

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



سازمان پژوهش و فناوری

به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

بیاباری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشتن مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه‌ایست جایگاه دانشگاه در اتمای فرهنگ و تمدن بشری، مادانشجویان و اعضاء هیات علمی و احدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می‌گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت‌های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه‌ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به‌شائبه‌های غیر علمی می‌آلایند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب‌داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم با و حرمت با دیگران، انجام تحقیقات و رعایت جانب‌داری خودداری از هرگونه حرمت‌شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران، پرسنل، حیوان و نبات و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان، کشور و کلیه افراد و نهاد‌های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت‌جویی: تلاش در راستای پی‌جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان‌سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی – گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان

مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکرد به رویه قضایی

استاد راهنما:

دکتر هادی عظیمی گرکانی

استاد مشاور:

دکتر زهرا فهرستی

پژوهشگر:

طهورا نوروزی

تابستان ۱۳۹۷

تقدیم به

بزرگ شخصیت های نورانی جهان اسلام،

حضرت پیامبر عظیم الشان اسلام (صلوات الله و سلامه علیه) و خاندان پاک ایشان، امامان معصوم
(سلام الله علیهم اجمعین) که نمونه

تابناک رفتار متعالی «تساهل و تسامح»

در اندیشه، گفتار و کردار برای بشریت بوده و هستند.

سپاسگزاری

با سپاس از خداوند ارعلیم و حکیم که تنهاترین «هادی» برای انتخاب های بزرگ زندگی است؛ از اینکه به ما فرصت داد تا در ایام معدود عمر در گستره علوم اسلامی دانش بیاندوزیم و به توان محدود خویش در این مجال پژوهش کنیم.

بر حضرت پیغمبر^(ص) و خاندان پاک ایشان درود می فرستیم که ایشان متن «صراط مستقیم» و همتای قرآن اند. «ثقلین»، گنجینه آفرینش است و باور داریم قرآن، معصوم صامت است و معصوم، قرآن ناطق. از استادان محترم که از آنها بسیار آموخته ام و خود را وامدار آنان می دانم، به ویژه از

جناب آقای دکتر هادی عظیمی گرکانی

که راهنمایی این پایان نامه را پذیرفته اند و پژوهش را هدایت کرده اند؛ نیز از بانوی فرزانه فرهیخته خانم دکتر زهرا فهرستی که مشاورت پایان نامه را به انجام رسانده اند؛ هم چنین واجب اخلاقی است تا برای پاسداشت یاری های فراوان و بی دریغ دانشی و پژوهشی همسر ارجمند و بزرگوار، دانشمند پُراحترام و نامدار

جناب آقای دکتر سید حجّت الحق حسینی

مراتب احترام و امتنان خویش را تقدیم ایشان بدارم.

تعهدنامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

این جانب **طهورا نوروزی**، دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد به شماره دانشجویی در رشته الهیات و معارف اسلامی گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی که در تاریخ : ... / ۰۶ / ۱۳۹۷ از پایان نامه خود تحت عنوان: «**مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکرد به رویه قضایی**» با کسب نمره ۱۶ و درجه خوب دفاع کرده ام، بدین وسیله متعهد می شوم:

این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط این جانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (مانند پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده کرده ام، مطابق ضوابط و رویه های موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست درج کرده ام.

این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در دیگر دانشگاه ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

چنانچه پس از دانش آموختگی، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب و ... از این پایان نامه را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد، مجوزهای مربوطه را دریافت خواهم کرد.

چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد بالا ثابت شود، پیامدهای ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با این جانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار کرده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: **طهورا نوروزی**

تاریخ و امضاء :

چکیده پژوهشی

«این چکیده به منظور چاپ در پژوهش‌نامه دانشگاه تهیه شده است.»

نام واحد دانشگاهی: تهران مرکزی	کد شناسایی پایان‌نامه:
عنوان پایان‌نامه: «مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکرد به رویه قضایی»	
نام و نام خانوادگی دانشجو: طهورا نوروزی	تاریخ شروع پایان‌نامه:
شماره دانشجو:	تاریخ اتمام پایان‌نامه:
رشته تحصیلی: فقه و مبانی حقوق اسلامی	شماره پایان‌نامه: ۱۴۱- عدد: ۱۴۱- شماره: ۱۴۱-۱۴۱
استاد: دکتر هادی عظیمی گرکانی	استاد مشاور: دکتر زهرا فهرستی

چکیده پایان‌نامه: امروزه، یکی از مهم‌ترین مباحثی که در حوزه فقه جزایی اسلام باید در مورد آن بدانیم؛ مصادیق احسان و تسهیل است. براین اساس حدود و شاخص‌ها و ساز و کارهای احسان و تسهیل دارای اهمیت است و از آنجایی که امروزه در مرکز ثقل حجمه‌های روشنفکری در جهان معاصر در محدوده فقه جزایی اسلام قرار گرفته است؛ قرائت اسلام رحمانی می‌تواند در برابر قرائت تکفیرمآبانه این حجمه‌ها را خنثی کند. بر این پایه، پرداختن به گستره احسان و تسهیل در حوزه قانون‌گذاری و رویه قضایی می‌تواند مرهمی بر این زخم باشد. بر همین بنیاد، مصادیق احسان و تسهیل در فقه با رویکردی به قرآن، روایات، اجماع، عقل و سنت و مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکترین و رویه‌های قضایی و حقوق موضوعه ایران و هم‌چنین محدوده انعطاف‌پذیری آموزه‌های اسلام در عرصه فقه و فقهات و مصادیق آن در رویه امروز، یکی از مهم‌ترین مبانی و منابع فقهی احسان و تسهیل در قرآن کریم، سنت، اجماع و عقل می‌باشد؛ هم‌چنین در موضوعات معاصر عرف دکترین و رویه قضایی در این موضوع حائز اهمیت است که البته عدالت به عنوان یکی از ارکان مهم آن باید بحث و بررسی شود. شاخص‌هایی عرف و محدوده آن و تأثیر عرف بر دکترین، حقوق موضوعه دارای مباحث گوناگون است؛ هم‌چنین در موضوع تسهیل مباحثی چون اصل مساهله و حوزه احکام ثانویه و فرایند اجتهاد و قرائت‌های دینی دارای اهمیت است. بر همین مبنا رویه قضایی و در مصداق قانون مجازات اسلامی دارای ظرفیت بالا در طراز مصادیق احسان و تسهیل است. براین اساس، یکی از مهمترین ظرفیت‌های حوزه مجازات اسلامی در این باب بخش محدودیت‌ها و محرومیت‌های اجتماعی و حوزه‌های دادگاه اطفال و مراکز اصلاح و تربیت می‌باشد. هم‌چنین که قاعده احسان و تسهیل دو قاعده مهم در گستره فقه اسلامی است که تأثیرات ژرف و شگرفی در فقه جزایی اسلام در رویه‌های قضایی خواهد داشت. ریشه و خاستگاه این قواعد، شرع مطهر است. جستارهای چالش‌برانگیزی در اطلاق‌ها و تخصیص‌های مربوط به قانون و رویه‌های قضایی است که در شناخت بهتر آن می‌توان جلوه‌هایی از پویایی و پایایی فقه و فقهات اسلامی را در تطبیق با شرایط زمان حاضر احراز کرد. شناخت صحیح انعطاف‌ها و تسهیلات و منطفه الفراغ در فقه ما را در آسیب‌شناسی‌های حوزه رویه‌های قضایی و حقوق موضوعه در گستره فقه جزایی راهنما می‌باشد. امید که این پژوهش راهگشای پرسش‌های پژوهشگران در باب این دو قاعده مهم احسان و تسهیل باشد.

کلید واژه: قاعده احسان، قاعده تسهیل، فقه جزایی اسلام، رویه قضایی

مناسب است

مناسب نیست

تاریخ و امضاء:

استاد راهنما برای چاپ در پژوهش‌نامه دانشگاه

فهرست مطالب

چکیده:	۱
مقدمه :	۳
فصل اول کلیات تحقیق.....	۵
۱-۱ طرح تحقیق	۶
بیان مسئله :	۶
ضرورت تحقیق:	۶
سؤالات تحقیق:	۷
اهداف :	۹
پیشینه:	۹
۳-۱ مفاهیم اخلاقی، قرآنی، فقهی و حقوقی «قاعده احسان» :	۱۰
۱-۳-۱ مفهوم اخلاقی	۱۰
۳-۳-۱ مفهوم فقهی	۱۱
۴-۱ قلمرو قاعده احسان	۱۱
۱-۵ رابطه قاعده احسان با دیگر قواعد فقهی و حقوقی	۱۲
۱-۵-۱ قاعده استیمان:	۱۲
۲-۵-۱ قاعده اقدام:	۱۲
۳-۵-۱ رابطه قاعده احسان با قاعده اتلاف:	۱۲
۴-۵-۱ رابطه قاعده احسان با تسبیب:	۱۳
۵-۵-۱ رابطه قاعده احسان با لاضرر	۱۳
۶-۵-۱ رابطه احسان با حسن نیت	۱۳

- ۱-۵-۷ قلمرو دخالت قاعده احسان در امر نامشروع ۱۳
- ۱-۵-۸ مقوله حسن نیت در قاعده احسان ۱۳
- ۱-۶-۶ بررسی قواعد جایگزین قاعده احسان ۱۴
- ۱-۶-۱ قواعد حسبیه: ۱۴
- ۱-۶-۲ قاعده لاجرح: ۱۴
- فصل دوم مبانی فقهی «قاعده احسان» ۱۵
- ۱-۲ قرآن کریم و قاعده احسان: ۱۶
- ۱-۱-۲ روش شناسی استناد به قرآن کریم: ۱۸
- ۲-۱-۲ نص آیات: ۱۹
- ۳-۱-۲ اطلاق آیات: ۱۹
- ۴-۱-۲ عموم آیات: ۲۰
- ۵-۱-۲ مفهوم آیات ۲۰
- ۶-۱-۲ اطلاق و عموم آیه ۲۰
- ۷-۱-۲ تنقیح مناط آیات: ۲۱
- ۲-۲ سنت: ۲۱
- ۱-۲-۲ روش شناسی استناد به سنت: ۲۳
- ۳-۲ اجماع: ۲۵
- ۱-۳-۲ اجماع در ارتباط با قاعده احسان و اطلاق ۲۵
- ۲-۳-۲ اجماع در واژه نفی سبیل ۲۶
- ۴-۳-۲ احسان: دفع ضرر یا جلب منفعت ۲۹
- ۵-۳-۲ بررسی واژه سبیل و محسن در دو آیه در مقام انشاء ۳۰

۳۲ ۴-۲ عقل:
۳۲ ۱-۴-۲ مستقلات عقلیه و نظر فقها
۳۳ ۲-۴-۲ اثبات مستقلات عقلیه در زمره احکام شرعی
۳۶ ۱-۵-۲ سیره نبوی:
۳۸ ۱-۶-۲ اطلاق روایات:
۳۹ ۲-۶-۲ عموم روایات:
۳۹ ۳-۶-۲ مفهوم روایات:
۳۹ ۴-۶-۲ تنقیح مناط روایات:
۴۰ ۵-۶-۲ تعلیل موجود در روایات:
۴۰ ۶-۶-۲ روایات به انضمام حکم اولی عقلی:
۴۱	فصل سوّم مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکترین و رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران ...
۴۲ ۱-۳ عدالت مهمترین رکن قاعده احسان
۴۲ ۱-۱-۳ عدالت اجتماعی
۴۳ ۱-۲-۱-۳ شاخصه اول: اعطای حقوق
۴۵ ۲-۳ احسان و مسئولیت مدنی و نظام حقوقی
۴۶ ۳-۳ احسان و مسئولیت مدنی و اداره مال غیر
۴۷ ۴-۳ احسان و عرف
۵۵	فصل چهارم قاعده تسهیل و محدوده انعطاف پذیری آموزه های اسلامی با رویکرد فقه و حقوق ...
۵۶ ۱-۴ تسهیل در لغت و اصطلاح
۵۶ ۲-۴ مستندات قاعده تسهیل
۵۶ ۱-۲-۴ آیات قرآن کریم :

- ۴-۲-۲ روایات : ۵۷
- ۴-۲-۳ بنای عقلا ۵۷
- ۴-۲-۴ سیره عملی فقها ۵۸
- ۴-۳-۳ معیار سهولت از دیدگاه شارع ۵۸
- ۴-۳-۱ محلّ جریان قاعده تسهیل ۵۹
- ۴-۳-۲ نهاد تشخیص سهولت ۵۹
- ۴-۴ بازساخت جایگاه عرف در فقه و حقوق ۵۹
- ۴-۴-۱ بازساخت جایگاه عرف در قانون ۶۱
- ۴-۵ اصل مساهله: ۶۲
- ۴-۶ مهم ترین نمودهای انعطاف پذیری در شریعت اسلام ۶۴
- ۴-۷-۱ مصلحت امت: ۶۶
- ۴-۷-۳ اولویت ۶۶
- ۴-۸-۲ درک مصداق ها ۶۸
- ۴-۸-۳ روند استدلالی ۶۸
- ۴-۸-۳-۱ حدود احکام ثانویه ۶۸
- ۴-۸-۳-۲ تبیین مصلحت ۶۸
- ۴-۹-۱ تجدّدگرایی و قرائت های گوناگون دینی ۷۱
- ۴-۱۰ تجدّد گرایی و اجتهاد دینی ۷۲
- ۴-۱۰-۱-۱ اجتهاد جمعی: ۷۳
- ۴-۱۱ نوسازی و انعطاف پذیری اسلامی ۷۴
- ۴-۱۱-۱ تمایز نوسازی و انعطاف پذیری در اسلام ۷۶

فصل پنجم مصادیق احسان و تسهیل در رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران و قانون مجازات

- اسلامی ۷۸
- ۱-۵ محدوده و مجرای احسان ۷۹
- ۱-۵-۱ جایگاه احسان در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی (ماده ۵۵ ق.م.ا. سابق): ۸۳
- ۲-۵-۱ «احسان» در ماده ۳۴۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵/۳/۲: ۸۴
- ۲-۵ قاعده احسان و مصادیقی در حقوق موضوعه با محوریت ضمانت ۸۶
- ۳-۵ مصادیق احسان در فقه جزایی ۸۸
- ۴-۵ مصادیق تسهیل در قانون مجازات اسلامی ۹۲
- ۵-۵ مروری بر مواد قانون مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان ۹۶
- نتیجه گیری : ۱۰۱
- منابع : ۱۰۵

چکیده:

امروزه، یکی از مهم ترین مباحثی که در حوزه فقه جزایی اسلام باید در مورد آن بدانیم؛ مصادیق احسان و تسهیل است. بر این اساس حدود و شاخص ها و ساز و کارهای احسان و تسهیل دارای اهمیت است و از آنجایی که امروزه در مرکز ثقل هجده های روشنفکری در جهان معاصر در محدوده فقه جزایی اسلام قرار گرفته است؛ قرائت اسلام رحمانی می تواند در برابر قرائت تکفیرمآبانه این هجده ها را خنثی کند. بر این پایه، پرداختن به گستره احسان و تسهیل در حوزه قانون گذاری و رویه قضایی می تواند مرهمی بر این زخم باشد.

بر همین بنیاد، مصادیق احسان و تسهیل در فقه با رویکردی به قرآن، روایات، اجماع، عقل و سنت و مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکتربین و رویه های قضایی و حقوق موضوعه ایران و هم چنین محدوده انعطاف پذیری آموزه های اسلام در عرصه فقه و فقهات و مصادیق آن در رویه امروز، یکی از مهم ترین مبانی و منابع فقهی احسان و تسهیل در قرآن کریم، سنت، اجماع و عقل می باشد؛ هم چنین در موضوعات معاصر عرف دکتربین و رویل قضایی در این موضوع حائز اهمیت است که البته عدالت به عنوان یکی از ارکان مهم آن باید بحث و بررسی شود.

شاخص هایی عرف و محدوده آن و تأثیر عرف بر دکتربین. حقوق موضوعه دارای مباحث گوناگون است؛ هم چنین در موضوع تسهیل مباحثی چون اصل مساهله و حوزه احکام ثانویه و فرایند اجتهاد و قرائت های دینی دارای اهمیت است. بر همین مبنا رویه قضایی و در مصداق قانون مجازات اسلامی دارای ظرفیت بالا در طراز مصادیق احسان و تسهیل است.

بر این اساس، یکی از مهمترین ظرفیت های حوزه مجازات اسلامی در این باب بخش محدودیت ها و محرومیت های اجتماعی و حوزه های دادگاه اطفال و مراکز اصلاح و تربیت می باشد. هم چنین که قاعده احسان و تسهیل دو قاعده مهم در گستره فقه اسلامی است که تأثیرات ژرف و شگرفی در فقه جزایی اسلام در رویه های قضایی خواهد داشت. ریشه و خاستگاه این قواعد، شرع مطهر است. جستارهای چالش برانگیزی در اطلاق ها و تخصیص های مربوط به قانون و رویه های قضایی

است که در شناخت بهتر آن می توان جلوه هایی از پویایی و پایایی فقه و فقهت اسلامی را در تطبیق با شرایط زمان حاضر احراز کرد. شناخت صحیح انعطاف ها و تسهیلات و منطقه الفراغ در فقه ما را در آسیب شناسی های حوزه رویه های قضایی و حقوق موضوعه در گستره فقه جزایی راهنما می باشد. امید که این پژوهش راهگشای پرسش های پژوهشگران در باب این دو قاعده مهم احسان و تسهیل باشد.

واژه کلیدی: قاعده احسان، قاعده تسهیل، فقه جزایی اسلام، روئیل قضایی

مقدمه :

مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکرد به رویه قضایی چه مصادیقی دارد؟ اینکه این مصادیق در فقه جزایی چگونه طرح شده است و رویکرد فقه جزایی اسلام به این مقوله چه می باشد، طبیعتاً کتاب و سنت و اجماع و عقل چهار منبع مهم به عنوان رکن رکین وجودی این شناسایی در فقه جزایی اسلام مد نظر است اما نکته قابل تأمل نوع برداشت و نگاه ما به فقه جزا با رویکرد احسان و تسهیل است و نکته قابل تأمل پیدا کردن منطقه الفراغ هایی است که شارع اجازه نگاه تسهیل گرایانه را در فقه جزا می دهد و احراز این منطقه و محدوده در فقه جزا نیازمند نگاهی متخصصانه هست. اینکه اسلام جنبه مجازاتش تربیت فرد و جامعه هست و اینکه روح مجازات و قصاص حیات اجتماعی است بر کسی پوشیده نیست و از طرفی شرایط زمان و مکان برخی خطاها شارع را به تصمیم گیری های متفاوت تری رهنمون می سازد؛ بر این اساس احراز این نقاط حایز اهمیت است. بر این پایه مبانی فقهی احسان و تسهیل بر مبنای کتاب و سنت یکی از مهمترین راهبردهاست و از طرفی پیدا کردن محدوده انعطاف ها با نگاهی متفاوت به فعل و قول و تقریر معصومین می تواند رهگشا باشد و از طرفی بررسی قوانین امروزی مثل قانون مجازات اسلامی و حقوق موضوعه ایران با رویکرد احسان و تسهیل می تواند مؤثر باشد و از طرفی وضعیّت بین الملل و فشارهای حقوقی که همواره بوده است نیز نگاه تسهیل گرایانه به قانون را علی الخصوص قانون مجازات اسلامی صدچندان می کند؛ بر این اساس می بینیم که رویه های قضایی در سال های اخیر متأثر از نگاه تسهیل گرایانه شارع تحت الشعاع قرار گرفته و به نوعی تغییر یافته است. بر این پایه ما در قانون مجازات اسلامی مجازات های جایگزین حبس را به عنوان یک سر فصل مهم می بینیم و از طرفی نگاه حمایت گرایانه فقه برخی مواقع از مرزهای حقوق بشری هم جلوتر رفته و این خود دارای اهمیت است. به عنوان مثال ندادن حکم قضایی برای کودک طبق آراء فقهی و قول مشهور فقها در محاکم داخل کشور خود گویای این مسئله هست. نکته قابل تأمل دیگر هجمه قرائت های تجددگرایانه از گزاره های دینی است که این هجمه اگر با نگاه متخصصانه پاسخگویی نشود می تواند تبدیل به یک جریان تخریب گر برای موضوع فقه و فقاقت باشد. بر این پایه بحث و بررسی پیرامون مسئله یادشده می تواند جریان های روشنفکری و شبهه افکن را مدیریت کند. نکته قابل توجه دیگر در این

مقوله بحث گوهر اجتهاد است. گوهری که امروز از محصولاتش فقه پویاست و روشن است که پویایی فقه با تغییر شرایط زمان و مکان و پاسخگویی روزآمد به مسائل جوامع است. امید که بتوان پاسخگویی مناسب در راستای فرضیه ها و سؤال های این تحقیق در قالب پژوهش انجام داد.

فصل اوّل

کلیّات تحقیق

۱-۱ طرح تحقیق

بیان مسئله :

یکی از مهم ترین مباحثی که امروزه، نیازمند به آن هستیم که در حوزه های فقه جزایی اسلام در مورد آن بدانیم و بحث و بررسی کنیم، مصادیق احسان و تسهیل است.

در واقع احسان و تسهیل، در شاهراه حیاتی ما در حوزه فقه جزایی اسلام است که بسیاری از اثرات نامطلوب مجازات و تأثیرات منفی آن را برای فرد و جامعه تحت الشعاع قرار می دهد و این گونه نگاه کردن به احسان و تسهیل می تواند تأثیر جزا را به عنوان یکی از ارکان مهم قضا در جامعه مثبت کند.

بر این اساس، حدود احسان و تسهیل به عنوان دو قاعده مهم در فقه جزایی اسلام دارای اهمیت است و همین گونه اینکه این مورد با چه مرزهایی تعریف خواهد شد و چه شاخص هایی را دارا است. اینکه امروزه، یکی از مسائل مهم ما احراز این محدوده در فقه جزایی اسلام است که در آن این حدود چگونه تعریف شده است؟ اینکه شارع در این محدوده با چه شرایط و ساز و کارهایی احسان و تسهیل را جاری می کند، بر این اساس در حوزه تقنینی امروزی هم می تواند راهگشای بسیاری از مسائل در حوزه های قضا باشد.

ضرورت تحقیق:

اینکه امروز، تمرکز در حوزه های بین الملل و روشنفکری هجمه های زیادی به قوانین اسلام و محدوده فقه جزایی اسلام است و از آنجا که نشر اسلام رحمانی در حوزه بین الملل می تواند قرائت های تکفیری و به انحراف رفته اسلام را تحت الشعاع قرار دهد و از آنجا که نگاه به حوزه قوانین داخلی از سوی بین الملل، همواره با اینهدف بوده که جنبه های جزایی فقه اسلام را به چالش بکشند؛ بر این اساس موضوع احسان و تسهیل می تواند به عنوان یک رکن مهم در مقابل این هجمه ها در حوزه روند قانون گذاری و رویه های قضایی باشد تا سقف و صدر نگاه نگاه دینی در حوزه های فقه جزایی اسلام ترمیم شود و پاسخی درخور به یاوه گویی های اسلام ستیزی برخی روشنفکران داخلی

و جیره خواران بین المللی باشد؛ تا اسلام رحمانی به عنوان یک الگوی متعالی و ارزشمند، همواره درخششی ناب بر تارک آسمان حقوق بشری باشد. و اینکه اسلام در حوزه جزا نگاه رحمت گونه و رأفتی داشته و دارد و این نگاه ما را کمک شایانی خواهد کرد.

سوالات تحقیق:

سؤال اصلی :

مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکرد به رویه قضایی چیست؟

سؤال های فرعی:

مبانی فقهی احسان در قرآن کریم، روایات، اجماع، عقل و سنت چیست؟

مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکترین و رویه های قضایی و حقوق موضوعه

ایران چیست؟

مبانی فقهی قاعده تسهیل در قرآن، روایات، اجماع، عقل و سنت و محدوده انعطاف

پذیری آموزه های اسلام در عرصه فقهات و حقوق چیست؟

مصادیق احسان و تسهیل در رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران و قانون مجازات

اسلامی چیست؟

فرضیه ها:

فرضیه اصلی:

مبانی فقهی احسان و تسهیل در قرآن کریم، روایات، اجماع، عقل و سنت است که باید با

توجه به این مبانی فقهی، می تواند در مصادیق حقوقی ما مانند حوزه حقوق موضوعه و رویه

قضایی مؤثر باشد. بر این اساس تسهیلات و انعطاف ها در حوزه های قانون متأثر از مبانی فقهی در حوزه احسان و تسهیل است.

فرضیه های فرعی:

۱. یکی از مهم ترین مبانی و منابع فقهی احسان در قرآن کریم است که البته شیوه روش شناسی قرآن بسیار دارای اهمیت است؛ هم چنین سنت و روش شناسی به سنت یکی از مهم ترین پایه ها در شناخت و مبانی است. اجماع و عقل نیز به عنوان دو رکن مهم دیگر در شناخت این مبانی مؤثرند.

۲. در شناخت مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکتترین و رویه های قضایی یکی از مباحث مهم عدالت است. عدالت به عنوان یک رکن مهم در شناخت این مبانی، دانسته می شود. چنین نگاه خاصی به عرف و اینکه عرف دارای چه محدوده ای است و تأثیر عرف بر دکتترین و حقوق موضوعه چگونه است.

۳. مبانی فقهی تسهیل در کتاب، سنت، روایات، اجماع و عقل قابلیت بررسی و بحث دارد. اما نکته مهم دیگر در حوزه تسهیل، شناخت جایگاه عرف در فقه جزایی اسلام و قانون است. هم چنین موضوعاتی مانند اصل مساهله و حوزه احکام ثانویه و فرایند اجتهاد در شناخت حدود تسهیل مؤثر است. هم چنین یکی از حوزه های مهم در این موضوع بحث قرائت های دینی است که این حوزه موضوعی چالش برانگیز در قاعده تسهیل است.

۴. مصادیق احسان و تسهیل، یکی از ارکان مهم آن در حوزه رویه های قضایی است، بر این اساس رویه های قضایی جایگاهی مناسب و بستری خوب برای جاری شدن رویه احسان می باشد. هم چنین حوزه قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ ش. دارای ظرفیت بالایی در این گونه انعطاف ها است. در حوزه قانون مجازات اسلامی، بخش محدودیت ها و محوریت های اجتماعی و حوزه های دادگاه های اطفال و مراکز اصلاح و تربیت، محورهای مهمی در حوزه انعطاف در رویل تسهیل را دارا می باشد.

اهداف :

هدف اصلی:

احراز مصادیق احسان و تسهیل در فقه جزایی اسلام با رویکردی به رویه قضایی

هدف های فرعی:

تبیین مبانی فقهی احسان در قرآن کریم، روایات، اجماع، عقل و سنت

تبیین مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف و دکترین رویه قضایی و حقوق موضوعه

ایران

تبیین مبانی فقهی قاعده تسهیل در قرآن، سنت، اجماع و عقل و محدوده انعطاف پذیری

آموزه های اسلامی

تبیین مصادیق احسان و تسهیل در رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران و قانون مجازات

اسلامی

پیشینه:

در پیشینه این تحقیق، مقاله قابل تأملی در شناسایی تساهل و تسامح و مقارنه آن با واژه «تولرنس»، نویسنده هادی عظیمی گرکانی ر فصلنامه تاریخ و تمدن ملل اسلامی، بهار ۱۳۹۲ش. شماره ۳۵ و هم چنین ۱- مقاله «بررسی مبانی تولرنس با رویکردی به تساهل و تسامح» نویسنده هادی عظیمی گرکانی در فصلنامه پژوهش های اعتقادی- کلامی، شماره ۱۰، تابستان ۱۳۹۲ش. می باشد که در این مقاله به تساهل و تسامح پرداخته شده است اما رویکرد فقهی ندارد.

در این پایان نامه سعی بر آن شده است رویکردهای فقهی یادشده مدنظر قرار گیرد. هم چنین، ۲- کتاب تساهل و تسامح اخلاقی دین و سیاست، نویسنده محمود فتحعلی، سال ۱۳۷۸ش.، نشر مؤسسه فرهنگی طه و کتاب تولرنس: بررسی فلسفی تولرنس با رویکردی به تسامح و تساهل، نویسنده دکتر هادی عظیمی گرکانی، تابستان ۱۳۷۹ش. نشر دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه، که در کتاب های

یادشده، تحلیل رویکرد فقهی در نظر گرفته نشده است و هم چنین در ۳- پایان نامه مطالعه تطبیقی نقش احسان در مسئولیت مدنی در فقه حقوقی ایران و آمریکا که در وبگاه ایران داک به شماره ۹۱۱۹۱۲ موجود است؛ چنین نگرشی و استنباطی فقهی دیده نشده است. در پایان نامه یادشده بیشتر از جهت مسئولیت مدنی به موضوع نگرسته شده و جنبه جزایی آن بسیار کم رنگ است. بر اساس یافته های پیشینه تحقیق و نیز نکات تکمیلی و تازه و جدیدی که در این پژوهش دارد، موضوع احسان و تسهیل در این پایان نامه بحث و بررسی شده است.

ساختار

این پژوهش، در ۵ فصل و با عنوان های: ۱. کلیات تحقیق ۲. مبانی فقهی احسان در قرآن کریم، روایات، اجماع، عقل و سنت ۳. مبانی فقهی احسان و تسهیل در عرف دکترین و رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران ۴. مبانی فقهی تسهیل در قرآن، سنت، اجماع و عقل ۵. مصادیق احسان و تسهیل در رویه قضایی و حقوق موضوعه ایران و قانون مجازات اسلامی، سامان یافته است.

واژه شناسی

۱-۳ مفاهیم اخلاقی، قرآنی، فقهی و حقوقی «قاعده احسان»:

۱-۳-۱ مفهوم اخلاقی: احسان در اصطلاح علم اخلاق، یک عنوان است که ارزش مثبت دارد و هر گاه از سوی خداوند یا وجدان به آن امر شود، این باعث تفسیر آن می شود، بلکه چون دارای ارزش مثبت است به آن امر شود.

مفهوم قرآنی: بررسی آیات قرآن نشان می دهد که احسان متناسب با کاربرد آن در معانی

مختلفی به کار رفته است که بیشتر در سه مفهوم:

«انجام کار نیک»،

«نیکی کردن به دیگری» و

«انجام کاری به شکل کامل و بهترین آن» به کار رفته است.

