

## اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)  
یعقوبعلی برچی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)  
سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)  
محمد زروندی رحمانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)  
سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
احمد مبلغی (عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی  
مجلس شورای اسلامی)  
سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)  
محمدحسن نجفی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ویراستار: یحیی صرامی

مترجم انگلیسی: محمدرضا ظفری

مترجم عربی: محمدحسین حکمت

به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ فصلنامه کاوشی نو در فقه از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید. یادآوری می‌گردد به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۲۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی به مجلات علمی، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است  
دیدگاه‌های طرح شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست.

فصلنامه کاوشی نو در فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلامی (ISC) و بانک اطلاعات کشور (www.Magiran.com)، پایگاه مجلات تخصصی نور (www.Noormags.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (www.daftarmags.ir) نمایه می‌شود.

نشانی: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

دفتر مجله قم - صندوق پستی: ۵۹۹ - ۳۷۱۸۵

تلفن دفتر مجله: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۸ - نامبر: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۹

تلفن واحد توزیع: ۰۲۵ - ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir وبسایت: Jf.isca.ac.ir

امور چاپ: سید حسین موسوی

قیمت: ۴۰۰۰ تومان



فقه  
کاوشی نو

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و دوم - شماره سوم - پاییز ۱۳۹۴

۸۵



پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سردبیر: سیف‌الله صرامی

کارشناسی تحریریه: علیرضا فاجری

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

## داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

رضا (اسفندیاری) اسلامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)

حسین حسن‌زاده (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

مهدی نجیبی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید ضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

اسماعیل آقابائی‌بنی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سعید ضیائی‌فر (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)





## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. مقاله باید دستاورد پژوهش علمی نگارنده باشد و پیش از این در هیچ نشریه داخلی و خارجی انتشار نیافته و هم‌زمان به دیگر مجلات و یا نشریه‌ها فرستاده نشده باشد و نویسنده متعهد به نشر آنها در جای دیگر نباشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
  ۲. مقاله ارسالی باید دارای ساختار مقالات علمی - پژوهشی و با رعایت شرایط ذیل باشد:
    - ۲/۱. مقاله ارسالی باید دارای عنوان، چکیده، (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)، کلیدواژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه)، مقدمه، چارچوب نظری، متن، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.
    - ۲/۲. عنوان، چکیده و کلیدواژگان باید به دو زبان فارسی و انگلیسی تنظیم شوند.
    - ۲/۳. مقاله باید برخوردار از عنوان دقیق علمی متناسب با محتوا، رسا و مختصر باشد.
    - ۲/۴. خلاقیت و نوآوری دست‌کم در یکی از موارد ذیل در خصوص موضوع:
      - الف) طرح مسائل جدید و نوپیدای فقهی و اصولی؛
      - ب) طرح روش‌های نو در حل مسائل؛
      - ج) طرح مسائل پیشین در قالبی جدید؛
      - د) نقد نظریه علمی.
    - ۲/۵. موضوع به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازها و شبهات روز باشد.
    - ۲/۶. ارتباط منطقی، انسجام و هماهنگی میان مطالب باشد.
    - ۲/۷. دارای جمع‌بندی یا نتیجه‌گیری در پایان مقاله باشد و بایستی نتایج حاصل از تحقیق و آزمون فرضیه که بیانگر بحث و نتیجه‌گیری باشد، ارائه گردد.
    - ۲/۸. منابع معتبر و استنادها صحیح و دقیق باشند.
    - ۲/۹. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:  
قرآن: (نام سوره: شماره آیه، مثال: بقره: ۱۲).  
کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر: شماره جلد، شماره صفحه، مثال: حلی، ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۲۰۰).
  - مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه، مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).
- اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- تذکر مهم:** نام خانوادگی در ارجاعات درون متنی، باید عیناً مانند نام خانوادگی در فهرست منابع (کتابنامه) باشد. برای مثال اگر در ارجاعات درون متن، نام خانوادگی «عاملی» به کار رفته است، نباید در فهرست منابع نام خانوادگی دیگری به کار رود؛ همچنین است اگر در ارجاعات درون متن، اسم یا لقب مشهوری چون شهید ثانی، به‌عنوان نام خانوادگی انتخاب شده است، در فهرست منابع نیز باید شهید ثانی بیاید، نه کلماتی مانند عاملی، مکی و مانند آن.

۳. حجم مقاله ارسالی، نباید بیش از ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای باشد و باید به صورت تایپ‌شده تحت برنامه Word97-2003 با قلم IrMitra شماره ۱۵ در سامانه فصلنامه به آدرس [jf.isca.ac.ir](http://jf.isca.ac.ir) ارسال شود.

۴. مشخصات کامل نویسنده یا نویسندگان (نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه دانشگاهی / عنوان علمی به همراه نشانی محل سکونت، شماره تماس تلفنی و نشانی پست الکترونیک) لازم است در سامانه بارگزاری شود و به هیچ عنوان در فایل مقاله ذکر نشود.

۵. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله ای که مقاله از آن گرفته شده، همراه ترجمه ارسال گردد.

۶. فهرست منابع در پایان مقاله و به ترتیب حروف الفبا به صورت زیر تنظیم شود:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ. مثال: نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار الإحياء التراث، چاپ بیستم.

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه. مثال: ملک افضلی اردکانی، محسن (۱۳۸۹)، «آثار قاعده حفظ نظام»، مجله حکومت اسلامی، ش ۵۸.

**تذکر اول:** نام کتاب‌ها، مجلات و روزنامه‌ها، ایتالیک (به صورت کج) باشد.

**تذکر دوم:** نام مقالات در میان گیومه بیاید و دیگر لازم نیست نام مقالات هم ایتالیک و بلد (سیاه) باشد.

۷. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.

## فهرست مطالب

- نقش اصطلاح‌شناسی در توانمندسازی فقه ..... ۷  
محمد‌های یعقوب‌نژاد
- نگاهی نو به ماهیت عقد ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن ..... ۳۷  
محمد صالحی مازندرانی
- درنگی در انتقال خون آلوده از دیدگاه فقه جزایی ..... ۶۵  
حسین ناصری‌مقدم  
هاجر رضایی
- بررسی و نقد دیدگاه‌ها درباره غیبت مخالف ..... ۸۹  
سیدجعفر صادقی فدکی  
علی‌اکبر احمدپور
- بررسی مفهوم هتک حرز در سرقت‌های اینترنتی ..... ۱۱۹  
سیدمحسن رضوی اصل  
دکتر احمد مرادخانی
- بررسی مدعای تأثر فیض کاشانی و محقق سبزواری از متصوفه اهل سنت  
در مسئله غنا ..... ۱۴۳  
حمید ایمان‌دار  
احسان علی‌اکبری بابوکانی
- چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی ..... ۱۶۷







## نقش اصطلاح‌شناسی در توانمندسازی فقه

محمدهادی یعقوب‌نژاد\*

### چکیده

اصطلاح‌شناسی در نظام‌سازی واژگانی علوم تأثیر بسزایی دارد. نقش این مهم در درک متناسب از ساختار دانش‌ها نیز انکارناشدنی است. این نوشتار رسالت بیان این تأثیر را در توانمندسازی فقه برعهده دارد و همچنین، براین پایه، درصدد پاسخ‌گویی به دغدغه دست‌بندی درون‌علمی دانش «فقه» است.

بررسی موضوع در چهار محور سامان یافته است: محور اول، از اهمیت اصطلاح‌شناسی سخن می‌گوید؛ در محور دوم، موضوعاتی بررسی می‌شود که ابزار شناخت واژگان علوم هستند؛ محور سوم به اهمیت اصطلاح‌شناسی در دامنه و گستره فقه می‌پردازد؛ چهارمین و آخرین محور، عهده‌دار واکاوی و بازنمایی دانش فقه در فرم اصطلاح‌شناسی و بیان برخی سودمندی‌های برجسته آن است.

**کلیدواژگان:** علم فقه، دست‌بندی علوم، دست‌بندی علم فقه، اصطلاح‌نامه، اصطلاح‌شناسی.

## مقدمه (طرح مسئله)

فقیهان مسلمان برای علم فقه از جنبه‌های مختلف دسته‌بندی‌هایی داشته‌اند؛ مثلاً آن را از جنبه ادله اثبات، به «فقه استدلالی» و «فقه روایی»، و به لحاظ حکم و موضوع به «احکام» و «موضوعات احکام»، و از نظر مذهب به «فقه اهل سنت» و «فقه شیعه»، و از نگاه مسئله و قواعد کلی به «قواعد فقهی» و «مسائل فقهی»، و با در نظر گرفتن موضوعات کلان فقه به «عبادات بالمعنی الاعم» و «معاملات بالمعنی الاعم» تقسیم نموده‌اند.

پرسش اساسی آن است که با توجه به دسته‌بندی‌های متفاوتی که در جوامع فقهی آمده است، کدام روش با ایجاد مبنای صحیح می‌تواند به دسته‌بندی مسائل گسترده فقهی کمک کند؟

این مقاله، افزون بر بیان تأثیر بایسته اصطلاح‌شناسی در نظام‌سازی واژگانی و نقش آن در درک متناسب از ساختار دانش‌ها، مبنای صحیح برای دسته‌بندی مسائل گسترده فقهی را ترسیم ساختار دانش فقه با فرم اصطلاح‌شناسی دانسته و آن را بررسی نموده است. این بررسی در چهار محور تنظیم شده است: در آغاز (محور اول) از اهمیت اصطلاح‌شناسی سخن می‌گوید؛ در محور دوم، ابزارهایی همچون دائرةالمعارف، دانشنامه، فرهنگ‌نامه، فرهنگ و اصطلاح‌نامه شناخت واژگان بررسی می‌شود که محمل شناخت واژگان علوم هستند؛ محور سوم به اهمیت اصطلاح‌شناسی در دامنه و گستره فقه می‌پردازد؛ چهارمین و آخرین محور، عهده‌دار واکاوی و بازنمایی دانش فقه در فرم اصطلاح‌شناسی است.

### ۱. اصطلاحات تخصصی و اهمیت شناخت آن

دسته‌بندی در هر علم جز از راه اصطلاحات آن علم ممکن نیست. سنگ بنای دسته‌بندی‌ها در علوم گوناگون، از جمله فقه، اصطلاحات است که با عنوان‌های مدخل، کلیدواژه و مانند آن نام‌گذاری می‌شوند؛ زیرا اصطلاحات در علوم و معارف همان نقشی را



ایفا می‌کنند که عنصر زبان در گفت‌وگوهای عام برعهده دارد: نقش اصلی هردو، روان‌سازی ارتباطات انسانی است، اعم از ارتباط تخصصی بین عالمان یا ارتباط محاوره‌ای میان عموم انسان‌ها. در این میان، اصطلاح‌نامه<sup>۱</sup> یا گنج‌واژه یکی از منابع مهمی است که به دلیل کاربرد در دسته‌بندی درون‌علمی، مدیریت دانش و سازمان‌دهی اطلاعات، رتبه بالایی در میان آثار مرجع مشابه دارد و در اصطلاح‌شناسی دارای اهمیت خاصی است (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: اوستین و ویل، ۱۳۶۵ و یعقوب‌نژاد، ۱۳۸۹). اصطلاح‌نامه‌ها فواید و ارزش‌های افزوده فراوانی، همچون این موارد دارند:

- شناسایی و طبقه‌بندی واژگان مشابه و هم‌معنی، و متضاد در زمینه هر علم؛

- بازتاب پیوندهای متنی و بحثی میان واژه‌ها؛

- کشف مشترکات لفظی و تبیین وجوه تمایز آن؛

- کارایی در طبقه‌بندی علوم؛

- ارزشیابی دانش‌ها و بازنمایی تحولات رشته‌های گوناگون علمی؛

- بازشناخت روابط میان رشته‌ای؛

- نمایش چینه ساختاری هر دانش؛

- ارائه ساختار و روابط خانواده‌های واژگانی.

## ۲. ابزارها و منابع شناخت اصطلاحات و واژگان

از آنجاکه درک درستی از مفهوم اصطلاح‌نامه در عرف عام محققان وجود ندارد، ناگزیر، تعریف و تفاوت عناوینی همچون معجم، موسوعه، فرهنگ، دائرةالمعارف، دانشنامه و فرهنگ‌نامه را به اختصار بیان می‌کنیم تا تفاوت اصطلاح‌نامه با آنها روشن گردد...

### ۱-۲. فرهنگ (فرهنگ لغت)

قاموس لغت، معجم لغات، واژه‌نامه، لغت‌نامه، فرهنگ، فرهنگ لغت، دیکشنری و

عنوان‌هایی از این دست، مفهوم یکسانی دارند: اثری که دربرگیرنده لغت باشد. از این جهت، برابرهاده «Dictionary» در زبان انگلیسی و «Dictionnaire» در فرانسه قرار می‌گیرد و معمولاً در عربی به آن «قاموس» و «معجم» گفته می‌شود. محتوا و ساختار چنین آثاری با فرهنگ‌نامه، دائرةالمعارف، اصطلاح‌نامه و عنوان‌های مشابه آن کاملاً تفاوت دارد. البته، ممکن است، برای مثال لغت‌نامه دهخدا، که اثری چندوجهی است، هم لغت‌نامه (فرهنگ لغات) و هم دائرةالمعارف نامیده شود؛ زیرا، درضمن شرح لغات، به صورت تفصیلی به شرح اعلام تاریخی و جغرافیایی نیز توجه کرده است (یعقوب‌نژاد و دیگران، ۱۳۹۱: ص ۸۰).

## ۲-۲. فرهنگ‌نامه

فرهنگ‌نامه اسم مرکب فارسی، و به معنای کتابی است که در آن سخن از دانش و فرهنگ باشد. این اصطلاح برابر «دائرةالمعارف» در عربی، «Encyclopedia» در انگلیسی، و «Encyclopédie» در فرانسه قرار می‌گیرد (قرشی، ۱۳۷۸: ص ۳۰) و به اثری گفته می‌شود که در آن آگاهی‌های گزیده و موثقی از همه رشته‌های علوم یا رشته‌ای خاص از دانش بشری به صورت مقالاتی کوتاه یا بلند (حسب موضوع) فراهم آمده است و مراجعه‌کننده به آن، پاسخ سؤال خویش را در موضوع موردنیازش به آسانی به دست می‌آورد. (ر.ک: یعقوب‌نژاد، همان).

## ۲-۳. دانشنامه

این اصطلاح، اسم مرکب فارسی و برابر واژه «Cyclopaedia» است: اثری که دربردارنده اطلاعاتی به صورت مقاله درباره بخشی خاص از دانش بشری باشد و به معنای «کتاب علم» یا «کتاب حکمت» یا نامه‌ای که در آن از دانش سخن رفته باشد هم تعریف شده است (سلطانی و راستین، ۱۳۶۵: ذیل واژه «دانشنامه»؛ معین، ۱۳۶۴: ج ۲، ذیل واژه «دانشنامه»). درحقیقت، دانشنامه‌ها بیشتر خلاصه دانش بشری در رشته‌ای خاص هستند که در یک مجموعه گردآوری شده‌اند، برای عموم فرهیختگان درک‌شدنی‌اند، و استفاده از آنها و نیز یافتن پاسخ در زمینه‌های موردنظر، آسان است (پریس، ۱۳۶۷: ص ۵۰۴).

## ۲-۴. دائرة المعارف

دائرة المعارف اسم مرکب عربی، برابر نهاده «Encyclopedia»، و به معنای کتابی است که در برگیرنده مجموعه‌ای از معارف بشری، فرهنگ و علوم باشد؛ به‌دیگرسخن، این اثر خلاصه‌ای است از رشته‌های مختلف علوم، که به‌آسانی قابل فهم و استفاده باشد (حری، ۱۳۸۱: ج ۱، ذیل واژه «اصطلاح‌شناسی»).

با همه تفاوت دقیقی که در تعریف این سه عنوان وجود دارد، ولی در فارسی معاصر هر سه اصطلاح «فرهنگ‌نامه»، «دانشنامه» و «دائرة المعارف» در یک مفهوم به کار می‌رود که البته، با فرهنگ لغت (فرهنگ) تفاوت آشکاری دارند؛ بنابراین، دائرة المعارف یا فرهنگ‌نامه، ارائه اطلاعات گزیده و آگاهی‌های دقیق، موثق و روزآمد در همه رشته‌های معارف بشری یا رشته‌ای خاص است که متخصصان و زبندگان رشته‌های مختلف آن را برپایه دانش و زبان خوانندگان گردآوری و سپس برحسب نظامی خاص (بیشتر الفبایی یا موضوعی) مرتب کرده‌اند. این نوع منابع در ردیف منابع مرجع قرار دارند و خواننده آن، به‌سادگی و با سرعت، می‌تواند پاسخ بعضی از سوالات خود را در زمینه موردنیازش بیابد.

با وجود این، فرهنگ، واژه‌نامه یا لغت‌نامه منبعی است که درباره کلمات و لغات زبان محاوره‌ای عام یا رشته‌ای خاص براساس نظم الفبایی (به‌طور معمول) مرتب می‌شود و به‌جز اطلاعات معنایی واژگان، آگاهی‌هایی مانند املا، هجامندی، تلفظ، ریشه‌شناسی، اشتقاق، کاربرد مترادف‌ها، دستور زبانی و گاه تصاویری دال بر واژه ارائه می‌کند.

## ۲-۵. اصطلاح‌نامه

اصطلاح‌نامه اسم مرکب فارسی و به معنای کتابی است که در آن، اصطلاحات علوم با ترتیب خاصی سامان یافته‌اند. این اصطلاح را برابر واژه انگلیسی «Thesaurus»<sup>۲</sup> قرار داده‌اند. شاید در زبان عربی عنوان «المکنز» یا «معجم المصطلحات» برابر نهاده مناسبی برای آن باشد.<sup>۳</sup> در اصطلاح‌نامه، مجموعه‌ای از اصطلاحات علمی در حوزه دانش خاصی

شناسایی و روابط معنایی و منطقی میان اصطلاحات، همچون مترادف، سلسله‌مراتبی و وابستگی، به‌روشنی ارائه می‌شود. همه اصطلاحات علمی یکی از ارتباطات مفهومی گفته‌شده را داراست. این ارتباطات علمی میان واژگان، با ساختاری شفاف در اصطلاح‌نامه نمایان می‌شود و در پایان، نظام‌واره واژگانی هر علم در بخش درختی اصطلاح‌نامه‌ها ترسیم می‌گردد. توضیحات واژگان (آن‌گونه که در لغت‌نامه‌ها و دائرةالمعارف‌ها هست) در اصطلاح‌نامه ارائه نمی‌شود. تاکنون، کاربردهای فراوانی برای اصطلاح‌نامه شناخته شده است: استفاده در نمایه‌سازی موضوعی، فهرست‌نویسی، مدخل‌یابی فرهنگ‌نامه‌ها و دائرةالمعارف‌ها، مدیریت اطلاعات الکترونیکی و دیجیتالی، علم‌سنجی، طبقه‌بندی درون‌علمی، هستی‌شناسی مفهومی علوم و مانند آن.

## ۲-۶. تفاوت ساختاری میان اصطلاح‌نامه و عنوان‌های مشابه

بنابر تعاریف یادشده، هریک از ابزارهای واژگانی اطلاعات خاصی را به خواننده می‌دهند. با وجود این، درحالی‌که گستره اطلاعات موجود در فرهنگ‌ها (لغت‌نامه‌ها) درباره واژه‌های زبانی است، گستره فرهنگ‌نامه‌ها، دائرةالمعارف‌ها و دانش‌نامه‌ها درباره زمینه‌های دانش بشری است: همان‌گونه که اصطلاح‌نامه‌ها درباره نظام معنایی حاکم بر شاخه‌های علمی و حوزه‌های علمی و معرفتی است و منبعی مؤثر برای مدیریت و سازمان‌دهی دانش‌ها، و زمینه‌سازی برای دستیابی به آگاهی‌های موجود در ردیف پژوهش‌های زیربنایی در حوزه‌های علمی است. چنین ابزاری درصدد پاسخ‌گویی به یکی از دغدغه‌های مهم اندیشمندان بوده که عبارت است از: اطلاع به‌موقع از داشته‌های علمی خویش و دیگران؛ چنان‌که عالمان همواره با روش‌های گوناگونی برای رفع این دغدغه تلاش کرده‌اند.<sup>۴</sup> افزون‌براین، از نظر قالب و ساختار، اصطلاح‌نامه‌ها با فرهنگ‌نامه‌ها، دانش‌نامه‌ها و ابزارهای مشابه متفاوت‌اند و از این جهت، بیشتر به طرح‌های رده‌بندی و نظام‌های طبقه‌بندی شباهت دارند (ر.ک: طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص ۶۳-۷۸)؛ گرچه ممکن است همه اینها براساس ترتیب الفبا تنظیم شده باشند.

### ۳. اهمیت اصطلاح‌شناسی در دانش فقه

#### ۳-۱. گستره فقه در دامنه علوم

درحقیقت، باوجوداینکه درون‌مایه مباحث فقهی، مسائل روز دنیاست ولی در شیوه ارائه مباحث کاربردی آن به جامعه و قالب‌های محاوره‌ای و روش‌های تنظیم و تقسیم‌بندی به بازنگری نیاز دارد. با نوآوری و جاذبه‌آفرینی در فقه و فقهت، و کارآمدتر کردن آن، مسیر حرکت تکاملی فقه، به‌عنوان نظریه واقعی و کامل اداره انسان پیش‌رونده و متکامل، هموار می‌گردد. نگرش خاص به حکومت (که فلسفه عملی فقه است)، بررسی مسائل جدید جامعه از نگاه فقهی با توجه به تحولات روزافزون و پیدایش مباحث نو (به‌ویژه با تشکیل حکومت اسلامی)، نیاز به پویایی فقه با توجه به نقش عنصر زمان و مکان در اجتهاد را نمایان می‌کند.

روشن است که فقه، علمی پرادعا، دیرباب، پیچیده و درعین حال پراثر و پرثمر و به‌صورت طبیعی اختلاف‌پذیر نیز هست. این علم دارای مسائل گوناگون و پرشماری است که در ابواب متنوعی جمع‌آوری و تنظیم شده‌اند و با چنین تنوعی، عنوان علمی واحد (علم فقه) را داراست؛ زیرا فقیه در علم فقه، گاهی درباره رابطه مکلف با خدا بحث می‌کند و زمانی دیگر، کیفیت تعامل انسان‌ها با یکدیگر را توضیح می‌دهد و در مواردی به امور مالی و اقتصادی، و در موقعیتی دیگر، به مباحث قضایی و جرم و جزا توجه دارد؛ گاه هم بیان رابطه انسان‌ها با طبیعت و جانوران، و موجودات و اشیای پیرامون او را برعهده دارد. از این رو، فقه دانشی است که با حوزه‌های علمی دیگر همچون اعتقادات و کلام، جامعه‌شناسی، اقتصاد، سیاست، حقوق، قانون، امور اجتماعی، و امور طبیعی رابطه فراوانی دارد. باوجوداین، فقه یک علم است و با عنوان واحدی نامیده می‌شود؛ زیرا، از آنجاکه فقه دانش زندگی است، به همه شئون زندگی انسان در عرصه‌های فردی و اجتماعی، دنیوی و اخروی، و سیاسی و اقتصادی می‌پردازد تا حکم همه این شئون از نگاه شرع روشن شود.

هر مسئله فقهی، موضوع و محمولی دارد: موضوع آن، فعل مکلفان است و محمول

آن حکمی از احکام شرع مقدس؛ از این رو، برای مباحث گوناگونی که در علم فقه مطرح می‌شود، یک محور مشترک وجود دارد: فعل مکلف از نظر حکم شرعی. فقیه از احکام فعل مکلفان سخن می‌گوید: چه احکام، تکلیفی باشند و چه وضعی. فقیه، همان‌طور که نماز را واجب و غیبت را حرام می‌داند و سفیه را از فروش اموال خود باز می‌دارد، حکم می‌کند که طهارت شرط نماز و عدم قبول مشتری موجب بطلان عقد است. در همه این موارد، فعلی از افعال مکلفان بیان می‌شود. این افعال با همه اختلاف ماهوی که دارند، در علمی واحد به نام فقه گرد آمده‌اند؛ چون فقیه همه آنها را با یک نگاه می‌نگرد، همان‌طور که از امور دیگری مانند زمین، آب و دیگر ذوات نیز بحث می‌کند. او احکام همه این موارد را از یک نوع مبادی دریافت و با یک شیوه بررسی و تحقیق می‌کند. از این رو، موضوعاتی چون اعتکاف، نماز، غیبت، معامله، حدود و دیات و مانند آن در یک مجموعه با نام علم فقه قرار می‌گیرند. علمی که موضوع آن همه شئون زندگی باشد، گستره و پهنه موضوعی وسیعی خواهد داشت.

چنین علمی با دارا بودن پیشینه و میراثی بی‌بدیل، راهبردی انحصاری، و افقی به فراخنای ابدیت، برای دسترسی به وضع موجود و آگاهی از داشته‌ها و تصویری اجمالی از نیازها و ترسیم معقول از طرح‌های پیش‌رو، چاره‌ای ندارد جز شناسایی موضوعات و تبدیل آنها به اصطلاحات و واژگان کلیدی؛ همچنین، تنظیم و ارائه آنها طبق طرحی مشخص. مطرح کردن بحث‌هایی مانند طبقه‌بندی علم فقه، درخت‌واره فقه، رده‌بندی، دسته‌بندی، و ایندکس‌های موضوعی و تخصصی برای رسیدن به همین مقصود است.

### ۲-۳. دسته‌بندی و تقسیمات موجود در فقه

در جوامع فقهی، مباحث فقهی را با عنوان‌های «ابواب فقهی» و «کتب فقهی» آورده‌اند. از آنجاکه در سده‌های اول و دوم هجری برای هر یک از موضوعات مهم فقهی کتاب مستقلی تألیف می‌شد، از هر موضوع و هر بابی از ابواب فقه با عنوان «کتاب» یاد شده است (شهبازی، ۱۳۶۹: ج ۲، ص ۱۳؛ مطهری، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۱۱). نگاهی به بخشی از این دسته‌بندی‌های موجود فقهی کمک شایانی به ادامه بحث خواهد نمود:

فقیهان اسلام در طول تاریخ فقه اسلامی برای این علم دسته‌بندی‌های متفاوتی مطرح کرده‌اند. در میان اندیشمندان معروف شیعه، سلار دیلمی (درگذشته ۴۶۳ق) در مراسم (۱۴۱۴ق: ص ۸۲)، ابوالصلاح حلبی (۳۷۴-۴۴۷ق) در الکافی فی الفقه (۱۴۰۳ق: ص ۱۰۹)، ابن‌براج (۴۰۰-۴۸۱ق) در المهدب (۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۱۸)، محقق حلی (۱۴۰۳ق: ۶۰۲-۶۷۶ق) در شرایع (۱۴۰۳ق: ج ۱، ص ۳، ۷، ۱۳)، شهید اول (۷۳۲-۷۸۶ق) در القواعد و الفوائد (بی‌تا: ج ۱، ص ۳۷)، سیدمحمدجوادحسینی عاملی (۱۱۶۴-۱۲۲۶ق) در مفتاح الکرامة (۱۴۱۸ق: ج ۸، ص ۳)، فیض کاشانی (۱۰۰۶-۱۰۹۹ق) در مفاتیح الشرایع (۱۴۰۱ق: ج ۱، ص ۳۶)، شهیدمحمدباقر صدر (۱۳۵۳-۱۴۰۰ق) در الفتاوی الواضحة (۱۳۹۲: ج ۱، ص ۱۳۲)، آیت‌الله مشکینی (۱۳۰۰-۱۳۸۶) در الفقه المأثور (۱۴۱۸ق: ص ۱۳) و عبدالکریم بی‌آزار شیرازی (زاده ۱۳۲۳) در رساله نوین (۱۳۷۹: ج ۱، ص ۵۴) دسته‌بندی‌هایی را ارائه کرده‌اند.

علمان اهل سنت نیز تقسیم‌بندی‌هایی در فقه دارند: در متون فقه شافعی، گاه مباحث فقهی را به چهار دسته عبادات، معاملات، مناکحات و جنایات بخش کرده‌اند. این تقسیم‌بندی ظاهراً از شیوه ابوحامد غزالی در احیاء العلوم متأثر است که احکام و مقررات اسلامی را به چهار بخش عبادات، عادات، منجیات و مهلکات تقسیم کرده است. همچنین، بعضی از متأخران اهل سنت، فقه را سه قسمت دانسته‌اند: عبادات، اصول اخلاقی و احکام قانونی (محمصانی، ۱۳۵۸: ص ۲۰؛ حسن‌زاده، ۱۳۸۲: ص ۲۶۱-۲۹۳).

با بررسی اجمالی مشخص می‌شود که به برخی از الگوهای مطرح‌شده، آن‌گونه که باید، توجه نشده است؛ ولی برخی دیگر مورد نظر عده‌ای از فقیهان قرار گرفته است. آنچه روشن است اینکه علم فقه ساختاری پذیرفتنی برای همه فقیهان اسلامی ندارد و کمتر هم به آن توجه ویژه‌ای شده است؛ مثلاً معروف‌ترین تقسیم برای مباحث علم فقه از منظر فقیهان شیعه را محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام ارائه کرده و شهید اول در کتاب قواعد، درباره آن توضیحات کوتاهی داده است (همان). باوجوداین، دیگر شارحان کتاب شرایع، همچون شهید ثانی در مسالک و نوه او سیدمحمد موسوی عاملی در مدارک، و همچنین صاحب جواهر هیچ‌گونه توضیح و تفسیری نداشته‌اند. شهید اول هم در کتاب



اللمعة الدمشقية از روش محقق حلی پیروی نکرده و نیز در القواعد و الفوائد راه دیگری پیموده است.

محقق حلی ابواب و رؤوس مسائل فقهی را با عنوان «کتاب» تنظیم نموده است. او، نخست، ابواب فقه را به چهار بخش عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تقسیم کرده و پس از آن، ذیل این عنوان‌ها ۴۸ باب (کتاب) فقهی به شرح زیر قرار داده است:

- عبادات: ۱۰ باب (کتاب)؛

- عقود: ۱۵ باب (کتاب)؛

- ایقاعات: ۱۱ باب (کتاب)؛

- احکام: ۱۲ باب (کتاب).

با وجود این، در شمارش ابواب عقود، به جای ۱۵ باب، ۱۹ باب را نام برده و در مجموع ۵۲ باب فقهی را برشمرده است. بعد از محقق حلی، علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء ابواب فقهی را به نوع دیگری گروه‌بندی کرده است؛ همچنین، شهید اول هم در کتاب القواعد و الفوائد، توضیح اندکی درباره تقسیم محقق حلی داده است. با وجود این، دیگر فقیهان، نه به تقسیم‌بندی محقق توجه کرده‌اند و نه خود ابواب فقهی را به گونه‌ای دیگر تقسیم‌بندی نموده‌اند.

#### ۴. بازنمایی ساختار دانش فقه در فرم اصطلاح‌شناسی

##### ۴-۱. کلیات

نگاه ساختاری به علم، به معنای ملاحظه مجموعی و کلی آن است. ساختار فقه عنصری اثرگذار در فهم گزاره‌ها و مسائل فقهی است. از پرسش‌هایی که در این زمینه مطرح می‌شود، به این موارد می‌توان اشاره کرد: فقه چند رده اصلی دارد؟ ارتباط آنها با یکدیگر چیست؟ آیا این دانش دو شاخه اصلی دارد یا بیشتر؟ مشهور است که فقه شیعه ۵۰ کتاب یا باب دارد؛ اما چرا در برخی کتاب‌های کهن‌تر فقهی، آن را ۲۳ باب (سالر



دیلمی، ۱۴۱۴ق: ص ۸۲) و در برخی دیگر، ۳۶ باب (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ص ۱۰۹) و مانند آن ذکر کرده‌اند؟

ارائه هندسه علم فقه و «ترسیم ساختار آن ضرورت دارد؛ به گونه‌ای که تقسیمات کلی و جایگاه هر بحث، مشخص و عناوین گویا برای هر موضوع برگزیده شود و ذیل هر عنوان، مباحث مطرح در قالب استانداردهای قابل قبول در تألیف و تصنیف ارائه گردد و برای پرهیز از جدا افتادن مباحث مرتبط به هم، یا مخلوط شدن مباحث غیرمرتبط به هم، به موضوع‌شناسی و ساختاربندی آن اهمیت داده شود» (ر.ک: عطیه، ۱۴۲۲ق: ص ۱۴-۷۴).

از این رو، شناسایی و تنظیم اصطلاحات فقهی، که ابزار مفاهمه علمی میان اندیشمندان این حوزه علمی و معرفتی است، ضرورت پیدا می‌کند. نگاه کلان به فقه از زاویه شناخت مصطلحات و طبقه‌بندی آنها، تنظیم مباحث، تقسیمات پیشینی و پسینی آن، نحوه ترسیم و تقسیم مباحث آنها، بیان ارتباط فقه با علوم دیگر و مانند آن، موضوعاتی است که باید در فرمی از پیش طراحی شده، با اصولی مشخص و قابل انعطاف، ترسیم و ارائه گردد. در این تنظیم، سبک و منطق اصطلاح‌نامه و به عبارت دقیق‌تر، اصطلاح‌نامه فقه می‌تواند به کار آید. این ابزار، علاوه بر کاربردها و دستاوردهای شناخته شده (یعقوب‌نژاد و دیگران، ۱۳۹۱: کاربردهای اصطلاح‌نامه)، در صورتی که با مستندات الکترونیکی همراه شود، در فقه فایده‌هایی، همچون موارد زیر، به صورت تحلیل‌های افزوده خواهد داشت:

- نشان دادن دادوستد فقه با علوم دیگر از طریق ارائه واقعیت موجود در فقه؛

- بازگو کردن ضوابط و قواعد فقهی، اعم از قواعد منصوص و مصرح یا قواعد مستنبط و مستخرج یا قواعد فقهی عام و قواعد فقهی خاص؛

- به دست دادن زمینه بررسی‌ها و کاوش‌های جدید در زمینه‌های بحث‌نشده فقهی از طریق ارائه کارهای انجام‌یافته و بحث‌های متورم‌شده؛

- گشودن بررسی درباره مباحث نو و راه‌های طی نشده مانند: کشف نظریه‌های

فقهی، تعریف نظریه، ضابطه نظریه بودن، مدرک و درجه اعتبار نظریه فقهی، حدود و قلمرو نظریه، مصداق‌ها و موارد تطبیق نظریه، عوامل قبول یا رد یا انکار نظریه، و همچنین ملاک‌های مختلف تبویب و تقسیم‌بندی مباحث فقه، وجه ارتباط فقه با علوم دیگر به‌ویژه شاخه‌های مختلف علم حقوق و دانش‌هایی با ارتباط بالا؛

- ایجاد زمینه برای تنظیم و طبقه‌بندی منابع فقهی، و درک دقیق‌تر از ادوار تاریخی؛

- معرفی اعلام و آثار ارائه‌شده در هر دوره به‌صورت تطبیقی و با مقایسه با دیگر فرقه‌های اسلامی؛

- بررسی مباحث پیرامونی فقه (فلسفه فقه)؛

- اصلاح و طرح‌ریزی بهتر و معماری دقیق‌تر برای فقه با بازنگری عملکرد فقه و فقیهان و مرور گزارش مستند و تحلیلی از واقعیت موجود در فقه کلان و کلان فقه از طریق آماده کردن پایگاه‌های تخصصی فقهی؛

- بازنگری در منابع استنباط و منابع فقه؛

- معرفی فقیهان تحول‌گرا، صاحبان طرح‌ها و نظریه‌های بنیادی و نقطه‌های عطف علمی ارائه‌شده در دوره‌های فقه؛

- بازرسی و بازآفرینی تقسیمات درونی فقه؛

- توجه ویژه به مقارنه فقهی و مقایسه دیدگاه‌های فرقه‌های گوناگون اسلامی.

#### ۴-۲. اثبات فوائد ساختارشناختی اصطلاح‌نامه فقه

فواید یادشده در بخش پیشین، هرکدام محوری است برای تدوین مقاله یا کتابی پردامن. باین حال، برای جمع‌بندی و استواری بحث، با ذکر نمونه، بخشی از آن فواید را با محوریت فوائد ساختارشناسانه تبیین و اثبات می‌کنیم:

#### ۴-۲-۱. دادوستد فقه با علوم دیگر

وقتی یکایک مصطلحات موجود در فقه با نظمی شناخته شده (مانند الفبایی و درختی) ارائه شود یا به بیان دیگر، مضامین فقهی با اصطلاحات و واژگان کلیدی ترسیم و ساختار بندی گردد، به روشنی مشخص خواهد شد که این دانش چه نوع مباحث و موضوعاتی دارد که این مصطلحات نمایانگر آنهاست؛ در نتیجه، مشخص خواهد شد که نخست، چه مقدار مباحثی را از دانش‌هایی مانند حقوق، اقتصاد، جامعه‌شناسی، محیط زیست در خود جای داده و دوم، تا چه حدی با دیگر دانش‌ها تعامل برقرار کرده یا می‌تواند برقرار کند؛ مثلاً بخش قابل توجهی از مباحث مربوط به حیوانات و حشرات که در فقه آمده است، وجه ارتباط این دانش را با زیست‌شناسی نشان می‌دهد: موضوعاتی همچون شتر (بعیر، ابل، جزور) که در فقه احکام خاصی دارد و در سرفصل‌هایی مانند زکات، آب چاه و حیوان نجاست‌خوار، احکام نجاسات، بیع پشم، یا کرک شتر، و دیات از آن بحث شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۱۱۹). در این باره، بحث‌های جزئی‌تری هم مطرح شده است؛ مانند: تقسیم‌بندی خون غیرجهنده به خون تمساح، خون مار، خون ماهی، خون پشه، خون کک و خون ملخ.

#### ۴-۲-۲. تقسیم و دسته‌بندی موضوعات

هرجا از «تکلیف» انسان و حکم شرعی سخن به میان آید، «موضوع» نیز در کنار آن مطرح است؛ از این رو، در دانش فقه همواره با موضوعات روبه‌رو هستیم. گستردگی دامنه موضوعات فقهی و شناخت بیشتر آنها، دسته‌بندی موضوعات را ایجاب می‌کند. دسته‌بندی موضوعات فقه، معرکه آراست. تقسیم فقه به دو گروه «عبادات و معاملات» دسته‌بندی رایجی است. مسائلی چون نماز، روزه، حج و زکات، موضوعاتی عبادی هستند و مسائلی چون بیع، اجاره و قرض، موضوعاتی معاملاتی به‌شمار می‌آیند. همچنین محقق حلی در شرایع، با تقسیم فقه به چهار رده اصلی، احکام را قسیم عبادات و عقود و ایقاعات قرار داده است؛ پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا رده اصلی احکام، با احکام در عبادات چه ارتباطی دارد و آیا بسیاری از عبادات نیز احکام با معنای

متبادر نیستند؟ آیا فقه، دانشی غیر از علم به احکام شرعیه است؟ اگر فقه مجموعه‌ای از احکام تکلیفی و احکام وضعی در فعل مکلف است، چرا احکام را قسیم عبادات و عقود و ایقاعات قرار داده‌اند؟

در دسته‌بندی دیگری، موضوعات فقه را به دو گروه «فردی و حکومتی» تقسیم کرده‌اند. نماز و روزه را فردی دانسته‌اند؛ چون تکالیف شرعی مربوط به این دو موضوع برعهده تک‌تک مکلفان است. همچنین، سفر رفتن و رعایت احکام آن موضوعی فردی است. رفع نجاست یا کسب طهارت را با نگاهی دیگر، موضوعی فردی هم می‌توان دانست که تک‌تک افراد برای رفع نجاست یا کسب طهارت، باید از آب و... استفاده کنند.

درمقابل، موضوعات دیگری وجود دارد که احکام و تکالیف شرعی مربوط به آنها برعهده حکومت است؛ مثلاً تصمیم و اقدامات جهاد با دشمن و تأمین امنیت کشور و دفاع از مرزها، موضوعی حکومتی است؛ یعنی تکالیف مربوط به این موضوع و انجام فعالیت‌هایی مانند آموزش مردم، تولید سلاح و امکانات پیشرفته دفاعی، سازمان‌دهی نیروی نظامی، و اعلام جنگ یا صلح با دیگر کشورها از وظایف اختصاصی حکومت است. در عرصه اقتصاد نیز مسائلی مانند اداره بانک‌های مرکزی و چاپ پول یا انتشار اسکناس موضوعی حکومتی به‌شمار می‌آید؛ چون مخاطب این نوع احکام نه تک‌تک افراد، بلکه حکومت است. امروزه از دسته‌بندی‌های دیگری با عنوان «موضوعات کهن» و «موضوعات مستحدث یا جدید» نیز نام می‌برند: مثلاً اسکناس (پول کاغذی) را موضوعی مستحدث می‌دانند. اسکناس با پول رایج در گذشته (درهم و دینار یا به تعبیر روایات، نقدین) تفاوت دارد؛ پرسش اینجاست که آیا احکام آن نوع پول (مثلاً درباره زکات) را به این پول جدید می‌توان سرایت داد؟ مشهور فقیهان شیعه اسکناس را مشمول زکات نمی‌دانند (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۹: ج ۲، ص ۶۱۴، مسئله ۷؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۵۵، مسئله ۲۲۶)؛ ولی درمقابل، برخی از متأخران شیعه، زکات را دربرگیرنده پول‌های اعتباری کنونی می‌دانند (ر.ک: مرتضوی لنگرودی و دیگران (مصاحبه‌شوندگان)، ۱۳۷۶: ص ۲۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۸: ص ۷۶) و بیشتر فقیهان اهل سنت (به جز حنبلی‌ها) نیز پول اعتباری را مشمول زکات می‌دانند (ر.ک: جزیری، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۶۰۶).

به‌هرروی، فقه دانشی است نوشونده، پرکاربرد و با گستره‌ای وسیع؛ بنابراین، شناخت دامنه‌ موضوعات در دسته‌بندی درست آنها بسیار مؤثر است. با الگوی اصطلاح‌شناسی در فقه و مرور مجموعه اصطلاحات در قلمرو همگن و جایافته در ردیف خود (و الحاق متون مختلف به آن در فضاهای وسیع الکترونیکی) گونه‌ای از مدیریت اطلاعات فقهی صورت می‌گیرد. در نتیجه، با نگاهی کلی و تورق مباحث به‌صورت موضوعی، بازسازی منطقی در تبویب فقه با ملاک‌های ساختاری نیز فراهم شده و تقسیم‌بندی دقیق‌تر و گسترش‌پذیرتری ارائه خواهد شد. همچنین، با این الگو از پذیرش دسته‌بندی‌ها و تقسیمات متفاوتی که ملاک روشن و همه‌پذیری ندارند و تنها طبق گرایش‌ها و دیدگاه‌های خاص و سلیقه‌های اشخاص گوناگون انجام شده‌اند، پیشگیری می‌شود. مثلاً علم فقه در اصطلاح‌نامه فقه، با منطق لحاظ‌بندی، از جنبه‌های مختلف، به وجوهی همچون این موارد تقسیم شده است: به‌لحاظ ادله اثبات، به فقه استدلالی و فقه روایی؛ به‌لحاظ حکم و موضوع، به احکام و موضوعات احکام؛ به‌لحاظ مذهب، به فقه اهل سنت و فقه شیعه؛ به‌لحاظ مسئله و قواعد کلی، به قواعد فقهی و مسائل فقهی؛ به‌لحاظ موضوعات کلان فقه، به عبادات بالمعنی‌الاعم و معاملات بالمعنی‌الاعم (ر.ک: جمعی از محققان، ۱۳۹۵: ذیل «فقه» (حوزه اصلی)). البته، این تقسیم‌بندی قابل انعطاف و گسترش‌پذیر است.

در رده احکام، بخشی از ساختار آن به‌شکل زیر نمایش داده می‌شود:

## احکام

احکام ذوات (احکام اقسام متفاوتی دارد که یکی از آنها احکام ذوات است)

### احکام جاندار

احکام حیوان (ذیل احکام حیوان بیش از ۱۲۰ عنوان مطرح شده است)

اجزای حیوان (در این اصطلاح ۱۲ زیربخش مشخص شده که

هرکدام زیررده‌هایی دارند)

## خون حیوان

خون حرام گوشت

خون ذبیحه

خون حلال گوشت

خون صید (ر.ک: همان، ذیل «خون حیوان»).

### ۴-۲-۳. پایش و بسامد فراوانی موضوعات

با الگوی اصطلاح‌شناسی در فقه، پایش موضوعات فقهی و بسامد فراوانی مباحث آن نیز صورت می‌گیرد. وقتی حدود ۶۰ هزار اصطلاح ساختاری از فقه در دسترس باشد، از تعداد اصطلاحات و بحث‌های هر موضوع و عمق پرداختن به آنها می‌توان فهمید که درباره کدام موضوع بحث‌های فراوانی صورت گرفته و بنابراین، نسبت به دیگر موضوعات با سابقه‌تر است؛ یا اینکه، کدام بحث جدید هست که حتی کلیدواژه و اصطلاحات مرتبط به آن هم در بسامدی پذیرفتنی در منابع نیامده است: مثلاً پیرامون مباحث مربوط به نماز، به تعداد کافی اصطلاحات و بحث‌های جزئی وجود دارد، ولی در موضوع مهم و پرکاربردی مانند «امتنان»، در فقه یا حتی در علوم اسلامی بحثی جدی نشده است؛ البته، در موضوع «منت» یا امتنان، در فقه و در عبادات، به اختصار، با عنوان «ادلالات» (ر.ک: همان، ذیل «ادلالات») بحث شده است (آنجا که گفته‌اند: ادلالت بر خدا در مقام عبادت، به قبولی عبادت خلل وارد می‌کند) (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۱۱، ص ۹۳؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ج ۱، ص ۳۲۵). این در حالی است که این موضوع، بسیار فراتر از آنچه در فقه بحث شده، به توجه نیاز دارد؛ ولی فقیهان ما هنوز به آن نپرداخته‌اند، تا جای خالی بررسی و تحقیق آن حس شود. محققان با مرور اصطلاحات نظام‌یافته، تفاوت میان بحث‌های نو با کهنه‌شده، و کارهای مغفول با بحث‌های متورم‌شده را درخواست می‌کنند.

نمونه ویژه‌ای که در این باره می‌توان مطرح نمود، موضوع «خون» است. در این باره،

چنین درخت‌واره‌ای را می‌توان نمایش داد:

## اجزای حیوان

### خون

استحاضه

حیض

اهدای خون

خون درآوردن

خون یائسگی

خونِ دماغ

خون تخم پرندگان

خون دندان

خون معفو در نماز

خون پاک

خون حجامت

خون جهنده

خون غیر جهنده

خون تمساح

خون شپش

خون مار

خون ماهی

خون پشه

خون کک





خون ملخ  
انتقال خون  
به انسان  
به حیوان

خرید و فروش خون (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ج ۱، ص ۶۸۱؛ جمعی از محققان، ۱۳۹۵: ذیل «فقه» (حوزه اصلی))

فقیهان درباره موضوعات مرتبط با «خون» بحث‌های فراوانی کرده‌اند (مثلاً در این موضوعات از خون هم بحث نموده‌اند که می‌توان به آنها مراجعه نمود: اذن، پرنده، تمساح، بیع، تخم پرنده، حشرات، خون، تزریق، انتقال خون، احکام زن، خون اهدایی، خرید و فروش خون، اهدای خون، تزریق خون، گرفتن خون (ابن براج، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۱۰۲؛ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۹۵)). با وجود این، در منابع کاغذی و الکترونیکی مباحث و اصطلاحات نوپدید همچون خون‌فروشی، اهدای خون، نگهداری خون، احتکار خون و خون اهدایی را بسیار کم می‌بینیم (ر.ک: جمعی از محققان، ۱۳۹۵: واژه «خون»).

۴-۲-۴. پیشینه بحث در موضوعات

اگر پایگاه‌های مبتنی بر اصطلاح‌شناسی و زبان‌های کنترل شده (مثلاً، ر.ک: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۹۰؛ شبکه تحت وب مدیریت اطلاعات و علوم اسلامی، ۱۳۹۵: بخش فقه) روزآمد باشند، می‌توانند به محققان برای دریافت پیشینه بحث کمک کنند: همان‌گونه که در بازشناسی نقل قول‌های گردآوری شده از نظرات جدید مفیدند. مثلاً «جنین» عنوانی برای جاندار در مرحله‌ای از رشد در رحم مادر است و یکی از موضوعات پرمخاطب در فقه به‌شمار می‌آید. وقتی کاربران به اصطلاح‌نامه یا رده‌بندی‌های ساختارمند<sup>۵</sup> (ر.ک: طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص ۶۳-۷۸) مراجعه کنند، ملاحظه خواهند نمود که این اصطلاح در ساختاری



سلسله‌مراتبی جا دارد و از نظر رده معنایی ذیل عناوینی مانند «موضوعات احکام» و «جانداران» قرار گرفته است (ر.ک: جمعی از محققان، ۱۳۹۵: واژه «جنین»).

از موضوع «جنین» در باب‌های مختلف فقه همچون طهارت، جهاد، تجارت، رهن، وصیت، نکاح، ظهار، لعان، عتق، تدبیر، اقرار، صید و ذباحت، ارث و دیات بحث کرده‌اند. درباره «جنین انسان» نیز در پایگاه‌های مدیریت اطلاعات مبتنی بر نمایه‌سازی کنترل شده (اصطلاح‌نامه و...)، به فراخور، بحث‌های فراوانی در ذیل واژگان مختلف دیده می‌شود؛ مانند: جنین انسان، جنین استخوانی، جنین بی‌روح، جنین بیمار خونی، بیمار جنینی، جنین تام‌الخلقه، جنین ذمی، جنین ذی‌روح، جنین ناتمام، جنین مرده، جنین مسلمان، جنین مشرف‌به‌مرگ، جنین ناقص‌الخلقه، جنین وارث، جنین وطی به شبهه، علقه، علقه انسان، علقه حیوان، مضغه، نطفه و اتلاف جنین انسان (ر.ک: همان).

با مراجعه به پایگاه مدیریت اطلاعات فقهی و تحلیلی ساده، از کمیت اطلاعات و حجم مباحثی که ذیل اصطلاحات و کلیدواژگان مرتبط وجود دارد، به روشنی درک می‌کنیم که اندیشمندان حوزه علمی فقه تا چه مقدار به اصل موضوع «جنین» توجه داشته‌اند؛ مثلاً اگر درباره «جنین» به ویکی علوم اسلامی، که برپایه زبان کنترل شده اصطلاح‌نامه طرح‌ریزی شده است، مراجعه کنیم، علاوه بر جایگاه‌های متعارف این موضوع، بحث‌های نسبتاً فراوانی ذیل عنوان‌های وابسته گوناگون آن می‌بینیم: مانند تشریح میت، اتلاف، بارداری انسان، احکام میت، بیع ملاقیح، بیع نتاج، بیع مجر، جنین انسان، تسویه جنین، تصویر جنین، مراحل جنین، رشد جنین، نطفه جنین، عظم جنین، لحم جنین، منشأ تکوین جنین، نمو جنین، تشریح جنین، علقه، مضغه، عظم جنین (برگرفته از: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۵) و منابع فراوانی که در این باره بحث کرده‌اند (مانند: شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۶، ص ۹۰؛ همو، بی‌تا: ذیل «انسان»؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۳۶، ص ۱۸۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ج ۳، ص ۱۲۷؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ص ۲۴۸؛ شاذلی، بی‌تا: ص ۱۹۹؛ بن‌سعید، ۱۳۷۵ق: ج ۱، ص ۲۹-۴۶؛ مدکور، ۱۳۸۹ق: ج ۱، ص ۳۳-۳۴؛ معصر، ۱۴۱۱ق: ج ۱، ص ۳۵).

