol. 10, Qom: Davari Publications, 1990 [In Arabic]
- Jaba'i Amili, Zayn al-Din bin Ali; *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam*; Vol. 14, Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1993 [In Arabic]
- Javan Jafari Bojnourdi, Abdolreza and Sayyid Mohammad Javad Sadati; "Symbolic Grandeur of Hudud and its Implementation Obstacles; A Philosophical and Sociological Reflection," *Journal of Judicial Law Perspectives*; No. 63, Autumn 2013, pp. 67–92 [In Persian]
- Kelsen, Hans; *General Theory of Law and State*; A. Wedberg transl., Cambridge: Harvard University Press, 1945
- Kelsen, Hans; *The Pure Theory of Law*; M. Knight transl., 2nd Ed., Oakland: University of California Press, 1967
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim; *Mabani Takmilat al-Minhaj*; Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khoei, 2001 [In Arabic]
- Kramer, Mathew; *Objectivity and the Rule of Law*; New York: Cambridge University Press, 2007
- Kulayni, Mohammad bin Ya'qub; *al-Kafi*; Vol. 7, 4th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1987 [In Arabic]
- Majlisi, Mohammad Baqir; *Bihar al-Anwar*; Vol. 5, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya [In Arabic]
- Misbah Yazdi, Mohammad Taqi; *Philosophy Education*; 3rd ed., Vol. 2, Qom: Islamic Propagation Organization, 1989 [In Persian]
- Mohseni, Morteza; *General Criminal Law Course*; Tehran: Ganje Danesh Library, 1997 [In Persian]
- Najafi, Mohammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*; Vol. 41, 7th ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, 1984 [In Arabic]
- Peyvandi, Gholamreza; *Penalization*; Foundations, Principles, Criteria and Challenges; Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought, 2021 [In Persian]
- Sabzevari, Sayyid Abd al-A'la; *Muhadhab al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram*; Vol. 29, 4th ed., Qom: al-Manar Institute, 1993 [In Arabic]
- Sadr al-Muta'allihin, Sadr al-Din Mohammad bin Ibrahim; *Risala fi Khalq al-A'mal: Determinism and Delegation from the Perspective of Mulla Sadra*; Translated by Mansour Mirahmadi; Tehran: Heydari Press, 1973 [In Persian]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Bank al-Laribawi fi al-Islam*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2013 [In Arabic]

- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Islam Yaqud al-Hayat*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Sunan al-Tarikhyya fi al-Qur'an*; Damascus: Dar al-Ta'aruf, 1998 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Buhuth fi 'Ilm al-Usul*; Transcripts by Hassan Abd al-Sater; Vol. 10, Beirut: al-Dar al-Islamiyya, 1996 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Durus fi 'Ilm al-Usul, al-Halqa al-Ula*; 2nd ed., Qom: Islamic Thought Assembly, 2000 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Iqtisaduna*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Lamha Tamhidiyya Fiqhiyya 'an Mashru' Dustur al-Jumhuriyya al-Islamiyya fi Iran*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Safi Golpayegani, Lotfollah; *al-Ta'zir Ahkamuhu wa Hududuhu*; Qom: Grand Ayatollah Safi Golpayegani Publications, 1999 [In Arabic]
- Subhani, Ja'far; *al-Amr bayn al-Amrayn*; Qom: al-Sadiq Foundation, 1998 [In Arabic]
- Taskhiri, Mohammad Ali; "Ayatollah Sadr's Method in Understanding the Economic School of Islam and Responding to Critics," *Islamic Economics Journal*; No. 10, Summer 2003, pp. 9–22 [In Persian]
- Taskhiri, Mohammad Ali; "Sadr was Seeking to Present Economic Discussions with Islamic Roots, Not Religious Authority," *Sadra Islamic Humanities Magazine*; No. 17, Spring 2016, pp. 134–139 [In Persian]
- Tavassoli, Mohammad Sadeq and Hosseinali Saadi; "Explaining the Components of the Authority of Public Policies from the Perspective of Sadr," *Islamic Government Journal*; No. 75, Spring 2015, pp. 67–94 [In Persian]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *al-Khilaf*; Vol. 5, Qom: Islamic Publication Office, 1987 [In Arabic]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya*; Vol. 8, 3rd ed., Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Ja'fari Works, 2008 [In Arabic]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *Tahdhib al-Ahkam*; 4th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1996 [In Arabic]



فقه النظرية و انسجام در کیفرگذاری (با تأکید بر آرای شهید صدر)

محسن برهانی* (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: m.borhani@ut.ac.ir

سیدمسعود مرتضوی

دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: sm.mortazavi@ut.ac.ir



استناد برهانی، محسن؛ سیدمسعود مرتضوی (۱۴۰۵). فقه النظرية و انسجام در کیفرگذاری (با تأکید بر آرای شهید صدر). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۷۵-۱۱۳

doi [10.22034/ilaw.2026.2022622.3397](https://doi.org/10.22034/ilaw.2026.2022622.3397)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۳

چکیده

بی‌تردید کارآمدی نظام مجازات‌های اسلامی ارتباط تنگاتنگی با ابتناء آن بر یک نظریه موجه، منسجم و هدفمند دارد. به‌رغم اهمیت چشم‌گیر نظریه‌پردازی در شئون مختلف اجتماعی، تنها معدودی از فقها روش خود را در ترسیم نظریات اجتماعی مورد بحث قرار داده و مبتنی بر آن به کشف نظام‌های اجتماعی پرداخته‌اند. آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر با تفکیک فقه‌الأحكام از فقه-النظريات، بسترهای جدیدی را برای نظریه‌پردازی فقهی در شئون احکام اجتماعی و ازجمله نظام مجازات‌ها فراهم نمود. این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی به‌عمل آمده درصدد آن است که ظرفیت‌های دیدگاه «فقه‌النظرية» را در رابطه با تأمین انسجام در کیفرگذاری مورد واکاوی قرار دهد. بر پایه یافته‌های این پژوهش، فقه‌النظرية با امکان‌پذیر ساختن نظریه‌پردازی روشمند فقهی، زمینه‌سازی برای هم‌افزایی آرای فقهی مختلف و نظام‌مند نمودن ابتکارات مقام ولایت فقیه در حوزه «منطقة‌الفرع»، می‌تواند موجب ارتقای هماهنگی انواع مجازات‌ها گردد. ماحصل این کارکرد فقه-النظرية را می‌توان در انسجام قواعد ناظر به کیفرهای ثابت شرعی، انسجام میان اصول و اهداف کیفرهای ثابت و تعزیرات و نهایتاً هماهنگی میان کیفرهای تعزیری در چهارچوب یک نظریه کیفری جامع ملاحظه نمود.

واژگان کلیدی

استنباط نظام، انسجام، منطقة‌الفرع، نظریه مجازات.



مقاله

«عینیت» (Objectivity)، «جامعیت» (Completeness) و «سازواری» (Consistency) از اصلی‌ترین معیارهای ارزیابی کارآمدی هر نظام حقوقی و از جمله نظام حقوق کیفری است. هر نظام فکری، اگر بخواهد به نحوی کارآمد، مدیریت مسائل حقوقی جامعه را بر عهده گیرد، باید تا حد قابل قبولی این سه ویژگی را دارا باشد. مراد از عینیت در یک نظام حقوقی آن است که برای خلأهای تقنینی، تفسیری و اجرایی راه‌حل‌های روشنی اتخاذ شده باشد، به نحوی که رفتار نظام حقوقی قابلیت پیش‌بینی داشته و تعیین آن دایرمدار ذهنیت افراد نباشد (Kramer, 2007, pp. 13-17). جامعیت به معنای شمول نسبت به ابعاد مختلف مسائل حقوقی و تعیین تکلیف در آن حوزه‌ها (Kelsen, 1945, p. 14) و مؤلفه سازواری دلالت بر عدم تعارض اجزای مختلف نظام حقوقی با یکدیگر دارد به نحوی که نظام در تأمین غرض خود دچار موانع درونی نگردد (Greenwalt, 1992, pp. 127-132). مهم‌ترین شرط تحقق این ضرورت‌ها ابتنای نظام حقوق کیفری بر نظریه‌ای موجه، منسجم و هدفمند است.

ابتنای نظام واکنش‌های کیفری بر نظریه، هم ازسویی ارکان تقنین، تفسیر و اجرای قواعد کیفری را در یک چهارچوب هماهنگ به‌سوی اهداف پیش‌بینی‌شده سوق می‌دهد و هم این قواعد را نزد افکار عمومی که آزادی‌شان را در معرض شدیدترین تهدیدها می‌بینند، موجه می‌سازد. از آنجا که واکنش کیفری به‌طور مستقیم با تمامیت جسمانی، حقوق، آبرو و شخصیت افراد مرتبط است، طراحی نظام کیفر حساسیت‌ها و ظرافت‌های بیشتری را می‌طلبد.

در نظام تقنین کیفری کشورمان، آسیب‌های مهمی همچون اختلاط رویکردهای اسلامی و غیراسلامی، پیش‌گرفتن سیاست‌های متفاوت در ادوار مختلف تقنینی، گرته‌برداری بدون تحلیل از الگوهای غربی و فقدان نگاه

کلان به نقشه جرایم و مجازات‌های موجود به چشم می‌خورد که مهم‌ترین عامل آن عدم محوریت یک نظریه کیفری یکپارچه است. این تعارض‌ها موجب آن شده که مجموعه مجازات‌های کشور نه تنها در بسیاری از موارد فاقد سازگاری درونی باشد، بلکه از تناقض‌های پیچیده‌ای رنج ببرد. نخستین گام برای حل این چالش‌ها، توجه به مبانی و اهداف مجازات و ترسیم یک نظریه کیفرگذاری یا تقنین کیفری است. بافت فرهنگی، جامعیت دین اسلام، شمول زمانی و مکانی آن و مهم‌تر از همه علم به جعل احکام شرعی بر مبنای مصالح و مفاسد واقعی بشر، جامعه اسلامی را بر آن می‌دارد که خط مشی خود در کیفرگذاری را از تعالیم اسلامی اتخاذ نماید.

فقیه معاصر، شهیدآیت‌الله صدر از معدود اندیشمندانی است که در آثار خود نظریه‌پردازی فقهی به صورت روشمند را وجهه همت خود قرار داده و اقدام به اکتشاف نظریات دینی در حوزه نظامات اجتماعی نموده است. از اصلی‌ترین ابتکارات اصولی ایشان، تفکیک «فقه‌الأحكام» از «فقه‌النظریات» است. با تحلیل دقیق تمایزات میان این دو حوزه از فقاہت، راه برای ورود به ساحت نظریه‌پردازی فقهی پیرامون نظام‌های اجتماعی باز می‌شود. دیدگاه فقه‌النظریه در تعامل با دو نظریه فقهی دیگر شهیدصدر یعنی نظریه «هم‌افزایی آرای فقهی» و نظریه «منطقه‌الفراغ» به درجه‌ای از تکامل رسیده است که بتواند افق‌های جدیدی را در راستای ارتقای انسجام و کارآمدی کیفرها بگشاید.

این پژوهش درصدد آن است که آثار کلان اتخاذ فقه‌النظریه را به‌عنوان نظریه راهنمای کیفرگذاری، بر ارتقای انسجام در نظام مجازات‌های اسلامی شناسایی نموده و چگونگی این اثرگذاری را به‌نحو ملموسی تبیین نماید؛ بنابراین با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا به تبیین ماهیت فقه‌النظریه و جایگاه دو نظریه معین آن در منظومه فکری شهیدصدر خواهیم پرداخت و در ادامه با فرض اعتبار این روش، آثار آن در ترسیم نظریه کیفری و سپس در

انسجام‌بخشی به نظام کیفرگذاری رصد خواهیم کرد. با اینکه آثار ارزشمندی در رابطه با تبیین اقتضائات فقه‌النظریه یا فقه نظامات عمدتاً در حوزه نظریات اقتصادی تألیف شده، لیکن نگارندگان تا کنون پژوهشی را که فقه‌النظریه را در تعامل با منطق هم‌افزایی آرای فقهی تبیین کند، بازتاب آن را در شأنی از شئون نظریه کیفری بررسی کند و کارکرد آن را در انسجام‌بخشی به کیفر مورد مطالعه قرار دهد، نیافته‌اند و از این سه حیثیت پژوهش حاضر مجال جدیدی را برای تأمل به وجود می‌آورد.

۱. ماهیت و جایگاه نظریه‌پردازی فقهی

تفکیک شهیدصدر میان فقه‌الأحكام و فقه‌النظریات افق‌های جدیدی را در جهت ترسیم نظریات فقهی و بسط حاکمیت فقه در عرصه‌های مختلف اجتماعی گشوده است. این دو قلمرو فقاقت، بعضاً روش استنباط، قواعد و آثار متفاوتی نسبت به یکدیگر داشته و همچنین در تعاملی دوسویه با یکدیگر قرار دارند. فقه‌الأحكام همان عملیات متداول استنباط احکام منفرد فقهی با استفاده از ادله اربعه است که ثمره آن حجیت یا همان معذرت افعال و منجزیت احکام در خصوص مجتهد و مقلدین اوست (صدر، ۱۴۲۱، ص ۱۷۰-۱۷۱). این سطح از اجتهاد در استنباط وجوه فردی حیات انسانی لازم و کافی است، اما فقه‌النظریه نظر به لایه‌هایی عمیق‌تر و بنیادی‌تر نسبت به احکام منفرد و مستقل دارد و در پی تحلیل این احکام متکثر در قالب یک «مکتب فکری» است.

دغدغه اصلی فقیه در قلمرو فقه‌النظریات کشف سیاست‌های کلان اسلامی است به گونه‌ای که احکام پراکنده را به دور یک محور جمع کند و ساختار و زیربنایی را برای تنظیم زندگی در ابعاد مختلف اجتماعی شناسایی نماید (غفوری، ۱۴۲۱، ص ۱۲۳). در واقع او درصدد تبیین «لایه میانی» ساختمان معرفتی اسلام است که ازسویی رابطه تولیدی با احکام شریعت در قلمرویی

خاص - از جمله نظام کیفری - دارد و از سوی دیگر بر مبانی عام جهان‌بینی اسلام استوار است. فقیه در این عملیات تصاویر تقطیع شده شریعت از میان احکام و نصوص شرعی را به گونه‌ای کنار هم قرار می‌دهد که ارتباط این تصاویر دیده شود و تصویر وضوح پیدا کند. فقه‌النظریه با زاویه دید سیستماتیک خود، قواعد کلی و عامی را که پیش از این در مسائل خرد و جزئی دیده نمی‌شدند، ترسیم کند (حب‌الله، ۱۴۲۱، ص ۲۶۴) و نظام حاکم بر احکام ثابت را در منطقه فراغ^۱ تشریحی حاکم نماید (صدر، ۱۴۳۳، ب، ص ۴۷-۵۱).

در قلمرو فقه‌الأحكام، عدم انسجام ظاهری فتاوی‌هیچ‌خللی را به اعتبار آن وارد نمی‌سازد. فقیه در استنباط خود اصالتی را برای حیثیت ربط میان مجموعه احکام قائل نبوده و هرگونه تنافی را در مرحله دلالت ادله ناظر به یک حکم فقهی مدنظر قرار می‌دهد. این درحالی است که فقیه در آغاز حرکت خود از فقه‌الأحكام به سوی فقه‌النظریات، باید نقطه عزیمت خود را مجموعه‌ای منسجم و هماهنگ از احکام قرار دهد و این درحالی است که نوعاً روبنای اجتهاد فقیه، این انسجام را فراهم نمی‌آورد (همان، ص ۴۶۵). جایگاه منطق هم‌افزایی آرای فقهی در ساحت «اکتشاف نظریه» در این مقام روشن می‌شود. مطابق این منطق، اگر فقیه مجموعه‌ای منسجم و هماهنگ را بتواند از میان احکام استنباط شده شخص خود بیابد، بدون توسل به آراء سایر فقها اقدام به نظریه‌پردازی می‌کند، اما اگر از میان فتاوی‌ شخصی خود به چنین مجموعه منسجمی دست پیدا نکرد، الزامی ندارد که نظریه‌پردازی را رها کند. از منظر شهیدصدر، در چنین وضعیتی بهترین کار آن است که از مجموعه احکام آنچه را ناسازگار تشخیص می‌دهد، کنار بگذارد و از فتاوی‌ سایر مجتهدان کمک گیرد. در این صورت احکام منسجم دیگری وارد مجموعه می‌شود و بر اساس مجموعه منسجم جدید،

۱. «منطقه‌الفراغ» از منظر شهیدصدر دایره‌ای از احکام اسلامی است که ثابت و الزامی نبوده و وظیفه تشریح قوانین آن با لحاظ شرایط متغیر جامعه بر عهده حاکم اسلامی قرار گرفته است (ر.ک: صدر، ۱۴۳۳، الف، ص ۴۴۳-۴۴۷).

نظریه قابل دستیابی خواهد بود (همان، ص ۴۶۶). حتی شهیدصدر یک گام فراتر می‌رود و آرای فقهی روشمندی را که به واسطه قرائن لُبی یا احتیاط در فتوا و... هیچ فقهی به آن فتوا نداده نیز در زمره گنجینه‌های کشف نظامات اسلامی قرار داده است (همان، صص ۴۱۲ و ۴۶۷).

بر اساس این رهیافت اصولی، مجتهد خود را به مثابه کارشناس بی‌طرفی در نظر می‌گیرد که مبانی فقهی و ظن شخصی به صحت فتاوی خود را کنار گذاشته و مجموعه آرای روشمند فقهی را در طراحی نظریه سهیم می‌نماید. به بیان مبدع فقه‌النظریه: «حداقل این طرحی است که به حسب احتمالات، امکان تطبیق آن با لوح محفوظ از سایر مجموعه احکام کمتر نیست؛ زیرا همه آنها از اجتهادات معتبر دینی به دست آمده است» (همان، ص ۴۶۰).

منطق هم‌افزایی آرای فقهی در نسبت با فقه‌النظریه، یک «نظریه معین» به حساب می‌آید و شرط اکتشاف مکتب اسلام در حیطه‌های مختلف حیات اجتماعی است. از آنجا که بر اساس روش اکتشافی شهیدصدر، اصطیاد یک نظریه یا مکتب عملاً جز از طریق مجموعه منسجمی از آرای روشمند فقها امکان‌پذیر نیست، این منطق، ضرورت و اعتبار اصولی تلفیق آرای فقهای مختلف را برای دستیابی به نظریه تبیین می‌نماید. محمل‌های متعددی در رابطه با وجه اعتبار مراجع فقیه به آراء دیگر فقها ارائه شده که از جمله آنها می‌توان به کاشفیت معرفت‌شناختی، انسداد صغیر و اختیارات مقام ولایت فقیه اشاره کرد (علی اکبری بابوکانی و آهنگری، ۱۳۹۵، ص ۸۷-۱۰۶ / توسلی و سعدی، ۱۳۹۴، ص ۶۷-۹۴).

در پیوند با فقه‌النظریه، دیدگاه منطقه‌الفراغ شهیدصدر تکلیف حکومت اسلامی را نیز در ساحت «اختیار و گزینش» نظریه‌ای از میان نظریات فقهی روشن نموده است. موقعیتی را در نظر بگیرید که نظریات و آراء مختلفی توسط فقها در یک حوزه خاص اجتماعی ارائه شده و حاکم اسلامی ناگزیر باید یک نظریه یا مجموعه‌ای از نظریات را به‌عنوان ملاک عمل اختیار نماید. به باور شهیدصدر، همه این مکاتب از طریق اجتهادات معتبر به دست

آمده و همگی اعتبار شرعی دارند (صدر، ۱۴۳۳ ب، صص ۴۴۷ و ۴۶۰)، اما حاکم اسلامی با در نظر گرفتن معیارهای زیر تنها یکی از این سیاست‌ها و خطوط مشی را می‌تواند به کار گیرد: نظریه‌ای که ۱- دارای قوی‌ترین عناصر درونی باشد، ۲- شامل کارآمدترین عناصر در حل مشکلات زندگی باشد و ۳- در تحقق بخشیدن به اهداف عالی اسلام توانا تر از سایر نظریات باشد (همان، ص ۴۶۰).

بررسی دیدگاه شهیدصدر در رابطه با گستره دخالت دولت در تطبیق و تشریح اسلامی، نظریه منطقه‌الفراغ را روشن‌تر می‌سازد. بر اساس دیدگاه ایشان، دخالت حاکم و دولت اسلامی در زندگی اجتماعی، امکان جامعیت و شمول را به شریعت می‌دهد. دخالت دولت تنها به تطبیق و اجرای احکام ثابت شریعت خلاصه نمی‌شود، بلکه دولت علاوه بر آن به تعیین عناصر متغیر متناسب با شرایط زمانی و مکانی می‌پردازد. دولت اسلامی در دایره منطقه فراغی که شریعت اسلامی نسبت به آن حکم ثابت الزامی ندارد، می‌تواند در شرایط متحول اجتماعی، احکام تکلیفی ثانویه‌ای را جعل کرده و این قلمرو را در راستای اهداف عامه اسلام اداره نماید، اما این موضع ایجابی دولت نمی‌تواند بدون قید و رها باشد، بلکه باید مبتنی بر نظریه و مکتب اسلام طراحی شود. در واقع ملاحظه هم‌زمان جنبه‌های ثابت و متغیر شریعت است که قدرت انجام رسالت و استمرار هدایتگری در اعصار مختلف را به شریعت اعطا می‌کند (همان، صص ۸۰۰-۸۰۱). در این چهارچوب به‌رغم آنکه هر واقعه‌ای حکم تشریحی اولیه خود را دارد، ولی فقیه صلاحیت اعطای صفت تشریحی ثانوی بر مبنای شرایط را دارد و البته این صفت ثانویه نباید مخالفتی با احکام ثابت و ضوابط عام حاکم بر آن داشته باشد (همان، ص ۸۰۴).

با تحلیل توأمان فقه‌النظریه و دو منطق معین آن، می‌توان وجوهی از تأثیر و تأثر فقه‌الأحكام و فقه‌النظریات را نیز مشاهده کرد. از یک سو، نظریه مستخرج به انحاء مختلفی بر فروع فقهی تطبیق می‌یابد. مشابه با هم‌افزایی

آراء در فرایند کشف نظریه، در یک فرع فقهی نیز وقتی فقها قائل به وجود شروط یا قیود متفاوتی در حکم مورد نظر باشند، فقیه می‌تواند با پذیرش یا انکار برخی از آن قیود، همسویی احکام را جهت وصول به نظریه تأمین کند. البته این استفاده تنها در صورتی است که قطع یا اطمینان به بطلان مبانی دیدگاه فقهی اخذشده نداشته باشد؛ بنابراین برای دستیابی به نظریه، هم‌افزایی آرای فقهی در یک فرع فقهی نیز قابل تصویر است که نمونه آن را در ضمن بحث از انسجام در احکام ثابت شرعی ملاحظه خواهیم نمود.

ازسوی دیگر در قالب نظریه منطقه‌الفراغ، اتخاذ نظریه کلان بعنوان خط مشی حاکم در هریک از ساحت‌های اجتماعی، لزوماً امکان‌گزینش احکام فرعی مبتنی بر این نظریه و تقنین آن فتاوی فقهی را به همراه دارد. به تعبیر شهیدصدر، قوانین تفصیلی روبنای همان قواعد اساسی مکتب و شاخه‌های همان ریشه‌هاست و از آن نگرش ناشی می‌شود؛ بنابراین این اجزاء دوگانه با هم نظام اجتماعی را می‌سازند. مکتب، زیربنا و پایه و سیستم حقوقی روبنا و ثمرات یک نظام را شکل می‌دهند (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۲۴-۴۲۷).

معنا ندارد که نظریه‌ای اتخاذ شود اما فروع فقهی که ثمرات آن نظریه است، وانهاده شود یا حکمی معارض به اجرا درآید.

این استفاده نه فقط در ساحت منطقه‌الفراغ، بلکه در قلمرو احکام ثابت نیز می‌تواند با مکانیسم‌های مختلفی صورت گیرد. ولی فقیه ناچار است دست به‌گزینش یکی از فتاوا بزند و در غیر این صورت با حکم شارع مخالفت قطعیه نموده است؛ لذا با تمسک به موافقت احتمالیه با حکم شارع یکی از فتاوایی را که بر نظریه یا مکتب مختار خود انطباق دارد، برمی‌گزیند. البته با دقت در موضوع اختیارات حاکم اسلامی و لزوم تقنین احکام فقهی، روشن می‌شود که این قسم هم داخل در منطقه‌الفراغ حاکم اسلامی است. بدین معنا که حکم الزامی در انتخاب یکی از فتاوا وجود نداشته و در قلمرو اختیار حاکم است. پس می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت

که معیارهای قوت عناصر درونی، کارآمدی و اهداف عالیّه اسلام، نه تنها چراغ راه ولّی فقیه در اختیار نظریه برای مدیریت منطقه‌الفراغ هستند، بلکه بر تعیین قوانین و مقررات مبتنی بر نظریه نیز نظارت دارند.

لازم به ذکر است که آنچه در این پژوهش در رابطه با نوع مواجهه حکومت با منطقه‌الفراغ تشریحی بیان می‌شود ناظر به آثار متقدم شهیدصدر به ویژه مباحث ایشان در کتاب «اقتصادنا» است. اهمیت این مطلب از این رو است که ایشان پس از پیروزی انقلاب اسلامی در قالب رساله کوتاهی، ساختاری پیشنهادی را برای تنظیم قانون اساسی ایران ارائه می‌نماید. در نگاه نخست این ساختار، گزینش آرای فقهی در حوزه منطقه‌الفراغ را به نمایندگان ملت واگذار می‌کند. همچنین در مورد نحوه مدیریت قلمرو خالی از حکم الزامی شرعی راهکارهایی را بیان می‌کند که در نگاه اول شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با طرح ایشان در اقتصادنا داشته و محمل توجه‌های مختلفی نسبت به جمع میان دو طرح یا نسخ یکی توسط دیگری بوده است (برای نمونه، ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶، ص ۳۸۱-۳۹۴ / امینی پزوه و اسماعیلی، ۱۳۹۲، ص ۸-۱۰ / برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۲، ص ۲۰۳-۲۰۴). با توجه به اختصار مباحث ایشان در این رساله و تفسیرهای مختلفی که در این زمینه وجود دارد، نسبت سنجی میان این دو طرح را به مجال دیگری واگذار می‌کنیم و در این مقام، طرح تفصیلی متقدم ایشان مبنای عمل قرار گرفته است.^۱

۲. نظریه‌پردازی فقهی در حوزه کیفرگذاری

شهیدصدر عمدتاً فقه‌النظریه را در کشف مکتب اقتصادی اسلام به کار گرفته، اما مکرراً به عمومیت این روش تصریح نموده است (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۳۵). مطابق این روش، نظریه‌پردازی فقهی در حوزه کیفرگذاری نیز

۱. شاید بتوان تفاوت‌های موجود در کتاب لمحّه تمهیدیه فقیهه را ناظر به شرایط خاص جامعه ایران و تحول تدریجی اجتماع از وضع موجود به وضع مطلوب نیز تلقی کرد، چنانکه در کتاب البنك اللاربوی فی الإسلام هم ایشان رویه‌ای متفاوت از تحلیل‌های اقتصادی خود نسبت به نظام اقتصاد اسلام دنبال نموده‌اند.

در موطن تعبد و تسلیم در برابر اراده شارع صورت می‌پذیرد و این امر خود را در روش اکتشافی نظریه منعکس ساخته است. اگر در نظریه‌پردازی‌های متداول، متفکر در گام اول بر اساس تأملاتی که نسبت به نظام مسائل مورد بحث داشته، اصول و چهارچوب‌های تفکر خود را احصاء کرده و بر اساس آن چهارچوب‌ها، نظریه خود را ابداع می‌کند، مسیر حرکت در نظریه‌پردازی اسلامی معکوس است. نظریه پرداز اسلامی تمام تلاش خود را در فهم اراده شارع به کار می‌بندد و دو منبع اصلی احکام شرعی و مفاهیم اعتقادی پیرامون نظام مسائل به کمک او می‌آیند.

به مدد فقه‌النظریه، مباحث کلان فقهی در قالبی روشمند قابلیت طرح پیدا کرده، اعتبار و الزام آوری آن مورد بحث قرار می‌گیرد؛ به نحوی که بتواند با ادبیات فقهی وارد تعامل مؤثر شود. این درحالی است که طرح این مباحث در قالب ادبیات سیاست کیفری از آنجا که محملی برای تعامل مؤثر با فقه‌الأحكام ندارد، سالهاست که نتوانسته جایگاهی را در متن و بطن مباحث فقهی حوزه‌های شیعه پیدا کند. یکی از مهم‌ترین عوامل این مسئله آن است که ادبیات سیاست کیفری و نظام تناسبات آن مستخرج از فقه نیست. می‌توان ادعا نمود که فقه‌النظریه قادر است در حیطه مسائل کیفری، سیاست کیفری اسلام را با ادبیات فقهی منقح و داخل در نظام تناسبات فقهی تبیین نماید. توجیه کیفر در قالب بیان «حکمت» مجازات‌های اسلامی کارکرد مشترک ادبیات فقه‌النظریه با ادبیات سیاست کیفری است.

در مسیر نظریه‌پردازی کیفری محقق ابتدا احکام شرعی را - به‌عنوان رובنای نظام معرفتی اسلام - مبنای خود قرار می‌دهد و همین روبنا زمینه را برای طراحی فرضیه به کمک لوازم مشترک احکام شرعی فراهم می‌سازد. هم‌زمان تحلیل بینش‌های اسلامی پیرامون نظام مسائل کیفری مورد بحث، فرضیه فقیه را دقیق‌تر و مبانی، اصول و اهداف سیاست اتخاذی شارع را روشن‌تر می‌سازد. حال اگر در این مسیر، مجتهد با تتبع در مجموعه‌ای از

احکام هم‌سو زمینه را برای حرکت از فرضیه و رسیدن به نظریه فراهم دید، اما حکمی از احکام استنباط شده او، در قالب این نظریه نمی‌گنجد، با کمک منطق هم‌افزایی آرای فقها، نظریه‌پردازی فقهی متوقف نمی‌شود.

دقیقاً یکی از اصلی‌ترین موانع نظریه‌پردازی در نظام کیفری، یافتن مثال‌های نقضی است که هماهنگ‌سازی مجموعه احکام را ناممکن می‌سازد. شهیدصدر هم‌افزایی آرای فقهی را از منظر عملی و فنی، شرط ضروری اکتشاف نظریه می‌داند. در واقع ارائه نظریه‌ای شامل، کامل و هماهنگ با روبنای احکام فقهی و بینش‌های کیفری، تنها بر مبنای اختیار در اخذ آراء دیگران تحقق پذیر است؛ بر این اساس نظریه هم‌افزایی جایگاهی رفیع در نظام‌سازی دینی ایفا می‌کند. گنجینه منابع فقیه در ارائه نظریه را چندین برابر می‌سازد و راه را برای وصول به مدلولات مشترک احکام و انسجام بخشی به آنها تحت چهارچوب واحد باز می‌نماید.

یکی از اصلی‌ترین دلایل عدم ورود نظریه‌پردازان فقهی به حوزه کیفرگذاری، دشواری هماهنگ‌سازی میان احکام مورد فتواست. در فرایند اجتهاد به واسطه احتمالات و ظنون مختلفی که بر سر راه فقیه قرار می‌گیرد، طبیعی و کاملاً محتمل است که فتاوی مجتهد در قلمرو فقه‌الأحکام - هرچند که در مورد آن عذر موجه دارد - مجموعه‌ای از مخالفت‌ها با واقع تشریحی داشته باشد. باز هم طبیعی است که تصویر واقعی شریعت، در میان اجتهادات فقهای مختلف پراکنده باشد: فتوای یک فقیه در مسئله‌ای منطبق بر واقع شریعت باشد و در مسئله‌ای دیگر به خطا رود و این موضوع در رابطه با فقهی دیگر به عکس باشد. اساساً بدون این مبنای روش‌شناختی، فقیه نمی‌تواند از روبنای احکام کیفری به زیربنا و اصول مشترک میان آنها گذر نماید.

برای نمونه ممکن است یک فقیه نظریه‌پرداز با جمع‌آوری نصوص و احکام حوزه مجازات‌های حدی، به این نتیجه برسد که هدف اصلی از این مجازات‌ها ایجاد بازدارندگی است و شارع مقدس این هدف را از طریق سیاست شدت

مجازات و عدم قطعیت در اثبات و اجرا دنبال می‌نماید. با این بیان که جرایم مستوجب حد ماهیتاً شدیدترین انواع بزهکاری هستند که اصلی‌ترین ارزش‌های اجتماعی را نقض کرده و به همین دلیل با تحمیل مجازاتی سخت پاسخ داده می‌شوند. محقق با کنار هم دادن احکام همسو در حدود مشاهده می‌کند که شارع مقدس با تعیین کمیت و کیفیت و حتی روش اجرای حدود، نظامی از کیفرهای ثابت و غیرقابل تغییر را به وجود آورده است. تمامی این کیفرها از شدت قابل ملاحظه‌ای برخوردارند که رنج بسیاری را بر مجرم تحمیل می‌نماید و قطعی و حتمی بوده و پس از اثبات وقوع جرم، باید مجازات سریعاً به هر نحو ممکن اجرا گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲).

ازسوی دیگر شرایط اثبات و اجرای حدود، مشتمل بر فرایندی سخت‌گیرانه و پیچیده است که اثبات و اجرای این مجازات را بسیار دشوار می‌سازد. به جز مواردی که به حقوق الناس مربوط می‌شود، اصل بر پوشیده نگه داشتن عمل توسط مرتکب و تلاش برای اصلاح و درمان درونی و عدم تفحص مردم و حتی حاکم جامعه در این امور است. فقیهان در موارد یادشده تأکید می‌کنند که مستحب است شهود در دادگاه از باب ستر و پوشاندن عیوب مردم، ازدادن شهادت امتناع کنند. همچنین فرد مرتکب باید از ابزار این گونه مسائل خودداری کند و حاکم نیز باید افراد را به توبه و عدم اقرار نزد محاکم ترغیب نماید (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۰۷). در این مسیر می‌توان گفت تلاش شارع بر این بوده که ازسویی بر اهمیت ارزش‌های بنیادین اجتماع تأکید صورت گیرد و ازسوی دیگر هزینه‌های جرم در ذهن مجرمین بالقوه افزایش یابد. در عین ارباب، زمینه را برای اصلاح و توبه مجرم و سوق دادن افراد به سوی کمال انسانی فراهم می‌سازد (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۲، ص ۸۱-۸۲ / پیوندی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۹-۱۹۵).

در کنار احکام شرعی، مفاهیم قرآنی و اصول اعتقادی امامیه نیز به‌طور مؤثری در تنقیح مبانی و اهداف سیاست‌های کیفری مورد استناد قرار

می‌گیرند. مفاهیم و اصول مرتبط از جمله اصل کرامت انسان و خلافت الهی، اصل مسئول‌انگاری انسان، اصل تناسب جرم و مجازات، اصل ابتناء مجازات بر رحمت الهی و اصالت کیفر اخروی، نقش اساسی در شکل‌دهی به سیاست‌های مجازات دارند. در فرایند تدوین نظریه فقهی مجازات، هریک از این اصول به‌طور مستقل مورد تبیین و تحلیل قرار می‌گیرد. همچنین اهدافی همچون اجرای عدالت، پاسداشت حریم الهی، کمال‌آفرینی، بازدارندگی، تشفی خاطر قربانی و فسادزدایی از دیگر اهداف عمده مجازات‌ها هستند که در فرایند دستیابی به نظریات فقهی مورد توجه قرار می‌گیرند (ابراهیم‌پور لیالستانی، ۱۳۸۷، صص ۶۹-۸۰ و ۲۰۸-۲۱۷/ پیوندی، ۱۴۰۰، صص ۱۷۲-۱۸۸ و ۲۰۳-۲۳۶).

برای نمونه یکی از پایه‌های انسان‌شناختی سیاست کیفری، دایره اختیار انسان در موقعیت ارتکاب جرم است. نظام فکری شیعه نه به جبر باورمند است و نه تفویض، بلکه به «امر بین الامرین» اعتقاد دارد (مجلسی، [بی‌تا]، ص ۵۷). به اقتضاء این مبنا که در جای خود به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است (ر.ک: صدرالمآلهین، ۱۳۵۲/ سبحانی، ۱۴۱۸) بیشتر رفتارهای انسان در دایره اختیار و آزادی اراده او قرار دارند و به رغم تأثیر عوامل زیستی، روانی و اجتماعی و به حسب تدبیر الهی، اراده فرد نقش اصلی را در تحقق آن رفتارها ایفا می‌کند. به عبارت دقیق‌تر کار اختیاری انسان با وصف اختیاریت مورد قضا و اراده الهی بوده و اختیاری‌بودن آن از مؤلفه‌ها و شئون تقدیر آن است. این امر منافاتی با علم و مشیت مبدأ هستی و عمومیت تدبیر او ندارد و استطاعت و قدرت انسان حلقه‌ای از حلقه‌های تحقق اراده الهی است (مصباح یزدی، ۱۳۶۸، ص ۴۱۲). با وجود چنین آزادی عملی است که مسئولیت کیفری و مجازات می‌تواند معنادار و عادلانه باشد.