عموم فقها در تعریف قاعده احسان به آیه «ما علی المحسنین من سبیل» هم از نظر لفظ و هم از نظر معنی استناد کرده اند. (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۲۸)

۳-۳-۱ مفهوم فقهی: بجنوردی تنها فعل شخص را ملاک قرار می دهد و قصد و نیت را در فعل شخص دخیل نمی داند. نظریه اصفهانی به صدق احسان به واقع کاری ندارد، یعنی فعل شخص برای این فقیه ملاک نیست، بلکه قصد و نیت فرد ملاک است. شیخ طوسی احسان را شامل جلب منفعت دانسته و موارد دفع ضرر را از عنوان احسان خارج می داند. (همو)

مفهوم حقوقی: در فقه و حقوق به عمل عمومی یا ویژه برای مساعدت به غیر به مقصد تبرع، احسان گویند. مقصود از این قاعده این است که هرگاه شخصی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران موجب وارد شدن خسارت به آنان شود، اقدامش مسئولیت آور نیست و شخص محسن، ضامن شناخته نمی شود. در حالی که می دانیم بر طبق قواعد مسلم فقه و معمول در فقه و حقوق از جمله قاعده اتلاف، هرکس حتی اگر بدون عمد و تقصیر، مال غیر را تلف یا ناقص کند، و خسارتی به او وارد آورد، ضامن است. «سایه قاعده احسان، شخص محسن ضامن نیست. به عبارت دیگر احسان در روابط حقوقی جایی است که شخص می خواهد به کسی سود و منفعت برساند یا ضرری از او دفع کند نه آنکه خود از این ماجرا سودی ببرد، و اگر کسی در این راستا برای منافع خود تلاش کرد دیگر عنوان محسن بر او صدق نمی کند». (خوانساری، ۱۳۹۴، ج ۶: ۲۶)

۴-۱ قلمرو قاعده احسان

قلمرو قاعده احسان محدود به یکی از موارد دفع ضرر یا جلب منفعت نیست. بلکه هر دو آنها را شامل می شود. اگرچه تعدادی از فقها در نظریات خود یکی از موارد دفع ضرر و یا جلب منفعت نسبت به را مشمول قاعده احسان می دانند و لیکن در مواردی که دفع ضرر و جلب منفعت در مورد اشخاص و یا گروه خاص می شود و به منظور رعایت مصلحت عمومی هم کاربرد دارد از مصادیق

و قلمرو قاعده احسان به شمار می رود. آنچه که از عموم احسان و کلی بودن قاعده فهمیده می شود، احسان هم دفع ضرر را شامل می شود و هم جلب منفعت را.

۱-۵-۱ رابطه قاعده احسان با دیگر قواعد فقهی و حقوقی

۱-۵-۱ قاعده استیمان: «طبق تعریفی که توسط فقها از قاعده استیمان به عمل آمده در مواردی که شخص امین خود کسب منفعت می کند، مثل عاریه و رهن، نمی توان برای سقوط ضمان به قاعده احسان تمسک کرد، ولی در مواردی مثل وکالت و ودیعه که شخص وکیل و مستودع هیچ منفعتی از عمل خود نمی برند و صرفاً مصلحت مالک را در نظر دارند، استناد به قاعده احسان اشکالی ندارد.» (انصاری و دیگران، ۱: ۱۳۸۴)

۱-۵-۲ قاعده اقدام: «الاقدام مسقط الضمان»؛ «اقدام مسقط ضمان است. قاعده احسان و قاعده اقدام هر دو موجب سقوط ضمان می گردد؛ احسان کننده و اقدام کننده طبق قاعده احسان و قاعده اقدام موجب سقوط ضمان شده اند. در مورد اول شخص محسن با قصد و نیت خیر و عملی متعارف خود را از ضمان مبرا کرده است و در مورد دوم شخص اقدام کننده با اسقاط احترام مال خود موجب عدم ضمان دیگران در مقابل خود شده است.» (کارگر، ۱۳۸۳: ۷۷)

۱-۵-۳ رابطه قاعده احسان با قاعده اتلاف: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است. این عبارت به صورت یک قاعده درآمد است. عدّه ای از فقها بر این باور هستند که قاعده احسان فقط «علی الید» را تخصیص می زند نه قاعده اتلاف را و این در حالی است که در مباحث پیشین ثابت شد که قاعده احسان هر دو مورد را شامل می شود و این گونه دلیل آوردیم که قاعده اتلاف «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» روایت نیست تا به اطلاق آن تمسک شود و این مطلب از عبارات فقها گرفته شده است؛ دوم آن که ما «ما علی المحسنین من سبیل» چنانچه در مباحث پیشین توضیح داده شد، عمومیت و اطلاق داشته و قابل تخصیص همانند حکم عقلی نیست.

۱-۵-۴ **رابطه قاعده احسان با تسبیب:** «در تسبیب شخص مسبب غیر مستقیم باعث اتلاف می شود، ولی در اتلاف مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را تلف می کند. تسبیب در صورتی ضمان آور است که در نظر عرف تجاوز و عدوان باشد. اگر کسی به قصد و نیت خدمت به دیگران کاری را انجام دهد که به صورت غیر مستقیم موجب ضرر به دیگری شود براساس قاعده احسان ضامن نیست و از دیدگاه حقوقدانان که نظریه تقصیر را ملاک قرار داده اند، مسئولیتی بر عهده شخص نیست.» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲)

۱-۵-۵ **رابطه قاعده احسان با لاضرر:** «لاضرار فی الاسلام» هر جا ضرری ناروا وارد شود طبق قاعده «لاضرر» باید جبران شود و ضرری که ناروا وارد نشده و قصد و نیت شخص خدمت و نیکی به دیگران بوده است، طبق قاعده احسان ضمانی در بر ندارد.» (کارگر، ۱۳۸۳: ۹۸)

۱-۵-۶ **رابطه احسان با حسن نیت:** قاعده احسان به عنوان یک حاکم ثانویه، عمل حرام را مباح می گرداند. یعنی در صورتی که انگیزه شخص تنها خدمت به غیر باشد و هیچ منظور و غرضی غیر از این در ذهن نداشته باشد، قاعده احسان بر او صدق می کند.

۱-۵-۷ **قلمرو دخالت قاعده احسان در امر نامشروع:** «گاهی اوقات اقدام محسن با ارتکاب معصیت است، در این صورت با توجه به قاعده «الضرورات تبیح المحضورات» و یا «دفع ما اضطرروا» جرم اضطراری را توجیه می کند؛ عمل شخص محسن با حسن نیتی که دارد گناه تلقی نمی شود مثال: نجات زن اجنبی از غرق شدن توسط مرد نامحرم.» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۵۲)

۱-۵-۸ **مقوله حسن نیت در قاعده احسان:** «یکی از مهم ترین عناصر تشکیل دهنده احسان قصد و نیت شخص است. حسن نیت در صورتی مورد قبول است که خالص و بدون هیچ منظور دیگر باشد و هدف شخص تنها خدمت به دیگری باشد، بدون در نظر گرفتن هیچ منفعی برای خود.» (کارگر، ۱۳۸۳)

۶-۱ بررسی قواعد جایگزین قاعده احسان

۱-۶-۱ قواعد حسب:

«مقتضای ولایت حسبی، نفی ممنوعیت تصرف بدون اجازه در مال غیر است. آنچه به حسب دستور شارع در اینجا ثابت می شود، جواز تصرف در مال غیر است که اثر آن فقط منتفی شدن احکام تصرف غاصبانه از شخص متصرف است. پس احکام تکلیفی فقط مثبت وظایف فعلی مکلفانند و به خودی خود بر اثبات ضمان و یا عدم ضمان هیچ دلالتی نمی کنند. در نتیجه چاره ای جز بحث از قاعده احسان و مفاد و دامنه شمول آن نیست.» (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۵۰۴)

۱-۶-۲ قاعده لاجرح:

«مبنای اصلی این نظریه این است که بحث اثبات ضمان در قاعده احسان، مرتبط با قاعده لاجرح است، نباید بر شخص محسن هیچ حرج و مشقتی باشد و او نباید از ناحیه عمل محسنانه خود در تنگنا قرار گیرد.» (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۴۱۷) (اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۳: ۲)

فصل دوّم

مبانی فقهی «قاعدهٔ احسان»

«قاعده احسان» از دیدگاه منابع و مبادی اجتهاد اسلامی، جایگاه محکمی دارد که می توان برای بازگویی و بازنمایی آن پایگاه والا به منابع زیر استناد کرد :

۲-۱ قرآن کریم و قاعده احسان:

در کلام الله مجید آمده است: «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراضٍ: «اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر این که تجارتي باشد که با رضایت شما انجام گیرد.» (نساء / ۲۹) ؛ در این آیه از تصرف به خوردن تعبیر شده چون تصرفی را که توأم با نوعی تسلط باشد و با تسلط خود، تسلط دیگران را از آن مال قطع سازد خوردن گویند. «علامة طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۱۷). بر این اساس خوردن مال دیگران به نوعی باطل است و اشکال دارد و از طرفی تجارت با شرط رضایت صحیح معرفی شده است. «استثنایی که در جمله «الا ان تكون تجاره عن تراضٍ» وجود دارد استثنای منقطع است زیرا تجارت از روی تراضی در اکل مال به باطل داخل نیست و از آن نهی نشده است.» (فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۳: ۳۲)

«پس تقیید به باطل دلالت می کند که چون تجارت، مقابل باطل قرار دارد، حق است و به مقتضای مقابله و حق بودن تجارت، تجارت از روی تراضی، سبب ملکیت و موجب جواز اکل و تصرف است و از این جا می توان سبب حق را به هر آنچه برای تحصیل مال نزد عقلا سبب حق است توسعه دهیم مانند سایر معاوضات عقلایی غیر از بیع اگر بگوییم مراد از تجارت در آیه بیع است.» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۹۹ و ۱۰۰). همچنین شیخ انصاری بیان کرده است: آیه دلالت می کند بر حرمت اکل به هر وجهی که باطل عرفی نامیده شود. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۰). پس از آیه استفاده می شود که اگر تصرفی از نظر عرف باطل باشد، جزء مصادیق باطل در آیه بوده و از آن نهی شده است پس تصرف در اموال دیگری بدون اذن او را که عرف نپذیرفته و باطل دانسته است جزء مصادیق باطل عرفی تلقی می شود. پس در این جا مفهوم باطل به صورت دقیق آمده است از طرفی با اندکی تدبر در آیات قرآن کریم میبینیم که در کلام الله مجید آمده است: «ليس على الضعفاء و لا على المرضى و لا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله و رسوله ما على المحسنين من

سبیل و الله غفور رحیم» (قرآن کریم/ سوره توبه: آیات ۹۱ تا ۹۳) «این آیه یکی از مستندات قاعده است؛ ولی ممکن است گفته شود که آیه شریفه به نفی ضمان نسبت به محسن دلالت ندارد. به جهت اینکه شأن نزولش درباره کسانی است که در زمان پیغمبر اکرم^(ص) می خواستند در جنگ تبوک شرکت کنند، ولی بر اثر فقر مالی و عدم توانایی در تحصیل زاد و راحله، امکان شرکت در جنگ را نداشتند؛ در واقع مفسران روایت کرده اند که پس از دستور عمومی مبنی بر شرکت مسلمانان در این جنگ، سه برادر به نام های معقل و سوید و نعمان از بنی مقرن، خدمت رسول خدا^(ص) رسیدند و گفتند: ما زاد و راحله نداریم؛ ولی حاضریم در جنگ شرکت کنیم. پیغمبر اکرم^(ص) در جواب فرمودند: برای من هم امکان ندارد که زاد و راحله شما را تهیه کنم. این سه برادر گریه می کردند که چرا توفیق شرکت در جنگ را ندارند و در پی این قضیه آیه شریفه «لیس علی الضعفاء ... ما علی المحسنین من سبیل» (قرآن کریم/ سوره توبه: آیات ۹۱ تا ۹۳) نازل شد. « (لطفی، ۱۳۷۹: ۵۰) اما نقطه نظر آخر جای تأمل دارد زیرا کلید واژه ای به نام سبیل در فقه وجود دارد که نشان می دهد آیه یادشده شأن نزولش عدم ضمانت احسان است بر این اساس می بینیم «سبیل به معنای سب، شتم، جرح و مواخذه آمده است و ما سبیل را به معنای مواخذه می گیریم. مؤاخذت گاه در مقام تکلیف است و گاه در مقام وضع. اگر محسن در مقام احسان خود کاری کرد که عملاً احسان نبوده و موجب ضمان بود (مالی تلف یا اتلاف شد که بر طبق قاعده علی الید و قاعده اتلاف، این شخص باید ضامن می بود) چون محسن است، سبیلی بر او نیست. (سبیل و مواخذه در وضع یعنی ضمان) مثلاً کسی گوسفند دیگری را در بیابان پیدا می کند و آن را برای محافظت به اصطیل خود منتقل می کند و اتفاقاً سقف فرومی ریزد؛ در اینجا ید او مأذونه نبوده است. پس باید گفت که قاعده و علی الید جاری می شود.» (لطفی ۱۳۷۹: ۵۰)

در آغاز بحث اشاره کردیم که آیات مورد نظر عموم کسانی که این قاعده را از قرآن قابل استنباط می دانند، دو آیه است. این دو آیه مورد بحث واقع شد و از نظر گروهی آیات، دلالتی بر قاعده فقهی احسان ندارد. بحثی که اکنون پیش رو است، بررسی آیات دیگری از قرآن است که ممکن است

دلالت بر قاعده مورد بحث داشته باشد. آنچه در این باره به نظر می رسد، چند آیه از قرآن به ترتیب ذیل است:

«و قاتلوهم حتی لا تكون فتنه و يكون الدين لله فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين.» (بقره/ ۱۹۳) و با کافران بجنگید تا فتنه و فساد نباشد و دین برای خدا باشد و اگر از [از فتنه] دست کشیدند، [بدانید] ستم جز بر ستمکاران [روا] نیست.

«و لمن اتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيلٍ ائما السبيلُ على الذين يظلمون الناس و يبغون في الارض بغير الحق اولئك لهم عذابٌ أليم.» (شوری / ۴۱ و ۴۲)؛ و هر کس بعد از ظلمی که بر او رفته برای انتقام یاری طلبد بر ایشان راهی به مؤاخذه نیست. راه مؤاخذه بر آنهایی باز است که به مردم ظلم می کنند و در زمین به ناحق شرارت می ورزند. بر ایشان است عذابی دردناک.

قاعده احسان از قواعد مسلم شرعی و مورد اتفاق فقیهان از همه مذاهب فقهی است. مفاد قاعده مزبور این است که هرگاه شخص نیکوکار در احسان به دیگری، به ناچار ضرری را متوجه وی سازد- که اگر احسان و قصد خیرخواهی نبود، عهده دار خسارت وارده بود- ضامن نیست. مفهوم «احسان» مفهومی است متشکل از قصد و واقعیت دفع ضرر یا ایصال نفع. اثبات قاعده پیش گفته از طریق آیات قرآن نامیستر است، ولی استناد آن به نصوص دیگر شرعی، صحیح است. قاعده احسان در فرض اخذ اجرت برای انجام کار، جاری نیست. در جریان قاعده احسان باید شخص عمل، احسان باشد و احسان بودن نوع عمل کافی نیست. قاعده احسان صلاحیت اثبات ضمان نیز دارد، بنابراین می توان در اثبات ضمان بهره مند از احسان، به آن تمسک کرد. بر این اساس در اینکه آیات قرآن مذکور به طور مستقیم در موضوع احسان و نفی ضمان می توان استناد کرد اختلافات زیادی وجود دارد و قول مشهور آن است که نمیتوان به تنهایی استناد کرد.

۲-۱-۱- روش شناسی استناد به قرآن کریم :

قرآن کریم مهم ترین منبع استنباط احکام شرعی، چه احکام کلی و چه احکام جزئی، به شمار می رود. از این رو منبع اصیل در تحصیل قواعد فقهی آیات قرآن کریم است، به گونه ای که آیات و

مفاهیم آن ملاک درستی و نادرستی دیگر منابع نیز محسوب می شود. اما این قواعد به روش ها و شیوه های مختلف از آیات کریمه استنباط می شوند. در برخی موارد قاعده فقهی از نص آیات به دست آمده است و گاهی از اطلاق آیات و زمانی از عموم آیات. در برخی موارد نیز قاعده فقهی نتیجه اطلاق و عموم موجود در یک آیه توأمان است و در مواردی قاعده فقهی برآمده از ظهور آیه به انضمام اصل عملی و در مواردی هم برگرفته از ظهور آیه به همراه حکم اولی عقل است. در مواردی هم قاعده فقهی به روش تنقیح مناط از آیات به دست آمده است.

۲-۱-۲ نص آیات: برخی از قواعد فقهی عیناً از متن آیات به دست آمده اند، مانند قاعده «نفی سبیل» که از آیه شریفه «... و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (نساء/ ۱۴۱) گرفته شده است و این آیه مدرک اصلی قاعده است، چنانکه آیه به آیه نفی سبیل نامیده شده است. همچنین در مورد قاعده «نفی عسر و حرج» نیز دلالت صریح آیات «... يرید الله بكم العسر...» (بقره/ ۱۸۵)، «... و ما جعل عليكم في الدين من حرج...» (حج/ ۷۸) و «... ما يرید الله ليجعل عليكم من حرج...» (مائده/ ۶) به عنوان مدرک اصلی قاعده مورد استناد قرار گرفته اند. (بجنوردی، ۲۴۹، ج ۱: ۲۵۰-۱۴۱۹)

۲-۱-۳ اطلاق آیات: در استدلال بر اعتبار قاعده «رجوع الجاهل الى العالم» به اطلاق آیه «... فاسئلوا اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون» (انبیاء/ ۷) استناد شده است. (خوئی، مصباح الاصول، ۱۳۶۵، ج ۳: ۴۴۹)

در اثبات قاعده «عدم تذکيه» به آیه «حرمت عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير ... و ما اكل السبع الا ما ذکیتم...» (مائده/ ۳) استناد شده که مفید اطلاق تحریم (حرمت) است مگر این که تذکيه احراز شود، پس هرگاه در تذکيه حيوان شک شود مرجع، اطلاق (تحریمی) است که منشاء آن، عدم تذکيه است. (مصطفوی، ۱۶۲: ۱۴۱۷)

۲-۱-۴ عموم آیات: در اعتبار قاعده «اصاله الفساد فی المعاملات» به آیه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراض منکم...» (نساء/ ۲۹) استناد شده است که آیه مشتمل بر نهی (لاتأکلوا) عام از مبادلات گوناگون مالی است و تنها تجارت با تراضی طرفین از این قانون کلی و عام استثناء شده است. لذت هرگاه در تحقق مستثناء شک شود طبعاً عموم بطلان مبادلات حاکم است که همان اصالت فساد در معاملات است. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۴۶ و ۴۷)

همچنین در اثبات قاعده «المؤمنین عند شروطهم» (قاعده شروط) به عموم آیات مربوط به وفای عهد نظیر: «... والموفون بعهدهم اذا عاهدوا...» (بقره/ ۱۷۷) و «الذین هم لامانتهم و عهدهم راعون» (مؤمنون/ ۸) استناد شده است که این آیات در جهت بیان اوصاف مؤمنین هستند پس معلوم می شود که رعایت عهد و وفای به آن از صفات مؤمنین و بر ایشان لازم و واجب است و شرط نیز به معنای مطلق عهد است. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۲: ۳۸)

۲-۱-۵ مفهوم آیات: در اثبات قاعده «احسان» به مفهوم موافق (اولویتی) آیه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» (الرّحمن / ۶۰) استدلال شده است که آیه دلالت بر نفی تعدی و اسائه در برابر عون و احسان دارد و به طریق اولی بر نفی ضمان در برابر احسان دلالت خواهد داشت. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۲۹)

۲-۱-۶ اطلاق و عموم آیه: در اثبات قاعده «لزوم» به آیه «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود...» (مائده/ ۱) استناد شده است به این بیان که مقتضای اطلاق صیغه امر (اوفوا) و تعلق امر به جمع محلی به الف و لام (العقود)، که مفید عموم است، و جوب وفای به کلیه عقود یعنی التزام به مقتضای عقود است که همان معنای لزوم است. (مکارم، ۱۴۱۱، ج ۲: ۳۲۱)

در استدلال بر اعتبار قاعده «احسان» به آیه «لیس علی الضعفاء و لا علی المرضى و لا علی الذین لایجدون ما ینفقون حرج اذا نصحوا لله و رسوله ما علی المحسنین من سبیل و الله غفور رحیم» (توبه/ ۹۱) استناد شده است. «المحسنین» جمع محلی به الف و لام و مفید عموم است و همچنین

«سبیل» نکره است که در سیاق نفی واقع شده است بنابراین افادهٔ عموم می‌کند. پس «ما علی المحسنین من سبیل» دلالت بر نفی هر چه مصداق سبیل است.

۲-۱-۷ تنقیح مناط آیات:

در برخی موارد تنقیح مناط قطعی آیات ملاک قاعده است، مانند قاعدهٔ «نفی سبیل» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۹۳) یا مانند استناد به آیهٔ «و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخوتکم من الرضاعة...» (نساء/ ۲۳) در اثبات قاعدهٔ «الرضاع» که از آیه استفاده می‌شود که ملاک حرمت در تزویج رضاع است و از آنجا که خصوصیتی برای مورد وجود ندارد نتیجه گرفته می‌شود که رضاع در منع تزویج مانند نسب است. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۳۱۵)

ظهور آیه به انضمام اصل عملی: در استدلال بر مشروعیت قاعده «قرعه» در شرع اسلام به ظاهر هر دو آیه «فساهم فکان مت الدحضین» (صافات/ ۱۴۱) و «... و ما کنت لدیهم اذ یلقون اقلامهم ایهم یکفل مریم...» (آل عمران/ ۴۴) به انضمام استصحاب احکام شرایع سابق استناد شده است. ۳۷. (مکارم، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۲۷-۳۲۵). ظهور آیه به انضمام حکم اولی عقل: در اثبات قاعدهٔ «نفی سبیل» به آیه «... و لله العزه و لرسوله و للمؤمنین...» (منافقون، ۸) نیز استدلال شده است که این آیه ظهور در اختصاص عزت به خدا و رسول او و مؤمنین دارد. از طرفی تسلط کافر بر مسلمانان مناسب با عزت نیست (که حکم به این عدم تناسب از احکام اولی یقینی است)، پس چنین تسلطی از نظر شرع مطرود است. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۹۲) البته قول به این که مفاد آیه، ارشاد به عزت معنوی دارد خلاف ظاهر است. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۲۴۹)

۲-۲ سنت:

از جمله مهم‌ترین روایاتی که بر این قاعده دلالت می‌کند عبارت است از:

الف) عن ابی عبدالله^(ع) : ... لا یحل دم امری مسلم و لا ماله الا بطیبه نفسه: خون و مال مسلمان جز با رضایت خاطر او حلال نیست. (حرّ عاملی، ج ۲۹: ۱۰، باب ۱، ح ۳)

«آیت الله خوئی که در ذیل این حدیث گفته است: مراد از حرمت مال در این جا حرمت تصرف در آن است چون معنایی برای حرمت یا حرمت اعیان خارجی وجود ندارد پس غرض از این روایت حرمت تکلیفی است نه حرمت وضعی و بنابراین روایت بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن او دلالت می کند نه اینکه ضمان را ثابت کند.» (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۳: ص ۹۰) البته حرمت تصرف بدون اذن در مقابل تصرف با اذن که تا حدود زیادی در ارتباط با قاده احسان میتواند ارتباط داشته بر این اساس «بعضی از فقها اذعان داشته اند که این حدیث بر حکم وضعی دلالت دارد.» (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳: ۱۲۴). پس هر دو گروه در اثبات عقیده خود به این روایت تمسک کرده اند.

ب) عن أبي جعفر (ع) قال: قال رسول الله (ص) سباب المؤمن فسوق و قتاله كفرٌ و أكل لحمه معصية لله و حرمةٌ ماله كحرمة دمِه: از امام باقر (علیه السلام) روایت شده است که رسول الله (صلی الله علیه و آله) فرمودند: «ناسزا گفتن به مؤمن سبب فسق و [درگیری به قصد] کشتن [با] او سبب کفر و خوردن گوشت (غیبت) او معصیت است و احترام مال او همانند احترام خون [جان] اوست.» (حرّ عاملی، ج ۱۲: ۲۸۱ و ۲۸۲، باب ۱۵۲: ۱۲)

این روایت نیز مورد استناد هر دو گروه، هم قائلین به حکم وضعی و هم قائلین به حکم تکلیفی، واقع شده است.

ج) عن أبي عبد الله (ع) ... لا يصلحُ ذهابُ حقِّ أحدٍ: از ابی عبدالله، امام صادق (علیه السلام) نقل شده: «... سزاوار نیست حق کسی [اعم از مسلمان و غیر مسلمان] از بین برود.» (حرّ عاملی، ج ۱۹: ۳۱۰، باب ۲۰، ح ۳)

«مروج جزائری مراد از حق در این روایت را اعم از حق مالی و حق غیر مالی دانسته و از این رو قائل است اگر حق شخصی بر دیگری ثابت شود، نادیده گرفتن و از بین رفتن آن بدون عوض صحیح نیست و این همان معنای ضمان است.» (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳: ۱۲۵). «اما آیت الله خوئی گفته است اگر در این روایت مقصود از حق «مال» و عبارت «لا يصلح ذهاب ...» کنایه از ضمان

باشد می توان گفت روایت بر ضمان دلالت می کند در صورتی که هیچ کدام ثابت نشده است. «(موسوی خویی، ۱۴۱۷، ج ۳: بس در روایات مذکور با در نظر گرفتن حکم تکلیفی و وضعی بحث اثبات ضمان در مال غیر می باشد که باذ بررسی نظر فقها یافت می شود که نمی توان بحث احسان و استسقاط ضمان را با این نگاه تایید کرد اما در میان روایات روایتی از امام رضا علیه السلام نقل است که مضمون روایت صرف نظر از سندیت داشتن و بررسی سندی حدیث اثبات مسیله عدم ضمان در احسان می باشد امام رضا^(ع)» در پاسخ به مسئولیت و ضمان مردی که در مسیر کمک کردن به گروهی از مردم ناخواسته فردی را به داخل چاه می اندازد و باعث مرگ او می شود، می فرماید: دیه مقتول بر گروهی است که از این شخص کمک خواسته و از احسان وی بهره برده اند؛ البتّه در صورتی که شخص مزبور بر کار خویش مزد دریافت کرده بود، مسئولیت پرداخت دیه با خود او یا عاقله او (به اختلاف مورد) بود. (کلینی، ۱۳۹۱، ج ۷: ۳۶۹، حدیث ۱) بر این اساس در صورت صحیح بودن سند حدیث مذکور یکی از مهمترین مستندات اثبات عدم ضمانت در قاعده احسان می باشد.

۲-۲-۱ روش شناسی استناد به سنت:

سنت در نزد امامیه عبارت است از قول، فعل و تقریر معصوم^(ع). روایات حاکی از سنت هستند. برخی قواعد فقهی متّخذ از نصّ روایات هستند و برخی از اطلاق و یا عموم و یا مفهوم روایات به دست آمده اند و در مواردی نیز قاعده فقهی برگرفته از ظهور روایات به همراه حکم اولی عقل است. در بعضی موارد هم قاعده به روش تنقیح مناط از روایات حاصل آمده است و گاهی برگرفته از تعلیل موجود در روایات است. همچنین در مواردی سیره نبوی مستند قاعده فقهی قرار گرفته است.

قواعد فقهی متعددی عیناً برگرفته از متن روایات هستند، مانند: قاعده «استیمان» که از روایت علوی^(ع) «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری، ۱۴۰۹، ج ۴: ۱۶) به دست آمده است. قاعده «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» مأخوذ از متن روایت نبوی (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۶: ۱۱۱) مشهور بین فریقین است. و قاعده «احترام مال المسلم» که متّخذ از موثقه ابی بصیر از امام باقر^(ع) است که فرمودند: قال الرّسول^(ص): «سباب المؤمن فسوق ... و حرمة ماله كحرمة دمه» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۲: ۳۵۹) که در این حدیث شریف با تشبّه مال به خون، که از امور مهم در فقه است، به غایت اهتمام به مال مسلمان

ارشاد شده است. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۲۵)؛ همچنین قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» دقیقاً متن روایت نبوی (نوری، ۱۴۰۹، ج ۱۷: ۳۶۸)؛ مشهور بین فریقین است. قاعده «رضاع» نیز مأخوذ از متن صحیحۀ برید عجلی از امام باقر^(ع) است که از قول رسول خدا^(ص) فرمودند: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب». (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۴: ۲۸۰) قاعده «لاتعاد» عیناً متن روایت صحیح زراره از امام باقر^(ع) است که فرمودند: «لاتعاد الصلاة الا من خمسة: الطهور و الوقت و القبلة و الرکوع و السجود» و قاعده «لا ربا الا فیما یکال او یوزن» از صحیحۀ زراره و موثقه عبید بن زراره از امام صادق^(ع) به همین عبارت «لا یکون الربا الا فیما یکال او یوزن» به دست آمده است. کما اینکه شیخ طوسی^(ره) علت این قاعده را فقط نصّ روایات می داند. (طوسی، بی تا، ج ۲: ۸۸). قاعده «لا ضرر و لا ضرار» نیز از متن حدیث نبوی (حر عاملی، بی تا، ج ۱۲: ۳۶۴) مشهور بین فریقین گرفته شده است. قاعده «لامیراث للقاتل» متن صحیحۀ هشام بن سالم از امام صادق^(ع) از قول رسول خدا^(ص) است. قاعده «المسلمون عند شروطهم» متخذ از نصوص روایی مستفیضه مشتمل بر همین عبارت است مانند صحیحۀ عبد الله بن سنان از امام صادق^(ع) که فرمودند: «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزّ و جل فلا یجوز» و قاعده «من احیا ارضا مواتا فهی له» متن صحیحۀ زراره و محمد بن مسلم و ابوبصیر و فضیل از امام باقر^(ع) و امام صادق^(ع) از قول رسول خدا^(ص) است. قاعده «من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة» نصّ حدیث نبوی^(ص) است. همچنین قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» مأخوذ از متن حدیث نبوی^(ص) است که در مورد رهن وارد شده که فرمودند: «... له غنمه و علیه غرمه». (نوری، ۱۴۰۹، ج ۱۳: ۴۲۲) و نیز قاعده «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» نصّ توقیع امام حسن عسگری^(ع) (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۳: ۲۹۵) است. قاعده «الوقوف عند الشبّهات خیر من الاقتحام فی الهلکات» نیز نصّ روایات فراوانی در ابواب مختلف است.

۲-۳ اجماع:

در موضوع اجماع ما دو نوع اجماع مدرکی داریم در موضوع مال غیر که نمی توان به آن استناد کرد که این دو اجماع توسط مقدس اردبیلی و شیخ انصاری نقل شده است «ادّعی اجماع شده است که تعدی بر مال مسلمان بدون اذن او جایز نیست.» (مقدّس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹: ۹)، «البته این اجماع، اجماع تعبّدی نبوده، بلکه مستند مجمعین ادلّه دیگری از کتاب و سنّت و غیره است.» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۹: ۳۰۷). پس این اجماع، اجماع مدرکی است. در اینجا چون اجماع مدرکی است و ما دلیل نقلی مهمی مثل جمله امام علی در خطبه ۱۵ نهج الا البلاغه داریم قابل استناد نیست بر این اساس افزون بر آیات قرآن کریم و روایات رسیده از معصومین^(ع)، عالمان و فقهای اسلام، همگی بر «حسن» عدالت اجماع دارند، بلکه هر انسانی «بما هو انسان» بر نیک بودن دادگری پای می فشرد و به فرموده امیرالمؤمنین^(ع): «... من ضاق علیه العدل، فالجور علیه اضیق» (امام علی^(ع)، خطبه ۱۵).