ازسوی دیگر، مواردی مانند نازایی یکی از مشکلات اجتماعی در جامعه امروز به شمار می آید. مهم ترین شیوهی درمان این مشکل، «اهدای جنین» است.<sup>۶</sup> ازسوی دیگر، می دانیم که فقه دانشی پویاست. عالمان فقه و حقوق باید پابه پای نیازهای جامعه علمی در فرایند تولید غیرطبیعی انسان حرکت نموده و ضمن حل مشکلات فقهی - حقوقی و نارسایی های انسان، او را در پیمودن راه درست راهنمایی کنند.<sup>۷</sup> اگر رجوع به اصطلاحنامه های تخصصی روزآمد یا رده بندی های جامع، یافتن اصطلاحاتی مانند «شیه سازی» «باروری های پزشکی»، «تولید مثل مصنوعی»، «اهدای اسپرم» (ر.ک: خلفی، ۱۳۸۵: ص ۵۱)، «اهدای تخمک» (همان)، «اجاره رحم» یا «مادر جانشین» (همان)، «اهدای جنین» (همان، ص ۵۲) و دیگر مباحث نوپدید را در پی نداشته باشد، پیداست که یا عالمان فقهی - حقوقی هنوز به این موضوعات توجه نکرده اند یا در وجه عام از آنها بحث نکرده یا اگر این گونه بوده باشد، بسیار اندک است. حتی ممکن است چنین اصطلاحاتی در منابع و مباحث آنان هنوز به کار نرفته باشد؛ چون نه در تداول عام تثبیت شده اند و نه درباره چنین موضوعاتی در منابع کاغذی و الکترونیکی و وبی های مرتبط بحث های قابل توجهی وجود دارد. مثلاً در ذیل «اهدای جنین» گاه با پیام «این صفحه هم اکنون متنی ندارد. شما می توانید در دیگر صفحات این عنوان را جستجو کنید» یا «سیاهه های مرتبط را بگردید» روبه رو می شویم. این درحالی است که به دلیل کاربرد زیاد این موضوع، جامعه پزشکی و زیست شناسان از نگاه تخصصی خویش آثار متنوعی درباره اش نوشته اند (مانند: کمپل، ۱۳۷۲؛ کندری، ۱۹۹۸م؛ لاریجانی، ۱۳۹۲؛ ویسیک، ۱۳۷۳؛ یاسین، ۱۴۱۰ق؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق؛ منتظری، ۱۳۸۱ق؛ مؤمن، ۱۳۷۴؛ نایب زاده، ۱۳۸۰؛ همو، ۱۳۸۴).

از آنجا که عناصر یادشده برپایه اصطلاح شناسی طراحی و ارائه می شوند، به شرط روزآمد بودن، در شناخت مباحث مغفول یا قابل بحث، همچون راهنما عمل می کنند؛ ازسوی دیگر، در بازشناسی گفته های پیشینیان از سخنان نو به کار می آیند و موقعیت های بررسی شدنی و منتهی به تولید علم را نشان می دهند.

## ۴-۲-۵. طبقه‌بندی منابع و شناخت اندیشمندان تحول‌ساز

در رده‌بندی‌ها و سرعنوان‌های موضوعی و به‌ویژه در اصطلاح‌نامه‌ها، نام اشخاص با رابطه هم‌ارز و نام منابع با نام‌های مشابه و همچنین، فرابخش‌های آنها ذکر می‌شود؛ مثلاً:

کتاب تفسیر فخر رازی با نام‌هایی مانند تفسیر کبیر، مفاتیح الغیب، تفسیر رازی، تفسیر کبیر رازی، کتاب تفسیر کبیر، و همچنین، نام فخر رازی با عناوینی مانند ابو عبدالله فخر رازی، فخر رازی، محمد بن عمر (۵۴۴ - ۶۰۶ ق)، امام فخر رازی، فخرالدین رازی، امام ابوالفضل، امام المشککین، محمد بن عمر: خطیب رازی، محمد بن عمر: رازی، فخرالدین: محمد بن عمر، رازی: محمد بن عمر، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسن التیمی الرازی، و محمد بن عمر کبری طبرستانی در ذیل مفسران، متکلمان، فیلسوفان و فقیهان می‌آید.

همچنین، آثار علمی او مانند الأربعین، أساس التقدیس، أسرار التنزیل، أسرار النجوم، الإنارات، البیان، تحصیل الحق، تفسیر کبیر، شرح نهج البلاغه، تهذیب الدلائل، درة التنزیل و قرۃ التأویل، زبدة المعالم، السر المكتوم، المحصول، نهاية الإيجاز و نهاية العقول هر کدام در ذیل عنوان عام خود قرار می‌گیرند؛ مثلاً الأربعین و تحصیل الحق، ذیل منابع کلامی و أسرار النجوم، ذیل منابع نجومی (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۵).

مشاهده و دریافت نام‌های اشخاص به‌صورت استاندارد و همچنین، عناوین مترادف یا شبه‌مترادف و جایگاه آنها در ساختار سلسله‌مراتبی برایندهایی خواهد داشت: نخست اینکه، نظمی معنایی ایجاد می‌کند؛ همچنین، زمینه طبقه‌بندی درست منابع را در محتوای فایل‌های الکترونیکی به‌صورتی آسان، دقیق و جذاب فراهم می‌کند؛ افزون‌براین، اطلاعاتی جانبی مانند دوره تاریخی، و تقدم و تأخر منابع یا زمان زیست نویسنده و بازبایی زمانی هر اثر از او را نمایان خواهد کرد؛ به‌علاوه، از همین رهگذر،



اندیشمندان تحول ساز و بانیان طرح‌ها و نظریه‌های جدید مشخص خواهند شد؛ در پایان، با مدیریت اطلاعات فقهی و تورق مباحث به صورت موضوعی، مباحث مهمی مانند قواعد و نظریه‌های فقهی، و تعریف‌ها و ملاک‌های آنها کشف خواهد شد.

این فواید و مانند آن، در صورتی تحقق درست و قابل انعطافی خواهد داشت که اطلاعات پراکنده در منابع گوناگون، با ساختاری منظم، در پایگاهی دربرگیرنده فایل‌های متنی و صوتی-تصویری، (طبق اصولی از پیش طراحی شده) بر پایه اصطلاحات، تنظیم شوند و روزآمد باشند. در میان منابع مربوط به حوزه مدیریت اطلاعات،<sup>۸</sup> اصطلاحنامه تخصصی فقه، منبع مرجعی (ر.ک: دینی و دیگران، ۱۳۷۰: ص ۷۷) است که بیش از ۵۰ هزار اصطلاح و کلیدواژه در حوزه دانش فقه را بر اساس پروتکل‌ها و قراردادهای بین‌المللی<sup>۹</sup> (نیز ر.ک: عرب شیبانی و دیگران، ۱۳۹۴: ص ۶۲) فراهم آورده و با توجه به اصولی از پیش تعریف شده، شبکه‌ای معنامحور از اصطلاحات علم فقه را ارائه کرده است (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۵). این کار جامع و بزرگ در مهندسی مجدد، بازنمایی و ساختار بندی علم فقه نقشی بی‌مانند ایفا خواهد کرد.

### جمع بندی و فرجام بحث

بازنمایی درست دانش فقه در صورتی تحقق می‌یابد که ارتباط ساختمان معنایی این علم به درستی درک شود و جایگاه هر بحث در نظامی منطقی مشخص گردد. چنین هدفی مبتنی است بر ترسیم هندسه دانش فقه و با موضوع شناسی دقیق و اصطلاح شناسی گسترده آن سامان می‌یابد. با این هدف، علاوه بر درک درست از رده‌های اصلی، ساختار کلی و جایگاه هر بحث در قالب استانداردهای پذیرفتنی شناسایی می‌شود. بنابراین، موضوع شناسی در ترسیم ساختار فقه از اصولی‌ترین پایه‌ها برای نگاه درست ساختاری به فقه است. به دیگر سخن، موضوع شناسی دقیق و کامل با اصطلاح شناسی کامل فراهم می‌شود و بر پایه آن، نگاه کلان به فقه از زاویه طبقه بندی مصطلحات و موضوعات تحقق می‌یابد: این مهم از اصطلاح نامه فقه و هستی شناسی مفهومی<sup>۱۰</sup> فقه کمک خواهد گرفت.

چنین ابزار استاندارد، در صورتی که با مستندات همراه شود، فواید دیگری را به صورت ارزش افزوده برای دانش فقه به همراه خواهد داشت: نشان دادن دادوستد فقه با دانش های دیگر؛ نشان دادن بحث های متورم شده؛ به دست دادن زمینه بررسی های جدید در مسائل نوپدید؛ گشودن گفت وگوهای تازه درباره ملاک های مختلف تبویب و تقسیم بندی مباحث فقه؛ روشن کردن ارتباط فقه با دانش های دیگر، به ویژه شاخه های مختلف علم حقوق؛ و سرانجام، اصلاح و طرح ریزی بهتر و معماری دقیق تر برای فقه با مطالعه و بررسی عملکرد فقه و فقیهان، و مرور گزارش مستند و تحلیلی از واقعیت موجود در کلان فقه از طریق آماده کردن پایگاه های تخصصی فقهی بر پایه اصطلاحات کنترل شده فقهی.

### پی نوشت:

۱. تدوین اصطلاح نامه ها به زبان لاتین دارای پیشینه ای طولانی است. با وجود این، خلق این نوع منابع به زبان فارسی عمر چندانی ندارد؛ همان گونه که به زبان عربی تاکنون اقدامی نشده است. اندیشه تدوین اصطلاح نامه ها در حوزه علوم اسلامی نیز در مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، از دهه های گذشته، برای نخستین بار در جهان اسلام مطرح شده است. این مرکز اکنون در همه رشته های علوم اسلامی، اصطلاح نامه هایی تخصصی را به جامعه فرهنگی مسلمانان عرضه نموده است. گفتنی است، استفاده از رویه های پذیرفته شده جهان (مانند یونسکو) بستر مناسبی برای مدیریت اطلاعات و سازمان دهی دانش های اسلامی فراهم کرده است.
۲. اصطلاح نامه معادل کلمه لاتینی تزاروس (Thesaurus) است که به «واژگان نامه»، «گنج واژه» و «کنز الاصطلاح» نیز معروف است.
۳. تاکنون معادل صریحی به زبان عربی برای اصطلاح نامه استفاده نشده است.
۴. طرح های رده بندی برای سامان دهی کتابخانه ها، و نظام های طبقه بندی نیز به همین منظور ایجاد شده اند.
۵. مرحوم عراقی در (رده BP: اسلام) علوم دینی اسلام را گسترش داده است و زیر رده فقه و اصول، فقه را در ۱۵ صفحه با ۳۷۰ عنوان آورده و از فقه شیعه ۷ صفحه و حدود ۱۷۰ عنوان یا اصطلاح را یاد آور شده است.
۶. جمهوری اسلامی ایران نیز در راستای تسهیل امور مردم، قانون اهدای جنین را در سال ۱۳۸۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رساند.
۷. هم زمان با تولد نخستین انسان آزمایشگاهی در سال ۱۹۷۸ و فراگیر شدن شیوه های مصنوعی درمان نازایی، از جمله «اهدای جنین» در دهه های اخیر، برخی عالمان و فقیهان، مباحثی در موافقت و یا مخالفت با این شیوه ها طرح نموده اند. درباره اهدای جنین سه نظر مطرح است: حرمت مطلق، جواز مطلق و تفکیک (یعنی جواز در صورت استفاده از سلول جنسی زوجین و عدم جواز در صورت استفاده از سلول جنسی غیرزوجین).



۸. از قبیل اصطلاح‌نامه‌ها، رده‌بندی‌های ساختارمند و هستی‌شناسی‌های مفهومی.
۹. در اصطلاح‌نامه علوم اسلامی از جمله اصطلاح‌نامه فقه، از استاندارد ایزو ۲۷۸۸ استفاده شده است. همچنین، با در نظر گرفتن برخی ویژگی‌ها، با معیارهای استاندارد ایزو ۵۹۶۴ نیز همخوانی دارد. همچنین، برای مطالعه بیشتر، ر.ک: شیبانی و دیگران.
۱۰. هستان‌شناسی یا هستی‌شناسی (Ontology) در علوم رایانه و علوم اطلاعات، توصیف‌سوری مجموعه‌ای از مفاهیم یک دامنه و روابط میان آنها است (ر.ک: نوروزی و طاهریان، ۱۳۹۱: ص ۴۸). تاکنون هستی‌شناسی مفهومی فقه انجام نشده است.

## کتابنامه

۱. اوستین، درک و پیترو ویل (۱۳۶۵)، راهنمای تهیه و گسترش اصطلاح‌نامه یک‌زبانه، ترجمه عباس حری، تهران، مرکز اسناد و مدارک علمی ایران.
۲. ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر (۱۴۰۶ق)، المهذب، ج ۱، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳. ابن‌نذیم (۱۴۳۰ق/۲۰۰۹م)، الفهرست، فن پنجم از مقاله ششم: «فقه‌اء الشیعه»، مقابله و تعلیقه ایمن فؤاد سید، لندن، مؤسسه الفرقان للتراث الإسلامی.
۴. ابوالصلاح حلبی، تقی‌بن‌نجم (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه أميرالمؤمنین علیه السلام.
۵. بن‌سعید، عریب (۱۳۷۵/۱۹۵۶م)، خلق الجنین و تدبیر الحبالی و المولودین، الجزائر، چاپ نورالدین عبدالقادر و هنری جاهیه، ۱۳۷۵ق/۱۹۵۶م.
۶. بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم (۱۳۷۹)، رساله نوین، ج ۱، قم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۷. پریس، وارن. ای (۱۳۶۷)، «یادداشت‌هایی در جهت دانشنامه‌ای جدید»، ترجمه احمد بیرشک، هرمز ریاحی، فریبرز مجیدی، فرهنگ، ش ۲ و ۳.
۸. پژوهشکده باقر العلوم علیه السلام، ویکی فقه، قابل دسترسی در: <http://wikifeqh.ir>. آخرین بازدید: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰: ابواب و قواعد فقهی.
۹. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۱، بیروت، دار الإحياء التراث العربي.
۱۰. جمعی از محققان (۱۳۷۸)، اصطلاح‌نامه منطق، ذیل واژه «منطق» (حوزه اصلی)، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، اصطلاح‌نامه اصول فقه، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵)، اصطلاح‌نامه فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، اصطلاح‌نامه فلسفه اسلامی، ذیل واژه «فلسفه و حکمت»، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

۱۴. حرّی، عباس (۱۳۸۱)، دائرةالمعارف کتابداری و اطلاع‌رسانی، ج اول، تهران، سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران.
۱۵. حسن‌زاده، حسین (۱۳۸۲)، «بررسی ساختار فقه»، قیسات، ش ۳۲.
۱۶. حسینی عاملی (۱۴۱۸ق)، سیدجوادی‌بن‌محمد، مفتاح‌الکرامه، ج ۸، بیروت، دار التراث.
۱۷. خلفی، مسلم (۱۳۸۵)، «اهدای جنین در پرتو فقه و حقوق - قسمت اول: روایه اهدای جنین»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۳۳.
۱۸. خمینی، روح‌الله (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسیله، ج ۲، النجف الأشرف، مطبعة الآداب، چاپ دوم.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸)، صحیفه امام، ج ۲۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، منشور روحانیت، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۱. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج‌الصالحین، قم، مدینه العلم.
۲۲. دوانی، علی (۱۳۸۶)، هزاره شیخ طوسی، تهران، چاپ و نشر بین‌الملل.
۲۳. دینانی، محمدحسین و دیگران (ترجمه و تألیف) (۱۳۷۰)، مبانی مرجع، مشهد، آستان قدس رضوی.
۲۴. سلار دیلمی، ابویعلی حمزه‌بن‌عبدالعزیز (۱۴۱۴ق)، المراسم العلویة فی الأحکام النبویة، قم، المجمع العالمی لأهل البيت علیهم السلام.
۲۵. سلطانی، پوری و فروردین راستین (۱۳۶۵)، اصطلاح‌نامه کتابداری، تهران، سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران.
۲۶. شاذلی، حسن علی (بی‌تا)، «الجنین: حیاته و حقوقه فی الشریعة الإسلامیة»، چاپ‌شده در السیاسة الصحیحة، الأخلاقیات و القیم الإنسانیة من منظور إسلامی، تحریر احمد رجائی جندی، کویت، المنظمة الإسلامیة للعلوم الطبیة.
۲۷. شبکه تحت وب مدیریت اطلاعات و علوم اسلامی، قابل دسترسی در: <http://islamicdoc.org>.  
آخرین بازدید: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰.
۲۸. شهایی، محمود (۱۳۶۹)، ادوار فقه، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۲۹. شهید اول (محمدبن‌مکی) (بی‌تا)، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه مفید.
۳۰. شیخ طوسی (بی‌تا)، التبیان فی تفسیر القرآن، چاپ احمد حبیب قصیر عاملی، دار إحياء التراث العربی، بیروت.





۳۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷ق)، الخلاف، تهران، بنیاد فرهنگ اسلامی حاج محمدحسین کوشان‌پور.
۳۲. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دارالإحياء التراث العربي.
۳۳. صاحب معالم (حسن بن زین‌الدین العاملی) (۱۴۱۵ق)، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، قم، دفتر انتشارات اسلامی (جامعه مدرسین).
۳۴. صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۲)، الفتاوی الواضحة وفقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، قم، محبین.
۳۵. طاهری عراقی، احمد (۱۳۷۶)، ردة BP: اسلام (علوم دینی اسلام در نظام رده‌بندی کتابخانه‌ی کنگره)، به کوشش زهره علوی و دیگران، تهران، سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران، ویراست دوم.
۳۶. عرب شیبانی، زکیه و دیگران (۱۳۹۴)، «ارزیابی رعایت معیارهای کنترل واژگان در اصطلاحنامه‌های علوم اسلامی بر اساس استاندارد ایزو ۲۵۹۶۴»، مطالعات دانش‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ش ۲.
۳۷. عطیه، جمال و وهبه زحیلی (۱۴۲۲ق / ۲۰۰۲م)، تجدید الفقه الإسلامي، از سلسله کتاب‌های حوارات لقرن جدید، دمشق - بیروت، دارالفکر، چاپ دوم.
۳۸. فیض کاشانی، ملامحسن (۱۴۰۱ق)، مفاتیح الشرایع، قم، مجمع الذخائر الإسلامي.
۳۹. قرشی، محمدحسین (۱۳۷۸)، «یک راهنمای عمومی برای دائرةالمعارف‌نویسی»، کیهان فرهنگی، ش ۱۵۳.
۴۰. کمپل، السیتر (۱۳۷۲)، معضلات اخلاقی در حرفه پزشکی، ترجمه حسن میان‌داری، تهران، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی: معاونت امور فرهنگی، حقوقی و مجلس.
۴۱. کندری، فایز عبدالله (۱۹۹۸)، «مشروعیة الإستنساخ الجینی البشري من الوجهة القانونیة»، مجلة الحقوق، سال ۲۲، ش ۲، ۱۹۹۸م.
۴۲. لاریجانی، باقر (۱۳۹۲)، پزشک و ملاحظات اخلاقی، تهران، برای فردا.
۴۳. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، شرایع الإسلام، ج ۱، بیروت، دار الأضواء.
۴۴. محقق سبزواری، محمدباقر (بی تا)، کفایة الأحکام، قم، مؤسسه النشر الإسلامي.
۴۵. محمصانی، صبحی رجب (۱۳۵۸)، فلسفة التشريع في الإسلام (عنوان اصلی): فلسفة قانون گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران، امیرکبیر.

۴۶. مذکور، محمدسلام (۱۳۸۹ق)، الجنین و الأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، قاهره، بی‌نا.
۴۷. مرتضوی لنگرودی، سیدمحمدحسن، محمدمهدی آصفی، محمدهادی معرفت (مصاحبه‌شوندگان) (۱۳۷۶)، «مسائل مستحدثه زکات»، فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۱۰، ص ۲۰.
۴۸. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اصطلاح‌نامه جامع علوم اسلامی، قابل دسترسی در: <http://thesaurus.islamicdoc.org/thesaurus>، آخرین بازدید: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰
۴۹. \_\_\_\_\_، پایگاه تخصصی اصول فقه، قابل دسترسی در: <http://islamicdoc.org/payegah-osool.html>، آخرین بازدید: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰
۵۰. \_\_\_\_\_، دانش‌نامه علوم اسلامی، قابل دسترسی در: <http://wiki.islamicdoc.org>، آخرین بازدید: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰؛ ویکی علوم اسلامی (ابواب و قواعد فقهی) و ویکی اعلام و مشاهیر.
۵۱. مشکینی، علی (۱۴۱۸ق)، الفقه المأثور، قم، الهادی.
۵۲. مطهری، مرتضی (۱۳۷۵)، ده گفتار، تهران، صدرا.
۵۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۳۹)، «اجتهاد در اسلام»، نشریه سالانه مکتب تشیع، ش ۳.
۵۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، آشنایی با علوم اسلامی، ج ۳، تهران، صدرا.
۵۵. معصر، عبدالله (۱۴۱۱ق)، «حقوق الجنین في الفقه الإسلامي»، البحوث الفقهية المعاصرة، ش ۲۶.
۵۶. معین، محمد (۱۳۶۴)، فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، الفتاوی الجديدة، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه‌السلام، چاپ نخست.
۵۸. منتظری، حسین علی (۱۳۸۱)، احکام پزشکی، تهران، سایه، چاپ نخست.
۵۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۸)، «نقش اسکناس در نظام حقوقی اسلام»، ضمیمه کتاب پول در نگاه اقتصاد و فقه، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، نشر اندیشه.
۶۰. مؤمن، محمد (۱۳۷۴)، «سخنی درباره تلقیح»، ترجمه موسی دانش (جعفرزاده)؛ فصلنامه فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ش ۴.
۶۱. نایب‌زاده، عباس (۱۳۸۴)، الهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، سمت، چاپ نخست.

۶۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی: مادر جانشین - اهدای تخمک اجنین، تهران، مجد، چاپ نخست.
۶۳. نوروزی، مرتضی و محسن طاهریان (۱۳۹۱)، اصول و مبانی وب معنایی، تهران، فرس.
۶۴. ویسیک، جان (۱۳۷۳)، رضایت خاموش: مواردی در زمینه اخلاق پزشکی مدرن، ترجمه ناصر بلیغ، تهران، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی: مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق پزشکی.
۶۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود (زیرنظر) (۱۳۸۸)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، بی‌جا، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی.
۶۶. یاسین، محمدنعیم (۱۴۱۰ق)، «حقیقة الجنین و حکم الإتنفاع به فی زراعة الأعضاء»، الشریعة و الدراسات الإسلامية، ش ۱۷.
۶۷. یعقوب‌نژاد، محمدهادی و دیگران (۱۳۹۱)، مجموعه مقالات همایش ملی اصطلاح‌نامه، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، بی‌جا، کتابدار.
۶۸. یعقوب‌نژاد، محمدهادی (۱۳۸۹)، «فرهنگ‌نامه اصول فقه، نخستین فرهنگ‌نامه جامع‌نگر در اصول فقه»، آینه پژوهش، ش ۱۲۴.
۶۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۵)، درآمدی بر مبانی اصطلاح‌نامه علوم اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.





## نگاهی نو به ماهیت عقد ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن

محمد صالحی مازندرانی\*

### چکیده

درباره ماهیت عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. از آنجاکه هدف از تشریح عقد ضمان در فقه شیعه احسان و امتنان به مدیون است، عقد ضمان را موجب نقل ذمه می‌دانند؛ به این معنا که با تحقق عقد ضمان، ذمه مدیون بری و ذمه ضامن مشغول می‌گردد؛ بر این اساس، هر امری که موجب بقای ذمه مدیون بعد از ضمان گردد، سبب بطلان شرط و عقد می‌شود. در مقابل، فقیهان اهل سنت هدف از تشریح عقد ضمان را حمایت از طلبکار، و ضمان را موجب ضم ذمه می‌دانند؛ بنابراین، با تحقق عقد ضمان، طلبکار برای مطالبه طلب خویش به جای یک نفر حق مراجعه به دو نفر را دارد.

بر این اساس، در این نوشتار درصدد بررسی این پرسش‌ها هستیم: هدف از تشریح عقد ضمان چیست؟ ضمان از چه ماهیتی (نقل ذمه یا ضم ذمه) برخوردار است؟ به اجمال می‌توان گفت هدف از تشریح ضمان احسان به مدیون است و نقل ذمه همخوان با اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن؛ بنابراین، با شرط ضمن عقد، امکان برقراری تضامن وجود دارد. توجه به مفهوم لغوی ضمان، یعنی قرار گرفتن و دربرگرفتن چیزی در چیز دیگر، همانند کفالت و رهن، نشانگر جنبه وثیقه‌ای ضمان است؛ درحالی‌که درباره احسانی بودن کفالت و همچنین گروهی که از ثالث گذاشته می‌شود، تردیدی نیست.

**کلیدواژه‌گان:** ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، عقد ضمان.



## ۱. مقدمه

عقود و ایقاعات مولود نیازهای جوامع بشری است. جوامع، در تعهدات و الزامات مالی، به فراخور، در جست‌وجوی راهی بودند که منافع مشروع افراد در آن تأمین، و اطمینان به ایفای تعهد بیشتر گردد؛ از این‌رو، به تأسیس انواع مختلفی از وثیقه‌های عینی و شخصی اقدام نمودند. ضمان نمونه‌ای از این اقدامات به‌شمار می‌رود.

منشأ ضمان، احترام به اموال، حقوق و دیگر مواردی است که ضمانت در آنها چاره‌ساز است؛ به همین جهت، این نهاد در همه ادیان و مکاتب وجود دارد. در اسلام، اصل ضمان به‌عنوان چاره‌ای عقلایی پذیرفته شد، بدون اینکه کیفیت و نحوه انعقاد آن مشخص شده باشد. ریشه تأسیس عرفی ضمان را باید در مالکیت حقوق فردی و اجتماعی جست‌وجو کرد؛ به گونه‌ای که انسان‌ها، برای رعایت مصلحت اجتماعی، در همه دوران‌های تاریخی آن را پذیرفته‌اند.

پیش از ورود به بحث اصلی، نخست، بایسته است برخی از مفاهیم کلیدی، که در رسیدن به برآیند آن ایفای نقش می‌کنند، به اختصار روشن گردند.

### ۱-۱. ضمان

در باره ریشه ضمان اختلاف نظر وجود دارد. ضمان نزد فقیهان شیعه (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۶۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۶، ص ۳۴۴؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۳۹۹) و بیشتر اهل لغت از ریشه «ضمن» است که حرف «نون» در آن اصلی است؛ این واژه به‌نظر بیشتر فقیهان اهل سنت از ریشه «ضم» است و اضافه شدن نون به آن، همانند الف و نون در «دوران» و «جریان»، به ریشه ارتباطی ندارد (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶، ص ۱۱۳)؛ ولی باتوجه‌به وجود «نون» در همه مشتقات و تصاریف ضمان، اعم از ماضی و مضارع، احتمال زائد بودن و اشتقاق آن از ریشه بدون «نون» واضح الفساد است (همان). افزون‌براین، لازمه چنین ادعایی، مشدد بودن «میم» در ریشه «ضم» است (زیبیدی، بی‌تا: ج ۱۸، ص ۳۵۰)، درحالی‌که کسی مدعی چنین امری نیست. در تاج‌العروس آمده است: «و قول بعض الفقهاء الضمان مأخوذ من الضم غلط

من جهة الإستتاق» (همان). همچنین طریحی نیز می‌نویسد: «قال بعض الأعلام: الضمان مأخوذ من الضم و هو غلط من جهة الإستتاق لأن نونه أصلية و الضم لا نون فيه» (طریحی، بی‌تا: ج ۳، ص ۲۸).

در فقه شیعه، ضمان به معنای قرار گرفتن و دربرگرفتن چیزی در چیز دیگر است؛ از این رو، ضمان سببِ تضمن و دربرگرفتن ذمه‌ی ضامن به مال موضوع ضمان است. ضامن دینی شدن نیز بدین معناست که آن مال بر ذمه‌ی او قرار گرفته و به عبارت دیگر، ذمه‌ی شخص آن دین را در خود جای داده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶ ص ۱۱۳؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۷ق: ج ۳، ص ۷۵۹)؛ از این رو، عقد ضمان باعث تحقق حکمی وضعی، یعنی انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگر می‌گردد. هرچند، پس از تحقق ضمان، حکم تکلیفی و جوب پرداخت بر ضامن تحمیل می‌شود که این حکم تکلیفی از آثار حکم وضعی اشتغال ذمه است.

در فقه عامه غالباً مفهوم عقدی ضمان با واژه «ضمان» استعمال نمی‌گردد، بلکه همه فقیهان، به جز حنفی‌ها، از کفالت به معنای عام (کفالت نفس و کفالت مال) تعبیر به ضمان می‌کنند. آنان ضمان را بیشتر در معانی خسارت و هرچه در نتیجه تعدی از حکم شرع الزامی باشد به کار برده‌اند (وزارت اوقاف و شئون اسلامیة کویت، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۱۰۱۳۷).

## ۲-۱. عهده

عهده در لغت معانی گوناگونی دارد که از این جمله‌اند: «بیع‌نامه»، «نقص و کاستی در چیزی» (مانند ضعف در نوشته یا ادای حروف، کاستی عقل، سستی در کار) (فراهیدی، ۱۴۰۹ق: ج ۱، ص ۱۰۲ و ۱۰۳؛ جوهری، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۱۵؛ زبیدی، بی‌تا: ج ۵، ص ۱۴۴)، «سوگندنامه» و «بازگشت» (زبیدی، همان).

در قاموس المحيط آمده است: «العهد، جمع العهده، به معنای پیمان و سوگندی است که از طرف معاهد و هم‌پیمان گرفته می‌شود. علت نام‌گذاری یهود و نصاری به اهل العهد بدین جهت است که آنها ذمه‌شان را گرو گذاشتند و از این رو، شرط عهده‌ای علیه آنها و به نفع مسلمین برقرار شد» (فیروزآبادی، ۱۴۱۲ق: ج ۱، ص ۳۲۰).

در کتاب‌های لغت، «ذمه» با قرائت‌های مختلفی نقل و برای هرکدام معنای ویژه‌ای بیان گردیده است. در اینجا مراد از «ذمه» (به کسر ذال و از ریشه «ذمم») معنای اصلی آن، یعنی نکوهش کردن است و در مشتقات این ریشه، مفهوم نکوهش به گونه‌ای گنجانده شده است. ذمه و مذمه به معنای «عهد» و «پیمان» است (ابن اثیر، ۱۳۶۷: ج ۲، ص ۱۶۹؛ ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ج ۱۲، ص ۲۲۱)؛ پیمانی که رعایت نکردن آن موجب سرزنش می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۱۸۱؛ طریحی، ۱۴۰۸ق: ج ۶، ص ۶۷؛ ابن منظور، همان: ص ۲۲۰-۲۲۳). به عهد و پیمان از آن‌رو «ذمام» گفته‌اند که اشخاص با رعایت نکردن و تضييع آن نکوهش می‌شوند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۳۴۶).

همچنین، ذمه در معناهای «حق»، «حرمت» (ابن اثیر، همان؛ ابن منظور، همان) و «امان» (ابن اثیر، همان) استعمال شده است. وقتی بگوییم کسی دارای ذمه است یعنی دارای حق است (ابن منظور، همان). اهل ذمه هم از این جهت نام‌گذاری شده‌اند که در پیمان و امان مسلمین قرار گرفته‌اند (ابن اثیر، همان).

ذمه به معنای ذات و نفس نیز به کار رفته است. مثلاً، در عبارت «ثبت المال في ذمته یا برئت ذمته»، ذمه به این معناست. نام‌گذاری آن برای ذات و نفس، بدین جهت است که نفس و ذات محل ذمه است و از قبیل تسمیه محل به اسم حال است (ابوحیب، بی‌تا: ص ۱۳۷).

فقیهان شیعه کمتر درصدد تعریف ذمه بر آمده‌اند و این واژه را بیشتر با توجه به مظهر آن بررسی کرده‌اند. در بیانی آمده است:

«ذمه، درحقیقت، ظرفی است اعتباری که عقلاً آن را محلی برای اموال کلی فاقد وجود خارجی فرض می‌کنند. اموال کلی همانند رمزی برای اموال خارجی‌اند که هنگام ادای دین بر مصداق خارجی خود تطبیق داده می‌شوند. تطبیق آن در هنگام ادای دین از باب تطبیق رمز نسبت به صاحب رمز است. عقلاً برای تسهیل معاملات و انجام امور، چنین اعتباری را



کرده‌اند؛ مثل اینکه گاهی شخصی نیازمند آن است که بر چیزی معامله کند که مالک آن است یا اقدام به فروش مالی کند یا با ثمنی معامله می‌کند که مالک آن نیست. راه حل اشکال در این نوع معامله خرید و فروش از طریق ذمه میسر است» (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۵۰).

درباره مفهوم اصطلاحی ذمه در فقه عامه اختلاف نظر وجود دارد: برخی آن را وصف دانسته و در تعریفش آورده‌اند: «ذمه وصفی است که، به سبب آن، انسان اهلیت ایجاب و قبول پیدا می‌کند (القرافی، ۱۴۰۴ق: ج ۳، ص ۲۳۰؛ الجزیری، ۱۴۱۱ق: ج ۳، ص ۲۲۳؛ وزارة اوقاف و شؤون اسلامیة کویت، ۱۴۱۸ق: ج ۲۱، ص ۲۷۴؛ ابو حبیب، همان: ص ۱۳۸). در این تعریف، ذمه همان اهلیت وجوب است؛ بعضی آن را «ذات» دانسته و گفته‌اند: «ذمه نفس است که دارای عهده، تعهد و مسئولیت است» (الجزیری، همان: الموسوعة الفقهية، همان) و از این رو، مراد فقیهان از عبارت «در ذمه اوست»، یعنی در نفس او به اعتبار تعهدش هست و «ذمه ضمیمه ذمه شد» یعنی شخصی، با در نظر گرفتن تعهد مورد نظر، ضمیمه شخص دیگر شد (الجزیری، همان).

## ۲. هدف از تشریح ضمان

درباره ماهیت عقد ضمان، از نظر نوع نگاه به هدف از تشریح آن، دو دیدگاه اصلی وجود دارد: آنانی که هدف از تشریح را امتنان می‌دانند ضمان را موجب نقل ذمه، و کسانی که هدف از تشریح را ایجاد وثیقه می‌دانند ضمان را موجب ضم ذمه می‌دانند. بر این اساس، شایسته است به این دو دیدگاه اشاره‌ای گذرا کنیم.

### ۲-۱. امتنان و احسان

برخی هدف از تشریح عقد ضمان را حمایت از مدیون و وسیله گشایش او می‌دانند و از این رو، ضامن، به منظور ارفاق به بدهکار و کاستن از فشار طلبکاران بر او، می‌پذیرد که به جای او مدیون باشد تا طلبکار نتواند مزاحم او گردد؛ در این نگاه، ضمان وسیله سودجویی نیست؛ با توجه به ماهیت ضمان، می‌توان گفت نگرش فقیهان امامیه به ضمان

این‌گونه است. این مفهوم از ضمان با نظام‌های حقوقی و دینی‌ای هماهنگ است که در آن به تعاون و همبستگی اجتماعی بیش از حفظ سرمایه‌ها و حمایت از تعهدات حقوقی توجه شده و به مسامحه، دستگیری و گاه ایثار تمایل دارد؛ همچنین این مفهوم از ضمان با روابط حقوقی در جوامع قبیله‌ای و تکیه بر شخصیت پیشوا سازگارتر است (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف: ص ۲۲۶).

تاریخ عرب قبل از اسلام، در دوران جاهلیت و به‌طور کلی، نظام‌های قبیله‌ای، به‌ویژه در نجد و حجاز، نشان می‌دهد که اگر شخصی مدیون و یا مفلّس می‌شد و طلبکار نیز طلبش را درخواست می‌کرد، معمولاً رئیس قبیله با گفتن «هو علی» دین او را برعهده می‌گرفت؛ یعنی با قرارداد، ذمه مدیون را بری می‌کرد؛ چون این عمل در مقام امتنان و ترحم صورت می‌گرفت، موجب نقل ذمه می‌شد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ص ۱۱).

## ۲-۲. ایجاد وثیقه

مشهور در فقه عامه و کشورهای اروپایی بر این عقیده‌اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون معسر است؛ نه طلبکار قصد دارد با تحقق ضمان مدیون اصلی را رها کند و نه ضامن می‌خواهد خود به‌تنهایی مدیون گردد؛ بنابراین، مفاد عرفی ضمان و تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. اثر حقوقی عقد باید تابع خواست طرفین باشد و مقتضای آن را قانونگذار بر این مبنا تعیین کند (کاتوزیان، همان: ص ۲۲۷).

علمای عامه و وثیقه بودن ضمان را مبتنی بر بنای عقلا دانسته و معتقدند هیچ‌یک از ضامن و مضمون له عرفاً و عقلاً از عقد ضمان قصد ابراء ذمه مدیون اصلی را ندارند. مضمون له از این عقد می‌خواهد برای دین خود وثیقه‌ای تحصیل نماید، نه آنکه ذمه او را بری نماید؛ ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد، نه آنکه خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبار خویش نزد طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند (ابن‌قدامة، بی‌تا: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، ۱۳۸۶ ق: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، ۱۴۰۹ ق: ج ۴، ص ۲۹۲؛ صافی، ۱۳۹۳: ص ۱۹۴)؛ به عبارت دیگر:

«هدف و غرض طلبکار و ضامن، تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر. اگر مقتضای ضمان، نقل ذمه باشد، منظور ضامن و مضمون له از این عقد حاصل نمی‌گردد؛ زیرا طلبکار می‌خواهد در برابر طلب خویش دو دارایی را به‌عنوان وثیقه داشته باشد که این منظور فقط با ضم ذمه حاصل می‌شود» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ص ۱۲۸).

به‌نظر می‌رسد ضمان همانند کفالت و رهن است؛ یعنی جنبه وثیقه‌ای آن پررنگ‌تر می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن ضمان ندارد؛ بنابراین، هرچند کفالت، وثیقه به‌شمار می‌آید ولی کسی مخالف احسانی بودن آن نیست. همچنین در گروهی که ثالث برای دین دیگری می‌گذارد، احسانی بودن، منافی وثیقه بودن آن نیست.

### ۳. ماهیت عقد ضمان

با درنظر گرفتن نگاه فقیهان و حقوقدانان به هدف از تشریح ضمان، دو نظریه مهم درباره ماهیت آن مطرح شده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

#### ۳-۱. بررسی دیدگاه‌ها

##### ۳-۱-۱. نقل ذمه

ماهیت دین و نظریه مالکیت کلی، ماهیت عقد ضمان را در فقه امامیه به‌شدت تحت‌تأثیر قرار داده است. اگرچه دین، مال اعتباری و محل آن نیز اعتباری است ولی این دسته از فقیهان آن را همانند مال خارجی می‌دانند و تصور استقرارش بر ذمه را محال. باین‌حال، برخی استدلال عقلی بر ممنوعیت در امور اعتباری را رد کرده‌اند و یا آن را با تعهد بدلی توجیه کرده‌اند: بدین صورت که آنچه بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد، خود مافی‌الذمه مدیون نیست، بلکه بدل آن است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴ق: ج ۱۳، ص ۲۷۳)؛ باوجوداین، به‌دلیل رویکرد کاملاً مادی اتخاذشده درباره مفهوم دین، ضمان مصطلح را «نقل ذمه» می‌دانند. فقیهان امامیه و فرقه ظاهریه از اهل سنت (ابن حزم اندلسی، ۱۳۸۷ق: ج ۸، ص ۱۱۰) ضمان مصطلح را موجب برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن می‌دانند و از آن به نقل ذمه

تعبیر می‌کنند. علامه حلی در تذکرة الفقهاء می‌فرماید: «نظر فقیهان امامیه در این خصوص اجماعی است و ابن ابی لیلی، ابن شبرمه، داود و ابو ثور از علمای عامه هم بر این نظرند» (۱۴۱۴ق: ج ۱۴، ص ۳۴۲). در غنیه برای این تعبیر، ادعای اجماع طائفه (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۲۶۱) و در مسالک از آن تعبیر به «موضع وفاق» (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۸۲) شده است. در حدائق با عنوان «الظاهر أنه لا خلاف فيه» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۱۵) و در جواهر با عبارت «بلاخلاف فی شیء من ذلك عندنا و لا إشکال بل الإجماع بقسمیه علیه بل لعلة من ضروریات الفقه» (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶، ص ۱۲۷) تعبیر شده است. در ماده ۶۹۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> نیز به صراحت نقل ذمه پذیرفته شده است.

سؤالی که در نقل ذمه وجود دارد این است که آیا در نقل ذمه همان دین مضمون عنه با تمام اوصاف خود به ذمه ضامن منتقل می‌شود یا اینکه با ضمان، دین اصلی ساقط و دین جدیدی ایجاد و به صورت تبدیل تعهد بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد و از این رو، تعبیر نقل ذمه مسامحی است؟ در این باره سه دیدگاه وجود دارد:

الف. اغلب فقیهان بر این عقیده اند که هرگاه دین اصلی دارای وثیقه باشد، وثیقه با ضمانت فک خواهد شد (شهید ثانی، همان: ج ۴، ص ۲۰۳). در جواهر آمده است: «لأن الضمان بمنزلة الأداء» (همان: ج ۲۶، ص ۱۵۰)؛ همچنین در حواشی بر عروة الوثقی از آقاضیاء، نائینی، امام خمینی، خوئی، گلپایگانی، فیروزآبادی (۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۴۲۳، مسئله ۲۳) این نظر نمایان است. دلیل این دیدگاه آن است که صاحبانش قائل به تعدد دین هستند؛ به این معنا که دین بر ذمه ضامن همان دین سابق نیست و عقد ضمان هم انشاء انتقال مافی الذمه نیست، بلکه انشاء اشتغال ذمه در برابر سقوط دین مضمون عنه است (شهید ثانی، همان: ج ۱، ص ۲۵۷)؛ دین بر ذمه ضامن، دین دیگری است که جایگزین و قائم مقام دین سابق می‌شود؛ بنابراین، تعبیر نقل ذمه، مسامحی است (خوئی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۱۶۳). با این نگاه، انتقال مافی الذمه رخ نمی‌دهد بلکه مافی الذمه مدیون با انعقاد عقد ضمان ساقط می‌گردد (خوئی، همان؛ صاحب جواهر، همان: ص ۱۵). این عقیده به مفهوم «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون» شبیه است که با عقد ضمان یا دین سابق، ساقط شده

یا ایفا شده تلقی می‌گردد و بنابراین، همه تضمین‌های دین سابق نیز ساقط می‌گردد.

ب. ظاهر کلمات برخی فقیهان و ماده ۶۹۸ ق.م انتقال همان دین است. از آثار این نظریه، بقای تضمین دین سابق است: یعنی انتقال دین با تمامی متعلقاتش. صاحب عروة فک تضمین سابق بعد از ضمان را خالی از اشکال نمی‌بیند. وی در این باره می‌نویسد: «یظهر من المسالك و الجواهر انفاکاه لأنه بمنزلة الوفاء لکنه لا یخلو عن إشکال» (۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۴۲۳، مسئله ۲۳).

ج. ضمان، انتقال دین اصلاح شده است: برخی از حقوقدانان انعقاد ضمان را تابع صورت انتقال دین نمی‌دانند و آثار آن را متفاوت از نقل دین می‌انگارند. ایشان دو تفاوت را برای ضمان و انتقال دین ذکر کرده‌اند: ۱. در انتقال دین، تراضی میان مدیون با ثالث است ولی در ضمان، میان طلبکار و ثالث؛ ۲. در عقد ضمان، از همه آثار سنتی انتقال دین، مثل انتقال تضمین‌ها، پیروی نشده است، در حالی که با انتقال دین، تعهد با همه توابع و تضمین‌ها برعهده ثالث قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف: ص ۲۸۱، ش ۱۸۹).

### ۳-۱-۲. ضم ذمه

به نظر فقیهان اهل سنت، و در عرف و نظام حقوقی اروپایی، ضمان نوعی تضمین و وثیقه برای دین اصلی به‌شمار می‌رود؛ بنابراین، پس از تحقق ضمان، دین همچنان برعهده مدیون اصلی مستقر می‌ماند و مطالبه از ضامن همانند مطالبه از مدیون اصلی صحیح است (ابن‌قدامة، همان: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، همان: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، همان: ج ۴، ص ۲۹۲؛ صافی، همان: ص ۱۹۴). از سوی دیگر، تضمین ناشی از ضم ذمه یا به صورت عرضی است و یا طولی.

### ۳-۱-۲-۱. تضامن عرضی

در این نوع تضامن، طلبکار حق رجوع به هریک از ضامن و مضمون له را به طور هم‌زمان دارد. باین حال، نحوه نگرش فقیهان اهل سنت به این موضوع، متفاوت است: برخی آن را ضم دین و تعهد، و گروهی ضم در مطالبه می‌دانند.

الف. ضم دین و تعهد: برخی تضامن را موجب ضم ذمه و تعهد می‌دانند؛ در این صورت، ضامن در کنار مضمون عنه، مدیون و مشغول الذمه می‌گردد و هم‌زمان، دین برعهده مضمون عنه و ضامن قرار می‌گیرد؛ همانند تعاقب ایادی که مضمون له در رجوع به هر یک مخیر است (سرخسی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۰، ص ۲۸؛ صافی، همان).

در دو نظام رومی - ژرمنی و کامن لا، به دلیل اینکه تعهد رابطه‌ای شخصی میان متعهد و متعهدله اصلی است، ایجاد ضمان‌ها و یا روابط حقوقی متعدد در موضوعی واحد با هیچ مشکل و مانعی روبه‌رو نیست (سنهوری، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۳۰۰)؛ مثلاً ضمانت تضامنی برپایه وحدت موضوع و با وجود تعدد رابطه‌های حقوقی به‌سادگی تحلیل می‌شود. در این صورت متعهدله چندین متعهد پیدا می‌کند که همه آنها در شیء و با تعهد واحدی در برابر وی متعهد هستند.

البته، بر مبنای وحدت موضوع و تعدد رابطه، باید به اعتبار تعهد هر کدام به‌طور جداگانه رسیدگی شود. هر یک از تعهدها ممکن است مشروط و مقید به شرطی باشد؛ همچنین، ممکن است درحالی که دیگران متعهد باقی می‌مانند، یک نفر بری شود؛ افزون‌براین، امکان ایجاد تعهدات پرشمار درباره موضوع واحد، امکان تعقیب همه متعهدان به‌طور متوالی، آزادی متعهدله در انتخاب متعهد، و تهاوتر و تبدیل تعهد میان طلبکار و بدهکار را فراهم می‌آورد؛ به‌علاوه، انواع مسئولیت قابل تسهیم و تقسیم، و تعهد تضامنی و تعهد تجزیه‌ناپذیر (مسئولیت تضامنی) ناشی از موضوع قابل تقسیم و یا غیرقابل تقسیم و تجزیه را در این حالت می‌توان تصور نمود (سنهوری، همان: ص ۱۹۰)؛ مثلاً اگر شخصی سبب تضییع رنگ اتومبیلی گردد که متعلق به سه نفر باشد، هر یک از مالکان می‌توانند رنگ آمیزی کامل اتومبیل را از فاعل فعل زیان‌بار بخواهند (یزدانیان، ۱۳۸۷: ص ۳۵۲). در واقع، تعهد تجزیه‌ناپذیر، تعهدی است که دارای متعهد یا متعهدله است، ولی با موضوعی غیرقابل تقسیم و تجزیه. در این نوع تعهد به لحاظ تجزیه نشدن تعهد، هر بدهکار ملزم به ایفای تمام تعهد است.

با وجود این، در حقوق اسلام وضعیت دگرگون است: بر مبنای دو تأسیس دین و التزام، عقد ضمان به یک نوع منحصر نیست و دارای انواع متعدد است که برخی برپایه تأسیس

دین و برخی با محوریت التزام اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ص ۲۰۱).

ب. ضم مسئولیت یا مطالبه: عده دیگری ضمان را فقط موجب ضم ذمه در مطالبه می‌دانند نه دین؛ یعنی فقط مضمون عنه مدیون است. این گروه معتقدند که برای تحقق وثیقه، لزومی ندارد ضامن مدیون شود؛ کافی است طلبکار حق مطالبه داشته باشد. بنابراین، آنچه به دین ضمیمه می‌گردد، مسئولیت در پرداخت است که نتیجه‌اش امکان رجوع طلبکار به هریک از مدیون یا ضامن است. شافعیه، مالکیه و گروهی از حنابله و حنفیه نیز بر همین عقیده‌اند (ابن‌قدامه، همان: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، همان: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، همان: ج ۴، ص ۲۹۲؛ ابن‌عابدین، ۱۴۲۱ق: ج ۵، ص ۴۵۹). همچنین، در م ۱۰۰۸ قانون مدنی عراق نیز آمده است: «إنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام».

قرارداد ضمانت در نظام حقوقی کامن‌لا و رومی - ژرمنی بر مبنای تأسیس تعهد استوار است و در عقد ضمان (فارغ از تضامنی و یا غیرتضامنی بودن) ضامن در کنار تعهد متعهد اصلی، تعهدی را برعهده گرفته و ملتزم به انجام موضوع عقد می‌گردد؛ از این رو، ضمان، ضم مسئولیت به مسئولیت است و تعهد متعهد اصلی ساقط نمی‌شود. در واقع، موضوع تعهد ضامن، در ابتدا تضمین انجام آن از سوی متعهد اصلی است، نه اینکه تعهد ضامن دقیقاً همان تعهد مدیون اصلی باشد؛ به عبارت دیگر، ضمانت، قراردادی است که در آن شخصی انجام تعهد دیگری را تضمین می‌کند تا اگر متعهد اصلی، آن را انجام نداد، ملزم به انجام موضوع تعهد شود؛ از این رو، ضامن کسی است که مسئول تعهد دیگری است؛ بنابراین، در این دو نظام، انواع ضمانت قراردادی، اعم از مدنی و تجاری، بر پایه تعهد استوار است و برای تضمین تعهد اصلی منعقد می‌گردد و همانند عقود مانند وثیقه و رهن، ماهیتی تبعی دارد که در صورت ساقط شدن تعهد اصلی ضمانت نیز ساقط می‌گردد.

همچنین، تعهدات مسئولان سند تجاری که نوعی ضامن پرداخت آن نیز محسوب می‌شوند، تضمین پرداخت سند است. مثلاً به موجب مواد ۹-۱۵ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو راجع به برات و سفته، برات‌دهنده و ظهرنویس برات، قبول یا تأدیة سند از سوی براتگیر را تضمین می‌کنند؛ از این تعهد با واژه ضمانت یا تضمین نمودن (Guarantee) تعبیر شده است (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۱: ص ۷۸).



در مقررات حقوقی ایران نیز تضامن عرضی در ایادی غاصب، اسناد تجاری، مسئولیت مدیران شرکت‌ها، شرکای شرکت‌های تضامنی و نسبی و ... به‌عنوان قاعده‌ای عمومی مطابق ماده ۴۰۳ قانون تجارت با اشتراط ضمن عقد پذیرفته شده است.

### ۳-۱-۲. تضامن طولی

هرچند در تضامن طولی با تحقق ضمان ذمه ضامن مشغول می‌گردد ولی او الزامی به پرداخت دین ندارد. مضمون له نخست باید به مدیون اصلی رجوع نماید و اگر او پرداخت نکرد به ضامن مراجعه کند (صافی، همان: ص ۱۹۵)؛ زیرا تعهد ضامن فرع بر تعهد مدیون اصلی است و طبق قاعده، با تعذر اصل نوبت به فرع می‌رسد. همین نظر در ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر چنین آمده است: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدیون نفسه». طرفداران این نظر برای فرار از اشکال تعدد دین و مدیون چنین نظریه‌ای را تأسیس کرده‌اند (همان، ص ۱۹۷).