اصل مسئول‌انگاری بعنوان مبنای مجازات، واجد اقتضائاتی در اهداف غایی کیفر نیز می‌باشد. در این چهارچوب، مجازات صرفاً به‌عنوان یک

واکنش انتقامی یا تنبیهی نسبت به رفتار مجرمانه فرد تلقی نمی‌شود، بلکه از جمله اهداف اصلی آن تقویت و نهادینه کردن مسئولیت‌پذیری فرد در قبال انتخاب‌ها و رفتارهای خود است. در این راستا، مجازات به‌عنوان یک ابزار حقوقی و فقهی برای اصلاح رفتار، ایجاد بازدارندگی و تقویت مسئولیت‌پذیری فرد در برابر جامعه عمل می‌کند.

این مبنای کلامی، اهمیت خود را در مطالعه تطبیقی آن با برخی دیدگاه‌های جرم‌شناختی در رابطه با مجرم از جمله مکتب تحقیقی نشان می‌دهد. جرم‌شناسان مکتب تحقیقی با مطالعه عوامل زیستی، روانی و اجتماعی، جرم را برآیند تأثیر این عوامل می‌دانستند. آنها با تکیه بر اصل جبر علمی و تعمیم آن به حوزه رفتارهای انسانی و از جمله رفتارهای جزایی، جرم را مانند هر پدیده دیگری محکوم به قانون ضرورت علی و معلولی می‌پنداشتند. به‌نحوی که با بروز این عوامل، انسان جبراً به ارتکاب جرم روی می‌آورد و به این ترتیب مجالی برای اختیار باقی نمی‌ماند. به‌گمان ایشان، عقیده به اختیار و آزادی اراده معلول جهل به عوامل مؤثر در اراده است؛ زیرا اراده به نوبه خود یک پدیده و مشمول قانون جبر علمی است (محسنی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۱) براین اساس مجرم از اختیار کامل برخوردار نبوده و نمی‌تواند به‌طور مؤثر با این عوامل مقابله کند. در این راستا، تصور مسئولیت کیفری برای چنین فردی نادرست و غیرمنطقی است؛ از این رو این مکتب مسئولیت اجتماعی را جایگزین مسئولیت کیفری نمود. نفی مسئولیت از مجرم، بازتاب خود را در تدوین اهداف سیاست‌های کیفری و کنارگذاشته‌شدن اهداف مهمی همچون اصلاح فرد و بازدارندگی و مآلاً محوریت یافتن طرد و ناتوان‌سازی مجرم نشان داد.

از بایسته‌های دستیابی به نظریه، تطبیق نسبت فرضیه مستخرج از منظومه احکام با یکایک مفاهیم و اصول اعتقادی مرتبط با موضوع بحث است. بی‌تردید یکی از بنیان‌های پذیرش سیاست شدت نمادین مجازات و عدم قطعیت در اجرا، وجود آزادی عمل انسان در ارتکاب اولیه و ثانویه است.

این باور اعتقادی، پیش شرط و محل اتکاء اهدافی همچون بازدارندگی عام و خاص و اصلاح مرتکب است که در آن سامان بخشی به شخصیت و تقویت اراده مجرم و سایر مجرمین بالقوه محوریت پیدا می‌کند. در عمل، رفت و برگشت میان مطالعات تطبیقی کیفری، مفاهیم و اعتقادات فلسفی و کلامی مرتبط و مطالعه خانواده احکام ناظر به جرایم مستوجب حد، رفته رفته منجر به جمع‌بندی و اطمینان محقق نسبت به فرضیه مستخرج و روشن شدن حدود و ثغور آن می‌شود.

در فرایند تجمیع فتاوی شخصی، ممکن است فقیه به فتوایی برخورد کند که سنخیتی با خانواده احکام و مبانی و اهداف مورد پذیرش او نداشته باشد. برای مثال مطابق رأی مشهور فقها، اگر مرتکب جرم حدی در زمانی که شرایط تکلیف را دارا بوده، مرتکب جرم شده و این جرم اثبات شود و سپس جنون بر او عارض گردد، نمی‌توان مجازات او را به تأخیر انداخت (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۴۲-۳۴۳). مستند مشهور فقها روایت صحیحی از امام باقر (ع) است که در مسئله مورد بحث حکم به اجرای مجازات می‌کنند. در مقابل این دیدگاه مشهور، شهیدثانی در مسالک احتمال داده است که صحیح باشد در رابطه با مجنون ادواری منتظر افاقه وی بمانند تا هدف مانعیت تحقق یابد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۳۸۰)، فاضل هندی به دلیل عموم حدیث رفع قلم احتمال داده که حد ساقط شود (اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۴۸۷). مقدس اردبیلی نیز به دلیل عدم تکلیف و عدم درک صحیح او قائل به لزوم تأخیر مجازات تا افاقه مجنون شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۸۱).

حال فقیه‌ای که آن سنخیت و هماهنگی را در سیاست کیفری حاکم بر حدود ملاحظه نموده با حکمی مواجه می‌شود که با هیچ یک از اهداف بازدارندگی عام و خاص و حتی اصلاح مجرم همخوانی ندارد. مجازات مجنون به واسطه عدم فهم او نسبت به علت مجازات کردنش، نه تأثیری در بازدارندگی شخصی او دارد، نه کمکی به عدم تکرار جرم توسط او می‌کند و حتی بازدارندگی عام هم

ندارد. چراکه بازدارندگی عام زمانی تحقق می‌یابد که عموم مردم با مرتکب جرم هم‌ذات پنداری نمایند و خود را در موقعیت او که مرتکب جرم شده قرار دهند و این درحالی است که این هم‌ذات پنداری موجب ترحم و هم‌نوایی هرچه بیشتر نسبت به مرتکب می‌شود. در چنین شرایطی بر مبنای نظریه هم‌افزایی آرای فقهی، نظریه پرداز می‌تواند از رأی یکی دیگر از فقها (مثل نظر شهیدثانی) استفاده نموده و نوعی همخوانی میان مجموعه احکام یک حوزه برای دست‌یابی به نظریه کیفری به وجود آورد.

۳. انسجام در تقنین کیفری

مجموعه کیفرهای وضع شده توسط مقنن اگر بخواهد منسجم باشد، ناگزیر از توسل به نظریه‌ای مبنایی در حوزه مجازات‌های اسلامی است که اهداف و وزن هر یک از عناصر تشریحی را در نسبت با یکدیگر معین سازد. در حوزه انسجام کیفرهای وضع شده سه بعد انسجام در دایره مجازات‌های ثابت، انسجام میان مجازات‌های ثابت و تعزیرات و انسجام میان تعزیرات قابل تصویر است.

۳-۱. انسجام در دایره مجازات‌های ثابت

در دایره مجازات‌های ثابت (حدود و قصاص) عوامل مختلفی منجر به عدم انسجام و فاصله گرفتن احکام از واقعیت تشریحی خود می‌شوند: عواملی همچون فاصله زمانی میان ما و عصر صدور شریعت، تحولات تاریخی، تصاویر غیرامینی که بعضاً بر نقل راویان سایه افکنده، اثرپذیری عملیات فقاقت از فرهنگ‌های غیر اسلامی حاکم بر فهم منابع، خطای مجتهد، وصول دلیل عام و نرسیدن مخصص آن و... (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۲۳-۴۳۱). همچنین ثابت‌پنداری احکام متغیر اسلامی، یکی از اشکالات منطقی رایج تفقه است که یکی از طرق علاج این مشکل و رسیدن به تمایز میان احکام ثابت و متغیر، دستیابی به مکتب اسلام است. وقتی فقیه ایمان

داشته باشد که احکام اسلام در واقع تشریحی خود و در تجربه مترقی تشکیل حکومت نبوی، احکامی منسجم و یکپارچه است، در دستیابی به نظریه ابتدائاً انسجام و نظام‌مندی فتاوا را مدنظر قرار می‌دهد. در صورت عدم اعتقاد به وجود چنین مبانی منسجمی، بحث از عملیات کشف مکتب اسلامی از دل احکام فرعی قابل توجیه نیست (همان، ص ۴۶۳-۴۶۴).

در بعد نخست یعنی انسجام در مجازات‌های ثابت کیفری، تأثیر منطق هم‌افزایی آرای فقهی را در بسیاری از مسائل از جمله در بازبینی فقهی مسائلی همچون «فرض ضمان دعوت‌کننده در شب»، «عدم تخییر ولی دم مقتول میان قصاص و دیه» و «تأثیر جنون پس از ارتکاب جرم بر مجازات» ملاحظه کرد. مسائلی که به نظر می‌رسد بهره‌گیری از فتاوی غیرمشهور به نحو بهتری انتظام احکام نظام کیفری را تأمین می‌کند. برای روشن شدن مطلب، ارائه یک شبیه‌سازی از فرایند هم‌افزایی آراء در فقه‌النظریه و بازبینی یک ماده قانونی مبتنی بر حکم ثابت شرعی، می‌تواند کارکرد این منطق را ملموس‌تر سازد. ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

هرگاه شخصی را که شبانه و به‌طور مشکوکی از محل اقامتش فراخوانده و بیرون برده‌اند، مفقود شود، دعوت‌کننده ضامن دیه اوست؛ مگر اینکه ثابت کند که دعوت شده زنده است یا اگر فوت کرده به مرگ عادی یا علل قهری که ارتباطی به او نداشته است یا اگر کشته شده، دیگری او را به قتل رسانده است. این حکم در مورد کسی که با حيله یا تهدید یا هر طریق دیگری کسی را بر باید و آن شخص مفقود گردد نیز جاری می‌شود.

تبصره: هرگاه پس از دریافت دیه مشخص شود که شخص مفقود زنده است یا قاتل شناسایی گردد، دیه مسترد می‌گردد و چنانچه اثبات شود که دعوت‌کننده مفقود را عمداً کشته است، قصاص ثابت می‌شود.

تحمیل مسئولیت قانونی بر کسی که در شب کسی را دعوت کند و پس از آن دعوت شده به منزل بازنگردد (چه بر اثر فوت، چه قتل و چه مفقود

شدن) بر مبنای فتوای مشهور و مستنبط از دو روایت ابی المقدام (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۲۸۷) و ابن میمون (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۲۲۲) هر دو از امام صادق (ع) صورت گرفته است. بی تردید فهم مشهور نسبت به این روایات خلاف اصل برائت و قواعد ضمان است، چرا که رابطه سببیت میان رفتار دعوت کننده و قتل یا مفقود شدن دعوت شونده احراز نشده است. علاوه بر آن، سویه‌های مختلفی که می‌تواند موجب عدم انسجام در نظام منصوصات شود در این روایات وجود دارد: به تعبیر کاشف اللثام، باید ملتزم شد فقها از اصل عدم ضمان تصرف بر حر به سبب این نص خاص عدول نموده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۵۲). محقق اردبیلی، به واسطه دشواری پذیرش مفهوم این دو روایت، از آن به «حکم فی قضیه» تعبیر نموده تا ضمن رد نکردن مضمون این دو روایت، خود را ملزم به تبعیت از آن نداند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۵۴). فارغ از اینکه برخی خبر واحد را کافی برای اثبات امور مهمه جزائی نمی‌دانند، برخی فقها قائل به ضعف این دو روایت به واسطه عدم وثاقت راوی و نیز مردد بودن یکی از روایات هستند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ص ۱۰۹۲ / جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۵۰).

همانگونه که مشاهده می‌شود عوامل زیادی در این بین وجود دارد که ممکن است ما را از واقع تشریحی دور ساخته باشد. نهایتاً در فرض پذیرش سند و دلالت این روایات و ناظر نبودن آن به مورد خاص قضائی، آراء دیگری در مخالفت با این دیدگاه در فقه امامیه حضوری پررنگ دارد که بر مبنای پذیرش تخطئه در اجتهاد و هم‌افزائی آرای فقهی، این آراء نیز می‌تواند مورد استفاده محقق فقه نظامات قرار گیرد. از آن جمله:

فاضل هندی در کشف اللثام بر مبنای اخذ قدر متیقن از روایت خلاف قاعده می‌فرماید حکم روایت تنها در صورتی قابل تبعیت است که دعوت کننده ادعا نکند که دیگری قتل کرده یا در برابر اتهام قتل سکوت کند (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۵۴). فقهای متقدمی همچون سلار و ابن حمزه

نیز به‌رغم اعتقاد به قصاص دعوت‌کننده، آن را شامل فرضی می‌دانند که او ادعای قتل توسط دیگری نکرده باشد (عاملی، ۱۴۱۴، ص ۴۵۹). می‌توان فرض شایع ادعای عدم اطلاع دعوت‌کننده از وضعیت مجنی علیه را نیز بر مبنای وحدت مناط ملحق به این دو قسم دانست.

سید جواد عاملی در کتاب مفتاح الکرامه قید «اخراج» را به این صورت تفسیر می‌کند که دعوت‌کننده شخص را بین ماندن و خروج از منزل مخیر نکرده باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۲۸۵). به نظر می‌رسد اخراج غیراختیاری از قیودی است که قانونگذار سعی کرده آن را مبهم باقی بگذارد، از کنار آن عبور کند و تصمیم‌گیری را به رویه قضایی واگذار کند. ازسویی در دو فراز از فراخواندن و دعوت سخن می‌گوید و در فراز دیگر بیرون بردن را به آن عطف می‌کند. این نحوه تقنین در پرتو دشواری‌های پذیرش مبنای مشهور، قابل فهم است.

سید عبدالاعلی سبزواری در مهذب الاحکام تحقق «اخراج» را قید اصلی حکم می‌داند و بقیه امور همچون در منزل یا در شب بودن و همچنین نحوه اخراج را ظرف تحقق اخراج تلقی می‌کند که دخالتی در حکم ندارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۱۲۴). این فتوا به خوبی مناط اصلی را توضیح داده و ما را به فهم عام عرفی در تشخیص ضامن نزدیک می‌سازد. همچنین در فرضی که سرنوشت دعوت‌شونده نامعلوم است، شهیداول در لمعه معتقد به عدم ضمان می‌باشد و شهیدثانی نیز در شرح لمعه چنین تعلیل کرده است که اصل بر برائت از دیه و قصاص است تا آنکه سبب آن محقق گردد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۲۲-۱۲۳).

با کنار هم قراردادن این آرای فقهی که هریک - بلحاظ صدور آن ازسوی فقهای نامدار شیعه - می‌تواند منطبق با حکم‌اللّه واقعی باشد، ملاحظه می‌شود که قیودی در حکم ذکر و قیودی مورد انکار قرار می‌گیرد. در نتیجه هم‌افزایی چهار فتوای فقهی فوق، این حکم در تناسب با قواعد عامی

همچون اصل برائت، قاعده لوث و قسامه، قاعده عدم ضمان نسبت به حر قرار گرفته و نهایتاً مبتنی بر فهم عرفی و عقلایی در اثبات رابطه سببیت قابل تفسیر است. در تطبیق این قاعده عام عقلایی اولاً، دو قید در شب بودن یا در منزل بودن هیچ موضوعیتی نداشته و تنها ظرف تحقق اخراج هستند. ثانیاً، شخصی که دیگری را به اجبار از محلی خارج کرده، عرف او را آگاه نسبت به وضعیت اخراج شده فرض می‌کند. حال وقتی اخراج شده، کشته شود و دعوت کننده با وجود داشتن حق دفاع از خود، سکوت نماید و حتی ادعای بی‌اطلاعی یا انتساب واقعه به عامل انسانی یا قهری دیگری نیز ننماید، عقلاً این رفتار او را حمل بر پذیرش مسئولیت می‌کنند. درنهایت، فهم عرفی هم‌داستان با فتوای شهیداول در فرض نامعلوم بودن سرنوشت اخراج شده، اتلافی را محقق نمی‌داند تا زمانی که متوجه اخراج کننده نماید؛ براین اساس ضمان دیه مندرج در این حکم قانونی به مدد هم‌افزایی آرای فقهی پیرامون یک حکم ثابت، در انسجام کامل با سایر احکام کیفری و قواعد حاکم بر آن قرار می‌گیرد. آنچه به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت نمونه‌ای از ایفای نقش فقه‌النظریه در ایجاد هماهنگی میان یک حکم ثابت کیفری با سایر قواعد ناظر به مسئله بود.

۲-۳. انسجام میان احکام ثابت و احکام هم‌سنخ تعزیری

دومین خلل در زمینه انسجام که آثاری مهم در نظام کیفرگذاری به دنبال دارد، عدم سازواری میان دایره احکام ثابت و منطقه الفراع است؛ به گونه‌ای که دوگانگی چشم‌گیری میان سیاست‌های حاکم بر حدود و تعزیرات به چشم می‌خورد. این درحالی است که فاصله برخی عناوین تعزیری با حدود، تنها فقدان یکی از شروط غیرماهوی مربوط به اثبات جرم است. بلحاظ فقهی، تعزیرات مشمول قواعد عامی همچون تبعیت از صلاح‌دید حاکم، محوریت هدف بازدارندگی، کمتر از حد بودن و قابل تعزیر بودن هر عمل حرام هستند (طوسی، ۱۴۰۷، صص ۴۴۸ و ۴۹۷-۴۹۸ / حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۵۵ / نجفی،

۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۴۴۸/ خویی، ۱۴۲۲، ص ۳۳۷/ صافی، ۱۴۲۰، ص ۷۷) همچنین در رابطه با دایره اختیار حاکم، مشهور فقها به مقتضای روایات به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» رسیده‌اند که ناظر به ابتکار عمل و بسط ید حاکم در اختیار نوع واکنش نسبت به جرم تعزیری است (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۹۷/ حلی، ۱۴۲۰، ص ۴۱۱/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۹۵).

با این حال، تبعیت تعزیرات از مصالح بازبودن دست مقنن در انتخاب واکنش‌هایی بی‌تناسب با سایر تشریحات را بر نمی‌تابد. فقه‌النظریه بالاترین مصلحت را در مفیدکردن قانونگذار به اصول و اهدافی می‌داند که شارع در حوزه جرائم هم‌سنخ دنبال می‌نماید. حدود که نوعاً اهم، اقوا و اشد از تعزیرات هستند و شارع اجرای آن را بر حاکم واجب نموده و شرایط و احکام آن را به تفصیل بیان کرده، می‌توانند خط مشی قانونگذار در انتخاب واکنش‌های کیفری در جرایم هم‌سنخ را ترسیم کنند. هر ناظر هوشیاری با دیدن تفاوت نوع مواجهه نظام کیفرگذاری با جرایمی همچون سرقت، روابط منافی عفت و جرائم سیاسی در دو نوع حدی و تعزیری آنها دچار تعجب و تشویش شده و تردیدهایی جدی در باب پیگیری اهدافی همسو در جرایم هم‌سنخ برای او به وجود می‌آید.

بر اساس فقه‌النظریه، اگرچه هریک از احکام پنج‌گانه تکلیفی نمودی از ارزش‌های مورد نظر شارع و اهداف او هستند، ولی تشریح حرمت و وجوب بیانگر ارزش‌هایی غیرقابل تغییر در حمایت از نیازهای ثابت است. در دایره احکام کراهت و استحباب و اباحه میزانی از تخییر مکلف وجود دارد که ولی فقیه می‌تواند در پرتو «جنبه‌های ثابت نظام» و بر اساس «مصلحت» و «نیاز» جامعه در آنها به اجتهاد بپردازد (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۳۷۰-۳۷۱). حدود از قواعد مندرج در احکام ثابت نظام است که پاسخگوی نیازهای ثابت و همیشگی نظام اجتماعی مسلمین است. در مقابل، دایره وسیع واکنش‌های تعزیری، پاسخی برای نیازهای متغیر عصری است که ظرفیت آن را دارد در

پرتو جنبه‌های ثابت نظام، در آن اجتهاد صورت گیرد. به‌رغم آنکه قلمرو تعزیرات دایره ابتکار عمل ولی فقیه و به تبع قانونگذاران نظام اسلامی است، این ابتکار عمل باید در چهارچوب نگاهی کلان و مجموعی و در پرتو جوانب ثابت نظام تشریحی باشد.

در این چهارچوب، نظریه منطقه‌الفراغ، نقش ویژه خود را در استنباط قواعد کلی حوزه ثابتات (در اینجا حدود و قصاص) و بازتاب دادن آن در حوزه متغیرات (در اینجا تعزیرات ناظر به جرایم هم‌سنخ) ایفا می‌نماید. البته قواعد کلی حدود نهایتاً «مصلح نوعی» در مواجهه با جرایم تعزیری را بازتاب می‌دهد و حاکم شرع باید ضمن ملاحظه شیوه معصومین (ع) در وضع عناصر متغیر (صدر، ۱۴۳۳ ب، ص ۵۳-۵۵)، در صورت وجود «مصلح شخصی» در برخوردی خاص با مجرم، مصلحت شخصی را مقدم نمایند. با این تدبیر، دوگانگی میان قلمرو حدود و تعزیرات در بسیاری از حوزه‌ها که امکان دستیابی به طرح کلی مواجهه با جرایم هم‌سنخ وجود دارد، می‌تواند کاهش یابد.

برای نمونه در حوزه جرایم علیه اموال، دوگانگی چشم‌گیری را میان علل سقوط مجازات شاهد هستیم. از سویی در جرم حدی سرقت، قانونگذار به تبع شارع مقدس شروط چهارده‌گانه‌ای را مقرر نموده که با منتفی شدن هر کدام، مجازات حدی ساقط می‌شود. شروطی همچون قرار گرفتن در حرز و هتک آن، مخفیانه بودن عملیات ربودن، عدم وقوع سرقت در زمان قحطی، عدم نیاز سارق به مال مسروقه و... (ماده ۲۶۸ ق.ا.م. ۱۳۹۲). همچنین توبه مجرم و گذشت شاکی پیش از طرح شکایت موجب سقوط مجازات شده (ماده ۱۱۴ ق.ا.م. ۱۳۹۲) و پس از شروع فرایند دادرسی تا قبل از اثبات جرم نیز عواملی همچون گذشت شاکی، انتقال مالکیت مال مسروقه به سارق و قرار گرفتن مال تحت ید مالک موجبات سقوط مجازات را فراهم می‌سازند (ماده ۲۶۸ ق.ا.م. ۱۳۹۲). تبیین این سیاست و اهدافی که شارع در

این احکام ثابت حدی دنبال می‌نماید، مجال دیگری را می‌طلبد و در این مقام تنها می‌توان به جایگاه اصیل حق‌الناس در سقوط مجازات‌های حدی و اصل شدت نمادین مجازات و عدم قطعیت در اجرای حدود اشاره کرد. با این حال، در میان جرایم مالی مستوجب تعزیر، با سرقت‌هایی مواجهیم که به واسطه فقدان یکی از شرایط حد سرقت، مشمول عناوین تعزیری ربودن قرار گرفته‌اند (ماده ۲۷۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲). همچنین در یک سیاست‌گذاری کلان‌تر می‌توان جرایمی مانند خیانت در امانت و کلاهبرداری را نیز - بلحاظ محوریتی که سلب حقوق مالی افراد در آنها دارد - می‌توان هم‌سنخ جرم سرقت حدی تلقی کرد. در رابطه با سرقت‌های مستوجب تعزیر که هرکدام به واسطه فقدان یک یا تعدادی از شرایط ثبوت حد، در دامنه شمول تعزیرات قرار گرفته‌اند، اولاً نبود سایر شرایط ثبوت سرقت حدی تأثیری در سقوط این مجازات‌ها ندارد. عواملی همچون انتقال مالکیت به مجرم یا اعاده مال به تصرف مالک آن، وجود ابوت، عدم وقوع در حرز، جهل به حرمت رفتار و... هیچ تأثیری در سقوط مجازات سرقت‌های تعزیری نداشته و عمده آنها از موجبات مصرح تخفیف مجازات نیز نمی‌باشد.

ثانیاً در رابطه با تأثیر گذشت شاکی، اگرچه بر مبنای ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی سرقت حدی از جمله جرایم قابل گذشتی به حساب می‌آید که در بازه زمانی معینی می‌تواند موجب سقوط مجازات شود، اما قانونگذار در بسیاری از موارد سرقت تعزیری که از جهات مختلفی اخف نسبت به سرقت حدی است را حتی با کسب رضایت شاکی معاف از مجازات ندانسته و آنها را در زمره جرایم غیرقابل گذشت قرار داده است. جرایمی که عدم ورود شاکی خصوصی به آن مانع از پیگیری مدعی العموم نبوده و می‌تواند حتی بدون اطلاع او اقدام به پیگیری جرم و تحصیل دلیل تا اجرای مجازات نماید. البته با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی شاهد یک تغییر نگاه مثبت در

جهت هم‌سان‌سازی قواعد حاکم بر گذشت شاکی خصوصی در سرقت‌های تعزیری هستیم. چرا که به واسطه این اصلاحیه، سرقت‌های تعزیری مندرج در مواد ۶۵۶، ۶۵۷، ۶۶۱ و ۶۶۵ قابل گذشت قلمداد شد، مشروط بر اینکه ارزش مال مورد سرقت کمتر از ۲۰۰ میلیون ریال و سارق فاقد سابقه مؤثر کیفری باشد. با این حال، محدود کردن قابلیت گذشت به این دو شرط تناسبی با قواعد حاکم بر حدود ندارد.

همه اینها درحالی است که به اقتضای فقه‌النظریه باید دایره تعزیرات جرایم هم‌سنخ در قالب قواعد و اصول حاکم بر منصوصات قرار گیرد. با لحاظ اخف و اسهل بودن عمده جرایم مالی مستوجب تعزیر، این سیاست شارع در سقوط مجازات‌ها می‌تواند ابتکار عمل قانونگذار در تعیین مجازات‌های تعزیری را تنظیم نموده و سیاست کیفری واحدی نسبت به جرایم علیه اموال پیش گیرد. شایان ذکر است که توجیه این سیاست خرد را باید در چهارچوب سیاست‌های کیفری کلان‌تر نظام کیفری اسلام و نظام مفاهیمی جست که مجازات‌های ثابت آن را راهبری می‌نماید و در مبحث ۱. ۱ به برخی از آن مفاهیم اشاره شد.

۳-۳. انسجام میان مجازات‌های تعزیری

در میان واکنش‌های تعزیری به دلایلی همچون تعدد واضعین قانون و شرایط اجتماعی زمان وضع، نظارت موردی نهاد ناظر بر قوانین، دخالت مبانی فکری مختلف و... ناهمخوانی‌هایی وجود دارد که می‌تواند موجب ناکارآمدی نظام جزایی کشور و عدم دستیابی آن به اهداف خود گردد. این مسئله به ویژه خود را در جایی نشان می‌دهد که در اجزای مختلف نظام واکنش کیفری تبعیت از یکی از نظریات مکافات‌گرا، نتیجه‌گرا با اهداف مختلفی هم‌چون بازدارندگی، ناتوان‌سازی، اصلاح و درمان یا سرزنش اخلاقی دیده می‌شود که تعارض این مبانی، هم دستیابی به اغراض را دشوار می‌سازد و هم تفسیر و اجرای احکام قانونی را در غباری از ابهام فرو می‌برد.

فقه‌النظریه ازسویی شرایط را جهت اتحاد نسبی سیاست‌های کیفری حاکم بر دو حوزه حدود و تعزیرات مهیا می‌سازد و ازسوی دیگر، در فرض وجود طرح‌ها و نظریات متفاوت فقهی در زمینه تعزیرات، ولی فقیه را مکلف به اتخاذ یک طرح نظری و اختیار بهترین الگو به اختیار خود می‌داند. نظریه‌ای که زمینه‌ساز بیشترین هماهنگی بوده و در راستای تحقق اهداف عالی اسلام باشد (همو، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۶۰). این دو خصیصه درحقیقت بازتاب دو عنصر غایتمندی و انتظام در انتخاب نظریه و الگوی نظام تعزیری است. در ادامه، نظریه‌مندی مجازات‌های تعزیری زمینه را برای ارزیابی نهادهای نظارت تقنینی درباره ابتناء قوانین خرد بر سیاست کلان به وجود می‌آورد. با تطابق نظام واکنش‌های تعزیری با هریک از نظریات اتخاذی، انسجام مورد نیاز برای کارآمدی نظام کیفری تأمین می‌شود.

همچنین اگر یکی از چالش‌های فراروی سامانه نظارت شرعی بر قوانین را انفعال و عدم امکان مواجهه کلان با طرح‌ها و لوایح مصوب مجلس شورای اسلامی بدانیم، فقه‌النظریه راه را برای ارتقاء سطح نظارت این سامانه هموار می‌سازد. گاه ساختار و روح حاکم بر مجموعه‌ای از قوانین اقتضائات متفاوتی نسبت به اجزاء آن دارد، که اگر ناظر شرعی مبتنی بر نظریه‌ای راهنما اقدام به بررسی آن مجموعه ننماید، در اغلب اوقات جز اصلاح مصوبات در سطحی خرد و کم و زیاد کردن قیودی جزئی کاری از پیش نمی‌برد و نوعاً قادر به تغییر ساختار نخواهد بود. این درحالی است که محور قراردادن یک نظریه مجازات به ترتیبی که مورد بررسی قرار گرفت، می‌تواند امکان مواجهه فعال شورا را در بررسی عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع فراهم آورد و با پایش مستمر، نظام مجازات‌ها را رفته رفته به انسجام در مبانی و اهداف نزدیک سازد.

نهایتاً آنچه تاکنون در مورد ابتناء بر نظریه و لزوم سازواری گفته شد، متوجه قوه قانونگذاری در مقام تصویب و وضع قوانین هماهنگ و نامتعارض

بود، اما با لحاظ وجود همیشگی خلأها، ابهام‌ها و تعارض‌ها در هنگام تفسیر قوانین، کنش‌گری تقنینی در قالب تفسیر قانون امتداد می‌یابد. قضات همواره با خلأهایی چه از لحاظ شبهه در حکم قانون و چه از لحاظ تطبیق قانون بر مصادیق مواجهند که چگونگی تعامل با این قلمرو محل طرح آراء و انظار متفکران حقوقی بوده است (Hart, 1994, pp.154-70- Dworkin, 1977, pp.81-92/ Dworkin, 1986, pp.66-70). با پیروی از فقه‌النظریه، نظام قضایی بر مبنای نظریات کلان مورد اتکای مقنن، می‌تواند اقدام به رفع موارد سکوت، اجمال و ابهام قوانین با مراجعه به منابع معتبر فقهی نماید. انضباط در تفاسیر شرعی قضات از قانون و پاسخ به چالش مهم عطف بامسابق‌شدن تفاسیر قضایی از ثمرات مهم این طرح نظری است.

نتیجه

مهمترین نتایج پژوهش حاضر در چند بند قابل صورت بندی است:

۱. طرح فکری فقه‌النظریه و دو نظریه معین آن - منطق هم‌افزایی آرای فقهی و نظریه منطقه‌الفرغ - افق‌های جدیدی را در جهت نظریه‌پردازی فقهی در ساحت‌های مختلف نظام کیفری گشوده است. استمداد از این طرح در قالب یک نظریه راهنما، قادر است نظام مجازات‌های اسلامی را از حیث انسجام، عینیت و جامعیت ارتقا بخشد. وجهه همت این پژوهش فتح بابی در نشان‌دادن گستره تأثیرگذاری فقه‌النظریه در ایجاد انسجام و ارائه مثال‌هایی برای نشان‌دادن نحوه تطبیق این نظریه در نظام کیفری کشور بوده است.
۲. در رابطه با مجازات‌های ثابت، کارکرد اصلی فقه‌النظریه، در توجیه فقهی و معرفت‌شناختی استفاده هم‌زمان از آرای فقهی معتبر قابل ملاحظه است. در مقیاس خرد، این روش می‌تواند هم‌افزایی آراء معتبر فقهی را در حیطه قیود و شرایط تحقق، اثبات و اجرای مجازات‌های حد و قصاص به وجود آورد؛

براین اساس احکام برخی فروع فقهی که تناسب قابل فهمی با قواعد حاکم بر سایر احکام جزایی ندارند، می‌تواند مورد بازبینی اجتهادی قرار گرفته و انسجام لازم بر مبنای آرای روشمند و غیرمتعارض سایر فقها به دست آید. تأثیر این بازاندیشی فقهی را در احکام ثابت فراوانی همچون «فرض ضمان دعوت‌کننده در شب»، «عدم تخییر ولی دم مقتول میان قصاص و دیه» و «تأثیر جنون پس از ارتکاب جرم بر مجازات» ملاحظه کرد که در این مقاله تنها یک مورد از آن در قالب تطبیق قاعده مورد بررسی قرار گرفت.

۳. در مقیاس کلان، این منطق مهم‌ترین مانع بر سر راه دستیابی به نظریه راکه همان عدم امکان تنسیق میان فتاوای یک فقیه است، کنار می‌زند و با توجیه استفاده هم‌زمان از آرای فقهای مختلف، محملی را برای ورود فقه به ساحت‌های کلان نظریه‌پردازی در حوزه مجازات به وجود می‌آورد. استخراج خطوط مشی حاکم و شناخت اهداف و اصول حاکم بر کیفرهای ثابت شرعی، موجب برطرف شدن بسیاری از خلأهای تقنینی، تفسیری و اجرایی ناظر به این کیفرها می‌شود.

۴. الزام فقهی نسبت به نظریه‌مندی مداخلات حاکمیت در منطقه‌الفرع، بستر وسیعی را برای تأمل فقهی در رابطه با قواعد حاکم بر تعزیرات فراهم آورده و این قلمرو را از انحصار تئوری‌های بشری خارج می‌سازد. با تطبیق الگوهای استنباط شده از دایره منصوصات بر دایره تعزیرات هم‌سنخ، دوگانگی موجود در سیاست‌های حاکم بر حدود و تعزیرات در نظام تقنینی کشورمان کاهش می‌یابد.

۵. استنباط نظریه فقهی و اختیار یکی از آنها با لحاظ ملاک‌های سه‌گانه (قوی‌تر بودن عناصر، کارآمدی و تحقق بخشی به اهداف عالی اسلام) چراغ راهی برای نظام تقنینی در زمینه کیفرگذاری تعزیری و ارزیابی تئوری‌های حاکم بر آن است و کیفیت این پرتو افکنی در مطالعه سیاست‌های حاکم بر برخی جرایم مالی مورد واکاوی قرار گرفت.

