

## اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)  
یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)  
سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)  
محمد زروندی رحمانی (دانشیار 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 نجفی‌راد (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 ۶۲۵ 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: ۳۷۱۸۵ - ۵۹۹  
تلفن دفتر مجله: ۳۷۷۴۲۱۵۸ - ۲۵  
تلفن واحد توزیع: ۳۷۱۱۶۶۶۶ - ۲۵  
پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir  
وبسایت: Jf.isca.ac.ir  
امور چاپ: سید حسین موسوی  
قیمت: ۷۰۰۰ تومان



فقه  
کاوش نو

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و پنجم - شماره اول - بهار ۱۳۹۷

۹۳



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

کارشناس تحریریه: علیرضا فجری

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی



## 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. مقاله باید از عنوان دقیق علمی متناسب با محتوا، رسا و مختصر برخوردار باشد.
    - ۲/۳. 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.
  - ۲/۴. موضوع به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازها و شبهات روز باشد.
  - ۲/۵. ارتباط منطقی، انسجام و هماهنگی میان مطالب باشد.
  - ۲/۶. 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.
  - ۲/۷. منابع معتبر و استنادها صحیح و دقیق باشند.
  - ۲/۸. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی 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، ۱۴۰۷ق: 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 درون‌متنی، باید عیناً مانند نام خانوادگی در فهرست منابع (کتابنامه) باشد. برای مثال اگر در ارجاعات درون‌متن، نام خانوادگی «عاملی» به کار رفته است، نباید در فهرست منابع نام خانوادگی دیگری به کار رود؛ همچنین است اگر در ارجاعات درون‌متن، 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 تایپ شده تحت برنامه Word97-2003 با قلم IrMitra شماره ۱۵ در سامانه فصلنامه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال شود.
۴. مشخصات کامل نویسنده یا نویسندگان (نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه دانشگاهی / عنوان علمی به همراه نشانی محل سکونت، شماره تماس تلفنی و نشانی پست الکترونیک) لازم است در سامانه بارگذاری شود و به هیچ عنوان در فایل مقاله ذکر نشود.
۵. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله‌ای 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 بولد (سیاه) باشد.
۷. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.

### داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

اسماعیل آقابائی بنی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

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

سیداحمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)

سیف‌الله صزّامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمد صالحی‌مازندرانی (دانشیار دانشگاه قم)

حسنعلی علی‌اکبریان (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

سیدعباس موسویان (استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

محمدحسن نجفی راد (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)



## فهرست مطالب

- تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد و استثنائات آن در فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به رویه قضایی ..... ۷  
جعفر نظام‌الملکی  
محمد صالحی مازندرانی
- ۳۳ ..... بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت سیاست‌گذاری در اقتصاد اسلامی  
محمد جواد قاسمی اصل
- ۶۱ ..... بررسی فقهی و حقوقی مزایده و سایل نقلیه توقیف شده توسط نهادهای انتظامی  
عارف بشیری  
محمد محسنی دهکلانی  
علی اکبر ایزدی فرد
- ۹۳ ..... نگاهی انتقادی به تعریف دامیه در فقه و قانون مجازات اسلامی با رویکردی هم‌گرایانه با اصل کیفیت قانون  
اعظم مهدوی پور  
محمد جعفر صادق پور  
حامد رهدار پور
- ۱۲۳ ..... مسئولیت مدنی سقط درمانی  
رضا پورصدقی  
حسنعلی علی اکبریان
- ۱۴۹ ..... تأملی در حکم تبدیل نیت تمتع به افراد در بانوان حج‌گزار  
مهدی ساجدی
- ۱۶۷ ..... چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی



## تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد و استثنائات آن در فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به رویه قضایی

جعفر نظام الملکی\*  
محمد صالحی مازندرانی\*\*

### چکیده

در صحت شرط سقوط خیار ضمن عقد تردید هست. این تردید بر مبنای ایراداتی مانند دُوری بودن شرط، اجتماع تقيضين (لزوم و جواز) در عقد مشروطیه و مخالفت شرط مذکور با مقتضای ذات عقد شکل گرفته است. نقد و ارزیابی ایرادات مذکور و همچنین اصل لزوم قراردادها، اجماع فقیهان امامیه، مدلول آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده اسقاط حق، جملگی به اثبات نفس قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد می‌انجامد. در حقوق ایران نیز اصل آزادی قراردادها، چهره استثنایی شروط باطل در قانون مدنی، اصل صحت قراردادها و همچنین مقررۀ عام و صریح ماده ۴۴۸ قانون مدنی بر صحت شرط سقوط خیار ضمن عقد دلالت می‌کند. نوآوری مقاله پیش‌رو در مقایسه با پیشینه تحقیق، آن است که این مقاله با تلفیق ابعاد فقهی و حقوقی موضوع، ایرادات وارد بر قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد را به‌طور کامل تبیین و ارزیابی کرده است؛ سپس اختیارات غیرقابل اسقاط و خارج از شمول شرط رایج اسقاط تمام یا کافۀ اختیارات را به‌طور مستدل شناسایی و تعیین نموده و در این زمینه، رویکرد حاکم بر رویه قضایی را نیز تبیین و ارزیابی کرده است. نتایج تحقیق پیش‌رو نشان می‌دهد که با وجود قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد، با توجه به عدم قابلیت اسقاط برخی اختیارات، شرط سقوط تمامی اختیارات (مذکور در ماده ۴۴۸ قانون مدنی) از نگاه فقهی و حقوقی، شرطی باطل است. از این‌رو، تغییر ماده مذکور و همچنین اصلاح رویه قضایی کشورمان در این زمینه ضروری است.

**کلیدواژگان:** شرط سقوط خیار، عقد، اسقاط کافۀ اختیارات.

در نگاه نخست، خیار به‌عنوان یکی از اسباب انحلال عقد، خلاف اصل لزوم قرارداد است و جنبه استثنایی دارد. باوجود این، پس از اثبات، خود به‌عنوان یکی از اجزای قرارداد یا توافقی مستقل، تابع اصل لزوم و اجباری بودن قرارداد برای طرفین است. بنابراین، فرد صاحب خیار می‌تواند با رعایت شرایط، بر مبنای حق خیار، قرارداد را برهم زند.

از گذشته تاکنون، شرط سقوط خیار ضمن عقد همواره یکی از شیوه‌های متداول اسقاط حق خیار بوده که در برخی موارد مشکلاتی ایجاد نموده است. بر این اساس و همچنین برپایه مبانی نظری ویژه‌ای، برخی فقیهان در صحت شرط مذکور تردید نموده‌اند. در حقوق ایران نیز مقررۀ عام و کلی ماده ۴۴۸ قانون مدنی در عمل، به‌ویژه در ارتباط با شرط سقوط کافه (تمامی) اختیارات، مشکلات فراوانی ایجاد نموده است. این همه تحلیل فقهی - حقوقی شرط سقوط خیار ضمن عقد را ضروری می‌کند؛ به‌ویژه آنکه شرط اسقاط کافه اختیارات در بسیاری از موارد به نقض اساسی حقوق مسلم «من علیه الخیار» می‌انجامد. در این وضعیت، در مواردی که موانع دیگری همچون تضاد شرط با عقد، ماهیت غرری شرط، مغایرت آن با ذات عقد، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه وجود دارد، بر مبنای این جهات، تفکیک و استثنای شروط از شرط عام اسقاط کافه اختیارات ضروری است.

تحقیق پیش‌رو درصدد است قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق ایران را تحلیل و ارزیابی کند. در این راستا، به‌ترتیب، قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه، قابلیت شرط مذکور در حقوق ایران و در نهایت، استثنائات این شرط در فقه امامیه و حقوق ایران شناسایی می‌گردد.

## ۱. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه

در این بخش، نخست، نظریه عدم قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه بررسی می‌شود. سپس بر مبنای نقد و ارزیابی ایرادات مورد استناد نظریه مذکور و همچنین بیان مستندات آن که بر قابلیت این شرط دلالت می‌نماید، قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد را اثبات می‌کنیم.



## ۱-۱. نظریه عدم قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد

مخالفان در رد امکان اسقاط خیار ضمن عقد، ادله و ایرادات ذیل را مطرح نموده‌اند:

الف. شرط ضمن عقد از حیث لزوم و جواز و واجب‌الوفاء بودن یا نبودن، تابع عقد اصلی است. از این رو، شرط آنگاه واجب‌الوفاء است که عقد مشروط‌فیه عقد لازم باشد.

اثر شرط سقوط خیار ضمن عقد آن است که عقد از حالت متزلزل و جایز (قابل فسخ) به حالت لازم (غیرقابل فسخ) تبدیل و منقلب می‌گردد. از این منظر، لازم و واجب‌الوفاء بودن عقد متبوع لازم و واجب‌الوفاء بودن شرط است. بر مبنای موارد بالا، از یک سو با توجه به ماهیت تبعی شرط نسبت به عقد، لزوم شرط مبتنی بر لزوم عقد است. از سوی دیگر، با توجه به اثر شرط سقوط خیار ضمن عقد به شرح بالا، لزوم عقد مبتنی بر لزوم شرط می‌گردد که این امر مستلزم دور و باطل است. بنابراین شرط سقوط خیار ضمن عقد، که مستلزم دور فلسفی است، باطل خواهد بود (اراکی، ۱۴۱۴ق: ص ۵۰-۵۱؛ انصاری، ۱۴۲۸ق: ص ۳۴؛ گیلانی نجفی، ۱۴۰۷ق: ص ۱۰۰).

ب. مقتضای ذات عقد خیراری جواز و قابلیت فسخ است. مقتضا و اثر اصلی شرط سقوط خیار ضمن عقد، انقلاب وصف جواز یا قابلیت فسخ عقد به وصف لزوم (غیرقابل فسخ) و واجب‌الوفاء بودن آن است. بر این اساس، اگر قائل به صحت شرط سقوط خیار ضمن عقد شویم، با اعمال این شرط و اثر بخشی به آن، دو وصف متناقض لزوم و جواز هم‌زمان در عقد واحد گردهم می‌آید. این همان اجتماع نقیضین است: امری محال و باطل (گیلانی نجفی، همان: ص ۱۰۱).

ج. از روایت نبوی «البیعان بالخیار = در عقد بیع برای متعاملین حق خیار وجود دارد» چنین برمی‌آید که از نظر شارع، یکی از مقتضیات ذات عقد بیع (و با اخذ ملاک عقود لازم دیگر) حق خیار برای هریک از متعاملین است. از این رو، شرط سقوط خیار مخالف مقتضای ذات عقد بوده و در نتیجه، باطل است (انصاری، همان: ص ۳۴-۳۵؛ خوئی، ۱۴۱۷ق: ج ۶، ص ۱۱۹).

د. حق خیار بعد از بیع حادث می‌شود. از این رو، شرط سقوط خیار ضمن عقد همان

اسقاط خیار قبل از ایجاد خواهد شد. این یکی از مصادیق اسقاط مال‌م‌یجب و باطل است (انصاری، همان: ص ۳۵؛ اراکی، همان: ص ۵۲؛ گیلانی نجفی، همان: ص ۱۱۹). مخالفان شرط سقوط خیار ضمن عقد، در این زمینه، به‌ویژه به روایت «یتخیرون إذا غبنوا = زمانی که مغبون واقع گردیدند، حق خیار می‌یابند» استناد می‌کنند (انصاری، همان؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۱۹۶ و ۲۰۰ و ۲۱۱).

ه. شرط در لغت، عرف و اصطلاح، به‌معنای الزام و التزام است (انصاری، همان: ص ۳۰۱-۳۰۳؛ ابوجیب، ۱۴۰۸ق: ص ۱۹۲؛ ذاکر صالحی، ۱۳۸۳: ۱۶۸). شرط سقوط خیار از نوع شرط نتیجه است و شرط نتیجه نمی‌تواند موضوع الزام و التزام واقع گردد؛ زیرا شرط مذکور امری خارج از قدرت و اختیار مشروط‌علیه است (گیلانی نجفی، همان: ص ۱۱۹ و ۱۲۰). بنابراین، سقوط خیار نمی‌تواند موضوع شرط، که نوعی الزام و التزام است، قرار گیرد.

## ۲-۱. اثبات قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد

### ۱-۲-۱. نقد و ارزیابی ایرادات مخالفان قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد

در این قسمت، هریک از ایرادات، به همان ترتیبی که پیش از این ذکر گردید، نقد و ارزیابی می‌گردد:

الف. لزوم شرط، برحسب منشأ و مستند آن، در دو معنا به‌کار می‌رود: لزوم معلولی و لزوم استقلالی (گیلانی نجفی، همان: ص ۱۰۲). منظور از لزوم معلولی شرط ضمن عقد آن است که شرط مذکور به‌تبع عقد اصلی و بر مبنای لزوم آن، لازم باشد (همان؛ اراکی، همان: ص ۵۱). در مقابل، منظور از لزوم استقلالی شرط ضمن عقد آن است که شرط مستقیماً بر مبنای قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و مستندات شرعی دیگر، و نه به‌تبع عقد، لازم باشد (اراکي، همان؛ گیلانی نجفی، همان).

ایراد دُور که ناشی از چهره تبعی شرط نسبت به عقد و تبعیت از آن از حیث لزوم و جواز است، در مورد لزوم به‌معنای معلولی مطرح است. این در حالی است که لزوم در شرط سقوط اختیارات ضمن عقد، به‌ویژه با توجه به حاکمیت اندیشه غیراحصایی بودن عقود و منحصر نبودن آنها به عقود معین، در میان فقیهان متأخر (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲: ص ۸۱-۸۳)

از نوع لزوم استقلالی است (گیلانی نجفی، همان)؛ زیرا شرط به‌عنوان توافقی خاص، خود مستقلاً مشمول قاعدهٔ «المؤمنون عند شروطهم» قرار می‌گیرد و لازم‌الوفاء است.

ب. در مورد ایراد اجتماع نقیضین باید گفت: عقد لازمی که به‌واسطهٔ وجود حق خیار، مقتضایش جواز بوده است، بر اثر لزوم شرط سقوط خیار ضمن عقد مذکور، از حالت جواز به حالت لزوم تبدیل شده و انقلاب یافته است. این در حالی است که اجتماع نقیضین در فرضی متصور است که عقد بر حالت جواز باقی مانده باشد تا دو وصف لزوم و جواز هم‌زمان در عقد واحد اجتماع یابند (گیلانی نجفی، همان: ص ۱۰۲).

ج. ایراد سوم بر مبنای روایت «البیعان بالخیار»، شرط سقوط خیار را مخالف مقتضای ذات عقد و در نتیجه، باطل می‌داند. در این باره باید گفت: آنچه از مدلول روایت فوق استنباط می‌گردد، شناسایی حق خیار برای متعاملین در عقد بیع است و مدلول روایت متضمن این ادعا نیست که حق خیار مقتضای ذات عقد است؛ به‌ویژه آنکه اساساً مقولهٔ خیارات و جواز (قابل فسخ بودن) یا لزوم عقد (غیرقابل فسخ بودن) در قلمرو ذاتیات عقد یا همان مقتضای ذات عقد قرار نمی‌گیرند<sup>۱</sup> (گیلانی نجفی، همان: ص ۱۰۴). بی‌شک، هیچ شخصی در انعقاد عقود لازم در پی دستیابی به خیار و اختیار فسخ به‌عنوان هدف اساسی و اولیه نیست و حق خیار یا اختیار فسخ نیز اثر اصلی یا مقتضای ذات عقد نیست؛ بلکه یکی از احکام جانبی حاکم بر قرارداد است. بر مبنای موارد مذکور، قابلیت فسخ عقد لازم یا حق خیار مقتضای اطلاق عقد است که در صورت سکوت، بر آن حکومت می‌یابد؛ اما با شرط مخالف آن یا همان شرط سقوط خیار، این ویژگی زایل می‌گردد (انصاری، ۱۴۲۸ق: ص ۱۰۵-۱۰۶). بنابراین، استنباط صورت‌گرفته از روایت مذکور صحیح نیست و با این استدلال که شرط سقوط خیار مخالف مقتضای ذات عقد است، نمی‌توان آن را باطل دانست.

د. ایراد چهارم شرط سقوط خیارات ضمن عقد را اسقاط مال‌موجب و باطل دانسته است. بر مبنای دلایل زیر، این ایراد نیز مردود است:

نخست اینکه، این ادعا صحیح نیست که حق خیار بعد از عقد به‌وجود می‌آید؛ زیرا از



یک سو، عقد در همهٔ خیارات، منشأ و زمینهٔ ایجاد و به نوعی سبب حق خیار است و حق خیار حین عقد به وجود می‌آید. از سوی دیگر، در بسیاری از موارد، همان شرایط و اوضاع و احوال حین عقد موجب تحقق و استقرار نهایی حق خیار می‌گردد؛ چنان که در مورد خیار مجلس، حق خیار در مجلس عقد به وجود می‌آید و قابل اعمال است؛ همچنین، در مورد خیار عیب، غبن و تدلیس، تحقق این موارد در حین عقد ملاک بوده و وجود عیب، تغییر قیمت و تدلیس پس از عقد موجب ایجاد حق خیار نمی‌گردد.

دوم اینکه، نفْس بطلان اسقاط مال می‌جذب در فقه، امری مورد تردید است. توضیح آنکه، اسقاط مال می‌جذب را در فقه به دو دلیل باطل دانسته‌اند: ۱. محال عقلی؛ ۲. اجماع (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹: ص ۹۵).

محال عقلی بودن اسقاط مال می‌جذب مورد تردید است؛ چنان که عقل انشای طلاق پیش از ازدواج و انشای بیع پیش از معامله را محال نمی‌داند (خوئی، همان: ج ۷، ص ۳۴)؛ در حالی که در این موارد نیز فرد دربارهٔ اموری که در آینده ایجاد می‌شود، انشای حق و ایجاد اثر حقوقی می‌کند. افزون بر این، انشای حق و ایجاد اثر حقوقی انشا در موارد مشابه، که دربارهٔ آینده است، رخ می‌دهد: یعنی واجب مشروط و انشای موصی در وصیت و انشای واقف در وقف بر اولاد؛ حال آنکه فقیهان در پذیرش این موارد تردید ننموده‌اند (اراک، ۱۴۱۴ق: ص ۵۱). از این رو، به نظر می‌رسد ایراد محال عقلی بر اسقاط مال می‌جذب و بطلان آن از این منظر صحیح نیست؛ به ویژه آنکه، تعبیر کارآمد عقل در فقه و حقوق، جنبهٔ اجتماعی‌اش و آن چیزی است که در مفاهیمی چون سیرهٔ عقلا آشکار می‌گردد. پس عقل محض و فلسفی، که بر مبنای آن در پذیرش اسقاط مال می‌جذب تردید شده، منظور نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۲۱۶). سیرهٔ عقلا خود مؤید اسقاط مال می‌جذب بوده و موارد اسقاط مال می‌جذب را دارای اثر می‌داند (همان، ص ۲۹۷؛ خوئی، همان: ص ۷۴)، نه آنکه آن را منع نماید.

بر مبنای اجماع نیز نمی‌توان در صحت شرط سقوط خیار ضمن عقد تردید نمود، زیرا اجماع مورد استناد ناشی از تعبد و لزوم تبعیت از حکم شارع بر مبنای تعبد مذکور نیست؛

بلکه از منظر عدم اعتبار اسقاط مال می‌باید در نزد عقلا مطرح گردیده است، در حالی که چنان‌که گذشت، عقلا منعی برای اسقاط مال می‌باید قائل نیستند (خوئی، همان: ج ۶، ص ۳۳۷). افزون بر این، جواز اسقاط مال می‌باید در میان فقیهان امری معروف است. از این‌رو، شرط سقوط خیار ضمنی عقد از مواردی نیست که بتوان در مورد بطلان آن ادعای اجماع نمود (همان: ج ۷، ص ۳۵). با وجود ادعای شهرت بطلان اسقاط مال می‌باید در فقه امامیه، تنها معدودی از فقیهان برای بطلان چنین اسقاطی به اجماع اشاره نموده‌اند. به‌تصریح همان گروه از فقیهان نیز اجماع فقط بر بطلان اسقاط حقی منعقد شده که آن اسقاط پیش از تحقق سبب حق باشد (مولودی قلاچی، همان: ص ۹۷). این در حالی است که در مورد تمامی اختیارات، به‌نوعی سبب خیار هم‌زمان با عقد و بر مبنای آن پدید می‌آید (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۳، ص ۱۰۳). از این‌رو، آنچه به‌عنوان بطلان اسقاط مال می‌باید مورد اجماع فقیهان است، موارد شرط سقوط خیار ضمنی عقد را دربر نمی‌گیرد. همچنین، آنچه در شرط سقوط خیار ضمنی عقد مورد نظر است، اشتراط عدم خیار و عدم ثبوت آن از بدو امر است (گیلانی نجفی، ۱۴۰۷ق: ص ۱۲۰). به عبارت دیگر، منظور از چنین اسقاطی، از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق است. در اینجا با انشای اسقاط، مقتضی ایجاد حق از بین می‌رود و اساساً حقی به‌وجود نخواهد آمد تا بحث از اسقاط آن در آینده مطرح گردد. بنابراین، اشکال مال می‌باید بودن خودبه‌خود رفع می‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۳، ص ۱۴۸).

بنابر آنچه ذکر شد، مدلول روایت «یتخیرون إذا غبنوا»، که مورد استناد مخالفان قرار گرفته است، آن نیست که خیار پس از آشکار شدن غبن به‌وجود آید؛ بلکه مقصود از این روایت، بیش از هر چیز، پذیرش نفس مشروعیت خیار غبن در فرضی که است فرد مغبون می‌شود. افزون بر این، روایت چنین می‌رساند که با تحقق غبن، حق خیار به‌وجود می‌آید. در فقه امامیه آنچه از غبن در خیار غبن مدنظر است، تنها در زمان عقد به‌وجود می‌آید و موارد عدم تعادل میان عوضین (غبن) پس از عقد، از شمول قلمرو خیار غبن خارج است (انصاری، ۱۴۲۸ق: ص ۱۱۲؛ صاحب جواهر، همان: ج ۲۳، ص ۴۲). با این تفسیر، غبن مذکور در روایت، جز در زمان عقد به‌وجود نمی‌آید.

ه. این ایراد که سقوط خیار نمی‌تواند موضوع الزام و التزام قرار گیرد به شدت مورد تردید است؛ چراکه:

**نخست:** چنان‌که مخالفان در این ایراد گفته‌اند، شرط به معنای الزام و التزام است و نتیجه نمی‌تواند موضوع الزام و التزام، که همان شرط است، قرار گیرد. پس اساساً شرط نتیجه ممکن نیست و ماهیت شرط‌گونه آن متزلزل خواهد بود. این در حالی است که این امر را مخالفان نمی‌پذیرند، زیرا ایشان در تعبیرها و استدلال‌های خویش از اصطلاح شرط نتیجه استفاده می‌کنند که این بیانگر پذیرش ماهیت شرط‌گونه شرط مذکور است (گیلانی نجفی، همان).

**دوم:** در شرط نتیجه، نتیجه عقود و ایقاعات شرط می‌شود، مانند آنکه چیزی ملک شخصی باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۶، ص ۲۵۹). بنابراین، شرط نتیجه فقط در مواردی ممکن است که نتیجه به صرف اشتراط حاصل شود و به سبب خاصی احتیاج نداشته باشد (همان؛ صفایی، ۱۳۸۴: ص ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ص ۲۲۴). بدین ترتیب، سایر مواردی که نیازمند سبب خاصی اند، اعم از آنکه انجام آن برای مشروط‌علیه مقدر باشد یا آنکه قادر به انجام آن نباشد، خارج از قلمرو شرط نتیجه است. پس اساساً این ایراد منتفی است که شرط نتیجه امری خارج از حیطة قدرت و اختیار شرط‌کننده است.

**سوم:** بر مبنای اصالة اللزوم، حکم اولی حاکم بر عقود، لزوم است. اختیار فسخ حکمی ثانوی است که به دلایل و با مبنای گوناگونی مانند نفی ضرر و نفی غرر، بر قرارداد حکومت می‌یابد.<sup>۲</sup> اختیار فسخ لزوم عقد را متزلزل نموده و آن را دستخوش اراده صاحب حق خیار می‌کند. شرط سقوط خیار جز به معنای اعاده وضعیت قرارداد به حالت اولیه و اصیل خود و حکومت حکم اولی لزوم بر آن نیست. از این رو، در شرط سقوط خیار، حکومت مجدد حکم اولی خیار بر مبنای قاعده اصالة اللزوم مورد نظر است که حالت اصیل و اولیه قرارداد است، نه حالتی جدید که بخواهیم آن را خارج از اراده مشروط‌علیه بدانیم تا بر مبنای آن، شرط مذکور را نپذیریم.

## ۱-۲-۲. مستندات قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد

مهم‌ترین مستندات قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد عبارت‌اند از: اصل لزوم، اجماع، آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، روایت «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده اسقاط حق. این مستندات در ادامه بررسی خواهند شد.

### ۱-۲-۲-۱. اصل لزوم<sup>۳</sup>

اصل لزوم دو اثر دارد: نخست، در صورت تردید در لازم یا جایز بودن هر عقد، آن عقد لازم است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۵۳)؛ دوم، در مورد هر عقد، اعم از آنکه لازم یا جایز باشد، اجرای مفاد عقد برای طرفین اجباری است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ص ۲۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۴: ص ۱۵۸). بر این اساس، شرط سقوط خیار ضمن عقد - چه آن را به توافقی مستقل بدانیم و چه یکی از اجزای عقد اصلی و تابع آن - بر مبنای اصل لزوم، لازم‌الوفاء بوده و اجرای مفاد آن برای طرفین عقد اجباری است.

### ۱-۲-۲-۱. اجماع

در باره امکان شرط سقوط خیار ضمن عقد به طور کلی ادعای اجماع شده است. در اینجا در فرضی که اجماع پذیرفته نشود نیز قدرمتیقن آنکه، دیدگاه جدی و قوی مخالفی یافت نشده است. گفتنی است ادعای اجماع در مورد خیار مجلس به طور خاص با قوت بیشتری مطرح گردیده است (انصاری، همان: ص ۳۲-۳۳). این خود مؤید بلامانع بودن شرط مذکور از نگاه فقیهان است.

### ۱-۲-۲-۱. آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

مفاد آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) شرط سقوط خیار ضمن عقد را دربر می‌گیرد؛ زیرا شرط ضمن عقد یکی از اجزای عقد است و بر این اساس، حکم به لزوم وفای به عقد در این آیه (گرجی، ۱۳۹۰: ص ۱۸ و ۱۹) خود متضمن حکم به لزوم وفای به شرط ضمن آن نیز هست. بنابراین، عمل به شرط مذکور بر مبنای این آیه الزامی است.

۱-۲-۲-۴. روایت «المؤمنون عند شروطهم»

یکی از مستندات اصلی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد، روایت «المؤمنون عند شروطهم» است. بر مبنای این روایت، اجرای مفاد شرط توسط مشروط علیه الزامی است. استعمال واژه شرط در این روایت نشان می‌دهد که این روایت صراحتاً موارد شرط سقوط خیار ضمن عقد را دربر می‌گیرد. بر این اساس، روایت مذکور در بسیاری از منابع فقهی در بحث از شرط سقوط خیار ضمن عقد به‌عنوان یکی از اشکال اسقاط حق خیار مورد استناد قرار گرفته است.<sup>۴</sup>

۱-۲-۲-۵. قاعده اسقاط حق (الكل ذيق إسقاط حقه)

ویژگی بارز و بدیهی هر حق و وجه تمیز حق از حکم، قابلیت اسقاط است. با توجه به مبانی مذکور در فقه امامیه، قاعده‌ای شکل گرفته است که از آن به «قاعده اسقاط حق» تعبیر می‌گردد (مصطفوی، ۱۳۹۰: ج ۱، ص ۴۹؛ زراعت، ۱۳۸۸: ص ۲۳۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۶، ص ۲۹). فقیهان غالباً از این قاعده با عبارت عام «لکل ذی حق إسقاط حقه = برای هر صاحب‌حقی اختیار اسقاط حقش وجود دارد» تعبیر می‌کنند (خوئی، ۱۴۱۷ق: ج ۶، ص ۱۳۹).<sup>۵</sup> خیار از زمره حقوق است و نه احکام (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۵، ص ۶۶). این چنین، با توجه به قاعده «لکل ذی حق إسقاط حقه»، در امکان اسقاط خیار به‌عنوان یکی از حقوق نباید تردید کرد؛ به‌ویژه آنکه، مفهوم اسقاط در فقه امامیه، از جمله در این قاعده، موارد شرط سقوط خیار ضمن عقد را نیز دربر می‌گیرد.

۲. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در حقوق ایران

امروزه در حقوق ایران دیدگاه امضایی بودن قراردادهای و عدم انحصار آنها به موارد خاص و معین، پذیرفته شده و به آن عمل می‌شود. در این زمینه، ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌کند:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».



بر مبنای این ماده، طرفین می‌توانند بر سر هر آنچه که مایل‌اند، به‌عنوان عقدی غیرمعمین، توافق کنند. همچنین، بر مبنای اصل اباحه، انعقاد هرگونه قرارداد با هر اثری ممکن است. تنها محدودیت در این زمینه، از یک‌سو مقررات امری مذکور در قوانین، و از سوی دیگر، نظم عمومی و همچنین اخلاق حسنه به‌عنوان چهره‌ خاصی از نظم عمومی است.<sup>۶</sup> (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ص ۵۷۸). شروط نیز از این قاعده مستثنا نمانده‌اند: از یک‌سو، در آزادی انعقاد هرگونه شرط بر مبنای ماده ۱۰ نباید تردید نمود؛ از سوی دیگر، قانونگذار در مواد ۲۳۳ و ۲۳۲ قانون مذکور، موارد شروط باطل را برشمرده و استثنا کرده است. این نکته چنین می‌نماید که اصل بر پذیرش هرگونه شرط با هر شکل و محتوایی است و باطل و بلااثر بودن شرط امری استثنایی و نیازمند تصریح است. افزون بر این، پذیرش اندیشه امضایی بودن عقود و آزادی قراردادی در ماده ۱۰ قانون مدنی، شرط را نیز از این قید رها می‌کند که ضمن عقد واقع شود؛ زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدا از عقد الزام‌آور باشد (کاتوزیان، همان: ص ۳۲). این چنین، بر مبنای اصل آزادی شروط به‌عنوان یکی از شاخه‌های اصل آزادی قراردادها، دیگر نیازی نیست شرط همواره بر پایه تبعیت از عقد یا عقود معین خاص تحلیل گردد تا ایراداتی همچون دور و اجتماع نقیضین در امر واحد مطرح گردد؛ بلکه در اینجا با توجه به قصد و اراده واقعی طرفین، که قصد انعقاد عقد و شرط صحیح و نافذ را دارند، اصل صحت جاری می‌شود. این اصل (موضوع ماده ۲۲۳ قانون مدنی) پس از احراز اصل عمل (که در اینجا انعقاد قرارداد یا شرط است) بر آن حکومت می‌یابد (همان، ص ۲۱۲؛ صفایی، ۱۳۷۴: ص ۱۲۵). بر مبنای این اصل، دیگر نباید مدلول اراده طرفین به گونه‌ای تفسیر گردد که صحت عقد یا شرط مخدوش شود. در نتیجه، برای رفع تردیدهایی چون دور و اجتماع نقیضین در موارد تردید، شرط سقوط اختیارات توافق خاصی محسوب می‌گردد که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مذکور و هم‌زمان با عقد اصلی انعقاد یافته است.

در مورد اسقاط مال‌هیجیب نیز به‌نظر می‌رسد که با این ایراد نمی‌توان شرط سقوط اختیارات ضمن عقد را باطل دانست؛ زیرا رویکرد قانونگذار در مقررات گوناگون بر پایه پذیرش موارد این‌چنینی است که مصداق اسقاط مال‌هیجیب هستند. قانونگذار این ایراد را

مانع پذیرش اعمال حقوقی و موجب بطلان آنها نمی‌داند.<sup>۷</sup>

چنان‌که گذشت، مقتضای ذات عقد نیز در عقود لازم همواره همان اثر اصلی ماهیتی عقد بوده و خیار مقتضای ذات عقد نیست تا شرط سقوط خیار ذات عقد خلاف مقتضای ذات عقد باشد.

در نهایت آنکه، قانونگذار در ماده ۴۴۸ قانون مدنی صراحتاً اسقاط تمام یا برخی از خیار ذات عقد را پذیرفته است. ماده مذکور مقرر می‌کند: «سقوط تمام یا بعضی از خیار ذات عقد را می‌توان ضمن عقد شرط نمود.» قدر متیقن آنکه، از این ماده چنین برمی‌آید که از نظر قانونگذار ایران، نفس شرط سقوط خیار ضمن عقد بماهو مانعیت شرعی و قانونی نداشته و صحیح است.

رویه قضایی پیش از انقلاب در قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد کمتر تردیدی ننموده است. چنان‌که به‌طور مثال در حکم شماره ۱۰۵۱ مورخ ۱۳۱۶/۵/۱۲ شعبه ۴ دیوان عالی کشور آمده است: «مورد مواد ۴۱۶ و ۴۵۶ قانون مدنی در صورتی است که بر طبق ماده ۴۴۸ قانون مزبور خیار ساقط نشده باشد.»<sup>۸</sup> رویه قضایی پس از انقلاب نیز در بسیاری از موارد نه تنها در پذیرش نفس شرط سقوط خیار تردید ننموده، بلکه در تفسیر این ماده و تبیین قلمرو آن افراط نیز نموده است. چنان‌که در مواردی در آرای صادر شده در دیوان عالی کشور - به شرحی که خواهد آمد - بارها با استناد به شرط سقوط تمامی خیار ذات، ایرادات متوجه قرارداد از حیث امکان فسخ بر مبنای وجود سبب خیار (حتی در مورد خیاراتی چون خیارجنب در موارد جنب فاحش و خیار تدلیس) غیرموجه و بلااثر دانسته شده است.

### ۳. شناسایی استثنائات شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

در باره خیاراتی که شرط سقوط خیار ضمن عقد در خصوص آنها ممکن نبوده و در نتیجه، استثنای قاعده امکان شرط سقوط خیار ضمن عقد محسوب می‌شوند، در برخی موارد اختلاف نظر هست. در ذیل، همه موارد محتمل و تعیین وضعیت آنها از منظر قابلیت شرط سقوطشان در ضمن عقد را بررسی می‌کنیم تا استثنائات شرط سقوط خیار ضمن عقد شناسایی و مشخص گردد.

### ۳-۱. خيارات اختصاصی عقد بيع

نظر به اجماع فقیهان امامیه دربارهٔ صحت شرط سقوط خيار مجلس ضمن عقد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۳۳؛ کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۷؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۴، ص ۱۲۹) و شهرت دیدگاه صحت شرط سقوط خيار حیوان<sup>۹</sup> و همچنین شرط سقوط خيار تأخیر ثمن ضمن عقد (گیلانی نجفی، ۱۴۰۷ق: ص ۵۷۳) و فقدان منع قانونی در مقررات در قابلیت اسقاط خيارات مذکور (به عنوان خيارات اختصاصی بيع) ضمن عقد تردیدی باقی نمی ماند.

### ۳-۲. خيار شرط

شرط سقوط خيار شرط ضمن عقد به معنای اهمیت نداشتن شروط قراردادی است. این خيار در تضاد بارز با عقد قرار دارد و باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ الف: ص ۲۱۹)؛ زیرا خيار شرط برای اندیشه کردن در سرنوشت معامله است؛ درحالی که اسقاط آن به معنی اندیشه نکردن در این زمینه است (همان، ص ۲۹۸).

### ۳-۳. خيار عیب و خيار رؤیت

در این زمینه در فقه امامیه باید میان مواردی که شرط سقوط خيار موجب غرر می گردد و موارد دیگر تفکیک نمود. غرر دو رکن دارد: ۱. جهل؛ ۲. احتمال حصول ضرر از ناحیهٔ جهل مذکور (لنگرودی، ۱۳۸۵، ۴۸۹). اگرچه خيار در رفع جهل تأثیری ندارد، اما در رفع ضرر ناشی از آن مؤثر است؛<sup>۱۰</sup> زیرا فرد می تواند با فسخ عقد بر مبنای حق خيار، از ورود ضرر به خود جلوگیری نماید. بر این اساس، شرط سقوط خيار عیب یا رؤیت ضمن عقد با حذف امکان رفع ضرر ناشی از غرر می تواند موجب تحقق غرر و غرری گردیدن معامله گردد. اما این امر در تمامی موارد مصداق نمی یابد، زیرا در برخی موارد غرر به مفهوم واقعی آن محقق نیست و مانع دیگری نیز برای پذیرش شرط سقوط خيار عیب و رؤیت موجود نیست؛ از این رو، شرط مشمول عموم قاعدهٔ «المؤمنون عند شروطهم» بوده، و صحیح و لازم الاتباع است. در تشخیص موارد غرری بودن معامله متضمن شرط سقوط خيار عیب یا رؤیت و در نتیجه، بطلان شرط و عقد از سایر موارد، باید بین دو حالت تفکیک نمود:

الف. گاه فرد بدون هیچ‌گونه آگاهی به موضوع معامله، اعم از رؤیت قبلی، اظهارات قبلی طرف معامله و اظهارات اشخاص ثالث، و صرفاً بر اساس اظهارات طرف معامله حین عقد و اوصاف مذکور در عقد به انعقاد قرارداد مبادرت می‌نماید. در اینجا، شرط سقوط خیار ضمن عقد موجب غرر در معامله می‌گردد. از این‌رو، این شرط باطل و مبطل عقد است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۱۸۵؛ خوئی، ۱۴۱۷ق: ج ۶، ص ۷۴ و ۷۵)؛ زیرا رکن اول غرر یعنی جهل محقق است. رکن دوم غرر، یعنی احتمال حصول ضرر، به‌واسطه جهل مذکور که از طریق خیار مرتفع می‌گردیده نیز به‌واسطه شرط سقوط خیار ضمن عقد دیگر مرتفع نشده است؛ بنابراین، در اینجا شرط سقوط خیار عیب یا رؤیت ضمن عقد موجب غرر در معامله و در نتیجه، باطل و مبطل عقد است.

ب. گاه فرد از هر طریقی، اعم از رؤیت قبلی یا اظهارات پیشین طرف معامله یا اظهارات سایر اشخاص، از اوصاف مورد معامله آگاهی یافته و نوعی علم و اطمینان نسبی به اوصاف مذکور به‌دست آورده است؛ باوجود این، بر مبنای احتمالی که مبنی بر نبودن آن اوصاف در حال حاضر و تخلف از آنها وجود دارد، شرط سقوط خیار عیب یا رؤیت می‌شود. در اینجا، شرط سقوط خیار صحیح است (همان)؛ زیرا عنصر اول غرر، یعنی جهل، تحقق نمی‌یابد؛ چون شخص از راه‌های دیگر درباره اوصاف مورد معامله علم و اطمینان نسبی به‌دست آورده است و عنصر دوم، یعنی احتمال حصول ضرر به‌دلیل جهل مذکور نیز که مبتنی بر عنصر اول است، تحقق نمی‌یابد. از این‌رو، هیچ‌یک از ارکان غرر تحقق نمی‌یابد. این در حالی است که تحقق هر دوی این ارکان برای تحقق غرر ضروری است. بنابراین، با توجه به عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و فقدان مانع که موجب تخصیص قاعده مذکور در اینجا می‌گردد، شرط سقوط خیار رؤیت در اینجا مشمول عموم مذکور بوده و بر این اساس صحیح و لازم‌الاتباع است.

در حقوق ایران درباره شرط سقوط خیار رؤیت ضمن عقد اختلاف نظر هست. ظاهر ماده ۴۴۸ قانون مدنی شرط سقوط تمام یا بعضی اختیارات را حین عقد ممکن می‌داند؛ ولی برخی حقوقدانان با توجه به اینکه شرط مذکور عقد را غرری می‌کند، آن را باطل و مبطل عقد دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۲۹۸). در رویه قضایی پس از انقلاب نیز در

مواردی برخلاف ظاهر ماده ۴۴۸ قانون مدنی، اسقاط خیارات به طور مطلق منصرف از خیار رؤیت دانسته شده است. چنان که در رأی شماره ۱۳۱۹/۵/۲۸-۱۵۹۱ شعبه یکم دیوان عالی کشور چنین آمده است:

«..... توصیف مبیع در قباله برای تعیین مورد معامله است و اسقاط خیارات به طور مطلق شامل تخلف وصف نخواهد بود.»

برخی حقوقدانان پذیرش این نظر را مبتنی بر تفسیر اراده طرفین می‌دانند:

«این نظر مبتنی بر تفسیر اراده طرفین است؛ زیرا معقول به نظر نمی‌رسد که طرفین اوصافی برای معامله تعیین کنند، ولی ضمانت اجرای آن را ساقط نمایند. پس تفسیر معقول از قرارداد آن است که اسقاط خیارات را شامل خیار تخلف وصف ندانیم» (صفایی، ۱۳۸۴: ص ۳۰۸).

۲۱



فق

تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد...

در مقابل، برخی حقوقدانان شرط سقوط خیار رؤیت ضمن عقد را صحیح می‌دانند. استدلال آنان چنین است: عقد سبب وجود خیار است و از این رو، شرط سقوط خیار ضمن عقد اسقاط مال می‌یجد نیست. همچنین، خیار وسیله رفع غرر نیست؛ بلکه وسیله جبران ضرر ناشی از آن است. آنان در استدلال خود به عموم ماده ۴۴۸ قانون مدنی نیز استناد می‌کنند که خیار رؤیت را هم دربر می‌گیرد (کاتوزیان، همان: ص ۱۷۲ و ۱۷۳).

درباره شرط سقوط خیار عیب ضمن عقد در حقوق ایران باید گفت: در نگاه نخست به نظر می‌رسد مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها (موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی) و بر مبنای ماده ۹۷۵ قانون مذکور، جز در موارد مغایر با قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه، اشخاص مجازند بر سر هرگونه قرارداد یا شرط در هر شکل و قالبی که بخواهند، توافق کنند. عموم این مقرره موارد شرط سقوط خیار عیب ضمن عقد را نیز دربر می‌گیرد. بنابراین، در جواز و اباحه شرط سقوط خیار عیب از این منظر نباید تردید کرد. افزون بر این، ماده ۴۴۸ قانون مدنی به طور خاص صراحتاً شرط سقوط تمام یا بعضی از خیارات را حین عقد مشروع و لازم‌الاتباع می‌داند. این مقرره اختصاصی دربرگیرنده شرط سقوط خیار عیب ضمن عقد نیز هست که یکی از اقسام خیارات مورد

بحث در قانون مدنی است. در مقررات هیچ شاهدهی مبنی بر خروج شرط سقوط خیار عیب ضمن عقد از شمول مقرره عام ماده ۴۴۸ قانون مدنی وجود ندارد؛ به ویژه آنکه قانونگذار در مقام بیان و احصای شروط باطل در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ نیز اشاره‌ای به این شرط ننموده و شرط مذکور با هیچ‌یک از موارد شروط باطل انطباق ندارد.

در نهایت، چه درباره قابلیت شرط سقوط خیار عیب و چه قابلیت شرط سقوط خیار رؤیت در حقوق ایران باید گفت: به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مطابق اصل ۴ قانون اساسی قوانین می‌بایست بر اساس موازین اسلامی باشد و اینکه در شرع انور اسلام و فقه شیعی غرر امری نهی شده است،<sup>۱۱</sup> عموم و اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی را باید به مواردی محدود نمود که شرط سقوط خیار عیب یا رؤیت موجب غرر می‌گردد. همچنین، این موارد را باید خارج از شمول ماده مذکور و بر مبنای موازین فقهی باطل و مبطل عقد دانست؛ زیرا غرر موجود در اینجا مغایر با مقتضای ذات عقود معاوضی (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ص ۳۱۶) است. پس همان تفکیکی که در فقه امامیه درباره موارد شرط سقوط خیار عیب و رؤیت ضمن عقد ذکر گردید، در حقوق ایران نیز اعمال می‌گردد.

### ۳-۴. خیار غبن

اختلاف نظرهای فراوانی درباره شرط سقوط خیار غبن ضمن عقد هست، ولی در مجموع، با توجه به عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، ماده ۴۴۸ قانون مدنی و فقدان مانع برای تخصیص شرط سقوط خیار غبن ضمن عقد با آنها باید گفت: به نظر می‌رسد خیار غبن نیز از جمله خیارهای قابل اسقاط حین عقد است، جز در موارد غبن فاحش. در این موارد، بر مبنای ماهیت غرری خیار و همچنین تناقض ناشی از آن، شرط سقوط خیار ضمن عقد باطل و مبطل عقد است. منظور از تناقض ناشی از شرط سقوط خیار آن است که از یک سو طرفین با توافق در قالب یکی از عقود معاوضی سعی در تعادل عوضین دارند؛ اما در مقابل، با شرط سقوط خیار غبن در موارد غبن فاحش، به شکل اساسی بر عدم ضرورت تعادل عوضین تأکید و تأکید می‌کنند.

### ۳-۵. خیار تدلیس

تدلیس یکی از گناهان کبیره است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۱۳۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۷، ص ۱۳۱؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق: ج ۲، ص ۴۲۳). افزون بر این، شرط سقوط خیار تدلیس ضمن عقد، که از آن جواز فریب دادن دیگری در معامله نتیجه می‌شود، از مصادیق سلب آزادی و برخلاف اخلاق حسنه، مندرج در ماده ۹۶۰ قانون مدنی است. این نکات از پذیرش شرط سقوط خیار تدلیس ضمن عقد، که به معنای تأیید تدلیس صورت گرفته در قرارداد و پذیرش آثار آن است، جلوگیری می‌کند. بنابراین و با توجه به اینکه شرط مذکور با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایر است، در حقوق ایران نمی‌توان این شرط را واجد اثر حقوقی دانست.

### ۳-۶. خیار تخلف شرط و خیار تبعض صفقه

عموم ادله شروط و قاعده اسقاط حق (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۶، ص ۳۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۷۹) از یک سو و اصل آزادی قراردادی و مقرره اختصاصی ماده ۴۴۸ قانون مدنی از سوی دیگر، بر پذیرش شرط سقوط خیار تخلف شرط و همچنین خیار تبعض صفقه ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق ایران دلالت می‌کند. این در حالی است که مائعی برای محدود نمودن ادله بالا با شروط مذکور وجود ندارد. بر این اساس، خیار تبعض صفقه و خیار تخلف شرط، ضمن عقد قابل اسقاط‌اند.

### ۳-۷. خیار تعذر تسلیم و خیار تفلیس

احکام راجع به شرط خیار تعذر تسلیم و خیار تفلیس ضمن عقد در فقه مسکوت مانده است. با وجود این، مغایرت شرط سقوط این دو خیار با مقتضای ذات عقود معاوضی در فقه بر بطلان شروط مذکور دلالت می‌کند. افزون بر مغایرت با ذات عقود معاوضی، مغایرت با جهت تعهد (صفایی، ۱۳۸۴: ص ۴۹)، مغایرت با نظم عمومی اقتصادی (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۵، ص ۳۴۱) و مغایرت با اصل موازنه تسلیم در برابر تسلیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ ب: ص ۱۳۴) دلایل دیگری هستند که بر بطلان شرط سقوط خیار تعذر

تسلیم و خیار تفلیس در حقوق ایران دلالت می‌کنند. بنابراین، در عقود معاوضی، شرط سقوط یا اسقاط کافهٔ اختیارات نه‌تنها باطل است، بلکه مبطل عقد نیز هست؛ زیرا قدرِ متیقن آنکه، این شرط در خیار تعذر تسلیم و همچنین خیار تفلیس، با ذات عقد مغایر است و در نتیجه، مشمول بند اول مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی، یعنی شرط خلاف مقتضای ذات عقد به‌عنوان یکی از شروط باطل و مبطل عقد می‌گردد.