مطابق مواد ۲۰۱۱ و ۲۰۲۱ قانون مدنی فرانسه، مضمون له در صورتی حق رجوع به ضامن را دارد که به دلیل غیبت یا اعسار اصیل از وصول طلب عاجز مانده باشد. در حقوق رم ضامن با مدیون مسئولیت تضامنی پیدا می‌کرد و همچون مدیون دیگری در ردیف او قرار می‌گرفت. بعدها این سخت‌گیری تعدیل و به ضامن حق داده شد که از طلبکار بخواهد ابتدا به مدیون رجوع کند تا تعهد ضامن جنبه تبعی و فرعی پیدا کند (کاتوزیان، همان: ص ۲۲۸). تضامن طولی از طریق شرط ضمن عقد در فقه امامیه پذیرفته شده (طباطبائی یزدی، همان: ج ۵، ص ۴۰۴) و در مواد ۶۹۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> و ۴۰۲ قانون تجارت<sup>۳</sup> نیز بدان تصریح گردیده است؛ بنابراین، می‌توان مدعی شد که نقل و ضم ذمه به‌موجب شروط ضمنی تأثیر پذیرفته از وضعیت اجتماعی در جوامع عقلایی هر منطقه، وارد قلمرو ضمان عقدی شده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۱۴).

براین اساس، عرف و عادت، اصل عدم انتقال ذمه مدیون اصلی، و هماهنگی وثیقه شخصی با وثیقه عینی، تضامن طولی را مطابق قاعده می‌سازد (لنگرودی، همان: ص ۱۹۰)؛ به‌عبارت دیگر، عرف کنونی ضمان را «وثیقه اعتباری» می‌داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می‌انگارد. به‌همین جهت، اگر ضامنی در یابد که تنها اوست که در برابر طلبکار



مدیون است یا درکنار مدیون اصلی امتیازی بر او ندارد، شگفت‌زده می‌شود که چگونه برخلاف مقصود خویش در چنین دامی افتاده است. با وجود این، عرف در صورتی اعتبار دارد که برخلاف قوانین نباشد (کاتوزیان: همان).

### ۳-۱-۳. نظر برگزیده

ضمانِ عقدی به معنای التزام به دین دیگری است، بدون اینکه در مفهوم نخستین آن نقل ذمه و یا ضم ذمه آمده باشد و بنابراین، اموری همچون نقل و یا ضم ذمه، در هر دو معنای طولی و عرضی، خارج از مفهوم ضمان هستند. بیشترین چیزی که می‌توان گفت، این است: نقل ذمه مطابق با اقتضای اطلاق عقد ضمان است نه مطابق با مقتضای ذات آن و از این رو، ایجاد تضامن با شرط ضمن عقد امکان‌پذیر است. کلام سید یزدی نیز می‌تواند مؤید این امر باشد: در فرازی از عروة الوثقی آمده است:

«إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصّحة إنتقل الحقّ من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن و تبرأ ذمّة المضمون عنه بالإجماع و النصوص، خلافاً للجمهور حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحّة ما ذكره حتّى مع التصريح به على هذا النحو، و يمكن الحكم بصحّته حينئذٍ للعمومات» (همان: ج ۵، ص ۴۱۱، مسئله ۲).

اگرچه قریب به اتفاق حاشیه‌نویسان با این مسئله مخالفت کرده‌اند ولی اظهار نظر نکردن برخی مانند آیه‌الله مکارم شیرازی گویای پذیرش آن است؛ از سوی دیگر، با وجود اینکه در فقه امامیه تضامن عرضی فقط در ضمان ید پذیرفته شده است، ولی تضامن در عقد ضمان در آثار برخی از پیشینیان امامیه ملاحظه می‌گردد. در فرازی از عبارت ابن حمزه آمده است: «... وینقسم قسمین آخرین: ضمان إفراد و ضمان اشتراک. فضمن إفراد: ضمان جماعة عن واحد و يكون للمضمون له الخيار فی مطالبة المال من أيهم شاء على إفراد و على الاجتماع» (۱۴۱۷ق: ص ۲۸۱). همه این امور می‌تواند مؤید نظر برگزیده باشد.



### ۲-۳. دلایل و مستندات

در این بخش، نخست ادله طرفداران نقل ذمه و سپس ضم ذمه بررسی می‌شود.

#### ۱-۲-۳. دلایل طرفداران نقل ذمه

طرفداران نقل ذمه بر مدعای خویش به دلایلی عقلی و نقلی استناد کرده‌اند:

##### ۱-۱-۲-۳. دلیل نقلی

در فقه امامیه جهت اثبات نقل ذمه به روایاتی چند استناد شده است که به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌گردد:

الف. در صحیحہ عبداللہ بن سنان از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل یموت و علیہ دین فیضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمة المیت» (کلینی، ۱۴۰۶ق: ج ۵، ص ۲۹۹، ح ۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۶ق: ج ۶، ص ۱۸۷، ح ۱۷): از امام صادق علیه السلام راجع به میت مدیونی سؤال شد که ضامنی در برابر طلبکاران از دین او ضمانت کرده است. امام علیه السلام فرمودند: «اگر طلبکاران ضمانت را قبول کنند، ذمه میت بری می‌گردد». این روایت صراحت در نقل ذمه دارد چون با ضم ذمه، برائتی برای مدیون حاصل نمی‌گردد.

همین مضمون در فقه الرضا علیه السلام نیز آمده است: «وإن کان لک علی رجل مال و ضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه فالمیت قد برء و قد لزم الضامن ردّه علیک» (۱۴۰۶ق: ص ۲۶۸، باب الدین و القرض؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۰۰، ص ۱۷۷، ح ۳): یعنی «اگر از شخصی طلبی داشته باشی و در هنگام مرگ او، فردی از آن ضمانت کند و ضمانش هم پذیرفته گردد، ذمه میت بری و بر ضامن ادای دین واجب می‌گردد». این روایت نیز صراحت در نقل ذمه دارد.

ب. در موثقہ اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل یکون علیہ دین فحضره الموت فیقول ولیه علیّ دینک؟ قال: یبرؤه ذلک و إن لم یوفه ولیه من بعده. و قال: أرجو أن لا یأثم و أنما إثمہ علی الذی یحبسه» (شیخ طوسی، همان: ص ۱۸۸، ح ۳۹۷: حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۸، ص ۳۴۶، ح ۲۳۸): از امام صادق علیه السلام راجع به محتضر مدیونی سؤال شد

که ولی‌اش عهده‌دار بدهی او گردید؛ امام علیه السلام فرمودند: «ضمانت ولی موجب برائت ذمه‌اش می‌گردد و بدهی از ذمه او ساقط می‌شود، هرچند ادا نکند»؛ همچنین فرمودند: «امید است عهدشکنی نکند که گناه عهدشکنی فقط برعهده ولی است، زیرا موجب حبس و پرداخت نشدن بدهی گردیده است». عبارت «... بیرویه ذلک و این لم یوفه ولیه من بعده» صراحت در برائت ذمه مدیون با وقوع ضمانت دارد که فقط با نقل ذمه سازگاری دارد نه ضم آن.

ج. ابوسعید خدری می‌گوید: در تشییع جنازه‌ای خدمت رسول خدا صلی الله علیه و آله بودیم؛ هنگامی که [میت جهت اقامه نماز] به زمین گذاشته شد، حضرت فرمودند: «آیا دینی بر ذمه میت است؟» گفته شد: «بله. دو درهم». حضرت فرمودند: «خودتان بر او نماز گزارید». علی علیه السلام عرض کردند: «یا رسول الله! من از آن دو درهم ضمانت می‌کنم». [بعد از ضمانت] پیامبر صلی الله علیه و آله بر او نماز گزارد و سپس رو به علی علیه السلام کرد و گفت: «خداوند به تو جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، آن‌گونه که تو ذمه برادرت را آزاد کردی (حر عاملی، همان: ج ۱۸، ص ۴۲۴، ح ۲۳۹۶۸). در حدیثی نزدیک به همین مضمون به نقل از جابر بن عبدالله ابوقتاده هم دو درهم بر ذمه میتی ضمانت کرده است (همان، ح ۲۳۹۶۹).

در چگونگی توجیه دلالت روایت بر نقل ذمه می‌توان گفت از آنجاکه پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نخست، حاضر به نمازگزاردن بر میت مدیون نشد و پس از ضمانت بر او نماز گزارد، مشخص می‌گردد که با ضمان ضم ضمه، دین از عهده میت ساقط نمی‌شد و بر او مدیون صدق نمی‌گردید. اگر ضمان، مقتضی ضم ذمه بود، پس از ضمانت، دین همچنان برعهده مدیون مستقر بود و نماز بر مدیون گزارده می‌شد و حال آنکه پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند: «خود بر میت مدیون نماز بخوانید»؛ افزون بر این، عبارت «جزاک الله عن الإسلام خیراً و فک رهانک کما فککت رهان أخیک» بر برائت ذمه مدیون پس از ضمانت تصریح دارد و این برائت هم فقط با نقل ذمه سازگار است.

د. در موثقه حسن بن جهم آمده است: «از امام کاظم علیه السلام راجع به متوفایی سؤال کردم که از من طلبی داشت و همچنین ورثه‌هایی پسر، دختر و خردسال؛ یکی از پسرانش نزد من آمد

و گفت: آنچه که به پدرم مدیونی، تو را نسبت به سهم خود و برادران و خواهرانم ابراء کردم و من رضایت آنها را به این امر ضمانت می‌کنم. امام علیه السلام فرمودند: «با این عمل بری الذمه می‌گرددی». سؤال کردم: «اگر آنها رضایت ندادند، چه می‌شود؟» فرمودند: «این امر به عهده ضامن است». سؤال کردم: «اگر ورثه جهت مطالبه طلب به من مراجعه کردند، چه باید کرد؟» امام علیه السلام فرمودند: «آنها براساس ظاهر امر چنین حقی دارند ولی، درواقع، تو بری الذمه هستی. هرگاه وارث ابراءکننده گرفتن رضایت از آنها را ضمانت کرده باشد، خود ضامن باید آن را انجام دهد» (شیخ طوسی، همان: ج ۹، ص ۱۶۷، ح ۶۸۲). اگرچه مفاد روایت در برائت ذمه مدیون بر سایر ورثه بدون رضایت آنان قابل مناقشه است، ولی بر برائت ذمه به موجب ضمان صراحت دارد.

دلالت روایت‌های ذکرشده بر نقل ذمه از جهاتی محل تأمل است:

نخست: روایات از حیث دلالت بر اعتبار و یا نداشتن اعتبار رضایت مضمون له معارض اند. در صحیح ابن سنان و همین طور در رضوی به قبول تصریح شده، درحالی که در ضمانت امام علی علیه السلام و یا ابوقتیاده از میت و یا موثقه اسحاق بن عمار و موثقه حسن بن جهم قبولی مضمون له نیامده است.

دوم: مضمون عنه در همه روایات استنادشده یا میت است و یا مشرف به موت؛ از طرف دیگر، ظاهراً شخصی است که از او ترک‌های برجای نمانده که کفاف بدهی اش را نماید. براین اساس، مثال به گونه‌ای است که ضم ذمه در آن اثری ندارد؛ از این رو، توجه نشدن به خصوصیت مثال و تنقیح مناط به موجب الغای خصوصیت و در نتیجه، تسری حکم آن به افراد زنده محل تأمل است.

سوم: برفرض پذیرش دلالت روایات بر نقل ذمه، دلالت آنها بر اینکه مقتضای ذات ضمان نقل ذمه باشد، پذیرفتنی نیست. بیشترین دلالت آنها بر مقتضای اطلاق ضمان است و در این صورت با شرط تضامن در ضمن عقد، امکان برقراری مسئولیت تضامنی هست.

برخی از حقوقدانان در این باره گفته‌اند:

نخست: ضمان از میت، ضمان واقعی نیست و بر فرض که واقعی باشد و در نقل ذمه از میت محملی وجود داشته باشد، قابلیت تسری به امور جاری حیات و به ویژه امر بازرگانی ندارد و از این رو، بنا کردن عقد ضمان، با همه وسعت آن در عرف و عادت، با اخبار ضمان از میت نه صحیح است و نه مجاز.

دوم: روایت مربوط به ضمان از زنده، اگرچه اشعار به نقل ذمه دارد، ولی درباره آن قرینه<sup>۴</sup> وجود دارد و به هیچ وجه نافی تضامن نیست (جعفری لنگرودی، همان: ص ۱۸۷).

### ۳-۲-۱-۲. دلیل عقلی

طرفداران نقل ذمه با استناد به دلیل عقلی معتقدند: به حکم عقل، وقوع یک چیز در آن واحد در دو مکان محال است (صاحب جواهر، همان: ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ بحر العلوم، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۳۵۳؛ آملی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۹۶). از آنجا که حکمی عقلی و آبی از تخصیص است، پس فرقی نمی کند که آن شیء امری تکوینی باشد یا اعتباری؛ هر امری هم که مستلزم چنین نتیجه ای گردد هم محال و ممتنع است. از آنجایی که اشتغال هم زمان ذمه ضامن و مدیون مستلزم چنین امری است پس محال می باشد؛ زیرا اشتغال ذمتین موجب می گردد که هم زمان یک دین برعهده دو مدیون قرار گیرد؛ یعنی شیئی واحد در آن واحد در دو مکان مستقر گردد.

استدلال مذکور ناتمام و دارای اشکال نقضی و حلی است:

نخست اینکه، اشتغال هم زمانی در احکام تکلیفی ای مانند واجب کفایی و واجب تخییری، و در احکام وضعی ای مانند ضمان ایادی غاصبه و ضمان عهده پذیرفته شده است. مثلاً در واجب کفایی، باینکه واجب یکی است، با تعدد وجوب بر مکلفین تعدد پیدا می کند؛ پس همان گونه که اعتبار وجوب متعدد برای یک واجب صحیح است، اعتبار ضمان متعدد برای مضمون واحد هم صحیح است و تنها فرق میان آن دو در حکم تکلیفی و وضعی بودن است (طباطبائی حکیم، همان: ج ۱۳، ص ۲۷۳).

همچنین، به طور متعارف و در مقام عمل چه بسا اتفاق می افتد که چند نفر را پی انجام یک مأموریت می فرستند. بدون اینکه کسی بر آن خرده گیرد؛ به علاوه، ضمان تضامنی در معاملات و تجارت را از قاعده «عدم الدلیل دلیل العدم فیما یعمّ به البلوی» می توان بیرون کشید (جعفری لنگرودی، همان: ص ۱۸۸). بدین بیان، وقتی موضوعی تقریباً همه گیر شد و همه افراد به نوعی با آن درگیر شدند، وظیفه شارع و قانونگذار است که نظر خود را درباره آن دقیقاً مشخص کند تا افراد در آن چهارچوب عمل کنند. تعیین نکردن چهارچوب بیانگر بی اهمیتی آن و آزاد گذاشتن اشخاص در انتخاب است.

در برخی از مقررات حقوقی نیز صریحاً به تضامن اشاره شده است: مثلاً ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> در مقام مسئولیت کارگرانی که به اجتماع، باعث ورود خسارت گردند؛ مواد ۲۴۹، ۳۰۹،<sup>۶</sup> و ۳۱۴<sup>۷</sup> قانون تجارت در بیان مسئولیت تضامنی صادرکننده برات، سفته و چک با ظهرنویس ها و ضامن در برابر دارنده، مسئولیت تضامنی شرکای شرکت های تضامنی در برابر طلبکاران پس از انحلال شرکت (مفاد ماده ۱۲۴<sup>۹</sup> همان قانون)، مسئولیت تضامنی قییم هایی که با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تقریط کرده اند (مفاد ماده ۹۴<sup>۱۰</sup> قانون امور حسبی). بنابراین، اگر تضامن عقلاً ممتنع باشد، پذیرش آن در موارد ذکر شده بلاوجه خواهد بود.

دوم اینکه، مستشکل، ذمه را به منزله مکان، و بدهی را همچون جسم مادی فرض کرده است و از این رو، استقرار یک بدهی در چند ذمه در آن واحد را مانند وقوع یک شیء در چند مکان در آن واحد، محال و نامعقول شمرده است؛ در حالی که، امتناع یک چیز در دو مکان به امور حقیقیه اختصاص دارد، نه امور اعتباری، که وجودات ادعائیه اند، و نزد عقلاً به سبب برخی اسباب مقتضی آن اعتبار، جعل گردیده اند (طباطبائی حکیم، همان: ج ۱۳، ص ۲۷۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۱۹). به عبارت دیگر، استدلال یاد شده بر مبنای وحدت امور اعتباری با امور واقعی قابل ترسیم است و حال اینکه قیاس دین به اجسام طبیعی مع الفارق است. اگرچه امور اعتباری، به جهت وهمی نبودن، از قواعد منطقی و تاحدی واقعی تبعیت می کنند، ولی تبعیت کامل امور اعتباری از امور واقعی موجب تعطیل

نظام اجتماعی و عسر و حرج شدید می‌گردد، زیرا در این حالت حتی یک قاعده حقوقی را نیز نمی‌توان پذیرفت.

برفرض، این موضوع را بپذیریم که در امور اعتباری نیز قاعدهٔ عقلی تخصیص‌بردار نیست و یک دین همانند یک شیء خارجی هم‌زمان نمی‌تواند در دو ذمه قرار گیرد؛ در این صورت در تضامن مدعی آن نیستیم که موجب تعدد دین می‌گردد بلکه دین، واحد است و مسئولیت، متعدد. به عبارت دیگر، تضامن فقط موجب ایجاد مسئولیت می‌گردد و میان «دین» و «مسئولیت» رابطهٔ عموم و خصوص من‌وجه است.<sup>۱۱</sup> در پاره‌ای موارد، همانند مدیونی که قدرت پرداخت ندارد، «دین» هست بدون اینکه مدیون، مسئول و ملزم به پرداخت باشد؛ گاه نیز شخص مسئول وفای به عهدی می‌شود که در واقع، مدیون آن نیست؛ مانند پرداخت نفقهٔ خویشاوند؛ همچنین غاصبی که عین مال نزد او باقی باشد، فقط در رد عین مال مسئول و ملزم می‌گردد ولی چون هنوز مال تلف نشده مدیون نیست؛ همچنین است در حالتی که شخصی مال خود را وثیقهٔ دین دیگری قرار می‌دهد. در برخی موارد نیز شخص هم مدیون است و هم مسئول؛ مانند غاصبی که مال در نزد او تلف شده و یا شوهری که نفقهٔ زوجه را نپرداخته است.

بر همین مبناست که در حقوق آلمان تعهد را به دو عنصر دین (Haftung) و مسئولیت یا اجبار (Schuld) تجزیه کرده و گفته‌اند: دین تکلیفی قانونی است که به موجب آن، مدیون باید موضوع تعهد را به‌جا آورد. این رابطه با پرداختن دین از بین می‌رود، ولی هرگاه دین اجرا نشود، در نتیجهٔ مسئولیتی که مدیون دارد، طلبکار حق پیدا می‌کند که با مراجعه به دادگاه او را اجبار کند. در این اجبار، موضوع التزام نیز در موارد بسیاری تفاوت می‌کند و به‌جای تعهد اصلی، معادل آن از مدیون گرفته می‌شود. در کامن‌لا نیز تفاوت و امتیاز دین و مسئولیت پذیرفته شده است و پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی تعهد را به سه عنصر متمایز تحلیل کرده‌اند: دین، مسئولیت مدیون هنگام عدم انجام تعهد، و اجبار (کاتوزیان، ۱۳۷۴ب: ص ۶۴، ش ۴۷).

افزون‌براین، اشتغال ذمه در عقد ضمان، معلول دین نیست، بلکه ارادهٔ ضامن و

مضمون له علت اشتغال ذمه است و از این رو، دو سبب موجب ایجاد و اشتغال شده است؛ به همین دلیل، برخی از فقیهان اهل سنت معتقدند در ضمان، مانند رهن و وثیقه، ضم اشتغال است و دین منتقل نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۹).

در نتیجه، می‌توان گفت باتوجه به معانی لغوی و اصطلاحی ذمه، این مفهوم هرگز به معنای مکان و محل نبوده است، مگر از باب تسمیه محل به اسم حالش؛ یعنی عهد و پیمان، و تعهد و مسئولیت، و حال‌های دیگر نام محل استقرار آنها هستند؛ بنابراین، حقیقت ضمان مبتنی بر نقل ذمه یا ضم ذمه، به معنای منتقل شدن تعهد و مسئولیت و یا ضمیمه شدن تعهدی به تعهد دیگر است، نه اینکه نقل ذمه به معنای نقل مکان و ضم ذمه به معنای اضافه شدن مکانی به مکان دیگر باشد (همان).

### ۳-۲-۲. دلایل طرفداران ضم ذمه

در مقابل، طرفداران ضم ذمه علاوه بر دلیل لغوی به دلیل نقلی هم استناد کرده‌اند: فقیهان اهل سنت بر مدعای خویش به روایت ضمانت اُبی قتاده اشاره کرده‌اند که در مسند حنبل به نقل از جابر چنین آمده است:

یکی از دوستانمان از دنیا رفت. پیامبر اکرم ﷺ را برای نماز خواندن بر او دعوت کردیم. حضرت ﷺ پس از برداشتن قدمی فرمودند: «آیا برعهده او دینی هست؟» گفتیم: «دو دینار». پیامبر اکرم ﷺ از نماز گزاردن بر او منصرف شدند. ابوقتاده از آن دو دینار ضمانت کرد و گفت: «آن دو دینار برعهده من». پیامبر ﷺ فرمودند: «آیا حق طلبکاران واجب از میت بری شد؟» ابوقتاده در جواب گفت: «بله». پس از آن پیامبر ﷺ بر میت نماز گزارند و بعد، از ابوقتاده سؤال کردند: «قضیه آن دو دینار چه شد؟» ابوقتاده گفت: «دیروز از دنیا رفته است». روز بعد نیز دوباره سؤال فرمودند: ابوقتاده گفت: «آن را پرداخت کردم». پیامبر ﷺ فرمودند: «الآن آتش بر او سرد شد».<sup>۱۲</sup>



طرفداران ضم ذمه با استناد به ذیل روایت برآن اند که صرف ضمانت موجب نقل ذمه و برائت مدیون نمی‌گردد، زیرا پیامبر اکرم ﷺ پس از پرداخت دین فرمودند: «الآن آتش بر او سرد شد»؛ یعنی برائت ذمه مدیون با پرداخت حاصل شد نه با ضمانت. درباره خودداری پیامبر اکرم ﷺ از نماز گزاردن گفته شده است:

نخست آنکه، مفاد روایت دلالت تحریصی دارد تا مردم در ادای دین خویش بی‌اعتنا نباشند و در وفای به آن تسریع نموده و یا زمینه‌های وفای آن را فراهم کنند (صافی، همان: ص ۱۹۸)؛ پس امتناع پیامبر اکرم ﷺ به این جهت بود که متوفی هیچ ترکه‌ای جهت ادای دین خود برجای نگذاشته بود و حال اینکه وظیفه‌اش بود پیش از وفاتش چنین کاری بکند تا جلوی اضرار دائن را بگیرد (همان: ص ۱۹۷)؛ در موضوع یادشده، چون وفای دین میت با ضمانت حاصل شد، بر او نماز گزارد (ابن قدامه، همان: ج ۵، ص ۸۲)؛

دوم آنکه، عبارت «وجب حق الغریم و برئ المیت منهما» به این معناست که با تحقق ضمانت، دین از ضامن مطالبه می‌گردد و چون ضمانت ضامن در اینجا تبرعی است، او حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. در این مسئله، با توجه به فقدان ترکه میت، برای طلبکار پس از ناامیدی از رسیدن به طلب خویش با تحقق ضمانت اطمینانی برای وفا به وجود آمد؛ از این رو، این گونه برداشت شده که گویا طلبکار با این ضمانت طلب خویش را استیفا کرده و میت نیز بری شده است. این مسئله از قبیل ﴿أتی امر الله فلا تستعجلوه﴾ است (صافی، همان: ص ۱۹۸)؛ یعنی قطعی الوقوع و در شرف تحقق بودن چیزی به منزله وقوع آن فرض می‌شود؛ به همین دلیل، در آیه شریفه، «أتی» با وجود اینکه فعل ماضی و مربوط به گذشته است، مفهوم آن مضارعی قطعی التحقق است.

دیدگاه ابن قدامه درباره ضم ذمه با استناد به روایت نبوی «نفس المؤمن معلقة بدینه حتی یقضی عنه» (ابن حنبل، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۴۴۰؛ ابن ماجه، ۱۳۷۵ق: ج ۲، ص ۸۰۶، ح ۲۴۰۲)<sup>۱۳</sup> و همچنین، عبارات پایانی روایت ابوقتاده (الآن بردت جلدته علیه) گویای این است که با توجه به اینکه آن حضرت پس از اطلاع از تأدیة دین آن جمله را فرمودند، معنای «بری المیت منهما» (که برابر است با «صرت انت المطالب منهما») مربوط به بعد از

ضمان و قبل از پرداخت است و از این رو، حالت تأکیدی دارد؛ چون حق بر ذمه میت ثابت و ادای آن نیز بر او واجب بود (ابن قدامه، همان).

به عبارت دیگر، این حالت ضمانت مانند موردی است که مدیون مال کافی برای پرداخت به جا گذاشته باشد و یا دین دارای وثیقه باشد؛ بنابراین، علت خودداری پیامبر اکرم ﷺ از نمازگزاردن در دفعه نخست این بود که دین متوفی فاقد محل بوده است.

در اشکال به استدلال مذکور می توان گفت:

نخست اینکه، برداشت تحریصی کردن صرف از روایت یادشده با عکس العمل شدید پیامبر ﷺ و تصریح بر نماز نگزاردن بر مدیون سازگاری ندارد؛

دوم اینکه، اگر ضمان موجب نقل ذمه نمی شد، چرا پیامبر اکرم ﷺ از سویی با تحقق ضمان با بیان «وجب حق العزیم و برئ المیت منهما» به برائت ذمه مدیون تصریح کردند و از سوی دیگر، پیش از ضمان به جهت مدیون بودن از نماز منصرف شدند و پس از ضمانت نماز گزاردن؟ از این بیان مشخص می گردد که پس از ضمانت، دیگر عنوان مدیون بر میت صدق نمی کرد؛

سوم اینکه، تفسیر ابن قدامه از «برئ المیت منهما» با هیچ قاعده تفسیری و ادبی سازگاری ندارد و هیچ قرینه ای بر این فهم معکوس وجود ندارد؛

چهارم اینکه، با استناد به حدیث نبوی «نفس المؤمن معلقة بدینه حتی یقضی عنه»، فهم قضای دین به صورت تأدیه مادی نه تنها هیچ گونه کارایی بر اثبات ضم ذمه در موضوع محل بحث ندارد، بلکه دقیقاً با آن مغایر است. با توجه به قرینه نماز گزاردن پیامبر اکرم ﷺ بعد از ضمان، مشخص می گردد ضرورتی به ادای مادی نیست، بلکه ادای حقوقی و اعتباری نیز کافی است که در این صورت، روایت یادشده فقط مؤید نقل ذمه است.

بر این اساس، ادله هیچ یک از طرفداران نقل ذمه و یا ضم ذمه وافی به اثبات ادعای آنان و نفی ادعای مقابل نیست؛ از این رو، با توجه به ادله عمومی صحت قراردادها مانند

«أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و قاعدهٔ صحت، می‌توان به صحت عقد ضمان در دو حالت نقل و یا ضم ذمه حکم نمود.

#### ۴. نتیجه‌گیری

الف. ضمان در لغت به معنای قرار گرفتن و دربر گرفتن چیزی در چیز دیگر است؛ بنابراین، ضمان سبب تضمین و دربر گرفتن ذمهٔ ضامن به مال موضوع ضمان است. ضامن دینی شدن نیز بدین معناست که آن مال بر ذمهٔ او قرار گرفته و ذمهٔ شخص دین را در خود جای داده است.

ب. ضمان عقدی به معنای التزام به دین دیگری است، بدون اینکه در مفهوم نخستین آن، در لغت و یا شرع، نقل ذمه و یا ضم ذمه آمده باشد؛ بنابراین، اموری همچون نقل و یا ضم ذمه در هر دو معنای طولی و عرضی خارج از مفهوم ضمانند و با توجه به بررسی‌های صورت گرفته در مقاله نهایتاً می‌توان مدعی شد: نقل ذمه مطابق اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن، و از این رو، با شرط ضمن عقد امکان برقراری تضامن وجود دارد.

ج. جنبهٔ وثیقه‌ای عقد ضمان، همانند کفالت و رهن، پررنگ می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن آن ندارد؛ از این رو، هر چند کفالت، وثیقه به شمار می‌آید ولی کسی مخالف احسانی بودن آن نیست؛ گروهی که ثالث برای دین دیگری می‌گذارد هم با وجود احسانی بودن، منافی وثیقه بودن آن نیست.

د. عرف کنونی ضمان را «وثیقهٔ اعتباری» می‌داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می‌انگارد. به همین جهت، اگر ضامنی دریابد که تنها اوست که در برابر طلبکار مدیون است یا در کنار مدیون اصلی امتیازی بر او ندارد، شگفت‌زده می‌شود؛ با وجود این، عرف در صورتی اعتبار دارد که برخلاف قوانین نباشد.



## پی‌نوشت:

۱. بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌گردد.
۲. تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.
۳. ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد.
۴. ظاهراً منظور این است که در موثقه اسحاق، محتضر ترکه‌ای ندارد که جوابگوی بدهی‌اش باشد. بنابراین، در این باب ضم ذمه اثری ندارد.
۵. ماده ۱۲: کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به‌مناسبت آن وارد شده است مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به‌عمل آورده و یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به‌عمل می‌آورند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.
۶. ماده ۲۴۹: برات‌دهنده - کسی که برات را قبول کرده - و ظهرنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هرکدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید. همین حق را هریک از ظهرنویس‌ها نسبت به برات‌دهنده و ظهرنویس‌های ماقبل خود دارد. اقامه دعوی بر علیه یک یا چند نفر از مسئولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولین برات نیست - اقامه‌کننده دعوی ملزم نیست ترتیب ظهرنویسی را از حیث تاریخ رعایت کند. ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال‌علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است..
۷. ماده ۳۰۹: تمام مقررات راجع به بروات تجارتي (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در مورد فته‌طلب نیز لازم‌الرعایه است.
۸. ماده ۳۱۴: صدور چک ولو اینکه از محلی به محل دیگر باشد ذاتاً عمل تجارتي محسوب نیست لیکن مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان و مفقود شدن راجع به بروات شامل چک نیز خواهد بود.
۹. ماده ۱۲۴: مادام که شرکت تضامنی منحل نشده مطالبه قروض آن باید از خود شرکت به‌عمل آید و پس از انحلال طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به هریک از شرکا که بخواهند و یا به تمام آنها رجوع کنند و در هر حال هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند به استناد اینکه میزان قروض شرکت از میزان سهم او در شرکت تجاوز می‌نماید از تأدیه قروض شرکت امتناع ورزد فقط در روابط بین شرکا مسئولیت هریک از آنها در تأدیه قروض شرکت به نسبت سرمایه‌ای خواهد بود که در شرکت گذاشته است آن هم در صورتی که در شرکت‌نامه ترتیب دیگری اتخاذ نشده باشد.
۱۰. ماده ۹۴: در صورتی که قیم متدد بوده و با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند هریک از آنها مسئولیت تضامنی دارند و اگر بعضی از قیمن بدون شرکت دیگران تعدی یا تفریط در اموال محجور نمایند مسئولیت متوجه به کسی خواهد بود که تعدی یا تفریط کرده است.

۱۱. در حقوق به موارد ذیل می‌توان اشاره کرد: تعهد طبیعی که «دین» است، بدون اینکه مدیون، مسئول و ملزم به پرداخت باشد (مانند دینی که مشمول مرور زمان واقع شده است)؛ گاه نیز شخص مسئول وفای به عهده می‌شود که درواقع، مدیون آن نیست: مانند ظهرنویس‌های اسناد تجاری که باینکه دینی به دارنده سند ندارند، مسئول پرداخت آن قرار می‌گیرند یا غاصبانی که هیچ دخالتی در تلف مال مغضوب ندارند، باین‌حال با متلف در برابر مالک مسئولیت تضامنی پیدا می‌کنند.

۱۲. عن جابر قال: توفي صاحب لنا فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه فخطأ خطوة ثم قال: «أعليه دين؟» فقلنا ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران على فقال رسول الله ﷺ: «وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟» قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك: «ما فعل الديناران؟» قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغداة فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت جلده» (ابن حنبل، ص ۳۳۰؛ ابن قدامة: ج ۵، ص ۸۳).

۱۳. این روایت در منابع شیعی از جمله علل الشرایع چنین آمده است: «نفس المؤمن معلقة ما كان عليه الدين» (شیخ صدوق، ۱۳۸۵ق: ج ۲، ص ۵۲۸، ح ۵).

## کتابنامه

۱. آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع: تقریرات بحث المیرزا نائینی، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ نخست.
۲. ابن اثیر (۱۳۶۷)، النہایة فی غریب الحدیث والأثر، قم، اسماعیلیان، چاپ چهارم.
۳. ابن حزم اندلسی (۱۳۸۷ق)، علی بن احمد، المحلی فی شرح المجلی بالحجج والآثار، مصر، مكتبة الجمهورية العربية.
۴. ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۱۷ق)، الوسيلة الى نیل الفضيلة، قم، کتابخانه مرعشی، چاپ نخست.
۵. ابن حنبل، احمد (۱۴۱۴ق)، المسند، لبنان، دارالفکر، چاپ دوم.
۶. ابن رشد (قرطبی) (۱۳۸۶ق)، محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية.
۷. ابن زهره (حلبی) (۱۴۱۷ق)، حمزة بن علی، غنية النزوع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۸. ابن عابدین، امین بن عمر (۱۴۲۱ق)، ردالمحتار علی الدرالمختار، دمشق، دارالثقافة و التراث، چاپ نخست.
۹. ابن فارس، ابوالحسن احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، مكتب الاعلام الإسلامی.
۱۰. ابن قدامه (مقدسی) عبدالله بن احمد (بی تا)، الشرح الكبير، قاهره، مطبعة الإمام.
۱۱. ابن ماجه (قزوینی) حافظ ابو عبدالله (۱۳۷۵ق)، سنن ابن ماجه، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۱۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ نخست.
۱۳. ابو حبیب، سعدی (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم.
۱۴. بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۴ق)، بلغة الفقيه، تهران، مكتبة الصادق، چاپ چهارم.
۱۵. بحرانی، یوسف (بی تا)، حقائق الناضرة، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۱۶. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۱ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة، بیروت، دارالفکر.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۲)، عقد ضمان، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، چاپ نخست.

١٨. جوهرى، ابونصر اسماعيل بن حماد (بى تا)، الصحاح، بيروت، دارالعلم.
١٩. حر عاملى، محمد بن حسن (بى تا)، وسائل الشيعة، بيروت، دار إحياء التراث العربى، چاپ پنجم.
٢٠. حسيني حائرى، سيد كاظم (١٤٢٣ق)، فقه العقود، قم، مجمع الفكر الإسلامى، چاپ نخست.
٢١. حسيني عاملى، سيد محمد جواد (١٤١٩ق)، مفتاح الكرامة، تحقيق محمد باقر مجلسى، قم، مؤسسة نشر الإسلامى، چاپ نخست.
٢٢. راغب اصفهاني، حسين بن محمد (١٤١٢ق)، المفردات فى غريب القرآن، بيروت، دارالعلم - الدار الشاميه، چاپ نخست.
٢٣. زبيدى، محمد تقى (بى تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، مكتبة الإحياء، چاپ نخست.
٢٤. سرخسى، شمس الدين (١٤١٤ق)، المبسوط، لبنان، دارالمعرفة.
٢٥. سنهورى، عبدالرزاق (١٤٠٨ق/١٩٩٥م)، الوسيط فى شرح القانون المدنى، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٢٦. شيخ صدوق (محمد بن بابويه) (١٣٨٥ق)، علل الشرايع، نجف اشرف، مكتب حيدرية.
٢٧. شيخ طوسى (١٤٠٦ق)، تهذيب الأحكام، بيروت، دارالأضواء.
٢٨. شهيد ثانى، (زين الدين عاملى جبعى) (١٤١٧ق)، مسالك الافهام، قم، المؤسسة المعارف الإسلاميه، چاپ نخست.
٢٩. صاحب جواهر (محمد حسن نجفى) (١٤٠٨ق)، جواهر الكلام، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٣٠. الصافى، على عبد الحكيم (١٣٩٣)، الضمان فى فقه الإسلامى، قم، مجمع جهانى تقريب اسلامى.
٣١. طباطبائى حكيم، سيد محسن (١٤٠٤ق)، مستمسك العروة الوثقى، قم، مكتبه السيد المرعشى.
٣٢. طباطبائى يزدي، سيد محمد كاظم (١٤٢٧ق)، عروة الوثقى، با حاشيه اعظم، قم، ميثم تمار، چاپ نخست.
٣٣. طريحي، فخر الدين (بى تا)، مجمع البحرين، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٣٤. عبدى پور فرد، ابراهيم (١٣٩١)، حقوق تجارت كاربرى، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
٣٥. علامه حلى (حسن بن يوسف حلى) (١٤١٤ق)، تذكره الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، چاپ نخست.
٣٦. فراهيدى، خليل بن احمد (١٤٠٩ق)، كتاب العين، قم، دارالهجرة.

۳۷. فقه الرضا عليه السلام (۱۴۰۶ق)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۳۸. فیروزآبادی (۱۴۱۲ق)، قاموس المحيط، بیروت، دارالعلم.
۳۹. القرافی، احمدین ادیس (۱۴۰۴ق)، الفروق، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴ الف)، عقود معین، ج ۴، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
۴۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴ ب)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، یلدا، چاپ نخست.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۶ق)، فروع کافی، بیروت، دارالأضواء.
۴۳. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، بحار الأنوار، بیروت، مؤسسة الوفاء.
۴۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۶۶)، «ضمان عقدی: ضم ذمه یا نقل ذمه یا ...»، حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، ش ۱۱ و ۱۲.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۱)، «نگرش جدید بر ضمان عقدی و احکام آن»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴.
۴۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳)، عقد ضمان، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی - فرهنگی مجد، چاپ دوم.
۴۷. نووی، ابوزکریا یحیی بن شرف (۱۴۰۹ق)، المجموع فی شرح المهذب، المملكة العربية السعودية، الجامعة أم القرى، چاپ نخست.
۴۸. وزارة اوقاف و شئون اسلامية كويت (۱۴۱۸ق)، الموسوعة الفقهية، كويت، بی نا.
۴۹. یزدانیان، علی رضا (۱۳۸۷)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، میزان.





## درنگ در انتقال خون آلوده از دیدگاه فقه جزایی

حسین ناصری مقدم\*

هاجر رضایی\*\*

### چکیده

آسیب رساندن به تمامیت جسمانی یا معنوی اشخاص، در شرایط خاصی، پیامدهای مدنی و گاه کیفری می‌تواند در پی داشته باشد. امروزه با تحولات علمی، مصادیق تازه‌ای از این نوع خسارت‌ها آشکار شده که در گذشته وجود نداشته است؛ یکی از این مصادیق، آلوده کردن دیگری با خون آلوده است. هم‌اکنون بسیاری از خطرناک‌ترین و مهلک‌ترین بیماری‌ها با این روش منتقل می‌شوند. نظریه‌اینکه گونه‌هایی از این موضوع، جنبه‌های کیفری و جرم‌شناختی دارند، این نوشتار با رویکرد کیفری تدوین شده است. بنابراین، پرسش اصلی مقاله این است: احکام تکلیفی و وضعی، و نیز حدود مسئولیت کیفری فرد انتقال‌دهنده چیست؟

براساس دستاوردهای این تحقیق، انتقال عمدی خون آلوده به خود یا دیگری، بدون غرض عقلائی، حرام است. از نظر مسئولیت کیفری نیز چنانچه این انتقال به آسیب و فوت انتقال‌گیرنده منجر شود، مرتکب، مستحق مجازاتی است که براساس شرایط، متفاوت خواهد بود؛ درحالی‌که انتقال غیرعمدی، تنها مستلزم پرداخت خسارت (دیه یا ارش و هزینه‌های درمان) است.

**کلیدواژگان:** مسئولیت کیفری، خون آلوده، تسبیب و مباشرت، فقه جزایی، انتقال بیماری.

naseri1962@um.ac.ir

rezaei69@gmail.com

\* دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه شهید مطهری مشهد.

## ۱. تبیین مسئله

انتقال خون اغلب با عوارض و پیامدهایی روبه‌روست که نیازمند دقت و توجه عمیق‌اند. برخی از خون‌ها دارای موادی هستند که برای گیرنده آن بسیار خطرناک است. یکی از این مواد، ویروس‌ها هستند که گاهی از راه انتقال خون به بدن وارد می‌شوند. از سال ۱۹۸۰ با کشف ویروس‌های HIV و هپاتیت B و C و ورود آنها در بیشتر موارد از راه انتقال خون به بدن، نظرها به اهمیت موضوع خون‌های آلوده جلب شد. متأسفانه، تاکنون میلیون‌ها نفر بر اثر انتقال خون آلوده، به بیماری‌های ایدز و هپاتیت مبتلا شده‌اند و جان خود را از دست داده‌اند.<sup>۱</sup> موضوع پرونده بیماران هموفیلی که در اوایل دهه شصت، با تزریق فرآورده‌های خونی وارد شده از شرکتی فرانسوی، به ایدز و هپاتیت مبتلا شدند، یکی از همین چالش‌ها است.

جدای از مباحث پزشکی و موضوع مدیریت انتقال خون و سامان‌دهی وضعیت بیماری‌های مهلک، مسائل فقهی و حقوقی انتقال خون آلوده هم باید در کانون توجه فقیهان و حقوقدانان قرار گیرد. در این نوشتار، از انبوه مسائل چالش‌برانگیز درباره خون آلوده، به این پرسش پاسخ داده شده است که از دیدگاه فقه اسلامی، حدود مسئولیت جزایی فرد یا مرکز انتقال‌دهنده خون آلوده به دیگری چیست؟

### ۱-۱. چیستی خون آلوده

خون آلوده به خونی گفته می‌شود که به‌علت دارا بودن برخی مواد، در صورت انتقال به بدن فرد سالم، می‌تواند او را بیمار کند یا با خطر روبه‌رو سازد. خون و مشتقات آن معمولاً از این راه‌ها منتقل می‌شوند: الف. تزریق خون و فرآورده‌های آن؛ ب. استفاده از سرنگ مشترک در معتادان تزریقی؛ ج. ورود اجسام تیز و بُرنده آغشته به خون آلوده.

برشمردن همه بیماری‌هایی که ممکن است از راه خون آلوده منتقل شوند، ممکن نیست و اصولاً این بخش (موضوع‌شناسی) وظیفه اهل فن است؛ باوجوداین، به چهار نمونه می‌توان اشاره کرد:<sup>۲</sup> هپاتیت،<sup>۳</sup> ایدز،<sup>۴</sup> ایبولا<sup>۵</sup> و سارس.<sup>۶</sup>

## ۲-۱. دو نکته ضروری

نخست، این که انتقال خون آلوده یکی از راه‌های اقدام به آسیب زدن به تمامیت جسمانی اشخاص درکنار دیگر روش‌ها (مانند چاقو زدن و تیراندازی با سلاح گرم) است اما این موضوع، به دو دلیل، نیازمند توجه ویژه است: یکی فاصله افتادن بسیار میان انتقال و تحقق فوت (گاهی اساساً فوتی اتفاق نمی‌افتد) و دیگری، پنهان بودن انتقال در بیشتر موارد.

دوم این که، چنانچه جنایتی ازراه انتقال خون آلوده صورت پذیرد، از نوع سببیت است، نه مباشرت؛ چون انتقال‌دهنده، با مباشرت خود، به انتقال‌گیرنده آسیب نزده است بلکه حصول بیماری در او موجب آسیب شده است. از دیدگاه فقیهان، درصورت اجتماع سبب و مباشر، مسئولیت با مباشر است، مگرآنکه سبب، اقوا باشد (صاحب جواهر، ۱۳۶۸: ج ۴۲، ص ۱۸). این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که بسیاری از اوقات، در اجتماع اسباب متعدد، تعیین سبب مسئول آسان نیست (در مباحث آتی به نمونه‌هایی اشاره می‌شود).

## ۲. صورت‌های گوناگون مسئله

مسئله انتقال خون آلوده از جنبه‌های گوناگون کیفری نیازمند بحث و تحلیل است؛ باوجوداین، موضوع را به دو بخش کلی انتقال خون آلوده به خود و دیگری می‌توان تقسیم کرد. بنابراین، درادامه، ضمن درنظر گرفتن عنصر قصد یا عدم قصد، در هر بخش احکام تکلیفی و وضعی انتقال را روشن خواهیم کرد و به پرسش‌هایی که دراین زمینه می‌تواند مطرح شود، پاسخ خواهیم داد.

### ۲-۱. انتقال خون آلوده به خود

#### ۲-۱-۱. حکم تکلیفی

در نگاه نخست، ممکن است انتقال خون آلوده به خود غیرمنطقی جلوه کند؛ باوجوداین، هم امکان انتقال عمدی و هم غیرعمدی درباره آن قابل تصور است. روشن است که

انتقال غیر عمدی (مانند اینکه فردی از آلوده بودن خون آگاه نیست و آن را به خود تزریق می‌کند) هیچ‌گونه حرمتی ندارد زیرا فرد به آلوده بودن خون جاهل بوده است. البته، تزریق خون آلوده به خود، در صورت جهل به آلوده بودن، امکان اقامه دعوا را برای مجنی علیه در برابر انتقال دهنده فراهم می‌آورد که به آن اشاره خواهد شد.

با وجود این، انتقال عمدی خون آلوده به خود (که به لحاظ عنصر «قصد»، در کمک به تحقیقات پزشکی و یا حالت اکراه قابل تصور است) بسته به نوع خطر ایجاد شده، یا در ذیل انتحار (خودکشی) و یا اضرار به نفس قرار می‌گیرد؛ زیرا عمل فردی که از روی آگاهی و عمد به وارد کردن خون آلوده به بدن خود اقدام کرده است، دو حالت دارد: نخست آنکه این عمل، نوعاً گشوده نیست؛ دوم آنکه گشوده است، هرچند در درازمدت. حالت اول مانند انتقال خون آلوده به ویروس هیپاتیت نوع A به خود است که غالباً موجب بیماری در کبد، و عوارض و نارسایی‌هایی در فرد می‌شود ولی معمولاً به مرگ او منجر نمی‌شود. در این صورت، عمل فرد، به دلیل مصداق اضرار به نفس بودن، شرعاً حرام است، آن هم اضراری که اجماعاً حرام است. در حالت دوم، حرمت انتقال عالماً و عامداً خون‌های آلوده به عوامل بیماری‌زای مهلک مانند ابولا، سارس، HIV یا هیپاتیت B به خود نیز روشن است، زیرا فرد خود را در معرض هلاکت منهی عنه (بقره: ۱۹۵)<sup>۷</sup> قرار داده است؛ البته، صورت‌هایی را از حرمت می‌توان استثنا کرد: مانند اکراه فرد به تزریق یا عمل داوطلبانه برای انجام تحقیقات پزشکی که هرکدام به دلیلی ممکن است از دایره تحریم خارج شوند. درباره اکراه فرد به انتقال خون آلوده باید گفت اگر این اکراه، ملجی باشد (مثلاً او را تهدید به مرگ کنند)، براساس نظر برخی، حرمت مرتفع می‌شود (خوئی، ۱۳۶۹: ج ۲، ص ۱۷). اما در صورتی که تحقیقات پزشکی بر تزریق خون به برخی افراد متوقف باشد، عمل فرد، مصداق مستحب کفایی و تعاون بر برّ و تقوا خواهد بود.

پرسشی که اینجا وجود دارد آن است که آیا انتقال عمدی خون آلوده به خود مصداق انتحار است؟ به نظر می‌رسد عمل فرد در انتقال خون آلوده به خود، نمی‌تواند مصداق انتحار باشد چون سببیت انتقال خون در تحقق مرگ، قطعی نیست. این مسئله از دو زاویه نیازمند تحلیل است: نخست، قطعی نبودن فوت و دوم، سببیت خون آلوده در فوت.

در باره قطعی نبودن فوت می‌توان گفت ورود خون آلوده به بدن فرد همواره به مرگ منجر نمی‌شود و اصولاً، در افراد مختلف نوع تأثیر خون آلوده متفاوت است. بدن برخی از کسانی که به ویروس HIV مبتلا شده‌اند، حتی تا هفت سال اصلاً نشانه آشکاری از بیماری ایدز بروز نمی‌دهد. موضوع دیگری که در همین زمینه می‌تواند مطرح شود، امکان بهبودی فرد بر اثر کشف داروهای جدید در آینده است؛ همچنان که امروزه داروهایی تولید شده‌اند که روند این بیماری را بسیار کند کرده است. همچنین، درباره مسئله سببیت، قطعاً فعل فرد در تزریق آگاهانه خون آلوده به خود، حتی اگر به مرگ او نیز منجر شود، داخل در مبحث سبب است، نه مباشر؛ زیرا نفس تزریق، به اذحاق روح و مرگ نینجامیده است (همانند چاقو زدن به دیگری) بلکه سبب ایجاد نوعی بیماری در او گردیده که آن بیماری او را از پای درآورده است (مانند کندن چاه که سبب افتادن و مرگ فردی شود). اکنون باید دید مرگی را که طی سال‌ها بعد ممکن است رخ دهد، می‌توان مسبب انتقال خون دانست یا خیر. مسئله استناد و تسبیب، هم در حقوق مدنی و هم در حقوق جزایی، یکی از مباحث مهم است. مهم این است که میان حصول جنایت با فعل انجام شده، رابطه علیت و سببیت وجود داشته باشد و احراز این رابطه، امری عرفی است. مؤلف کشف اللثام می‌نویسد: «ضابطه قصاص، علم عادی به مسبب بودن مرگ مقتول بر اثر فعلی است که عمدی صورت گرفته است» (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ج ۲، ص ۴۴۰). صاحب جواهر هم این معیار را می‌پذیرد (صاحب جواهر، ۱۳۶۸: ج ۴۲، ص ۲۱). به نظر می‌رسد، عرف، در محل بحث، فوت فرد را، حتی پس از سالیان دراز، به تزریق خون آلوده منتسب می‌کند.

## ۲-۱-۲. حکم وضعی

انتقال خون آلوده به خود چنانچه با آگاهی از آلوده بودن خون صورت پذیرد، هیچ‌گونه مسئولیتی برای کسی (اعم از فرد یا سازمان) که خون را در اختیار او گذاشته است، ندارد چون شخص، با علم و آگاهی، علیه خود اقدام کرده است و قطعاً هیچ‌گونه مسئولیت کیفری برای انتقال‌دهنده در پی ندارد و آسیب‌های احتمالی، به اصطلاح فقیهان، هدر

است؛<sup>۸</sup> چون در این حالت، هیچ فردی را جز مجنی علیه نمی توان مسئول شناخت؛ البته، او، بسته به نوع خطر ایجادشده، می تواند تعزیر شود (محقق حلی، ۱۴۰۹: ج ۴، ص ۹۷۳).<sup>۹</sup>

## ۲-۲. انتقال خون آلوده به دیگری

انتقال خون آلوده به دیگری چند صورت دارد: عمد، شبه عمد و خطای محض. در هریک، فردی که خون به او تزریق شده، یا از این انتقال راضی است یا خیر و یا اساساً جاهل است. در همه صورتها، یا شخص حقیقی مسئول این انتقال است یا شخص حقوقی.