۶. طرح شهیدصدر با تمهید بستری فقهی برای نظریه‌پردازی کیفی، نظام تقنینی را نسبت به گرده‌برداری‌های بدون تحلیل از سیاست‌های کیفی وارداتی مصون می‌دارد. این خطوط مشی - حتی اگر در مواردی ظنی باشد - از مزیت حجیت و تلائم و هماهنگی با سامانه کیفی‌های ثابت و به‌طور کلان‌تر سامانه فرهنگی و بومی جامعه اسلامی برخوردار است. این نظریه سامانه نظارت شرعی را قادر می‌سازد که سطح تحلیل خود را در مواجهه با کلان نظریه‌های کیفی بالاتر برده و به‌جای تقلیل یک طرح کلان به اجزای خرد و بی‌ارتباط با یکدیگر، انطباق اهداف، کارکردها و اصول حاکم بر این مصوبات را با شریعت مورد ارزیابی قرار دهد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- اردبیلی، احمدبن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشادالأذهان؛ ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانى (فاضل هندى)، محمدبن حسن؛ كشف اللثام والإبهام عن قواعدالأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- امینی پزوه، حسین و محسن اسماعیلی؛ «منطقة الفراغ به مثابه نظریه قانونگذاری»، نشریه دانش حقوق عمومی؛ ش ۵، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱-۲۰.
- برهانی، محسن و الهه لطفعلی زاده؛ «تکثرگرایی حقوقی فقهی، ثاببات شریعت و نظام تقنینی ایران»، مجله حقوق اسلامی؛ ش ۷۶، بهار ۱۴۰۲، ص ۱۸۷-۲۱۰.
- پیوندی، غلامرضا؛ کيفرگذاري؛ مبانی اصول معیارها و چالش‌ها؛ قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۴۰۰.
- تسخیری، محمدعلی؛ «شهیدصدر به دنبال طرح مباحث اقتصادی با ریشه اسلامی بود، نه حجیت شرعی»، مجله علوم انسانی اسلامی صدر؛ ش ۱۷، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۳۴-۱۳۹.
- تسخیری، محمدعلی؛ «شیوه شهیدصدر در شناخت مکتب اقتصادی اسلام و پاسخ به منتقدان»، مجله اقتصاد اسلامی؛ ش ۱۰، تابستان ۱۳۸۲، ص ۹-۲۲.
- توسلی، محمدصادق و حسینعلی سعدی؛ «تبیین مؤلفه‌های حجیت خط مشی‌های عمومی از دیدگاه شهیدصدر»، نشریه حکومت اسلامی؛ ش ۷۵، بهار ۱۳۹۴، ص ۶۷-۹۴.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ حاشیه مرحوم کلانتر؛ ج ۱۰، قم: انتشارات داورى، ۱۴۱۰ق.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و سیدمحمدجواد ساداتی؛ «عظمت نمادین حدود و موانع اجرایی آن؛ تأملی فلسفی و جامعه‌شناختی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی؛ ش ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، ص ۶۷-۹۲.
- حب‌الله، حیدر؛ «معالم الإبداع الأصولی عندالشهید الصدر»، نشریه فقه أهل البيت (ع) (عربی)؛ ش ۲۰، ۱۴۲۱ق، ص ۲۲۹-۲۷۶.
- حسینی عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعدالعلامة؛ ج ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حکیم، سیدمحمدباقر؛ «النظرية السياسية عندالشهید الصدر»، الموسم؛ ش ۲۶ و ۲۷، ۱۴۱۶ق، ص ۳۸۱-۳۹۴.
- حلی، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی معرفة الحلال والحرام؛ ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- حلی، حسن بن یوسف؛ تحریرالأحكام؛ ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.

- خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ق.
- سبحانی، جعفر؛ الأمر بين الأمرين؛ قم: مؤسسة الصادق (ع)، ۱۴۱۸ق.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۲۹، ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله؛ التعزیر أحكامه و حدوده؛ قم: انتشارات آیت الله العظمی صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ البنك اللاربوی فی الإسلام؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۴ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ السنن التاريخية فی القرآن؛ دمشق: دارالتعارف فی المطبوعات، ۱۴۱۹ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ الف؛ إقتصادنا؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ ب؛ الإسلام يقود الحياة؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ ج؛ لمحة تمهيدية فقهية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية فی ایران؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ بحوث فی علم الأصول؛ تقارير حسن عبدالساتر؛ ج ۱۰، بیروت: الدار الإسلامية، ۱۴۱۷ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ دروس فی علم الأصول، الحلقة الأولى؛ ج ۲، قم: مجمع الفكر الإسلامي، ۱۴۲۱ق.
- صدرالمتألهين، صدرالدين محمدبن ابراهيم؛ رسالة فی خلق الأعمال: جبر و تفويض از نظر ملاصدرا؛ ترجمه منصور میراحمدی؛ تهران: چاپخانه حیدری، ۱۳۵۲.
- طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامية؛ ج ۸، ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن؛ تهذيب الأحكام؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۱۷ق.
- عاملی، محمدبن مکي؛ غاية المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- عدناني، سيده عطيه؛ تعيين جرایم تعزیری از منظر فقه النظرية و تأثیر آن بر حقوق کیفری (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
- علی اکبری بابوکانی، احسان و احسان آهنگری؛ «بازپژوهی امکان و حجیت نظام سازی در فقه با تأکید بر نگره شهید صدر»، نشریه فقه و اصول؛ ش ۸۲، زمستان ۱۳۹۵، ص ۸۷-۱۰۶.
- الغفوری، خالد؛ «فقه النظرية لدى الشهيد الصدر»، فقه أهل البيت (ع) (عربی)؛ ش ۲۰،

۱۴۲۱ق، ص ۱۲۳-۲۰۴.

فیض کاشانی، محمد محسن؛ الوافی؛ ج ۱۶، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۶ق.

کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۷، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمد باقر؛ بحار الأنوار؛ ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیه، [بی تا].

محسنی، مرتضی؛ دوره حقوق جزای عمومی؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.

مصباح یزدی، محمد تقی؛ آموزش فلسفه؛ چ ۳، ج ۲، قم: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۱، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

Dworkin, Ronald, Taking rights seriously, 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Dworkin, Ronald; Law's Empire, 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Greenawalt, Kent, Law and Objectivity, 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1992.

Hart, H. L. A, The Concept of Law, 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1994.

Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, A. Wedberg transl., Cambridge: Harvard University Press, 1945.

Kelsen, Hans; The Pure Theory of Law, M. Knight transl., 2nd Ed., Oakland: University of California Press, 1967.

Mathew Kramer, Objectivity and the Rule of Law, New York: Cambridge University Press, 2007.



The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake in the purpose

Parviz Bagheri* (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Fiqh and Law, University of Ilam, Ilam, Iran.
 Email: p.bagheri@ilam.ac.ir

Abdoljabbar Zargooshnasab

Associate Professor, Department of Fiqh and Law, University of Ilam, Ilam, Iran.
 Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

Masoumeh Sahraei

MA Graduate in Fiqh and Law, Iran.
 Email: masoumesahraei68@gmail.com

Use your device to scan and read the article online



Citation Bagheri, P. , Zargooshnasab, A. , Sahraei, M. (2026). The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake in the purpose . *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 23 (88): 115-143

Received: 12 December 2022 , Accepted: 04 January 2025

Abstract

The presence of reluctance and a mistake in the goal about a male child is one of the rare things that has not been examined in jurisprudence and law; However, this does not negate the analyzes and details about the duress or mistake in the purpose separately. Considering that there is no text or research about the reluctance of a young boy to commit murder due to his mistake in the target; therefore, investigating this issue and its foundations is considered to be of special importance and a new research. Interestingly, the basic principles of jurists regarding both legal and criminal issues refer to the case of the child's will and free will, not the case of his reluctance. The Islamic Penal Code has also considered the mere reluctance of a young boy to be the reason for his reasonable responsibility and the reluctance's imprisonment. Therefore, proving the intentionality of the involuntary crime of a young boy who was committed under his reluctance, intention and will can lead to a new clause in the penal law. The present research, through the use of descriptive-analysis method, scrutinizes the responsible factor in assuming the reluctance of the auditor boy and his mistake in the goal.

Keywords

Sabi Momayez (auditor), mistake in purpose, duress, pure error.



Extended Abstract

1. Introduction

The determination of legal and criminal liability in cases involving discerning minors (*sabbi mumayyiz*) remains a complex issue in Islamic jurisprudence and statutory law, particularly when the elements of coercion (*ikrah*) and target error (*ishtiha-yi dar hadaf*) intersect. While traditional legal frameworks often address the intentional acts of minors or cases of simple coercion involving adults, the specific scenario where a minor is forced to commit a crime but accidentally strikes an unintended victim is less explored. Current Islamic penal legislation generally holds that the paternal relatives (*aqila*) of a discerning minor are responsible for the blood money (*diya*) in cases of error, while the coercer faces imprisonment.

However, this research argues that when a minor's will is compromised by coercion, the minor acts effectively as a tool for the coercer. The primary objective of this study is to analyze the type of homicide committed and to identify the ultimate responsible party. It challenges the automatic transition of liability to the minor's *aqila*, suggesting instead that the intentionality of the coercer and the inherently lethal nature of the coerced act should shift the criminal and financial burden.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical method to investigate the responsibility of the final agent in crimes committed by coerced minors. The research draws upon a comprehensive review of Islamic jurisprudential (*Fiqh*) sources, including the works of prominent jurists such as Sheikh Ansari, Imam Khomeini, and Mohaqiq Hilli. By analyzing primary religious texts, legal maxims (such as the Rule of Loss/ *Tashbib* and the Rule of No Harm/ *La Darar*), and the "Hadith of Lifting the Pen" (*Hadith al-Raf*), the study evaluates the validity of current legal interpretations. The analysis focuses on the interaction between the "direct actor" (*mubashir*) and the "cause" (*sabab*), determining which is "stronger" (*aqwa*) in the eyes of the law and social custom (*urf*).

3. Research Findings

The research yields several critical insights into the attribution of liability:

- **The Primacy of the Coercer's Intent:** If the coercer intends for a homicide to occur and uses a discerning minor as the instrument, the crime should be attributed to the coercer. Even if the minor misses the intended target, the

■ The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake ...

original intent of the coercer to commit a lethal act persists. Some jurists argue that in such cases, the target error does not necessarily transform the crime into a “pure error” for the coercer, as the act itself was intended to be lethal.

- **Weakness of the Direct Actor:** In Islamic law, liability generally falls on the direct actor. However, coercion creates a “weakness” in the direct actor, making the cause (the coercer) the dominant legal agent. Because a minor lacks full legal capacity and, under coercion, lacks free will, they are viewed by social custom (urf) as a mere tool.

- **The “Hadith al-Raf” and Accountability:** The study highlights that the “lifting of the pen” (the removal of criminal accountability) applies to both minors and those under coercion. Therefore, imposing the burden of diya on the minor’s aqila in a coerced scenario lacks a strong rational or religious basis, as the minor never exercised the “choice” that typically triggers such collective liability.

- **Critique of Current Statutory Norms:** The research finds that the standard practice of holding the aqila responsible for a minor’s error is intended for cases of genuine accidental harm, not scenarios where a minor is a pawn in another’s criminal scheme. Jurisprudential principles like “Rule of Deception” (Ghurur) and “Causality” (Tashbib) suggest that the party who initiated the danger (the coercer) must bear the compensatory and punitive consequences.

4. Conclusion

The study concludes that the coercer should be held as the primary responsible agent for crimes committed by a discerning minor under duress, even in the event of a target error. The current legal reliance on the minor’s aqila to pay blood money in these instances is inconsistent with the rational principle that liability should follow the exercise of will and intent.

The research recommends a legislative shift: when coercion is proven, the minor’s actions should be legally attributed to the coercer as an intentional crime. This prevents the “wastage” of the victim’s blood (dam al-muslim) while ensuring that the punishment and financial liability are directed at the true source of the harm. Ultimately, because the minor’s target error occurs within the context of a compromised will, it cannot be classified as a “pure error” in a way that absolves the coercer of their primary role in the tragedy.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Ashtiani, Mirza Mohammad Hassan ibn Jafar; *Kitab al-Qada*; Qom: Zuhair Publications (Allamah Ashtiani Congress), 1425 AH. [In Arabic]
- Ibn Idris, Mohammad ibn Mansur ibn Ahmad; *Al-Sara'ir*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1410 AH. [In Arabic]
- Ibn Barraji, Abdul Aziz; *Al-Muhadhdhab*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1406 AH. [In Arabic]
- Ibn Barraji, Abdul Aziz; *Jawahir al-Fiqh - Al-Aqa'id al-Ja'fariyyah*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1411 AH. [In Arabic]
- Ibn Junayd, Mohammad ibn Ahmad; *Majmu'at Fatawa Ibn Junayd*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1416 AH. [In Arabic]
- Isfahani (Majlisi II), Mohammad Baqir ibn Mohammad Taqi; *Hudud, Qisas, and Diya*; Tehran: Institute for the Publication of Islamic Works, [n.d.]. [In Persian]
- Ansari, Morteza ibn Mohammad; *Fara'id al-Usul*; Qom: Islamic Publication Institute affiliated with the Society of Teachers in Qom, 1416 AH. [In Arabic]
- Ansari, Morteza ibn Mohammad; *Kitab al-Makasib*; Qom: World Congress for the Commemoration of Sheikh Azam Ansari, 1415 AH. [In Arabic]
- Ansari, Morteza ibn Mohammad; *Kitab al-Makasib*; Qom: Dar al-Kitab Press Institute, 1410 AH. [In Arabic]
- Iravani, Baqir; *Al-Halqa al-Thalitha fi Uslubiha al-Thani*; Tehran: Qalam, 2007. [In Arabic]
- Borujerdi, Hossein; *Nihayat al-Usul*; Tehran: Tafakkur Publication, 1415 AH. [In Arabic]
- Bahjat, Mohammad Taqi; *Jami' al-Masa'il*; Qom: Office of His Eminence, 1426 AH. [In Arabic]
- Tarhini, Seyyed Mohammad Hossein; *Al-Zubda al-Fiqhiyya fi Sharh al-Rawda al-Bahiyya*; Qom: Dar al-Fiqh for Printing and Publishing, 1427 AH. [In Arabic]
- Hurr al-Amili, Mohammad ibn Hassan; *Wasa'il al-Shia*; Qom: Al al-Bayt Institute,

■ The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake ...

1409 AH. [In Arabic]

Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf ibn Mutahhar; *Irshad al-Adhhan*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1410 AH. [In Arabic]

Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf ibn Mutahhar; *Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyya 'ala Madhhab al-Imamiyya*; Qom: Imam Sadiq Institute, 1420 AH. [In Arabic]

Hilli (Allamah Hilli), Hassan ibn Yusuf ibn Mutahhar; *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wal-Haram*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1413 AH. [In Arabic]

Hilli (Muhaqqiq Hilli), Najm al-Din Ja'far ibn Hassan; *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wal-Haram*; Qom: Isma'iliyan Institute, 1408 AH. [In Arabic]

Hilli (Muhaqqiq Hilli), Najm al-Din Ja'far ibn Hassan; *Nukat al-Nihaya*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1412 AH. [In Arabic]

Hilli, Jamal al-Din Ahmad ibn Mohammad; *Al-Muhadhdhab al-Bari' fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1407 AH. [In Arabic]

Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Tanqih al-Usul*; Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1418 AH. [In Arabic]

Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Tahrir al-Wasila*; Qom: Dar al-Ilm Press Institute, [n.d.]. [In Arabic]

Khoei, Seyyed Abu al-Qasim; *Takmilat al-Minhaj*; Qom: Madinat al-Ilm Publication, 1410 AH. [In Arabic]

Khoei, Seyyed Abu al-Qasim; *Mabani Takmilat al-Minhaj*; Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam al-Khoei, 1422 AH. [In Arabic]

Khoei, Seyyed Abu al-Qasim; *Mawsu'at al-Imam al-Khoei*; Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam al-Khoei, 1418 AH. [In Arabic]

Rouhani Qomi, Seyyed Sadeq; *Fiqh al-Sadiq*; Qom: Dar al-Kitab (Imam Sadiq School), 1412 AH. [In Arabic]

Siyuri, Miqdad ibn Abdullah; *Al-Tanqih al-Ra'i' li-Mukhtasar al-Shara'i'*; [n.p.]: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1404 AH. [In Arabic]

Siyuri, Miqdad ibn Abdullah; *Nasd al-Qawa'id al-Fiqhiyya 'ala Madhhab al-Imamiyya*; Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1403 AH. [In Arabic]

Shobairi Zanjani, Seyyed Musa; *Kitab al-Nikah*; Qom: Rai-Pardaz Research Institute, 1419 AH. [In Arabic]

Sharif Murtadha, Ali ibn Husayn; *Al-Masa'il al-Nasiriyyat*; Tehran: Islamic Culture and Relations Organization, 1417 AH. [In Arabic]

Sharif Murtadha, Ali ibn Husayn; *Rasa'il al-Sharif al-Murtadha*; Qom: Dar al-Quran al-Karim, 1405 AH. [In Arabic]

- Shoushtari, Seyyed Mohammad Hassan; *New Perspectives in Law*; Tehran: Mizan Publication, 1427 AH. [In Persian]
- Sadr, Seyyed Mohammad Baqir; *Buhuth fi Ilm al-Usul*; Qom: Center for the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence according to the Ahl al-Bayt School, 1417 AH. [In Arabic]
- Saduq, Mohammad ibn Ali; *Man la Yahduruhu al-Faqih*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1413 AH. [In Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hassan; *Al-Khilaf*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1407 AH. [In Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hassan; *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya*; Tehran: Al-Maktabah al-Murtadhawiyya for the Revival of Ja'fari Works, 1387. [In Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Hassan; *Al-Nihaya fi Mujarrad al-Fiqh wal-Fatawa*; Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1400 AH. [In Arabic]
- Tusi, Mohammad ibn Ali ibn Hamza; *Al-Wasila ila Nayl al-Fadila*; Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1408 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid Awwal), Mohammad ibn Makki; *Al-Durus al-Shar'iyya fi Fiqh al-Imamiyya*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1417 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid Awwal), Mohammad ibn Makki; *Al-Qawa'id wal-Fawa'id*; Qom: Mufid Bookstore, [n.d.]. [In Arabic]
- Amili (Shahid Awwal), Mohammad ibn Makki; *Al-Lum'a al-Damishqiyya fi Fiqh al-Imamiyya*; Beirut: Dar al-Turath, 1410 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid Awwal), Mohammad ibn Makki; *Ghayat al-Murad fi Sharh Nukat al-Irshad*; Qom: Islamic Propagation Office Publications of the Qom Seminary, 1414 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid Thani), Zayn al-Din ibn Ali; *Al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Damishqiyya*; Qom: Islamic Propagation Office Publications of the Qom Seminary, 1412 AH. [In Arabic]
- Amili (Shahid Thani), Zayn al-Din ibn Ali; *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam*; Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1413 AH. [In Arabic]
- Amili, Mohammad ibn Ali Musawi; *Nihayat al-Maram fi Sharh Mukhtasar Shara'i' al-Islam*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1411 AH. [In Arabic]
- Amidi, Seyyed Amid al-Din ibn Mohammad; *Kanz al-Fawa'id fi Hall Mushkilat al-Qawa'id*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1416 AH. [In Arabic]
- Gharawi Na'ini, Mirza Mohammad Hossein; *Ajwad al-Taqrirat*; Qom: Al-Irfan Press, 1352. [In Arabic]
- Gharawi Na'ini, Mirza Mohammad Hossein; *Al-Makasib wal-Bay'*; Islamic Pub-

■ The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake ...

lications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1413 AH. [In Arabic]

Fadil Hindi, Mohammad ibn Hassan; *Kashf al-Litham wal-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1416 AH. [In Arabic]

Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad ibn Hassan ibn Yusuf; *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id*; Qom: Isma'iliyan Institute, 1387. [In Arabic]

Kashani, Mulla Habibullah Sharif; *Tashil al-Masalik ila al-Madarik*; Qom: Al-Matba'at al-Ilmiyya, 1404 AH. [In Arabic]

Kulayni, Abu Ja'far Mohammad ibn Ya'qub; *Al-Kafi*; Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1407 AH. [In Arabic]

Golpayegani, Seyyed Mohammad Reza; *Al-Durr al-Mansud fi Ahkam al-Hudud*; Qom: Dar al-Quran al-Karim, 1412 AH. [In Arabic]

Muhaqqiq Damad, Seyyed Mostafa; *Qawa'id-e Fiqh*; Tehran: Islamic Sciences Publication Center, 1406 AH. [In Persian]

Maraghi, Seyyed Mir Abd al-Fattah ibn Ali; *Al-Anawin al-Fiqhiyya*; Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1417 AH. [In Arabic]

Mar'ashi Najafi, Seyyed Shahab al-Din; *Al-Qisas 'ala Daw' al-Quran wal-Sunna*; Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1415 AH. [In Arabic]

Mar'ashi Najafi, Seyyed Shahab al-Din; *Minhaj al-Mu'minin*; Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1406 AH. [In Arabic]

Mufid, Mohammad ibn Nu'man; *Al-Muqni'a*; Qom: Sheikh Mufid Millennium World Congress, 1413 AH. [In Arabic]

Makarem Shirazi, Naser; *Encyclopedia of Comparative Jurisprudence*; Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School Publications, 1427 AH. [In Persian]

Montazeri, Hosseinali; *Islamic Punishments and Human Rights*; Qom: Arghavan-e Danesh, 1429 AH. [In Persian]

Movahedi Lankarani, Mohammad Fazel; *Tafsil al-Shari'a fi Sharh Tahrir al-Wasila - Al-Qisas*; Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams, 1421 AH. [In Arabic]

Najafi (Sahib al-Jawahir), Mohammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*; Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1404 AH. [In Arabic]

Naraq, Mulla Mohammad ibn Ahmad; *Mashariq al-Ahkam*; Qom: Naraqiyin Mulla Mahdi and Mulla Ahmad Congress, 1422 AH. [In Arabic]



عامل مسئول در فرض اکراه صبّی ممیز

و اشتباه وی در هدف

پرویز باقری* (نویسنده مسئول)

Email: p.baqheri@ilam.ac.ir

دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

عبدالجبار زرگوش نسب

Email: a.zargoooshnasab@ilam.ac.ir

دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

معصومه صحرائی

Email: masoumehsahraei68@gmail.com

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق، ایران.



استناد باقری، پرویز؛ زرگوش نسب، عبدالجبار؛ صحرائی، معصومه (۱۴۰۵). عامل مسئول در فرض اکراه صبّی ممیز و اشتباه وی در هدف. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۱۴۳-۱۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

چکیده

مقاله پیش رو به تعیین عامل مسئول در صورت اکراه صبّی ممیز و اشتباه وی در اصابت به هدف پرداخته است. هدف از آن اولاً تعیین نوع قتل واقع شده و تعیین عامل مسئول و سپس تبیین مسئول نهایی در جنایات خطائی صبّی ممیز مکره در موارد اکراه و خطای او در اصابت است؛ چراکه نه تنها امری مورد وقوع به خصوص در زمان حاضر است بلکه مانعی برای آرای مختلف محاکم در این مسئله خواهد بود. جالب اینکه اصول مبنای فقها در مورد هر دو مسئله - حقوقی و جزائی - به مورد عمد و اختیار صبّی اشاره دارد و به اکراه صبّی پرداخته نشده. قانون مجازات اسلامی نیز صرف اکراه صبّی ممیز را موجب مسئولیت عاقله او و حبس اکراه کننده دانسته است؛ از این رو اثبات عمدی بودن جنایت اکراهی صبّی ممیز و اشتباه در هدف که تحت اکراه، آزادی اراده او مخدوش می شود، می تواند باعث بند جدیدی در قانون مجازات شود، علاوه بر نصوص، ادله عقلی و عرفی مؤید این نظر است. پژوهش پیش رو موضوع مسئول نهایی در جنایات خطائی صبّی ممیز اکراه شده در موارد اکراه و خطای او در اصابت را به مدد روش تحلیلی توصیفی مورد مذاقه قرار می دهد.

واژگان کلیدی

صبّی ممیز، اشتباه در هدف، اکراه، خطای محض.



مقدمه

موضوع بحث در گرو تبیین اکراه و مبانی آن و اشتباه در هدف به این نحو است که اگر مبنای اکراه بر قصد ارتکاب فعل یا علم به ارتکاب آن ولو به طور غیر مستقیم باشد یا اینکه این قصد با اقدامی که غالباً کشنده باشد صورت بگیرد باید حکم مسئله را در باب جنایات عمدی بررسی نمود، نه اینکه در پی تبیین آن در جنایات خطای محض و یافتن مسؤلیت عاقله در مباشر و سبب باشیم. همان طور که در اشتباه در هدف نیز که قصد اولیه جنایت بر انسان محرز است و چه بسا به واسطه اکراه این امر دال بر قصد جدی و کامل اکراه کننده داشته باشد. تبیین این مسئله در بیان فقها با توجه به این امر بررسی شده است که قصد اولیه جانی در اکراه صَبَّی ممیز چه بوده است؛ اگر قصد اولیه وقوع قتل باشد و مکره صَبَّی در راستای قصد او مرتکب جنایت شود ولو این جنایت به جهت اشتباه در هدف بر غیر هدف مقصود واقع شود، در این صورت جنایت واقع شده را می توان منسوب به مکره دانست. حال در غیر فرض فوق؛ یعنی اینکه قصد اولیه غیر از جنایت ارتكابی صَبَّی ممیز اکراه شده باشد باید تفصیل قائل شد

در این زمینه چند احتمال مطرح می شود که عامل مسئول اکراه کننده است یا صَبَّی ممیز اکراه شده، و در صورت منتفی بودن قصاص و تعیین دیه آیا به عهده عاقله صَبَّی است یا به عهده عاقله اکراه کننده یا به عهده خود او است؟

هدف از این پژوهش تعیین نوع قتل واقع شده و تعیین عامل مسئول جنایت خطائی صَبَّی ممیز در مورد اکراه و خطای او در اصابت به هدف است.

۱. بررسی ضمان صَبَّی ممیز در جنایت و اتلاف

مرتکب هر فعلی که تلف از طریق او حاصل شود یا اینکه عادتاً مستلزم

تلف شود، ضامن است؛ بنابراین اگر شخصی از طریق ایجاد و تحقق اموری چون اکراه، موجبات تلف را فراهم نماید ضامن متوجه او می‌شود؛ هرچند این تلف به واسطه غیر واقع شود؛ چون اکراه موجب ضعف مباشر و استقرار ضامن بر محدث سبب می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۸۶ / بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۵۸۸). علاوه بر آن عرفاً تلف به ایجادکننده سبب استناد داده می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۸۹ / نراقی، ۱۴۲۲، ص ۴۲۷-۴۲۸). برخی از فقها ضامن ناشی از تسبیب در جنایت را در سه قالب اکراه، شهادت زور و غرور مطرح نموده است. به این صورت که علت تسبیبی بودن اکراه به جهت ایجاد انگیزه و داعی در شخص مکروه است به طوری که غالباً منجر به قتل شود. در شهادت زور نیز چون قاضی بر مبنای شرعی شهادت شهود، انگیزه و داعی برای انشای حکم قتل مشهود علیه به وجود می‌آورد به عنوان تسبیب در جنایت مطرح شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۵-۴۲۷).

شیخ انصاری در این زمینه می‌فرماید:

اولاً. اکراه مکروه به عنوان علت تامه برای وقوع حرام در خارج است؛ از این رو نه تنها حرمت عمل بلکه به واسطه ظلم و ستم، مجازات و حرمتش شدیدتر است.

ثانیاً. دوماً. به موجب استناد جنایت به اکراه کننده، ضامن بر عهده او استقرار می‌یابد.

ثالثاً. اکراه مکروه شرط وقوع جنایت است. این امر یا با ایجاد انگیزه و داعی بر معصیت است همان طور که اکراه کننده با اکراه خود، انگیزه برای وقوع جنایت توسط غیر ایجاد می‌کند یا اینکه به واسطه ایجاد شرطی دیگر بدون انگیزه و داعی، شرط صدور حرام می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۷۶-۷۵). در مورد این بند به نظر می‌رسد که مراد شیخ ایجاد انگیزه به طور مستقیم در مباشر است یا اینکه علم مکروه به وقوع حرام و جنایت خود

به‌عنوان عامل غیرمستقیم در ایجاد فعل حرام است؛ بنابراین چه اکراه‌کننده بخواهد با اکراه خود، شخصی را به ارتکاب فعل حرام یا جنایتی وادارد و چه اینکه بداند و علم داشته باشد که به‌واسطه عملش، حرام و جنایتی به وقوع می‌پیوندد، در ضمان یکسان است؛ بنابراین چه مکره با اکراه خود بر صبی، شرط وقوع قتل را ایجاد نماید یا اینکه بداند موجب قتل می‌شود برای ضمان او کافی است؛ چون مقتضی قصاص وجود دارد همان‌طور که برخی از فقها ولو در صورت جهل و صدور فعلی که منجر به قتل شود را ضرورت صدق عمد بیان نموده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۲۴).
براین مبنا هرگاه عرف تشخیص بدهد که صدور فعل عمدی بوده مقتضی قصاص اثر می‌کند و قصاص ثابت می‌شود و در این مقام نظری به عمد و جهل عامل ندارد؛ پس هرگاه در مورد شخص جاهل چنین حکم می‌شود به‌طریق اولی در مورد صبی ممیز مکره اجرا خواهد شد.

امام خمینی (ره) بیان فرموده که اکراه مکره علت تامه در تحقق معلول نیست و دخالتی در ایجاد آن ندارد بلکه تمام تأثیر او در جنایت محدود به ایجاد تحصیل مورد و موضوع ترجیح برای فاعل مباشر بین ارتکاب فعل و تحمل آنچه که مکره او را به آن وعده داده می‌باشد؛ بنابراین شخص در ترجیح هر یک از دو طرف مختار بوده و اختیاری از او سلب نشده است. لذا شخص همچنان بر قدرت تمییز و ترجیح یکی از طرفین و انتخاب آن بر دیگری مختار است. بدون تفاوت میان طرف مقهور و طرف دیگر؛ هرچند غالباً ترجیح با طرف مکره علیه است. البته این ترجیح به‌جهت احتیاط است نه از جهت محرومیت از انتخاب؛ لذا ضمان بر فاعل مباشر است. ایشان در تفاوت بین فاعل مکره و مختار بیان داشته که فرق این دو در موضوعی است که بر انتخاب واقعی، که همان تحقق مورد ترجیح عقلی برای یکی از طرفین، مقدم است نه اینکه وجه مفارقت آنها در اختیار یا عدم آن باشد (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۳۹). به‌نظر می‌رسد اکراه مکره علت

■ عامل مسئول در فرض اکراه صبی ممیز و اشتباه وی در هدف

تامه باشد؛ چراکه احتیاط و تخییر عقلی در مورد شک و در غیر مورد اکراه است. به این صورت که در مقام شک یا عدم علم، احتیاط دایر مدار گزینش آزادانه میان دو امر است حال در فرض اکراه این نوع گزینش به خصوص در مورد صبی ممیز منتفی است، البته این در صورتی است که اکراه بگونه‌ای باشد که کاملاً اختیار از صبی سلب کند و مانند آلت باشد، والا صبی که مباشر است حق ارتکاب قتل ندارد و مسئولیت متوجه اش می‌شود.

۲. تأثیر اکراه بر جنایت صبی ممیز

آنچه از بیان فقها در این مورد وجود دارد دو نظر است؛
یک. وحدت حکم مورد اکراه یا امر آمر. قود و قصاص بر مکره و مأمور به سبب عدم تأثیر امر و اکراه در ظلم است (ابن براج، ۱۴۱۱، ص ۲۱۴/ حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۸۷).
دو. تفصیل بین اکراه و امر صبی.

برخی از فقها هر چند صریحاً اکراه در مورد صبی ممیز بیان نکرده‌اند؛ اما از بیان آنها روشن است که صرفاً اکراه دون امر را در مورد مباشر ممیز عارف، محقق و قائل به پرداخت دیه توسط عاقله او شده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۸۴/ علامه حلّی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۶). آنچه در این مورد ممکنه که مناقشه شود این است که ظاهراً اکراه در مورد صبی محقق می‌شود چون در ارتکاب قتل، از او قصاص نمی‌شود؛ در این صورت قصاص باید بر سبب به جهت اقوابودن باشد. البته این مناقشه در مورد امر نیز صدق می‌کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۵۰). در مورد اکراه به قتل نفس دو قول با منشاء تحقق اکراه بر عاقل وجود دارد:

أ- برخی به موجب تحقق اکراه بر شخص عاقل، قصاص را بر مکره واجب دانسته؛ چراکه به موجب اکراه اکراه کننده و مضطر نمودن مکره قتل واقع شده است.

ب- از نظر شهید ثانی اظهر منع قصاص مکره است؛ چراکه در حقیقت

قتل واقع اکراهی نیست و جایز نیست کسی در صورتی که اکراه شود مرتکب قتل شود. چون اکراه شده خود را نجات می‌دهد از امر شدیدتری که بر او شده است که حق ندارد با کشتن کسی دیگر خود را از قتل نجات دهد، جایز نیست اقدام به قتل کند، پس رجحان عدم تحقق اکراه معلوم شد، یعنی همان‌طور که اکراه به قتل نفسه در مورد عاقل محقق بوده و موجب قصاص مکره می‌شود؛ چون تحقق اکراه منوط به رهاشدن مکره به واسطه انجام فعل اکراهی است. این رهاشدن در مورد شخص عاقل مکره محقق نیست؛ چون در نهایت آنچه به واسطه امر بر او تهدید شده در قالب قصاص بر او محقق می‌شود. بلی اگر مورد تهدید سخت و مشقت شدیدی باشد مانند کشتن به شکنجه و قابل تحمل نباشد اکراه موجه می‌شود و تحقق پیدا می‌کند و قصاص واجب می‌شود مثل بقیه قتل‌ها (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۹۰). این امر به نوعی دال بر پذیرش جواز اکراه در این نوع قتل بسته به خصوصیت قتلی است که به آن تهدید شده است. به این صورت که اگر قتلی که به آن اکراه شده از حیث شدت و خصوصیات قتل زاید بر قتل وعده داده شده باشد در این صورت مکره جایز است که خود را بکشد بدون اینکه قصاصی بر اکراه‌کننده باشد (خویی، ۱۴۱۰، ص ۶۳) به این جهت که در حالت فوق شخص آمر به قتل، قاتل نیست. در واقع اکراه شخص به قتل نفسه و وعده او به نوع قتلی سخت‌تر از قتل نفسه، موجب خروج اکراه شونده از اختیار نیست و قتلی هم واقع می‌شود مستند به خود شخص طی گزینش او برای دفع نوع قتل اشد و سخت است (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۳۱). از معاصرین برخی این نوع اکراه را در مورد ممیز محقق؛ اما در جواز قصاص مکره قائل به تأمل شده‌اند (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۷۶). برخی نیز محض امر به صَبّی ممیز را موجب مسئولیت امر ندانسته؛ اما در صورت اکراه و تهدید صَبّی ممیز به قتل شدیدتر بر قصاص آمر اشکال شده است (مجلسی دوم، [بی‌تا]، ص ۷۴). برخی از فقهای بزرگ معاصر

■ عامل مسئول در فرض اکراه صبّی ممیز و اشتباه وی در هدف

ضمن اینکه در باب امر به قتل، قصاص را از مباشر و امر منتفی و دیه را بر ذمه عاقله صبّی ثابت دانسته در باب اکراه صبّی ممیز به قتل، احوط را بر حبس ابد اکراه کننده دانسته‌اند (خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۱۴).

برخی ضمن اینکه مراهق را در حکم عاقل دانسته حکم امر و اکراه صبّی را متفاوت دانسته؛ بدین نحو ارتکاب جنایت توسط صبّی به موجب امر، باعث ثبوت دیه بر عاقله صبّی است. حال ارتکاب جنایت به سبب اکراه، موجب حکم تنصیف دیه بر مکره و عاقله صبّی می‌شود (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۴۳۸).
برخی یگر در امر به قتل، قصاص را از مباشر و امر منتفی و قائل به ثبوت دیه بر عاقله صبّی می‌باشند و حکم اکراه صبّی ممیز به قتل، حبس ابد اکراه کننده دانسته (خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۱۴) و محض امر به صبّی ممیز را موجب مسئولیت امر ندانسته و قصاص امر را در غایت اشکال بیان نموده‌اند (ر.ک: مجلسی دوم، [بی تا]، ص ۷۴)؛ برخی دیگر امر به قتل به واسطه استناد به امر همچون مرتکب قتل دانسته‌اند؛ زیرا قتل مستند به سبب داعی و انگیزه مکره است از این رو به جهت ضعف مباشر حکم قصاص بر مکره خواهد بود (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۶۸۰).

۳. تبیین نوع جنایت بر اساس تعلق قصد به هدف معین و کشنده بودن فعل اکراهی

دو عنصر قصد و فعل نوعا کشنده مبنا عمدی بودن جنایات است:

۳-۱. ملاک قصد

مبنای مسئولیت در فقه جزائی بر قصد و اختیار تام است. زوال آن در شخص اکراه شده، رافع مسئولیت است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۱۸).
که به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

در جنایات عمدی مبنا بر معین بودن هدف یا غالباً کشنده بودن فعل ارتكابی است. با تحقق فعل به غیر مقصود جنایت خطئی خواهد بود؛

اما در صورتی که فعل واقع شده نوعاً کشنده باشد معین بودن هدف برای عمدی بودن جنایت شرط نیست (ر.ک: مجلسی دوم، [بی تا]، ص ۶۷). در باب اکراه نیز معین بودن هدف و تعلق اکراه به آن از جمله شروطی است که توسط برخی از فقها مطرح شده است (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۱۵/ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۷). این تعیین در فرض اکراه به امر و اختیار مکره در گزینش هر یک از دو مورد نیز واقع و سبب ضمان مکره می شود؛ زیرا فعل هر یک از آنها متعلق اکراه است گویی که همان مقصود اکراه کننده است (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۱۵-۳۱۶/ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۳۶). حال اگر قصد اولیه در تحقق فعل مادی بر شخص محقون الدم باشد و بر اثر اشتباه و خطا در اصابت، بر غیر شخص مورد هدف واقع گردد جنایت خطائی محض محسوب و موجب ثبوت دیه خواهد بود (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۲۷۵/ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۷۹).