این‌همه چنین می‌رساند که دیگر در قابلیت نداشتن شرط سقوط تمامی اختیارات حین عقد نباید تردید نمود. بر این اساس و با توجه به عموم مادهٔ ۴۴۸ و لفظ عام «تمام» در مادهٔ مذکور - که بر امکان اسقاط تمامی اختیارات دلالت می‌کند - در تفسیر مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی در حقوق کنونی اختلاف نظر پدید آمده است. برخی حقوقدانان بر مبنای این ماده، شرط سقوط خیار در مورد تمامی اختیارات را ممکن دانسته‌اند:

«متبایعین می‌توانند در ضمن عقد بیع شرط کنند اختیاراتی که در عقد مزبور به‌وجود می‌آید، مانند خیار عیب، خیار غبن، خیار تدلیس، [و] خیار تخلف وصف ساقط می‌شود؛ اگرچه مشروط‌علیه جاهل به وجود سبب آن باشد. مثلاً متعاملین می‌توانند سقوط خیار عیب را در بیع شرط نمایند؛ بدون آنکه از وجود غبن آگاه باشند.» (امامی، ۱۳۳۴: ص ۵۴۱)

رویهٔ قضایی دادگاه‌های پس از انقلاب نیز در بسیاری از موارد این نظر را تأیید می‌کند؛ چنان‌که در رویهٔ قضایی حتی در مورد اختیارات غیرقابل اسقاط در بسیاری از موارد، استناد به عموم و اطلاق شرط قراردادی اسقاط کافه یا تمامی اختیارات بر مبنای مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی، موجب پذیرفته نشدن و رد درخواست فسخ گردیده است. به‌طور مثال در دادنامهٔ شمارهٔ ۸/۵۶۲ مورخ ۱۰/۱۰/۱۳۶۹، دادگاه صادرکنندهٔ رأی فرجام‌خواسته رد درخواست فسخ معامله بر مبنای وجود غبن فاحش با استناد به شرط اسقاط تمامی اختیارات را با استناد به همان شرط تأیید کرده است. همچنین، شعبهٔ دهم دیوان عالی کشور در دادنامهٔ شمارهٔ ۱۰/۲۰ مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۸، استدلال دادگاه صادرکنندهٔ رأی فرجام‌خواسته را عیناً تأیید نموده است. در این رأی چنین آمده است: «به‌موجب مبایعه‌نامهٔ مستند دعوی،



کلیهٔ اختیارات از جمله اختیار غبن، به اعلی مرتبه از طرفین ساقط گردیده؛ لذا تمسک به اختیار غبن فاقد موقعیت قانونی است.»<sup>۱۲</sup>

برخی حقوقدانان شرط اسقاط کافهٔ اختیارات را به دلیل مغایرت با مقتضای ذات عقود مغایرانه‌ای، با استناد به بند اول مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی باطل و مبطل عقد دانسته‌اند. ایشان مادهٔ ۴۴۸ را با مادهٔ ۲۳۳ متناقض دانسته‌اند و برای حل مشکل ناشی از تعارض این دو مقرره، با استناد به مادهٔ ۳ قانون آئین دادرسی مدنی، مادهٔ ۲۳۳ را بر مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی حاکم دانسته و در نهایت، حکم به ابطال بیعی داده‌اند که در آن شرط اسقاط کافهٔ اختیارات شده است. به نظر می‌رسد تحلیل مذکور در مورد عقود معاوضی صحیح است. شرط سقوط تمامی اختیارات در این عقود نه تنها باطل بلکه مبطل عقد است؛ زیرا به شرحی که گذشت، این شرط خلاف مقتضای ذات عقود معاوضی و اصل موازنهٔ تسلیم در برابر تسلیم و در مغایرت اساسی با نظم عمومی اقتصادی حاکم بر معاملات است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

مقالهٔ پیش‌رو با تلفیق ابعاد فقهی و حقوقی موضوع قابلیت شرط سقوط اختیار ضمن عقد، به تبیین و ارزیابی کامل ایرادات وارد بر آن پرداخته است. سپس اختیارات غیرقابل اسقاط و خارج از شمول شرط رایج اسقاط تمام یا کافهٔ اختیارات را به‌طور مستدل شناسایی و تعیین نموده است. این مقاله رویکرد حاکم بر رویه قضایی دربارهٔ قابلیت شرط سقوط اختیارات ضمن عقد و شرط رایج اسقاط کافهٔ (تمامی) اختیارات را نیز تبیین و ارزیابی نموده است. مخالفان شرط سقوط اختیار ضمن عقد در فقه امامیه برای رد شرط مذکور به دلایلی چند استناد می‌کنند. این دلایل عبارت‌اند از: لزوم دور در فرض شرط سقوط اختیار ضمن عقد، اجتماع نقیضین (لزوم و جواز) در فرض شرط مذکور، مخالفت این شرط با مقتضای ذات عقد و ممنوعیت شرعی بر مبنای مدلول روایت «البیعان بالخیار»، بطلان شرط سقوط اختیار ضمن عقد به دلیل اسقاط مال می‌باید بودن آن و اینکه شرط مذکور از نوع شرط نتیجه است و شرط نتیجه نمی‌تواند موضوع الزام و التزام قرار گیرد؛ پس اسقاط اختیار از طریق شرط سقوط آن در ضمن عقد، که نوعی الزام و التزام است، ممکن نیست.



به شرحی که استدلال شد، هیچ‌یک از ایرادات بالا وارد نبوده و تمامی آنها مردود است. بر این اساس و بر مبنای اصل لزوم قراردادهای، اجماع فقیهان امامیه، مدلول آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم»، تردیدی در قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد در فقه امامیه باقی نمی‌ماند.

با توجه به حاکمیت اصل آزادی قراردادهای در حقوق موضوعه ایران (ماده ۱۰ قانون مدنی)، چهره استثنایی شروط باطل (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی)، اصل صحت قراردادهای (ماده ۲۲۳ قانون مدنی) و در نهایت، منطوق ماده ۴۴۸ قانون مذکور، در پذیرش شرط سقوط خیار ضمن عقد در حقوق ایران نمی‌توان تردید نمود. با وجود این، پذیرش شرط سقوط خیار ضمن عقد به معنای امکان شرط مذکور در تمامی خیارات نیست. خیار شرط، خیار تدلیس، خیار تعذر تسلیم، خیار تفلیس، خیار غبن در موارد غبن فاحش، خیار عیب و همچنین خیار رؤیت در مواردی که موجب غرری گردیدن معامله می‌شود، استثنائات شرط مذکور هستند. این چنین، از یک سو، شرط سقوط هریک از این خیارات ضمن عقد، باطل و در مواردی مبطل عقد است و از سوی دیگر، شرط سقوط کافه خیارات که موارد خیارات غیرقابل اسقاط را نیز دربر می‌گیرد، باطل است. بر این اساس، مقرر ماده ۴۴۸ قانون مدنی - که امکان سقوط تمامی خیارات ضمن عقد را پذیرفته است - با موازین فقهی، اصول حقوقی و همچنین سایر مواد قانون مدنی (به‌ویژه ماده ۲۳۲) در تعارض است و تغییر آن ضروری به نظر می‌رسد. توصیه می‌گردد قید تمامی خیارات از این ماده حذف و در آن تصریح گردد که تنها در مورد خیارات قابل اسقاط ضمن عقد، شرط سقوط بعض یا تمامی این نوع خیارات ممکن است. این امر مبتنی بر آن است که یا آنکه پیش از این قانونگذار به‌طور مستقل در موارد مرتبط با هریک از خیارات، قابلیت داشتن یا نداشتن آن را تعیین نماید یا اینکه در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، نخست، به امکان شرط سقوط بعض یا تمامی خیارات قابل اسقاط ضمن عقد اشاره نماید؛ سپس موارد خیارات قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط را برشمارد.

در رویه قضایی پیش از انقلاب بر تفکیک بین خیارات قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط و عدم شمول شرط سقوط تمامی خیارات بر خیارات غیرقابل اسقاط حکم داده شده است؛

ولی در رویه قضایی پس از انقلاب تفکیک منطقی مذکور در بسیاری از موارد نادیده انگاشته شده، و اطلاق و عمومیت شرط سقوط کافه خیارات به‌ویژه با استناد به ظاهر ماده ۴۴۸ قانون مدنی مورد عمل و حکم قرار گرفته است. رویه مذکور ناشی از یک‌جانبه‌نگری و صرف توجه به یکی از ابعاد و مستندات قانونی در حوزه خیارات، یعنی ماده ۴۴۸ قانون مدنی است. این رویه نه‌تنها در مغایرت با موازین فقهی است؛ بلکه مغایر با سایر مقررات به‌ویژه ماده ۲۳۳ قانون مدنی، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و در نهایت، اصل ۱۶۷ قانون اساسی است.

تا پیش از اعمال تغییرات مطلوب به‌شرح فوق، در مقام تفسیر و به‌کارگیری ماده ۴۴۸ قانون مدنی اجمال و ابهام ماده مذکور را جز با مراجعه به سایر مقررات و منابع نمی‌توان برطرف نمود. مراجعه به ماده ۲۳۳ قانون مدنی ما را به این نتیجه می‌رساند که شرط سقوط خیار تقلیس و تعذر تسلیم در عقود معاوضی مصداق شرط خلاف مقتضای ذات عقد (موضوع بند نخست این ماده) و در نتیجه، باطل و مبطل عقد است. شرط غرری سقوط خیار غبن در موارد غبن فاحش و همچنین شرط سقوط خیار عیب یا خیار رؤیت (به‌شرحی که گذشت) مصداق شرط مجهولی‌اند که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌گردد، و باطل و مبطل عقد است. توجه به مقررات امری موضوع مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی نیز اعتقاد به بطلان شرط سقوط خیار تدلیس را موجب می‌گردد. در نهایت، در نتیجه نحوه انشای اراده طرفین حین عقد، شرط سقوط خیار شرط که با اراده طرفین تعارض دارد، باطل است. در پایان، بر مبنای سکوت و اجمال مقررات در حوزه خیارات، تفسیر و توجه به منابع معتبر اسلامی بر مبنای اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی جملگی مراتب فوق را تأیید می‌کند.

## پی‌نوشت:

۱. منظور از مقتضای ذات عقد، اثر اصلی آن یا موضوعی اصلی است که عقد به خاطر آن واقع می‌گردد و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، جزء یا لازمه ماهیت عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ص ۳۰۹).
۲. برای درک مبانی خیارات، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۵، ۵۸-۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۳۳۹-۳۴۱.
۳. این استدلال را صاحب جواهر مطرح نموده است. در این زمینه، ر.ک: گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ص ۹۷.
۴. به‌طور مثال در این زمینه ر.ک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ج ۲۳، ص ۱۲؛ خوئی، ۱۴۱۷: ج ۶، ص ۱۱۹؛ گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ص ۹۷؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲: ص ۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۴، ص ۱۲۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۳، ص ۱۵۲ و ۱۵۳ و ۱۵۷.
۵. در این زمینه همچنین ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ج ۵، ص ۶۱؛ نراقی، ۱۴۲۲: ص ۳۱۹.
۶. در این زمینه ر.ک: ماده ۹۷۵ قانون مدنی.
۷. در این زمینه به‌طور مثال می‌توان به ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی و ماده ۴۵۴ قانون آئین دادرسی مدنی اشاره نمود.
۸. برای دیدن آرای بیشتر در این زمینه، ر.ک: بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۲۵.
۹. در این زمینه ر.ک: اراکی، ۱۴۱۴: ص ۹۸؛ انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۶۱؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲: ص ۵۷؛ عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۴، ص ۲۲۳؛ گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ص ۳۲۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۳، ص ۱۵۷؛ خوئی، ۱۴۱۷: ج ۶، ص ۲۱۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۱، ص ۳۵.
۱۰. بر این اساس، قاعده لاضرر را یکی از مبانی خیار رؤیت دانسته‌اند. در این زمینه ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۵، ص ۱۷۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ج ۳۳، ص ۹۵؛ انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، ص ۱۷۳.
۱۱. «نهی رسول الله ﷺ عن بیع المضطر و عن بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۴۴۸).
۱۲. شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱ مورخ ۱۳۸۲/۴/۱۴ نیز درخواست فسخ معامله بر مبنای تدلیس صورت‌گرفته را با استناد به اسقاط کلیه خیارات ضمن عقد و مقرره قانونی ماده ۴۴۸ قانون مدنی رد نموده است. در دادنامه شماره ۵۷۵ مورخ ۱۳۸۲/۴/۳۱، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با استناد به ۴/۵ متر مربع کسری مساحت در ملک فروخته‌شده، با این استدلال که شرط اسقاط کافه خیارات هرنوع نقص و عیبی از جمله کسری مساحت را دربر می‌گیرد، قرار رد دعوای دادگاه بدوی تأیید گردیده است. گویا این دعوا در مورد درخواست فسخ معامله به دلیل کسری مساحت بر مبنای شرط اسقاط کافه خیارات به عمل آمده حین عقد بوده است. برخی دیگر از آرا در این زمینه عبارت‌اند از: دادنامه شماره ۴۶۷ مورخ ۱۳۸۷/۴/۵ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۱۰۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۸/۱۷ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

## کتابنامه

۱. ابوجیب، سعدی (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقہی لغةً و اصطلاحاً، دمشق، انتشارات دارالفکر، چاپ دوم.
۲. اراکی، محمد (۱۴۱۴ق)، الخيارات، قم، انتشارات مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۳۴)، حقوق مدنی، جلد یکم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ نخست.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، مکاسب المحرمة و الیبع و الخيارات، دوره شش جلدی، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری رحمته اللہ علیہ، چاپ نخست.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق)، مکاسب، دوره چهارجلدی، قم، انتشارات دارالحکمة، چاپ چهارم.
۶. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقہیة، دوره هفت جلدی، قم، نشر الہادی، چاپ نخست.
۷. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، دوره بیست و پنج جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۸. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، جلد یکم، تهران، گنج دانش، چاپ نخست.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، الفارق (دائرة المعارف حقوق)، دوره پنج جلدی، تهران، گنج دانش، چاپ نخست.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱)، تئوری موازنه (فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل)، جلد یکم، تهران، گنج دانش، چاپ نخست.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ شانزدهم.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، دوره پنج جلدی، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.
۱۳. جمعی از پژوهشگران (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی) (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیہم السلام، دوره سه جلدی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیہم السلام، چاپ نخست.



۱۴. حر عاملی (محمد بن حسن) (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، دوره سی جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۵. خمینی (امام)، سید روح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسیلة، دوره دوجلدی، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ نخست.
۱۶. خمینی، شهید سید مصطفی موسوی (۱۴۱۸ق)، الخیارات، دوره دوجلدی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۷. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، فقه استدلالی، دوره هفت جلدی، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷ق)، مصباح الفقاهة (طبع قدیم)، دوره هفت جلدی، به تقریر محمد علی توحیدی، قم، انصاریان.
۱۹. ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۸۳)، «شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین»، مقالات و بررسی ها، ش ۷۶، ص ۱۳۹-۱۶۳.
۲۰. زراعت، عباس (۱۳۸۸)، قواعد فقه مدنی، تهران، جنگل.
۲۱. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، دوره سی جلدی، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۲. سلیمان پور، محمد جواد (۱۳۸۲)، «قراردادهای مالی جدید در اسلام»، اقتصاد اسلامی، سال سوم، ش ۱۱، ص ۷۹-۹۶.
۲۳. سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۷ق)، منهج الصالحین، دوره سه جلدی، قم، مکتبه آیه الله العظمی سیستانی، چاپ پنجم.
۲۴. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۴۱۳ق)، مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، دوره پانزده جلدی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۲۵. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۴۰۷ق)، الخلاف، دوره شش جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۲۶. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۷ق)، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الإسلام، دوره چهل و سه جلدی، بیروت، دار الإحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

۲۷. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد دوم، تهران، میزان، چاپ سوم.
۲۸. صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، دوره چهارجلدی، بیروت، دارالهادی، چاپ نخست.
۲۹. طرابلسی، محمد بن حسن (۱۴۱۱ق)، الجواهر فی الفقه - العقاید الجعفریة، جلد یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، دوره بیست و سه جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۱. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، دوره هفده جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، جلد یکم، تهران، میزان، چاپ سیزدهم.
۳۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
۳۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰)، قواعد عمومی قراردادها، دوره پنج جلدی، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
۳۵. کاشف الغطاء نجفی (علی بن جعفر) (۱۴۲۲ق)، شرح خیرات اللمعة، جلد یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳۶. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، آیات الأحکام (حقوق و جزایی)، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم.
۳۷. گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ق)، فقه الإمامیة (قسم الخیارات)، جلد یکم، قم، نشر داوری، چاپ نخست.
۳۸. محقق ثانی (علی بن حسن کرکی عاملی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، دوره سیزده جلدی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۳۹. مصطفوی، سید کاظم (۱۳۹۰)، قواعد فقه ۱، ترجمه عزیز الله فهیمی، جلد یکم، تهران، میزان، چاپ نخست.

۴۰. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸)، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی، جلد نهم، تهران، جنگل، چاپ دوم.
۴۱. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، دوره شش جلدی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
۴۲. مکرم، علی (۱۳۹۱)، نرم‌افزار بانک اطلاعات آرای دادگاه‌ها و نظریات مشورتی، نسخه ۱۰/۲.
۴۳. مولودی قلاچی، محمد (۱۳۷۹)، «اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است»، نشریه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴۷، ص ۹۱-۱۰۷.





## بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت سیاست‌گذاری در اقتصاد اسلام

محمد جواد قاسمی اصل\*

### چکیده

شکل‌گیری سیاست‌گذاری در اقتصاد اسلامی که در این مقاله از آن به اقتصاد سیاستی اسلامی یاد می‌کنیم، به‌عنوان بخش عملیاتی دانش اقتصاد اسلامی، که نتیجه ترکیب وضعیت موجود در جامعه اسلامی و آرمان‌های مطلوب اسلامی است، منوط به تحقق مقدماتی از جمله تعیین نحوه انتساب سیاست‌های اقتصادی به اسلام است. این مقاله در سه حوزه جایگاه، آثار و محتوا، نسبت سیاست‌های اقتصادی را با اسلام می‌سنجد.

از حیث جایگاه و آثار، اسلامی بودن اقتصاد سیاستی یعنی سیاست از شناخت وضعیت جامعه اسلامی نشئت بگیرد و هنجارها و اهداف اقتصادی اسلام را پیگیری کند. از حیث محتوا و ساختار، احراز اسلامی بودن سیاست‌های اقتصادی در صلاحیت دانش اصول فقه است. در این تحقیق، پنج دوگان اصولی حکم - ملاک، ثابت - متغیر، اولی - ثانوی، تکلیفی - وضعی، و درجه‌یک - درجه‌دو معرفی می‌شود. طبق یافته‌های تحقیق، سیاست اقتصادی (صرف‌نظر از برخی استثناها) در پی حفظ ملاک‌های اسلام در اقتصاد و از سنخ حکم متغیر است؛ با کاربرست سیاست‌های اولی در منطقه‌الفراغ، به تأسیس عقود و نهادهای موردنیاز با استفاده از احکام وضعی می‌پردازد و با تعریف تکالیفی برای هر نهاد، رفتارها را شکل می‌دهد. هر سیاست، از عناوین درجه‌یک برای کشف ملاک‌ها و از عناوین درجه‌دو برای حفظ ملاک‌ها استفاده می‌کند.

**کلیدواژه‌گان:** اقتصاد اسلامی، سیاست‌گذاری اقتصادی، ملاک حکم، حکم ثابت، حکم متغیر، حکم اولی، حکم ثانوی، حکم تکلیفی، حکم وضعی.

«اقتصاد اسلامی» یکی از حوزه‌های علوم انسانی است و آن را به دو دسته کلی هست‌ها و بایدها می‌توان تفکیک کرد. از هست‌های اقتصادی به «اقتصاد اثباتی» یا «علم اقتصاد» تعبیر می‌شود. بایدهای اقتصادی بر دو گونه است: نخست، بایدهای کلی ناظر به اهداف، راهبردها و ساختارهاست که باید منشأ رفتارهای افراد جامعه قرار گیرد. این بخش، «مکتب اقتصادی» یا «اقتصاد هنجاری» نامیده می‌شود. در مقابل، برخی بایدهای اقتصادی ناشی از ملاحظه رفتارهای افراد است؛ یعنی بایدهایی است که با توجه به وضعیت موجود در رفتارهای اقتصادی اعتبار می‌شود تا بتواند در وضعیت موجود تغییر ایجاد کند. این بخش، از سنخ هنر و مهارت است و به آن «اقتصاد سیاستی»، «تدبیری» یا «سیاستی» گفته می‌شود. اقتصاد سیاستی ثمره پیوند اقتصاد اثباتی و هنجاری است؛ یعنی با شناخت وضع موجود (اقتصاد اثباتی) و وضع مطلوب (اقتصاد هنجاری)، ظرفیت تجویز و تدبیر برای دستگاه سیاست‌گذار فراهم می‌شود.



اسلامی شدن دانش اقتصاد در حوزه سیاست‌ها لوازمی دارد که آن را در دو ساحت بیرونی و درونی می‌توان کاوید. مقصود از ساحت بیرونی، علل و آثار سیاست اقتصادی است. علت اقتصاد سیاستی، به جایگاه اقتصاد سیاستی در منظومه دانش اقتصاد و ترتب آن بر اقتصاد هنجاری و اثباتی اشاره دارد و مقصود از آثار، کارکردهای اقتصاد سیاستی است. منظور از ساحت درونی، محتوای سیاست‌های اقتصادی است. اگر بتوان برای اقتصاد سیاستی در ساحت بیرونی، علل و آثار اسلامی مشخصی نمایش داد و همچنین، اگر در ساحت درونی، چهارچوب تحلیلی منسجم و منضبطی بر پایه قواعد اصول فقه ارائه شود، دانش اقتصاد سیاستی اسلامی با نصاب اعتبار قابل قبولی محقق شده است.

با این دغدغه، پرسش این است که اسلامی بودن سیاست‌گذاری و سیاست اقتصادی در دو ساحت بیرونی و درونی چگونه تحلیل می‌شود؟ این تحقیق، با هدف پاسخ به این پرسش، در سه گام به سامان می‌رسد:

۱. تعریف و بیان مفهوم اقتصاد سیاستی اسلامی؛

۲. علل و آثار تحقق اقتصاد سیاستی اسلامی: در این بخش، مفهوم واقع‌نمایی و

اعتبار در مورد گزاره‌های اقتصادی سیاستی در ساحت بیرونی بررسی می‌شود و الزامات اعتبار گزاره سیاستی در اقتصاد اسلامی مطرح می‌شود. اقتصاد سیاستی اسلامی نتیجه طبیعی اقتصاد هنجاری و اثباتی اسلامی و کارکرد آن تغییر وضع موجود در جهت وضع مطلوب مورد نظر اسلام است؛

۳. تبیین ابتدای اقتصاد سیاستی اسلامی بر پنج دوگان اصولی؛ تبیینی که (مقدمات تحلیلی) تحقق و اعتبار مفهوم اقتصاد سیاستی اسلامی را در پنج گام متوالی و هدفمند به نمایش می‌گذارد. به نظر می‌رسد این پنج گام در شناخت مفهوم اقتصاد سیاستی اسلامی و گزاره‌های آن برای اندیشمندان حوزه علوم اسلامی مقدمات لازم و کافی را فراهم می‌کند:

۱-۳. تفکیک حکم از ملاک در کشف اهداف اقتصاد سیاستی با محوریت ملاک‌ها و تنظیم و تطبیق انواع گزاره‌های اقتصاد سیاستی به گزاره‌های اقتصاد هنجاری؛

۲-۳. تفکیک حکم ثابت از متغیر و تبیین اختصاص سیاست به احکام متغیر (احکام حکومتی) و ضرورت فرض حیثیت زمان‌مندی و تغییر در سیاست‌های اقتصادی حتی در احکام ثابت (فتواها)؛

۳-۳. تفکیک حکم اولی از ثانوی و شکل‌گیری دو منطقه الفراغ و تزامم در احکام ثابت شرعی. نظریه منطقه الفراغ در شکل‌گیری سیاست‌ها در جهت ساخت نظام‌های مناسب اقتصادی در هر برهه زمانی نقش اساسی دارد. در این مقاله، به عنوان اصل موضوع و به مثابه یکی از مؤلفه‌های اصلی شکل‌گیری و سازمان‌دهی اقتصاد سیاستی اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد؛

۴-۳. تفکیک حکم وضعی از تکلیفی و تعیین نحوه کار بست ظرفیت منطقه الفراغ: وضع و تأسیس انواع سازوکارها همچون نهادها یا عقود مالی اقتصادی توسط ولی فقیه در منطقه الفراغ با استفاده از احکام وضعی و نیز تعیین نحوه عملکرد عوامل انسانی ذیل سازوکارهای نوین توسط احکام تکلیفی؛

۵-۳. تفکیک عناوین درجه یک و درجه دو: کشف ملاک‌های مدنظر شریعت توسط عناوین درجه یک (اولی) و مراقبت و پشتیبانی از آن ملاک‌ها توسط عناوین درجه دو (ثانوی).

رَوشمندی تحقیق به این است که در حرکتی گام‌به‌گام، اجزاء و مؤلفه‌های فقهی - اصولی سیاست‌های اقتصادی را تحلیل کرده است. این تحلیل، الگویی برای سیاست و سیاست اقتصادی ارائه می‌دهد که در خود واجد پنج ویژگی است. با ترکیب این ویژگی‌ها، مفهومی از تجویز و سیاست به دست می‌آید که عملکرد سیاست‌گذار را در حوزه موضوعات اقتصادی تبیین می‌کند.

### پیشینه

ظاهراً تقسیم سه‌گانه دانش اقتصاد به اثباتی، هنجاری و سیاستی (تدبیری، تجویزی یا هنر اقتصادی) را نخستین بار جان نوبل کینز<sup>۱</sup> (۱۸۵۲-۱۹۴۹م) در کتاب قلمرو و روش اقتصاد سیاسی<sup>۲</sup> مطرح کرد (بلاغ، ۱۳۸۷: ص ۱۸۱)؛ البته، پس از وی در اقتصاد متعارف چندان مورد توجه قرار نگرفت و بیشتر بر تقسیم دوگانه اقتصاد به هنجاری و اثباتی تمرکز شد. در ادبیات اقتصاد اسلامی، شهید صدر در اقتصادنا به بررسی مکتب اقتصادی پرداخت که می‌توان آن را بر اقتصاد هنجاری تطبیق داد. وی در زوایایی از کتاب اقتصادنا به اقتصاد سیاستی اسلامی نیز اشاراتی می‌کند (صدر، ۱۳۸۲: ص ۳۴۲-۳۴۳؛ همان: ص ۶۳۱-۶۳۲).

پس از وی، اندیشمندان مسلمان بر این سه‌گانه و تمایز بین آنها تأکید کردند. مثلاً هادوی تهرانی، در کتاب مکتب و نظام اقتصادی اسلام، ضمن ارائه تحلیل‌های میسوطر، به بررسی ماهیت موقعیتی و وابستگی آن به قدرت حکومتی پرداخته است و از اقتصاد سیاستی به سازوکار تعبیر می‌کند (ر.ک: هادوی تهرانی، ۱۳۸۳: ص ۲۷-۴۷). از آنجا که هر سیاست اقتصادی همزمان واجد یک یا چند هدف، راهکار و سازوکار اقتصادی است، تعبیر سیاست از تعبیر سازوکار کامل‌تر است. فراهانی فرد، در کتاب «سیاست‌های اقتصاد در اسلام»، در فصل سوم یازده مبنا و سه دسته اهداف غایی، میانی و جاری سیاست‌های اقتصادی در اسلام را بررسی کرده است (فراهانی فرد، ۱۳۸۶: ص ۸۳-۱۲۵). همچنین، یوسفی در بخش چهارم کتاب «نظام اقتصاد علوی» نیز اهداف کلان نظام اقتصاد علوی همچون رفاه، عدالت و امنیت را بررسی کرده است (یوسفی، ۱۳۸۷: ص ۲۴۹-۳۳۵).

پژوهش‌های انجام‌شده تا حدود قابل‌قبولی ساحت بیرونی (یعنی آثار) اسلامی بودن سیاست‌های اقتصادی را ارائه داده است. در این مقاله نیز گزیده‌ای از این دیدگاه مطرح شده است. خلاً موجود در دو جهت است که در این مقاله تأکید و بررسی شده است: نخست، اسلامی شدن اقتصاد سیاستی در ساحت بیرونی، همچنین منوط به این است که علل و زمینه‌های شکل‌گیری سیاست باید قابل‌استناد به اسلام باشد؛ دوم، ساختار و محتوای سیاست‌های اقتصادی اسلامی باید برپایهٔ منطق اسلامی شکل بگیرد که قضاوت در این باره با دانش اصول فقه است.

بنابراین، رسالت این مقاله، تبیین نحوهٔ اسلامی بودن سیاست‌ها و سیاست‌های اقتصادی در سه سطح علل و زمینه‌ها، ساختار و محتوا، و آثار و نتایج است که در حد بضاعت این قلم و ظرفیت این مقاله پی گرفته خواهد شد.

## ۱. اقتصاد سیاستی اسلامی

ماهیت اقتصاد سیاستی شبیه کار پزشکی است که برای بیمارش نسخهٔ خاصی تجویز می‌کند که پیش از تحقق مشکل و مواجهه با آن نمی‌توان درباره‌اش نظر داد. با این حال، سیاست‌گذار اقتصادی نیز مانند پزشک، می‌تواند نخست، به صورت فرضی دامنه و ترکیبی از مشکلات را تبیین کند و برای آن وضعیت فرضی راهکار ارائه دهد؛ دوم، دامنه‌ای از مشکلات پُر تکرار و دارای دامنهٔ وسیع را تدوین نماید و راهکارهای حل آن را نیز ارائه دهد؛ سوم، اصول و ضوابطی تنظیم کند که برپایهٔ آن، تجویز و ارائهٔ سیاست و راه‌حل را بتوان معقول و عالمانه محسوب کرد تا راه بر شیادان و نابلدان بسته شود.

دانش اقتصاد به‌طور کلی و از جمله دانش اقتصاد اسلامی را می‌توان از جهات و حیثیات گوناگون دسته‌بندی کرد. مثلاً از این جهت که در تحلیل اقتصادی چه چیزی به‌عنوان واحد تحلیل انتخاب شود و آیا فرد، خانواده، نهادها، جامعه، دولت و کل جهان به صورت ایستا یا پویا بررسی شود، دانش اقتصاد به انواعی چون خُرد، نهادی و کلان تقسیم می‌شود. اگر دانش اقتصاد از حیث ماهیت گزاره‌های آن بررسی شود، می‌توان آن را به دو دستهٔ ارزشی و اثباتی (یا اخباری و انشایی) دسته‌بندی کرد. در گزاره‌های اثباتی (یا اخباری) از هست‌های اقتصادی صحبت می‌شود؛ هست‌هایی که ممکن است کلی،

مفهومی، مقدم بر تجربه و مقدم بر هنجار باشند یا جزئی، مصداقی، متأخر از تجربه و مبتنی بر هنجار باشند. در گزاره‌های ارزشی (یا انشائی) از بایدها و مطلوب‌ها صحبت می‌شود؛ بایدهایی که ممکن است کلی، باثبات و مقدم بر تجربه رفتاری باشند (هنجاری) یا جزئی، مقطعی و متأخر از رفتارها (سیاستی). اولی را اقتصاد هنجاری و دومی را اقتصاد سیاستی می‌توان نامید.

بنابراین، اقتصاد سیاستی اسلامی بخشی از دانش اقتصاد اسلامی است که به چهار بخش اثباتی مقدم بر هنجار، هنجاری، اثباتی مبتنی بر هنجار و سیاستی تقسیم می‌شود. حیثیت و ملاک تقسیم دانش اقتصاد اسلامی به این چهار قسم، ماهیت گزاره‌های اقتصاد اسلامی است. همین تقسیم را می‌توان چنین توضیح داد: گزاره‌های اقتصادی یا ناظر به وضع موجودند، یا ناظر به وضع مطلوب یا ناظر به تغییر وضعیت (موجود به مطلوب). اقتصاد اثباتی مفسر وضع موجود، اقتصاد هنجاری مبین وضع مطلوب و اقتصاد سیاستی ناظر به تغییر وضعیت است.

اقتصاد سیاستی از اقتصاد هنجاری متأثر است و این تأثر ناشی از خاصیت راهبردی اقتصاد هنجاری و ویژگی راهکاری اقتصاد سیاستی است. شهید صدر مذهب اقتصادی (اقتصاد هنجاری) را مجموعه نظریات اساسی برای حل مشکلات اقتصادی زندگی بشر تعریف می‌کند (صدر، ۱۳۸۲: ص ۴۴). تکیه بر اساسی بودن نظریات، حکایت از راهبردی بودن مباحث اقتصاد هنجاری دارد که به تبع آن مقصود از «مشکلات اقتصادی» نیز مشکلات کلی و به عبارت دیگر ریشه مشکلات است. در مقابل، اقتصاد سیاستی در پی تطبیق و مصداقیابی برای نظریات و راهبردهای اساسی در جهت حرکت به سوی اهداف اساسی است.

همچنین، اقتصاد سیاستی از اقتصاد اثباتی مبتنی بر هنجار متأثر می‌شود؛ زیرا اصلاح وضعیت فاسد موجود به شناخت کیفیت و کمیت نقاط ضعف و قوت موجود نیاز دارد تا بتوان جهت‌گیری و نیروی کافی برای تحرک اقتصاد به سوی وضعیت مطلوب را ایجاد کرد. اقتصاد سیاستی به اقتصاد اثباتی مقدم بر هنجار نیز نیاز دارد تا راهکارهایش با ساختار وجودی انسان، جامعه، و طبیعت سازگار باشد.

از حیث تجربه تاریخی، عملکرد اقتصادی پیامبر اسلام و امیرالمؤمنین علیه السلام در دوره حکومت‌شان در اختیار ماست و قابل بررسی و تحلیل است. نمونه‌هایی چون بحث «اقطاع»، «عبد و امه»، «لغو حمی»، و «حکم ماء و کلاء» از جمله سیاست‌های اقتصادی شناخته‌شده در صدر اسلام است (ر.ک: صدر، ۱۳۸۲).

شهید صدر با مطرح کردن نظریه مسئولیت دولت در اقتصاد اسلامی (همان)، چهارچوب و ساختار کلی نظام سیاست را ترسیم کرده است: نخست، اصل امکان، ضرورت، و تحقق سیاست‌گذاری را تثبیت کرده است؛ دوم، مجری سیاست را مشخص کرده است؛ و سوم، با تکیه به وظایف دولت، اهداف نهایی سیاست را مشخص کرده است. شهید به دو وظیفه ضمان اجتماعی و توازن اجتماعی برای دولت اسلامی می‌پردازد و در تبیین چگونگی دخالت سیاستی دولت، نظریه «منطقة الفراغ» را مطرح می‌کند.

اسلام قوانین خود را برای برهه خاصی از زمان جعل نکرده است. بخشی از تحرک اقتصادی مربوط به رابطه انسان با طبیعت است که طبیعتاً متغیر است و بخشی مربوط به رابطه انسان با انسان است که طبیعتاً ثابت است. بنابراین، لازمه دوام قوانین اسلامی، نخست، پایه‌ریزی قوانین ثابت متناسب با جنبه‌های ثابت زندگی انسان و دوم، تعیین راهکاری برای جنبه‌های متغیر حیات انسان است. اسلام دولت را به اجرایی کردن هریک از این دو قانون موظف کرده است؛ با این تفاوت که در نوع نخست، تشخیص وظیفه از پیش انجام شده است ولی در قسم دوم، تشخیص و اجرای وظیفه هر دو با حکومت و ولی فقیه است. شهید صدر از قسم دوم به منطقه الفراغ تعبیر می‌کند. اشاره این اصطلاح به بخشی از تشریح‌های اسلامی است که واجب یا حرام نیستند و ولی فقیه می‌تواند در صورت تشخیص نیاز و برای تأمین اهداف اسلامی، در آن موارد الزام‌هایی ایجاد نماید.

## ۲. اعتبارسنجی اقتصاد سیاسی اسلامی بر پایه جایگاه و کارکرد

معرفت‌شناسی ممکن است اهداف متنوع و گوناگونی را پی بگیرد که در کتب مبسوط و اختصاصی معرفت‌شناسی آمده است: مسائلی چون ماهیت معرفت و شناخت، امکان کسب معرفت، انواع روش‌های کسب معرفت و تعارض روش‌های کسب معرفت (ر.ک:

حسین‌زاده، ۱۳۹۳؛ فیاضی، ۱۳۸۶). معرفت‌شناسی در اقتصاد سیاستی اسلامی در پی چیست و چه دغدغه‌ای دارد؟ ممکن است به این پرسش پاسخ‌های گوناگونی داده شود که با مباحث معرفت‌شناختی و دیدگاهی متناسب‌اند که درباره ماهیت گزاره‌های اقتصادی و به‌ویژه اقتصاد سیاستی وجود دارد. در این تحقیق، اعتبار معرفتی سیاست‌های اقتصادی در منظومه اندیشه اسلامی مدنظر است.

در اقتصاد اثباتی، اقتصاددانان بسته به اینکه هدف نظریه را کشف واقع یا صرف پیش‌بینی وقایع بدانند، به دو جریان کلی واقع‌گرا و ناواقع‌گرا (یا ابزارگرا) تقسیم می‌شوند. واقع‌گرا، هدف نظریه را تبیین وقایع و در پی آن پیش‌بینی تعریف می‌کند؛ درحالی‌که ناواقع‌گرا، نظریه را صرفاً ابزاری برای پیش‌بینی رفتار متغیرهای اقتصادی در آینده می‌داند. طبیعتاً اعتبار نظریه اثباتی در نگاه واقع‌گرا منوط به تبیین درست و پیش‌بینی صائب است؛ درحالی‌که اعتبار در نظر ابزارگرا صرفاً به معنی قدرت بالای پیش‌بینی است (میرجلیلی، ۱۳۸۸؛ ص ۱۳؛ بلاگ، ۱۳۸۷؛ ص ۱۴۴؛ گلاس و جانسون، ۱۳۷۳؛ ص ۵۱). از آنجا که اقتصاد سیاستی از سنخ انشاء است و واقع‌نمایی در مورد انشائیات مطرح نیست، بنابراین تبیین و پیش‌بینی به معنایی که در اقتصاد اثباتی مطرح شد، در اقتصاد سیاستی جایگاهی ندارد. با این توصیف، در مورد اعتبار و واقع‌نمایی گزاره‌های اقتصادی سیاستی چه می‌توان گفت؟

واقع‌نمایی و در نتیجه، اعتبار گزاره‌های سیاستی ممکن است یکی از دو بیان زیر را داشته باشد:

یک، وجود رابطه ضرورت بالقیاس بین فعل و نتیجه مطلوب. قضیه سیاستی از سنخ قضایای اعتباری است و واقع‌نمایی اعتباریات به معنی ترتب نتیجه و عدم لغویت است. هر قضیه اعتباری وقتی به وجود می‌آید که هدفی بر آن مترتب شود. در غیر این صورت، به معنی تحقق فعل اختیاری (اعتبار) بدون هدف است که از نگاه عقل مردود است. بنابراین، اگر توصیه و سیاست موردنظر، ما را به اهداف مدنظر برساند و به تغییر وضع موجود به وضع مطلوب کمک کند، سیاست موردنظر واقع‌نما و معتبر است؛

دو، واقع‌نمایی در معانی حرفی، ربطی و اعتباری مربوط به مرتبه علل آن است.



واقع‌نمایی در مرتبه علل یعنی گزاره‌ی سیاستی واقع‌نما خواهد بود اگر سیاست‌گذار در شناخت وضع موجود و وضع مطلوب تشخیص درستی داشته باشد. در این صورت، سیاستی هم که نتیجه‌ی منطقی ترکیب بین وضع موجود و مطلوب است، واقع‌نما محسوب می‌شود.

برای اینکه مشخص شود گزاره‌ای به‌عنوان گزاره‌ی اقتصاد سیاستی اسلامی معتبر است، لازم است ملاک انتساب به اسلام در گزاره‌های سیاستی اقتصاد روشن شود. طبق دو بیان بالا، یک گزاره صرفاً زمانی جزء معتبر اقتصاد سیاستی اسلامی است که یکی از دو حالت زیر را داشته باشد:

یک، به‌نحو ضرورت بالقیاس الی‌الغیر، با انجام آن بتوان اهداف مدنظر اسلام را تأمین کرد؛

دو، علل و مناشی گزاره‌ی تجویزی، قابل انتساب به اسلام باشد. در مرتبه علل، گزاره‌ی سیاستی موردنظر باید ناشی از ترکیب بین وضع مطلوب اقتصادی از منظر اسلام و وضع موجودی باشد که در نتیجه رفتار مسلمانان در چهارچوب نهادهای اسلامی شکل گرفته است.

### ۳. تبیین ابتدای ساختار و محتوای اقتصاد سیاستی اسلامی بر پنج دوگان اصولی

برای اقتصاد اسلامی سیاستی و گزاره‌های آن، به جهات گوناگونی می‌توان دسته‌بندی ارائه داد. در این مجال، پنج دوگان اصولی مطرح می‌شود که بر پایه آن، چهارچوب نسبتاً کاملی برای گزاره‌ها و نظریات اقتصاد سیاستی اسلامی می‌توان ارائه داد:

الف. متناظر با گزاره‌های اقتصاد هنجاری، گزاره‌های اقتصاد سیاستی به سه ویژگی هدف، راهکار و سازوکار قابل تحلیل‌اند که در ادبیات اصول فقه، با تفکیک حکم از ملاک تقریباً تطبیق دارند؛

ب. تجویزهای اقتصادی از سنخ حکم متغیر یا حکومتی است. احکام ثابت و فتواها نیز با فرض حیثیت تغییر، قابل ورود به بحث سیاست‌اند؛

ج. سیاست‌های اقتصادی ممکن است در حوزه احکام اولی شریعت باشند یا در حوزه احکام ثانوی. شهید صدر بر حوزه مباحات شرعی تعبیر «منطقه الفراغ» را اطلاق می‌کند.

به تناسب اصطلاح ایشان، بر سیاست‌های مربوط به حوزه احکام ثانوی، عنوان «منطقه التزام» را اطلاق می‌کنیم؛

د. سیاست اقتصادی یا به تعیین تکلیف برای افراد می‌پردازد و با نهادهای اقتصادی مورد نیاز را وضع و اعتبار می‌کند؛

ه. با تفکیک بین دو دسته عناوین در احکام شرعی با نام‌های درجه یک و درجه دو، ارتباط عناوین درجه یک و دو با اقتصاد سیاستی اسلامی بررسی می‌شود. به دلیل نبودن این تفکیک، توضیح بیشتری درباره آن ارائه خواهد شد.

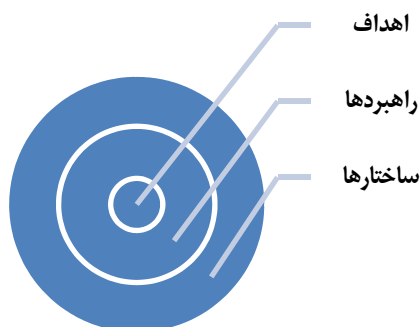
در ادامه، این پنج تقسیم بررسی می‌شوند:

### ۳-۱. حکم و ملاک

در دانش اصول فقه، در مقام تحلیل، بین هر گزاره‌ای که حاوی یک حکم شرعی است، با ملاک شکل‌گیری آن حکم تفکیک می‌شود. برخی امور در رتبه علت حکم هستند که به آن ملاک حکم می‌گوییم. کشف ملاک باعث تعمیم حکم به موارد غیرمنصوص می‌شود (صدر، ۱۴۳۲ق: ج ۲، ص ۲۴۸). این تفکیک از این حقیقت ناشی می‌شود که هر حکم شرعی دارای پشتوانه‌ای است که جهت و علت تحقق آن حکم در آن مورد شده است؛ پشتوانه حکم شرعی - که از آن به ملاک حکم شرعی تعبیر می‌شود - در هر جا که محقق شود، ضرورت یا اقتضای تحقق حکم را دارد. ملاک حکم شرعی، غایت یا علت غایی شکل‌گیری حکم شرعی و گزاره حاوی حکم شرعی صورت یا علت صوری حکم شرعی است.

اهمیت تفکیک حکم از ملاک در موردی است که فقیه در مسئله و موضوعی نوین، مستند شرعی‌ای به دست نیاورد که حاوی عنوان آن موضوع باشد. در چنین فرضی، وی می‌تواند با احراز وجود ملاک در موضوع و مسئله جدید، حکم متناسب آن ملاک را برای آن تعیین کند. به طور کلی، ملاک باعث تعمیم و تخصیص حکم می‌شود و جلوی جمود و انسداد باب اجتهاد را می‌گیرد. ملاک به مثابه هسته سخت منظومه‌ای از احکام شرعی است که در حول خود و در گذر زمان، هر موضوع متناسب با خود را به میدان خود جذب می‌کند.

هر سیاست اقتصادی با توجه به وضعیت اقتصادی موجود و در جهت تغییر آن به سمت آرمان‌ها و هنجارهای اقتصادی اسلام شکل می‌گیرد. بنابراین، باید بین هر سیاست اقتصادی با هنجارهای اقتصادی که مبین ملاک‌های اقتصادی مدنظر دین اسلام است، تناسب و رابطه برقرار باشد؛ به‌گونه‌ای که سیاست جدید، بهتر از سیاست پیشین، ما را به هنجارهای اسلامی نزدیک کند. هنجارهای اقتصادی اسلام را می‌توان به سه گروه اهداف، راهبردها و ساختارها تقسیم کرد. بین این سه گروه رابطه طولی و مقدمی برقرار است: اهداف (یا اهداف نهایی) هنجار پایه و اصلی را تبیین می‌کنند؛ راهبردها (یا اهداف میانی) در جهت تحقق اهداف و تعیین‌کننده ساختارها هستند؛ و ساختارها (یا اهداف مقدمی) نحوه کلی تحقق (سازوکار) روابط اقتصادی و در نتیجه، رفتارها و پدیده‌های انسانی را از نظر اسلام تعیین می‌کنند. مثلاً هدف عدالت، راهبرد تنوع در مالکیت و ساختارهایی چون نحوه توزیع پیش و پس از تولید، جزء هنجارهای اسلامی در اقتصاد است (صدر، ۱۳۸۲: ص ۳۲۱ و ۴۷۷ و ۶۳۹).



گفتنی است، شهید صدر در مقام تشریح چهارچوب کلی اقتصاد اسلامی، سه اصل تنوع مالکیت (ملکیت مزدوج)، آزادی محدود و عدالت اجتماعی را مطرح می‌کند. اصل عدالت، برخلاف دو اصل آزادی محدود و تنوع مالکیت، ناظر به اهداف است و نه راهبردها. به عبارت دیگر، اشتراط عدالت در اقتصاد اسلامی از نوع شرط نتیجه است؛ یعنی هر اقدام اقتصادی باید به تقویت و تشدید ویژگی عدالت بینجامد. در مقابل، قرار دادن دو اصل دیگر از نوع شرط فعل است؛ یعنی مقدمه و طریقی برای رسیدن به هدف عدالت است. شهید صدر بحث از ساختارها را به تفصیل در بخش نظریات مکتبی

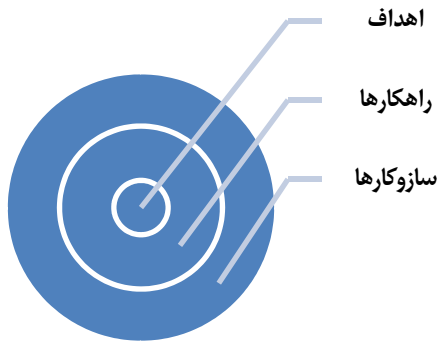
اقتصادی اسلام دنبال می‌کند و چهار نظریه «توزیع قبل از تولید»، «توزیع بعد از تولید»، «تولید» و «نظریه دولت» را مطرح می‌کند که می‌توان اینها را مصادیق ساختارهای اقتصاد اسلامی به‌شمار آورد. با اینکه وی تفصیل بین اهداف، راهبردها و ساختارها را به‌تصریح مطرح نکرده است، می‌توان با توجیهی که گفته شد، این دیدگاه را به ایشان نیز منتسب کرد. برپایه این دیدگاه، اندیشه‌های اقتصاد هنجاری در سه لایه محیط بر هم قابل‌تصویر است: در لایه زیرین و هسته سخت آن هدف نهایی عدالت، در لایه میانی آن راهبردهایی چون نوع مالکیت و درجه آزادی اقتصادی و در لایه رویین آن ساختارهایی چون نحوه تحقق و عملکرد نهاد توزیع، تولید و دولت جای می‌گیرد.

متناظر با این تقسیم، هر سیاست اقتصادی نیز در خود از سه ویژگی تهی نیست:

یک، هر سیاست برای فعالیت اقتصادی هدفی معین می‌کند. طبیعتاً هدفی که یک گزاره سیاستی پی می‌گیرد، جزئی از اجزاء یا فردی از افراد اهداف هنجاری و آرمانی اقتصاد اسلامی است. اگر برای هنجارهای اسلامی هدف نهایی واحدی تعیین شود - چنان‌که شهید صدر عدالت را مطرح کرده است - در این صورت، در سیاست‌های اقتصادی نیز باید همه سیاست‌ها با معیار عدالت سازگار باشند. اهداف جزء مبادی اقتصاد اثباتی‌اند اما در اقتصاد سیاستی، همچون اقتصاد هنجاری، اهداف جزء مسائل قرار می‌گیرند؛ با این تفاوت که هدف در اقتصاد هنجاری کلی است، درحالی‌که هدف در اقتصاد سیاستی جزئی است. به بیان دیگر، اهداف اقتصاد سیاستی به اهداف اقتصاد هنجاری تحقق و عینیت می‌بخشند.

دو، هر سیاست، متناسب با راهبردهای اقتصادی، راهکار ارائه می‌دهد. مثلاً اخذ مالیات بر خانه‌های خالی از سکنه، راهکاری برای تحقق راهبرد محدودیت آزادی و تنوع مالکیت است.

سه، هر سیاست برای عینیت بخشیدن به ساختار موردنظر اسلام سازوکاری مناسب ارائه می‌دهد. مثلاً ایجاد سازمان‌های اقتصادی چون بورس و بانک، باید سازوکاری مناسب در جهت عینیت بخشیدن به ساختار نظریه توزیع بعد از تولید و اهداف مدنظر آن داشته باشد. سازوکارها بخش عینی و مشهود سیاست‌های اقتصادی‌اند.