۲-۳-۱ اجماع در ارتباط با قاعده احسان و اتلاف

از سویی دیگر، «قاعده اتلاف» می گوید: شخص متلف ضامن است چه محسن و چه غیر محسن و «قاعده احسان» می گوید: محسن، ضامن نیست چه متلف باشد و چه غیر متلف، در حالت تعارض هم مطابق نظر مشهور و ادله ای که در این خصوص وجود دارد، چنانچه هیچ گونه ترجیحی در بین نباشد؛ هر دو دلیل از اعتبار ساقط گشته و تساقط پیش می آید؛ اما اگر به نحوی موضوع تعارض را برداریم و بگوییم کسی که محسن است اگر چه ممکن است به طور حقیقی و تکوینی موجب اتلاف مال شود و متلف به حساب آید، اما تعبداً او را متلف ندانیم و به منزله غیر متلف به حساب آوریم در این صورت تعبداً و ادّعائاً موضوع اتلاف را از محسن منتفی دانسته ایم و دیگر «قاعده اتلاف» با «قاعده احسان» به طوری که از سخنان فقها و اصولیین استفاده می شود، حکومت عبارت است از تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دلیل دیگر به نحو توسعه و تعمیم یا به نحو تضییق و تخصیص، به عبارت دیگر یکی از دو دلیل، ناظر به حال دلیل دیگر باشد، به گونه ای که مفسر و شرح دهنده مضمون آن باشد، چه ناظر به موضوع آن باشد و چه ناظر به محمول آن و چه برگونه

توسعه باشد، چه به نحو تصبیق و خواه مقدم بر آن دلیل باشد، خواه متاخر از آن، به دلیل ناظر، حاکم و به دلیل منظور الیه محکوم گفته می شود.

بر این اساس قاعده احسان و اتلاف تعارض پیدا نمی کند؛ بلکه در چنین حالتی «قاعده احسان» بر «قاعده اتلاف» مقدم می شود و تقدّمش هم از باب حکومت است برخی از بزرگان می گویند که «قاعده احسان» فقط «قاعده علی الید» را تخصیص می دهد ولی اتلاف اطلاق دارد و قصد و اختیار و عمد و سهو در مورد آن تأثیر ندارد، بلکه به موجب «قاعده اتلاف» شخص ضامن است، چون یدش مأذونه باشد یا خیر؟ چه محسن باشد و چه نباشد. اما به نظر می رسد که «قاعده احسان» هر دو مورد یعنی هم «قاعده علی الید» را ناظر است و هم «قاعده اتلاف» را، مثلاً شخصی که قصد کرده است تا مال غیر را حفظ کند اما به طور اتفاقی مال تلف شود. بس با ایت استدلال محسن ضامن نیست.

۲-۳-۲ اجماع در واژه نفی سبیل

«نفی سبیل مطلق بر هر فرد محسن است که این قضیه حقیقیه به چند قضیه کوچکتر منشعب شود. ، مثل این آیه شریفه است که بیان می دارد: «**أَمَّا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْانصَابُ وَالْازْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ**» (قرآن کریم، سوره مائده، آیه ۹۰) ، به طوری که موضوع اجتناب از خمر و میسر و انصاب و ازلام تمام انواع و اصناف آنها را شامل می گردد، یعنی هر آنچه در خارج یافت شود و خمر گفته شود و قضیه خارجیّه باشد، آن قضیه حقیقیه یعنی حکم اجتناب در آیه کریمه، آن را شامل شده و اجتناب از آن واجب است. در مسئله مورد نظر همین طور است یعنی هر کس در خارج بوده و محسن باشد سلطه ای علیه او نیست و ضمان و ضرر هم که نوعی سبیل و سلطه است از محسن برداشته شده است؛ در نتیجه ضمان از شخص محسن به جهت احسانش برداشته شده و ضامن شمرده نمی شود. به عبارت دیگر نفی سبیل بر محسن به اعتبار احسانش است و تعلیق حکم بر وصف احسان، این معنی را به دست می دهد که شخص محسن ضامن نیست. " (لطفی ۱۳۷۹: ۵۰)

مهم ترین دلیل «قاعده احسان» آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» است. با توجه به اینکه کلمه محسنین جمع محلی به الف و لام است و این جمله نکره در سیاق نفی است؛ بنابراین آیه شریفه مستلزم نفی عموم سبیل از عموم محسنین است، از جمله مصادیق سبیل، ضمان و غرامت است که به موجب این نفی، ضمان از محسن برداشته شده است که یک حکم وضعی است.

«یکی از موجبات سقوط ضمان، احسان است، بدین مقصود که هر گاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به دیگران، موجب ورود ضرر به آنان شود، عمل او ضمان آور نیست و شخص محسن ضامن شناخته نمی شود. مباحث مربوط به احسان و نقش آن در سقوط ضمان در کتب فقهی تحت عنوان «قاعده احسان» مطرح است". (لطفی، ۱۳۷۹: ۵۰). در تفسیر «ما علی المحسنین من سبیل»، بر مفاد «قاعده احسان» این گونه استدلال کرده اند: مطابق ظاهر آیه برای افرادی که به علت ناتوانی جسمی نمی توانند در جبهه شرکت کنند یا به دلیل ناتوانی مالی قادر به کمک مالی هم نیستند، هیچ گونه عقاب اخروی وجود ندارد و این گونه افراد در قیامت مورد مؤاخذه واقع نمی شوند، گرچه مراد از سبیل در آیه شریفه، عذاب و کیفر اخروی است، اما همه جا به این معنی نیست بلکه جمله بالا بیانگر یک قاعده عمومی و کلی است که هر گاه شخصی به انگیزه خدمت و احسان موجب ورود ضرر به دیگری شود، مورد مؤاخذه قرار نمی گیرد و ضامن محسوب نمی شود.

آیه شریفه به معنی نفی عموم سبیل از عموم محسنین است. مفاد آیه شریفه چنین می شود: هر راهی که منجر به ضرر نسبت به افراد نیکوکار شود، مطابق آیه منتفی است و فی الجمله آیه بر مطلق سلب دلالت دارد و به فرض، ظاهر آیه شریفه بر عموم و اطلاق دلالت نکند از اینکه حکم معلق بر وصف احسان شده، بیانگر تعمیم حکم بر آن وصف است، بنابراین حکم نفی سبیل نسبت به هر محسنی ساری و جاری است.

واژه سبیل به معنای سب، شتم، حرج، مشقت، حجت و مؤاخذه آمده است. با توجه به شأن نزول و سیاق آیه، بیانگر این است که سبیل در آیه شریفه به معنای مؤاخذه است که با وجود این معنای جمله «و ما علی المحسنین من سبیل» چنین می شود: محسن را به هیچ وجه به سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است، نمی توان مؤاخذه کرد.

در نامه امیرالمؤمنین علی^(ع) به مالک اشتر آمده است: «ولایکونن المحسن و المسیء عندک بمنزله سواء فان فی ذلک تزهداً لاهل الاحسان فی الاحسان و تدریباً لاهل الاساءة علی الاساءة». یعنی نباید نیکوکار و بدکار نزد تو مساوی باشند، زیرا در این صورت به نیکوکاران به خاطر احسان آنان سخت گیری شده و (به همین علت) به کار خیر بی رغبت می شوند و بر بدکاران نسبت به بدکاری آنان آسان گرفته می شود و آنان را به انجام کار بد وامی دارد.

مؤاخذه شخص نیکوکار نسبت به احسانی که انجام داده به طور عقلانی قبیح است، به عبارت دیگر عمل نیک شخص نیکوکار، مصداق نعمت است و محسن، منعم محسوب می شود. شکر منعم هم به طور عقلانی خوب و نزد اندیشمندان پسندیده است، بنابراین تشکر و قدردانی از محسن شایسته است، هم چنان که کفران نعمت او هم زشت و قبیح است.

مسئله وجوب شکر منعم از مسلمات حکم عقلی است که در مباحث کلامی مورد بحث و اثبات قرار گرفته و یک امر عقلایی و عمومی است که افزون بر آن آیه شریفه: «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» مؤید این حکم عقلی و عقلایی است، به علاوه اینکه در اصل «قاعده احسان» جای هیچ گونه شک و تردیدی نیست. بنابراین به نظر می رسد که دلیل عقلی هم در این موضوع از سنخ دلیل قطعی است نه ظنی.

اجماع بر «قاعده احسان» هم علاوه بر ادله یاد شده ادعای اجماع شده است. البته فقها به این مضمون اجماعی ندارند که «قاعده احسان» از اجماع ناشی شده باشد بلکه آنچه در کتب فقهی مشاهده می شود، این است که فقها افراد محسن را ضامن ندانسته و در فتاوی خود پیرامون اشخاص محسن نظر به عدم ضمان داده اند.

مثلاً در باب ودیعه چنانچه مالی نزد دیگری امانت بوده باشد و شخص امین آن مال را به جهت مراقب بیشتر در مکانی خاص قرار داده باشد، هر چند انتقال مال به آن مکان به اذن صاحب مال نبوده باشد و مال تلف گردد شخص ودعی ضامن نیست زیرا او در این اقدام خود، محسن بوده و قصد خدمت داشته و به منظور مراقبت از مال اقدام به جابه جایی آن کرده است.

۲-۳-۴ احسان: دفع ضرر یا جلب منفعت

صاحب عناوین این نظریه را به استادش که گویا شیخ علی بن جعفر کاشف الغطاء بوده نسبت داده است. اما خود ایشان اظهار داشته اند: شکی نیست که ایصال منفعت و جلب فایده برای دیگری به سه دلیل از مصادیق احسان است: ۱. تبادر ۲. عدم صحت سلب و ۳. تصریح اهل لغت. افزون بر آن از عموم جمله «ما علی المحسنین من سبیل» نمی توان لفظ احسان را صرفاً محدود به دفع ضرر دانست.

گروهی از فقهاء اعتقاد دارند که قاعده احسان به موارد جلب منفعت اختصاص دارد و موارد دفع ضرر را شامل نمی شود، زیرا معنای متبادر از لفظ احسان، جلب منفعت، است نه دفع ضرر و نیز لفظ احسان حاکی از مفهوم اثباتی است نه سلبی که این معنی با جلب منفعت سازگاری دارد نه با دفع ضرر، گویا شیخ طوسی تمایل به این نظریه داشته است، چه اینکه در تعریف احسان آورده است:

«الاحسان هو ایصال النفع الی الغير لیتنفع به مع تعریبه من وجوه القبح» یعنی احسان به معنی منفعت رساندن به دیگری است، بدین منظور که از آن منتفع گردد، مشروط بر آنکه از هر گونه زشتی مبرا باشد.

حکم به عدم ضمان احسان، یک حکم عقلی است و امور عقلی استثناء پذیر و تخصیص بردار نیستند، بنابراین هم جلب منفعت نسبت به شخص، احسان است و هم دفع ضرر از مالک، چه بسا بعضی از اوقات در نظر عرف دفع ضرر بیشتر مصداق احسان قرار می گیرد تا جلب منفعت، مثل نجات انسان از مرگ و هلاکت.

محقق حلی در مسئله بالا ضمن اینکه آن را به طور شرعی جایز دانسته است می نویسد: «هرگاه کسی به منظور استفاده عموم و به مصلحت آنان چاهی در مسیر عبور عامه حفر کرد و آنگاه موجب خسارتی گردد، ضمان ندارد، زیرا عمل او امری جایز بوده و این نظر حسن است.» مشابه همین مطلب در دیدگاه های فقهای متأخر کم و بیش مشاهده می شود و به عدم ضمان محسن در صورت وجود مصلحت عامه نظر داده اند.

۲-۳-۵ بررسی واژه سبیل و محسن در دو آیه در مقام انشاء

همچنین آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» همچون آیه نفی سبیل کافر بر مؤمنین است که فرموده اند: «لن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً» که هر دو آیه در مقام انشاء می باشند. چنانکه آیه نفی سبیل کافر بر مؤمنین حاکی از عدم جعل سبیل و سلطه کافر علیه مؤمن است، آیه «ما علی المحسنین من سبیل» هم حکایت از عدم جعل سبیل بر محسنین در قوانین شریعت دارد، گرچه از کلمه جعل خالی است. هم چنانکه در تفسیر آیه شریفه گذشت، مقصود اصلی آیه، نفی عذاب اخروی از افراد محسن است، عذاب اخروی هم از این جهت از محسن برداشته می شود که طبق آیه از افرادی که قصد احسان و نیت خوب داشتند، اما توان شرکت در جهاد را نداشتند، تکلیف جهاد برداشته شده و به دنبال عدم ثبوت تکلیف بر جهاد، مؤاخذه و عذاب اخروی هم نسبت به ترک جهاد برداشته می شود. بنابراین معنای نفی سبیل در آیه، خروج آن افراد از دایره تکلیف و ثبوت رخصت برای آنها است، پس این آیه شریفه حاکم بر ادله اولیه است که اثبات کننده تکلیف جهاد بر همگان است. همچنین این آیه بر ادله احکام وضعیه از قبیل، ضمان نیز حاکم است و دلالت دارد که ادله اولیه اثبات ضمان محسن را شامل نمی شود. به عبارت دیگر «قاعده احسان» و ادله مبانی آن به عنوان ادله ثانویه است و قواعد و ادله اثبات کننده ضمان به عنوان ادله و قواعد اولیه می باشند و هم چنانکه گفته شد لسان جمله «ما علی المحسنین من سبیل» لسان شرح و تفسیر است که مقصود واقعی ادله ضمان را تشریح می کند و آن ادله را به شکل حکومت در جهت تضییق، محدود کرده و تخصیص می دهد.

با توجه به اینکه دلیل حاکم یا نظر به موضوع دلیل محکوم یا نظر به محمول آن دارد از طرفی چون نظارتش در جانب توسعه یا تضییق دلیل محکوم است محکوم **چهار حالت** به شرح زیر وجود دارد:

تصرف دلیل حاکم در موضوع دلیل محکوم به نحو توسعه، مثلاً خداوند متعال فرموده است:

«يا ايها الذين آمنوا اقمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم و ايديكم الى المرافق» که مطابق این دلیل انسان ابتدا تصوّر می کند مراد از صلاه در آیه شریفه نمازهای یومیّه است، حال چنانچه دلیل دیگری به این مضمون داشته باشیم که بگوئید: الطواف فی البیت صلاه مطابق این جمله ادعا شده که طواف هم نماز است و دایره موضوع نماز توسعه پیدا کرده است.

تصرف دلیل حاکم در موضوع دلیل محکوم به نحو تضییق، مانند حدیث: «لاربابین الوالد و ولده ...» نسبت به آیه شریفه: «احلّ الله البیع و حرّم الربا» که مطابق آن حدیث، موضوع ربا در آیه شریفه محدود شده و نسبت به ربا بین پدر و فرزند را شامل نمی شود، یا حدیث: «لا شک لکثیر الشک» نسبت به ادلّه احکام شک های مبطل نماز در حکم دلیل حاکم در جهت تضییق دایره موضوع دلیل محکوم است.

تصرف دلیل حاکم در محمول دلیل محکوم به نحو تضییق دایره حکم، همچون ادلّه عناوین ثانویه نفی حرج و ضرر که بر نفی احکام حرجی و ضرری دلالت می کنند به ادلّه عناوین اولیّه از قبیل وجوب وضوء و روزه و ... حکومت دارند و نیز مانند «قاعدۀ احسان» که گفته شد، این قاعده در جهت تضییق دایره ادلّه ضمان عمل کرده و بر آنها حاکم است.

تصرف دلیل حاکم در محمول دلیل محکوم به نحو توسعه دایره حکم یا توسعه مطلق حکم، مثل اینکه گفته می شود که شرط تحقق نماز طاهر بودن لباس است. در وهله اول شخص تصوّر می کند که مقصود از لباس طاهر لباسی است که به طهارتش یقین یا ظن قریب به یقین دارد. حال چنانچه دلیل دیگری بگوئید، کلّ شیء طاهر، مطلق حکم طهارت را توسعه داده و مواردی را هم که از طریق اصل طهارت ثابت می شود، شامل می گردد.

۲-۴ عقل:

حکم عقل به قبح تصرف در مال غیر بدون اذن او از چیزهایی است که شکی در آن نیست. (موسوی خویی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۵۳۶)

دلیل عقلی (اعم از نظری و عملی) بر دو قسم است: ۱. مستقلات عقلی و ۲. استلزامات عقلی.

مستقلات عقلی: مقصود از مستقلات عقلی آن است که عقل انسان رأساً بدون کمک گرفتن از حکم شرع، حکمی را کشف کند. در برخی موارد مفاد قاعدۀ فقهی از مستقلات عقلی است. به این معنا که عقل نظری یا عملی بدون توجه به حکم شرعی حکم می کند.

حکم مستقل عقل نظری: در قاعدۀ «تقیه» به اخذ اهم و ترک مهم در فرض مزاحمت اهم با مهم، که از مستقلات عقلی است، استناد شده است؛ چه معنای حقیقی تقیه به اخذ اهم (حفظ جان) و ترک مهم (راستگویی) باشد.

استلزامات عقلی: مراد از استلزامات عقلی یا عقلیات غیر مستقله آن است که عقل انسان از حکم شرع الهام گیرد و حکم کند. در برخی موارد مفاد قاعدۀ فقهی از استلزامات عقلی است. به این معنا که عقل نظری یا عملی با توجه به حکم شرعی، حکم می کند.

حکم قطعی عقل هم «قاعده» بودن و اصل و اساس بودن «عدالت» حکم می کند. «اصولیان» امامیه اعتقاد راسخ به «حسن و قبح ذاتی و عقلی» دارند و روشن ترین مصداق «حسن عقلی» را عدالت و «قبیح عقلی» را ظلم و ستم معرفی کرده و به اصطلاح گزاره «حسن عدل و احسان» و قبیح «ظلم و عدوان» را بدیهی می دانند، چیزی که به «مستقلات عقلیه» شهرت یافته است.

۲-۴-۱ مستقلات عقلیه و نظر فقها

توضیح بیشتر اینکه، مراد از «مستقلات عقلیه»، اموری مانند لزوم پرداختن دین و ردّ ودیعه و حرمت ظلم و مانند اینها است که عقل انسان به طور مستقل و قطع نظر از احکام شرعی بر آن

حکم می کند و چنان روشن است که جای هیچ تردیدی در درستی آن باقی نمی ماند (مظفر، ۱۴۰۹، ج ۱: ۳۲).

در این میان نزاع مشهوری وجود دارد که اگر عقل به امری حکم کرد آیا شارع می تواند خلاف آن حکم نماید یا خیر؟ و اگر شارع به امری حکم کرد آیا عقل هم بر وفق آن حکم می کند یا خیر؟ محقق اصفهانی در این باره می نویسد:

«چون تحسین و تقبیح عقلی از اموری است که آرای خردمندان به جهت مصالح و مفاسد عامه بر آن متفق است، ناگزیر معقول نیست که شارع حکمی بر خلاف آن داشته باشد؛ چه آنکه طبق فرض، این حکم به عاقل یا طایفه ای از عقلا اختصاص ندارد و به لحاظ مصالح عمومی برای همه روشن و مورد وفاق است و شارع هم از عقلا بلکه رئیس عقلا است، پس او هم از آن حیث که عاقل است، همچون دیگر عقلا است و گرنه عدم حکم شارع «بما هو عاقل» مستلزم خلف خواهد بود زیرا طبق فرض، این حکم برای همه بدیهی و مورد پذیرش است. در نتیجه عدل از آن جهت که عدل است نزد عقلا و از جمله شارع نیکو است و ظلم از آن جهت که ظلم است نزد عقلا و شارع قبیح است» (محقق اصفهانی، بی تا، ج ۲: ۳۳۷).

۲-۴-۲ اثبات مستقلات عقلیه در زمره احکام شرعی

محقق قمی در اثبات این امر که «مستقلات عقلیه» نیز در زمره احکام شرع و از منابع آن است می گوید: «پروردگار در این گونه امور به زبان عقل به ما فرمان می دهد و چنانکه پیامبر (ص) احکام و منهیات الهی را بیان می کند، عقل نیز مبین پاره های از آن حکم است. کسی که عقلش به وجود مبداء و صانع و حکیم و قادر و عالم حکم می کند، این را نیز درمی یابد که او بنده زورمند خود را به سبب ظلم بر بنده ناتوان دیگر یا خودداری از رد امانت مورد نیاز او، عذاب می کند و به بنده زورمندی که با بنده نیازمند و ناتوان او مهربانی می کند ثواب خیر خواهد داد.

سیره عقلاء:

در قواعد بسیاری نیز بنای عقلاء به عنوان منبع در کنار مدارک دیگر یاد شده است که می توان به «قاعده احسان»، «قاعده حیازت»، «قاعده رجوع الجاهل الی العالم»، «قاعده اقرار»، «قاعده اقدام»، «قاعده ید»، «قاعده سلطنت» و «سماع قول ذی الید» اشاره کرد. همچنین در مورد قاعده «الاذن فی الشیء اذن فی لوازمه» ابتدائاً به سیره عقلاء در این زمینه استناد شده است که در نزد عقلاء لوازم چیزی حکماً به طور کامل تابع آن چیز است به طوری که این اصطلاح در بین عقلاء وجود دارد که «من التزم بشیء التزم بلوازمه» البته برد سیره در اینجا لوازمی است که قطعاً مورد نیاز است و اما اموری که شک در لازمه بودن آنها وجود دارد از محدوده سیره خارج هستند؛ زیرا سیره دلیل لیبی است و اطلاق ندارد تا شامل لوازم مشکوک شود پس در سیره باید به قدر متیقن و مقدار معلوم اکتفا گردد (مصطفوی، ۱۴۱۷، ۳۱) و در مورد قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیة» بعد از مناقشه در سند حدیث نبوی (نوری، ۱۴۰۹، ۱۴، ۷- حاکم نیشابوری، ۱۴۰۶، ۲، ۴۷) که عین متن قاعده است، دلیل عمده در مستند قاعده، سیر عقلاء است که بر ضامن بودن کسی که مال دیگری را بدون رضایت او یا با رضایت و التزام به ضمانت (مثلاً در عقود باطل) گرفته است، قائم است و چون در شرع، ردع و منعی از این سیره نشده بلکه مورد امضاء نیز قرار گرفته است صلاحیت مدرک بودن را دارد. (خوئی، مستند العروة الوثقی، ۲۲۴، ۱۳۶۵)

در اثبات قاعده «لزوم» نیز افزون بر آیه «اوفوا بالعقود» (مائده/۱) و «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» (بقره/ ۱۸۸) به بناء عقلاء در معاملات شان بر التزام به عقد و عهد و عدم نقض آن، و مذموم بودن نقض عهد در نزد ایشان استدلال شده است که این بناء را شرع نسبت به ملک و بیع و صلح و امثال آن امضاء کرده است. (بجنوردی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۱۹۹) مرحوم خوئی (ره) می گوید: «از آنجا که بناء عقلاء در عقود بر لزوم است پس در هر عقدی شرط ضمنی مبنی بر بقاء معاهده و عدم فسخ عقد از طرف هر کدام از متعاقدین به طور مطلق وجود دارد؛ چه در غیر این صورت نظام معاملات مختل می شود و احدی به بقای اموالش اطمینان نخواهد داشت ولو از خرید و فروشش

سال ها گذشته باشد و این امر موجب اختلال در تجارت و نظام کسب می شود (خوئی، مصباح الفقاهه، ۱۳۶۸، ج ۶: ۸)

عقل مؤاخذه شخصی را که عمل او با قصد نیکوکاری، منجر به زیان دیگری شده است، قبیح می داند. در همین باره در سوره الرَّحْمَن آیه ۶۰ آمده است: «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» آیا جزای نیکی جز نیکی چیز دیگری است؟ آنچه در این آیه آمده نوعی استفهام انکاری است و گویی پاسخ آن از سوی تمام خردمندان منفی است؛ یعنی همه انسان ها اعتراف دارند که برای احسان، هیچ پاداشی جز احسان نیست. به علاوه بنابر علم کلام به حکم عقل، شکرگزاری از منعم واجب است، یعنی اگر کسی به دیگری نعمت و خیری برساند، طرفی که خیر می بیند، از نظر عقل موظف است که در برابر فرد خیراندیش سپاس گوید. بنابراین خردمندان برای کسی که اقدام نیکوکارانه (محسنانه) کرده است احترام قائلند و احسان بیننده را ملزم به تشکر و سپاس از او می دانند؛ هر چند عمل او به زیان منجر شده باشد؛ زیرا به هر حال او در این اقدام قصد خیانت نداشته، بلکه برعکس به نیت خیرخواهی و احسان به این عمل مبادرت کرده است.

سیره:

سیره به روش های مختلفی بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن او و تعدی بر مال او، دلالت می کند:

دلالت سیره متشرعه: در دلالت سیره متشرعه بر حرمت تصرف در مال غیر اشکالی وجود ندارد و این از واضحات است که بدون اذن مالک نمی توان در مال وی تصرف کرد و در صورت تصرف در مال مسلمان، متصرف مورد مذمت واقع خواهد شد. (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۵)

ثبوت ارتکاز متشرعه: آنچه در اذهان متشرعه مرتکز است حرمت تعدی بر مال غیر است. فرق بین این مورد و مورد پیشین این است که مورد اول بر سیره عملیه دلالت می کند و این مورد بر آنچه در اذهان مرتکز است دلالت می کند. (محمد علی انصاری، ۱۴۱۵، ج ۹: ۳۰۷)

دلالت سیره عقلا: بنای عقلا از همه ادیان و ملت‌ها و نحله‌ها و غیر آنها از کسانی که متدین به دینی نیستند بر احترام به اموال مستقر شده و کسی که بر نفس یا مال دیگری تعدی کند تقبیح می‌کنند. (موسوی خویی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۲۲۶)

۲-۵-۱ سیره نبوی:

در اثبات قاعده «الاسلام یجب ما قبله» در کنار آیات و روایات مشهور نبوی^(ص) به همین مضمون، به سیره نبوی نیز استناد شده است که سیره پیامبر^(ص) بر این اسلوب، یعنی عفو عما سلف، جاری بوده است و رسول خدا^(ص) احدی از اصحاب را به قضاء عباداتی که در حال کفر از او فوت شده بود، تکلیف نکرد و به اقامه حدّ بر عملی که اصحاب قبل از اسلام مرتکب شده بودند، امر نکرد. (مکارم، ۱۴۱۱، ج ۲: ۱۸۲ و ۱۸۳) و نیز (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۴۱)، در تأیید قاعده احسان به روایات و احادیث متعددی استناد شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف) از علی (ع) منقول است که فرمود: «الجزاء علی الاحسان بالاساءة کفران» یعنی پاداش احسان را به بدی دادن، نادیده گرفتن نعمت است. در این مورد چنین استدلال شده است که مسئول دانستن محسن نسبت به کارهایی که به قصد و انگیزه خیر انجام داده است، اسائه محسوب می‌شود و مشمول این حدیث است که به صراحت زشت و ناپسند شمرده شده است.

ب) در نامه علی (ع) به مالک اشتر آمده است: «و لایکونن المحسن و المسیء عندک بمنزلة سواء فان فی ذلک تزهدا لاهل الاحسان فی الاحسان و تدریبا لاهل الاساءة علی الاساءة» یعنی نیکوکار و بدکار نباید نزد تو مساوی باشند؛ زیرا در این صورت به نیکوکاران به خاطر احسان آنان سختگیری شده و بر بدکاران نسبت به بدکاری آنان آسان گرفته می‌شود.

استدلال این است که اگر محسن نسبت به عمل محسنانه خود مسئول باشد، با فرد غیر محسن یکسان محسوب شده است؛ حال آنکه به موجب این حدیث، این امر نهی شده است.

«قاعده احسان» از قواعد مسلم شرعی و فقهی است. اسناد معتبر شرعی بر اعتبار آن دلالت دارد و فقیهان امامیه و غیرامامیه به طور گسترده از این قاعده بهره برده اند. سید محمدحسن بجنوردی از

فقیهان امامیه، در اشاره به موقعیت قاعده می گوید: از ادله این قاعده، اجماع است؛ زیرا فقیهان در متون فقهی و فتاوی خویش، در اثبات عدم ضمان محسن، به این قاعده، تمسک می جویند، بدون اینکه هیچ کس بر این تمسک خرده گیرد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳) و (علی دوست: ۱۳۷۸)، دلالت قرآن بر مشروعیت این قاعده مورد توافق همه کسانی است که از این قاعده بحث کرده اند، تا جایی که برخی از عالمان امامی و اهل سنت، اصل و بنیان این قاعده را از قرآن دانسته اند (مراغی، ۱۴۲۵: ۴۷۴) و (قرطبی، ۱۴۰۵، ج ۸: ۲۲۷).

هرگاه شارع مقدس و مبینان معصوم شریعت در بیان نص به شأن نزول و صدور آن هیچ اشاره ای نکنند و مطلب مورد نظر را در قالب الفاظی مطلق و عام بیان کنند، در این صورت، استنباط قانون عام از آن نص صحیح است؛ هر چند نص مزبور در فضایی خاص و با شأنی ویژه صادر شده باشد. به عنوان مثال در تفسیر آیه: «یا ایها الذین آمنوا إن جاءکم فاسقٌ بنبأ فتبینوا أن تصیبوا قوماً بجهالة فتصبخوا علی ما فعلتم نادمین». (حجرات / ۶) ای کسانی که ایمان آورده اید! اگر شخص فاسق خبری برای شما آورد، درباره آن تحقیق کنید؛ مبدا به گروهی از روی نادانی آسیب برسانید، پس از کرده خود پشیمان شوید! شأن نزولی که غالب مفسران ذکر کرده اند این است که این آیه درباره «ولید بن عقبه» نازل شده است که پیامبر (ص) او را برای جمع آوری زکات از قبیله «بنی المصطلق» اعزام داشت. هنگامی اهل قبیله با خبر شدند که نماینده رسول الله (ص) می آید، با خوشحالی به استقبال او شتافتند، ولی از آنجا که میان آنها و «ولید» در جاهلیت خصومت شدیدی بود، تصور کرد آنها به قصد کشتن آمده اند. خدمت پیامبر (ص) بازگشت (بی آنکه در مورد این گمان، تحقیقی کرده باشد)، عرض کرد: آنها از پرداخت زکات خودداری کردند (و می دانیم امتناع از پرداخت زکات، نوعی قیام بر ضد حکومت اسلامی تلقی می شد؛ بنابراین، مدعی بود، آنها مرتد شده اند)!