به نظر می رسد در مورد قصد مکره و صبی مکره و علم مکره بر جنایت به مقصود باید گفت:

یک - به نظر می رسد مورد اتفاق اکثر فقها هم قصد متعلق به ازهاق نفس معصومه به طور کلی است نه هدف معین. علاوه بر این عمد در ازهاق نفس به واسطه قصد شخص بالغ و عاقل به قتل به واسطه آنچه که غالباً قتل به آن واقع شود محقق می گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۸۰) خواه حصول این عمد مباشرتاً یا تسبیحاً باشد؛ اگرچه برخی قصد و اراده در غیر بالغ را هم محقق دانسته اند. همان طور که صبی ممیز را واجد قصد، اراده و استقلال در افعال دانسته اند (همان، ج ۲، ص ۷۴۷).

دو: جنایت خطائی به موجب اشتباه در هدف ملازمه با خطائی آن در اکراه کننده ندارد تا به موجب آن در پی اثبات ضمان بر عاقله بود.

سه: گاهی وقوع جنایت بر غیر مورد هدف و مقصود مانع از عمدی بودن نیست؛ چون ممکن است نوع عمل کشنده باشد هر چند جنایت بر غیر

■ عامل مسئول در فرض اکراه صَبّی ممیز و اشتباه وی در هدف

هدف واقع شده باشد، اما در اکراه صَبّی به جنایت، نوعاً موجب جنایت است خواه بر مقصود و خواه بر غیر مقصود واقع شود و این برای ضمان مکره کافی است.

۳-۲. کشنده بودن فعل اکراهی

اگر فاعل به واسطه فعلی که غالباً و عادتاً کشنده است و قصد قتل نماید و ازهاق نفس محقق شود قطعاً جنایت عمدی است و تحت عموم آیه: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا» (نساء: ۹۳)؛ «و هر کس، فرد باایمانی را از روی عمد به قتل برساند...» حال اگر این جنایت به موجب اکراه صَبّی محقق شود قصاص بر مکره است و در غیر صَبّی این جنایت موجب قصاص مکره با وصف بلوغ و عقل می شود (سیوری، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۰۵-۴۰۶). فعل اکراهی گاهی از حیث ویژگی های شخص مکره، نوعاً کشنده است. به این صورت که غالباً اکراه صَبّی، موجب جنایت می شود و اکراه کننده با علم و قصد به این امر اقدام نماید قصاص ثابت است و در فرض عدم علم و قصد قصاص منتفی است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۳۹)؛ چراکه با قصد قتل و کشنده بودن فعل غالباً از جمله موارد متیقن عمدی است (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۳) هرچند برخی از فقها قائل به ثبوت دیه شده اند و در قصاص اشکال نموده اند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۳۰)؛ بنابراین در فرض وجود قصد به موجب ازهاق نفس معصومه، اکراه کننده عامل جنایت عمدی است و ضامن می باشد.

۴. مستندات مسئولیت مکره

مستندات مسئولیت اکراه کننده به شرح زیر مورد بررسی قرار می گیرد:

۴-۱. روایات

روایت أصبغ بن نباته در مورد قضاوت امیر المؤمنین: «... فی جاریة رکبت جاریة فنخستها جاریة أخرى فقمصت المركوبة فصرعت الراكبة

فماتت ففضی بدیتها نصفین بین الناخسة و المنخوسة» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۷۰). برخی از فقها بر این اساس حکم به تنصیف دیه جنایت نموده (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۷۶۳). و برخی دیگر ناخسه و قامصه را مسئول پرداخت ثلث دیه و ثلث دیگر را به جهت تقصیر در بیهوده سوارشدن ساقط دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص ۷۵۰ / محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۴). در وجه صواب نظر شیخ مفید بیان شده با فرض عدم الجاء، وقوع فعل در حقیقت مستند به هر سه نفر است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۳۰۱). بدون اینکه عاقله عهده‌دار دیه باشد؛ زیرا هر سه نفر سبب اتلاف هستند؛ لذا در ضمان سهیمند (محقق حلّی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۲۳).

برخی نیز به مقتضای ادله تمام دیه را بر بر عهده ناخسه دانسته‌اند؛ چون اثر فعل مکره منوط به رسیدن به حد الجاء و اجبار است و در این صورت است که فعل مکره مستند به اکراه‌کننده است و حکم به او تعلق خواهد گرفت، در غیر این صورت اثری بر فعل او نیست و ضمان بر قامصه خواهد بود (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۷۴ / شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۵۶-۴۵۷ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۷۷). البته راوندی میان کلام شیخین به این نحو جمع نموده که کلام شیخ مفید را بر راکبه بالغ مختار حمل کرده دانسته و ثبوت دیه اثلاث و کلام شیخ طوسی را بر صغیره بودن و اکراه راکبه حمل نموده و دیه به نصف دانسته است (محقق حلّی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۲۳).

ثبوت غرامت و دیه تابع استناد جنایت است. و عرف صرف اکراه صبی را موجب استناد فعل به مکره می‌داند بدون اینکه نیازی به رسیدن به الجاء و اجبار باشد.

بر دو وجه فوق بدین شرح اشکال شده است:

(الف) عدم سقوط ضمان در اکراه به قتل.

(ب) در مواردی که به نحوی، فعل غالباً کشنده باشد قصاص ثابت

می‌شود نه دیه (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۵۶)

■ عامل مسئول در فرض اکراه صبی ممیز و اشتباه وی در هدف

می‌توان گفت اکراه در مواردی که قصد مکره تحقق فعل باشد ضمان را ساقط نمی‌سازد و آنچه در مفروض روایت است الجاء و اجبار است که قصد را زایل می‌گرداند؛ بنابراین مورد اشکال غیر از مقصود در وجه استناد در روایت است. غالباً کشنده بودن فعل قامصه بیان شده در حالی که کشنده بودنش خصیصه ذاتی قموص نیست بلکه در موارد نادری منجر به قتل و موجب قصاص می‌شود ولی توجهی به آن نشده و اطلاق حکم بدون آن هم صحیح دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۴۷). ضمان در این مقام از باب اسباب است نه از باب جنایات (حلی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۷۲). البته در مواردی که فعل به‌طور قطع مستلزم ارتکاب جنایت باشد و ارتکاب آن هم مقصود باشد موجب قصاص می‌شود؛ لذا قطعاً کلام فوق در مقام پاسخ به اشکال شامل چنین موردی نمی‌شود.

۴-۲. حکم عقل و مبنای عقلا

عقل و بنای عقلاء به صحت عقوبت در موارد صدور فعل به اراده و اختیار حکم می‌کنند؛ بنابراین در موارد اکراه و اضطرار عقوبت صحیح نخواهد بود (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۹). در مورد ملاک در تحقق عصیان و صحت عقوبت سه مسلک وجود دارد؛

۱- ملاک در عقوبت بر قدرت امتثال است و هر جا امتثال مقدور نباشد عقاب صحیح نیست.

۲- ملاک در صحت عقوبت، قدرت بر تخلص از مخالفت است خواه به نحو امتثال یا به رفع موضوع باشد.

۳- میزان در صحت عقوبت بر عدم تفویت ملاک لزومی است که مولی به آن اهتمام داشته است؛ زیرا در باب اطاعت و عصیان عقل حاکم مطلق است و در نظر عقل، خطاب به نحو جعل و تشریح موضوعیت ندارد. به نظر شهید صدر مسلک صحیح همین قسم سوم است (صدر، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۱۰۶-۱۰۷).

به نظر می‌رسد عقوبت برای اصلاح فرد خاطی به نفع خود فرد و جامعه

است و این امر در مورد افراد اکراه‌کننده صادق است و عقوبت بر شخص مکره وجهی ندارد؛ چراکه امر به شیء دال بر طلب آن است. هر گاه مطلوب و دستور آمر به وقوع بپیوندد متعلق امر نیز به امر او منتسب است. یعنی وقوع جرم بنا بر دستور آمر بوده مخصوصا در مواردی که مطلوب از طریق جبر و اکراه دستور دهنده به صبی باشد.

۴-۳. استناد عرفی جنایت به مکره

در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد:

اول: جنایت حاصله مستند و متعلق به مکره است (ترحینی، ۱۴۲۷، ج ۹، ص ۵۷۱/ کاشانی، ۱۴۰۴، ص ۳۲). اکراه اگرچه به عنوان عامل ضروری در ایجاد وحدت قصد فعل و هدف می‌باشد، اما در ثبوت جنایت بر مکره مکفی نیست بلکه باید عرفا تلف مستند به او باشد. در واقع اقوابودن سبب از مباشر دلیل بر رجوع به سبب نیست بلکه سبب باید به گونه‌ای باشد که تلف عرفا مستند به آن باشد؛ بنابراین رجوع به مباشر مکره اصلا وجهی ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۵۰۰). این امر دال بر پذیرش مسئولیت تام سبب است بدون اینکه این امر متوقف بر ممیزبودن مباشر باشد. مبنا در تشخیص سبب و قاتل، اقوی بودن آن و استناد عرفی برای اجرای حد تام است.

دوم: انتساب قتل اکراهی به مکره است.

اکثریت قریب به اتفاق فقها جنایت را به مباشر مکره منتسب دانسته و در این امر به دلالت عرف و عقلاء و لغت تمسک جسته‌اند؛ بنابراین همان‌طور که اگر شخصی به نوشیدن مسکر اکراه شود منافات ندارد به استناد شرب خمر به مباشر، در قتل نیز چنین است. با فرض اینکه مکره بالغ و عاقل باشد نه صبی ممیز.

۴-۴. اصل برائت

وجه جریان اصل برائت در این زمینه بر اساس موارد زیر است: برداشتن حکم بر مخطیء و مکره و به تبع آن مؤاخذه منتفی می‌شود. این به موجب

■ عامل مسئول در فرض اکراه صبی و اشتباه وی در هدف

حدیث رفع قلم است، نه امر از امت رسول خدا(ص) برداشته شده از جمله: «الْخَطَاُ وَالسَّيِّئَاتِ وَمَا لَا يَعْلَمُونَ وَمَا لَا يَطِيقُونَ وَمَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۶۳)؛ این رفع از دو لحاظ زیر است:

اول: از لحاظ عدم علم است که در جمله «ما لایعلمون» در حدیث شامل غیر عالم است، بنا بر این در صورت علم داشتن هر چند در قالب اکراه باشد، مثبت ضمان مکره است. علاوه بر این تکلیف به موجب «ما لایطاق» منتفی است؛ چراکه نوعاً، عرفاً و عقلاً صبی طاقت به اکراه و تهدید ندارد. به حکم عقل، رفع تکلیف و براءت عقلی از آن یا به نحو کلی است یا به مقداری که معلوم است (ایروانی، ۲۰۰۷، ج ۳، ص ۱۹۸). رفع نسبت به «ما لایعلمون» ظاهری است بدون اینکه نافی حکم واقعی در مورد آن باشد؛ پس در موارد جهل جهت امثال تکلیف احتمالی، احتیاط حُسن دارد؛ اما رفع نسبت به اکراه و خطا رفع حکم واقعی است؛ یعنی الزام و تکلیفی وجود ندارد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۱۶۶) به تبع مؤاخذة و عقاب هم منتفی می شود. هر چند اولاً و بالذات مؤاخذة رفع نشده، بلکه رفع آن به موجب رفع منشاء حکم مجعول است (بروجردی، ۱۴۱۵، ص ۵۸۴/گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۲۸).

برخی رفع در جمله «ما لایعلمون» رفع تشریحی دانسته اند به طوری که در تمام امور نه گانه اثر شرعی ای که در حال اختیار مترتب می شود، اینجا مترتب نمی شود. در واقع مقتضی برای مسئولیت مباشر مکره وجود دارد؛ اما رفع به واسطه عدم اختیار، مانع از تأثیر این مقتضی است (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۸، ص ۴۸/نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۱۷۱).

دوم: از لحاظ رفع مسئولیت به جهت دو عنوان در حدیث رفع «خطاء و ما استکرهوا». به موجب این حدیث، خطاء و اکراه رافع حکم در جمیع احکام می باشند مگر در موردی که دلیلی در خصوص آن وارده شده باشد (شریف مرتضی، ۱۴۱۷، ص ۲۳۵)؛ لذا به نظر می رسد تکلیف صبیان و به تبع عاقله ایشان به پرداخت دیه در مورد اکراه و خطای او در هدف وجهی نداشته باشد؛

چراکه سقوط حرمت واقعی در حق مکلف، مانع از شمول اطلاق دلیل است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۲۱). همین امر با ملاکات احکام از حیث تحصیل مصلحت و دفع مفسده نیز سازگاری دارد. رفع تشریحی اموری چون «خطا و ما استکرها» از حیث عدم ملاک است؛ در غیر این صورت رفع حکم از این موضوعات امتنانی نیست و موجب تفویت مصلحت و القا در مفسده خواهد شد (صدر، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۹۳). برای تحصیل ملاک که همان حفظ حیات و زندگی در مقابل متعدیان به ناحق نسبت به نفس است حال در فرض خطا و اکراه در قتل و حکم قصاص بر مبنای آن یا مسئولیت عاقله بر مخطی و مکره، نه تنها مصلحتی وجود ندارد بلکه مفسده دارد؛ چراکه اگر در قصاص آنها یا مسئولیت آنها مصلحتی وجود داشت شارع رفع آثار از آنها نمی کرد.

۴-۵. انتفاء حکم به سبب انتفاء شرط

بلوغ مبنای وجود تکلیف و تشریح آن بر مردم است و با انتفاء آن، مشروط هم منتفی می شود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۸۶). در باب اکراه به قتل نیز به شرطیت بلوغ و استحقاق قصاص بر مباشر مکره، تصریح نموده به طوری که با انتفاء بلوغ، قصاص بر اکراه کننده می باشد؛ چراکه شخص غیر بالغ نسبت به شخص اکراه کننده همچون ابزاری فاقد اراده است (سیوری، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۰۷). باید گفت این خروج نافی استحقاق تعزیر بر صبی نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۳۹۶).

۵. دیه به عنوان مجازات درباره مسئله مورد بحث

بنا بر نظر برخی که قائل به دیه می باشند؛ بحث درباره دیه به این صورت مطرح می شود؛ که آیا انتفای مشروط و تکلیف یا از حیث کلیت مجازات است یا از حیث خصوص آن است؟ به عبارت دیگری آیا انتفای مشروط اعم از هرگونه مجازات - قصاص و دیه - است یا فقط نافی مجازات اصلی است و رافع دیه نیست؟ ضروری است به ماهیت دیه پرداخته شود:

۵.۱. ماهیت جبرانی دیه

تعیین ماهیت دیه در اصل رافعیت از صبی ممیز مکره و خاطی در هدف تأثیری ندارد؛ چون در فرض جبرانی بودن ماهیت آن، بر مبنای حکم عقل و سه قاعده زیر ضمان بر مسبب، فریب دهنده واردکننده ضرر است (ر.ک: سیوری، ۱۴۰۳، ص ۴۷۴/ شهید اول، [بی تا]، ج ۲، ص ۸/ شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۸۹/ نجف آبادی، ۱۴۲۹، ص ۳۶)؛

الف) قاعده لاضرر ولا ضرار: مفاد این قاعده نفی هرگونه ضرر است چه در مقام جعل و چه در مقام موضوعات خارجی و تعاملات. وجه ضمان واردکننده ضرر به میزان خسارت وارده به دیگری است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۴۳).

ب) قاعده غرور: در صورت ضعف مباشر به واسطه اکراه یا غرور، ضمان بر غار و مکره مستقر می شود (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۰۷/ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۷۹) و استناد این اتلاف به غار منوط به ضعف مکره بی اختیار است؛ چراکه در این صورت اتلاف بر سبب صدق می کند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۴۲). اگرچه از عبارت غرور نوعی فریب وجود دارد؛ اما وجه استناد به آن از لحاظ نوعیت فعل است نه صرف عنوان. در واقع صدور فعل از شخص با هر عنوانی چه در قالب غار یا ضار یا مسبب ملاک است که به موجب آن ضرری متوجه دیگران شود.

ج) قاعده تسبیب: فرد اکراه کننده به عنوان تسبیب در اکراه بر جنایت صبی ممیز و به حسب ثبوت استناد از حیث اقوا بودن، مسئول است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۴۳۵). در این صورت بر اساس علم، عمد و عرف ضمان ثابت می شود.

آنچه در مورد عناوین فوق بر می آید این است که قصد و عمد در ضمان شخص ضار و غار و مسبب - از حیث فاعل بودن - تأثیری ندارد؛ چراکه در صدق عناوین افعال، شرطیت عمد و قصد منتفی است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۶۴).

حکم عقل بر عدم مسئولیت غیر مختار فراتر از قاعده و اصول است، از جمله امور بدیهی می باشد که خلاف آن متصور نیست. به طوری که می توان

گفت وضوح این امر به حدی است که خلاف آن در شرع متصور نیست.

۵-۲. ماهیت عقوبتی بودن دیه

بر فرض اینکه دیه ماهیت جزائی و عقوبتی دارد، ضروری است ادله زیر مورد بررسی قرار بگیرند:

الف) عبارت «رفع عنهما القلم» در حدیث رفع قلم، عقوبت اخروی و دنیوی مشتمل بر قصاص و دیه رفع شده است: رفع قلم یا علت برای حکم ثبوت دیه بر عاقله است یا اینکه این عبارت معلول برای «عمدهما خطاء» است؛ بمعنای رفع قلم از صَبّی به جهت وحدت عمد و خطای اوست در واقع قصد صَبّیان از نظر شارع به منزله عدم است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۸۲-۲۸۳).

ب) حدیث رفع، رافع جمیع آثار - مدنی و جزائی - از صَبّی ممیز مکره و مخطأ است.

ج) رفع قلم از مخطأ و مکره، مستلزم ثبوت دیه بر عاقله او نیست، دلیل ثبوت حکم عبارتند از: الف) دم المسلم لا یذهب هدرا. ب) عمد الصبّی خطأ. که دیه را به خصوص عاقله ثابت نمی کنند و ممکن است دیه بر بیت المال یا غیر آن باشد. همان طور که دلیلی که بیانگر جعل رفع قلم معلول برای فرمایش امام (ع) در حدیث رفع قلم است وجود ندارد؛ پس رفع قلم مقوم برای تنزیل عمد به منزله خطا است نه اینکه معلول آن باشد. علاوه بر این استدلال به روایت اَبی بختری که ضعیف است از لحاظ سند صحیح نیست (خویی، [بی تا]، ج ۳، ص ۲۵۷-۲۵۸). علاوه بر آن، رفع مسئولیت از عاقله مکره و مکره به موجب دو آیه ذیل است: آیه: «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (فاطر: ۱۸)؛ «هیچ گنهکاری بار گناه دیگری را بر دوش نمی کشد...» یا آیه: «أَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (نجم: ۳۸)؛ «که هیچ کس بار گناه دیگری را بر دوش نمی گیرد» است؛ از این رو به طور مستدل مکره مسئول است؛ چرا که به موجب حدیث رفع در موارد اکراه، هیچ اثری مترتب نمی شود و بر مبنای آیات فوق نیز عاقله طرفین اکراه مسئولیت ندارند.

نتیجه

با بررسی‌هایی که انجام گرفت درباره تعیین عامل مسئول بر مبنای دو عنصر اکراه و اشتباه صبی در هدف، نتایج زیر به دست آمده است:

۱. نظریه مختار: بین خطأ محضی که اصلاً قصد در آن منتفی است و خطأ محضی که فی الجمله قصد وجود دارد تفاوت است؛ به این صورت که در مورد اول که اصلاً قصدی در فعل ارتكابی وجود ندارد ضمان عاقله را اولی است، اما در مورد دوم که قصد به الجمله وجود دارد باید به مورد نص اکتفا کرد و مسئولیت به عهده او باشد، علاوه بر اینکه ضمان عاقله خلاف قواعد عقلیه و شرعیه است. همچنین با وجود دلایل نقلی و عقلی دال بر بلوغ، علم به حرام و قصد و عمد در تحمل مسئولیت از یک سو، و از سویی دیگر دلالت ادله بر رفع حکم از مخطئی و مکروه به ویژه صبی که فاقد اراده لازم است، مسئولیت دانستن صبی و عاقله او وجهی ندارد..

۲. تبیین مسئولیت عاقله متوقف است بر اینکه فعل صبی ممیز در زمره افعال باشد تا به موجب آن گفته شود به سبب اختیاری که دارد جنایت حاصله مستند به ایشان است. اما بنابر مخدوش بودن اختیار صبی، فعل او در قالب اکراه می‌باشد که در این صورت ضمان از ایشان منتفی و ضمان بر عامل مکروه خواهد بود.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- آشتیانی، میرزاحمدحسن بن جعفر؛ کتاب القضاء؛ قم: انتشارات زهیر (کنگره علامه آشتیانی (ره))، ۱۴۲۵ ق.
- ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز؛ المهدب؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز؛ جواهر الفقه - العقائد الجعفریة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ ق.
- ابن جنید، محمد بن احمد؛ مجموعة فتاوی ابن جنید؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- اصفهانى (مجلسى دوم)، محمد باقر بن محمد تقى؛ حدود و قصاص و دیات؛ تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی، [بی تا].
- انصاری، مرتضی بن محمد؛ فرائد الأصول؛ قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، ۱۴۱۶ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد؛ کتاب المکاسب؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد؛ کتاب المکاسب؛ قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق.
- ایروانی، باقر؛ الحلقة الثالثة فی أسلوبها الثاني؛ تهران: قلم، ۲۰۰۷ م.
- بروجردی، حسین؛ نهاية الأصول؛ تهران: نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق.
- بهجت، محمد تقی؛ جامع المسائل؛ قم: دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
- ترجینی، سید محمد حسین؛ الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة؛ قم: دارالفقه للطباعة والنشر، ۱۴۲۷ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تحرير الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

عامل مسئول در فرض اکراه صبی و اشتباه وی در هدف

حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ نکت‌النهایه؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ق.

حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد؛ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.

خمینی، سیدروح‌الله؛ تنقیح الأصول؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ ق.

خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسيلة؛ قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا].

خویی، سیدابوالقاسم؛ تکملة المنهاج؛ قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۲۲ ق.

خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعة الإمام الخوئی (ره)؛ قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۱۸ ق.

روحانی قمی، سیدصادق؛ فقه الصادق (ع)؛ قم: دارالکتاب (مدرسه امام صادق (ع))، ۱۴۱۲ ق.

سیوری، مقداد بن عبدالله؛ التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ [بی جا]: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۴ ق.

سیوری، مقداد بن عبدالله؛ نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۳ ق.

شیرازی زنجانی، سید موسی؛ کتاب نکاح؛ قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ ق.

شریف مرتضی، علی بن حسین؛ المسائل الناصریات؛ تهران: رابطه الثقافة والعلاقات الإسلامية، ۱۴۱۷ ق.

شریف مرتضی، علی بن حسین؛ رسائل الشریف المرتضی؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.

شوشتری، سید محمد حسن؛ دیدگاه‌های نو در حقوق؛ تهران: نشر میزان، ۱۴۲۷ ق.

صدر، سید محمد باقر؛ بحوث فی علم الأصول؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۷ ق.

صدوق، محمد بن علی؛ من لا یحضره الفقیه؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ الخلاف؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامية؛ تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.

طوسی، محمد بن حسن؛ النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی؛ بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰.

طوسی، محمد بن علی بن حمزه؛ الوسيلة إلى نیل الفضيلة؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۸ ق.

- عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ *القواعد والفوائد*؛ قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].
- عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*؛ بیروت: دارالترث، ۱۴۱۰ق.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ *غایة المراد في شرح نکت الإرشاد*؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- عاملی، محمدبن علی موسوی؛ *نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ق.
- عمیدی، سیدعمیدالدین بن محمد؛ *کنز الفوائد في حل مشکلات القواعد*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- غروی نائینی، میرزاحمدحسین؛ *أجودالتقريرات*؛ قم: مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
- غروی نائینی، میرزاحمدحسین؛ *المکاسب والبيع*؛ دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن؛ *کشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف؛ *إيضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد*؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- کاشانی، ملاحبیب الله شریف؛ *تسهيل المسالك إلى المدارک*؛ قم: المطبعة العلمية، ۱۴۰۴ق.
- کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب؛ *الکافی*؛ تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا؛ *الدرا المنضود في أحكام الحدود*؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ *قواعد فقه*؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی؛ *العناوين الفقهية*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین؛ *القصاص على ضوء القرآن والسنة*؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۱۵ق.
- مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین؛ *منهاج المؤمنین*؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۶ق.

■ عامل مسئول در فرض اکراه صبّی ممیز و اشتباه وی در هدف

مفید، محمدبن نعمان؛ المقنعة؛ قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید(ره)، ۱۴۱۳ق.
مکارم شیرازی، ناصر؛ دائرةالمعارف فقه مقارن؛ قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع)،
۱۴۲۷ق.

منتظری، حسینعلی؛ مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر؛ قم: ارغوان دانش، ۱۴۲۹ق.
موحدی لنکرانی، محمدفاضل؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیلة - القصاص؛ قم: مرکز
فقهی ائمه اطهار(ع)، ۱۴۲۱ق.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ بیروت: دار إحياء
التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

نراقی، مولی محمدبن احمد؛ مشارق الأحكام؛ قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ق.



The position of the cause of obligation and direction of transaction in Imamiyyah and public jurisprudence with a comparative study in Egyptian and Lebanese law

Seyyed Ahmadali Hashemi

Assistant Professor, Payame Noor University, Tehran, Iran.
 Email: hashemi.a@pnu.ac.ir

Omid Tavakolikia* (Corresponding Author)

PhD Researcher in Private Law, Postgraduate Center of Payame Noor University, Tehran, Iran, and Researcher at Iran Law and Legal Research Institute.
 Email: tavakolikia.o@student.pnu.ac.ir



Citation Hashemi, S.A. , Tavakolikia, O. (2026). The position of the cause of obligation and direction of transaction in Imamiyyah and public jurisprudence with a comparative study in Egyptian and Lebanese law . [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 23 (88): 145-176

[10.22034/ilaw.2024.711689](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.711689)

Received: 3 May 2023 , Accepted: 16 January 2024

Abstract

The term “cause” has its roots in Roman law, but with changes in meaning, it has gradually entered French law and then Islamic law. The cause is used in two concepts: a typical (objective) concept and a personal (mental or internal) concept. In public jurisprudence, there is a difference of opinion regarding the necessity or lack of necessity of the cause of obligation (cause of obligation); Some believe that this nature is necessary and others believe that such a theory is not necessary in jurisprudence. In Imami jurisprudence, there is also the principle of the concept of the cause of obligation in Islamic law, and this theory can be seen in the principle of solidarity of obligations or the right of lien for the seller and the customer. Regarding the concept of “dealing” in the laws of Islamic countries (Egypt and Lebanon), laws entitled “cause of obligation” have been approved, which are adapted from French law. In this article, an attempt is made to answer the question that to what extent the theory of cause and direction of obligation has penetrated into popular jurisprudence and Imamia and whether it was able to solve a knot of legal problems, and then it was examined in the laws of Egypt and Lebanon. Takes.

Keywords

Cause of obligation, order of transaction, Imami jurisprudence, public jurisprudence, Egyptian and Lebanese law.



Extended Abstract

1. Introduction

The legal concepts of “Cause” (Objective Cause) and “Motive” (Subjective Cause) have their primary roots in Roman law. Over time, these concepts evolved significantly within French law before influencing the legal frameworks of Islamic countries. In a legal context, Objective Cause refers to the immediate, primary goal for which parties enter a contract—such as receiving a price in exchange for a house—and remains constant across all contracts of the same type. Conversely, Subjective Cause or “Motive” (referred to in the sources as *Ghayat* or *Da’i*) is the personal, internal motivation that varies between individuals, such as buying a house specifically to house a family member.

The central problem addressed in this research is the extent to which these theories have permeated Imami and Sunni (General) jurisprudence, and whether Islamic law possesses independent foundations for these concepts or merely borrows them from Western systems. Furthermore, the study examines how these theories are applied in the civil codes of Egypt and Lebanon, which were heavily influenced by the French legal tradition.

2. Research Methodology

This study employs a comparative, descriptive, and analytical methodology. It examines primary jurisprudential texts from both the Imami and Sunni traditions to identify functional equivalents of the “Cause” and “Motive” theories. Additionally, the research analyzes the civil legislation of Egypt and Lebanon to determine how these jurisdictions have integrated or modified the French theory of cause within an Islamic legal context. The study contrasts the “apparent will” focused approaches of some schools with the “actual intent” approaches of others.

3. Research Findings

3.1. Imami Jurisprudence

The sources indicate that while the specific term “Cause of Obligation” (Cause Objective) as defined in French law is not explicitly found in traditional Imami texts, its functional essence exists.

- **Objective Cause:** Some scholars argue that the concept is reflected in the “correlation of obligations” and the “right of lien” (*Haqq al-Habs*), where the obligation of one party is tied to the performance of the other. Opponents, however, contend that Islamic law is an independent system based on divine revelation and rational tools, meaning it does not need to borrow Western constructs like “Cause”.

They argue that issues such as the loss of a contract's object are handled through principles like the "non-existence of exchange" rather than a lack of "Cause".

- Subjective Motive (Da'i): This is largely discussed under the topic of "selling grapes to one who will make wine". The debate centers on whether a contract is void if the motive is illegal. Some jurists focus on "assisting in sin" (I'anah 'ala al-ithm), while others argue that a sinful motive (like making wine) does not necessarily invalidate the civil validity of the contract (the sale of grapes) unless the illegal purpose is explicitly made a condition of the contract.

3.2. Sunni (General) Jurisprudence

Sunni schools are divided regarding the impact of internal motives on contract validity:

- Hanafi and Shafi'i Schools: These schools prioritize apparent will and the security of transactions. They generally hold that a contract is valid as long as its external form is correct, regardless of a hidden illegal motive, unless that motive is explicitly stated in the contract or is absolutely certain from the circumstances.

- Maliki and Hanbali Schools: These schools place greater emphasis on the actual intent and purpose of the parties. Following the principle that "matters are judged by their purposes," they argue that if it is clear a buyer intends an illegal use (e.g., buying a weapon to commit a crime), the contract is void and prohibited.

3.3. Civil Law in Egypt and Lebanon

- Egypt: Article 136 of the Egyptian Civil Code mentions that a contract is void if it lacks a "Cause" (Sabab) or if the cause is contrary to public order. There is academic debate in Egypt as to whether this refers to the objective cause or the subjective motive, but the prevailing view in doctrine and case law suggests it primarily refers to the personal motive (Cause Impulsive).

- Lebanon: The Lebanese Code of Obligations and Contracts explicitly distinguishes between the "Cause of Obligation" (Sabab al-Mūjib)—the inseparable, objective element of the contract—and the "Cause of the Contract" (Sabab al-'Aqd), which refers to the personal, subjective motive. An illegal objective cause or an illegal subjective motive (if known to the other party) leads to the nullity of the contract.

4. Conclusion

The research concludes that Islamic jurisprudence does not officially recognize the "Cause" theory in the specific technical sense formulated by French jurists. However, Islamic law achieves similar outcomes through its own unique principles, such as the rules regarding the "subject matter of the contract" and

the “intent of the parties,” which are viewed as more fundamentally grounded in Sharia and reason.

In the realm of Subjective Motive, there is a significant tension in jurisprudence between maintaining the stability of transactions and preventing illegal outcomes. While Western-influenced codes like Lebanon’s provide clear structural distinctions between objective and subjective cause, applying these concepts to Islamic jurisprudence remains complex. Attempting to force jurisprudential concepts into the mold of the “Motive” theory may increase ambiguity rather than solve legal problems; therefore, such issues are often better addressed through the lens of public order and specific Sharia prohibitions.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors’ Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Ibn Qudamah, Muwaffaq al-Din; *Al-Mughni ‘ala Mukhtasar al-Khiraqi*; Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, [n.d.]. [In Arabic]
- Ibn al-Qayyim al-Jawziyya, Shams al-Din; *A’lam al-Muwaqqi’in ‘an Rabb al-‘Alamin*; Beirut: Dar al-Jil, [n.d.]. [In Arabic]
- Ibn Manzur, Muhammad bin Mukarram; *Lisan al-Arab*; Beirut: Dar al-Fikr, 1414 AH. [In Arabic]
- Ibn Nujaym, Zayn al-Din; *Al-Ashbah wa al-Naza’ir fi al-Furu’*; Beirut: Al-Maktabat al-Asriyyah, 1418 AH. [In Arabic]
- Ibn Nujaym, Zayn al-Din; *Al-Bahr Ra’iq Sharh Kanz al-Daqa’iq*; Lahore: Al-Matba’ah al-Arabiyyah, [n.d.]. [In Arabic]
- Ahmadi Vastani, Abd al-Ghani; *Public Order in Private Law*; Tehran: University of Tehran, 1962. [In Persian]
- Ardabili, Ahmad; *Majma’ al-Fa’idah wa al-Burhan*; Qom: Islamic Publications Office, 1403 AH. [In Arabic]
- Ansari, Murtaza; *Kitab al-Makasib*; Qom: Sheikh Ansari World Congress, 1415 AH. [In Arabic]

■ The position of the cause of obligation and direction of transaction in Imamiyyah and ...

- Bahrani, Yusuf; *Hada'iq al-Nadirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*; Qom: Islamic Publications Office, 1405 AH. [In Arabic]
- Bahuti al-Misri, Mansur bin Yunus; *Kashshaf al-Qina' 'an Matn al-Iqna'*; Beirut: 'Alam al-Kutub, [n.d.]. [In Arabic]
- Jaziri, Abd al-Rahman; *Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'ah wa Madhhab Ahl al-Bayt*; Beirut: Dar al-Thaqalayn, 1419 AH. [In Arabic]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Al-Fareq (General Encyclopedia of Law)*; Tehran: Ganj-e Danesh, 2009. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Civil Law Course: Law of Obligations*; Tehran: Ganj-e Danesh, 2010. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Detailed Dictionary of Legal Terminology*; Tehran: Ganj-e Danesh, 1999. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Vasit in Legal Terminology*; Tehran: Ganj-e Danesh, 2010. [In Persian]
- Hurr al-Amili, Muhammad; *Tafsil Wasa'il al-Shi'ah ila Tahsil Masa'il al-Shari'ah*; Qom: Al al-Bayt, 1409 AH. [In Arabic]
- Hasani, Hashem; *Theory of Contract in Jafari Jurisprudence*; Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbu'at, 1996. [In Arabic]
- Hosseini Rouhani, Sayyid Sadiq; *Minhaj al-Faqahah*; Qom: Anwar al-Huda, 1429 AH. [In Arabic]
- Hosseini Amili, Sayyid Jawad; *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*; Qom: Islamic Publications Office, 1419 AH. [In Arabic]
- Hisni, Abu Bakr; *Al-Qawa'id lil-Hisni*: Qawa'id al-Fiqh; Riyadh: Maktabat al-Rushd wa Shirkat al-Riyad, 1418 AH. [In Arabic]
- Hilli, Hasan; *Muntaha al-Matlab fi Tahqiq al-Madhhab*; Mashhad: Majma' al-Buhuth al-Islamiyyah, 1412 AH. [In Arabic]
- Khwansari, Mohammad; *Al-Hashiyah al-Ula 'ala al-Makasib*; Qom: Dar al-Ilm, [n.d.]. [In Arabic]
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim; *Misbah al-Faqahah*; Beirut - Lebanon: Dar al-Fikr, [n.d.]. [In Arabic]
- Dehkhoda, Ali-Akbar; *Loghatnameh*; Tehran: University of Tehran, 2006. [In Persian]
- Zarkashi, Badr al-Din Muhammad; *Al-Manthur fi al-Qawa'id*; Beirut - Lebanon: Shirkat Dar al-Kuwait lil-Sahafah, 1402 AH. [In Arabic]
- Zayla'i al-Hanafi, *Uthman bin Ali*; Tabyin al-Haqa'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq; Beirut: Dar al-Ma'rifah, [n.d.]. [In Arabic]
- Subki, Abd al-Wahhab; *Al-Ashbah wa al-Naza'ir*; Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1411 AH. [In Arabic]
- Saraj, Mohammad; *Theory of Contract in Islamic Jurisprudence, Comparative Jurisprudential Studies*; Beirut - Lebanon: Alexandria University, [n.d.]. [In Arabic]

- Sultan, Anwar; *Sources of Obligation in Jordanian Civil Law*; Amman: Jordan University Publications, 1987. [In Arabic]
- Sanhoury, Abd al-Razzaq; *Al-Wasit in Explaining the New Civil Law*; Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, [n.d.]. [In Arabic]
- Sanhoury, Abd al-Razzaq; *Sources of Right in Islamic Jurisprudence*; Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1997. [In Arabic]
- Suyuti, Jalal al-Din; *Al-Ashbah wa al-Naza'ir fi Qawa'id wa Furu' Fiqh al-Shafi'iyyah*; Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1418 AH. [In Arabic]
- Shatibi, Ibrahim; *Al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'ah*; Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1395 AH. [In Arabic]
- Shafi'i, Muhammad bin Idris; *Al-Umm*; Beirut: Dar al-Fikr, 1403 AH. [In Arabic]
- Shahroudi, Mahmoud; *Encyclopedia of Jurisprudence*; Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia Foundation, 1426 AH. [In Persian]
- Burhanpuri, Nizam; *Al-Fatawa al-Hindiyyah*; Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1406 AH. [In Arabic]
- Safai, Sayyid Hossein; "Theory of Motive in Contracts (1)", *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, University of Tehran; No. 8, Summer 1971. [In Persian]
- Tabataba'i Yazdi, Mohammad Kazem; *Hashiyat al-Makasib*; 2nd ed., Qom: Isma'iliyan Institute, 1421 AH. [In Arabic]
- Ouji, Mustafa; Civil Law; *Cairo - Egypt: Bahsoon Publishing and Distribution Institute*, [n.d.]. [In Arabic]
- Faraj Tawfiq, Hasan; *General Principles of Law*; [n.p.]: Dar al-Jami'ah, 1988. [In Arabic]
- Kasani al-Hanafi, Abu Bakr; *Bada'i al-Sana'i fi Tartib al-Shara'i*; Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1418 AH. [In Arabic]
- Kashif al-Gita, Muhammad Hussein; *Tahrir al-Majallah*; Qom: World Assembly for Proximity of Islamic Schools of Thought, 1432 AH. [In Arabic]
- Courand, Givara; *Dictionary of Legal Terms*; Translated by Mansur al-Qadi; Beirut: University Institute for Studies, Publishing and Distribution, 1998. [In Arabic]
- Mahmassani, Sobhi; *General Theories of Obligations and Contracts in the Light of Modern Laws*; Translated by Jamal al-Din Jamali (Mahallati); Beirut - Lebanon: Pharos Press, 1968. [In Persian]
- Movahed, Mohammad Ali; *Brief Civil Law*; [n.p.]: Higher School of Accounting, 1973. [In Persian]
- Najafi Khwansari, Musa; *Munyat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib*; Tehran: Al-Maktabat al-Muhammadiyah, 1373 AH. [In Arabic]
- Najafi, Muhammad Hasan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*; Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1404 AH. [In Arabic]



جایگاه علت تعهد و جهت معامله در فقه امامیه و عامه

(با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و لبنان)

سیداحمدعلی هاشمی

Email: hashemi.a@pnu.ac.ir

استادیار، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

امید توکلی کیا* (نویسنده مسئول)

دانش پژوه دکتری حقوق خصوصی، مرکز تحصیلات تکمیلی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران و پژوهشگر پژوهشکده

Email: tavakolikia.o@student.pnu.ac.ir

حقوق و قانون ایران.