### ۲-۲-۱. انتقال عمدی خون آلوده به دیگری

تصور مسئله به این شکل است که فردی با اینکه می داند خونی آلوده به ویروسی گشوده یا بیماری زاست، آن را به دیگری تزریق می کند یا آن را در اختیارش می گذارد تا خود تزریق کند. نخستین پرسش این است که چنین رفتاری مصداق چه جرمی است؟ نخست در ارتباط با حکم تکلیفی سخن می گوئیم.

### ۲-۲-۱-۱. حکم تکلیفی

باید توجه داشت که سخن از حکم تکلیفی، پیش از وقوع فعل است. درحقیقت، حکم تکلیفی سوبه فعل موردنظر را برای مکلف مشخص می کند (حکیم، ۱۴۳۱ق: ج ۲، ص ۱۸۵). پس از وقوع فعل، سخن از تحقق معصیت و امتثال است. بنابراین، در محل بحث، پرسش این است که حکم وارد کردن خون آلوده به بدن دیگری، پیش از آنکه آسیبی به او برسد، چیست؟

حکم این عمل، هرچند با رضایت مجنی علیه باشد، حرمت است، زیرا جان او را در معرض خطر جدی قرار داده است و مشمول ادله حرمت اضرار به دیگری یا حرمت قتل - که قبلاً بدان اشاره شده - می گردد. زیرا گرچه این عمل ممکن است بلافاصله پیامدی برای گیرنده خون به همراه نداشته باشد ولی او را در معرض خطر قرار می دهد. البته، باید دید ادله حرمت «در معرض خطر قرار دادن دیگری» چیست. پرسش این است: به چه

دلیل، اقدام درجهت آسیب زدن به دیگری، خود جرم است هرچند نتیجه مورد نظر حاصل نشود؛ در پاسخ از دو دلیل نقلی و عقلی بهره می‌جوییم:

یکم (نقلی): همه آیات و روایاتی که از کشتن و آسیب زدن به خود و دیگری نهی می‌کنند، به دلالت التزامی، از ورود و اقدام به این اعمال هم، نهی می‌کنند، زیرا معنا ندارد به کسی بگویند: «نکش!» درحالی که او مجاز است کاری انجام دهد که نتیجه‌اش کشتن است. مثلاً آیه ﴿لَا تُقْتُلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾<sup>۱۰</sup> می‌تواند دربرگیرنده در معرض هلاکت قرار دادن هم باشد، چون القاء به هلاکت، اعم از القاء بالفعل و بالقوه است. گواه بر این مدعا آن است که طبرسی و برخی دیگر از مفسران در تفسیر این آیه مواردی را ذکر کرده‌اند که فاصله‌ای میان عمل منهی و تحقق نتیجه نامطلوب وجود دارد: مانند زیاده‌روی در انفاق که روشن است بین آن و حصول نتیجه (فقر و هلاکت) فاصله وجود دارد (طبرسی، ۱۴۱۵ق: ج ۵، ص ۵۷). همچنین حدیث «لا ضرر»<sup>۱۱</sup> بنابر تفسیر نفی به نهی تکلیفی (شیخ الشریعة، بی تا: ص ۲۴-۲۵) از اضرار به دیگران نهی می‌کند و از نظر عرف، انتقال خون آلوده، اضرار به نفس شمرده می‌شود؛ حتی بنابر قول مشهور که حدیث را حمل بر نفی حکم ضرری می‌کند (انصاری، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۴۵۷-۴۶۲) نیز می‌توان از فقره دوم آن، یعنی «لا ضرر»، نهی را استنباط کرد (ناصری، ۱۳۹۴: ص ۱۲۹-۱۳۰).

دوم (عقلی): عقل مستقل حکم می‌کند که اقدام به عملی که دیگری را در معرض خطر قطعی یا احتمالی قرار می‌دهد، قبیح است. بنای عقلا نیز چنین حکم می‌کند که وارد کردن ویروسی که، در آینده، موجب اتلاف یا اضرار دیگری می‌شود ناروا است. درحقیقت، این موضوع به مبحث تسبیب برمی‌گردد که پیش از این به آن اشاره شد. ملاک در حرمت قتل و اضرار، صدق عرفی انتساب است و چون عرف، تحقق آسیب را، پس از وارد ساختن خون، قطعی یا مظنون می‌داند، عمل فاعل را نیز تخطئه می‌کند؛ زیرا در تعدد به اضرار و قتل، میان اینکه کسی دیگری را دفعتاً و با شلیک گلوله از پای درآورد یا زخمی کند با فردی که با خوردن سم یا تزریق خون آلوده، دیگری را در معرض مرگ تدریجی یا بیماری قرار دهد، تفاوتی نیست. چرا که عقل و عرف، از هاق روح (که ملاک اصلی قتل است) و حصول آسیب در آینده را به فرد عامل نسبت می‌دهند: با این برهان

که اگر تزریق خون نبود، مجنی علیه همچنان درقید حیات بود یا دچار بیماری نمی‌شد.

نکته‌ای که در اینجا وجود دارد این است که چنانچه مجنی علیه به هر علتی کاملاً بهبود پیدا کند و خطر مرتفع گردد، تکلیف دهنده خون آلوده چیست؟ این پرسش با چند عنوان فقه جزایی ارتباط دارد: «تجری»، «جرم محال» (محمدعلی اردبیلی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۲۶) و «جرم عقیم» (نوربها، ۱۳۸۰: ص ۳۶۵). تجری از مصطلحات فقیهان است ولی اصطلاحات جرم محال و عقیم در سخن حقوقدانان آمده است. تجری در اصطلاح به این معناست که فردی عملی را که فکر می‌کند معصیت است انجام دهد ولی بعداً آگاه شود آن عمل، معصیت نبوده است (انصاری، ۱۴۱۹ق: ج ۱، ص ۳۸). جرم محال یعنی مجرم، باوجود تلاش، از کار خود نتیجه‌ای نگرفته است، مثلاً ماده‌ای را که فکر می‌کرده سم است و به دیگری خورانده، شکر بوده است. جرم عقیم آن است که فرد به سبب خارجی نمی‌تواند به مقصود خود برسد، مثلاً در هدف‌گیری اشتباه می‌کند (محمدعلی اردبیلی، همان: ج ۱، ص ۲۲۶؛ نوربها، همان: ص ۳۶۵). به نظر می‌رسد، تجری، جرم محال و جرم عقیم از دیدگاه فقهی نمی‌توانند حرام و عقوبت‌آور باشند، زیرا، افزون بر ادله شیخ درباب تجری، درباره جرم‌های محال و عقیم می‌توان گفت، حرمت، بر ارتکاب قتل، مترتب شده و اینجا قتلی محقق نشده است؛ مگر اینکه «در معرض ضرر و خطر قرار دادن دیگری» را حرامی مستقل بدانیم که تابع تحقق نتیجه نیست؛ در این صورت، اقدام به این عمل را می‌توان حرام و مستوجب عقوبت دانست. درحقیقت، عامل، با این عمل خود، شروع به جرم کرده است و خود شروع به جرم، در مواردی، جرم است؛ اعم از اینکه نتیجه محقق گردد یا خیر.

## ۲-۲-۲. تردید در قصد قتل در انتقال عمدی

ممکن است گفته شود هرچند عامل انتقال خون آلوده می‌تواند آسیب رساندن به مجنی علیه را قصد کند ولی نمی‌تواند قصد قتل او را نیز داشته باشد، زیرا مرگ او افزون‌بر فاصله زمانی زیاد، محتمل الوقوع است، نه قطعی؛ بنابراین، تزریق خون آلوده مهلک به دیگری، از روی عمد، نمی‌تواند اقدام به قتل باشد و تنها، جرم «در معرض خطر قرار دادن»



اوست. در پاسخ به این شبهه باید گفت، نخست آنکه، فوریت میان فعل و تحقق نتیجه، در صدق عنوان قتل، شرط نیست؛ همان‌طور که اشاره شد، ممکن است کسی با ریختن سم در غذای دیگری، سبب شود او پس از یک سال فوت کند. دوم آنکه، فقیهان در صدق قتل، انجام کاری را که نوعاً و غالباً گُشونده باشد نیز ذکر کرده‌اند (صاحب جواهر، ۱۳۶۸: ج ۴۳، ص ۳؛ خمینی، ۱۳۹۰ق: ج ۲، ص ۵۰۹). روشن است اگر فردی آلوده به خون حامل ویروسی مانند ابولا شده باشد، پزشکان در انتظار مرگ او خواهند بود. بنابراین، مهم آن است که گُشندگی خون آلوده در حدی باشد که عرف پزشکی، به‌طور معمول، انتقال آن را برابر با مرگ، هرچند با فاصله، بداند و در اینجا چنین است (گرچه با داروهای جدید، فاصله میان آغاز علایم بیماری با مرگ فرد مبتلا بیشتر شده است). بنابراین، تعریف «اقدام به قتل عمد» صادق است زیرا عامل انتقال، با سبب غالباً گُشونده، عمداً اقدام به انتقال کرده‌است و این عمل حرام و جرم است: چه قاصد قتل هم بوده باشد یا خیر. اگر به نتیجه (مرگ مجنی‌علیه) منتهی شد، جانی، مستحق عقاب اخروی است زیرا رضایت و نارضایتی مجنی‌علیه، در رفع حرمت تأثیری ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۴، ص ۹۷۶).

### ۲-۱-۳. حکم وضعی

جدای از هرچه در حکم تکلیفی گفته شود، پرسش این است که آیا عامل انتقال عمدی خون آلوده، مستحق قصاص است یا باید دیه و یا ارش بپردازد؟ همان‌طور که اشاره شد این مبحث، پس از انجام فعل، مطرح می‌شود؛ یعنی هنگامی که فردی اقدام به تزریق خون آلوده به دیگری کرده‌است. روشن است که این بحث در دو حالت طرح می‌شود: نخست پیش از تحقق نتیجه زبان‌بار مانند فوت یا بیماری انتقال‌گیرنده و دوم پس از تحقق نتیجه.

### الف. پیش از تحقق نتیجه

چنانچه با شکایت گیرنده خون، صحت ادعای او (انتقال خون آلوده به فرد) بر دادرس ثابت شود، وظیفه چیست؟ طبیعی است تا پیش از بروز علایم بالینی بیماری و نیز تحقق فوت یا بهبودی، جز مجازات تعزیری برای اقدام به ایجاد آسیب به دیگری و پرداخت خسارت در برابر آسیب‌های روانی، حکمی نمی‌توان صادر کرد (اگر نتیجه عمل، غالباً

فوت باشد، مجازات اقدام به قتل اعمال می‌شود وگرنه، خیر).

ب. پس از ابتلا به بیماری یا تحقق فوت

اگر مجنی‌علیه، بر اثر انتقال خون آلوده، به بیماری مبتلا شود، آیا می‌تواند تقاضای قصاص کند یا تنها درخواست دیه یا ارش مجاز است؟ در پاسخ باید گفت، اگر بیماری او سیر پیش‌رونده دارد و مانند ایدز، عاقبت آن مرگ است، باید صبر کرد تا وضعیت او مشخص شود. البته، مجنی‌علیه می‌تواند هزینه‌های درمان را از جانی مطالبه کند؛ اما قصاص جانی پیش از فوت مجنی‌علیه به دلیل تزریق خون آلوده به او، محل اشکال است، زیرا قصاص در مادون نفس، در مواردی که دقیقاً نمی‌توان مماثلت را رعایت کرد، انتقال به دیه یا ارش است و اینجا معلوم نیست که با تزریق خون آلوده به جانی، چه عاقبتی در انتظار او خواهد بود، ضمن آنکه این عمل، توالی فاسد دیگری نیز مانند کمک به شیوع این بیماری در پی دارد. بنابراین، تنها حکمی که درباره انتقال دهنده عمدی خون آلوده به دیگری، در صورت ابتلا به بیماری و پیش از فوت، وجود دارد، دریافت هزینه‌های درمانی و مجازات تعزیری جانی است.<sup>۱۲</sup>

دلیل لزوم پرداخت هزینه‌های درمانی در مانع قاعده «تسبیب» است، زیرا انتقال دهنده سبب ایجاد این عوارض و تحمل هزینه‌ها شده است؛ به قاعده «لا ضرر» - در صورتی که آن را حکم‌ساز بدانیم - هم می‌توان استناد کرد. همچنین مجازات تعزیری به دلیل در معرض خطر قرار دادن فرد به طور عمدی اعمال می‌شود. اما اگر مجنی‌علیه بر اثر بیماری‌ای که از ویروس پدید آمده است بمیرد، بی‌گمان، در صورت نارضایتی مجنی‌علیه از فعل انجام گرفته، در وهله نخست باید جانی قصاص شود، زیرا شرط قصاص نفس در اینجا وجود دارد: «إزهاق النفس المحترمة عمداً و ظلماً» و همان‌طور که پیش‌ازین گفته شد، رابطه سببیت و استناد، در نظر عرف، صادق است. با وجود این، در صورت رضایت مجنی‌علیه پیش از فوت، قصاص ساقط می‌شود.

اگر جانی پیش از مجنی‌علیه فوت کند، قصاص طبعاً بی‌وجه خواهد بود، زیرا یکی از شروط قصاص، حیات جانی است و بر اساس قاعده «ووزر»<sup>۱۳</sup> و اصل شخصی بودن



مجازات، فرد دیگری را نیز به جای او نمی‌توان قصاص کرد؛ ولی درباره اینکه آیا دیه هم با مرگ جانی، منتفی می‌شود یا نه، دو قول وجود دارد: جریان دیه و عدم دیه. قائلان بر بقای وجوب دیه، بر این باورند که با تحقق جنایت، قصاص یا دیه (با ترتیب طولی) برعهده جانی می‌آید و با فوت او، قصاص بلاموضوع و ساقط می‌گردد، اما دیه برپایه قاعده «میسور» باقی می‌ماند (شهید ثانی، بی‌تا: ج ۱۰، ص ۱۰۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق: ج ۵، ص ۳۹۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۷۳). بنابراین، دیه مجنی علیه را از اموال خود قاتل به ورثه مقتول می‌دهند. قول دیگر چنین استدلال می‌کند که اصولاً، دیه تابع و جایگزین قصاص است و چنانچه به هر علتی، قصاص ناممکن شود، دیه نیز منتفی می‌گردد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ص ۳۳۱). به‌دیگرسخن، دیه در جنایت عمدی، در جایی مطرح می‌شود که قصاص ممکن باشد و اگر قصاص ناممکن بود، دیه هم وجود نخواهد داشت.

البته باید توجه داشت که مبنای امامیه با اهل سنت در باب دیه متفاوت است. امامیه بر این باورند که دیه درطول قصاص است (شهید ثانی، همان: ج ۱۰، ص ۸۹). به این معنا که با تحقق قتل عمد، اولاً و بالذات، قصاص لازم می‌شود. اما اگر قصاص، به هر علتی، اجرا نشود، به دیه منتقل می‌گردد. بنابر این مبنا، روشن است که با انتفای قصاص، نوبت به دیه نمی‌رسد. اما اهل سنت و جماعتی از امامیه (شیخ طوسی، ۱۴۱۶ق: ج ۵، ص ۱۷۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۹، ص ۲۸۶) بر این اعتقادند که با تحقق جنایت عمدی، «أحد الأمرین من القصاص و الدية» واجب می‌شود و دیه درعرض قصاص است؛ بنابر این مبنا، امتناع اجرای قصاص، مانع پرداخت دیه نخواهد بود.

#### ۲-۲-۱-۴. هزینه‌های مازاد بر دیه

برخلاف قصاص و دیه که بالقوه و تقدیری‌اند، خسارت‌های مادی و معنوی دیگری که بر مجنی علیه وارد شده، بالفعل و قابل مطالبه هستند. نمونه خسارت‌های مادی، هزینه‌های درمانی بیمار است که امروزه بسیار پرهزینه هم هستند. باوجوداین، خسارت‌های معنوی به‌سختی قابل تقویم‌اند: مانند ضربات روحی و روانی‌ای که با ورود خون آلوده به بدن یا ابتلا به بیماری‌های مهلک بر مجنی علیه وارد گردیده است. این آسیب‌ها، ازسویی، پیامد

نگرانی شدید فرد از آینده‌اش هستند که سبب بیماری‌هایی مانند افسردگی و اضطراب می‌شوند که خود در بر دارندهٔ هزینه‌اند. از سوی دیگر، موقعیت فرد را هم در جامعه به‌خطر می‌اندازند؛ به‌ویژه، زمانی که بیماری او آشکار شده و علایم بالینی آن برای همگان قابل مشاهده باشد. معمولاً چنین بیمارانی کم‌کم منزوی می‌گردند و حتی اطرافیان آنان نیز از آنها دوری می‌گزینند. طبیعی است، مسئولیت این نتایج، که پیش‌بینی‌شدنی هم هستند، برعهدهٔ جانی است. اینکه چگونه این آسیب‌ها را می‌توان ارزش‌گذاری مادی کرد، سخن دیگری است که امروزه، در مجامع حقوقی، دامنهٔ بحث گسترده‌ای دارد.

در حال حاضر، این موضوع در مجامع فقهی و حقوقی، با عنوان «هزینه‌های مازاد بر دیه» مطرح است. در این زمینه، دو نظر وجود دارد: نخست، عدم جواز دریافت مازاد بر دیه؛ بر همین اساس، شورای نگهبان، لایحهٔ مصوب مجلس در این باره را خلاف موازین شرع دانست.<sup>۱۴</sup> اینان معتقدند که شارع با تعیین دیه، همهٔ خسارت‌های وارده را محاسبه کرده است (شفیعی سروستانی و دیگران، ۱۳۷۶: ص ۷۶). گروهی نیز بر این عقیده‌اند که تعیین دیه از سوی شارع، منافاتی با اخذ هزینه‌های مازاد ندارد و اصولاً در گذشته، دیه به‌تنهایی تمام خسارت‌ها را جبران می‌کرده است ولی امروزه با پیشرفت‌های پزشکی و اضافه شدن راه‌های درمان، بر میزان هزینه‌ها افزوده شده است. چکیدهٔ ادلهٔ اینان عبارت است از: سیرهٔ عقلا، قاعدهٔ تسبیب، وجوب ردِّ حق دیگری به او، قاعدهٔ لا ضرر (بنابر شمول عدمیات) و قاعدهٔ تقویت (شاهرودی، ۱۳۷۵: ص ۱۸-۲۷). البته باید توجه داشت همواره در میزان محاسبهٔ آسیب‌های معنوی، قاعدهٔ «تسبیب» ملاک عمل است. به این معنا که تاجایی بار مسئولیت را می‌توان بر گردن جانی انداخت که از دید عرف، رابطهٔ استناد و علیت برقرار باشد و عرف، عمل جانی را سبب مؤثر در وقوع پیامدهای بعدی بشناسد.

نکتهٔ مهم بعدی این است که آیا فردی که خون آلوده به او منتقل شده است، پیش از بیماری و آشکار شدن علایم بالینی و غیر بالینی، می‌تواند تنها با اطلاع از انتقال خون علیه انتقال‌دهنده دعوی کیفری طرح کند؟ در پاسخ، دو احتمال وجود دارد: آری، به این دلیل که (همان‌طور که گفته شد) خود اطلاع از انتقال خون آلوده، ورود آسیب‌های روحی فراوان به گیرنده را در پی دارد و گاه او را از ادامهٔ زندگی عادی باز می‌دارد؛ این

آسیب‌های روحی، گاهی با اندیشیدن فرد به آینده و خیمش پدید می‌آید و گاه در جنبه‌های عینی و خارجی هم تحقق می‌یابد: از مصداق‌های کم‌اهمیتی مانند ممنوعیت اهدای خون یا سلب امکان دریافت روادید برخی کشورها تا مصداق‌های مهم مانند محرومیت از تماس با همسر.

در احتمال دیگر، پاسخ منفی است: فرد آلوده‌شده به خون (حامل بیماری) پیش از آشکار شدن علائم بالینی (ظهور بیماری)، حق طرح شکایت علیه انتقال‌دهنده ندارد، زیرا هنوز جنایتی اتفاق نیفتاده و مجازات چنین فردی، قصاص پیش از جنایت است. بدیهی است که این دیدگاه خطاست چون انتقال‌دهنده، افزون بر در معرض قرار دادن گیرنده، آسیب‌های فراوان معنوی نیز به او وارد کرده است.

#### ۲-۱-۲-۵. وصف مجرمانه جرم انتقال عمدی خون آلوده

معمولاً در ارتکاب جرم چند مرحله وجود دارد: قصد به جرم، تهیه مقدمات، شروع به جرم و تحقق جرم. مثلاً سارق در آغاز، قصد سرقت بانک را در سر می‌پروراند؛ آنگاه مقدمات انجام کار (مانند تهیه اسلحه و نقشه بانک) را فراهم می‌کند؛ سپس، با ورود به بانک و بررسی اوضاع، دست‌به‌کار می‌شود و در مرحله آخر، محتویات گاوصندوق را سرقت می‌کند. در انتقال خون آلوده هم، فرد انتقال‌دهنده، پس از قصد انتقال، خون آلوده و وسایل انتقال را تهیه می‌کند و پس از بالا زدن آستین بیمار، خون را به او تزریق می‌کند. در اینکه انتقال خون آلوده به دیگری جرم محسوب می‌شود، شکی نیست ولی پرسش این است: چه جرم یا جرم‌هایی اتفاق افتاده است؟ آیا شروع به جرم آن هم مجازات دارد؟ آیا شروع به قتل است؟ اگر چنین است، در قوانین کیفری ما دارای مجازات خواهد بود.<sup>۱۵</sup>

در پاسخ باید گفت، بی‌گمان، پیش از فوت مجنی علیه، عنوان «قتل» صادق نیست و حتی «موت فرضی و حکمی» هم مصداق ندارد. فقیهان، در تعریف قتل، همان تعریف اهل لغت را ارائه می‌کنند: فعلی که سالب حیات و روح فردی گردد. تعیین مصداق واژه قتل برعهده عرف است. اگر از عرف سؤال شود که آیا انتقال‌دهنده، انتقال‌گیرنده را به قتل رسانده است، پاسخ منفی است؛ زیرا افزون‌براینکه مجنی علیه هنوز زنده است،



باتوجه به پیشرفت‌های دارویی جدید، ممکن است چندین سال دیگر هم زنده بماند. درحال حاضر، میزان طول عمر مبتلایان به ایدز، بسیار افزایش یافته است و از هفت تا ده سال در دهه هشتاد میلادی به عدد ۲۲ در سال‌های اخیر رسیده است (با هزینه‌ای معادل ۶۰۰ هزار دلار، برابر ۲ میلیارد و ۱۰۰ میلیون تومان).<sup>۶</sup> البته، این مدت، بدون درنظر گرفتن زمان خواب بیماری یعنی دوران نهفته آن است؛ باتوجه به اینکه گاهی دوران خواب آن به ۷ سال می‌رسد، در موارد بسیاری می‌توان شاهد عمر سی ساله فرد گیرنده خون آلوده بود. بنابراین، انتقال خون آلوده (مثلاً به HIV) معادل قتل انتقال‌گیرنده تلقی نمی‌شود و صرفاً این عمل، اقدام به رفتار بسیار پُرخطر در برابر او قلمداد می‌شود که پیامدهای خطرناک و سختی را در پی دارد. به‌دیگرسخن، هیچ پزشکی نمی‌تواند مرگ فرد آلوده و مدت زنده ماندن او را تعیین کند؛ بنابراین، دربارهٔ مطلق انتقال خون آلوده نمی‌توان حکم یکسان داد؛ باید به لحاظ کارشناسی، درجهٔ تأثیر خون آلوده در حیات و مرگ فرد را بررسی کرد و با انتقال صرف، عنوان «قتل» را بر فعل جانی نمی‌توان اطلاق کرد. البته، در برخی ویروس‌ها (مانند ابولا و سارس) احتمال مرگ سریع بسیار بالا است و تلقی اقدام به قتل در انتقال خون آلوده به این ویروس‌ها منتفی نیست.

#### ۲-۱-۲-۶. تأثیر وضعیت خاص مجنی‌علیه بر حکم انتقال

آیا وجود بیماری‌های دیگر یا کهولت سن در حکم انتقال تأثیری دارد؟ ممکن است انتقال خون آلوده به شخص سالم، اقدام به قتل به‌شمار نیاید ولی، مسلماً، این عمل در افرادی که بر اثر بیماری‌های دیگر یا پیری، توان دفاعی بدنشان کاسته شده است، اقدام به قتل خواهد بود. فقیهان نیز به این نکته اشاره کرده‌اند که اگر عملی در فردی خاص به‌سبب وضعیت ویژهٔ او نوعاً گُشنده باشد (هرچند دربارهٔ دیگران چنین نباشد) اقدام او مصداق قتل عمد خواهد بود. شهید ثانی در این باره می‌نویسد:

«چنانچه زدن را تکرار کند، به‌گونه‌ای که چنین فردی به‌سبب کودکی، بیماری، و شدت گرما و سرما توان تحمل آن را نداشته باشد، قتل عمد محسوب می‌شود؛ زیرا این عمل، به‌حسب عوارض، غالباً گُشنده است»

(بی تا: ج ۱۰، ص ۱۸).

البته باید توجه داشت این حکم در صورتی است که انتقال دهنده از وضعیت خاص گیرنده خون، آگاهی داشته باشد، وگرنه فعل او را نمی توان مصداق عمد دانست.

## ۲-۲-۲. انتقال غیرعمدی خون آلوده به دیگری

در موقعیتی مانند اینکه پزشک یا پرستاری بدون اطلاع از آلوده بودن سرنگ، خون آلوده را به دیگری تزریق کند، اقدام فرد در انتقال، عمدی در نظر گرفته نمی شود چون مسبوق به آگاهی نیست. پرسشی که در اینجا مطرح می شود، این است که این عمل، مصداق خطای محض است یا شبه عمد تلقی می شود؟

### ۱-۲-۲-۲. حکم تکلیفی

هرچند مفهوم عمد و خطا، منصوص است (نساء: ۹۲ و ۹۳)، اما سخنان فقیهان در تعریف صورت های سه گانه ارتکاب قتل هماهنگ نیست؛ به ویژه درباره خطای محض و شبه عمد، اختلاف نظرهای بسیاری، هم در تعریف و هم در برخی مصادیق، به چشم می خورد. معمولاً قتل شبه عمد این گونه تعریف می شود: «قاتل در فعلش عامد و در حصول نتیجه، خاطی است. مثلاً در کتک زدن برای تأدیب، قصد زدن وجود دارد ولی قصد قتل، موجود نیست» (صاحب جواهر، ۱۳۶۸: ج ۴۳، ص ۳ و ۴). بدیهی است که تزریق کننده خون آلوده، معمولاً، با قصد و تعمد، اقدام به فعل (تزریق) می کند اما در نتیجه ای که پیش بینی کرده است، دچار اشتباه می گردد (البته، در پاره ای موارد نادر، ممکن است قصد فعل هم وجود نداشته باشد، مثلاً با برخورد اشتباه دست فرد به دکمه ای، خون آلوده خود به خود وارد بدن بیمار می شود؛ این حالت، مصداق خطای محض خواهد بود). اکنون باید دید اقدام فرد انتقال دهنده دارای چه حکم تکلیفی ای است. مسلماً، چون عمل او همراه با جهل بوده است، نمی تواند متصف به حرمت شود زیرا براساس مشهور، غافل در حین غفلتش، نمی تواند مخاطب به هیچ تکلیفی شود (ناصری مقدم، ۱۳۹۴: ص ۳۵-۳۶). این اشتباه گاهی به صورت خطای محض است مانند اینکه پرستار (با جهل به آلوده بودن خون) به علت تاریکی، اشتباهاً خون آلوده ای را،

به جای فرد الف، به ب تزریق کند: این عمل او در قبال فرد الف، فاقد قصد فعل و نتیجه است و بنابراین، جنایت، خطای محض خواهد بود (صاحب جواهر، همان: ج ۴۳، ص ۳ و ۴). چنین اشتباهی، گاه، به صورت شبه عمد است: مانند اینکه فردی با جهل به آلوده بودن خون، آن را به بیمار تزریق کند. در هیچ کدام از این دو صورت، فرد انتقال دهنده مرتکب حرامی نشده است و مستحق مجازات تعزیری نیست و با توضیحی که در بند بعدی خواهد آمد، تنها باید دیه بپردازد.

### ۲-۲-۲. حکم وضعی

بحث اصلی در انتقال غیر عمدی، لزوم یا عدم لزوم ضمان انتقال دهنده است. به طور کلی، چون در محل بحث، جنایت غیر عمدی بوده است، قصاص منتفی است، ولی دیه و تأمین خسارت‌ها لازم می‌شوند. از این رو، از آنجاکه امروزه انتقال خون در اختیار نهادهای خاص دولتی است باید دید چه شخصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) را می‌توان مسئول و ضامن دانست.

در فرایند انتقال خون و فرآورده‌های آن معمولاً این مسیر طی می‌شود: نخست، فردی خون خود را به مراکز اهدای خون می‌دهد (البته، در بسیاری موارد، خون و فرآورده‌های آن از کشور دیگری خریداری می‌شود)؛ آنگاه این خون در مراکز غربال‌گری آزمایش می‌شود تا از سلامتی آن اطمینان به دست آید. سپس به مراکز درمانی ارسال می‌شود تا در درمان بیماران استفاده شود. در این فرایند، مراکز غربال‌گری مهم‌ترین نقش را برعهده دارند. کوتاهی این مراکز، نتایج جبران‌ناپذیری برجای می‌نهد. مراکز درمانی‌ای که وظیفه بررسی دوباره این خون‌ها را ندارند، بنا را بر سلامت آنها می‌گذارند؛ بنابراین، در صورت اهمال و کوتاهی، قطعاً ضامن خواهند بود. البته، این پرسش وجود دارد که ضمان بر عهده شخص است یا نهاد؟ در پاسخ باید گفت چنانچه فرد خاصی در جریان این فرایند، به طور خاص، در انجام وظایف خود بی‌مبالاتی کرده باشد، قطعاً خود او ضامن خواهد بود، اما غالباً یافتن فرد یا افرادی که در این فرایند تقصیر یا بی‌مبالاتی کرده‌اند، کار دشواری است (زیرا آگاهی از آلوده بودن خون زمانی آشکار می‌شود که



شواهد لازم، کم‌رنگ شده یا از بین رفته است)؛ از این رو، معمولاً، نهاد واگذارکننده خون باید ضامن به‌شمار آید<sup>۱۷</sup> و طبیعتاً در برابر خسارت‌دیدگان پاسخگو باشد.

علاوه‌براین، دربارهٔ مسئولیت کادر پزشکی ای که این خون را به بیماران تزریق کرده‌اند، دو رویکرد را می‌توان اتخاذ کرد: ضمان پزشک براساس استدلال فوق و یا اجتماع اسباب.

فقیهان ضمان پزشک را در صورت تقصیر و کوتاهی، مسلم انگاشته‌اند (احمد اردبیلی، بی تا (ب): ج ۱۳، ص ۳۸۲؛ سیدعلی طباطبائی، ۱۴۲۰ ق: ج ۱۴، ص ۲۰۶). همچنین، صاحب جواهر به ضمان پزشک، در صورت تقصیر، تصریح می‌کند (همان: ج ۴۳، ص ۱۰۶). با وجود این، عالمان فقه بحث را در جایی مطرح کرده‌اند که خون آلوده بدون تقصیر و کوتاهی به بیمار تزریق شده است. این بحث، که از دیرباز چالش برانگیز بوده، ذیل عنوان «ضمان الطیب و البیطار» مطرح شده است.

۸۱



مشهور فقیهان امامیه به ضمان باور دارند. شهیدین به ضمان پزشک و دامپزشک تصریح می‌کنند (هرچند ماهر باشند و تمام تلاش‌شان را نیز انجام دهند) (شهید ثانی، همان: ج ۱۰، ص ۱۱۰). این گروه برای مدعای خویش ادله‌ای اقامه کرده‌اند که از این قرار است: الف. حصول تلف به عمل پزشک (اصل استناد که پیش از این بدان اشاره شد)؛ ب. عدم جواز هدر رفتن خون مسلمان<sup>۱۸</sup> (شیخ طوسی، ۱۳۶۳: ج ۳، ص ۲۷)؛ ج. مصداق شبه‌عمد بودن فعل پزشک به جهت عمد در فعل و خطا در قصد قتل (همان).

درمقابل مشهور، برخی، نظیر ابن‌ادریس، ضمان پزشک را در صورتی که عالم و حاذق بوده و تقصیری نکرده باشد، بر نمی‌تابند. آنان چنین استدلال می‌کنند: الف. اصل، برائت ذمهٔ پزشک است؛ ب. ضمان، با اذن بیمار در درمان، ساقط شده است؛ ج. طبابت، عملی مشروع و جایز است؛ بنابراین، ضمانی نمی‌تواند در پی داشته باشد (حلی (ابن‌ادریس)، ۱۴۱۰ ق: ج ۳، ص ۳۷۳).

در رد استدلال‌های ابن‌ادریس گفته‌اند: نخست، اصل برائت، با دلیل اشتغال ذمه، قطع شده است؛ دوم، اذن بیمار در جهت مداوا بوده است نه اتلاف؛ و سوم، منافاتی میان

جواز طبابت با تحقق ضمان نیست<sup>۱۹</sup> (شهید ثانی، همان). به نظر می‌رسد قول ابن‌ادریس به صواب نزدیک‌تر باشد زیرا کسی که به پزشک مراجعه می‌کند، فی‌الجمله احتمال خطر می‌دهد و به اصطلاح، ریسک آن را می‌پذیرد. با وجود این، حق این را به پزشک می‌دهد تا اقدامات لازم را برای او انجام دهد: این بدان معناست که به‌طور ضمنی، خطرات احتمالی را پذیرفته است و فرض هم آن است که پزشک بیشترین تلاش خود را کرده و دچار بی‌مبالاتی و تقصیر هم نشده است.

از سوی دیگر، اگر موضوع را در اجتماع اسباب مندرج کنیم، چند سبب به‌صورت طولی، موجب ایجاد خسارت هستند: مرکز گیرنده خون، مرکز سلامت‌سنجی و مرکز درمانی. در باب اجتماع اسباب، نظرها گوناگون است. گروهی سبب مقدم در تأثیر (مرکز درمانگر) را ضامن می‌دانند (خمینی، ۱۳۹۰ق: ج ۲، ص ۵۶۹)؛ عده‌ای سبب مؤخر (مرکز غربال‌گری) را ضامن می‌دانند (مرورید، ۱۴۱۰ق: ج ۲۴، ص ۱۵۸)؛ برخی نیز همه اسباب را ضامن می‌شمارند که دیه باید میان آنها تقسیم شود (خوئی، ۱۳۶۹: ج ۲، ص ۲۶۰)؛ گروهی نیز سبب اقوا را ضامن می‌دانند (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۲، ص ۴۸۹).

به نظر می‌رسد، به دلایلی قول اخیر اقرب به صحت است: نخست، ملاک در ضمان و عدم ضمان، اقوا بودن در تسبیب است و روشن است که اگر مرکز غربال‌گری کار خود را درست انجام می‌داد، جنایتی حاصل نمی‌شد؛ دوم، عمل اسباب در صورتی در یک سطح قضاوت می‌شود که همه غیرعدوانی باشند، در حالی که عمل مرکز غربال‌گری عدوانی است و بنابراین، در کنار اسباب بعدی نمی‌تواند مطرح شود؛ از این رو، ضمان برعهده مرکزی است که وظیفه‌اش سنجش صحت خون بوده است.

### نتیجه نهایی

۱. انتقال خون آلوده به خود، چنانچه از روی علم صورت پذیرد، حرام و از باب ارتکاب معصیت، مستحق تعزیر است ولی ناآگاهی از آلوده یا بیماری‌زا بودن آن، هیچ مسئولیتی ندارد.

۲. انتقال غیر عمدی خون آلوده به اشخاص فقط مستوجب پرداخت خسارت (دیه یا ارش

و هزینه‌های درمان) است. انتقال عمدی آن در صورتی که خون مزبور نوعاً کشنده باشد، حرام است، اقدام به قتل تلقی شده و مجازات تعزیری شروع به جرم قتل دارد و در صورتی که پس از مدتی، انتقال‌گیرنده بر اثر بیماری حاصل از خون آلوده فوت کند، در صورت درخواست اولیای دم، جانی قصاص می‌شود و در صورت انتفای قصاص، دیه اخذ می‌شود.

۳. هزینه‌های درمان بیماری‌هایی که از راه خون آلوده ایجاد شده، برعهده انتقال‌دهنده است. همچنین، آسیب‌های روحی و معنوی‌ای که به مجنی علیه وارد شده است، چنانچه قابل تقویم به مال باشد، برعهده انتقال‌دهنده است.

۴. رضایت انتقال‌گیرنده نقشی در سقوط حرمت ندارد، اگرچه (بنابر قولی) قصاص و دیه را مرتفع می‌سازد.

۵. در فرایند انتقال خون به بیمار و حصول جنایت، اسباب متعددی اجتماع می‌کنند که، به نظر می‌رسد، سبب اقوا (مرکز غربال‌گری خون) ضامن است.

### پی‌نوشت:

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: «UNAIDS Global Report 2017»، تهیه‌شده در دفتر برنامه مشترک سازمان ملل متحد در زمینه ایدز (<http://www.unaids.org>)؛ گروه پژوهشی ایدز، HTLV و هیپاتیت‌های ویروسی (۱۳۹۲)، آنچه باید در مورد هیپاتیت ویروسی بی و سی بدانیم، جهاد دانشگاهی مشهد.
۲. برای آشنایی بیشتر با ویروس‌های خطرناک، ر.ک: آل مهدی و هابیلی، ۱۳۶۷؛ مالک‌نژاد، ۱۳۷۸.

3. Hepatitis.
4. AIDS.
5. Ebola.
6. SARS.

۷. وَلَا تَلْقُوا يَأَيُّكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ.

۸. ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۷، ص ۱۲۰؛ همان: ج ۷، ص ۱۶۷؛ یحیی‌بن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق: ص ۵۸۴.
۹. محقق حلّی درباره کسی که می‌داند مایعی که به او داده شده سم است، ولی آن را می‌خورد، می‌نویسد: «لو قدم له طعاماً مسموماً، فإن علم وکان ممیزاً، فلا قود و لا دية» (۱۴۰۹ق: ج ۴، ص ۹۷۳).
۱۰. بقره، ۱۹۵.

۱۱. قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۶، ص ۱۴).
۱۲. مجلس شورای ملی در تاریخ ۱۳۲۰/۳/۱۱ «قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار» را تصویب کرد که براساس آن، انتقال چنین بیماری‌هایی جرم شمرده می‌شود.
۱۳. مهم‌ترین مستند این قاعده، آیه شریفه ﴿وَلَا تَرْزُقُوا زُرًّا وَ زُرًّا أُخْرَى﴾ است: انعام، ۱۶۴.
۱۴. در تاریخ ۱۳۸۹/۹/۱ با نامه شماره ۴۰۶۲۷/۳۰/۸۹.
۱۵. فصل اول از بخش سوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (ماده‌های ۱۲۲-۱۲۴).

#### 16. UNAIDS Global Report 2017.

۱۷. مانند اتفاقی که در دهه شصت به پرونده بیماران هموفیلی معروف شد و پرونده آن همچنان باز است.
۱۸. اشاره به قاعده معروفی دارد که به موجب آن، خون هیچ مسلمانی نباید هدر رود و مبنای آن، روایتی نبوی است که با الفاظ متفاوت نقل شده است: «لایطلل دم امرء مسلم» یا «لایهدر دم امرء مسلم» یا «لایبطل».
۱۹. در بسیاری موارد، اذن و ضمان با هم گرد آمده‌اند. مثلاً ضرب به‌منظور تأدیب، جایز است ولی ضارب، در صورت آسیب دیدن فرد، ضامن خواهد بود. در روایت هم آمده است که امیر مؤمنان ع ختنه‌کننده‌ای را که آلت کودکی را قطع کرده بود، ضامن قرار داد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۹، ص ۲۶۱).



## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آصف‌المحسنی، محمد (۱۳۸۲)، الضمانات الفقہیة و أسبابها، قم، پیام مهر، چاپ نخست.
۳. آل مهدی، محمد مهدی، نورالدین هایلی (۱۳۶۷)، ویروس شناسی عمومی، شیراز، مرکز نشر دانشگاه شیراز، چاپ نخست.
۴. اردبیلی، احمد (بی تا الف)، زبدة البیان، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵. \_\_\_\_\_ (بی تا ب)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، منشورات الجامعة المدرسین.
۶. اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ پنجم.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق)، فرائد الأصول، قم، مجمع الفکر الإسلامي، چاپ نخست.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، مکاسب، بیروت، مؤسسة النعمان، چاپ نخست.
۹. بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۸)، مصادر التشريع عند الإمامية و السنة، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۰. بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقيه، تهران، منشورات مكتبة الصادق علیه السلام، چاپ نخست.
۱۱. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۱۲. جرجانی، علی بن محمد (۱۳۷۰)، التعريفات، تهران، ناصر خسرو.
۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، صحاح اللغة، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم.
۱۴. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ق)، تفصیل وسائل الشیعة، قم، آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۱۵. حکیم، محمد تقی (۱۴۳۱ق)، الأصول العامة للفقہ المقارن، تهران، المجمع العلمی للتقريب، چاپ نخست.
۱۶. حلی (ابن ادريس) محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم.
۱۷. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرایح، قم، مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
۱۸. خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۰ق)، تحرير الوسيلة، نجف، مطبعة الآداب، چاپ دوم.

۱۹. خوانساری، سیداحمد (۱۳۹۴ق)، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ دوم.
۲۰. خوانساری، موسی (۱۴۲۴ق)، منیة الطالب فی شرح المکاسب، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ نخست.
۲۱. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۳۶۹ق)، مبانی تکملة المنهاج، نجف، مطبعة الآداب، چاپ دوم.
۲۲. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۷۵)، حقوق جزای عمومی، تهران، ژوبین، چاپ نخست.
۲۳. شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۷۵)، «آنچه بزهارک باید افزون بر دیه بپردازد»، فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۵، ۶-.
۲۴. شفیعی سروستانی، ابراهیم و دیگران (۱۳۷۶)، قانون دیات و مقتضیات زمان، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، چاپ نخست.
۲۵. شهید ثانی (زین الدین عاملی جعی) (بی تا)، الروضة البهیة، تصحیح سیدمحمد کالانتر، نجف، منشورات جامعة النجف الدینیة، چاپ نخست.
۲۶. شیخ الشریعة (ملافتح الله غروی اصفهانی) (بی تا)، قاعدة لا ضرر، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۷. شیخ طوسی، محمدبن الحسن (۱۳۶۳)، الإستبصار، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ق)، الخلاف، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷ق)، المبسوط، قم، المکتبه المرتضویة.
۳۰. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۶۸)، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ سوم.
۳۱. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۲۰ق)، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجامعة المدرسین، چاپ نخست.
۳۲. طباطبائی، سیدمحمدحسین (بی تا)، المیزان، قم، منشورات الجامعة المدرسین.
۳۳. طبرسی، فضل بن الحسن (۱۴۱۵ق)، مجمع البیان، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ نخست.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق)، مختلف الشیعة فی الأحکام الشرعیة، قم، مکتب الأعلام الإسلامی، چاپ دوم.
۳۵. فاضل هندی، محمدبن الحسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ نخست.

۳۶. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، العین، قم، دارالهجرة، چاپ دوم.
۳۷. فولادبند، فرحناز (۱۳۹۱)، بیماری‌های واگیر، شیراز، دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی استان فارس.
۳۸. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۳۹. محقق کرکی (علی بن الحسین) (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۴۰. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ چهاردهم.
۴۱. مالک‌نژاد، پرویز (۱۳۷۶)، ویروس‌شناسی پزشکی، تهران، دانش‌پژوه، چاپ نخست.
۴۲. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار، بیروت، دار الإحياء التراث العربی، چاپ دوم.
۴۳. محقق حلی (جعفر بن الحسن) (۱۴۰۹ق)، شرایع الإسلام، تهران، استقلال، چاپ دوم.
۴۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۲ق)، المختصر النافع، تهران، قسم الدراسات الإسلامية فی مؤسسه البعثة، چاپ دوم.
۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱)، قواعد فقه مدنی، تهران، سمت، چاپ نخست.
۴۶. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق)، سلسلة الینابیع الفقهیة، بیروت، دار الإحياء التراث العربی، چاپ نخست.
۴۷. ناصری مقدم، حسین (۱۳۹۴)، قواعد فقهی (ترجمه کتاب دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة، باقر ایروانی)، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۴۸. نوربها، رضا (۱۳۸۰)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.









## بررسی و نقد دیدگاه‌ها درباره غیبت مخالف

سیدجعفر صادقی فدکی\*

علی‌اکبر احمدپور\*\*

### چکیده

یکی از پرسش‌های مطرح در حوزه فقه خلافی آن است که آیا غیبت مخالفان و منکران ولایت رواست یا غیبت آنان، همچون شیعیان که در اصطلاح فقیهان امامیه، مؤمن نامیده می‌شوند، ممنوع و نارواست؟ در این باره دو دیدگاه میان فقیهان امامیه وجود دارد: برخی فقیهان پیشین و عده‌ای از معاصران قائل به جواز غیبت آنان شده‌اند و در مقابل، عده‌ای از پیشینیان، همچون محقق اردبیلی، و بسیاری از فقیهان معاصر غیبت مخالفان را حرام و ناروا شمرده‌اند. دیدگاه صحیح، که در این مقاله به آن توجه شده، نظریه اخیر است؛ از این رو، به منظور تقویت این دیدگاه و برداشتن موانع پیش‌رو، در آغاز نظریه «قول جواز» مطرح و نقد گردیده و سپس نظریه محقق اردبیلی و دیگر پیروان این دیدگاه، بیان و با طرح دلایلی چند تأیید شده است.

**کلیدواژه‌گان:** غیبت، مخالف، مؤمن، مسلمان، تحریم.

sadeghi.fadak@gmail.com

a-ahmadpour@um.ac.ir

\* عضو هیئت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

\*\* عضو هیئت علمی دانشگاه فردوسی مشهد.

## ۱. مقدمه

یکی از مباحث پرچالش در حوزه فقه مقارن، که نقش برجسته و تأثیرگذاری در تقریب یا جدایی مذاهب دارد، موضوع غیبت مخالف، اعم از اهل سنت یا شیعیان است.

بی‌گمان، غیبت یکی از رذائل اخلاقی است که آثار و پیامدهای فردی و اجتماعی، و دنیوی و اخروی فراوانی در پی دارد. این عمل علاوه بر اینکه سبب سوءسریه و تعدی به حقوق دیگران، و مانع تقرب فرد به خداوند می‌گردد، موجب ایجاد کینه، عداوت و تفرقه میان افراد و جامعه مؤمنان و مسلمانان شده و گاه اسباب ایجاد هتک حرمت، اختلافات بزرگ و حتی ریخته شدن خون انسان‌های بی‌گناه نیز می‌گردد؛ چنان‌که در روایتی از رسول خدا ﷺ آمده است که خداوند، در قیامت، زبان انسان را به شدیدترین کیفرها عذاب می‌کند و هنگامی که این عضو از علت این عذاب شدید سؤال می‌کند، در پاسخ گفته می‌شود:

«از تو سخنی خارج شد و به شرق و غرب عالم رسید و به جهت آن، خون‌های حرامی ریخته شد و مال‌های حرامی به غارت رفت و عورت‌های حرامی هتک شد. به عزت و جلالم سوگند، تو را چنان کیفر خواهم کرد که هیچ‌یک از اعضای بدن تو را آن‌گونه عذاب نخواهم کرد»<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۱۱۵).

به‌همین جهت، این رذیله اخلاقی در آیات و روایات بسیار نکوهش شده است: مثلاً در آیه‌ای از قرآن کریم، خداوند متعال با نهی از غیبت مؤمنان از یکدیگر، این عمل را همچون خوردن گوشت مردار برادر دانسته است: ﴿وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾ (حجرات: ۱۲). در روایاتی نیز پیامبر اکرم ﷺ با نهی از غیبت، این عمل را بدتر از زنا شمرده (شیخ صدوق، ۱۳۸۶ق: ج ۲، ص ۵۵۷) و همچنین سبب عدم قبولی روزه و وضو دانسته (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۲۷۸) و از جاویدان بودن غیبت‌کننده در آتش جهنم - در صورت توبه نکردن - سخن به میان آورده است (همان، ص ۲۸۵). امیر مؤمنان، علی علیه السلام، نیز غیبت را خورش سگ‌های جهنم شمرده و فرموده است: «دروغ می‌گوید کسی که گمان می‌کند از حلال زاییده شده، درحالی‌که

گوشت بدن دیگران را می خورد» (شیخ صدوق، ۱۴۱۷ق: ص ۲۷۸؛ حر عاملی، همان: ص ۲۸۳). امام صادق علیه السلام نیز در روایاتی مسلمانان را برادر یکدیگر می داند که از هم غیبت نمی کنند (حر عاملی، همان: ص ۲۸۰) و غیبت کنندگان را خارج از ولایت خداوند و داخل در ولایت شیطان بر می شمرد (همان: ص ۲۸۵). براساس آیات و روایات یادشده، فقیهان امامیه، به اتفاق، غیبت را عملی حرام شمرده اند (علامه حلی، ۱۴۲۲ق: ج ۱۲: ص ۱۴۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق: ج ۸، ص ۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۱۵؛ خمینی، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۲۴۵).

در این باب که حرمت یادشده تنها به شیعیان و اهل سنت اختصاص دارد و یا مخالفان در مذهب را نیز شامل می شود، رأی فقیهان امامیه و اهل سنت مختلف است؛ در میان فقیهان امامیه در این باره دو دیدگاه وجود دارد: برخی غیبت مخالفان را جایز شمرده اند، ولی عده ای دیگر این عمل را حرام دانسته اند. این دو دیدگاه در میان فقیهان اهل سنت نیز وجود دارد: با این تفاوت که آنان نیز هرچند غیبت را به طور مطلق حرام دانسته اند، ولی غیبت اهل بدعت و فسق را جایز شمرده اند (نووی، بی تا: ج ۵، ص ۳۸۰؛ ابن حجر، بی تا: ج ۱۰، ص ۳۹۸) و بسیاری از آنان شیعیان را به سبب برخی عقاید ویژه، اهل بدعت و فسق شمرده اند (ابن عربی، بی تا: ج ۱، ص ۲۸۲؛ الدویش، بی تا: ج ۲، ص ۲۶۸) و برخی پا را فراتر نهاده و به دلیل بغض شیعیان به برخی صحابه یا نپذیرفتن امامت شیخین، آنان را تکفیر کرده (ابن کثیر، ۱۴۱۲ق: ج ۴، ص ۲۱۹) و حتی جهاد با شیعیان و قتل آنان را جایز شمرده اند (شرف الدین، بی تا: ص ۱۴۳)؛ با وجود این، چون موضوع مقاله بررسی دیدگاه های فقیهان امامیه است، از ورود به بحث دیدگاه فقیهان اهل سنت در این باره خودداری و بحث درباره این موضوع را به مجالی دیگر واگذار می کنیم.

پیش از پرداختن به دیدگاه های فقیهان امامیه در این باب، و بررسی و نقد آنها لازم است مفهوم و گستره غیبت و برخی دیگر از اصطلاحات و واژگان کلیدی مرتبط با موضوع تبیین گردد.

## ۲. اصطلاحات و مفاهیم

غیبت: از ریشه «غیب» و در لغت به معنای عیب جویی از دیگران است (زیبیدی، بی تا: ج ۱، ص ۴۱۷). برخی در تعریف غیبت تفصیل بیشتری داده و گفته اند: «غیبت به معنای آشکار



کردن عیوب پنهان دیگری در غیاب اوست: به گونه‌ای که غیبت‌شونده از شنیدن آن دچار ناراحتی و افسردگی گردد؛ مشروط به اینکه عیوب یادشده در او وجود داشته باشد و در غیر این صورت، تهمت و افترا به‌شمار خواهد رفت» (جوهری، بی‌تا: ج ۱، ص ۱۹۶؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۱، ص ۶۵۶؛ طریحی، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۱۳۵) و در نقلی دیگر، غیبت، مطلق یاد کردن از دیگری در غیاب او دانسته شده است: اعم از اینکه به نیکی و یا زشتی باشد (زبیدی، همان: ج ۱، ص ۴۱۷).