بعد از اخبار «ولید» پیامبر (ص) به «خالد بن ولید» دستور دادند به سراغ قبیله بنی المصطلق رود و به وی فرمودند: شتاب زده کاری را انجام مده! «خالد» شبانه به نزدیکی قبیله رسید و مأموران اطلاعاتی خود را برای تحقیق فرستاد. آنها خبر آوردند که بنی المصطلق به اسلام وفادارند. صدای اذان آنها را شنیده ایم و نماز خواندن ایشان را دیده ایم. «خالد» شخصاً به سراغ آنها آمد و صدق گفتار مأموران

خویش را ملاحظه کرد. خدمت پیامبر^(ص) بازگشت و ماجرا را به عرض رسانید. در این هنگام، آیه گفته شده نازل شد و به مسلمانان دستور داد که هرگاه فاسقی خبری آورد درباره آن تحقیق کنید (طوسی، بی تا: ۳۴۳) و (مشهدی، ۱۴۱۲، ج ۱۲: ۲۸۸) و (قرطبی، ۱۴۰۵، ج ۱۶: ۳۱۱) و (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۴: ۱۵۳-۱۵۲)

به انگیزه فهم مفاد نصّ و استخراج یا عدم استخراج قانون عام از آن، باید به عرف عام یعنی برداشت مخاطبان آن نصّ از آن نصّ مراجعه کرد؛ برداشتی که طبیعتاً مستند به ظهور دلیل خواهد بود.

نکته قابل دقت اینکه ظهور یک دلیل پدیده ای منضبط و دستوری - به گونه ای که بتوان در مورد آن به ضابطه ای فراگیر رسید - نیست! بر این اساس، نمی توان به طور کلی شأن نزول آیات و صدور روایات را در تفسیر مفاد نصّ نادیده گرفت و در قالب قضیه ای اثباتی و کلی ادعا کرد که شأن نزول و ویژگی های صدور، هیچ تأثیری در مفاد نصّ ندارد و مزاحم کلیت آن نیست؛ چنانکه نمی توان به طور کلی و عام، عکس این را ادعا کرد و گفت: شأن و ویژگی های صدور یک نصّ در تجدید مفاد آن مؤثر است.

روایات

۲-۶-۱ اطلاق روایات:

در اعتبار قاعده «تصدیق الامین فیما ائتمن علیه» به اطلاق روایت موثق مسعده بن زیاد از امام صادق^(ع) از پدرشان^(ع) از قول رسول خدا^(ص): «لیس لك ان تتهم من قد ائتمنه...» (حرّ عاملی، بی تا، ج ۱۳: ۲۲۹)

استدلال شده است که اطلاق روایت دلالت دارد بر این که هر گاه امین از احوال امانت خبر دهد و وظیفه شرعی در برخورد با او، تصدیق او است و برای احدی متهم کردن و تکذیب امین جایز نیست. همچنین در اثبات قاعده «کل عضو یقتص منه مع وجوده، تؤخذ الدیة مع فقهه» به اطلاق ادله دیه در شمول موردی که قصاص در آن ممکن نیست، استناد شده است از جمله این ادله روایت صحیح علی بن خالد است که می گوید: قلت لأبی عبدالله^(ع) الرجل یدخل الحمام فیصب علیه صاحب الحمام ماء

حارا فيمتعت شعر رأسه فلاينبت، فقال: «عليه الدية الكاملة»؛ به امام صادق^(ع) عرض کردم: مردی به حمام می رود و صاحب حمام آب داغ بر سر او می ریزد به طوری که موی سرش می ریزد و دیگر رشد نمی کند، امام^(ع) فرمودند: «صاحب حمام بایستی دیه کامل پردازد» که این روایت مطلقاً دلالت بر تحقق دیه در برابر جنایت دارد. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۲۰۱ و ۲۰۲)

۲-۶-۲ عموم روایات:

بسیاری از قواعد فقهی مستند به روایات مشتمل بر ادات عموم و یا هئیت ترکیبی مفید عموم، هستند. به عنوان مثال، در اثبات «قاعده اتلاف» به عموم روایاتی از جمله روایت صحیح حلبی از امام صادق^(ع) استناد شده است که می گوید: سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: «كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه» (حرّ عاملی، ج ۱۹: ۱۸۱) که از عموم این روایت صحیح استفاده می شود که هر کسی موجب تلف شدن مال مسلمانی گردد ضامن آنچه تلف کرده است، می باشد.

۲-۶-۳ مفهوم روایات:

در اثبات قاعده «حجیه الظن فی الصلاة» به مفهوم مخالف مدلول روایات صحیح استناد شده است، از جمله: صحیح صنفوان از ابوالحسن^(ع) که فرمودند: «ان كنت لا تدري كم صلّيت و لم يقع وهمك على شيء فاعد الصلاة» و نیز صحیح حلبی از امام صادق^(ع) که فرمودند: «ان كنت لا تدري ثلاثا صلّيت ام اربعا و لم يذهب وهمك الى شيء فسلم ثم صل كعتين و انت جالس...» که مفهوم مخالف این روایات، عدم اعاده نماز در مواردی است که وهم (ظن) به عددی از اعداد رکعات نماز محقق شده است که همان معنای قاعده «حجیت ظن در رکعات نماز» است.

۲-۶-۴ تنقیح مناط روایات:

گاهی تنقیح مناط قطعی روایات ملاک قاعده است، چنانکه در اثبات قاعده «وجوب اعلام الجاهل فیما يعطى» به موثقه ابوبصیر از امام صادق^(ع) استناد شده است که می گوید: از امام^(ع) درباره موشی که در روغن یا روغن زیتون افتاده و در آن مرده است سؤال کردم، امام^(ع) فرمودند: «ان كان جامداً

فتطحها و ما حولها ویؤکل ما بقی و ان کان ذائبا فاسرج به و اعلمهم اذا بعته» ؛ اگر روغن جامد است موش مرده و اطراف آن را دور بریز و مابقی روغن را می توان خورد و اگر روغن مایع است با آن، چراغ بیفروز (یعنی برای خوردن استفاده مکن) و هرگاه این چنین روغنی را فروختی بایستی نجس بودن روغن را به مشتری اعلام کنی. و چون خصوصیتی برای روغن یا روغن زیتون وجود ندارد، این روایت دلالت بر وجوب اعلام به متنجس بودن مبیع دارد چه روغن باشد چه روغن زیتون باشد چه غیر این دو. (مصطفوی، ۱۴۱۷: ۳۰۰)

۲-۶-۵ تعلیل موجود در روایات:

به عنوان نمونه قاعده «حجیت بازار مسلمانان» از تعلیل امام صادق^(ع) که فرمودند: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (۵۴)؛ اگر این (حجیت ید) نباشد بازاری برای مسلمانان نخواهد بود، به دست آمده است. همچنین در اثبات قاعده «رجوع الجاهل الی العالم» به صحیحۀ محمد بن مسلم و زراره و برید عجلی از امام صادق^(ع) استناد شده که امام^(ع) به حمران بن اعین درباره مسئله ای که پرسیده بود، فرمودند: «إنما یهلک الناس لانهم لا یسألون» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۱: ۴۰) ؛ که این حدیث دلالت می کند بر این که وقوع جهال در هلاکت مستند به عدم سؤال ایشان از علماء درباره احکامی است که نمی دانند پس راه نجات همانا سؤال و رجوع به عالم در مسائل و احکام است.

۲-۶-۶ روایات به انضمام حکم اولی عقلی:

در اثبات قاعده «وجوب التخلیه بین المال و مالک» به روایات فراوانی دال بر عدم جواز تصرف در مال غیر مانند روایت موثق سماعه از امام صادق^(ع) از قول رسول خدا^(ع) که فرمودند: «من کانت عنده امانه فلیؤدها الی من ائتمنه علیها، فانه لایحل دم امریء مسلم و لا ماله الا بطیبه نفس منه» (حرّ عاملی، بی تا، ج ۳: ۲۴) ؛ به انضمام این مطلب که بین حرمت تصرف در مال غیر حدوثا و بقاء فرقی وجود ندارد استناد شده است.

فصل سوّم

مبانی فقهی احسان و تسهیل در

عرف دکترین و رویه قضایی و

حقوق موضوعه ایران

۳-۱ عدالت مهمترین رکن قاعده احسان

هرگاه ناعدالتی فزونی یافت، زمینه های افول و انحطاط تمدن ها فراهم گردید. عدالت، بنیان و زیربنای حرکت اجتماع است، و اگر اجتماع از مسیر عدالت منحرف گردد، به سمت نابودی به پیش می رود. حتی کهن ترین قانون مکتب اندیشه بشری در زمینه اجرای عدالت به نگارش در آمده است و در مقدمه قانون حمورابی اجرای حقوق از جانب خدایان به منظور عدالت، امر می شده و به کار بسته می شد تا هر آنچه پدید است، نابود شود و قوی، حق ضعیف را پایمال نکند (آلتمن، ۱۳۸۵: ۳۴). در عین حال، عدالت، یکی از آموزه های کلیدی دین اسلام نیز هست. این دین به عنوان آخرین دین الهی به ساحت مادی و معنوی وجود آدمی و سعادت دو جهان توجه دارد. در قرآن هدف از رسالت انبیاء اقامه قسط و عدل بیان شده است. و در کلام پیامبر اسلام و ائمه اطهار^(ع) نیز بر آن تأکید ویژه شده است. علی^(ع) مظهر عدالت و کلامش جوهر پایان ناپذیر آن است. پیامبر گرامی اسلام^(ص) احساسی ژرف به عدالت داشت. این درحالی بود که ظلم و ستم را در جامعه ای که در آن بالیده بود، فراگیر یافت. پس برای نظامی منسجم که در آن معیار و روش عدل نهاده شود تلاش کرد. طبیعی بود که با توجه به نقش پیامبری اش به ارزش های دینی تأکید کند اما از دیگر سو از این جهت مصلحی اجتماعی بود. باید اضافه کرد در اندیشه دینی عدالت معیار همه چیز است. اعتدال و دادگری در محور هستی قرار دارد و همه امور خلقت به حول آن می گردد. نظام هستی با آن قوام می یابد و جامعه بشری به پشتوانه آن رو به جلو حرکت می کند. اصل عدالت از مقیاس های اسلام است که باید دید چه چیزی بر آن منطبق می شود. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات. (شریفی، قربانی سیار، رهایی، راعی و عابدینی: ۱۳۹۵: ۲۱۰)

۳-۱-۱ عدالت اجتماعی

عدالت اجتماعی «به معنای رعایت مساوات در جعل قانون و در اجرای آن است به عبارت دیگر ایجاد شرایط برای همه به طور یکسان و رفع موانع برای همه به طور یکسان» (شهید مطهری، ۱۴۰۳: ۱۵۶ و ۱۵۷) و به گفته برخی اندیشمندان، «ادای حق هر ذی حقی در عرصه جامعه و معماری هندسی جامعه بر پایه شایستگی ها تا یکایک شهروندان حقوق خود و دیگران را شناخته و آن را

رعایت کنند در این راستا دولتمردان نیز موظفند در تمامی بخش های اقتصادی، سیاسی و فرهنگی در ابعاد فردی و اجتماعی برای حاکمیت عدالت با تمام توان بکوشند» (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۱۳۱)

ارسطو نیز تعبیر مشابهی از عدالت اجتماعی دارد، «عدالت اجتماعی عبارت است از سپردن به هر کس آنچه را که در محدوده صلاحیت و قابلیت او است و انجام دادن کارها از طرف آن فرد با کمال صداقت و درستی، اولی دین اجتماع به فرد و دومی دین فرد است به اجتماع» (مدرّس، ۱۳۵۷: ۳۱۱)

شناخت شاخصه های عدالت

۳-۱-۲-۱-۳ شاخصه اول: اعطای حقوق

یکی از مهم ترین شاخصه های عدالت رعایت حقوق و عطا کردن حق هر صاحب حقی است. شاخصه عدالت در عرصه حقوق از نظر عدلیّه بر اساس دو اصل است :

«اول اینکه حسن و قبح ذلتی را قبول کنیم، یعنی معتقد به حقیّی و رای ارشادات شارع باشیم،

دوم اینکه بپذیریم عقل توانایی درک آنها را دارد.

مطابق این دو مبنا هرکجا حقی تبیین و درک شود اعطای آن به صاحبش شاخصه عدالت است.

(منتظری، بی تا، ج ۲: ۴۳۲). در این شاخصه عدل رعایت حقوق افراد و عطا کردن حق هر ذی حقیّی به او است، و ظلم عبارت است از پایمال کردن حقوق و تجاوز و تصرف در حقوق دیگران (توسلی، ۱۳۷۵: ۹۹-۱۰۹)

شاخصه دوم: مساوات و عدم تبعیض

برابری و مساوات در برخورداری از فرصت ها و امکانات یکی از مهم ترین و اصلی ترین شاخصه های عدالت به معنای عدم تبعیض بین افراد و دیدن همه به یک چشم است و چون برای افراد ارزش

و شخصیت مساوی قائل هستیم به هیچ رو تبعیض جایز نیست (مطهری، ۱۴۰۳: ۱۵۶-۱۶۴) به بیان دیگر رعایت مساوات در جعل قانون و اجرای آن به این صورت که قانون برای همه امکانات مساوی برای پیشرفت و استفاده و سیر مدارج ترقی قائل شود و برای افراد به بهانه های غیر طبیعی مانع ایجاد نکند پس مساوات و برابری به این معنا عبارت است از ایجاد شرایط و رفع موانع برای همه به طور یکسان

شاخصه سوم: تعادل و توازن

توازن به معنای تناسب بین اجزا در مقابل بی تناسبی است (مطهری، ۱۳۵۷: ۵۶) بدین معنا که علاوه بر رسیدن امکانات به طور شایسته به افراد مستحق باید به حد لازم و مورد نیاز نیز امکانات وجود داشته باشد. به عبارت دیگر حاکمان جامعه باید امکانات مورد نیاز را برای تمامی افراد به اندازه کافی تهیه کنند. بنابراین یک اجتماع اگر بخواهد باقی و برقرار بماند باید متعادل باشد، یعنی هر چیزی در آن به قدر لازم (نه به قدر مساوی) وجود داشته باشد. یک اجتماع متعادل، به کارهای فراوان اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، قضائی، تربیتی احتیاج دارد و این کارها باید میان افراد تقسیم شود و برای هر کدام از آن کارها به اندازه ای که لازم و ضروری است افراد گماشته شوند. از جهت تعادل اجتماعی، آنچه ضروری است این است که میزان احتیاجات در نظر گرفته شود و متناسب با آن احتیاجات بودجه و نیرو مصرف گردد. عدل به این معنا سبب دوام و بقا و تأمین عدالت در کل مجموعه می شود (ساکت ۱۳۷۰: ۵۹)

شاخصه چهارم: اعتدال

اعتدال به معنای میانه روی و عدم افراط و تفریط است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱: ۲۴) با این شاخصه از عدالت باید به نحوی بین فرد و جامعه جمع شود که نه فرد از میان برود و نه جمع بلکه هر دو حفظ شوند. و این فرمول عدل است که می تواند این سازگاری را بین خواسته هایی که با هم متفاوت و متعارضند جمع بکند (عیوضلو، ۱۳۸۰: ۲۴)

شاخصه پنجم: رعایت شایستگی ها و استحقاق های بشری

از محورترین شاخصه های عدالت اجتماعی شایسته سالاری است. یعنی هر کس با توجه به موقعیت و مقام درونی و تخصص و شایستگی باید رشد کند.

شاخصه ششم: الگوی وضع بایسته

عدالت وضعیتی است که شایسته و بایسته است در جامعه برقرار باشد. به عبارت دیگر عدالت در روحیه یا وضعیت صحیح و مناسبی است (توسلی، ۱۳۷۵: ۱۲۳). توضیح آن که اگر وضعیت جامعه چه در توزیع، چه در امکانات، چه در وضع قوانین و قواعد حاکم و روابط موجود از استانداردهای مربوط تجاوز کند لازم است وضع موجود اصلاح و شرایط عادلانه های اعاده شود.

۲-۳ احسان و مسئولیت مدنی و نظام حقوقی

الزام به جبران خسارتی که از ناحیه فعل یا ترک فعل شخصی بر دیگری وارد شده است اصطلاحاً مسئولیت مدنی نامیده شده است. به دلیل ارتباط بحث مسئولیت مدنی و جبران خسارت با نظم اجتماعی و زندگی مردم، در نظام های حقوقی مختلف به آن توجه ویژه و خاص شده است و با وجود اختلافاتی که در احکام و شیوه های آن میان نظام ها وجود دارد بر اصل موضوع به عنوان یک ضرورت اجتماعی اتفاق نظر وجود دارد. (صفایی، ۱۳۹۳: ۵۴)

نظام حقوقی اسلام نیز به صورت گسترده حوزه مسئولیت مدنی را مدنظر قرار داده است. اگر چه در کتب فقهی به صورت متمرکز کتاب و باب خاصی به این موضوع اختصاص نیافته و بسیاری از قواعد فقهی مرتبط با مسئولیت مدنی مورد بحث قرار نگرفته است.

برخلاف سایر نظام های حقوقی که غالب احکام خود را از عقل بشری و تجربه استخراج می کنند، ویژگی نظام حقوقی اسلام در این است که :

اولاً منابعی فراتر از عقل برخوردار است که برخی مانند قرآن کاملاً مصونیت دارند،

ثانیاً چون در استنباط های عقلی امکان اشتباه وجود دارد،

سایر منابع حقوق اسلامی راه های تشخیص حکم صحیح عقل را از حکم ناصحیح نشان می دهند و در کتب امامیه ضمن بالا بردن نقش عقل و دعوت و تشویق به کارگیری آن، میان استنباط قطعی عقل با استنباط ظنی و مشکوک فرق قائل شده و جامعه و مردم را از طریق قیاس و استحسان و احکام ظنی در بوته آزمایش قرار نمی دهند.

در مهندسی نظام مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی ضروری است ابتدا بحث مسئولیت مدنی در هر یک از منابع استنباط احکام منقح شود و بعد مباحث پراکنده ای که به عنوان جزایر منفصل از هم در منابع مختلف فقهی اعم از قرآن، سنت و عقل و سیره عقلاء وجود دارد یکپارچه شده و ارتباط منطقی و صحیح میانشان برقرار و یک نظریه عمومی از مسئولیت مدنی ارائه شود.

۳-۳ احسان و مسئولیت مدنی و اداره مال غیر

عنوان دیگر موجب مسئولیت مدنی اداره مال غیر است که در ماده ۳۰۶ قانون مدنی از آن سخن به میان آمده است. در این نوع اداره که مدیر بدون اجازه مالک مال، صورت می دهد لازم است نفع و مصلحت مالک مد نظر و هدف مدیر از اداره باشد همچنین از دیگر شرایط این است که مدیر قصد تبرع و انجام عمل رایگان نداشته باشد و اخذ اجازه نیز ناممکن یا منجر به ضرر مالک باشد. واضح است چنین مدیری به دلیل احسانی که نسبت به مالک دارد نباید از کار نیکش متضرر گشته و پشیمان شود و جبران هزینه ها و اجرت عملی که انجام داده است حداقل برخوردار است که نسبت به وی انجام می پذیرد.

از برخی آیات قرآن کریم می توان لزوم جبران خسارت و پرداخت اجرت مدیر مال غیر را استنباط کرد. از جمله آیه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» و همچنین آیه «ما علی المحسنین من سبیل» که مطابق آنها شخصی که هدف احسان و نفع رساندن به دیگری را دارد نه تنها نباید از این عملش متضرر گردد بلکه باید اجرت عمل وی پرداخت گردد.

برخی از حقوقدانان مفاد ماده ۳۰۶ قانون مدنی ایران را از مصادیق قاعده احسان دانسته اند چنانکه دکتر کاتوزیان در این باره می نویسد:

«از شرایطی که ماده ۳۰۶ ق. م. برای امکان رجوع مدیر فضولی به مالک، معین کرده و از اصل عدم ولایت بر دیگران بر می آید، این است که مدیر در صورتی می تواند مخارجی را که برای اداره اموال مالک هزینه کرده است مطالبه کند که به قصد احسان و یاری او اقدام کرده باشد یعنی به عنوان تصدی به امور حسبی به اداره مال بدون سرپرست غایب با محجور پرداخته باشد. جزای چنین احسانی را جز به احسان نمی توان داد، وگرنه هیچ کس حق دخالت در امور دیگران را ندارد، هر چند برای آنان مفید باشد. بنابراین شرایط تحقق نهاد حقوقی اداره فضولی اموال، غیر دو شرط اصلی است یکی دخالت فضولی، دوم قصد احسان یا قصد اداره مال برای دیگری، قصد احسان یا به تعبیر روشن تر قصد اداره به حساب آمده و برای مالک، عامل روانی است که آن را از استیلا نامشروع خارج کرده و در زمره اعمال مباح و محترم در می آورد. (لطفی: ۵۰)

۳-۴ احسان و عرف

بدین ترتیب مبنای حقوق طبیعی که تا آن روز عقل و فطرت بشری دانسته می شد، تغییر یافت و زمینه ایجاد حقوق طبیعی عرفی و گسترش تعداد قواعد فراهم شد، امری که محدودیت حاکمیت اراده را در پی دارد (reglad, ۱۹۳۴: ۲۶) (شهابی: ۱۰۹)

عرف در حقیقت منبعی مستقل برای تولید قواعد حقوقی به شمار نمی آید (reglad, ۱۹۳۴: ۲۶) و تنها در صورتی جزء منابع حقوق محسوب می شود که قانون موضوعه استناد به آن را مجاز دانسته باشد، هم چنین با افزایش قواعد آمره، رویه قضایی و نقش قاضی محدودتر از گذشته می شد.

برتری «حقوق عرفی» بر قوانین است، زیرا اگر مبنای همه قواعد حقوق «وجدان عمومی» باشد، طبیعی است که قاعده ای که به طور مستقیم از این منبع نشئت گرفته است، باید بر آن چه قانون گذار در این مورد اعلام می کند برتری داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۹۵-۴۹۴) این امر یعنی مبنا

انگاشتن عرف، موجب می شود که حقوق نقش اصلاحی خود را در اصلاح ساختار اجتماعی از دست دهد.

مخالف ناسیونالیسم آلمان با حقوق طبیعی فرانسوی موجب شد به جای ایده جهانی بودن حقوق و حقوق طبیعی جهان شمول، نظریه بومی بودن حقوق اتخاذ شود، نظریه ای که در ضمن به تحوّل بودن حقوق در برابر تحجّر قوانین مدون قائل بود (Kelly, ۱۹۹۲: ۳۹۴). بنیانگذار این مکتب را باید ساوینی (۱۷۷۹-۱۸۶۰) دانست. وی در تبیین این مکتب می گوید:

«حقوق نه از طبیعت اشیاء برمی خیزد نه بر اساس عقل گرایی و تجزیه و تحلیل ایده آلیستی پدید می آید، بلکه حقوق هر قومی مخصوص خود اوست و این نظام حقوقی به مرور زمان همراه با رشد فرهنگ و تمدن آن قوم رشد یافته، در آینده نیز به همین روند تکامل می یابد، نمی توان قواعد آن را به یک باره به وجود آورد یا دگرگون ساخت. به عبارت دیگر، نه اراده جمعی و نه اراده فردی (اصل حاکمیت اراده) ایجاد کننده قواعد حقوقی نیستند. هر نوع قانونگذاری نیز بر اساس تجزیه و تحلیل عقلی، با رشد طبیعی حقوق منافی است و حرکت تکاملی آن را کند می نماید. (دل و کیو، ۱۳۸۰: ۱۴۱) و (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۴۱)

اندیشمندان مکتب تحققی اجتماعی نظیر دورکیم و لوی برول معتقدند که حقوق در نتیجه شعور جمعی یا تقسیم کارهای اجتماعی به وجود می آید و ناشی از زندگی اجتماعی است و نه اراده قانون گذار (Kelly, ۱۹۹۲: ۳۵۷) بدین ترتیب باید گفت طرفداران نظریه جامعه شناسی حقوق، «وجدان عمومی» را مبنای مشروعیت قواعد حقوقی می دانند، در حقیقت حقوق را زائیده وجدان اجتماعی تلقی می نمایند.

از منظر آگوست کنت وجدان عمومی مستقل از داوری های فردی است، می توان آن را رویدادهای اجتماعی به خوبی حس کرد و آن را به دلیل عمومی بودنش الزام آور دانست (Comte, ۱۹۲۹: ۸۷/۱; Lacroix, ۱۹۵۶: ۵۰) دورکیم، ملاک خوبی و بدی در زندگی اجتماعی و میزان اعتبار مقررات حقوقی را تشخیص «وجدان عمومی» یعنی «مجموعه اعتقادات و احساسات مشترک در میانگین افراد یک جامعه واحد» می داند (دورکیم، ۱۳۶۹: ۹۲)؛ لوی برول نیز در خصوص اصل و ریشه مجموع

قواعد حقوقی معتقد است که حقوق ناشی از تمایلات گروه اجتماعی است که می خواهد بر آن اساس روابط اجتماعی خود را سامان بخشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۸۰)

اگر مبنای قواعد حقوقی را وجدان عمومی و شعور جمعی بدانیم، دیگر تفاوتی اساسی میان قانون و عرف و رویه قضایی وجود ندارد. همه اینها مظاهر خارجی وجدان عمومی اند و وجه ممیزه آنها تنها در طرز اعلام و فنون مربوط به صورت خارجی قواعد است (Reglad, ۱۹۳۴: ۲۷) اما عرف نخستین پدیده اجتماعی است که به طور مستقیم از وجدان عمومی سرچشمه می گیرد و از شعور جمعی متأثر می شود.

بنابراین، عرف (عرف مستقل از قانون) عرفی را که برای تبیین آن نیازی به قانون نیست، باید در این نظریه، نخستین و در عین حال مهم ترین منبع قاعده حقوقی دانست (داوید ۱۳۷۸: ۱۵۴). اما در این میان قانون و رویه قضایی نیز به عنوان پدیده هایی اجتماعی بررسی می شوند، زیرا این دو، چهره دیگری از نتایج فشار خواسته های عمومی است و از این حیث باید در کنار عرف به حساب آیند. در این مکتب، اعتبار «اصول کلی حقوق» به قدرت قانون گذار متکی نیست، بلکه اعتقاد عمومی خود به خود آنها را ایجاد می کند (داوید، ۱۳۸۷: ۱۵۴)

مکاتب واقع گرایی قضایی، فایده گرایی حقوقی و هنجارگرایی حقوقی، به عنوان مهم ترین شاخه های واقع گرایی دولتی بررسی می شوند.

مقصود از واقع گرایی قضایی، اندیشه کسانی چون هومز، راسکو پاند، جروم فرانک و کارل لولین، قضات آمریکایی است کسانی که به نقش قاضی در ایجاد قاعده حقوقی قائل بوده و بدین دلیل که ماهیت حقوق را تجربی و نه منطقی می دانند به قاعده مند سازی قانونی و مبتنی بر منطق خشک روابط اجتماعی اعتماد چندانی ندارند (تروپه، ۱۳۸۶: ۳۱).

از این منظر حکم حقوقی در مسیر تعامل با واقعیت ها و هست های اجتماعی، تابع تشخیص و صلاحدید قاضی قرار می گیرد. در واقع در حوزه حقوق این قوانین نیستند که حاکم اند بلکه قضات هستند که حکومت می کنند.

مبنای این نظریه فایده گرایی حقوقی اصل «بیشترین خوشبختی برای بیشترین افراد» و به عبارت دیگر تقلیل عدالت به سودمندی است. این اصل مقتضی تقدم مصلحت اجتماع بر مصلحت فرد و متابعت از قانون است که بر اساس اعتبار رأی اکثریت تصویب می شود.

در تفکیک «حقوق به معنای خاص» و «قوانین در معنای غیر دقیق» می توان به ارائه مثالی از حقوق داخلی متوسل شد، ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور که لزوم ثبت معاملات راجع به املاک در دفاتر اسناد رسمی را مقرر می دارد، مثالی از حقوق به معنای خاص است و مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ قانون مدنی که زن و شوهر را مکلف به حسن معاشرت و تشیید مبانی خانواده می کند، قانون در معنای غیر دقیق محسوب می شود.

استین ماهیت قوانین موضوعه را فرمانی می داند که به طور کلی و با پشتوانه مجازات (ضمانت اجرا) از سوی یک مقام مافوق سیاسی صادر شده باشد. به عبارت دیگر، وی برای یک دستور (قاعده حقوقی) پنج جنبه را در نظر می گیرد:

اراده،

ضمانت اجرا،

بیان اراده،

عمومیت و

وجود یک مقام عالی سیاسی غیر قابل شناسایی که حاکمیتش نامحدود و تجزیه ناپذیر است.

این مقام مافوق سیاسی «حاکم» نام دارد که ضرورتاً یک فرد نیست، بلکه احتمالاً یک گروه یا جمعی از افراد است وجود چنین «حاکمی» شرط وجود جامعه سیاسی است. هم چنین شرط ضروری برخورداری از موقعیت حاکم این است که عادتاً از هیچ مرجع دیگری پیروی نکند.

در نظام حقوقی ایران، عرف به عنوان منبع درجه دوم، در صورتی که قانون اجازه داده باشد، می تواند منبع قاعده حقوقی باشد.

ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران مصداقی از این حکم است. در صورت سکوت، اجمال و یا ابهام قانون، «عرف و عادت مسلم» نمی تواند نقشی به عنوان منبع قاعده حقوقی داشته باشد. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، برخلاف ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، نه تنها به «عرف و عادت مسلم» اشاره نکرده، بلکه مراجعه به اصول حقوقی را نیز تنها در صورتی معتبر دانسته که خلاف شرع نباشد.

اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ایران نیز اجازه رجوع به عرف را به عنوان منبع نداده است. عرف بر دو گونه است:

عرف حکمی

عرف موضوعی

عرف حکمی همان عرف به عنوان منبع حقوق است که با توجه به اینکه در فقه امامیه نظر مساعدی در خصوص آن نیست مواد یاد شده بدان اشاره ای نکرده اند.

نقش عرف موضوعی که می توان آن را عرف متمم حقوق دانست، به شناسایی مصادیق اجرای حکم محدود است. بی تردید عرف در این معنی بارها در فقه امامیه و هم چنین حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته است. عرف به معنای اخیر، منبع قاعده حقوقی نیست (علیدوست، ۱۳۸۶: ۲۱۳، ۲۵۲)

در هنجار گرایی حقوقی عرف از نقش فراتر رفته و شأن مبنای اعتبار یا منشاء الزام آوری قواعد حقوقی را می یابد، چرا که مبنای اعتبار قانون اساسی نیز می باشد. قانون اساسی به این دلیل دارای اعتبار است که برآورنده انتظارات اجتماعی در زمان تصویب مردم یا همان اراده جمعی است.