در بین این سه ویژگی گزارهٔ سیاستی، اهداف از سنخ ملاک حکم برای دو ویژگی دیگر است. در رتبهٔ پایین‌تر، راهکارها از سنخ ملاک حکم برای سازوکارها است. سازوکارها صرفاً از سنخ احکام است که تأمین‌کنندهٔ ملاک‌های موجود در راهکارها و اهداف است. از آنجا که هر سه ویژگی گزارهٔ سیاستی از سنخ تطبیق و تعیین یافتن هنجارهای اقتصادی است، و از آنجا که در گزاره‌های هنجاری نیز راهبردها و ساختارها از مشتقات و فروع هدف اصلی [یعنی عدالت] هستند، بنابراین، می‌توان همهٔ گزاره‌های تجویزی را از سنخ احکام نسبت به ملاک عدالت به‌شمار آورد؛ احکامی که نسبت به یکدیگر رابطهٔ تشکیکی دارند و هریک نسبت به دیگری رابطهٔ حکم و ملاک دارند.

### ۲-۳. حکم ثابت (فتوا) و حکم متغیر (حکم حکومتی)

شهید صدر حکم شرعی را چنین تعریف می‌کند: «تشریح و قانون‌گذاری از ناحیهٔ خداوند تعالی، به‌منظور تنظیم زندگی انسان» (صدر، ۱۴۳۲ق: ج ۱، ص ۳۸). در تعریف حکم حکومتی نیز آمده است: «حکم حکومتی عبارت است از مجموعه دستورات و مقرراتی که براساس ضوابط شرعی و عقلایی، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، از سوی حاکم اسلامی برای اجرای احکام و حدود الهی و به‌منظور ادارهٔ جامعه در ابعاد گوناگون آن و تنظیم روابط داخلی و خارجی آن صادر می‌گردد» (کلانتری، ۱۳۷۸: ص ۱۰۹).

چنان‌که از مقایسهٔ دو تعریف به‌دست می‌آید، «حکم حکومتی» نوعی طریقت برای رسیدن به «حکم شرعی» دارد: هدف از آن تحقق خارجی احکام شرعی و هدف نهایی هر دو، تنظیم زندگی انسان مطابق خواست الهی است. حکم حکومتی از سنخ فتوا نیست

و این دوگانگی به این جهت است که حکم حکومتی ناظر به جنبه‌های متغیر حیات انسان مسلمان است؛ درحالی‌که فتوا ناظر به جنبه‌های ثابت زندگی انسان است. حاکم در پرتو احکام شرعی، احکام حکومتی را انشا می‌کند. دقت در نظریه منطقه‌الفراغ شهید صدر نیز همین تحلیل را روشن می‌کند. طبق این نظریه، حکمت وجود مناطق فارغ از حکم الزامی شرعی، اعمال نظر ولی فقیه جهت رسیدن به اهداف شرع در جنبه‌های متغیر حیات بشر است (صدر، ۱۳۸۲: ص ۶۸۵).

یک نکته در نظریه منطقه‌الفراغ اهمیت اساسی دارد: این نظریه پاسخ و تحلیلی از چرایی وجود مباحات در احکام شرعی، ملاحظه جوانب متغیر حیات انسان و تحلیل جایگاه ولایت برپایه ترکیب این دو وضعیت است که به دستگاه سیاست‌گذار اجازه می‌دهد الزاماتی در حوزه اجتماعی ایجاد کند که در صورت رعایت شرایط، مورد امضای شریعت قرار می‌گیرد. در واقع، نظریه منطقه‌الفراغ متکی بر مشروعیت احکام امضایی است. مقصود از حکم امضایی الزامی است که مکلفان به آن متعهد می‌شوند و شریعت آن را می‌پذیرد و تعهداتشان را امضا می‌کند. این معنا از امضایی در مقابل ابتدایی است و نباید با امضایی در مقابل تأسیسی خلط شود. در توضیح این دو مفهوم از امضایی می‌توان گفت: مواجهه شریعت با قواعد رفتاری در بین مردم، چهار صورت دارد:

یک، بشرط شیء: سازگاری قاعده رفتاری موجود با هنجارهای موردنظر شریعت. این صورت، عرصه اجرای سیاست‌هایی در جهت تثبیت قاعده رفتاری است. این صورت، فرض احکام امضایی در مقابل تأسیسی است که در آن، ملاک‌های عقلا با ملاک‌های شارع هماهنگ است.

دو، لابشرط: بی تفاوتی شریعت نسبت به قاعده رفتاری موجود. این صورت، اموری است که احکام ابتدایی در آن وجود ندارد و شریعت پیوندها و قواعد حاکم بر رفتارها را امضا می‌کند؛ زیرا تغییر آنها برای شریعت مطلوبیتی ندارد و به جهت اینکه تغییر آنها باعث تزلزل در حیات اجتماعی می‌شود، تغییر آن مبعوض شریعت نیز است. این صورت، فرض احکام امضایی در مقابل ابتدایی است.

سه، بشرط لا: ناسازگاری قاعده رفتاری موجود با هنجارهای شریعت. این صورت، عرصه اجرای سیاست‌هایی برای تغییر قاعده رفتاری است.

چهار: در مورد برخی از هنجارهای مطلوب یا مبعوض شریعت اصلاً قاعده‌ای بر رفتارهای عمومی حاکم نیست. صورت سوم و چهارم فرض احکام تأسیسی و ابتدایی است.

بنابراین، می‌توان گفت:

الف. حکم شرعی امضایی و تأسیسی: حکم شرعی تأسیسی حکمی است که پیش از تشریح سابقه ندارد و شریعت به صورت ابتدایی آن را اعتبار و ایجاد می‌کند. در مقابل، حکم شرعی امضایی حکمی است که پیش از تشریح در میان مردم سابقه دارد و شریعت آن را امضا و تأیید می‌کند (جمعی از محققان، ۱۳۹۲: ص ۱۰۳):

ب. حکم شرعی امضایی و ابتدایی: تکالیف ابتدایی شرعی آن اموری‌اند که به جهت مصلحت یا مفسده‌ای که در آنها موجود بوده است، ابتدائاً توسط شارع مقدس مورد امر یا نهی قرار گرفته‌اند، مانند وجوب نماز یا حرمت دروغ. طبیعتاً در حکم به وجوب نماز یا حرمت دروغ، اراده مکلفان هیچ نقشی ندارد. در مقابل، احکام امضایی به احکامی گفته می‌شود که تکلیف و الزام موجود در آنها، ناشی از التزامی است که مکلفان بر خود تحمیل می‌کنند. قاعدتاً الزام در چنین مواردی، انفعالی است و مربوط به جنبه‌های متغیر، نوبه‌نو و متحول حیات بشر است. مثلاً وجوب وفای به عهد وقتی محقق می‌شود که مکلفان خود را ملتزم به عقدی خاص کنند (خوئی، ۱۴۱۸ق: ج ۳۳، ص ۱۱۷).

بخشی از عملکرد حکومت اسلامی اجرای قاعده تراحم بین اهم و مهم در امور اجتماعی است؛ قاعده‌ای که ممکن است به تعطیلی موقت واجبات یا اجرای موقت برخی محرمات نیز بینجامد. عملکرد نهاد حکومت و ولایت در منطقه التراحم، نسبت به عملکرد آن در منطقه الفراغ، در درجه دوم اهمیت است؛ زیرا مقدم داشتن مصلحت شرعی اهم بر مصلحت شرعی مهم در مواقع تراحم توسط ولی فقیه، طبق قاعده اهم و مهم، وضعیتی خلاف قاعده حرکت طبیعی حیات انسان است. این در حالی است که اعمال ولایت در منطقه الفراغ - به شیوه‌ای که در مباحث آینده بیشتر تبیین خواهد شد و ناظر به جهات ذاتاً

متغیر حیات انسانی است - وضعیتی اولیه و مقتضای طبیعت متغیر زندگی جوامع بشری است. این توضیح را می‌توان تفسیری برای این کلام امام خمینی علیه السلام نیز دانست که می‌فرماید: «ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است» (ر.ک: کلاتنری، ۱۳۷۸: ص ۱۱۲). به بیان دیگر، وظیفهٔ اولی و ذاتی حکومت اسلامی (و هر نظام حکومتی دیگری) نهادسازی و در پی آن، رفتارسازی در سطح اجتماعی است؛ نهادها و رفتارهایی که جامعه را در مسیر تحقق هنجارهای اسلامی پیش ببرد. این وظیفهٔ ذاتی در منطقهٔ الفراغ محقق می‌شود. درحالی که عملکرد حکومت در منطقهٔ التزاحم گریزگاه و گذرگاهی موقت برای حل مشکلات و ناهنجاری‌های مقطعی است. بنابراین، کلام منقول از امام خمینی علیه السلام را می‌توان به عملکرد ولایت و حکومت در منطقهٔ الفراغ حمل کرد که احکام آن، مقتضای طبع اولیهٔ موضوعات ذاتاً متغیر است.

سیاست‌های اقتصادی به‌طور کلی از سنخ احکام حکومتی‌اند. این سیاست‌ها در قالب احکام تکلیفی و وضعی یا احکام اولی و ثانوی محقق می‌شوند. در هر حال، سیاست اقتصادی، اگرچه بر فتواها مبتنی است، از سنخ فتوا نیست؛ زیرا فتوا از سنخ حکم ثابت است؛ درحالی که حکم حکومتی از سنخ حکم متغیر و موقت است و ثبات ندارد. این ثبات و تغیر مربوط به ذات طبعاً متغیر موضوعاتی است که احکام حکومتی برای آنها جعل می‌شود. این در حالی است که هنجارهای اقتصادی اسلام کلی و باثبات‌اند.

احکام ثابت، اگر بخواهند در حوزهٔ اقتصاد سیاستی اسلامی قرار بگیرند، باید با قیود و عناوین درجه‌دومی چون تشویق یا تحذیر، حیثیت متغیر بگیرند و به حکم حکومتی مبدل شوند. مفهوم، مصادیق و کارکرد عناوین درجه‌دو و نقطهٔ مقابل آنها، یعنی عناوین درجه‌یک، در ادامه (۳-۵) مطرح خواهد شد.

### ۳-۳. حکم ثانوی (منطقهٔ التزاحم) و حکم اولی (منطقهٔ الفراغ)

برپایهٔ نظر مشهور، حکم اولی حکمی است که بر افعال و ذوات، به لحاظ عناوین اولی، آنها بار می‌شود، مانند وجوب نماز صبح و حرمت نوشیدن شراب. در مقابل، حکم ثانوی حکمی است که بر موضوعی به‌جهت یکی از عناوین عارضی بار می‌شود، مانند جواز افطار برای کسی که روزه برای او ضرر دارد (کلاتنری، ۱۳۷۸: ص ۲۱۵). حکم اولی طبعی و



طبیعی است و مربوط به وضعیت عادی مناسب با موضوع خود؛ درحالی که حکم ثانوی حکمی فصلی و ناظر به وضعیتی خاص و غیرعادی است که با طبیعت موضوع خود تناسب ندارد.

عناوین ثانوی مشهور عبارت‌اند از: مصلحت نظام، اضطرار، ضرر، حرج، اکراه، مقدمیت، تقیه، نذر، عهد، قسم، اطاعت از والدین، شرط و اهم و مهم. درباره نسبت این عناوین با هم و اینکه آیا برخی زیرمجموعه دیگری هست یا نه، بحث وجود دارد. به‌طور خاص، قانون «اهم و مهم» این ویژگی را دارد که تحقق خاصی مستقل از عناوین دیگر ندارد. در واقع، می‌توان گفت تقدم همه این عناوین ثانوی بر عناوین اولی، از باب قانون اهم و مهم است. البته، این قانون اختصاصی به احکام ثانوی ندارد و در تزامم بین دو حکم اولی نیز به این قانون عمل می‌شود (همان، ص ۱۸۳-۱۹۲).

از بین این عناوین، برخی طبیعتاً اجتماعی هستند (مانند مصلحت نظام) و برخی طبیعتاً فردی (مانند اطاعت از والدین). دسته سومی هم هستند که خاصیتی دوگانه دارند؛ یعنی بسته به مورد، در امور فردی و اجتماعی کاربرد دارند مثل ضرر، اضطرار و تقیه. از بین این عناوین، به‌طور خاص، عنوان «مصلحت نظام» مورد اهتمام این تحقیق است. مقصود از مصلحت نظام اموری است که رعایت و لحاظ آنها، به‌نفع و صلاح جامعه است. مراعات نکردن این امور ممکن است به فساد و اختلال در نظام بینجامد؛ هرچند فساد و اختلال موردنظر ممکن است در بلندمدت رخ دهد یا به‌نحو جزئی باشد. احکام مرتبط با این عنوان غالباً در مواردی است که حکم الزامی و خوب یا حرمت روی آنها نرفته و جزء امور مباح باشند؛ ولی مصالح جامعه اسلامی اقتضا می‌کند که حاکم اسلامی آنها را الزام یا منع کند (همان، ص ۲۱۷؛ قاسمی، ۱۳۹۳: ص ۸۵-۸۶).

اگر سیاست اقتصادی برای وضعیتی عادی وضع شده باشد که در آن، حکم الزامی ثابت شرعی وجود ندارد، سیاست اولی است؛ به این جهت که ناشی از تزامم بین عناوین الزامی نیست و در جهت ارتقای وضعیت موجود به وضعیتی بهتر یا هماهنگ کردن سازوکارهای موجود با پیشرفت‌های علمی انجام می‌شود. تجویز چنین سیاستی را می‌توان در ضمن نظریه منطقه‌الفراغ تبیین کرد (صدر، ۱۳۸۲: ص ۴۴۳). اگر سیاست اقتصادی‌ای برای وضعیتی‌های



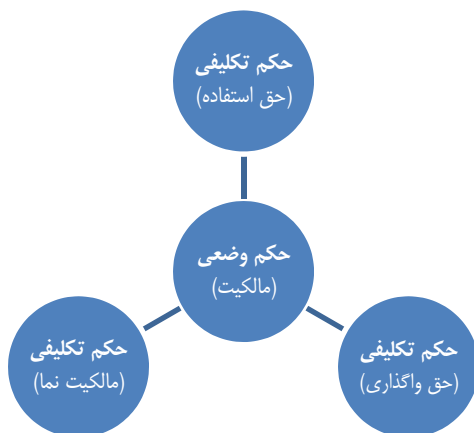
ویژه‌ای اعمال شود که در آن رعایت حکم الزامی اولی یا با یکی از عناوین ثانوی (همچون ضرر و حرج) یا با یک الزام شرعی دیگر جمع‌شدنی نباشد و تراحم رخ داده باشد (کلاتری، ۱۳۷۸: ص ۲۱۵؛ مظفر، ۱۳۷۴: ص ۳۲۱). این سیاست اقتصادی سیاستی ثانوی است که مربوط به منطقه‌التراحم یعنی مواقع تراحم بین الزامیات شرعی است.

بدیهی است که از نظر علمی می‌توان این دو صورت را به یکدیگر تحویل برد؛ زیرا از یک سو، ایجاد الزام در مناطق فاقد حکم الزامی ثابت، ناشی از تحقق مصلحتی است که چشم‌پوشی از آن در نظر شریعت ناپسند است. از دیگر سو، تقدم یکی از دو الزام بر دیگری در منطقه تراحم، به معنی نبود ملاک الزامی در حکم مرجوح و تعیین یافتن الزام در حکمی است که مقدم شده است. اما از نظر عملی و تحقق اجتماعی، تفکیک سیاست‌های اولی از ثانوی اهمیت دارد.

### ۳-۴. حکم تکلیفی (رفتارمحور) و حکم وضعی (نهادساز)

برخلاف احکام تکلیفی که از سنخ باید و نبایدند، احکام وضعی از سنخ هست و نیست و اخبارند (ر.ک: جمعی از محققان، ۱۳۹۲: ص ۱۰۶ و ۱۱۶). در میان اصولیان در مورد اینکه کدامیک از احکام تکلیفی یا وضعی اصالت دارند، اختلاف نظر هست. مثلاً شیخ انصاری رحمته الله علیه اصالت را به حکم تکلیفی می‌دهد (انصاری، ۱۴۲۲ق: ج ۳، ص ۱۲۵-۱۳۰) و آخوند خراسانی دیدگاهی ترکیبی دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۹۹-۴۰۴). اگر بپذیریم که قاعده در احکام شرعی این است که احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی‌ای هستند که بر متعلق آنها مترتب می‌شود، بنابراین هر حکم تکلیفی گویای رابطه ضرورت بالقیاس الی غیر بین حکم شرعی و اهداف مطلوب شارع است. طبق این مبنا، صرف نظر از انشای احکام، در عالم ثبوت هر متعلق از متعلقات رفتارهای انسان وضع و ویژگی‌ای دارد که منشأ تکالیف شرعی می‌شود. با این تحلیل، در احکامی که از شارع مقدس صادر می‌شود، همواره اصل با حکم وضعی است و احکام تکلیفی، مشتقات و لوازم احکام وضعی محسوب می‌شوند. البته، این تحلیل مربوط به مرحله ثبوت است. ممکن است در مرحله اثبات، یعنی در ادله نقلی، راه کشف احکام وضعی بررسی و تحلیل احکام تکلیفی باشد. اگر احکام وضعی، به تبع خود، احکام تکلیفی نداشته باشند، لغو خواهند بود و

احکام تکلیفی اگر در ضمن یک یا چند حکم وضعی واقع نشوند، فاقد نظام و در حکم جزیره‌های مستقل از هم خواهند بود. طبق مثالی که در نمودار زیر ارائه شده، حکم وضعی مالکیت به شکل‌گیری مجموعه‌ای از تکالیف انجامیده است که حول آن شکل می‌گیرد: تکالیفی شامل حق استفاده، حق واگذاری، مالکیت نما و سایر موارد.



سیاست‌های اقتصادی از هر دو سنخ وضعی و تکلیفی‌اند. در سیاست‌های اقتصادی وضعی، به تأسیس سازمان یا سازوکاری پرداخته می‌شود که یک هدف، هنجار و آرمان اسلامی را پی می‌گیرد. در سیاست‌های اقتصادی تکلیفی برای هر یک از عناصر انسانی‌ای که در ساختار سازمان وضع شده قرار دارند، وظایفی مقرر می‌شود. بنابراین، سیاست‌های تکلیفی در طول سیاست‌های وضعی محقق می‌شوند. به نظر می‌رسد همه سیاست‌های وضعی از سنخ سیاست‌های اولی و مربوط به منطقه الفراغ است؛ درحالی‌که سیاست‌های تکلیفی در هر دو حوزه اولی و ثانوی تحقق دارند.

در مقام سیاست‌گذاری اقتصادی، گاه به وضع نهادها و سازوکارهای نوین نیاز نیست و در قالب‌های موجود می‌توان تکالیف جدیدی وضع کرد و به اهداف موردنظر دست یافت. گاه چهارچوب‌های موجود به شدت کهنه و ناکارا شده‌اند و امکان سازگار کردن آنها با وضع موجود و تحولات اقتصادی پیش‌آمده وجود ندارد. در این صورت، سیاست تکلیفی کافی نیست و لازم است نهادها، سازوکارها و عقود نوین طراحی شوند که در ذیل خود، مجموعه تکالیف نوینی را اقتضا می‌کنند.

### ۳-۵. عناوین درجه یک (کاشف ملاک) و درجه دو (حافظ ملاک)

برخی از دوگان‌هایی که در فقه (به معنای عموم تحقیقات حول محور متون شرعی) رواج دارد، از کلام شارع اخذ شده‌اند؛ مثلاً تقسیم گزاره‌های قرآنی و روایات به محکم و متشابه، ناسخ و منسوخ، و عام و خاص. بخشی از این دوگان‌ها در آیه ۷ سوره آل عمران، آیه ۱۰۶ سوره بقره و خطبه ۲۰۱ نهج البلاغه مطرح شده‌اند. در کنار این تقسیم‌ها، که مورد تنصیص شریعت قرار گرفته است، دوگان‌های دیگری نیز وجود دارند که اگرچه مورد تنصیص شریعت قرار نگرفته‌اند، ولی بیانات شارع در قالب و ساختار این دوگان‌ها ارائه شده است و در طول سده‌ها با دقت نظر اندیشمندان مسلمان کشف شده‌اند؛ مانند تقسیم احکام به واقعی و ظاهری، اولی و ثانوی، و تعبدی و توصلی. از نوین‌ترین تقسیم‌های اصولی در این زمینه به این موارد می‌توان اشاره کرد: تقسیم حاکم و محکوم، و تقسیم وارد و مورد از شیخ انصاری رحمته الله علیه (جمعی از محققان، ۱۳۹۲: ص ۴۳۳ و ۸۸۸)، و خطاب‌های قانونی و شخصی امام خمینی رحمته الله علیه (امام خمینی، ۱۳۷۳: ج ۲، ص ۲۷ و ۶۰؛ همو، ۱۳۷۲: ص ۴۲ و ۲۱۵).

اهمیت این تقسیم‌ها در روشن کردن مسیر استنباط از کلام شارع و تبیین روش‌های مواجهه با متون شریعت است. بدیهی است که تبدیل هر محتوای معرفتی به یک نظام علمی و ایجاد یک دانش مستقل، مشروط به شکل‌گیری ابزارهای کافی و روش‌های کارآمدی است تا هسته مرکزی و حلقه‌های پیرامونی برای یک دانش شکل بگیرد. شکل‌گیری چنین مجموعه‌ای باعث می‌شود حرکات علمی سازمان‌دهی شود و از اقدامات مقطعی، موردی و غیرنظام‌مند به سمت فعالیت‌های مستمر، منظومه‌ای و نظام‌مند متحول شود. با این بصیرت، در این مقاله، تقسیمی در گزاره‌ها و احکام ارزشی مطرح می‌شود که ادعا می‌شود ماهیت و کارایی‌های ویژه دارد. این تقسیم می‌تواند در ارتباط با تقسیم‌های دیگر، به سامان‌دهی دانش فقاہت جهت حضور فعال دین در حیات اجتماعی کمک کند.

### ۳-۵-۱. مفهوم گزاره‌ها و عناوین درجه یک و دو

در دستورهای فقهی، به «نماز» امر و از «شرب خمر» نهی شده است. در کنار این، به «امر به معروف و نهی از منکر» امر شده است. حال پرسش می‌شود: اگر «امر به نماز» یا

«نهی از شرب خمر» در شرع وجود نداشت، آیا «امر به امر به معروف و نهی از منکر» معنا و مفهومی داشت؟ آیا در فرض عدم امر به نماز، موضوعی برای امر به معروف باقی می ماند؟ در صورت عدم نهی از شرب خمر آیا موضوعی برای نهی از منکر وجود داشت؟ از دیگر سو این پرسش مطرح می شود: شارع مقدس که از جعل وجوب برای نماز هدفی را دنبال می کرد، آیا بدون جعل اوامری در امر به معروف نماز و نهی از منکر ترک نماز و امثال چنین جعل هایی به هدف خود می رسید؟

بنابراین، یک مجموعه از احکام شرعی مستقیماً اهداف شریعت را مطرح می کند؛ در حالی که مجموعه دیگری از احکام نیز هستند که نقش پشتیبان و نگهدارنده برای دستیابی به اهداف احکام دسته نخست را دارند. در واقع، شارع مقدس برای تأمین تشریح خود از اکتفا به شکل و تهی شدن از محتوا، به جعل احکامی در درجه دوم اقدام کرده که حاصل نگاه جامع و ملاک محور شارع و نتیجه نگاهی درجه دوم و بازبینانه به تشریح های اولیه است.

متعلق احکامی را که مشتمل و متضمن متعلق حکم شرعی دیگری نیست، عنوان درجه یک می نامیم. در مقابل، آن دسته عناوینی را که تشریح آنها منوط به اتکا به دیگر احکام ارزشی است و تشریحات دیگر متعلق متعلق آن قرار می گیرد، عناوین درجه دو می نامیم. در مثال های بالا، عناوین نماز و شرب خمر از سنخ عناوین درجه یک و امر به معروف و نهی از منکر از عناوین درجه دو هستند.

اگر دستورات و نواهی درجه دو وجود نداشت، به فهم و تعقل و عمل به امور درجه یک ضرری وارد نمی شد؛ بلکه از جهت اهداف و مقاصد شرع، تضمین های لازم جهت حفظ ملاک ها و مصالح مترتب بر عناوین درجه یک تأمین نمی شد و مصالح واقعی مترتب بر امور درجه یک در معرض انواع آفات و صدمات قرار می گرفت. در مقابل، اگر عناوین درجه یک وجود نداشت، درک متشخصی از الزامات درجه دو به دست نمی آمد. در نتیجه، لازم می شد شرع مقدس را فارغ از مصالح واقعی و صرفاً ناظر به ارشادات کلی بدانیم که فهم و تشخیص مصادیق خیرات و شرور را به مردم وانهاده است. احکام عناوین درجه یک را می توان «تشریحات هدف»، و در مقابل، احکام عناوین درجه دو را می توان «تشریحات

ابزاری» دانست که تابع تشریحات هدف و در خدمت آن هستند.

برخی عناوین در رتبهٔ علت برای جعل حکم دیگرند. این عناوین، نسبت به حکم مجعول، حکم درجه یک محسوب نمی‌شوند؛ زیرا در تقسیم عناوین شرعی به درجه یک و دو، مصلحت اصلی در حکم درجه یک است، و حکم درجه دو صرفاً ناظر به رشد، کاهش، ثبات یا زوال مصلحت موجود در حکم درجه یک است. درحالی که در فرض علیت، مقنن در درجهٔ اول یک مجعول دارد (حکم درجه یک) که با جعل آن در پی تحصیل اهدافی ویژه است (اهداف و علل تشریح). برای اینکه اهدافش از آن جعل محقق شود، با نظر مجدد و درجه دوم، نکات و شرایطی را جعل می‌کند که نگهبان مصالح موردنظرش در مجعول باشد (حکم درجه دو).

### ۳-۵-۲. کارکرد عناوین درجه یک و دو در اقتصاد اسلامی

تقسیم عناوین و گزاره‌ها به درجه یک و دو، در مقام ارائهٔ تقسیم‌بندی و ساختاری از دانش‌های رفتاری اسلامی، از جمله فقه، اخلاق و حوزه‌های هنجاری و سیاستی اقتصاد، تقسیمی راهگشا و جامع است. مبنای این تقسیم‌بندی، اراده و اهداف شارع مقدس است. برخی امور مورد ارادهٔ اولیه و برخی مورد ارادهٔ ثانویه و ناشی از اهتمام شارع به حفظ ملاکات واقعی مطلوب است.

تمرکز بر عناوین درجه یک و غفلت از عناوین درجه دو، موجب غفلت متصدی امر اجرا از آسیب‌شناسی حرکت اسلامی در جامعه و قشری‌گری می‌شود. این بی‌توجهی عامل انزوای دستگاه متصدی از متن حرکت اجتماعی و خزیدن در لاک ارشاد و انتقادهای ناکارا می‌شود و مدیریت میدانی حرکت اجتماعی را از آن سلب می‌کند. از دیگر سو، تمرکز صرف بر عناوین درجه دو، نوعی تلاش انتزاعی و فاقد محتوا است که، همچون حالت سابق، مانع از ارتباط بین مخاطب و متصدی می‌شود. توجه هم‌زمان به این دو مؤلفه، یعنی عناوین درجه یک، به‌عنوان بخش محتوایی و ثابت حرکت اجتماعی، و عناوین درجه دو، به‌عنوان بخش روندی، جریانی، و شکلی حرکت اجتماعی، ضامن موفقیت جامعه در حرکت پویا و ماندگار به سمت اهداف عالی اسلامی است. وجود عناوین درجه دو در متون دینی مبین آرمان‌گرایی واقع‌بینانهٔ شارع در تحصیل خیرات و دفع شرور از ساحت

فرد و جامعه اسلامی است. در واقع، این عناوین مراتب خیرات و شرور را به صورت طیفی و تشکیکی نشان می‌دهد.

اقتصاد سیاستی اسلامی در پی تغییر و اصلاح است: تغییر و اصلاح وضع فاسد. تعریف اسلام از «صلاح» و «فساد» را باید در عناوین و احکام درجه یک اسلامی جستجو کرد. اما اینکه «این تغییر چه سازوکاری دارد؟»، «چگونه رخ می‌دهد؟»، «چه آفاتی آن را تهدید می‌کند؟» و پرسش‌های بسیار دیگری را باید و می‌توان در ضمن عناوین و احکام درجه دو ردیابی کرد و برای آنها پاسخی درخور یافت. اقتصاد سیاستی اسلامی بر ایند و خروجی دانش اقتصاد اسلامی است که از ترکیب اقتصاد اثباتی (وضع موجود) و اقتصاد هنجاری (وضع مطلوب) می‌توان به آن دست یافت. گزاره‌ای که به عنوان نظریه سیاستی اسلامی در هر برهه‌ای ارائه می‌شود، در مقام عمل و در مواجهه با واقعیات جاری زندگی اقتصادی دچار تحولاتی می‌شود که گاه باعث قلب ماهیت آن می‌گردد. مثال‌های روشنی برای این وضعیت را می‌توان در افق چهل ساله تقنین در جمهوری اسلامی نشان داد. شاید بارزترین نمونه آن «قانون بانکداری بدون ربا» است که در سال ۱۳۶۳ تصویب و اجرایی شد. نمونه‌های دیگر «قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» یا «سیاست‌های اقتصاد مقاومتی» است که ممکن است به همان سرنوشت مبتلا شود. به این نمونه‌ها می‌توان فهرست بلندی از قوانین اقتصادی را ضمیمه کرد و توفیق آن در تحقق اهداف مدنظرشان را به قضاوت نشست.

چرا قانونی که مفردات آن فاقد اشکال است، در مجموع فاقد ملاک‌های مدنظر قانون‌گذار عملی می‌شود؟ در مقام آسیب‌شناسی سیاست‌های اقتصادی می‌توان تمرکز بر عناوین درجه یک، که ناظر به واقعیات و مصالح اقتصادی است، و غفلت و چشم‌پوشی از عناوین درجه دو، که ناظر به حفظ، تقویت و تثبیت مصالح اقتصادی است، را یکی از گره‌های کار سیاست و تقنین دانست. این وضعیت که می‌توان از آن به نتیجه‌گرایی بدون توجه به الزامات مسیر، ابزار و روش حرکت تعبیر کرد، واقعیت اقتصادی و لزوم تغییر آن را می‌بیند، اما به الزامات آن در مقام اجرا و تحقق بی‌توجه است.

## نتیجه گیری

توصیف اقتصاد سیاستی به وصف و قید اسلامی اقتضائاتی دارد. بخشی از این اقتضائات تثبیت ضوابط معرفت‌شناختی و روش‌شناختی طراحی نظریات سیاستی و تدوین مجموعه سیاست‌های اقتصادی در چهارچوبی است که بتواند اهداف، راهبردها و ساختارهای اقتصادی مدنظر اسلام را تأمین و تضمین کند. در این راستا، نخست، مفهوم واقع‌نمایی گزاره‌های سیاستی در اقتصاد اسلامی با گزاره‌های اثباتی مقایسه شد و منشأ اعتبار این گزاره‌ها بررسی گردید. اعتبار یک گزاره سیاستی در اقتصاد اسلامی را می‌شود با دو شاخص اقتصادی محک زد: یک، به‌نحو ضرورت بالقیاس الی‌الغیر، با انجام آن بتوان اهداف مدنظر اسلام را تأمین کرد؛ دو، علل و مناشی گزاره سیاستی قابل‌انتساب به اسلام باشد. یعنی گزاره سیاستی موردنظر باید ناشی از ترکیب بین وضع مطلوب اقتصادی از منظر اسلام و وضع موجودی باشد که در نتیجه رفتار مسلمانان در چهارچوب نهادهای اسلامی شکل گرفته است.

۵۶



در مرحله بعد، ارتباط و اتصال اقتصاد سیاستی اسلامی با بخشی از ابزارهای تحلیلی موجود یا قابل طرح در اصول فقه تبیین شد تا اعتبار آن از حیث اسلامی روشن شود. در تحقیق پیش‌رو، پنج دوگان اصولی حکم - ملاک، ثابت - متغیر، اولی - ثانوی، تکلیفی - وضعی و درجه‌یک - درجه‌دو معرفی شد و ظرفیت ارتباطی آن با بخش سیاستی و تدبیری اقتصاد اسلامی مورد بررسی و دقت نظر قرار گرفت:

سال بیست و پنجم، شماره اول، بهار ۱۳۹۷

۱. سیاست اقتصادی در پی کشف ملاک است. این ملاک از مبانی کلامی و اقتصاد هنجاری اسلامی به دست می‌آید تا بتواند بر سازوکارهایی حاکم گردد که برای عینیت بخشیدن به ساختارهای اقتصادی مدنظر شریعت تأسیس می‌شود.

۲. سیاست اقتصادی از سنخ فتوا نیست و از سنخ حکم حکومتی است. به عبارت دیگر، سیاست اقتصادی از سنخ احکام متغیر است و از سنخ احکام ثابت نیست. سیاست اقتصادی مربوط به حوزه تغییرات است و فقه آن نیز فقه تغییر و امور متغیر است که فقهی پویا، زمان‌مند و بی‌ثبات است.

۳. سیاست اقتصادی ممکن است در حوزه احکام ثانوی یا اولی اعمال شود که از آن



به منطقه التزاحم و منطقه الفراغ تعبیر شد. منطقه الفراغ حوزه اصلی سیاست است و فقیه این ظرفیت را دارد که برای نیازهای متغیری که در گام نخست بر آنها تأکید شد، به تجویزهای مطلوب دست بزند.

۴. در دوگان چهارم، حوزه تجویزهای تکلیفی و وضعی گشوده شد. در تجویزهایی از سنخ حکم وضعی، فقیه برای نیازهای متغیر در منطقه الفراغ، نهادهای اقتصادی مورد نیاز را تأسیس می کند. ذیل هر سازوکار نوین، مجموعه ای از تکالیف نوین طراحی می شود که به رفتارها شکل می دهد.

۵. در مقام آسیب شناسی و آسیب زدایی از سیاست های اقتصادی در مقام اجرا و تحقق، به عناوین درجه دومی توجه شد که ناظر به حفظ، تقویت و تثبیت اهداف و مصالح اقتصادی است و باید مورد نظر سیاست گذار باشد: مصالحی که از عناوین اقتصادی به دست آمده است و ویژگی درجه اول دارد؛ یعنی در مقام بیان مصالح و اهداف اقتصادی است.

بنابراین، در این تحقیق پنج گام برداشته شده است: تفکیک حکم ثابت از متغیر با پررنگ کردن نقش حکم متغیر، تفکیک نقش حکم از ملاک، تفکیک حکم اولی از ثانوی و پررنگ کردن نقش حکم اولی و منطقه الفراغ، تفکیک حکم تکلیفی از وضعی و پررنگ کردن نقش حکم وضعی در تجویز و تأسیس نهادهای اقتصادی و در نهایت، تفکیک عناوین درجه یک از درجه دو با پررنگ کردن نقش عناوین درجه دو در پشتیبانی و نگرهبانی از مصالح مدنظر شریعت در عناوین درجه یک و تطبیق این ویژگی در سیاست های اقتصادی.

با این سیر، سیاست اقتصادی (در مجموع، با نگاه کلان و صرف نظر از برخی استثناها) از سنخ حکم متغیر و در پی حفظ ملاک های اسلام در اقتصاد است؛ با استفاده از سیاست های اولی در منطقه الفراغ و با بهره گیری از احکام وضعی، نهادها و عقود را تجویز و تأسیس می کند؛ سازوکارهایی که با کمک تکالیفی که در ذیل خود تعریف می کنند، رفتارها را تغییر می دهند. با تمرکز توأمان بر عناوین درجه یک و درجه دو، از عناوین درجه یک برای کشف ملاک ها و از عناوین درجه دو برای حفظ ملاک ها استفاده می کند.



آنچه گفته شد، همهٔ آن چیزی نیست که برای سازمان یافتن اقتصاد سیاستی اسلامی موردنیاز است؛ اما واقعیت این است که بدون این پنج مقدمه و گزارهٔ مبنایی، شکل‌گیری اقتصاد سیاستی اسلامی ناممکن می‌نماید.

### پی‌نوشت:

1. John Neville Keynes
2. The Scope and Method of Political Economy



## کتابنامه

\* قرآن کریم

\*\* نهج البلاغه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ نخست.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق)، فرائد الأصول (۴جلدی)، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ دوم.
۳. بلاگ، مارک (۱۳۸۷)، روش شناسی علم اقتصاد، ترجمه غلامرضا آزاد (ارمکی)، تهران، نشر نی.
۴. جمعی از محققان (۱۳۹۲)، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ چهارم.
۵. حسین زاده، محمد (۱۳۹۳)، مبانی معرفت شناختی علوم انسانی در اندیشه اسلامی، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۶. خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۲)، أنوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة (۲جلدی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳)، مناهج الوصول إلى علم الأصول (۲جلدی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
۹. صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۲)، اقتصادنا، قم، بوستان کتاب قم، چاپ دوم.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۵ق)، بحوث فی علم الأصول، قم، انتشارات مجمع العالمی للشهید الصدر، چاپ دوم.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۳۲ق)، دروس فی علم الأصول، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ پنجم.
۱۲. فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۶)، سیاست های اقتصادی در اسلام، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم.



۱۳. فیاضی، غلامرضا (۱۳۸۶)، درآمدی بر معرفت‌شناسی، تدوین و نگارش مرتضی رضایی و احمدحسین شریفی، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۴. کلاتنری، علی‌اکبر (۱۳۷۸)، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۵. گلاس، ج.س و و. جانسون (۱۳۷۳)، علم اقتصاد: پیشرفت، رکود یا انحطاط (درآمدی بر روش‌شناسی علم اقتصاد)، ترجمه محسن رنایی، اصفهان، انتشارات فلاح ایران.
۱۶. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۴)، أصول الفقه، قم، اسماعیلیان، چاپ هفتم.
۱۷. میرجلیلی، سید حسین (۱۳۸۱)، روش تأیید و ابطال در اقتصاد، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۱۸. هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۳)، مکتب و نظام اقتصادی اسلام، قم، مؤسسه فرهنگی خانه خیرد، چاپ دوم.
۱۹. یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۷)، نظام اقتصاد علوی (مبانی، اهداف و اصول راهبردی)، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم.



## بررسی فقهی و حقوقی مزایده و سایل نقلیه توقیف شده توسط نهادهای انتظامی

عارف بشیری\*

محمد محسنی دهکلانی\*\*

علی اکبر ایزدی فرد\*\*\*

### چکیده

این مقاله با هدف بهینه‌سازی و ارتقای قانون‌های موضوعه برای افزایش امنیت مالی در جامعه و منع دارا شدن بلاجهت، نظریه‌هایی درباره مشروعیت بخشی به امر مزایده و سایل نقلیه توقیف شده توسط نهادهای انتظامی را با ادله عقلی و مسلمات فقهی و حقوقی ارزیابی می‌کند. همچنین، در این زمینه، مجازات توقیف و جوانب مختلف حقوقی عدم رجوع مالک نیز بررسی می‌شود. نگارنده در این مقاله، قاعده اعراض و سایر اسباب زوال مالکیت در فقه اسلامی را بازخوانی می‌کند و با موشکافی هدف قانونگذار در اصل تشریح مجازات توقیف و نظریه پرداخت جزای تقدی بر اثر تخلفات رانندگی، نتیجه می‌گیرد که با تحلیل حقوقی و فقهی، استظهار به اسباب قانونی زوال مالکیت و مشروعیت امر مزایده ناتمام است. نگارنده همچنین، در بعضی از فروض، الزامات موضوع ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی را خلاف اصول مسلم حقوقی و قواعد فقهی می‌داند؛ چون این الزامات، از سویی، اثر قانونی ماده ۶ قانون مزبور - مبنی بر موقتی بودن حکم توقیف - را در بعضی حالات عملاً بی‌اثر می‌کند و مانع از رجوع مالک به وسیله نقلیه خویش می‌شود و از سوی دیگر، با مقاصد شریعت اسلامی مبنی بر تضمین عدالت اجتماعی نیز در تضاد است و مسئله مالکیت را تحت الشعاع قرار می‌دهد.

**کلیدواژگان:** مزایده، توقیف، دارا شدن بلاجهت، نهادهای انتظامی، و سایل نقلیه.

arefbashiri@yahoo.com

mmdehkalany@umz.ac.ir

ali85akbar@yahoo.com

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

\*\* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

\*\*\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۴/۳۱

مزایده و وسایل نقلیه توقیف شده از سوی نیروی انتظامی یکی از پدیده‌های نوظهور حقوقی است. بررسی ابعاد مشروعیت فقهی و ضوابط حقوقی این پدیده ضروری است. توقیف وسایل نقلیه و پرداخت جزای نقدی بر اثر تخلفات رانندگی، به‌عنوان یکی از برخوردهای قانونی در راستای برقراری نظم و عدالت اجتماعی و حفظ نظام در هر جامعه‌ای، از ضروریات امنیتی آن جامعه محسوب می‌شود. این سازوکار در مقابل نیاز عمومی جامعه و رفاه عمومی قابل چشم‌پوشی نیست. با وجود این، در بسیاری اوقات این دستورالعمل با بازخورد مالکان وسایل نقلیه در مراجعه نکردن و پرداخت نمودن جزای نقدی و در پی آن، رها نمودن مایملک خویش همراه می‌گردد. شاید برای مجریان قانون و تصویب‌کنندگان آیین‌نامه‌های داخلی در این حوزه، این مسئله فقط یک بُعد داشته باشد: چه تمهیداتی برای اموال رها شده در پارکینگ‌ها باید اندیشید؟



اما این مسئله با منطق فقهی و حقوقی، بُعد دیگری نیز دارد: چرا مالکان حاضر نیستند به وسایل نقلیه خویش رجوع کنند؟ این بُعد از نوع نگاه شارع مقدس در بسیاری از عناوین فقهی برگرفته شده است که می‌تواند بنیادی برای ارائه چند نظریه درباره توجیه زوال یا سلب مالکیت خصوصی گردد - که در این پژوهش همه این نظریات تحلیل و بررسی شده‌اند - البته، شاید این نگاه ما را به این دسته پرسش‌های فقهی برساند که آیا ترک یا اعراض مالک از مال خویش می‌تواند مجوزی برای مزایده اموال وی محسوب شود؟ چه نظریه‌هایی به منظور مشروعیت بخشی به مزایده مذکور می‌توان ارائه نمود؟ از مشی اجتهادی فقه امامیه چه راهکارهایی به منظور حفظ و رعایت حقوق مالکیت خصوصی و نیز بازدارندگی لازم برای اجرای مجازات‌ها برمی‌آید؟

سلب موقتی استفاده مالک از حق مالکیت خود نسبت به اموال - و به عبارتی، توقیف وسایل نقلیه - به موجب قانون و به وسیله نیروی انتظامی و راهنمایی‌وراندگی، که یکی از برخوردهای قانونی در راستای برقراری نظم و عدالت اجتماعی و حفظ نظام در هر جامعه‌ای است؛ از ضروریات امنیتی آن محسوب گشته و اجتناب‌ناپذیر است. با وجود این،

در جمهوری اسلامی ایران، یکی از اهداف قانونگذاری این است که تصویب ضوابط قانونی و آیین‌نامه‌های اجرایی، در چهارچوب مبانی شرعی و تضمین بخش انصاف و عدالت در جامعه باشد؛ چون فقه اسلامی در حوزه مالکیت خصوصی و حوزه‌های دیگر قواعدی نظارتی دارد که با این قواعد، مستقیماً بر اصل تشریح و قانونگذاری نظارت دارد. و قانونگذار و مجریان قانون را موظف به رعایت اصول شرعی و تعیین اصالت مصوبات خویش می‌کند. چه بسیار پیش آمده است که معلوم شده آیین‌نامه‌ای داخلی یا دستورالعملی قانونی در نحوه اجرا از راه‌های دیگری، غیر از آنچه که ابلاغ شده، می‌توانست بسیار بهتر و با منطق شرعی سازگارتر باشد.

مسئله مذکور از دیرباز در آثار فقهی به صورت پراکنده در ابواب مختلف فقهی مطرح شده است ولی در حد کلیات بحث درباره مسئله اعراض و احکام مال معرض عنه و برخی اسباب زوال مالکیت خصوصی. بنابراین، هیچ‌گونه بررسی‌ای در مورد مزایده ملک غیر در این حوزه پژوهش صورت نگرفته است. پژوهش پیش‌رو تلاش اجتهادی نویسندگان در ارزیابی و تحلیل آثار و ابعاد مختلف فقهی و حقوقی مسئله بوده و از جوانب بسیاری بدیع است.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱-۱. مزایده

واژه مزایده، مصدر بر وزن مفاعله، از ریشه «زود» و به معنای افزودگی دوجانبه، بر یکدیگر افزودن و حراج کردن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ص ۳۳۱۹). مزایده در اصطلاح عبارت است از فروش چیزی به نحو حراج و به صورت رقابت عمومی؛ به گونه‌ای که هرکس بهای بیشتری پرداخت نماید، از آن وی باشد: بدین صورت که بایع مبلغی را در نظر می‌گیرد و به حاضران در جلسه پیشنهاد می‌دهد. آنها می‌توانند به آن مبلغ مزید کنند تا به حدی که مزید متوقف شود (فانی، ۱۳۹۴: ص ۲). آخرین قیمت پیشنهاد شده ثمن مال مورد مزایده است و بیع مزایده با آن منعقد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ص ۳۲۱). در فقه اسلامی مزایده گونه‌ای از بیع محسوب می‌شود: با تشریفات خاص که همان تشریفات به ماهیت

اصلی آن اصالت می‌دهد و دارای آثار کامل عقد بیع همچون انتقال مالکیت و تسلیم مبیع است (بروجردی، ۱۴۲۹ق: ج ۲۴، ص ۵۲۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۴۸؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۴).

هرگاه مزایده از طریق اداره یا نهاد یا سازمانی مثل راهنمایی‌وراندگی - که اقدام به فروش وسایل نقلیه توقیف‌شده می‌کند - انجام پذیرد، سازوکار آن بدین ترتیب است: سازمان فروش وسیله موردنظر را از طریق درج آگهی در روزنامه کثیرالانتشار یا روزنامه رسمی کشور به رقابت عمومی می‌گذارد (انصاری، ۱۳۸۷: ص ۱۲۰) و مراحل انعقاد قرارداد را، به‌صورتی که گذشت، با شخصی منعقد می‌کند که بیشترین بها را پیشنهاد داده یا می‌دهد.

## ۲-۱. توقیف

واژه توقیف از ماده «وقف» و بر وزن تفعیل به معنای حبس (مصطفوی، ۱۴۰۲ق: ج ۸، ص ۲۶۳)، امساک و بازداشتن (همان: ج ۱۲، ص ۳۰۱)، متوقف کردن (قرشی، ۱۴۱۲ق: ج ۷، ص ۲۳۶) و معانی دیگری همچون ضبط و قبضه کردن است. در اصطلاح حقوقی، حقوقدانان در نگاه کلی از آن به اقدام به سلب آزادی از مال غیر با حالت انتظارِ ترخیص تعبیر نموده‌اند که مانع از تصرف موقتی مالک در مال خود می‌گردد (جعفری لنگرودی، همان: ص ۱۸۱). اصطلاح مال دربرگیرنده اموال غیرمنقول یا منقول همچون وسایل نقلیه است. بنابراین، «توقیف وسایل نقلیه» موضوع ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی چنین خواهد بود: اقدام به سلب آزادی و متوقف کردن وسایل نقلیه‌ای همچون موتور سیکلت، به‌منظور برخورد و مقابله با متخلفان از قوانین راهنمایی‌وراندگی طبق دستورالعمل و ضوابط قانونی خاص. ویژگی بارز توقیف در مقایسه با عناوین مشابه دیگر همچون ضبط دائم و مصادره، در موقتی بودن و درحکم امانت بودن آن است (زراعت، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۱۹۸)؛ یعنی زمانی بر اقدام به سلب آزادی، عنوان توقیف اطلاق می‌گردد که عملاً موجب سلب مالکیت مالک و انتقال مال به هر شکلی اعم از مزایده و مناقصه نشود. با این حال، در ادبیات حقوقی، گاهی اوقات به‌جای کلمه ضبط و



مصادره از عبارت «مزایدهٔ اموال توقیف‌شده» یاد می‌کنند که بیشتر ناظر بر معنای التزامی یا لغوی توقیف است.

## ۲. نظریهٔ اِعراض مالک از وسیلهٔ نقلیه

نخستین دلیلی که بر جواز مزایدهٔ وسایل نقلیه از سوی راهنمایی‌ورانندگی به‌ذهن می‌رسد، ادعای اِعراض مالک از مال توقیف‌شدهٔ خویش است. این ادعا عمده‌ترین دلیلی است که راهنمایی‌ورانندگی برای مشروعیت مزایدهٔ اموال توقیف‌شده ارائه داده است (معاون آموزش پلیس راهور تهران بزرگ (مصاحبه)، ۱۳۹۱). در بعضی از قوانین موضوعهٔ ایران، حکم ترک و اِعراض یکسان تصور شده است (ر.ک: ماده ۴۲ قانون آب و نحوهٔ ملی شدن آن، مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۷). در بعضی دیگر نیز احراز اِعراض در دادگاه، شرط تحقق آثار آن، از جمله سلب مالکیت دانسته شده است (ر.ک: ماده واحده حل مشکل اراضی بایر، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصوب ۱۳۶۷/۵/۲۵) و اثبات آن نیز برعهدهٔ مدعی آن گذاشته شده و در صورت نبود دلیل، مطابق اصل استصحاب، به بقای مالکیت حکم داده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ص ۳۸۵). قانون اساسی نیز ترک را اعم از اِعراض می‌داند، آن را سالب مالکیت مالک برمی‌شمرد، در شمار اموال عمومی به حساب می‌آورد و در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌دهد (قانون اساسی، اصل ۴۵).