در اصطلاح فقیهان نیز برای غیبت تعاریفی همسو با لغویان بیان شده است. شهید ثانی غیبت را بیان چیزی دانسته است که در غیاب فرد مایهٔ ناخرسندی او گردد (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۱). برخی دیگر گفته‌اند: «غیبت عبارت است از یاد کردن از دیگری به چیزی که برایش، در صورت شنیدن، ناخوشایند است: اعم از اینکه نقص یادشده در نفس یا بدن یا دین یا دنیا یا چیزی که متعلق به اوست باشد» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۲۱). برخی دیگر قصد مذمت و وارد کردن نقص را نیز در تعریف غیبت دخیل دانسته و گفته‌اند: «غیبت آن است که از فردی در غیابش به چیزی که برای او ناخوشایند است و در عرف، نقص به‌شمار می‌رود، به قصد مذمت و وارد کردن نقص، یاد شود» (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۸: ج ۲، ص ۶۴).

همچنین، به نظر فقیهان، یاد کردن از دیگری، اعم از این است که با گفتار تحقق پذیرد و یا با فعل، اشاره، رمز، حرکتی خاص، نوشتار و یا روش‌ها و راه‌های دیگر انجام شود (انصاری، همان: ج ۱، ص ۳۳۱؛ نراقی: ج ۱۴، ص ۱۶۲).

مؤمن: در لغت به معنای تصدیق‌کننده و ایمان‌آورنده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۱، ص ۱۳۴؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۱۳، ص ۲۶) و در اصطلاح کلام و فقه به کسی که اعتقاد جازم و خالی از شک و شبهه به دین اسلام داشته و شهادتین را بر زبان جاری کند (سعدی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۷) یا به کسی که اعتقاد قلبی به خدا و رسول او و آنچه از جانب خدا نازل شده، داشته باشد و به این امور اقرار کند گفته می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۱۴۰) و در اصطلاح خاص فقه امامیه به پیروان مذهب اهل بیت که ولایت و امامت آنان را پذیرفته‌اند نیز اطلاق می‌شود (فتح‌الله، ۱۴۱۵ق: ص ۲۷؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۱۹).

مخالف: از ریشه «خلف» و در لغت به معنای مخالفت کننده است. در لسان عرب، رجل خالف و خالفه یعنی کسی که بسیار مخالفت می کند (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۹، ص ۹۰) و در اصطلاح فقه امامیه به مسلمانی که بر غیر مذهب امامیه قرار دارد گفته می شود (فتح الله، همان: ص ۳۶۰؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق: ج ۱۲، ص ۳۲۷).

افراد، گروه‌ها و مذاهب فراوانی در گستره مخالفان مذهب امامیه هستند: برخی از آنان، که عموم اهل سنت بوده و بیشترین شمار مخالفان را تشکیل می دهند، هیچ گونه عناد و دشمنی با اهل بیت علیهم السلام ندارند و بلکه بسیاری از آنان جزء محبان اهل بیت علیهم السلام هستند؛ در مقابل، برخی گروه‌ها و فرقه‌ها همچون نواصب، خوارج و اهل بدعت و مانند آنها قرار دارند که علاوه بر دشمنی و عناد با اهل بیت علیهم السلام در دین نیز بدعت‌ها و انحرافات زیادی ایجاد کرده و با عقاید باطل خود اسباب انحراف و گمراهی دیگران را فراهم می کنند؛ بر پایه روایات اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام، حکم این افراد از دیگر مسلمانان پیرو مذاهب اهل سنت جداست.

### ۳. دیدگاه‌های مطرح درباره غیبت مخالف

بی گمان و بر پایه دلایل فراوانی از قرآن و سنت و نیز عقل و اجماع، تعرض به آبروی دیگران و غیبت کردن از آنان، فارغ از موارد استثناء، حرام و نارواست، و بدون ملاحظه جوانب مختلف نمی توان به تخریب افراد پرداخت و حیثیت و آبروی آنان را به بازی گرفت. اما پرسش اصلی در اینجا آن است که آیا از مسلمانانی که فاقد باور شیعی اند و در باب خلافت و جانشینی رسول خدا صلی الله علیه و آله منکر نصوص امامت بوده و یا برتری امیر مؤمنان، علی علیه السلام، بر خلفای پیشین را باور ندارند می توان غیبت نمود و یا اینکه غیبت آنان نیز همچون مؤمنان شیعی ناروا و حرام است؟ تأمل و تفحص در آثار فقیهان امامیه نشان می دهد که تاکنون دو دیدگاه در میان آنان شکل گرفته است:

نظریه نخست که عده ای از پیشینیان و برخی فقیهان معاصر آن را پذیرفته اند، جواز غیبت مخالفان در مذهب است: از پیروان این دیدگاه صاحب جواهر و صاحب ریاض هستند که جواز این عمل را بی ریب و شک دانسته اند (صاحب جواهر، ۱۳۶۸: ج ۲۲، ص ۶۲؛

طباطبائی، ۱۴۱۹ق: ج ۸، ص ۶۷). از دیگر فقیهان پیرو این دیدگاه به صاحب حدائق الناضره (محقق بحرانی، ۱۳۷۸ق: ج ۱۸، ص ۱۴۸) و محقق نراقی (۱۴۱۸ق: ج ۱۴، ص ۱۶۲)، و از معاصران به شیخ انصاری (۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۱۹) و آیت الله خوئی (بی تا: ج ۱، ص ۵۰۳) می توان اشاره کرد.

دیدگاه دوم نظریه محقق اردبیلی است که غیبت را از همه مسلمانان، چه شیعه و چه اهل سنت، ممنوع و ناروا می داند و تنها غیبت کافران را روا و بی اشکال می داند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق: ج ۸، ص ۷۷). محقق سبزواری، که دیدگاه و برخی دلایل ایشان را بدون نقد و ایراد نقل کرده است، را نیز از پیروان این دیدگاه می توان به شمار آورد (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۴۳۶). بیشتر فقیهان معاصر امامیه هم در باب این موضوع همین دیدگاه را برگزیده اند (جوادی آملی جلسه ۱۹۳ و ۱۹۴، مکارم شیرازی، ۱۴۱۵ق: ص ۳۵۱ و ۳۵۲؛ سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۳؛ محسنی، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۵۱۴؛ روحانی، بی تا: ج ۱۴، ص ۳۴۵).

دیدگاهی که این پژوهش می کوشد آن را اثبات کند، همین نظریه اخیر است؛ از این رو تلاش شده است نخست با بررسی دلایل دیدگاه اول و واکاوی و نقد آن، نظریه محقق اردبیلی در کانون توجه این پژوهش قرار گیرد و آنگاه ضمن اثبات آن با دلایل متقن، زمینه استحکام هرچه بیشترش فراهم آید.

### ۳-۱. ادله دیدگاه جواز و نقد آن

برخی فقیهان پیشین امامیه و شماری از معاصرانی که غیبت مخالفان را جایز دانسته اند، برای اثبات دیدگاه خود، به دلایل فراوانی استناد کرده اند. مهم ترین دلایل آنان به شرح زیر است:

#### ۳-۱-۱. کفر مخالفان

برخی از فقیهان، راز روا بودن غیبت مخالفان را کفر آنان دانسته اند؛ دلیل آنان این است که در برخی روایات، منکران ولایت کافر تلقی شده اند: مانند روایت امام صادق علیه السلام که فرمود: «من عرفنا کان مؤمنا ومن أنکرنا کان کافرا، ومن لم یعرفنا ولم ینکرنا کان ضالا

حتى يرجع إلى الهدى الذى افترضه الله عليه من طاعتنا الواجبة فإن مات على ضلالته يفعل الله به ما يشاء» (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۱، ص ۱۸۷)؛ همچنین در زیارت جامعه آمده است: «وَمَنْ جَحَدَكُمُ كَافِرًا» (شیخ صدوق، بی تا: ج ۲، ص ۶۱۳)؛ این مضمون در روایات دیگری نیز آمده است (کلینی، همان: ص ۴۱۳-۴۳۷). از سوی دیگر، آشکار است که غیبت کفار بی اشکال است و آنان هیچ گونه حرمت و مصونیتی در این باب ندارند (خویی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۳۲۳؛ محقق بحرانی، بی تا: ج ۱۸، ص ۱۴۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۱۹).

### بررسی و نقد

این استدلال مردود است، زیرا:

نخست، مراد از کفر در این روایات، کفر در برابر ایمان است، نه کفر در برابر اسلام؛ بدین معنی که مخالفان، فاقد ایمان واقعی اند، نه آنکه مسلمان هم نباشند؛ مؤید این امر، کاربرد واژه کفر در این روایات در برابر ایمان است: «من عرفنا کان مؤمناً ومن أنکرنا کان کافراً»؛ درحالی که کفری که مصونیت و احترام ندارد و غیبت او رواست، کسی است که اسلام را باور ندارد نه او که فاقد ایمان است.

دوم، کفر دارای مراتب گوناگون و بی شماری است: همان گونه که اسلام نیز دارای همین مراتب متعدد و متنوع است و در برابر هر مرتبه ای از مراتب اسلام، مرتبه ای از کفر قرار می گیرد که از انکار ظاهری شهادتین تا انکار قلبی همه اجزاء اسلام امتداد می یابد (خمینی امام: ج ۳، ص ۴۳۴ و ۴۳۵)؛ از این رو، در روایات دیگر بر تارک نماز و زکات و شارب خمر هم کافر اطلاق شده (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۳، ص ۲۹؛ کلینی، ۱۳۶۳: ج ۶، ص ۴۰۵) یا ریاکار را مشرک نامیده اند (حر عاملی، همان: ج ۱، ص ۵۰)، درحالی که کفری که غیبت از او رواست، فردی است که در مرتبه نخست کفر (انکار ظاهری شهادتین) قرار دارد. غیبت در مراتب دیگر آن ممنوع و ناروا است.

سوم، برفرض اینکه مراد از کفر در روایات یادشده کفر در برابر اسلام باشد، شامل عموم مخالفان در مذهب و کسانی نمی شود که در عصر حضور نبوده اند؛ زیرا از بخش های پایانی روایت یادشده که می فرماید: «ومن لم یعرفنا ولم ینکرنا کان ضالاً حتی



یرجع إلى الهدى الذى افترضه الله عليه من طاعتنا الواجبة فإن مات على ضلالتة يفعل الله به ما يشاء» و نیز روایات مشابه دیگر که در آنها آمده است: «إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ بَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ فَمَنْ دَخَلَ بِابِهِ كَانَ مُؤْمِنًا وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَابِهِ كَانَ كَافِرًا وَمَنْ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْهُ كَانَ فِي الطَّبَقَةِ الَّذِينَ لِلَّهِ - عزوجل - فِيهِمُ الْمَشِيَّةُ» (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۱، ص ۴۳۷؛ همان: ج ۲، ص ۳۸۸) به دست می آید که کسانی کافر شمرده می شوند که ولایت و امامت آنان را از روی علم و شناخت انکار کرده اند، اما کسانی که داخل ولایت آنان نشده و از آن خارج نگردیده اند، جزء افراد ضال و گمراه شمرده می شوند که خداوند متعال هرگونه که بخواهد با آنان رفتار خواهد کرد (گلبایگانی، ۱۴۱۳ق: ص ۲۳۶).

چهارم، اگر، برپایه این روایات، باید آنان را کافر پنداشت، در این صورت نباید هیچ حکمی از احکام اسلام را درباره آنان جاری و ساری دانست؛ درحالی که بسیاری از احکام در حوزه طهارت، نکاح، میراث و مانند آن، درباره آنان جاری است و نمی توان آنها را انکار کرد؛ در صورتی که جریان این مقدار از احکام اسلامی را درباره آنان استثناء به شمار آوریم، این سخن مستلزم استثنای اکثر است که از استهجان سر در خواهد آورد و پذیرش آن را ناممکن خواهد ساخت (سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۵).

### ۳-۱-۲. نبود اخوت ایمانی

برخی از پیروان دیدگاه یادشده معتقدند که فقط غیبت برادر مؤمن حرام است؛ غیبت غیرمؤمنان رواست و مخالفان در مذهب برادر مؤمن به شمار نمی روند؛ زیرا براساس برخی آیات قرآن و روایات اهل بیت علیهم السلام، مؤمن به کسانی گفته می شود که به همه آنچه پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از جانب خدا آورده، ایمان آورند و یکی از اصول اسلام و ایمان، ولایت و امامت امیر مؤمنان، علی علیه السلام، است که مخالفان در مذهب به آن ایمان ندارند (نراقی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۴، ص ۱۶۱؛ محقق بحرانی، ۱۳۷۸ق: ج ۱۸، ص ۱۵۰). دلیل اینان بر جواز غیبت مخالف، آیات و روایاتی است که در آنها غیبت برادر مؤمن حرام شمرده شده است؛ از جمله آنها آیه ۱۲ حجرات است که می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا... لَا يَغْتَابُ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُّحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ



لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا؛ «ای کسانی که ایمان آورده اید... نباید بعضی از شما از بعضی دیگر غیبت کند. آیا کسی از شما دوست دارد گوشت برادر مرده‌اش را بخورد؟»

در روایات نقل شده از اهل بیت علیهم‌السلام نیز غیبت مؤمن حرام شمرده شده است. مثلاً پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم در روایتی فرمود: «ظلم به مؤمن و خوار کردن و غیبت او بر دیگر مؤمنان حرام است» (کلینی، همان: ج ۲، ص ۲۳۵). در حدیثی از امام صادق علیه‌السلام نیز آمده است: «غیبت آن است که درباره برادرت آنچه را خداوند بر او پوشانده است، بیان کنی» (همان، ص ۳۸۵)؛ همچنین آن حضرت علیه‌السلام فرمود: «کسی که از برادر مؤمن خود، بدون اینکه از او کار باطل و فاسد (آشکاری) ببیند، غیبت کند شریک شیطان خواهد بود» (شیخ صدوق، بی تا: ج ۴، ص ۴۱۷).

۹۷



به نظر برخی از پیروان این دیدگاه، مراد از مؤمن در آیات و روایات یادشده تنها شیعیان هستند و مخالفان در مذهب با پیروان اهل بیت علیهم‌السلام برادر به‌شمار نمی‌روند (خوئی، بی تا: ج ۱، ص ۵۰۴). با توجه به روایات یادشده، روایاتی که در آنها لفظ «مسلمان» آمده است حمل بر «مؤمن» می‌شود (محقق بحرانی، ۱۳۷۸ق: ج ۱۸، ص ۱۵۴).

### بررسی و نقد

این استدلال فاقد وجهت است؛ زیرا:

نخست، ایمان در عصر نزول آیه شامل همه کسانی می‌گشت که ایمان واقعی به خدا و پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و معاد داشتند و اسلام آنان زبانی و ظاهری نبود؛ در نتیجه، این اصطلاح اهل سنت را نیز دربر می‌گرفت و تفکیک شیعه و اهل سنت، و انحصار عنوان مؤمن در پیروان اهل بیت علیهم‌السلام، در سال‌های پس از رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و در عصر امامان علیهم‌السلام صورت گرفته است؛ از این رو، نباید آیات دربرگیرنده ایمان را تنها از آن این گروه دانست؛ ضمن آنکه آیه ولایت که خواهان پذیرش ولایت از سوی مردم شده و به صورت رسمی آن را در کانون اندیشه و اعتقاد مردم جای داده است، در حجة‌الوداع در سال دهم هجری نازل شده است. در این صورت، آشکار است که پیش از حجة‌الوداع، مردم مسئولیتی در برابر امامت

به معنای مصطلح آن نداشته‌اند، از این رو، در ادبیات قرآنی، مؤمنان را منحصر در شیعیان نمی‌توان دانست؛ همان‌گونه که آیه چهاردهم سوره حجرات نیز، در تبیین تفاوت اسلام و ایمان، ایمان را بر خلاف اسلام، داشتن باور قلبی و باطنی به ارکان و آموزه‌های اسلام دانسته است:

﴿قَالَتِ الْأَعْرَابُ لَمَنَّا قُلْ لَمَ تُوْمِنُوْا وَلَكِنْ قُوْلُوْا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيْمَانُ فِي قُلُوْبِكُمْ﴾: «اعراب گفتند ایمان آوردیم. بگو شما ایمان نیاوردید. بلکه بگوئید اسلام آوردیم و هنوز ایمان در قلوب شما داخل نشده است».

افزون بر این، باتوجه به عموم آیه غیبت و شمول آن بر همه مسلمانان، انحصار حرمت غیبت در آیه یادشده به غیبت شیعیان، نیازمند دلیلی کارآمد و خردپذیر است که آن هم منتفی است؛ نتیجه آنکه حرمت غیبت در این آیه عام است و شامل همه مسلمانان، از جمله مخالفان هم خواهد شد (ایروانی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۱۹۴؛ سبزواری، بی تا: ج ۱۶، ص ۱۲۵؛ سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۴).

دوم، هرچند موضوع، در برخی روایات، حرمت غیبت مؤمن است که محتمل است شیعیان مورد نظر باشند، اما موضوع شماری دیگر از آنها که اتفاقاً بیشترین روایات غیبت هم هستند، عنوان «مسلم» است؛ همان‌گونه که در روایتی مرسل از رسول خدا ﷺ هم آمده است: «هرکس از مسلمانی غیبت کند روزه اش پذیرفته نمی‌شود» (شیخ صدوق، ۱۴۱۷ق: ص ۵۱۵؛ ابن ماجه، ۱۳۹۵ق: ج ۲، ص ۱۲۹۸). در روایاتی مسند و مستفیض از اهل بیت ﷺ نیز از غیبت مسلمان نهی شده است (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۵، ص ۵۵۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۲۷۸-۲۸۷). حتی در برخی روایات عنوان تحریم غیبت «ناس» و «رجل» آمده است (حرعاملی، همان: نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۹، ص ۱۲۱) که هر دو عنوان عام است و شامل مسلمانان و جز آنان نیز می‌گردد؛ هرچند این دو عنوان درباره کفار حربی تخصیص خورده است و روایات دربرگیرنده «مؤمن» تقییدکننده روایات عام غیبت که با موضوع «مسلم» و «ناس» و «رجل» آمده نیستند؛ چون هر دو مثبت‌اند و هیچ‌گونه تنافی با یکدیگر ندارند، درحالی که برپایه قواعد اطلاق و تقیید، در جایی مطلق را بر مقید می‌توان حمل کرد که با یکدیگر تنافی داشته باشند؛ بنابراین، در این صورت به هر دو دسته عمل می‌شود؛ یعنی

براساس این روایات، هم باید غیبت مؤمن را حرام و ناروا شمرد و هم غیبت مسلمان را: با این تفاوت که حرمت غیبت مؤمن به مراتب بیشتر از غیبت مسلم خواهد بود.

سوم، ممکن است منظور از مؤمن در روایات غیبت مؤمن، تنها شیعه وابسته به ولایت (در برابر مخالف که پایبند به ولایت نیست) نباشد و مؤمن در برابر منافق، منظور باشد؛ بدین معنی که مراد از مؤمنان در این روایات کسانی اند که در درون خویش به اصول اسلامی و آموزه‌های دینی باور دارند و اهل ظاهرسازی و تصنع (همچون منافق) نیستند. در این صورت روایات غیبت مؤمن، دربرگیرنده بسیاری از مخالفان نیز خواهد شد؛ زیرا آنان نیز در باطن شیفته آموزه‌های اسلامی بوده و به آن دلبسته‌اند (روحانی، بی‌تا: ج ۱۴، ص ۳۴۴؛ محسنی، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۵۱۴؛ سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۴).

چهارم، برادری منحصر در مؤمنان نیست که بگوییم قرآن تنها مؤمنان را برادر یکدیگر معرفی کرده است<sup>۲</sup> و بنابراین، غیرمؤمنان نباید برادر مؤمنان و شیعیان شمرده شوند؛ زیرا در روایاتی دیگر، مسلمانان نیز برادر یکدیگر شمرده شده‌اند<sup>۳</sup> و این دو دسته روایات تنافی با یکدیگر ندارند تا دسته‌ای حمل بر دیگری شود؛ بلکه هر دو مثبت هستند و به هر دو دسته روایات می‌توان عمل کرد (سبحانی، همان: ص ۴۹۵)؛ باوجوداین، اخوت درجاتی دارد و مرتبه برترش ویژه شیعیان است و در مرتبه پایین‌تر همه مسلمانان شریکند.

پنجم، با استناد به برخی روایات که در شمول احکام دنیوی و پذیرش عمل ازسوی خداوند و ثواب اخروی میان درجات اسلام تفاوت نهاده (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۲۴)، می‌توان قائل به تعدد ملاک شد و گفت: برفرض اینکه مؤمن در سیره و فرهنگ امامان علیهم‌السلام کسی باشد که به همه مراتب امامت و ولایت باور داشته باشد، باز هم این نوع ایمان ملاک احکام دنیوی اسلام همچون حرمت مال، جان و آبروی مسلمان - که غیبت هم در شمار آنهاست - نیست، بلکه تنها در سعادت اخروی انسان مؤثر است، و در برابر آن، ایمانی قرار دارد که محور احکام دنیوی به‌شمار می‌رود و ارکان اصلی آن اعتقاد به اصول سه‌گانه اسلام یعنی توحید و نبوت و معاد است که مخالفان هم آنها را دارا هستند.

### ۳-۱-۳. روا بودن تبری از مخالفان

دلیل دیگر پیروان دیدگاه مشهور، روایاتی است که بر جواز سب و لعن مخالفان و برائت از آنان دلالت دارد؛ مانند صحیحۀ داود بن سرحان که در آن به نقل از رسول خدا ﷺ آمده است:

«هرگاه اهل شک و بدعت را پس از من مشاهده کردید برائت خود را از آنان اعلان کنید و آنان را بسیار دشنام داده و از آنان بدگویی و غیبت کنید و با استدلال‌های رسا آنان را مبهوت کنید تا در فاسد کردن اسلام طمع نکنند و مردم باید از آنان حذر کنند و بدعت‌های آنان را نیاموزند. خداوند با انجام این اعمال برای شما حسنات می‌نویسد و در آخرت درجات شما را بالا می‌برد» (کلینی، همان: ج ۲، ص ۳۵۷).

در روایتی امام صادق علیه السلام نیز در پاسخ به پرسش هارون بن خارجه درباره شنیدن حدیث از برخی مخالفان فرمود: «به نزد آنان نرو و به احادیث‌شان گوش نکن. خدا آنان و مذاهب شرک آلودشان را لعنت کند» (حر عاملی، همان: ج ۲۱، ص ۴۴۷)

برپایه روایات یادشده، سب و لعن مخالفان جایز است و وقتی این اعمال جایز باشد غیبت کردن آنان به طریق اولی جایز خواهد بود، زیرا غیبت نسبت به سب و لعن آسان‌تر است و در مرتبه پایین‌تری از گناه قرار دارد. افزون‌براین، در این روایات به صراحت از ارتکاب «وقیعه» از سوی آنان یاد شده است و وقیعه در لغت به معنای غیبت است (نراقی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۴، ص ۱۶۲؛ خوئی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۵۰۳).

#### بررسی و نقد

این دلیل نیز ناتمام است، زیرا:

نخست، طعن و لعن و سبی که در روایات واردشده، مربوط به عناوینی کلی همچون اهل بدعت و شک («إذا رأیتم أهل الريب و البدع من بعدی فأظهروا البرائة منهم و أكثروا من سبهم و القول فیهم و الوقیعة...») (کلینی، همان: ج ۲، ص ۳۷۵) یا کسانی که به اهل



بیت علیه السلام ظلم کرده‌اند («اللهم العن أول ظالم ظلم حق محمد و آل محمد») (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۱۸۳) یا حقوق آنان را غصب نموده‌اند («اللهم خص أول ظالم و غاصب لآل محمد باللعن و کل مستن بما سن إلی یوم القیامة») (همان، ص ۸۸) است و با این تعبیرها، شیعیان عموم مخالفان و افراد خاصی از آنان را که می‌شناسند سب و لعن نمی‌کنند، بلکه کسانی را لعن می‌کنند که به اهل بیت علیهم السلام ظلم کرده یا حق آنان را غصب کرده‌اند یا اهل بدعت و انحراف هستند. روشن است که همه مخالفان در مذهب، اهل ظلم و بدعت و غاصب حقوق اهل بیت علیهم السلام نیستند.

در برخی روایات و زیارات نیز که از سب و لعن افراد خاص همچون یزید و معاویه و عمر سعد و شمر یا آل ابی سفیان و آل مروان یاد شده (شهید اول، همان: ص ۱۸۰) بدان جهت است که این افراد از مصادیق بارز ظلم‌کنندگان به اهل بیت علیهم السلام و غاصبان حقوق آنان و از سردمداران نفاق و بدعت هستند. بنابراین، سب و لعن افراد یاد شده دلیلی برای جواز سب و لعن همه مخالفان یا غیبت آنان نیست.

دوم، در روایت تبری از بدعت‌گذاران به علتی اشاره شده است که نشان می‌دهد به جای تبری از بدعت‌گذار باید از خود بدعت تبری جسته شود؛ زیرا در تبیین علت تبری آمده است: «لَکِنِّیلاً یَطْمَعُوا فِی الْفَسَادِ فِی الْإِسْلَامِ وَ لَا یَتَعَلَّمُونَ مِنْ بَدْعِهِمْ»؛ یعنی به این دلیل که آنان در تخریب اسلام و آسیب رساندن به دین طمع نورزند و مردم نیز بدعت‌های آنان را نیاموزند (کلینی، همان: ج ۲، ص ۳۷۵). این علت، کنایه از آن است که هدف از تبری و سب و لعن، صیانت از اسلام و پیشگیری از رواج بدعت‌ها در میان مردم است و این هدف در جایی به دست می‌آید که تنها بدعت‌ها و اقدامات منفی بدعت‌گذار نقد و عیب‌جویی شود و زشتی آنها نشان داده شود، نه آنکه کارهای خوب و پسندیده‌ی وی و یا رفتارهای معمول و عادی او نیز آماج نقد و پرده‌داری قرار گیرد و هیچ بخشی از زندگی و رفتار او از توهین و تهمت درامان نماند.

سوم، اینکه گفته‌اند غیبت مخالف به مراتب آسان‌تر و سبک‌تر از سب و لعن اوست، پذیرفتنی نیست؛ زیرا ملاک حرمت در عناوین و اصطلاحاتی چون سب و لعن و یا غیبت و موارد همانند آن ناشناخته است: در این صورت نمی‌توان داورى کرد که این ملاک در کدام



قوی‌تر یا ضعیف‌تر است؛ چون آگاهی از مصالح و مفاسد احکام و پدیده‌ها و نسبت‌سنجی میان آنها تنها در قلمرو آگاهی‌های شارع است و ورود به این حوزه و کسب اطلاع از آن برای دیگران ناممکن و دست‌نیافتنی است، مگر در حدودی که خود شارع بیان نموده است.

چهارم، برفرض دلالت روایات یادشده بر جواز غیبت مخالفان طبق این روایات، احادیث متعددی از اهل بیت علیهم‌السلام نقل شده است که در آنها از سب و لعن و بدگویی مخالفان به‌طورخاص نهی شده یا به احسان و معاشرت معروف با آنان فرمان داده شده است. در ادامه مقاله به این روایات اشاره خواهد شد.

### ۳-۱-۴. سیره متشرعه

دلیل دیگر پیروان این دیدگاه، سیره متشرعه است. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «غیبت مخالف جزء سیره عملی عوام و عالمان شیعه در طول تاریخ و در همه سرزمین‌ها بوده است و آنان این عمل را از برترین طاعات و مقرب‌ترین اعمال می‌شمردند» (۱۳۶۵: ج ۲۲، ص ۶۲). تمسک به این دلیل در کلام برخی پیروان دیگر این دیدگاه نیز آمده است (خوئی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۳۲۴؛ بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۳۳).

### بررسی و نقد

در باره سیره ادعاشده نیز باید گفت:

نخست، چنین سیره‌ای در میان شیعیان وجود ندارد که آنان از افراد عادی مخالف در مذهب، که با آنان همنشینی دارند، غیبت کنند و آبرو و حیثیت آنان را از بین ببرند.

دوم، برفرض وجود چنین سیره‌ای در میان شیعیان، این عمل ممکن است در برخی از گروه‌های عوام شیعه وجود داشته باشد، اما در نخبگان دینی و آگاهان شیعه، به‌ویژه کسانی که از سیره ائمه علیهم‌السلام و تعاملات آنان با گروه‌های مخالف آگاهند، وجود ندارد.

سوم، برفرض وجود چنین سیره‌ای در میان مردم، این سیره دارای اعتبار و حجیت نیست؛ زیرا همچون بسیاری از سیره‌های دیگر مردم، ناشی از بی‌توجهی آنان به مسائل دینی یا عادت‌های نادرست و اندیشه‌های ناصواب آنان است و نه برآمده از دقت‌های

عقلانی و آگاهی‌های مذهبی آنان؛ همان‌گونه که شیخ انصاری در موارد گوناگونی در نكوهش این نوع سیره‌ها می‌نویسد: «ثبوت برخی سیره‌ها در بسیاری از مسائل عبادی، اقتصادی و سیاسی، و استمرار آنها در میان مردم ناشی از مسامحه و کم‌توجهی آنان به مسائل دینی است؛ چنان‌که این امر بر کسی پوشیده نیست» (۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۴۲).

### ۳-۱-۵. بی‌پردگی در فسق

از دیگر مستندات قائلان به جواز غیبت مخالفان آن است که آنان متجاهر به فسق و پرده‌داری‌های آشکارند. نخست از آن‌جهت که اعمال آنان برپایه روایات بی‌شماری (حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۱۱۸-۱۲۵) باطل است. گویا آنان به هیچ‌یک از تکالیف دینی خود عمل ننموده و فاقد عمل صالح‌اند؛ به‌علاوه، به باور و اندیشه‌ای ملتزم هستند که از هر فسقی بالاتر است و آن انکار امامت و وصایت اهل بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام است و یکی از مواردی که، در روایات غیبت، استثناء و انجام آن مشروع قلمداد شده است، غیبت متجاهر به فسق است (همان: ج ۱۲، ص ۲۸۹؛ نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۹، ص ۱۲۸)؛ در این صورت، غیبت مخالف از باب تجاهر به فسق بی‌اشکال خواهد بود (خوئی، بی‌تا: ج ۱، ص ۳۲۴؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۶۵: ج ۲۲، ص ۶۳).

### بررسی و نقد

این استدلال هم‌ناپذیرفتنی است: نخست از آن‌جهت که این ادعا خارج از موضوع مورد‌مناقشه است؛ زیرا محل گفتگو و نقض و ابرام این است که آیا مخالف را می‌توان تنها به‌عنوان مخالف و نه با عنوان دیگری غیبت نمود؟ درحالی‌که عنوان «تجاهر به فسق» خود سرفصل مستقل و جداگانه‌ای است که به‌تنهایی و صرف‌نظر از عنوان مخالف، مستلزم جواز غیبت است و این عنوان هم‌اختصاص به مخالف ندارد، بلکه شیعه متجاهر به فسق را هم می‌توان در صورت تجاهر به فسق غیبت نمود.

به‌علاوه، تجاهر به فسق در جایی معنا می‌یابد که شخص متجاهر بداند که آنچه را انجام می‌دهد قبیح و ناروا است و با آگاهی آن را انجام دهد؛ اما آنجا که عمل خویش را نیکو به‌شمار آورد و کارش را مستلزم پاداش و نزدیک شدن به خداوند بداند، نمی‌توان او را



فاسق نامید؛ همان‌گونه که شیخ انصاری نیز خود به این امر تصریح نموده است (انصاری، همان: ج ۱، ص ۳۴۶) و روشن است که مخالفان در مذهب اعمال خود را ممدوح و شایسته و در راستای فرمان‌برداری از خداوند تلقی نموده و حتی احتمال خطا و اشتباه نیز نمی‌دهند؛ حال در این صورت آیا می‌توان او را متجاهر به فسق نامید؟ (سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۹؛ ایروانی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۲۰۷؛ مکارم، ۱۴۱۵ق: ص ۳۵۲-۳۵۷)

افزون‌براین، برفرض که آنان متجاهر به فسق به‌شمار آیند، در این صورت باید آنان را در محدوده مفاسدی که در آن تجاهر دارند غیبت نمود، زیرا دلایلی که غیبت متجاهر به فسق را تجویز می‌کند، آن غیبت را در همان مواردی که در آنها پرده‌داری داشته است، ثابت می‌کند و نه بیشتر (روحانی، بی‌تا: ج ۱۴، ص ۳۷۰؛ محسنی، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۵۱۸؛ عاملی، ۱۴۱۷ق: ج ۸، ص ۱۱۵؛ مکارم، ۱۴۱۵ق: ص ۳۵۲)؛ درحالی که مدعا در غیبت مخالف آن است که به صورت مطلق و در همه حوزه‌ها، می‌توان از آنان غیبت کرد (محقق بحرانی، ۱۳۷۸ق: ج ۱۸، ص ۱۶۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۴۵).

همچنین، سخن این افراد که گفته‌اند اعمال مخالفان از اساس باطل است نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا اعمال آنان در صورتی که واجد اجزاء و شرایط باشد، به ظاهر محکوم به صحت است و آثار دنیوی نیز بر آن مترتب است، هرچند ممکن است به سبب فقدان ولایت، مورد پذیرش خداوند قرار نگیرد و یا از پاداش اخروی بی‌بهره باشد؛ همان‌گونه که در روایات هم به این دو نکته اشاره شده است (حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۱۱۸-۱۲۵؛ کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۲۴).

از آنچه گذشت، می‌توان به این جمع‌بندی رسید که هیچ دلیل استوار و قانع‌کننده‌ای درباره جواز غیبت مخالفان به صورت مطلق نمی‌توان یافت؛ بلکه دلایل موجود فقط می‌تواند شماری از گروه‌ها، از جمله بدعت‌گذاران و معاندان، و نیز رهبران گمراهی را شامل گردد که با وجود آگاهی یا فراهم بودن شرایط لازم برای شناخت حقیقت، به ضدیت با آن و انکار مکتب اهل بیت علیهم‌السلام پرداخته‌اند و غیبت آنان را مجاز شمارد؛ جواز غیبت این افراد هم به مخالفان اختصاص ندارد، بلکه اگر پیروان مذهب اهل بیت علیهم‌السلام هم



در ردیف معاندان و ظالمان به اهل بیت علیهم السلام قرار گیرند، غیبت آنان براساس ادله مستثنیات غیبت جایز خواهد بود.

### ۲-۳. دیدگاه تحریم غیبت مخالف

در برابر دیدگاه مشهور، دیدگاه محقق اردبیلی و برخی از پیروان این نظریه قرار دارد که غیبت مخالفان را حرام شمرده‌اند. محقق اردبیلی درباره حرمت غیبت مخالف و ادله آن می‌نویسد:

«والظاهر أن عموم أدلة تحريم الغيبة من الكتاب والسنة يشمل المؤمنین وغيرهم... وبالجملة، عموم أدلة الغيبة وخصوص ذکر المسلم يدل على التحريم مطلقاً وأن عرض المسلم كدمه وماله، فكما لا يجوز أخذ مال المخالف و قتله لا يجوز تناول عرضه الذي هو الغيبة»: ظاهر این است که عموم ادله تحریم غیبت از قرآن و سنت شامل مؤمنان (شیعیان) و غیرمؤمنان (مخالفان) می‌شود. ... خلاصه اینکه عمومیت ادله غیبت و خصوص ذکر مسلمان در ادله یادشده دلالت بر تحریم مطلق غیبت دارد و اینکه آبروی مسلمان مانند خون و مالش است و همان‌گونه که گرفتن مال مسلمان و کشتن او جایز نیست، تعرض به آبروی او که همان غیبت است نیز روا نیست (محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق: ج ۸، ص ۷۶-۷۸).

ایشان در ادامه می‌نویسد:

«وأظن أني رأيت في قواعد الشهيد عليه السلام أنه يجوز غيبة المخالف من حيث مذهبه و دينه الباطل وكونه فاسقاً من تلك الجهة لا غير، مثل أن يقال: أعمى، ونحوه الله يعلم، ولا شك أن الاجتناب أحوط»: گویا من در کتاب قواعد شهید دیده‌ام که گفته است: غیبت مخالف از جهت مذهب و دین، باطل است و فاسق بودن او از این جهت جایز است، مانند آنکه گفته شود آنان کورند و مانند آن، خدا می‌داند؛ ولیکن بدون شک احتیاط در اجتناب است (همان، ص ۷۸).



عده‌ای از فقیهان معاصر نیز همین دیدگاه را تأیید کرده و غیبت از مخالف را به‌جز اهل بدعت و معاندان حرام شمرده‌اند (جوادی آملی: جلسه ۱۹۳ و ۱۹۴؛ مکارم، ۱۴۱۵ق: ص ۳۵۱ و ۳۵۲؛ سبحانی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۹۳؛ محسنی، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۵۱۴؛ روحانی، بی‌تا: ج ۱۴، ص ۳۴۵).

دیدگاه صحیح در این موضوع همین دیدگاه است که در ادامه به ادله اثبات آن می‌پردازیم.

### ۳-۲-۱. دلایل حرمت غیبت مخالفان

دلایل متعددی بر حرمت غیبت مخالفان می‌توان اقامه کرد که مهم‌ترین آنها به شرح زیر است:

#### ۳-۲-۱-۱. عموماً و اطلاقات ادله حرمت غیبت

همان‌گونه که گفتیم - و در کلام محقق اردبیلی نیز اشاره شده - در قرآن و سنت، آیات و روایات فراوانی وجود دارد که به صورت مطلق و فراگیر و بدون هیچ‌گونه قید و شرطی غیبت را نکوهیده و آن را حرام و ناروا اعلام کرده است؛ به‌ویژه در حوزه روایات که در بیشتر آنها از عنوان عام و برگستره‌ای چون «ناس» و «مسلم» استفاده شده است که همه مسلمانان اعم از موافق و مخالف را شامل می‌شوند؛ از سوی دیگر عناوین و اصطلاحاتی همچون واژه‌های «اخوت» و «ایمان» و نمونه‌های آن، که احتمال داده می‌شد بتوانند آیات و روایات غیبت را محدود سازند و آنها را ویژه شیعیان امامیه قرار دهند، ارزیابی شد و ناتوانی آنها در ایفای این نقش آشکار گردید؛ در نتیجه، عمومیت آیات و روایات حرمت غیبت، و شمول آنها بر مخالفان غیرمعاند همچنان با برجا و بی‌مزاخم است (سبزواری، ۱۴۱۶ق: ج ۱۶، ص ۱۲۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق: ج ۸، ص ۷۸).

#### ۳-۲-۱-۲. آیات و روایات مربوط به مراودات با مسلمانان

فقیه در اجتهاد نباید فقط به ادله غیبت یا روایات سب و لعن اکتفا کند؛ بلکه کسی که قصد اجتهاد در موضوعی از موضوعات فقهی را دارد باید نگاهی هم به دیگر خطوط کلی

اسلام داشته باشد و مجموع ادله‌ای را، که در این موضوع و موضوعات مرتبط با آن وارد شده است، با هم بررسی کند و سپس درباره آن موضوع فتوا صادر نماید.

در فضای مربوط به ارتباطات و مراودات میان مسلمانان، آیات و روایات فراوانی وجود دارد که آنان را از هرگونه اعمال تنش‌زا و تفرقه‌افکنانه نهی می‌کند؛ نمونه این ادله، آیه مبارکه ۱۰۳ آل عمران است که همه مسلمانان را به وحدت با یکدیگر و اجتناب از تفرقه دعوت می‌کند: ﴿واعتصموا بحبلِ اللهِ جميعاً و لا تفرقوا﴾ و غیبتی که پیامد آن کینه، عداوت و تفرقه است با این آیه سازگاری ندارد؛ همچنین، در این زمینه، آیه ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفِحْشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا﴾ (نور: ۱۹) وارد شده است که با ضمیمه صحیح ابن ابی عمیر که در آن آیه یاد شده به غیبت تفسیر شده، اشاعه فحشاء و غیبت کردن را به طور مطلق حرام شمرده است (شیخ صدوق، ۱۴۱۷ق: ص ۴۱۷). از این رو، نمی‌توان گفت که تنها غیبت از شیعه، اشاعه فحشاء و حرام است و درباره غیرشیعه‌ها، که اکثریت مسلمانان را تشکیل می‌دهند، اشاعه فحشاء نبوده و حلال خواهد بود؛ افزون‌براین، در پیوند با این موضوع، آیه ﴿قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا﴾ (بقره: ۸۳) وارد شده است که مؤمنان را به گفتن سخن نیکو با دیگران و حتی کافران فرمان می‌دهد و سخن نیکو گفتن و اجتناب نمودن از غیبت مخالفان از مصادیق بارز این آیه است (جوادی آملی: جلسه ۱۹۳ و ۱۹۴).

نگاهی به آموزه‌های امامان شیعه نیز نشان می‌دهد که یکی از حقوق لازم هر مسلمان بر ذمه دیگری معاشرت نیکو با او و اجتناب از اعمالی است که سبب ناخوشنودی و هتک حرمت وی می‌شود. این امر از چنان اهمیتی برخوردار است که در روایات صحیح و مستفیض فراوانی از اهل بیت علیهم‌السلام بر این مسئله تأکید شده است. مثلاً، در روایتی، امام صادق علیه‌السلام به نقل از رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم فرمود: «شش خصلت است که هرکس این خصلت‌ها در او باشد، در پیشگاه خداوند از مقام و مرتبه ویژه‌ای برخوردار خواهد بود: از جمله آنها این است که مسلمان برای برادر مسلمان خود همان چیزی را دوست داشته باشد که برای عزیزترین اهل خود دوست دارد و برای آنان ناپسند شمرد آنچه برای عزیزترین اهل خود ناپسند می‌شمرد» (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۱۷۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۲۰۴). در حدیثی دیگر امام صادق علیه‌السلام به معلی بن خنیس فرمود: «مسلمان بر مسلمان هفت حق



واجب دارد که اگر یکی از آنها را ضایع کند، از ولایت و اطاعت خدا خارج شده است»، سپس فرمود: «آسان‌ترین حقوق یادشده آن است که مسلمان باید آنچه برای خود دوست می‌دارد، برای برادر مسلمانش نیز دوست بدارد و آنچه برای خود ناپسند می‌شمارد برای برادر مسلمانش ناپسند شمارد» (کلینی: همان، ص ۱۶۹؛ حر عاملی: همان، ص ۲۰۵). در روایتی دیگر نیز ایشان پس از عظیم شمردن حق مسلمان بر مسلمان فرمود: «از جمله حقوق مسلمان بر تو آن است که آنچه برای خود دوست داری، برای برادر مسلمانت دوست بداری و هرگاه برادر مسلمانت از تو غایب گردید، او را در غیابش حفظ کنی و هرگاه برادر مسلمانت را حاضر یافتی، به زیارت او بروی و او را بزرگ شماری و از او تکریم کنی؛ زیرا او از تو و تو از او هستی» (کلینی، همان: ص ۱۷۰؛ حر عاملی، همان: ص ۲۰۶).

آیا اینکه امام علیه السلام می‌فرماید: «با مسلمانان همان رفتارهایی را انجام دهید که دوست دارید با شما یا با عزیزترین اهل شما انجام دهند»، با غیبت سازگاری دارد؟ آیا اینکه امام علیه السلام می‌فرماید: «مسلمان باید حرمت مسلمان را در غیابش حفظ کند، زیرا تو از او و او از تو است»، با غیبت همخوان است؟ آیا شیعیان دوست دارند دیگران از آنان غیبت کنند و آبرو و حیثیت آنان را به بازی بگیرند؟ به یقین، هیچ‌یک از شیعیان دوست ندارند که همسایه یا همشهری مخالف در محافل خود از آنان غیبت کند؛ بنابراین، براساس روایات یادشده شیعیان نیز نباید از همسایه یا همشهری مسلمان خود، که در عقیده با آنان مخالفند، غیبت کنند.

روایات یادشده عام است و شامل همه مسلمانان اعم از موافق و مخالف می‌شود؛ چنان‌که علامه مظفر رحمته الله در کتاب عقاید الإمامیه و ذیل عنوان «عقیدتنا فی حق المسلم علی المسلم» می‌نویسد:

«از عظیم‌ترین و زیباترین اعمالی که دین اسلام مسلمانان را به آن دعوت کرده، برادری میان مسلمانان با وجود اختلاف در مذاهب و مراتب و جایگاه آنان است؛ چنان‌که از پست‌ترین اعمالی که مسلمانان در این ایام و عصرهای گذشته انجام داده‌اند تسامح نسبت به مقتضیات این اخوت اسلامی است» (بی‌تا: ص ۱۲۰).

سپس ایشان پس از اشاره به برخی روایات یادشده آورده است:

«ممکن است کسی توهم کند که مقصود از اخوت در احادیث اهل بیت علیهم السلام خصوص اخوت میان مسلمانان پیرو مذهب اهل بیت علیهم السلام، یعنی شیعیان، است؛ لیکن مراجعه به همه روایات اهل بیت علیهم السلام در این باره این توهم را باطل می‌کند» (همان، ص ۱۲۴).

### ۳-۲-۳. قاعده اولویت

بی‌گمان، طبق روایات و آموزه‌های فراوان دین، تعرض به مال و جان مسلمانان، از جمله مخالفان، حرام است و آنان از مصونیت لازم در این دو حوزه برخوردارند (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۲۴؛ سید مرتضی، ۱۳۲۵ق: ج ۳، ص ۸۲ و ۸۴؛ حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۴، ص ۲۳۴)؛ زیرا هر فرد با گفتن شهادتین و ورود به جرگه مسلمانان به‌صورت طبیعی از حقوق و امتیازات لازم بهره‌مند خواهد شد؛ از سوی دیگر، این حقیقت نیز انکارناشدنی است که آبروی انسان به‌مراتب مهم‌تر از مال اوست؛ زیرا بسیاری از مردم با هدف صیانت از حیثیت و آبروی خویش، به‌آسانی از سرمایه‌های هرچند انبوه خود چشم می‌پوشند و آن را قربانی وجاهت خویش می‌سازند.

قرآن هم کسانی را که با تهمت و افترا آبروی مردم را هدف قرار می‌دهند، به‌سختی نکوهیده و افزون‌بر پیش‌بینی مجازات برای آنان، با فاسق نامیدن و بی‌اعتبار دانستن شهادت‌شان شدیدترین تنبیه را سزاوار آنان دانسته است (نور: ۴).

باتوجه‌به مطالب یادشده، در شرایطی که تعرض به مال مخالفان حرام است، آیا ممکن است تعرض به حیثیت و آبروی آنان، که به‌مراتب مهم‌تر از مالشان است، حرام نباشد؟ بی‌گمان، این‌گونه نیست؛ زیرا، بنابر قاعده اولویت، تعرض به مال کسی را نمی‌توان قبیح دانست و آن را نکوهید، اما اهانت و تعرض به آبروی او را ستود و آن را مباح به‌شمار آورد. به‌همین سبب، در برخی روایات، آبروی مسلمان (حتی مخالف) همچون مال و جان وی محترم شمرده شده و داوری یکسانی درباره آنها صورت گرفته است؛ همان‌گونه‌که از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل شده است که فرمود: «همه [چیز] مسلمان بر دیگری حرام است:

خون وی، و مال و آبرویش» (سید مرتضی، همان: ص ۸۲ و ۸۴؛ ابن ماجه، ۱۳۹۵ ق: ج ۲، ص ۱۲۹۸).

قاعده اولویت را از چشم‌انداز دیگری نیز می‌توان نمایان کرد و آن اینکه قرآن کریم نیکی و عدل و انصاف را در برابر مشرکانی که در جنگ با مسلمانان و اخراج آنان از سرزمین‌شان نقشی نداشته‌اند، مجاز و بدون مانع شمرده است: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾: «خدا شما را از کسانی که در [کار] دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده‌اند، باز نمی‌دارد که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید، زیرا خدا دادگران را دوست می‌دارد» (ممتحنه: ۸). همچنین در روایات بسیاری، مؤمنان از هرگونه اهانت و ناسزاگویی به مشرکان نهی شده‌اند (کلینی، همان: ج ۷، ص ۲۴۰؛ حر عاملی، همان: ج ۲۸، ص ۱۷۳). براین اساس، هنگامی که قرآن و سنت، مؤمنان را به نیکی کردن به مشرکانی که با مسلمانان سرچنگ ندارند، سفارش و آنان را از ناسزاگویی به مشرکان نهی می‌کند، آیا ممکن است این سفارش را از مسلمانانی که به‌ظاهر دوستدار اهل بیت علیهم‌السلام هستند، ولی اعتقادی به امامت آنان ندارند، دریغ ورزد؟ به‌دیگرسخن، آیا ممکن است در آموزه‌های دینی، نیکی به مشرکان غیرجنگ‌طلب، مجاز و روا اعلام گردد، ولی نسبت به سنیان دوستدار اهل بیت علیهم‌السلام و غیرمعاند، نه‌تنها نیکی ناروا تلقی شود که حتی تأکید و سفارش به ناسزاگویی و تعرض به آبرو شود؟ بی‌گمان، این‌گونه داوری در این باب پذیرفتنی نخواهد بود.

### ۳-۲-۴. عمومیت پدیده‌های اخلاقی

تردیدی نیست که غیبت از رذایل اخلاقی و صفات مذموم بشری است؛ زیرا غیبت، آن‌گونه که گفتیم، عیب‌جویی، پرده‌داری و کشف کاستی‌های دیگران، و نشان دادن آن به مردم است. این اقدام، به‌صورت طبیعی، باعث آزار مردم و هتک حرمت آنان خواهد گشت و چه‌بسا پیامدهای منفی بسیاری را نیز در پی داشته باشد. این خصلت مذموم، گذشته از ناسازگاری آن با مبانی عقلی، به‌سبب آنکه ستم در حق دیگران است، با مبانی اخلاقی نیز در تضاد است و جز فرومایگان کسی تن به این پدیده ضداخلاقی نمی‌دهد.

از سوی دیگر، آشکار است که رذایل اخلاقی، همچون محاسن آن، اختصاص به زمان و مکان یا فرد و گروه خاصی ندارد؛ بلکه ذات و هویت آن عمومیت و فراگیری است و شامل همه افراد و گروه‌ها خواهد شد، مگر آنکه دلایل استوار و مستحکمی بر خروج افراد و یا گروه‌هایی از زیرمجموعه این عام فراگیر، آن هم به صورتی شفاف و روشن، برپا گردد (مطهری، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۲۳۳)؛ برپایه برخی دلایل که غیبت برخی افراد را از دایره غیبت استثنا کرده است (کلینی، همان: ج ۲، ص ۳۷۵؛ حر عاملی، همان: ج ۱۲، ص ۲۸۹)، این امر تنها درباره مخالفان بدعت‌گذار و معاند، و برخی افراد خاص دیگر، پذیرفتنی است؛ اما درباره غیر این افراد، به‌ویژه مخالفان ناآگاه و مستضعف که هیچ شناختی از حقیقت و موارد اختلاف فرقه‌ها نداشته و عناد و تعصبی هم در سربلندی از حقیقت ندارند، پذیرفتنی نیست؛ بلکه آنان نیز، همچون امامیان، مشمول حرمت غیبت بوده و قوانین و مقررات غیبت درباره آنها هم جاری و ساری است.