(Rottleuthner, ۲۰۰۵: ۱۵۷)

پس از جنگ جهانی دوم اندیشمندان حوزه فلسفه حقوق دریافتند که انکار مفاهیم حقوق طبیعی و پذیرفتن اراده حکومت به طور مطلق موجب انکار تفاوت میان ظلم و عدالت است، امری که نتیجه اجتناب ناپذیر آن، وضع اسف بار انسان و آرمان های او در قرن بیستم است. ملت ها و طبقات

مختلف مردم خواستار نظم اجتماعی نوینی بودند که در آن حقوق بشر (بایدها و نبایدهای ارزشی) محترم انگاشته شود و حکومت ملزم به رعایت اصول حداقلی باشد (Kelly, ۱۹۹۲: ۵۸۵).

بدین ترتیب قواعد مربوط به حقوق بشر به عنوان اصولی غیر قابل تجدید نظر، انعطاف ناپذیر و به عنوان حقوقی که هیچ شخص یا دولتی حق تعرض به آنها را ندارد، جایگاه برتری در نظام حقوقی پیدا کرد. نتیجه آنکه، تمرکز بر «حقوق بنیادین انسان» در کنار به رسمیت شناختن حق حاکمیت دولت و حکومت قانون موضوعه، احیاء دیدگاه‌هایی نوین را موجب شد، دیدگاه‌هایی که متضمن مفاهیمی چون حقوق فردی، نقش تضمینی دولت و قانون در رابطه با این حقوق و بنیان دولت در اراده مردم بود. در نتیجه، قانون به عنوان ابزاری دولتی، وظیفه سازگاری میان منافع عمومی از یک سو و حقوق بنیادین شهروندی از سوی دیگر را بر عهده گرفت (Shiner, ۲۰۰۵: ۱۵۹).

رادبروخ در نوشتاری بر این موضوع تأکید کرد که قوانینی که به طور عمدی مقتضیات فطرت و عدالت را نادیده انگارند، باطل اند و مردم تکلیفی در پیروی از آنها ندارند، حقوقدانان نیز باید جرأت قانون ندانستن آنها را داشته باشند (Kelly, ۱۹۹۸: ۶۰۵). بدین ترتیب قانون به عنوان منبع قاعده حقوقی نقش موضوعیتی نخواهد داشت.

ژرژ دل وکیو (۱۹۷۰ م.)، با نظراتی که در کتاب فلسفه حقوق در خصوص استقلال انسان و عدالت بیان می‌کند، به نظریه‌های حقوق طبیعی مدرن بسیار نزدیک می‌شود. به عقیده وی «انسان جدا از هرگونه تجربه و به حکم فطرت، دارای قدرتی است که می‌تواند عدالت را از ستم بازشناسد. ارسطو نیز همین قوه یا احساس عدل و ظلم را صفت اصلی و مشخص انسان در برابر دیگر حیوانات می‌داند.» (Del vecchio, ۱۹۳۶: ۲۸۳).

دل وکیو مبنای تمام قواعد حقوق را طبیعت انسان می‌داند. از این سرچشمه است که اصول ثابت عدالت، یعنی همان حقوق طبیعی تراوش می‌کند (Del vecchio, ۱۹۳۶: ۹۱). این اصول ثابت که باید با اصول اخلاقی نیز منطبق باشد، امری و الزام آور است. این الزام به درجه‌ای است که دولت را مکلف می‌کند برای ایجاد زمینه استفاده هر چه بیشتر انسان از استعدادهای خود و حمایت از حقوقی که به طور طبیعی به وی تعلق دارد، قوانین حداقلی تصویب و اجرا کند.

قانون و عرف و با آن که عرف را شکل اصلی ابزار اراده اجتماعی می‌داند، آن را در مرتبه فروتری نسبت به قانون قرار می‌دهد، البته نه از آن جهت که قانون چنین ترتیبی را مقرر می‌کند، بلکه به جهت ضرورت اجتناب ناپذیر وجود یک قاعده ثابت دارای محتوا و مدت معین و معتبر و به نحو یکنواخت در سراسر کشور.

بر این اساس نیاز به نظام حقوقی یکسان است که موجب برتری قانون می‌شود. عرف غالباً غیر دقیق، انعطاف پذیر و از محلی نسبت به محل دیگر ناهمگون است، اما قانون همه جا دقیق، ثابت و مطمئن است (Del vecchio, ۱۹۳۶: ۲۸۳) (vecchio o l ۱۹۳۶: ۲۸۳) ف پذیر و از محلی نسبت به محل دیگر ناهمگون است، اما قانون همه جا دقیق، ثابت و مطمئن است (معین و معتبر و به). عرف ماهیتاً جنبه خاص دارد، به رغم آن که گاه عرف در تلاش است برخلاف قانون قد علم کند، همواره از طریق مجموعه های منسجم و متحد حقوقی که معمولاً به صورت مجموعه قوانین ظاهر می‌شوند، ناکام می‌ماند. وی بر این عقیده است که برای رفع نقایص احتراز ناپذیر مقررات موضوعه در موارد پیش بینی نشده و تطبیق قواعد حقوقی با مقتضیات در حال تغییر جامعه، نظام حقوقی باید همواره از قضات، اندیشه علمای حقوق و اصول کلی حقوقی کمک بگیرد (Del vecchio, ۱۹۳۶: ۲۱).

واقع گرایی اخلاقی را می‌توان در تقابل با واقع گرایی دولتی (واقع گرایی قضایی، فایده گرایی حقوقی و هنجارگرایی حقوقی) ارزیابی کرد. واقع گرایی اخلاقی به یکی بودن حقوق و اخلاق قائل نیست و برعکس بر جدایی آن دو تأکید دارد. این امر در ظاهر، نوعی تناقض یا تعارض درونی را به همراه دارد، با این وجود اصرار بر این جدایی، به معنای عدم توجه حقوق به اخلاق نیست. بلکه برعکس واقع گرایی اخلاقی بر این امر تأکید دارد که قواعد حقوقی بیان کننده مزیت های اخلاقی است، هر چند حقوق و قاعده حقوقی را با ارجاع به اخلاق نمی‌توان تعریف کرد و توصیف حقوق یک داوری اخلاقی نیست (تروپه، ۱۳۸۶: ۳۱) و (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۷)؛ به عبارت دیگر توصیف حقوق، عادلانه بودن یا نبودن اخلاقی قاعده حقوقی و در نتیجه لزوم یا عدم لزوم تبعیت اخلاقی از آن را نتیجه نمی‌دهد (Hart, ۱۹۷۶: ۲۱۶).

در برخی از اندیشه های واقع گرایی، نظیر اندیشه هربردت هارت، قانون منبع دو گروه از قواعد (اولیه و ثانویه) تلقی می شود. همواره این امکان وجود دارد که قواعد اولیه که همان قواعد آمره و الزام آورند به دلیل ایستایی و کلی بودن، عدم کارآمدی نظام حقوقی را در پی داشته باشند، رفع این چالش مستلزم قواعد ثانویه است، قواعدی که اختیارات و صلاحیت هایی را برای شناسایی قواعد اولیه، حل و فصل دعاوی و در نهایت تغییر قواعد به وسیله قراردادهای خصوصی و اختیارات قانونگذاری اعطا کند (Hart, ۱۹۷۶: ۵۱).

قانون، عرف، رویه قضایی و اندیشه عالمان حقوق به عنوان منابع قاعده حقوقی مطرح می شوند. بر حسب منشاء الزام آوری قاعده حقوقی، ماهیت هر یک از این منابع در نظام حقوقی متفاوت است. این تأثیر

می تواند تا آن جا باشد که هر یک از این منابع از سطح منبع فراتر رفته و به جای این که ابزار بیان قاعده حقوقی باشند، به ابزار ایجاد قاعده حقوقی نزدیک شوند. قانون در اندیشه فایده گرایی حقوقی و حتی در برخی از اندیشه های مبتنی بر عقلانیت انسان گرایانه همانند اندیشه روسو، برخلاف آنچه در اندیشه واقع گرایی اخلاقی است، چنین وضعیتی را می یابد. رویه قضایی نیز در اندیشه واقع گرایی قضایی به ابزار ایجاد و نه فقط بیان قاعده حقوقی نزدیک می شود.

با پذیرش مبنای اراده الهی قانون و عرف نمی توانند در نظام حقوقی منابع مستقل و درجه اولی به شمار آیند، زیرا در غیر این صورت در تعارض با مبنا قرار می گیرند، امری که در نظام های حقوقی غیر دینی نیز پذیرفتنی نیست.

فصل چهارم

قاعده تسهیل و محدوده انعطاف

پذیری آموزه های اسلامی با

رویکرد فقه و حقوق

۴-۱ تسهیل در لغت و اصطلاح

«تسهیل» در لغت از ماده «سهل» است که در اصل به بیابان و زمین صاف در مقابل کوه و کوهستان گفته می شود. (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵ : ۱۷۳۳) و به معنای آسان آمدن کار و کاستن از سختی است. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴ : ۷) و (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱ : ۳۴۹). هم چنین این واژه در لغت، به نقیض تعاسر (نشوان حمیری، ۱۴۲۰، ج ۵ : ۳۲۵۱) یا مرادف با تسامح معنا شده است. (مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۴ : ۳۶۵).

تسهیل در اصطلاح دانش فقه نیز برگرفته از معنای لغوی آن، به معنای آسان کردن و ضد صعوبت و عدم ضیق و کلفت و سختی است. (شهید ثانی، ۱۴۲۱، ج ۲ : ۷۵۱). دانش فقه چون به کشف و تبیین احکام و وظیفه شرعی مکلفان می پردازد، مقصود از تسهیل در این دانش، کشف احکام از ادله، مبتنی بر آسان گیری بر مکلف و صدور فتوا و تعیین وظیفه فعلی مکلف بر آن اساس است.

۴-۲ مستندات قاعده تسهیل

چون قاعده تسهیل می تواند به عنوان قاعده ای کلی در استنباط احکام شرعی و تعیین وظیفه فعلی مکلف استفاده شود؛ از این روی لازم است تا مدارک و مستندات قاعده تسهیل در فقه و حقوق اسلامی بازساخته شود.

۴-۲-۱ آیات قرآن کریم :

در قرآن کریم، سه آیه وجود دارد که به ترتیب شماره سوره و شماره آیه آورده می شود :

آیه ۱۷۸ از سوره بقره «... ذلک تخفیف من ربکم و رحمه فمن اعتدی بعد ذلک فله عذاب

الیم»

آیه ۱۸۵ از سوره بقره «... یریدالله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر...»

آیه ۲۸ از سوره نساء «یریدالله ان یخفف عنکم و خلق الانسان ضعیفا»

۴-۲-۲ روایات :

دو روایت مهم در این مورد، محلّ استناد است.

روایت صحیحہ ابن قَدّاح:

... عدّه من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن جعفر بن محمّد الاشعری عن ابن القداح عن ابی عبد الله (ع) قال: جاء امرأه عثمان بن مظعون الى النبی (ص) فقالت: یا رسول الله (ص) إنّ عثمان یصوم النهار و یقوم الیل فخرج رسول الله (ص) مغضباً یحمل نعلیه حتّی جاء الی عثمان.... فقال له : یا عثمان! لم یرسلنی الله تعالی بالرهبانیه و لكن بعثنی بالحنیفیه السهله السمحه اصول و این روایت ، در منابع اهل سنت و شیعه (کلینی، ۱۴۱۷، ج ۵: ۴۹۴) آمده است.

روایت صحیحہ اسماعیل جعفی:

... عن اسماعیل الجعفی قال: سألت ابا جعفر (ع) عن الدّین لایسع العباد جهله فقال «الدّین واسع و لكن الخوارج ضیقوا علی انفسهم من جهلهم...

(کلینی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۰۵)

افزون بر این دو روایت خاص، فقها به مجموعه ای از روایات در باب های مختلف فقه و حقوق استناد می کنند. با بررسی دلالت این روایات، می توان به طور قطع ادعا کرد که شیوه شارع در تشریح احکام، بر تسهیل امر بنا شده است.

۴-۲-۳ بنای عقلا

به یقین می توان ادعا کرد که سیره عقلا، استفاده از روشی است که اهداف شان را به آسان ترین وجه ممکن و با کمترین سختی محقق سازند و آنان را به راحت ترین شکل ممکن به هدف برسانند؛ شارع نیز چون با عقلا هم مسلک است، قانون گذاری را بر اساسی استوار کرده است که در سایه عمل به شریعت، غایات و اهداف از تشریح قوانین، هرچه باشد به آسانی محقق شود.

۴-۲-۴ سیره عملی فقها

بررسی احکام فقهی و حقوقی فقها، به ویژه فقهای متقدم نشان می دهد که سهله و سمحه بودن شریعت بر کارآمدی و اثربخشی اجتماعی احکام دینی افزوده است. چند مثال نمونه بحث است:

علامه حلی : در اشکال بر سید مرتضی (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۳۵۵)

شهید اول : در اشکال و ردّ نظر شیخ طوسی (شهید اول، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۵۶)

فاضل مقداد : در بیان قاعده ای با عنوان «المشقه سبب للتیسیر» (فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۱۵)

مقدّس اردبیلی : در بحث طهارت (مقدّس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۳۳۶)

محقق کاظمی : در بحث حج (کاظمی، بی تا، ج ۲: ۱۵۷)

حاج آقا حسین خوانساری : (محقق خوانساری، بی تا، ج ۳: ۴۶۸)

محقق بحرانی : در بحث ردّ بنای بر اقل در کثیرالشک (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۹: ۲۹۶)

محقق بهبهانی : (بهبهانی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۵۱ و نیز ج ۲: ۲۷۲)

صاحب ریاض : (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۶۳)

میرزای قمی : (میرزای قمی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۸۲ و نیز ج ۵: ۱۶۴ و نیز ج ۶: ۱۳۴)

سید عبدالاعلی سبزواری : (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۳)

۴-۳ معیار سهولت از دیدگاه شارع

صدور حکم فقهی و حقوقی مستند به «قاعده تسهیل»، مستلزم شناخت معیار سهولت از دیدگاه شارع است تا فقیه و قاضی و حاکم شرع در مقام استنباط، حکمی منطبق بر معیار سهولت در اجرای احکام برگزینند. توجه به این نکته ضروری است که معیار سهولت در باب های مختلف فقه و حقوق با

یکدیگر متفاوت است و باید در هر باب، با بررسی مدارک و ادله احکام، به کشف معیارهای مدنظر شارع در تسهیل ادای تکلیف در آن باب پردازد.

بررسی معیارهای معتبر در یافتن مصادیق و اطلاقات اعمال قاعده تسهیل، نیازمند پژوهشی مستقل است.

۴-۳-۱ محل جریان قاعده تسهیل

کارایی این قاعده در فرآیند استنباط احکام در دو مورد است:

در فرآیند استنباط اول و کشف آسان ترین مطابق با سنجه های معتبر در سهولت انجام تکلیف

در فرآیند استنباط دوم به عنوان سنجه تقدیم و ترجیح در مقام تعارض بین ادله

۴-۳-۲ نهاد تشخیص سهولت

با توجه به لزوم اعتباربخشی شارع به سنجه های سهولت در اجرای احکام، مرجع تشخیص سهولت، شرع انور و شارع مقدس است.

۴-۴ بازشناخت جایگاه عرف در فقه و حقوق

«عرف» در اصطلاح فقه به معنای معروف و عبارت از خیر و رفق و احسان است (مقری فیومی، بی تا، ج ۱: ۴۰۴). در تعریفی هم آمده است: عرف هر چیزی است که به پیروی و گواهی عقل، در نفوس استقرار پیدا کند و طبع مردم آن را بپذیرد (فیض، ۱۳۸۱: ۲۳۴). بر این تعریف، و تعریف های مشابه، این اشکال وارد است که در آنها گواهی و پذیرش عقل یا طبع سلیم قید شده است، در حالی که همه عرف ها از این ویژگی برخوردار نیستند، زیرا عرف بر دو قسم است: عرف صحیح و عرف ناصحیح. بنابراین تعریف های یادشده جامع نیستند. بهتر این است که گفته شود عرف هر چیزی است که مردم بدان عادت کرده و با آن آشنایی داشته باشند و بر وفق آن رفتار کنند یا آن را ترک نمایند،

خواه آن چیز گفتار باشد، خواه کردار (همو، ص ۲۳۴). عرف بیش از هر چیز به سیره عقلا و بنای عقلا نزدیک است (همو، ص ۲۳۵) گرچه عین آن نیست (علیدوست، ۱۳۸۵: ۱۲۱)

عرف قاعده ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷۸؛ همو، ۱۳۷۹: ۴۱۲). همچنین گفته شده است: غالباً چیزی به صورت عرف درمی آید که اکثریت قوم یا ملت آن را نیکو بدانند. به همین جهت کلمه معروف در مورد عرف و عادت به کار می رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۵۵). عرف را می توان به اقسامی بخش نمود، مانند عرف عام، عرف خاص، عرف عملی، عرف قولی و ... آنچه در این پژوهش مورد نظر قرار دارد عرف صحیح در مقابل عرف فاسد است. عرف صحیح چیزی است که در پرتو عقل در میان مردم اندیشمند متداول گردد، با دلیل و قانون شرعی مخالفتی نداشته باشد، در آن مصلحتی از میان نرود و مفسده ای به بار نیاید (فیض، ۱۳۸۱: ۲۳۶).

نقش تعیین کننده عرف، در احکام فقهی نیز از وجود احکام متعدد امضایی روشن می گردد. در عرصه مسائل اجتماعی مانند فقه خانواده یا مسائل داد و ستد تعبد راه ندارد (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۷۸). بنابراین برای دریافت مراد شارع و تعیین ظهور ادله لفظی، در مواردی از اصول عملی به عرف مراجعه می شود، همچون تعیین حدود موضوع حکم شرعی، اثبات تحقق موضوع، و تغییر موضوع حکم (واسعی، ۱۳۸۵: ۱۳۳-۱۳۸).

یکی از مواردی که عرف به کمک فقیه می آید، احکامی است که موضوع عرفی دارند (نجفی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۵۹). افزون بر آن در موارد بسیاری، فقیهان عرف را ملاک حکم معرفی کرده اند، به عنوان مثال در وجوب حضانت از شخص گم شده (مکی، ۱۴۲۶، ج ۳: ۹۵) و جواز استفاده از آنچه بر سر عروس نثار می شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۳۱)

بنابراین بسیاری از عرف ها مورد تقریر و تأیید شارع مقدس قرار گرفته و بعدها به نام حکم امضایی خوانده شده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۵۵)؛ حتی گاه بر اساس آن عرف ها از مقتضای اصول اولیه عدول می شود (اصغری، ۱۳۸۶: ۳۲۴).

۴-۴-۱ بازساخت جایگاه عرف در قانون

منبع اصلی حقوق در کشور ما قانون است. اما عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر به سزا دارد. از دیدگاه حقوق دانان در حقوق جزاء، منابع الزامی مواردی چون قانون اساسی و قوانین جزایی است، اما عرف هم از منابع ارشادی به شمار می رود (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۹).

استناد به عرف و عادت وقتی جایز است که از طرف شارع مقدس نص یا قاعده و دلیل روشنی برخلاف آن وجود نداشته باشد (ناصری، ۱۳۸۴: ۵۴)

قرآن کریم در ۱۹ مورد مردان را مکلف به حسن معاشرت نیکو در برابر زنان می کند. رفتار نیکو در تمام ابعاد حقوق همسران جریان دارد. زیرا آیه شریفه قرآن کریم در این مورد خطابی عام و فراگیر است، و می فرماید: «عاشروهن بالمعروف» (نساء/ ۱۹) گرچه مخاطب این آیه مردان هستند، اما «معاشرت» به دلیل ساختار واژگانی (باب مفاعله) از مفاهیم اجتماعی و دو سویه است که چنانچه موضوع آن با پسوند خانواده مورد نظر و محل گفت و گو باشد، مانند آیه شریفه مورد بحث، تنها ملاک رفتاری برای مردان نیست و مقصود از آن هم زمان تعیین ملاک و مبنای رفتار شوی با زن و نیز زن با شوی خویش است. پس مردان و زنان در رفتار متقابل خانوادگی و زناشویی از این زاویه که هر دو باید طبق اصول روابط مختلف همسران از دو آیه شریفه «عاشروهن بالمعروف» (نساء/ ۱۹) و «لهن مثل الذی علیهن بالمعروف» (بقره/ ۲۸۸) به دست می آید که ملاک تمامی حقوق و چگونگی آن است. چرا که از آیه نخست، کیفیت زندگی مشترک در تمامی مسائل و از آیه دوم، ملاک آنها که عدالت است فهمیده می شود که مبین طرز رفتار همسران در عرصه های گوناگون زندگی خانوادگی است.

صاحب المیزان نیز در ذیل آیه شریفه می فرماید:

«عملی معروف است که هم طبق هدایت عقل صورت گرفته باشد، هم با حکم شرع یا قانون جاری در جامعه مطابق باشد، هم با فضایل اخلاقی منافاتی نداشته باشد و هم سنت های ادبی آن را خلاف ادب نداند. چون شریعت اسلام براساس فطرت و خلقت بنا شده است، معروف از نظر اسلام همان

چیزی است که مردم آن را معروف بدانند، البته مردمی که از راه فطره منحرف نشده اند. یکی از احکام چنین اجتماعی آن است که تمامی افراد و اجزای اجتماع در هر حکمی مساوی و برابر باشند و در نتیجه احکامی که علیه آنان است با احکامی که به نفع آنها است برابر باشد (طباطبایی، بی تا، ج ۴: ۲۴)

یکی از مواردی که به طور سنتی مسقط ضمان است، قاعده احسان است و مقصود از این قاعده آن است که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به دیگران، موجب ورود ضرر به آنان شود عمل او ضمان آور نیست. (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۰۶)

۴-۵ اصل مساهله:

یکی از مدارک قاعده «درأ» اصل مساهله است که برگرفته از حدیث نبوی^(ص) معروف «بعثت بالحنیفة السهلة السمحة» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۶۶، ۴۲) می باشد، که بنا بر آن سعی در تسهیل بر بندگان در مواضع مختلف است بخصوص در اجراء حدود، پس تلاش در رفع حدود است به واسطه کمترین شبهه، بنا بر مسامحه. چنان که صاحب جواهر^(ه) می فرماید: «حدّ به شهادت زنان، به واسطه ابتناء حدود بر تخفیف و رفع آن به شبهات، ثابت نمی شود» (وزیری: ۳۱)

اهداف شرع و قواعد فرعی آن که به تعبیر عالمان اصول فقه بر دو نوع اند: یکی از اهداف کلی و مرتبط با آماج های کلی شرع که قرار است احکام کلی آنها، مصالح امت را تحقق بخشند و دیگری اهداف خاصی که در پیوند با آماج های بخش های مشخصی از احکامی است که مصلحت معینی از مصالح و منافع مردم را تحقق می بخشند. اهداف یا مقاصد خاص، تقسیمات ریزتری هم دارند که در پیوند با حکم شرعی معینی قرار می گیرند. فقیهان و اصولیان در مشخص ساختن انواع اهداف کلی شرع، اختلاف نظر دارند، ولی جملگی در خصوص خطوط عمده مرتبط با چارچوب تحکیم عدالت و برادری و حفظ دین و نفس و عرض و نسل و مال و عقل و غیره، دارای اتفاق نظر هستند و از آن جا که مسئله اهداف (مقاصد) شرع، در پیوند با تحقق مصالح و پیشگیری از مفساد است، بیم در افتادن در وضعیّت حدس و گمان های فردی که افراد درگیر آن می شوند، ما را بر آن می دارد تا این

موضوع را فقط در عرصه های فردی، به تصمیم مجتهد حواله دهیم، ولی عرصه های اجتماعی یا عرصه ای که به امت مربوط می شود، موضوع به ولی شرعی امت واگذار می شود تا یکی از وظایف وی در پروسه قانونگذاری باشد که در این صورت نیز عرصه انعطاف پذیری در شریعت است که با اجتهاد ولی امر و تشخیص مصلحت از سوی وی که - چنان که خواهیم دید تحقق بخش هدف شریعت است - در پیوند خواهد بود. (تسخیری، ۱۳۸۴: ۵)

تأثیر زمان و مکان در موضوع حکم شرعی، چیزی است که مضمون حکم شرعی و شکل آن را تعیین می کند و از جمله نمودهای چنین تأثیری، اختلاف مصداق های هر مفهوم در جاهای گوناگون است، مانند اسراف، ثروت، احترام و تدارک نیرو و غیره، چنانکه ای بسا نیازهای زمان و مکان گاه مستلزم تعطیل یک حکم یا نظام برای دوره معینی به دلیل تزامم میان ضرورت اجرای آن حکم و پیامدهای منفی ناشی از اجرای آن در وضعیّت خاص اضطراری است و زمانی که این حکم مربوط به کار امت باشد، ناگزیر باید تشخیص این تزامم و تعیین اولویت را نیز به ولی امر وا گذاشت.

گشودن باب اجتهاد در عرصه استنباط احکام شرعی که خود انعطاف پذیرترین عرصه در شرع به شمار می رود. به عبارت دیگر، روند اجتهاد، روند بسیار ظریف و نیازمند تخصص ویژه ای است که هر کس را یارای کسب آن نیست، حتی خود مجتهد نیز نمی تواند طبق نظر و ترجیح خویش، به اجتهاد بپردازد. وقتی مجتهد در منابع شرع به یافتن دلیل موفّق نشد، در یک چارچوب روش شناختی مرتبط با شارع اجازه نمی دهد اندیشه بشری چیزی از پیش خود به اسلام بیفزاید. این امر دلیلی بر دقت و ظرافت پروسه اجتهاد است و نشان می دهد که به مجتهد اجازه داده نمی شود روش، قواعد یا اصول بیگانه با جنس شرع را اختراع کند. به عبارت دیگر، دست مجتهد و به طریق اولی غیر مجتهد را که مطلقاً اجازه دخالت در مواردی که در تخصص وی نیست ندارد؛ در اعمال تجدد، اصلاح، تغییر و تحوّل در شریعت به دلخواه خود باز نمی گذارد.

شرع مقدّس در اعمال پروسه اجتهاد، آن دسته قواعد گمانی را که برای اعتبار آنها دلیل قطعی اقامه نشده باشد، رد می کند و اجتهاد را در چارچوب قواعدی مرزبندی می کند که دلیل قطعی برای اعتبار آنها اقامه شده باشد.

حکم شرعی بنا به اعتبارهای گوناگون به حکم اولیّه، حکم ثانویّه و حکم ولایی تقسیم بندی می شود. آنچه در این میان مورد نظر ما است، حکم ثانویه است که می توان چنین تعریفی از آن ارائه داد: حکم در نظر گرفته شده برای موضوعی با توجه به مطرح شدن عناوین خاصی درباره آن که مستلزم تغییر حکم اولیّه آن است. این حالت های اضطراری را می توان در «ضرر»، «عسر و حرج»، «ناتوانی»، «اجبار»، «ترس»، «بیماری»، «تزام با حکم مهتر»، «وقوع حکم به مثابه مقدمه حکم دیگر» و نیز «تبدیل احکام واجب کفایی به واجب تعیینی در صورت منحصر شدن آن به یک نفر» و ... برشمرد.

۴-۶ مهم ترین نمودهای انعطاف پذیری در شریعت اسلام

اتفاق نظر علماء اصول فقه در تحکیم عدالت، برادری، حفظ دین، حفظ نسل، حفظ عرض، حفظ مال، حفظ عقل و ... اتفاق نظر دارند.

موضوع زمان و مکان در پیوند با انعطاف پذیری

گشودن باب اجتهاد در عرصه استنباط احکام شرعی

صدور احکام ثانویّه شرعی در حالت های اضطراری

شرع به اصول عملی مراجعه می کند. حقیقت آن است که متون منابع شرعی (مشخصاً قرآن کریم و سنت شریف نبوی^(ص)) مسائل مطرح در آن دوره و خطوط کلی نظام های اسلامی و نیز برخی احکامی را که موضوعات آنها همراه با زمان و مکان ادامه می یابد، در برمی گیرند، حال آنکه هر روزی که بر بشر سپری می شود، یک سری مسائل و موضوعات تازه ای مطرح می شود که شریعت، در تعیین احکام آنها البته با بهره گیری از دریچه گشوده اجتهاد، هرگز در نمی ماند. دریچه ای که در واقع هدیه علمی شریعت به امت (از طریق مجتهدان) است تا بتواند واقعیت های خود را با احکام روشن دین منطبق سازد، البته که موضوع اجتهاد شامل تعیین نقش عقل در روند استنباط از جمله درک مصلحت های عام یا درک ملازمت آن با احکام شرع می شود.

حکم ثانویه، بیانگر انعطاف پذیری شرع است، زیرا انعطاف پذیری اینجا به معنای پاسخگویی به حالت فشار متناسب با میزان آن است. حالت فشار نیز نه دائم، بلکه اضطراری است، به طور مثال، برای حالت اضطرار، در باب تحریم گوشت مردار و خون و گوشت خوک و غیره به آیه کریمه:

«... فمن اضطر غیر باغٍ و لاعاد فلا اثم علیه» (بقره/ ۱۷۳) ... اما کسی که ناچار شود، هرگاه بی میلی جوید و از حد نگذراند، گناهی مرتکب نشده است»، و برای حالت حرج (تنگنایی) به آیه کریمه:

«و ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج/ ۷۸)، و برایتان در دین هیچ حرجی نیست.

احکام ثانویه با احکام ولایی (احکام صادره از سوی ولیّ امر) تفاوت دارند، چون احکام ثانویه احکامی شرعی وضع شده برای عناوین اضطراری هستند که این عناوین نیز به مواردی منحصر می شود که در قرآن کریم و سنت شریف نبوی^(ص)، از آنها یاد شده و بر آنها استوار است، حال آنکه احکام ولایی، مبتنی بر مصلحت عمومی و نیازهای وضع عمومی جامعه است و ولیّ فقیه بنا بر اختیاراتی که دارد، آنها را صادر می کند. او خود آنها را تعیین می کند، درحالی که هر کسی می تواند در چارچوب شرایط و ضوابط وارده در متون اسلامی احکام ثانویه را تعیین کند.

عرصه اجرایی احکام ولیّ امر یا آنچه در فقه به احکام ولایی یا حکومتی یا سلطانیه شناخته می شوند که فقط ویژه ولیّ امر شرعی یعنی کسی است که در چارچوب ضوابط شرعی، متولی امور مسلمانان است. از جمله این ضوابط، توانایی بهره گیری از این عرصه است که در واقع مترادف با توانایی و قابلیت استنباط [حکم شرعی] است.

حکم ولایی را این گونه تعریف می کنیم که :

« اعتبار ناشی از حکم شرعی به اقتضای صلاحیت شرعی او (ولیّ امر) در خصوص افعال مردم شامل احکام تکلیفی و احکام وضعی می شود.»

صدور این احکام، شامل هر مجتهدی نمی شود، زیرا در این صورت به تعدد در اراده های اجتهادی و از آن جا به آسیب رسیدن به وحدت و کیان امت می انجامد که چنین آسیبی، با مقاصد شریعت و روح و آماج های آن همخوانی ندارد. احکام ولایی منحصرأ ویژه ولی فقیهی است که شریعت، خود، پایه و شالوده ولایتش را معین کرده است.