محقق اِروانی، نخستین مؤلف در قاعدهٔ اِعراض، نیز محل نزاع را در ترکی می‌داند که به نیت اِعراض و خروج از ملکیت صورت گرفته باشد (اِروانی، ۱۴۰۶ق: ص ۲۱۶). بعضی از فقیهان با تفکیک میان اِعراض و ترک یا اطلاق، میان این دو مفهوم فرق گذاشته‌اند. آنان ترک یا اطلاق را تنها در صورتی مزیل دانسته‌اند که به نیت اِعراض و سلب ملکیت از خود انجام گرفته باشد (امام خمینی، ۱۴۲۵ق: ج ۳، ص ۳۹۷؛ بهجت، ۱۴۲۶ق: ج ۵، ص ۹۶). برخی نیز چون شهید اول (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۹۲)، خوئی (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، ص ۴۶۱) و بحر العلوم (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۷۵)، بدون تعریف خاصی از اِعراض، احکام آن را بیان کرده‌اند.

از کلام قطعی فقیهان برمی آید که ترک و رها کردن غیر از اعراض است و عدم زوال ملکیت بر اثر ترک، مسلم است. این نکته به صورت اصل بین فقیهان پذیرفته شده است؛ چنان که در آثار فقهی می گویند: مالی که صاحبانش آن را ترک کرده اند، اگر به احیا نیاز نداشته باشد، از مالکیت مالک خارج نمی شود و اگر به احیا نیاز داشته باشد، فقط برای احیاکننده اولویت استفاده ایجاد می کند؛ آن هم به شرط پرداخت «طسق»<sup>۱</sup> به صاحبانش و نه ایجاد مالکیت برای احیاکننده (طباطبائی، ۱۴۰۲ق: ج ۸، ص ۱۲۳؛ مظفر، ۱۳۹۲ق: ج ۱، ص ۱۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۹، ص ۱۹۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۲۴۴).

اما اگر عدم رجوع مالک وسیله تقلیه را نوعی اعراض بدانیم، سخن درباره اعراض همچنان باقی است. احراز اعراض اصلی ترین مسئله در بحث اعراض است: چه اینکه وقوع اعراض اگر محرز و قطعی نباشد، اثر خود یعنی قطع رابطه مالکیت را برجای نمی گذارد. بی شک، صرف عدم انتفاع، حتی اگر مدت مدیدی هم طول بکشد، در تحقق اعراض کافی نیست و باعث سلب مالکیت نمی شود (گلیایگانی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۸۸؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۱۹۵؛ قزوینی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۹۱). افزون بر ترک انتفاع، قصد قطع رابطه مالکیت نیز ضروری و تعیین کننده است. تقریباً همه مؤلفان نظام های حقوقی، بر این مطلب صحه گذاشته اند (Encyclopedia International Q.V "abandonment").

فقیهان در خصوص اعراض عموماً در مورد مالی صحبت می کنند که مالکش در دسترس نیست و حضور ندارد، مثل مال مفقود، مجهول المالک و معروض عنه؛ زیرا در صورت حضور مالک، او خود درباره مالش تصمیم می گیرد و سخن او ملاک عمل قرار می گیرد. از این رو، در جایی که دسترسی به مالک امکان پذیر باشد، هرگونه تصرف بدون رضایت او جایز نیست؛ زیرا تصرف در مال غیر، بدون علم به رضایت مالک، مصداق غصب است و هیچ فقیهی نمی تواند به جواز آن حکم دهد.

یکی دیگر از نکاتی که برای اعراض مال باید مورد توجه قرار گیرد، این است که اعراض در صورت عدم احتمال رجوع مالک صحیح و مؤثر می باشد؛ زیرا در صورت رجوع مالک، تملک غیر بی اثر می شود و ملک به مالک نخست برمی گردد. دلیل این امر هم

واضح است: اعراض، مثل سایر اعمال حقوقی، زمانی معنای حقیقی خود را می‌یابد که با احتمال رجوع همراه نباشد و با قاطعیت و بدون شک و تردید انجام شود. چه بسا بتوان گفت: رجوع مالک، حتی بعد از تملک هم کاشف از این است که از آغاز، اعراضی وجود نداشته و از این رو، مال از ملک خارج نشده است. بنابراین، تملک شخص دیگر در آن، تملک غیرمجاز و کأن لم یکن است (رضایی راد، ۱۳۹۲: ص ۳۶).

افزون بر موارد گفته شده، بسیاری از فقیهان ترک ارادی ناشی از یأس از یافتن مال را هم اعراض به حساب نیاورده‌اند (روحانی، ۱۳۸۲: ص ۱۲۸؛ محقق داماد، همان: ج ۲، ص ۲۷۶؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق: ج ۳، ص ۴۴۰). مسلم این است که مثل هر دعوی حقوقی دیگر در دادگاه، ارائه دلیل برای اثبات اعراض به عهده مدعی آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۱، ص ۳۸۳)؛ حال، چه دولت مدعی باشد و چه شخصی حقیقی یا حقوقی.

بدیهی است جواز انتقال ملک را نمی‌توان مستند به اراده مالک به ارتکاب جرم رانندگی دانست که پیامد آن، اقدام راهنمایی‌وراندگی به سلب مالکیت و مزایده آن باشد. همچنین، عدم رجوع مالک به مال خود را نمی‌توان نشانه ترک ارادی و یا اعراض ارادی وی محسوب نمود؛ به‌ویژه اینکه وجود دلایل متعددی سبب می‌شود که مالک از رجوع به وسیله نقلیه خود امتناع کند. برای نمونه، هرگاه مبلغ جریمه‌ای که راهنمایی‌وراندگی از مالک طلب می‌کند، از ارزش مالی خود وسیله نقلیه بیشتر باشد و نیز در جایی که مالک توانایی پرداخت جریمه را نداشته باشد، او به ناچار تصمیم می‌گیرد به خاطر بالا بودن نرخ جریمه، از رجوع به مال خود چشم‌پوشی نماید. در هر دو مورد، وسیله نقلیه عملاً در پارکینگ راهنمایی‌وراندگی (بدون احتساب تصاعد نرخ تعرفه پارکینگ) چندین سال بالاتکلیف رها می‌شود. چنان‌که روشن است، علقه مالکیت مالک به مال در این حالات همچنان به قوت خود باقی است و دلایل گفته شده نمی‌تواند توجیهی بر زوال علقه مالکیت او به ملک خویش گردد؛ زیرا این علقه از نظر فقیهان نشانه اصلی بقای مالکیت مال اعراض شده محسوب می‌شود؛ چه برسد به اینکه ایجاد محدودیت زمانی در پرداخت جریمه و نیز تعیین ظرف زمانی خاص برای رجوع به منزله اعراض مالک از مال و زوال مالکیت تعیین شود.

## ۲-۱. حکم اعراض در زوال مالکیت از نظر فقیهان

حتی اگر از تمام مناقشات پیش گفته درباره صدق عنوان اعراض بر عدم رجوع مالک به مال توقیف شده بگذریم، فقیهان به طور مسلم، به سببیت اعراض در زوال مالکیت (و جواز انتقال مال به صورت مزایده و غیرمزایده) قائل نیستند؛ بلکه عده بسیاری از آنان از قبیل حکیم (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۱۸۴)، سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۲۹۴)، روحانی (روحانی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۳۰۴)، آشتیانی (آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۸۸۲)، عاملی (ترحینی عاملی، ۱۴۲۴ق: ج ۶، ص ۱۱) و طباطبائی (طباطبائی حکیم، همان: ج ۳، ص ۱۶۷)، مطلقاً اعراض را موجب سلب مالکیت اعراض کننده ندانسته‌اند. بحرالعلوم این نظر را به اکثر نسبت داده است (ر.ک: بحرالعلوم، همان: ج ۲، ص ۷۵).

آشتیانی در کتاب القضا می‌گوید:

«به‌طور کلی هیچ دلیلی بر اینکه اعراض مفید انتقال ملکیت از ملک مالک شود، اصلاً دیده نمی‌شود و ادعای اجماع بر آن به هیچ وجه قابل اعتماد نیست؛ کما اینکه از قول فقیهان دیگر به خوبی واضح می‌گردد و چگونه چنین اجماعی محقق باشد، در حالی که گروهی از فقیهان به صورت واضح با اباحه مال معروض عنه مخالفت نموده و حتی قائل به عدم اباحه در بعضی جاها همچون نثار عروس و مانند آن شده‌اند؟ ادعای اجماع و وجود نصوص متواتر نیز قولی عجیب است؛ افزون بر این، بر نصی که دال بر چنین ادعایی باشد، وقوف نیافتیم.» (آشتیانی، همان: ج ۲، ص ۸۸۲)

برخی فقیهان در اینجا به استصحاب بقای مالکیت نیز استناد کرده‌اند؛ به این صورت که وقتی دلیل تأیید شده‌ای بر رفع مالکیت موجود نباشد، پس از اعراض مالک، شک در بقای مالکیت به وجود می‌آید و این شک نمی‌تواند موجب نقض یقین ما به مالکیت پیشین او باشد (بحرالعلوم، همان: ج ۲، ص ۸۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۹۵). استدلال دیگر از آن مرحوم خوئی است که می‌فرماید: اگر اعراض سبب قطع ارتباط معرض با مال

معرض عنه می‌شود، پس چرا بعد از رجوع، مال دوباره به مالکیت او درمی‌آید؟ (خوئی، همان: ج ۱۵، ص ۹۵) و از سویی اگر اعراض سبب سلب مالکیت است، پس تکلیف مال معرض عنه پس از اعراض و قبل از تملک یابنده چیست و آیا باقی می‌ماند؟ و چون مال بلامالک در فقه اسلامی وجود ندارد و تالی فاسد است، مقدّم مانند آن فاسد خواهد بود (رضایی‌راد، ۱۳۹۲: ص ۳۹).

محقق داماد می‌گوید:

«در مورد سیره بدیهی است که سیره، دلیل لفظی نیست تا عموم و اطلاق داشته باشد و اگر شمول سیره بر چنین امری محقق باشد، بی‌گمان فقط در اشیای حقیر و بی‌ارزش است و قابل تعمیم به اشیای ارزشمند نیست [گروهی از فقیهان نظیر شهید اول (شهید اول، همان: ج ۲، ص ۴۰۰) و طباطبائی (طباطبائی، ۱۴۰۲ق: ج ۱۵، ص ۱۶۶) بر این اعتقادند و دلیل ایشان نیز سیره عقلاییه است]». وانگهی بر فرض آنکه بپذیریم مدلول سیره جواز تصرف در اموال اعراض شده است، این امر خروج اموال مزبور را از مالکیت اثبات نخواهد کرد؛ چرا که ملازمه‌ای میان جواز تصرف متصرفان و خروج مال از ملکیت مالک موجود نیست. نتیجه اینکه حتی در صورت اعتقاد به خروج ملک از مالکیت مالک با اعراض، پس از اعراض، مال تنها قابل بهره‌برداری است نه قابل تملک برای غیر و پس از رجوع معرض از اعراض، اباحت تصرف باطل می‌شود و مال به مالکیت مالک بازمی‌گردد و به صرف اعراض، مال از حیطة سلطنت و مالکیت مالک خارج نمی‌شود؛ زیرا مالکیت از احکام وضعی است و همان‌طور که در ورود چیزی به ملکیت و به وجود آمدن پدیده مالکیت، سبب شرعی و قانونی ضروری است، در خروج چیزی از ملکیت و سلب رابطه مالکیت نیز وجود ناقل شرعی و سبب قانونی ضرورت دارد» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۷۶).

بر این اساس، مزایده و وسایل توقیف شده راهنمایی و رانندگی با استناد به ترک یا اعراض مالک و بدون رضایت وی، هم از حیث موضوع مال اعراضی و هم حکم آن، از جهات متعدد پیش گفته مخدوش است.

### ۳. نظریه رهنی بودن وسیله نقلیه

توضیح این نظریه آن است که وسیله نقلیه توقیف شده ای که مالکش به دلیل تخلف، محکوم به پرداخت جریمه و جزای نقدی شده و به راهنمایی و رانندگی بدهکار شده است، به عنوان رهن نزد راهنمایی و رانندگی باقی می ماند تا مالکش دین خود را تأدیه کند.

اما این نظر از جوانب متعددی قابل مناقشه است، زیرا:

نخست: جزای نقدی نوعی مجازات است نه دین؛ همچنین، مجازات بر شخص محکوم علیه تحمیل می شود نه بر مال او؛ بلکه مال وسیله ای برای به کیفر رساندن محکوم علیه است؛ همچنان که اگر محکوم علیه از پرداخت جزای نقدی اظهار عجز یا امتناع کند، در قبال آن بازداشت می شود. به همین خاطر، اجرای مجازات از طریق پرداخت جزای نقدی است و بازداشت محکوم علیه نیز در قبال مجازات است نه چیز دیگر (اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه ۷/۴۵۸ مورخ ۷۹/۵/۲۷، با فوت محکوم علیه، اجرای حکم مجازات جزای نقدی را منتفی دانسته است (افتاده و دیگران، ۱۳۸۸: ص ۱۵۹)).

دوم: رهن نوعی عقد محسوب می شود که بابت دین منعقد می گردد و نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ در حالی که وسیله نقلیه بدون عقد و تراضی در گرو سازمان راهنمایی و رانندگی است.

سوم: با فرض فوت مالک، استقرار جزای نقدی بر اموال محکوم علیه به دلیل دین محکوم علیه به دولت نیست تا متضمن مسئولیت مدنی گردد. وصول جزای نقدی از خود محکوم علیه پس از صدور حکم، نه بدین جهت است که با صدور حکم، پرداخت جزای

نقدی بر اموال وی استقرار یافته و او مدیون دولت باشد؛ بلکه بدین علت است که قانونگذار می‌خواهد وی را مجازات کند. قانونگذار در موارد خاص، مؤثرترین مجازات قابل‌اعمال در مورد محکوم‌علیه را پرداخت جزای نقدی (یعنی پرداخت مبلغی از اموال محکوم‌علیه در حق دولت) دانسته است که محکوم‌علیه باید یا جزای نقدی مقرر در حکم را پرداخت کند یا در قبال آن بازداشت بماند و چون هدف از آن، مجازات محکوم‌علیه است، فقط تا زمان حیات محکوم‌علیه قابل اجرا است (رفیعی، ۱۳۸۷: ص ۴۶). ولی با فوت وی، دیگر چنین محکومی وجود ندارد که بخواهیم از طریق وصول جزای نقدی یا بازداشت، مجازاتش کنیم. اموال او نیز به تملک اشخاص دیگری درآمده است. این در حالی است که اگر دین محسوب می‌شد، قاعدتاً می‌بایست پس از مرگ موثر، از ماترک وی اخذ می‌شد یا در صورت اثبات اعسار، تصرف در عین مال، مجاز شمرده می‌شد؛ حال آنکه این‌گونه نیست.

۷۱



فقه

بررسی فقهی و حقوقی مزایده و سایر نقایح توقیف شده...

از این رو، نمی‌توان قائل بر دین بودن جزای نقدی شد و این نظریه از اساس، محل خدشه جدی است. اگرچه شخصی که محکوم به پرداخت جریمه و جزای نقدی می‌شود، در ظاهر به سازمان بدهکار می‌گردد، ولی این بدهی غیر از دینی است که در قبالتش رهن گرفته می‌شود.

#### ۴. نظریه تهاتر قهری و تقاص

اگر وسایل نقلیه و اموال توقیف‌شده همچنان در پارکینگ باقی بمانند، افزون بر تلف شدن، مخارج و هزینه‌های قابل توجهی نیز برای دولت برجای می‌گذارند و از طرفی مالکان نیز اموال خویش را رها کرده‌اند. بنابراین، مزایده و انتقال آنها، تنها چاره تعیین تکلیف وسایل مذکور است؛ زیرا مالک موظف به پرداخت مبلغ بدهی جریمه است و چنانچه به مال خویش رجوع نکند، سازمان خود اقدام به تأدیه جریمه مالک از طریق اموال او می‌کند. بدین ترتیب، ثمن حاصل از مزایده مال توقیف‌شده در صورت برابری (یا کمتر بودن) با بدهی مجرم، تهاتر قهری می‌شود.

این توجیه نیز با مناقشه قابل توجهی روبه‌روست؛ زیرا تهاتر در خصوص دین است (طاهری، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۱۹۰): جایی که دو دین محقق و از چند جهت میان آنها وحدت باشد (امامی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۳۴۵)؛ ولی در اینجا، مزایده و فروش روی عین صورت می‌گیرد و انتقال آن در همان ابتدا جایز نیست تا اینکه موضوع دین تحقق یافته و در پی آن، نوبت به تهاتر قهری برسد.

اما در مورد تقاص باید گفت: اگرچه به لحاظ ماهوی بین تهاتر قهری و تقاص تشابهات فراوانی هست؛ به گونه‌ای که ماهیت ایقاعی و قهری آن، اختیار را از ید مدیون خارج نموده و انتخاب مصداق دین را به مدیون می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ص ۴۵۵)؛ ولی تهاتر تنها میان دو حق دینی روی می‌دهد و نتیجه آن تساقط هر دو حق است؛ در حالی که در قلمرو تقاص، حقوق عینی نیز وارد می‌شود (البته، در قلمرو دینی، برخی فقیهان تقاص و تهاتر قهری را مترادف هم می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۵، ص ۱۱۷۹)).

در تقاص، فقیهان شرط کرده‌اند که مدیون، دین خود را انکار کند. بنابراین، اگر مدیون به حق دائن اقرار کند و درصدد ادای آن باشد («باذل» باشد)، تقاص جایز نیست (آشتیانی، همان: ص ۳۴۳). برخی حقوقدانان نیز اقرار را نوعی تعهد و در حکم اراده مدیون به ایفای تعهد در برابر دین خویش دانسته‌اند و در صورت چنین اقراری، تقاص را فاقد وجاهت قانونی می‌دانند (کاتوزیان، همان: ص ۵۰۲).

در جایی که مخاطب مالک وسیله نقلیه مجری قانون باشد و توقیف وسیله و امر به پرداخت جزای نقدی نیز به حکم قانون باشد، انکار مدیون نسبت به دین (به فرض که جزای نقدی را نوعی از دین بدانیم) تا حد زیادی بی‌معنی می‌شود. با این حال، از این نیز که بگذریم، اراده مالک بر عدم رجوع به وسیله نقلیه به دلیل پرداخت نکردن جزای نقدی، هیچ‌گاه به معنی انکار دین نیست. چنین اراده‌ای - همچنان که قبلاً اشاره شد - صرفاً به خاطر وجود مانع عارضی از قبیل مندرجات ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی است که به دست برداشتن مالک از وسیله خویش می‌انجامد.



## ۵. نظریه هبه

هبه از سوی مالک وسیله نقلیه نیز یکی از نظریه‌هایی است که در توجیه مشروعیت مزایده و وسایل نقلیه توقیف شده قابل توجه است. ماهیت هبه خارج کردن مال است از ملک خود و به ملک دیگری درآوردن آن (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۱۵۹)، و به دو قسم معاوضی و غیرمعاوضی است. فرض معاوضی آن در جایی است که مالک، مالکیت خویش را از وسیله نقلیه برمی‌دارد و به سازمان اعطا می‌کند؛ سازمان نیز بدهی مالک را می‌بخشد. این نظریه پیداست که بعضی از محدودیت‌های تهاتر قهری را هم ندارد؛ زیرا در هبه معاوضی، برابری ارزش مالی متعاملین شرط نیست و نیز لازم نیست دو دین محقق شده باشد.

به نظر می‌رسد چنین فرضی می‌تواند راهکار مناسبی برای ازاله علقه مالکیت مالک با وسیله خویش باشد؛ اما از آنجایی که هبه معاوضی نوعی عقد است، نیاز به ایجاب و قبول دارد. مسئله اینجاست که به فرض، مالک حاضر باشد چنین تراضی‌ای با سازمان نماید؛ این خود سازمان است که به دلیل وجود محدودیت‌هایی همچون کمبود پارکینگ، ذی‌نفع می‌گردد نه مالک. همچنین، مالکان این وسایل عادتاً به خود زحمت مراجعه به سازمان و پیشنهاد چنین هبه معاوضی‌ای را نمی‌دهند. بنابراین، برداشتن چنین موانعی برعهده سازمان است نه مالک.<sup>۲</sup>

## ۶. نظریه وکالت و نمایندگی

از یک زاویه می‌توان این نظریه را نیز مورد توجه قرار داد: در جایی که مالک به وسیله خویش رجوع نمی‌کند، سازمان راهنمایی‌وراندگی از باب وکالت، وسیله را از طریق مزایده، به پول نقد، معامله می‌کند و به نمایندگی از جانب مالک وسیله، جریمه وی را پرداخت می‌نماید. واضح است که چنین وکالت و مزایده‌ای به نحو فضولی صورت پذیرفته و تنها به شرط اجازه مالک، می‌تواند کاشف از صحت مزایده وسیله توقیف شده گردد.

به نظر می‌رسد در صورتی که اجازه و رضایت الحاقی مالک احراز شود، این نظریه نیز

بتواند توجیه مناسبی بر مشروعیت امر مزایده باشد. البته، این روش، در واقع، چاره‌ای را حل نمی‌کند؛ زیرا بحث بر سر همین احراز اجازه است. بدیهی است اگر به هر نحوی، چنین اجازه‌ای کشف گردد، مانعی بر پذیرش نمایندگی و مشروعیت چنین مزایده‌ای وجود نخواهد داشت؛ همچنان که چنین مشکلی در نظریهٔ هبه و سایر عقود اذنی نیز مطرح است.

## ۷. نظریهٔ اهتمام به قاعدهٔ حفظ نظام

در هر جامعه‌ای، به‌منظور تنظیم روابط افراد با یکدیگر و روابط افراد با حکومت و برقراری نظم و عدالت در جامعه، قواعد و مقرراتی وضع شده است. این مقررات اگرچه هدف، قلمرو و روش اجرایی واحدی ندارند، ولی هدف کلی همهٔ مقررات، تنظیم روابط اجتماعی و حفظ نظم در جامعه است. گذشته از این، هر قاعده دارای اهداف دیگری نیز هست که در کنار سایر عوامل، شیوه و ضمانت اجرایی آن قاعده را شکل می‌بخشد.

توقیف و استقرار جزای نقدی بر اموال محکوم‌علیه مبتنی بر این قاعده نیز یکی از همین راهکارهاست که قانونگذار به‌عنوان راه‌حلی بازدارنده به‌منظور ایجاد نظم و ثبات در جامعه مقرر نموده است. برخی جرایم رانندگی میزان خطر و تهدید بسیاری برای نظم جامعه به‌همراه دارند؛ پس ضروری است با آنها به‌گونه‌ای متفاوت با سایر جرایم برخورد قانونی شود. اگر قرار باشد هیچ وسیله‌ای توقیف نشود، مجازات، جنبهٔ بازدارندگی خود را از دست می‌دهد و این خلاف مصلحت اجتماع و برقراری نظم و امنیت در جامعه است. طبق این مبنا، مسترد نمودن وسایل به صاحبان آنها بدون جزای نقدی در این حالت، غرض قانونگذار مبنی بر حفظ و قوام نظام را تأمین نخواهد کرد. از سوی دیگر، در فقه اسلامی موارد متعددی وجود دارد که در آنها فقیهان بر مبنای حفظ نظام، تخریب منازل و املاک مردم توسط دولت به‌منظور عریض‌ترکردن راه‌ها و خیابان‌ها و اهداف دیگری از این قبیل را جایز دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۲۶۳-۲۶۴). این نشانگر اهمیت حفظ نظام و اولویت آن بر سایر ابعاد حقوقی است.

این نظریه اگرچه ممکن است بخشی از مقاصد قانونگذار را تأمین کند، اما نمی‌تواند چندان قانع‌کننده باشد؛ زیرا نمی‌توان از هر راهی به قاعده حفظ نظام تمسک کرد و دست برداشتن از مقاصد شرع مقدس و احکام اولیه را از آن منتج نمود. اصل اساسی آن است که مادامی که مصلحت‌های موردنظر قانونگذار از طریق اجرای احکام اولیه قابل تحقق باشد، نوبت به احکام ثانویه - که در طول احکام اولیه‌اند - نمی‌رسد (مشکینی، ۱۳۸۸ق: ص ۱۲۱). اساس قانونگذاری بر آن است که مصالح بزرگ‌تر شارع مقدس بر مبنای اجرای احکام اولیه تأمین گردد و مانع از «تنزل مصالح» در اجرای احکام کیفری و مدنی در جامعه شود. به همین خاطر، نمی‌توان چنین مسئله‌ای را با استناد به قاعده حفظ نظام توجیه کرد؛ زیرا قانونگذار به نهادهای امنیتی برای ایجاد راهکارهای بازدارنده دیگر (که مبتنی بر رعایت عدالت و اجرای احکام اولیه باشند) اختیار داده است. اینکه اصل صدور جزای نقدی مبتنی بر حفظ نظام است، دلیل بر آن نیست که جزای نقدی به هر شکل ممکن و هر اندازه‌ای نیز مبتنی بر قاعده حفظ نظام باشد. این موضوع تا حد بسیاری بسته به تمهیدات و تخصص متصدیان و مجریان قانون است که در پیشگیری از وقوع جرم یا تنبیه مجرم، تدابیری بیندیشند و مجرم را از ارتکاب جرم بازدارند؛ نه اینکه در احکام تصرف گردد و اصل مذکور به ابزاری برای توجیه قوانین و آیین‌نامه‌های درون‌سازمانی تبدیل شود تا از عوامل موجهه گردد یا مدام بر مبلغ جریمه‌ها افزوده شود. از سوی دیگر، قانونگذار برای مرتکب مسئولیت مطلق درنظر گرفته است. این خود دارای بازدارندگی قابل توجهی است؛ چون افرادی که رفتارهای آنان ممکن است به رفاه عمومی آسیب برساند، باید در فعالیت‌های خود، نهایت دقت را به عمل آورند. اگر قضات به اثبات عنصر روانی برای این‌گونه جرایم ملزم باشند، راه فرار زیادی برای اشخاص حقیقی و حقوقی باز خواهد شد که به وسیله آن از مسئولیت بگریزند. به همین خاطر، مسئولیت مطلق این راه‌ها را مسدود می‌کند و انگیزه‌ای برای اعمال تدابیر پیشگیرانه خواهد بود. در نتیجه، اشتباه‌های منجر به حوادث، به حداقل ممکن خواهد رسید (Verdun-Jones, 1989: 164). به علاوه، مسئولیت مطلق، با ترغیب افراد به رعایت احتیاط لازم، آنان را در مقابل اعمال خطرناک حفظ می‌کند (Murphy & Burges, 2006: 88).

اگرچه باید به ضرورت وجود مسئولیت مطلق به منظور بازدارندگی لازم در قانون اعتراف کرد، اما باید اذعان نمود اقدام به توقیف وسایل نقلیه - که مستند ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب سال ۱۳۸۹ است - برای مالک، نوعی محرومیت و به اصطلاح، ممانعت از تحصیل منفعت از وسیله خویش ایجاد می‌کند. ممکن است این واقعیت درباره تمامی اقشار جامعه با شرایط بسیار متنوع مالی و رفاهی و... صدق نکند؛ ولی در برابر اشخاصی که امرار معاش خود و خانواده‌شان تنها از طریق همین وسیله است، به تفویض منافع قطعی الحصولی می‌انجامد که در نظام مسئولیت مدنی، فقیهان و حقوقدانان آن را نوعی ضرر مالی به حساب آورده‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۶۱۴؛ مدرس، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۵، ص ۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ج ۴، ص ۱۴۳؛ امامی، همان: ج ۱، ص ۲۴۴ و ۴۰۷).

از نگاه ایشان، هرگاه انجام ندادن کاری علت منحصراً نرسیدن منفعت شود، منفعت از نوع قطعی الحصول خواهد بود. به عبارتی، منفعت محقق، برخلاف منفعت غیر محقق، منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمی‌گشت، محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید. از این رو، گفته می‌شود فعل مزبور علت منحصراً نرسیدن منفعت شده است (امامی، همان، ج ۲، ص ۳۰۷). مثلاً اگر حرّ کسوب باشد و هر روز مشغول به کاری شود، مانند بنایی، نجاری و خیاطی، منع از کار وی (به جهت سیره قطعی عقلاً) موجب ضمان می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ص ۳۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۵ق: ج ۱، ص ۲۰؛ مراغی، ۱۴۱۷ق: ج ۱، ص ۳۳۵).

اگر قرار باشد در مورد این دسته اشخاص، هم وسیله نقلیه‌ای که قوام زندگی‌شان بر آن است توقیف شود و هم به استناد ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، رفع توقیف وسیله نقلیه، منوط به پرداخت کلیه جریمه‌ها و تسلیم مفاصاحساب و ارائه اصل رسید خودرو و... باشد و هم متحمل خسارت ناشی از تفویض منافع محقق شوند، اصل استحقاق مجازات و مساوات تحت الشعاع قرار می‌گیرد و به عبارتی، در تضاد با اصل تناسب جرم و مجازات قرار می‌گیرد. روشن است که این نحوه مجازات از سوی قانون، که متوجه مالک وسیله می‌شود، اضافه بر مجازاتی است که بر سایر مالکان وسایل نقلیه

می‌رسد و از آنجا که مسئله در مقام تشریح و قانونگذاری است، تحمیل چنین مجازاتی متضمن ورود ضرر و محل استناد قاعدهٔ لاضرر است. این قاعده هرگونه حکم و تکلیف مضر برای مکلف را در مقام امتنان نفی می‌کند. برای صدق این ادعا، صریح وجدان گواه بر تحقق چنین ضرری است؛ بی‌آنکه نیاز به دلیل دیگری باشد. به همین خاطر، با توجه به این گفته، به نظر می‌رسد در خصوص بازدارندگی‌ای که وافی به مقصود قانونگذار باشد، نفس توقیف وسیله بدون الزام مالک به پرداخت جزای نقدی، بازدارندگی لازم را به منظور اعمال مجازات بر شخص مزبور تأمین نماید. تشدید مجازات بیش از این، موجب اضرار به غیر است که در مقام تشریح نفی شده است؛ زیرا ضرورت مزایدهٔ وسایل نقلیهٔ توقیف‌شده، در اصل از التزام مالکان به پرداخت جریمهٔ نقدی مایه می‌گیرد نه از توقیف.

از سوی دیگر، مسئلهٔ اصلی در اینجا در خصوص جنبهٔ بازدارندگی نهاد مزایده بود. اینکه چنگ انداختن بر ملک غیر، تبدیل به عاملی برای بازداشتن مجرم از اصرار به ارتکاب جرم گردد، امری است که هیچ فقیهی بدان رأی نداده است و اینکه با حالتی قیاس گردد که املاک مردم با استناد به حفظ نظام مورد تصرف قرار گرفته، جداً قیاسی مع الفارق است.

یکی از جهاتی که نقش مهمی در تصمیم‌رهنمایی‌وراندگی به مزایدهٔ اموال توقیف‌شده دارد، وجود محدودیت مکان (پارکینگ) برای نگهداری و توقیف وسایل نقلیه است. همین امر سبب شده که بابت هر فقره وسیلهٔ نقلیه‌ای که توقیف می‌شود، هزینهٔ پارکینگ نیز بر مبلغ جزای نقدی افزوده گردد و همهٔ این مبالغ در قبال آزادسازی وسیله به صورت یکجا از مالک مطالبه شود. ممکن است مبلغ جریمه در آغاز نسبت به ارزش مالی خود وسیله کمتر باشد، ولی با احتساب هزینهٔ پارکینگ، پس از گذشت مدتی این مبلغ افزایش چشمگیری می‌یابد و این امر به‌ویژه برای وسایل نقلیه همچون موتورسیکلت‌ها، که ارزش مالی خود وسیله گاه از مجموع مطالبات سازمان کمتر می‌شود، شرایطی را فراهم می‌کند که مالک عملاً تصمیم می‌گیرد که از رجوع به وسیلهٔ خویش چشم‌پوشی نماید و سازمان نیز اقدام به مزایدهٔ آن می‌کند.

انصاف آن است که این هزینه هیچ‌گونه تطابقی با جهتی از جهات شرعی دارا شدن ندارد؛ زیرا از نظر فقه اسلامی، ضروری است هرگونه درآمدزایی از طریق یکی از اسباب مشروع دارا شدن مال انجام پذیرد که فقه اسلامی آن را تجویز نموده و یا مورد ردع و منع قرار نداده باشد. به عبارتی، شخص باید بر مبنای یکی از اسباب قانونی، از مال یا کار دیگری منتفع شود یا حقی را تملک نماید و بدین ترتیب، این سبب و جهت باعث توجیه اخذ مال دیگری و تصرف در آن شود. بر این اساس، اگر بخواهیم این امر را با توجه به شکل انجام آن، نوعی اجاره بدانیم، بدیهی است اجاره نیاز به صیغه عقد دارد؛ درحالی‌که این عمل اصلاً معامله نیست. اگر هم پرداخت مذکور اجرت بابت هزینه نگهداری باشد، این نیز به رضایت مالک به پرداخت اجرت و مال نیاز دارد؛ درحالی‌که در اینجا هیچ‌گونه توافقی نیست.

#### ۸. نظریه استناد به قاعده اقدام

شاید بتوان بر مبنای قاعده اقدام، مسئولیت و عواقب ناشی از تخلفات رانندگی، همچون پرداخت این‌گونه هزینه‌ها (برای پارکینگ و نگهداری) به‌عهده مالک را توجیه نمود؛ چون قانون، مجازات و تبعات ناشی از جرم را ابلاغ و اعلام نموده و این اقدام خود شخص است که موجب می‌شود عواقب ارتکاب فعل مجرمانه متوجه او گردد. مقصود از قاعده اقدام این است که هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. فقیهان عدم مسئولیت واردکننده زیان را مستند به اقدام وی دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۱۰۳). طبق این قاعده، در جایی که شخص با دست خود، موجبات توقیف، پرداخت جزای نقدی و سایر عواقب مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی را فراهم نماید، باید به آن گردن نهد و تبعات آن را متحمل گردد. یکی از این تبعات، لزوم استقرار وسیله نقلیه در پارکینگ با احتساب هزینه آن است که جدا از توقیف نیست و از لوازم آن محسوب می‌شود.

البته، استناد به قاعده اقدام در جرایم رانندگی در بعضی وجوه، محل نظر و مذاقه است؛ چون قاعده اقدام با توجه به قید نخست - یعنی هرگونه فعل عامدانه و عالمانه - هرگونه اقدام مجرمانه‌ای با قید مذکور را مشمول قاعده می‌داند؛ درحالی‌که در جرایم رانندگی، مرتکبان دارای مسئولیت مطلق هستند. این قاعده هیچ‌گونه قید و شرطی را لحاظ نمی‌کند که دال بر شرطیت عنصر روانی جرم در شمول مجازات باشد. این بدان معناست که مجازات یکسان به‌صرف تحقق عنصر مادی، اشخاصی را نیز شامل می‌شود که هیچ‌گونه اقدام و عنصر معنوی‌ای در ارتکاب خویش نداشته‌اند. با این حال، جدا از این لحاظ، باز اشکال می‌شود که مشکل محدودیت پارکینگ، در اصل، نوعی مشکل سازمانی و دولتی است و چرا مالکان وسایل نقلیه باید تاوان چنین هزینه‌ای را بدهند؟ هزینه مذکور، به‌لحاظ ماهوی، مجازات موضوعه‌ای نیست که قاعده اقدام آن را اثبات نماید تا بر مالک تحمیل گردد؛ بلکه سازمان می‌تواند بخشی از هزینه نگهداری را از محل پرداخت جریمه‌ای تأمین نماید که مالک می‌پردازد؛ بی‌آنکه این جریمه نقشی در افزایش بدهی مالک داشته باشد؛ زیرا چنان‌که گفته شد، هدف از توقیف و جزای نقدی، مجازات و تنبیه خطاکار است نه اخذ مال و سودآوری و تأمین منابع مالی برای دولت و سازمان. پس ارتکاب این جرایم به‌منزله یکی از مصادیق حقوق مالی و نوع دیگری از دین شمرده نمی‌شود و بدین ترتیب واجب نیست که تک‌تک این موارد تأدیه شوند. نه سازمان را می‌توان نهادی مالی و اقتصادی (همچون بانک) دانست که با هدف تأمین بخشی از هزینه‌های خود اقدام به اخذ مال از مالک می‌نماید و نه مالک را مدیون به آن سازمان.

همین گفته را می‌توان در ایده ذهنی بهره‌برداری و استفاده راهنمایی‌وراندگی از وسایل نقلیه به‌جای مزایده و انتقال آنها بررسی کرد. در بحث اعراض اموال توقیف شده چنین تحلیل شد که حتی در صورت اعتقاد به خروج ملک از مالکیت مالک با اعراض، پس از اعراض، مال فقط قابل بهره‌برداری است نه قابل تملک برای غیر؛ و پس از رجوع معرض از اعراض، اباحه تصرف باطل می‌شود و مال به مالکیت مالک باز می‌گردد. پس به‌صرف اعراض، مال از حیطة سلطنت و مالکیت مالک خارج نمی‌شود؛ زیرا مالکیت از احکام وضعی است و همان‌طور که در ورود چیزی به ملکیت و به‌وجود آمدن پدیده

مالکیت، سبب شرعی و قانونی ضروری است، در خروج چیزی از ملکیت و سلب رابطه مالکیت نیز وجود ناقل شرعی و سبب قانونی ضرورت دارد. بر مبنای این تحلیل، می‌توان اذعان نمود: به فرض که اعراض مالک از وسیله و سپس اباحه تصرف صادق باشد؛ اینکه سازمان برای تأدیه جزای نقدی به جای مزایده، از منافع وسیله بهره‌برداری نماید و وسیله همچنان در مالکیت مالک باقی بماند، به رعایت احکام شرعی در خصوص احترام به حقوق اموال و مالکیت دیگران نزدیک‌تر است تا اینکه اقدام به اتلاف آن نماید (چون فقیهان انتقال را نوعی اتلاف مال (اتلاف حکمی) محسوب می‌کنند). اگرچه این فرض نیز باز محل اشکال است، ولی نسبت به ضرری که بر اثر اتلاف مال متوجه مالک می‌گردد، نتیجه بهتری دارد؛ زیرا دست کم از سلب مالکیت مالک جلوگیری می‌شود. از سوی دیگر، به فرض از مقام انتزاع و مالکیت بگذریم؛ در مقام واقعیت، - چنان که پوشیده نیست - انجام امر مذکور به خاطر محدودیتی که خود سازمان دارد، شدنی نیست؛ اما این محدودیت مشکلی است از جانب خود سازمان، و ارتباطی به مالک ندارد تا اقدام مجرمانه وی در نهایت، سبب اتلاف مالش شود. حتی می‌توان گفت مشروعیت چنین اتلافی جداً بعید است.

ممکن است گفته شود اقدام مجرمانه مالک هیچ نقشی در تصمیم به مزایده وسیله ندارد؛ بلکه اقدام وی در عدم رجوع به وسیله سبب مزایده می‌گردد. در پاسخ می‌گوییم این ادعایی بدون دلیل است؛ همان‌طور که دلیلی بر وجوب رجوع او به وسیله وجود ندارد.

## ۹. نظریه استناد به قاعده «ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن»

مقصود از این قاعده چنین است که اگر کسی به دیگری در امری اذن بدهد، مورد اذن به آنچه در عبارت اذن‌دهنده آمده محدود نمی‌گردد، بلکه لوازم ذاتی (عقلی)، لوازم عرفی و نیز لوازم قانونی آن را نیز شامل مفاد اذن می‌کند (امامی، همان: ج ۲، ص ۲۲۱).

آنچه استناد به این نظریه بر توجیه امر مزایده را تأمل برانگیز می‌کند، قسم سوم آن یعنی اذن قانونی است که به موجب آن، به سازمان راهنمایی‌وراندگی این امکان و اجازه را می‌دهد که در صورتی که مالک وسیله نقلیه از پرداخت جزای نقدی و در پی آن،



تحويل گرفتن وسیله نقلیه در پارکینگ خودداری کند، مال توقیف شده را در ازای بدهی جرمه تخلف راننده ضبط نموده و آن را به مزایده گذارد.

نکته مهمی که در ماهیت حقوقی «اذن» وجود دارد آنکه اذن به خودی خود رافع ضمان نیست. نظر به اینکه ماهیت اذن، رخصت در تصرف است، پس اعم است از اینکه همراه با رفع ضمان یا بدون ضمان باشد. به عبارت بهتر، اذن قانونی فقط موجب اباحه تصرف برای مأذون می شود، ولی مسئولیت وی را برطرف نمی کند؛ یعنی نتیجه اذن قانونی، «اباحه با ضمان» است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق: ص ۳۰۳). همچنین، کاملاً روشن است که اذنی که از طرف قانون، امر مزایده را موجه قلمداد نموده، در حقیقت؛ تدبیری است که خود سازمان به منظور محدودیت های درون سازمانی خویش، آنرا اندیشیده که عنوان قانون بر آن بار گشته است و چنین اذنی به اعتقاد فقها مسؤولیت مدنی را برطرف نمی کند. به علاوه؛ مسأله اصلی نیز، تحقیق در حکم وضعی مسأله است وگرنه بحثی در این نیست که اذن قانونی، رافع حرمت تکلیفی مزایده باشد. این حقیقت را با مراجعه به مواد ۱۶۳ و ۱۷۱ قانون مدنی نیز می توان مشاهده نمود که اذن قانونی در آنها منشأ ضمان شده است.

از این نیز که بگذریم، در اینجا هم مسئله در مقام تشریح و قانونگذاری است. به نظر نگارنده، در محل خود ثابت گردید که برای امر مزایده نمی توان هیچ گونه جنبه بازدارندگی ای (وجهی به منظور دفع ضرر عمومی) فرض نمود. پس تحمیل این قانون، نتیجه ای جز سلب مالکیت مالک ندارد و چنین حکمی نیز متضمن ورود ضرر به مالک و محل استناد به قاعده لاضرر (و جنبه سلبی آن) است که هرگونه حکم ضرری را در مقام جعل و امتنان نفی می کند. بنابراین، به نظر می رسد این قاعده نیز از اساس از دو جهت محل خدشه است.

## ۱۰. پرداخت نشدن جزای نقدی

چنان که گفته شد، دلیلی که باعث می شود راهنمایی و رانندگی تصمیم به مزایده اموال توقیف شده بگیرد، عدم رجوع مالک به مال خویش است. عدم رجوع مالکان وسایل نقلیه



ممکن است به دلایل گوناگونی صورت بگیرد. در حقیقت، می‌توان گفت در بخشی از این عوامل، نقش سازمان پررنگ‌تر است و در بخش دیگر، نقش مالک.

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، هرگاه مبلغ جریمه‌ای که راهنمایی‌وراندگی از مالک طلب می‌کند، از ارزش مالی خود وسیلهٔ نقلیهٔ توقیف‌شده بیشتر باشد، مالک به‌ناچار تصمیم می‌گیرد به‌خاطر بالا بودن نرخ جریمه، از رجوع به مال خود چشم‌پوشی نماید. در این حالت، وسیلهٔ نقلیه عملاً در پارکینگ راهنمایی‌وراندگی چندین سال بلا تکلیف رها می‌شود و در پی آن، سازمان با کمبود جا برای مجازات توقیف و وسایل نقلیه روبه‌رو می‌گردد.

بدیهی است هنگامی که مبلغ جریمه از ارزش مالی خود وسیله بیشتر باشد، عقل هر شخصی حکم می‌کند که از مراجعه به ملک خویش خودداری کند؛ زیرا با خود می‌اندیشد (جدا از صرف کردن زمان و... برای گذر از مراحل اداری و مقدمات رفع توقیف وسیله) چنین اقدامی زیانش از سودش بیشتر است یا دست‌کم اینکه می‌تواند به‌جای آزاد کردن وسیلهٔ خویش، با همان مبلغ، وسیلهٔ نقلیه بهتری بخرد.

بنابراین، روشن می‌شود که بالاتر شدن یا برابری نرخ جریمه در این شرایط و حالات مذکور، مفهوم توقیف را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. اگرچه سازمان از تحویل وسیله به مالک با مراجعه وی پس از اتمام دورهٔ توقیف و پرداخت جزای نقدی خودداری نمی‌کند، ولی این امر در ظاهر، توقیف است؛ اما در حقیقت، راهی برای مسدود نمودن رجوع مالک به وسیلهٔ نقلیهٔ خویش می‌شود و در نهایت، به مزایدهٔ آن می‌انجامد؛ زیرا این اقدام سازمان عملاً حکم توقیف (موقتی که از خصوصیت‌های آن است) را تا حد زیادی بی‌اثر می‌کند. به‌همین خاطر، میزان جزای نقدی، که ضمیمهٔ توقیف می‌گردد، نباید هیچ‌گاه به ارزش مالی وسیلهٔ نقلیه برسد؛ زیرا حکم «توقیف» را عملاً بی‌معنا کرده و مانع از رجوع مالک به مال خویش می‌گردد و سایر محدودیت‌ها و آثار حقوقی‌ای را نیز در پی خود به‌همراه می‌آورد که به آن پرداخته شد.

دلیل دیگر نیز در جایی است که مالک توانایی پرداخت جریمه را ندارد و به عبارت

بهتر، در پرداخت جزای نقدی و آزاد کردن وسیله خویش دچار اعسار شده است. اعسار به دو شکل مطلق (ناتوانی در پرداخت جزای نقدی به طور مطلق) و نسبی (ناتوانی در پرداخت یکجای جزای نقدی و توانایی پرداخت به شکل قسطی) تصویرپذیر است (گلدوزیان، ۱۳۸۰: ج ۲، ص ۹۶).

ماده ۴۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری می گوید:

«عملیات اجرای رأی با دستور قاضی اجرای احکام کیفری شروع می شود و به هیچ وجه متوقف نمی شود، مگر در مواردی که قانون مقرر نماید.»

بنابر این ماده، نمی توان اجرای حکم جزایی را متوقف نمود، مگر به موجب قانون؛ یعنی حکم قانون پس از طی مراحل قانونی باید اجرا شود. با توجه به این ماده، با صدور حکم اعسار مطلق از پرداخت جزای نقدی، اجرای حکم باید متوقف گردد. در غیر این صورت، بی شک الزام به پرداخت جزای نقدی، امری خلاف نص یادشده و فلسفه مجازات هاست.

مشکل عدم رجوع مالک به وسیله تقلیه خویش با راهکار تقسیط به شرط اثبات اعسار حل نمی گردد؛ چنان که تاکنون حل نشده است، زیرا اثبات اعسار افزون بر اطلاع دادرسی، امری مشکل و همراه با مذاقه است. از سویی، ممکن است شخص معسر نباشد، ولی چنان که گفته شد، رجوع را براساس محاسبه ای که می کند، مقرون به صرفه نداند و به همین خاطر از آن خودداری کند. هرگاه راهکار تقسیط منوط به اثبات اعسار باشد، چنین محدودیتی را به وجود می آورد.

## ۱۱. راهکار نگارنده

با بررسی ویژگی هایی که حاکم بر نظریاتی است که در جهت مشروعیت بخشی به امر مزایده مورد بررسی قرار گرفت، در مجموع می توان گفت در خصوص این نظریات، از آنجایی که هرگونه اقدام ایقاعی و یک جانبه از سوی سازمان راهنمایی و رانندگی در راستای مزایده، به سلب مالکیت خصوصی و نقض احترام مال مسلم می انجامد، و هرگونه عقد و



ترازی ای نیز در واقعیت، با محدودیت‌های دوطرفه یعنی «رضایت دادن» از سوی مالک (به دلیل نبود قابلیت ضمانت اجرا برای ماده ۱۱) و «جلب رضایت مالک» از سوی سازمان (به دلیل دسترسی نداشتن به مالکان و دشواری انجام معامله) همراه است، بنابراین، در نهایت، می‌توان راهکار دیگری خارج از بحث اعسار، با کیفیتی که گذشت، ارائه داد: در مورد افرادی که در شرایط عادی حاضر به مراجعه به مال توقیف شده خویش نیستند، خود سازمان می‌تواند بدون نیاز به حکم دادگاه، با تمهیداتی، امر تقسیط را بسته به وسعت مالی اشخاص و بدون نیاز به اثبات اعسار در دستور کار قرار دهد و از این طریق ایشان را ملزم به پرداخت جزای نقدی نماید که در این صورت، از نتیجه بهره‌برداری مالک از وسیله خویش که سازمان قادر بر آن نبود، هم جزای نقدی می‌تواند پرداخت شود و هم حقوق مالکیت مردم تضييع نشود. در این حالت، به جنبه بازدارندگی مجازات توقیف نیز هیچ‌گونه لطمه‌ای وارد نمی‌گردد.

### نتیجه

عدم رجوع به وسیله نقلیه نه دلیل اعراض است و نه ترک. جواز مزایده نیز نمی‌تواند مبتنی بر نظریه اباحه تسلیط یا عدم مسئولیت مدنی بر اثر اقدام مالک به رها نمودن وسیله یا نظریه تهاتر یا تقاص یا رهنی بودن وسیله باشد؛ زیرا جزای نقدی دین نیست تا موضوعی برای عناوین حقوقی مذکور شود و اذنی که از طرف قانون، امر مزایده را موجه قلمداد نموده، در حقیقت، تدبیری است که خود سازمان به منظور محدودیت‌های درون سازمانی خویش، آن را اندیشیده است. بر این اذن، عنوان قانون بار شده است ولی به اعتقاد فقیهان، چنین اذنی مسئولیت مدنی را برطرف نمی‌کند.