Use your device to scan and read the article online

استناد هاشمی، سیداحمدعلی؛ توکلی کیا، امید (۱۴۰۵). جایگاه علت تعهد و جهت معامله در فقه امامیه و عامه (با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و لبنان). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۱۷۶-۱۴۵

[10.22034/ilaw.2024.711689](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.711689)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۱۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

چکیده

اصطلاح «علت» ریشه در حقوق روم دارد اما با تحولات معنایی به تدریج وارد حقوق فرانسه و سپس حقوق اسلام شده است. علت در دو مفهوم به کار می‌رود: مفهوم نوعی (عینی) و مفهوم شخصی (ذهنی یا درونی). در فقه عامه در ضرورت یا عدم ضرورت علت تعهد (سبب التزام) اختلاف نظر است؛ برخی قائل به ضرورت وجود این ماهیت هستند و برخی دیگر معتقدند چنین تئوری در فقه لازم نیست. در فقه امامیه نیز اصل مفهوم علت تعهد در حقوق اسلام وجود دارد و می‌توان این نظریه را در اصل همبستگی تعهدات و یا حق حبس برای بایع و مشتری، مشاهده کرد. در مورد مفهوم «جهت معامله» در حقوق کشورهای اسلامی (مصر و لبنان) قوانینی با عنوان «سبب تعهد» تصویب شده که مقتبس از حقوق فرانسه است. در این نوشتار سعی بر این است که به این پرسش پاسخ داده شود که نظریه علت و جهت تعهد تا چه اندازه در فقه عامه و امامیه نفوذ کرده و آیا توانسته گرهی از مشکلات حقوقی را حل کند و سپس در قوانین مصر و لبنان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی

علت تعهد، جهت معامله، فقه امامیه، فقه عامه، حقوق مصر و لبنان.



مقدمه

اصطلاح «علت» ریشه در حقوق روم دارد؛ در حقوق روم علت به دو معنا به کار می‌رفت: اول، علت به مفهوم نوعی «عینی» (Cause Objective) و دوم علت در مفهوم شخصی «ذهنی یا درونی» (Cause Subjective). مراد از علت نوعی و بی‌واسطه، هدف اولیه‌ای است که به منظور آن طرفین مبادرت به انعقاد قرارداد نموده‌اند؛ با این تعریف علت نوعی از علت شخصی (انگیزه درونی) متمایز می‌گردد زیرا علت شخصی، انگیزه با واسطه‌ای است که شخصی بوده و حسب نوع قرارداد متفاوت می‌شود (طالقانی، ۱۳۷۳، ص ۳۰). حقوقدانان فرانسوی متأثر از حقوق روم معتقد بودند در همه قراردادهای وجود علت لازم است؛ در قراردادهای معوض، علت به معنای تعهدی است که طرف مقابل به عهده گرفته که با فقدان آن، تعهد اولی بلااثر می‌شود. تعهدات متقابل هر کدام علت یکدیگر محسوب می‌گردند، مثلاً در مورد عقد اجاره، علت یا هدف مستاجر از قرارداد اجاره، نیل به منافع عین مستأجره و برای موجر وصول به مال الاجاره می‌باشد؛ همچنین هدف شخص از فروش منزل، دریافت ثمن آن است؛ در طرف خریدار هم هدف از خرید منزل، انتقال ملکیت خانه به اوست.

بنابراین تفاوت‌های علت و جهت عبارت‌اند از:

۱. علت در ذات معامله است و جزء لاینفک قرارداد و از عناصر تشکیل دهنده آن است ولی جهت در خارج از معاملات و از آن جداست (موحد، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۲۴۲).
۲. علت امری عینی است که ارتباطی با شخص متعاملین ندارد، اما جهت، امری شخصی و وابسته به افراد و خصوصیات آن است.
۳. علت در یک نوع قرارداد یکسان و ثابت است، اما جهت امری متغیر و در هر مورد ممکن است با مورد دیگر فرق داشته باشد (صفایی، ۱۳۵۰، ص ۵۱).
۴. علت نوعاً قابل تقویم است، لیکن جهت ارزش مالی ندارد.
۵. تحقق علت با زمان وقوع معامله مقارن است، اما جهت همیشه در

وجود شخص و مقدم بر معامله و محرک شخص به شمار می‌رود و در عالم خارج هم پس از وقوع معامله ممکن است محقق گردد.

۶. اثبات نامشروع بودن علت به مراتب آسان‌تر از اثبات نامشروع بودن جهت است (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، ص ۱۸۹).

در متون فقهی فقه عامه اگرچه در ضرورت یا عدم ضرورت علت تعهد (سبب التزام) اختلاف نظر است؛ برخی قائل به ضرورت وجود این ماهیت در فقه اهل سنت هستند و برخی دیگر معتقدند چنین تئوری در فقه لازم نیست. در فقه امامیه نیز نظرات مختلفی ارائه شده است، برخی معتقدند اگرچه فقها از آن به صراحت یاد نکرده‌اند اما اصل مفهوم علت تعهد در حقوق اسلام وجود دارد و می‌توان این نظریه را در اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای لازم طرفینی و یا حق حبس برای بایع و مشتری، مشاهده کرد. در مقابل برخی دیگر معتقدند از آنجایی که نظام حقوقی اسلام، دارای مبانی و اصول مستقلی است، نیازی به وام‌گیری از مفاهیم غربی که ریشه در تاریخ و فرهنگ غرب دارد، نیست و فقها می‌توانند، نظریات و تحلیل‌های خود را با ابزار عقلایی از مبانی اسلامی استنباط کنند.

در مورد مفهوم «جهت معامله» در حقوق کشورهای اسلامی و خصوصاً کشورهای عربی (مصر و لبنان) قوانینی با عنوان «سبب تعهد» تصویب شده که مقتبس از حقوق فرانسه است (کورند، ۱۹۹۸، ص ۸۸۳). در فقه امامیه، تقریباً تمامی فقها مفهوم جهت را با عبارات مختلف بیان کرده‌اند. برخی از اصطلاح «جهت غایی» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۰) و برخی دیگر از لفظ «غایت» (اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸، ص ۵۱) و برخی دیگر از لفظ «جهت با قید حلال و حرام» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۳۹) و عده‌ای از لفظ «داعی» استفاده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۲۱). سؤال اصلی این پژوهش این است که آیا علت و جهت تعهد در فقه عامه و امامیه برگرفته از حقوق فرانسه است یا هریک برای خود مبانی مستقلی دارند؟

درخصوص پیشینه تحقیق تنها مقاله‌ای با عنوان «مطالعه تطبیقی جهت و علت عقد در حقوق ایران و فرانسه و فقه امامیه» نوشته آقای عبدالرسول دیانی است که از جهات متعددی از جمله محتوای مباحث فقه امامیه، نپرداختن به فقه عامه و مطالعه تطبیقی در قوانین مصر و لبنان، متفاوت با این پژوهش و بدیع است.

۱. معنای لغوی و اصطلاحی علت و جهت

عَلَّت در لغت در معانی عذر، بهانه، بیماری و سبب و انگیزه است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۴۷۱) و در اصطلاح آنچه که وجود یا عدم چیزی وابسته به وجود یا عدم آن باشد. در فقه سببی را گویند که تناسب تاثیر آشکار داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۵۰۸) عَلَّت دارای اقسامی است: عَلَّت طبیعی (مانند سرمای شدید عَلَّت یخبندان)، عَلَّت قراردادی یا اعتباری (مانند عقود عَلَّت تملک)، عَلَّت غایی که خود بر دو قسم است: عَلَّت مستقیم (تملک ثمن و مبیع، هدف بایع و مشتری) و عَلَّت غیرمستقیم (قصد مسافرت پس از وصول ثمن توسط بایع) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۱۱).

جهت به کسر جیم از ریشه «وَجَه» است و در فارسی به معانی، طرف و جانب، کرانه، زی، سمت و سوی و یکی از جهات اصلی و فرعی، همچنین به معنی سبب، برای، علت، مقصود آنچه که متحرک آن را قصد کند و... آمده است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۶۹۶۷).

در اصطلاح حقوقی جهت، غرض عاقد در عقود است که جنبه شخصی دارد و به حسب اشخاص فرق می‌کند. آن را «داعی»^۱ هم گفته‌اند و ظاهراً مقصود علت غایی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۸۸/ همو، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۶۱). در ادامه به بررسی این دو مفهوم در حقوق عامه می‌پردازیم.

۱. حالت و کشش درونی که انسان را بر انجام دادن عملی برمی‌انگیزد (شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۵۷۳).

۲. نظریه علت تعهد و جهت معامله در فقه امامیه

در این قسمت ابتدا به بررسی علت تعهد در فقه امامیه می‌پردازیم.

۲-۱. علت تعهد

از نظر فلسفی گاهی علت، علت طبیعی است مانند آتش که علت سوزاندن است و گاهی قانونی و عرفی است، مانند عقود و ایقاعات (حسینی، ۱۹۹۶، ص ۲۳۵). به لحاظ حقوقی اگر لفظ «فروختم» از فروشنده به قصد تملیک و لفظ «قبول است» از جانب مشتری به قصد تملک باشد، بیع، علت انتقال مورد تعهد از مالک اصلی به مالک جدید می‌شود (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۷). بنابراین در بیع، عقد علت است و آثار حاصله از عقد معلول آن می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸). بنابراین علت در این مفهوم علت فاعلی است یعنی همان معنای علت در حقوق روم، اما در مورد وجود علت تعهد در معنای فرانسوی آن (علت غایی)، برخی بر این عقیده‌اند که اگرچه فقها از آن به صراحت یاد نکرده‌اند، اما مفهوم آن در حقوق اسلام وجود دارد؛ در مقابل برخی دیگر معتقدند از آنجایی که نظام حقوقی اسلام، دارای مبانی و اصول مستقل برگرفته از وحی الهی است، باید نظریات و تحلیل‌ها نیز با ابزار عقلایی از این مبانی استنباط شود؛ لذا نیازی به نظریه علت در حقوق اسلام نیست (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۷۶).

مخالفین نظریه علت معتقدند برخی مفاهیم و مبانی فقهی می‌توانند جایگزین علت تعهد شوند. برای مثال فردی شیء معینی را خریداری می‌کند و پس از عقد آشکار می‌شود که آن شیء معین قبل از عقد، تلف شده است؛ مطابق نظریه علت، چنین عقدی باطل است به دلیل اینکه علت آن موجود نیست، اما از نظر فقهای امامیه به دلیل تلف شدن مبیع قبل از عقد، مبادله‌ای بین دو مال صورت نگرفته در نتیجه بیع محقق نشده است زیرا موضوع اساساً وجود نداشته است یا اگر مبیع دارای قیمتی نباشد، در این

صورت عقد باطل می باشد، زیرا عقد بر چیزی واقع شده که مالیت ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۹۶-۲۹۷ / حسنی، [بی تا]، ص ۲۲۰).

در خصوص علت نامشروع فقهای امامیه می گویند تعهد شخص برای فعل حرام نمی تواند هیچگونه تعهدی برای وی ایجاد کند، زیرا انجام کار حرام برای مسلم حرام و غیرممکن است و همچنین است حکم کسی که تعهد به ترک فعل واجب کرده باشد (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۵). بنابراین انعقاد عقد بر تمامی محرمات باطل است، زیرا محرمات نمی توانند تحت ملکیت متعاقدین درآیند و زمانی که تحت ملکیت شخص نباشند چگونه می توان آن را بوسیله عقد، ایجاد کرد؛ همین حکم در موردی که موضوع عقد یک واجب عینی باشد نیز محقق خواهد بود (همان).

بنابراین مخالفین علت تعهد معتقدند در فقه امامیه، برای حل مشکلاتی این چنین راه حل های مناسب و منطقی ارائه شده که هیچگونه نیازی به نظریه علت مذکور در حقوق فرانسه مشاهده نمی شود.

۲-۲. نظریه جهت معامله در قرارداد

در بیشتر کتب فقها این مبحث تحت عنوان «بیع العنب ممن یجعله خمرًا» بحث می شود، بدون آنکه تفکیک کنند بین موردی که بایع قصد انجام بیع برای منفعت حرام را دارد و یا اینکه بایع فقط عالم به مصرف مبیع در منفعت حرام است؛ لذا مشاهده می شود نظرات فقها در این باب متفاوت است به این صورت که برخی قائل به جواز چنین بیعی هستند و برخی دیگر آن را حرام می دانند؛ لذا شیخ انصاری برای رفع این مشکل و توجیه این نظرات، قائل به تفکیک مذکور شده و در یکی، قصد را لازم می داند و در دیگری خیر و دلیل اینکه در اولی قصد را لازم می داند این است که ایشان برای استناد به قاعده اعانه بر اثم و عدوان، قصد (داعی) را ضروری می داند؛ لذا برای اثبات حرمت موردی که بایع داعی فروش برای منفعت حرام را دارد، قید قصد را می آورد تا شامل این قاعده شود و بدین

طریق آن را حرام بدانند. شیخ انصاری بیع با داعی حرام را حرام می‌داند و دلیل آن را اعانه بر اثم معرفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۲۳-۱۲۷). نظر برخی از فقها بر این است که علم به قصد مشتری برای مصرف مبیع در منفعت حرام نمی‌تواند موجب حرمت شود و دلیل آن را عدم صدق اعانه بر اینگونه معاملات دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۰-۳۳) و برخی دیگر علم را کافی برای حرمت می‌دانند و آن را از مصادیق اعانه بر اثم می‌شمارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۷).

در این قسمت به بررسی ادله فقها در حرمت و بطلان معامله در صورت وجود داعی یا قصد در جهت نامشروع و سپس صرف علم را بررسی می‌کنیم:

۲-۲-۱. قصد یا داعی در جهت نامشروع

برای بطلان اینگونه معاملات ادله‌ای مطرح شده و برخی این استدلال‌ات را نقد کرده‌اند.

الف) حرمت اعانه بر اثم و عدوان

یکی از دلایل حرام بودن اینگونه معاملات، معاونت بر اثم و عدوان است که در کتاب، سنت و اجماع حرام دانسته شده است و عقل نیز این اعانه را قبیح می‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۵۵/ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۹۹). برخی در نقد این استدلال گفته‌اند: اولاً اعانه بر اثم، حرام نیست چرا که به قرینه امر به اعانه بر نیکی و تقوی در آیه قرآن، نهی یادشده، نهی تنزیهی است و تنها دلالت بر نقصان ثواب عبادت و طلب ترک غیرالزامی دارد و ملازم ترخیص فعل منهی عنه است. ثانیاً آنچه نهی شده است تعاون است نه اعانه و حرمت تعاون که در آیه قرآن مستلزم حرمت اعانه بر اثم نیست (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۰۴-۲۰۵). ثالثاً بین عنوان بیع و عنوان اعانه بر اثم، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد، چون مفهوم اعانه بر اثم، هنگامی صادق است که اقباض و تسلط خارجی بر عین محقق شود هر چند که در غیر بیع باشد، البته با این فرض که معطی، علم به مصرف آن در امر

حرام داشته باشد، این تسلط خارجی ممکن است در بعضی از مصادیق بیع محقق نشود، بنابراین پذیرفتن حرمت اعانه بر اثم مستلزم این نیست که آن را در تمامی موارد بیع جاری بدانیم. رابعاً اگر بپذیریم که با وجود اعانه معامله حرام است دلیل نمی‌شود که معامله را باطل بدانیم، زیرا حرمت اعانه حرمت تکلیفی است و نمی‌تواند موجب حرمت وضعی شود. خامساً اگر بپذیریم که حرمت تکلیفی موجب بطلان معامله می‌شود، این موضوع زمانی محقق است که معامله مستقیماً و ابتدائاً مورد نهی واقع شده باشد، مانند فروش شراب و نه به عنوان عرضی و ثانوی مانند مورد مذکور که فروش انگور است. سادساً در تمامی موارد نمی‌توان به قاعده اعانه استناد کرد مگر موارد خاص و مورد مذکور شامل آن نمی‌شود (خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۲ / حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۱) سابعاً تفاوت است بین اعانه بر شرط حرام منحصر و غیرمنحصر. منفعت بیع انگور، تملیک است و فایده اش عرفاً منحصر در ساختن شراب نیست و عزم به استفاده چیزی در مصرف خاص، سبب منحصر شدن فایده آن در مصرف معین مورد نظر نمی‌شود تا اعانه بر شرط حرام بر آن صدق کند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۱۶-۲۱۷).

ب) حرمت اکل مال به باطل

از دیگر دلایل حرمت بیع برای منفعت حرام این است که متعهد شدن به اینکه مبیع به مصرف حرام برسد، مصداق اکل مال به باطل است، زیرا منفعت حرامی در مقابل ثمن قرار گرفته است و شرط باعث می‌شود که مبیع فقط در منفعت حرام صرف شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۲۳ / خوانساری، [بی‌تا]، ص ۶).

برخی از فقها اینگونه پاسخ گفته‌اند که اولاً حرمت اکل مال به باطل ماخوذ از آیه شریفه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸) است و این آیه مخصوص بیان ضابطه‌ای کلی برای علت صحیح و علت باطل برای معاملات است و شرایط عوضین خارج از این محدوده می‌باشد. ثانیاً

اینکه شرط شده باشد مالی در منفعت حرام مصرف شود، صرفاً شرط است و شروط نمی‌توانند سبب تقسیط ثمن شوند تا نتیجه گرفته شود که چون قسمتی از ثمن در مقابل شرط قرار گرفته و شرط نیز به دلیل نامشروع بودن فاسد است، در نتیجه قسمتی از ثمن در برابر شرط فاسد قرار می‌گیرد پس اکل مال به باطل خواهد بود؛ لذا این شروط چیزی جز التزام نیستند و تنها چیزی که ممکن است از مخالفت با آنها حاصل شود خیار است. ثالثاً در عقد بیع، ثمن در مقابل منافع قرار نمی‌گیرد بلکه ثمن، در برابر عین پرداخت می‌شود با انگیزه استفاده از منافع عین مذکور و در اینجا نیز مبیع که انگور است دارای منافع حلال می‌باشد، اگرچه شرط شده باشد که در منفعت حرام مصرف شود. البته شاید این استدلال در مورد اجاره صادق نباشد و بر همین اساس است، برخی از فقها در مورد اجاره زمانی که شرط منفعت حرام شده باشد آن را اکل مال به باطل می‌دانند چون منفعت حرام در برابر ثمن قرار گرفته است (خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۳ / حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۱).

ج) شرط مخالف قرآن و سنت

التزام به اینکه شخصی از انگور شراب بسازد، شرطی است مخالف کتاب و سنت، در نتیجه فاسد است و در نتیجه فساد آن موجب فساد مشروط می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۶).

در پاسخ به این استدلال گفته شده، شرط فاسد موجب فساد معامله نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۰) زیرا اولاً فساد شرط به فساد عقد سرایت نمی‌کند و ادعای تفاوت این مورد با دیگر شروط باطل واقعاً بی‌اساس است و ثانیاً اگر بپذیریم که شروط در مقابل مقداری از ثمن قرار دارد و ثمن بر شرط و مشروط تقسیط می‌شود، این موضوع فقط در خصوص شروطی است که بایع بر عهده می‌گیرد، اما در شروطی که برای

۱. «مقتضی القاعدة ابتناؤه علی كون الشرط الفاسد مفسداً».

مشتری قرار داده می‌شود مانند اینکه بائع برای مشتری شرط کند که این مبیع را در مورد خاصی مصرف کند، در این صورت فرقی نمی‌کند که مورد شرط حلال باشد یا حرام، در این صورت چیزی از ثمن در مقابل این شرط واقع نمی‌شود. بنابراین حتی بنا بر قول تقسیط ثمن در برابر شرط، باز هم شرط فاسد (شرط مصرف مبیع در حرام توسط بائع بر مشتری) سبب فساد بیع نمی‌شود (خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۲).

د) حرمت مقدمه فعل حرام

فعل مباحی که برای رسیدن به یک نتیجه حرام انجام می‌شود حرام است، پس فروختن انگور با قید اینکه برای ساختن شراب مصرف شود حرام است. به عبارت دیگر این مورد از مصادیق مقدمات حرام است و چون مقدمه حرام، حرام است لذا اینگونه معاملات حرام است (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۹۶). در پاسخ گفته شده که مقدمه حرام، حرام نیست مگر مقدماتی که از فعل حرام جدا نمی‌شوند؛ لذا روشن است که فروش انگور با این قصد که در حرام مصرف شود و یا به شرط مصرف در حرام، نمی‌تواند علت به وجود آمدن حرام شود و این حرمت اقتضای بطلان نمی‌کند زیرا مبعوضیت شارع ملازمه با بطلان ندارد (خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۳ / حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۰).

ه) عموم ادله نهی از منکر

ادله مربوط به نهی از منکر، دلالت بر حرمت معامله مورد بحث دارد، زیرا اگر برطرف کردن منکر واجب است، جلوگیری از انجام عمل منکر و حرام اولی است بر وجوب نهی و عقل نیز این نهی را تأیید می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۵۷ / نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۹۹).

پاسخی که فقها به این دلیل داده‌اند این است که اولاً اگر ادله وجوب نهی از منکر دلالت بر جلوگیری از عمل حرام می‌کند، امکان داشت بتوانیم از مفهوم این ادله استفاده کنیم و عمل حرام را متوقف کنیم ولی عکس این برداشت صحیح نیست، ثانیاً این موضوع زمانی مطرح می‌شود که فروشند

علم داشته باشد که مشتری آن را در حرام مصرف خواهد کرد و استفاده از منافع حرام در عقد نیز شرط شده باشد والا دلیلی برای وجوب نهی از منکر نخواهد بود و اینکه اقتضای این وجوب فقط حرمت تکلیفی در انجام معامله است و حرمت تکلیفی مستلزم بطلان معامله نیست و دیگر اینکه وجوب نهی از منکر واجب کفایی است نه عینی و در مورد مذکور زمانی وجوب عینیت خواهد یافت که استفاده حرام منحصر در فروش بایع باشد (خویی، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۶۳ / حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۱-۲۱۷).

و) ادله نقلی

برخی فقیهان (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۵۶) بطلان این معامله را به «ظاهر عبارات اصحاب» نسبت داده و برخی ادعای اجماع بر آن نموده‌اند (حلی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۳۶۵ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، ص ۲۰۲ / حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۱۲۲ / نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۹۶). در مقابل عده‌ای از فقها گفته‌اند پذیرفتن چنین اجماعی به صورت تعبدی ناپسند است زیرا ادله دیگری برای حرمت مطرح شده است (خویی، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۶۳ / حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۰). در عین حال احادیثی در این خصوص مطرح شده است. دلیل نقلی که بسیاری از فقها به آن استناد کرده‌اند، روایت جابر است که می‌گوید: عن جابر (صابر) قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل یؤاجر بینه فیباع فیه الخمر؟ قال: حرام اجره (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۱۷۴). این روایت هر چند در مورد اجاره است اما از باب اتحاد حکم در بیع نیز قابل استناد است (خویی، [بی تا]، ج ۱، ص ۱۶۳). برخی از فقها در پاسخ به این دلیل بیان داشته‌اند:

اولاً سند این روایت ضعیف است.

ثانیاً هر چند این حدیث در مورد اجاره است ولی اگر بپذیریم که مورد مذکور در اجاره و بیع تفاوتی نمی‌کند باید گفت چیزی که از ظاهر این حدیث فهمیده می‌شود این است که اجاره فاسد است، زمانی که طرفین

توافق در فروش خمر در آن مکان داشته باشند و از این مطلب نمی‌توان شرط و یا التزام به فروش خمر را بدست آورد، ثالثاً احادیث دیگری داریم که معارض با این حدیث هستند و فقها به آنها نیز توجه کرده‌اند، در نتیجه استناد به این حدیث محل اشکال است تا چه رسد به اینکه معنی دیگری غیر از ظاهر آن برداشت شود. رابعاً بر فرض اینکه بپذیریم از این احادیث مفهومی غیر از ظاهر آنها برداشت کند، عجیب است که چرا قائل به فساد معامله در صورت علم طرف مقابل نشده‌اند، زیرا ظاهر این روایات بر علم دلالت دارد و آنها می‌توانستند به جای بیان شرط و داعی، علم را برای بطلان کافی بدانند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۲/ خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۶۶). برخی برای بطلان چنین بیعی به حدیث «ان الله اذا حرم شیئاً حرم ثمنه» استناد نموده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۶) در پاسخ به این استدلال گفته شده علاوه بر اینکه این حدیث از حیث سند ضعیف می‌باشد، این مورد را دربر نمی‌گیرد، زیرا این حدیث مربوط به مورد معامله حرام است درحالی که در محل بحث ما مورد معامله عینی است که دارای منفعت حلال است، مانند انگور که برای خوردن است لکن شرط استفاده حرام در آن شده است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۱۹۰).

۲-۲-۲. علم بابع به مصرف مبیع در منفعت حرام

در این مورد ادعای پذیرش بطلان معامله بسیار ضعیف‌تر است، البته فقهای زیادی در این مورد حرمت را پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۳) ولی نمی‌توان آنها را حمل بر بطلان معامله نمود، حتی برخی از فقها در این مورد تصریح به عدم بطلان کرده‌اند و فقط قائل به حرمت شده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۴۵) و لذا پذیرش بطلان در این مورد

۱. «فما عن ظاهر التهذیب والمختلف و حواشی الشہید والمسالك والروضه و النہایہ الشیخ فی خصوص المساکن و الحمولات من الحرمه مع العلم مطلقاً».

بسیار سست است و این مورد در فقه نیز جزء دواعی نمی‌باشد، بنابراین نمی‌توان در حقوق به آن استناد کرد؛ در نتیجه از بحث ما نیز خارج است.

۳. علت در فقه عامه

در این مبحث به مفهوم‌شناسی علت و دیدگاه‌های موافقان و مخالفان نظریه علت در فقه عامه خواهیم پرداخت.

۳-۱. مفهوم‌شناسی علت در فقه و حقوق عامه

واژه «علت» یا «سبب» در فقه عبارت است از هر امری که منشأ و سبب اثر شرعی قرار گیرد، مانند ازدواج که علت حصول محرمیت و توارث بین زوجین و قتل و جرح که علت قصاص می‌باشند. در فقه، ارث و عقود تملیکی علت شرعی برای تملیک است که بر اساس آن اخذ مال غیر مجاز می‌شود. همچنین در فقه، دیون از واجبات شرعی‌ای است که باید دارای منشأ و علتی باشد.

در ماده ۱۶۲۷ المجله برگرفته از فقه حنفی آمده است: «اذا كان المدعى به عيناً فلا يلزم بيان سبب الملكيه ... و اما اذا كان ديناً فيسئل عن سببه و جهته» (ابن نجيم، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۱۹۵ / شیخ نظام، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳). بر اساس ماده مارالذکر، در دعاوی دینی، مدعی علیه حق دارد از علت دین سؤال کند که آیا دین ناشی از ثمن مبیع است یا ناشی از اجرت کاری است یا از طریق دیگری حاصل شده است. از این عبارت می‌توان برداشت نمود که در فقه عامه سبب (علت) و جهت گاه در یک معنا به کار رفته است. اما اصطلاح «علت تعهد» در مفهوم غربی آن، در متون اسلامی به چشم نمی‌خورد و به این نظریه اشاره مستقیمی نشده است و واژه «علت» در فقه اسلام در معنای «علت تعهد» اصطلاحی به کار نرفته است.

۳-۲. دیدگاه‌های موافقان و مخالفان نظریه علت (سبب التزام) در فقه عامه

در وجود یا عدم مفهوم علت (سبب التزام) در فقه عامه اختلاف نظر

است. برخی معتقدند این ماهیت در فقه وجود داشته و برخی معتقدند چنین دیدگاهی در فقه شناخته شده نیست.

۳-۲-۱. دیدگاه موافقان وجود علت

برخی از فقهای عامه معتقدند: اگرچه علت، به طور جازم و روشن در اسلام مطرح نشده است ولی این مسئله از جمله قواعد عمومی قراردادهاست و هر شخص عاقل آن را تأیید می کند. ایشان در تعریف علت می گویند: علت (سبب التزام) غرض و مقصود مباشر در عقد است و این معنی در فقه اسلام منوط به آن است که مقصود علیه، موجود، مباح و صحیح باشد. این عده معتقدند نظریه علت در شریعت اسلام، مبتنی بر آزادی اراده و غرض و قصد متعاملین است.

این حقوقدانان، علت را با اراده مرتبط دانسته و معتقدند هر شخصی در اعمال حقوقی خود غرضی دارد و هر کس متعهد به انجام عملی می شود، به قصد بدست آوردن تعهد طرف مقابل است. بنابراین، قصد در عقود معتبرند و قصد در صحت، فساد، حلیت و حرمت عقد موثر است. بنابراین هر عقدی دارای علت (سبب) یا مقصودی است و چنانچه مقصود علیه موجود نباشد یا حرام باشد علت به وجود نیامده و عقد باطل است؛ مثلاً عقد ازدواج برای تناسل، عقد هبه برای خیر رساندن به واهب و مقصود از بیع و عقود معاوضی به دست آوردن عوض است (محمصانی، ۱۳۴۷، ص ۹۱-۹۲).

برخی حقوقدانان اهل سنت معتقدند، هر فاعل عاقل و مختاری معامله اش را بر اساس غرض و هدف و مقصودی بنا می نهد که همان هدف مقصود مباشر و بلاواسطه عقد است. ایشان در پاسخ به این اشکال که علت، همان اراده است و نباید آن را از اراده جدا دانست می گویند: اگرچه علت با اراده ارتباط محکمی دارد، ولی از دو جهت با آن متفاوت است: جهت اول؛ فرضی که علت، وجود ندارد ولی اراده موجود است. در این فرض دو حالت وجود دارد. اول جایی است که شخص عقدی را می بندد

ولی نمی‌داند چه چیزی منعقد کرده است، مثل مجنون؛ در این حال اراده وجود دارد ولی علت عقد مخدوش است. حالت دوم اینکه شخص عقدی را برای هدفی که گمان می‌کرده موجود است منعقد می‌کند، ولی بعد آشکار می‌شود که آن غرض و مقصود وجود نداشته است. مثل جایی که طرف او به دروغ می‌گوید جنسی دارد ولی بعد معلوم می‌شود که وجود نداشته است. در این حالت اراده سالم وجود دارد ولی علت عقد موجود نیست.

جهت دوم؛ فرضی که علت، وجود دارد ولی اراده مخدوش است. مثل جایی که علت نامشروع باشد (سلطان انور، ۱۹۸۷، ص ۱۳۶).

همچنین قائلین به وجود علت در فقه عامه به عدم لازم الوفا بودن «وعد مجرّد» استناد جسته‌اند؛ با این توضیح که چون «وعد مجرّد» تعهدی است که مستند به علتی نیست لذا بر اساس نظر فقهای مذاهب مثل امام مالک لازم الوفا نیست، لکن اگر مقرون به سببی باشد یا آنکه در اثر وعده مزبور طرف موعود به زحمت افتاده باشد، لازم الوفا است. بنابراین گفته‌اند برای لازم شدن عقود باید سبب حقیقیه موجود باشد.

در تأیید این مطلب از احمدبن حنبل نقل شده است که مثلاً اگر اجیری را برای انجام کاری اجاره کنند هرگاه آن عمل مقدور یا مشروع یا مستند به علتی نباشد عقد باطل است؛ یا اگر کسی مسافرخانه‌ای بخرد ولی مسافر به آن شهر نیاید یا حمامی بخرد ولی مردم از آنجا کوچ کنند، فروشنده حق دریافت ثمن را ندارد و بیع منفسخ می‌شود زیرا علت خرید مسافرخانه مفقود شده است. بنابراین بطلان اینگونه موارد جز با تئوری علت قابل توجیه نیست (محمصانی، ۱۳۴۷، ص ۹۳-۹۴).

همچنین از کاربردهای علت در فقه این است که علت مفسر و متمم عقد است؛ مثلاً اگر هنگام عقد ذکر از توابع نشود، مثل کلید قفل که از توابع آن است، آن تابع داخل در مبیع است زیرا غرض و مقصود (علت) بدون وجود کلید حاصل نمی‌شود و برخی قواعد فقهی از جمله «الأمور

بمقاصدها» (سبکی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۵۴/ ابن نجیم، ۱۴۱۸، ص ۳۹/ سیوطی، ۱۴۱۸، ص ۳۸) و «العبره فی العقود للمقاصد و المعانی لا للألفاظ و المبانی» (سبکی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۱۷۴/ حصنی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۰۱/ زرکشی، ۱۴۰۲، ج ۲، ص ۳۷۱) موید وجود نظریه علت در فقه اسلامی است.

۲-۲-۳. دیدگاه مخالفان وجود علت

بر اساس دیدگاه مخالفین علت تعهد، هیچ نیازی به پذیرفتن نظریه علت نیست و آثاری که بر مبنای علت برشمرده شده است، بر اساس مبانی خاص خود در اسلام بنیان نهاده شده است. شاطبی بر اساس قاعده‌ای می‌گوید: «ان الاعمال بالنیات و المقاصد معتبره فیما بینة من العبادات و العادات... کلما ثبت أن الأحکام شرعت لمصالح العباد کانت الأعمال معتبره بذلک لانه مقصود الشرع فیها کما تبین فاذا کان الامر فی ظاهره و باطنه علی اصل المشروعیه فلا اشکال.» (شاطبی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۳۲۳/ سراج، [بی‌تا]، ص ۱۹۶) بر طبق این قاعده هرگاه معاملات و تصرفات در ظاهر مطابق شرع منعقد شود ولی هدف آن غیر مشروع باشد آن عمل حقوقی باطل و غیر مشروع است.