### ۳-۲-۱-۵. تمسک به ادله ثانویه

بر فرض اینکه غیبت مخالف، طبق قاعده اولیه، روا و جایز باشد، به جهت پیامدهای ناروا و حرامی که این عمل در پی دارد، غیبت مخالف جایز نخواهد بود: با این توضیح که مصادیق همنشینی، دادوستد و معاشرت شیعیان با مخالفان در بسیاری از روستاها و شهرهای سرزمین‌های اسلامی فراوان است. اگر غیبت مخالفان در مذهب (در هر شهر و محله‌ای که با شیعیان زندگی مسالمت‌آمیزی دارند) جایز باشد، این امر سبب می‌شود که آنان نیز متقابلاً غیبت شیعیان را روا و مباح شمارند؛ هنگامی که این عمل در میان دو طرف رایج شود، به‌طور طبیعی اسباب کینه، عداوت و نزاع میان دو طرف فراهم می‌شود و زندگی مسالمت‌آمیز در روستا یا محله و شهر را تبدیل به دشمنی و نزاع و جنگ می‌کند؛ چنان‌که در روایتی از رسول خدا ﷺ نیز آمده است، گناهان زبان (از جمله غیبت) ممکن است حتی به غارت حرام اموال و حتی ریختن خون‌های حرام منجر شود (کلینی، همان: ج ۲، ص ۱۱۵)؛ به یقین، وقتی عملی چنین پیامدهایی داشته باشد، آن عمل روا و جایز نخواهد بود.



مؤید این امر آیاتی از قرآن کریم است که در آن خداوند مسلمانان را از سب بت‌های مشرکان به سب آنکه مشرکان هم خدای سبحان را دشنام می‌دادند، نهی کرده است: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾: «چیزهایی را که آنان به جای الله می‌خوانند، دشنام مدهید که آنان نیز بی هیچ دانشی، از روی کینه‌توزی به الله دشنام دهند» (انعام: ۱۰۸). همچنین، در برخی روایات مستفیض مربوط به اهل بغی از رفتار نیکو با اهل بغی به جهت رعایت برخی مصالح سخن به میان آمده است؛ مثلاً امام صادق علیه السلام در روایتی فرمود: «سیرهٔ امیر مؤمنان، علی علیه السلام، دربارهٔ اهل بصره برای شیعیان بهتر است از آنچه خورشید بر آن تابیده است، زیرا آن حضرت می‌دانست که باغیان به حکومت و قدرت دست می‌یابند؛ از این رو اگر آنان را به اسارت می‌گرفت، آنان نیز شیعیان را به اسارت می‌گرفتند» (کلینی، همان: ج ۵، ص ۳۳؛ حر عاملی، همان: ج ۱۵، ص ۷۶).

همچنین در روایات فراوان دیگری اهل بیت علیهم السلام شیعیان را به مدارا و رفتار نیکو با مخالفان و پرهیز از اعمال چالش‌برانگیز توصیه کرده‌اند؛ مثلاً در روایتی از امام صادق علیه السلام، توصیه‌ای کلی خطاب به شیعیان آمده است: «ای شیعیان! زینت ما باشید و مایهٔ ننگ ما نباشید؛ محبت دیگران را به سوی ما جلب کنید و ما را مبعوض آنان نگردانید، هر محبتی را به سوی ما جلب و هر شری را از ما دفع کنید» (حر عاملی، همان: ج ۱۲، ص ۸)؛ همچنین فرمود: «آنچه برای خود دوست دارید، برای آنان نیز دوست داشته باشید. آیا مردی از شما شرم نمی‌کند که همسایه‌اش حق او را شناخته و رعایت کند؛ ولی او حق همسایه‌اش را رعایت نکند؟» (همان، ص ۶).

حال، آیا با غیبت کردن از مخالفان، که سبب بغض و کینه می‌شود، محبت آنان را به سوی امامان شیعه یا پیروانشان می‌توان جلب کرد؟ و آیا شیعیان دوست دارند دیگران از آنان غیبت کنند و آبرو و حیثیت آنان را به بازی بگیرند؟ بنابراین، آنان نیز براساس روایات یادشده نباید از همسایه یا همشهری مخالف خود غیبت کنند.

افزون بر این، مفاهیم پرشمار دیگری نیز در روایات به چشم می‌خورد که بیانگر معاشرت نیکو با مخالفان غیرمعاند و داشتن ارتباط اخلاقی و عاطفی با آنان است؛ این مفاهیم به صورت طبیعی جواز غیبت آنان را با چالش روبه‌رو می‌کند. نمونهٔ این موارد عبارت است:



رفتن به عیادت بیماران اهل سنت و حضور در تشییع جنازه‌های آنان و برپایی شهادت برای آنان (چه به سود و چه زیانشان) و پاس داشتن حق امانت درباره آنان (کلینی، همان: ج ۲، ص ۶۳۶)؛ نهی از دشنام به شامی‌ها در صفین باینکه هیچ‌یک از آنان امامت علی علیه السلام را باور نداشتند و حتی دشمن آن حضرت نیز بودند (نهج البلاغه: خطبه ۲۰۶)؛ تأکید بر سلام و مصافحه با مخالفان در مذهب (کلینی، همان: ص ۱۸۰ و ۱۹۴)؛ اصرار بر همراهی با جماعت مسلمانان و پرهیز از تفرقه (نهج البلاغه: خطبه ۱۲۷ و نامه ۴۷)؛ جواز اقتداء به اهل سنت در نمازهای جمعه و جماعت (کلینی، همان: ج ۳، ص ۳۸۰؛ حرعاملی، همان: ج ۸، ص ۲۹۹)؛ سفارش به نیک‌گویی با مردم و پرهیز از زشت‌گویی (کلینی، همان: ج ۲، ص ۱۶۴)؛ تأکید بر اهتمام جدی به امور مسلمانان و خیرخواهی برای آنان (همان)؛ توصیه به دعا و نیایش برای مرزداران در نیایش‌های امام سجاد علیه السلام باینکه در عصر ایشان بیشتر مرزداران از مخالفان در مذهب بودند (صحیفه سجاده: دعای ۲۷) و ده‌ها مورد دیگر. آشکار است که بدگویی و عیب‌جویی از مخالفان با مواردی که گفته شد، هیچ‌گونه همخوانی و سازواری نخواهد داشت (سبزواری، ۱۴۱۶ق: ج ۱۶، ص ۱۲۶؛ مکارم، ۱۴۱۵ق: ص ۳۵۲).

#### ۴. نتیجه

از آنچه گفتیم، این نتیجه به دست آمد که درحوزه غیبت مخالفان، با دیدگاه مشهور فقیهان که غیبت آنان را به صورت مطلق مجاز می‌دانستند، نمی‌توان همراه شد؛ زیرا همه مستندات آنان، همچون تمسک به قرآن، روایات، اجماع، سیره متشرعه و دلایل دیگر، از اثبات مدعای یادشده ناتوان است؛ آنگاه دیدگاه صحیح در این باره (نظریه محقق اردبیلی و کسانی که این دیدگاه را تأیید کرده‌اند) را مطرح نمودیم. برپایه این نظریه، غیبت عامه مخالفان در مذهب، به ادله مختلف، از جمله عمومات و اطلاقات ادله حرمت غیبت، آیات و روایات مربوط به مراودات با مسلمانان، قاعده اولویت، عمومیت پدیده‌های اخلاقی و ادله ثانویه، حرام است؛ براین اساس، همان‌گونه که مؤمنان از غیبت شیعیان و پیروان مذهب اهل بیت علیهم السلام اجتناب می‌کنند، باید از غیبت عموم مخالفان در مذهب که هیچ‌گونه عنادی با اهل بیت علیهم السلام و مذهب آنان ندارند و بلکه بسیاری از آنان دوستدار اهل بیت علیهم السلام هستند نیز اجتناب کنند.



### پی نوشت:

۱. «خرجت منك كلمة فبلغت مشارق الأرض و مغاربها، فسفك بها الدم الحرام و إنتهب بها المال الحرام، و إنتهك بها الفرج الحرام، و عزتی و جلالی لأعذبك بعذاب لا أعذب به شيئاً من جوارحك».
۲. «أَنَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ»: حجرات: ۱۰.
۳. مسلمانان برادر یکدیگر هستند (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۱۶۶).

## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. نهج البلاغه.
۳. صحیفه سجادیه.
۴. ابن حجر (بی تا)، فتح الباری، بیروت، دارالمعرفة، چاپ دوم.
۵. ابن عربی، محمدبن علی (بی تا)، الفتوحات المکیة، بیروت، دارالصادر.
۶. ابن فارس (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۷. ابن کثیر، اسماعیل (۱۴۱۲ق)، تفسیر القرآن العظیم، تحقیق یوسف عبدالرحمن مرعشلی، بیروت، دارالمعرفة.
۸. ابن ماجه قزوینی، محمدبن یزید (۱۳۹۵ق)، السنن، تحقیق محمدفؤاد عبدالباقی، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۹. ابن منظور، محمدبن مکرم (۱۴۰۵ق)، لسان العرب، قم، ادب الحوزة.
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، تحقیق لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری.
۱۱. ایروانی، میرزا علی (۱۴۲۱ق)، حاشیة کتاب المکاسب، قم، دار ذوی القربی.
۱۲. بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحید البهبهانی.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۴)، جزوات درس مکاسب محرمة، جلسات ۱۹۳ و ۱۹۴، قم، مؤسسة اسراء.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد (بی تا)، الصحاح، تحقیق احمدبن عبدالغفور عطار، قاهره، دارالکتب العربی.
۱۵. حرعاملی، محمدبن الحسن (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه، قم، مؤسسة آل البيت ﷺ لإحياء التراث.

۱۶. خمینی (امام)، روح الله (۱۴۲۷ق)، کتاب الطهارة، تهران، مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی، چاپ دوم.
۱۷. خوئی، سیدابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، قم، مكتبة الداوری.
۱۸. الدوبش، احمد بن عبدالرزاق (۱۴۲۰ق)، فتاوی اللجنة الدائمة، ریاض، مكتبة العبيكان، چاپ دوم.
۱۹. روحانی، محمدصادق (۱۴۱۳ق)، فقه الصادق، قم، مهر استوار.
۲۰. زبیدی، محمد مرتضی (بی تا)، تاج العروس، قاهره، منشورات دار مكتبة الحياة.
۲۱. سبحانی، جعفر (۱۴۱۰ق)، المواهب فی تحرير أحكام المكاسب، قم، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
۲۲. سبزواری، عبدالاعلی (بی تا)، مهذب الأحكام، نجف، مطبعة الآداب.
۲۳. سبزواری، محمدباقر (۱۴۱۳ق)، كفاية الفقه، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.
۲۴. سعدی، ابو حبيب (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهي، دمشق، دارالفكر، چاپ دوم.
۲۵. سيد مرتضى (۱۳۲۵ق)، الأمالی، تحقیق احمد بن امين الشنقيطي، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، چاپ نخست.
۲۶. شرف الدين، سيد عبد الحسين (بی تا)، الفصول المهمة فی تأليف الأمة، قم، مؤسسة بعثت، چاپ نخست.
۲۷. شهيد اول (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم، مكتبة المفيد.
۲۸. شهيد ثانی (بی تا)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، بيروت، دار العالم الإسلامي.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۲ق)، كشف الريبة، چاپ شده در كتاب المصنفات الأربعة، قم، بوستان كتاب.
۳۰. شيخ صدوق (۱۳۸۶ق)، علل الشرايع، تحقیق سيد محمد باقر بحر العلوم، نجف، منشورات مكتبة الحيدرية.
۳۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، ثواب الأعمال، بيروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۳۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق)، الأمالی، قم، مؤسسة نشر اسلامي، چاپ نخست.
۳۳. \_\_\_\_\_ (بی تا)، من لا يحضره الفقيه، تحقیق علی اكبر غفاری، قم، مؤسسه نشر اسلامي.
۳۴. شيخ طوسی (۱۴۰۰ق)، الإقتصاد، تهران، منشورات مكتبة جامع چهلستون.
۳۵. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۳۶۵)، جواهر الكلام، تحقیق شيخ عباس قوچانی، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ سوم.
۳۶. طباطبائی، سيد علی (۱۴۱۹ق)، رياض المسائل، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.

۳۷. طریحی، فخرالدین (۱۴۰۳ق)، مجمع البحرين، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۳۸. عاملی، محمدجواد (۱۴۱۷ق)، مفتاح الکرامه، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۳۹. علامه حلی (۱۴۲۲ق)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ نخست.
۴۰. فتح الله، احمد (۱۴۱۵ق)، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الدمام، بی نا، چاپ نخست.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳)، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ پنجم.
۴۲. گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۳ق)، نتائج الأفكار، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ نخست.
۴۳. محسنی، محمد آصف (۱۴۲۹ق)، حدود الشریعة، قم، بوستان کتاب.
۴۴. محقق اردبیلی، احمد (۱۴۱۱ق)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۵. محقق بحرانی، یوسف (۱۳۷۸ق)، الحدائق الناضرة، نجف، دارالکتب الإسلامیة.
۴۶. محقق کرکی (علی بن الحسین) (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ نخست.
۴۷. مطهری، مرتضی (۱۴۱۸ق)، اسلام و مقتضیات زمان، تهران، صدرا.
۴۸. مظفر، محمدرضا (بی تا)، عقائد الإمامیه، تحقیق حامد حفنی داود، قم، انصاریان.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۵ق)، انوار الفقاهة: کتاب التجارة، قم، مؤسسه الإمام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۵۰. نراقی، احمد (۱۴۱۸ق)، مستند الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ نخست.
۵۱. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ نخست.
۵۲. نووی، یحیی بن شرف (بی تا)، روضة الطالبین، تحقیق عادل احمد عبد الموجود، بیروت، دارالکتب العلمیة.





## بررسی مفهوم هتک حرز در سرقت‌ها به اینترنت \*

سید محسن رضوی اصل \*\*

دکتر احمد مرادخانی \*\*\*

### چکیده

یکی از مسائلی که در سرقت‌های اینترنتی به بررسی دقیق جهت تطبیق با احکام فقهی نیاز دارد، مسئله حد در سرقت‌های اینترنتی است. این مسئله در صورت امکان اجرا، احراز همه شرایط لازم برای اجرای حد قطع را می‌طلبد. یکی از این شرایط، تحقق هتک حرز در سرقت اینترنتی است. با بررسی مفهوم هتک و شیوه‌های انجام آن در وبسایت‌ها و دستگاه‌های رایانه‌ای و همچنین توجه به تعریف فقهی و حقوقی حرز، و اینکه تشخیص حرز متناسب برای هر مال از طرف شارع، به عرف و رویه جاری در هر جامعه محول شده است، هتک را از مصادیق هتک حرز در فضای مجازی می‌توان به‌شمار آورد. این رفتار از طریق شکستن قفل نرم‌افزاری وبسایت‌ها و یا دستگاه‌های رایانه‌ای رخ می‌دهد و دلیل آن نیز قضاوت و نظر عرف، و رویه موجود در میان کاربران اینترنت و متخصصان حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات است.

**کلیدواژه‌گان:** سرقت اینترنتی، هتک حرز، فضای مجازی، هتک، جرایم رایانه‌ای.

---

\* این مقاله از رساله دکتری نویسنده با عنوان «سرقت‌های اینترنتی از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه» استخراج شده است.

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم. (نویسنده مسئول مکاتبات)

mohsen.razavy@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم (نویسنده مسئول مقاله) ah\_moradkhani@yahoo.com

برای تحقق هر جرم، اعم از سنتی و اینترنتی، وجود ارکان عمومی و اختصاصی آن جرم لازم است. در همه انواع سرقت، چه فیزیکی و چه اینترنتی، سه رکن اختصاصی آن عبارتند از: سارق، مال مسروقه و فردی که مورد سرقت قرار می‌گیرد. ارکان عمومی تشکیل‌دهنده این جرم نیز مانند دیگر جرایم عبارتند از: ۱. عنصر مادی؛ ۲. عنصر معنوی یا روانی و ۳. عنصر قانونی. درباره عنصر مادی سرقت اینترنتی، که «ربایش داده‌ها و اطلاعات متعلق به دیگری» است، باید توجه داشت که تحقق آن مستلزم دسترسی سارق به دستگاه یا شبکه رایانه‌ای موردنظر او است؛ این عمل می‌تواند به صورت نسخه‌برداری و یا انتقال داده‌ها صورت گیرد (محمدنسل، ۱۳۹۲: ص ۱۰۲). عنصر معنوی یا روانی جرم سرقت اینترنتی نیز همانند سرقت سنتی، قصد سارق در ربودن مال دیگری است که شامل دو بخش سوءنیت عام و سوءنیت خاص می‌شود. درباره عنصر قانونی این جرم، اگرچه در قوانین فعلی ایران سرفصل جداگانه‌ای با عنوان «سرقت اینترنتی» مطرح نشده است، ولی با کمی تأمل مصادیق آن را با «قانون جرایم رایانه‌ای» و همچنین قوانین مربوط به سرقت‌های فیزیکی می‌توان تطبیق داد. مهم‌ترین صراحت قانونی در این باره، ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای است که از راه آن می‌توان به جرم‌انگاری سرقت‌های اینترنتی پرداخت. در فصل سوم این قانون (سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه) ماده ۱۲ به سرقت‌های رایانه‌ای اختصاص داده شده است. عنوان «سرقت رایانه‌ای» سرقت‌هایی را دربر می‌گیرد که رایانه در آنها وسیله ارتکاب جرم است. به همین دلیل می‌توان گفت که رابطه میان سرقت رایانه‌ای و سرقت اینترنتی، عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا هر سرقت اینترنتی را می‌توان سرقت رایانه‌ای دانست، درحالی‌که هر سرقت رایانه‌ای الزاماً سرقت اینترنتی نیست. دلیل این مطلب آن است که بسیاری از سرقت‌های رایانه‌ای بدون اتصال رایانه به اینترنت انجام می‌شوند؛ مانند سرقت فیلم از دستگاهی رایانه‌ای با کپی نمودن آن بر روی فلش. در این حالت هرچند سرقت انجام شده سرقت رایانه‌ای نام می‌گیرد ولی سرقت اینترنتی به‌شمار نمی‌آید؛ این درحالی است که برای ارتکاب سرقت اینترنتی، اتصال رایانه به شبکه اینترنت لازم است. البته، منظور از رایانه در این نوشتار



فراتر از رایانه‌های شخصی بوده و همه انواع رایانه‌ها را دربر می‌گیرد؛ در این صورت حتی گوشی‌های تلفن همراه نیز جزء رایانه‌ها طبقه‌بندی می‌شوند.

حال، مسئله اصلی در این نوشتار آن است که اگر سرقت‌های اینترنتی را مشمول احکام بیان‌شده درباره سرقت‌های سنتی دانسته و به امکان اجرای حد سرقت در این گونه از سرقت‌ها قائل باشیم، آیا در سرقت اینترنتی نیز همانند سرقت سنتی، امکان تحقق هتک حرز وجود دارد یا خیر؟ احراز این شرط آنجا اهمیت بیشتری می‌یابد که در بررسی نظرات فقیهان مشاهده می‌شود برخی از آنها، مانند آیت‌الله سیستانی، به امکان اجرای حد سرقت در سرقت‌های اینترنتی، البته به شرط فراهم آمدن همه شرایط لازم برای اجرای حد سرقت، قائل‌اند. بنابراین، با توجه به گسترش روزافزون سرقت‌های اینترنتی و نبودن بحث، در این نوشتار پس از بیان توضیحاتی کوتاه درباره موضوع سرقت اینترنتی، به بررسی مفهوم حرز، و امکان یا عدم امکان هتک آن در سرقت‌های اینترنتی با تکیه بر ادله موجود پرداخته شده است.

## ۱. موضوع سرقت اینترنتی

موضوع بزه سرقت اینترنتی، «داده و اطلاعات» است که به تعبیر ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای، باید متعلق به دیگری باشد؛ خواه این داده‌ها، دارای ارزش مالی باشند؛ مانند یک فرمول، و خواه دارای ارزش مالی نباشند؛ مانند مقاله‌ای پذیرفته‌شده برای چاپ در مجله، و خواه دارنده داده، خودش آنها را پدید آورده باشد؛ مانند متن کتاب، یا اینکه آن داده را از دیگری خریداری نموده یا از دیگر راه‌های قانونی به دست آورده باشد؛ مانند خرید امتیاز نشر یک کتاب توسط ناشر از نویسنده آن. بنابراین، چنانچه داده‌ها قبل از سرقت، به هر نحو ممکن، به مالکیت کسی درآمده باشند که به نسخه‌برداری یا انتقال آنها اقدام نموده است، عنوان سرقت اینترنتی مشمول چنین شخصی نشده و جرم سرقت منتفی است؛ هرچند قانونگذار در قانون جرایم رایانه‌ای در چنین مواردی، مانند زمانی که داده‌های مشترکی را یکی از شرکا سرقت کرده باشد، حکمی را بیان ننموده است (همان)؛ اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا داده‌ها و اطلاعات موجود در فضای مجازی را می‌توان مال به‌شمار آورد؟ به عبارت دیگر، آیا داده‌ها و اطلاعات مالیت دارند؟



در پاسخ به این سؤال باید در نظر داشت که از نگاه فقه شیعه، آنچه به نظر عرف، قابل دادوستد باشد، مال شمرده می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۲۸ق: ج ۳، ص ۱۵۹). به‌دیگرسخن، به‌نظر بیشتر فقیهان: «المُرَادُ مِنَ الْمَالِ الْظَاهِرُ هُوَ إِنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَكُونُ مَطْلُوباً وَ مَرْغُوباً عِنْدَ النَّاسِ: مال هر چیزی است که مورد رغبت و میل مردم باشد». پس هر چیزی که نزد مردم، مطلوب و مرغوب بوده و برطرف‌کننده نیازهایشان باشد، مال به‌شمار می‌آید (بجنوردی، ۱۳۸۹ق: ج ۲، ص ۲۹). برخی دیگر از فقیهان نیز عقیده دارند: «المال ما يبذل بإِزائِهِ المال؛ مال هر چیزی است که در برابر آن مالی پرداخت می‌شود» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۲۹). در عرف جامعه امروزی، بیشتر داده‌ها و اطلاعات موجود در فضای مجازی، ارزش مالی و مبادلاتی داشته و خرید و فروش می‌شوند و بسیاری از نیازهای اساسی بشر هزاره سوم از طریق دادوستد داده‌ها و اطلاعات تأمین می‌گردند. از این رو، باتوجه به تعریف سرقت در قانون مجازات اسلامی به «ربودن مال متعلق به غیر»، و همچنین بررسی شرایط و امکانات موجود در فضای مجازی می‌توان گفت که تعریف «مال» شامل داده‌ها و اطلاعات موجود بر روی دستگاه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای نیز می‌شود؛ ولی این بدان معنی نیست که هرگونه اطلاعاتی که در سایت‌ها و دستگاه‌های رایانه‌ای ذخیره می‌شوند، دارای ارزش مالی هستند: آن داده‌هایی نیز که جنبه مالی دارند، می‌توانند یا همچون عین مال بوده و ذاتاً مالیت داشته باشند و یا اگر داده‌ها عین مال نیستند، دارای اعتبار مالی بوده و جامعه یا حکومت به آنها اعتبار مالی بخشیده باشند. نمونه این موضوع، اسناد الکترونیکی بانکی هستند که اگرچه فی‌نفسه مالیت ندارند ولی قوانین و مقررات موجود به آنها ارزش مالی و مبادلاتی داده‌اند (موسوی و قربانی، ۱۳۸۹: ص ۷۱۳). کمیسیون قوه قضائیه در این مسئله چنین اظهار نظر کرده است: «اطلاعات و برنامه‌هایی که به حافظه رایانه سپرده یا روی دیسکت ضبط گردیده یا خریداری می‌شوند یا برای تولید آنها مبالغی هزینه می‌گردد، بنابه مراتب، این اطلاعات در حکم اموال منقول و جزء دارایی شخص بوده و با واسطه، قابلیت مبادله و قبض و اقباض را دارند و در بازار آزاد نیز در معرض خرید و فروش قرار می‌گیرند. لذا سرقت اطلاعات در صورتی که متعلق به دیگری بوده و اختصاصاً مال او به‌شمار آید، درخور مجازات است» (سالاری، ۱۳۸۹: ص ۳۴۸). البته، برای حمایت

قانون از داده‌هایی که متعلق به دیگری است، باید آن داده‌ها در رایانه او یا جایی باشد که به‌طور قانونی، مکان قرار گرفتن داده‌های آن فرد است.

همچنین در ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای، قید «غیرمجاز» ذکر شده است که نشان می‌دهد باید موضوع سرقت، به‌صورت غیرمجاز نسخه‌برداری شده یا انتقال داده شود؛ بنابراین، اگر شخصی دسترسی به داده‌های خود را برای اشخاص معینی مجاز بداند، یا منوط به داشتن شرایطی مانند دارا بودن کد اشتراک یا دانشجو بودن نماید، و شخصی که جزء اشخاص مجاز نبوده و یا شرایط موردنظر را ندارد، به داده‌ها دسترسی یافته و به نسخه‌برداری یا انتقال آنها اقدام نماید، عمل وی مشمول عنوان سرقت رایانه‌ای و اینترنتی، و سزاوار مجازات‌های مشخص شده در ماده ۱۲ مذکور است. همچنین در حالتی که نفوذ و برداشتن داده‌ها از یک دستگاه یا شبکه رایانه‌ای براساس مجوزهای قانونی و قضایی صورت گرفته باشد، این عمل، هرچند با رضایت مالک دستگاه یا شبکه رایانه‌ای نباشد، مشمول عنوان سرقت اینترنتی نمی‌شود (محمدنسل، ۱۳۹۲: ص ۱۰۲).

البته باید توجه داشت قید «غیرمجاز» شامل حالتی نیز می‌شود که مالک اصلی از نسخه‌برداری یا انتقال بخشی از داده‌ها رضایت دارد، ولی شخص استفاده‌کننده از بخش‌های دیگری از داده‌ها، که برداشت آنها با رضایت مالک اصلی همراه نیست، نسخه‌برداری کرده یا آن داده‌ها را به دستگاه خود انتقال دهد؛ در این صورت، عمل وی مشمول عنوان سرقت اینترنتی است و قید «غیرمجاز» درباره عمل وی صدق می‌کند. در نتیجه، در تعیین و تحقق موضوع سرقت اینترنتی، توجه به مسئله رضایت یا نارضایتی مالک و حالت‌های مختلفی که برای آن می‌توان در نظر گرفت، اهمیت فراوانی دارد.

## ۲. بررسی مفهوم حرز

مبحث بررسی مفهوم حرز، به دو بخش تعریف حرز و ادله اعتبار حرز تقسیم می‌شود. نخست، در بخش تعریف، تعاریف لغوی و اصطلاحی حرز از دیدگاه اهل لغت و فقیهان بیان می‌شود و پس از آن، ادله فقیهان بر شرط بودن حرز بررسی می‌گردد.

## ۱-۲. تعریف حرز

در کتاب مصباح‌المنیر، حرز این‌گونه تعریف شده است: «المكانُ الَّذی یحفظُ فیهِ؛ یعنی جایی که در آن چیزی حفظ می‌شود» (فیومی، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۱۲۹). در کتاب مجمع‌البحرین از آن با عنوان «موضع الحصین؛ یعنی جایگاه استوار» نام برده شده است (طریحی، ۱۴۰۳ق: ج ۴، ص ۱۵). در فرهنگ فارسی حرز به معنای «جای استوار، پناهگاه، بهره، حظ و نصیب» آمده است (معین، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۱۳۴۷). شهید ثانی رحمته‌الله حرز را این‌گونه تعریف کرده است: «حرز چیزی است که با بستن، قفل کردن یا دفن کردن در مکانی آباد، از تصرف دیگران محفوظ است یا بنابر قولی دیگر، آن چیزی است که با دیدن مراقبت می‌شود» (۱۳۸۵: ج ۱۳، ص ۲۰۴).

البته، برخی از فقیهان سعی کرده‌اند تعریف جامع و مانعی برای حرز ارائه دهند: مثلاً شیخ طوسی رحمته‌الله در کتاب‌النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی فرموده است: «و الحرزُ هو کُلُّ مَوْضِعٍ لَمْ یُکُنْ لِغَیْرِ الْمُتَصَرِّفِ فِیهِ الدُّخُولُ إِلَیْهِ إِلَّا بِأَذْنِهِ، أَوْ یُکُونُ مَقْفَلًا عَلَیْهِ أَوْ مَدْفُونًا...؛ یعنی حرز آنجایی است که غیر مالک، بدون اذن، حق وارد شدن به آنجا را ندارد و یا از وی قفل شده یا مدفون شده...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ص ۴۱۷)؛ همچنین او در کتاب‌های المبسوط و تبیان، و ابن‌زهره در غنیة و فاضل مقداد در کنز‌العرفان این تعریف را به فقیهان امامیه نسبت داده‌اند (صاحب‌جواهر، ۱۳۹۰: ج ۲، ص ۳۴۲).

در بررسی حقوق موضوعه داخلی نیز مشاهده می‌شود که حرز در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، تعریف نشده بود و فقط در ماده ۲۲۶ آن، طی بند دوم تصریح شده بود که «سرقه در جایی واقع شده باشد که به واسطه درخت، بوته، پرچین یا نرده محرز بوده و سارق حرز را شکسته باشد». در واقع، طبق این بند «درخت، بوته، پرچین و نرده» از مصداق‌های حرز به‌شمار آمده است؛ همچنین، ماده ۲۱۳ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۲ در بند دهم خود، در تعریف حرز گفته بود: «... مال در آن به‌منظور دور بودن از انظار و دستبرد نگهداری می‌شود»؛ تبصره ۱ ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز در تعریف حرز چنین بیان می‌کند: «حرز عبارت است از محل نگهداری مال به‌منظور حفظ از دستبرد»؛ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، طی ماده ۲۶۹، حرز این‌گونه تعریف شده است: «حرز عبارت

از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند».

## ۲-۲. ادله فقیهان بر اعتبار حرز

با بررسی آثار عالمان پیشین و معاصر مشاهده می‌شود که بنابر نظر اکثریت فقیهان، از آنجایی که حقیقت شرعیه درباره حرز وجود ندارد، به‌منظور تشخیص حرز متناسب برای هر مال، باید به عرف جاری در جامعه رجوع کرد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۵۶۰)؛ تعاریف فراوانی که فقیهان برای حرز ارائه کرده‌اند نیز به‌همین دلیل است. البته گفتنی است که نظر عرف زمانی مستند اعتبار حرز بودن چیزی است که در هر مورد، نخست، فقیه نظر عرف مبنی بر حرز بودن چیزی را با ادله موجود مطابقت دهد؛ پس از آن، در صورتی که عرف جاری در جامعه با ادله اعتبار حرز تطبیق‌یافتنی باشد و مورد مطرح‌شده، حرز متناسب آن مال تشخیص داده شود، او به اعتبار حرز بودن آن چیز حکم دهد. بنابر نظر مشهور فقیهان، عمده ادله و مستندات موجود درباره اعتبار حرز دو چیز است: نخست، روایات وارده از پیامبر اسلام ﷺ و ائمه اطهار علیهم‌السلام؛ و دوم، اجماع، اعم از محصل و منقول.

### ۲-۲-۱. روایات

الف. سکونی از امام صادق علیه‌السلام چنین نقل می‌کند که امام علیه‌السلام به‌نقل از امیرالمؤمنین علیه‌السلام فرمودند:

«لَا يَقْطَعُ إِلَّا مَنْ نَقَبَ بَيْتاً أَوْ كَسَرَ قِفْلاً...؛ دست سارق قطع نمی‌شود، مگر اینکه به خانه‌ای نقب زند یا قفلی را بشکند» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۸، ص ۵۰۹).

در این روایت، «نقب» به‌معنی سوراخ کردن و «کسر» به‌معنای شکستن است. باتوجه به معنای این روایت، برخی فقیهان معتقدند که هتک حرز وقتی صادق است که برای بیرون آوردن مال از حرز، قفلی شکسته یا نقبی زده شود و هتک حرز به‌نحو غیرفیزیکی موجب قطع ید نمی‌شود؛ اما دقت فقهی در این روایت نشان می‌دهد که قفل یا نقب خصوصیتی نداشته و نمی‌توان از آن استفاده حصر کرد. از این رو، هتک حرز در



تقب زدن و شکستن قفل منحصر نیست (فتحی، ۱۳۹۳: ج ۲، ص ۲۸۹) و از «إلا» انحصار قطع ید به «سرقه از حرز» فهمیده می‌شود.

ب. طلحه بن زید از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که ایشان از امیرالمؤمنین علیه السلام چنین نقل کرده‌اند:

«لَيْسَ عَلَى السَّارِقِ قَطْعٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِالسَّرْقَةِ مِنَ الْبَيْتِ...؛ یعنی دست سارق قطع نمی‌شود مگر آنکه از منزل سرقت کرده باشد» (حر عاملی، همان: ص ۴۹۹).

در این روایت، به کار رفتن لفظ «بالسرقة» به معنی دزدی کردن و همچنین «من البيت» که ظهور در قفل بودن دارد، به این معنی است که اگر قفلی در کار نباشد، سرقتی که مستوجب قطع باشد، محقق نمی‌شود.

ج. ابوبصیر از امام باقر علیه السلام روایت می‌کند:

«سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام عَنْ قَوْمٍ اصْطَحَبُوا فِي سَفَرٍ رِفْقَاءَ فَسَرَقَ بَعْضُهُمْ مَتَاعَ بَعْضٍ، فَقَالَ: هَذَا خَائِنٌ لَا يَقْطَعُ وَ لَكِنَّ يَتَّبِعُ بِسَرِقَتِهِ وَ خِيَانَتِهِ قَيْلَ لَهُ: فَإِنْ سَرَقَ مِنْ أَبِيهِ فَقَالَ لَا يَقْطَعُ لِأَنَّ ابْنَ الرَّجُلِ لَا يَحْجِبُ عَنِ الدَّخُولِ إِلَى مَنْزِلِ أَبِيهِ، هَذَا خَائِنٌ وَ كَذَلِكَ أَنْ اخْتَدَى مِنْ مَنْزِلِ أَخِيهِ أَوْ اخْتَهَ أَنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ لَا يَحْجِبَانَهُ عَنِ الدَّخُولِ...؛ از امام باقر علیه السلام درباره دوستان همسفری که بعضی، متاع دیگران را بدزدند، سؤال کردم. امام علیه السلام فرمودند: «چنین فردی خائن است و دستش قطع نمی‌شود؛ لکن به سبب سرقت و خیانتش، تعقیب می‌شود.» به امام علیه السلام عرض شد: اگر از منزل پدرش سرقت کند؟ ایشان فرمودند: «قطع نمی‌شود؛ زیرا فرزند از ورود به منزل پدرش منع نشده است؛ بلکه این فرد خائن است. همین حکم درباره دزدی از منزل برادر یا خواهرش نیز جاری است؛ مشروط بر اینکه وقتی بر آنان وارد می‌شود، او را از دخول در منزل منع نکنند» (همان).

علت قطع نکردن دست در این روایت، منع نشدن فرد از ورود است و این منع شدن،

ظهور در اذن در ورود دارد که مفهوم آن قطع نکردن در صورت وجود اذن می‌باشد.

د. از امیرالمؤمنین علیه السلام روایت شده است:

«... ولیس علی الطّارّ قطع إذا طر من القمیص الاعلی، فان طر من القمیص الأسفل فعلیه القطع...؛ سارقی، که از جیب کسی چند درهم سرقت کرده بود، را نزد امیرالمؤمنین علیه السلام آوردند. حضرت علیه السلام فرمودند: اگر از جیب اعلی (رویین) سرقت کرده، دست او را قطع نمی‌کنم و اگر از لباس اسفل (زیرین) سرقت کرده، دست او را قطع می‌کنم» (شهید ثانی، ۱۳۸۹ق: ج ۱۳، ص ۲۰۶؛ شیخ صدوق، همان: ص ۶۵).

بنابر قول صاحب جواهر رحمته الله، اعلی و اسفل در این روایت مفعول برای طرّار بوده و به همین دلیل است که برخی از فقیهان قائل به این مطلب هستند که جیب و آستینی که درون لباس قرار دارد، حرز است (صاحب جواهر، ۱۳۹۰: ج ۴۱، ص ۵۰۵).

ه. سکونی از امام صادق علیه السلام روایت کرده است:

«عن ابی‌عبدالله علیه السلام قال: قال امیرالمؤمنین علیه السلام: کل مدخل فیه بغیر اذن فسرق منه السارق فلا قطع فیه یعنی الحمامات و الخانات و الأرحیه...؛ از امام صادق علیه السلام نقل شده است که: امیرمؤمنان علیه السلام فرمودند: «هرگاه دزد از جایی که همگان می‌توانند بدون اجازه وارد شوند، چیزی بر باید، دستش بریده نمی‌شود؛ مانند حمام‌ها، کاروانسراها و آسیاب‌ها» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۸، ص ۵۰۹).

## ۲-۲-۲. اجماع

افزون بر روایات یاد شده، با بررسی فتوهای فقیهان، مشاهده می‌شود که بنابر نظر اکثریت قریب به اتفاق آنها، حرز پول و جواهر، صندوق‌های قفل شده و اتاق‌هایی است که قفل‌های محکم دارد و در آبادی است. حرز لباس، کالاهای سبک و ظروف، مغازه‌ها و خانه‌های قفل شده در آبادی یا مخازن قفل شده است، اگرچه در مغازه یا خانه باز باشد.



اصطبل نیز حرز چهارپاست، در صورتی که درش بسته باشد. حتی بنا بر نظر برخی از فقیهان، حرز گوسفندان در چراگاه، چشم چوپان است. بر همین اساس، به نظر برخی از آنها، حرز کالایی که فروشنده در بازار یا کنار راه برای فروش قرار داده است، همان نگاه کردن و مراقبت فروشنده از کالایش می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ج ۱۳، ص ۲۰۴). به نظر امام خمینی علیه السلام از آنجایی که محل حفظ و نگهداری اشیای گوناگون، متفاوت است، متعارف آن است که برای حفظ هر مالی، جایی مناسب آن تهیه می‌کنند (خمینی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۳۶۶).

از این گونه فتواها مشخص می‌شود که مسئله لزوم قرار داشتن مال در حرز جهت اجرای حدّ سرقت، به اندازه‌ای با اتفاق فقیهان روبه‌روست که بسیاری بر این مطلب ادعای اجماع نموده‌اند. صاحب جواهر علیه السلام می‌گوید:

«اعتبار حرز برای قطع ید سارق، نه فقط به وسیله نص آیات و روایات و همچنین فتاوی فقیهان، بلکه به وسیله اجماع منقول و محصل نیز ثابت است» (۱۳۹۰: ج ۴۱، ص ۴۹۹).

### ۳. هتک حرز در فضای مجازی

#### ۳-۱. طرح مسئله

واژه «هک» در دنیای فتاوری چند معنای گوناگون دارد که البته این معانی با یکدیگر در ارتباط‌اند. رفع سریع و هوشمندانه یک مشکل در برنامه‌ای رایانه‌ای یا به‌طور کلی، برطرف کردن سریع نقیصه‌ای رایانه‌ای نمونه‌ای از تعاریف و معانی کمتر شنیده شده برای هک است. اما معنای مشهورتر این اصطلاح، ایجاد تغییر و تحول در یک برنامه یا وسیله به‌گونه‌ای است که افراد بتوانند به امکانات و قابلیت‌هایی که به‌طور عادی در دسترس‌شان نیست، دسترسی پیدا کنند. مثلاً برخی هکرها با سرقت اطلاعات شخصی کاربران سرویس‌های بانکداری برخط (آنلاین)، به انتقال مخفیانه وجوهی از حسابی به حساب دیگر دست می‌یابند. از این روش در فضای مجازی برای دسترسی مخفیانه به رایانه‌های شخصی و سرقت اطلاعات آنها و حتی سوءاستفاده از دستگاه‌های تحت نفوذ برای حمله



به دیگر رایانه‌ها استفاده می‌شود.

باید توجه داشت که گستره استفاده از واژه هک به دنیای رایانه منحصر نیست و افرادی با تخصص‌های گوناگون در زمینه‌هایی همچون موسیقی و نقاشی نیز آن را به کار می‌برند که این به معنی دگرگونی‌های هوشمندانه و خلاقانه فرد در آن زمینه است. اما رایج‌ترین معنی آن، همان عملی است که نفوذگران غیرمجاز (هکرها) انجام می‌دهند: آنها در فضای مجازی اینترنت به گشت‌وگذار در میان وبسایت‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای پرداخته و به شکستن قفل‌های نرم‌افزاری آنها، بازدید محتویات و گاهی نیز سرقت داده‌ها و اطلاعات دیگر کاربران می‌پردازند. همان‌طور که گفته شد، آنچه در دستگاه‌های رایانه‌ای دارای ارزش مالی است و دارایی صاحب دستگاه به‌شمار می‌آید، اطلاعات و داده‌هایی رایانه‌ای هستند که همانند دیگر اموالی که دارای ارزش مالی هستند، نیازمند امنیت و حفاظت‌اند تا از سرقت و اتلاف آنها جلوگیری شود. با اتصال دستگاه‌های رایانه‌ای به شبکه اینترنت و فضای سایبر، امکان دسترسی افراد تبهکار (که معمولاً از کاربران عادی اینترنت مهارت بیشتری در کار با رایانه و استفاده از امکانات فضای سایبر دارند) به اطلاعات نگهداری‌شده در آن دستگاه‌ها فراهم می‌شود و این افراد به حربه‌های گوناگون در به‌دست آوردن اطلاعات دیگران می‌کوشند؛ و این در حالی است که دامنه آسیب‌ها و خسارت‌های ناشی از سرقت‌های اینترنتی می‌تواند بسیار وسیع‌تر از سرقت‌های سنتی باشد؛ زیرا، در فضای سایبر، سارق می‌تواند با هک نمودن دستگاه‌های میلیون‌ها کاربر، حجم زیادی از اطلاعات و داده‌های ارزشمند آنها را در چند ثانیه سرقت کند. بنابراین، توجه به اهمیت مسئله حفاظت و تأمین امنیت داده‌ها و اطلاعات رایانه‌ای در برابر حمله‌های سایبری، که بیشتر با هدف سوءاستفاده‌های مالی انجام می‌شوند، یکی از دلایل جرم‌انگاری سرقت‌های اینترنتی است؛ زیرا در جوامع امروزی داده‌ها و اطلاعات ارزش مالی و اقتصادی دارند، هرچند که از نظر فیزیکی، ملموس و دیدنی نیستند (شاهمرادی، ۱۳۹۱: ص ۲۲).

در همین راستا، روش‌هایی برای ایمن‌سازی داده‌ها و اطلاعات کاربران فضای مجازی استفاده می‌شوند: مانند رمزگذاری داده‌ها (که به ناخوانا یا غیرقابل فهم کردن آنها



می‌انجامد)، استفاده از نام‌های کاربری ویژه هر کاربر و رمزهای عبور معتبر پیچیده و ترکیبی، تفکیک و استقرار داده‌ها روی رایانه‌های پرشمار، به‌کارگیری روش تصدیق هویت دومرحله‌ای و ایجاد چندین پایگاه داده. چنین روش‌هایی می‌توانند از دستیابی نفوذگران غیرمجاز به داده‌ها و اطلاعات دیگران جلوگیری کنند.

### ۲-۳. فقیه و هتک حرز اینترنتی

همان‌طور که گفته شد، فقیهان تعیین انواع حرز و مصادیق آن را، باتوجه‌به نظر عرف و تطبیق آن بر ادله، انجام می‌دهند؛ همچنین، در نظر عرف، حرز باتوجه‌به مکان، زمان، نوع مال و اشخاص، متفاوت است؛ در نتیجه انواع گوناگون هتک حرز، بالطبع نوع حرز نیز متفاوت و گوناگون خواهد بود. بنابراین، فقیه برای اینکه تشخیص دهد که در سرقت، هتک حرز صورت گرفته است یا خیر، باید به عرف آن جامعه مراجعه نموده و ببیند که نخست، آیا آن مال از نظر عرف جاری در میان مردم آن جامعه، در حرز متناسب نگهداری می‌شده است یا خیر؛ و دوم، آیا نظر عرف همخوان با ادله اعتبار حرز هست؟ همچنین، باید توجه نمود که شکستن حرز، حتی در جرایم سنتی، اعم از مادی و معنوی است. هتک حرز مادی مربوط به مواردی است که عمل، همراه با عنف باشد: مثل شکستن درب صندوق؛ و هتک حرز معنوی دربرگیرنده مواردی است که شکستن حرز بدون استفاده از عنف انجام گیرد: مثل باز کردن با کلید (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ص ۳۶۶).

در بررسی قانون جرایم رایانه‌ای ایران مشاهده می‌شود که تفکیکی میان سرقت همراه با هتک حرز و سرقتی که دارای چنین شرطی نباشد، صورت نگرفته است و قانونگذار فقط در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در بندهای «ب»، «پ»، «ت» و «ث» ماده ۲۶۸ و همچنین مواد ۲۶۹ تا ۲۷۳ به بیان مسائل مرتبط با حرز و هتک آن پرداخته است. در این قانون، پس از تعریف حرز و واگذاری تشخیص مصادیق آن به عرف، در ماده ۲۷۱ درباره هتک حرز آمده است: «هتک حرز عبارت از نقض غیرمجاز حرز است که از طریق تخریب دیوار یا بالا رفتن از آن یا باز کردن یا شکستن قفل و امثال آن محقق می‌شود».

با بررسی عرف جاری در فضای سایبری مشاهده می‌شود که بنابر نظر عرف جوامع امروزی، قرار دادن داده‌ها و اطلاعات در فضاها و دستگاه‌هایی که ورود به آنها نیازمند به‌کارگیری نام کاربری و رمز عبور بوده و دسترسی به آنها برای همه کاربران مجاز نیست، مصداق حرز متناسب برای نگهداری از داده‌ها و اطلاعات است. البته، بسته به میزان ارزش آنها، از دستگاه‌های پیچیده‌تر و امن‌تر هم استفاده می‌گردد و گاهی هزینه‌های بسیاری برای طراحی این‌گونه فضاها انجام می‌شود؛ حتی، گاه فرد یا گروهی را مأمور کنترل امنیت این دستگاه‌ها قرار می‌دهند؛ بنابراین، در نظر عرف فضای مجازی، حرز متناسب برای نگهداری داده‌ها و اطلاعات، دستگاهی با زیرساخت‌های لازم امنیتی به‌همراه ضریب ایمنی مطلوب است. اگر این نظر عرف را معتبر و منطبق بر ادله بدانیم، برداشت اطلاعات از محل‌هایی که فاقد این شرایط باشند، سرقت مستوجب حد به‌شمار نمی‌آید. به‌دیگرسخن، اگر در سرقت‌های اینترنتی، محل نگهداری داده‌ها در وبسایت و یا دستگاه رایانه‌ای، تناسب لازم را با نوع و ارزش آن داده‌ها نداشته باشد، چنین موردی جزء سرقت‌های مستوجب حد نبوده و شرایط اجرای حد در آن کامل نیست. از این‌رو، برای اینکه اعتبار نظر عرف فضای مجازی در تعیین مصادیق حرز در فضای سایر سنجیده شود، به تطبیق آن بر ادله موجود نیاز است. برای رسیدن به نتیجه دقیق در این زمینه باید دو موقعیت را از هم تفکیک نمود:

الف. زمانی که عرف جاری در جامعه، رایانه را درکنار دیگر کارکردهای آن، مانند پردازش سریع و دقیق اطلاعات، محل مناسبی برای نگهداری برخی از داده‌ها و اطلاعات نمی‌داند؛ حتی اگر آن رایانه از ضریب ایمنی بالایی برخوردار باشد. مانند زمانی که شخصی اطلاعات مهم علمی، امنیتی و یا اقتصادی را در دستگاهی رایانه‌ای یا وبسایتی ذخیره می‌کند؛ در چنین مواردی، اگر این اطلاعات سرقت شوند، هتک حرز معنا پیدا نکرده و در نتیجه امکان اجرای حد سرقت نیز وجود ندارد.

ب. زمانی که عرف جامعه، رایانه را محل نگهداری هرگونه داده و اطلاعات می‌داند:



در این صورت نیز باید دو مورد را از هم تفکیک کرد: نخست، اطلاعاتی که عرف، صرف وجودش در رایانه را حرز می‌داند و دوم، اطلاعاتی که صرف وجود آن در رایانه، حرز به‌شمار نمی‌آید، بلکه برای حرز محسوب شدن آن، باید رایانه به دستگاه‌های امنیتی مناسب مانند قفل نرم‌افزاری و رمز عبور مجهز باشد (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸: ص ۳۴۶).

فقیه باید نظرات عرف در هر مورد را باتوجه به ادله موجود نقد و بررسی کند و در صورت انطباق با ادله، به صحت و منجز بودن نظر عرف حکم دهد.

### ۳-۳. فقیهان معاصر و هتک حرز اینترنتی

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه استفساریه‌ای را از نه تن از مراجع تقلید درباره سرقت اطلاعات سّری کدگذاری شده و رمزدار از شبکه‌های رایانه‌ای و رایانه‌های شخصی انجام داده است. در این استفساریه سه سؤال مطرح شده است:

الف. سرقت اطلاعات سّری کدگذاری شده و رمزدار از شبکه‌های رایانه‌ای یا رایانه‌های شخصی و کشف رمز آنها چه حکمی دارد؟

ب. سرقت و فروش غیرمجاز شماره‌های تلفن همراه از سوی آشنایان به تکنیک الکترونیک مرکزی آن چه حکمی دارد؟

ج. آیا باوجود دیگر شرایط، امکان اجرای حدّ سرقت وجود دارد؟

به‌جز حضرت آیت‌الله خامنه‌ای، دیگر عالمانی که در این استفساریه از ایشان سؤال شده، در جایز نبودن سرقت اطلاعات سّری کدگذاری شده و رمزدار از رایانه‌های شخصی و غیرشخصی متفق القول هستند؛ اما در جاری کردن حدّ سرقت بر سارقین ائتفاق نظر ندارند. حضرات آیات بهجت<sup>ره</sup>، میرزااجواد تبریزی<sup>ره</sup>، محمد فاضل لنکرانی<sup>ره</sup> و موسوی اردبیلی<sup>ره</sup> معتقدند که جاری کردن احکام سرقت (حد) در این‌گونه موارد مصداق ندارد؛ ولی برخی دیگر مانند آیت‌الله سیستانی و آیت‌الله مکارم شیرازی در این‌باره معتقدند که حدّ شرعی باید با اجتماع شرایط اجرا شود.

حضرت آیت‌الله خامنه‌ای در پاسخ به این استفسار به چنین مرقوم فرموده است: «بدون اذن صاحبان برنامه‌های رایانه‌ای احتیاطاً از آنها استفاده نشود». مرحوم آیت‌الله بهجت رحمته‌الله در پاسخ به این سؤال‌ها، مجازات آن را تعزیر دانسته است. مرحوم آیت‌الله میرزا جواد تبریزی رحمته‌الله، در این باره مرقوم نموده است: «چنانچه ضمن عقد بیع و یا عقد دیگر شرط شده که این کار را انجام ندهد، باید به آن وفا نماید، ولی بر وفا نکردن حد جاری نمی‌شود». آیت‌الله سیستانی در پاسخ به دو سؤال اول، چنین پاسخ داده است که «جایز نیست». او در پاسخ به سؤال سوم درباره امکان اجرای حد سرقت نیز چنین می‌گوید: «با اجتماع شرایط، باید اجرا شود». در این رابطه، آیت‌الله صافی گلپایگانی معتقد است:

«موارد مختلف است. به‌طور کلی در هر موردی که موجب تصرف در مال دیگران و یا کشف سر آنها باشد، جایز نیست و در صورتی که موجب ضرر باشد، ضمان نیز هست و اگر سرقت مالی با شرایط مقرر در بین نباشد، اجرای حد جایز نیست».

آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی رحمته‌الله در پاسخ به این استفسار به چنین فرموده است:

«کشف اطلاعات محرمانه یا گذشته و رمزار جایز نیست و چنانچه از این طریق ضرر و زیانی وارد شود، احتمال ضمان بعید نیست. لکن این مورد از مسئله سرقت در فقه خارج است و احکام آن را ندارد».

آیت‌الله مکارم شیرازی با تأکید بر اینکه «سرقت به‌هرحال حرام است»، پاسخ داده است:

«اگر اطلاعاتی باشد که جنبه مالکیت دارد و در عرف عقلای امروز خرید و فروش می‌شود، در صورتی که شرایط حد سرقت در آن جمع باشد، اجرای حد سرقت بعید نیست. البته این در مورد کسانی است که اموال آنها محترم است».

مرحوم آیت‌الله موسوی اردبیلی رحمته‌الله در این باره معتقد بود که: «این اعمال حرام است،



ولی اجرای حد نمی‌شود کرد و از موارد تعزیر است». نظر آیت‌الله نوری همدانی نیز درباره پرسش‌های مطرح شده در این استفساریه بدین شرح است: «سرقّت به هیچ‌نحو جایز نیست، ولی اجرای حدّ و تعزیر منوط به نظر فقیه است» (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۳: ص ۴۶).

با بررسی نظرات فقیهان، مشاهده می‌شود که همه آنها در چهارچوب دو نظریه عمده و متضاد می‌گنجند: نخست، نظریه‌ای که مبنی بر تعزیری بودن سرقت‌های اینترنتی است و دوم، نظریه‌ای که برپایه حدّی بودن این سرقت‌ها است.

### ۳-۳-۱. دسته‌بندی نظریات

#### ۳-۳-۱-۱. تعزیری بودن سرقت‌های اینترنتی

مطابق این نظریه، سرقت اینترنتی از مصادیق سرقت حدّی مطرح شده در فقه نیست و نباید بر مرتکب آن حد جاری شود. طرفداران این نظریه معتقدند که سرقت اینترنتی نیز مانند سرقت فیزیکی حرام بوده و در صورت ایجاد ضرر، باعث ضمان است. با وجود این، به دلیل نبود حضور فیزیکی و استفاده نکردن از دست، که یکی از اعضای اصلی در سرقت فیزیکی است، حکم عدم جواز اجرای حد را برای آن صادر کرده‌اند. دلیل دیگری که ایشان آورده‌اند، تحقق نیافتن هتک حرز در سرقت اینترنتی است (موسوی و قربانی، ۱۳۸۹: ص ۷۱۴). حضرات آیات فاضل لنکرانی<sup>ع</sup> و موسوی اردبیلی<sup>ع</sup> از جمله طرفداران این نظریه‌اند.

#### ۳-۳-۱-۲. حدّی بودن سرقت‌های اینترنتی

برپایه این نظریه، در سرقت اینترنتی، سرقت تحقق پیدا کرده و در صورت اجتماع همه شرایط، حدّ قطع بر سارق جاری می‌شود. از کسانی که چنین اعتقادی دارند، آیت‌الله مکارم شیرازی و آیت‌الله سیستانی هستند. به نظر این دسته از فقیهان، سرقت اینترنتی می‌تواند مصادق سرقت حدّی باشد و در صورت وجود همه شرایط، حدّ قطع اجرا می‌گردد. در اثبات این نظریه می‌توان به دو دلیل تمسک جست:

## یکم. انطباق تعریف

سرقّت حدّی عبارت است از «اخذ مال غیر به طور پنهانی از حرز». سرقّت اینترنتی نیز به این صورت است که کاربر بدون اجازه مالک اصلی داده‌ها و با استفاده از امکانات فضای مجازی اینترنت و شکستن قفل سایت یا دستگاه رایانه‌ای، وارد دستگاه یا سایت دیگران شده و داده‌های ارزشمندی را ربوده و به دستگاه خود منتقل می‌نماید. آیه ۳۸ سوره مائده را درباره هر دو نوع سرقّت‌های سنتی و اینترنتی می‌توان صادق دانست؛ توضیح آنکه، آیه یادشده دارای اطلاق است؛ مفسران قرآن هم در این آیه دو واژه «السارق و السارقه» را در همان معنای لغوی و عرفی اش (دزدیدن اموال دیگران) ترجمه و تفسیر نموده‌اند؛ افزون‌براین، نظرات عالمان ادبیات عرب نیز مؤید نظر مفسرین است. همچنین در روایتی که محمدبن مسلم نقل کرده است، امام صادق علیه السلام فرموده‌اند: «سارق کسی است که از مسلمانی چیزی را که مواظبت کرده و حفظ‌شده است، بدزدد.» (حرعاملی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۸، ص ۴۸۳). علاوه بر آنکه این تعریف بر سرقّت اینترنتی نیز منطبق است، مشاهده می‌شود که در تعریف سرقّت حدّی نیز قیدی نیامده که با تمسک به آن بتوان سرقّت اینترنتی را از دایره تعریف خارج نمود؛ همچنین آنچه در سرقّت مورد نهی است، نفس و اصل ربایش مال غیر است که این عمل ممکن است به شیوه‌های گوناگون و پرشماری صورت گیرد، ولی در اصل عمل سرقّت تغییری ایجاد نمی‌شود؛ یعنی ماهیت جدیدی حادث نمی‌شود؛ بلکه تنها شیوه تحقق جرم تغییر می‌کند (موسوی و قربانی، ۱۳۸۹: ص ۷۱۶). نکته دیگر در تعریف سرقّت، مال بودن عین مسروقه است. در عرف امروز، داده‌ها و اطلاعات اینترنتی با مصادیق پرشمار آن، مال و دارای ارزش اقتصادی هستند؛ زیرا نخست، قابل خریدوفروش و مبادله‌اند؛ دوم اینکه، عرف عقلاً به آن رغبت نشان داده و مطلوب آنان است و سوم، برطرف‌کننده نیازهای مردم امروزی در زندگی مادی و معنوی‌شان هستند. بنابراین، آنچه در سرقّت اینترنتی دزدیده می‌شود، همانند سرقّت فیزیکی، می‌تواند مشمول سرقّت حدّی باشد. امام خمینی علیه السلام در کتاب تحریر الوسیله چنین می‌نویسد:



«اگر چیزی بود که ما دلیلی بر اینکه به ملکیت در نمی‌آید نداشته‌ایم، به ملکیت در می‌آید و اگر منفعت عقلایی هم داشته باشد و کسی آن را تلف کند، فرد تلف‌کننده مانند دیگر اموال ضامن است» (۱۳۸۶: ج ۲، ص ۵۷۵).

بنابراین، اصل در فقه شیعه به‌ملکیت درآمدن اشیاء است مگر در مواردی که دلیلی بر نبود ملکیت اقامه شده باشد و به‌همین دلیل درباره داده‌ها و اطلاعات رایانه‌ای می‌توان چنین گفت که اگر دلیلی بر نبود ملکیت آنها اقامه نشود، به‌ملکیت در می‌آیند.

### دوم. انطباق شرایط

شرایط سرقت حدّی در بیشتر موارد به‌گونه‌ای است که با نوع اینترنتی آن تعارضی نداشته و همه آن شرایط به‌نوعی در سرقت اینترنتی نیز موجودند. بعضی از این شرایط، مانند بلوغ و عقل به سارق بر می‌گردند و اصلاً ارتباطی با اینترنتی بودن یا نبودن سرقت ندارند. برخی دیگر به مال مسروق بر می‌گردند که بخش اعظم آن اعم بوده و اختصاصی به غیر اینترنت ندارند: مثل اینکه گفته شده شیء سرقت‌شده متعلق به دیگری باشد، محترم باشد و مال مشترک نباشد. برخی دیگر از این شرایط به محل سرقت برمی‌گردند که به‌نظر می‌رسد در ماهیت سرقت اینترنتی هیچ خللی پدید نمی‌آورند و فقط در کیفیت مجازات، از این جهت که در دارالعدل است یا در دارالحرب، ممکن است مؤثر باشند. موضوع هتک حرز نیز، که یکی از شروط مهم و اساسی در سرقت حدّی است، در سرقت اینترنتی با شکستن قفل نرم‌افزاری یا رمز عبور وب‌سایت یا دستگاه رایانه‌ای تحقق پیدا می‌کند (موسوی و قربانی، ۱۳۸۹: ص ۷۱۷). مبنای این نظر قضاوت عرف متخصصان حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات، و کاربران فضای مجازی است که به تأیید فقیهان نیز رسیده است. از این رو، به‌نظر می‌رسد که با توجه به انطباق تعریف سرقت حدّی بر سرقت‌های اینترنتی و همچنین قابلیت انطباق شرایط لازم برای حدّ سرقت بر سرقت اینترنتی، نظر گروه دوم از فقیهان که به جاری نمودن حدّ قطع ید بر سارق اینترنتی قائلند، به ثواب نزدیک‌تر بوده و باید درباره سرقت‌های اینترنتی که دارای جمیع شرایط سرقت حدّی هستند، به امکان اجرای حدّ سرقت قائل باشیم.



مطابق آنچه که در عرف جوامع امروزی جریان دارد و باتوجه به معنای مشهور هک که ایجاد تغییر و تحول در یک برنامه به گونه ای است که افراد بتوانند به امکانات و قابلیت هایی که به طور عادی در دسترس شان نیست، دسترسی پیدا کنند، می توان چنین نتیجه گرفت: در سرقت هایی که در فضای مجازی اینترنت رخ می دهند، سارق بدون حضور فیزیکی در محل سرقت، به شکستن قفل وبسایت و یافتن نام کاربری و رمز عبور اقدام کرده و اطلاعات را برداشت نموده و در دستگاه رایانه ای خود ذخیره می کند و این گونه سوءاستفاده ها از مصداق های هتک حرز در فضای سایبر هستند (ایزدی فرد، ۱۳۸۹: ص ۴۹)؛ از این رو، اگر یک نفوذگر غیرمجاز به هک و شکستن قفل نرم افزارهای امنیتی یک دستگاه یا شبکه رایانه ای اقدام نماید، عمل وی را هم پایه شکستن قفل گاوصندوق، و سرقت داده ها را مانند سرقت اشیاء و اموال درون آن گاوصندوق می دانند: هم از لحاظ شنیع بودن عمل و هم از نظر جرم بودن آن.

در نتیجه، وقتی دیدگاه عرف متخصصان و طراحان نرم افزارهای امنیتی و وبسایت ها و همچنین کاربران اینترنت بر این است که سرقت در فضای مجازی با سرقت فیزیکی فرقی ندارد و شکستن قفل امنیتی وبسایت و شبکه رایانه ای مانند شکستن قفل درب مغازه یا گاوصندوق است و فقیهان نیز باتوجه به ادله موجود، این نظر را تأیید می کنند، پس چنین عملی اگر از سوی نفوذگر غیرمجاز انجام شود، مصداق هتک حرز بوده و در صورت اجتماع دیگر شرایط سرقت حدی، می توان حکم به اجرای حد سرقت بر سارق اینترنتی داد.

#### ۴. نتیجه گیری

از مجموع آنچه گفته شد، به دست می آید که داده های فاقد مالیت از حوزه سرقت اینترنتی (ربودن غیرمجاز داده ها و اطلاعات متعلق به دیگری به صورت مخفیانه، با هر دو شیوه نسخه برداری، و انتقال داده ها و اطلاعات) خارج هستند. البته، باید توجه نمود که منظور از مالیت داشتن، رواج و مالیت آن در بازار نیست؛ بلکه ممکن است هر چند برخی داده ها



برای عده‌ای از افراد دارای ارزش مالی نباشند، ولی همان داده‌ها برای برخی دیگر از افراد از ارزش مالی برخوردار باشند. بنابراین، بهتر است این‌گونه گفته شود که موضوع سرقت‌های اینترنتی، داده‌ها و اطلاعاتی هستند که ازسوی قانون و شرع حمایت می‌شوند: مواردی چون داده‌ها و اطلاعات مالی، علمی، شغلی و هرآنچه که نزد عرف دارای مالیت است (مانند حقوق معنوی) و همچنین، خدمات. به همین دلیل است که محدوده سرقت‌های اینترنتی بسیار وسیع‌تر از سرقت‌های سنتی است.

همچنین میان سرقت‌های اینترنتی و سرقت‌های سنتی تفاوت ماهوی وجود ندارد، و ارکان و عناصر تشکیل‌دهنده هر دوی آنها یکی است؛ با این قید که تنها تفاوت‌هایی که در محیط وقوع این دو جرم وجود دارد، موجب تمایز این دو نوع سرقت از یکدیگر شده است. البته، این تفاوت‌ها هم ناشی از ویژگی‌های دو فضای مجازی و سایبر است. براین اساس، اگر حکم به حدّ قطع ید در سرقت اینترنتی پذیرفته شود، برای اجرای آن باید همه شرایط لازم فراهم باشد.

یکی از شروط بسیار مهم، تحقق مسئله هتک حرز ازسوی سارق است. به‌نظر بیشتر فقیهان، تعریف مشخصی برای حرزی که معتبر در اجرای حدّ سرقت است، در نصوص شرعی وجود ندارد؛ از این رو، تشخیص حرز بودن یا نبودن هر چیز به عرف واگذار شده است؛ مشروط بر آنکه، فقیه این عرف را با ادله تطبیق دهد و متناسب بودن آن حرز را احراز نماید. با مراجعه به عرف و رویه موجود در جامعه امروز، مشاهده می‌شود که وبسایت یا رایانه مجهز به نام کاربری و رمز عبور یا دیگر روش‌ها و دستگاه‌های امنیتی را می‌توان حرز متناسب برای داده‌های رایانه‌ای به‌شمار آورد. در نتیجه، هک کردن آن دستگاه رایانه‌ای یا وبسایت را از مصداق‌های هتک حرز می‌توان دانست و چنین نتیجه گرفت که: اگر در سرقت اینترنتی سارق اقدام به هک نمودن دستگاه امنیتی وبسایت یا شبکه‌ای رایانه‌ای نماید و قفل نرم‌افزاری آن را بشکند، اقدام به هتک حرز نموده است و برای تحقق آن نیازی به هتک فیزیکی نیست.

براین اساس، اگر به امکان اجرای حدّ سرقت در سرقت‌های اینترنتی معتقد باشیم و دیگر شرایط لازم نیز فراهم باشد، حدّ قطع ید را بر چنین سارق می‌توان اجرا نمود. این، نظری است که برخی از فقیهان معاصر، برپایه استفساریه‌های انجام‌شده (که نمونه‌ای از آن در این نوشتار بیان و بررسی شد)، تأیید کرده‌اند.



## کتابنامه

۱. الهی منش، محمدرضا و ابوالفضل سدره‌نشین (۱۳۹۱)، محشای قانون جرایم رایانه‌ای، تهران، مجد، چاپ دوم.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، المکاسب، قم، باقری، چاپ نخست.
۳. ایزدی فرد، علی‌اکبر و علی بیردهی حاجی کلا (۱۳۸۹)، «تأملی بر چالش‌های جرم‌انگاری جرائم مجازی (رایانه‌ای)»، چاپ‌شده در مجموعه مقالات اولین همایش ملی فقه و مسائل مستحدثه (نوظهور).
۴. بای، حسین علی و بابک پورقهرمانی (۱۳۸۸)، بررسی فقهی حقوقی جرایم رایانه‌ای، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ نخست.
۵. بجنوردی، حسن (۱۳۸۹ق)، القواعد الفقهية، قم، دارالکتب العلمیة، چاپ دوم.
۶. حر عاملی، محمدبن‌الحسن (۱۴۱۶ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌البتین لإحياء التراث، چاپ دوم.
۷. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۶ق)، تحریرالوسیلة، قم، دارالعلم، چاپ دوم.
۸. دی‌آنجلیز، جینا (۱۳۸۳)، جرایم سایبر، ترجمه سعید حافظی و عبدالصمد خرم‌آبادی، تهران، شورای عالی توسعه قضائی: دبیرخانه شورای عالی اطلاع رسانی، چاپ نخست.
۹. سالاری، مهدی (۱۳۸۹)، سرقت تعزیری و رایانه‌ای، تهران، میزان، چاپ نخست.
۱۰. سلامی، حمیده (۱۳۹۴)، بررسی و تطبیق سرقت سایبری و کلاهبرداری سایبری، تهران، مجد، چاپ نخست.
۱۱. شاه‌مرادی، خیرالله (۱۳۹۱)، بررسی جرم سرقت رایانه‌ای و تطبیق آن با سرقت سنتی در نظام حقوقی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم: مرکز آموزش الکترونیکی.
۱۲. شهید ثانی (زین‌الدین عاملی جبعی) (۱۳۸۵)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، داوری، چاپ دوم.
۱۳. شیخ صدوق (محمدرضا علی) (۱۴۰۴ق)، من لایحضره الفقیه، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم.

۱۴. شیخ طوسی (۱۴۰۰ق)، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق)، *المبسوط في فقه الإمامية*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ دوم.
۱۶. صابونی، محمدعلی (۱۳۸۹)، *روائع البيان في تفسير آیات الأحكام من القرآن*، سندج، انتشارات کردستان، چاپ دوم.
۱۷. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۹۰)، *جواهرالكلام في شرح شرايع الإسلام*، تهران، خرسندی، چاپ نخست.
۱۸. طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع البحرين*، بیروت، مؤسسة الوفاء، چاپ دوم.
۱۹. عالی پور، حسن (۱۳۹۰)، *حقوق کیفری فتاوری اطلاعات (جرایم رایانه‌ای)*، تهران، خرسندی، چاپ دوم.
۲۰. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۳ق)، *قواعدالأحكام في معرفة الحلال و الحرام*، قم، نشر اسلامی، چاپ نخست.
۲۱. فتحی، حجت‌الله (۱۳۹۳)، *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (حدود)*، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، چاپ نخست.
۲۲. فیومی، احمد بن محمد (۱۳۷۴)، *مصباح‌المنیر*، قم، الهادی، چاپ سوم.
۲۳. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، چاپ دوازدهم.
۲۴. محمدنسل، غلامرضا (۱۳۹۲)، *حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای در ایران*، تهران، میزان، چاپ نخست.
۲۵. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (۱۳۸۳)، «استفساریه»، *دادرسی*، ش ۴۶.
۲۶. معین، محمد (۱۳۷۷)، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، چاپ دوازدهم.
۲۷. موسوی، روح‌الله و حبیب قربانی (۱۳۸۹)، «سرقتهای اینترنتی: عدالت در حد است یا تعزیر؟»، چاپ‌شده در مجموعه مقالات اولین همایش ملی فقه و مسائل مستحدثه (نوظهور).







## بررسی مدعاے تأثر فیض کاشانے و محقق سبزواری از متصوفه اهل سنت در مسئله غنا

حمید ایمان دار\*

احسان علی اکبری بابوکانی\*\*

### چکیده

فیض کاشانی و محقق سبزواری با طرح نه چندان صریح حلیت نفسی غنا در عصر گسترش تصوف شیعی به تأثر از صوفیان سنی و به ویژه ابو حامد غزالی به طلایه داری صوفیه عامی مذهب متهم شده اند. به باور مخالفان، طرح مسئله حلیت غنا از سوی فیض و محقق، راهبردی زیرکانه در حجیت بخشی به وجد و سماع صوفیانه بوده است. با وجود این، با تطبیق نظریات فیض کاشانی، محقق سبزواری و غزالی درمی یابیم که هدف نهایی غزالی از طرح مسئله حلیت نفسی غنا، صرفاً تصویب مناسک صوفیانه، از جمله وجد و سماع بوده و برخلاف فقیهان شیعه چندان با محظوریت تعارضات روایی منابع عامه مواجه نبوده است؛ بنابراین، او در طرح این مسئله اساساً رویکردی درجه اول و موضوع محور اتخاذ نموده و از این رو، به شکل گسترده ای در پی جویی راهبردهای ایجابی اثبات حلیت غنا کوشیده است؛ در نقطه مقابل، فیض و محقق قرار دارند که مؤلفه هایی از نظریه غزالی را در رفع تعارض ها و تخصص های فراوان روایات شیعی به کار گرفته اند و به سبب ارائه همین رویکرد درجه دوم و مسئله محور از توجه لازم پذیرش حلیت نفسی غنا، که همان تصویب سماع صوفیانه باشد، امتناع نموده اند.

**کلیدواژگان:** غزالی، فیض کاشانی، محقق سبزواری، غنا، حلیت نفسی، تصوف.

مناقشه فقیهان شیعه در مسئله حلیت نفسی غنا در عصر صفویه به اوج رسید، و فیض کاشانی و محقق سبزواری، به عنوان دو تن از فقیهان شیعه، آماج حملات مخالفان و ردیه‌نویسان قرار گرفتند. البته، محقق سبزواری افزون‌بر تبیین نظریه حلیت غنا در کفایة الاحکام، رساله تحریمیه‌ای نیز نگاشته بوده است. گرچه روشن نیست او این رساله را پیش از ارائه نظریه خاص خود نگاشته است یا پس از آن، ولی فشار مخالفان در نوشتن چنین رساله‌ای محتمل است. به‌هرروی، این دو فقیه به دلایلی و با اتهاماتی چون خرق اجماع فقیهان شیعه و گرایش‌های صوفیانه، نقطه ثقل هجوم مخالفان قرار گرفتند.

شیخ‌حر عاملی از تأثیرپذیری عالمان شیعه از آثار سنیان سخن گفته و در فصل دهم کتابش تصریح کرده که منظور او نه مخالفت با استفاده علمی از آثار اهل سنت بلکه تأثیرپذیری از این دیدگاه‌هاست. به اعتقاد او، این تأثیرپذیری، به‌ویژه در جهت تحلیل نوع خاصی از غنا، در شیعیان صوفی مسلک رخ داده است (۱۳۷۶: ص ۱۶۹).

در ادامه خواهیم گفت که پیوند دادن نظریات افرادی چون فیض و محقق سبزواری به گرایش‌های صوفیانه، منصفانه نیست و نوعی تنگ‌نظری و سخت‌گیری به‌شمار می‌آید، زیرا اساساً غایت این افراد در تأیید حلیت نفسی غنا رویکردی درجه‌دوم و برای رفع تعارض‌های روایات شیعی بوده است. نمونه بارز این مسئله، سیدماجد بحرانی است که رساله‌ای در حلیت غنا در قرآن با هدف دفاع از تلاوت‌های آهنگین نگاشته و جالب اینکه او گرایش‌های صوفیانه نیز نداشته است (بحرانی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۵۱۸)؛ اما این مسئله درباره کسانی چون فیض کاشانی سهل‌تر است، زیرا هدف ایشان از تأیید حلیت غنا، صرفاً دادن پاسخی به تعارض‌ها و مخصص‌های فراوان روایات بوده است. خرده‌گیری‌های مخالفان فیض هم بر لوازم نظریه او قرار گرفته است؛ به‌گونه‌ای که وی را به‌سبب طرح حلیت غنا موافق با طرب‌انگیزی، و در نتیجه، سماع صوفیانه جلوه داده‌اند؛ درحالی‌که خواهیم گفت وی به‌صراحت از سماع صوفیان برائت جسته است.

در حال، آنچه نوشتار پیش‌رو عهده‌دار بررسی آن است، بررسی مدعای تأثر این دو



فقیه، که برجسته‌ترین نظریه‌پردازان حلیت نفسی غنا هستند، از صوفیان اهل سنت و به‌طور مشخص ابو حامد غزالی است؛ مسئله‌ای که از سوی مخالفان، به‌جد، دستاویزی برای نقد و هجو این دو فقیه شده است.

این تأثیرپذیری، به‌ویژه درباره فیض کاشانی محتمل‌تر است، زیرا وی بخشی از نظریاتش را در مستدرک خود بر احیاء العلوم غزالی با عنوان المحجة البیضاء طرح نموده است؛ این امر گمان تأثر وی از غزالی صوفی مسلک را می‌تواند تقویت نماید. ما در این نوشتار می‌کوشیم اصل مدعای تأثر این دو از غزالی، و کیفیت و میزان این مسئله را بررسی نماییم؛ به عبارت دیگر، پرسش این است که در صورت تسلیم شدن به مدعای تأثر این دو از نظریات غزالی چه نقاط تشابه و افتراقی بین نظریات غزالی و این دو تن وجود دارد؟ آیا اساساً آرای فیض و محقق بازنابیی از گرایش‌های عرفانی و صوفیانه این دو و اثبات تأثر عمیقشان از غزالی بوده است یا تلاشی در جمع روایات متعارض درباره غنا و تفسیر مقبول آنها؟ بررسی تطبیقی آرای غزالی و این دو فقیه شیعی و پی‌جویی نقاط تشابه و افتراق آرای آنها روشن خواهد نمود که این تأثر در چه مؤلفه‌هایی صورت پذیرفته و چه اندازه از گرایش‌های عارفانه و صوفیانه متأثر بوده است.

پیش از ورود به اصل بحث، طرح کردن بخشی از کلیات درباره غنا و لهو امری بایسته است.

## ۱. مفهوم غنا و موضوع‌شناسی آن

یکی از دلایل اجمال مفهوم غنا تعاریف پرشماری است که لغت‌دانان و فقیهان درباره آن ذکر کرده‌اند که به اعتقاد برخی (تویسرکانی، ۱۳۷۶: ج ۲، ص ۹۶۵) به شانزده تعریف می‌رسد. شماری از این تعاریف، تنها شرح‌الاسم و تعیین مراد عرفی مفهوم غناست؛ مانند معنا کردن این واژه به خوانندگی (همان)؛ برخی دیگر، تفسیر باللائم مفهوم غناست؛ مانند تعریف غنا به مفاهیمی چون کشش صوت (همان، ص ۹۶۴)، ترجیع صوت (همان، ص ۹۶۵)، مطلق صوت (شریف کاشانی، ۱۳۷۶: ج ۲، ص ۱۲۲۵) و بالا بردن صدا و پی‌درپی آوردن آن (ابن‌اثیر، ۱۳۶۷: ج ۳، ص ۳۹۱). به این معنا که هر غنایی از جنس صوت بوده و



دارای ترجیح، کشش، و بالا بردن و توالی اصوات است؛ برخی از معانی غنا، تفسیر به مصادیق است: مانند تعریف غنا به سرود و دوبیتی (تویسرکانی، همان) و یا سماع (جوهری، ۱۴۰۷ق: ص ۲۴۴۹).

تعریف مشهور و مقبول غنا در میان بیشتر صاحب نظران اعم از فقیهان و اهل لغت (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۳، ص ۱۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۰۲ق: ج ۲، ص ۱۵۶؛ انصاری، ۱۳۹۲: ج ۲، ص ۲۱۹) صوت مشتمل بر «ترجیع مطرب» است. گفتنی است برخی محققان (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق: ص ۳۷۴؛ شریف کاشانی، ۱۳۷۶: ج ۲، ص ۱۲۳۶) قید ترجیع را در تعریف ذکر نکرده و غنا را «صوت مطرب» گفته‌اند. باید گفت طرب، مستلزم ترجیع صوت است (نه بالعکس) - همان‌گونه که شریف کاشانی (همان) نیز متذکر شده - و در این صورت، آوردن قید ترجیع بیهوده خواهد بود. اجمالاً، از دید نگارنده، «صوتی که عرفاً طرب‌انگیز باشد» تعریفی جامع افراد و مانع اغیار از غنا است.

## ۲. حقیقت مدعای فیض کاشانی و محقق سبزواری در انصراف غنا

نخستین بار، فیض کاشانی انصراف مفهوم غنا به نوع معهود آن در عصر امویان و عباسیان را مطرح نمود (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق: ج ۲، ص ۲۱؛ همو، ۱۴۰۶ق: ج ۱۷، ص ۲۰).

پیش از اینکه اصل مدعای وی را نقد کنیم، باید بگوییم بررسی ما نشان می‌دهد کلام وی به‌گونه‌های مختلفی فهمیده شده است: علامه شعرانی معتقد است فیض کاشانی غنای همراه با معاصی را حرام می‌داند و در عین حال، حرمت ذاتی را برای این صوت قائل نیست (شعرانی، ۱۳۷۱: ص ۹۵)؛ بلکه حرمت آن را عرضی و به‌جهت ملازمت آن با معصیت می‌داند. امام خمینی علیه السلام کلام وی را این‌گونه فهمیده است که غنا زمانی حرام خواهد بود که همراه با لوازمی چون رقص، شرب خمر و داخل شدن مردان در مجالس زنان باشد، نه صرف همراهی آن با عنوان کلی معصیت (۱۳۸۱: ج ۱، ص ۳۲۳). او معتقد است سرزنش افراطی فیض کاشانی و محقق سبزواری به‌سبب نظریه‌شان در غنا دور از انصاف است؛ زیرا به بیان وی، کلام این دو در تقسیم غنا به دو نوع حق و باطل صراحت دارد؛ به این معنا که غنای حق همان تغنی به محتوای دینی بوده و غنای باطل نیز به اصوات دارای

محرمات اختصاص می‌یابد. او به این نکته هم اشاره می‌کند که، برخلاف برداشت عالمان، این دو به حرمت ذاتی غنا معتقدند (همان).

شهیدمصطفی خمینی نیز حرمت غنا را تنها منصرف به بیت‌الغنا می‌داند که قاعداً سرچشمه‌اش همین درک ویژه از کلام فیض کاشانی است (مصطفی خمینی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۳۸۸). برخی از محققان نیز ظاهراً با تفسیری که از کلام فیض داشته‌اند تنها غنای شهوانی را مشمول روایات حرمت می‌دانند؛ همان‌طور که اشاره کردیم، این بیان دور از صواب است (ر.ک: بحرانی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۵۱۶؛ قاضی‌زاده، ۱۳۷۴: ص ۳۵۴).

اما اظهر این است که فیض کاشانی صوت همراه با محرمات را حرام می‌دانسته و تعلیل آن نیز معاونت صوت بر اثم در مجالس غنایی است؛ بنابراین، از نگاه فیض، اگر صوت همراه با معاصی با همان کیفیت در خارج از مجلس گناه اجرا شود، متصف به عنوان حرمت نیست، زیرا مناط حرمت، کیفیت صوت نیست بلکه معاونت صوت بر انجام محرمات است؛ از این رو، هرچند فیض حرمت را با کیفیات صوتی مرتبط نمی‌داند، ولی مقصودش غایت اجرای آواز همراه با گناه یا همان برپایی مجلس لهوی و در نتیجه، معاونت بر اثم است. همچنین، باور به اینکه حرمت غنای لهوی به محرمات مجلس گناه مربوط است نیز صحیح نیست؛ چون محرمات، خود عنوان جداگانه‌ای دارند و صوت غنایی باید به‌گونه‌ای در موضوع شرعی غنا دخیل باشد: حال یا با کیفیت صوت که از نظر فیض پذیرفتنی نیست یا با غایات مترتب بر صوت که مراد و قصد فیض نیز همین بوده است؛ یعنی او مفاسد غایت صوت لهوی را که آماده کردن مجلس برای انجام لهویات و محرمات بوده، در نظر گرفته است.

بنابراین، فیض کاشانی غنای فراهم‌سازنده مجلس لهوی را حرام می‌داند و اساساً به کیفیت «صوت بما هو صوت» و میزان طرب‌انگیزی آن توجهی ندارد؛ از این رو، وی صوت را به‌خودی‌خود محل اشکال نمی‌داند، بلکه در نگاه او، زمانی صوت به غنایی بودن متصف می‌شود که با مجلس لهو و تمهید اسباب گناه همراه شود؛ بنابراین، اگر همین صوت در خارج از مجلس گناه اجرا شود، مشکلی ندارد؛ این نگاه برخلاف نظریه غزالی و برخی فقیهان متأخر است که قید تناسب با مجالس لهو را که دقیقاً ناظر بر کیفیت صوت بوده ذکر

نموده‌اند، و صوت ویژه مجالس گناه را در هر جایی اجرا شود، موضوع حرمت می‌دانند.

البته، محقق سبزواری افزون بر صوت ملازم محرمت، صوت لهوی به مفهوم اخیر را نیز موضوع حرمت تلقی نموده و به عبارتی، کیفیات صوتی را در بخشی از موضوع حرمت غنا دخیل دانسته است؛ از این رو، در تفسیر مراد خود از صوت لهوی در تلاوت می‌نویسد: «حمل ما یدل علی ذم التغنی بالقرآن علی قرائة تکون علی سبیل اللہو کما یصنعه الفساق فی غنائهم» (۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۶۳۹).

روشن است که مراد محقق، کیفیت لهوی صوت است و نه همراهی قرائت با امور لهوی. حال، به سخن وی در تعیین مصادیق غنای محرم می‌رسیم که می‌نویسد: «لاریب فی تحریم الغنا علی سبیل اللہو أو إقتران بالملاهی و نحوها» (همان، ص ۱۶۴۱). در این بیان نیز بنابر قرینه یادشده در حکم تلاوت قرآن علی سبیل اللہو، مراد وی از «علی سبیل اللہو» و «اقتران بالملاهی» به ترتیب صوت لهوی و صوت ملازم با محرمت است، نه اینکه وی مانند فیض کاشانی تنها صوت ملازم و مقارن با محرمت را حرام بداند؛ بنابراین، به این جهت سخن محقق سبزواری خواسته یا ناخواسته شبیه بیان غزالی است که هر دو مفهوم غنای همراه با محرمت (صراحتاً) و صوت لهوی (تضمناً) را موضوع حرمت می‌داند.

از این رو، اساس اشکال مخالفان به فیض کاشانی در همین نفی حرمت نفسی غنا - به هر دو مفهوم صوت مطرب و یا صوت لهوی - است. اما بیان شد که محقق سبزواری با دخیل دانستن صوت لهوی در موضوع حرمت از انتقادات مخالفان می‌تواند در امان باشد؛ زیرا او قاعداً افزون بر حرمت صوت همراه با محرمت، قائل به حرمت نفسی صوت نیز هست.

### ۳. بررسی تطبیقی راهبردهای ایجابی غزالی، فیض و محقق در اثبات حلیت ذاتی غنا

در این بخش می‌کوشیم راهبردهای ایجابی سه فقیه مورد بحث را در اثبات حلیت ذاتی

غنا پی جویی، و با هم قیاس نماییم.

### ۳-۱. استنادات غزالی در اثبات نظریه حلیت ذاتی غنا

#### ۳-۱-۱. اباحه صوت خوش در عموم محتوای دینی و غیر آن

غزالی معتقد است:

«آیات و روایات، صوت حسن را نیکو شمرده و به آن امر کرده است و این اباحه مختص محتوای دینی چون قرآن نیست؛ زیرا در این صورت، آواز عندلیب نیز باید در زمرة آواهای غیرمجاز قرار گیرد» (۱۳۷۶: ج ۳، ص ۲۴۵).

باید گفت قیاس غزالی بین صوت عندلیب و اصوات غنایی مع الفارق است؛ زیرا هیچ‌گاه اصوات حیوانات توانایی ایجاد خفت و طرب‌انگیزی حاصل از غنا را، به‌گونه‌ای که فرد از حالت طبیعی خود خارج گردد، ندارد. ظاهراً غزالی نخواستند وارد نزاع با قائلان به حرمت غنا به مفهوم صوت مطرب شود؛ چون این گروه نسبت بین صوت خوش و غنای مطرب را عموم من وجه می‌دانند و با اباحه صوت خوش غیرغنایی مشکلی ندارند؛ اما غزالی، همچون برخی فقیهان فریقین، خواسته است که اباحه صوت خوش را به‌نفع حلیت غنا مصادره نماید. فارغ از این مسئله، باید گفت غزالی تلاش دارد با طرح اباحه عموم اصوات موزون، مداخلیت کیفیت صوت را در حکم شرعی غنا مردود نماید.

#### ۳-۱-۲. استدلال به مطلوبیت سرور با غنا در اعیاد و عروسی‌ها

غزالی معتقد است جواز سرور در اعیاد و مانند آنها ملازم با مجاز بودن برانگیختن سرور و شادی است، و از آنجایی که غنا هم عهده‌دار همین امر است، پس غنا در اعیاد اشکالی ندارد؛ در اینجا نیز غزالی به‌نوعی از یادآوری اشکالات جدی مخالفان تغافل می‌ورزد و به اشکال تمایز بین غنا به‌مفهوم صوت مطرب، و صوت خوش به‌معنای عام آن اشاره‌ای نمی‌کند (همان، ص ۲۴۶۲). او به‌موجب حجیت قائل شدن برای قیاس شرعی، حکم حلیت غنا در اعیاد را که از روایات عامه استنباط نموده، به تمامی ایام سرور تعمیم داده است.





با وجود این، فیض کاشانی به صورتی دیگر، ضرورتی برای تخصیص غنای عروسی‌ها قائل نیست. او حرمت غنا را دایرمدار مقارنات آن می‌داند و به این واسطه، غنای شادی‌بخش را با تقید به نبود اقتران به محرمات، بلامانع می‌داند و به روایات مشعر بر غنا وقعی نمی‌نهد.

#### ۴. راهبردهای ایجابی غزالی، فیض و محقق در اثبات حلیت ذاتی غنا

روشن شد که غزالی اثبات حلیت ذاتی غنا را از ابتدا وجهه همت خود قرار داده و به واقع، با طرح راهبردهایی ایجابی در صدد اثبات حلیت ذاتی غنا بوده است؛ اما با بررسی مؤلفه‌های فیض و محقق درمی‌یابیم این دو تن اساساً تلاشی برای اقناع مخاطبان از راه ادله عرفی و عقلایی مدنظر غزالی صورت نداده‌اند. به نظر می‌رسد، اساس این راهبرد فیض و محقق به غایت متفاوت این دو و غزالی مرتبط باشد؛ به نحوی که غزالی، با رویکردی درجه اول، خواسته است حلیت غنا را برای تصویب سماع صوفیانه ثابت کند؛ اما با تتبع در مؤلفه‌های فیض و محقق، و آنچه در ادامه درباره شیوه پرداختن این دو به مبحث غنا می‌آید، درمی‌یابیم سبک پرداختن این دو تن به مسئله غنا، تمایزی ماهوی با روش غزالی داشته و نگاهی درجه دوم است؛ از این رو، به نظر می‌رسد این دو فقیه، به واقع، خود را سخت سرگرم رفع تعارض‌های روایات شیعی و کیفیت توجیه تخصص‌های فراوان مطرح‌شده در منابع شیعه نموده‌اند و به طرح کردن ادله تفصیلی برای اثبات حلیت غنا نیازی نمی‌بینند؛ چون، به واقع، خود را در مقام بنای نظریه‌ای جدید ندیده و حتی مدعای خود را با عنوان «حلیت نفسی غنا» مطرح نکرده‌اند؛ بلکه بی‌درنگ و بدون در نظر گرفتن لوازم امر، به حلیت غنا در محتواهای دینی، و انصراف غنای مذموم به غنای مقارن با محرمات فتوا داده‌اند تا از محوریت تعارض‌ها و تخصص‌های روایی رهایی یابند.

بنابراین، می‌توان گفت طرح نه‌چندان صریح و تلویحی مسئله حلیت ذاتی غنا از سوی فیض و محقق به واقع پاسخی طبیعی به حل تعارض‌های روایات شیعی در مسئله غنا بوده و به همین جهت، این دو ضرورت و داعی‌های پرجاذبه‌ای برای طرح راهبردهای ایجابی حلیت نفسی غنا احساس نکرده و به همین سبب، سرفصلی صریح و روشن با عنوان حلیت ذاتی غنا در نوشته‌های این دو وجود ندارد؛ در حالی که غزالی با چنین محظوریتی در روایات عامه روبه‌رو نشده و به علاوه، با اضطرار به حجیت‌بخشی به مسئله سماع، راهبردهای

ایجابی را در این مسئله مدنظر خود قرار داده است.

## ۵. تحدید مناطق حرمت غنای لهوی در نوشته‌های غزالی، فیض و محقق

در این بخش می‌کوشیم مناطق تحریم غنای لهوی را از نگاه سه محقق مورد بحث بررسی کنیم؛ از این رو، در خلال طرح این بحث از نگاه غزالی، به نقاط افتراق و تشابه احتمالی نظریات وی هم با محقق و فیض اشاره می‌کنیم.

### ۵-۱. مؤلفه‌های مناطق تحریم غنای لهوی از دید غزالی و قیاس آن با آرای فیض و محقق

#### ۵-۱-۱. تحریم غنای ملازم با محرّمات به حجت سد ذریعه حرام

غزالی سعی دارد حرمت غنای لهوی را از راه قیاس شرعی به حرمت خمر پیوند بزند؛ از این رو، بارها به مقایسه مناطق تحریم خمر و غنا گریز می‌زند. وی حکمت حرمت شرب خمر قلیل غیرسکرآور را اجتناب از دعوت این امر به شرب خمر سکرآور دانسته و تضمناً سد ذریعه از فعل حرام را علت این امر می‌داند (غزالی، ۱۳۷۶: ص ۲۴۵۳). در مقام تطبیق باید گفت استدلال به چنین امری در نوشته‌های فیض و محقق دیده نمی‌شود.

#### ۵-۱-۲. تحریم آلات ویژه لهو به حجت شعار بودن آن برای اهل فسق

غزالی استعمال آلات لهوی را موجب حرمت غنای حاصل از آنها دانسته است، هرچند چنین اصواتی موزون نباشند. او حرام شمردن اصوات آلات لهوی به سبب ماهیت غنایی آنها را رد نموده و تلبس به شعار فاسقان و تشبه به آنها را مناطق تحریم اصوات برآمده از آلات لهوی و استعمال آنها می‌داند (همان، ص ۲۴۵۵)؛ در نتیجه، وی اصوات برآمده از آلات ویژه لهو را، هرچند به کیفیت غیرموزون، حرام می‌پندارد (همان، ص ۲۴۵۳). با بررسی نوشته‌های مجمل فیض و محقق در مباحث غنا و صوت لهوی درمی‌یابیم این دو تن به چنین مبنایی در حرمت غنای لهوی عنایت نداشته‌اند.

### ۵-۱-۳. تحریم غنای یادآور محرمات

به‌باور غزالی، گوش دادن به غنا برای فردی که ازراه آن مجالس لهوی را در ذهن خود تصویر می‌نماید، منهی‌عنه است (همان، ص ۲۴۵۴). استدلال به چنین معیاری در نوشته‌های فیض و محقق دیده نمی‌شود و به‌عبارتی، توسعه مفهومی مناط حرمت غنای لهوی که غزالی طرح کرده، به‌هیچ‌روی خواسته محقق و فیض نبوده است.

### ۵-۱-۴. تحریم غنای مناسب با مجالس لهوی

غزالی اصوات موزون پخش شده از آلات مشترک موسیقی را تازمانی که آواهای مورد استفاده فاسقان را تولید نکنند، حلال می‌داند (همان، ص ۲۴۵۵). در اینجا به‌نظر می‌رسد غزالی مدخلیت کیفیت صوت را در موضع غنا پذیرفته است؛ زیرا حلیت اصوات آلات مشترک را به لهوی بودن آنها مقید کرده است و به‌عبارتی، در یک جمله اصوات متناسب با الحان فاسقان را تحریم نموده است؛ علت اضطراب غزالی در تصویب حرمت اصوات این‌چنینی همان تأکید وی بر حرمت تشبیه به فاسقان است؛ به‌همین دلیل، وی استعمال آلات ویژه اهل لهو را حرام نموده است. او در اینجا نیز گریزی از پذیرش حرمت صوت لهوی نداشته، چون این امر نیز مصداق صریح تشبیه به اهل معاصی و ترویج شعار فاسقان است. باید گفت وی در پذیرش این مسئله با محقق سبزواری همخوانی فکری دارد؛ زیرا محقق نیز آواز خواندن به‌شکل لهوی را نخست در قرآن و سپس به‌طور اطلاقی موضوع حرمت دانسته است. البته، مناط حرمت مدنظر سبزواری تشبیه به فاسقان نبوده و ظاهراً وی کیفیت حاکم بر اصوات مجالس لهوی را زمینه شهوت و گناه پنداشته است؛ اما غزالی تلذذ به صوت را موجب نهی ندانسته، بلکه صرفاً همانندی به اهل فسق را ازراه بهره بردن از آواهای ویژه ایشان لحاظ نموده است؛ بنابراین، وجه افتراق این دو تن در این مسئله است که هر دو باوجود پذیرش حرمت صوت لهوی با تصویب تضمینی کیفیت اصوات، به دو علتی که ذکر شد، وجوه مختلف این مسئله را در اثبات حرمت دخالت داده‌اند.

اما فیض کاشانی به‌هیچ‌روی مدخلیت کیفیت صوتی را در حرمت غنا یادآور نشده و به آن عنایتی نداشته است؛ ازاین‌رو، این امر وجه افتراق مهمی بین فیض کاشانی و غزالی



در مناط حرمت غنا به شمار می‌آید؛ گویانکه سبزواری نیز در این مسئله توافق تامی با غزالی ندارد.

#### ۵-۱-۵. شرطیت اغراض شنوندگان در حکم شرعی غنا

غزالی معتقد است در امر مباح، گاه به واسطه عوارضی، حتی نیات و قصد خواننده و شنونده حرام می‌گردد و ظاهر این است که بیان وی ناظر به غنا نیز باشد (همان، ص ۲۴۷۹)؛ اما این مبنای تأکید شده غزالی را در بیانات فیض و محقق شاهد نیستیم.

#### ۵-۱-۶. تحریم غنای دارای خواننده زن یا پسر بچه

غزالی زن بودن خواننده را از اسباب حرمت غنا بر شمرده و حرمت غنا با خوانندگی پسر بچه را نیز مقید به خوف از فتنه معصیت نموده است (همان، ص ۲۴۷۱). چنین مبنایی، به‌واقع، به عارضه‌ای خارج از غنا مرتبط است و قطعاً صوت شهوانی، فارغ از غنا بودن یا نبودن، از دیدگاه همه فقیهان فریقین حرام است.

#### ۵-۱-۷. ذم افزون‌خواهی از مطلق غنا ضمن توصیف آن به لهُو

غزالی لهُو را برای مؤمن مباح می‌داند و حتی آن را برای تدارک امور دینی و دنیوی یاری‌رسان می‌انگارد و معتقد است دوری از همه مصادیق لهُو صرفاً برای انبیا ممکن است؛ به‌همین ترتیب، وی نتیجه می‌گیرد که گوش سپردن به غنا، با عنوان مصداقی از لهُو، برای تحریک قلوب و جوارح مؤمنان و تهییج آنها به انجام دادن واجبات و نوافل لازم است؛ هرچند افراط در گوش دادن یا خواندن غنا را پسندیده ندانسته و آن را با زیاده‌روی در خوردن دارو قیاس می‌کند (همان، ص ۲۴۸۲)؛ همچنین، او مداومت بر غنا را، با عنوان مصداقی از لهُویات، با اصرار بر گناهان صغیره قیاس نموده و آن را تقبیح کرده است؛ افزون‌براین، روایت «الغناء یبیت النفاق» را نیز به مغنیان و افراط‌کنندگان در غنا نسبت می‌دهد (همان، ص ۲۴۸۰).

نوشته‌های اخیر غزالی، به‌واقع، تفسیر و تفصیلی از تأکید وی بر ضرورت اجتناب دینداران و جوانمردان از لهُویاتی چون غناست: امری که فیض کاشانی نیز به‌صراحت به



آن استناد جسته و چپین اموری را شایسته جایگاه و وقار اهل دین ندانسته است، هرچند این امور در زمره مباحات باشند. البته، فیض کاشانی این مسئله را ذیل غنا در محتواهای غیردینی همچون عروسی‌ها تذکر داده، ولی غزالی فی الجمله بر ضرورت نداشتن زیاد گوش دادن به غنا تأکید نموده است. فیض ذیل تبیین غنای غیرملازم با محرمات می‌نویسد: «برخی افعال شایسته واجدین مروت (افراد متدین و باوقار) نیست لذا جز در اموری که غرضی حقی بر آن مترتب است و شارع به آن اذن داده، بلکه به آن امر نموده (آواهای دارای محتواهای دینی و حق)، استعمال غنا (یعنی غنای غیرمقترن با محرمات) جایز نیست» (مختاری و صادقی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۶۵۵).

#### ۵-۱-۸. بررسی تطبیقی مناط تحریم غنای لهوی از منظر غزالی، فیض و محقق

همان‌گونه که در بخش تبیین حقیقتِ باور فیض و محقق در مسئله غنا اشاره نمودیم، این دو تن به‌واقع با طرح نظریه انصراف، مناط تحریم غنا را به مقارنات آن پیوند زده‌اند؛ همچنین بیان نمودیم که محقق کیفیت صوتی را نیز با عنوان صوت لهوی در حرمت غنا دخیل می‌داند. به‌هرروی، نخست، تضییق شدید مناط حرمت از دید این دو فقیه به‌نسبت غزالی روشن است که این مؤیدی بر متأثر نبودن این دو از نوشته‌های غزالی است؛ دوم اینکه، می‌توان گفت این مسئله با اشتراک لفظی غنا در روایات شیعی مرتبط است؛ به‌گونه‌ای که مساعی فیض و محقق را در راستای حل این مسئله می‌توان ارزیابی نمود: امری که با طرح نظریه انصراف، فارغ از صحت و یا عدم استواری آن قابل تحقق بوده است؛ اما درسوی مقابل، غزالی نه با این تنگنا، که با مسئله موضوع محور حجیت‌بخشی به سماع صوفیانه و در ادامه، ضرورت مرزبندی میان مجلس‌های صوفیانه و محفل‌های فاسقان روبه‌رو بوده است؛ او به‌تبع همین، به تعدد مناط تحریم غنا دچار شده است؛ سوم اینکه، مبانی مطرح‌شده در مناط تحریم غنای لهوی نزد غزالی با معیارهای فقه عامه تناسب زیادی دارد و طرح مسئله سد ذریعه و تشبه به فاسقان در همین راستا صورت پذیرفته است: امری که با اقبال فیض و محقق روبه‌رو نشده است؛ بنابراین، ملاحظه می‌شود این دو تن در سرتاسر مباحث خود در موضوع غنا و صوت لهوی به تأثیر این امر

در حرمت و صوت لَهوی اشاره‌ای ننموده‌اند. درنهایت، باید گفت دیدگاه‌های فیض و محقق در مناط تحریم غنای لَهوی نسبتی با نظریات غزالی در این حوزه ندارد.

## ۶. موضوع شرعی غنا از منظر غزالی، فیض و محقق

در خلال تنقیح مناط حکم غنا، موضوع شرعی غنای لَهوی نیز از دید غزالی روشن شد؛ به این صورت که او ضمن بیانات خود موضوعات فراوانی را برای حرمت غنا ذکر نموده که از این قرارند: «صوت لَهوی»، «صوت مذکر محرّمات»، «صوت برآمده از آلات لَهوی» و «صوت مشتمل بر محرّمات و اباطیل»، «صوت برانگیزاننده شهوت بنا به مقتضیات طبعی افراد»، «آوای غنایی زن و یا پسر بچه با قید خوف فتنه» و «صوت شنیده شده به غرض باطل».

این فراوانی موضوعات، در نگاه محقق سبزواری به «صوت لَهوی»، «صوت دارای اباطیل» و «صوت ممهد و ملازم معاصی» فرو کاسته شده و فیض نیز تنها دو نوع «آوای ممهد مجالس لَهوی» و «صوت مشتمل بر ماده باطل و حرام» را موضوع شرعی حرمت غنا قرار داده است.

از این چند مورد یادشده در کلمات فیض و محقق، «سخن دارای کلمات مهیج» حرمت نفسی داشته و به غنایی بودن صوت ارتباطی ندارد؛ بنابراین، می‌بینیم که این فراوانی موضوعات حرمت غنای لَهوی در بیان غزالی، به هیچ‌روی در نظریات این دو تن وجود ندارد و از این‌رو، این مسئله هم مؤید دیگری بر بطلان تأثر عمیق و اکمل فیض و محقق از آراء غزالی است.