اگرچه رضایت الحاقی، در قالب هر عقد اذنی ای می‌تواند برای حل مسئله کارگشا باشد؛ ولی چنین راهکارهایی در واقعیت محدودیت‌های بسیاری دارد. چنان‌که در جای خود دانسته شد، نظریات ایقاعی مطرح شده نیز برای مشروعیت بخشی به امر مزایده وسایل نقلیه توقیف شده و جاهت لازم را ندارند. افزون بر این، از نظر پژوهشگران این مقاله، حکم قانونی ماده ۶ مبنی بر توقیف وسایل نقلیه، به ضمیمه الزامات موضوع ماده

۱۱، برای عده‌ای از شهروندانی که امرار معاش خود و خانواده‌شان تنها از طریق همان وسیله نقلیه است، به تقویت منافع قطعی الحصول می‌انجامد که در نظام مسئولیت مدنی، فقیهان و حقوقدانان این منافع را نوعی ضرر مالی به حساب آورده‌اند. این امر یقیناً به تعارض با اصل مساوات و نیز اصل تناسب جرم و مجازات‌ها می‌انجامد و نیز با قاعده امتنانی لاضرر و اصل انصاف و عدالت منافات دارد. از سوی دیگر، هدف از توقیف و جزای نقدی، مجازات و تنبیه خطاکار است نه اخذ مال و سودآوری و تأمین بخشی از منابع مالی برای دولت؛ بنابراین، ارتکاب این جرایم به منزله یکی از مصادیق حقوق مالی و نوع دیگری از دین شمرده نمی‌شود و بدین ترتیب واجب نیست تک‌تک این موارد تأدیه شوند. نه سازمان را می‌توان نهادی مالی و اقتصادی (همچون بانک) دانست که با هدف تأمین بخشی از هزینه‌های خود اقدام به اخذ مال از مالک می‌نماید و نه مالک را مدیون به آن سازمان.

به عقیده نگارنده، با دقت در هدف پیش‌گفته قانونگذار، در خصوص پاره‌ای از هزینه‌های موضوع ماده ۱۱، که نقش تعیین‌کننده‌ای در عدم رجوع مالک به وسیله خویش دارد، می‌توان گفت: بخشی از هزینه‌های مذکور از جمله اجرت پارکینگ، از آنجایی که به لحاظ ماهوی، مجازات موضوعه‌ای تلقی نمی‌شوند که قاعده اقدام آن را اثبات نماید و به صورت جداگانه بر مالک تحمیل گردد، از این رو، راهکاری عملی می‌توان ارائه داد: سازمان می‌تواند بخشی از هزینه نگهداری را از محل پرداخت جریمه‌ای تأمین نماید که مالک می‌پردازد؛ بی‌آنکه این جریمه نقشی در افزایش بدهی مالک داشته باشد. این رویه هیچ منافاتی با هدف قانونگذار مبنی بر تنبیه و دقت‌عمل بر جنبه بازدارندگی مجازات نیز نخواهد داشت. همچنین، در مورد افرادی که در شرایط عادی حاضر به مراجعه به مال توقیف‌شده خویش نیستند، خود سازمان می‌تواند بدون نیاز به حکم دادگاه، با تمهیداتی، امر تقسیط را بسته به وسعت مالی اشخاص و بدون نیاز به اثبات اعسار در دستور کار قرار دهد. در این صورت، از نتیجه بهره‌برداری‌ای که مالک از وسیله خویش می‌کند، هم جزای نقدی می‌تواند پرداخت شود و هم حقوق مالکیت مردم تضییع نشود و در این حالت، به جنبه بازدارندگی مجازات توقیف نیز هیچ‌گونه لطمه‌ای وارد نمی‌گردد.





### پی‌نوشت:

۱. طسق به معنای مکیال معروف و یا شبه‌خراجی است که مقدار آن معلوم و ثابت است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۲۲۵). طسق در اصطلاح، مقدار مالیات بر اراضی مزروع (طریحی، ۱۳۷۵: ج ۵، ص ۲۰۶) بوده که به هر جریب از این اراضی تعلق می‌گرفته است. این مبلغ اصولاً مقدار معین و ثابتی بوده که باید به شاه، حکومت یا عمال حکومت پرداخت می‌شده است. روستاییان، به هر عنوانی و در هر شرایطی ملزم به پرداخت این مالیات بوده‌اند (دیانت، ۱۳۶۳: ص ۶۸۱). به مرور زمان، معنای طسق وسعت پیدا کرد و در قرن هفتم مفهوم بهره‌مالکانه را نیز شامل می‌شد. اما دولت خلفا در عهد خلیفه مهدی (حکومت: ۷۷۵ تا ۷۸۵ق) بر اثر شورش روستاییان، این شیوه را ترک کردند (پیگولوسکایا، ۱۳۵۳: ص ۱۸۷).
۲. در فرضی که ما هبه غیرمعاوضی را نوعی ایقاع بدانیم نیز امتناع مالک از رجوع به وسیله خویش (که امری سلبی است)، نمی‌تواند نشانه از بین رفتن علقه مالکیت مالک از مایملک خویش و خارج کردن از ملک و هبه آن بر سازمان (که امری ایجابی است) باشد. به علاوه، ممکن است مردم به برخی اموال و وسایل خویش صرفاً با دیده نوعی «مال» ننگرند؛ بلکه اعتبارات مختلفی بر آن وسیله بار کنند. مثلاً ممکن است مال موردنظر، یادگاری از شخصی دیگر باشد و به اعتبار همین عامل، آن مال نزد مالک بسیار ارزشمندتر از ارزش مالی خود آن تلقی گردد.

## کتابنامه

### منابع فارسی و عربی

\* قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶ق)، حاشیه المکاسب (لأخوند)، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۴۲۵ق)، کتاب القضاء (لأشتیانی؛ ط - الحدیثة)، قم، انتشارات زهیر (کنگرة علامه آشتیانی رحمته)، چاپ نخست.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار صادر، چاپ سوم.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۵. افتاده، غلامحسین؛ شهری، غلامرضا؛ اسداللهی، حسن، مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه در مسایل مدنی، تهران، شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور، چاپ نخست.
۶. امامی، سید حسن (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی (امامی)، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۷. انصاری، ولی الله (۱۳۸۷)، حقوق قراردادهای اداری، تهران، حقوقدان، چاپ چهارم.
۸. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶ق)، جمان السلك فی الإعراض عن الملك، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۹. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية (للبنجوردی، السید حسن)، قم، الهادی، چاپ نخست.
۱۰. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقيه، تهران، منشورات مكتبة الصادق، چاپ چهارم.
۱۱. بروجردی، آقا حسین طباطبائی (۱۴۲۹ق)، منابع فقه شیعه، ترجمه مهدی حسینیان قمی و محمد حسین صبوری، تهران، فرهنگ سبز، چاپ نخست.
۱۲. بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، چاپ نخست.



۱۳. بهجت گیلانی، محمد تقی (۱۴۲۶ق)، جامع المسائل (بهجت)، قم، نشر دفتر معظم له، چاپ دوم.
۱۴. پیگولوسکایا، ایلیا (۱۳۵۳)، تاریخ ایران؛ از دوران باستان تا پایان سده هجدهم میلادی، تهران، پیام، چاپ نخست.
۱۵. ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۴ق)، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم.
۱۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ سوم.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱)، آرای شورای عالی ثبت و شرح آن‌ها، تهران، گنج دانش.
۱۹. حکیم، سید محمدسعید طباطبائی (۱۴۱۵ق)، منهاج الصالحین (للسید محمد سعید)، بیروت، دار الصفوة، چاپ نخست.
۲۰. خمینی (امام)، سید روح‌الله موسوی (۱۴۲۲ق)، استفتاءات (امام خمینی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۵ق)، تحریر الوسیلة، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره، چاپ نخست.
۲۳. دیانت، ابوالحسن (۱۳۶۳)، «طسقی یا تسک»، آینده، ش ۱۰-۱۱، ۳۸۰-۳۸۳.
۲۴. رضائی راد، عبدالحسین (۱۳۹۲)، «تأملی در کاربرد قاعده فقهی إعراض»، فقه و اصول، ش ۹۲، ص ۳۱-۵۲.
۲۵. رفیعی، احمد (۱۳۸۷)، «اثر فوت محکوم علیه بر مجازات مقرر در حکم»، مجله قضاوت، ش ۵۴، ص ۴۶-۴۷.
۲۶. روحانی، سید صادق حسینی (۱۳۸۲)، المسائل المستحدثة (لروحانی)، قم، مؤسسة دار الکتاب، چاپ دوم.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین (لروحانی)، قم، دارالعلم، چاپ نخست.



٢٨. زراعت، عباس (١٣٧٧)، شرح قانون مجازات اسلامی، نشر ققنوس، فیض، چاپ نخست.
٢٩. سیستانی، سید علی حسینی (١٤١٧ق)، منهج الصالحین (للسیستانی)، قم، مکتبه آیه الله سیدعلی سیستانی، قم، مطبعه ستاره، الطبعة الاولى.
٣٠. شهید اول (محمد بن مکی عاملی) (١٣٩٩ق)، القواعد و الفوائد، به کوشش عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، چاپ نخست.
٣١. \_\_\_\_\_ (١٤١٧ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
٣٢. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (١٤١٣ق)، مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
٣٣. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (١٤٠٤ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
٣٤. طاهری، حبیب الله (١٤١٨ق)، حقوق مدنی (طاهری)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
٣٥. طباطبائی حکیم، سید محسن (١٤١٠ق)، منهج الصالحین (المحشى للحکیم)، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ نخست.
٣٦. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (١٤١٤ق)، تکملة العروة الوثقی، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
٣٧. \_\_\_\_\_ (١٤١٥ق)، سؤال و جواب (للسید الیزدی)، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، چاپ نخست.
٣٨. طباطبائی، سید علی بن محمد (١٤٠٢ق)، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، قم، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المقدسة.
٣٩. طریحی، فخرالدین (١٣٧٥)، مجمع البحرین، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم.
٤٠. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٧ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
٤١. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (١٤١٤ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام)، چاپ نخست.

۴۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۰ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۴۳. علوی، سید ابوزر و محمدرضا طاهری فرد (۱۳۸۹)، مزایده، تهران، نگاه بین، چاپ نخست.
۴۴. فانی، منوچهر (۱۳۹۴)، ماهیت مزایده و تشریفات مربوط به آن در فقه و قانون اجرای احکام مدنی، تهران، جنگل و جاودانه، چاپ اول.
۴۵. قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲ق)، قاموس قرآن، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ ششم.
۴۶. قزوینی، ملا علی قارپوزآبادی (۱۴۱۴ق)، صیغ العقود و الإیقات (محمشی)، قم، شکوری، چاپ نخست.
۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، دادگستر، چاپ دوم.
۴۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، دادگستر، چاپ نخست.
۴۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲) قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
۵۰. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی (۱۴۰۹ق)، مجمع المسائل (للگلپایگانی)، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم.
۵۱. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۰)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ پنجم.
۵۲. مامقانی، محمدحسن بن الملا عبداللّه (۱۳۱۶ق)، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ نخست.
۵۳. محقق ثانی (علی بن حسین کرکی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۵۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه (محقق داماد)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
۵۵. مدرس، سید حسن بن اسماعیل طباطبائی (۱۴۰۸ق)، الرسائل الفقهية (للشهيد المدرس)، تهران، ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت سید حسن مدرس، چاپ نخست.
۵۶. مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۵۷. مشکینی، علی (۱۳۸۸ق)، اصطلاحات الأصول، قم، حکم، چاپ نخست.
۵۸. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز کتاب لترجمة و النشر، چاپ نخست.

۵۹. مظفر، محمود بن محمد حسن (۱۳۹۲ق)، إحياء الأراضى الموات، قاهره، المطبعة العالمية، چاپ نخست.

۶۰. معاون آموزش پلیس راهور تهران بزرگ (مصاحبه) (۱۳۹۱)، «مزایده اموال رها شده در پارکینگ‌ها کاملاً قانونی است»، خبرگزاری شبستان، منتشر شده در تاریخ ۱۳۹۱/۳/۶، شناسه خبر: ۱۳۵۲۴۲، تاریخ بازبینی: ۱۳۹۷/۵/۱۶، قابل بازبینی در پیوند زیر:

<<http://www.shabestan.ir/detail/News/135242>>

۶۱. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، انصاریان، چاپ دوم.

۶۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، انوار الاصول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم.

۶۳. منصور، جهانگیر (۱۳۸۶)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ اصلاحات و تغییرات و متمم قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸، تهران، نشر داوران.

۶۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول.

## منابع انگلیسی

65. Encyclopedia International New York Glorier (1971).
66. Verdun-Jones, Simon Nicholas, (1989) *Criminal Law in Canada*, Harcourt Brace Jovanovich Canada Inc, Toronto.
67. Murphy, cameron and liam Burges, (2006) *Submission of the New South Wales Council for Civil Liberties to the NSW Legislation Review Committee Inquiry into strict and absolute liability*, [www.nswccl.org.au](http://www.nswccl.org.au), august.





## نگاه انتقادی به تعریف دامیه در فقه و قانون مجازات اسلام با رویکرد هم‌گرایانه با اصل کیفیت قانون

اعظم مهدوی پور\*  
محمدجعفر صادق پور\*\*  
حامد رهدار پور\*\*\*

### چکیده

دامیه دومین گونه از جراحات سر و صورت (شجاج) به‌شمار می‌رود. فقیهان تعریف‌های گوناگونی از این جراحات ارائه نموده‌اند که همه آنها را در سه تعریف کلی می‌توان خلاصه نمود. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران، با انعکاس تعریف مشهور فقیهان در بند «ب» ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی، دامیه را جراحی دانسته است که «اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان کم یا زیاد خون باشد». بررسی انتقادی نظریات گوناگون فقهی درباره تعریف این جراحی و نیز تأمل در مفاد ماده بالا، موجب تردید در تعریف قانونی دامیه می‌شود. این تردیدها آنگاه ملموس‌تر و مضبوط‌تر می‌شوند که در نقد و بررسی آرای فقهی و حقوقی، اصل کیفیت قانون به‌مثابه تأسیسی نوین جهت تدقیق در ماهیت، اصالت و شکل وضع قانون مورد توجه قرار گیرد. از همین رو، در این نوشتار ضمن بررسی نظریات گوناگون فقیهان درباره تعریف دامیه، تلاش می‌شود با نظر به اصل کیفیت قانون، ضمن تقید به روش اجتهادی در نقد گزاره‌های فقهی، تعریفی از دامیه ارائه گردد که همه شاخصه‌های قانون کیفی را دارا باشد.

**کلیدواژگان:** دامیه، فقیهان، اصل کیفیت قانون، شفافیت، پیش‌بینی‌پذیری.

amahdavipoor@yahoo.com

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزای دانشگاه خوارزمی تهران و پژوهشگر مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی

jafar.samen.1367@gmail.com

rahdarpour@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۰۲

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۵/۲۱

دانش فقه در پیشینه تاریخی خود، در عین حال که بیانگر تکالیف شخصی مکلفان بوده، به مثابه منشوری حقوقی نیز مورد توجه قرار می‌گرفته است. در روزگاری که قانون جزای مدونی وجود نداشت، در مواردی که تصمیم بر اجرای عدالت بود، داد ستاندن از بزهکاران مطابق گزاره‌های فقهی صورت می‌گرفت. بدیهی است که با وجود چنین شرایطی، نگاه‌های فقهی سرشار از احکام حقوقی و جزایی باشند.

در گذشته، جراحات سر و صورت، که در اصطلاح فقهی «شجاج» خوانده می‌شوند (مشکینی، بی‌تا: ص ۳۱۰)، از پربسامدترین جنایاتی بودند که در بستر جامعه رخ می‌دادند. به همین مناسبت، احکام و گونه‌های آنها در نصوص شرعی و به تبع آن، در دانش فقه مورد توجه قرار گرفته‌اند. امروزه نیز در بسیاری از موارد ارجاع شده به پزشکی قانونی، از جراحات سر و صورت سخن به میان می‌آید. پزشکان قانونی همواره باید چنین جنایاتی را از یکدیگر بازشناخته و در تعیین گونه‌های آنها ابراز نظر کنند. با عنایت به اینکه کیفر گونه‌هایی از شجاج، قصاص است (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۱۰۵-۱۱۰) و نیز از آن رو که به این جراحات، میزان دیه مختلف و گاه سنگین تعلق می‌گیرد، آشکار است که بازشناسی آنها از یکدیگر با استفاده از تعریف دقیق شان اهمیت و ضرورت فراوانی دارد. از همین رو، فقیهان مسلمان کوشیده‌اند انواع مختلف شجاج را برشمارند و هریک را به صورت دقیق تعریف و توصیف کنند.

قانونگذار نیز در قانون مجازات اسلامی پیشین و کنونی بر آن شده از میان تعاریف مختلف فقهی، دقیق‌ترین آنها را برگزیند و در قانون منعکس سازد. هرچند قانونگذار در این مسیر زحماتی متحمل شده است، اما متأسفانه باید گفت در تعریف شجاج و در تعریف دامیه به طور خاص، صرفاً از رویکردی ترجمه‌محور بهره برده و با گزینش یکی از تعریف‌های فقهی، تنها به برگرداندن آن به فارسی بسنده نموده و از برخی اصول اساسی در امر قانون‌نگاری روی گردان شده است. این در حالی است که امروزه نگارش قانون، دانشی تخصصی و دارای اصول و ضوابط ظریف و دقیقی است که بی‌تردید آن را از ترجمه

متون، متمایز می‌کند. یکی از اصول بسیار مهم قانون‌نگاری در عصر حاضر، «اصل کیفیت قانون» (The quality of law) است. این اصل بر ایند لزوم وجود شاخصه‌هایی است که قانونگذار باید در امر تقنین به آنها رجوع کند و منطبق بر آنها انجام وظیفه نماید.

بی‌شک، پرداختن به تعریف‌های همه‌گونه‌های شجاج از این زاویه، نیازمند پژوهش‌های متعددی است. از همین‌رو، در این نوشتار با تمرکز بر تعریف دامیه به‌عنوان دومین گونه از نه مورد شجاج تصریح‌شده در قانون، این تعریف تحلیل و تبیین فقهی می‌شود و میزان انطباق آن با اصل کیفیت قانون بررسی خواهد شد. در پایان، تعریفی از آن ارائه خواهد گردید که دارای تمامی مؤلفه‌های قانون‌نگاری مطلوب باشد.

ناگفته پیداست که بستر کاربرد اصل کیفیت قانون اصالتاً متن قانون است. باوجود این، چون در بند «ب» ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی، ترجمه‌ی یکی از تعریف‌های فقهی برای توصیف دامیه به‌کار رفته است، در این نوشتار اصل کیفیت قانون در تحلیل آرای فقهی نیز به‌کار گرفته می‌شود. این اصل ضابطه‌ای عقلایی است و در نظریه‌پردازی فقهی نیز می‌تواند کارکرد داشته باشد. بنابراین، به‌عنوان سنجه دقت‌ورزی در ارائه تعاریف و در نقد دیدگاه‌های متفاوت فقیهان مورد عنایت قرار می‌گیرد. البته، در همین راستا، توجه به دو نکته ضروری می‌نماید: نخست اینکه، به اقتضای موضوع این پژوهش و با نظر به اینکه چپستی دامیه در حوزه موضوعات احکام می‌گنجد، طبیعتاً نباید انتظار داشت نحوه بررسی آن، همسان با شیوه متداول اجتهاد فقهی باشد؛ بلکه بدیهی است که در این زمینه با رویکردی مقارنه‌ای و با استفاده از داده‌های علوم گوناگون، تعریفی دقیق و کارا از دامیه ارائه خواهد شد.

مطلب دیگر اینکه، چون در این پژوهش، ماهیت، مختصات و مؤلفه‌های جراحات دامیه مورد تدقیق قرار می‌گیرند، از ورود به مباحث مصداقی و موردی خودداری می‌شود و تنها شاکله کلی ماهیت دامیه به‌تصویر کشیده می‌شود. روشن است که بازشناسی مصداقی و موارد این جراحات با رجوع به مختصات کلی آن دشوار نخواهد بود.

بنابر آنچه بیان شد، در ادامه، پس از تبیین چپستی دامیه و اصل کیفیت قانون، نظریات فقهی در زمینه تعریف دامیه و اکاوی می‌گردد و آنگاه با اتکا بر اصل کیفیت قانون، موضع فقیهان و قانونگذار در این باره نقد می‌شود.

## ۱. مفاهیم

مفاهیم اصلی این پژوهش عبارت‌اند از دو اصطلاح «دامیه» و «اصل کیفیت قانون» که در اینجا به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۱-۱. دامیه

در فقه امامیه به زخم‌هایی که در سر و صورت ایجاد می‌شوند، «شجاج» می‌گویند. فقیهان، وفق نصوص شرعی، بر هریک از شجاج، به تناسب عمق‌شان، نامی خاص اطلاق می‌کنند و بر همین مبنا، دیه‌ای متفاوت به هریک اختصاص می‌دهند. در نتیجه، عموماً شجاج بر نه گونه «حارِصه»، «دامیه»، «مُتَلَاِحِمَه»، «سَمْحاق»، «مَوْضِحَه»، «هائِشمه»، «مُنْقَلَه»، «مأمومه» و «دایمه» تقسیم می‌شوند (گرجی، ۱۳۹۰: ص ۲۱۳).

دامیه دومین گونه از انواع شجاج به‌شمار می‌رود که مشتق از واژه «دم» است. «دم» در زبان عربی به‌معنای خون است. این واژه در اصل «دمی» بوده که یاء آخر آن حذف شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۱۸). «دمی الجرح» که از همین ریشه است بر معنای خون‌ریزی جراحات دلالت دارد (طریحی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۱۴۷). دامیه نیز اسم فاعل است از «دمی یدمی»، و به‌معنی جراحی است که موجب خون‌ریزی گردد (واسطی زبیدی و حسینی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۹، ص ۴۱۵). دامیه در اصطلاح فقهی نیز همین معنا را دارد. شهید ثانی در مسالک‌الافهام در تعریف دامیه می‌نویسد:

«الدامیه هی التی تدمی موضعها من الشقّ و الخدش»: دامیه جراحی است که به‌واسطه شکافتن و خراشیدن، از موضع آن خون بیاید (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۴۵۳).



البته، فقیهان در زمینه چستی دامیه، تعریف‌های متفاوت دیگری را نیز بیان کرده‌اند که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود. گفتنی است کیفر ایراد جراحات دامیه قصاص است (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۱۰۵) و در صورت عدم جریان قصاص، دو شتر یا دوصدم دیه کامل (محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۵۸).

## ۲-۱. اصل کیفیت قانون

اصل کیفیت قانون یکی از اصول نوظهور قانون‌نگاری در دنیاست. این اصل نخستین بار با عنوان «اصل کیفیت یا کیفی بودن قانون»<sup>۱</sup> مبنای صدور برخی از آرای دیوان اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۸۴م گردید (Malone v. United Kingdom, 1984, Para 67). در این اصل، ضرورت وجود سه مؤلفه مختلف در قانون مدنظر است که موجب اِتصاف آن به کیفی بودن می‌گردد. این سه مؤلفه عبارت‌اند از: شفافیت قانون، قابلیت پیش‌بینی قانون و قابلیت دسترسی به قانون (C.R. v. United Kingdom, 1995, Para 33). هرگاه قانون در بردارنده این سه مؤلفه نباشد، حتی اگر یکی از آنها را نداشته باشد، کیفیت قانون احراز نشده است (The Sunday Times v. United Kingdom, 1979, Para 49). به عبارت دیگر، هرگاه قانون شفاف، پیش‌بینی‌پذیر و قابل دسترس باشد، می‌توان آن را کیفی دانست (C.R. v. United Kingdom, 1995, Para 33)؛ در غیر این صورت، فاقد کیفیت قانون تشخیص داده می‌شود. نکته مهم این است که از نظر دیوان اروپایی حقوق بشر، مقررۀ فاقد کیفیت، اساساً قانونی تلقی نمی‌شود که بتواند مبنای مداخله در حقوق شهروندان قرار گیرد. از این رو، اعمال محدودیت بر اساس آن، برای دولت‌ها مسئولیت‌آور خواهد بود (K-H. W. v. Germany, 2001). برای درک بهتر مفهوم سه مؤلفه اساسی اصل کیفیت قانون، شایسته است اندکی درباره آن‌ها تأمل شود:

اصل پیش‌بینی‌پذیر بودن قانون<sup>۲</sup> به این معناست که قانون و به‌ویژه قوانین کیفری باید به شکلی وضع گردند که آثار و نتایج ناشی از آنها برای تابعان پیش‌بینی‌پذیر باشد (Cantoni v. France, Para 29; Jorgic v. Germany, Para 113) و هر فرد باید بداند رفتار وی چه آثار قانونی‌ای در پی خواهد داشت.

برای بیان تفاوت مفهومی اصل پیش‌بینی‌پذیری و اصل قابلیت دسترسی، بررسی جداگانه آنها لازم است. بر این اساس است که دیوان همواره این دو شرط را به صورت جداگانه بررسی کرده است (for example see: *Kruslin v. France*, 1990; *Huvig v. France*, 1990; *di Stefano v. Italy*, 2012; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 2005; *Maestri v. Italy*, 1996; *Lambert v. France*, 2004). آنچه با عنوان قابلیت در دسترس بودن قوانین<sup>۳</sup> بررسی می‌گردد، بر اساس دو مؤلفه در نظر گرفته می‌شود: نخست اینکه، از نظر شکلی، قانون تصویب شده انتشار یابد و از راه‌های گوناگونی مثل افزایش شمارگان و نیز تجدید چاپ، کتاب قانون در دسترس مردم قرار بگیرد (Voermans, 2011, 38). مورد دوم اینکه، از نظر ماهوی، قانون قابل فهم و درک باشد. این مؤلفه، افزون بر اینکه استفاده از عبارات ساده و زبان مرسوم را ضروری می‌نماید، قانونگذار را وادار می‌کند که از به‌کارگیری ساختارهای پیچیده و نیز ابهام‌گویی بپرهیزد (Lawn, 2004, 13). همچنین، متورم و متعدد نشدن قوانین نیز از لوازم اساسی پابندی به اصل قابلیت دسترسی به قانون است. چه اینکه معمولاً کمیت وضع قوانین با سهولت دسترسی به آنها ارتباط معکوس دارد (Tomasic, 1980, 9).

شفافیت سومین مؤلفه اصل کیفیت قانون است. شفافیت،<sup>۴</sup> ویژگی یا کیفیتی است که سبب روشن شدن معنا می‌شود (Oxford Advanced Learner's Dictionary, 2010: 266). تحقق شفافیت مستلزم وجود سه ویژگی مهم است: نخست اینکه، کلام یا متن باید به دور از پیچیده‌گویی باشد؛ یعنی کلام یا گفتار دشوار نباشد و فهم آن را سخت نکند. بنابراین، در واقع، کسی که بتواند در عین حال که عمیق سخن می‌گوید، روشن هم سخن بگوید، نخستین مؤلفه شفافیت را دارد. دومین ویژگی شفافیت این است که سخن بدون ابهام باشد. سخن مبهم سخنی است که در آن الفاظی مثل کم، زیاد، شدید و ضعیف به کار می‌رود. این الفاظ سیال‌اند و اساساً حدود و ثغور مفهومی‌شان مشخص نیست. ویژگی دیگر شفافیت، نزدیک به ویژگی دوم آن است: سخن نباید دارای ابهام باشد. ابهام به این معنا است که سخنی دو معنا یا چند معنا داشته باشد و شخص یکی از آن دو یا چند معنا را

اراده کرده باشد. در این صورت ممکن است شنونده یا خواننده متن، معنای دیگری را استنباط کند. در اینجا باید توجه کرد که ابهام با ابهام متفاوت است. ابهام یعنی شخص سخنی بگوید که معانی مختلفی از آن قابل استنباط باشد؛ درحالی که ابهام آن است که معنای قابل استنباط از سخن بیش از یکی نیست؛ فقط حدود آن نامشخص است و درواقع، همان معنای یگانه ابهام دارد. این در حالی است که گاهی سخن مبهم نیست، بلکه موهم است؛ یعنی ابهام دارد (ملکیان، ۱۳۸۱: ش ۳۰، ص ۱۸).

از آنچه درباره اصل کیفیت قانون بیان شد، روشن می شود که این اصل نقطه تمرکز و کانون توجه خود را از بررسی چگونگی تطبیق رفتار شهروندان با قانون مصوب، به خود ماهیت، اصالت، شکل و فرایند وضع قانون معطوف می کند. از این منظر، بیش و پیش از آنکه در رفتار شهروندان تحقیق گردد، باید در چگونگی و صحت انجام وظیفه قانونگذار در وضع قانون مناسب و باکیفیت تدقیق شود. بر این اساس، با تعیین و گوشزد نمودن رعایت مجموعه ای از اصول اساسی که لازمه و جزء اجتناب ناپذیر احترام به حقوق شهروندی و تضمین کننده حقوق بشر است، باید از وضع قوانین ضعیف و ناکارآمد جلوگیری شود.

## ۲. تعریف دامیه در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی

فقیهان امامیه تعریف هایی از دامیه ارائه نموده اند و قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز با گزینش از میان آنها، موضع خویش را معین کرده است. این تعریف ها عموماً به سه تعریف عمده برمی گردند که در ادامه به آنها می پردازیم.

### ۲-۱. تعریف نخست

نخستین و پرطرفدارترین تعریفی که از دامیه ارائه شده، این جراحت را دارای دو عنصر اساسی دانسته است: «شکافته شدن پوست» و «پارگی گوشت» یا همان بافت های عضلانی زیر پوست به مقدار اندک. بر این پایه، دامیه جراحی است که پوست را می شکافد و به مقدار اندکی در گوشت فرو می رود. فقیهان این تعریف را به سه شکل عمده

در نوشته‌های خویش منعکس نموده‌اند: گاه بر هر دو عنصر معنایی مذکور، تصریح کرده و گاه تنها عنصر دوم را ذکر نموده و به علت روشن بودن تحقق عنصر نخست در ضمن دامیه، از آن یاد نکرده‌اند. افزون بر این دو رویه، ایشان در قبال تقیید میزان ژرفا یافتن جراحی در گوشت، رویکردهای متفاوتی در ضمن ذکر قیودی چون «یسیراً» و «قلیلاً» برگزیده‌اند:

«هی الّتی تقطع الجلد و تأخذ فی اللحم یسیراً»: دامیه جراحی است که پوست را می‌شکافد و به مقدار اندکی در گوشت فرو می‌رود؛ (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۰، ص ۵۰۴؛ طباطبائی، ۱۴۰۹ق: ج ۳، ص ۵۰۴؛ صدر، ۱۴۲۰ق: ج ۹، ص ۲۵۰)

«الدامیة و هی الآخذة (تأخذ) فی اللحم یسیراً»: دامیه جراحی فرورفته در گوشت به مقدار اندک است؛ (محقق حلی، ۱۴۱۸ق الف: ج ۴، ص ۲۵۸؛ همو، ۱۴۱۸ق ب: ج ۲، ص ۳۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۴۴؛ همو، ۱۴۱۱ق: ص ۲۰۴؛ همو، ۱۴۲۱ق: ص ۳۶۹؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۶۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۸۴؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۶۶۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ق: ج ۳، ص ۹۴؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۲۷؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ص ۲۶۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۲۶، ص ۳۲۹؛ فیاض کابلی، ۱۴۲۶ق: ص ۷۴۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ج ۳، ص ۵۸۳)

«الدامیة هی الّتی تشق اللحم بعد الجلد»: دامیه جراحی است که بعد از پوست، گوشت را می‌شکافد. (ابن ادیس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۰۶؛ ابن سعید حلی، ۱۳۹۴ق: ص ۱۵۲)

چنان‌که از تعریف‌های بالا برمی‌آید، آنچه نقطه ثقل ماهیت دامیه محسوب شده، «شکافتن اندک گوشت» است. این جراحی طبیعتاً پس از شکافته شدن پوست رخ می‌دهد. اما اینکه آیا خون‌ریزی در ایراد چنین جراحی رخ می‌دهد یا نه، و اینکه اگر خون‌ریزی اتفاق می‌افتد، به چه نحو است، در این تعریف‌ها مورد توجه قرار نگرفته است؛

زیرا مطابق چنین رویکردی، آنچه مقوم ماهیت دامیه است، شکافتن اندک گوشت است: خواه خون‌ریزی رخ دهد و خواه رخ ندهد. آیت‌الله بهجت این مهم را این‌گونه بیان کرده است:

«دامیه... عبارت [است] از دخول جرح در گوشت به قدری که داخل در مرتبه لاحقہ [یعنی متلاحمه] نشود: خواه جریان و سیلان هم داشته باشد یا نه؛ نقطه‌ای از خون خارج بشود یا نه.» (بهجت، ۱۴۲۶ق: ج ۵، ص ۵۵۵)

## ۲-۲. تعریف دوم

برخلاف تعریف نخست، که در آن بیشتر بر عنصر شکافتن گوشت تأکید شده بود، بسیاری از فقیهان تعریف دومی را پذیرفته‌اند: مقوم اصلی ماهیت دامیه «خون‌ریزی» است که یا به صورت «جریان و سیلان خون» اتفاق می‌افتد یا به نحو «خروج خون». البته، بسیاری در کنار این قید از «شکافته شدن اندک گوشت» نیز یاد کرده‌اند؛ اما آنچه فصل‌میز این تعریف با تعریف نخست و همین‌طور تعریف حارصه به‌شمار می‌آید، پافشاری بر تحقق خون‌ریزی است. بیان کامل و تام صاحب‌جواهر در تأیید این سخن کافی به‌نظر می‌رسد:

«المنساق المناسب لترتيبها على الحارصة أنها التي تخرج الدم مطلقاً وإن كان الغالب حصول السيلان و لو في الجملة مع خروجه»: آنچه با عنایت به درجه‌بندی جراحات به‌دست می‌آید این است که با توجه به ترتب دامیه بر حارصه، دامیه جراحی است که در پی آن خون خارج می‌شود مطلقاً [خواه خون اندک باشد و خواه فراوان]؛ هرچند در بیشتر موارد، با خروج خون، فی‌الجمله جریان و سیلان تحقق می‌یابد. (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ص ۳۲۳)

با نظر داشت آنچه در بالا ذکر شد، فقیهان دیدگاه خویش را به دو صورت کلی بیان کرده‌اند:

الف. برخی صرفاً بر عنصر «خون‌ریزی» تأکید کرده و از «شکافته شدن اندک گوشت» یاد نکرده‌اند. گویی در نظر این دسته از اندیشمندان، دامیه اساساً مساوق با خون‌ریزی است و شکافته شدن یا نشدن گوشت یا کم‌وزیاد بودن این شکافتگی، در معنای اصلی دامیه لحاظ نمی‌شود:

«الدامیة و هی التی یسیل منها الدّم»: دامیه جراحی است که از آن خون جاری می‌گردد. (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۳۲۹؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق: ص ۲۴۷؛ اسکافی، ۱۴۱۶ق: ص ۳۶۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۲۵ق: ج ۲، ص ۱۲۸۱؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق: ص ۲۰۲)

ب. عده‌ای از فقیهان، افزون بر توجه دادن به اینکه در دامیه «شکافته شدن اندک گوشت» رخ می‌دهد، بر تحقق «خون‌ریزی» در ضمن ایراد این جراحی نیز تأکید کرده‌اند. وفق ظاهر کلام این بزرگان، دامیه جراحی است دو عنصری که با کنارهم قرار گرفتن «شکافتگی اندک گوشت» و «خون‌ریزی» قوام می‌یابد. سخنان این گروه از فقیهان درباره نحوه خون‌ریزی رخ داده در دامیه به گونه‌ای است که می‌توان آنان را به سه دسته مختلف تقسیم کرد: الف. آنان که در کنار شکافتن اندک گوشت، سخن از «خروج خون» به میان آورده‌اند: خواه این خون اندک باشد و خواه بسیار؛ ب. کسانی که از مطلق «خون‌ریزی» یاد کرده‌اند؛ ج. گروهی که «جریان خون» را به‌عنوان قید تعریف مختار خود برگزیده‌اند:

«الدامیة هی التی تدخل فی اللحم یسیراً و یخرج معه الدم، قلیلاً کان أم کثیراً»: دامیه جراحی است که اندکی وارد گوشت می‌شود و همراه آن خون خارج می‌گردد؛ چه اندک باشد و چه بسیار؛ (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۲۹۰؛ همچنین با عباراتی گاه متفاوت، ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۶۸۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۷۱۲؛ فقعی، ۱۴۱۸ق: ص ۳۲۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۶، ص ۲۶۴؛ امام خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۹۴)

«الدامية هي التي تأخذ في اللحم يسيراً فتدمي»: دامیه جراحی است که اندکی در گوشت فرو می‌رود و از آن خون می‌آید؛ (مشکینی، ۱۴۱۸ق: ص ۵۳۹)

«الدامية هي جريان الدم إضافة لتمزق الجلد أي أن ينفذ في اللحم قليلاً»: دامیه جریان خون مضاف بر شکافته شدن پوست است؛ یعنی اینکه جرح اندکی در گوشت نفوذ کند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۴۳۹)

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز متأثر از تعریف دوم فقیهان، در قانون مجازات پیشین و کنونی دو تعریف از دامیه ارائه کرده است که البته با یکدیگر تفاوت زیادی ندارند. در بند دوم ماده ۴۸۰ قانون مجازات پیشین، دامیه این‌گونه تعریف شده بود:

«دامیه: خراشی که از پوست بگذرد و مقدار اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان خون باشد؛ کم یا زیاد.»

تعریف بالا در ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی جدید بدین شکل تغییر یافته است:

«دامیه: جراحی که اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان کم یا زیاد خون باشد.»

## ۲-۳. تعریف سوم

سومین نظریه درباره ماهیت دامیه با دو نظریه پیشین تفاوتی اساسی و جوهری دارد: در ضمن آن، «شکافته شدن اندک گوشت» که در همه تعریف‌های بالا لحاظ شده بود، به‌عنوان عنصر اساسی دامیه معرفی نشده است؛ بلکه به گونه‌ای سامان یافته که نشان می‌دهد مطابق با نظر معتقدان به آن، بستر تحقق دامیه صرفاً حوزه «الجلد: پوست» است و به ناحیه «اللحم» مربوط نمی‌شود. تا جایی که بررسی شد، از میان فقیهان امامیه، شیخ مفید و شاگرد شایسته‌اش، سید مرتضی، بر این باور بوده‌اند:

«الدامية و هي التي تصل إلى اللحم و يسيل منها الدم»: دامیه جراحی



است که تا گوشت می‌رسد و از آن خون جاری می‌گردد. (شیخ مفید،

۱۴۱۳ق: ص ۷۶۵؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۳۹۱؛ همو، ۱۴۱۷ق: ص ۵۴۸)

همسو با سخن این دو فقیه نامدار، دامیه از دو عنصر متفاوت تشکیل می‌شود: نخست «شکافتن پوست تا سرحد گوشت: تصل إلى اللحم» و عنصر دیگر، «جاری شدن خون». شاید بتوان تعریف شهید ثانی در مسالک الأفهام را نیز در همین گستره فهمید:

«الدامیة هی الّتی تدمی موضعها من الشقّ و الخدش»: دامیه جراحی

است که در پی شکافتن و خراش، از موضع آن خون می‌آید. (شهید ثانی،

۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۴۵۳)

زیرا شهید در عبارت بالا اساساً نامی از «اللحم» به‌عنوان بستر تحقق دامیه نیاورده است. او این عبارت را دقیقاً پس از تعریف حارصه آورده که در آن صراحتاً از شق و خدش «پوست» سخن رانده است. به همین قرینه، ممکن است گفته شود در اینجا نیز مراد از «من الشقّ و الخدش»، شکافتن و خراشیدن پوست است، نه گوشت. بر این پایه، شاید این عبارت مبهم بر آنچه از شیخ مفید ذکر شد، تطبیق‌پذیر باشد.

### ۳. تعریف دامیه در سنجۀ استدلال فقهی و اصل کیفیت قانون

نگارندگان معتقدند جهت تأمل ژرف در تعریف دامیه، ضروری است علاوه بر کاویدن سخنان فقیهان، اصل کیفیت قانون نیز به‌عنوان اصلی روشمند و عقلایی در نظر گرفته شود؛ زیرا نخست: با وجود اختصاص این اصل به حوزه قانون و قانون‌نگاری، نمی‌توان کارایی آن را در دانش فقه انکار کرد؛ چون سه شاخصه‌ای که مقوم اصل کیفیت قانون هستند، در حیطة نظریه‌پردازی فقهی نیز قابل رجوع‌اند و می‌توانند مانع بسیاری از مشکلات عملی برای مکلفان گردند؛ دوم: با توجه به ابتدای نظام حقوقی کشور بر آموزه‌های فقهی، روشن است که چون آرای فقهی مبنای تقنین قرار می‌گیرند و در بسیاری موارد، ترجمۀ آنها در قالب قانون منعکس می‌گردد، اصل کیفیت قانون و رجوع به شاخصه‌های آن بسیار ضرورت دارد. این چگونگی درباره ماده ۷۰۹ قانون مجازات



اسلامی و به‌ویژه تعریف دامیه، به‌شکل تام، صادق است. بر این پایه، در ادامه با تکمیل اندیشه‌ورزی‌های فقهی با رجوع به شاخصه‌های اصل کیفیت قانون، می‌کوشیم به تعریفی استوار از دامیه دست یابیم که دارای سه شاخصه شفافیت، قابلیت دسترسی و پیش‌بینی‌پذیری باشد. در همین راستا، مطالب قابل طرح، در سه محور اصلی ارائه می‌شوند. این سه محور، در حقیقت، برابند تأمل در عناصر تشکیل‌دهنده دامیه هستند. ما با تدبیر و تفکر در آرای مختلف، این عناصر را به‌رسمیت شناخته و بر این باور شده‌ایم که اصولاً دامیه با موجودیت این عناصر تحقق می‌یابد. سه عنصری که در ادامه مورد توجه قرار می‌گیرند، عبارت‌اند از: «شکافتن پوست»، «خون‌ریزی» و «نشکافتن بافت عضلانی (گوشت)». شکافتن پوست، وجه مشترک میان حارصه و دامیه است، و خون‌ریزی، وجه تمایز این دو جراحت با هم. همچنین، خون‌ریزی وجه مشترک دامیه و متلاحمه است و نشکافتن بافت عضلانی وجه تمایز این دو با هم محسوب می‌شود. بر این پایه، سه عنصر مذکور، در حقیقت، مرز تشخیص دامیه از جراحات دیگر - به‌ویژه حارصه، به‌عنوان جراحت پیش از آن و متلاحمه به‌عنوان جراحت پس از آن - هستند.

### ۳-۱. شکافتن پوست

بی‌شک، عنصر شکافتن پوست در تحقق جراحت دامیه دخیل است. این مهم هم از ترتب دامیه بر حارصه و اینکه جراحت پس از حارصه است، دریافت می‌شود و هم با تأمل در سخنان فقیهان. توضیح بیشتر اینکه، نخست: وقتی درجه‌بندی جراحات براساس عمق آنهاست و دامیه پس از حارصه قرار می‌گیرد، بدهتاً عمق دامیه از حارصه بیشتر خواهد بود. از همین جا می‌توان دریافت که شکافتگی پوست در آن، امری مفروغ‌عنه محسوب می‌شود؛ زیرا عموم فقیهان در تعریف حارصه بر چنین عنصری تأکید کرده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۷۶۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۵۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۴۴؛ همو، ۱۴۱۱ق: ص ۲۰۴؛ همو، ۱۴۲۰ق: ج ۵، ص ۶۱۴؛ مجلسی اول، ۱۴۰۰ق: ص ۲۱۵؛ مجلسی دوم، بی‌تا: ص ۱۴۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۶، ص ۵۱۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۱، ص ۴۲۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق: ص ۹۵۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۸۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۰، ص ۲۶۷؛ همو،



۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۴۵۳). دوم: چنان‌که در ضمن گزارش تعریف‌های فقیهان از دامیه روشن شد، بسیاری از آنان صراحتاً در تعریف این جراحت، از شکافتن پوست و حتی گوشت یاد کرده‌اند. آن دسته هم که از این مهم سخنی به میان نیاورده‌اند، بدین علت بوده که پارگی پوست را در ضمن تحقق دامیه ثابت‌شده فرض کرده و درصدد بیان چگونگی و میزان شدت خون‌ریزی در این جراحت برآمده‌اند. بنابراین، شکافتن پوست یکی از عناصر اجماعی ماهیت دامیه است که در اصل آن تردیدی نیست. آری، میزان این شکافتگی قابل بررسی است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

### ۲-۳. خون‌ریزی

دومین قیدی که در کلام دسته‌های دوم و سوم فقیهان امامیه مورد توجه قرار گرفته، تحقق «خون‌ریزی» در پی ایراد جراحت دامیه است. به بیان دیگر، به‌جز دسته نخست فقیهان امامیه که تعریف خود را با تمرکز بر «شکافتن گوشت» سامان داده بودند و از تحقق یافتن یا نیافتن خون‌ریزی یاد نکرده بودند، فقیهان شیعه، با وجود اختلاف در چگونگی و شدت خون‌ریزی، همگی معتقدند: در ضمن جراحت دامیه، موضع جرح دچار خون‌ریزی می‌شود. به‌نظر می‌رسد این سخن از جهات مختلف قابل دفاع است زیرا نخست: اشتقاق لغوی دامیه که تداعی‌گر ارتباط این اصطلاح با خون‌ریزی است، مبین لزوم گنجاندن چنین قیدی در تعریف آن است؛ دوم: بی‌شک، ذکر نشدن قید خون‌ریزی در کلام دسته نخست فقیهان امامیه به‌معنای انکار آن نیست، بلکه به‌معنای مفروغ‌عنه دانستن آن است. برای توضیح بیشتر باید گفت: از یک‌سو، این دسته از فقیهان ثقل اصلی تمرکز خویش را بر عنصر شکافتن گوشت یا همان بافت‌های عضلانی قرار داده‌اند؛ از سوی دیگر، علی‌القاعده، زخمی که به پارگی گوشت می‌انجامد، حتماً موجب خون‌ریزی، هرچند در حد اندک می‌شود. در نتیجه، ایشان اساساً تحقق خون‌ریزی را در ضمن دامیه ثابت‌شده فرض نموده‌اند. به عبارت کوتاه‌تر، با توجه به تأکید این فقیهان بر شکافته شدن گوشت، آنان در حقیقت، خون‌ریزی را به‌صورت مضمَر مفروض گرفته‌اند. مؤید این ادعا، رویه فقیهانی همچون علامه حلی یا صاحب ریاض است. ذکر نکردن

عنصر خون‌ریزی در برخی نگاشته‌های این فقیهان<sup>۵</sup> موجب شده ما آنان را در زمره فقیهان دسته نخست امامیه نام ببریم ولی ایشان در نگاشته‌های تفصیلی‌تر خویش، صراحتاً بر وجود چنین عنصری در شاکله ماهوی دامیه تأکید کرده‌اند.<sup>۶</sup>

باری، در شرطیت عنصر خون‌ریزی جهت قوام ماهیت دامیه تردیدی نیست. با وجود این، پرسشی در اینجا به ذهن می‌رسد و با رجوع به اختلاف آرای فقیهان در پاسخویی به آن، تحقیق در موردش ضروری می‌نماید: آیا هرگونه خون‌ریزی، با هر چگونگی و شدتی که باشد، مقوم ماهیت دامیه محسوب می‌شود یا در این باره باید قائل به تفصیل شد؟ به نظر می‌رسد پیش از پرداختن به این مهم باید اندکی درباره گونه‌های تحقق خون‌ریزی تأمل کرد. در این راستا، باید دانست خون‌ریزی به سه شکل «ظهور»، «خروج» و «جریان» رخ می‌دهد. در صورتی که خون و سرخی آن در موضع جراحت نمایان شود، ولی فقط در همان محل هویدا گردد و از محل جرح خارج نشود - آنچنان که در برخی خراشیدگی‌ها می‌توان این پدیده را دید - واژه «ظهور» به کار می‌رود. اگر مثلاً خون به شکل یک قطره از موضع جرح بیرون آید و میزان آن به قدری نباشد که روان شود، از کلمه «خروج خون» استفاده می‌شود. اگر هم میزان خون به قدری باشد که از موضع جرح خارج شود و به اطراف جراحت سرایت کند یا بر سطح پوست روان گردد، از عبارت «جریان خون» استفاده می‌شود.