۴. جهت در فقه عامه

چنانکه گفتیم جهت انگیزه با واسطه‌ای است که شخصی بوده و حسب نوع قرارداد متفاوت می‌شود. در فقه عامه در مکاتب فقهی شافعی، حنفی، مالکی و حنبلی در مورد اعتبار و شرایط جهت معامله، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. بر اساس یک تقسیم بندی این مکاتب در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۴-۱. مکتب حنفی و شافعی

در این مکاتب حالت‌های مختلفی را می‌توان بررسی کرد:

۴-۱-۱. حالت عدم ذکر در عقد

مکتب حنفی و شافعی به دلیل استواری و امنیت معاملات به اراده ظاهری

اهمیت زیادی می‌دهد. بنابراین تا زمانی که انگیزه نامشروع در متن عقد تصریح نشود هیچ اثر حقوقی بر آن بار نیست. مکتب حنفی بر این اساس معتقد است، هرگاه فردی زنی را به زوجیت خود درآورد تا سبب رفع مانع او بعد از سه طلاق برای شوهرش شود اگرچه حرام است ولی تا این امر در متن عقد ازدواج درنیاید نمی‌توان این عقد را باطل دانست. در این رابطه ابن‌نجم می‌گوید: «لان مجرد النيه في المعاملات غير معتبر» (شافعی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۶۵). بنابراین در مکتب حنفی آنچه در مورد جهت مهم است آن است که در صیغه عقد یا اعلام اراده ذکر شود و لذا آن چیزی که در صیغه عقد وارد نشود هیچ اعتباری ندارد. در این مکتب لازم نیست حتماً جهت ذکر شود بلکه اگر به صورت ضمنی هم بیاید یا از اوضاع و احوال و عرف به صورت قطعی بدست آید که جهت نامشروع بوده عقد باطل است (سنه‌وری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۳۸).

مکتب شافعی به اراده ظاهری اهمیت بیشتری می‌دهد چنانکه می‌گوید: «أصل مورد قبول ما این است که هر عقدی که در ظاهر صحیح باشد با ادعای یکی از متعاملین مبنی بر بطلان آن، باطل نگردد و همان ظاهر در صحت عقد کافی است و هرگاه اکراهی وجود داشته باشد، اگر این اکراه در ظاهر ابراز شود بیع فاسد است و الا اگر فروشنده بر فروش شمشیرش اکراه شود و خریدار قصد کشتن کسی را داشته باشد بیع حرام و فاسد نیست، زیرا او به صورت حلال فروخته و ممکن است اصلاً طرف مقابل آن را برای کشتن استفاده نکند.» (شافعی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۶۵) بنابراین مکتب شافعی بسیار بیشتر از مکتب حنفی به اراده ظاهری اهمیت می‌دهد، زیرا مکتب حنفی آن را هنگامی که در معامله اظهار نمی‌شد حرام می‌دانست، ولی فاسد نمی‌دانست، اما مکتب شافعی در صورت عدم اظهار نه تنها معامله را فاسد و باطل نمی‌داند بلکه آن را حرام هم نمی‌داند.

۴-۱-۲. حالت ذکر و تبانی

در مورد ذکر جهت نامشروع یکی از فقهای اهل سنت گفته است: اجیر

شدن در غنا و آواز مطرب و لهُو و لعب جایز نیست و برای انجام آن هیچ مزد و اجری در کار نیست و برای مستأجر هم حق الزحمه واجب نیست و اگر بپذیرد که در برابر معصیت باید اجرت پرداخت شود، این قبح دو چندانی دارد زیرا هم عقد را تنفیذ کرده و هم آثار آن را پذیرفته است (زیلعی، [بی تا]، ج ۵، ص ۱۳۵ / سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۴۱).

از ابوحنیفه در مورد فروش میمون دو فتوی روایت شده است. یکی عدم جواز معامله میمون به جهت آنکه شرعاً قابل انتفاع نیست و مال محسوب نمی شود و روایت دیگر آنکه نافذ است به جهت آنکه اگرچه ذاتاً مال محسوب نمی شود لکن گاه از پوست آن استفاده می شود (کاسانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۴۳). در توضیح این مورد گفته شده به جهت اینکه در عرف میمون را برای امر حرام یعنی لهُو و لعب خرید و فروش می کنند؛ لذا معامله به جهت استفاده حرام جایز نیست (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۴۱).

ابوحنیفه معاملات آلات لهُو و لعب مثل ساز و طبل و سرنا را جایز می داند اگرچه قائل به کراهت آن است، ولی ابویوسف و محمد شیبانی، این معامله را اصولاً نافذ نمی دانند، زیرا این آلات برای لهُو و فسق و فجور ساخته شده و اصولاً مال نیستند؛ لذا فروش آنها هم جایز نیست (کاسانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۴۳).

ابوحنیفه معامله اینگونه اموال را تنها جایی باطل می داند که استفاده نامشروع در عقد ذکر شود، ولی شاگردانش (ابویوسف و شیبانی) معتقدند هرگاه جهت نامشروع را به طور ضمنی و یا از عرف و اوضاع و احوال بدست آوریم عقد باطل است، اما استاد و شاگردان در این اصل که هرگاه جهت نامشروع در عقد تصریح شود موجب فساد عقد می شود، اتفاق نظر دارند.

۴-۲. مکتب مالکی و حنبلی

مالکیه و حنبلیه بیشتر به مقصود متعاقدين در عقد نظر دارند و آن را در حکم عقد موثر می دانند؛ بنابراین هرگاه به هر دلیل آشکار شود که جهت قرارداد نامشروع بوده عقد باطل است. یکی از فقها می گوید عقود و افعال

ظاهری به تنهایی هیچ اعتباری ندارند، بلکه این مقاصد و نیت‌هاست که اصالت دارند بنابراین هرگاه آشکار شود طرف معامله، انگور را برای شراب خریده است و فروشنده هم به آن علم داشته، معامله باطل است (ابن‌قیم، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۹۵). این نظریه در مکتب حنبلی بسیار به نظریه جهت در حقوق فرانسه نزدیک است. در فقه حنبلی حتی اگر جهت در عقد ذکر نشود ولی برای طرف معامله روشن باشد، در عقد مؤثر است و اگر نامشروع باشد موجب بطلان عقد می‌شود؛ مثلاً هرگاه فروشنده آب انگور، از هر طریقی بداند که خریدار با آن شراب می‌سازد معامله باطل و حرام است و اطلاع و علم را می‌توان از قرائن و امارات یا سایر ادله اثبات به دست آورد (ابن‌قدمه، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۲۸۲).

در مقام استدلال می‌گویند این معامله به آیه «ولاتعاونوا علی الاثم والعدوان» رد می‌شود و این نهی مقتضی تحریم است و از نبی اکرم (ص) روایت شده که خداوند ده نفر را درمورد شراب لعن کرده است؛ اول کسی که آب انگور را می‌گیرد، دوم کسی که آن را حمل می‌کند و سوم فروشنده آب انگور برای شراب و... در صورتی که قرائن و شواهد دلالت کند که مبیع برای جهت حرامی استفاده می‌شود ولی فروشنده نداند خریدار برای چه می‌خواهد، معامله نافذ است، اما هرگاه یقین حاصل شود بیع باطل است (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۵۱-۵۲).

مالکیه علم را کافی می‌دانند مثلاً خرید زمین برای ساخت کلیسا یا خرید چوب برای ساختن بت یا صلیب حرام و باطل می‌دانند و علم طرف دیگر برای این معامله را کافی می‌دانند. در این باره مولف کشف القناع می‌گوید: ولا یصح بیع السلاح و نحوه فی فتنه، او لاهل الحرب، او لاقطاع طریق، اذا علم البائع ذالک من مشتری و لو بقرائن، لقوله تعالی: «ولا تعاونوا علی الاثم والعدوان» (بهوتی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۱۴۶). ابن‌قدمه علم طرف را شرط دانسته و می‌گوید: «انما یحرم البیع اذا علم البائع قصد مشتری اما بقوله و

اما بقرائن مختصه به تدل علی ذلک؛ بیع فقط وقتی حرام است که با بیع علم به قصد خریدار دارد (ابن قدامه، [بی تا]، ج ۴، ص ۲۶۷). بنابراین اصل وجود «جهت معامله» در فقه عامه مفروض اما در مورد اعتبار و شرایط و تاثیر آن بر معامله اختلاف نظر است.

۵. علت و جهت در حقوق مصر و لبنان

در اینجا به بررسی نظریه علت و جهت تعهد در قوانین مدنی مصر و لبنان می پردازیم.

۵-۱. قانون مدنی مصر

برخی معتقدند در قانون جدید مصر نظریه «علت تعهد» حذف شده و تنها جهت معامله مورد توجه واقع شده، ولی برخی دیگر از عبارات ماده جدید قانون مدنی استنتاج می کنند که نظریه علت تعهد پذیرفته شده است. در ماده ۱۳۶ قانون مدنی مصر آمده است: «اذا لم یکن للالتزام سبب، او کان سببه مخالفه للنظام العام او الآداب کان العقد باطلاً» (سنهوری، [بی تا]، ج ۱، ص ۴۷۷)؛ اگر التزام، علت نداشته یا مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، عقد باطل است. یکی از حقوقدانان می گوید: در قانون جدید در مورد مفهوم علت و جهت، مطلبی بیان نشده که آیا مراد آنان «علت تعهد» است یا «جهت معامله»، ولی آنچه از نظرات حقوقدانان و مشروح مذاکرات مجلس به دست می آید سبب در قانون جدید همان جهت معامله است، یعنی عامل و انگیزه برای انجام معامله (Cause Impulsive) و نه هدف مستقیم و بلاواسطه قرارداد (Cause Final). در قانون جدید علت، امری شخصی، نفسانی و خارج از عقد است و در عقود مختلف تفاوت می کند و جهت معامله، در صورتی موجب فساد عقد می گردد که نامشروع بوده و برای طرف دیگر معلوم و از آن آگاهی داشته باشد. بنابراین علت، در ماده ۱۳۶ به التزام، اضافه شده است (علت تعهد)، ولی بهتر بود به معامله اضافه می شد (جهت معامله)، زیرا علتی که به تعهد اضافه شده

متلازم با اراده است و هرگاه علت نباشد در حقیقت اراده مخدوش است و امکان ندارد که علت تعهد وجود نداشته باشد ولی اراده موجود باشد بلکه هر اراده‌ای دارای علتی است، مگر اینکه فرد مجنون یا صغیر غیرممیز باشد. بهتر بود این ماده اینگونه تنظیم می‌شد: «اذا التزم المتعاقد سبب غیر مشروع، کان العقد باطلاً». ایشان در نهایت می‌گویند رویه قضایی و دکترین نیز این نظر را تأیید می‌کند (سنه‌وری، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۸۲-۴۸۳). در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند نظریه «علت تعهد» در قانون جدید مصر پذیرفته شده و در ماده ۱۳۶ که بیان داشته «اذا لم یکن للالتزام سبب... کان العقد باطلاً: باید برای تعهد، علتی وجود داشته باشد و الا عقد باطل است»، بر آن تصریح شده است. برای مثال هرگاه مشتری تعهد کند ثمن را پردازد ولی ثمن قبلاً تلف شده یا بشود عقد باطل است. این گروه نیز در تأیید نظر خود به رویه قضایی استناد نموده و می‌گویند دیوان عالی مصر، حکم دادگاه بدوی را که دعوای مطالبه وجه سند را مسموع دانسته بود، پذیرفته است، به این دلیل که هرگاه روشن شود سند صوری بوده و علتی نداشته و فقط به خاطر تضمین بوده، باطل است زیرا در حقیقت چنین سندی علت نداشته است». همچنین دیوان عالی مصر گفته است، در دوران نامزدی هریک از زوجین هدایایی را که آورده، نباید مهریه پنداشت بلکه احکام هبه بر آنها جاری است (فرج توفیق، ۱۹۸۸، ص ۴۹۵). ماده ۱۳۷ قانون جدید در مورد فرض قانونی وجود علت است. در این ماده آمده است: «هر التزامی که سبب آن در عقد ذکر نشود فرض می‌شود دارای سبب مشروع است مگر اینکه دلیلی بر خلافش ارائه شود». این یک قاعده منطقی است زیرا هرگاه سبب در عقد نباید عقل حکم می‌کند که مشروع باشد مگر اینکه ادعای خلافش اثبات شود (سنه‌وری، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۸۵).

۵.۲. قانون لبنان

قانون «الموجبات والعقود» لبنان نظریه علت تعهد را از قانون فرانسه

اقتباس کرده است. در این قانون «سبب موجب» (علت تعهد) و «سبب عقد» (جهت معامله) را تفکیک کردند لذا در ماده ۱۹۴ قانون مقرر گردید: «می‌تیز بین سبب موجب و سبب العقد» و در ماده ۱۹۵ در تعریف سبب موجب (علت تعهد) بیان شد: «علت تعهد، تعهدی است که در اثر انعقاد عقد از یک طرف در مقابل طرف دیگر حاصل می‌شود چنانچه طرف مقابل هم در عقود متبادله ملتزم می‌شود و این علت جزء غیرمنفصل عقود می‌باشد و همین اثر در قیام به اداء در عقود عینیه و نیت تبرع در عقود مجانیه است، اما در عقود معاوضه که تبادل واقع نشده سبب و موجب همان حالت اولیه است اعم از اینکه مدنی باشد یا طبیعی.» در حقیقت معنای ماده مزبور این است که اگر عقد بدون سبب یا آنکه سبب غیر صحیح و غیر مباح بوده باشد، مثل این است که عقدی واقع نشده است، اما در ماده ۲۰۰ قانون، «سبب عقد» (جهت معامله) تعریف شده است: «ان السبب العقد یكون فی الدافع الشخصی الذی حمل الفریق العاقد علی انشاء العقد و هوالآ بعد جزئاً غیرمنفصل عن العقد بل یختلف فی کل نوع من العقود وان تکن من فئة واحدة.» در این تعریف، «جهت معامله» همان انگیزه و داعی شخصی است که شخص را به انجام معامله ترغیب می‌کند اما احکام مربوط به آنها با هم متفاوت است.

بر طبق ماده ۲۰۱ هرگاه علت تعهد باطل یا غیر مشروع باشد موجب بطلان عقد می‌شود، اما در مورد جهت معامله محکمه بدوی لبنان گفته است علی رغم اینکه جهت معامله امری خارج از عناصر تشکیل دهنده عقد است و در عقد مؤثر نیست لکن این قاعده با دو استثناء مواجه است؛ اول اینکه هرگاه جهت نامشروع باشد باعث بطلان عقد می‌گردد و دوم اینکه هرگاه متعاملین شرط کنند که صحت عقد منوط به وجود جهتی خاص باشد در این صورت هرگاه معلوم شود آن جهت خاص وجود نداشته است سبب بطلان عقد می‌شود؛ مثلاً هرگاه شرط شود که خرید خانه برای اسکان فرزند طرف معامله باشد ولی بعداً

شخص دیگری در آن اسکان یابد. عقد در این حالت بدون جهت و موجب بطلان معامله است (عوجی، [بی تا]، ج ۱، ص ۲۹۵).

نتیجه

علت در فقه امامیه به آن صورت که فرانسوی‌ها مطرح کرده‌اند وجود ندارد و از وجود نتایجی شبیه نتایج موجود در نظریه علت نمی‌توان اینگونه برداشت کرد که این نظریه در اسلام پذیرفته شده است، بلکه نتایجی که در حقوق اسلام وجود دارد، مبتنی بر اصول و قواعد حقوقی اسلام است و برای خود مبنایی جداگانه دارد که سرمنشأ آن به قرآن و وحی ختم می‌شود و در نتیجه از مبنای حقوقی فرانسویان، محکم‌تر و اساسی‌تر می‌باشد، در قسمت جهت در فقه مشاهده می‌شود فقها در این باب دارای نظرات مختلفی هستند، البته در اصل این موضوع که چنین مسئله‌ای در فقه شیعه مطرح شده شکی نیست و همچنین در مورد حرمت داعی نامشروع نیز با وجود انتقادات فراوان می‌توان تا حدودی آن را پذیرفت، اشکال عمده و بحث اساسی در مورد بطلان معاملات با داعی نامشروع است و استناد احادیث موجود به این مورد نیز محل تردید است. زیرا در این باره اختلافات اساسی در نظرات فقها مشاهده می‌شود و انتخاب یکی از این دو راه، کار ساده‌ای نیست و شاید به راحتی نتوان گفت که تمامی موارد حرمت، با بطلان مساوی است و همچنین عکس این برداشت، یعنی این عقیده را بپذیریم که هیچ کدام از موارد حرمت دلالت بر بطلان نمی‌کند و حتی اگر نظر بینابینی را انتخاب کنیم باز هم مشاهده می‌شود مواردی که بطلان در آنها پذیرفته شده مربوط به داعی نیست؛ در نتیجه می‌توان گفت معاملاتی که در آنها قصد منفعت حرام به نحو داعی وجود دارد، از موارد مشکوک و مردد است؛ لذا منسوب کردن موضوع جهت معامله در حقوق مدنی به فقه و کمک گرفتن از فقه برای حل موارد مبهم جهت، شاید کار پسندیده‌ای نباشد و حتی ممکن است

بر ابهام آن نیز بیافزاید؛ لذا باید آن را با توجه به اموری مانند نظم عمومی بررسی کرد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ گونه حامی مالی ندارد..

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- ابن قدامه، موفق الدین؛ المغنی علی مختصرالخرقی؛ بیروت: نشر دارالکتاب العربی، [بی تا].
- ابن قیم جوزی، شمس الدین؛ أعلام الموقعین عن رب العالمین؛ بیروت: دارالجیل، [بی تا].
- ابن منظور، محمدبن مکرم؛ لسان العرب؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- ابن نجیم، زین الدین؛ الأشباه والنظائر فی الفروع؛ بیروت: المكتبة العصرية، ۱۴۱۸ق.
- ابن نجیم، زین الدین؛ البحر الرائق شرح کنزالدقائق؛ لاهور: المطبعة العربیه، [بی تا].
- احمدی و استانی، عبدالغنی؛ نظم عمومی در حقوق خصوصی؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.
- اردبیلی، احمد؛ مجمع الفائده والبرهان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف؛ حقائق الناصرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بهوتی مصری، منصوربن یونس؛ کشاف القناع عن متن الإقناع؛ بیروت: نشر عالم الکتب، [بی تا].
- جزیری، عبدالرحمن؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)؛ بیروت: دارالثقلین، ۱۴۱۹ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مسبوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ وسیط در ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
- حرّ عاملی، محمد؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ قم: آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسینی، هاشم؛ نظریة العقد فی الفقه الجعفری؛ بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۹۹۶م.
- حسینی روحانی، سیدصادق؛ منهاج الفقاهة؛ قم: أنوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
- حسینی عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حصنی، ابوبکر؛ القواعد للحصنی: قواعد الفقه؛ ریاض: مكتبة الرشد و شركة الرياض، ۱۴۱۸ق.
- حلی، حسن؛ منتهی المطلب فی تحقیق المذهب؛ مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، ۱۴۱۲ق.
- خوانساری، محمد؛ الحاشیة الأولى علی المكاسب؛ قم: دارالعلم، [بی تا].
- خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ بیروت - لبنان: دارالفکر، [بی تا].
- دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- زرکشی، بدرالدین محمد؛ المنشور فی القواعد؛ بیروت - لبنان: شرکت دارالکویت للصحافة، ۱۴۰۲ق.
- زیلعی حنفی، عثمان بن علی؛ تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق؛ بیروت: دارالمعرفة، [بی تا].
- سبکی، عبدالوهاب؛ الأشباه والنظائر؛ بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۱ق.
- سراج، محمد؛ نظریة العقد فی الفقه الإسلامی، دراسات فقهیة مقارنہ؛ بیروت - لبنان: جامعة اسکندریة، [بی تا].
- سلطان، انور؛ مصادر الإلتزام فی القانون المدنی الأردنی؛ عمان: منشورات الجامعة الأردنیة، ۱۹۸۷م.
- سنهوری، عبدالرزاق؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].
- سنهوری، عبدالرزاق؛ مصادر الحق فی الفقه الإسلامی؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۷م.
- سیوطی، جلال الدین؛ الأشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة؛ بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۱۸ق.
- شاطبی، ابراهیم؛ الموافقات فی أصول الشریعة؛ بیروت: دارالمعرفة، ۱۳۹۵.
- شافعی، محمد بن ادريس؛ الأم؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۳ق.
- شاهرودی، محمود؛ فرهنگ فقه؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ق.

- برہانپوری، نظام؛ الفتاویٰ الہندیہ؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق.
- صفایی، سیدحسین؛ «نظریہ جہت در قراردادها (۱)»، نشریہ دانشکدہ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تہران؛ ش ۸، تابستان ۱۳۵۰، ص ۴۷-۶۵.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ حاشیہ المکاسب؛ ج ۲، قم: مؤسسہ اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
- عوجی، مصطفیٰ؛ القانون المدنی؛ قاہرہ - مصر: مؤسسہ بحسون للنشر والتوزیع، [بی تا].
- فرج توفیق، حسن؛ الأصول العامة للقانون؛ [بی جا]: دارالجامعہ، ۱۹۸۸ م.
- کاسانی حنفی، ابوبکر؛ بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع؛ بیروت: دارالکتب العلمیہ، ۱۴۱۸ ق.
- کاشف الغطاء، محمدحسین؛ تحریر المجلہ؛ قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الإسلامیہ، ۱۴۳۲ ق.
- کورند، جیوار؛ معجم المصطلحات القانونیہ؛ ترجمہ منصور القاضی؛ بیروت: مؤسسہ جامعیہ للدراسات والنشر والتوزیع، ۱۹۹۸ م.
- محمصانی، صبحی؛ النظریات العامہ للموجبات والعقود علی ضوء القوانین الحدیثیہ؛ ترجمہ جمال الدین جمالی (محللاتی)؛ بیروت - لبنان: چاپ فاروس، ۱۳۴۷.
- موحد، محمدعلی؛ مختصر حقوق مدنی؛ [بی جا]: مدرسہ عالی حسابداری، ۱۳۵۲.
- نجفی خوانساری، موسیٰ؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ تہران: المکتبۃ المحمدیہ، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.



A critical examination of the views of Usuliin in the concept of definition and its application in solving jurisprudential and legal issues

Mohammadrasoul Ahangaran*
Professor, University of Tehran, Tehran, Iran.
Email: ahangaran@ut.ac.ir



Use your device to scan
and read the article online

Citation Ahangaran, M. (2026). A critical examination of the views of Usuliin in the concept of definition and its application in solving jurisprudential and legal issues . *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 23 (88): 177-214

 [10.22034/ilaw.2024.713262](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713262)

Received: 15 November 2023 , Accepted: 08 June 2024

Abstract

The concept of description is one of the types of the opposite concept, which has been proposed and investigated among the experts in the science of principles, both Imamiyyah and Sunni, which has been criticized and challenged in this article from four aspects. These directions are 1- defining and identifying the concept of description. 2- Planning the place of conflict and disagreement between the experts. 3- How to argue and the reasons of the proponents, on the one hand, and on the other hand, the problems proposed by the opponents of the existence of a concept for words that include description. 4- Adaptations and application of the concept of definition in solving jurisprudential and legal issues. The result of this article, which was written in a descriptive analytical method and using library data, is that the existence of a concept for propositions containing a description depends on proving the exclusive involvement of the description in the sentence and its involvement as a precautionary clause. It is not related and the aforementioned confusion caused problems in the four mentioned directions.

Keywords

Descriptive concept, opposite concept, exclusive intervention, precautionary clause.



Extended Abstract

1. Introduction

The principles of Islamic jurisprudence (Usul al-Fiqh) serve as the foundational methodology for deriving legal rulings and resolving both traditional and contemporary issues in social jurisprudence and law. A critical area within this field is the study of “concepts” (Mafahim), specifically the “opposite concept” (Mafhum al-Mukhalaf), which posits that a ruling may be negated if a specific condition or attribute is absent. Among these is the concept of description (Mafhum al-Wosf), where a ruling is linked to a particular attribute of a subject.

Despite its significance, the theoretical framework surrounding the concept of description remains fraught with analytical ambiguities in both Imami and Sunni scholarship. This article argues that much of the existing discourse suffers from a failure to distinguish between the exclusive involvement of a description in a ruling and its role as a precautionary restriction (Qayd-e Ehtrazi). The primary objective of this research is to critique the traditional understanding of the concept of description from four perspectives: its definition, the identification of the point of contention among scholars, the logical arguments used for and against its validity, and its practical application in jurisprudential and legal contexts.

2. Research Methodology

This study employs an analytical-descriptive methodology. Data were gathered through library research, involving a comprehensive review of primary and secondary sources in Islamic legal theory (Usul) and civil law. The research critically examines the definitions and arguments provided by prominent Sunni and Imami jurists, followed by an analysis of Iranian legal statutes and judicial opinions to demonstrate how theoretical misconceptions impact legal practice.

3. Research Findings

- Critique of Definitions: Traditional definitions in both Sunni and Imami sources often define the concept of description as the “negation of the ruling for the subject when the description is negated”. The author contends that this is incorrect. Such definitions actually describe the function of a precautionary restriction, which simply limits the subject of a ruling to a specific category. A true “concept of description” must imply that the ruling remains negated even if a replacement description is provided. For example, if a law allows passage when a light is “green,” the mere negation of the green light (precautionary restriction)

means one cannot pass; however, the “concept” of the description would imply that no other color of light could ever justify passage.

- **The Point of Contention (Mahall al-Niza’):** Scholarly debate has historically focused on whether the negation of a description necessitates the negation of the ruling. The author argues that this is a false point of contention. It is a rational and undisputed principle among the “wise” (Uqala) that if a subject is defined by a description (as a precautionary restriction), the absence of that description inherently means the ruling does not apply to that specific subject. The true dispute should be whether the ruling is exclusively tied to that description, such that no other attribute can substitute for it.

- **Analysis of Logical Arguments:** The research critiques the two main arguments used to prove the existence of the concept:

1. **Redundancy (Laghwiyat):** Proponents argue that if a description had no concept, mentioning it would be useless. The author counters that the description serves a vital purpose as a precautionary restriction, defining the scope of the subject without needing to possess a “concept”.

2. **The Nature of Rulings:** Some scholars argue that descriptions restrict the subject, not the ruling itself, and thus cannot have a concept. The author critiques this by noting that rulings are relational (Ta’alluqi); since a ruling’s existence depends on its subject, any restriction on the subject necessarily restricts the ruling. However, this restriction is often merely the “original involvement” (precautionary) rather than “exclusive involvement” (conceptual).

- **Jurisprudential and Legal Applications:** The study identifies significant “misapplications” where scholars and legal bodies mistake precautionary restrictions for the concept of description.

- o **Civil Law Examples:** In matters such as the inheritance of permanent spouses (Article 940) or the validity of divorce in the presence of “just” witnesses (Article 1134), the negation of the ruling (e.g., no inheritance for temporary spouses, or invalidity of divorce with “unjust” witnesses) is a result of precautionary restrictions, not the “concept of description”.

- o **Judicial Opinions:** The author critiques several advisory opinions from the Judiciary’s Legal Department for incorrectly citing “opposite concepts” when the legal outcome is actually dictated by the basic definition of the subject’s components.

4. Conclusion

The research concludes that the prevailing discourse on the concept of description in Islamic and legal scholarship is marred by a fundamental confu-

sion between a description's role in defining a subject (Qayd-e Ehtarazi) and its potential to exclusively control a ruling (Mafhum). By failing to distinguish between these two, scholars have often sought to prove or disprove a "concept" in scenarios where the legal outcome is already dictated by the basic logic of subject-definition.

The study highlights that:

1. Definitions must be revised to focus on exclusivity and replacement rather than mere negation.
2. The point of contention must be shifted to whether a description is the sole cause of a ruling.
3. Legal practitioners must be cautious not to label the logical boundaries of a statute as "opposite concepts," as this leads to theoretical and practical inconsistencies.

Ultimately, achieving precision in these foundational concepts is essential for the correct interpretation of religious texts and the accurate application of civil statutes.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Author's Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

References

- Amadi, Ali; *Al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*; Riyadh: Dar al-Somay'i Publications, 2003 [In Arabic].
- Abu Naji, Abd al-Salam; *Usul al-Fiqh*; Tripoli: Dar Oya Publications, 2002 [In Arabic].
- Isfahani, Muhammad Taqi; *Hidayat al-Mustarshidin*; Qom: Jame'e-ye Modarresin Publications, 1421 AH [In Arabic].
- Emami, Hassan; *Civil Law*; Tehran: Islamiyeh Publications, 2007 [In Persian].
- Boroujerdi Najafi, Muhammad Taqi; *Nihayat al-Afkar (Lectures of Ayatollah Aqa Zia al-Din Iraqi)*; Qom: Jame'e-ye Modarresin Publications, 1985 [In Arabic].

■ A critical examination of the views of Usuliin in the concept of definition and ...

- Taghavi Eshtehardi, Hussein; *Tanqih al-Usul (Lectures of Imam Khomeini)*; Qom: Institute for Publication of Imam Khomeini's Works, 1997 [In Arabic].
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Legal Encyclopedia*; Tehran: Ganj-e Danesh Publications, 2016 [In Persian].
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Extensive Legal Terminology*; Tehran: Ganj-e Danesh Publications, 2007 [In Persian].
- Hurr Amili, Muhammad; *Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Sharia*; Tehran: Islamiyeh Publications, 1403 AH [In Arabic].
- Hakim, Mohsen; *Haqa'iq al-Usul*; Qom: Al al-Bayt Publications, [n.d.] [In Arabic].
- Halabi, Ibn Amir al-Hajj; *Al-Taqrir wa al-Tahbir*; Beirut: Dar al-Kutub al-Arabiya Publications, 1999 [In Arabic].
- Heydari, Ali Naqi; *Usul al-Istinbat*; Kashan: Feyz Publications, 2001 [In Arabic].
- Khorasani, Muhammad Kazim; *Kifayat al-Usul*; Qom: Jame'e-ye Modarresin Publications, 2019 [In Arabic].
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim; *Mawsu'at al-Imam al-Khoei*; Qom: Institute for Revival of Imam Khoei's Works, 1422 AH [In Arabic].
- Davoodi, Safwan; *Al-Lubab fi Usul al-Fiqh; Damascus: Dar al-Qalam Publications*, 1999 [In Arabic].
- Zarkashi, Badr al-Din Muhammad; *Al-Bahr al-Muhit fi Usul al-Fiqh; Beirut: Dar al-Kutub al-Islamiya Publications*, 2000 [In Arabic].
- Sobhani, Ja'far; *Al-Mujaz fi Usul al-Fiqh*; Qom: Imam Sadiq Institute Publications, 2015 [In Arabic].
- Sobhani, Ja'far; *Al-Wasit fi Usul al-Fiqh*; Qom: Imam Sadiq Institute Publications, 2001 [In Arabic].
- Saljuqi, Mahmoud; *Collection of Advisory Opinions of the Legal Department of the Ministry of Justice*; Tehran: Javaneh Publications, 2010 [In Persian].
- Shafi'i, Ahmad; *Usul al-Fiqh al-Islami*; Beirut: Al-Halabi Publications, 2002 [In Arabic].
- Shalabi, Muhammad Mustafa; *Usul al-Fiqh al-Islami; Beirut: Dar al-Nahda al-Arabiya*, 1406 AH [In Arabic].
- Shawkani, Muhammad; *Irshad al-Fuhul ila Tahqiq al-Haqq min 'Ilm al-Usul; Riyadh: Dar al-Fadilah Publications*, 2000 [In Arabic].
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir; *Durus fi 'Ilm al-Usul*; Beirut: Dar al-Kitab al-Lubnani Publications, 1406 AH [In Arabic].
- Tusi, Muhammad; *Al-Amali*; Qom: Hadi Publications, 2015 [In Arabic].
- Amili, Hassan; *Ma'alim al-Usul*; Tehran: Islamic Scientific Office Publications, 1378 AH [In Arabic].
- Obeidan, Musa; *Dalalat Tarakib al-Jumal 'ind al-Usuliyin; Damascus: Al-Awa'il Publications*, 2002 [In Arabic].

- Fazli, Abd al-Hadi; *Mabadi Usul al-Fiqh*; Qom: Nasayeh Publications, 2003 [In Arabic].
- Qomi Karbalai, Muhammad Ali; *Al-Mukhtarat fi al-Usul*; Tehran: Islamic Scientific Publications, [n.d.] [In Arabic].
- Qomi, Abu al-Qasim; *Qawanin al-Usul*; [n.p.]: Dar al-Tiba'a, [n.d.] [In Arabic].
- Kazemi Khorasani, Muhammad Ali; *Fawa'id al-Usul (Lectures of Ayatollah Muhammad Husayn Na'ini)*; Qom: Jame'e-ye Modarresin Publications, 1404 AH [In Arabic].
- Karbasi, Muhammad Ibrahim; *Minhaj al-Usul (Lectures of Ayatollah Aqa Zia al-Din Iraqi)*; Beirut: Dar al-Balagha, 1991 [In Arabic].
- Majlisi, Muhammad Baqir; *Bihar al-Anwar*; Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya Publications, 2011 [In Arabic].
- Mohaghegh Damad, Sayyid Mustafa; *Discussions in Principles of Jurisprudence*; Tehran: Islamic Sciences Publication Center, 2003 [In Persian].
- Mohammadi, Abu al-Hassan; *Foundations of Islamic Legal Inference*; Tehran: University of Tehran Press, 2005 [In Persian].
- Muzaffar, Muhammad Rida; *Usul al-Fiqh*; Tehran: Islamic Knowledge Publications, 2007 [In Arabic].
- Maleki Isfahani, Mahmoud Va'id; *Principles of Shia Jurisprudence (Lectures of Ayatollah Fazel Lankarani)*; Qom: A'immeah Athar Jurisprudential Center, 2002 [In Persian].



نقد دیدگاه اصولیون در مفهوم وصف همسو با نقدی بر کاربردهای فقهی و حقوقی آن

محمدرسول آهنگران*

استاد، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: ahangaran@ut.ac.ir



استناد آهنگران، محمدرسول (۱۴۰۵). نقد دیدگاه اصولیون در مفهوم وصف همسو با نقدی بر کاربردهای فقهی و حقوقی آن. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۱۷۷-۲۱۴.

[doi 10.22034/ilaw.2024.713262](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713262)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

مفهوم وصف از اقسام مفهوم مخالف آن طور که در آثار صاحب نظران علم اصول اعم از امامیه و اهل سنت مطرح گردیده، از چهار نقطه نظر مورد نقد و اشکال در این مقاله قرار گرفته است. جهات مورد اشکال عبارت‌اند از ۱. تعریف و شناسایی مفهوم وصف. ۲. طرح محل نزاع و موضع اختلاف میان صاحب نظران. ۳. چگونگی استدلال و دلایل اثبات کنندگان از یک سو و از سوی دیگر اشکالات مورد طرح از سوی مخالفان وجود مفهوم برای کلام مشتمل بر وصف. ۴. تطبیقات و کاربردهای مفهوم وصف در حل مسائل فقهی و حقوقی. برآیند این مقاله که به روش تحلیلی توصیفی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای به نگارش درآمده، اینکه وجود مفهوم برای گزاره‌های مشتمل بر وصف، به اثبات دخالت انحصاری وصف در حکم منوط بوده و به دخالت آن به عنوان قید احترازی مربوط نمی‌شود، غفلت از این نکته باعث ورود نقدهایی از چهار زاویه به اظهارات صورت گرفته در پژوهش‌های مربوط به این مبحث، شده است.

واژگان کلیدی

مفهوم وصف، مفهوم مخالف، دخالت انحصاری، قید احترازی.



مقاله

مباحث علم اصول نوعاً و در غالب قریب به اتفاق موارد ظرفیتی دارد که از آنها می‌توان برای حل مسائل فقهی و حقوقی و به خصوص در مورد مسائل نوپدید و از جمله مسائل مربوط به فقه اجتماعی استفاده نمود ولی آنچه در درجه اول از اهمیت قرار دارد، درک درست از هر مبحث بوده و الا در استفاده، کاربرد و حل مسئله مورد نظر، اشتباه شده و تطبیق به صورت صحیح انجام نمی‌شود. از یک سو مباحث علم اصول دخالت زیادی در استدلال‌های فقهی داشته تا جایی که از آن به جزء اخیر علت استنباط تعبیر گردید (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۱۸)، از این رو هر خطائی در آن منجر به نتیجه نادرست در یک مسئله فقهی می‌شود و از سوی دیگر چون در این علم به دقت بسیار بالا در جهت تحلیل نیاز است، با کمترین بی‌دقتی، نتیجه با خطا روبرو خواهد شد.