احکام ولایی با احکام اولیّه و ثانویّه ای که همه فقیهان می توانند به شرط عدم مغایرت با احکام ولایی آن را تعیین کنند، تفاوت می کند، چنان که شریعت اسلام می شود. شیوه هایی چون تحقق نظام مالی یا اقتصادی یا روش های اجرای اصل شورا. احکام قضایی نیز در این باب قرار می گیرند. به عبارت مختصر، ولی امر احکام ولایی را در چارچوب کلیات شرعی و اهداف شریعت صادر می کند.

اهداف احکام ثانویه به عنوان یکی از ارکان تسهیل

۴-۷-۱ مصلحت امت:

اینجا شریعت اجازه تشخیص و تعیین مصلحت را با استفاده از مشورت متخصصان به ولی امر می دهد.

تابش های روشنگر

الاضویه الکاشفه (تابش های روشنگر) که تعبیری متعلق به شهید محمد باقر صدر^(ه) است، یعنی چیزی که شریعت در اختیار ولی فقیه قرار داده تا بر واقعیّت ها بتاباند و حکم مطلوب را مشخص سازد. از جمله این تابش ها و رهنمون ها، احکام ولایی صادره از سوی پیامبر گرامی اسلام^(ص) در جایگاه ولی امر است که البته باب گسترده ای است و نمی توان جزئیات آن را اینجا مطرح ساخت.

۴-۷-۳ اولویّت

یعنی مواردی که در حالت تراحم احکام با یکدیگر و ترجیح مهم تر بر مهم یا در چارچوب احتیاط برای مسئله معینی مطرح می شود. در این صورت [ولی فقیه یا ولی امر] حکمی را صادر می کند که

تحقق موضوع آن پیامدهایش را احتمال می دهد که مثال آن نیز عرصه «سد الذرائع» (قطع بهانه) احتمالی است که گمان مفسده ای در آن می رود، حال آنکه در مورد بهانه های قطعی با عنوان ثانوی تشخیصی از سوی خود مکلف، حرامند و به حکم ولی امر نیازی ندارند.

در بعد عملی نیز جمهوری اسلامی ایران عالی ترین مجمع مشورتی در حکومت یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام (مجمعی برای تشخیص و تعیین مصلحت های امت) را در نظر گرفته که پس از بررسی های دقیق و کارشناسی بر روی مسائل، تصمیم های اتخاذ شده در خود را در [به صورت پیشنهاد] اختیار ولی امر می گذارد تا وی نیز حکم شرعی را صادر کند. واقع این مجمع در مورد اختلاف های پیش آمده در قانونگذاری میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان قانون اساسی تصمیم می گیرد و با توجه به مصلحت امت و دولت، فرمول قانون مناسب را برمیگزیند.

در اندیشه اسلامی، گستره هایی وجود دارد که در پیوند با فهم بشری و حواس انسان و چند و چون دیدگاه وی به واقعیت و نگاهش به روش های تولید فکری است، گستره هایی که می توان آنها را بشری تلقی کرد و منحصر به متغیرها یعنی گستره های متغیر در اندیش اسلامی است و ثوابت (گستره های ثابت) را در بر نمی گیرد، زیرا این ثوابت جنبه مقدس دارند و در واقع خود دین هستند، با این حال می توان دریچه های اندیشه بشری را در عرصه های ذیل به اندیشه های اسلامی محدود ساخت.

اهداف اجتهاد با نگاه منعطفانه

درک اهداف

درک اهداف (مقاصد) عام و خاص (جزئی) شریعت. این درک، برای هر اندیشه وری متغیر است. نتایجی که اندیشه واران و فقیهان در مورد واقعه واحدی به بدان می رسند نیز ممکن است متفاوت باشد و این خود نشان دهنده بشری بودن یا انسانی بودن این گستره است. این فهم و درک، به طور طبیعی تحت تأثیر عوامل متغیری قرار می گیرد که آنها نیز بشری هستند، از جمله برخورداری از فرهنگ واقعیت و زمان، و عمق و بعد و شمولیت دید و

۴-۸-۲ درک مصداق ها

درک مصداق ها یعنی تطبیق کلیات بر جزئیات و مفاهیم بر مصداق های آنها و بدین گونه است که ذهنیت فقیه یا اندیشه ور نیز در نحوه تطبیق و کشف مصداق ها و جزئیات دخالت می کند و در آن سهم می شود. تلاش های مجتهد برای تفسیر و تأویل فقهی پیمان های جدید (مثلاً بیمه) نیز در همین چارچوب قرار می گیرد. این فهم و تفسیر، تابعی از بشری بودن اندیشه خواهد بود.

۴-۸-۳ روند استدلالی

روند استدلال از نظر مجتهدان و اولویت بندی ادله آنها.

۴-۸-۳-۱ حدود احکام ثانویه

مشخص ساختن موارد احکام ثانویه و شرایط و متغیرهایی که می توان بر اساس وجود یا حضور آنها از حکم اولیه گذشت و به حکم ثانویه رسید که خود گستره بسیار ظریف و محدودی دارد و در هر حال برداشت و دیدگاه های مجتهد درباره موضوع (حکم)، در آن دخیل و در نتیجه گستره متغیری است.

۴-۸-۳-۲ تبیین مصلحت

تعیین مصلحت امت در یک موضوع از سوی ولی امر و چگونگی بهره گیری از «الاضویه الکاشفه» بر موضوعات و احکام و دیدگاه های وی در تشخیص مهم و مهم تر در احکام یا موارد احتیاط، جملگی گستره هایی است که تابعی از شیوه تفکر ولی امر و برداشت های وی از واقعیت و دقت او در مدیریت کارها و گزینش رأی درست در پی رایزنی های دریافتی به شمار می روند.

تجددگرایی و نگاه شارع

تجددگرایی و پروسه نوسازی از حکم شرعی تا قانون: پروسه قانون گذاری، حکم شرعی را به قانون بشری تبدیل نمی کند، گو اینکه اندیشه بشری در شکل دهی و تدوین آن نقش داشته است. پروسه قانون گذاری بیانگر کشف حکم شرعی موضوعی معین یا مشخص ساختن روش شرعی اجرای این حکم است، حال اگر اندیشه بشری در تدوین این روش یعنی تبدیل حکم شرعی به قانون طبق مفهوم وضعی قانون دخالت کرد، به معنای تعطیل شریعت از سوی قانون یا کشاندن آن از آسمان به زمین نیست، نتیجه آنکه چنین قانون گذاری، همسویی ضابطه مند با آیین قانون گذاری به قصد خدمت به شریعت و نیز همسویی با واقعیت با هدف سر سپردن آن به شریعت است.

وجود قواعدی که پروسه نوسازی یا تجدید گرایی را ضابطه مند سازد، ضرورتی آن چنان اساسی است که این پروسه هرگز نمی تواند بدون آنها تحقق پذیرد، و در واقع قواعدی است که خود شریعت طی متون و ثوابت شرعی و به حکم عقل و در واقع شالوده ها و اصولی که عقلا بر آن اتفاق نظر دارند، آنها را دیکته می کند.

تجدید گرایی یا نوسازی، به خودی خود هدف نیست. به زبان دیگر، نوسازی برای نوسازی نیست، بلکه وسیله و ابزاری است که هدف از آن برآوردن نیازهای نوی جامعه، همسویی و همگامی با تغییرات زمانه، پاسخ به پرسش های شرعی و عقیدتی که انسان را از هر سوء فرا می گیرند و سرانجام نگاه به واقعیت ها و تطابق آنها با ویژگی های شرعی و از آنجا، ترسیم و تدوین پروژه پیشرفت اسلامی دربرگیرنده نیازهای امروز و فردای زندگی بشر و هموار کننده راه اخرت او است.

نوسازی یا تجدیدگرایی در یک کلام، نه یک حرکت تئوریک و جدا از واقعیت و به دور از ضوابط شرعی، بلکه معلول نیازهای عملی و محسوس است.

انگیزه های نوسازی، به تعداد نیاز به آن متعدد است. تجدید گرایی هدفمند سنت خدا در آفرینش است. متون مقدسی چون حدیث «خداوند متعال در هر صد سال کسی را بر امت مبعوث می سازد تا دین او را تازه کند» (مسند ابی داود، الملاحم ۱) نیز آن را تأکید می کنند. افزون بر این نوسازی

حقیقت مدعیان تجدید گرایی را نیز که به جریان های انحرافی، التقاطی و غرب گرا وابسته اند و کسانی را که به بهانه اجتهاد و تجدید گرایی، در جهت مسخ شریعت عمل می کنند، رسوا می سازد.

نوسازی یا تجدد را فقط افراد متخصص انجام می دهند. شرع و عقل نیز همین را می گوید:

«فَسئَلُوا اهل الذکر ان کتُم لا تعلمون» (نحل / ۴۳)، اگر خود نمی دانید، از اهل کتاب پرسید.

«فإن تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و الرسول» (نساء / ۵۹) و چون در امری اختلاف کردید، به خدا و پیامبر رجوع کنید. این متخصصان نیز همچون متخصصان رشته های دیگر، ویژگی های مشخصی دارند و اگر به تخصص پزشک، مهندس، شیمیدان، ستاره شناس، جامعه شناس و روزنامه نگار احترام می گذاریم، باید به تخصص فردی که قرار است به تجدد اقدام کند نیز احترام بگذاریم. این تخصص به معنای توانایی و استعداد استنباط از منابع شرعی و حلّاجی اندیشه و دقت و تأمل در آن است. به عبارت دیگر کسی که قرار است نوسازی کند، مجتهد اندیشه وری است که به علوم قرآنی احاطه دارد و ناسخ و منسوخ و محکم و متشابه و اسباب نزول آیات را می داند و با علوم حدیث، رجال، علوم عربی، کلام و عقیده و فقه و قواعد آن و علم اصول و قواعد آن که روی هم تخصص عمیق و دقیقی است، کاملاً آشنایی دارد، و این به هیچ وجه به معنای قیومیت بر اندیش اسلامی از سوی گروهی از مردم نیست، بلکه برعکس، اعطای آزادی کامل به اندیشه اسلامی برای حرکت در فضای حقیقی خود و نه فضای دروغینی است که از اصالت منحرفش می کند. چنان که به پزشک آزادی عمل می دهیم که به تنهایی در علم طب حرکت کند و به فقیه و اندیشه و اجازه دخالت اجازه دخالت در کار و تخصص او را نمی دهیم و به پزشک قیومیت و ولایت بر علم طب و درمان بیماری ها را می سپاریم، باید به پزشک و فیلسوف و جامعه شناس و ادیب و نویسنده هم اجازه ندهیم در کاری که تخصص ندارند، دخالت کنند. مسائل شریعت و نوسازی در چارچوب آن، در همین جهت قرار دارد.

تجدیدگرایی یا نوسازی، نیازمند اندیشه و مجتهدی است که اندیشه باز و روشنی به زندگی و واقعیت داشته باشد و مشکلات و فشارهای آن را کاملاً درک کند و در جریان مسائل و اندیشه ها و

فرهنگ زمان خود باشد و در یک کلام، اندیشه ور مجتهد، روشنفکر باشد و در غیر این صورت، مجتهد متحجر و دارای اندیشه بسته و پایبند درک دیگران از متون و به دور از فرهنگ ها و نیازها و چالش های روزآمد و پرشتابی که زاییده انقلاب های پیاپی در ارتباطات و اتصالات و فناوری و طب و مهندسی ژنتیک و زیست شناسی و اقتصاد و حرکت پول و سیاست بین المللی و جز اینها و نیز چالش های تحمیلی شیوه ها و روش های اجرای شریعت در همه عرصه ها است، هرگز نمی تواند به وادی نوسازی مسائل مربوط به تجدّد وارد شود، زیرا در این صورت، تصویر منفی و ناخوشایندی از شریعت آسان و دین حنیف ارائه خواهد داد. از اینجا است که امام خمینی، شرایط جدیدی برای اجتهاد در نظر گرفته که مهم ترین آنها، توانایی تشخیص نیازهای جامعه یا دوره و تعیین منافع جامعه و درک واقعیت ها است.

۴-۹-۱ تجدّدگرایی و قرائت های گوناگون دینی

اندیشه قرائت های گوناگون از دین که بر اساس روش های علمی وارداتی دور از معیارهای عقیدتی و بیگانه با جنس شریعت استوارند، مانند هر مونوتیک (تسامحاً تأویل) و ایده های باستان شناختی و تاریخ گرایانه، ایده ای تصادفی، بی در و پیکر و به لحاظ عملی غیر دقیق است. ما منکر وجود اختلاف در فهم متون، در فهم موضوع و در تکیه بر قواعد فقهی و اصولی و نیز در پذیرش حدیث و غیره نیستیم، ولی این اختلاف در چارچوب ضوابطی است که خود شرع آنها را در نظر گرفته و در واقع تابع روش های ویژه هر کدام از علوم اسلامی است، چنانکه اختلافی میان خود اندیشه وران و مجتهدان و نویسندگان، روزنامه نگاران و جامعه شناسان و فیلسوفان و سیاستمداران است و از آنجا که پلورالیسم، حقیقت را به نسبت های متعادلی میان هر کدام از صاحبان اندیشه تقسیم نمی کند، حقیقت یکی و ثابت است و این اندیشه وران و مجتهدانند که باید همه سعی خود را به کار گیرند تا از راه کشف حکم یا شیوه شرعی در چارچوب روش شناسی اسلامی برگرفته از شریعت و اهداف دین، بدان نائل آیند، وگرنه این سمت گیری غربگرایانه ای که با شعار پلورالیسم و قرائت های متنوع و متعدّد و در چارچوب روش ها و آیین هایی که برای علوم دیگر در نظر گرفته شده و در جوامع و محیط های دیگر و در فضاهای علمی و دینی کاملاً مختلف با ما وضع شده اند، مثال بسیار روشنی از

وادادگی فکری است که به هر یک از افراد امت اسلامی اجازه می دهد قرائت و دید خاص خود درباره دین را داشته باشد و در نتیجه اگر تن به این روش ها بدهیم، روزی خواهد رسید که از شریعت چیزی جز شبیحی از احکام یا عقاید مسخ شده و به تعداد افراد، پاره شده، باقی نخواهد ماند.

۴- ۱۰ تجدّد گرایی و اجتهاد دینی

تجددگرایی یا نوسازی، شامل پروژه دینی یا خود دین و ثوابت آن نمی شود، چرا که این ثوابت (یعنی اصول مقدس اسلامی) ... جاودانه اند، زیرا «حلال محمد^(ص) تا روز قیامت حلال و حرام او تا روز قیامت حرام باقی خواهد ماند» و نمی توان به هیچ بهانه ای در مورد ثوابت اجتهاد کرد یا در اصول مقدس به نوسازی دست زد، مگر در چارچوب قواعد زمانی استثنایی که خود شریعت مشخص کرده و پیش از این، بدان اشاره کردیم، ولی گستره نوسازی یا تجدّدگرایی شامل همه اندیشه های اسلامی (اعم از آنچه مربوط به گذشتگان و معاصران می شود و در واقع کل تولید فکری اسلامی اندیشه وران و مجتهدان متقدم و متأخر و نیز درک ثوابت اسلامی و قواعد و اصول این درک و کشف قضایا (آیین ها و نظریه هایی که انسان در عرصه های عمومی بی طرف، وضع کرده است) می شود و در واقع تمام متغیرات و متخصصان علوم دینی (اندیشه وران مجتهد) نباید به غیر متخصصان اجازه دهند به بهانه اجتهاد و تجدّد یا به بهانه امروز ساختن دین یا به بهای فداکردن اصالت در قربانگاه مدرنیسم و میراث نیاکان در قتلگاه تجدّد گرایی یا به قیمت قربانی کردن شریعت در کشتارگاه پلورالیسم و دین در مسلخ دانش، با شریعت خداوند و اعتقادات اسلامی بازی کنند. این بهانه ها و دوگانه های وارداتی، هیچ جایی میان اصول جاودانه اسلام ندارند، زیرا زایدۀ عقل و تصوّر غرب در دوران های پس از به اصطلاح رنسانس اروپا است که به هدف دور ساختن دین از زندگی، تولید شده اند و جملگی اشکالات ناشی از کارزار کلیسا با لائیسیت ها است.

تجدّدگرایی و اجتهاد، مرجعیت ثابتی دارد که در پیوند مستقیم با آن است که در زمان اختلاف در برداشت و نتیجه گیری ها، باید بدان مراجعه کرد، وگرنه تجدّدگرایی یا نوسازی و اجتهاد که در خلاء صورت نمی گیرد، بلکه فضایی دارد که در آن حرکت می کند. این فضا همان مرجعیتی است که در

قرآن کریم و بخش صحیح سنت شریف نبوی (ص) و ابزارهای فهم و کشف حقایق اصول مقدّس مانند عقل و اجماع و غیره نمود می یابد.

سازوکاراجتهاد و تجدد گرایی

ع-۱۰-۱-۱-۱ اجتهاد جمعی:

اجتهاد جمعی است که به طور خلاصه به صورت تشکیل کمیته های اجتهادی شامل مجموعه ای از اندیشه وران مجتهد برای بحث در یک یا چند موضوع است که پس از بحث و بررسی و تجزیه و تحلیل و مناقشه ای که با یکدیگر به عمل می آورند، دیدگاه ها و آرای آنان، جنبه کامل تری به خود می گیرد و یک حکم شرعی و نظریه یا نظام اسلامی در عرصه ای معین را نتیجه می گیرند. در این میان تجربه مجمع فقه اسلامی در جدّه، فراروی ما است که امیدواریم کمیته های اجتهادی آن، شکل ثابتی به خود بگیرد و برای پیگیری پیشرفت های فوق العاده و شتاب آمیزی که بشر با آن روبه رو است، طیّ سال، همچنان فعال بمانند. اجتهاد جمعی می تواند تمام موضوعات را دربرگیرد و در عین حال در زمان، صرفه جویی قابل ملاحظه ای به دنبال آورد و بهترین نظریات را عرضه کند.

همراهی اندیشه مجتهدین و متخصصان:

همکاری و همگامی و همراهی اندیشه وران مجتهد با متخصصان رشته های مختلف علمی و حرفه ای به صورت رایزنی اندیشه وران مجتهد با این متخصصان در موضوعات جدید و یاری گرفتن از آنان در درک علوم و روش های تازه و مسائل متنوع و پیچیده واقعیّت و نیز در مشخص ساختن مصلحت ملّت و دولت است. چه این موضوع ها در کمیته ها یا شوراهای مشترکی مورد بحث قرار می گیرد، سپس به نظریه یا اجتهاد برتری می رسند که تحقّق بخشیدن به مصلحت امّت و شکل دهی به واقعیّت به منظور هماهنگ شدن با اهداف شرع را در پی دارد.

تجدید نظر دائم در مضمون و شکل اندیشه اسلامی امری ضرور و بدیهی است، زیرا واقعیّت های متغیّر و حوادث نو پیدا که اکنون با چنین سرعتی در جهان امروزی شاهد آن هستیم، ما را به سمت

نوسازی در اندیشه اسلامی رهنمون می‌سازد. پژوهنده با تأکید بر این ضرورت، اجتهاد را ابزاری برای رام کردن واقعیت‌ها در برابر شرع معرفی می‌کند و ایجاد فرمول‌های فکری نو را که از منابع مقدّس اسلامی الهام گرفته و می‌تواند به پرسش‌های جدید برخاسته از تحولات زمانی و مکانی پاسخ دهد، (تسخیری: ۱۳۸۴)

۴-۱۱ نوسازی و انعطاف‌پذیری اسلامی

پروژه نوسازی را ناشی از عنصر انعطاف‌پذیری اسلام دانسته به معرفی نمودهای انعطاف‌پذیری در شریعت می‌پردازد و در پایان قواعدی را که پروژه نوسازی با تجدیدگرایی را ضابطه‌مند می‌سازد بیان کرده و ضمن هشدار به ورود غیرمتخصّصان در این روند، برای تحقّق و سرعت در نوسازی اندیشه اسلامی دوساز و کار اجتهاد جمعی و همکاری و همراهی مجتهدان و متخصصان رشته‌های گوناگون علمی و حرفه‌ای را مورد تأکید قرار می‌دهد.

وقتی از اهمیت تجدید نظر دائم در مضمون و شکل اندیشه اسلامی به قصد تجدیدگرایی (نوسازی) و فعال کردن عناصر ایستای آن سخن به میان می‌آوریم، نکته تازه‌ای را مطرح نساخته‌ایم، چرا که درک این اهمیت از سوی اندیشه‌وران و متخصصان، چنان روشن است که به استدلال نیازی ندارد. مگر نه آن است که واقعیت‌های متغیر و حوادث نوپدید و سرعت پیشرفتی که هر روز شاهد آنیم، ما را دائم و مستقیم درگیر ضرورت نوسازی در اندیشه اسلامی می‌کند، البتّه بدان معنا نیست که بنا بر ضرورت دروازه بر هر فراخوان جدید یا آیین تجدیدگرایی بگشاییم و مجال ورودش دهیم، بلکه برعکس افزایش آن اهمیت درست متناسب با افزایش نیاز به کنترل نوسازی و قانونمند.

اجتهاد همان موضوع و امری است که ما را همان قدر به تداوم روند نوسازی علاقه‌مند می‌سازد که به سلامت روش‌ها و اصالت نوسازی، حساسیت و پابندی و علاقه‌مندی نشان می‌دهیم. روند نوسازی مورد نظر ما، واقع‌ایجاد فرمول‌های فکری نوی است که از منابع مقدّس اسلامی الهام گرفته باشد، خواه این فرمول‌ها، موضوع‌های نوی را دربرگیرند یا به موضوع‌های قدیم بپردازد و یا به بازسازی اندیشه‌های موروث پیشین همّت گمارند، مهم آن است که این فرمول‌ها، توان

پاسخگویی به پرسش های جدید و برآوردن نیازهای متغیر برخاسته از تحولات زمانی و مکانی را داشته باشد.

اجتهاد در پیوندی تنگاتنگ با روند نوسازی قرارداد، ابزار آن است و تولیدکننده ای به شمار می رود که مواد اولیه نوسازی را تولید می کند و به رغم این که اجتهاد، در اصطلاح و بنابر برداشت سنتی، قابلیت استنباط حکم شرعی از منابع شریعت اسلامی است، تعمیم آن بر تمام عرصه های زندگی و به طریق اولی بر تمام عرصه های اندیشه اسلامی که در همه زوایای زندگی دخالت دارند، آن را با اهداف خود شریعت یعنی قانون زندگی، همسو هماهنگ می سازد، بنابراین می توان نتیجه گرفت که اجتهاد، ابزار نوسازی در فقه اعم از فقه فرد یا جامعه در اندیشه اقتصادی، اندیشه سیاسی و اندیشه اجتماعی و جز آن و نیز در مسائل علم کلام و ابزارهای استنباط و ساز و کار درک منابع مقدس اسلامی است.

اینها همه برای نوسازی و تجدید گرایی، نیازمند اجتهادند و این همانی است که پروسه نوسازی را ضروری و در عین حال بسیار پر اهمیت می سازد. اهمیت آن نیز در حساسیت فوق العاده ابزارهای ظریف و راه دشوار آن است، زیرا هرگونه سستی یا انحرافی خدای ناکرده به نتایج وحشتناک و فاجعه آمیزی می انجامد که پیامدهای آن گریبانگیر نه تنها مجتهد یا اندیشه ور یا تجدیدگر، بلکه تمام یا بخشی از امت می شود. اگر حرکت اندیشه ور تجدیدگرا را به حرکت روی لبه تیغ تشبیه کنیم، مبالغه نکرده ایم. هر خطایی، زنجیره ای از خطاها را در پی خواهد آورد.

پروسه نوسازی برخاسته از قاعده یا عنصر انعطاف پذیری در اسلام است. عنصر انعطاف پذیری همانی است که به اجتهاد، مشروعیت بخشیده و از آن ابزاری برای نوسازی در اندیشه اسلامی آفریده است، از این رو، درک روند نوسازی، با درک و فهم عنصر انعطاف پذیری در شریعت اسلام و نمودها و موارد عملی آن آغاز می شود که محورهای بحث ما نیز بر همین نمودها و موارد مبتنی است.

۴-۱۱-۱ تمایز نوسازی و انعطاف پذیری در اسلام

تمییز نوسازی در اندیشه اسلامی از یک سو و عنصر انعطاف پذیری در اسلام از سوی دیگر، درآمدی بر شناخت حقایق نوسازی و در عین حال کشف نمودهای انعطاف پذیری و موارد عملی آن است. این تمییز، بر دو پایه زیر تحقیق می پذیرد:

یکم.

اندیشه، تصویری است که از اسلام سرچشمه گرفته و در واقع حاصل درک اندیشه ور از منابع مقدس اسلامی به وسیله ابزارهای شرعی درک آنها است. این درک و فهم که اندیشه ور تمام توان خود را به کار می گیرد تا محصول کار هرچه بیشتر به منظور شارع مقدس نزدیک باشد، پیوندی نیز با طبیعت برداشت خود اندیشه ور از واقعیت دارد، در نتیجه اندیشه تولید افزون بر اثرپذیری از محیط اندیشه ور و واکنش وی به عوامل اختلاف و کم و کیف این واکنش ها و احاطه وی بر جنبه های گوناگون موضوع، تحت تأثیر فرهنگ اندیشه ور و شناخت وی از علومی قرار دارد که با موضوع اندیشه در ارتباط اند. این عوامل، در مورد هر اندیشه وری متغیر است، چیزی که به بروز نوعی تفاوت در محصولات فکری می انجامد، زیرا چنین روند استنباط یا فهم و درکی، عرصه های بشری اندیشه اسلامی و صحنه های جولان انسانی آن است، در نتیجه نوسازی فکری تحت تأثیر همه این حقایق قرار می گیرد، چون هدفی است که اندیشه ور برای نیل به آن، درک خود از اصول مقدس و واقعیت ها را به کار می گیرد و اجتهاد نیز چیزی جز این نیست.

اسلام، نظام جامع و به هم پیوسته و بیانگر موارد ثابتی است که هیچ گونه تجدیدی را در خود نمی پذیرد. اسلام دارای شیوه های ثابت خود در برخورد با جنبه های ثابت زندگی انسانی و در عین حال، دارای شیوه های انعطاف پذیر در برخورد با جنبه های متغیر زندگی است. به عبارت دیگر، انعطاف پذیری اسلام و شریعت آسان و روان آن فقط به متغیرهایی مربوط می شود که صحنه حرکت پروسه نوسازی را تشکیل می دهند.

دوم.

انعطاف پذیری شریعت، عرصه بازی از متغیرها را ایجاد می کند که اجتهادهای گوناگون اندیشه ور و تصوّرات و عوامل متغیّر در شخصیت و درک و فهم وی و آنچه در چارچوب آنها به تنظیم شرعی جنبه های قانونگذاری و اجرایی زندگی می پردازد، در آن دخالت می کنند. از اینجا است که می توان نتیجه گرفت جنبه انعطاف پذیر شریعت، همانی است که عرصه های تجدد و نوسازی در اندیشه اسلامی و ابعاد آن را مشخص می سازد، ابعادی که با افزایش متغیّرها و فشارها و چالش های زمانه گسترش بیشتری می یابد.

انعطاف پذیری به معنای عقب نشینی از اصول یا وادادگی نیست که این هر دو با عقیدتی بودن اصول و واقع گرایی عملی آنها، منافات دارد، زیرا عقیدتی و واقعگرا بودن، باعث ثبات شالوده های عقیدتی و مفاهیم دیدگاهی و ثبات نظم و روبنایی است که برپایه آن دیدگاه مستحکم، شکل گرفته است، بنابراین انعطاف پذیری به معنای تاکتیک و گام به گامی واقع گرایانه ای است که فشارهای واقعیت را مورد توجه قرار می دهد و هدف از آن ژرفا بخشیدن به دیدگاه اصیل و نتیجه گیری اجرای نظام به بهترین شکل است، چنان که به معنای توان این نظام دربرگرفتن تمام تحولات و فراز و نشیب های زمانی و مکانی و پیچیدگی های اجتماعی و ارائه راه حل واقع گرایانه برای آنها در چارچوب طرح کلی آن نظام است.

انعطاف پذیری، اتخاذ موضع موقت و گذرایی است که برای حفظ موضع کلی، بسته به اوضاع و احوال، تغییر می کند، ولی عامل انعطاف پذیری، عقاید را دربرنمی گیرد. آنها مطلقاً ثابتند و تحت فشار واقعیت ها، تغییر نمی پذیرند.

فصل پنجم

مصادیق احسان و تسهیل در روئے

قضایی و حقوق موضوعه ایران و

قانون مجازات اسلامی

۵-۱ محدوده و مجرای احسان

گاه مؤاخذه در مقام تکلیف است و گاه در مقام وضع. احکام وضعی مجعولات شرعیّه ای هستند که متضمن کیفر دردناک نبوده و ابتدائاً، اولاً بالذات به افعال تعلق نمی گیرند، اگرچه به واسطه تبعیت از احکام تکلیفیّه، نحوه تعلق به افعال را نیز دارند. محقق خویی معتقد است که «حکم تکلیفی اعتبار صادره از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و احکامی که عاری از حیثیت اقتضا و تخییر می باشند، تماماً از احکام وضعی هستند».

بر اساس آموزه های فقهی و حقوقی در حوزه مسئولیت مدنی، مقتضای اصل اولی آن است که اگر فردی بدون مجوز به دیگری ضرری وارد کند، در مقابل ضرر وارده ضامن بوده و دارای مسئولیت مدنی است، اما با وجود این مواردی نیز وجود دارند که در آنها برخلاف اصل مزبور عمل شده و در عین اینکه فرد به دیگری ضرر وارد کرده است، ولی ضامن در برابر آن ندارد. موارد قاعده احسان از جمله این موارد است. زیرا بر اساس این قاعده اگر فردی عمل محسنانه ای انجام دهد که یا خود آن عمل نسبت به طرف احسان اتلاف باشد - مانند جایی که دست فاسد شده فردی را قطع می کنند تا از مرگ او جلوگیری کنند- یا عمل محسنانه او سبب زیان بار به غیر قلمداد شود- مانند جایی که به منظور احسان به فرد چاهی در منزل او حفر می کنند و اتفاقاً او در آن چاه می افتد و می میرد- و یا در ضمن آن اتلافی نسبت به غیر رخ دهد- مانند اینکه به جمعی احسان می کند ولی در ضمن احسان او به آن جمع افرادی نیز در آن جمع ضرر می کنند- ولی باز ضامن وجود ندارد. البته باید توجه داشت که موارد احسان اعم از موارد قاعده احسان است. زیرا هر فعلی که متّصف به حسن شود، چه ناظر به غیر باشد یا نباشد از مصادیق احسان خواهد بود (مؤسسه دائره الفقه الاسلامی، ج ۹: ۷) ولی قاعده احسان تنها در احسان هایی به غیر مطرح است که اگر این قاعده نبود فاعل آن احسان (محسن) نسبت به طرف احسان ضامن بود. (حکمت نیار، ۱۳۹۴: ۱۰۰)

حجیت قاعده احسان مستند به ادله نقلی (مراغی، بی تا، ج ۲: ۴۷۴) و (بجنوردی، بی تا، ج ۴: ۹)، عقلی (مراغی، بی تا، ج ۲: ۴۷۵) و (بجنوردی، همان، ۱۲) و اجماع (بجنوردی، همان، ۱۳) است و هرچند در گستره قلمرو آن اختلافاتی بین فقها وجود دارد، ولی در اصل حجیت آن بین آنها اختلافی

نیست. مهم ترین دلیل نقلی این قاعده، کبرای کلی «ما علی المحسنین من سبیل» در آیه شریفه «لیس علی الضعفاء و لا علی المرضى و لا علی الذین لایجدون ما ینفقون حرج اذا نصحوا الله و لرسوله، ما علی المحسنین من سبیل و الله غفور رحیم» (توبه: ۹۱) است.