### ۱-۲-۳. ظهور و خروج خون

عنصر خون‌ریزی در قوام ماهیت دامیه ضروری تلقی شد. بنابراین، از آن رو که ظهور و خروج خون ابتدایی‌ترین حالات خون‌ریزی به شمار می‌روند، بدیهی است که رخداد این دو حالت در ضمن تحقق دامیه حتمی و انکارناپذیر است. با وجود این، سخن در این است که آیا می‌توان تعریف دامیه را مقید به این دو فرد از افراد خون‌ریزی نمود یا نه؟ ثمره چنین تقییدی این است که در صورتی که جراحتی همسان دامیه رخ دهد، اما در پی آن خون «جریان» یابد، طبیعتاً این گونه جراحت دامیه نخواهد بود؛ چون ما تعریف دامیه را مقید به «ظهور و خروج خون» دانسته‌ایم. علی‌القاعده، این گونه جراحت را باید در ضمن جراحت



پس از دامیه یعنی متلاحمه در نظر گرفت. برخی از فقیهان امامیه بر تقیید تعریف دامیه به قید خروج خون یا تعابیر همگن تصریح کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۲۹۰؛ همچنین با عباراتی گاه متفاوت، ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۶۸۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۷۱۲؛ فقعی، ۱۴۱۸ق: ص ۳۲۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۶، ص ۲۶۴؛ امام خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۵۹۴). حقیقتاً هیچ دلیلی نمی‌تواند این ادعا را به اثبات برساند که تعریف دامیه مقید به ظهور و خروج خون است؛ زیرا نه اشتقاق لغوی دامیه و نه پشتوانه فتوایی و پیشینه فقهی تعریف این شجه، هیچ‌یک گواه صدق این مدعا نیستند. از این گذشته، با تأمل در عبارات این دسته از فقیهان امامیه می‌توان دریافت که اصطلاح «خروج خون» در بیانات آنها اساساً مفهومی در مقابل جریان خون نیست. مؤید این نظر، فراز پایانی تعریف دامیه در کلام برخی از ایشان است که خروج خون را، خواه کم باشد و خواه زیاد، مقوم ماهیت دامیه محسوب کرده‌اند:

«الدامیه هی التي تدخل فی اللحم یسیراً و یخرج معه الدم، قلیلاً کان أم  
کثیراً.» (سبزواری، همان؛ با اندکی تفاوت: امام خمینی، همان).

ناگفته پیداست که خروج خون زیاد، همواره به جریان و سیلان آن می‌انجامد.

به هر روی، منحصر کردن مفهوم خون‌ریزی به فرد ظهور و خروج خون و به عبارت دیگر، فروکاستن چگونگی خون‌ریزی تحقق‌یافته در دامیه به این مرتبه، به هیچ‌وجه پذیرفتنی نیست.

### ۳-۲-۲. جریان خون

برخی از فقیهان، دامیه را جراحی دانسته‌اند که در پی آن خون «جاری» شود. تقیید تعریف دامیه به جریان خون بدین معناست: اگر جراحی همسان دامیه رخ دهد که خونی از موضع آن جریان و سیلان نیابد - هرچند در ضمن آن خون ظاهر یا خارج شده باشد - دامیه محسوب نمی‌شود و علی‌الاصول باید به جراحی پیش از آن یعنی حارصه ملحق گردد. این در حالی است که:

نخست: برای چنین تقییدی نمی‌توان هیچ دلیل محکم و قابل دفاعی ارائه نمود و اساساً تضییق گستره معنایی خون‌ریزی و منحصر کردن آن در فرد جریان خون، بدون استدلال جلوه می‌کند.

دوم: در فرض پذیرش این نتیجه، باید جراحات متضمن ظهور و خروج خون را حارصه محسوب کرد ولی چنین تقیید و تعریفی با قید معتبر «من دون إدماء: بدون خون‌ریزی» که در تعریف صائب حارصه از سوی برخی فقیهان (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ص ۳۲۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۲۸۹؛ امام خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۹۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۵۰) مورد توجه قرار گرفته، ناسازگار است.

سوم: امروزه در علم پزشکی ثابت شده که پوست دارای سه لایه اپیدرم (epidermis)، درم (dermis) و هیپودرم (hypodermis) است و مویرگ‌های خونی در دو لایه اخیر وجود دارند (دریک و همکاران، ۱۳۹۱: ج ۱، ص ۳۸؛ کوهن، ۱۳۹۵: ص ۱۸۴). با اثبات وجود عنصر خون‌ریزی در ساختار ماهوی دامیه، از آنجا که حارصه به لایه رویین پوست اختصاص دارد که فاقد مویرگ خونی است و با قید «عدم خون‌ریزی» هم در تعریف آن سازگار است، می‌توان دریافت که دامیه لزوماً در دو لایه زیرین پوست یعنی درم و هیپودرم تحقق می‌یابد. در چنین فرضی، چون این دو لایه دارای مویرگ‌های خونی‌اند، امکان خون‌ریزی به هر شکلی وجود دارد و نمی‌توان آن را در یک شکل و گونه منحصر دانست. به عبارت دیگر، وجود مویرگ‌های خونی در دو لایه پوستی درم و هیپودرم، که بستر تحقق دامیه هستند، موجب می‌شود در پی ایراد این جراحی، خون‌ریزی اتفاق افتد؛ اما اینکه این خون‌ریزی به چه شکل است، به میزان جراحی و آسیب وارده بستگی دارد و به شکل ظهور و خروج یا جریان خون، قابل تحقق است. از این‌رو، اساساً یک گونه از این اشکال خون‌ریزی را نمی‌توان به‌عنوان شاخص منحصر خون‌ریزی بازشناخت و از دیگر اشکال چشم‌پوشی کرد.

چهارم: قید خون‌ریزی نکردن جزء عناصر تشکیل‌دهنده حارصه است و در عین حال، این جراحی همانند دامیه در بستر پوست رخ می‌دهد. بنابراین، تنها مرزی که



می‌تواند میان حارصه و دامیه حائل ایجاد کند، قید خون‌ریزی است. به بیان دیگر، در دامیه برخلاف حارصه خون‌ریزی رخ می‌دهد. از سوی دیگر، تفاوت بنیادین دامیه و متلاحمه، در نفوذ پیدا کردن یا نکردن جرح در بافت ماهیچه‌ای و یا بنابر قول مشهور، میزان نفوذ در آن است. پس روشن است که هیچ لزومی ندارد با تفصیل میان اشکال و گونه‌های خون‌ریزی میان دامیه و متلاحمه فرق نهاد. از طرف دیگر، همان‌گونه که قید سلبی خون‌ریزی نکردن در حارصه، هرگونه خون‌ریزی را از آیینۀ وجود این جراحی نفی می‌کند، قید خون‌ریزی در دامیه نیز امکان تحقق هر شکلی از خون‌ریزی را در ضمن دامیه روا جلوه می‌دهد. بنابراین، خون‌ریزی در هیچ شکل و قالبی از اشکال سه‌گانه محدود و منحصر نمی‌شود.

افزون بر آنچه بیان شد، چنین نتیجه‌ای با مؤدای اصل کیفیت قانون نیز همگرا است؛ زیرا در صورتی که تعریف دامیه، به جریان خون مقید شود - همان‌گونه که قانونگذار نیز چنین رویه‌ای پیش گرفته است - اگر جراحی هم‌سان دامیه رخ دهد، اما تنها به خروج خون منجر شود و جریان و سیلانی اتفاق نیفتد، با عنایت به قید «من دون إدماء» در تعریف صائب حارصه، وضعیت چنین جراحی روشن نخواهد بود. همین مشکل در خصوص جراحی نیز وجود دارد که در پی آن خون جاری می‌شود اما وارد گوشت نمی‌شود. روشن است که وفق شاخصه پیش‌بینی‌پذیری در اصل کیفیت قانون، گزاره‌های فقهی و حقوقی بیانگر این امر دارای نقص و ایرادند؛ چون واردکننده چنین جراحی نمی‌داند رفتار وی چه آثار قانونی‌ای در پی خواهد داشت. رعایت نشدن شاخصه پیش‌بینی‌پذیری در بند دوم ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی، که به تبع ظاهر سخنان فقیهان نگارش یافته، موجب شده پزشکان قانونی که مخاطبان اولیه تشخیص جراحات از یکدیگرند نیز با مشکل روبه‌رو شوند. پرسش‌هایی که برخی از پزشکان قانونی پس از رویارویی با مصادیق عینی و خارجی مطرح می‌کنند، مؤید وجود این مشکلات است. پرسش زیر نمونه‌ای از این موارد است:

«از منظر ماده ۷۰۹ ق.م.ا خراش پوست بدون آنکه خون جاری شود، حارصه و جراحی که اندکی وارد گوشت شود، همراه با جریان کم و زیاد

خون باشد، دامیه محسوب می‌گردد. در این میان ما با جراحاتی مواجه هستیم که نه مصداق حارصه است و نه دامیه؛ بدین صورت که جراحت وارده سبب جاری شدن خون می‌شود اما وارد گوشت نمی‌شود. در این موقع تکلیف چیست؟<sup>۷</sup>

البته، از آنجا که قانونگذار ضمن مخالفت با رأی صائب فقیهان، تعریف حارصه را به «عدم جریان خون» و تعریف دامیه را به «جریان خون» مقید کرده، چه بسا بتوان پاسخ پرسش بالا و حتی راه حل مشکل موجود در دو فرض پیش گفته را با تمرکز بر این دو عنصر به دست آورد؛ با وجود این، مهم این است که نحوه نگارش قانون در این زمینه، به علت رعایت نشدن اصول قانون‌نگاری، مشکل‌زا بوده است.

به هر روی و بنابر همه آنچه بیان شد، دامیه جراحی است که پوست را می‌شکافد و در پی آن خون‌ریزی اتفاق می‌افتد. این خون‌ریزی ممکن است به شکل ظهور و خروج یا جریان خون رخ بنمایاند. گفتنی است قید خون‌ریزی چون به نوعی بیانگر تحقق ظهور، خروج یا جریان خون پس از ایراد جراحت است، مواردی را از تحت شمول دامیه خارج می‌کند که در آنها خون بدون ایراد جراحت از بدن خارج گردد. برای نمونه، بی‌شک، اگر شخصی به وسیله آمپول از بدن شخص دیگری خون خارج کند، این «خون‌گیری» مصداق دامیه نخواهد بود؛ زیرا هم با «شجه» بودن دامیه ناسازگار است و هم با لزوم تحقق قید «خون‌ریزی» در آن.

### ۳-۳. نشکافتن بافت عضلانی (اللحم)

افزون بر شکافتن پوست و تحقق خون‌ریزی، سومین قیدی که برای تحقق دامیه، ضروری به نظر می‌رسد، قید سلبی «نشکافتن بافت عضلانی (گوشت: اللحم)» است. برای روشن شدن جایگاه این قید در ساختار ماهوی دامیه، باید توجه داشت که شیخ مفید، برخلاف عموم فقیهان امامیه، دامیه را جراحی دانسته که «به گوشت می‌رسد» و خون از آن جاری می‌شود؛ ولی متلاحمه یا به تعبیر او، باضعه، جراحی است که «گوشت را بشکافد» و عمقی بیش از دامیه داشته باشد:

«الدامیة و هی التي تصل إلى اللحم و یسئل منها الدم. الباضعة و هی التي تبضع اللحم و تزيد فی الجنایة علی الدامیة»: دامیه جراحی است که تا سرحد گوشت می‌رسد و خون از آن جاری می‌شود. باضعه جراحی است که گوشت را می‌شکافد و از حیث عمق، جنایتی بیش از دامیه است. (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۷۶۵)

سید مرتضی نیز نظریه استاد خویش را در الإلتصار با استناد به اجماع امامیه پذیرفته است (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۵۴۸). بر این پایه و وفق این دیدگاه، تفاوت دامیه و متلاحمه در این است که در دامیه، جراحی گوشت را نمی‌شکافد ولی به سرحد آن می‌رسد: «تصل إلى اللحم»؛ ولی در متلاحمه، گوشت شکافته می‌شود: «تبضع اللحم». بنابراین شیخ مفید و سید مرتضی، به صراحت، پارگی گوشت را در تحقق دامیه شرط ندانسته‌اند. حتی چه بسا از تأکید این دو فقیه نامدار بر تعیین حد نهایت دامیه «تا سرحد گوشت: تصل إلى اللحم» بتوان چنین برداشت کرد که آنان قائل به تقیید تعریف دامیه به قید «نشکافتن گوشت» هستند. این در حالی است که از سخنان بیشتر فقیهان امامیه دیدگاهی دقیقاً در تضاد با این نظریه برداشت می‌شود، زیرا آن‌چنان که گذشت، بسیاری از آنان «شکافتن اندک گوشت» را برای تحقق دامیه ضروری قلمداد کرده‌اند. نگارندگان معتقدند نظریه شیخ مفید و سید مرتضی، با وجود انزوای نسبی آن، نسبت به نظریه مشهور، استواری بیشتری دارد؛ چه اینکه:

نخست: اگر قید «شکافتن گوشت» به عنوان عنصر قوام‌بخش دامیه پذیرفته شود، چاره‌ای نیست که با تقیید کیفی آن به تعابیری همچون «یسیراً» یا «قلیلاً»، میان دامیه و متلاحمه تفاوت نهاده شود؛ زیرا متلاحمه نیز بدون هیچ تردید و اختلافی با شکافتن گوشت همراه است. دقیقاً به همین علت است که همه فقیهانی که شکافتن گوشت را عنصری از عناصر تشکیل دهنده جراحات دامیه دانسته‌اند، ناگزیر به آوردن قیود کیفی مذکور شده‌اند. اما با این اوصاف بر هر اهل دقتی واضح و مبرهن است که قیودی همچون «یسیراً» و «قلیلاً»، تعابیری مبهم و مجمل هستند که بی‌تردید، سیال و نسبی بودن آنها، در مقام تشخیص و تمییز جراحات، ایجاد مشکل خواهد کرد و تعریف دامیه را



بدون شفافیت جلوه می‌دهند. از این‌رو، حقیقتاً نمی‌توان پذیرفت این تفاوتِ کیفی سیالِ مبهم بتواند مرز میان متلاحمه و دامیه را مشخصاً متمایز سازد. چنین انگاره‌ای حاصلِ باور به لزوم شفافیت قانون است که در اصل کیفیت قانون نیز به شدت بر آن تأکید می‌شود.

دوم: از یک‌سو، از تأمل در اشتقاق و مفهوم دامیه به دست می‌آید که جوهره اصلی ماهیت این جراحی و در واقع، ستون فقرات معنایی آن تحقق خون‌ریزی است. این رکنِ رکین هم در سخنان فقیهان بازتاب داشته و هم از اشتقاق لغوی دامیه برمی‌آید. از سویی دیگر، ما می‌دانیم که خون‌ریزی با توجه به وجود مویرگ‌های خونی در دو لایه درم و هیپودرم، صرفاً با شکافتن این دو لایه پوستی تحقق می‌یابد. همچنین، می‌دانیم متلاحمه لزوماً با شکافتن بافت ماهیچه‌ای (گوشت) محقق می‌گردد. با کنار هم گذاشتن این چند گزاره، روشن می‌شود که هرچند تحقق خون‌ریزی با ایجاد جراحی در ناحیه پوست نمی‌تواند نافی شرطیت «شکافتن گوشت» در ماهیت دامیه گردد، اما دست کم ضرورت آن را با مشکل روبه‌رو می‌کند. افزون بر این، از آنجا که وفق دیدگاه فقیهان، لزوم شکافتن گوشت در تعریف متلاحمه مسلم فرض می‌گردد، تدبیر و تفکر منطقی چنین حکم می‌کند: برای تعریف دامیه باید به شاخصه‌ای بسنده شود که برآمده از شکافتن لایه‌های زیرین پوست و تحقق خون‌ریزی است تا با تعمیم بستر تحقق این جراحی به ناحیه گوشت، موجبات آمیختگی مرز میان متلاحمه و دامیه فراهم نگردد.

سوم: به نظر می‌رسد فقیهان به این دلیل در تعریف دامیه بر قید «شکافتن گوشت» تأکید کرده‌اند که محدودیت‌های علمی زیادی درباره آناتومی پوست و عضله (گوشت) داشته‌اند و در عین حال، تحقق خون‌ریزی را برای محقق شدن دامیه ضروری می‌دانسته‌اند. در نتیجه، چنین می‌پنداشته‌اند که خون‌ریزی زمانی رخ خواهد نمود که افزون بر پوست، گوشت نیز اندکی شکافته شود. بنابراین، فقیهان در واقع، از رهگذر ضرورت تحقق خون‌ریزی، شکافتن گوشت را نیز برای ایجاد جراحی دامیه لازم شمرده‌اند؛ وگرنه هیچ دلیلی نمی‌تواند مفهوم «دمی» و «دامیه» را به شکافتگی «اللحم» معطوف کند. افزون بر این، هیچ استبعادی ندارد که در گذشته، لایه‌های چربی زیر

پوست، که بخشی از بافت هیپودرم محسوب می‌شوند (مسجر، ۱۳۹۵: ص ۵۰۰)، نیز «اللحم» محسوب شده باشند. به هر روی، امروزه بی‌هیچ تردیدی اثبات شده که با شکافتن دو لایه زیرین پوست یعنی درم و هیپودرم، خونریزی اتفاق می‌افتد. پس چه بسا مفاد اصطلاح «دامیه»، که خونریزی را تداعی می‌کند، رخ دهد و به توسعه بستر تحقق آن به بافت‌های عضلانی نیازی نباشد.

بنابر آنچه تاکنون بیان شد، دامیه جراحی است که «پوست را می‌شکافد» و تا «سرحد گوشت» می‌رسد و در پی آن «خونریزی» تحقق می‌یابد. چنین تعریفی، عیناً منطبق بر هیچ‌یک از سه تعریفی نیست که از فقیهان گزارش شد؛ بلکه بر ایند تأمل در هر سه تعریف مذکور و وامدار عناصر تصریح شده در آنهاست.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

در کتاب‌های فقهی، سه تعریف مختلف از دامیه ارائه شده است. در تعریف نخست، بر دو عنصر «شکافتن پوست» و «پارگی بافت عضلانی» یا همان «اللحم: گوشت» تأکید شده است. تعریف دوم که پشتوانه فتوایی قوی‌تری دارد، بیشتر بر تحقق «خونریزی» در ضمن دامیه متمرکز است. البته، چگونگی خونریزی در این تعریف در بسیاری از مواقع، متفاوت گزارش شده و در عین حال، سخن از «شکافتن بافت عضلانی» نیز به میان آمده است. تعریف سوم، از این جهت که بر تحقق عنصر «خونریزی» پای می‌فشارد، با تعریف دوم همسان است؛ اما از این حیث متفاوت‌اند که وفق این دیدگاه، بستر تحقق دامیه پوست است و این جراحی تا سرحد بافت عضلانی می‌رسد، اما به شکافتن آن نمی‌انجامد. تعریف اخیر را فقط شیخ مفید و سید مرتضی برگزیده‌اند. با بررسی دقیق این تعریف‌ها و همچنین انطباق بر ایند آنها (نص قانون) بر اصل کیفیت قانون، می‌توان دریافت که هیچ‌یک از آنها کامل نیستند و جملگی نیازمند اصلاح‌اند. نگارندگان معتقدند لزوم وجود مؤلفه‌هایی همچون شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری در نگارش قانون ایجاد می‌کند از یک‌سو، دامیه به جراحی در ناحیه پوست تفسیر شود و امکان تحقق آن در بافت عضلانی انکار شود و از سوی دیگر، چگونگی خونریزی در پی این جراحی، به

نحوه خاصی همچون جریان خون یا خروج خون فروکاسته نشود؛ بلکه هرگونه خونریزی با هر میزان که باشد، مقوم آن به شمار آید.

بر این پایه، شایسته است دامیه - که در بند «ب» ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی جراحی دانسته شده که «اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان کم یا زیاد خون باشد» - بدین شکل تعریف شود: «جراحی که پوست را می شکافد و همراه با خونریزی است». در صورت پذیرش چنین تعریفی، تفاوت دامیه و حارصه در «تحقق خونریزی» است و وجه تمایز دامیه از متلاحمه، «عدم گسیختگی بافت عضلانی» یا گوشت خواهد بود.

## پی نوشت:

1. The quality of law
2. Forseeability
3. Accessibility
4. Clarity

۵. «الدامیه و هی الاخذة فی اللحم یسیراً» (علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۴۴): «الدامیه... التي تقطع الجلد تأخذ فی اللحم یسیراً» (طباطبائی، ۱۴۰۹ق: ج ۳، ص ۵۰۴).

۶. «الدامیه و هی التي یرج معها الدم، و تنفذ فی اللحم شینا یسیراً» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۶۸۹): «الدامیه و هی التي تدخل فی اللحم یسیراً و یرج معه الدم قليلا کان أو کثیراً... الدامیه تسمى ب (الدامعة) أيضاً، باعتبار مراتب خروج الدم، فإذا أكثر خروجه تعبر دامیه، و إلا دامعة» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۲۹۰).

۷. بخشی از پرسش های ارسالی جناب دکتر صدیقی، مدیرکل سازمان پزشکی قانونی استان قم، به مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۸. نمونه این پرسش ها در مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی موجود است.



## کتابنامه

### منابع فارسی و عربی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲. ابن سعید حلی (یحیی بن سعید) (۱۳۹۴ق)، نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر، قم، منشورات رضی، چاپ نخست.
۳. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد بن محمد (۱۴۰۷ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴. اسکافی، ابن جنید محمد بن احمد (۱۴۱۶ق)، مجموعة فتاوی ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۵. بهجت فومنی، محمد تقی (۱۴۲۶ق)، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم.
۶. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۸ق)، تنقیح مبانی الأحکام - کتاب الديات، قم، دار الصديقة الشهيدة عليه السلام، چاپ نخست.
۷. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ نخست.
۸. خمینی (امام)، سید روح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ نخست.
۹. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۰. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ نخست.
۱۱. دریک، ریچارد و همکاران (۱۳۹۱)، آناتومی گری برای دانشجویان، ترجمه محمد اکبری و همکاران، تهران، ابن سینا، چاپ سوم.



۱۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان - سوریه، دار العلم - الدار الشامیة، چاپ نخست.
۱۳. روحانی قَمّی، سید صادق حسینی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، قم، مؤسسة المنار - دفتر حضرت آیه الله، چاپ چهارم.
۱۵. سآار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق)، المراسم العلویة و الأحكام النبویة، قم، منشورات الحرمین، چاپ نخست.
۱۶. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۱۹ق)، بایسته های فقه جزا، تهران، نشر میزان - نشر دادگستر، چاپ نخست.
۱۷. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵ق)، الإنتصار فی إنفرادات الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق)، المسائل الناصریات، تهران، رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیة، چاپ نخست.
۱۹. شهید اول (محمد بن مکی) (۱۴۱۰ق)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، بیروت، دار التراث، چاپ نخست.
۲۰. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشّی - کلاتر)، قم، کتاب فروشی داورى، چاپ نخست.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ نخست.
۲۲. شیخ مفید (محمد بن محمد بن نعمان عکبری) (۱۴۱۳ق)، المقنعة، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ نخست.
۲۳. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۴. صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق)، ما وراء الفقه، بیروت، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ نخست.

٢٥. طباطبائی، سید علی بن محمد (١٤٠٩ق)، الشرح الصغير فى شرح مختصر النافع - حديقة المؤمنين، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى رحمته، چاپ نخست.
٢٦. \_\_\_\_\_ (١٤١٨ق)، رياض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ نخست.
٢٧. طريحي، فخرالدين (١٤١٦ق)، مجمع البحرين، تهران، كتابفروشى مرتضوى، چاپ سوم.
٢٨. عاملی، ياسين عيسى (١٤١٣ق)، الإصطلاحات الفقهية فى الرسائل العملية، بيروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ نخست.
٢٩. علامه حلى (حسن بن يوسف بن مطهر اسدى) (١٤١٠ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٠. \_\_\_\_\_ (١٤١١ق)، تبصرة المتعلمين فى أحكام الدين، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، چاپ نخست.
٣١. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ق)، قواعد الأحكام فى معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٢. \_\_\_\_\_ (١٤٢٠ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ نخست.
٣٣. \_\_\_\_\_ (١٤٢١ق)، تلخيص المرام فى معرفة الأحكام، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٤. فاضل أبى، حسن بن أبى طالب يوسفى (١٤١٧ق)، كشف الرموز فى شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ سوم.
٣٥. فاضل لنكرانى، محمد (١٤١٨ق)، تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - الديات، قم، مركز فقهى ائمة اطهار عليهم السلام، چاپ نخست.
٣٦. فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٧. فخر المحققين (محمد بن حسن بن يوسف حلى) (١٣٨٧ق)، إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم، اسماعيليان، چاپ نخست.
٣٨. فقعانى، على بن على بن محمد بن طى (١٤١٨ق)، الدر المنضود فى معرفة صيغ النيات و الإيقاعات و العقود، قم، مكتبة إمام العصر عليه السلام العلمية، چاپ نخست.

۳۹. فیاض کابلی، محمد اسحاق (۱۴۲۶ق)، رساله توضیح المسائل، قم، انتشارات مجلسی، چاپ نخست.
۴۰. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (۱۴۲۵ق)، الشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحکام، تهران، دار نشر اللوح المحفوظ، چاپ نخست.
۴۱. کوهن، باربارا جانسون (۱۳۹۵)، راهنمای جامع اصطلاحات پزشکی (مدیکال ترمینولوژی) ۲۰۱۷، ترجمه علی رستگار فرج زاده و فاطمه رمضان شمس، تهران، انتشارات اندیشه رفیع، چاپ نخست.
۴۲. کاشف الغطاء نجفی (احمد بن علی بن محمد رضا) (۱۴۲۳ق)، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، چاپ نخست.
۴۳. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۴۴. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، دیات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
۴۵. مجلسی اول (محمد تقی) (۱۴۰۰ق)، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، چاپ نخست.
۴۶. مجلسی دوم (محمد باقر بن محمد تقی) (بی تا)، حدود و قصاص و دیات، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، چاپ نخست.
۴۷. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۱۸ق الف)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۴۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق ب)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم.
۴۹. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا (۱۴۱۰ق)، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۵۰. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (۱۴۱۵ق)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۵۱. مسجر، آنتونی (۱۳۹۵)، بافت شناسی پایه، ترجمه رضا شیرازی و همکاران، تهران، انتشارات میرماه، چاپ نخست.
۵۲. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۸ق)، الفقه المأثور، قم، نشر الهادی، چاپ دوم.
۵۳. مشکینی، میرزا علی (بی تا)، مصطلحات الفقه، بی جا، بی نا.

۵۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، الفتاوی الجديدة، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم.
۵۵. ملکیان، مصطفی (۱۳۸۱)، «شش ویژگی عقلانیت گفتاری»، بازتاب اندیشه، ش ۳۰، ص ۱۳-۲۱.
۵۶. واسطی زبیدی، محب‌الدین و سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ نخست.
۵۷. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، منهج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ پنجم.

## منابع انگلیسی

### Books and Articles:

58. Lawn, Geoff; *Improving public Access to Legislation*; 2004; 6 UTS L Rev 49.
59. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*; Oxford University Press, 2010
60. Tomasic, Roman; *The sociology of Legislation, in Legislation and Society in Australia*; Sydney, The law Foundation of New South Wales, 1980.
61. Voermans, Wim; *styles of legislation and Their effects*; 2011; Statute Law Review, 32 (2011), 38-53

### Cases:

62. *Kruslin v. France*, European Court of Human Rights, 1990.
63. *Huvig v. France*, European Court of Human Rights, 1990.
64. *Di Stefano v. Italy*, European Court of Human Rights, 2012.
65. *Capital Bank AD v. Bulgaria*, European Court of Human Rights, 2005.
66. *Maestri v. Italy*, European Court of Human Rights ,2004.
67. *Lambert v. Frane*, European Court of Human Rights, 1996.
68. *Malone v. United Kingdom*, European Court of Human Rights ,1984.
69. *K-H. W. v. Germany*, European Court of Human Rights, 2001.
70. *C.R. v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, 1995.



71. The Sunday Times v. United Kingdom, European Court of Human Rights, 1979.
72. Cantoni v. France, European Court of Human Rights, 1996
73. Jorgic v. Germany, European Court of Human Rights, 2007.







## مسئولیت مدنی - سقط درمان

رضا پورصدقی\*

حسنعلی علی‌اکبریان\*\*

### چکیده

سقط‌جنین اگرچه در شرع مقدس و جوامع بشری، عملی منکر و قبیح شمرده می‌شود ولی در موارد تراحم بین سلامتی مادر و حیات جنین، از دیدگاه فقیهان بسیاری، مادر مختار است حفظ سلامتی خود را ترجیح دهد. باوجود مجوز برای عمل سقط، مسئولیت مدنی مربوط به سقط‌درمانی یکی از مسائل مطرح است. در این مسئله، قانونگذار به‌تبعیت از بعضی نظرات بزرگان به سقوط ضمان حکم داده است.

بررسی اطلاقات روایات ضمان دیه سقط‌جنین از نکات بسیار حساس و مشکل این بحث است. نحوه اطلاق‌گیری و پذیرفتن یا نپذیرفتن اطلاقات احوالی در این روایات از عمده مباحث تأثیرگذار در دلالت این ادله است. با بررسی ظهور ادله، اطمینان کافی برای اطلاق‌گیری از این روایات به‌دست نمی‌آید. اگرچه عدم دلالت آنها نیز اطمینان‌آور نیست، عدم ظهور برای عدم اثبات کافی است. تنها دلیل اصلی عملی استصحاب و براءت است که اصل اولی در بحث دیات و ضمانات را تعیین می‌کند. این اصل می‌تواند دلیل اثبات عدم مسئولیت ناشی از سقط‌درمانی باشد.

**کلیدواژگان:** سقط‌درمانی، ضمان سقط، دیه جنین، مسئولیت مدنی سقط، خطر جانی مادر.

rezapoorsedghi@gmail.com

\* دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم و محقق پژوهشگاه مرکز فقهی امام باقر (ع)

ha.aliakbarian@isca.ac.ir

\*\* دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۱۵

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰

سقط جنین از نظر دینی و عقلایی، عملی قبیح و نامشروع شمرده می‌شود. این عمل حتی در جوامع غیردینی نیز در نوع خود، قبیح است. البته، امروزه در دنیا عملاً موارد سقط جنین زیادی گزارش می‌شود. شارع مقدس برای حفظ جنین اهمیت فراوانی قائل است و به فراخور مقدار رشد جنین، دیه لازم را برای آن تعیین کرده است (فاضل لنکرانی، بی تا (ب): ج ۱، ص ۵۱۵). با وجود این، در مواردی که وجود جنین و ادامه حیات او موجب به خطر افتادن سلامتی مادر شود، تزامم بین جان مادر و ادامه حیات جنین، مادر را مجبور می‌کند که بین حیات خود و جنین یکی را برگزیند. در این صورت است که بسیاری از فقیهان او را مختار در این امر می‌دانند (برای نمونه، ر.ک: خوئی، ۱۴۲۷ق: ص ۱۴۶؛ جواد تبریزی، ۱۴۲۷ق: ج ۹، ص ۲۷۳).

بسیاری از مسائل مربوط به سقط جنین، در صورت نامشروع بودن آن، روشن و مستدل است؛ ولی در صورت جواز سقط در شرایط بیماری مادر، مسائلی شکل می‌گیرد که برای پاسخ به آن، به تأمل و کاوش علمی نیاز است. از مسائل پرسش برانگیز در این فرض، مسئله ضمان دیه سقط است و این نوشتار در پی پاسخ به آن است. پس پرسش اساسی این است: آیا در دیدگاه شارع مقدس و براینده ادله موجود در فرض جواز سقط، دیه جنین مضمون است یا به مجرد جواز شرعی، ضمان ناشی از سقط نیز مرتفع می‌گردد؟ آیا ملازمه‌ای بین جواز تکلیفی و جواز وضعی سقط وجود دارد یا خیر؟

اگرچه در ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی این مسئله اشاره شده و در نهایت، از دیدگاه عدم ضمان پیروی شده است؛ ولی با توجه به کثرت فقیهانی که به لزوم پرداخت دیه معتقدند و اینکه در طرف دیگر تقریباً هیچ فقیهی به صراحت، قائل به عدم ضمان نشده است، مطابقت حکم قانونگذار با احکام دینی مورد تردید نسبی است. بنابراین، ارزیابی دقیق مسئله به لحاظ ادله شرعی ضروری به نظر می‌رسد.

می‌توان چنین ادعا کرد که درباره این مسئله، در هیچ‌جا به صورت استدلالی کاوش

نشده است. این بحث یکی از مسائل مستحدثه‌ای است که فقط در رساله‌های عملیه یا پاسخ استفتائات به آن اشاره شده است و در کتاب‌های فقهی به آن نپرداخته‌اند (برای نمونه، رک: خوئی، همان: ص ۱۴۵؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا (الف)، ص ۱۱۷؛ جواد تبریزی، همان: ج ۱۰، ص ۲۷۳؛ منتظری، ۱۴۲۷ق: ص ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۳۱۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ص ۴۵۷؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق: ج ۲، ص ۳۱). حتی برخی گفته‌اند که این مسئله در رسائل عملیه نیز ذکر نشده است (خوئی، بی‌تا: ج ۴۲، ص ۱۳). همین نکته از مشکلات پیش‌روی این مسئله محسوب می‌شود. با توجه به وجود اختلاف نظر بین صاحب‌نظران و مبتلابه بودن مسئله، بررسی عمیق و استدلالی آن ضروری به نظر می‌رسد. در این نوشته همه ادله‌ای که ممکن است از جانب طرفداران نظریه‌های موجود به آنها تمسک شود، مطرح شده و سپس وجه استدلال بیان و نقد و ارزیابی می‌شود.

۱۲۵



گفتنی است بررسی ضمان سقط‌درمانی مبتنی بر فرض جواز این عمل است. در فرض عدم جواز، هیچ دلیل قابل اتکایی درباره عدم ضمان وجود ندارد و حکم آن روشن و مستدل است.

در این مسئله بین فقیهان اختلاف دیده می‌شود: برخی قائل به لزوم پرداخت دیه هستند و برخی فتوا به لزوم پرداخت نداده‌اند که خود چند دسته‌اند. این نظرات به شرح زیر است:

لزوم پرداخت دیه (خوئی، ۱۴۲۷ق: ص ۱۴۵؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا (الف): ص ۱۱۷؛ جواد تبریزی، همان؛ منتظری، همان؛ عدم لزوم دیه (سبزواری، همان)؛ تفصیل بین موردی که حیات مادر و سلامتی مادر در خطر است: در این صورت، دیه لازم است و در صورتی که مادر به خاطر مشقت و خرج اقدام به سقط می‌کند که در این صورت، در فرض پیش از ولوج روح، دیه لازم نیست ولی در مرحله پس از ولوج روح، پرداخت دیه لازم است (قائینی، ۱۳۹۳: ص ۲۸۳)؛ احتیاط در پرداخت (مکارم شیرازی، همان؛ خامنه‌ای، همان).

با وجود قطعیت مسئولیت در سقط جنین، دلیل عمده تردید در مسئولیت سقط‌درمانی

این است که در ارتکاز دین‌داران، مسئولیت مدنی برای مجازات و تأدیب شخص خاطی است و با فرض جواز، دلیلی برای آن وجود ندارد. برای پاسخ به این پرسش باید فلسفه و ملاک وضع حکم دیه بررسی و تبیین شود. بنابراین لازم است در آغاز، قاعده ملازمه بین حکم جواز و عدم مسئولیت مدنی ارزیابی شود. چه بسا این قاعده بتواند راهی برای اثبات عدم مسئولیت درمانی باز کند. در ادامه، ادله طرفین نزاع و اصل اولی مسئله نقد و بررسی خواهد شد.

### ۱. ملازمه حکم جواز با سقوط دیه

ممکن است با استشهاد به مواردی از فقه چنین نتیجه گرفته شود که هرگاه کاری با مجوز شرعی انجام شود، مسئولیتی از جانب آن عمل متوجه شخص نیست. برای نمونه می‌توان به اجرای حدود، قصاص و جهاد اشاره کرد. نمونه دیگر شخص بیماری است که برای درمان وی، عضو فاسد بدنش باید قطع شود. در این موارد، حکم بسیار روشن و بدیهی است.

در پاسخ باید گفت: نخست، نمی‌توان از چند مورد، حکم کلی‌ای برای فقه به‌دست آورد؛ چون این مقدار از استقرا اطمینان‌آور نیست. دوم، مواردی که از آنها نام برده شد، نه مربوط به بحث دیه، بلکه مربوط به سقوط قصاص‌اند؛ زیرا فرض بر عمدی بودن آنهاست، ولی شخص مجری به‌خاطر مجوز شرعی و قانونی هیچ مسئولیتی ندارد. افزون بر این، در مثال حدود و قصاص و جهاد، خون شخص از نظر شارع مقدس هدر است؛ پس مسئولیتی در پی ندارد. در مثال عضو فاسد، به‌خاطر فساد عضو، جان بیمار به‌خطر افتاده است، مانند ریه‌ای که سرطانی شده و دیگر کارایی لازم را ندارد و به‌ناچار باید آن را خارج کرد. در این فرض، دیگر آن عضو ارزش خود را به‌عنوان عضو از دست داده است و هدر محسوب می‌شود.

از طرف دیگر، مواردی در فقه می‌توان یافت که شخص مجوز شرعی برای انجام کار دارد؛ ولی باید دیه بپردازد، مثل قصاص مرد در مقابل قتل زن که باید نصف دیه پرداخت

شود. در این فرض، مجوز برای اعدام قاتل وجود دارد؛ ولی باید نصف خون‌به‌های او داده شود. در این مورد، دیهٔ مرد صرفاً خون‌به‌هاست و هیچ اثر کیفری ندارد. این مثال به‌خوبی نشان می‌دهد که لزوم پرداخت دیه با کیفر ملازمهٔ قطعی ندارد. چه‌بسا کیفری درکار نباشد ولی پرداخت دیه لازم باشد، مانند قتل خطئی و شبه‌خطا که دیه در آنها مسئولیت کیفری محسوب نمی‌شود. اگرچه از این مثال‌ها نمی‌توان نتیجه گرفت که دیه هیچ‌گاه اثر کیفری ندارد، ولی ملازمهٔ همیشگی بین آن دو با پرسش روبه‌رو خواهد بود.

البته، این قاعده طرفداران سرسختی نیز دارد (برای نمونه، ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰ق: ص ۳۴۲-۳۴۳). از برخی عبارات فقیهان چنین به‌نظر می‌رسد که در دیدگاه آنها ملازمه بین جواز سقط و دیه امری پذیرفته است (برای نمونه، ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۲۳۲) و حتی برخی به آن تصریح کرده‌اند، مانند مرحوم علامه که دربارهٔ دیهٔ زوجه در فرضی که مقاربت به قتل او انجامیده، معتقد است: وجود اذن از طرف شارع، بر عدم وجوب دیه دلالت دارد. این سخن به‌خوبی گویای وجود ملازمه در دیدگاه وی است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ج ۵، ص ۵۸۴). برخی از فقیهان دیگر نیز چنین دیدگاهی را در این مسئله پی گرفته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۰، ص ۲۴۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۶، ص ۴۸۵). در مسائل دیگری نیز بر این ملازمه تأکید شده است. برای مثال، برخی از بزرگان با این استدلال که نصب میزاب دارای جواز شرعی است، در صورت سقوط و ایجاد تلف و جراحت، حکم به عدم مسئولیت کرده‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۳۷۱؛ شهید ثانی، همان: ص ۱۵۴). مرحوم عاملی در کتاب مفتاح‌الکرامه پس از اینکه قول عدم ضمان را در این مسئله از بزرگانی چون مفید، سلار، محقق، علامه، شهید، مقداد و اردبیلی نقل می‌کند، استدلال آنها را اصل برائت و قاعدهٔ ملازمهٔ مذکور معرفی می‌کند (عاملی، بی‌تا: ج ۱۰، ص ۳۰۱). مسائل دیگری نیز وجود دارد که در ذیل آنها برخی از فقیهان به این قاعده تصریح کرده و قائل به عدم مسئولیت شده‌اند. در برخی از کتب فقهی به این مسائل اشاره شده است (ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰ق: ص ۳۴۲؛ موسی تبریزی، ۱۳۶۹: ص ۴۲۴).

باوجود اینکه بسیاری از فقیهان این قاعده را پذیرفته‌اند، ولی از طرف دیگر، فقیهان



بسیاری نیز به این قاعده ایراد وارد کرده و از پذیرش آن خودداری کرده‌اند. یکی نقدهایی که در عبارات آن بزرگان به این قاعده دیده می‌شود، پاسخ نقضی است به موارد بسیاری که در آنها فعل جایزی موجب ضمان می‌شود: از آن جمله، فعل طیب و معلم است (صیمری، ۱۴۲۰ق: ج ۴، ص ۴۳۴؛ عاملی، بی‌تا: ج ۱۰، ص ۳۰۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۶۶۴). مرحوم صاحب جواهر نیز ملازمه بین جواز صرف را با عدم ضمان نمی‌پذیرد و عدم ضمان را ناشی از اذن خاص می‌داند؛ اذنی که اثر وضعی سقوط ضمان را دارا باشد. او کلمات بزرگانی که قائل به عدم ضمان در فرض جواز شرعی شده‌اند را حمل بر این معنا می‌کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ص ۱۱۹). مرحوم آقای خوئی نیز عدم ضمان در مسئله نصب میزاب را ناشی از نبود دلیل ضمان می‌داند و این می‌تواند گویای نپذیرفتن قاعده مذکور باشد (خوئی، بی‌تا: ص ۳۰۳). برخی نیز به نحو تصریح، منکر ملازمه‌اند؛ بدون اینکه دلیل خاصی برای این انکار بیان کنند. چه بسا دلیل آنها فقدان دلیل برای اثبات ملازمه است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۹، ص ۱۶۹؛ نراقی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۳۴؛ خمینی (امام)، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۸۲؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰، ص ۱۴۲).

برخی بزرگان به ایرادات مذکور نیز نقد وارد کرده‌اند (رک: مامقانی، ۱۳۵۰ق: ص ۳۴۲؛ موسی تبریزی، ۱۳۶۹: ص ۴۲۴). در هر صورت این بحث مجال بیشتری نیاز دارد ولی می‌توان به این مقدار ادعا کرد که در صورتی که جواز شرعی ناشی از عناوین ثانویه مانند ضرر و اضطرار باشد قطعاً بین جواز و عدم ضمان ملازمه نیست؛ زیرا دلیل بیش از رفع حکم تکلیفی دلالت ندارد. بنابراین، در فرض مورد بحث، امکان وجود مسئولیت مدنی وجود دارد و لازم است ادله ضمان بررسی شود.

پیش از ورود به بحث ادله دو طرف و نقد آنها، لازم است اصل اولی در محل بحث روشن شود تا در صورت کافی نبودن ادله به آن رجوع شود.

## ۲. اصل اولی در محل بحث

آن‌چنان که مشهور بلکه در حد اجماع است، اصل اولی در مسئولیت مدنی عدم ضمان



است (برای نمونه، ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۰، ص ۲۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۶، ص ۳۷۸؛ مولی احمد نراقی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۷، ص ۴۵۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ص ۴۱۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۹۸). ذمه شخص تا زمانی که دلیل کافی برای اثبات ضمان وجود ندارد، بری است. طبق این اصل، اگر ادله لزوم پرداخت دیه برای اثبات این مدعا کافی نباشد، می‌توان به برائت ذمه حکم کرد. دو اصل استصحاب و برائت می‌توانند دلیل اصل اولی در مسئله باشند.

## ۱-۲. استصحاب

با دست نیافتن به اماره و اطلاق برای حل مسئله، نوبت به اصل عملی استصحاب می‌رسد؛ زیرا در دیدگاه مشهور با وجود دلیل، نمی‌توان به اصل عملی استدلال کرد؛ اگرچه به همراه دلیل، مثبتین یا نافیین باشند (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۲۴۷). به دلیل وجود حالت سابقه عدم مسئولیت پیش از عمل سقط و شک در آن پس از سقط در فرض ضرورت، نتیجه استصحاب عدم ضمان است.

## ۲-۲. برائت

اصل برائت یکی از ادله‌ای است که برای اثبات جواز سقط در فرض ضرورت و همچنین عدم لزوم پرداخت دیه، امکان استناد به آن وجود دارد. طبق مفاد این اصل، شارع مقدس برای حکم مجهول مؤاخذه نمی‌کند. از این رو، این اصل درباره شخصی که عمل سقط را انجام داده است، تطبیق می‌یابد؛ زیرا این شخص نمی‌داند عملش مورد نهی شارع است یا خیر. پس این عمل نمی‌تواند معاقب باشد. این استدلال درباره مسئولیت ناشی از سقط درمانی نیز قابل طرح است.

در مقام نقد این استدلال شاید گفته شود این اصل در رفع احکام تکلیفی الزامی جاری می‌شود، ولی درباره احکام وضعی و برائت ذمه دلالتی ندارد. در پاسخ به این اشکال باید گفت: حدیث رفع (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۲، ص ۴۶۳) یکی از ادله عمده این اصل است. در این روایت، پیامبر اکرم ﷺ نه چیز را فاقد مؤاخذه معرفی کرده‌اند. یکی از آنها، حکم درباره



مجهول است. این شامل مواردی نیز می‌شود که اشتغال ذمه مشکوک است. امام کاظم علیه السلام در روایتی صحیح از صفوان درباره احکام وضعی به حدیث رفع تمسک کرده‌اند (برقی، ۱۳۷۱: ج ۲، ص ۳۳۹، حدیث ۱۲۴). این به‌خوبی گویاست که این دلیل درباره احکام وضعی نیز قابل تمسک است. البته، مرحوم شیخ انصاری این احتمال را مطرح کرده است که مواردی که در روایت صفوان ذکر شده، منحصر در سه مورد است و موارد دیگر موجود در حدیث رفع را شامل نمی‌شود. بنابراین، در سایر موارد، مرتفع شدن جمیع آثار حکم از این روایت استفاده نمی‌شود (انصاری، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۳۰).

به نظر می‌رسد اقتضای وحدت سیاق در روایت نبوی این است که همه فقرات نه‌گانه روایت هم‌حکم باشند و تفصیل بین این فقرات، خلاف ظاهر است. بنابراین، رفع حکم وضعی مشمول مفاد این اصل است و این اصل از مستندات رفع مسئولیت در فرض شک خواهد بود.

افزون بر این، این اصل را درباره حکم تکلیفی و جوب پرداخت دیه نیز می‌توان جاری کرد.

### ۳. ادله اثبات مسئولیت

ادله اثبات مسئولیت دیه جنین در مرحله پیش از دمیده شدن روح، منحصر در روایات سقط جنین است؛ ولی در مراحل پس از ولوج روح، اطلاعات دیه قتل نفس نیز می‌توانند دلیل اثبات مدعا باشند. افزون بر این، در همه حالات مسئله به برخی از اصول عملیه نیز می‌توان تمسک کرد.

#### ۳-۱. اطلاعات روایات دیه سقط جنین

روایات دیه سقط جنین را می‌توان در دو دسته طرح کرد: دسته نخست در مقام بیان مقدار دیه سقط جنین‌اند؛ بدون اینکه در مقام بیان چگونگی و علت سقط باشند و دسته دوم علت سقط را نیز بیان کرده‌اند.

### ۳-۱-۱. دسته نخست روایات

یکی از روایات دسته نخست، صحیحۀ سلیمان بن صالح است. او از امام صادق علیه السلام چنین نقل می‌کند:

«برای نطفه ۲۰ دینار و در علقه ۴۰ دینار و مضغه ۶۰ دینار و در استخوان ۸۰ دینار و زمانی که با گوشت پوشیده شد، ۱۰۰ دینار و این دیۀ اوست تا زمانی که به دنیا آید.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۳۴۵)

روایات دیگری قریب به این مضمون در اسناد حدیثی وجود دارد (برای نمونه، ر.ک: همان: ج ۷، ص ۳۴۲-۳۴۵).

درباره وجه تمسک به این روایات باید گفت: در این روایات برای سقط بدون توجه به علت آن، دیه تعیین گردیده است؛ این یعنی جنین، خون‌بهایی فارغ از نحوه و علت سقط دارد. طبق این مفاد، دیه ضمان تلف کردن جنین است. بنابراین، این مضمون شامل هرگونه سقطی می‌شود.

### ۳-۱-۱. نقد و بررسی دسته نخست روایات

ممکن است در نقد این استدلال گفته شود: این روایات فقط درصدد تعیین مقدار دیه هستند و گوینده در مقام بیان این نیست که دیۀ مذکور در چه فرضی بر سقط تعلق می‌گیرد. چه بسا موارد متعارف مدنظر گوینده باشد که مصادیق حرام آن است. این همانند این است که متکلم بگوید: دیۀ قتل انسان فلان مقدار است و این کلام برای مواردی نیز مورد تمسک قرار گیرد که مجوز شرعی برای قتل او وجود دارد. درحالی‌که به نظر می‌رسد چنین لسانی ناظر به موارد متعارف مسئله است و موارد نامتعارف از مفاد دلیل خارج است. در این صورت باید گفت: اطلاق روایات فقط افراد شاخص عنوان سقط را دربر می‌گیرد.