مبحث مفاهیم از جمله محورهای مورد بررسی در علم اصول بوده که به دو قسم موافق و مخالف منقسم می‌گردد. در میان اقسام مفهوم مخالف، مفهوم وصف قرار داشته که در کنار اقسام دیگر که عبارت‌اند از شرط، لقب، حصر، غایت و عدد، مورد تحلیل از جنبه ثبوت و عدم ثبوت مفهوم واقع می‌شود.

مقاله حاضر در صدد است تا به بررسی اشکالاتی که به طرح این مبحث و نیز نسبت به کاربری آن در حل مسائل فقهی و حقوقی مرتبط به آن توجه دارد، پرداخته و با معرفی معیار صحیح که عبارت می‌باشد از نقش انحصاری داشتن وصف و تفکیک آن از وصف به عنوان قید احترازی، از ورود اشکالات جلوگیری به عمل آورد؛ اشکالاتی که اولاً به تعریف مفهوم وصف توجه داشته و آنگاه نسبت به طرح محل نزاع و سپس به نحوه و چگونگی استدلال‌ها پیش رفت و در نهایت بیان می‌کند که در تطبیق این مبحث و بکارگیری آن در مسائل فقهی و حقوقی، تحقیقات و پژوهش‌های صورت گرفته در این زمینه از جهت گیری مناسب و صحیحی برخوردار نیست.

۱. اشکال در ارائه تعریف از مفهوم وصف

در آثار و پژوهش‌های اصولی اعم از منابع اصولی اهل سنت و مذهب امامیه، تعریف مفهوم وصف به گونه‌ای انجام گرفته که باعث ورود اشکال به شرحی که در پایین مورد توضیح قرار می‌گیرد، شده است.

در پایین ابتدا به نمونه‌هایی از تعاریف صورت گرفته در منابع اصولی اهل سنت و سپس به آنچه در منابع مربوط به مذهب امامیه مطرح گردید، اشاره شده و آنگاه به نقد و اشکالی که بدانها توجه دارد، پرداخته می‌شود و در نهایت تعریف صحیح و مناسب از نظر خواهد گذشت.

اما نمونه‌هایی از تعاریف در منابع اصولی اهل سنت:

(الف) ثبوت نقيض الحكم المقيد بصفة لمن انتفت عنه هذه الصفة (شافعی، ۲۰۰۲، ص ۳۹۰) ترجمه: تحقق نقيض حکمی که مقید شده برای آنچه صفت در خصوص آن منتفی گردید.

(ب) تعليق الحكم على الذات بصفة من صفاتها (ابوناجی، ۲۰۰۱، ص ۱۵۷) ترجمه: معلق بودن حکم بر موضوع، به واسطه وصفی از اوصاف.

(ج) مفهوم الصفة والمراد بها لفظ مقيد لآخر (داوودی، ۱۹۹۹، ص ۱۶۳) ترجمه: مراد از مفهوم وصف عبارت است از لفظ تقييد کننده برای دیگری.

(د) فهو دلالة اللفظ الموصوف بما ينقص شيوخ معناه على نقيض حكمه له عند انتفاء ذلك الوصف (حلبی، ۱۹۹۹، ج ۱، ص ۱۵۰) ترجمه: دلالت کلام مشتمل بر وصفی منظور است که در هنگام انتفای آن وصف، شامل نقيض حکم نمی‌شود.

(ه) هو تعليق الحكم على الذات باحد الاوصاف (زرکشی، ۲۰۰۰، ج ۳، ص ۱۱۳) ترجمه: معلق کردن حکم بر موضوع به سبب وصفی از اوصاف.

(و) تعليق الحكم على الذات باحد الاوصاف (شوکانی، ۲۰۰۰، ج ۲، ص ۷۷۲/ عبیدان، ۲۰۰۲، ص ۳۱۹) ترجمه: معلق کردن حکم بر موضوع به سبب وصفی از اوصاف.

و اما در منابع اصلی علم اصول در مذهب امامیه معمولاً به تعریف نپرداخته و غالباً این مبحث به جای تعریف، با طرح محل نزاع آغاز گشته، برای نمونه: *اختلفوا فی اقتضاء التعليق علی الصفة نفی الحکم عند انتفائها* (عاملی، ۱۳۷۸، ص ۸۲) ترجمه: اختلاف است در اینکه تعلیق به وصف بر نفی حکم در صورت انتفای آن وصف، دلالت دارد یا خیر و حتی در کتاب‌های معاصرین هم به جای تعریف، به طرح محل نزاع پرداخته شد: *اختلفوا فی ان مجرد التقييد بالوصف هل يدل المفهوم ای انتفاء حکم الموصوف عند انتفاء الوصف او لا يدل* (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۲۱) عالمان علم اصول اختلاف نمودند که آیا مجرد تقييد موصوف به وصف، دلالت بر مفهوم می‌نماید، به این معنا که در هنگام انتفای وصف، حکم از موصوف منتفی است یا خیر؟ اگرچه در همین دو نمونه می‌توان از آن تعریف را فهمید ولی در کتاب‌های اصولی که به تازگی نگارش یافته، تعریف مفهوم وصف به صورت مشخص تر آمده که در پایین به دو نمونه اشاره می‌شود:

(الف) *انتفاء حکم الموصوف عند انتفاء وصفه* (حیدری، ۱۳۸۰، ص ۱۱۱) ترجمه: حکمی که برای موصوف باشد و با از بین رفتن صفت از بین برود.

(ب) جمله‌ای که مشتمل بر موصوف و وصفی بوده، دلالت بر حکم به انتفای از موصوف در هنگام انتفای وصف دارد (فضلی، ۱۳۸۲، ص ۷۸).

حال بعد از اشاره به تعاریفی که در بالا از نظر گذشت باید به تبیین نقد و اشکالی پرداخت که در این پژوهش طرح و توضیح آن مورد نظر می‌باشد؛ شایان ذکر است که وقتی تعریف در این مبحث همراه با اشکال باشد، نتیجه منطقی آن این است که طرح مباحث و نیز استدلال‌ات صورت گرفته هم همراه با اشکال خواهد بود، پس باید در ارائه تعریف کاملاً دقت داشت و تلاش کاملی در جهت ارائه تعریف صحیح صرف گردد. از این رو تعریف مفهوم وصف به این ترتیب که مقصود از آن عبارت از انتفای حکم از موصوف، وقتی که وصف یا صفت منتفی شود، تعریف صحیحی نیست،

چراکه این تعریف ناظر به نقش وصف به عنوان قید احترازی می‌باشد و نه ناظر به تعریف از آن جهت که در ذیل عنوان مفهوم وصف در زیر مجموعه مفهوم مخالف قرار دارد.

توضیح اینکه وصف در صورتی که جزئی از موضوع قلمداد شود، در این صورت، نقش یک قید احترازی را ایفا می‌کند و مقصود از قید احترازی این است که موصوف بدون آن وصف، دارای حکم مورد نظر نیست. قید احترازی بر خلاف قید توضیحی نقش محدود کننده دارد و محدود کننده آن هم به این معناست که حکم بدون آن وصف، برای موصوف نخواهد بود. برای مثال وقتی قانون‌گذاری بیان می‌کند که با روشن شدن چراغ راهنمایی سبز امکان عبور و مرور در میادین و تقاطع‌ها وجود دارد، معنایش این است که صرف روشن بودن چراغ راهنمایی، مجوز عبور و مرور نیست، چراکه در این مثال، چراغ با وصف سبز بودن، موضوع حکم بوده و قانونگذار با این وصفی که ذکر نموده، به شهروندان تفهیم می‌کند که موضوع مرکب بوده و از دو جزء چراغ بعلاوه سبز بودن تشکیل گردید. حال اگر در تعریف مفهوم وصف تنها اظهار گردد که حکم به انتفای حکم از موصوف در صورت انتفای وصف است، در این تعریف تنها به تعریف وصف به عنوان نقش قید احترازی بودن پرداخته شد و نه به تعریف آنچه مقصود از مفهوم وصف را تشکیل می‌دهد.

بنابراین باید در تعریف مفهوم وصف دقت لازم صورت گیرد و این مسئله مفهوم‌داری وصف را در جمله‌ی مشتمل بر وصف، با نقش وصف به عنوان قید احترازی یکسان تلقی ننمود. برای پرهیز از این یکسان‌پنداری ابتدا باید پذیرفت که میان وصف به عنوان قید احترازی با مفهوم وصف، تفاوت وجود دارد و سپس با توجه به تفاوت مزبور، تعریفی را از مفهوم وصف ارائه داد که تفاوت آن با وصف به عنوان قید احترازی مشهود باشد.

با توجه به آنچه گذشت و نظر به تفاوتی که میان بحث از وصف در ذیل

عنوان مفهوم مخالف با وصف به عنوان قید احترازی بیان گردید، باید در ارائه تعریف صحیح برای نمایاندن عاری از اشکال مفهوم وصف اظهار داشت: مفهوم وصف عبارت است از انتفای حکم در صورت انتفای وصف و در صورت جایگزین شدن وصف دیگری در جای وصفی که موضوع بدان اتصاف داشت و منتفی گردید؛

پس مفهوم وصف صرف انتفای حکم به انتفای وصف نیست و این تعریف برای بیان نقش قید احترازی داشتن وصف مناسب است ولی مفهوم وصف با آن تفاوت داشته و عبارت خواهد بود از انتفای حکمی که اولاً وصفی منتفی شده و ثانیاً وصف یا وصف‌های دیگری احتمال جایگزینی آن مطرح باشد و اگر ادعا می‌شود که مفهوم برای وصف وجود دارد، مقصود از آن این است که با وجود وصف یا وصف‌های جایگزین هم باید حکم به انتفاء صورت گیرد و الا صرف انتفای حکم به انتفای وصف و بدون جایگزینی وصفی دیگر، بر اساس نقش احترازی داشتن وصف ثابت شده و در ذیل عنوان بحث از مفهوم مخالف قرار نمی‌گیرد.

در مثال بالا معنای مفهوم وصف داشتن گزاره مورد نظر، این نیست که با انتفای روشن بودن چراغ به رنگ سبز (باتوجه به اینکه سبز بودن قید و وصف احترازی است) و با صرف روشن بودن چراغ راهنمایی مجوزی برای عبور و مرور خودروها وجود ندارد، چراکه این مطلب یعنی عدم جواز تردد با فرض انتفای روشن بودن چراغ با رنگ سبز، بر اساس اصل احترازی بودن قیود ثابت می‌شود بلکه معنای مفهوم داشتن جمله دربردارنده وصف، این است که اگر به جای چراغ سبز هر چراغی با هر رنگی روشن بود، مجوزی برای تردد وجود ندارد.

پس فرق است میان اینکه وصف اگر منتفی شد، موصوف فاقد آن وصف و بدون جایگزین شدن وصف دیگر، حکم مورد نظر را ندارد، با وقتی که وصف اول منتفی شود و وصف دومی جایگزین آن گردد، در این صورت مفهوم وصف

معنی پیدا می‌کند و تنها در این صورت است که اگر مفهوم داشتن برای وصف مورد پذیرش قرار گیرد، معنایش این خواهد بود که با انتفای وصف اول و جایگزین شدن وصف دوم، حکم مورد نظر منتفی می‌باشد.

۲. اشکال در طرح محل اختلاف در مفهوم وصف

با توضیحات بالا مشخص شد که میان تعریف مفهوم بحث با نقشی که وصف به عنوان قید احترازی ایفا می‌کند، تفاوت وجود داشته و این تفاوت در تعاریف ارائه شده از سوی صاحب‌نظران علم اصول مورد توجه کافی و درخور قرار نگرفته و در نتیجه، تعریف از مفهوم وصف به طوری که اشکالی بدان توجه پیدا نکند، انجام نشده است. به دنبال عدم دقت کافی در ارائه تعریف، در طرح محل نزاع و بیان موضع اختلاف هم دقت لازم صورت نگرفته و امری به عنوان محل نزاع و موضع اختلاف میان صاحب‌نظران اصولی مطرح شده که وجود اختلاف در آن منتفی می‌باشد، به بیان دیگری در آنچه نسبت به پذیرش آن نزد همگان جای هیچگونه تردیدی نیست، به عنوان موضع اختلاف و محل نزاع معرفی گردید.

به عنوان نمونه در طرح محل اختلاف در زمینه مفهوم وصف اظهار گردید که اختلاف است در خطابی که دلالت بر حکم مرتبط با اسم عامی که مقید به صفت خاصی شده، مانند این کلام نبوی (ص) «فی الغنم السائمة زکاة»، در اینکه آیا جمله مزبور دلالت دارد بر نفی زکات از گوسفندی که چرنده در صحرا نیست یا خیر؟ شافعی و مالک و احمد بن حنبل و اشعری و جماعتی از فقهاء و متکلمان و ابو عبید و جماعتی از اهل عربی قائل به وجود مفهوم شده و در مقابل، ابو حنیفه و طرفدارانش و قاضی ابوبکر و ابن سریج و قفال و شاشی و جماعت معتزله قائل به عدم مفهوم برای وصف شده‌اند (آمدی، ۲۰۰۳، ج ۲، ص ۹۱).

در طرح محل اختلاف در نمونه مورد نقل در بالا ملاحظه می‌گردد که

گویی اختلاف در برداشت از کلام نبوی (ص) در این است که آیا با فرض انتفاء وصف از موضوع، حکم مذکور منتفی می‌شود یا خیر، یعنی گویی محل اختلاف در این است که آیا وصف دارای نقش به عنوان قید احترازی هست یا خیر؟

از توضیحاتی که در مورد تعریف صحیح از مفهوم وصف ارائه گردید، مشخص شد که بحث در این جا این نیست که اگر وصف منتفی شده باشد آیا حکم از موصوف بدون هیچ وصفی، منتفی خواهد بود یا خیر؟ بلکه بحث در این است که آیا وصف دارای مفهوم هست یا خیر؟ به این معنا که آیا جمله در بر دارنده وصف، دلالت دارد بر اینکه حکم برای موصوف، تنها در صورتی است که وصف ذکر شده وجود داشته باشد، به طوری که اگر وصف ذکر شده منتفی شود، دیگر حکم از برای موصوف نخواهد بود هرچند که به جای آن وصف منتفی شده، اوصاف دیگری قرار گیرد؟

از بیان فوق مشخص می‌شود که تلاش برخی صاحب نظران در این جهت که محل نزاع و اختلاف را در این مبحث به صورت دقیق مشخص نمایند و در این زمینه تلاش کرده‌اند تا این مبحث را از مبحث مفهوم لقب کاملاً جدا نمایند، دارای اشکال است، تلاش مورد نظر به این ترتیب که: فالاولی ان يجعل العنوان هكذا: لو نعت موضوع القضية بنعت فهل يدل ذكر النعت بعد المنعوت على انتفاء الحكم عن ذات المنعوت الغير المتصف بهذا الوصف مطلقاً؟ او لا يدل مطلقاً؟ او يفصل... (کاظمی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۵۰۲) ترجمه: بهتر این است که عنوان بحث اینگونه قرار داده شود که اگر موضوعی به یک وصف اتصاف داشت، آیا ذکر آن وصفی بعد از موضوعی، دلالت دارد بر اینکه ذات موصوف بدون آن وصف بدون اتصاف به وصف محذوف، حکم مورد نظر را به طور مطلق ندارد یا به نحو مطلق چنین دلالتی دارد یا باید تفصیل داد؟

اشکال مورد توجه به بیان محل نزاع و اختلاف این است که در اینکه

ذات موصوف بدون وصفی که اتصاف به آن منتفی شده، حکم مورد نظر را ندارد، دیگر جایی برای اختلاف در خصوص آن وجود ندارد؛ چراکه از یک سو با توجه به بناگذاری مسلم و غیر قابل تردید عقلاء مبنی بر اصل بر احترازی بودن قیود و اینکه اگر شکی وجود داشت در اینکه قید احترازی است و یا توضیحی، اصل بر احترازی بودن است، نسبت به مسلم بودن چنین بنایی در میان عقلاء نباید هیچ تردیدی به خود راه داد و نیز تردیدی هم در مورد امضای شارع نسبت به چنین سیره مسلم عقلایی وجود ندارد و از سوی دیگر هم فرض بر این است که وصف مورد نظر منتفی شده، در نتیجه جای تردیدی نخواهد بود که با انتفای وصف، حکم از موصوف تنها و بدون هیچ وصف جایگزین، منتفی خواهد بود و در این زمینه نباید تصور کرد که میان صاحب نظران، امکان وجود اختلاف وجود دارد.

اختلاف در مفهوم وصف و محل نزاع را میان صاحب نظران باید این امر قرار داد که اگر وصف منتفی شد و وصف دیگری به جای وصف منتفی شده قرار گرفت، آیا می توان پی برد که با انتفای وصف اول دیگر حکم برای موصوف متصف به اوصاف جایگزین، منتفی است یا خیر؟

از این جا معلوم می شود که مورد بحث و اختلاف در مبحث مفهوم عبارت از جایی نیست که انتفای حکم با فرض انتفای جزئی از موضوع منتفی است یا خیر؛ چراکه چنین چیزی مسلم و معلوم است و برای همگان روشن است که در صورت انتفای موضوع، کلاً یا جزءاً، حکم نیز منتفی خواهد بود. در این جا باید توجه داشت که وصف با فرض وجود نقش قید احترازی، در واقع آن وصف جزئی از موضوع حکم را تشکیل می دهد و از آن جا که موضوع در جایگاه علت برای حکم قرار داشته و با انتفاء علت یا هر جزئی از آن، امکان بقاء موضوع وجود نخواهد داشت. بنابراین اگر موضوع گزاره ای از موصوف به همراه وصفی تشکیل شده باشد، مقصود از مفهوم داشتن وصف، این نیست که آیا حکم از موصوف در صورت انتفای

وصف، منتفی است یا خیر؟ بلکه چون موصوف به همراه وصف، هریک جزئی از موضوع قضیه را تشکیل می‌دهند، مسلم است که با فقدان هر دو جزء موضوع یا یکی از اجزای موضوع، حکم منتفی می‌شود و انتفای حکم با فرض انتفای موضوع آن، امری عقلی بوده و معقول نیست چنین چیزی مورد اختلاف عالمان علم اصول باشد؛ چنانکه در قضیه شرطیه اگر قضیه شرطیه به نحو محققه الموضوع باشد مثل اینکه اگر شارع مقدس رد کردن سلام را واجب گرداند، مسلم است که در صورت عدم تحقق سلام و جایی که کسی مبادرت به سلام کردن ننماید، مسلماً وجوب رد سلام منتفی است و صاحب‌نظران اصولی این قسم از قضایای شرطیه را که از آن به قضایای شرطیه محققه الموضوع تعبیر می‌شود، از محل اختلاف در داشتن مفهوم برای قضیه شرطیه، خارج دانسته‌اند (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۵۷). در قضایا و گزاره‌هایی که در بردارنده وصف است نیز جریان به همین صورت بوده و نباید انتفای حکم را با فرض انتفای جزئی از موضوع، به عنوان امری که در آن میان صاحب‌نظران اختلاف وجود دارد، قلمداد نمود.

موضوع در یک قضیه شرعی و یا قانونی گاه منفرد و بدون ترکیب با چیز دیگری بوده و گاه موضوع مورد نظر، مرکب است. موضوع مرکب هم بنا به قاعده «المرکب ینتفی بانتهاء احد اجزائه»، با انتفای یک جزء منتفی می‌شود و اگر یک جزء موضوع از بین برود، قطعاً حکم منتفی است و این مسئله به بحث مفهوم داشتن وصف ربطی ندارد، بلکه به استناد قاعده انتفای حکم با فرض انتفای موضوع قابل نتیجه‌گیری خواهد بود.

از این رو در جمله: «اکرام عالم عادل واجب است»، عالم به تنهایی و بدون هیچ قید و وصفی اکرامش واجب نخواهد بود و این مطلب از جمله فوق بدون هیچ تردیدی و بدون ارتباط به بحث مفهوم وصف، قابل برداشت و نتیجه‌گیری است و البته جزء موضوع بودن چنانکه از توضیحات بالا روشن شد، از اصل در احترازی بودن قیود، ثابت می‌شود، پس بحث

و نزاع در مفهوم داشتن وصف به این مسئله برگشت می‌نماید که آیا عالم با قیدی دیگر و با وصف جایگزین، حکم و جوب اکرام از آن منتفی است یا خیر؟ اگر وصف، مفهوم داشته باشد، در مثال از جمله «اکرام عالم عادل واجب است»، برداشت می‌شود که «اکرام عالم نافع واجب نیست» یا اکرام عالم با وجود اتصاف آن به هر وصف دیگری که جایگزین شدن آن نسبت به وصف عدالت ممکن باشد، واجب نیست.

طرفداران داشتن مفهوم برای وصف نظیر شیخ مفید و شهید اول و از علمای اهل سنت نظیر محمد بن ادریس شافعی و مالک و احمد حنبل و غیره و مخالفین مفهوم داربودن وصف، مانند محقق حلی و علامه حلی و ابن زهره و شهید دوم و از اهل سنت، مانند غزالی و آمدی و غیره (اصفهان، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۴۷۵) در یک جای مشخص و بر سر یک مسئله معینی به نزاع و اختلاف پرداخته، بلکه از آثار مختلف ایشان معلوم می‌شود که به دلیل عدم تنقیح این مبحث، برخی به مفهوم داشتن وصف معتقد شده و برخی دیگر به عدم آن، در حالی که آنچه مورد اثبات آنها به عنوان مفهوم برای وصف و آنچه مورد انکار دیدگاه مقابل بوده، یک مسئله واحد نیست و به اصطلاح نفی و اثبات به یک جای مشخص بر نمی‌گردد.

۳. اشکال در استدلال برای اثبات مفهوم وصف

در خصوص استدلال‌های کسانی که معتقد به مفهوم داشتن برای کلام مشتمل بر وصف شده و نیز در مورد دلایل مورد استناد کسانی که منکر مفهوم داشتن وصف هستند، نیز ملاحظه می‌گردد که ورود اشکال امری اجتناب ناپذیر است، چراکه ایشان به دلایلی استناد جسته‌اند که از استدلال هر دو گروه مشخص می‌شود که در این زمینه هم دقت کافی صورت نگرفته است و استدلال‌های مطرح شده مربوط به مبحث حاضر نمی‌شود، بدین معنی که در طرح استدلال، معتقدین به مفهوم وصف دلایلی را مورد استناد

خود قرار داده‌اند که اثبات‌کننده مفهوم نیست و در مقابل دلایلی را منکرین مطرح نموده‌اند که اصلاً به مسئله مفهوم‌داری مرتبط نمی‌باشد. در پایین ابتدا دلایل طرفداران نظریه مفهوم‌داری وصف مطرح شده و در ادامه در خصوص هر یک از دلایل، اشکال و رد هر کدام از آنها که از سوی منکرین مفهوم‌داری طرح گشته، از نظر خواهد گذشت.

۳-۱. تحلیل و بررسی دلایل غیرنقلی

مهمترین دلایل غیر نقلی که مورد استناد برای اثبات مفهوم وصف قرار گرفته، سه دلیلی است که در پایین از نظر می‌گذرد:

دلیل نخست: اولین دلیلی که معتقدین به مفهوم‌دار بودن وصف، مطرح نموده‌اند اینکه اگر وصف دارای مفهوم نباشد، تعلیق حکم بر آن لغو و بی‌فایده بوده و چون شارع مقدس حکیم است، باید پذیرفت در صورت معلق بودن حکم او بر وصفی، حتماً برای آن وصف، مفهوم خواهد بود؛ چرا که در غیر این صورت تالی فاسدش این است که شارع مرتکب کار لغو و بی‌فایده شده و به خاطر این تالی فاسد غیر قابل التزام، راه در جهت انکار وجود مفهوم در گزاره‌های دربردارنده وصف، مسدود بوده و باید وجود مفهوم را برای چنین گزاره‌هایی پذیرفت.

به عنوان نمونه اگر برای جمله‌ای که از شارع صادر شده مبنی بر اینکه: «لیس علی العوامل شیئی انما ذالک علی السائمه الراعیه» (حترّ عاملی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۸۰)، وجود مفهوم مورد پذیرش قرار نگیرد، لغویت وصف ذکر شده، لازم آمده و از این رو باید در خصوص چنین احادیثی، پذیرفت که زکات بر انعام (گاو، گوسفند و شتر) زمانی واجب است که چرنده باشند؛ یعنی از علف‌های مباح بیابان و صحرا استفاده کنند. حال اگر سائمه بودن که در قبال معلوفه قرار دارد، دارای مفهوم نباشد، لازم می‌آید که این قید لغو و بی‌فایده باشد (زرکشی، ۲۰۰۰، ج ۳، ص ۱۱۴-۱۱۶ / آمدی، ۲۰۰۳، ج ۳، ص ۹۷ / عاملی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۱۸)، پس با توجه به این استدلال نتیجه

این خواهد بود که وصف دارای مفهوم می‌باشد.

در خصوص استدلال فوق شایان ذکر است که در منابع اصولی اهل سنت هم تأکید شده که چنین روایاتی بر وجود مفهوم داشتن دلالت داشته و این دلالت از آن جهت می‌باشد که داشتن مفهوم امری است که روایات مورد اشاره بر آن دلالت دارد (شوکانی، ۲۰۰۰، ج ۲، ص ۷۷۳).

و اما کسانی که به عدم مفهوم برای وصف معتقد می‌باشند، نسبت به استدلال بالا اشکال کرده و در بیان اشکالات مطرح شده از جانب ایشان هم اشکال یکسان‌انگاری مشهود می‌باشد. مانند این استدلال که فایده وصف به مفهوم‌دار بودن آن منحصر نیست، بلکه فایده‌های زیادی محتمل است؛ مانند این که گوینده می‌خواهد با ذکر وصف اهتمام بیشتر خود را نسبت به آنچه ذکر نموده مورد ابراز قرار دهد. (قمی، ۱۳۰۳، ص ۱۷۸).

از مذاقه در دلیل بالا مشخص می‌شود که معتقدین به مفهوم‌داری وصف، در تشخیص حقیقت مفهوم، دقت لازم را به خرج نداده و این امر در اشکال منکرین مفهوم هم مشهود است، چرا که فایده قید و وصف ذکر شده این است که با این وصف، قانونگذار حکیم به مکلفان می‌فهماند که موصوف به تنهایی و بدون آن وصف، حکم مزبور را ندارد. پس اینکه تصور شده فایده‌مندی گزاره‌های مشتمل بر وصف، دایر مدار مفهوم‌داری می‌باشد، قابل پذیرش نبوده و ناشی عدم اعمال دقت کافی است. نظر به اصل عقلانی در باب قیود، مبنی بر احترازی بودن آن، فایده ذکر وصف در جهت احتراز بوده و توجه دادن به اینکه وصف مزبور جزئی از موضوع حکم را تشکیل می‌دهد؛ با وجود چنین فایده‌ای اصلاً چه جای طرح مشکل لغویت وجود دارد و اگر منکرین مفهوم هم به این نکته توجه می‌داشتند، باید همین دلالت بر احترازی بودن قید موجود را مطرح می‌کردند، نه آنکه به صورت مبهم و کلی اظهار دارند که فایده‌های دیگری وجود دارد، چنانکه در آثار متعددی این مطلب به چشم می‌خورد (خراسانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۴ / عاملی، ۱۳۷۸، ص ۸۳).

بنابراین فایده اصلی ذکر وصف، با توجه به اصل احترازی بودن قیود این است که با آوردن وصف مورد نظر، به مکلف القاء می‌شود که ذات موصوف بدون آن وصف، حکم تعیین شده را نداشته و از آن جا که موضوع حکم مرکب می‌باشد، تنها در صورتی می‌توان به ثبوت و ترتب حکم پی برد که موضوع به همراه تمام اجزای خود وجود داشته باشد.

فایده‌ای که در بالا مورد اشاره قرار گرفت برای ذکر مفهوم کفایت می‌کند و نباید اینگونه به استدلال مبنی بر لغویت پاسخ داد که چه بسا گوینده در صدد بیان شدت اهتمام خود بوده و می‌خواهد اظهار کند که ذکر وصف مزبور به خاطر نشان دادن اهتمام زیاد به آن است. (عاملی، ۱۳۷۸، ص ۸۳/ قمی، ۱۳۰۳، ص ۱۷۸).

بعلاوه وقتی اینگونه اظهار گردد که ذکر لفظ به خاطر نشان دادن شدت اهتمام است، مستلزم این اشکال می‌باشد که حتما وصف نقش قید احترازی را ایفا نمی‌کند، چرا که بیان از شدت اهتمام در جایی است که وصف به جای داشتن جایگاه احترازی، به عنوان قید توضیحی ایفای نقش نماید و حال آنکه اصل احترازی بودن قیود مورد قبول همه عقلاء بوده و از آن به عنوان اصل یاد می‌شود و ادعای بر خلاف آن نیازمند دلیل و قرینه است.

دلیل دوم: دومین دلیل که معمولا در کتاب‌های اصولی از آن یاد می‌شود این است که اصل در قیود احترازی بودن قید است و با کمک این اصل، استدلال در جهت اثبات مفهوم برای قضایای مشتمل بر وصف مطرح می‌شود. (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۲۲).

در اشکال بر استدلال فوق برخی صاحب‌نظران اظهار داشتند: لآن الاحترازیه لا توجب الا تضییق دائرة موضوع الحکم فی القضية؛ ترجمه: چرا که احترازی بودن قید تنها موجب می‌شود که دایره موضوع در یک قضیه شرعیه ضیق شود نه این که حکم به واسطه آن تضییق شود (خراسانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۴).

در توضیح اشکال بالا اظهار گردید که در این جا دو مقام وجود دارد: اول،

این که حکم ذکر شده در یک قضیه بر موضوع معینی وارد گردیده و شامل غیر آن از افراد دیگر نمی‌شود. دوم، اینکه قضیه مشتمل بر وصف دلالت می‌کند بر اینکه حکم، از غیر موضوع مذکور نفی شده، بین این دو مقام فرق و اختلاف وجود دارد؛ چرا که بنابر اولی، قضیه مشتمل بر موصوف و وصف هیچ دلالتی ندارد بر این که حکم از غیر این موضوع نفی شده است؛ ولی بنابر دومی دارای چنین دلالتی خواهد بود. (کرباسی، ۱۹۹۱، ج ۲، ص ۲۴۲).

در بررسی انتقادی از دومین استدلال معتقدین به مفهوم داری وصف باید اظهار داشت که بحث مفهوم مربوط است به اینکه آیا وصف ذکر شده، نقش انحصاری و دخالت منحصر به فرد در حکم را دارد یا خیر، به این معنی که اگر وجود مفهوم برای آن ثابت شد، مفاد آن این خواهد بود که حکم به صورت اختصاصی دائر مدار وصف ذکر شده است و با انتفای آن و جایگزینی وصف دیگر، حکم منتفی است. در حالی که اصل احترازی بودن قیود ثابت می‌کند که وصف و قید ذکر شده در حکم، دخالت دارد ولی نه دخالتی از نوع انحصاری بلکه اصل دخالت؛ یعنی اگر در مثالی اظهار گردد که به عالم عادل اکرام کن، معنای سخن مزبور این است که عالم به تنهایی و بدون هیچ قیدی، واجب الاکرام نیست؛ بلکه عالم در صورت تقید آن با یک قید این حکم را داراست و آن قید عبارت است از عدالت؛ و اما این که آیا عدالت تنها وصف و قیدی است که وجوب اکرام بر آن معلق است و یا قیود و اوصاف دیگری مثل وثاقت یا هاشمی بودن می‌تواند جایگزین آن شود یا خیر؛ این مسئله به بحث مفهوم وصف ارتباط دارد؛ ولی اصل احترازی بودن قید که ثابت می‌کند قید ذکر شده در کلام، در حکم دخالت دارد، به بحث مفهوم وصف هیچ گونه ارتباطی ندارد و معتقدین به مفهوم، باید به دنبال اثبات مفهوم برای وصف باشند نه این که بخواهند اصل دخالت داشتن قید در حکم را، ثابت کنند.

بنابراین اشکال صحیح در مورد استدلال فوق این است که نقش وصف

به عنوان قید احترازی که امری مسلم و غیر قابل انکار است، ربطی به مسئله مفهوم‌داری وصف ندارد؛ از این توضیح ناصواب بودن اشکالی که یکی از صاحب‌نظران در مورد استدلال مزبور مطرح کرد و در بالا از نظر گذشت، مشخص می‌شود. ایشان در اشکال به استدلال فوق اظهار داشتند که وصف، قید موضوع است نه قید حکم (خراسانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۴) و بسیاری از عالمان علم اصول نیز این جواب را پذیرفته و به این شکل در پاسخ به معتقدین به مفهوم‌دار بودن وصف، اظهار داشتند که: ان الصحيح هو عدم دلالة الوصف على المفهوم. بیان ذالک أنّ دلالة القضية على المفهوم ترتكز على ان يكون القيد فيها راجعاً الى الحكم دون الموضوع او المتعلق و بما ان الوصف فى القضية يكون قيماً للموضوع او المتعلق دون الحكم فلا يدلّ على المفهوم اصلاً (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۶، ص ۲۷۴). ترجمه: نظر صحیح این است که وصف دارای مفهوم نمی‌باشد؛ چرا که زمانی جمله دربردارنده موصوف و وصف دارای مفهوم می‌باشد که قید، به حکم برگردد نه به موضوع و یا متعلق و چون وصف در جمله قید از برای موضوع و یا متعلق می‌باشد، از این رو وجود مفهوم برای وصف منتفی است.

در طرح اشکال به اظهار نظر فوق بایست به این امر توجه داشت که چون حکم شرعی از امور تعلقى الوجود بوده و با تقیید متعلق، امر تعلقى که در اینجا همان حکم است، مقید خواهد شد و در نتیجه جواب فوق پاسخی صحیح در مقابل استدلال ذکر شده برای اثبات نظریه مفهوم‌دار بودن وصف، قلمداد نمی‌شود.

توضیح اینکه برای تحقق پیدا کردن امور تعلقى که حکم و تکلیف هم در این دسته قرار دارد به متعلق نیاز است، چراکه امور تعلقى برای وجود یافتن، به اموری وابسته است که به آنها متعلق می‌گویند؛ مانند محبت که برای وجود پیدا کردن به محبّ و محبوب نیاز است و نمی‌شود محبت در خارج محقق شود بدون وجود محب و محبوبی. حکم هم برای تحقق پیدا کردن به سه چیز وابسته است: حکم‌کننده، حکم‌شونده، و چیزی که بدان

حکم می‌شود. حال اگر حکم بخواهد تقید پیدا کند و دایره‌اش ضیق شود، این تقید یا به خاطر مقید شدن حکم کننده است و یا حکم شونده و یا آن چیز مورد حکم، چراکه امر تعلقی الوجود، در عالم خارج وجود مستقلی از وجود متعلقات خود نداشته و اطلاق و تقیید آن به اطلاق و تقیید متعلقات وابسته است.

با توضیح فوق معلوم می‌شود که تقید پیدا کردن حکم، زمانی محقق می‌شود که متعلق یا موضوع آن دارای تقید شود و این به خاطر آن است که امور تعلقی الوجود در اصل وجود و خصوصیات آن، به اصل وجود و خصوصیات متعلقات خود وابسته بوده و بنابراین این که اظهار شود گاه قید، به حکم رجوع می‌کند و گاه به متعلق و موضوع، اظهار نظر قابل پذیرشی نیست.

اگر قید به متعلق و موضوع برخورد کرد، این امر باعث می‌شود تا حکم هم تقید پیدا کند و تنها در این صورت تقید حکم ممکن و قابل تحقق است و تقید حکم به طور مستقل از تقید متعلقات آن، مستلزم غیرتعلقی الوجود بودن حکم است که این تناقضی روشن می‌باشد، چون لازمه آن این است که در عین تعلقی بودن، تعلقی نباشد؛ پس این که غالب صاحب نظران علم اصول در باب مفهوم وصف اظهار داشتند که وصف زمانی مفهوم دارد که قید به حکم برگردد نه به موضوع و متعلق، قابل پذیرش نبوده و برخلاف واقعیت تعلقی بودن حکم است.

در مثال واجب است اکرام عالم عادل، حکم به تبع مقید بودن موضوع، مقید می‌شود و ممکن نیست که متعلق مقید شود ولی حکمی که بدان تعلق گرفته، مقید نشود ولی نکته‌ای که باید در اینجا مورد توجه قرار گیرد و غفلت از آن باعث وقوع در اشتباه می‌شود این است که گاه تقید حکم به این اندازه و مقدار است که با انتفای وصف و خالی شدن موصوف از وصف، منتفی می‌شود و تقید در حد اصل دخالت داشتن وصف در حکم است و گاه تقید به نحو دخالت انحصاری در حکم است؛ در هر دو صورت حکم

مقید می‌شود ولی در تقید اولی تقید حکم از جهت نقش وصف به عنوان قید احترازی است ولی در تقید از باب مفهوم وصف به این صورت است که حکم تنها و تنها دائر مدار وصف مذکور است و با هیچ وصف دیگری تحقیق پیدا نمی‌کند.