دلیل عقلی حجیت این قاعده نیز به این برمی گردد که احسان ذاتاً حسن است، به گونه ای که فطرت انسان این حسن را درک می کند و بنابراین مقابله غیر محسنانه با آن قبیح است و ضامن قرار دادن محسن در مقابل احسانی که انجام داده است، مواجهه غیر محسنانه با احسان او است، که آن نیز قبیح است (بجنوردی، ج ۴: ۱۲) و (لنکرانی؛ ۲۸۴). حتی فقها آیه شریفه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» را نیز اشعار بر همین دلیل عقلی می دانند که به طور غیر مستقیم هر نوع سبیلی را بر محسن نفی می کند (مراغی، بی تا، ج ۲: ۴۷۵)

مسئله مهم در این بخش مربوط به احسان جمعی است که فقها و حقوقدانان بسیار کم به آن پرداخته اند. در این راستا سؤال اصلی این است که اگر فردی به جمعی احسان کند، ولی از قبل احسان او عده ای از آن جمع ضرر ببینند و عده ای نیز بهره مند شوند، آیا می توان قاعده احسان را در مورد فاعل آن جاری کرد و ضامن و مسئولیت مدنی را نسبت به افراد زیان دیده از فاعل احسان برداشت یا نمی توان؟ بر فرض آنکه به صورت موجبه جزئیّه بتوان احسان را در مواردی رافع مسئولیت دانست، در نگاه اولی قاعده احسان را باید مبتنی بر دو رکن اصلی دانست: اول، ضامن آور بودن فعل احسان بدون در نظر گرفتن این قاعده و دوم؛ محسن بودن فاعل. (همان، ص ۱۰۲ و ۱۰۳)

بیان شد که احسان به معنای فعل متّصف به حسن لزوماً مورد نفی مسئولیت مدنی قاعده احسان نیست، بلکه تنها احسان هایی مورد این قاعده است که اگر این قاعده جاری نمی شد، انجام آن فعل برای فاعل آن ضامن آور بود. از این رو در مواردی که به فرد احسان می شود احسان هایی مورد قاعده قرار می گیرند که یا رأساً از نوع اتلاف باشند یا سبب زیان بار قلمداد شوند، و در مواردی نیز که به جمعی احسان صورت می پذیرد، علاوه بر دو مورد بالا، مورد سومی نیز وجود دارد که موضوع اصلی بحث بوده و عبارت از موردی است که عملی از سوی شخصی نسبت به جمعی به قصد

احسان انجام گرفته که رأساً نه اتلاف است و نه سبب زیان بار، ولی در عین اینکه برخی از افراد جمع از ثمرات آن فعل بهره مند شده اند عدّه ای نیز وجود دارند که از فعل مزبور ضرر کرده اند.

با تحلیل رکن دوم که عبارت بود از محسن بودن فاعل، به سه عنصر برمی خوریم که چگونگی آنها در صدق «محسن بودن» نسبت به فاعل آن مدخلیت دارند. این سه عنصر عبارت اند از: عنصر فاعلی، عنصر فعلی و عنصر مفعولی (طرف احسان).

عنصر فاعلی

شرطی که باید در عنصر فاعلی وجود داشته باشد و در صورت نبود آن نمی توان فرد را محسن نامید عبارت از نیت و قصد احسان است که باید توسط فاعل صورت گرفته باشد. بر این اساس اگر فردی نتواند قصد کند یا قادر بر قصد نمودن است ولی قصد او محسنانه نباشد نمی توان او را محسن نامید. به همین دلیل ساهی، شخص خواب، مجنون، کودک نابالغ غیر ممیز و امثال آنها که امکان قصد در مورد آنها وجود ندارد را نمی توان محسن نامید (نائینی، ج ۱: ۴۰۰) و (یزدی، سید محمد، ج ۳: ۳۸۰). در مقابل اطلاق محسن بر صغیر غیر بالغ ممیز که قدرت بر قصد دارد اشکالی ندارد.

عنصر فعلی

عنصر فعلی همان فعل احسان است که بنا بر نظر مشهور فقها که مختار مقاله نیز است، درجایی که احسان به یک فرد صورت می گیرد، باید در واقع و صرف نظر از قصد فاعل محسنانه باشد و در غیر این صورت مصداق احسان نخواهد بود. بر این اساس اگر از سوی فعلی که به قصد احسان انجام شده، ولی اتلاف گونه- مانند قطع دست فاسد شده مریض برای زنده ماندن او- نبوده یا خود سبب زیان بار- مانند کندن چاهی که به قصد احسان به دیگری حفر شد و اتفاقاً او در آن افتاد- قلمداد نمی شده، ضرری به غیر وارد شود، کشف می شود که آن فعل محسنانه نبوده و در واقع قبیح بوده است (حلی، فخر المحققین، ج ۴: ۶۶۲).

برخی از فقها در مورد ضرورت مباح بودن فعل احسان به اظهار نظر پرداخته و گفته اند که فعل احسان باید مباح بوده و حرام نباشد و یا با وسیله غصبی انجام نشود. دلیل ایشان نیز در این مدعا

استناد به آیه شریفه «انما يتقبل الله من المتقين» است که در آن شرط قبولی همه اعمال نزد خدای متعال را تقوی دانسته است (خویی، ج ۱: ۳۵۳). اما به نظر می رسد بررسی این مطلب نیازمند تحقیق جداگانه ای است، و استناد به آیه شریفه نیز متناسب مقام نباشد. زیرا ثمره جریان یا عدم جریان قاعده احسان، در وجود و عدم ضمان است، که حکمی وضعی است و قصد قربت هم در آن معتبر نیست تا عدم تقوا مانع آن باشد. برای روشن شدن مطلب به این مثال توجه نمایید که اگر پزشک حادثی با چاقوی غصبی به قصد احسان به جراحی مریضی بپردازد و او را از مرگ نجات دهد، آیا به دلیل آنکه چاقوی او غصبی بوده می توان او را ضامن جراحات وارده بر بدن مریض دانست و از او مطالبه دیه کرد؟

(شیخ طوسی، ج ۷: ۱۸۶) و (محقق حلی، ج ۴: ۲۳۷) و (شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۱۰: ۱۵۱) و (محقق خوانساری، ج ۶: ۲۰۶) و (امام خمینی، ج ۲: ۵۶۴) معتقدند که فعل او متصف به حسن بوده و محسنانه است. البته در مسئله حفر چاه در مسیر عمومی که اتفاقاً موجب وقوع شخصی در آن شده و مرگ او را در پی دارد - که یکی از مسائلی است که نظر فقها در احسان جمعی را در آن می توان جستجو کرد - خویی نیز در کتاب تکمله المنهاج قائل به عدم ضمان حافر شده است.

قاعده احسان در مواردی جریان می یابد که بین فعل و ضرر رابطه سببیت برقرار باشد، به طوری که اگر قاعده احسان جاری نشود، مسئولیت مدنی محقق باشد.

اگر در مسیر عمومی با نیت و قصد مصلحت عمومی چاهی کنده شود ولی کسی در آن بیفتد و تلف شود و یا مسجدی ساخته شود که به عده ای ضرر وارد کند، آیا حافر یا سازنده مسجد ضامن ضرر دیدگان است یا خیر؟ در پاسخ به این سوال می توان فقها را به دو گروه کلی تقسیم کرد:

گروه اول کسانی هستند که معتقدند ضمان وجود دارد (صاحب جواهر، ج ۴۳: ۱۰۲) و (فخر

المحققین، ج ۴: ۶۲۲) و (شهید ثانی، ج ۱۵: ۳۶۳) و (فاضل هندی، ج ۱۱: ۲۵۶)

گروه دوم افرادی هستند که معتقدند که ضمانی در کار نیست (طوسی، ج ۷: ۱۸۶) و (محقق حلی، ج ۴: ۲۳۷) و (شهید ثانی، ج ۱۰: ۱۵۱) و (خوانساری، ج ۶: ۲۰۶) و (خمینی، ج ۲: ۵۶۴) و (خویی، تکمله المنهاج، ۱۰۲).

جایگاه احسان در قانون مدنی

۱-۵-۱ جایگاه احسان در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی (ماده ۵۵ ق. م. ا. سابق):

ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد:

«هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل و طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.»

قانون کشور ما فرد مضطر را به طور کامل از مسئولیت معاف نمی داند و به نظر می رسد دیه و ضمان مالی پا برجا باشد. چگونه ممکن است شخصی بدون تعدی و تفریط و با رفتاری متعارف، باعث دفع ضرر از دیگری شود که هیچ راه گریزی از آن نباشد و ما او را ضامن بدانیم. بنابراین ما شخص مضطر را محسن و فاقد مسئولیت می دانیم. «قاعده اضطرار و قاعده احسان هر دو از احکام ثانویه هستند که در موقع لزوم جایگزین حکم اولیه شده و حکم اولی برداشته می شود، در صورتی قاعده احسان ضمان را از مضطر نفی می کند که ضرر وارد شده توسط شخص مضطر کمتر از ضرری باشد که از آن جلوگیری به عمل می آید، و الا نمی توان شخص را محسن تلقی کرد.» (خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۷۵)

در تبصره ذیل ماده ۵۴۴ قانون مجازات اسلامی: ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد:

«هر کس از وقوع جرمی مطلع شده و برای خلاصی مجرم از محاکمه و محکومیت مساعدت کند از قبیل اینکه برای او منزل تهیه کند یا ادله جرم را مخفی نماید یا برای تبرئه مجرم ادله جعلی ابراز کند

حسب مورد به یک تا سه سال حبس محکوم خواهد شد. مساعدت یادشده اگر چه نوعی یاری رساندن و خدمت به دیگری است، اما در اینجا چون دیگری که به او یاری رسانده شده، فردی مجرم است، بنابراین موضوع از مصادیق قاعده احسان نیست و نمی توان این عمل را محسنانه تلقی کرد، بلکه چنین مساعدتی مجرمانه است.

۱-۵-۲ «احسان» در ماده ۳۴۱ ق.م.ا.مصوب ۱۳۷۵/۳/۲:

ماده ۳۴۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد:

«هرگاه در معبر عام عملی به مصلحت عابران انجام شود که موجب وقوع جنایت یا خسارتی گردد، مرتکب ضامن دیه و خسارت نخواهد بود».

مبنای عدم مسئولیت مرتکب در این ماده بر اساس قاعده احسان است در واقع مقوله احسان رافع مسیولیت می شود و در اینجا میبینید که خصوصیتی در معبر عام وجود ندارد و شامل هر مکان عمومی می شود و اینکه عملی به مصلحت بوده یا نه ملاک دیدگاه عرف است. در واقع اینجا مصلحت سنجی بر عهده عرف قرار گرفته است" به عقیده فقها در مواردی که اقدام شخص محسن برای خدمت به شخص یا گروه خاصی نباشد بلکه قصد محسن به منظور رعایت مصلحت عمومی باشد، این مورد هم مشمول قاعده احسان است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴)

برآیند مباحث و موضوعات این است که احسان به صورت یکی از مفاهیم کلیدی و پر بسامد، بازتاب گسترده ای در قرآن کریم، فرهنگ و اندیشه اسلامی یافته است. استناد به آیات و روایات مربوط به احسان برای استنباط احکام فقهی، در ابواب گوناگونی چون بیع، نکاح، طلاق، جهاد، ضمان و قصاص به شکل گسترده به وسیله فقیهان اهل سنت و شیعه صورت گرفته است.

«قاعده احسان» یکی از قواعد مهم فقهی است که کاربرد فراوانی در ابواب گوناگون فقه دارد، و این موضوع از رویکردهای مهم در فقه اسلامی است. در منابع اخلاقی و عرفانی نیز آیات احسان همراه با پاره ای تحلیل ها، برداشت ها، پیامدهای احسان و آثار غفلت از آن در فرآیند سلوک، تکامل اخلاقی، معنوی فرد و جامعه و نیز ترسیم حوزه های گوناگون آن آمده است.

« مقصود از قاعده احسان این است که اگر کسی عملی انجام دهد که آن عمل نسبت به آن شخص احسان به حساب آید، اما از سر اتفاق و تصادف خسارت ناخواسته ای متوجه آن شخص گردد، شخص احسان کننده ضامن نیست. مثل اینکه حیوان کسی را در بیابان ببیند و صاحبش را نشناسد و آن را با خودش به منظور در امان ماندن از آسیب حیوانات درنده به محل نگهداری حیوانات خودش بیاورد، اما از سر اتفاق حیوان را در آن محل ماری نیش بزند و بمیرد. چون شخص محسن است ضمان ندارد.» (لطفی، ۱۳۸۹: ۹۶)

درواقع یکی از ویژگی های قاعده احسان آن است که به خاطر عدم وجود ضمان مسئله قراردادی می شود و بار کفبری و قهری ندارد بر این اساس یکی از رکن های مهم در این مسئله عدم ضمان آور بودن احسان است که مسئله را کاملاً متفاوت می کند.

مهم ترین اثر تمایز ماهوی مسئولیت های قهری و قراردادی، عدم امکان مطالبه خسارات غیر قابل پیش بینی در مسئولیت قراردادی و امکان مطالبه آن در خسارات قهری است بر این اساس با توجه به قراردادی بودن مسیله خسارت در احسان جایگاهی ندارد.

«ولی در این خصوص به نظر می رسد که در خسارات قهری نیز قابلیت پیش بینی خسارت در تحقق مسئولیت شرط باشد، چه این که در موارد غیر قابل پیش بینی بودن خسارت، اصولاً رابطه علیت عرفی بین عمل زیان بار و زیان وارده را نمی توان احراز کرد، اما در این امر باید احتیاط داشت تا اصل جبران کامل خسارت زیان دیده به عنوان یکی از اصول مهم مسئولیت مدنی مورد خدشه قرار نگیرد.» (رحمتی چابکسری، ۱۳۹۵: ۸۲)

در فقه به احسان برای رفع مسئولیت در موارد متعددی استناد شده است. به عنوان مثال، در بحث ضمان وصی در اموال کودک، مسئولیت امین در عقد ودیعه، ضمان ناشی از رها کردن صید، تصرف در مال یتیم برای حفظ و اصلاح امور وی برای عدم ضمان از این قاعده استفاده شده است. در بیشتر موارد استناد به این قاعده برای رفع ضمان شخص در فقه از عبارت «بل احسان محض و ما علی المحسنین من سبیل» استفاده شده است. استفاده از صفت محض نیت اصلی شخص در احسان و نیکی کردن را می رساند و به این سبب وی معاف از مسئولیت می گردد. در واقع در فقه عدم ضمانت

محسن با این دیدگاه می باشد که ضامن کردن محسن با توجه به آیه «ما علی المحسنین من سبیل» (قرآن کریم / سوره توبه: آیه ۹۱) اسائه و سبیل است و «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» (قرآن کریم / سوره یس : آیه ۶۰) حکم می کند به این که هر کس محسن است، نباید به او اسائه کرد. در معنای حقوقی، احسان به معنای انجام دادن عمل پسندیده است و محسن کسی است که با دفع ضرر مالی یا معنوی از شخصی یا جلب منفعت برای وی، اقدامی مصلحانه انجام داده و خدمتی به او می کند. نیکوکاران فاقد مسئولیت مدنی هستند، حتی در مورد اتلاف مال یا اموالی که لازمه انجام احسان است.

۵-۲ قاعده احسان و مصادیقی در حقوق موضوعه با محوریت ضمانت

حوزه عملکرد قاعده احسان به حسب ظاهر ادبی آن محدود به مواردی است که همخوان با لسان دلیل باشد که در این صورت قاعده احسان فقط مسقط ضمان است.

نمونه این استدلال درباره قاعده لا ضرر و لاجرح هم بیان شده است. کسانی که معتقدند (خوانساری، ۱۴۱۸: ۶۱۸) این دو قاعده شامل احکام عدمی نمی شوند و فقط ناظر به احکام وجودی هستند، می گویند: شاکله دستوری این دو قاعده، سلبی و نفی ضرر و حرج است و محدوده کارایی آن در حوزه احکام وجودی است، زیرا حکم وجودی قابل نفی است، پس باید ابتدا حکمی موجود باشد و از تشریح آن (مصطفوی: ۷) گاه مؤاخذه در مقام تکلیف است و گاه در مقام وضع، به عبارتی گاهی ناظر به حکم تکلیفی است و گاهی ناظر به حکم وضعی.

موضوع ضامن نبودن محسن، همان عدم مؤاخذه او به معنای وضعی است. یعنی هرگاه عمل از کسی سربرزند که موجب زیان و ضرر به دیگری شود و فاعل آن عمل، قصد نیکوکاری داشته باشد مسئولیتی به عهده او نبوده و ضامن نمی باشد. مثلاً کسی گوسفند دیگری را در بیابان پیدا کند و آن را به جهت مراقبت به اصطبل خود منتقل کند که به طور اتفاقی سقف آن مکان فروبریزد و در نتیجه موجب از بین رفتن گوسفند شود. به موجب آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» چون شخص اقدام کننده قصد خدمت به صاحب گوسفند را داشته ضامن محسوب نمی شود. (لطفی: ۷۹)

اجماع بر قاعده احسان هم علاوه بر ادله یاد شده ادعای اجماع شده است. البته فقها به این مضمون، اجماعی ندارند که قاعده احسان از اجماع ناشی شده باشد بلکه آنچه در کتب فقهی مشاهده می شود این است که فقها افراد محسن را ضامن ندانسته و در فتاوی خود پیرامون اشخاص محسن نظر به عدم ضمان داده اند.

مثلاً در باب ودیعه چنانچه مالی نزد دیگری امانت بوده باشد و شخص امین آن مال را به جهت مراقبت بیشتر در مکانی خاص قرار داده باشد، هرچند انتقال مال به آن مکان به اذن صاحب مال نبوده باشد و مال تلف گردد شخص ودعی ضامن نیست زیرا او در این اقدام خود، محسن بوده و قصد خدمت داشته و به منظور مراقبت از مال اقدام به جابه جایی آن کرده است،

آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» همچون آیه نفی سبیل کافر بر مؤمنین است که فرموده اند: «لن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلاً» که هر دو آیه در مقام انشاء می باشد. چنانکه آیه نفی سبیل کافر بر مؤمنین حاکی از عدم جعل سبیل و سلطه کافر بر علیه مؤمن است، آیه «ما علی المحسنین من سبیل»، هم حکایت از عدم جعل سبیل بر محسنین در قوانین شریعت دارد، گرچه از کلمه جعل خالی است، هم چنانکه در تفسیر آیه شریفه گذشت، مقصود اصلی آیه نفی عذاب اخروی از افراد محسن می باشد، عذاب اخروی هم از این جهت از محسن برداشته می شود که طبق آیه از افرادی که قصد احسان و نیت خوب داشتند ولیکن توان شرکت در جهاد را نداشتند، تکلیف جهاد برداشته شده و به دنبال عدم ثبوت تکلیف بر جهاد، مؤاخذه و عذاب اخروی هم نسبت به ترک جهاد برداشته می شود. بنابراین معنای نفی سبیل در آیه خروج آن افراد از دایره تکلیف و ثبوت رخصت برای آنها است بنابراین آیه شریفه حاکم بر ادله اولیه است که اثبات کننده تکلیف جهاد بر همگان است. همچنین این آیه بر ادله احکام وضعیه از قبیل، ضمان نیز حاکم است و دلالت دارد که ادله اولیه اثبات ضمان محسن را شامل نمی شود. به عبارت دیگر قاعده احسان و ادله مبانی آن به عنوان ادله ثانویه است و قواعد و ادله اثبات کننده ضمان به عنوان ادله و قواعد اولیه می باشند و هم چنانکه گفته شد لسان جمله «ما علی المحسنین من سبیل» لسان شرح و تفسیر است که مقصود واقعی ادله

ضمان را تشریح می کند و آن ادله را به شکل حکومت در جهت تضییق محدود کرده و تخصیص می دهد.

تحقق مسئولیت منوط به حصول سه شرط اساسی است که ارکان مسئولیت را تشکیل می دهند. این سه رکن اساسی عبارتند از:

۱. ورود ضرر،

۲. فعل زیان بر،

۳. رابطه سببیت بین ورود ضرر و فعل انجام شده.

برای ضمان پزشک نیاز به وجود این سه شرط است حال باید بررسی کرد که آیا احسان مستقلاً و یا از طریق اختلال در شرایط مذکور باعث سقوط ضمان می گردد؟

بررسی مبنای اسقاط ضمان از این جهت اهمیت دارد که بر هر طریق و مبنایی که این اسقاط واقعه می شود، دارای آثاری است که توجه به این آثار خود مبین و مفسر ابهامات موجود در آن خصوص است در این که مبنای اسقاط ضمان بر اساس قاعده احسان چیست؟

۳-۵ مصادیق احسان در فقه جزایی

یکی از رویکردهای مهم در حوزه فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی، اسقاط ضمان از موضوع احسان و شخص محسن است؛ به عبارتی قانون با توجه به قول مشهور فقها این گونه مصوب گردیده است.

قاعده احسان یکی از مسقطات است که فقها همواره به آن جهت نفی ضمان در موارد احسان استدلال کرده اند. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۴) یکی از کاربردهای این قاعده که برخی فقها آن را مورد توجه قرار داده اند، مربوط به مسئولیت مدنی یا ضمان پزشک می شود و آن در مواردی است که در روند اقدامات درمانی و معالجات بیمار، با اینکه پزشک نهایت حذاقت علمی و مهارت عملی خود را به کار می بندد و احتیاطات لازم را مراعات می کند و مرتکب تقصیر و بی مبالاتی هم نمی

شود، اما معالجات پزشکی مفید واقع نشده و باعدث وارد آمدن خسارات جسمی و مالی به بیمار و حتی فوت او می شود.

در چنین مواردی مشهور فقهای امامیه با استناد به قواعدی نظیر اتلاف و لاضرر و ... حکم به ضمان مطلق پزشک داده اند. (نجفی اصفهانی، ۱۳۹۸: ۴۲-۴۶) اما بعضی فقها با این استدلال که پزشک از مصادیق فرد محسن محسوب می شود او را مشمول قاعده احسان دانسته و قائل به عدم ضمان او هستند. (بجنوری، ۱۴۱۹، ج ۱: ۳۵۳) برای اثبات عدم ضمان پزشک به روایتی استناد شده است که بر اساس آن شخصی دو شتر او فرار می کند و شخصی دیگر آنها را پیدا می کند و در یک ریسمان به هم می بندد، اما یکی از دو شتر (در اثر کشش ریسمان) خفه می شود و امام علی^(ع) شخص یابنده را ضامن نمی کند و می فرماید: «او خواسته است که اقدام به اصلاح کند.» (حرّعاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۹: ۲۷۴)

بر طبق این روایت، «اراده اصلاح» و اقدام برای انجام عملی مصلحانه، باعث ضمان گردیده و چون طیب نیز اراده اصلاح می کند و اقدامات پزشکی وی جهت تحقق اصلاح می باشد، پس در برابر خسارات وارده ضامن نخواهد بود. (شیرازی، ۱۴۰۹: ۹۰-۷۷)؛ اما از طرفی طبق روایات پیشین «اراده اصلاح» مهم است و بر این اساس اطلاق این قانون ممکن است مفسده انگیز باشد که البته در موارد خاص باید رأی دادگاه صالحه و تشخیص قاضی، ایراد این اطلاق را رفع نماید و در موارد خاص حکم صحیح صادر کند.

بر این اساس و با توجه به وضعیت امروزی طبابت و هزینه های سنگین درمان و مرارت هایی که بیماران متحمل می شوند، نمی توان به شکل عام و یک اصل حکم به محسن بودن پزشک داد، زیرا هرگاه فردی اقدامی را که می تواند مصداق احسان قرار بگیرد با انگیزه حفظ منافع شخصی خود انجام بدهد، به نحوی که این انگیزه به طور کامل عملکرد او را توجیه کند و بتوان گفت آن فرد برای خود اقدام کرده است، مورد از بحث احسان خارج می شود. (مصطفوی، ۱۳۸۴: ۷۸) ، و چون پزشک در برابر خدمات ارائه شده به بیماران، از آنها اجرت دریافت می دارد و برای مصلحت خود اقدام به طبابت می کند و انگیزه او منافع شخصی خود می باشد پس برای خود اقدام کرده است،

درحالی که فرد محسن جهت مصلحت و دفع ضرر نسبت به طرف مقابل اقدام می کند و نه برای خودش و این در حالی است که علت عدم ضمان به خاطر دفع ضرر و یا حصول نفع نسبت به طرف مقابل است و نه به خاطر مصلحت فرد عامل و یا هر دو طرف. (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۱-۳۶۱؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۲-۴۸۴)، بنابراین عمل طیب مانند عمل صانع و اجیر و مانند آن است که اجرت را دریافت می دارند و فرد مقابل آن را پرداخت می کند با این هدف که وضعیّت او اصلاح بشود نه اینکه متضرر بگردد.

با توجه به استدلال های بالا، برخی فقها اگر چه معتقد به محسن بودن پزشک هستند، اما قائل به اجرای قاعده احسان به صورت مطلق در حق پزشک نمی باشند، بلکه یا معتقدند که این قاعده در وقتی جاری می شود که امکان اخذ برائت از بیمار وجود ندارد و نیاز فوری به اقدامات پزشکی جهت نجات جان بیمار می باشد و پزشک نیز رعایت احتیاط لازم را بنماید و تبرّاً اقدام به معالجه کند. (منتظری، ۱۳۸۱: ۵۴)

یکی از قواعدی که با «قاعده احسان» ارتباط دارد «قاعده اتلاف» است. قاعده اتلاف می گوید: «متلف ضامن است چه محسن باشد و چه غیر محسن» و از سوی دیگر اطلاق قاعده احسان بیان می دارد: «محسن ضامن نیست چه متلف باشد و چه غیر متلف» حال این دو قاعده با هم تعارض پیدا می کنند و این تعارض و تکاذب چون در مقام جعل است باید بنابر طریقیّت و کاشفیّت قائل به تساقط شد و اگر بخواهیم موضوع تعارض را برداریم و قائل بشویم که فرد محسن ولو تکویناً متلف است اما تعبداً متلف نیست آنگاه با قبول این ادّعا که بر اساس سیاق و لسان آیه احسان است، می توان چنین نتیجه گرفت که قاعده احسان بر قاعده اتلاف حکومت واقعیّه دارد در جایی که عنوان محسن صدق بنماید و باعث توسعه قاعده احسان می شود پس در مورد فرد محسن چنین ادّعا می شود که وی متلف نیست؛ بنابراین ضامن نخواهد بود و نتیجه امر، تخصیص قاعده اتلاف خواهد شد. پس بر این اساس تلف شدن در «قاعده احسان» در موارد خاص قابل اثبات می باشد.

حفظ جان از مصلحت های پنجگانه شرعی است که تشریح بسیاری از احکام فقهی به خاطر رعایت این مصلحت است. جایگاه این مصلحت به گونه ای است که برخی از فقها آن را از نماز هم مهم تر

دانسته اند. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۱۵۵)، رعایت مصلحت حفظ نفس هم برخود انسان لازم است. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۱۲۹) و به همین خاطر فقیهان رجوع بیمار به طبیب برای معالجه شدن را واجب می دانند که این وجوب هم شرعی و هم عقلی است. (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۴: ۶۶۹)، و هم بر دیگران رعایت این مصلحت لازم است. بنابراین قتل از محرّمات کبیره است که هم قرآن (مائده/ ۳۲) و هم روایات متواتر (کلینی، ۱۴۰۷.ه.ق، ج ۲: ۲۱۰)؛ به شدت با آن مبارزه کرده اند. تحلیل و بررسی این نکته اساسی از دو منظر می تواند صورت گیرد. (سعدی، ۱۳۹۰: ۴۹). بر این مبنا، قانون گذار خود را از مسیر انسدادی رعایت مصلحت حفظ نفس که رعایتی دوطرفه از سوی پزشک و بیمار است، نجات داده و راه برون رفت از این ضمان در قانون صرفاً اخذ برائت از مریض است. ماده ۳۲۲ قانون مجازات می نویسد: «هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا اولی او یا صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود.» (همان: ۴۳)

. ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی با صراحت بیشتری به قاعده احسان توجه کرده و چنین مقرر داشته است که «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکان ایمنی ضامن نیست.» چنین احکامی را نیز که بر گرفته از مبانی شرع مقدّس اسلام می باشد بنای عقلا و منطق حقوقی نیز تأیید می کند. (رحمتی و خوفی، ۱۳۹۵: ۸۶) یکی از مسقاط ضمان قهری احسان است. بدین معنا که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به دیگران موجب ضرر به آنها شود، عمل او تعهد آور نیست. مثلاً چنانچه شخصی ببیند که فردی در آتش افتاده و می سوزد و برای حفظ جان و دفع خطر از او مجبور شود لباس او را پاره کند، در این صورت آن فرد ضامن قیمت لباس نخواهد بود. زیرا پاره کننده لباس در چنین شرایطی قصد احسان و خدمت به صاحب لباس را داشته و قصد دفع ضرر از او را داشته است. مسئولیت کیفری نیز مبتنی بر قصد و سوء نیت است. در صورتی فاعل فعل زیانبار مجازات می گردد که فعل او جرم تلقی گردد. هنگامی یک عمل جرم است که دارای عنصر معنوی (سوء نیت عام و سوء نیت خاص) و عنصر مادی باشد؛ به علاوه قانون نیز آن عمل را جرم و قابل مجازات بداند. بنابراین هرگاه

سیل سنگ بزرگی را به وسط جاده و محل عبور عابران آورده و دیگری به منظور احسان به عابرین و دفع خطر از آنها، سنگ را برداشته به گوشه ای بگذارد و شخصی به طور اتفاقی به آن برخورد نموده و آسیب ببیند، چون عمل فاعل به قصد احسان بوده و سوء نیتی نداشته، لذا مسئولیتی متوجه او نمی شود و ضامن نیست. بر قاعده احسان مستنداتی ذکر نموده اند که مهم ترین آن ایه شریفه (و ما علی المحسنین من سبیل) است. روایات و احادیث نیز در تأیید قاعده احسان استناد شده اند. همچنین عقل نیز حکم می کند مؤاخذه شخص نیکوکار نسبت به احسانی که انجام داده به طور عقلانی قبیح است. علاوه بر ادله یاد شده اجماع نیز شده است، یعنی اینکه افراد محسن را ضامن ندانسته و در فتاوی خود پیرامون اشخاص محسن نظر به عدم ضمان داده اند. نتایج حاصل از پژوهش فرضیه ها نشان می دهد در تحقق احسان هم قصد و هم انگیزه احسان ملاک می باشد و هم احسان واقعی، اما نکته دیگری که در موضوع «قاعده احسان» هست که شاید کمتر به آن پرداخته شده باشد، این نکته است که احسان علاوه بر اینکه می تواند به سود فرد محسن اسقاط ضمان کند، به نفع او اثبات ضمان نیز می نماید. بدین معنا که فرد محسن می تواند با استناد به قاعده احسان خساراتی را که در نتیجه عمل محسنانه اش به او وارد شده است مطالبه نماید. این مطالبه را هم از آیات قرآن که منبع احسان است و هم از روایات مربوطه می توان استنباط کرد. (اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۲: ۲)

۴-۵ مصادیق تسهیل در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ اصلاحاتی اعمال شده است که در نهایت قانون یادشده تصویب و ابلاغ شده است. یکی از نکات مهم در ارتباط با قانون مجازات اسلامی آن است که قانون حدود جزا را از منظر فقهی مشخص کرده است. بر این اساس سهولت و تسهیل در مفادی از بندها کاملاً مشخص می باشد بر این اساس با نگاهی به مواد قانونی این نکته کاملاً هویداست گرچه رویه های قضایی در تکمیل قانون مجازات اسلامی می تواند تأثیر به سزای خود را داشته باشد به عنوان مثال در :

ماده ۱۰ بندب- اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق، تخفیف یابد، قاضی اجرای احکام موظف است قبل از شروع به اجراء یا در حین اجراء از دادگاه صادرکننده حکم قطعی، اصلاح آن را طبق قانون جدید تقاضا کند. محکوم نیز می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا نماید. دادگاه صادرکننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می‌دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجراء می‌شود نیز جاری است. در این صورت ولی یا سرپرست وی نیز می‌تواند تخفیف اقدام تأمینی و تربیتی را تقاضا نماید. بر این اساس تخفیف جرم بر عهده دادگاه قرار داده که در اجرای حکم مؤثر است که این نوع نگاه در دادگاه اطفال و جرایم آنها می‌تواند بسیار مؤثر باشد.