ولی به این اشکال می‌شود چنین پاسخ داد: روایات مذکور در مقام بیان قاعده و قانون کلی‌اند و تا زمانی که دلیل دیگری آن را تخصیص نزنند، باید به آن عمل کرد. این همانند

این است که گوینده اعلام کند فرزند پسر دو سهم و فرزند دختر یک سهم به ارث می‌برد یا بگوید نماز ظهر چهار رکعت است. آیا از این سخن، قاعده و قانون استنباط نمی‌شود؟ بله، ممکن است دلیل دیگری این قانون کلی را تخصیص بزند و اطلاق آن را از حجیت بیندازد؛ ولی این نکته در برابر ظهور دلیل در همه افراد، مانعی ایجاد نمی‌کند و حجیت ظهور در موارد تخصیص نخورده بی‌اشکال باقی است. پس به‌طور خلاصه می‌توان گفت: امام علیه السلام در مقام بیان دیه همه افراد جنین هستند. این ظهور ناشی از درصدد بودن متکلم برای بیان قانون کلی است. افزون بر این، در فرض شک در ملحوظ بودن همه افراد، اصل بر این است که گوینده در مقام بیان حکم برای همه افراد است؛ پس باید اصل را در مقام بیان بودن متکلم قرار داد. بنابراین، در هر دو صورت، این دسته از روایات دارای اطلاق است و شامل مورد بحث می‌شود.

ولی انصاف بر این است که اطمینان لازم بر وجود چنین اطلاقی از این روایات به‌دست نمی‌آید و شک به موضوع در وجود اطلاق احوالی، مانع شکل‌گیری ظهور است. احتمال انصراف دلیل، که ناشی از کثرت استعمال در افراد متعارف است، در بسیاری از موارد به عدم اطلاق روایات می‌انجامد و اینکه در موارد شک، اصل این باشد که متکلم در مقام بیان همه موارد است، درباره روایات مورد بحث جاری نیست؛ زیرا گوینده از جهت خاصی، که همان مقدار دیه است، در مقام بیان است؛ پس درباره جهات دیگر نمی‌توان چنین اصلی جاری کرد. آیت‌الله شبیری زنجانی درباره این نکته می‌گوید:

«وقتی روایتی ناظر به جهتی خاص باشد، دیگر از سایر جهات اطلاق ندارد و حکم از سایر جهات مفروغ‌عنه گرفته شده است و این روایت نسبت به آن جهات ساکت است.» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۴۸۵)

### ۳-۱-۲. دسته دوم روایات

در دسته دیگر از روایات سقط جنین، نحوه سقط نیز بیان گردیده است و حضرت علیه السلام در مقام پاسخ به آن، بحث دیه را پیش کشیده‌اند. یکی از این روایات را ابو عبیده از امام باقر علیه السلام نقل کرده است. ابو عبیده می‌گوید:

«از امام باقر علیه السلام درباره زنی پرسیدم که حامله بوده و عمداً دارویی خورده و شوهرش نمی‌دانسته و فرزندش را انداخته است. حضرت علیه السلام فرمود: "اگر فرزند استخوان داشته که گوشت بر روی آن روییده است، باید آن زن یک دیه به پدر فرزند بدهد؛ ولی اگر هنگامی که فرزند را انداخته، جنین علقه یا مضغه بوده، باید چهل دینار یا یک غلام یا یک کنیز به پدر فرزند بدهد...» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۳۴۴)

روایات دیگری نیز بدین شکل در کتب حدیثی ذکر شده است (برای نمونه، ر.ک: همان) نحوه استدلال به این روایات، چنین است که در این روایات، برای جنینی که سقط شده، دیه تعیین شده است و روایت اطلاق دارد؛ پس شامل هرگونه جنینی می‌گردد. حضرت علیه السلام نیز از چگونگی وضعیت مادر و جنین نپرسیده‌اند و این نشان می‌دهد که حضرت علیه السلام برای تمامی موارد سقط جنین این حکم را محکم می‌دانسته‌اند.

### ۱-۲-۳. نقد و بررسی دسته دوم روایات

ممکن است به این استدلال چنین اشکالی شود: در این روایت، همان‌طور که ظاهر است، پرسش راوی از موردی است که ظاهراً نه از جانب جنین مشکلی وجود داشته است و نه از طرف مادر. به عبارت دیگر، شرایط عادی حاکم بوده است. طبعاً پاسخ امام علیه السلام نیز درباره مورد پرسش بوده و نمی‌توان از آن مورد به موارد دیگر تعدی کرد. در نتیجه، مقید بودن پرسش در روایت، مانع از شکل‌گیری اطلاق می‌شود؛ پس دلالتی بر مورد بحث نخواهد داشت.

وقتی پرسش راوی ظهور در شرایط عادی دارد، ترک استفصال حضرت علیه السلام نیز دلالتی بر اطلاق نخواهد داشت. از طرف دیگر، مورد بحث نادر محسوب می‌شود؛ به‌ویژه در زمان صدور روایت که به‌خاطر نبود امکان تشخیص، این مباحث اصلاً مطرح نبود یا بسیار کم مطرح می‌شد. بنابراین، اگر پرسشگر به چنین مورد نادری نظر داشت، حتماً باید گوشزد می‌کرد؛ درحالی‌که چنین نکته‌ای در پرسش وی وجود ندارد. با این وصف، ترک استفصال هیچ ظهوری شکل نمی‌دهد.



### ۲-۳. اطلاقات ادله دية قتل نفس

در بسیاری از روایات، دم مُسَلِم محترم است و ضایع کردن آن به صورت عمدی، مستحق مجازات قصاص و در فرض خطا، مستحق دیه شمرده شده است. در برخی روایات به موضوع حکم یعنی مسلمان تصریح شده است. برای نمونه در روایت ابی بصیر چنین آمده است:

امام صادق علیه السلام فرمودند: «دیه مُسَلِم یا ده هزار درهم است یا هزار مثقال طلا یا هزار گوسفند...» (همان، ص ۲۸۱)

درباره وجه تمسک به این روایات باید گفت: مُسَلِم عنوانی است که هر انسان مسلمانی را دربر می‌گیرد؛ هرچند در شکم مادر باشد. بنابراین، از زمانی که جنین شکل انسان به خود می‌گیرد، طوری که عرف آن را انسان بنامد، مشمول حکم خواهد بود.

### ۱-۲-۳. نقد و بررسی اطلاقات ادله دية قتل

در پاسخ به این نحوه استدلال، ممکن است چنین گفته شود که مُسَلِم انصراف به افراد متعارف مسلمان دارد و اصلاً به ذهن مخاطب نمی‌رسد که جنین نیز از موارد آن باشد و دست‌کم از موارد شک در انصراف است. در هر صورت، اطلاق این روایات مخدوش است.

### ۳-۳. قاعده حرمت خون مسلمان

در فقه، یکی از قواعدی که از روایات به دست می‌آید، این است که خون مسلمان دارای حرمت است. قاعده دیگری نیز وجود دارد که مضمون آن تقریباً این چنین است - و چه بسا ممکن است این دو قاعده را یک قاعده نامید -: آن قاعده این است که خون مسلمان هدر نمی‌رود. فقیهان با توجه به لسان ادله و روایات گاهی از آن با عنوان «عدم بطلان خون مسلمان» نام برده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ص ۸۲؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶ق: ص ۴۵۷) و گاهی با عنوان «عدم هدرروی خون مسلمان» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۲۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۱۰۰). از روایات دال بر این قاعده می‌توان به چند

نمونه اشاره کرد. پیامبر اسلام ﷺ در حجةالوداع در منا ایستادند و فرمودند: «خون شما و اموال شما بر شما حرام است؛ همانند حرمت امروز در این ماه و این مکان.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۷۵) امام صادق علیه السلام نیز فرمودند: «خون مسلمان باطل نمی‌شود.» (همان، ص ۲۹۵)

وجه تمسک به این دلیل برای دیه سقطدرمانی این است که جنین پس از اینکه شکل انسان پیدا کرد، خون او، همانند پس از تولد، محترم است. همان‌طور که پس از تولد انسان، مرتکب قتل او ملزم به پرداخت دیه یا قصاص است، پیش از تولد نیز چنین حرمتی وجود دارد و لازمه آن نیز لزوم دیه است. بدیهی است این وجه فقط شامل موارد نهایی جنین می‌شود و درباره حالات پیش از صدق انسان، مسئولیتی متوجه مکلف نمی‌کند.

### ۳-۳-۱. نقد و بررسی استدلال قاعده حرمت خون

شاید به ذهن چنین خطور کند که اگر خون مسلمان پیش از تولد، همانند پس از تولد، محترم باشد، در این صورت باید همان حکم، یعنی قصاص و دیه، پس از تولد بر آن بار شود؛ درحالی‌که این چنین نیست. بنابراین، این قاعده از زمان پیش از تولد انصراف دارد و شامل آن نمی‌شود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت: این قاعده تصریح به حکم خاصی نکرده است و فقط بر این نکته تأکید دارد که خون مسلمان هدر نمی‌رود. اینکه پایمال کردن خون مسلمان چه پیامدهایی دارد و شارع مقدس چه احکامی بر آن جاری می‌کند، از این قاعده استنباط نمی‌شود و مقدار دیه و احکام دیگر باید از ادله دیگری به دست آید. به هر حال، این نکته به تغییر عمومیت روایت در ازای همه موارد نمی‌انجامد و عمومیت آن از جانب دیگری مخدوش است.

ولی مناقشه‌ای که در این وجه وجود دارد، این است که مفاد این قاعده، حکم تکلیفی و حرمت است و نمی‌توان حکمی مانند لزوم پرداخت دیه را از آن استنباط کرد. افزون بر این، اگر این قاعده شامل جنین نیز بشود، اصل حکم سقطدرمانی نمی‌تواند مجاز باشد؛ زیرا طبق اطلاق مفاد این قاعده، هدر دادن خون یک مسلمان برای نجات مسلمان دیگر



جایز نیست. پس معلوم می‌شود از نظر قائلان به جواز سقط، این روایات شامل جنین نیست یا محکوم ادله دیگری است. به دلیل دسترسی نداشتن به استدلالات بیشتر بزرگان در این مسئله، اظهار نظر قطعی میسر نیست؛ ولی در هر صورت، اطلاق این دسته روایات بر جنین پذیرفتنی نیست.

در باره قاعده عدم بطلان خون مُسَلِّم نیز باید گفت: اگرچه حکم وضعی از آن قابل استنباط است، ولی همان طور که برخی از فقیهان گفته‌اند، دیه برای کسی که در معرض بقاست، واجب است و این در حالی است که این جنین در معرض سقوط و موت است. بنابراین در این فرض، وجوب دیه هیچ وجهی ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۳۱۷). این بیان اگرچه برای اثبات عدم مسئولیت است و از این لحاظ با نقد روبه‌رو خواهد شد، ولی این نکته از آن قابل استنباط است که ادله عدم بطلان خون مُسَلِّم به مواردی منحصر است که جان مُسَلِّم در معرض سقوط و موت است. در واقع، ادله عدم هدرروی خون مُسَلِّم ناظر به موارد متعارف‌اند: در صورت وقوع قتل مُسَلِّم، خون او نباید هدر رود و باید خون‌پهای او پرداخت شود. بنابراین، این ادله از این‌گونه موارد انصراف یا دست‌کم احتمال انصراف دارد و برای اثبات مسئولیت سقط اضطراری نمی‌توان به آنها تمسک کرد.

### ۳-۴. اصل عملی استصحاب

اصل استصحاب، با توجه به خصوصیات مورد بحث، می‌تواند از مستندات لزوم پرداخت دیه باشد؛ چون در بیشتر موارد سقط‌درمانی، در آغاز شکل‌گیری جنین، مشکلی برای مادر وجود ندارد؛ بلکه مادر پس از گذشت زمان، بیمار می‌شود. بنابراین، می‌توان چنین استدلال کرد که پیش از وقوع بیماری، سقط به وجوب پرداخت دیه می‌انجامد و پس از عروض بیماری نیز همان حکم باقی است.

### ۳-۴-۱. نقد و بررسی استدلال استصحاب

استدلال به استصحاب برای اثبات دیه اشکالات عمده‌ای دارد: نخست اینکه،





استصحاب در احکام دچار مناقشه است و در دیدگاه بسیاری از بزرگان پذیرفته نیست. از آن جمله، مرحوم آقای خوئی و آیت‌الله شبیری هستند که استصحاب در احکام را نمی‌پذیرند (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۴۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ج ۳، ص ۹۵۹). دوم اینکه، این استصحاب، به اصطلاح، استصحاب تعلیقی است چون در این مسئله ضمان به نحو شرط، متیقن است نه بالفعل؛ زیرا در واقع، مستصحب در فرض سابق بدین صورت بیان می‌شود: اگر سقط در فرض صحت روی دهد، دارای ضمان خواهد بود و در فرض بیماری، این حکم تعلیقی مشکوک است. برخی از بزرگان در حجیت این استصحاب مناقشه دارند (ایروانی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ص ۳۹۷؛ آملی، ۱۳۹۵ق: ج ۳، ص ۶۰۰) و حتی برخی عدم قبول آن را به مشهور نسبت داده‌اند (صدر، ۱۴۱۷ق: ج ۶، ص ۳۰۵). سوم اینکه، معلوم نیست حالت سابقه اکثر موارد، صحت مادر باشد؛ زیرا در خیلی از موارد از آغاز تشکیل جنین، مشکل برای مادر هست؛ اگرچه او از آن آگاه نیست. بنابراین، استدلال به استصحاب، اخص از مدعاست و در همه موارد نمی‌تواند اثبات‌کننده دیه باشد. بله، با چشم‌پوشی از اشکالات سابق، در بسیاری از موارد می‌تواند دیه را اثبات کند. ممکن است تعارض این استصحاب با استصحاب عدم ضمان، که قبلاً به آن اشاره شد، نیز از اشکالات این استصحاب محسوب شود.

اگر صحت مادر از مقومات موضوع شمرده شود، تغییر موضوع عمده‌ترین اشکال این استصحاب خواهد بود؛ ولی این نقد مورد تردید است زیرا بیمار شدن مادر از حالات موضوع محسوب می‌شود نه مقومات موضوع.

با بررسی ادله ضمان این نتیجه به دست آمد که هیچ‌یک از ادله از ایراد و اشکال برای استدلال به اثبات ضمان، مصون نیستند.

#### ۴. ادله سلب مسئولیت

پس از بررسی ادله اثبات مسئولیت، لازم است ادله‌ای بررسی شوند که ممکن است برای سلب مسئولیت مکلف به آنها تمسک شود.

#### ۴-۱. قاعده لاضرر و قاعده لاجرح

برای اثبات جواز سقطدرمانی در برخی صور مسئله، فقیهانی به قاعده لاضرر و قاعده لاجرح استدلال کرده‌اند (قائینی، ۱۴۲۴ق: ص ۲۵۱). چه‌بسا طبق برخی از مبانی، برای رفع مسئولیت نیز بتوان به این دو قاعده تمسک کرد. بررسی مفاد این دو قاعده و مبانی موجود در آن برای استناد به آنها ضروری است.

#### ۴-۱-۱. نقد و بررسی استدلال قاعده لاضرر و قاعده لاجرح

بزرگان فقه درباره مفاد قاعده لاضرر اختلاف دارند و نظریات گوناگونی درباره این قاعده شکل گرفته است. شاید بتوان چنین ادعا کرد که دو نظریه عمده درباره لاضرر هست که دیگر آرا با یکی از این دو، نتیجه یکسانی دارند. طبق نظریه نخست، قاعده لاضرر دلالت بر نفی حکم ضرری دارد. این نظریه به «نظریه مرحوم شیخ انصاری» معروف است (انصاری، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۵۳۴). طبق نظریه دوم، مفاد این قاعده نهی تکلیفی از ضرر است. این نظریه به «نظریه شیخ الشریعه» معروف است (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰ق: ص ۲۶). طبق مبنای نخست، احکام تکلیفی و وضعی که به ضرر مکلف می‌انجامند، از دوش او برداشته شده است؛ ولی طبق مبنای دوم، این قاعده فقط دلالت بر نهی از ضرر دارد و دلالتی بر رفع احکام وضعی ندارد.

با بررسی ادله، ظهور ادله لاضرر در مبنای دوم است و در صورت نپذیرفتن این استظهار، می‌توان چنین ادعا کرد که مفاد این قاعده اجمال دارد و نمی‌توان هیچ‌یک از مبانی مطرح در رابطه با آن را پذیرفت و باید به قدرمقیّن از معنا بسنده کرد؛ بنابراین، بیشتر از مفاد نهی از آن نمی‌توان استنباط کرد. در نتیجه، این قاعده دلالتی بر رفع مسئولیت در فرض جواز ندارد.

در صورت پذیرش نظریه نخست نیز وجود اطلاق در قاعده برای رفع مسئولیت سقطدرمانی در هاله‌ای از ابهام است؛ زیرا ضمان در فرض مورد بحث، لازمه حکم حرمت سقط نیست، بلکه خود حکمی است متمایز از حرمت و اصل جعل آن نیز بر عده‌ای ضرری است. بنابراین، شمول قاعده با این اشکال روبه‌روست که مشمول قاعده،

احکامی است که اصل آنها ضرری نیست و صرفاً عمومیت یا اطلاق آن موجب ضرر است. بسیاری از فقها بر این نکته تأکید کرده‌اند (برای نمونه، ر.ک: انصاری، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۴۶۲؛ جواد تبریزی، ۱۳۸۷: ج ۵، ص ۱۰۴).

قاعده لاجرح نیز بر فرض دلالت بر جواز سقط‌درمانی، دلالتی بر رفع مسئولیت مدنی ندارد؛ زیرا مفاد این قاعده محدود به رفع حرج است. مرحوم سید یزدی در این باره می‌گوید: قاعده حرج از احکامی که لازمه آنها حرج است، فقط به مقدار رفع حرج مرتفع می‌کند (یزدی، ۱۴۲۶ق: ص ۵۶۳). بنابراین، قاعده لاجرح بیش از حرمت سقط، که لازمه آن حرج بر مادر است، دلالتی بر سقوط یا عدم سقوط مسئولیت ناشی از سقط ندارد.

اشکال دیگری هم در هر دو قاعده وجود دارد: در صورتی که دیه سقط حق وارثان محسوب شود، رفع ضمان موجب اضرار به صاحبان دیه خواهد بود و چنین موردی از مفاد دو قاعده خارج است (ر.ک: جواد تبریزی، همان: ص ۱۱۸).

#### ۲-۴. قاعده ملازمه بین جواز و عدم دیه و نقد آن

پیش‌ازاین، درباره این قاعده بحث شد و چنین ملازمه‌ای در مورد بحث رد گردید؛ زیرا با توجه به اینکه در مورد بحث، جواز شرعی ناشی از عنوان ثانوی (ضرر و اضطرار و ...) است و ادله عنوانی ثانویه بیش از رفع احکام تکلیفی دلالت ندارند، نمی‌توان ملازمه بین جواز شرعی و عدم ضمان را پذیرفت.

#### ۳-۴. دفاع از نفس

ممکن است برخی دلیل جواز سقط‌درمانی را دفاع از نفس بدانند. این دلیل، در صورت پذیرش، هرگونه مسئولیت مدنی را از ذمه شخص دفاع‌کننده میرا می‌کند؛ زیرا در بسیاری از روایات دفاع، به هدر بودن خون حمله‌کننده تصریح شده است. برای نمونه به چند روایت با سند صحیح اشاره می‌شود:

محمد بن فضیل می‌گوید: «از ابا الحسن علیه السلام درباره دزدی پرسیدم که داخل خانه زنی شده و آن زن در دفاع از خود، او را به قتل رسانده بود.

حضرت علیه السلام فرمودند: "خون دزد هدر است." (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۱۴۶)

ابی بصیر می گوید: «[از معصوم علیه السلام] درباره مردی پرسیدم که دیوانه‌ای را کشته بود. حضرت علیه السلام فرمودند: "اگر دیوانه به‌سوی او حمله کرده و او در دفاع از جان خود، دیوانه را کشته، بر ذمه‌اش چیزی نیست." (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۲۳۱)

معلی ابوعثمان می گوید: «از امام صادق علیه السلام پرسیدم: "چهارپایی که سواری در پشت داشت، مردی را زیر گرفت و خواست که او را لگدکوب کند. مرد وحشت کرد و چهارپا را فراری داد. سوار بر زمین خورد و مجروح شد یا صدمه دیگر دید. [این مسئله] چه حکمی دارد؟" [حضرت علیه السلام] فرمودند: "بر وی ضمانی نیست، و دشمن را از خود دفع نموده و این خود جبار است (یعنی قتلی که دیه ندارد و قصاص در آن نیست)." (همان، ص ۲۲۳)

روایات دفاع از نظر تعداد و سند بسیار معتبرند. این روایات دلالت تام بر سقوط دیه از ذمه شخص دفاع کننده دارند.

عبارات برخی از فقیهان نشان می‌دهد که در نظر آنها، دلیل جواز سقطدرمانی، قاعده دفاع از نفس است. مرحوم تبریزی می‌نویسد: «در صورتی که جنین برای مادر ایجاد خطر کرده است اسقاط آن برای دفاع از نفس بر مادر جائز است.» (جواد تبریزی، ۱۴۲۷ق: ج ۱۰، ص ۴۹۲) آقای قائینی نیز دلالت روایت معلی را بر مسئله سقطدرمانی پذیرفته و آن را از مستندات جواز اسقاط قرار داده است (قائینی، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ص ۲۵۵). وی با تمسک به روایت معلی، قائل به تفصیل در مسئله شده است: تفصیل بین موردی که حیات مادر و سلامتی مادر در خطر است و موردی که مادر به‌خاطر مشقت و حرج اقدام به سقط می‌کند. در مورد نخست، دیه لازم است و در مورد دوم، اگر سقط در فرض پیش از ولوج روح باشد، دیه لازم نیست؛ ولی در مرحله پس از ولوج روح، پرداخت دیه لازم است (قائینی، ۱۳۹۳: ص ۲۸۳).

استناد به این قاعده برای جواز سقطدرمانی با این بیان است که جان مادر یا سلامتی وی از طرف جنین به خطر افتاده و مادر راه نجات خود را فقط در اسقاط جنین می بیند. این قضیه عرفاً دفاع از نفس تلقی می شود. این نکته در فرضی روشن تر است که مادر بیماری کشنده ندارد؛ بلکه بیماری موجود در جنین موجب تهدید مادر شده است.

#### ۴-۳-۱. نقد و بررسی استدلال قاعده دفاع

شاید این استدلال با این اشکال روبه رو شود که وجود مهاجم در ادله دفاع، مفروض است و خطر جانی از هجوم او به شخص مدافع ناشی می شود. در پاسخ باید گفت: اگرچه وجود مهاجم در دفاع در غالب موارد مفروض است، ولی در مفهوم دفاع چنین چیزی شرط نیست. همان طور که برخی فقیهان اشاره کرده اند، در صدق عنوان دفاع، مهاجم بودن، قصد و عدم قصد، عقل و عدم عقل، و کبیر و صغیر بودن شرط نیست (شیرازی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۷).

ولی به نظر می رسد حتی اگر صدق عنوان دفاع بر مادر پذیرفته شود نیز نمی توان از این ادله استفاده عدم ضمان کرد؛ زیرا تعدی و تجاوز در ادله دفاع مفروض است و چه بسا تعدی در هدر بودن خون دخیل است؛ بنابراین، به واسطه این روایات، نمی توان از اطلاعات و جوب پرداخت دیه (در فرض وجود اطلاق در آنها) دست کشید.

#### ۴-۴. معرضیت سقوط

برخی از فقیهان دلیل عدم لزوم پرداخت دیه را در معرض سقوط بودن جنین دانسته اند. مرحوم سبزواری پس از فتوا به عدم وجوب پرداخت دیه، در جایی که امر دائر است بین زنده ماندن مادر و سقط جنین، می نویسد:

«... زیرا دیه برای کسی که در معرض بقاست، واجب است و این در حالی است که این جنین در معرض سقوط و موت است. بنابراین در این فرض، وجوب دیه هیچ وجهی ندارد.» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۹، ص ۳۱۷)

طبق این دیدگاه، در فرضی که به خاطر ضرورت، حکم به جواز سقط شده است، جنین



دیه ندارد. این استدلال بر این مبنا استوار است که وجوب دیه فقط برای موردی است که شخص در معرض بقاست.

#### ۴-۴-۱. نقد و بررسی استدلال معرضیت سقوط

ممکن است این استدلال با این اشکال روبه‌رو شود که در محل بحث، این جان مادر است که در معرض تلف است نه جان جنین؛ بنابراین، مبنای مذکور در صورت پذیرش نیز بر محل بحث منطبق نیست. با وجود این، به نظر می‌رسد وجه در معرض تلف بودن جنین جواز سقط از جانب شرع است. در این صورت، مادر مختار خواهد بود او را سقط کند. پس جنین در معرض تلف است.

ولی با دقت در مضمون مبنای مذکور چنین به دست می‌آید که این مبنا چیزی جز ادعای ملازمه بین جواز و سقط دیه نیست. ملازمه مذکور قبلاً مورد بررسی و انتقاد قرار گرفت. بنابراین، به صرف جواز نمی‌توان قائل به عدم مسئولیت شد.

با توجه به ناتمام بودن ادله دو طرف برای اثبات مسئولیت یا سلب آن، برای حل مسئله، اصل اولی عدم ضمان محکم است.

#### نتیجه

سقط‌درمانی امروزه از موارد مبتلابه برخی از مادران شمرده می‌شود. فقیهان و قانونگذار در شرایط خاصی مجوز این عمل را صادر کرده‌اند. البته همان‌طور که در خود جواز سقط اختلاف هست و قانونگذار، طبق نظر مشهور که موافق با این روش درمانی است، حکم به جواز سقط در شرایط خطر برای مادر داده است، در مسئولیت ناشی از سقط نیز بین بزرگان اختلاف عمده وجود دارد. در این حکم، نظر مشهور بر لزوم پرداخت دیه برای سقط است؛ ولی قانونگذار از نظر غیر مشهور تبعیت و حکم به عدم ضمان کرده است.

بررسی اتصالات روایات ضمان دیه و دربرگیری آنها بر سقط‌درمانی از نکات بسیار حساس و مشکل این بحث است. مبانی مختلف در مباحث ظهورات و نحوه اطلاق‌گیری و پذیرفتن یا نپذیرفتن اطلاق احوالی در این روایات و مبنای حجیت ظهور،

از عمده مباحث تأثیرگذار در دلالت این ادله است. در هر صورت، با بررسی احتمالات و ظهور ناشی از این دسته از روایات، اطمینان کافی برای اطلاق‌گیری از این روایات به دست نمی‌آید و در نتیجه، دلالت آنها بر ضمان پذیرفته نیست؛ اگرچه عدم دلالت آنها نیز اطمینان آور نیست. از طرف دیگر، دو اصل استصحاب عدم ضمان و اصل برائت برای اثبات عدم مسئولیت ناشی از سقط‌درمانی دلالت کافی دارند.

در نتیجه، سقط‌درمانی مسئولیتی برای عامل آن ایجاد نمی‌کند؛ اگرچه پرداخت آن یا مصالحه با مالک دیه، موافق احتیاط مؤکد است.



## کتابنامه

۱. آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵ق)، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار، قم، المطبعة العلمية، چاپ نخست.
۲. ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۴. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب المکاسب، قم، أنوار الهدی، چاپ نخست.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحديثة)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ نخست.
۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، قم، مجمع الفكر الإسلامي، چاپ نهم.
۷. ایروانی، علی (۱۴۲۲ق)، الأصول فی علم الأصول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۸. برقی، ابو جعفر احمد بن محمد بن خالد (۱۳۷۱ق)، المحاسن (للبرقی)، قم، دار الکتب الإسلامية، چاپ دوم.
۹. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷ق)، صراط النجاة (للتبریزی)، قم، دار الصدیقة الشهيدة، چاپ نخست.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷ق)، دروس فی مسائل علم الأصول، قم، دار الصدیقة الشهيدة ع.ج.ت.، چاپ دوم.
۱۱. تبریزی، موسی (۱۳۶۹)، قاعدة الضرر، الید، التجاوز و الصحة (أوثق الوسائل)، قم، کتابفروشی کتبی نجفی، چاپ نخست.
۱۲. خامنه‌ای، سید علی (۱۴۲۰ق)، أجوبة الاستفتائات (بالعربية)، بیروت، الدار الإسلامية، چاپ سوم.
۱۳. خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، کتاب البیع (للإمام الخمينی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ع.ج.ت.، چاپ نخست.



١٤. خوئی، سید ابوالقاسم (١٤٢٧ق)، فقه الأعدار الشرعية و المسائل الطبية (المحشى)، قم، دار الصديقة الشهيدة عليها السلام، چاپ نخست.
١٥. \_\_\_\_\_ (١٤٢٢ق)، مصباح الأصول، قم، مؤسسة إحياء آثار السيد الخوئی، چاپ نخست.
١٦. \_\_\_\_\_ (بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، بی جا، بی نا.
١٧. \_\_\_\_\_ (١٤١٠ق)، تکملة المنهاج، قم، نشر مدينة العلم، چاپ بیست و هشتم.
١٨. سبزواری، سید عبدالاعلی (١٤١٣ق)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
١٩. شبیری زنجانی، سید موسی (١٤١٩ق)، کتاب نکاح (زنجانی)، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ نخست.
٢٠. شهید ثانی (زین الدین عاملی) (١٤١٠ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى) - کلاتر)، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
٢١. شیخ صدوق (ابی جعفر محمد بن علی بن الحسین بن بابویه قمی) (١٤١٣ق)، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
٢٢. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (١٤٠٧ق)، تهذیب الأحکام، ج ١٠، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
٢٣. شیخ الشریعه اصفهانی (فتح الله) (١٤١٠ق)، قاعدة لا ضرر (الشیخ الشریعة)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
٢٤. شیرازی، سید محمد حسینی (١٤٢١ق)، الفقه، المرور و آداب السفر، بیروت، مؤسسه المجتبی، چاپ نخست.
٢٥. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (١٤٠٤ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
٢٦. صدر، محمد باقر (١٤١٧ق)، بحوث فی علم الأصول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، چاپ سوم.
٢٧. صیمری، مفلح بن حسن (١٤٢٠ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار الهمادی، چاپ نخست.
٢٨. طباطبائی حکیم، سید محسن (١٤١٦ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ نخست.

۲۹. طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، قم، مؤسسه آل‌البتی، چاپ نخست.
۳۰. عاملی، سید جواد (بی‌تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ نخست.
۳۱. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، شش جلدی، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ نخست.
۳۲. فاضل لنکرانی، محمد (بی‌تا الف)، احکام پزشکان و بیماران، بی‌جا، بی‌نا.
۳۳. \_\_\_\_\_ (بی‌تا ب)، جامع المسائل (فارسی - فاضل)، دو جلدی، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم.
۳۴. فاضل هندی (محمد اصفهانی) (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۵. فخرالمحققین (محمد بن حسن بن یوسف حلی) (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، چاپ نخست.
۳۶. فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ق)، التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۳۷. قائینی، محمد (۱۳۹۳)، «سقط جنین از منظر پزشکی، فقه و حقوق»، فقه و اجتهاد، ش ۱، ص ۲۷۹-۲۸۴.
۳۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۴ق)، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة، قم، مرکز فقه الأئمة الأطهار، چاپ نخست.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی (ط - الإسلامیه)، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.
۴۰. مامقانی، ملا عبدالله (۱۳۵۰ق)، حاشیه علی رساله لا ضرر (للامقانی)، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، چاپ نخست.
۴۱. محقق ثانی (علی بن حسین کرکی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البتی، چاپ دوم.

٤٢. محقق حلی (نجم‌الدین جعفر بن حسن) (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چهارجلدی، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
٤٣. مکارم شیرازی، ناصر (١٤٢٧ق)، استفتائات جدید (مکارم)، قم، انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام، چاپ دوم.
٤٤. منتظری، حسین علی (١٤٢٧ق)، احکام پزشکی، قم، سایه، چاپ سوم.
٤٥. نراقی، مولی احمد (١٤١٥ق)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
٤٦. نراقی، مولی محمد (١٤٢٢ق)، مشارق الأحکام، یکجلدی، قم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، چاپ دوم.
٤٧. هاشمی شاهرودی، سید محمود (١٤٢٣ق)، قراءات فقهیة معاصرة، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ نخست.
٤٨. یزدی، محمد کاظم (١٤٢٦ق)، حاشیة فرائد الأصول، قم، دارالهدی، چاپ نخست.





## تأملی در حکم تبدیل نیت تمتع به افراد در بانوان حج گزار

مهدی ساجدی\*

### چکیده

پژوهش پیش‌رو حکم تبدیل نیت عمره تمتع به حج افراد در مورد بانوان در انجام فریضة حج و عمره، به دلیل لزوم رعایت شرط طهارت را بررسی کرده است. همچنین، فتوای فقهای فقیهان و مستندات آنان را نیز در این باره کاویده است. یافته‌های این پژوهش، که به صورت اسنادی و کتابخانه‌ای صورت گرفته، چنین است: با توجه به اینکه شرط ورود به مسجد الحرام و انجام طواف، طهارت است، بانوان می‌توانند جهت رعایت این شرط، با استفاده از دارو از ایجاد قاعدگی جلوگیری کنند؛ مشروط به اینکه استفاده از دارو برای آنان ضرر قابل توجهی نداشته باشد. اما در فرض پیشامد قاعدگی، در صورتی که فرصت برای انجام اعمال عمره و درک حج، ضیق باشد، پنج نظریه مطرح شده است و مطابق با نظر مشهور فقیهان، بانوی حج گزار باید نیت عمره تمتع را به حج افراد تبدیل نماید. اما دقت نظر در دو دسته از روایات موجود در این زمینه، ما را به این نتیجه می‌رساند که ملاک حکم در مورد وظیفه مکلفی که دچار قاعدگی شده، علم به امکان حصول طهارت، پیش از فرارسیدن زمان حج و عدم علم است: بدین معنا که اگر مکلف می‌داند حصول طهارت پیش از فرارسیدن زمان حج ممکن نیست، باید نیت خود را تبدیل به حج افراد نماید؛ اما اگر علم به حصول طهارت تا آن زمان ندارد، باید بر نیت تمتع باقی بماند و سعی و تقصیر را انجام دهد. در این صورت، چنانچه بعد از حصول طهارت فرصت داشت، بقیه اعمال عمره تمتع را انجام دهد و اگر فرصت ضیق بود یا طهارت حاصل نشد، اعمال حج را به‌جا آورده و پس از آن، طواف عمره قبل از انجام طواف حج را قضا کند.

**کلیدواژه‌گان:** حکم بانوان، قضای طواف، طهارت، تبدل نیت، عدول.



## مقدمه

در فرهنگ وحی و زبان قرآن، پیروی از دستورهای الهی، به‌ویژه زیارت خانه خدا و انجام مناسک حج، به مردم سرزمین معین یا قشر و گروه و دسته خاصی از آنها اختصاص ندارد و هیچ فردی، چه زن و چه مرد، و افراد هیچ منطقه‌ای به انجام مناسک حج از دیگران سزاوارتر نیستند. خداوند متعال می‌فرماید: ﴿... وَالْمَسْجِدَ الْحَرَامَ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ...﴾ (حج: ۲۵).

در حج، فرصت یکسانی برای زنان و مردان فراهم شده تا به یکی از بارزترین نمودهای بندگی و پرستش خدای تبارک‌وتعالی و کرنش در برابر او توجه ویژه پیدا کنند و پایه‌های توحید را در عقیده و عمل مستحکم کنند و یکسان و یکجا و یک‌زمان و یک‌صدا به عبادت خدای سبحان روی آورند.

گرچه در بیشتر احکام حج، مردان و زنان با یکدیگر اشتراک دارند، انجام برخی از مناسک و اعمال حج برای بانوان با مشکلاتی همراه است. همین امر سبب شده برخی احکام حج ویژه بانوان باشد و آنان در مواردی چند از احکام مورد استثنا قرار گیرند. یکی از مشکلات بانوان در انجام مناسک حج و عمره، شرط طهارت برای ورود به مسجدالحرام و انجام طواف است.

زنانی که در ایام انجام مناسک حج، دچار حیض یا نفاس شوند، در بیشتر اعمال مانند احرام، سعی، وقوف، قربانی، تقصیر و رمی با مشکل و محدودیتی روبه‌رو نیستند، اما ورود به مسجدالحرام، طواف و نماز آنان مشروط به طهارت است. از طرف دیگر، ممکن است در بیشتر اوقات، بانوان برای انجام اعمال عمره یا حج با محدودیت در وقت روبه‌رو باشند و امکان به‌تأخیر انداختن اعمال تا زمان حصول طهارت برای آنان وجود نداشته باشد. برای حل مشکل، دو راهکار «استفاده از دارو برای به‌تأخیر انداختن ایام قاعدگی» و «تبدیل نیت عمره تمتع به حج افراد» مورد بررسی فقهی قرار می‌گیرد.

### ۱. استفاده از دارو برای به‌تأخیر انداختن ایام قاعدگی

پیشینه پدیدار شدن مشکل طهارت زنان برای ورود به مسجدالحرام و انجام طواف به

زمان معصومان علیهم السلام بازمی‌گردد. برخی از دوستداران اهل بیت علیهم السلام در زمان انجام اعمال حج با مراجعه به پیشوایان خود از آنان برای رفع این مشکل راهکار می‌خواسته‌اند. برای نمونه، مرحوم کلینی روایتی را درباره یکی از دختران خاندان علی بن یقین آورده که در مکه دچار قاعدگی شد. او سخت از این بابت ناراحت بود و می‌ترسید حج از دستش برود. پدر وی با فرستادن فرزند خود نزد امام کاظم علیه السلام و طرح مشکل، از ایشان راهنمایی گرفت و مشکل دخترش را برطرف کرد (کلینی، ۱۳۶۵: ج ۴، ص ۴۵۱). نکته مهم در این روایت، دستورالعمل امام علیه السلام و ارائه راهی برای جلوگیری از پیشامد قاعدگی است. این امر نشان می‌دهد علاج مشکل با طبابت بر راهکارهای دیگر مقدم است.

بدیهی است استفاده از دارو برای درمان و بهبودی امری جایز و مشروع است؛ با وجود این، اگر مکلف بخواهد با استفاده از دارو، نظام طبیعی بدن خود را به هم بزند یا مختل کند و از این طریق بخواهد مشکل قاعدگی را حل کند، این استعمال نباید برای بدنش ضرر قابل توجهی داشته باشد وگرنه به دلیل حرمت اضرار به نفس، استفاده از دارو برای جلوگیری از قاعدگی برای او حرام است.

اما چنانچه مکلف با وجود علم به ضرر، با استفاده از دارو مشکل قاعدگی را حل و شرط طواف یعنی طهارت از خَبَث را تحصیل کند، پرسش اینجاست: آیا او می‌تواند عمل عبادی طواف را انجام دهد که مشروط به طهارت حاصل به‌طور طبیعی یا از طریق مباح است؟ به عبارت دیگر، آیا منهی بودن روش تحصیل طهارت به‌عنوان شرط عبادت، مانع از صحت عبادت است یا خیر؟

محقق بجنوردی رحمته الله علیه در این ارتباط چنین نگاشته است:

«... ضرر داشتن موجب حرام شدن فعل ضرری می‌گردد. از این رو ارتکاب فعلی که در انجام آن ضرر هست، جایز نیست. بنابراین ضرری بودن با عبادت، که قصد قربت در آن شرط است، جمع نمی‌شود و به عبارت دیگر، فعل ضرری مبعّد است و مبعّد نمی‌تواند سبب قرب شود و اطاعت



خداوند با معصیت محقق نمی‌شود. البته این کلام - یعنی فعل ضرری در تمام مراتب شدت و ضعف در ضرری بودن حتی در فرض ضرر خفیف، حرام و مبعّد است - خالی از نظر نیست؛ مگر اینکه گفته شود مرتبه خفیف ضرر که حرام و مبعّد نیست، موجب رفع حکم شرعی الزامی نمی‌شود.» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۱، ص ۲۶۰)<sup>۱</sup>

باوجود این، باید توجه داشت عمل مشتمل بر ضرر در فرضی باطل است که یا خودش یا جزء اکتفاشده بر آن یا شرطش عبادی و مشتمل بر ضرر باشد (ر.ک: آخوند خراسانی، ۱۴۲۴ق: ص ۲۲۲)؛ اما اگر شرط عبادت، خودش عمل عبادی نباشد - مانند طهارت در موضوع مورد بحث - نهی از آن یا از وصف غیر ملازم با آن به صحت عبادت (طواف) ضرری نمی‌زند. بنابراین در فرض بحث، طواف فردی که با روش منهی و ضرری تحصیل طهارت نموده، صحیح است.

## ۲. تبدیل نیت عمره تمتع به حج افراد

گاهی ممکن است برای مکلف به دلیل عارض شدن قاعدگی، امکان طواف یا ادامه آن فراهم نباشد و فرصت انجام مناسک نیز، به هر دلیل، محدود و ضیق باشد؛ به گونه‌ای که مکلف نتواند پیش از فرارسیدن زمان انجام مناسک حج، اعمال عمره را با حصول طهارت به پایان برساند و در سرزمین عرفات حاضر شود. در این فرض، فقیهان درباره وظیفه مکلف اختلاف نظر دارند و نظرات متعددی ارائه نموده‌اند. محقق یزدی رحمته‌الله در مورد نظرات مطرح در این باره و مستندات هریک چنین نگاشته است:

«فقیهان در مورد وظیفه حائض و نفساء در صورتی که فرصت‌شان برای تحقق طهارت و اتمام عمره و درک زمان حج ضیق باشد، اختلاف نظر دارند. از این رو اقوال متعددی مطرح است که عبارت‌اند از:

الف. عدول به نیت حج افراد و اتمام آن و سپس انجام عمره بعد از حج، به دلیل برخی از اخبار؛





ب. ترک طواف و انجام سعی، سپس خروج از احرام و احرام دوباره برای حج و بعد از اتمام اعمال حج، قضای طواف عمره پیش از انجام طواف حج، دلیل بر این قول نیز تعدادی دیگر از اخبار است.

ج. تخییر بین صورت اول و دوم به دلیل جمع بین دو دسته از اخبار.

د. تفصیل بین صورتی که قبل از احرام دچار حیض شود که باید عدول کند و صورتی که بعد از احرام و شروع در انجام اعمال دچار حیض شود که باید طواف را ترک کند و بقیه اعمال را انجام دهد و سپس به انجام حج بپردازد و پس از آن طواف عمره را قضا کند. در مورد این قول نیز برخی مدعی اند مقتضای جمع بین اخبار همین تفصیل است.

ه. برای انجام طواف عمره نایب بگیرد و سپس اعمال عمره را تکمیل کند و به انجام حج بپردازد. « (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۶۲۸)

البته ایشان بعد از نقل اقوال، قول اول را قول حق معرفی نموده است. همچنین صاحب جواهر رحمته الله علیه این قول را مطابق با نظر مشهور فقیهان می داند. به اعتقاد او، این نظریه دارای شهرت عظیمه است (صاحب جواهر، بی تا: ج ۱۸، ص ۲۹-۳۶).<sup>۲</sup>

در این میان، محقق خوئی رحمته الله علیه، برخلاف مشهور، درباره قول اقوی به تفصیل قائل شده و معتقد است چنانچه قاعدگی قبل از احرام اتفاق افتد، مکلف برای حج افراد مُحَرَّم می شود و پس از انجام اعمال حج، عمره را به جا می آورد؛ اما اگر بعد از احرام دچار حیض شد و نتوانست عمره را پیش از فرارسیدن زمان حج انجام دهد، بین عدول به حج افراد و انجام عمره پس از آن، و بین انجام سعی و تقصیر و احرام برای حج و انجام مناسک آن و سپس قضای طواف عمره مخیر است (خوئی، ۱۴۱۸ق: ج ۲۷، ص ۲۴۲).

چنان که بیان شد، مطابق با نظر مشهور فقیهان، اگر بانوی حج گزار در میقات و پیش از احرام بستن یا پس از احرام و پیش از انجام طواف دچار قاعدگی شود، اگر می داند تا زمان حصول طهارت، فرصتی برای انجام عمره باقی نمی ماند، باید یا می تواند (حسب

اختلاف در بیان فقیهان) نیت خود را به حج افراد تبدیل کند (برای نمونه، ر.ک: محقق حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۳، ص ۷۴).

البته، در مقابل قول مشهور، برخی فقیهان اقوال دیگری مانند قول تخییر و قول تفصیل را نیز مطرح کرده و برخی همچون محقق خوئی<sup>ع</sup> قول تفصیل را اقوی دانسته‌اند.

از آنجا که مطابق با بیان محقق یزدی<sup>ع</sup>، منشأ اختلاف نظرات فقیهان در مورد وظیفه بانوی متمتع در فرض پیشامد قاعدگی، اختلاف و تعارض روایات است، لازم است پیش از بیان هرگونه نقدی به کلام فقیهان، ابتدا روایات و مستندات اقوال آنان را بررسی کنیم.

## ۱-۲. بررسی روایات

روایات مورد استناد در استنباط حکم مسئله را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

دسته نخست روایاتی هستند که در آنها امام<sup>ع</sup> در مورد بانوی متمتع که دچار قاعدگی شده، دستور به تبدل نیت به حج افراد داده‌اند. این روایات به قرار ذیل است:

الف. صحیح جمیل قال: سألت أبا عبد الله<sup>ع</sup> عن المرأة الحائض إذا قدمت مكة يوم التروية؟ قال: «تمضى كما هي إلى عرفات فتجعلها حجة، ثم تقيم حتى تطهر فتخرج إلى التنعيم فتحرم فتجعلها عمرة.» قال ابن أبي عمير: كما صنعت عائشة. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۹۰: حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۱، ص ۲۹۷)

ب. معتبره إسحاق عن أبي الحسن<sup>ع</sup> قال: سألت عن المرأة تجيء متمتعاً فتطمث قبل أن تطوف بالبيت حتى تخرج إلى عرفات. قال: «تصير حجة مفردة قلت: عليها شيء؟ قال: دم تهريقه و هي أضحيته.» (همان، ص ۲۹۹)



ج. صحیح ابن بزيع قال: سألتُ أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تدخل مكة متمتعة فتحيض قبل أن تحل، متى تذهب متعتها؟... فقال: «إذا زالت الشمس ذهبت المتعة»، فقلت: فهي على إحرامها، أو تجدد إحرامها للحج؟ فقال عليه السلام: «لا، هي على إحرامها.» (همان، ص ۳۰۰؛ شيخ طوسي، ۱۳۸۷ق: ج ۲، ص ۳۱۱)

د. صحیح معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أسماء بنت عميس نفست بمحمد بن أبي بكر بالبيداء لأربع بقين من ذى القعدة فى حجة الوداع، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وآله فاغتسلت واحتشيت وأحرمت ولبت مع النبي صلى الله عليه وآله وأصحابه، فلما قدموا مكة لم تطهر حتى نفروا من منى - إلى أن قال: - فلما نفروا من منى أمرها رسول الله صلى الله عليه وآله فاغتسلت و طافت بالبيت وبالصفا و المروة.» (شيخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۳۸۰؛ حر عاملی، همان: ج ۱۲، ص ۴۰۱)

ه. صحیح زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن أسماء بنت عميس نفست بمحمد بن أبي بكر فأمرها رسول الله صلى الله عليه وآله حين أرادت الإحرام من ذى الحليفة أن تحتشى بالكُرْسُف و الخرق و تهلّ بالحجّ، فلما قدموا مكة و قد نسكوا المناسك و قد أتى لها ثمانية عشر يوما فأمرها رسول الله صلى الله عليه وآله أن تطوف بالبيت وتصلّى ولم ينقطع عنها الدم، ففعلت ذلك.» (كلبيني، ۱۳۶۵: ج ۴، ص ۴۴۹)

دسته دوم روایاتی را دربر می گیرد که در آنها امام عليه السلام در مورد وظیفه مکلف در فرض پیشامد قاعدگی حکم به بقا بر نیت تمتع نموده اند. این روایات عبارت اند از:

الف. معتبره أبی بصیر قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى المرأة المتمتعة إذا أحرمت وهى طاهر ثم حاضت قبل أن تقضى متعتها: «سعت و لم تطف حتى تطهر ثم تقضى طوافها و قد تمت متعتها، وإن هى أحرمت وهى حائض لم تسع ولم تطف حتى تطهر.» (حر عاملی، همان: ج ۱۳، ص ۴۵۰)

ب. المستفیضة التي رواها العلاء بن صبيح و عبد الرحمن بن الحجاج و على ابن رئاب و عبد الله بن صالح، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأة المتمتعة إذا قدمت مكة ثم حاضت تقيم ما بينها وبين التروية، فإن طهرت طافت بالبيت وسعت بين الصفا و المروة، وإن لم تطهر إلى يوم التروية اغتسلت واحتشت ثم سعت بين الصفا و المروة ثم خرجت إلى منى، فإذا قضت المناسك وزارت بالبيت، طافت بالبيت طوافاً لعمرتها، ثم طافت طوافاً للحج، ثم خرجت فسعت فإذا فعلت ذلك فقد أحلت من كل شيء يحل منه المحرم إلا فراش زوجها، فإذا طافت طوافاً آخر، حل لها فراش زوجها.» (كلىنى، همان: ص ۴۴۵؛ حر عاملی، همان: ص ۴۴۸)

ج. رواية عجلان أبي صالح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة متمتعة قدمت مكة فرأت الدم؟ قال: «تطوف بين الصفا و المروة، ثم تجلس فى بيتها فإن طهرت طافت بالبيت، وإن لم تطهر فإذا كان يوم التروية أفاضت عليها الماء وأهلت بالحج من بيتها، وخرجت إلى منى وقضت المناسك كلها، فإذا قدمت مكة طافت بالبيت طوافين، ثم سعت بين الصفا و المروة، فإذا فعلت ذلك فقد حل لها كل شيء ما خلا فراش زوجها.» (همان، ص ۴۴۹)

د. روايته الأخرى أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إذا اعتمرت المرأة ثم اعتلت قبل أن تطوف قدّمت السعى، وشهدت المناسك، فإذا طهرت و انصرفت من الحجّ قضت طواف العمرة وطواف الحجّ وطواف النساء، ثم أحلت من كل شيء.» (همان)

ه. مرسله يونس بن يعقوب، عن رجل أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: - وسئل عن امرأة متمتعة طمشت قبل أن تطوف فخرجت مع الناس إلى منى - : «أو ليس هى على عمرتها وحجتها، فلتطف طوافاً للعمرة، وطوافاً للحج.» (كلىنى، همان: ص ۴۴۷)

و. صحیحة الحلبی و فیها: «... فإن اعتلن کن علی حجتہن ولم یضررن بحجتہن.» (حر عاملی، همان: ج ۱۱، ص ۲۹۷)

ز. صحیحة الکاهلی عن ابي عبد الله علیه السلام قال: «... وإن اعتلن کن علی حجتہن ولم یفردن حجتہن.» (همان: ج ۱۳، ص ۴۵۲)

## ۲-۲. نقد اقوال و بیان دیدگاه برگزیده

روایاتی که به عنوان مستند فقیهان در اقوال نقل شده پیشین قرار گرفته، غیر از مرسله یونس بن یعقوب و مرسله ابی بصیر پذیرفته شده است. از این رو، به نظر می رسد با توجه به کثرت روایات صحیح، تشکیک در این اسناد راه به جایی نمی برد و شایسته است بحث بر دلالت این روایات متمرکز گردد؛ گرچه باید پذیرفت برخی از این اسناد، از جهت وثوق مخبری و نیز دلالت، قوت بیشتری دارند.