غفلت از دو نوع تقید حکمی که در بالا از نظر گذشت باعث گردید تا تصور شود انکار وجود مفهوم برای جمله مشتمل بر وصف به این خاطر است که در چنین جملاتی وصف، قید موضوع است و نه قید حکم (خراسانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۴ / خوبی، ۱۴۲۲، ج ۴۶، ص ۲۷۴ / قمی کربلایی، [بی‌تا]، ص ۶۱ / بروجردی نجفی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۴۹۹ / کاظمی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۵۰۲)، در حالی که طبق استدلالی که در بالا از نظر گذشت، مقید شدن موضوع باعث مقید شدن حکم گشته و موجب می‌شود تا حکم برای موصوف بدون وصف وجود نداشته باشد ولی این تقید و انتفای حکم به تبع انتفای وصف، به معنای پذیرش مفهوم وصف نیست، چراکه تقید و وابستگی انحصاری حکم به وصف باعث تحقق مفهوم وصف می‌شود و چنین وابستگی را نمی‌توان از جملات مشتمل بر وصف استظهار نمود.

یکی از صاحب نظران در اشکال بر دلیل دوم اظهار داشت: لآن معنی کون القید احترازياً لیس الا ثبوت الحکم فی مورد القید فاذا قال اکرم الرجال الطوال القامه، معناه ثبوت الحکم مع وجود الامرین الرجال و الطوال و اما نفی الحکم عن الرجال القصار فلا يدلّ علیه کون القید احترازياً (سبحانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۱۹) ترجمه: معنای احترازی بودن قید آن است که هر جا قید وجود داشته باشد، حکم نیز وجود دارد. پس هرگاه گفته شود مردان بلند قامت را اکرام کن؛ معنایش آن است که حکم اکرام با وجود دو چیز، ثابت می‌شود، مرد بودن و بلند قامت بودن؛ اما احترازی بودن قید بر آن دلالت ندارد که نباید مردان کوتاه قامت را اکرام کرد.

در بررسی انتقادی اشکال فوق، باید اظهار داشت، وقتی متکلم موضوع

حکم خود را مرکب قرار داد و اینگونه بیان نمود که به مردان بلند قامت اکرام کن، قطعاً حکم اکرام با انتفای هر دو جزء موضوع و یا یک جزء موضوع منتفی می‌شود و منتفی نشدن حکم با انتفای موضوع آن غیر معقول است. در این جا هم مرد بودن و هم بلند قامت بودن به عنوان دو جزء موضوع ذکر شده است و این به آن معناست که مرد بودن تنها، وجوب اکرام را در پی ندارد، بلکه باید جزء دوم که بلند قامت بودن است نیز تحقق یابد. اگر شخصی مرد بود، ولی بلند قامت نبود و هیچ صفت و خصوصیتی که احتمال دخالت آن در وجوب اکرام برود، در موردش منتفی بود، این شخص واجب الاکرام نیست و این به مفهوم نداشتن وصف ربطی ندارد، بلکه به خاطر انتفای موضوع، حکم هم منتفی می‌شود. بحث مفهوم وصف، نتیجه‌اش این است که اگر مردی بلند قامت نبود، ولی وصف دیگری را دارا بود که به واسطه این وصف جایگزین، احتمال وجوب اکرامش وجود داشت، حال اگر وصف، مفهوم داشته باشد معنایش این است که موضوع با این وصف جایگزین، حکم وجوب اکرام را ندارد؛ اما اگر وصف بلندقامتی نبود و هیچ وصفی که احتمال دخالت آن وجود داشته باشد، وجود نداشت، در این جا حکم وجوب اکرام منتفی خواهد بود و این مسئله به بحث مفهوم دار بودن یا مفهوم دار نبودن وصف ارتباط ندارد.

یکی دیگر از صاحب‌نظران در اشکال بر استدلال فوق اظهار داشت: اصل احترازی بودن قیود ثابت می‌کند که وصف در شخص حکم دخالت دارد و در صورت انتفای قید، احترازی بودن قیود موجب می‌شود که شخص حکم منتفی شود نه این که موجب شود تا طبیعی حکم منتفی شود و ما در بحث مفهوم وصف به دنبال انتفای طبیعی حکم هستیم نه شخص حکم (صدر، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۲۳). اشکال فوق هم ناشی از عدم دقت در ماهیت مفهوم وصف و کارکرد آن است و توضیح نادرست بودن آن در تحلیل انتقادی دلیل سوم از نظر خواهد گذشت. دلیل سوم: سومین دلیلی که برای اثبات مفهوم وصف طرح گردیده، عبارت

است از تبادر؛ تبادر یعنی انسباق و پیشی گرفتن معنا از یک لفظ. معتقدین به مفهوم برای وصف اظهار داشتند که برای نمونه وقتی گفته شود: در گوسفند چرنده (سائمه)، زکات وجود دارد، متبادر به ذهن از این سخن این است که اگر گوسفند غیرچرنده (معلوفه) بود، در آن وجوب زکات وجود ندارد و به این دلیل ثابت می‌شود که وصف دارای مفهوم است (حیدری، ۱۳۸۱، ص ۱۱۱) و در منابع اصولی اهل سنت هم اظهار شده که وجود مفهوم مورد تصریح صاحبان مصادر لغوی است (ابو ناجی، ۲۰۰۱، ۱۶۲ / شوکانی، ۲۰۰۰، ج ۲، ص ۷۷۳).

یکی از صاحب نظران در اشکال بر دلیل فوق اظهار داشت: نهایت چیزی که از تبادر به دست می‌آید عبارت است از دخالت وصف در شخص حکم و اما دخالت آن در سنخ حکم ثابت نیست و آنچه در بحث مفاهیم مورد نظر است انتفای سنخ حکم می‌باشد (سبحانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۸۵).

از بررسی انتقادی استدلال و نیز اشکالی که در خصوص استدلال مزبور مطرح شده هم معلوم می‌شود که دقت لازم در مورد آن انجام نشده. اما در خصوص اصل استدلال باید اظهار داشت که در مثال گوسفند چرنده (سائمه) زکات ثابت است، درست است که ذهن از این جمله می‌فهمد که در گوسفند غیرچرنده زکات نیست، ولی این نه به خاطر ثبوت مفهوم وصف می‌باشد، بلکه به خاطر این است که موضوع زکات مرکب است از گوسفند و چرنده بودن؛ چنانکه اگر کسی گوسفند نداشته باشد، زکات دادن بر او واجب نیست، همینطور اگر شخصی گوسفند داشت، اما گوسفند او غیرچرنده بود هم پرداخت زکات بر او واجب نبود و این امر روشن است که حکم با انتفای موضوعش، منتفی می‌گردد و لذا از این جهت گوسفند غیرچرنده زکات ندارد. این مسئله به مبحث مفهوم ربطی ندارد، بلکه مبحث مفهوم به این مسئله ارتباط دارد که اگر شخصی گوسفند غیر چرنده داشت، ولی این گوسفند دارای وصف دیگری بود که احتمال دخالت در حکم وجوب زکات و جانشین آن برای قید چرنده بودن می‌رفت. حال اگر

وصف دارای مفهوم باشد، معنایش این است که تنها وصفی که به عنوان جزء دوم موضوع دخالت دارد و باعث تحقق حکم می‌گردد، عبارت است از چرنده بودن و دیگر هیچ وصفی نمی‌تواند جایگزین این وصف شود؛ اما اگر وصف چرنده بودن که جزء دوم موضوع حکم و جوب زکات است، منتفی شود و هیچ وصف احتمالی دیگری جایگزین آن نشود قطعاً حکم منتفی است و زکات از گوسفند غیرچرنده‌ای که خصوصیت و وصف محتمل الدخلی را دارا نیست، منتفی است، و این مسئله متوقف بر وجود مفهوم وصف نیست؛ بلکه به خاطر انتفای حکم است با منتفی شدن موضوع تماماً یا جزئاً.

اما این که در اشکال بر دلیل فوق اظهار گردید که آنچه به تبادر ثابت می‌باشد، انتفای شخص حکم است، نه سنخ حکم، به این بیان که اصل احترازی بودن قیود، ثابت می‌کند که وصف در شخص حکم دخالت دارد و نه سنخ حکم (سبحانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۸۵/ حکیم، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۷۱). قابل پذیرش نیست؛ چراکه اولاً در قضایای شرعی، اصل بر حقیقیه بودن قضایا بوده و شخصیه یا خارجیه بودن بر خلاف اصل است و ثانیاً با کلی بودن موضوع، احتمال شخصی یا خارجی بودن قضیه منتفی است و ثالثاً با توجه به تعلقی بودن حکم چنانکه در مطالب قبل به این نکته توجه داده شد، جزئی یا کلی بودن حکم، به کلیت و جزئیت موضوع وابسته بوده، چراکه امر تعلقی و وابسته اگر بخواهد به صورت مستقل و بدون اتکا به متعلقات خود، دارای ویژگی کلیت و یا جزئیت باشد، دیگر تعلقی نخواهد بود و وقتی موضوع امری مقید به کلیت شد، به تبع آن حکم هم کلی می‌شود و این لازمه تعلقی بودن آن است.

بنابراین با توجه به اینکه اصل بر حقیقی بودن قضایای شرعی است، با وجود این مطلب، معنا ندارد که در باب مفهوم وصف اظهار شود که وصف زمانی دارای مفهوم است که دخالت در سنخ یا طبیعی احراز شود و

نه در صورتی که وصف در شخص حکم دخیل باشد؛ بنابراین اگر از یک سو مشخص شد که موضوع قضیه بر حسب اصل حقیقی بودن قضایای شرعی، اقتضای کلی بودن را دارد و نه شخصی بودن را و از سوی دیگر کلیت و جزئیت حکم هم تابع موضوع می‌باشد، با توجه به این دو جهت دیگر چگونه متصور است که وصف در شخص حکم دخالت داشته باشد؟ مگر نه این است که اگر متکلمی بگوید فقیر عادل را اکرام کن، موضوع که عبارت است از فقیر، به عادل بودن مقید شده است؟ و مگر نه این است که موضوع امری کلی و غیرشخصی است و آیا با این وجود، امکان شخصی یا جزئی بودن حکمی که مشخص شد امر تعلقی و وابسته است، وجود دارد؟

۳-۲. تحلیل و بررسی انتقادی دلایل نقلی

در کنار دلایلی مورد طرح در مباحث قبل معتقدین به مفهوم وصف به دلایل نقلی نیز تمسک نموده‌اند و آن عبارت است از آیات قرآن کریم و روایات که در پایین به مهمترین از آنها اشاره می‌شود:

از جمله آیات مبارکه مورد استناد، عبارت است از: وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ (نساء: ۲۵) ترجمه: و هر که را توانایی آن نباشد که زنان پارسای با ایمان (و آزاد) گیرد پس، از کنیزان مؤمنه که مالک آن شدید به زنی اختیار کند.

از مفهوم واژه « الْمُؤْمِنَاتِ » برای اثبات مفهوم وصف استفاده شده (شافعی، ۲۰۰۲، ص ۳۹۰)، به بیان که ازدواج با کنیزان کافر، حتی در صورتی که توان بر ازدواج با زنان آزاد غیر کافر وجود ندارد، حرام است و بر اساس این حکم که به صورتی مسلم از مفهوم این آیه مبارکه قابل استنباط می‌باشد، معلوم می‌گردد که جمله مشتمل بر وصف، مفهوم دارد.

از روایاتی که مورد استناد قرار گرفته عبارت‌اند از: لَيْتِي أَلَوَّاجِدِ بِالذَّيْنِ يَحِلُّ عِرْضُهُ وَ عَقُوبَتُهُ (طوسی، ۱۳۹۴، ص ۵۲۰) ترجمه: تأخیر در پرداخت دین از سوی کسی که توان بر پرداخت را داراست، موجب می‌شود که عرض

او محترم نبوده و آزارش جایز است.

و این روایت: *مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ* (مجلسی، ۱۳۹۰، ج ۷۲، ص ۲۳۱) ترجمه:

تأخیر در باز پرداخت دین از سوی شخص متمکن، ظلم است

بر اساس دو روایات فوق هم برای اثبات مفهوم برای وصف استفاده شده (سبحانی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۶/ شلبی ۱۴۰۶، ص ۴۹۶) به این بیان که متبادر از این دو روایت این است که اگر مدیون توان بر پرداخت را نداشت و به خاطر ناتوانی در پرداخت دین، تاخیر و تعلل ورزید، نباید او را آزار نمود و تاخیر او ظلم نخواهد بود.

به دلایل نقلی مانند آنچه در بالا به عنوان نمونه مورد اشاره قرار نیز معمولاً صاحب نظران اینطور اشکال می کنند که هرچند متبادر از روایات مورد اشاره در بالا این است که تأخیر شخص مدیون عاجز از پرداخت، در ادای دین، ظلم نیست و این حکم بر اساس مفهوم وصف ثابت است ولی این که این دو روایت مفهوم دارد به خاطر وجود قرینه است (تقوی اشتهازی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳۱۱)؛ آن قرینه عبارت است از مناسبت حکم و موضوع؛ از این قرینه معلوم می شود که سبب ظلم بودن تأخیر در پرداخت، عبارت است از غنی بودن مدیون و اگر مدیون توان بر پرداخت را داشت، تاخیر و معطل کردن او در ادای دین، ظلم است، نه در صورتی که مدیون ناتوان از پرداخت بود (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۲۳) و یا در آیات مورد استناد هم اگر بر اساس مفهوم حکمی استفاده می شود، به خاطر وجود قرینه است (خراسانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۵).

با تأمل در دلایل نقلی مورد استناد مشخص می گردد که از یک سو دلایل نقلی مورد استناد طرفداران مفهوم وصف دارای اشکال است و از سوی دیگر اشکال کنندگان هم که وجود مفهوم را مستند به قرینه دانسته اند، مطلب قابل پذیرشی را مطرح نکرده اند، چراکه هم در آیه مبارکه و هم در دو روایت یاد شده، موضوع حکم شرعی یک امر مرکب است. در آیه مبارکه موضوع جواز ازدواج

عبارت می باشد از کنیز و مومن بودن او؛ حال با توجه به مرکب بودن موضوع حکم، اگر یکی از اجزای موضوع مرکب انتفا پیدا کند، حکم شرعی هم منتفی می شود؛ در نتیجه اگر کنیز مورد نظر مومن نبود، قطعاً ازدواج با او به حکم آیه مبارکه، جایز نیست. البته این در صورتی است که اصل احترازی بودن قیود در این جا جاری باشد؛ یعنی دلیل و یا قرینه‌ای بر توضیحی بودن قید وجود نداشته باشد، در این صورت، از آیه مبارکه فوق فهمیده می شود که ازدواج با کنیز غیر مومن جایز نمی باشد. پس حکم مزبور با انتفای وصف ایمان منتفی خواهد بود نه به خاطر مفهوم دار بودن وصف، بلکه به خاطر اصل احترازی بودن قید و انتفای جزئی از موضوع؛ و مسلم است که حکم شرعی با انتفای تمام یا بخشی از موضوع منتفی می شود.

همچنین در دو روایت یادشده، حکم به ظلم بودن و یا جواز آزار دادن، موضوعش مرکب است از معطل کردن مدیون با وجود توان و قدرت بر پرداخت. در این جا معلوم است که اگر هریک از اجزای این موضوع مرکب منتفی شود، حکم مزبور منتفی می شود و این نه به خاطر قرینه خاص است که در کلام بسیاری از صاحب نظران علم اصول مطرح شده، بلکه به خاطر انتفای حکم با وجود انتفای موضوع آن است و این مسئله به بحث مفهوم وصف ربطی ندارد.

۴. اشکال در تطبیقات فقهی و حقوقی مفهوم وصف

در آثار و پژوهش های مختلف مربوط به موضوع بحث این مقاله ملاحظه می گردد که تطبیقات فقهی و حقوقی مفهوم وصف اشکالاتی قابل طرح است که در اینجا به برخی از آن اشاره می گردد؛ قبل بیان نمونه های مورد نظر توجه به این نکته اهمیت دارد که در نمونه های مورد طرح در پایین ملاحظه می گردد که صاحب نظران متعددی، میان نقش وصف به عنوان قید احترازی با مفهوم وصف تفاوت ندیده و اموری را از تطبیقات مفهوم

وصف قلمداد نمودند که در واقع از تطبیقات نقش وصف به عنوان قید احترازی است و اهمیت توجه به این نکته و پرهیز از یکسان‌انگاری این دو نقش، باعث می‌شود تا برداشتی از متن مشتمل بر وصف که بر اساس قید احترازی، صحیح و غیر قابل انکار است را تصور نشود که از باب مفهوم وصف بوده و می‌توان در مورد آن موضع انکار را اتخاذ نمود.

نمونه اول: نکاح باکره رشیده منوط به اذن ولی است، آیا مفهوم این جمله آن است که نکاح باکره غیر رشیده نیاز به اذن ولی ندارد؟ مسئله بین علمای اصول اختلافی است، و مانند شرط نیست که حتماً مفهوم داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۷۴).

اشکال قابل طرح در مورد نمونه فوق این است که تصور شده معنای مفهوم وصف این است که اگر وصف منتفی شد، حکم هم باید منتفی شود و این است مفهوم وصف و در جمله مورد مثال اگر باکره غیر رشیده باشد، بنابر مفهوم وصف، نباید اذن ولی شرط باشد. با دقت در مطالب پیشین معلوم می‌شود که این مسئله به اصل احترازی بودن قید مربوط است و نه به مفهوم وصف؛ در اینجا اگر قید رشیده احترازی باشد، نتیجه این خواهد بود که غیر رشیده نیازمند به اذن ولی نیست و البته این در صورتی است که قرینه‌ای بر خلاف اصل احترازی وجود نداشته باشد. در فرض مزبور مفهوم وصف در چنین مثالی وقتی مصداق پیدا می‌کند که وصف جایگزینی برای رشیده بودن مطرح باشد نه در صورت صرف انتفای وصف به صورت کلی و بدون وجود احتمالی وصف جایگزین.

نمونه دوم: از دیگر نمونه‌ها مثال‌هایی است که در کلام صاحب‌نظران اصولی مطرح شده مانند اینکه یکی از صاحب‌نظران با وجود اینکه تصریح نموده به اینکه در بحث مفهوم وصف، سخن در اثبات علیت انحصاری وصف است (ملکی اصفهانی، ۱۳۸۱، ج ۶، ص ۱۱۸) ولی با این حال مثالی که برای مفهوم وصف مطرح می‌نماید، این است که مفهوم جمله «انسان عالم را اکرام کن،

این است که اکرام انسان غیرعالم، واجب نیست (ملکی اصفهانی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۵). از توضیحات قبل مورد اشکال بودن این اظهار نظر مشخص می‌شود، چراکه اگر بحث مفهوم چنانکه خود ایشان بدان اعتراف دارد، به انحصاریت وصف مربوط بوده و اینکه حکم با فرض وجود مفهوم، با وجود جایگزینی اوصاف دیگر منتفی است نه به احترازی بودن قید و اینکه در مثال مورد تطبیق، اگر وصف منتفی شد، حکم هم انتفاء پیدا کند.

نمونه سوم: و از جمله تطبیقات قابل مناقشه در کاربرد مبحث مفهوم وصف در مسائل حقوقی، ماده ۷۵۶ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود که در زمینه این ماده هم بنابه تصریح در برخی کتاب‌های اصولی در کاربرد مفهوم وصف اظهار گردید که «مفهوم مخالف آن این است که حقوق عمومی ناشی از جرم را نمی‌توان مورد صلح قرار داد» (محمدی، ۱۳۸۴، ص ۸۶). این تطبیق نیز مورد اشکال است، چراکه از ماده مزبور استفاده می‌شود که حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود، ولی اینکه حقوق عمومی ناشی شده از جرم قابل صلح نیست، بر اساس مفهوم مخالف ماده مزبور نیست، بلکه چون موضوع امکان صلح عبارت است از دو جزء که یکی از آنها حقوق است و جزء دوم خصوصی بودن است و از آنجا که عمومی بودن به معنای انتفای جنبه خصوصی بوده و وصف جایگزین دیگری محسوب نمی‌شود، لذا وقتی یکی از اجزای موضوع منتفی گردد قهراً حکم نیز که امکان صلح باشد، منتفی می‌شود و این نه به خاطر مفهوم دار بودن وصف است، بلکه هر حکمی اگر موضوع آن منتفی شود، حکمش هم به تبع منتفی می‌گردد، پس این تطبیق را هم نباید از موارد مفهوم وصف قلمداد کرد.

نمونه چهارم: باز بنابه تصریح در برخی کتاب‌های اصولی در کاربرد مفهوم وصف اظهار گردید «مواد ۹۴۰، ۱۱۰۶، ۱۱۰۸ قانون مدنی مثالهای مناسبی برای بحث (مفهوم وصف) هستند» (محمدی، ۱۳۸۴، ص ۸۶). به

عنوان نمونه در ماده در ماده ۹۴۰ آمده: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند»؛ در تطبیق مبحث مفهوم وصف در استظهار از این ماده منظور این می‌تواند باشد که وصف دائمی بودن با توجه به مفهوم مستفاد از آن، این خواهد بود که حکم به ارث بردن در صورت موقت بودن علقه زوجیت منتفی است؛ ولی چنانکه در نمونه‌های قبل ملاحظه گردید، حکم مزبور یعنی انتفای حکم به ارث بردن در فرض موقت بودن رابطه زوجیت، بر اساس اصل احترازی قیود و تلقی احترازی بودن قید دائمیت است و ربطی به بحث مفهوم ندارد یعنی قطعاً این مطلب از ماده مزبور قابل برداشت بوده و متوقف به اثبات وجود مفهوم برای کلام مشتمل بر وصف نیست.

نمونه پنجم: در ماده ۲۴ قانون مدنی اظهار گردید: هیچکس نمیتواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید، از این ماده هم بر اساس مفهوم وصف استفاده گردید که معابر مسدود قابل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۳۸۲). در این نمونه هم ملاحظه می‌گردد که امکان طرح اشکال وجود دارد، چراکه حکم معابر مسدود، بر اساس نقش وصف به عنوان قید احترازی مشخص می‌شود و نه بر اساس مفهوم وصف.

نمونه ششم: ششمین مورد از مواردی که به عنوان کاربرد مبحث وصف مطرح شده مربوط است به آنچه قانون مدنی در ماده ۱۱۳۴ مقرر نمود، مبنی بر اینکه: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد، بر اساس این ماده هم به استناد مفهوم وصف، اظهار گردید که طلاق با فرض فاسق بودن شهود اعتبار ندارد» (همان، ج ۵، ص ۳۴۸). در این زمینه هم نسبت به تشخیص مورد مفهوم وصف، جای طرح اشکال وجود دارد؛ چراکه حکم به بی‌اعتباری طلاق با فرض مزبور بر اساس مفهوم وصف نیست بلکه به خاطر قید احترازی بودن وصف است.

نمونه هفتم: نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه در پاسخ به این استعلام که: «احتراما نظر به اینکه اصل ۱۴۱ قانون اساسی و ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل و تبصره های ۳ و ۴ آن ناظر به مؤسسات دولتی و عمومی و شرکتهای دولتی و خصوصی است و توجهها به مشخص بودن تعاریف قانونی شرکت دولتی و خصوصی و مؤسسات دولتی و عمومی که مصادیق آن نیز از سوی قانونگذار معین شده است و همگی دلالت بر منصرف بودن قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل از مؤسسات خصوصی دارد همچنان که مصوبه شماره ۲۷۸۶۲/ت/۱۳۲۸۱ ه مورخ ۸/۵/۸۴ هیات دولت موضوع سازمانهای مردم نهاد (ان جی و) ها نیز ضمن تعریف انجمن ها و مؤسسات غیر دولتی مشارکت مقامات و کارکنان دولتی را در تأسیس و اداره اینگونه سازمانها، در صورتی که خارج از عنوان و سمت دولتی آنان باشد موجب اطلاق وصف سازمان دولتی به آنها ندانسته لذا خواهشمند است با توجه به مجموع قوانین و مقررات مشروحه فوق به این سازمان اعلام فرمائید آیا مدیریت با عضویت مقامات مسئولین و کارکنان دولت در انجمن ها و مؤسسات خیریه، مشمول قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل محسوب می گردد یا خیر؟» بدین ترتیب پاسخ داده شد که، در فرض استعلام با توجه به تبصره های ۳ و ۴ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۱/۱۰/۱۳۷۳ با اصلاحات بعدی و مفهوم مخالف تبصره های مذکور، مدیریت و عضویت مقامات و کارکنان دولت در انجمن ها و مؤسسات خیریه غیر دولتی بلامانع است (نظریه شماره ۱۲۶۷/۷/۹۵ مورخ ۳۰/۵/۱۳۹۵). در این نظریه هم میان استفاده از اصل احترازی قیود با مفهوم مخالف یکسان‌انگاری غیر قابل قبولی صورت گرفته، چراکه عدم ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل در صورت انتفای وصف دولتی بودن که در استعلام فوق مطرح شده، به اقتضای اصل احترازی قیود است و تعبیر به مفهوم مخالف ناشی از عدم

توجه صحیح به آنچه حقیقت بحث را در مفهوم وصف تشکیل داده و تفکیکی که لازم است میان آن با اصل احترازی قیود صورت گیرد. نمونه هشتم: نمونه دیگر مربوط به نظر مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری است که در پاسخ به این سؤال مطرح شده که: « آیا می توان ضمن دادخواست افراز، تخلیه ید خواندگان را نیز تقاضا نمود؟»، در پاسخ اظهار گردید که: « چون دعوی خلع ید و افراز دارای منشأ و مبنای واحد است، برحسب مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ «ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ اقامه آنها ضمن یک دادخواست بلااشکال است» (سلجوقی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۶) و چون در قانون مبنا و منشأ متعدد مطرح شده و انتفای حکم در فرض وحدت مبنا و منشأ بر اساس اصل احترازی قیود بوده و احتساب آن از جهت مفهوم مخالف ناشی از یکسان‌انگاری میان دو نقش جداگانه از وصف است که این مقاله در صدد اشکال نسبت به آن می‌باشد؛ به بیان دیگر در این نمونه هم به جای استناد به اصل احترازی قیود و مبنا قرار دادن این اصل در جهت پاسخ مستدل به سؤال فوق، از عنوان مفهوم مخالف استفاده شده و این ناشی از عدم تفکیک صحیح میان این دو می‌باشد.

نمونه نهم: و از موارد دیگری که می‌توان در اینجا مطرح کرد و بر اساس آن نشان داد که میان مفهوم وصف و اصل احترازی قیود تفکیک لازم صورت نگرفته و حکم یکی به دیگری نسبت داده می‌شود، اظهاراتی که در خصوص ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی - که مقرر داشت زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است - صورت گرفته مبنی بر اینکه از مفهوم ماده مزبور استفاده می‌شود که زنا با زن بی‌شوهر و زنی که در عده رجعیه نباشد، مانع از نکاح نیست (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۳۲۷). خطا بودن این تطبیق هم از این جهت است که وقتی وصف شوهردار بودن و یا در عده بودن از زانیه سلب گردد، انتفای حکم بر اساس اصل احترازی بودن قیود ثابت خواهد بود و به مبحث مفهوم وصف مربوط نمی‌شود.

نتیجه

از بررسی‌های صورت گرفته که به صورت فشرده در این مقاله منعکس گردید، معلوم می‌شود که در خصوص مفهوم وصف به عنوان یکی از اقسام مفهوم مخالف، طرح مباحث در آثار و پژوهش‌های صاحب‌نظران اصولی، فقهی و حقوقی، به گونه‌ای صورت گرفته که از چهار جنبه و جهت جای طرح اشکال می‌باشد؛ جهات مورد نظر عبارت‌اند از اولاً از جنبه تعریف و شناسائی مفهوم وصف و اینکه در این زمینه از یکسان‌نگاری دو نقش وصف باید پرهیز نمود. در دومین جنبه مشخص گردید که در طرح بحث در زمینه بیان موضع اختلاف و محل نزاع در بحث از مفهوم وصف، جای اشکال است و در این زمینه از سرایت دادن موضع نزاع به جایی که امکان اختلاف در آن نیست باید پرهیز نمود. در سومین جهت هم طرح اشکال مربوط به استدلال‌های دو طرف موافقین و مخالفین بوده و اینکه در این زمینه نباید در ارزیابی دلایل میان دلایل برای دو ادعای کاملاً جدا از یکدیگر، تفاوت موجود را نادیده انگاشت. در چهارمین جهت هم در شناسایی موارد و تشخیص کاربرد این مبحث در مسائل فقهی و حقوقی اشکالاتی در اظهار نظرات صاحب‌نظران مطرح گردید و مشخص شد که در کاربرست مبحث مفهوم وصف باید دقت لازم را اعمال کرده و از تطبیق نتیجه دو نقش کاملاً جدای وصف به جای یکدیگر باید پرهیز نمود.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

سهم نویسنده در پژوهش

نویسنده مسئولیت کامل طراحی، اجرا، نگارش و تأیید نهایی مقاله را بر عهده داشته است.

تضاد منافع

نویسنده اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارد.

منابع

- آمدی، علی؛ الإحكام فی أصول الأحكام؛ ریاض: انتشارات دارالصمیعی، ۲۰۰۳ م.
- ابوناجی، عبدالسلام؛ أصول الفقه؛ طرابلس: انتشارات دار اویا، ۲۰۰۲ م.
- اصفهانی، محمدتقی؛ هداية المسترشدين؛ قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۱ ق.
- امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ تهران: انتشارات اسلامیة، ۱۳۸۶.
- بروجردی نجفی، محمدتقی؛ نهاییة الأفكار (تقریرات درس مرحوم آیت الله آفاضیاءالدین عراقی)؛ قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۳۶۴.
- تقوی اشتهاردی، حسین؛ تنقیح الأصول (تقریرات درس امام خمینی (ره))؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دانشنامه حقوقی؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مسوط در ترمینولوژی حقوقی؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حرّ عاملی، محمد؛ وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ تهران: انتشارات اسلامیة، ۱۴۰۳ ق.
- حکیم، محسن؛ حقایق الأصول؛ قم: انتشارات آل البیت (ع)، [بی تا].
- حلبی، ابن امیر الحاج؛ التقرير والتحییر؛ بیروت: انتشارات دارالکتب العربیة، ۱۹۹۹ م.
- حیدری، علی نقی؛ أصول الإستهباط؛ کاشان: انتشارات فیض، ۱۳۸۰.
- خراسانی، محمدکاظم؛ کفایة الأصول؛ قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۳۹۸.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعة الإمام الخوئی؛ قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
- داوودی، صفوان؛ اللباب فی أصول الفقه؛ دمشق: انتشارات دارالقلم، ۱۹۹۹ م.
- زرکشی، بدرالدین محمد؛ البحرالمحیط فی أصول الفقه؛ بیروت: انتشارات دارالکتب الإسلامیة، ۲۰۰۰ م.
- سبحانی، جعفر؛ الموجز فی أصول الفقه؛ قم: انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴.
- سبحانی، جعفر؛ الوسیط فی أصول الفقه؛ قم: انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۰.
- سلجوقی، محمود؛ مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری؛ تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۸۹.
- شافعی، احمد؛ أصول الفقه الإسلامی؛ بیروت: انتشارات الحلبي، ۲۰۰۲ م.
- شلبی، محمدمصطفی؛ أصول الفقه الإسلامی؛ بیروت: دارالنهضة العربیة، ۱۴۰۶ ق.
- شوکانی، محمد؛ إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من علم الأصول؛ ریاض: انتشارات دارالفضیلة، ۲۰۰۰ م.

- صدر، سیدمحمدباقر؛ *دروس فی علم الأصول*؛ بیروت: انتشارات دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
- طوسی، محمد؛ *الأمالی*؛ قم: انتشارات هادی، ۱۳۹۴.
- عاملی، حسن؛ *معالم الأصول*؛ تهران: انتشارات دفتر علمی اسلامی، ۱۳۷۸ق.
- عبیدان، موسی؛ *دلالة تراکیب الجمل عند الاصولیون*؛ دمشق: انتشارات الأوائل، ۲۰۰۲م.
- فضلی، عبدالهادی؛ *مبادئ أصول الفقه*؛ قم: انتشارات نصایح، ۱۳۸۲.
- قمی کربلائی، محمدعلی؛ *المختارات فی الأصول*؛ تهران: انتشارات علمی اسلامی، [بی تا].
- قمی، ابوالقاسم؛ *قوانین الأصول*؛ [بی جا]: دارالطباعه، [بی تا].
- کاظمی خراسانی، محمدعلی؛ *فوائد الأصول (تقریرات درس مرحوم آیت الله محمدحسین نائینی)*؛ قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ق.
- کرباسی، محمدابراهیم؛ *منهاج الأصول (تقریرات درس آیت الله آقاضیاءالدین عراقی)*؛ بیروت: دارالبلاغه، ۱۹۹۱م.
- مجلسی، محمدباقر؛ *بحار الأنوار*؛ تهران: انتشارات دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ *مباحثی از اصول فقه*؛ تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
- محمدی، ابوالحسن؛ *مبانی استنباط حقوق اسلامی*؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- مظفر، محمدرضا؛ *أصول الفقه*؛ تهران: انتشارات معارف اسلامی، ۱۳۸۶.
- ملکی اصفهانی، محمود وعید؛ *اصول فقه شیعہ (تقریرات درس آیت الله فاضل لنکرانی)*؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، ۱۳۸۱.

→ Islamic Law →

Contents

| | |
|---|-----|
| The role of Natural Factors in Causation Jalaleddin Ghiasi | 5 |
| The Role of Custom (urf) in Distinguishing Between Claimant and Defendant and Its Relationship with the Theories of Subject Matter and Purpose of the Lawsuit Seyyedeh Fatemeh Tabatabaei, Fatemeh Sadat Hosseini & Seyyedeh Zahra Shahrinezhad | 39 |
| Fiqh al-Nazariah Theory and Consistency in Penalization (with Emphasis on the Opinions of Ayatollah Sadr) Mohsen Borhani & Seyyed Masoud Mortazavi | 75 |
| The responsible factor in assuming the duress of the auditor boy and his mistake in the purpose Parviz Bagheri, Abdoljabbar Zargooshnasab & Masoumeh Sahraei | 115 |
| The position of the cause of obligation and direction of transaction in Imamiyyah and public jurisprudence with a comparative study in Egyptian and Lebanese law Seyyed Ahmadali Hashemi & Omid Tavakolikia | 145 |
| A critical examination of the views of Usuliin in the concept of definition and its application in solving jurisprudential and legal issues Mohammadrasoul Ahangaran | 177 |





IN THE NAME of GOD
Vol.23 / No.88 / Spring 2026
A Quarterly Journal

Islamic Law

Proprietor: Ali-Akbar Rashad
Managing Director: Ali-Akbar Rashad
Editor-in-Chief: Mahmoud Hekmatnia
Editorial Board Members:

Najadali Almasi; Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Alireza Barikloo;** Professor, Department of Private Law, Farabi Faculty, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ahmad Haji Deh Abadi;** Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ali Akbar Rashad;** Professor, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran. / **Abdolhossein Shirovi;** Professor of Private Law, Qom Campus, University of Tehran, Iran. / **Abolghasem Alidoust;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), and Professor of Fiqh and Usul, Qom Seminary, Iran. / **Ebrahim Abdipourfard;** Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. / **Jalil Qanavati;** Associate Professor of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Ali Mohammadi Jorkouyeh;** Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran. / **Farajollah Hedayatnia Ganji;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran.

International Editorial Board Members:

Nabil Mahdi Al-Subhawi; Professor, University of Pennsylvania., **Mohammad Jasim Mohammad Al-Atabi;** Professor, University of Thi-Qar, Iraq.

Journal Address:

Tehran Office: No. 2, Pazhoohehshgah St., Ahmad Ghasir St., Shahid Beheshti St., Tehran, Iran

Phone: +98 21 88734863 ext. 4

Qom Office: Shahid Meisami St., 15 Khordad Blvd., Qom, Iran, **Phone:** +98 25 37603569

Fax: +98 25 37602997

Postal Code: 15911-15146

Email: hoquq@iict.ac.ir

Website: <https://hoquq.iict.ac.ir>