ماده ۱۳- حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود. در واقع در مجازات های تربیتی و تأمینی ممنک است شیوه اجرای حکم از حدود تعیین شده چه به لحاظ کیفی و چه به لحاظ کمی تجاوز کند اینجا قانون گذار با نگاهی بسیط جلوی اقدامات این چنینی را گرفته و در صورت ارتکاب خسارت را از بیت المال متقبل شده است در اینجا تعیین منبع در یافت خسارت بیت المال قید شده است تا ضمانت مناسبی برای عدول از معیار قانون باشد. همچنین در جای دیگر در تبصره ۱ همان ماده بحث محرومیت های اجتماعی طرح شده است که محرومیت های اجتماعی به عبارتی همان مجازات های جایگزین حبس می باشد که خودش نوعی تسهیل و اسان سازی در حوزه مجازات اسلامی ست در اینجا تبصره ۱- موارد محرومیت از حقوق اجتماعی همان است که در مجازات های تبعی ذکر شده است همچنین در حوزه جرایم تعزیری که درجه خفیفی از مجرمیت می باشد نیز قانون شرایطی را در ارتباط با معافیت از کیفر طرح کرده است که میگوید در :

ماده ۳۹- در جرائم تعزیری درجه های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود در صورت

فقدان سابقه کیفری مؤثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند. که البته دو نکته مهم این ماده دارا می‌باشد اول داشتن شاکی خصوصی و دوم احراز اصلاح مجرم که دارای اهمیت فراوان است. هم چنین در

ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی بحث تعویق و خود مراقبتی مطرح است در این شرایط فرد زندان نمی‌رود و طبق نظر دادگاه ملزم به اجرای فعالیت‌های مشخصی می‌شود که ادر اینجا نقش مددکار اجتماعی برای نظارت روی مجرم بالاست.

ماده ۴۳- در تعویق مراقبتی، دادگاه صادرکننده قرار می‌تواند با توجه به جرم ارتكابی و خصوصیات مرتکب و شرایط زندگی او به نحوی که در زندگی وی یا خانواده‌اش اختلال اساسی و عمده ایجاد نکند مرتکب را به اجرای یک یا چند مورد از دستورهای زیر در مدت تعویق، ملزم نماید:

الف) حرفه‌آموزی یا اشتغال به حرفه‌ای خاص

ب) اقامت یا عدم اقامت در مکان معین

پ) درمان بیماری یا ترک اعتیاد

ت) پرداخت نفقه افراد واجب‌النّفقه

ث) خودداری از تصدی کلیه یا برخی از وسایل نقلیه موتوری

ج) خودداری از فعالیت حرفه‌ای مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسایل مؤثر در آن

چ) خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص از قبیل بزه‌دیده به تشخیص دادگاه

ح) گذراندن دوره یا دوره‌های خاص آموزش و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی یا شرکت در دوره‌های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی.

مادّه ۴۵- پس از گذشت مدّت تعویق با توجّه به میزان پایبندی مرتکب به اجرای دستورهای دادگاه، گزارش‌های مددکار اجتماعی و نیز ملاحظه وضعیت مرتکب، دادگاه حسب مورد به تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر اقدام می‌کند. بر این اساس در قانون مجازات اسلامی بحث تعویق در مجازات، خود نوعی نگاه تسهیل‌گرا است و هم‌چنین در قانون مجازات اسلامی بحث نظام نیمه آزادی مطرح می‌شود که این نیز خود از بسترهای مهم تسهیل در حوزه قانون مجازات اسلامی است. بر این اساس در

مادّه ۵۶- نظام نیمه آزادی، شیوه‌ای است که بر اساس آن محکوم می‌تواند در زمان اجرای حکم، فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، درمانی و نظایر اینها را در خارج از زندان انجام دهد. اجرای این فعالیت‌ها زیر نظر مراکز نیمه‌آزادی است که در سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی تأسیس می‌شود. بر این اساس یکی از مصوّبات عملیاتی شده سازمان زندان‌ها در سال‌های اخیر احداث مراکز نیمه آزادی جهت فعالیت مجرمین بوده است. نکته دیگر بحث آزادی‌های مشروط است که این نوع آزادی‌ها همواره مدنظر بوده است که فرد با توجّه به جرم بعد از گذشت میزان حبس خود آزادی مشروط بگیرد.

مادّه ۵۸- در مورد محکومیت به حبس تعزیری، دادگاه صادر کننده حکم می‌تواند در مورد محکومان به حبس بیش از ۱۰ سال پس از تحمّل نصف و در سایر موارد پس از تحمّل یک‌سوم مدّت مجازات به پیشنهاد دادستان یا قاضی اجرای احکام با رعایت شرایط زیر حکم به آزادی مشروط را صادر کند؛ هم‌چنین در جای دیگر نیز مثل مادّه ۸۰ همین دیدگاه حاکم است.

مادّه ۸۰- چنانچه رعایت مفاد حکم دادگاه از سوی محکوم حاکی از اصلاح رفتار وی باشد دادگاه می‌تواند به پیشنهاد قاضی اجرای احکام برای یک‌بار بقیه مدّت مجازات را تا نصف آن تقلیل دهد.

۵-۵ مروری بر مواد قانون مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و

نوجوانان

ماده ۸۸- درباره اطفال و نوجوانانی که مرتکب جرائم تعزیری می‌شوند و سن آنها در زمان ارتکاب، ۹ تا ۱۵ سال تمام شمسی است حسب مورد، دادگاه یکی از تصمیمات زیر را اتخاذ می‌کند:

الف- تسلیم به والدین یا اولیاء یا سرپرست قانونی با أخذ تعهد به تأدیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق طفل یا نوجوان

تبصره- هرگاه دادگاه مصلحت بداند می‌تواند حسب مورد از اشخاص مذکور در این بند تعهد به انجام اموری از قبیل موارد ذیل و اعلام نتیجه به دادگاه در مهلت مقرر را نیز أخذ نماید:

۱- معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روانشناس و دیگر متخصصان و همکاری با

آنان

۲- فرستادن طفل یا نوجوان به یک مؤسسه آموزشی و فرهنگی به منظور تحصیل یا حرفه

آموزی

۳- اقدام لازم جهت درمان یا ترک اعتیاد طفل یا نوجوان تحت نظر پزشک

۴- جلوگیری از معاشرت و ارتباط مضر طفل یا نوجوان با اشخاص به تشخیص دادگاه

۵- جلوگیری از رفت و آمد طفل یا نوجوان به محل‌های معین

ب- تسلیم به اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگری که دادگاه به مصلحت طفل یا نوجوان بداند

با الزام به انجام دستورهای مذکور در بند(الف) در صورت عدم صلاحیت والدین، اولیاء یا سرپرست قانونی طفل یا نوجوان و یا عدم دسترسی به آنها با رعایت مقررات ماده(۱۱۷۳) قانون مدنی

تبصره- تسلیم طفل به اشخاص واجد صلاحیت منوط به قبول آنان است.

پ- نصیحت به وسیله قاضی دادگاه

ت- اخطار و تذکر و یا أخذ تعهد کتبی به عدم تکرار جرم

ث- نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از ۳ ماه تا یک سال در مورد جرائم تعزیری درجه ۱

تا ۵

تبصره ۱- تصمیمات مذکور در بندهای (ت) و (ث) فقط درباره اطفال و نوجوانان دوازده تا پانزده سال قابل اجراء است. اعمال مقررات بند (ث) در مورد اطفال و نوجوانانی که جرائم موجب تعزیر درجه یک تا پنج را مرتکب شده‌اند، الزامی است.

تبصره ۲- هرگاه نابالغ مرتکب یکی از جرائم موجب حد یا قصاص گردد در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) و (یا) (ث) محکوم می شود و در غیراین صورت یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف) تا (پ) این ماده در مورد آنها اتخاذ می گردد.

تبصره ۳- در مورد تصمیمات مورد اشاره در بندهای (الف) و (ب) این ماده، دادگاه اطفال و نوجوانان می تواند با توجه به تحقیقات به عمل آمده و همچنین گزارش های مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او، هر چند بار که مصلحت طفل یا نوجوان اقتضاء کند در تصمیم خود تجدیدنظر نماید.

ماده ۸۹- درباره نوجوانانی که مرتکب جرم تعزیری می شوند و سن آنها در زمان ارتکاب،

بین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی است مجازات های زیر اجراء می شود:

الف- نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از ۲ تا ۵ سال در مورد جرائمی که مجازات قانونی

آنها تعزیر درجه یک تا سه است.

ب- نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از یک تا سه سال در مورد جرائمی که مجازات

قانونی آنها تعزیر درجه چهار است.

پ- نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از سه ماه تا یک سال یا پرداخت جزای نقدی از ده میلیون (۰۰۰.۱۰.۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا انجام یکصد و هشتاد تا هفتصد و بیست ساعت خدمات عمومی رایگان در مورد جرائمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه پنج است.

ت- پرداخت جزای نقدی از یک میلیون (۱.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا ده میلیون (۱۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا انجام شصت تا یکصد و هشتاد ساعت خدمات عمومی رایگان در مورد جرائمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه شش است.

ث- پرداخت جزای نقدی تا یک میلیون (۱.۰۰۰.۰۰۰) ریال در مورد جرائمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه هفت و هشت است.

تبصره ۱- ساعات ارائه خدمات عمومی، بیش از چهار ساعت در روز نیست.

تبصره ۲- دادگاه می‌تواند با توجه به وضع متهم و جرم ارتكابی، به جای صدور حکم به مجازات نگهداری یا جزای نقدی موضوع بندهای (الف) تا (پ) این ماده، به اقامت در منزل در ساعاتی که دادگاه معین می‌کند یا به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته حسب مورد برای سه ماه تا پنج سال حکم دهد.

ماده ۹۰- دادگاه می‌تواند با توجه به گزارش‌های رسیده از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او در کانون اصلاح و تربیت یک بار در رأی خود تجدیدنظر کند و مدت نگهداری را تا یک سوم تقلیل دهد یا نگهداری را به تسلیم طفل یا نوجوان به ولی یا سرپرست قانونی او تبدیل نماید. تصمیم دادگاه مبنی بر تجدیدنظر در صورتی اتخاذ می‌شود که طفل یا نوجوان حداقل یک‌پنجم از مدت نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را گذرانده باشد. رأی دادگاه در این مورد قطعی است. این امر مانع استفاده از آزادی مشروط و سایر تخفیفات قانونی با تحقق شرایط آنها نیست.

مادّه ۹۱- در جرائم موجب حدّ یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آنها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند.

تبصره- دادگاه برای تشخیص رشد و کمال عقل می‌تواند نظر پزشکی قانونی را استعلام یا از هر طریق دیگر که مقتضی بداند، استفاده کند.

مادّه ۹۲- در جرائمی که مستلزم پرداخت دیه یا هر ضمان مالی دیگری است، دادگاه اطفال و نوجوانان مطابق مقررات مربوط به پرداخت دیه و خسارت حکم می‌کند.

مادّه ۹۳- دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات تخفیف، مجازات‌ها را تا نصف حداقل تقلیل دهد و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان را به اقدام دیگری تبدیل نماید.

مادّه ۹۴- دادگاه می‌تواند در مورد تمام جرائم تعزیری ارتكابی توسط نوجوانان، صدور حکم را به تعویق اندازد یا اجرای مجازات را معلق کند.

مادّه ۹۵- محکومیت‌های کیفری اطفال و نوجوانان فاقد آثار کیفری است.

مادّه ۱۱۴- در جرائم موجب حد به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

تبصره ۱- توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است.

تبصره ۲- در زنا و لواط هرگاه جرم به عنف، اکراه و یا با اغفال بزه‌دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دوی آنها محکوم می‌شود.

ماده ۱۱۵- در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

ماده ۱۲۰- هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

ماده ۱۲۱- در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود

ماده ۱۹۹- نصاب شهادت در کلیه جرائم، دو شاهد مرد است مگر در زنا، لواط، تفخیز و مساحقه که با چهار شاهد مرد اثبات می‌گردد. برای اثبات زنا، موجب حد جلد، تراشیدن و یا تبعید، شهادت دو مرد و چهار زن عادل نیز کافی است. زمانی که مجازات غیر از موارد مذکور است، حداقل شهادت سه مرد و دو زن عادل لازم است. در این مورد هرگاه دو مرد و چهار زن عادل به آن شهادت دهند تنها حد شلاق، ثابت می‌شود. جنایات موجب دیه با شهادت یک شاهد مرد و دو شاهد زن نیز قابل اثبات است.

نتیجه گیری :

قاعده احسان از قواعد مسلم شرعی و مورد اتفاق فقیهان از همه مذاهب فقهی است و مفهوم احسان، مفهومی متشکل از قصد و واقعیت دفع ضرر با ابطال نفع می باشد اما اثبات قاعده احسان از طریق آیات قرآن به صورت ولی استناد به آن به نصوص دیگر شرعی، صحیح است.

در قاعده احسان صلاحیت اثبات ضمان رانیز دارد. بنابراین می توان در اثبات ضمان، بهره مند از احسان به آن تمسک کرد. بر این اساس، در اینکه آیات یادشده قرآن، به طور مستقیم در موضوع احسان و نفی ضمان نیز می توان استناد کرد؛ اختلافات زیادی دارد. قول مشهور آن است که نمی توان به تنهایی استناد کرد.

روش شناسی استناد به قرآن کریم به روش نص آیات، اطلاق آیات، مفهوم آیات، اطلاق عموم آیات و تنقیح مناط می باشد.

در روایات مرتبط با مقوله احسان با در نظر گرفتن حکم تکلیفی و منعی، بحث اثبات ضمان در مال غیر نمی توان بحث احسان و اسقاط ضمان را با این نگاه تأیید کرد.

یکی از موجبات سقوط، ضمان احسان است. بدین مقصود که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به دیگران، موجب ورود ضرر به او شود؛ عمل او ضمان آور نیست و شخص محسن ضامن شناخته نمی شود.

عدالت، مهم ترین رکن قاعده احسان است. بر این اساس و با توجه به حسن بودن احسان در ذات خویش و نیکی ورزیدن، فارغ از نیت عمل پس عدالت حکم می کند که شخص محسن در صورت جلب ضرر یا دفع منفعت، ضامن نباشد.

نظام حقوقی اسلام، به صورت گسترده حوزه مسئولیت مدنی را مدنظر قرار داده است. اگرچه در کتب فقهی به صورت متمرکز، کتاب یا باب خاصی به این موضوع اختصاص نیافته است و بسیاری از قواعد فقهی مرتبط با مسئولیت مدنی مورد بحث قرار گرفته است.

در قانون مدنی ایران، عرف و مادهٔ مسلم نمی تواند به عنوان منبع قاعدهٔ حقوقی باشد و در صورت اجمال یا ابهام یا سکوت قانون، عرف مناسبی نیست.

اجماع حقوقدانان در مقولهٔ احسان، عدم ضمانت فرد محسن است و این موضوع در قانون تصریح شده است. اما احراز نیت و شرایط فرد محسن در اثبات و رأی دادگاه مؤثر است. بر این اساس اصل بر عدم ضمانت فرد محسن است اما با توجه به شرایط و احراز قاضی مربوطه می تواند متفاوت باشد.

صدور حکم فقهی و حقوقی مستند به قاعدهٔ تسهیل، مستلزم شناخت معیار سهولت از دیدگاه شارع است تا فقیه و قاضی و حاکم شرع در مقام استنباط حکمی منطبق بر معیار سهولت در اجرای احکام برگزینند.

معیار سهولت در باب های مختلف فقه و حقوق با هم متفاوتند و باید در هر باب با بررسی مدارک و ادلهٔ احکام به کشف معیارهای مدنظر پرداخت.

یکی از راه های شناخت تسهیل در حوزهٔ فقه جزایی اسلام، تشخیص نقش عرف در احکام فقهی می باشد. براین اساس، احکام اجتماعی مثل ... خانواده ها، احکام داد و ستد، بیشترین مصادیق را دارا می باشد.

موضوعات عرفی نیز در حوزهٔ شناخت مصادیق تسهیل در فقه جزایی اسلام، بیشترین وزن را دارند. بر این اساس، عرف هایی که مورد تقریر و تأیید شارع بوده، پس از مدت زمانی به عنوان حکم امضایی خوانده می شود.

از دیدگاه حقوق دانان، عرف به عنوان یک منبع ارشادی به شمار می رود و استناد به عرف و عادت زمانی جایز است که از طرف شارع مقدس نصّ یا قاعده یا دلیلی روشن بر خلاف آن وجود نداشته باشد.

گشودن باب اجتهاد در عرصه استنباط احکام شرعی که خود انعطاف پذیری..... در شرع به شمار می رود و روند اجتهاد، روند بسیار ظریف و نیازمند به تخصص ویژه است. براین اساس گشودن باب اجتهاد، یکی از پایه های مهم انعطاف پذیری و سهولت در حوزه احکام فردی و اجتماعی است.

مهمترین نمودهای انعطاف پذیری شریعت اسلامی، به روز بودن نگاه شارع و گشودن باب اجتهاد در صدور احکام ثانویه در حالت های اضطراری است.

اهداف اجتهاد با نگاه منعطفانه با درک اهداف و درک.... و روند استدلالی و حدود احکام ثانویه و تبیین مصلحت، مهم ترین رکن شالوده سهولت و تسهیل در فقه است که جنبه اجتماعی آن می تواند سهولت در حوزه جزا در جامعه اسلامی با توجه به وجود حاکم عادل صورت پذیرد.

تجددگرایی و قرائت های دینی، یکی از مهم ترین آفاق در حوزه تسهیل و سهولت فقه به شمار می رود و از آنجا که روشنفکران، پایه گذاران تجددگرایی و قرائت های روشنفکری دینی هستند که هیچ شناخت عمیق و فنی از مقول دین ندارند، بر این اساس حوزه قرائت های دینی نیازمند متخصصان درون دینی و فقیهان به روز و دلسوز به اصل دین می باشد تا آفت تجددگرایی و قرائت های دینی، گریبان مان را نگیرد.

ساز و کار اجتهاد، تجددگرایی و داشتن اجتهاد جمعی و همراهی مجتهدین و متخصصان در رشته های مختلف علمی و حرفه ای است.

انعطاف پذیری در شریعت عرصه بازی متغیرهایی است که اجتهادهای گوناگون اندیشه و معادل متغیر در شخصیت و درک و فهم وی و آنچه درچارچوب آنها به تنظیم شرعی جنبه های قانون گذاری و اجرایی زندگی می پردازد.

انعطاف پذیری شریعت همانی است که عرصه های تجدد و نوسازی در اندیشه اسلامی و ابعاد آن را مشخص می سازد. ابعادی که با افزایش متغیر و فشارها و چالش های زمانه گسترش بیشتری پیدا خواهد کرد.

یکی از رویکردهای مهم در حوزه فقه جزا و قانون مجازات اسلامی، اسقاط ضمان از موضوع احسان و شخص محسن است و براین اساس قانون بر قول مشهور فقها مصوب شده است.

در قانون مجازات اسلامی، در حوزه مجازات های جایگزین حبس، محدودیت ها و محرومیت های اجتماعی و هم چنین مواد قانون مرتبط با مجازات ها و اقدامات تأمینی و تربیتی لطفال و نوجوانان، مهم ترین ارکان در حوزه تسهیل و سیهولت در قانون مجازات اسلامی است.

منابع :

قرآن کریم.

نهج البلاغه. حضرت علی (ع)

آیتی، سیدمحمد رضا. (۱۳۸۷). «نقش قاعده احسان در مسئولیت مدنی پزشکی» در فصلنامه فقه و مبانی حقوق. سال ۵. شماره ۱۴.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت : دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع (دار صادر). چ ۳.

احمدزاده، ابوالفضل. (۱۳۹۴). «فقه و تمهیدی قواعدی بر آن» در مجله فقه و حقوق. سال ۱. شماره ۲.

اسدی، علی. (۱۳۸۹). «مفهوم شناسی و مصادیق احسان در قرآن» در مجله معرفت اخلاقی. سال ۱. شماره ۴.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۴). رسائل الفقهیه. قم : مؤسسه باقری، چ ۱.

----- (۱۴۲۸). فرائد الاصول. قم : مجمع الفكر الاسلامی، چ ۹.

اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق. (آذرماه ۱۳۹۳). دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد.

بجنوردی، سید محمد. (۱۳۶۸). قواعد الفقهیه. تهران : سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، چ ۱.

بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵). الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهره. قم : دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چ ۱.

تسخیری، محمدعلی. (۱۳۸۴). «تجدید در اندیشه اسلامی و انعطاف پذیری در شرع»
در مجله اندیشه تقریب. شماره ۵.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). الصّحاح : تاج اللّغه و صحاح العربیه . بیروت :
دارالعلم للملایین، چ ۱.

حرّ عاملی، محمدحسن. (۱۴۰۹). وسائل الشّیعه. قم : مؤسسه آل البيت.

رحمتی چابکسراییی و خوافی سعید. (۱۳۹۵). «مسئولیت مدنی ناشی از پس زدن عضو
پیوندی» در فصلنامه حقوق پزشکی. سال ۱۰. شماره ۳۶.

زبیدی، مرتضی. (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت : دار الفکر للطباعه
و النشر و التوزیع. چ ۱.

سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم :
مؤسسه المنار، چ ۴.

سرای زاده، فاطمه. (۱۳۹۵). «قاعده احترام در فقه امامیه» در فصلنامه مطالعات سیاسی
فقه و حقوق. دوره ۲۵. شماره ۱۵.

سعدی، حسین علی. (۱۳۹۰). «تحلیل مسئولیت پزشک در قبال خسارات غیر عمدی در
پرتو قاعده احسان» در فصلنامه فقه پزشکی. سال ۳. شماره ۷ و ۸.

شریفی، الهام؛ قربانی نیا، ندا؛ راعی، مسعود و عابدینی، احمد. « بررسی قاعده عدالت
فقهی و رابطه آن با عدالت شهروندی و مشارکت شهروندی زنان» در فصلنامه
مدیریتی مدیریتی شهری. شماره ۴۵.

شریفی، علی. (۱۳۹۰). « مبانی مسئولیت مدنی پزشکان در فقه امامیه» در فصلنامه
تخصصی پژوهشنامه حقوق. سال ۲. شماره ۳.

شهابی، مهدی. (۱۳۹۱). «تأثیرپذیری منبع الزام آوری حقوق از منشاء الزام آور حقوق»
در مجله دادگستری. شماره ۷۷.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۹). ذکرى الشیعه فى احکام الشریعه. قم: مؤسسه آل
البيت. ج ۱.

----- . (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۲۱). رسائل الشهدالثانى. قم: انتشارات دفتر
تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. ج ۱.

صالحی مازندرانی، محمد. (۱۳۹۰). «مسئولیت مدنی دولت از دیدگاه فقهی» در فصلنامه
حقوق اسلامی. شماره ۳۰.

صفایی، سیدحسین و هوشمند فیروزآبادی. (۱۳۹۳). «عناوین خاص موجب مسئولیت
مدنی در قرآن» در مجله مطالعات حقوقی. دوره ۶. شماره ۴. ص ۵۴.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فى تحقیق الاحکام
بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت. ج ۱.

طباطبایی، سید حسین. (۱۳۹۳). «قاعده احسان و مجرای آن در نظام حقوقی ایران» در
فصلنامه جستارهای فقه و حقوق. سال ۱. شماره ۲. ص ۱۰۶.

طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷). المیزان فى تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات
اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ج ۵.

علماء حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). مختلف الشیعه فى احکام الشریعه. قم: دفتر
انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

----- . (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت.

علی دوست، ابوالقاسم. (۱۳۷۸). «قرآن کریم و قاعده احسان» در مجله فقه و حقوق. شماره ۱۷.

فاضل جواد، جواد بن سعید. (۱۳۶۵). مسالک الافهام الی آیات الاحکام. تهران: مرتضوی. ج ۱.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳). نضد القواعد الفقهیّه علی مذهب الامامیه. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی. ج ۱.

فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). کتاب العین. قم: نشر هجرت. ج ۲.

کاظمی، جواد بن سعد. (بی تا). مسالک الافهام الی آیات الاحکام. بی جا. بی نا.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷۹). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه. ج ۴.

لطفی، اسدالله. (۱۳۷۹). «قاعده احسان» در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ص ۵۰.

مجلسی. محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۱۰). بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمّه الاطهار. بیروت: مؤسسه الطبع و النشر. ج ۱.

محقق خوانساری، حسین بن محمد. (بی تا). مشارق الشموس فی شرح الدرّوس. بی جا. بی نا.

مروج یزدی، سید محمدجعفر. (۱۴۱۷). القواعد الفقهیّه و الاجتهاد و التقليد. قم: دارالکتاب. ج ۳.

مصطفوی، سید مطفی. (۱۳۸۴). «منبع مسئولیت» در ماهنامه فقه و حقوق. سال ۲. ص ۶۳.

مظفر، محمدرضا. (۱۴۰۹). اصول الفقه. قم: بی نا

مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد

الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چ ۱.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱). القواعد الفقهيّه. مدرسه الامام امير المؤمنين. چ ۳.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۱۷). غنائم الايام فی مسائل الحلال و

الحرام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. چ ۱.

نشوان الحمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰). شمس العلوم و دواء کلام العرب من

الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر.

وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل. (۱۴۱۹). الحاشیه علی مدارک الاحکام. قم:

مؤسسه آل البيت. چ ۱.

وکیل زاده، رحیم. (۱۳۸۹). «انصاف و عدالت از دیدگاه فقهی» در فصلنامه

علمی، پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی. سال ۲. شماره ۵. ص ۹۹.

Abstract:

Today, one of the most important issues that we should be aware of in the field of Islamic criminal law is examples of ease and simplicity. Accordingly, the limits and indicators and mechanisms of ehsan and facilitation are important, and since today, in the center of intellectual prominence in the contemporary world, is located within the limits of the Islamic jurisprudence of Islam, the recitation of Islam Rahmani can be against the exaggerated reading of this famine Neutralize. Based on this, addressing a wide range of issues and facilitating legislative and judicial procedures can be a response to this scourge.

On the same basis, the examples of ehsan and facilitation of jurisprudence with an approach to the Quran, traditions, consensus, reason and tradition, and jurisprudential principles of Ehsan and facilitation of the doctrine and jurisprudential and jurisprudential principles of Iran, as well as the limits of the flexibility of the teachings of Islam in the field of The jurisprudence and jurisprudence and its examples in today's way are one of the most important sources and sources of jurisprudence of Ehsan and facilitating the Holy Qur'an, tradition, consensus and reason. Also, in contemporary issues, the doctrine of jurisprudence is important in this matter. Of course, justice should be considered as one of its key pillars.

Indicators of the custom and its scope and the effect of the custom on doctrine. The rights of the subject have different issues; it is also important in facilitating the issues such as the mystic principle and secondary laws, and the process of ijthihad and religious recitation. On this basis, the judicial process and in the context of the high-capacity Islamic Penal Code are echoing and facilitating.

Based on this, one of the most important areas of the Islamic Penal Force is the section on social constraints and deprivation, and the courts of the judiciary and refereeing centers. It is also ... that the rule of Ehsan and facilitating two important rules in the field of Islamic jurisprudence will have profound effects on Islamic criminal jurisprudence in judicial procedures. The roots and origins of these rules are the holy shrine. Challenging stories are in the relation and appropriation of the law and judicial procedures. In its better understanding, one can see the effects of the dynamics and validity of Islamic jurisprudence and Islamic jurisprudence in adapting to the conditions of time Present confirmed The proper understanding of the flexibility and facilities and the area of law in our jurisprudence is in the jurisprudence of jurisprudence and jurisprudence in the field of criminal jurisprudence. Hope that this research will help researchers to ask questions about these two important rules.

Key word: Ehsan rule, facilitation, Islamic penal code, judicial judiciary



**Islamic Azad university
Central Tehran Branch
Faculty of Literature and Humanities –
Department of Law and Islamic Law
thesis (M.A)
On:Jurisprudence and Principles of Islamic Law**

**Subject:
Efforts and facilitation in the criminal law of Islam with the approach
to judicial process**

**Advisor:
Dr. Hadi azimi garkani**

**Reader:
Dr. Zahra fehresti**

**By:
Tahoora norouzi**

Summer 2018