چنان که گذشت، مشهور فقیهان معتقدند بین دو دسته روایات که بیان کننده وظیفه حائض و نساء در حج تمتع اند، تعارض وجود دارد. به نظر برخی از فقیهان، همچون محقق یزدی علیه السلام، مشهور این گونه تعارض را حل کرده اند: آنان با استناد به شهرت، روایات دسته نخست، که بیان می کند مکلف بر نیت تمتع باقی بماند، را بر روایات دسته دوم ترجیح داده اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۶۲۸)؛ البته، برخی دیگر مانند محقق خوئی علیه السلام نیز معتقدند مشهور به دلیل تعارض و تساقط دو دسته از روایات، به صحیح جمیل تمسک نموده و این قول را برگزیده اند (خوئی، ۱۴۱۸ق: ج ۲۷، ص ۲۵۰).

اما دقت نظر در روایات گذشته نشان می دهد که از سویی، تعارضی بین دو دسته روایات وجود ندارد. از سوی دیگر، بر فرض پذیرش تعارض، استناد به شهرت فتوایی در ترجیح روایات دسته نخست صحیح نیست؛ زیرا شهرتی که در باب تعارض مطابق با مقبوله عمر بن حنظله موجب ترجیح است، شهرت روایی است نه فتوایی؛ همچنین، منظور از «مجمع علیه» در این روایت، اجماع اصطلاحی امروز نیست تا بتوان آن را بر اجماع عملی فقیهان یا شهرت مدنظر قائل تطبیق داد (ر.ک: سبحانی، ۱۴۲۶ق: ج ۲، ص ۴۵۲).





برخی از فقیهان معاصر در رد قول به تخییر چنین نگاهی دارند:

«اگر منظور قائلان به تخییر، تخییر ظاهری از این جهت است که حکم ظاهری در دو خبر متعارض، تخییر است، این تخییر فرع تساوی و هم‌وزنی دو دسته از روایات با یکدیگر است؛ درحالی که روایات دسته نخست بر دسته دوم از این جهت دارای ترجیح است. اگر مقصود قائلان این قول، تخییر واقعی است و معتقدند مکلف، درواقع، همانند تخییر بین خصال کفاره، بین عدول و بقا مخیر است، این اشکال به آنان وارد است که لسان هر دو دسته از روایات، لسان تعیین حکم است و هریک دیگری را نفی می‌کند.» (همان، ص ۴۵۳)

البته، از آنجا که تخییر فرع وجود تعارض بین روایات است، با نفی تعارض بین روایات - به بیانی که خواهد آمد - نیز صحت قول سوم می‌تواند مورد تردید قرار گیرد.

اما در مورد قول چهارم باید گفت: به نظر می‌رسد آنچه محقق خوئی رحمته الله علیه در مورد وظیفه مکلف در عدول به نیت افراد یا بقا بر تمتع از روایات باب استنباط نموده و ملاک قرار داده، حدوث قاعدگی پیش یا پس از احرام است. از این رو، ایشان در حکم مکلفی که با مشکل پیشامد قاعدگی روبه‌روست قائل به تفصیل شده است. برخی از فقیهان با این تفصیل مخالفت کرده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۶۲۹). مبنای مخالفت آنان با این تفصیل را می‌توان در دو امر زیر خلاصه نمود:

نخست: عمل نکردن مشهور فقیهان به آن؛

دوم: وجود روایاتی دال بر جواز تبدیل نیت به حج افراد در فرض پیشامد قاعدگی بعد از احرام.

بنابراین، مطابق با نظر این بزرگان، ملاک مستنبط ایشان از روایات نمی‌تواند قول به تفصیل را پشتیبانی کند. اما چنین به نظر می‌رسد که قول به تفصیل از جهت دیگری مورد ملاحظه است، زیرا هر دو دسته از روایات درصدد بیان وظیفه مکلفی اند که پیش یا پس از احرام با مشکل پیشامد قاعدگی روبه‌روست؛ با این تفاوت که علم به امکان یا عدم امکان

حصول طهارت تا زمانی که فرصت برای انجام اعمال عمره تمتع باقی است، در موضوع حکم و در نتیجه، در حکم و وظیفه مکلف اخذ شده است. به عبارت دیگر، پیشامد قاعدگی به خودی خود، در حکم مسئله دخیل نیست تا بخواهد ملاک قرار گیرد؛ بلکه پیشامد قاعدگی از این جهت در حکم مسئله تأثیرگذار است که می تواند فرصت مکلف را برای انجام عمره و درک حج ضیق کند و از طرفی علم مکلف به امکان و عدم امکان حصول طهارت تا هنگام فرارسیدن زمان انجام مناسک حج نیز می تواند باعث ایجاد تفاوت در وظیفه مکلف گردد.

به دیگر سخن، دقت نظر در هر دو دسته از روایات، ما را به این نتیجه می رساند: ملاک حکم امام علیه السلام در مورد وظیفه مکلفی که دچار قاعدگی شده، علم به امکان حصول طهارت، پیش از فرارسیدن زمان حج و عدم علم است؛ بدین معنا که حضرت علیه السلام در مورد مکلفی که بعد از پیشامد قاعدگی - ولو به حکم استصحاب بقای حیض - می داند پیش از فرارسیدن زمان حج نمی تواند اعمال عمره را انجام دهد، حکم به تبدیل نیت به حج افراد نموده اند. درباره ملاک فوق، علاوه بر قرائن موجود در هر روایت، شواهدی از دیگر روایات نیز وجود دارد. حال مناسب است با این دید، روایات را بار دیگر تحلیل و بررسی کنیم:

اولین روایت از دسته نخست صحیح جمیل است. در این روایت، پرسش درباره زن حائضی است که به نیت تمتع مُحَرَّم شده و درحالی که قاعدگی او ادامه دارد، یوم الترویبه به مکه رسیده است. چنین مکلفی می داند قادر نیست اعمال عمره را قبل از زوال شمس در یوم الترویبه به پایان برساند؛ از این رو حضرت علیه السلام می فرمایند با همان احرام به عرفات برود. این سخن کنایه از تبدیل نیت عمره به حج افراد است.

دومین روایت، روایت معتبر اسحاق بن عمار از امام کاظم علیه السلام است. در این روایت، پرسش درباره بانویی است که هنگام احرام طاهر بوده و پیش از انجام طواف، دچار قاعدگی شده و تا زمان خروج به عرفات، قاعدگی او ادامه دارد. چنین مکلفی نیز می داند که قادر به انجام اعمال عمره پیش از فرارسیدن زمان حج نیست. از این رو، امام کاظم علیه السلام در مورد او امر به تبدیل نیت به افراد نموده اند.

سومین روایت، صحیح ابن‌بزیع است. در صحیح ابن‌بزیع، سائل می‌داند وظیفهٔ مکلفی که دچار قاعدگی شده، تمتع است و پیشامد قاعدگی به نیت تمتع او ضرر نمی‌زند و نیز می‌داند در فرض ضیق وقت و علم به عدم امکان حصول طهارت، باید نیت را به حج افراد مبدل گرداند؛ اما نمی‌داند چه زمانی فرصت او ضیق می‌شود و پس از آن، انجام عمرهٔ تمتع مشروعیت نخواهد داشت. از این رو، پرسش از امام علیه السلام در مورد این مطلب نیست که آیا نیت خود را به افراد تبدیل کند یا بر نیت تمتع باقی بماند؛ بلکه سؤال او دربارهٔ این مطلب است که تا چه زمانی برای انجام عمرهٔ تمتع فرصت در اختیار دارد تا اگر وقتش ضیق است، نیت را به افراد تبدیل کند و اگر زمان کافی برای حصول طهارت و انجام عمره در اختیار دارد، بر نیت تمتع باقی بماند.

صحیح معاویه بن عمار و زراره که چهارمین و پنجمین روایت از روایات دستهٔ نخست‌اند نیز به‌صراحت بیان می‌کند چون برای اَسْمَاء بنت عمیس از زمان ورود به مکه تا زمان اتمام مناسک حج، طهارت حاصل نشد، او حج افراد و سپس به‌دستور رسول خدا صلی الله علیه و آله عمرهٔ مفرده به‌جای آورد. البته، در این دلالت، صحیح زراره وضوح بیشتری دارد؛ زیرا بیان می‌کند وی از همان ابتدا مطابق با فرمان رسول گرامی اسلام صلی الله علیه و آله به نیت حج افراد مُحْرِم شده است. این سخن مطلبی فراتر از مورد ادعا را اثبات می‌کند و می‌تواند شاهدی بر ملاک مستنبط از روایات باشد؛ زیرا اثبات می‌کند در جایی که بانوی حج‌گزار هنگام احرام - ولو به حکم استصحاب بقای حیض یا نفاس - می‌داند قادر به ادای حج تمتع نیست، می‌تواند از همان ابتدا حج افراد را نیت کند. چه اینکه اگر احتمال می‌داد موفق به انجام عمره تمتع می‌شود، نمی‌توانست از همان ابتدا به نیت حج افراد محرم شود.

ملاک مستنبط از روایات یعنی علم و عدم علم به امکان حصول طهارت تا هنگام فرارسیدن زمان مناسک حج، در مورد روایات دستهٔ دوم نیز صادق است. بدین معنا که امام علیه السلام در مورد بانوی متمتعی که دچار قاعدگی شده، حکم به بقا بر نیت تمتع و انجام سعی و تقصیر نموده‌اند؛ به این دلیل که آن شخص نمی‌داند تا هنگام فرارسیدن زمان انجام مناسک حج، طهارت برای او حاصل می‌گردد یا نه. با توجه به این مطلب، مناسب است روایات دستهٔ دوم را نیز بررسی و تحلیل کنیم:



نخستین روایت از این دسته، مرسلهٔ ابی بصیر است. اگر از ارسال در سند این روایت چشم‌پوشی کنیم، باید گفت: امام علیه السلام در این روایت در مورد بانویی که در زمان احرام طاهر بوده و پیش از انجام عمرهٔ تمتع، دچار قاعدگی شده است، حکم به بقا بر نیت تمتع و انجام سعی، و در فرضی که در زمان احرام حائض بوده، حکم به عدم ادای سعی و طواف تا زمان حصول طهارت نموده‌اند.

به نظر می‌رسد در قسمت دوم روایت، دستور امام علیه السلام به صبر، جهت روشن شدن وضعیت بانوی حج‌گزار برای خودش باشد تا چنانچه بعد از حصول طهارت برای انجام عمره تمتع فرصت دارد، به ادای عمره بپردازد و اگر فرصت او ضیق است، نیت را به حج افراد برگرداند. با وجود این، برخی از فقیهان قسمت دوم از کلام امام علیه السلام را تنها ظاهر در عدول و انقلاب به افراد دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۲۶ق: ج ۲، ص ۴۴۶).

در تحلیل روایت فوق باید بگوییم: مکلف علی‌القاعده زمانی به انجام عمره مبادرت می‌ورزد که برای به‌پایان رساندن آن پیش از فرارسیدن زمان مناسک حج، فرصت کافی در اختیار داشته باشد. از آنجا که او هنگام احرام طاهر بوده، خود را قادر بر انجام اعمال عمره می‌دیده است. از این رو امام علیه السلام در حکم چنین مکلفی که بعد از احرام دچار قاعدگی شده، می‌فرمایند سعی را انجام دهد و برای انجام طواف در انتظار تحقق طهارت باشد. به عبارت دیگر، چون مکلف از ابتدا علم به تحقق حیض و عدم طهارت ندارد، امام علیه السلام حکم به عدول به افراد نفرموده و نیت تمتع او را مستقر دانسته‌اند.

این مطلب در مورد مکلفی که در زمان احرام دچار قاعدگی است، روشن‌تر است؛ زیرا احتمال حصول طهارت برای وی پیش از فرارسیدن زمان حج، قوی‌تر از فرض پیش است. از این رو، امام علیه السلام در مورد او حکم به عدم انجام سعی و طواف نموده‌اند. البته، چنان‌که بیان شد، می‌توان گفت قسمت دوم روایت ناظر به این است که مکلف در این فرض نباید به انجام عمرهٔ تمتع مشغول شود تا علم به امکان انجام عمرهٔ تمتع برای او حاصل گردد؛ بدین معنا که بعد از نیت تمتع، باید صبر کند تا برایش طهارت حاصل شود، آنگاه بسنجد که فرصت برای ادای عمره دارد یا نه تا اگر فرصت کافی ندارد، نیت خود را

به حج افراد مبدل کند. روایت صحیح معاویه و زراره می‌تواند مؤید و شاهد بر این برداشت باشد.

همین بیان در مورد روایت دوم، یعنی مستفیضة علاء نیز جاری است؛ چون زمانی که مکلف وارد مکه و پس از آن دچار قاعدگی شده است، احتمال می‌دهد پیش از فرارسیدن زمان حج برای وی طهارت حاصل شود. تعبیر امام علیه السلام که می‌فرمایند: «تقیم ما بینها و بین الترویبه» نیز مؤید این معناست. بنابراین، مکلف علم به عدم امکان حصول طهارت تا هنگام فرارسیدن زمان حج ندارد. از این رو، امام علیه السلام در مورد وی فرمان به صبر و به‌انتظار نشستن برای طهارت داده‌اند تا چنانچه برای وی طهارت حاصل شد و فرصت کافی نیز برای انجام عمره در اختیار داشت، به انجام عمره تمتع مبادرت ورزد؛ وگرنه پس از انجام سعی و پایان دادن به مناسک حج، اعمال عمره را تکمیل نماید.

سخن و تحلیل فوق بعینه در مورد دو روایت عجلان‌ابی صالح نیز تعمیم‌پذیر است.

در دو صحیحه حلبی و کاهلی نیز حضرت علیه السلام می‌فرمایند: به‌صرف حدوث حیض، حج تمتع زنان از دست نمی‌رود و تبدیل نیت به حج افراد لازم نیست. این دو روایت مطلق‌اند و تنها درصدد بیان ضرر نرسیدن به حج زنانی است که بعد از احرام به عمره تمتع، دچار قاعدگی می‌شوند. بنابراین، درصدد بیان وظیفه آنان پس از پیشامد قاعدگی نیست و حکم و وظیفه آنان از روایات دیگر به‌دست می‌آید: آنان باید سعی را انجام داده و پس از حصول طهارت، چنانچه زمان کافی در اختیار دارند، به تکمیل عمره بپردازند وگرنه پس از انجام مناسک حج و پیش از طواف حج، طواف عمره را قضا نمایند.

خلاصه و برآیند بررسی روایات این شد که آنها با یکدیگر در تعارض نیستند و هریک درصدد بیان وظیفه مکلفی است که در مسیر انجام عمره تمتع دچار قاعدگی شده است. در واقع، آنچه حکم چنین مکلفی را متفاوت کرده، علم او به امکان و عدم امکان حصول طهارت پیش از فرارسیدن زمان انجام مناسک حج است. قرائن موجود در روایات نیز به‌خوبی این مطلب را اثبات نموده یا شاهد بر آن است. بنابراین، روایات دال بر تبدیل نیت،

ناظر به مکلفی است که می‌داند پیش از فرارسیدن زمان انجام مناسک حج، نمی‌تواند عمره به‌جای آورد و عباراتی همچون «قدمت مکه یوم الترویة» یا «فتطمث قبل أن تطوف بالبيت حتى تخرج إلى عرفات» به‌خوبی بر این معنا دلالت دارد. همچنین، صحیحۀ معاویه نیز شاهد گویایی بر این ملاک مستنبط از روایات است.

روایات دال بر انجام سعی و سپس قضای طواف عمره پس از انجام مناسک حج نیز دربارهٔ مکلفی است که نمی‌داند پیش از فرارسیدن زمان حج، قادر به انجام عمره است یا نه. شاهد بر این مطلب نیز زمان تحقق قاعدگی است که در این دسته روایات، هنگام ورود به مکه یا هنگام احرام بیان شده است و معمولاً در این زمان، وضعیت مکلف روشن نیست.

گفتنی است برخی از مراجع معاصر نیز در مواجهه با روایات، همین حکم را وظیفۀ مکلف دانسته‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۲۴ق: ص ۵۰).

### نتیجه‌گیری

مطابق با آنچه بیان شد، زنانی که در ایام انجام مناسک حج دچار حیض یا نفاس شوند، در بیشتر اعمال مانند احرام، سعی، وقوف، قربانی، تقصیر و رمی با مشکل و محدودیتی روبه‌رو نیستند؛ اما ورود به مسجدالحرام، طواف و نماز آنان مشروط به طهارت است. از طرف دیگر ممکن است در بیشتر اوقات، بانوان برای انجام اعمال عمره یا حج با محدودیت در وقت روبه‌رو باشند و امکان به‌تأخیر انداختن اعمال تا زمان حصول طهارت برای آنان وجود نداشته باشد. برای حل مشکل، دو راهکار زیر از نظر فقهی واکاوی شد:

### الف. استفاده از دارو و قرص برای جلوگیری از پیشامد قاعدگی

بیان شد که اگر مکلف بخواهد با استفاده از دارو، نظام طبیعی بدن خود را به‌هم زده یا مختل کند و از این طریق بخواهد مشکل قاعدگی را برطرف کند، این استعمال نباید برای بدنش ضرر قابل‌توجهی داشته باشد؛ وگرنه به‌دلیل حرمت اضرار به نفس، استفاده از دارو جهت جلوگیری از قاعدگی، بر وی حرام است. همچنین بیان شد که چنانچه مکلف با



وجود علم به ضرر، با استفاده از دارو مشکل قاعدگی را حل کرده و شرط طواف یعنی طهارت از خَبَث را تحصیل کند، می‌تواند عمل عبادی طواف را انجام دهد که مشروط به طهارت حاصل به‌طور طبیعی یا از طریق مباح است. به عبارت دیگر، منهی بودن روش تحصیل طهارت به‌عنوان شرط عبادت، مانع از صحت عبادت نیست؛ زیرا عبادتِ مشتمل بر ضرر در فرضی باطل است که یا خودش یا جزء اکتفاشده بر آن یا شرطش عبادی باشد.

### ب. تبدیل نیت عمره تمتع به حج افراد

همان‌گونه که بیان شد، در حالتی که بانوی حج‌گزار در میقات پیش از احرام بستن یا پس از احرام و پیش از انجام طواف، دچار قاعدگی شود، نظر مشهور فقیهان چنین است: اگر می‌داند تا زمان حصول طهارت، فرصتی برای انجام عمره باقی نمی‌ماند، می‌تواند نیت خود را به حج افراد تبدیل کند. البته، برخی از فقیهان در حل تعارض بین روایات، قول به تخییر بین تبدیل نیت به افراد یا بقا بر تمتع را برگزیده‌اند؛ برخی دیگر نیز در حکم مسئله به تفصیل قائل شده و در فرض حدوث حیض پیش از احرام، حکم به تبدیل نیت به افراد و در فرض حدوث حیض پس از احرام، حکم به تخییر بین تبدیل نیت به افراد یا بقا بر تمتع و انجام سعی و قضای طواف عمره پس از انجام مناسک حج نموده‌اند. اما بیان شد که گرچه در ظاهر امر، بین روایات تعارض هست و هر فقیهی کوشیده است به گونه‌ای تعارض را برطرف کند؛ ولی چنین به‌نظر می‌رسد که بین روایات تعارضی نیست و هر یک درصدد بیان وظیفه مکلفی است که در مسیر انجام عمره تمتع دچار قاعدگی شده است. در واقع، آنچه حکم چنین مکلفی را متفاوت کرده، علم او به امکان و عدم امکان حصول طهارت پیش از فرارسیدن زمان انجام مناسک حج است. بنابراین، روایات دال بر تبدیل نیت، ناظر به مکلفی‌اند که می‌داند پیش از فرارسیدن زمان انجام مناسک حج نمی‌تواند عمره به‌جای آورد و روایات دال بر انجام سعی و سپس قضای طواف عمره بعد از انجام مناسک حج، در مورد مکلفی است که نمی‌داند پیش از فرارسیدن زمان حج قادر بر انجام عمره است یا نه. شواهد و قرائن فراوانی از خود روایات و روایات دیگر، این مطلب را اثبات و تأیید می‌کند.

## پی نوشت:

۱. «... الضر موجب لحرمة الفعل الضررى، فارتكاب الفعل الذى فيه الضرر لا يجوز، فلا يجتمع مع العبادة التى يجب الإتيان بها مقربا. و بعبارة أخرى: الفعل الذى ضررى مبعدا، و لا يمكن أن يكون المبعدا مقربا، و لا يطاع الله من حيث يعصى و إن كان هذا الكلام - أى كون الفعل الضررى مبعدا و حراما بجميع مراتبه حتى الضرر الخفيف - لا يخلو من نظر. اللهم إلا أن يقال: إن تلك المرتبة التى ليست محزمة و مبعدة لا يرفع الحكم الشرعى الإلزامى، فلا يرتفع بها.»
۲. «و لو دخل بعمره إلى مكة و خشى ضيق الوقت جاز له نقل النية إلى الافراد و كان عليه عمرة مفردة بلا خلاف أجده فيه... و كذا الحائض و النفساء إذا منعهما عذرهما عن التحلل و إنشاء الإحرام بالحج لضيق الوقت عن التربص لقضاء أفعال العمرة على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل فى المنتهى الإجماع عليه،... و على كل حال فلا ريب فى أن الأصح ما عليه المشهور.»



## کتابنامه

### \* قرآن کریم

۱. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم، الهادی، چاپ نخست.
۲. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، آل البيت علیهم السلام.
۳. آخوند خراسانی، شیخ محمد کاظم (۱۴۲۴ق)، کفایة الأصول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۴. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ نخست.
۵. سبحانی، جعفر (۱۴۲۶ق)، الحج فی الشریعة الإسلامية الغراء، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۶. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۲۴ق)، مناسک الحج، قم، مؤسسه الولاء للدراسات، چاپ نخست.
۷. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه) (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۸. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، الإستبصار، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، به تحقیق سید حسن موسوی خراسانی، تهران، دار الکتب الإسلامية.
۱۰. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (بی تا)، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء تراث العربی، چاپ هفتم.
۱۱. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق)، عروه الوثقی (محشی)، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۲. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۲ق)، منتهی المطلب، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
۱۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵)، کافی، تهران، دار الکتب الإسلامية.





چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

## أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجدي):

عبد الرضا إيزدينه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)  
السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرسين)  
يعقوب علي برجی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)  
محمد زروندی رحمانی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)  
السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
سيف الله صرامي (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 حسن نجفي راد (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامي

محرر 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 فصلية (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 إلا وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (كاوشي نو در فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجلات 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 - ٢٥

الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٢٥

تليفون قسم التوزيع: ٣٧١١٦٦٦٦ - ٢٥

البريد الإلكتروني: Jf@isca.ac.ir

الموقع الإلكتروني: Jf.isca.ac.ir

متابعة الطبع: السيد حسين الموسوي

السعر: ٧٠٠٠ تومان



فقه  
كاوشي نور

فصلية علمية تحقيقية

السنة الخامسة والعشرون - العدد الاول - ربيع ١٣٩٧

٩٣



مركز الدراسات الإسلامية

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزدينه

رئيس التحرير: سيف الله صرامي

خبير التحرير: علي رضا فجري

المدير التنفيذي: السيد محمود كريمي



## فهرست الموضوعات

تحليل وتقييم لإمكانية اشتراط سقوط الخيار ضمن العقد واستثناءاته في فقه الإمامية  
والقانون الإيراني مع تأملات في المسلك القضائي ..... ١٧٠

جعفر نظام الملكي

محمّد صالحی مازندرانی

نقد وتحليل مباني مشروعية رسم السياسات في الاقتصاد الإسلامي ..... ١٧١

محمّد جواد قاسمي أصل

دراسة فقهية وقانونية لمزايدات بيع وسائط النقل المحجوزة من قبل أجهزة الشرطة ... ١٧٢

عارف بشيري

محمّد محسنی دهكلانی

علي أكبر إيزدي فرد

نظرة نقدية على تعريف (الدائمة) في الفقه وقانون العقوبات الإسلامية بمنهج منسجم

مع مبدأ كفيّة القانون ..... ١٧٣

أعظم مهدوي پور

محمّد جعفر صادق پور

حامد رهدار پور

المسؤولية المدنية للإجهاض العلاجي ..... ١٧٤

رضا پور صدقي

حسن علي أكبريان

تأملات في حكم تبديل تبة التمتع إلى الأفراد لدى النساء المؤديات لفريضة الحج .. ١٧٥

مهدي ساجدي



## تحليل وتقييم لإمكانية اشتراط سقوط الخيار ضمن العقد واستثناءاته في فقه الإمامية والقانون الإيراني مع تأملات في المسلك القضائي

جعفر نظام الملكي  
محمّد صالحی مازندرانی

### الخلاصة:

يتردد البعض في القول بصحة شرط سقوط الخيار ضمن العقد، ويستند هؤلاء المترددون في موقفهم هذا على بعض الإيرادات، منها طول مدة الشرط، واجتماع النقيضين (اللزوم والجواز) في عقد المشروط فيه، وتناقض الشرط المذكور مع مقتضيات ذات العقد.

وتقودنا نتائج النقد والتقييم - مدعومة بمبدأ لزوم العقود، وإجماع فقهاء الإمامية، ومدلول الآية الشريفة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، والرواية النبوية «المؤمنون عند شروطهم»، وقاعدة إسقاط الحق - إلى إثبات نفس قابلية شرط سقوط الخيار ضمن العقد.

كما أنّ مبدأ الحرّية في العقود الوارد في القوانين الإيرانية، والحالة الاستثنائية للشروط الباطلة في القانون المدني، ومبدأ صحة العقود، والحكم العام والصريح للمادة ٤٤٨ من القانون المدني؛ كلّ ذلك يؤكّد على صحة شرط سقوط الخيار ضمن العقد.

والجديد في المقالة الحالية الذي يميّزها عن ما سبقها من تحقيقات يتمثّل في قيام هذه المقالة بالتلفيق بين الأبعاد الفقهية والقانونية لهذا الموضوع، وبيانها التفصيلي وتقييمها للإيرادات الواردة على قابلية شرط سقوط الخيار ضمن العقد. ومن ثمّ إشارتها وتعيينها للخيارات غير القابلة للإسقاط والخارجة عن شمول الشرط الراجع لإسقاط جميع أو كافة الخيارات بصورة مستدلّة، وفي سياق ذلك بيان وتقييم الاتجاه السائد في المسلك القضائي بصورة استدلالية.

وتشير نتائج التحقيق الحالي إلى بطلان شرط سقوط تمام الخيارات (المذكور في المادة ٤٤٨ من القانون المدني)؛ نظراً لعدم قابلية إسقاط بعض الخيارات، وذلك رغم الإقرار بإمكانية اشتراط سقوط الخيار ضمن العقد. ومن هنا تبرز ضرورة تغيير المادة المذكورة وإصلاح المسلك القضائي في بلادنا.

**المفردات الأساسية:** شروط سقوط الخيار، العقد، إسقاط كافة الخيارات.

## نقد وتحليل مباني مشروعية رسم السياسات في الاقتصاد الإسلامي

محمد جواد قاسمي أصل

### الخلاصة:

يحتاج تكامل الاقتصاد السياسي الإسلامي - باعتباره الجانب التطبيقي لعلم الاقتصاد الإسلامي، والذي هو حصيلة الجمع بين الوضع الموجود في المجتمع الإسلامي والطموحات الإسلامية السامية - إلى تحقيق بعض المقدمات، ومن هذه المقدمات تعيين كيفية انتساب السياسات الاقتصادية إلى الإسلام.

وهذه المقالة تبحث عن علاقة السياسات الاقتصادية بالإسلام من ثلاث زوايا، هي: المكانة والآثار والمضامين.

فمن ناحية المكانة والآثار، فإنَّ إسلامية الاقتصاد السياسي تعني نشأة السياسة من معرفة ووعي حالة المجتمع الإسلامي، وسعيها لتطبيق سلوكيات وأهداف الإسلام الاقتصادية. أما من حيث المحتوى والبنية فإنَّ إحراز إسلامية السياسات الاقتصادية هي من اختصاص علم أصول الفقه. والتحقيق الحالي يتولَّى التعريف بخمسة أنواعٍ من الثنائيات الأصولية، هي: الحكم والملاك، الثابت والمتغير، الأولي والثانوي، التكليفي والوضعي، والدرجة الأولى والدرجة الثانية.

وطبقاً لما يخلص إليه هذا التحقيق فإنَّ السياسة الاقتصادية - بغض النظر عن بعض الاشتباهاة - تسعى لحفظ ملاكات الإسلام في الاقتصاد وتتغير من جهة سنجية أحكامها، وتعمل على تأسيس العقود والكيانات المطلوبة من خلال تطبيق السياسات الأولية في منطقة الفراغ، لتصل من خلال تعيين تكاليف كلِّ كيانٍ إلى رسم معالم السلوكيات. وكلُّ سياسة تستفيد من عناوين الدرجة الأولى لكشف الملاكات، ومن عناوين الدرجة الثانية لحفظ الملاكات.

**المفردات الأساسية:** الاقتصاد السياسي الإسلامي، الحكم والملاك، الحكم الثابت والمتغير، الحكم الأولي والثانوي، الحكم التكليفي والوضعي، عناوين الدرجة الأولى والدرجة الثانية.

## دراسة فقهية وقانونية لمزايدات بيع وسائط النقل المحجوزة من قبل أجهزة الشرطة

عارف بشيري  
محمد محسني دهكلاني  
علي أكبر إيزدي فرد

### الخلاصة:

تهدف هذه المقالة إلى تطوير وارتقاء القوانين الموضوعية لتدعيم الأمن المالي في المجتمع والوقوف بوجه الملكيات غير المبررة، وذلك من خلال تقييمها للنظريات المطروحة المجوزة لمسألة مزايدات وسائط النقل المحجوزة من قبل أجهزة الشرطة من زاوية الأدلة العقلية والمسلمات الفقهية والقانونية.

كما تبحث المقالة أيضاً في عقوبة الحجز والجوانب القانونية المختلفة لعدم رجوع المالك.

وفي هذه المقالة يتأمل الكاتب في قاعدة الإعراض وسائر أسباب زوال الملكية في الفقه الإسلامي، ويصل من خلال تحليله القانوني والفقهية لهدف المشرع من أصل تشريعه لعقوبة الحجز ونظرية دفع العقوبة المالية في قبال المخالفات المرورية، إلى عدم تمامية الاستظهار بالأسباب القانونية لزوال الملكية ومشروعية أمر المزايدة.

كما يرى الكاتب أنّ أحكام المادة ١١ من قانون محاكمات المخالفات المرورية - في بعض الحالات - تخالف الأصول القانونية والقواعد الفقهية المسلمة؛ وذلك لأنّ تلك الأحكام - من جهة - في بعض الحالات تلغي من الناحية العملية الأثر القانوني للمادة ٦ من القانون المذكور القاضية بالأثر المؤقت لحكم الحجز، وتقف عائقاً أمام رجوع المالك إلى وسيلته النقلية من جهة، ومن جهة أخرى تتناقض مع مقاصد الشريعة الإسلامية المبينة على ضمان العدالة الاجتماعية، وتلقي بظلالها على مسألة الملكية.

**المفردات الأساسية:** المزايدة، الحجز، الملكية غير المبررة، أجهزة الشرطة، وسائط النقل.

## نظرة نقدية على تعريف (الدامية) في الفقه وقانون العقوبات الإسلامية بمنهج منسجم مع مبدأ كفيّة القانون

أعظم مهدي پور  
محمد جعفر صادق پور  
حامد رهدار پور

### الخلاصة:

تعدّ الدامية النوع الثاني من جراحات الرأس والوجه (الشجاج). وقد قدّم الفقهاء تعاريف مختلفة لهذه الجراحة، يمكن تلخيصها في ثلاثة تعاريف أصلية.

وقد استند المشرّع في الجمهورية الإسلامية في إيران إلى تعريف مشهور الفقهاء فذكر في الفقرة (ب) من المادة ٧٠٩ من قانون العقوبات الإسلامية أنّ الدامية هي الجراحة التي (تسج اللحم قليلاً، مع نزف الدم قليلاً أو كثيراً).

والتأمل النقدي في النظريات الفقهية المختلفة الواردة حول تعريف هذه الجراحة، مع التأمل في مضمون المادة المذكورة أعلاه، يبعث على التردد في قبول التعريف القانوني للدامية. وهذه الشكوك تغدو أكثر وضوحاً ودقّة عندما يلتفت المرء عند نقده ودراسته للأراء الفقهية والقانونية إلى مبدأ كفيّة القانون باعتباره تأسيساً جديداً يهدف إلى التدقيق في ماهية وأصالت وشكل وضع القانون.

ومن هنا، يسعى المقال الحالي ضمن دراسته لنظريات الفقهاء المختلفة حول تعريف الدامية، مع التركيز على أصل كفيّة القانون والتقيّد بالأسلوب الاجتهادي في نقد المقولات الفقهية، إلى تقديم تعريف للدامية يشتمل على كافّة عناصر كفيّة القانون.

**المفردات الأساسية:** الدامية، الفقهاء، مبدأ كفيّة القانون، الشفافية، قبول التنبؤ.

## المسؤولية المدنية للإجهاض العلاجي

رضا پور صدقي  
حسن علي أكبريان

### الخلاصة:

رغم كون عملية الإجهاض تعدّ من الأعمال المنكرة والقيحة في الشرع المقدّس ولدى المجتمعات البشرية، إلا أنه عند تزامم سلامة الأمّ مع حياة الجنين، فإنّ العديد من الفقهاء يعطون الحقّ للأمّ في ترجيح سلامتها.

ورغم تجويز عمليّة الإجهاض، إلا أنّ المسؤولية المدنيّة لعمليّة الإجهاض لا تزال واحدةً من المسائل المطروحة. وقد أتبع المشرّع بعض آراء الأعاضم فحكم بسقوط الضمان.

ويعدّ التدقيق في إطلاقات روايات ضمان دية إسقاط الجنين واحداً من النقاط الحساسة والعبوسة جدّاً في هذا البحث، كما أنّ كفيّة الإطلاق وقبول أو عدم قبول الإطلاق الأحوالي في هذه الروايات يمثل الأساس في المباحث المهمّة والمؤثّرة في دلالة هذه الأدلّة.

ولا يفضي التأمّل في ظهور الأدلّة إلى حصول الاطمئنان الكافي بإمكانية فهم الإطلاق من هذه الروايات. ورغم أنّ عدم دلالة هذه الأدلّة لا يوحى بالاطمئنان أيضاً، إلا أنّ عدم الظهور يكفي في عدم الإثبات. والأصل العملي للاستصحاب والبراءة هو الدليل الوحيد الذي يعين الأصل الأولي في بحث الديات والضمانات، حيث يمكن لهذا الأصل أن يعدّ دليلاً لإثبات عدم المسؤولية في عملية الإجهاض العلاجي.

**المفردات الأساسية:** الإجهاض العلاجي، ضمان الإسقاط، دية الجنين، المسؤولية المدنيّة للإجهاض، تهديد حياة الأمّ.

## تأملات في حكم تبديل نية التمتع إلى الأفراد لدى النساء المؤديات لفريضة الحج

مهدي ساجدي

### الخلاصة:

يناقش الكاتب في هذا التحقيق حكم تبديل نية عمرة التمتع إلى حج الأفراد بالنسبة للنساء المؤديات لفريضة الحج والعمرة، من زاوية لزوم رعاية شرط الطهارة. كما يبحث أيضاً في فتاوى الفقهاء ومستنداتهم في هذا المجال.

وتشير نتائج هذا التحقيق - الذي قام على أساس المنهج الوثائقي والمكتبي - إلى ما يلي: لَمَّا كانت الطهارة شرطاً في الدخول إلى المسجد الحرام والقيام بالطواف، فيمكن للنساء أن يستفدن من الأدوية المانعة لحصول العادة الشهرية مراعاةً لهذا الشرط، مع اشتراط عدم تضررهم من تناول هذه الأدوية ضرراً معتدلاً به.

وإذا افترضنا حصول العادة الشهرية وكانت الفرصة ضيقة لأداء أعمال العمرة وإدراك الحج، فهنا توجد خمسة آراء، والمشهور لدى الفقهاء هو أن على السيدة المؤدية لفريضة الحج في هذه الحالة أن تبدل نيتها من عمرة التمتع إلى حج الأفراد.

لكن التدقيق في مجموعتين من الروايات الموجودة في هذه المسألة تدفع بنا إلى القول بأن ملاك الحكم في مورد وظيفة المكلفة التي ابتليت بالعادة الشهرية هو العلم بإمكانية حصول الطهارة قبل حلول زمان الحج أو عدم العلم بذلك، بمعنى أن المكلفة إذا علمت بعدم إمكانية حصول الطهارة قبل حلول زمان الحج، فعليها أن تبدل نيتها إلى حج الأفراد، أما إذا لم تكن تعلم بحصول الطهارة حتى ذلك الزمان، فعليها أن تبقى على نية التمتع وتقوم بالسعي والتقصير. وفي هذه الحالة إذا توفرت لها الفرصة بعد حصول الطهارة تقوم بباقي أعمال عمرة التمتع، وإذا كانت الفرصة ضيقة أو لم تحصل لها الطهارة فتؤدي أعمال الحج، ثم تقوم بقضاء طواف العمرة قبل أداء طواف الحج.

**المفردات الأساسية:** حكم النساء، قضاء الطواف، الطهارة، تبدل النية، العدول.





## A hesitation about the precept of changing intent of 'umrah tamatto` to hajje ifrād in women pilgrims

Mahdi Sajedi

### Abstract

The following research has examined the precept of transforming intent of 'umreye tamatto` to hajje ifrād in regard with the women pilgrims in carrying out the religious duty of hajj and 'umrah by reason of necessity of respecting condition of cleanliness. Similarly, it has analyzed the jurists` opinions and their document in this respect. The findings of this paper which are done in the form of documentary and library method, are as follows: given that the condition of entering in Masjid Al-ḥarām and performing the tawāf is tahara, in order to abide by this condition, the women can prevent menstruation by using medication, provided that it does not make them a considerable harm. But in the event of the menstrual period, if the opportunity to perform the 'umrah and hajj acts is a short time, five jurisprudential opinions have been proposed and, according to the famous jurisprudents` view, the pilgrim ladies should change the intention of 'umrah tamatt` to Hajje ifrad. However an accuracy in two categories of the existing traditions in this respect, leads us to this result that the criterion of the precept regarding a responsible lady`s duty who is in the menstrual period, is the knowledge of possibility of acquiring cleanliness before the time of hajj ceremony and lack of knowledge: *i.e.* if the responsible lady knows that before realizing the hajj ceremony, acquiring tahara is not possible, she should change her intention to hajje ifrad; but if she has no knowledge connecting acquirement of tahara until that time, should stay on her intent of 'umrah tamatto and carry out her sa`y and taqsir. In this event, there is any opportunity after obtaining tahara, she should do the rest of 'umrah tamatto acts, and if the opportunity is short or tahara is not acquired, she should perform hajj acts and after that, she should do belated tawafe 'umrah before tawafe hajj.

**Keywords:** ladies` precept, belated tawaf, cleanliness, changing an intent, withdrawal

## Civil responsibility of remedial abortion

Reza Pursedqi

Hassan 'Ali 'Aliakbarian

### Abstract

Although abortion is regarded as an evil and indecent act according to the holy shariah and the human societies, but in cases of contradiction between a mother's health and her fetus's life, based on lots of the jurisprudents' opinion, the mother is authorized to prefer her health. In spite of permission for an destruction of fetus, civil liability of remedial abortion is a problematic question. In this regard, following some great scholars' outlooks, the lawmaker has issued an opinion of extinction of liability.

Reviewing the absoluteness of the traditions in connection with the liability of diya for abortion is considered as one of most sensitive and difficult points of this subject. The method of taking absoluteness, accepting and refusing absoluteness of ahval (states) in these traditions is one of the prominent effective discussions in implication of these evidence. With analyzing appearance of the evidence, an enough assurance regarding taking absoluteness from these traditions will not be acquired. Though lack of their implication is not reliable, but lack of appearance is enough for disproving it. The only evidence is the practical principles of *istiṣhāb* and *barā'ah* which determines the first principle in *diyat* and liabilities (blood moneys and *zimānāt*). This principle can be a proof of non-responsibility for remedial abortion.

**Keywords:** remedial abortion, liability of abortion, diya of fetus, civil responsibility of abortion, risk of mother's life.



## **A critical view on the definition of damiya in jurisprudence and Islamic Penal Code**

### **With a convergent attitude to the principle of statute quality**

**A'zam Mahdaviipur**  
**Mohammad Ja'far Sadeqpur**  
**Hamed Rahdarpur**

#### **Abstract**

Damiya is regarded as the second kind of injuries to head and face (shajaj). The jurists have shown the various definitions regarding this injury which all of them can be summarized in three general definitions. With reflecting the famous jurists' definition in paragraph " b", article 709 Islamic penal code, the Iranian lawmaker has considered damiya as a injury that " is entered into the meat a little while more and less flows blood." Critical analysis of the different jurisprudential viewpoints on the definition of this injury and a hesitation over the content of the above article, raise a doubt about the statutory definition of damiya. When such these doubts become more tangible and ordered that in criticizing and reviewing the jurisprudential and legal opinions, the principle of statute quality has been considered as a new institution in regard with examining the nature, originality and formality of enacting the statute. Hence, in this paper, with analyzing the jurists' various outlooks at the definition of damiya, in view of the principle of statute quality, it will be tried to present a definition for damiya which have all the qualified statute indicators while showing fidelity to the ijthadi method in criticizing jurisprudential propositions.

**Keywords:** damiya, jurists, quality statute principle, clarity, foresee ability



## Jurisprudential and legal analysis of tendering the seized vehicles by the security forces

'Aref Bashiri

Mohammad Mohseni Dehkalani

'Ali Akbar `Eizadi Fard

### Abstract

For improving and progressing the statutes, and promoting the security of the property in the society and prohibiting an illegal possession, this paper examines the theories of legitimizing the tender of the seized vehicles by the security forces according to the intellectual arguments and jurisprudential and legal certainties. Similarly, in this regard, punishment of custody of something and the different legal dimensions of avoiding to return by the owner are examined. In this paper, the author restudies the rule of abandonment and the other causes of removing the ownership in the Islamic jurisprudence; and by analyzing the legislator's intention in the very legislating the penalty of custody, and the theory of paying the fine for the road traffic offences, the author concludes that argumentation of the legal causes in order to remove the ownership and legitimacy of tendering is incomplete according to the legal and jurisprudential analysis. The author also believes that in some presumptions, the requirements of article 11 proceeding law of road traffic offences are contrary to the certain legal principles and jurisprudential rules; because, on one hand, these requirements make the legal effect of the article 6 of the mentioned law - being temporary of custody judgment - practically invalid, and prevent the owner to return to the vehicle, and on the other hand, they are contrary to the Islamic Shariat's intensions based on the guaranty of social justice, and impact on the issue of ownership.

**Keywords:** tendering, custody, illegal possession, security forces, vehicles.

## Considering and analyzing the foundations of legality of policy - making in Islamic economy

Mohammad Javad Qasemi `Asl

### Abstract

Forming an Islamic politic economy as a functional part of Islamic economics which is a result of combining the existing situation of Islamic society and desirable Islamic aims, is conditioned to occur some preliminaries including identifying a method of attributing economic policies to Islam. This paper evaluates the relation of economic policies to Islam in three domains: position, impacts and content. As to the position and effects, Islamic political economy means that the policies are to be driven from recognition of the Islamic society`s situation and to pursue the economical norms and aims of Islam. Regarding the content and structure, the competence of recognizing an Islamic political economy rests on the knowledge of principles of jurisprudence. In this research, five couples of jurisprudential principles were introduced: precept - criterion, unchangeable - changeable, first - secondary, obligatory - conventional, and degree one - degree two. Based on the findings of this research, economical policy is pursuing to maintain the criteria of Islam in the field of economy, and it is a kind of changeable percept; by exercising the first policies in mantaqat al-firagh (the subjects have no specific jurisprudential precepts) and by utilizing the conventional precepts, this policy establishes the necessary contracts and institutions, and by defining the duties of each institution, it forms the behaviors. Each policy utilizes the first titles of precepts in order to identify the criteria and benefits the secondary titles for maintenance of criteria.

**Keywords:** Islamic political economy, precept and criterion, unchangeable and changeable, first and secondary, obligatory and conventional precepts, the first and secondary degree titles.



## Analyzing and evaluating the validity of a condition for extinction of an option and its exceptions in Imami jurisprudence and Iranian law with a look at the judicial precedent

Ja`far Nezam Al-Molki

Mohammad Salehi Mazandarani

### Abstract

There is a doubt about the validity of a condition for extinction of an option attached to a contract. This doubt has been formed by reason of some objections such as being circular of a condition, gathering two contradictories (irrevocability and revocability) in a conditional contract, and conflict of the mentioned condition with the requirement of the essence of a contract. Criticizing and evaluating these objections as well as the principle of the irrevocability of contracts, the consensus of the Imami jurists, the signification of this holy verse " `awfū bi l-'oqūd", the Prophetic tradition of "al-mu'minūna 'enda shorūtihim " and the rule of waiving of a right, all lead to prove the validity of a condition for extinction of an option attached to a contract. Based on Iran's law, the principle of freedom of contracts, the exceptional feature of invalid conditions in civil code, principle of validity of contracts and also general and explicit article 448 of civil code, provide the same condition. Innovation of the following paper in comparison with the background of the research is that by combining the jurisprudential and legal subject, this paper has completely explained and evaluated the objections to the mentioned condition; then it has specified and determined the non-waiver options and current condition of waiving of all the options, and in this regard, logically stated and criticized the predominant approach over the judicial precedent. The results of this research show that in spite of the validity of a condition for having no option attached to a contract, given to the non-waiver of some options, according to the jurisprudential and legal viewpoint, the stipulation of waiving all the options (mentioned by article 448 of civil code) is an invalid condition. Therefore, it is necessary to change the above article and correct our country's judicial precedent in this regard.

**Keywords:** stipulating waiver of option, contract, waiving all the options.

# Contents

<b>A hesitation about the precept of changing intent of 'umrah tamatto` to hajje ifrād in women pilgrims .....</b>	<b>177</b>
<b>Mahdi Sajedi</b>	
<b>Civil responsibility of remedial abortion.....</b>	<b>178</b>
<b>Reza Pursedqi</b>	
<b>Hassan 'Ali 'Aliakbarian</b>	
<b>A critical view on the definition of damiya in jurisprudence and Islamic Penal Code With a convergent attitude to the principle of statute quality.....</b>	<b>179</b>
<b>A'zam MahdaviPUR</b>	
<b>Mohammad Ja'far Sadeqpur</b>	
<b>Hamed Rahdarpur</b>	
<b>Jurisprudential and legal analysis of tendering the seized vehicles by the security forces.....</b>	<b>180</b>
<b>'Aref Bashiri</b>	
<b>Mohammad Mohseni Dehkalani</b>	
<b>'Ali Akbar `Eizadi Fard</b>	
<b>Considering and analyzing the foundations of legality of policy -making in Islamic economy .....</b>	<b>181</b>
<b>Mohammad Javad Qasemi `Asl</b>	
<b>Analyzing and evaluating the validity of a condition for extinction of an option and its exceptions in Imami jurisprudence and Iranian law with a look at the judicial precedent .....</b>	<b>182</b>
<b>Ja`far Nezam Al-Molki</b>	
<b>Mohammad Salehi Mazandarani</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 (Associate 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 NajafiRad (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

Editor: 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

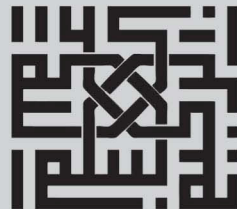
Circulation Phone: +98-25-37116666

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: 7000 Tomans.



فقه  
کاوش نود

A New Probe in Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 93, Issue 1, spring 1397



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