## ۷. بررسی تطبیقی نظریات غزالی، فیض و محقق در باب غنا

پس از توضیحات پیشین، مهمترین وجه افتراقی که میان روش غزالی و دو فقیه یادشده قابل ذکر است، رویکرد و نوع نگاه آنها به مسئله حلیت ذاتی غناست. به عبارت دیگر، بیان شد که فیض و محقق، برخلاف بیان برخی فقیهان، حقیقتاً به حلیت ذاتی غنا معتقدند، ولی رویکرد آنها به این مسئله از نوع نگاه درجه دوم و به نوعی تدافعی است: توضیح اینکه،

نزدیکی رأی این دو تن در بخش‌هایی به مبانی غزالی در جهت حل تعارضات روایات شیعی محدود است؛ به‌گونه‌ای که گویا فیض و محقق از فراوانی تخصیص‌های موجود در روایات شیعی به‌تنگ آمده و در جست‌وجوی چاره، بخشی از بیان امثال غزالی را تطبیق داده‌اند تا به این صورت، عمومیت و اطلاق روایات با تخصیص‌ها و تقییدهای پرشمار در معرض آسیب قرار نگیرد؛ این نکته زمانی تأیید می‌شود که می‌بینیم فیض کاشانی، بلافاصله پس از طرح حلیت غنای مجرد از عوارض حرام می‌نویسد: «وجهی برای تخصیص غنا در عروسی‌ها نیست؛ گواینکه رخصت در امور دیگری نیز وارد شده؛ جزاینکه گفته شود برخی امور مباح هم شایسته اصحاب مروت و اهل تدین نیست (همان، ص ۱۶۵۳).

اینجا فیض به این نکته توجه دارد که فراوانی مخصص‌ها مشکل‌ساز است، و ضمن اینکه همه انواع غنای موجود در مخصص‌ها را با طرح حلیت ذاتی آنها تأیید می‌کند، اشتغال به این امور را شرط عقل، تدین و وقار می‌داند. او در ادامه، اشکال تفسیر روایت «حلیت بیع کنیز خوش‌صوت برای تذکر امور اخروی» را نیز با این طرح خود حل شده می‌داند و معتقد است خواندن محتوای حق به‌صورت غنایی اشکالی ندارد؛ بنابراین، می‌بینیم که محدث کاشانی به این دیدگاه صرفاً رویکردی درجه‌دوم و تدافعی داشته است.

حال به روش غزالی باز می‌گردیم؛ وی از ابتدا بر آن است با توجیه‌های پرشمار عقلایی و عرفی همه کیفیات «مطلوب» صوتی را از عنوان حرمت خارج نموده و به‌واقع، توجیهی شرعی و عقلی برای تصویب سماع صوفیانه بیابد: توجیهاتی همچون دلالت تلذذ به غنا بر اعتدال مزاج و روحانیت قلبی شنونده، توجه به سماع به اعتبار تأثیر آن در قلب، قیاس وجد و تلذذ سماع با لذات حواس انسان، استدلال به مطلوبیت غنا در عزا با عنوان نوحه محمود، استدلال به مطلوبیت سرور در اعیاد و عروسی‌ها به‌وسیله غنا، و استدلال به حلیت آواهای رجزیات و غزویات. جالب اینکه، عنوان فصل مشتمل بر مباحث غنا در احیاء العلوم غزالی وجد و سماع است که دورنما و افق مدنظر غزالی را در رساله تعیین می‌کند. مسیر غزالی برای اقناع مخاطب به مطلوبیت عموم غناها بسیار هموار به نظر می‌رسد؛ چون روایات معتبر پرشماری در منابع اصیل اهل سنت وجود دارد که مشتمل‌اند

بر تقریر عمل اهل غنا از سوی پیامبر ﷺ (همان، ص ۲۴۶۳): چیزی که در منابع شیعی با آن مواجه نیستیم؛ از این رو، باید گفت غزالی دارای نگاهی درجه اول و رویکردی تهاجمی در جهت اثبات مطلوبیت غنا و در نهایت، تصویب وجد و سماع صوفیانه است؛ مسئله‌ای که به هیچ روی در مکتوبات فیض و محقق نمی‌بینیم؛ به بیان دیگر، این دو تن، برخلاف غزالی، به راهبردهای ایجابی در برگزیده طرح دلایل عقلایی، عرفی و نقلی برای اثبات اباحت غنا روی نیاورده‌اند؛ چون رویکرد مسئله‌محور ایشان برای حل تعارض‌های روایات شیعی تلاشی بیش از این را ایجاب نمی‌کرده است؛ برعکس غزالی که غایتی چون شرعی جلوه دادن وجد و سماع را ورای تقریرات تفصیلی خود در نظر داشته است. محقق سبزواری نیز به روشنی در جهت چاره‌اندیشی برای روایات مدح و ذم تغنی به قرآن و روایات نکوهش غنا، با لحنی بسیار محتاطانه و نه‌چندان جزم‌اندیشانه حلیت ذاتی غنا را احتمالی نه‌چندان بعید می‌داند (همان، ص ۱۶۴۰).

این تمایز در طرح مصداق‌های غنای لهوری نیز کاملاً مشهود است. بیان شد که غزالی چند مصداق برای غنای لهوری بر شمرده است: غنای مشتمل بر محتوای حرام؛ صوت متناسب با مجالس لهوری؛ صوت برآمده از آلات لهوری هر چند به صورت غیر موزون؛ و غنای دارای محرمت و برانگیزاننده شهوات، بسته به حال غالب بر افراد.

اما فیض کاشانی به روشنی صوت همراه با محرمت را فقط تمهید مجلس گناه و معاونت بر اثم حرام می‌داند و توجهی به مصادیق غزالی ندارد (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق: ج ۲، ص ۲۱). محقق سبزواری نیز صوت لهوری و اصوات ملازم مجالس لهوری را موضوع حرمت دانسته و در ذکر صوت لهوری به عنوان یکی از مصادیق حرمت، همانند بسیاری از فقیهان متأخر عمل نموده است (مختاری و صادقی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۴۶۰).

بحث حرمت غنای دارای محتوای مهیج و شهوانی نیز مخالفی بین فریقین ندارد؛ از این رو، غزالی، فیض و محقق بر این مسئله نیز تأکید دارند و آن را وجه اشتراک آنها در مسئله غنا نمی‌توان خواند؛ بنابراین، در اینجا نیز معتقدیم بیانات فیض و محقق در جهت حل مذمت از غنا در روایات است و با تفصیلات غزالی نسبتی ندارد.

نکته مهم‌تر اینکه، مناط حکم غنای لهوی از منظر غزالی به مبانی اهل سنت گره خورده و از این جهت، وی قیاس شرعی، اصل سد ذریعه حرام و مسئله تشبه به فاسقان را علت حرمت غنای لهوی می‌داند (همان، ص ۲۴۵۵)؛ مسئله‌ای که در نوشته‌های فیض و محقق وجود ندارد و این دو تن غنای مقارن با محرّمات را حرام می‌دانند.

مسئله تقسیم غنا به سه نوع مندوب، مباح و مکروه، و بحث مدخلیت حالات روحی افراد در حکم غنا، به‌طور صریح و یا ضمنی، از سوی فیض به آرای غزالی نسبت داده شده (همان، ص ۱۶۵۶) و فیض بدون توجه خاص از آنها عبور کرده است؛ هرچند که طرح این دو راهبرد جزئی، آسیبی به مدعای نگاه درجه‌دوم فیض به مسئله حلیت غنا نمی‌زند.

نکته دیگر اینکه، فیض کاشانی به‌صراحت اعمال صوفیان را در تغنی محکوم نموده (همان، ص ۱۶۵۷) و بنابراین، اگر بنا بود طرح حلیت ذاتی غنا را در جهت تصویب تلذذ به سماع و وجد صوفیانه مطرح کند، باید خود نیز از این‌گونه مناسک به‌نحو ادعایی و یا عملی حمایت می‌نمود.

صاحب روضات نیز به نقل از کتاب مقامات محدث جزیری رأی به برائت فیض کاشانی از گرایش‌های صوفیانه داده است (خوانساری، ۱۳۹۰ق: ج ۶، ص ۹۸). گویا اینکه خود فیض نیز در پاسخ به محمد مقیم مشهدی به‌وضوح از تعبد به مناسک صوفیه برائت جسته است (مختاری و صادقی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۶۵۷).

فیض در موضعی دیگر ضمن تقییح اشتغال به غنا، هرچند به‌فرض اباحه، استعمال آن را در غرض حق بی‌اشکال دانسته و سپس روایات حلیت تغنی به قرآن و یا بیع کنیز برای خواندن محتوای دینی را ذکر می‌کند (همان: ص ۱۶۵۵). این نکته نشان می‌دهد فیض به‌هیچ‌عنوان توسعه‌مصادق‌ی غنا را به شکل وجد و سماع صوفیان در نظر نداشته است. حتی می‌توان گفت برداشت فیض از غنای لهوی و مفهوم طرب چیزی غیر از آواهای رایج بین صوفیان است که در آنها به حالت خلسه و خفت عقلی رسیده و رفتارهایی خلاف شئون اهل تدین از خود بروز می‌دهند؛ این در حالی است که می‌بینیم غزالی استهزای اهل وجد و سماع را به‌واسطه انجام چنین اموری به‌شدت تقییح نموده و آن را حاصل معرفت نداشتن افراد به حقیقت و لذت سماع

دانسته است (غزالی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۲۴۵۱). این رویکرد فیض را به روشنی در نوشته‌های اجمالی محقق سبزواری نیز می‌بینیم (محقق سبزواری، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۶۴۰).

به عبارت دیگر، می‌توان گفت مخالفان فیض و محقق خواسته یا ناخواسته به لوازم مدعیات این دو تن توجه نموده‌اند: به این صورت که از دید ایشان، حلیت ذاتی غنا می‌تواند با تصویب سماع طرب‌انگیز صوفیان و حتی دیگر آواهای مطرب مجالس لاهی مساوی باشد اما فیض ضمن پافشاری بر حلیت نفسی غنا اصرار دارد تا مخالفان را به وجوه مثبت این مسئله سوق دهد که همان حل مسئله تعدد مخصص‌ها و تعارض روایات شیعی باشد؛ ضمن اینکه، به نظر می‌رسد از دید فیض، تعنی به اشعار و یا مرآتی هیچ تناسبی با غنای صوفیان ندارد؛ از همین رو است که وی صادقانه سماع صوفیان را محکوم می‌کند.

۱۵۹



نکته دیگر اینکه، وی پس از تعمیم دادن حلیت غنا به تلاوت، عروسی و مانند آنها به مصداق سماع صوفیانه هیچ اشاره‌ای ننموده است (مختاری و صادقی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۱۶۵۳) و گویا حل مسئله مخصص‌ها وی را از توجه به این مسئله باز داشته است. هرچند وی به وضوح اعمال صوفیان را محکوم می‌کند، اما به نظر می‌رسد عنایت نداشته که بخش مهمی از گناه صوفیان به طرب‌انگیزاندگی آنها باز می‌گردد و نه محرمات ملازم با سماع ایشان. از این رو، باید گفت فیض در عین حل تعارض‌های روایات و جمع آنها، برای پاسخگویی به قائلان حرمت صوت مطرب (و مصداق بارز آن یعنی مسئله سماع) تلاشی ننموده است؛ هرچند نوع مباحث مطرح شده از سوی وی، ذهن مخاطب را به حلیت سماع صوفیانه می‌کشاند.

نکته بسیار مهم در این میان، سخن فیض در باب «ذم الغرور» محجة البیضاء است؛ جایی که وی در انتقاد به غزالی در تقسیم صوفیه به دو دسته صادقان و متشبهان می‌نویسد:

«چه فضلی و کرامتی برای صادقین از صوفیه است که بگوییم متشبهین به اینان فضلی داشته‌اند؛ زیرا اکثر صوفیان اهل بدعت‌هایی چون سماع،

رقص و بالا بردن صوت در هنگام دعا هستند» (۱۴۱۷ق: ج ۶، ص ۳۳۸).

روشن است که فیض کاشانی در این مقال پاسخی سنگین به مخالفان خود داده و به صراحت سماع صوفیه را محکوم نموده است: امری که می‌تواند یکی از داعیه‌های وی در حلیت نفسی غنا باشد و مدعای مخالفان وی را در تاختن به او صواب جلوه دهد.

از این رو، می‌توان گفت که فیض طرب‌انگیزی به شکل سماع صوفیانه را نمی‌پذیرد و مراد وی از تصویب تغنی به اشعار نیز توجیه روایت «بیع کنیز آوازخوان» است و هیچ ارتباطی با تمایل وی به طرب‌انگیزی صوفیانه ندارد؛ بنابراین، باز هم تأکید می‌کنیم که تصویب سماع صوفیانه یا همان مصداق بارز صوت مطرب و خفت آور، به درستی یکی از لوازم حلیت نفسی غنا (به مفهوم لغوی آن یعنی صوت مطرب) است؛ با وجود این، هم فیض از روشن نمودن و پاسخ به شبهات در زمینه این مطلب غفلت ورزیده (به جهت کارکرد مثبت پذیرش حلیت غنا در جمع روایات شیعه) و هم مخالفان لازمه قول فیض را مذهب وی در مبحث غنا معرفی نموده و بر وی تاخته‌اند (برای نمونه، ر.ک: حر عاملی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۱۲۹). حتی برخی محققان معتقدند حملات شدید به عالمانی چون فیض و محقق آن قدر شدید است که گویی اغراضی سیاسی و مانند آن در پس حملات مخالفان بوده است (جعفریان، ۱۳۷۹: ص ۱۰۲)؛ به‌ویژه اینکه، این دو تن صاحب‌مناصب‌والای سیاسی و دینی در زمانه خود بوده‌اند و رشک و حسد بردن بر چنین افرادی و سعی در سست کردن پایگاه اجتماعی و دینی آنان در همه دوران‌ها امری طبیعی است.

مؤید بسیار مهم دیگر این مسئله این است که فیض در استدراک احیاء العلوم در کتاب المحجة البيضاء، در عملکردی بی‌نظیر، باب وجد و سماع غزالی را حذف نموده است؛ گفتنی است گرچه او از ذکر غالب روایات عامه در المحجة البيضاء ابائی ندارد، عادتش در تهذیب کتاب غزالی، حذف پاره‌ای از روایات یا بیانات غزالی است که همخوانی با مکتب شیعه ندارد. این مسئله گواه دیگری بر مخالفت شدید فیض با وجد و سماع صوفیانه است؛ وگرنه سرتاسر باب وجد و سماع احیاء العلوم همان مدعیاتی است که مخالفان فیض به وی نسبت داده و او را تابع غزالی می‌خوانند (حر عاملی، ۱۳۷۶:



فیض کاشانی به فلسفه حذف باب وجد و سماع احیاء العلوم اشاره کرده و می‌نویسد:  
 «من به جای کتاب وجد و سماع، کتاب آداب شیعه و اخلاق امامت را قرار  
 دادم؛ زیرا سماع و وجد از مکتب اهل بیت علیهم‌السلام نیست» (۱۴۱۷ق: ج ۱،  
 ص ۴).

بنابراین، با صراحت می‌توان گفت نظریه فیض کاشانی همسان نظریات افرادی چون  
 دشتکی و مجلسی اول است که در مقدمه بیان شد؛ به گونه‌ای که مراد ایشان از مطلوبیت  
 غنا در محتویات دینی، غنایی متمایز از سماع صوفیانه است که طرب‌انگیزی و حالات  
 خلسه بر شنوندگانش عارض می‌کند. اما تأکید می‌کنیم که مرزبندی نکردن این دسته از  
 فقیهان بین سماع طرب‌انگیز و غنای دینی غیرمطرب، با وجود محکوم نمودن سماع  
 صوفیانه، دست مخالفان را برای حمله به ایشان باز گذاشت؛ هرچند که گفتیم با طرح  
 کردن حلیت نفسی غنا (به مفهوم لغوی آن یعنی صوت مطرب) از لوازم آن، یعنی حلیت  
 سماع طرب‌انگیز صوفیانه گریزی نیست؛ مگر اینکه امثال فیض به این لوازم بیان خود  
 توجهی نداشته‌اند.

بنابراین، می‌توان گفت اشکال اول، متوجه مخالفان است که بیش از حد به لوازم تفکر  
 فیض و محقق توجه نموده‌اند، و دیگر اینکه به نقطه مثبت بیان وی در حل مسئله  
 تعارض‌ها و مخصص‌ها توجه نکرده‌اند؛ اشکال دیگر این است که فیض هم مسئله تمایز  
 ماهوی غنای صوفیانه و غنای دربردارنده خوش‌خوانی اشعار و سرودها را بسط و تفصیل  
 نداده تا بتواند مخالفان را خاموش کند. این حدس زمانی تقویت می‌شود که می‌بینیم  
 محقق هم وقوع لهو در تلاوت قرآن را امری بعید بر می‌شمرد. به عبارت دیگر، اشکال  
 بیانات این دو به برداشت غیردقیق از مفهوم طرب باز می‌گردد: به گونه‌ای که این دو تن،  
 عرفاً یکسان بودن طرب حاصل از خواندن زیبای اشعار را با آوای صوفیان صاحب  
 صناعت موسیقی و طرب بر نتافته‌اند. این دقیقاً همان مسئله‌ای است که ماجد بحرانی را  
 به شبهه انداخته است؛ چون وی نیز طرب حاصل از تلاوت را عرفاً ممدوح دانسته

(بحرانی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۵۱۸)، ولی به این نکته توجه نکرده که احتمال ایجاد اصوات مطرب همسان با نواهای طرب‌انگیزِ صوفیان در تلاوت نیز وجود دارد؛ چنان که می‌بینیم تلاوت برخی قاریان صاحب‌فن امروزی به این سطح از غنایی بودن رسیده است ولی امثال محقق و فیض با رصد تلاوت‌ها و مرثیه‌های اطراف خود و قیاس آنها با سماع خلسه‌آور و طرب‌آفرین صوفیان، در تبیین و تنقیح مفهوم طرب به‌مشکل برخوردند.

براین اساس، می‌توان این احتمال را داد که طرح حلیت ذاتی غنا از سوی این‌دو از بی‌توجهی به مفهوم طرب و مضرات آن و بعید دانستن مدخلیت آن در حرمت سرچشمه می‌گیرد؛ به‌گونه‌ای که هیچ داعی خاصی برای حرمت تلاوت‌ها، مرثیه‌ها و سرودخوانی‌های مرسوم، به‌جهت کیفیات صوتی متصور نبوده‌اند و لذات اهل تصوف یا لهویات را در التذاذ به محرّمات و ملهیات منحصر می‌دانسته‌اند. به همین جهت است که می‌بینیم فیض و محقق اصلاً درصدد پاسخ‌گویی به مسئله حرمت غنای لغوی به مفهوم صوت مطرب، و خدشه در مدعیات موافقان این مسئله نیستند؛ زیرا اساساً تصور مدخلیت طرب در حرمت‌آفرینی به‌سبب ازاله عقل را محتمل نمی‌دانند.

بنابراین، اکنون به این تعارض می‌توان پاسخ داد که چگونه است که فیض و محقق از حلیت غنا به‌مفهوم کیفیت صوتی حمایت می‌کنند و درعین حال به سماع صوفیانه توجهی نداشته، بلکه آن را محکوم می‌نمایند؟ پاسخ این است که نخست، رویکرد این‌دو به اصل حلیت نفسی غنا، نگاهی واسطه‌ای و درجه‌دوم برای رفع تعارض‌ها و مخصص‌های روایات شیعی است؛ پاسخ دوم اینکه، این دو تن برخلاف برخی فقیهان آشنا به موسیقی یا حالات غالب بر اهل تصوف و لهو، تصویری روشن از مفهوم طرب و طرب‌انگیزی نداشته‌اند (همان‌گونه که محقق وقوع لهو در تلاوت را بعید شمرده است)؛ از این‌رو، می‌بینیم اصلاً به این مباحث وارد نشده و اشکالات مخالفان را بی‌پاسخ گذاشته‌اند؛ مخالفان این دو تن نیز از سکوت ایشان و لوازم فاسد مترتب بر بیان این‌دو استفاده نموده و آنها را به گرایش‌های صوفیانه متهم نموده‌اند.

مسئله دیگر اینکه، لازم است بین فقیهان صوفی مسلک شیعی مانند دارابی، که

به صراحت مدعای نفسی غنا را پلی برای تصویب سماع صوفیانه قرار می‌دهند (دارابی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۴۷۷). با امثال فیض، محقق و مجلسی اول تمایز قائل شد؛ چون فقیهان یاد شده، اساساً به جهت پاسخ‌گویی به تعارض‌ها و مخصص‌های فراوان روایات شیعی و برای چاره‌جویی، طرح حلیت نفسی غنا را ساده‌ترین راه دانسته و البته به لوازم نظریه خود توجهی نداشته‌اند: با این توضیح که طرح حلیت نفسی غنا می‌تواند دستاویز صوفیان اهل وجد و سماع قرار گیرد.

در پایان باید گفت فیض و محقق برای رفع تعارض‌های روایات و مسئله فراوانی مخصص‌های غنا مسیری ساده یافته‌اند، ولی خود را از لوازم طرح‌شان بری دانسته و تمایل دارند حرمت مجالس لهوی را به محتوای باطل و همراهی آنها با ملهیات و محرمات پیوند بزنند. در عین حال، روشن است که این فقیهان با صوفیه نیز ارتباط خوبی ندارند و مسئله را به جهت حل موضوع تخصیص تلاوت محتواهای دینی مطرح کرده‌اند؛ برعکس غزالی که، از گام نخست، حلیت نفسی غنا را، همچون مسئله‌ای درجه اول، وجهه همت خود قرار داده است.

### نتیجه پژوهش

فیض کاشانی و محقق سبزواری به اتهام تأثر از غزالی و تطبیق مؤلفه‌های نظریه وی به گرایش‌های صوفیانه متهم شده‌اند. با بررسی تطبیق نظریات این سه تن مشخص می‌شود که هدف غزالی از طرح مسئله حلیت نفسی غنا تصویب سماع صوفیانه بوده و اساساً رویکردی درجه اول و تهاجمی محسوب می‌شود؛ در نقطه مقابل، این فیض و محقق هستند که از بخش‌هایی از نظریه غزالی برای رفع تعارض‌ها و مخصص‌های فراوان روایات شیعی بهره گرفته‌اند و به‌واقع، هیچ توجهی به لوازم پذیرش حلیت نفسی غنا که همان تصویب سماع صوفیانه باشد، نداشته‌اند؛ مخالفان فیض و محقق نیز لوازم شیوه این دو تن را در حکم اصل مدعایشان قرار داده و با انگیزه‌های گوناگون، به شکل غیرمنصفانه‌ای به این دو تن تاخته‌اند؛ در حالی که غایت ایشان از طرح حلیت نفسی غنا، نوعی رویکرد درجه دوم و تلاشی برای حل مشکلات روایات مربوط به غنا در منابع شیعی

بوده است؛ افزون‌براین، فیض و محقق به‌سان مجلسی اول و سیدماجد بحرانی حلیت غنا را ساده‌ترین راه در حل معضلات روایات دانسته و از این جهت، باید حساب آنها را از امثال دارابی که حلیت غنا را پلی برای تصویب مناسک صوفیان می‌داند، جدا دانست. بی‌توجهی فیض و محقق به امکان وقوع طرب در محتواهای دینی و عنایت نداشتن به ماهیت طرب‌آفرینی سماع صوفیانه یا دور شمردن تأثیر طرب در حرمت کیفیات صوتی می‌توانند عواملی در نارسا بودن نظریات این دو فقیه باشند. نکتهٔ دیگر اینکه، راهبردهای ایجابی غزالی در اثبات حلیت غنا، مناط تحریم غنای لهوی و موضوعات شرعی آن هیچ ارتباط مشخصی با نظریات فیض و محقق ندارد؛ از این رو، مؤیدات زیادی دربارهٔ تمایز ماهوی نظریهٔ غزالی و این دو فقیه وجود دارد که اتهام‌گرایی‌های صوفیانهٔ محقق و فیض، و تأثیر عمیق این دو از مبانی غزالی را ابطال می‌کند. گوا اینکه حملات شدید فیض کاشانی به مناسک متصوفه و حذف باب وجد و سماع احیاء العلوم غزالی در استدراک خود بر این کتاب با عنوان المحجة البيضاء تأییدکنندهٔ مدعای یادشده است.

## کتابنامه

۱. ابن اثیر (مبارک بن محمد) (۱۳۶۷)، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، اسماعیلیان.
۲. انصاری، مرتضی (۱۳۹۲)، *المکاسب*، ترجمه محی الدین فاضل هرنندی، قم، بوستان کتاب، چاپ هفتم.
۳. بحرانی، سیدماجد (۱۳۷۶)، *ایقاظ النائین و إیعاظ الجاهلین*، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، *غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر*، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۴. تویسرکانی، میرزا عبدالغفار (۱۳۷۶)، *رسالة في الغناء*، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، *غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر*، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۵. جعفریان، رسول (۱۳۷۹)، «اختلاف نظر فقها در مسئله غناء در عصر صفوی»، پژوهش و حوزه، ش ۳.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، *صحاح اللغة*، بیروت، دارالعلم للملایین.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۷۶)، *رسالة في الغناء*، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، *غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر*، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۸. خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۱)، *المکاسب المحرمة*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۹. خمینی، مصطفی (۱۳۷۶)، *مستند تحریر الوسیلة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. خوانساری، محمدباقر (۱۳۹۰ق)، *روضات الجنات*، قم، اسماعیلیان.
۱۱. دارابی، محمد بن محمد (۱۳۷۶)، *مقامات السالکین*، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، *غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر*، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۱۲. شریف کاشانی، مولی حبیب الله (۱۳۷۶)، *ذریعة الإستغناء*، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، *غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر*، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۱۳. شعرانی، ابوالحسن (۱۳۷۱)، «غناء و موسیقی از نگاه علامه شعرانی»، به کوشش اکبر ایرانی





- قمی، کیهان اندیشه، ش ۴۵.
۱۴. شهید ثانی (زین الدین عاملی جبعی) (۱۴۱۴ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۵. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۰۲ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، النشر الإسلامي.
۱۶. غزالی، ابوحامد (۱۳۷۶)، رسالة في الغنا، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر علیه السلام، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۱۷. فیروزآبادی، محمدبن یعقوب (۱۴۱۵ق)، القاموس المحيط، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ نخست.
۱۸. فیض کاشانی، مولی محسن (۱۴۰۶ق)، الوافی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۱ق)، مفاتیح الشرائع، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ نخست.
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق)، محجة البيضاء فی تهذیب الإحياء، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۱. قاضی زاده، کاظم (۱۳۷۴)، «غناء از دیدگاه اسلام»، فقه، ش ۴ و ۵.
۲۲. محقق سبزواری، محمدباقر (۱۳۷۶)، کتاب التجاره و کتاب الشهادات (کفایة الأحكام)، براساس نسخه چاپ شده در: رضا مختاری و محسن صادقی، غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر علیه السلام، قم، مرصاد، چاپ نخست.
۲۳. مختاری، رضا و محسن صادقی (۱۳۷۶)، غنا، موسیقی، مرکز تحقیق مدرسه ولی عصر علیه السلام، ج ۳، قم، مرصاد، چاپ نخست.



چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

## أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجائي):

عبد الرضا إيزدپناه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)  
السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرّسين)  
يعقوبعلي برجي (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)  
محمد زروندي رحمانی (مساعد أستاذ في جامعة المصطفى العالمية)  
السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
سيف الله صرامی (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
أحمد مبلغي (عضو مجلس خبراء القيادة ورئيس مركز الأبحاث في مجلس الشورى الإسلامي)  
السيد ضياء مرتضوي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
محمد صادق مزيناني (محقق السطح الرابع في حوزة قم العلمية)  
محمد حسين نجفي (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامی

مترجم اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري  
مترجم اللغة العربية: محمد حسين حكمت

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٥ / ٣ / ١٣٩٤ منح المجلة الفصلية (كاوشي نو در فقه) درجة المجلة العلمية - التحقيقية منذ عددها رقم ٧٥. وجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادة المصادق عليها في الجلسة رقم ٦٢٥ للمجلس العالي للثورة الثقافية المنعقدة في ٢١ / ٣ / ١٣٨٧ فإن قرارات المجلس العالي لحوزة قم العلمية الخاصة بمنح الامتياز العلمي للمجلات العلمية هي قرارات معتبرة رسمياً ويترتب عليها الامتيازات القانونية في الجامعات والحوزات العلمية.

هيئة التحرير حزة في إصلاح وتحرير المقالات.  
الأراء الواردة في المقالات لا تمثل إلاً وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (كاوشي نو در فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجالات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) ونافذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (www.daftarmags.ir).

العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية  
مكتب مجلة الفقه - صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥  
تليفون مكتب المجلة: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٢٥٠  
الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٢٥٠  
تليفون قسم التوزيع: ٣٧١١٦٦٦٦ - ٢٥٠  
البريد الإلكتروني: Jf@isca.ac.ir الموقع الإلكتروني: Jf.isca.ac.ir  
متابعة الطبع: السيد حسين الموسوي  
السعر: ٤٠٠٠ تومان



فقه  
كاوشي نو در

فصلية علمية تحقيقية

السنة الثانية والعشرون - العدد الثالث - سقط ١٣٩٤

٨٥



رؤسایة علوم و فرهنگ اسلامی

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزدپناه

رئيس التحرير: سيف الله صرامی

خبير التحرير: عليرضا فجري

المدير التنفيذي: السيد محمود كريمي



## فهرست الموضوعات

دور المصطلحات في ترسيخ دعائم علم الفقه.....٧

محمد هادي يعقوب نجاد

نظرة جديدة إلى ماهية عقد الضمان من خلال مفهومه والهدف من تشريعه . ٣٧

محمد صالح مازندراني

تأملات في انتقال الدماء الملوثة من منظار الفقه الجزائري..... ٦٥

حسين ناصري مقدم

هاجر رضائي

بحثٌ وتقد في الآراء المتداولة حول غيبة المخالف ..... ٨٩

السيد جعفر صادق فدكي

علي أكبر أحمد پور

بحث في مفهوم هتك الحرز في السرقات الإلكترونية..... ١١٩

السيد محسن رضوي أصل

أحمد مرادخاني

مناقشة دعوى تأثر الفيض الكاشاني والمحقق السبزواري بمتصوفة أهل

السنة في مسألة الغناء..... ١٤٣

حميد إيماندار

إحسان علي أكبري بابوكاني



## دور المصطلحات في ترسيخ دعائم علم الفقه

محَمَّد هادي يعقوب نجاد

### الخلاصة:

تلعب المصطلحات دوراً مهماً في بناء هيكل مفردات العلوم، بحيث لا يمكن تجاهل تأثير هذا الدور في الإدراك المنسجم للهياكل البنيوية للعلوم المختلفة. والمقال الحالي يتكفل ببيان هذا التأثير في ترسيخ دعائم علم الفقه، كما يسعى لتلبية الحاجة الماسة إلى ترسيم معالم التويب الداخلي لعلم الفقه.

وتدور مباحث الموضوع ضمن أربعة محاور، يتضمّن المحور الأول حديثاً عن أهميّة علم المصطلحات، والمحور الثاني يبحث في العناوين التي هي بمثابة الوسيلة لمعرفة مصطلحات العلوم، أمّا المحور الثالث فهو عن أهميّة الاصطلاحات في إطار حدود علم الفقه، في حين كان المحور الرابع خاصاً بالبحث والتنقيب في علم الفقه من زاوية علم الاصطلاحات وأهمّ الفوائد الكامنة فيه.

**المفردات الأساسية:** علم الفقه، تويب العلوم، تويب علم الفقه، الاصطلاحات، علم الاصطلاحات.

## نظرة جديدة إلى ماهية عقد الضمان من خلال مفهومه والهدف من تشريعه

محمد صالح مازندراني

### الخلاصة:

هناك رأيان مختلفان حول ماهية عقد الضمان.

ولمّا كان الفقه الشيعي يرى أنّ الهدف من تشريع عقد الضمان هو الإحسان والامتنان على المديون، لذا يكون عقد الضمان موجِباً لنقل الذمّة، وبالتالي يؤوّل الأمر إلى براءة ذمّة المديون وانتغال ذمّة الضامن. وعلى هذا الأساس فكلّ أمرٍ يوجب بقاء ذمّة المديون بعد الضمان إنّما يوجب بطلان الشرط والعقد.

وفي مقابل ذلك يرى فقهاء أهل السنّة أنّ الهدف من تشريع عقد الضمان إنّما هو لحماية الدائن، وأنّ الضمان يوجب ضمّ الذمّة؛ وتكون نتيجة ذلك أنّ تحقّق عقد الضمان يؤدّي إلى أنّ الدائن عند مطالبته بدينه إنّما يحقّ له الرجوع إلى شخصين بدلاً من الشخص الواحد.

من هنا ينبري هذا المقال لتقديم الجواب على السؤال التالي: ما هو الهدف من تشريع عقد الضمان؟ وما هي ماهية الضمان، هل هي نقل الذمّة أم ضمّ الذمّة؟

وللإجابة يمكن القول على وجه الإجمال: إنّ الهدف من تشريع الضمان هو الإحسان إلى المديون، وإنّ نقل الذمّة يكون طبقاً لإطلاق عقد الضمان لا بمقتضى ذاته، ومن هنا يمكن إرساء التضامن من خلال الشرط ضمن العقد.

وإذا أخذنا المفهوم اللغوي للضمان - وهو إيداع شيءٍ في شيءٍ آخر واحتواؤه له - بنظر الاعتبار، فإنّ ذلك يشير إلى اشتغال الضمان على الوثيقة، كالكفالة والرهن، في حين أنّ لا مجال للتريد في إحسانية الكفالة وانعدام الوثيقة المقدّمة من شخصٍ ثالث.

**المفردات الأساسية:** الضمان، الضمانة، نقل الذمّة، ضمّ الذمّة، عقد الضمان.

## تأملات في انتقال الدماء الملوثة من منظار الفقه الجزائي

حسين ناصري مقدّم  
هاجر رضائي

### الخلاصة:

إنّ إيقاع الضرر بالسلامة الجسميّة أو المعنويّة يمكن أن يكون له - عند توفّر شروطٍ معيّنة - ما يترتّب عليه من التبعات المدنيّة، بل قد يكون له أحياناً تبعات جزائيّة. وفي أيامنا هذه التي تشهد تطوّرات علميّة متسارعة ظهرت مصاديق جديدة لمثل هذا النوع من الخسارة لم تكن موجودة في الأزمان السابقة. ومن هذه الموارد تلويث دماء الآخرين بتزريقهم دماءً ملوّثة تكون سبباً في انتقال أخطر الأمراض وأكثرها استعصاءً على العلاج.

وانطلاقاً من حقيقة أنّ بعض جوانب هذا الموضوع لا يخلو من أبعادٍ جزائيّة وجنائيّة، تصدّى هذا المقال للبحث في الموضوع من حيث تبعاته الجزائيّة. والتساؤل الأصلي الذي يسعى المقال للإجابة عليه هو تعيين ماهيّة الأحكام التكليفيّة والوضعيّة وحدود مسؤوليّة الشخص الناقل لهذا الدم. وتفيد نتائج التحقيقات في هذا المجال حرمة أن يقوم الإنسان بالنقل المتعمّد لمثل هذه الدماء الملوّثة إلى نفسه أو غيره دون غرضٍ عقلائيّ. أمّا من الناحية الجزائيّة فإنّ مثل هذا النقل إذا أدى إلى إصابة ووفاة الشخص المنقول إليه ذلك الدم، فعند ذلك يكون مرتكب هذا العمل مستحقّاً للعقوبة، وهي عقوبة تتفاوت بما يناسب الظروف المختلفة.

هذا بالنسبة للعمدي، أمّا غيره فلا يستلزم سوى دفع الخسارة التي تتمثّل في الدية أو الأرش أو نفقات العلاج.

وقد روعي في كتابة هذا المقال قواعد المنهج التوصيفي التحليلي والطريقة الفقهيّة الراجحة.  
**المفردات الأساسية:** المسؤوليّة الجزائيّة، الدماء الملوّثة، التسيب والمباشرة، الفقه الجزائي، العدوى.

## بحثٌ ونقدٌ في الآراء المتداولة حول غيبة المخالف

السيد جعفر صادق فدي  
علي أكبر أحمد پور

### الخلاصة:

من الأسئلة المتداولة في ميدان الفقه الخلافية هو التساؤل عن جواز غيبة المخالفين ومنكري الولاية، أم أنّ غيبتهم - كغيبة الشيعة الذين تسميهم مصطلحات فقهاء الإمامية بالمؤمنين - ممنوعة ولا تجوز؟

هنا يوجد رأيان بين فقهاء الإمامية، فبعض الفقهاء الماضين وعدد من المعاصرين يقولون بجواز غيبتهم، وعلى الضدّ من ذلك هناك عدد من الماضين - كالمقدّس الأردبيلي - وكثير من الفقهاء المعاصرين حرّموا غيبة المخالفين ولم يجيزوها.

والرأي الصائب - الذي يميل إليه كاتب هذا المقال - هو الرأي الثاني. ومن هنا، ولتحكيم أسس هذا الرأي وإزالة الموانع التي تقف بوجهه يبدأ المقال ببيان نظرية القول بالجواز والردّ عليها ونقدّها، ثمّ ينتقل لبيان نظرية المقدّس الأردبيلي وغيره من أتباع هذه النظرية، لينتهي بتأييد هذه النظرية من خلال عددٍ من الأدلة.

**المفردات الأساسية:** الغيبة، المخالف، المؤمن، المسلم، التحريم.

## بحث في مفهوم هتك الحرز في السرقات الإنترنتية

السيد محسن رضوي أصل  
أحمد مرادخاني

### الخلاصة:

تشكل مسألة الحدّ في السرقات الإنترنتية واحدة من المسائل التي تستدعي البحث الدقيق لتطبيقها مع الأحكام الفقهية، حيث إنّها عند توفّر إمكانية التنفيذ تحتاج إلى إحراز جميع الشروط اللازمة لإجراء حدّ القطع، ومن هذه الشروط هو تحقّق هتك الحرز في السرقات الإنترنتية.

إنّ التدقيق في مفهوم الاختراق (الهك) وكيفية ارتكابه في المواقع الألكترونية والبرامج الكمبيوترية، مع الأخذ بنظر الاعتبار التعريف الفقهي والقانوني للحرز وأنّ تشخيص الحرز المناسب بالنسبة لكلّ نوع من أنواع الأموال قد أحاله الشارع إلى ما يقتضيه العرف والعادات السائدة في كلّ مجتمع، ممّا يخوّلنا القول بإمكانية اعتبار الاختراق (الهك) واحداً من مصاديق هتك الحرز في شبكات الإنترنت والتي تحصل من خلال فكّ رموز أفعال المواقع الألكترونية والبرامج الكمبيوترية، الأمر الذي يؤكّده ويشهد عليه قضاء ونظر العرف والعادات المتّبعة بين مستخدمي الإنترنت والمتخصّصين في عالم تقنية المعلومات والاتّصالات.

**المفردات الأساسية:** السرقة الإنترنتية، هتك الحرز، الشبكة الإنترنتية، الاختراق (الهك)، الجرائم الكمبيوترية.

## مناقشة دعوى تأثر الفيض الكاشاني والمحقق السبزواري بمتصوفة أهل السنة في مسألة الغناء

حميد إيماندار  
إحسان علي أكبري بابوكاني

### الخلاصة:

كانت إشارات الفيض الكاشاني والمحقق السبزواري غير الصريحة بحليّة الغناء الذاتية، وتزامن صدورهما في عصر ازدهار التصوف الشيعي سبباً في اتّهامهما بالتأثر بمتصوفة السنة وبالتحديد أبو حامد الغزالي باعتباره رائداً للصوفيّة من أتباع مذهب العامّة.

ويرى المخالفون أنّ طرح مسألة حليّة الغناء من قبل الفيض والمحقق إنّما يأتي ضمن مخطط ذكي لإضفاء المشروعيّة على الوجد والسماع الصوفي.

إلّا أنّ مقارنة نظريّات الفيض الكاشاني والمحقق السبزواري والغزالي تظهر لنا أنّ الهدف النهائي للغزالي من طرح مسألة الحليّة الذاتية للغناء إنّما هو بالأساس تصويب مناسك الصوفيّة التي منها الوجد والسماع، وأنّه وخلافاً لفقهاء الشيعة لم يكن يجابه ما يُعنى به من محظوريّة معارضة روايات منابع العامّة. ومن هنا نرى الغزالي يطرح هذه المسألة أساساً عبر مسلك الدرجة الأولى ومحوريّة الموضوع، ولذلك أيضاً نراه يسعى بكلّ ما في وسعه لاستقصاء السبل الإيجابية لإثبات حليّة الغناء.

في حين نرى الفيض والمحقق يقفان في الجانب المقابل مستفيدين من بعض مفردات نظريّة الغزالي لرفع التعارضات والمخصّصات العديدة الموجودة في الروايات الشيعيّة، وبسبب هذا النهج الذي يتّسم بطرح المسألة عبر مسلك الدرجة الثانية ومحوريّة المسألة يمتنعان من الإقرار بلوازم القبول بالحليّة الذاتية للغناء، ألا وهي تصويب السماع الصوفي.

**المفردات الأساسية:** الغزالي، الفيض الكاشاني، المحقق السبزواري، الغناء، الحليّة الذاتية، التصوف.





## Studying the impact of Sunni -Sufi ghena (prohibited music) on Feyz Kashani and Mohaqeq Sabzevari

Hamid Imandar

Ehsan Aliakbari Babukani

### Abstract

With planning relatively explicitly a essential lawfulness of ghena in the period of growing Shiite Sufism, Feyz Kashani and Mohaqeq Sabzevari have been accused of being effected by Sunni Sufis and particularly Abu Hamed Ghazzali as a vanguard Sunni Sufism. According to the opponents' approach, permitting ghena by Feyz and Mohaqeq was a cleverly strategy until they could make Sufi vajd and sama appear documentary. But when theories of Feyz Kashani , Mohaqeq Sabzevari and Ghazzali are compared with each other, we understand that Ghazzali's definite purpose of his permit was only acceptance of Sufistic rituals including vajd and sama', and in contrast to Shiite foqaha, he was not so much faced with an obstacle such as conflicts of traditions in the Sunni resources. Therefore, Ghazzali has basically adopted a first rate and subject oriented approach to planning this problem, and for this reason, vastly tried to find the positive strategies for proving the permission of ghena. On the opposite side, are Feyz and Mohaqeq who have used some elements of Ghazzali's theory in order to resolve many conflicts between the Shia traditions and remove the specified ones, and for the reason of the same second rate and problem oriented approach, refused to justify the requisites of accepting essential lawfulness of ghena which is justly confirming the Sufi sama'.

**Keywords:** Ghazali, Feyz Kashani, Mohaqeq Sabzevari, ghena, essential and Sufism.

## Analyzing concept of breaking into safe custody in electronic theft

Sayyed Mohsen Razavi Asl

Ahmad Moradkhani

### Abstract

One of the issues that is required to study accurately for adapting to the jurisprudential precepts, is an Had penalty of the electronic thefts; they can be applied where there are all the requisite requirements of implementing of cut off the hand. One of these conditions is to break into safe custody in a electronic theft. With studying the concept of hacking and its manner on the websites and computer systems, it is observed that - with attention to jurisprudential and legal definition of custody and that Islamic law has left distinguishing a suitable custody of any property to the custom and reasonable precedence of any society - hacking can be a case of breaking in cyberspace which is happen by breaking codes of websites and computer systems, and its evidence is the custom`s judgment and opinion, and the existing precedence of internet users and IT and communication specialists.

**Keywords:** electronic theft, breaking into safe custody, cyberspace, hacking, computer offences.



## Studying and criticism:

### Considerable viewpoints on backbiting the opponent

Sayyed Ja`far Sadeqi Fadaki

Ali Akbar Ahmad Pour

#### Abstract

One of the considerable questions in the realm of jurisprudence of difference is that whether backbiting the opponents and rejecters is permitted, or prohibited and inadmissible as it is the case about the Shiite which the Imami Jurists called them as the believers. There are two theories among the jurists in this regard. Some of them in the past as well as in our time consider backbiting the opponents as permissible and in the contrast to it, part of them such as Moqaaddas Ardebili and lots of the contemporaneous Foqaha regard it as forbidden and indecent. The correct viewpoint which is considering in this paper is the latter one, therefore, in order to strengthen it and remove its obstacles, theory of permissibility is stated and criticized, and then Ardebili's approach and the other followers of it is set forth and confirmed by some evidence.

**Keywords:** backbiting, opponent, believe, Muslim and forbidden.



## **A deliberation on transfusing contaminated blood in the Islamic Criminal Jurisprudence (Feqh)**

**Hossein Naseri Moqaddam**

**Hajar Rezayi**

### **Abstract**

Under certain conditions, injuring a person's physical and spiritual entirety can cause some civil and criminal consequences. Nowadays, some new examples of these such damages which did not exist in the past, have been revealed by the scientific developments. Contaminating blood is one of them that is transferring many of the most dangerous and the most fatal diseases to others now. Considering that some forms of this subject have criminal and criminological aspects, the criminal feature of this subject is to be taken an account in this paper. The main question of this paper is: what are the obligatory and conventional orders, and the limits of a transferor's criminal liability?

According to the achievements of the research, transfusing contaminated blood into oneself or another without any reasonable motive, and deliberately, is forbidden. Where, in accordance with the criminal responsibility, this transfer is resulted to injury or death of another, its perpetrator is entitled to punishment which has different conditions. But its involuntary transfer is only resulted into compensation (diyah, arsh and cure costs). This paper is written with a descriptive-analytical method and a current jurisprudential one.

**keywords:** criminal responsibility, contaminated blood, causation and perpetration, criminal jurisprudence and transfusing diseases.



## A new view on the nature of guarantee contract in the light of concept and aim of its legalization

Mohammad Salehi Mazandarani

### Abstract

There are two viewpoints on the nature of guarantee contract. Considering that the Shiite jurists (Faqaha)'s view on the purpose of legalizing guarantee contract is based on kindness and favor to the debtor, they regard contract of guarantee as a transfer of obligation. Accordingly, when the mentioned contract takes place, the debtor's obligation is cleared but the guarantor is indebted. Consequently, any clause which causes the debtor's obligation to continue after his guaranty, nullifies the clause and the contract. By comparison, the Sunni jurists believe that the aim of legislating a guarantee contract is protecting a creditor, and a guarantee creates an additional obligation for him. Therefore, as the contract of guarantee happens, the creditor has a right of return to two persons in order to demand his own due instead of one person.

Hence, I am studying this question in this paper: what is the purpose of legislating a guarantee contract? what is the nature of the mentioned guarantee? It can be summarized that the aim of legislating a guarantee is doing a favor to the debtor and transferring an obligation is according to being absolute of a guarantee contract not in its nature. For this reason, there may be a joint liability where a contract is concluded with a condition. Paying attention to the literal concept of guarantee which is synonymous with placing and including something as a part of group, shows the bail aspect of guarantee as suretyship and security. However, there is no doubt that suretyship and security are the third party's doing favor.

**Keywords:** surety, guarantee, transferring and adding an obligation and contract of guarantee.

## The impact of terminology on strengthening the jurisprudence (Fiqh)

Mohammad Hadi Ya`qubnezhad

### Abstract

Terminology has a considerable impact on systemizing scientific terms. Its role in a suitable perception of structural form of sciences is indisputable. This effect on strengthening Imami jurisprudence is stated by this paper, and accordingly, it is seeking a reply to concern about classifying internal - scientific of "jurisprudence". Studying the subject is organized in the four axes; in the first axis, the paper speaks about importance of terminology, in the second one, it examines some subjects that are mechanisms of knowing the terms of sciences; the third one discusses of terminology's effect on limits and extension of Fiqh, and the fourth one is specified for researching and exploring Fiqh in the terminological form, and also for its distinguished utilities.

**Keywords:** knowledge of Fiqh, classifying the sciences and Fiqh, dictionary and terminology



# Contents

<b>Studying the impact of Sunni -Sufi ghena (prohibited music) on Feyz Kashani and Mohaqqueq Sabzevari .....</b>	<b>7</b>
<b>Hamid Imandar</b>	
<b>Ehsan Aliakbari Babukani</b>	
<b>Analyzing concept of breaking into safe custody in electronic theft .....</b>	<b>37</b>
<b>Sayyed Mohsen Razavi Asl</b>	
<b>Ahmad Moradkhani</b>	
<b>Studying and criticism : Considerable viewpoints on backbiting the opponent .....</b>	<b>65</b>
<b>Sayyed Ja`far Sadeqi Fadaki</b>	
<b>Ali Akbar Ahmad Pour</b>	
<b>A deliberation on transfusing contaminated blood in the Islamic Criminal Jurisprudence (Feqh) .....</b>	<b>89</b>
<b>Hossein Naseri Moqaddam</b>	
<b>Hajar Rezayi</b>	
<b>A new view on the nature of guarantee contract in the light of concept and aim of its legalization .....</b>	<b>119</b>
<b>Mohammad Salehi Mazandarani</b>	
<b>The impact of terminology on strengthening the jurisprudence (Fiqh) .....</b>	<b>143</b>
<b>Mohammad Hadi Ya`qubnezhad</b>	



## Editorial Board (In Alphabetical Order)

Abdorreza Eizadpanah (Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office)  
Seyyed Ahmad Hosseini (Member of Society of Seminary Teachers of Qom,  
and professor of advanced levels at Qom Seminary)  
Yaqoubali Borji (Associate Professor, Al-Mustafa International University)  
Muhammad Zarvandi Rahmani (Assistant Professor, Al-Mustafa International University)  
Seyyed Abbas Salehi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Seifollah Sarrami (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Ahmad Moballeqi (the head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and  
representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership)  
Seyyed Ziya Mortazavi (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Muhammad Sadieq Mazinani (Fourth Level Researcher at Qom Seminary)  
Muhammad Hassan Najafi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

English translator: Mohammadreza Zafari

Arabic translator: Mohammad Hossein Hekmat

Referring to the enactment 131 issued by The Council for Awarding Scientific Permissions and Grants of the Seminaries Supreme Council held on 5/3/1394, The Quarterly Journal of A New Probe in Fiqh has granted Scientific-Research rank since Volume 75. It is noticeable that by virtue of single-clause bill enacted by the session 625 of the Supreme Council of the Cultural Revolution held on 21/3/1387, enactments of the Supreme Council of the Qom Seminary possesses official credit in regard of awarding scientific grant to the scientific journals, and begets legal privileges at the universities and seminaries.

### Disclaimer:

The Editorial Board reserves the right to modify articles.

The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of the Editorial Board.

The Quarterly Journal of «A New Probe in Fiqh» is cited in the Islamic World Science Citation Center (ISC), State Journals Database ([www.magiran.com](http://www.magiran.com)), Noor Specialized Magazines ([www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)), and The Magazines Portal of the Islamic Propagation Office ([www.daft-armags.ir](http://www.daft-armags.ir)).

Address: Fiqh Journal Office, Islamic Science and Culture Academy, Moallem St., Shohada Sq., Qom, Islamic Republic of Iran,

P.O.Box: 37185-599

Office Phone: +98-25-37742158

Fax: +98-25-37742159

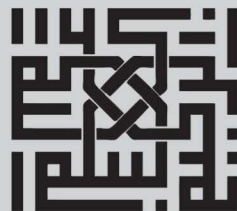
Circulation Phone: +98-25-37116666

Email: [jf@isca.ac.ir](mailto:jf@isca.ac.ir)

Web: [jf.isca.ac.ir](http://jf.isca.ac.ir)

Publication Manager: Seyyed Hossein Moosavi

Price: 4000 Tomans.



فقه  
کاوش نود

A New Probe in Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 85, Issue 3, autumn 1394



Publisher: Islamic Propagation Office, Qom Seminary

Islamic Science and Culture Academy

Director-in-Charge: Abdorreza Eizadpanah

Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami

Journals expert: Alireza Fajri

Executive manager: Seyyed Mahmood Karimi